

**BUNDESKARTELLAMT**

3. Beschlussabteilung

Gesch.-Z.: B 3 – 33101 - Fa – 578/06

**FÜR DIE VERÖFFENTLICHUNG BESTIMMT**

**Fusionskontrollverfahren  
VERFÜGUNG GEMÄSS § 40 ABS. 2 GWB**

**B e s c h l u s s**

In dem Verwaltungsverfahren

1. der Phonak Holding AG, Stäfa, Schweiz;

Beteiligte zu 1.,

- Verfahrensbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte Gleiss Lutz; Maybachstraße 6; 70469 Stuttgart,

2. der GN ReSound A/S, Ballerup, Dänemark,

3. der GN ReSound GmbH Hörtechnologie, Münster, und

4. der GN US Holdings Inc., MN, USA

Beteiligte zu 2.-4.,

- Verfahrensbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte Hengeler Mueller, Bockenheimer Landstraße 24,  
60323 Frankfurt am Main,

5. der GN Store Nord A/S, Ballerup, Dänemark

Beteiligte zu 5.,

- Verfahrensbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte Hengeler Mueller, Bockenheimer Landstraße 24,  
60323 Frankfurt am Main

6. der Siemens AG, München;

Beigeladene,

wegen Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens nach § 36 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) hat die 3. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes am 11. April 2007 beschlossen:

1. Das mit Anwaltsschreiben vom 13. Dezember 2006 angemeldete Vorhaben der Beteiligten zu 1., die Anteile an und die Kontrolle über die Beteiligten zu 2.-4. zu erwerben, wird untersagt.
2. Die Gebühr für diese Entscheidung wird unter Anrechnung der gesondert festzusetzenden Gebühr von € [...] für die Anmeldung des Zusammenschlusses festgesetzt auf

€ [...]

[...]

und der Beteiligten zu 1. auferlegt.

## **A. Gründe**

### **I. Zusammenschlussvorhaben und Verfahren**

- (1) Mit Anwaltsschreiben vom 8. November 2006, hier eingegangen am 10. November 2006, hat die Phonak Holding AG, Stäfa, Schweiz (im Folgenden Phonak) das Vorhaben angemeldet, die Unternehmen GN ReSound A/S, Ballerup, Dänemark, GN ReSound GmbH Hörtechnologie, Münster, und GN US Holdings Inc., MN, USA, von der GN Store Nord A/S, Ballerup, Dänemark, zu erwerben. Die zu erwerbenden Unternehmen (im Folgenden GN ReSound) bilden derzeit den Geschäftsbereich Hörgeräte der GN Nord A/S. Sie sind in Entwicklung, Herstellung und Vertrieb von Hörgeräten, von Hörgeräte-Zubehör und von audiologischen Diagnostikgeräten tätig. Nach zwischenzeitlicher Rücknahme der Anmeldung hat Phonak das Vorhaben am 13. Dezember 2006 erneut angemeldet. Die Beschlussabteilung hatte zuvor mitgeteilt, dass sie beabsichtige, die Marktstrukturen und Wettbewerbsprozesse auf den vom Vorhaben betroffenen Märkten weiter zu ermitteln und gegebenenfalls das Hauptprüfverfahren gemäß § 40 Abs. 1 GWB einzuleiten.
- (2) Aufgrund der nach der erneuten Anmeldung durchgeführten Ermittlungsergebnisse hat die Beschlussabteilung mit am 13. Januar 2007 zugestellten Schreiben vom 12. Januar 2007 die Verfahrens- und Zustellungsbevollmächtigte von Phonak über den Eintritt in das Hauptprüfverfahren (§ 40 Abs. 1 GWB) unterrichtet. Diese war zu diesem Zeitpunkt auch zustellungsbevollmächtigt für die Veräußerin und die zu erwerbenden Unternehmen.
- (3) Am 18.12.2006 hat ein Gespräch zwischen der Beschlussabteilung und Vertretern von Phonak im Bundeskartellamt stattgefunden. In dem Gespräch wurden vor

allem Fragen zur sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung und zu den möglichen Marktwirkungen des Vorhabens diskutiert.

- (4) Neben schriftlichen Auskunftersuchen hat die Beschlussabteilung auch mit anderen Herstellern von Hörgeräten Gespräche über die Marktstrukturen und die Wettbewerbsverhältnisse bei Hörgeräten geführt. In diesem Zusammenhang wurde bei der Siemens Audiologische Technik GmbH (im Folgenden SAT) im Zuge der Ermittlungen am 22.02.2007 eine Vor-Ort-Befragung und Besichtigung der Entwicklungsabteilung durchgeführt. Am 06.03.2007 hat die Beschlussabteilung im Bundeskartellamt mit dem Hörgerätehersteller Oticon ein Gespräch geführt.
- (5) Mit Schreiben vom 02.03.2007 hat die Veräußerin, GN Store Nord A/S, Ballerup, Dänemark, einen eigenen verfahrens- und zustellungsbevollmächtigten Rechtsanwalt benannt. Dieser ist auch für die zu erwerbenden Unternehmen zustellungsbevollmächtigt (E-Mail vom 21.03.2007).
- (6) Mit Schreiben vom 09.03.2007 hat die Siemens AG, München, gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB die Beiladung zum Verfahren beantragt. Diesem Antrag wurde mit Beschluss vom 22.03.2007 stattgegeben.
- (7) Am 19.03.2007 hat die Beschlussabteilung ein Gespräch mit Vertretern von Phonak, GN Store Nord A/S und den Zielgesellschaften geführt. In diesem Gespräch wurden den beteiligten Unternehmen die wettbewerblichen Bedenken ausführlich erläutert.
- (8) Mit Abmahnschreiben vom 22.03.2007 hat die Beschlussabteilung den Beteiligten die Gründe für die beabsichtigte Untersagung des Zusammenschlusses mitgeteilt. Die Verfahrensbeteiligte Phonak hat Akteneinsicht genommen und durch ihren Verfahrensbevollmächtigten zum Zusammenschluss, zu dessen wettbewerblichen Auswirkungen und zu der beabsichtigten Untersagung schriftlich Stellung bezogen. Phonak meint, der Zusammenschluss könne keinesfalls zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen. Der Verfahrensbevollmächtigte von GN Store Nord A/S hat schriftlich ebenfalls diese Auffassung vertreten, sich jedoch inhaltlich nicht zu den Tatsachenfeststellungen und Erwägungen der Beschlussabteilung in der Abmahnung geäußert. Unter Hinweis auf die angebliche Entschlossenheit der Beschlussabteilung zur Untersagung hat GN Store Nord A/S auf eine Stellungnahme zum Abmahnschreiben im Rahmen des rechtlichen Gehörs verzichtet und angekündigt, die erwartete Untersagungsverfügung vor dem OLG Düsseldorf anzufechten.
- (9) Die Beschlussabteilung hat die schweizerische und die dänische Wettbewerbsbehörde über das Abmahnschreiben informiert. Die Landeskartellbehörde des

Landes Nordrhein-Westfalen hat Gelegenheit zu Stellungnahme erhalten; sie hat sich nicht geäußert.

- (10) Zur Abwendung der drohenden Untersagung des Zusammenschlusses und eines sich daran anschließenden Rechtsstreits hat die zusammenschlussbeteiligte Phonak mit Schreiben vom 20.03.2007 Vorschläge für Auflagen unterbreitet.. Nach ihrer Auffassung ist das Bundeskartellamt aufgrund verfassungs- und völkerrechtlicher Verhältnismäßigkeitsgrundsätze verpflichtet, diese Zusagen anzunehmen und das Vorhaben mit entsprechenden Auflagen freizugeben. GN Store Nord A/S hat sich mit Schreiben vom 21.03.2007 diesen Vorschlägen angeschlossen und gleichzeitig die Kausalität des Zusammenschlussvorhabens für die Veränderung der Wettbewerbssituation in Deutschland verneint. Die Zusagenvorschläge sind in einem Gespräch am 30.03.2007 mit den Zusammenschlussbeteiligten besprochen worden. Die Beschlussabteilung hat den Zusammenschlussbeteiligten in diesem Gespräch signalisiert, dass sie die Vorschläge für nicht für ausreichend hält, die wettbewerblichen Bedenken gegen den Zusammenschluss auszuräumen. Daraufhin haben die Zusammenschlussbeteiligten wesentliche Teile der Zusagenvorschläge als Geschäftsgeheimnis deklariert und die Durchführung eines Markttests abgelehnt.

## II. Beteiligte Unternehmen

- (11) **Phonak** fungiert als Holdinggesellschaft ohne eigene Geschäftstätigkeit. Ihre Tochtergesellschaften entwickeln, stellen her und vertreiben Hörgeräte unter den Marken Phonak und Unitron Hearing sowie Zusatzgeräte für Hörgeräte (im Wesentlichen drahtlose Signalübermittler, sog. "FM-Geräte"). Phonak ist in Deutschland über die Phonak GmbH, Fellbach-Oeffingen, und die Unitron Hearing GmbH, Fellbach-Oeffingen, tätig. Beide Unternehmen sind Vertriebsgesellschaften für Hörgeräte und Zusatzgeräte und nehmen Anpassungen und Reparaturen von Hörgeräten vor.
- (12) Die konsolidierten Umsatzerlöse von Phonak betragen im Geschäftsjahr 2005/2006 559,2 Mio. €, davon [200-250] Mio. € in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union und ca. [30-80] Mio. € in Deutschland. Die Umsatzerlöse bei Hörgeräten lagen dabei im Inland bei [30-80] Mio. €, der Umsatz bei FM-Geräten lag bei ca. [>0-10] Mio. €. Die übrigen Umsätze wurden mit Zubehör für Hörgeräte (Reinigungs- und Pflegeprodukte, Batterien, Fernbedienungen usw.), Ersatzteilen und sonstigen Dienstleistungen erzielt.
- (13) **GN ReSound** produziert und vertreibt Hörgeräte und audiologische Diagnostikgeräte. Das Unternehmen hat in den letzten Jahren eine Reihe von Wettbewerbern erworben. Hierzu gehören Danavox, ReSound, Beltone, Viennatone, Philips und Interton. GN ReSound bietet heute in Deutschland Hörgeräte unter den Marken

GN ReSound, Beltone und Interton an. Im Bereich der audiologischen Diagnostikgeräte ist das Tochterunternehmen GN Otometrics tätig. 3M verkaufte seine Hörgeräte-Aktivitäten im Jahr 1996 an GN ReSound. GN ReSound integrierte das Hörgerätegeschäft, das damals unter dem Namen Sonar bekannt war, und verkaufte das Patentportfolio an die Gesellschaft Hearing Instrument Manufacturers Patent Partnership, Vaerlose, Dänemark (im Folgenden HIMPP). Sowohl GN ReSound als auch Phonak und alle anderen namhaften Hersteller von Hörgeräten sind Gesellschafter von HIMPP und nutzen die von HIMPP gehaltenen Schutzrechte (zur Bedeutung von HIMPP siehe unten Rz. 168 ff., Rz. 202 ff.).

- (14) Mit GN ReSound würde Phonak folgende Unternehmen in Deutschland erwerben:
- GN Hearing GmbH, Münster (Vertrieb von Hörgeräten in Deutschland),
  - GN Otometrics GmbH & Co. KG (Vertrieb von audiologischen Diagnostikgeräten in Deutschland) und deren Komplementärgesellschaft GN Otometrics Verwaltungs-GmbH, Münster,
  - GN Otometrics Holding GmbH, Münster (Holdinggesellschaft),
  - Auditdata GmbH, Münster (derzeit inaktiv),
  - GN ReSound GmbH Hörtechnologie, Münster (Holdinggesellschaft),
  - Interton Electronic Hörgeräte GmbH, Bergisch Gladbach (Herstellung und Vertrieb von Hörgeräten),
  - Eraton Hörgeräte GmbH, Bergisch Gladbach (derzeit inaktiv).
- (15) GN ReSound erzielte im Geschäftsjahr 2005 einen Gesamtumsatz von 450,4 Mio. €, davon [150-200] Mio. € in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union und [>0-50] Mio. € in Deutschland. Die Umsatzerlöse bei Hörgeräten lagen dabei im Inland bei [>0-50] Mio. €, der Umsatz bei audiologischen Diagnostikgeräten lag bei [>0-10] Mio. €. Die übrigen Umsätze wurden mit Zubehör für Hörgeräte (Reinigungs- und Pflegeprodukte, Batterien, Fernebedienungen usw.), Ersatzteilen und sonstigen Dienstleistungen erzielt.
- (16) Die beigefügte **Siemens AG** ist die Obergesellschaft eines weltweit unter anderem in der Elektronik und der Elektrotechnik tätigen Konzerns. Im Bereich der Hörgeräte ist Siemens über ihre Tochtergesellschaft Siemens Audiologische Technik GmbH, Erlangen, tätig und bietet Hörgeräte unter den Marken Siemens, Audio Service und Hansaton an. Sie ist darüber hinaus Anbieterin von audiologischen Messgeräten. Der weltweite Gesamtumsatz der Siemens AG belief sich im Geschäftsjahr 2005/2006 auf ca. 87 Mrd. €.

### **III. Formelle Prüfung**

- (17) Das Zusammenschlussvorhaben erfüllt den Zusammenschlusstatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) GWB (Anteilserwerb) sowie des § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB (Kontrollerwerb).
- (18) Das Vorhaben hat keine gemeinschaftsweite Bedeutung im Sinne der europäischen Zusammenschlusskontrollverordnung, da die Schwellenwerte des Art. 1 Abs. 2 u. 3 FKVO für die beteiligten Unternehmen nicht erreicht werden.
- (19) Der beabsichtigte Zusammenschluss wirkt sich im Geltungsbereich des GWB aus (§ 130 Abs. 2 GWB). Beide Zusammenschlussbeteiligte erzielen Umsatzerlöse im Inland und verfügen hier über Standorte.
- (20) Die Vorschriften des GWB über die Zusammenschlusskontrolle finden gemäß § 35 Abs. 1 GWB Anwendung. Das Vorhaben ist anmelde- und kontrollpflichtig, da die Umsatzschwellen des § 35 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB überschritten werden und die Voraussetzungen der Ausnahmetatbestände des § 35 Abs. 2 GWB nicht vorliegen.

### **IV. Materielle Untersagungsvoraussetzungen**

- (21) Gemäß § 36 Abs. 1 GWB ist ein Zusammenschluss, von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, vom Bundeskartellamt zu untersagen, es sei denn, die beteiligten Unternehmen weisen nach, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen.
- (22) Das Zusammenschlussvorhaben erfüllt die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1, 1. Halbsatz GWB, da von ihm im Inland die Begründung eines marktbeherrschenden Oligopols auf dem Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Hörgeräten über den Hörgeräte-Akustikhandel für zu erwarten ist. Anhaltspunkte, dass überwiegende Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten, die die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen, sind bislang weder vorgetragen, noch sonst ersichtlich.

#### **1. Keine Sperre der Anordnung der Untersagung durch höherrangiges Recht**

- (23) Nach Auffassung der Zusammenschlussbeteiligten hat das Bundeskartellamt aus völkerrechtlichen Gründen im vorliegenden Fall keine Untersagungsbefugnis. Das Auswirkungsprinzip enthalte nicht nur eine Legitimation für die Anwendung deutschen Rechts, sondern auch eine Begrenzung. Es halte sich nur dann im Rahmen des nach Art. 25 GG höherrangigen Nichteinmischungsverbots, wenn die

Anwendung des innerstaatlichen Rechts und der darauf beruhenden Maßnahmen auf diese Auswirkungen im Inland begrenzt würden. Sei das Zusammenschlussvorhaben nicht teilbar in einen inländischen und einen ausländischen Teil, so entfalle die Untersagungsbefugnis für den gesamten Fall.<sup>1</sup>

- (24) Die Zusammenschlussbeteiligten haben zudem vorgetragen, dass das Zielunternehmen lediglich unter [ $>0-10\%$ ] seines weltweiten Umsatzes in Deutschland erwirtschaftete. In allen anderen Jurisdiktionen sei das Vorhaben entweder nicht anmeldepflichtig oder – sofern die jeweiligen Fusionskontrollregime eine Freigabe als Vollzugsvoraussetzung vorsehen – bereits freigegeben. Im vorliegenden Fall liege der Schwerpunkt des Zusammenschlusses eindeutig nicht in Deutschland. Daher sei eine Untersagungsbefugnis für den Gesamtzusammenschluss nicht gegeben.
- (25) Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB liegen nach Auffassung der Beschlussabteilung vor. Die Inlandsauswirkung des Vorhabens (§ 130 Abs. 2 GWB) ist unstreitig gegeben, auch wenn das Zusammenschlussvorhaben im Ausland veranlasst ist. Die von der Vorschrift angeordnete Rechtsfolge der Untersagung des Zusammenschlusses ist als gebundene Entscheidung nicht in das Ermessen der Beschlussabteilung gestellt. Auch für eine Abwägung, nach der das nationale Untersagungsinteresse gegebenenfalls niedriger zu bewerten wäre als das völkerrechtliche Nichteinmischungsverbot, ist kein Raum.
- (26) Die Untersagung des Zusammenschlusses verletzt weder allgemeine Regeln des Völkerrechts (Art. 25 GG), noch greift sie unverhältnismäßig in grundrechtlich gewährleistete Rechtspositionen der Zusammenschlussbeteiligten ein.
- (27) Zu den allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechts gehören das Missbrauchs- oder Einmischungsverbot ebenso wie der Auswirkungsgrundsatz. Ob bei teilbaren Zusammenschlüssen aufgrund von verfassungsrechtlichen Regelungen eine Beschränkung der Untersagung auf einen identifizierbaren inländischen Teil geboten ist, kann hier auf sich beruhen, da der Zusammenschluss nicht in dieser Weise räumlich teilbar ist. Ist der Zusammenschluss jedoch nicht teilbar, so geht die wohl herrschende Meinung davon aus, dass eine generelle Untersagungsbefugnis für den Zusammenschluss im Ganzen besteht, um den Zweck des § 36 Abs. 1 GWB zur Geltung zu bringen.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Zuletzt Stellungnahme zur Abmahnung, S. 26ff.

<sup>2</sup> *Stadler* in *Langen/Bunte*, § 130 Rz. 192; *Rehbinder* in *Immenga/Mestmäcker*, § 130 Abs. 2 Rz. 193f. unter Verweis auf *BKartA* 15.4.1992, *WuW/E* 2521, 2524 – *Zahnradfabrik Friedrichshafen/Allison*; *BKartA* 23.7.1992, *AG* 1992, 363, 367 – *Gillette/Wilkinson*; *Meesen*, *ZHR* 143 (1979), 281; *ders.*, *Kollisionsrecht*, S. 17 ff.; *Beck* S 116; *Harms* in *GK Einl. Zus-Kontrolle* Rz. 154, *Schnyder* S. 380f.

- (28) Phonak und GN ReSound unterhalten im Inland überwiegend reine Vertriebsstrukturen für im Ausland gelegene Produktentwicklungs- und Produktionsstätten. Eine Begrenzung der Untersagungsverfügung auf die Inlandsauswirkungen wäre hier wegen Unbestimmtheit unwirksam. So ist der Phonak-Geschäftsbereich Hörgeräte in Deutschland ausschließlich und die erwerbende GN ReSound weit überwiegend im Vertrieb tätig. Lediglich das GN ReSound-Tochterunternehmen Interton verfügt im Inland auch über Fertigungskapazitäten. Eine sinnvolle Abspaltung des Wettbewerbspotentials von GN ReSound im Wege der Abtrennung eines im Wesentlichen nicht-produzierenden deutschen Hörgerätegeschäfts von GN ReSound erscheint darüber hinaus auch aus folgenden Gründen nicht möglich:
- Das unternehmerische Potential von GN ReSound in Deutschland wird nicht wesentlich durch das Tochterunternehmen Interton bestimmt. Auf Hörgeräte von Interton fallen nur 20-25% der inländischen Umsätze von GN ReSound bei Hörgeräten.
  - Eine Abspaltung der inländischen Vertriebsaktivitäten von GN ReSound wird auch deshalb nicht zu einer Separierung des hinter dem inländischen Marktanteil von GN ReSound stehenden Wettbewerbspotentials führen, weil das unternehmerische Kernpotential nicht im Vertrieb, sondern in der Produktentwicklung und -fertigung, im verfügbaren Patent- und Produktportfolio und in der markenstrategischen Positionierung des Mutterkonzerns liegt.
- (29) Schon insoweit sind die Auswirkungen auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland ein sachlich gebotener Anknüpfungspunkt im Sinne des Völkerrechts. Hier führt der Zusammenschluss zu erheblichen Marktanteilsadditionen auf dem betroffenen Produktmarkt und zur Entstehung eines marktbeherrschenden Oligopols.
- (30) Die Zusammenschlussbeteiligten erwirtschaften im Inland gemeinsam Umsatzerlöse in Höhe von [70-100 Mio. €]. Gemessen an den Umsatzerlösen in der EU sind dies etwa 20 %. Zudem ist Deutschland – gemessen an den Umsatzerlösen – der weltweit zweitgrößte Hörgerätemarkt. Demzufolge liegt der wirtschaftliche Schwerpunkt des Zusammenschlusses – bezogen auf Europa – eindeutig in Deutschland. Schon insoweit ist nicht ersichtlich, dass das inländische Interesse an dem Zusammenschluss das Interesse beispielsweise der Länder, in den die Zusammenschlussbeteiligten ihren Hauptsitz haben (Schweiz, Dänemark), überwiegt. Die Interessenabwägung ergibt ein erhebliches Interesse Deutschlands als dem weltweit zweitgrößten Hörgerätemarkt an der Abwehr von Gefahren für die inländische Wettbewerbsstruktur, dem keine gewichtigen anderen nationalen Interessen entgegenstehen.



- (31) Auch kann die Anwendbarkeit der nationalen Fusionskontrolle nicht von den Zufälligkeiten der Sitzwahl der beteiligten Unternehmen oder der Reichweite der unternehmerischen Tätigkeit dieser Unternehmen abhängig gemacht werden. In einer globalisierten Welt ist es der Regelfall, dass Unternehmen, die aufgrund des Überschreitens der Schwellenwerte des § 35 GWB Zusammenschlüsse in Deutschland anmelden müssen, sowohl Standorte als auch erhebliche Umsätze in vielen Ländern Europas und der Welt haben. Würde die Anwendung des GWB daran scheitern, dass Phonak seinen Hauptsitz in der Schweiz hat oder die beteiligten Unternehmen ihre Hörgeräte weltweit vertreiben, wäre den Unternehmen die Instrumentalisierung des Völkerrechts gegen die Anwendung nationaler Wettbewerbsvorschriften jederzeit möglich. Im Ergebnis würden dann nationale Möglichkeiten zur Durchsetzung von Wettbewerbsrecht nicht mehr bestehen. Da es aber mit Ausnahme des EU-Rechts kein supranationales Wettbewerbsrecht gibt, wären Unternehmen wie Phonak und GN ReSound weitgehend der wirksamen Anwendung von Wettbewerbsrecht entzogen.
- (32) Die Untersagung des Zusammenschlusses greift nicht in grundrechtlich gewährleistete Rechtspositionen der Zusammenschlussbeteiligten ein (Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG).
- Nach Art. 19 Abs. 3 GG stehen die natürlichen Personen eingeräumten Grundrechte auch juristischen Personen zu, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Somit können auch juristische Personen Träger des Grundrechts auf allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und des Eigentumsgrundrechts (Art. 14 Abs. 1 GG) sein. Die Erweiterung der Grundrechte erstreckt sich jedoch kraft ausdrücklicher Verfassungsvorschrift nur auf inländische juristische Personen (BVerfGE 21, 207, 208). Dies trifft in Person beider Zusammenschlussbeteiligter nicht zu, deren Hauptsitz in der Schweiz bzw. in Dänemark belegen ist. Das Grundrecht auf Berufsfreiheit steht gemäß Art. 12 Abs. 1 GG ohnehin nur Deutschen zu.
  - Die Untersagungsentscheidung würde die Zusammenschlussbeteiligten aber auch dann nicht in Grundrechten verletzen, wenn man zu ihren Gunsten annähme, dass ihnen die in Frage kommenden Freiheitsrechte der Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG zustünden. § 36 GWB begrenzt in seiner dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechenden Anwendung auf den Zusammenschluss als Inhalts- und Schrankenbestimmung das Eigentumsgrundrecht des Art. 14 Abs. 1 GG und beschränkt zugleich in verfassungsgemäßer Weise das Grundrecht auf Berufsfreiheit sowie das Auffanggrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG.

- (33) Im Ergebnis ist die Untersagung des Zusammenschlusses nicht insgesamt unverhältnismäßig und steht im Einklang mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG). Die Untersagung ist als sonderordnungsrechtliche Maßnahme zur Abwehr der konkret drohenden Gefahr der Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung geeignet, erforderlich und angemessen. Ein milderer Mittel zur Gefahrenabwehr ist nicht ersichtlich. Insbesondere ist eine wirtschaftlich sinnvolle Abtrennung eines deutschen Teils des Zusammenschlusses nicht möglich, da im Inland fast nur Vertriebsstrukturen betroffen sind.

## **2. Ermittlungen**

- (34) Die wettbewerbliche Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens stützt sich im wesentlichen auf die Angaben der beteiligten Unternehmen sowie auf die Ergebnisse teilweise mehrfacher Befragungen der namhaften Hersteller von Hörgeräten mit Sitz oder eigener Vertretung in Deutschland. Dies sind die Unternehmen SAT, Deutschland; William Demant mit den Tochterunternehmen Oticon und Bernafon (im Folgenden Oticon), Dänemark; Widex, Dänemark; Starkey, USA; Sonic, USA; Acousiticon, Deutschland; auric, Deutschland, Audifon, Deutschland, und bruckhoff, Deutschland.
- (35) Darüber hinaus sind auch die 17 größten Hörgeräte-Akustiker bzw. Einkaufsgemeinschaften von Hörgeräte-Akustikern zu ihrem Beschaffungsverhalten und den Wettbewerbsbedingungen bei der Nachfrage nach Hörgeräten befragt worden.
- (36) Zudem hat die Beschlussabteilung den ZVEI – Zentralverband Elektrotechnik- und Elektrotechnikindustrie e.V zu dem im Fachverband Elektromedizinische Technik im ZVEI installierten Meldesystem über Umsätze, Herstellerabgabepreise und sonstige unternehmensinterne Daten von Hörgeräteherstellern befragt.

## **3. Sachliche Marktabgrenzung**

- (37) Nach dem Bedarfsmarktprinzip gehören Produkte dann einem und demselben sachlichen (Angebots-) Markt an, wenn sie aus der Sicht eines verständigen durchschnittlichen Abnehmers hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks ohne Weiteres austauschbar sind, weil sie sich zur Befriedigung desselben Bedarfs eignen. Derart funktionell austauschbare Waren oder Dienstleistungen sind marktgleichwertig und bilden zusammen einen sachlich relevanten Markt.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> st. Rspr., vgl. BGH, WuW/E DE-R 1087, 1091 - Ausrüstungsgegenstände für Feuerlöschzüge; OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 1148, 1152 - trans-o-flex; jeweils m.w.N.

- (38) Bei der Marktabgrenzung berücksichtigt die Beschlussabteilung zudem den Gesichtspunkt des Vollsortiments bzw. der Produktionsumstellungsflexibilität. Dabei wird der sachlich relevante Markt nach Produktgruppen abgegrenzt, die einen typisierten Bedarf decken und für deren Entwicklung und Herstellung ein vergleichbares Entwicklungs- und Fertigungs-Know-how sowie gleichartige Fertigungseinrichtungen einsetzbar sind (BGH WuW/E DE-R 1501, 1502 – Kfz-Kupplungen).
- (39) Nach dem Ergebnis der Ermittlungen betrifft das Vorhaben den inländischen Produktmarkt für die Herstellung und den Vertrieb von Hörgeräten für den Hörgeräte-Akustikhandel.

### 3.1 Allgemeine Produkt- und Marktinformationen

#### 3.1.1 Hörverlust und Hörgerät

- (40) Das **menschliche Ohr** ist ein kompliziertes System, bestehend aus (a) dem Außenohr (Ohrmuschel, äußerer Gehörgang), (b) dem Mittelohr (Trommelfell, Knöchelchen – Hammer, Amboss, Steigbügel –) und (c) dem Innenohr (Schnecke/ Cochlea, Bogengänge des Gleichgewichtsorgans, Gehör- und Gleichgewichtsnerv). Die akustischen Signale, die von außen an das Ohr herangetragen werden, sind Luftschwingungen. Diese Schwingungen treffen als Schallwellen über die Ohrmuschel und den Gehörgang auf das Trommelfell. Dort werden die Schwingungen über die Knöchelchen weiter übertragen und verstärkt. Schließlich gelangen sie in das Innenohr. Hier befinden sich bis zu 20.000 hochempfindliche Sinneszellen (sog. Haarzellen). Je nach Intensität und Wellenlänge der Schwingungen werden die Haarzellen unterschiedlich stimuliert. Die Schwingungen werden in bioelektrische Impulse umgewandelt und über den Hörnerv an das Hörzentrum im Gehirn weitergeleitet. Durch Entschlüsselung, Umsetzung und Interpretation werden die akustischen Signale schließlich gehört und verstanden, z.B. als Sprache, Musik oder Straßenlärm.
- (41) **Schwerhörigkeit** hat eine Reihe von Ursachen. So kann sich im Alter die Funktion der Haarzellen verschlechtern (*Altersschwerhörigkeit*). Im Regelfall sind davon höhere Töne stärker betroffen als tiefe. Störend sind für die Betroffenen häufig Hintergrundgeräusche und besonders laute Töne.
- (42) Auch die Schallübertragung über Trommelfell und Gehörknöchelchen kann gestört sein (*Schalleitungsschwerhörigkeit*). Ursachen sind beispielsweise Verwachsungen, Verletzungen des Trommelfells oder entzündliche Prozesse. Der Betroffene hört alle Signale leiser als der Normalhörende.
- (43) Durch Lärmeinwirkung im Alltag und Beruf (lautes Arbeitsumfeld, Konzerte, Ohrhörer usw.) kann *Lärmschwerhörigkeit* entstehen. Hiervon sind zunehmend

auch jüngere Leute betroffen. Durch die dauerhafte Schädigung der Hörschnecke werden anfangs vor allem die höheren Frequenzen schlechter wahrgenommen, später auch mittlere Töne.

- (44) Weitere Hörschädigungen sind unter anderem *Hörstürze* und *Tinnitus*.<sup>4</sup>
- (45) **Hörgeräte** sind elektronische Geräte, die für schwerhörige Menschen die Hörfunktionen durch Verstärkung der eingehenden akustischen Signale verbessern. Dabei sind die Wechselwirkungen zwischen der Hörgerätetechnik und dem Höreindruck - z.B. Herausfiltern der "nützlichen" Signale, Verbesserung der Sprachverständlichkeit und des Hörkomforts in schwierigen Hörsituationen - ein Arbeitsfeld der *Audiologie*.
- (46) Hörgeräte bestehen grundsätzlich aus folgenden Komponenten:
- Ein oder mehrere Mikrofone, die die eingehenden akustischen Signale auffangen und diese in elektrische Signale umwandeln,
  - analoger oder digitaler Verstärker, der diese Signale verstärkt und bearbeitet,
  - Lautsprecher (= Hörer), der die elektrischen Signale wieder in Schall umwandelt und in das Ohr abgibt und
  - Batterien, die das System mit Strom versorgen.

### 3.1.2 Analoge und digitale Hörgeräte

- (47) Der Produktmarkt der Hörgeräte ist technisch in (a) digitale, (b) digital programmierbare analoge und (c) analoge Hörgeräte zu unterteilen.
- (a) **Analoge Hörgeräte** haben eine analoge Signalverarbeitung und eine mechanische Einstellung des Hörgeräts über am Hörgerät angebrachte Regler, meist über sog. "Trimmer" (z.B. Einstellen der Lautstärke). Analoge Mikroprozessoren erlauben in der Regel keine komplexe Signalverarbeitung, sondern beschränken sich im Wesentlichen auf die rein akustische Verstärkung der Umwelt.
- (b) Bei den **digital programmierbaren analogen Hörgeräten** ist die Signalverarbeitung analog, die Einstellung des Hörgeräts findet digital über eine PC-Programmierschnittstelle statt. Der Vorteil gegenüber den (nicht digital programmierbaren) analogen Hörgeräten besteht darin, dass die Einstellung des Geräts nicht durch außen am Gerät angebrachte Regler begrenzt ist. So können z.B. Lautstärkeanpassungen auf unterschiedlichen Frequenzen vorgenommen werden. Da es sich aber um eine analoge Technologie handelt, kann keine Spracherkennung und Störgeräuschunterdrückung erfolgen.

---

<sup>4</sup> Weitergehende Informationen finden sich auf den Homepages zahlreicher Hörgerätehersteller und Hörgeräte-Akustiker, z.B. bei [www.gerland-bielefeld.de](http://www.gerland-bielefeld.de).

- (c) **Digitale Hörgeräte** haben eine digitale Signalverarbeitung und sind digital über den PC einzustellen. Diese Technik erlaubt neben der automatischen Lautstärkeregelung und Hörgeräteprogrammauswahl die Störgeräusch- und Spracherkennung. Digitale Hörsysteme können Störgeräusche ermitteln und unterdrücken, um sie nicht zusammen mit der Sprache oder der Musik zu verstärken. Damit kann das Hörgerät präzise an den individuellen Hörverlust und die Lebensumstände des Kunden angepasst werden.
- (48) Herzstück eines digitalen Hörgeräts bilden integrierte Schaltungen (Chips). Sie steuern die Signalverarbeitung. Diese Chips sind winzig klein und verarbeiten mehrere Millionen Transaktionen pro Sekunde. Auf den Chips werden sog. Anpassalgorithmen installiert, die die digitale Signalübertragung definieren und das Leistungsspektrum des jeweiligen Hörgeräts festlegen. Die namhaften Hersteller verwenden entweder sog. DSP-Chips oder ASIC-Chips. Diese unterscheiden sich im Wesentlichen im Hinblick auf die Technik der Programmierbarkeit von Anpassalgorithmen (z.B. neue Funktionen und Programme), sind aber nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung im Hinblick auf ihr Anwendungsspektrum und ihre Leistungsfähigkeit gleichwertig.
- (49) Für die exakte und schnelle Anpassung der Hörgeräte an die Verstärkungsbedürfnisse der Schwerhörigen verwendet der Hörgeräte-Akustiker eine sog. **Anpass-Software**. Diese wird ihm vom jeweiligen Hörgerätehersteller kostenlos zur Verfügung gestellt.
- (50) In Deutschland dominierten im Jahre 2006 die digitalen Hörgeräte den Markt mit einem Anteil von über 90% des Marktvolumens. Im Einzelnen kann die Verteilung zwischen digitalen, analogen digital programmierbaren und analogen Hörgeräten nach Menge und Wert der folgenden Tabelle entnommen werden<sup>5</sup>:

---

<sup>5</sup> Die Angaben beruhen auf der Branchenstatistik des ZVEI (siehe auch Rz. 75 ff.).

**Tabelle 1: Marktgewicht digitaler und analoger Hörgeräte**

	Menge		Wert	
	in Stück	in %	in 1.000 €	in %
Hörgeräte Gesamt	<b>650.484</b>	<b>100,0%</b>	<b>193.521</b>	<b>100,0%</b>
Davon				
Digitale Hörgeräte gesamt	589.528	<b>90,6%</b>	187.530	<b>96,9%</b>
Analoge Hörgeräte gesamt	60.413	<b>9,3%</b>	5.991	<b>3,1%</b>
Davon				
Digital programmierbare	35.613	5,5%		
Analoge	24.800	3,8%		

### 3.1.3 Im-Ohr-Geräte ("ITE") und Hinter-dem-Ohr-Geräte ("BTE")

- (51) Bei **ITE-Hörgeräten** ("in-the-ear") ist die Elektronik (entweder volldigital, analog digital programmierbar oder analog) in das im Ohr sitzende Ohrpassstück eingebaut. Das Ohrpassstück wird auch Otoplastik genannt. Es wird vom Hersteller individuell nach Maß des Trägers angefertigt. Hierzu erstellt der Hörgeräte-Akustiker einen Abdruck der Ohrmuschel des Kunden und legt diesen der Bestellung eines ITE-Geräts bei. Es werden drei Arten unterschieden:
- Concha-Geräte füllen die gesamte Ohrmuschel aus und sind auch noch für größere Hörstärken geeignet.
  - Hörgangsgeräte sitzen im vorderen Teil des Hörgangs und sind für mittlere Hörverluste geeignet.
  - CIC-Geräte werden tief im Gehörgang getragen und sind Miniaturgeräte, die bei Bedarf mittels eines kleinen Fadens aus dem Gehörgang gezogen werden können. Sie sind verwendbar bei leichten bis mittleren Hörverlusten und nicht zu engen Gehörgängen.
- (52) Bei **BTE-Hörgeräten** ("behind-the-ear") ist das Hörgerät in einem Gehäuse integriert, das hinter dem Ohr getragen wird. Das Ohrpassstück im Ohr sorgt dafür, dass das Hörgerät richtig angelegt wird. Da die Elektronik im hinter dem Ohr getragenen Hörgerät liegt, ist das Ohrpassstück wesentlich kleiner als die Otoplastik bei ITE-Hörgeräten. Über einen dünnen Kunststoffschlauch wird der Schall vom Hörgerät in das Ohrpassstück geleitet.
- (53) Aufgrund der offenen Bauweise der BTE-Geräte ist deren Hörkomfort wesentlich höher als bei ITE-Geräten (siehe auch unten *Exkurs: "offene Versorgung"*). Zudem werden die BTE-Hörgeräte zunehmend kleiner und "verschwinden" hinter den Ohr, sodass die diesbezüglichen Vorteile der ITE-Geräte durch die Produktentwicklungen bei BTE-Hörgeräten zunehmend aufgehoben werden.

- (54) In Deutschland liegt der Anteil der BTE-Hörgeräte bei über 90% des Marktvolumens. Im Einzelnen kann die Verteilung zwischen den BTE- und ITE-Geräten nach Menge und Wert der folgenden Tabelle entnommen werden<sup>6</sup>:

**Tabelle 2: Marktbedeutung von BTE- und ITE-Geräten**

	Menge		Wert	
	in Stück	in %	in 1.000 €	in %
Hörgeräte Gesamt	650.484	100,0%	193.521	100,0%
Davon				
<b>digitale Hörgeräte</b>	<b>589.546</b>	<b>90,6%</b>	<b>187.530</b>	<b>96,9%</b>
Davon				
BTE-Geräte	522.560	<b>80,3%</b>	161.282	<b>83,3%</b>
ITE-Geräte	66.986	<b>10,3%</b>	26.248	<b>13,6%</b>
Davon				
<b>Analoge Hörgeräte</b>	<b>60.413</b>	<b>9,3%</b>	<b>5.991</b>	<b>3,1%</b>
Davon				
BTE-Geräte	56.924	8,8%		
ITE-Geräte	3.489	0,5%		

### Exkurs: Offene Versorgung

- (55) Traditionelle BTE-Hörgeräte enthalten ein Ohrpassstück, das das Ohr mehr oder weniger vollständig verschließt und eine unnatürliche Wahrnehmung der eigenen Stimme sowie von Schluck- und Kaugeräuschen bewirkt (sog. Verschlusseffekt, "Okklusion"). Zudem nimmt ein geschlossenes Hörgerät dem leicht Hörschädigten jede Möglichkeit, sein noch verbliebenes eigenes Hörvermögen zu nutzen. Die beschriebenen Nachteile gelten natürlich auch für ITE-Hörgeräte. GN ReSound hat im Jahr 2003 das erste erfolgreiche BTE-Gerät der sog. "offenen Versorgung" am Markt eingeführt (Produktlinie AIR). Bei der offenen Versorgung wird ein Ohrpassstück angeboten, das wesentlich kleiner und durchlässiger ist als die herkömmlichen Ohrpassstücke von BTE-Hörgeräten. Dieses weiche Plastikschirmchen ist über einen dünnen Schallschlauch mit dem Hörgerät verbunden. Die offene Versorgung gewährleistet, dass das Ohr besser belüftet wird und sich kein Wärmestau oder bzw. keine Feuchtigkeit bilden kann. Außerdem empfinden die Träger offener Systeme die eigene Stimme und Schluck- und Kaugeräusche nicht als unnatürlich. Um die bei der offenen Versorgung verstärkt auftretenden Rückkopplungseffekte (sog. "Rückkopplungspfeifen")<sup>7</sup> zu verhindern, kommen entsprechend effektive Softwaresysteme zum Einsatz. Die offene Versorgung ist besonders für Kunden mit leichtem bis mittlerem Hörverlust im Hochtonbereich

<sup>6</sup> Die Angaben beruhen auf der Branchenstatistik des ZVEI.

<sup>7</sup> Bei der Schallübertragung vom Hörgerät zum Ohr kommt es insbesondere bei Hörgeräten der offenen Versorgung vor, dass der verstärkte Schall über das offene Ohrpassstück aus dem Ohr austritt, vom Mikrofon des BTE-Hörgeräts wieder aufgefangen, erneut verstärkt und ins Ohr geleitet wird, abermals aufgefangen wird und so fort. Der Endeffekt ist ein mehr oder minder schrilles Pfeifen, das zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Hörkomforts führt.

geeignet. Insbesondere die hohen Töne, die bei der typischen Altersschwerhörigkeit verloren gehen, werden verstärkt. Da das Ohr nicht vollständig abgedeckt wird, geht die Signalverstärkung im Tieftonbereich, d.h. bei niedrigen Frequenzen, (teilweise) verloren. Jedoch kann der Kunde durch die Offenheit des Systems die niedrigen Frequenzen der Umgebung direkt wahrnehmen. BTE-Geräte der offenen Versorgung verfügen – da sie für leichten bis mittleren Hörverlust eingesetzt werden – über vergleichsweise kleine Gehäuse (je weniger Verstärkung nötig, desto kleinere Komponenten möglich). BTE-Hörgeräte der offenen Versorgung gehören zu den wichtigsten Entwicklungen der letzten Jahre und zählen heute zu den umsatzstärksten Hörgeräten am Markt.

### 3.1.4 Teilimplantierte Hörsysteme

- (56) Neben den BTE- und ITE-Hörgeräten gibt es auch **teilimplantierte Hörsysteme**. Diese werden mit einer speziellen Halterung an der Schädeldecke hinter dem Ohr befestigt (z.B. wenn der Gehörgang fehlt oder dieser chronisch entzündet ist). Die Schallübertragung erfolgt hier nicht über die Verstärkung von Luftschwingungen, sondern über den Knochen direkt auf das Innenohr. Die entsprechenden Produkte sind mit Hörgeräten nicht austauschbar. Knochenverankerte Hörsysteme werden von Hörgeräte-Herstellern auch nicht angeboten. Wesentlicher Anbieter knochenverankerter Hörsysteme ist die Firma Cochlear, Schweiz. Phonak und Cochlear haben ein Gemeinschaftsunternehmen gegründet, um Know-how auf dem Gebiet der Audiologie und auf dem Gebiet der Hörimplantate zu vereinen. Da das Vorhaben den Bereich der teilimplantierten Hörsysteme nicht betrifft, erübrigen sich im Folgenden weitere Erläuterungen zu diesem Bereich.

### 3.1.5 Digitalisierung der Hörgeräte

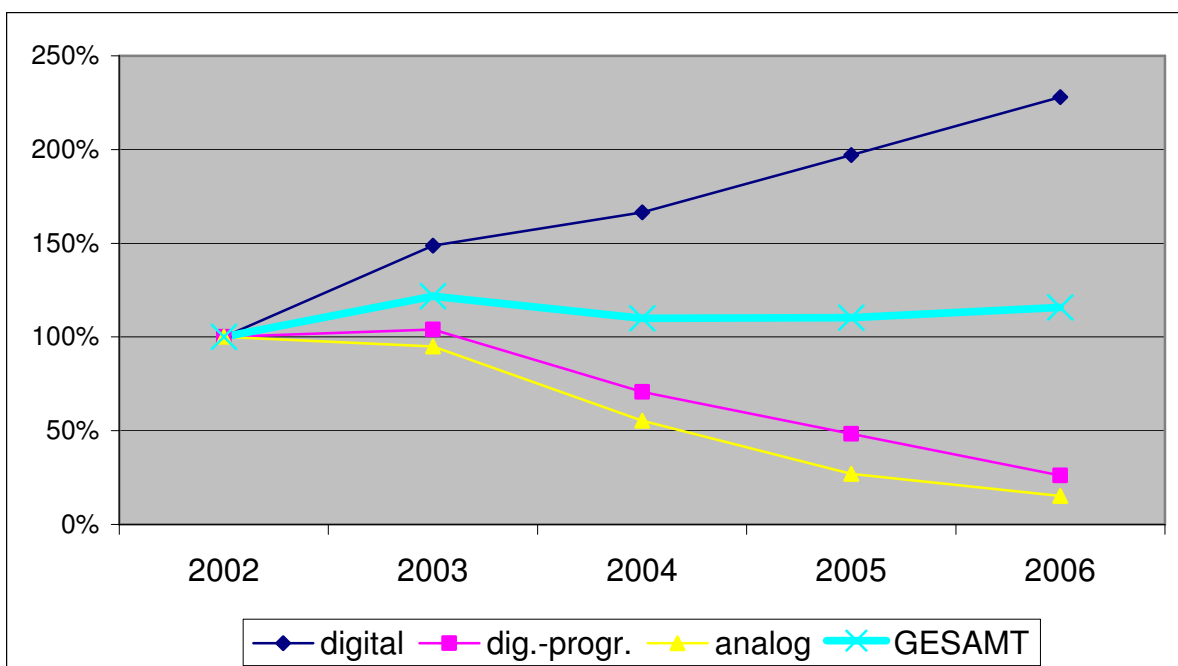
- (57) Der Markt für Hörgeräte ist durch die Digitalisierung revolutioniert worden. Der Ausgleich von Hörschädigungen durch das Tragen von Hörgeräten hat sich durch die digitale Signalübertragung und -bearbeitung entscheidend verbessert. Dieser grundlegende Innovationsschub ist mittlerweile weitgehend abgeschlossen. Digitale Hörsysteme haben sich zum Industriestandard entwickelt.
- (58) Die Entwicklung und das Ausmaß der nahezu vollständig abgeschlossenen Substitution der analogen durch die digitalen Hörgeräte kommt in den folgenden Tabellen der absoluten und relativen Mengenveränderungen und ihrer graphischen Darstellung deutlich zum Ausdruck.



**Tabelle 3: Mengenentwicklung digitaler und analoger Hörgeräte**

Hörgeräte	2002	2003	2004	2005	2006
	in Stück	in Stück	in Stück	In Stück	in Stück
Digital	258.578	384.736	430.301	509.400	589.528
analog digital-progr.	136.456	141.960	96.564	65.837	35.613
analog	162.304	154.117	89.902	43.823	24.800
<b>Gesamt</b>	<b>561.573</b>	<b>684.204</b>	<b>617.822</b>	<b>619.773</b>	<b>650.484</b>
<b>Gesamtmarktentwicklung</b>	<b>100</b>	<b>122</b>	<b>110</b>	<b>110</b>	<b>116</b>

**Graph 1: Entwicklung der Substitution analoger durch digitale Hörgeräte**



**Tabelle 4:**

**Prozentuale Entwicklung digitaler und analoger Hörgeräte nach Menge**

Hörgeräte	2002	2003	2004	2005	2006
	in %	in %	in %	in %	in %
Digital	46%	56%	70%	82%	91%
Analog digital-progr.	24%	21%	16%	11%	5%
Analog	29%	23%	15%	7%	4%
<b>Gesamt</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>

(59) Die Substitution von analogen Hörgeräten durch digitale Hörgeräte erfolgte nicht sprunghaft, sondern über einen Zeitraum von 8-10 Jahren. Auch das Markt-

volumen ist nach der Menge und nach dem Wert zwischen 2002 und 2006 nicht sprunghaft, sondern stetig um insgesamt 16% bzw. 14% angestiegen. Hintergrund dürfte sein, dass die gesetzlichen Krankenkassen nur alle fünf Jahre Zuschüsse zu einem neuen Hörgerät gewähren und somit der Substitutionsprozess eher kontinuierlich über einen längeren Zeitraum stattfindet.

- (60) Der moderate Anstieg des Marktvolumens ging einher mit einer starken Substitution der analogen und analogen digital programmierbaren durch digitale Hörgeräte. Während der Substitutionsprozess in den oberen Preissegmenten, insbesondere im Segment "Listenpreis<sup>8</sup> > 900 €" im Jahr 2002 schon weit fortgeschritten war, haben die Hörgerätehersteller digitale Hörgeräte in den unteren Preissegmenten, insbesondere im Segment "Listenpreis unter 200 €" erst ab 2002/2003 und verstärkt erst ab 2004 etabliert. Dies verdeutlichen die nachfolgenden Tabellen:

**Tabelle 5: Mengententwicklung der digitalen Hörgeräte nach Preissegmenten**

<b>Digitale Hörgeräte nach Listenpreisgruppen</b>	<b>2002</b>	<b>2003</b>	<b>2004</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>
	in Stück	in Stück	in Stück	in Stück	in Stück
bis 200 €	8.125	14.489	64.548	124.771	178.996
200 – 400 €	100.300	200.122	207.607	192.842	198.773
400 – 600 €	36.590	40.262	28.805	51.515	78.326
600 – 750 €	20.021	29.249	27.163	14.439	12.926
750 – 900 €	21.578	21.387	23.236	31.317	32.313
Über 900 €	71.964	79.228	78.942	94.516	88.195
<b>GESAMT</b>	<b>258.578</b>	<b>384.736</b>	<b>430.301</b>	<b>509.400</b>	<b>589.528</b>

**Tabelle 6: Relatives Wachstum der digitalen Hörgeräte**

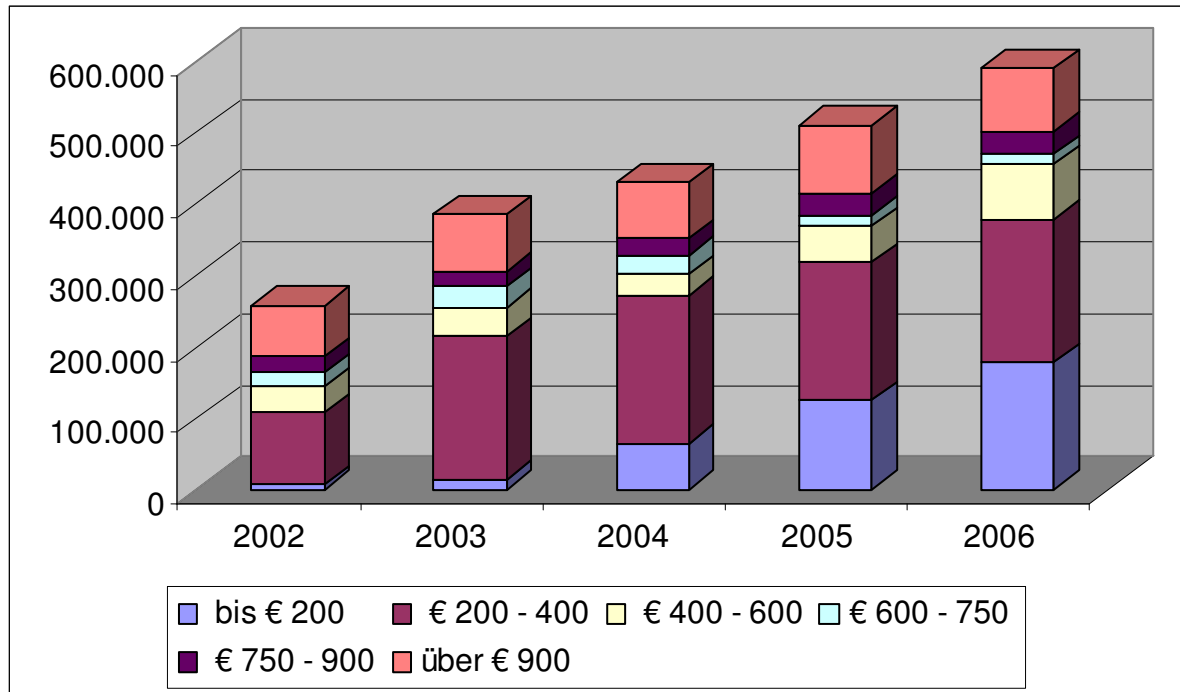
<b>Digitale Hörgeräte nach Listenpreisgruppen</b>	<b>2002</b>	<b>2003</b>	<b>2004</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>
	in %	in %	in %	in %	in %
bis 200 €	100%	178%	794%	1536%	2203%
200 – 400 €	100%	200%	207%	192%	198%
400 – 600 €	100%	110%	79%	141%	214%
600 – 750 €	100%	146%	136%	72%	65%
750 – 900 €	100%	99%	108%	145%	150%
über 900 €	100%	110%	110%	131%	123%
<b>GESAMT</b>	<b>100%</b>	<b>149%</b>	<b>166%</b>	<b>197%</b>	<b>228%</b>

- (61) Der Substitutionsprozess dürfte letztlich erst 2006 zum Abschluss gekommen sein, da 2006 aufgrund der Zuwächse im untersten Preissegment (bis 200 €) noch

<sup>8</sup> Listenpreis ist im Folgenden der Preis im Verhältnis Hörgerätehersteller – Hörgeräte-Akustikhandel vor Abzug von Erlösschmälerungen (z.B. Mengenrabatte, Skonti, Boni).

einmal ein Wachstum der Gesamtmenge von ca. 50% bei den digitalen Hörgeräten erzielt werden konnte.

**Graph 2: Mengenentwicklung bei digitalen Hörgeräten**



### 3.1.6 Entwicklungsschwerpunkte bei Hörgeräten

- (62) Der Markt für Hörgeräte ist inzwischen in eine Ausreifungsphase übergegangen, echte Produktneuentwicklungen sind nicht mehr zu erwarten. Damit unterscheidet sich der Hörgerätemarkt heute von Märkten in der Expansionsphase, die sich erst zu entwickeln beginnen und ein so hohes Innovationstempo aufweisen, dass Marktanteile und Marktführerschaft noch instabil oder gar nicht zu ermitteln sind. Dies bedeutet nicht, dass der Hörgerätemarkt nicht auch weiterhin für Innovationen im Sinne von Produktweiterentwicklungen offen ist. Die Entwicklungspotentiale sind vielfältig. Sie werden den Hörgerätemarkt aber nicht – wie die Digitalisierung – revolutionieren, sondern zu einer weiteren Verbesserung und Optimierung der vorhandenen digitalen Technik (z.B. verbesserte Algorithmen für die Signalverstärkung und -bearbeitung) führen. Dabei liegen die Hersteller von Hörgeräten in ihrer Entwicklungskompetenz sehr nah beieinander; echte Technologievorsprünge sind die Ausnahme<sup>9</sup>.
- (63) Der Stand der technischen Entwicklung und die konkreten technischen Entwicklungspotentiale liegen nach den Ermittlungen derzeit insbesondere in den Bereichen:

<sup>9</sup> So auch Siemens, Gespräch am 22.2.2007, Gespr.vermerk, S. 3f., Bl. 795f. d.A.

- Hohe okklusionsfreie Klangqualität (offene Versorgung)
- Sound Smoothing (Impulsschallunterdrückung).<sup>10</sup>
- Längere Batterielebensdauer,
- DataLearning und Datalogging<sup>11</sup>,
- Automatischer Mikrofonabgleich (e2e)<sup>12</sup>
- Weiterentwicklung von Richtmikrofonen<sup>13</sup> und
- Drahtlos-Übertragungsverfahren für Daten und Audiosignale sowohl zwischen zwei Hörgeräten (siehe oben) als auch zwischen externen elektronischen Komponenten und dem Hörgerät (Bluetooth-Technologie<sup>14</sup>, FM-Systeme<sup>15</sup> usw.).

(64) Teilweise legen Hörgerätehersteller bereits bestehende Produkte unter einem geänderten Produktnamen neu auf, ohne dass innovative, ggf. patentierte Funktionalitäten hinzukommen. Phonak hat mit dem eigenen Produkt Perseo ein Beispiel für eine solche Produktstrategie benannt.<sup>16</sup> Herr Valentin Chaperro Rueda, CEO von Phonak, hat im Phonak Analyst Meeting vom 2.10.2006 anlässlich der Präsentation der beabsichtigten Übernahme von GN ReSound - bezogen auf die Übernahme des Produktportfolios von GN ReSound - den Begriff der "Pseudo-Produktvielfalt" verwendet:

"The beauty of our approach is that we will create or we will maintain this pseudo-complexity from a product point of view while having a very, very orderly, structured and efficient platform approach underneath. So cash is king, but sometimes also perception is king. So what we are doing is basically cater to the perception of our customers while using the same core technologies".<sup>17</sup>

---

<sup>10</sup> Unangenehme Störgeräusche (z.B. Papierrascheln, Geschirrklopfen, Türknallen) werden unterdrückt und die gewünschten Signale dadurch deutlicher hörbar. Der Hörkomfort des Hörgerätes wird erhöht.

<sup>11</sup> DataLearning: Die eingestellten Algorithmen sind in der Lage, das Geräuschumfeld des Hörgeschädigten zu erkennen und die Programmierung des Geräts darauf auszurichten (selbstlernende Algorithmen). Data Logging: Hier speichert das Gerät während des Tragens die Besonderheiten der Geräuschumgebung des Hörgeschädigten. Der Hörgeräte-Akustiker kann dies dann bei einer erneuten Anpassung des Gerätes berücksichtigen; Siemens, Gespräch am 22.02.2007, Gespr.vermerk S. 3., Bl. 795 d.A.

<sup>12</sup> Hier passen sich die beiden Hörgeräte in ihrer Empfindlichkeit automatisch aneinander an, wenn sich die Umweltgeräusche ändern. Der Hörgeschädigte hat dann die gleiche Hörqualität und Verstärkungsleistung auf beiden Ohren, SAT Gespräch am 22.02.2007, Gespr.vermerk S. 3; Bl. 795 d.A.

<sup>13</sup> Richtmikrofone nehmen Signale von der Blickrichtung als auch von der Seite und der Rückseite des Kopfes auf und erhöhen damit die Signalaufnahme durch die Mikrofone (besseres Herausfiltern der gewünschten Signale, Stichwort: "Digital Surround Zoom"); SAT Gespräch am 22.02.2007, Gespr.vermerk S. 3, Bl. 795 d.A.; Phonak, Schr. v. 14.2.2007, Anlage 10, Bl. 663 d.A..

<sup>14</sup> Freisprecheinrichtung für Telefone, Mobiltelefone, Drahtlos-Kommunikation mit Audiosystemen usw. siehe Rz. 69.

<sup>16</sup> Phonak, Schr. v. 14.02.2007, S. 9, Bl. 631 d.A.

<sup>17</sup> Exhibit 6 zum Schreiben Oticon vom 05.01.2007 in Anlagenordner Oticon.

- (65) Nach Auffassung der Zusammenschlussbeteiligten bestimmen heute - neben den vorgenannten technologischen Neuerungen- rein subjektive, größtenteils nicht patentierte "Wohlfühlfaktoren" den Markterfolg von Hörgeräten.

"Entscheidend ist vielmehr ein Zusammenspiel einer Vielzahl – oft auch rein subjektiver – "Wohlfühlfaktoren", die größtenteils mit patentierten Erfindungen keine Verbindung aufweisen."<sup>18</sup>

- (66) Hierunter fallen die Miniaturisierung der Gehäuse ("klein, ultraschmal und federleicht"), ein elegantes und modernes Design, attraktive High-tech-Farben und eine erhöhte Ästhetik des Hörgeräts.<sup>19</sup> Dies spricht dafür, dass der Hörgerätemarkt insbesondere in den letzten Jahren in eine Phase der technischen und optischen Optimierung eingetreten ist und Innovationsschübe, wie sie bei jungen Märkten in der Entwicklungs- und Experimentierphase zu beobachten sind, nicht mehr zu erwarten sind.

### 3.1.7 Zubehör und sonstige audiologische Geräte

- (67) Zum **Zubehör** für Hörgeräte gehören im Wesentlichen Reinigungs- und Pflegeprodukte, Batterien, Fernbedienungen, Ladegeräte und Verbindungskabel. Fernbedienungen erlauben es den Hörgeräteträgern, die Funktionen des Geräts jederzeit der Hörsituation anzupassen.
- (68) Fernbedienungen werden im Regelfall von den Herstellern als Zubehör zu den eigenen Hörgeräten angeboten und sind unmittelbar mit dem Absatz der eigenen Hörgeräte verbunden. Anderes Zubehör wird auch von anderen Herstellern außerhalb des Hörgerätemarktes angeboten. Die Anbieterstruktur ist hier breiter als im Bereich der Hörgeräte. Der Zusammenschluss führt im Bereich der Zubehöerteile aufgrund der im Vergleich zum Hörgerätemarkt sehr geringen Umsätze und der vergleichsweise geringen wettbewerblichen Relevanz für den Hörgerätemarkt nicht zu fusionsrechtlichen Bedenken. Die Marktstruktur würde sich nicht wesentlich ändern, wenn man die Umsätze mit Fernbedienungen dem Hörgerätemarkt zuschlagen würde. Der Bereich der Zubehöerteile für Hörgeräte wird daher im Folgenden nicht weiter geprüft.
- (69) Ein bedeutendes **Zusatzgerät** für Hörgeräte ist das drahtlose **FM-System**. Dies ist ein drahtloser Signalübertrager, mittels dessen Hörgeschädigte über ihr Hörgerät drahtlos mit ihren Lehrern, Kollegen oder Angehörigen verbunden werden können. Es besteht aus einem Sender, mit dem die Stimme des Sprechers aufgenommen und der via Radiowellen drahtlos an einen kleinen Funkempfänger angeschlossen wird. Der Funkempfänger selbst ist am persönlichen Hörgerät angeschlossen. Dies erhöht das Verständnis des gesprochenen Wortes in lärmbelasteten

---

<sup>18</sup> Schr. Phonak v. 14.02.2007, S. 8; Bl. 630 d.A..

<sup>19</sup> Phonak, Schr. v. 14.02.2007, S. 8, Bl. 630 d.A.

Umfeldern. Phonak ist nach dem Verständnis der Beschlussabteilung der wesentliche Anbieter dieser Technologie. Mittels universeller drahtloser Empfangsmodule am jeweiligen Hörgerät können alle anderen Hörgerätehersteller die FM-Systeme von Phonak nutzen. Aufgrund der besonderen Technologie und des spezifischen Einsatzbereiches von FM-Systemen sind diese nicht dem Markt für Hörgeräte zuzurechnen. GN ReSound ist hier nicht tätig, sodass das Vorhaben keine Auswirkungen auf den Bereich der FM-Geräte hat.

- (70) **Audiologische Diagnosegeräte** werden verwendet, um Gehördiagnose zu betreiben und um Hörgeräte messen und anpassen zu können. Nachfrager sind im Wesentlichen HNO-Ärzte, Hörgeräte-Akustiker, HNO-Kliniken und Arbeitsmediziner. Bei Diagnosegeräten für die medizinische Bestimmung des Hörverlusts unterscheidet man subjektive Tests und Verfahren (Mithilfe des Patienten erforderlich) und objektive Tests (ohne Mithilfe des Patienten, z.B. bei Neugeborenen, behinderten Menschen). Die Geräte werden typischerweise als Audiometer und Tympanometer (zur Mittelohrdiagnostik) bezeichnet.<sup>20</sup>
- (71) Der Hörgeräte-Akustiker benötigt **audiologische Messgeräte**, die über die audiometrische Diagnostik hinausgehen und auch Messfunktionen wahrnehmen. Die Zusammenführung dieser Messverfahren wird üblicherweise als "Messbox" bzw. "Insitumessung" bezeichnet. Sie ist nicht deckungsgleich mit der Anpassung eines konkreten Hörgeräts an den Hörverlust eines Hörgeschädigten, sondern dient der Verifikation der Hörgeräteanpassung. Dabei wird über einen Sondenschlauch der Schallpegel im Gehörgang des Kunden gemessen und mit vorgegebenen hörverlustabhängigen Zielkurven verglichen. Wesentliche Anbieter solcher Systeme sind Oticon über ihre Tochterunternehmen Maico und Interacustics (Produkt Affinity), SAT (Produkt UNITY II) und GN ReSound über das Tochterunternehmen GN Otometrics (Produkt Aurical). Daneben gibt es kleinere Anbieter wie Acousiticon, Auritec oder Homoth. Oticon wird in der Branche als Marktführer bei audiologischen Messgeräten angesehen. Phonak ist hier nicht tätig.

### 3.1.8 Erstattungssystem in Deutschland

- (72) Rechtsgrundlage für die Finanzierung eines Hörgeräts durch die gesetzliche Krankenversicherung (GKV) ist § 33 SGB V. Nach der Dokumentation des verbesserten Hörvermögens durch den HNO-Arzt erstattet die **GKV** einen **Festbetrag** von derzeit ca. 420 €, bei binauraler (beidseitiger) Versorgung beim 2. Gerät ca. 335 €. Ferner wird eine Reparaturpauschale in Höhe von 170 bis 190 € erstattet. Verbrauchsartikel (Pflegeprodukte, Batterien usw.) muss der Patient i.d.R. selbst

---

<sup>20</sup> Eine detaillierte Produktbeschreibung findet sich in der Antwort von Oticon vom 05.01.2007, S. 5ff., Bl. 165 LO Wettbewerber I.

bezahlen.<sup>21</sup> Die Festbeträge werden unabhängig vom Endpreis des Hörgeräts erstattet. Der Endpreis für ein Basisgerät (Listenpreis bis 200 €) liegt nach Anpassung durch den Hörgeräteakustiker exakt in Höhe des Festbetrags. Im High-End-Bereich liegt er – je nach Ausstattung – zwischen 2.000 und 4.000 €. Voraussetzung für die Erstattung ist, dass die Hörgeräte im Hilfsmittelverzeichnis der GKV als erstattungsfähige Hilfsmittel aufgelistet sind. Nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung haben die gesetzlich Versicherten alle fünf Jahre einen Anspruch auf die Erstattung eines Festbetrages durch ihre Versicherung.

- (73) Festbeträge für Hörgeräte gibt es seit 1989. Die Festbeträge sind in der Vergangenheit immer wieder leicht gesenkt worden. Zum 1.1.2005 ist die Zuständigkeit für die Bestimmung der Festbeträge von den Landesverbänden auf die Bundesspitzenverbände der Krankenkassen übertragen worden. Mit diesem Datum wurden die Festbeträge für Hörgeräte bundesweit einheitlich auf die oben genannten Beträge festgesetzt. Nach den vorliegenden Informationen sind die Festbeträge hierdurch im Ergebnis um etwa 80 € gesenkt worden.
- (74) Nach den Ermittlungsergebnissen setzen zumindest einige Krankenkassen für die Erstattung voraus, dass beim Hörgerätekauf eine **"vergleichende Anpassung"** durchgeführt wurde. Sie beinhaltet im Regelfall die probeweise Anpassung technisch vergleichbarer Produkte verschiedener Hersteller und – wenn der Kunde nicht von vornherein ein höherpreisiges Hörgerät bevorzugt – auch die Anpassung eines Basisgeräts ohne Zuzahlung.

### 3.1.9 ZVEI-Meldesystem und Preissegmente

- (75) Alle Hörgerätehersteller, die ihre Hörgeräte an den Hörgeräte-Akustikerhandel vertreiben, sind Mitglieder im ZVEI – Zentralverband Elektrotechnik- und Elektro-technikindustrie e.V., Frankfurt/Main (im Folgenden ZVEI). Sie melden an den ZVEI bzw. an den Fachverband Elektromedizinische Technik im ZVEI monatlich detaillierte Angaben über die eigenen Absatzmengen und Umsätze bei Hörgeräten. Gemeldet werden im Wesentlichen die monatlich abgesetzten Stückzahlen und Umsätze für
- Analoge, analoge digital programmierbare und digitale Hörgeräte,
  - ITE Hörgeräte (weiter differenziert nach CIC-Geräten, Geräten mit/ohne Schale usw.),
  - BTE-Hörgeräte,
  - digitale Hörgeräte aufgeteilt nach Listenpreissegmenten (siehe unten),
  - Probegeräte im Markt (nur Stückzahl),

---

<sup>21</sup> Eine Ausnahme sind schulpflichtige Kinder.

- Rücksendungen von Hörgeräten vom Handel an die Hersteller (nur Stückzahl),
- FM-Geräte (FM-Sender, FM-Empfänger, nur Stückzahl),
- Durchschnittliches Kundenzahlungsziel (Tage).

In diesem Detaillierungsgrad besteht das ZVEI-Meldesystem seit 2002.

(76) Die im Rahmen dieses Meldesystems definierten Preissegmente sind in Deutschland Grundlage für die Einteilung von Hörgeräten in Produktklassen. Die Preissegmente wurden ab dem Jahr 2002 von den Herstellern – wie folgt - neu definiert:

- Hörgeräte über 900 € Listenpreis ("High-End-Produkte").
- Hörgeräte zwischen 751 und 900 € Listenpreis ("Business Class").
- Hörgeräte zwischen 601 und 750 € Listenpreis ("Comfort Class").
- Hörgeräte zwischen 401 und 600 € Listenpreis ("Economy Class").
- Hörgeräte zwischen 201 und 400 € Listenpreis ("Economy Class").
- Hörgeräte bis 200 € Listenpreis (Basisgeräte, zuzahlungsfrei).

(77) Jeder Hersteller bietet nunmehr nach Ablauf des digitalen Substitutionsprozesses für jedes der oben genannten Segmente ein oder zwei Produktfamilien mit entsprechenden Listenpreisen an. Bei den tatsächlich erzielten Herstellerabgabepreisen zeigt sich aber, dass die Preissegmente nicht genau gegeneinander abgrenzbar sind. Nach den Auswertungen des ZVEI liegen die durchschnittlichen Herstellerabgabepreise zum Teil ein oder sogar zwei Preissegmente unter dem entsprechenden Listenpreissegment. Ein wesentlicher Grund dürfte hierfür sein, dass die Hersteller bei Einführung eines neuen Produktes in ein Preissegment nicht den Listenpreis des Vorgängermodells, sondern nur dessen tatsächlichen Herstellerabgabepreis absenken.

### **3.2 Einheitlicher sachlich relevanter Markt für Hörgeräte**

(78) Nach Auffassung der Zusammenschlussbeteiligten ist von einem Gesamtmarkt für Hörgeräte auszugehen.

(79) Der Wandel von analoger zu digitaler Technik weist nicht zwangsläufig auf separate Märkte hin. Das Aufkommen einer neuen Funktionalität – hier die Digitalisierung – könne nicht dazu führen, jeweils einen neuen Markt anzunehmen. Ansonsten müsse unter Umständen bei jeder neuen Funktion wieder ein neuer Markt abgegrenzt werden, obwohl diese Produkte sehr wohl in Wettbewerb



zueinander stünden. Schließlich seien alle wesentlichen Anbieter mit analogen und digitalen Hörgeräten im Markt vertreten.<sup>22</sup>

- (80) Die Unterscheidung ITE und BTE bezöge sich im Wesentlichen nur auf ein äußeres Konstruktionsmerkmal. Die zugrundeliegende Technologie unterscheide sich nicht. Die Anwendungsbereiche seien im Wesentlichen identisch; beide Bauformen könnten für sämtliche Hörschäden verwendet werden. Es gebe nur sehr wenige Indikationen, in denen ein BTE-Gerät aufgrund der medizinischen Indikation bevorzugt werde, z.B. wenn der Hörkanal zu klein ist für ein ITE-Gerät. Im Übrigen sei die Entscheidung für ein BTE- oder ITE-Gerät abhängig von den persönlichen Präferenzen des Kunden.<sup>23</sup>
- (81) Der Auffassung der Zusammenschlussbeteiligten ist zu folgen.

### **3.2.1 Keine getrennten Märkte für analoge und digitale Hörgeräte**

- (82) Im Hinblick auf die zugrundeliegende Technik und das Entwicklungs-Know-how sind analoge und digitale Hörgeräte sehr unterschiedlich konzipiert (siehe oben Rz. 57 ff.). Auch werden wesentliche Funktionen, die das digitale Hörgerät anbietet – z.B. die Spracherkennung und die Störgeräuscherkennung und -bearbeitung – über analoge Hörgeräte nicht vermittelt. Einige der Hersteller von Hörgeräten haben zudem angegeben, dass sie analoge Hörgeräte nicht (mehr) anbieten. Dennoch handelt es sich im vorliegenden Fall um Produkte, die einem einheitlichen sachlich relevanten Markt zuzurechnen sind. Hierfür sind folgende Gründe maßgebend:
- (83) Die stark sinkende Marktbedeutung der analogen Hörgeräte ist ursächlich auf die Digitalisierung von Hörgeräten seit 1996/97 zurückzuführen. Der Wettbewerber SAT vergleicht die Verdrängung der analogen Hörgeräte mit der Verdrängung von Schwarz-Weiß-Monitoren nach der Einführung von Farbfernsehern.<sup>24</sup> Aufgrund der innovativen Technik und den individuellen Einstellmöglichkeiten richtet sich die audiologische Entwicklung heute nur noch auf digitale Hörgeräte. Analoge und analoge, digital programmierbare Hörgeräte werden im Wesentlichen nur noch in Ländern außerhalb der Europäischen Union verkauft. In Deutschland liegt der Anteil der analogen und digital programmierbaren Hörgeräte inzwischen bei unter 5% des Gesamtumsatzes bei Hörgeräten. Die Tendenz ist weiter sinkend. Damit konzentriert sich die weit überwiegende den Markt prägende Nachfrage heute auf digitale Hörgeräte. Da die Analoggeräte keinen Anwendungsbereich haben, in dem Digitalgeräte nicht zum Einsatz kommen können, verlieren die analogen Hör-

---

<sup>22</sup> Schr. Phonak v. 27.12.2006, S. 7, Bl. 324 d.A.

<sup>23</sup> Schr. Phonak v. 28.11.2006, S. 2f., Bl. 295 d.A. B3-554/06.; Schr. Phonak v. 27.12.2006, S. 7, Bl. 324 d.A.

<sup>24</sup> Schreiben SAT v. 08.01.2007, S. 4, Bl. 245 LO Wettbewerber I.

geräten in dem Maße an Marktgeltung, wie die digitalen Hörgeräte an Markterfolg gewinnen. Die Wettbewerbsbedingungen bei analogen und digitalen Hörgeräten sind schon deshalb nicht isoliert voneinander zu betrachten. Beide Hörgerätetypen gehören einem sachlich relevanten Markt an.

### **3.2.2 Keine getrennten Märkte für BTE- und ITE-Hörgeräte**

- (84) BTE- und ITE-Geräte stellen lediglich unterschiedliche Bauformen für Hörgeräte dar. Die verwendeten Komponenten sind sehr ähnlich, das Spektrum der Programmierbarkeit von Anpassalgorithmen, die Einsatzbereiche und die Leistungsfähigkeit in etwa gleichwertig. Insgesamt sind die technischen Unterschiede zwischen den Hörgeräten, die hinter dem Ohr getragen werden (BTE) und denen, die im Ohr getragen werden (ITE), nicht so gewichtig, als dass von getrennten sachlich relevanten Märkten auszugehen wäre. Alle namhaften Hersteller von Hörgeräten bieten sowohl BTE- als auch ITE-Hörgeräte an. Sie verfügen sämtlich über ein umfassendes und vollständiges Produktportfolio. Dieses Produktportfolio wird von den Hörgeräte-Akustikern auch als Gesamtsortiment nachgefragt.
- (85) Die Hörgeräte ITE haben in Deutschland eine weit geringere Marktbedeutung als digitale Hörgeräte BTE. Im analogen Marktsegment werden sie fast gar nicht mehr angeboten, ihr Anteil am Digitalmarkt liegt nur bei ca. 10%.
- (86) Alle befragten Hersteller von Hörgeräten unterstützen diese Marktabgrenzung und zählen BTE- und ITE-Hörgeräte zu einem einheitlichen sachlich relevanten Markt.

### **3.2.3 Keine getrennten Märkte für die einzelnen Preissegmente**

- (87) Jeder Hersteller bietet für jedes der in Abschnitt 3.1.9 genannten Preissegmente ein oder zwei Produktfamilien mit jeweils verschiedenen Hörgerätetypen (z.B. BTE, ITE, Power-Version usw.) an. Die dem ZVEI-Meldesystem zugrundeliegenden Preissegmente sind aber reine Listenpreissegmente. Nach den Auswertungen des ZVEI liegen die tatsächlich erzielten Herstellerabgabepreise zum Teil ein oder zwei Preissegmente unter dem entsprechenden Listenpreissegment. Insoweit ist die Preissegmentierung des ZVEI in erster Linie ein Versuch, den am Meldesystem beteiligten Unternehmen einen möglichst detaillierten Überblick über die am Markt erzielten Herstellerabgabepreise und Umsätze zu bieten. Die für die Hersteller hiermit verbundenen Transparenzgewinne indizieren jedoch für sich genommen keine Produktmarktabgrenzung, die sich an diesen Preissegmenten orientiert.
- (88) Die Hörgeräte dienen – unabhängig vom jeweiligen Preissegment - dem gleichen Anwendungsbereich. Nach übereinstimmender Aussage der namhaften Hersteller von Hörgeräten werden Produktinnovationen, d.h. neue Features bzw. Funktionen,

immer zunächst im High-End-Bereich eingeführt. Diese neuen Funktionen sind potentiell auch in Hörgeräten unterer Preissegmente verfügbar, da die Hörgeräte eines Herstellers im Regelfall auf ein oder zwei Chip-Plattformen installiert werden, auf denen sämtliche Anpassalgorithmen – seien sie neu oder schon am Markt eingeführt – programmiert werden können. Phonak beispielsweise nutzt für alle Hörgeräte die sog. Palio-Plattform. Diese Plattform kann alle von Phonak entwickelten Programmierungen aufnehmen.<sup>25</sup> Ebenso verfügt GN ReSound über eine einheitliche Chip-Plattform für alle Produktfamilien. SAT und Oticon nutzen mehrere Plattformen, sind aber ebenfalls in der Lage, Features für Hörgerätetypen unterschiedlicher Preissegmente freizuschalten.

- (89) Die Produktdifferenzierung zwischen den Preissegmenten wird im Wesentlichen durch die Freischaltung bzw. Nichtfreischaltung der jeweiligen installierten Funktionen erreicht. So bietet SAT die Funktion "Sound Smoothing" bislang nur im High-End-Segment an (Produktfamilie Centra). Sound Smoothing wäre beispielsweise auch bei Artis, einem Hörgerät im Listenpreis-Segment 401-600 €, verfügbar (gleiche Chip-Plattform), wird aber derzeit in Deutschland noch nicht freigeschaltet. In Australien hingegen wird Sound Smoothing von SAT schon in mittleren Preissegmenten angeboten. Auch Phonak bietet Sound Smoothing nur in den oberen Preissegmenten an (z.B. SaviaArt SoundRelax).
- (90) Weitere Produktunterschiede innerhalb des Produktportfolios der Hersteller liegen im Wesentlichen in der Größe des Geräts und im Stromverbrauch.
- (91) Im Ergebnis ist festzustellen, dass die Hörgeräte aufgrund der nahezu deckungsgleichen Produkteigenschaften einem sachlich relevanten Markt angehören unabhängig davon, welchem Preissegment sie angehören. Die im Regelfall zuerst im oberen Preissegment durchgeführte "Optimierung" des Hörgeräts – z.B. im Hinblick auf Spracherkennung und Störgeräuschunterdrückung - steht dem nicht entgegen, zumal das zugrundeliegende Fertigungs- und Entwicklungs-Know-how bei allen der Beschlussabteilung bekannten Anbietern von Hörgeräten vorhanden ist. Die benannten Produktdifferenzierungen sind in ihrer Gesamtheit nicht so wesentlich, dass sie eine sachliche Marktabgrenzung, die sich an einzelnen Hörgerätetypen oder Preisklassen orientiert, rechtfertigen könnten. Die Beschlussabteilung geht daher von einem einheitlichen sachlichen Markt für Hörgeräte aus.

### **3.3 Getrennter Markt für den Absatz von Hörgeräten an Hörgeräte-Akustiker**

- (92) Im Falle einer Hörminderung wird der Patient typischerweise vom HNO-Facharzt untersucht und behandelt. Dieser kann bei Bedarf (Sprachverständnis von weniger

---

<sup>25</sup> So z.B. Schr. Phonak v. 27.12.2006, S.5, Bl. 262 d.A.

als 80%) ein Hörgerät verschreiben und den Patienten an einen **Hörgeräte-Akustiker** verweisen. In der "Verordnung" wird üblicherweise kein konkretes Hörgerät, sondern der Hörverlust mit den ermittelten Messdaten beschrieben und ggf. ein Gerätetyp empfohlen.

- (93) Die Struktur des Hörgeräte-Akustikhandels in Deutschland ist durch etwa knapp 15-20 überregional tätige Filialisten mit mehr als 10 Filialen, ein halbes Dutzend großer Einkaufsgemeinschaften und etwa 1.500 Unternehmen mit einer bis drei Filialen gekennzeichnet. Auf die 15 größten Filialisten und Einkaufsgemeinschaften entfällt ein wertmäßiges Beschaffungsvolumen von unter 50% aller in Deutschland über den Hörgeräte-Akustikhandel beschafften Hörgeräte. Selbst das Beschaffungsvolumen der größten Filialisten Kind und Geers liegt jeweils weit unter 10%.
- (94) Neben dem üblichen Vertriebsweg über die Hörgeräteakustiker hat sich seit einigen Jahren in Deutschland der sog. "**verkürzte Versorgungsweg**" etabliert. Hier werden die Hörgeräte über die Mithilfe von HNO-Ärzten durch Repräsentanten der Hersteller selbst vertrieben. Im ersten Modell dieses verkürzten Versorgungsweges besteht eine Online-Verbindung zwischen der Arztpraxis und dem Hersteller. Der Arzt erbringt Messleistungen, die in der Fertigungsstätte umgesetzt werden. Dem Kunden wird dann das fertige Hörgerät geliefert. Beim anderen Modell werden die Anpassungsleistungen durch den Hersteller direkt in der Arztpraxis erbracht. Wählt ein Patient den verkürzten Versorgungsweg, wird der Hörgeräte-Akustik-Handel als Einzelhandelsstufe im Vertrieb von Hörgeräten umgangen.
- (95) In Deutschland sind nur die Unternehmen Sonic und auric im verkürzten Versorgungsweg tätig. Auf diesen entfällt ein Anteil von unter 10% am Gesamtumsatz mit Hörgeräten. Alle anderen Wettbewerber (im Wesentlichen Siemens, Phonak, Oticon, GN ReSound, Widex) setzen ihre Produkte ausschließlich über den Hörgeräte-Akustikhandel ab. Sie sind nicht Anbieter im verkürzten Versorgungsweg. Hörgeräte über den verkürzten Versorgungsweg werden – so die Aussage von Sonic – aufgrund der Einsparung von Kosten für einen Teil der Dienstleistung des Hörgeräte-Akustikers unter dem Endkundenpreis im Hörgeräte-Fachhandel an den Endkunden abgegeben.
- (96) Insoweit widerspricht auch der Einwand von Siemens, die vertriebsbezogene Aufspaltung des Hörgerätemarktes in separate Teilmärkte für die Lieferung an (a) den Hörgeräte-Akustikhandel und (b) den verkürzten Versorgungsweg sei aufgrund der eigenen Lieferungen an Anbieter im verkürzten Versorgungsweg unzutreffend, den eigenen Angaben. Siemens hat in seinem Antwortschreiben mitgeteilt, ihm sei außer den genannten Herstellern Sonic und auric kein Unternehmen bekannt, das im verkürzten Versorgungsweg tätig sei.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Siemens, Schr. v. 0801.2007, S. 19, Bl. 260 LO Wettbewerber I.

- (97) Verschiedene Hörgeräte-Akustiker und die Bundesinnung der Hörgeräte-Akustiker (biha) haben Ärzte, die am verkürzten Versorgungsweg teilnehmen, in der Vergangenheit unter dem Vorwurf eines standes- und damit wettbewerbswidrigen Verhaltens verklagt. Die Klagen sind – soweit der Beschlussabteilung bekannt – abgewiesen worden.<sup>27</sup> Hörgeräte-Akustiker machen gegen den verkürzten Versorgungsweg auch geltend, dass nur sie für die Auswahl und optimale Einstellung eines Hörgeräts ausgebildet seien.
- (98) Die beim Hörgeräte-Handel gelisteten Hersteller haben der Beschlussabteilung mitgeteilt, dass sie nicht am verkürzten Versorgungsweg teilnehmen und dies auch nicht beabsichtigen. Nach Aussage von Sonic und verschiedenen Hörgeräte-Akustikern ist Hörgeräteherstellern, die den verkürzten Versorgungsweg nutzen, der Zugang zu den Hörgeräte-Akustikern verwehrt. Die Beschlussabteilung hat bei der Befragung der Hörgeräte-Akustiker keinen Fall ermitteln können, in dem ein Hörgeräte-Akustiker einen Anbieter, der mit ihm über den verkürzten Versorgungsweg im Wettbewerb steht, in den Jahren 2004 bis 2006 gelistet hat.
- (99) Die Lieferanten, die beim Hörgeräte-Akustikerhandel gelistet sind, unterstützen diesen in seiner Ablehnung des verkürzten Versorgungsweges. Auric wird nach eigenem Bekunden nicht mit Hörgeräten Dritter für den Vertriebsweg "verkürzte Versorgung" beliefert.<sup>28</sup> Die Anbieter Sonic und auric sind auch nicht Mitglied im ZVEI bzw. im Fachverband Elektromedizinische Technik im ZVEI. Auric und Sonic machen hierfür unter anderem die mangelnde Kooperationsbereitschaft der anderen Hörgeräte-Hersteller verantwortlich. Nach Angaben von Sonic dürfen satzungsgemäß nur Hersteller Mitglied beim ZVEI werden, die ihre Produkte auf dem klassischen Vertriebsweg über Hörgeräte-Akustiker mit lokalen Fachgeschäften vertreiben.<sup>29</sup>
- (100) Die Hersteller Sonic und auric stehen nicht in einem Wettbewerbsverhältnis zu den Lieferanten des Hörgeräte-Akustikhandels. Sie werden von den Hörgeräte-Akustikern nicht als alternative Lieferanten angesehen.
- (101) Den Herstellern von Hörgeräten bedienen damit zwei nahezu vollständig getrennte Vertriebswege. Die Hersteller Sonic und auric vertreiben ihre Hörgeräte ausschließlich über den verkürzten Versorgungsweg, d.h. die HNO-Ärzte; die anderen Anbieter, die auch Mitglied im ZVEI sind, vertreiben ihre Hörgeräte ausschließlich über den Hörgeräte-Akustikhandel. Eine Aufteilung des sachlich relevanten Marktes in zwei Abnehmergruppen ist daher aufgrund des tatsächlichen Verhaltens sowohl

---

<sup>27</sup> BGH, Beschluss v. 15.11.2001, Az: I ZR 275/99; BGH, Beschluss v. 29.06.2000, AZ I ZR 59/98.

<sup>28</sup> Schr. auric v. 1.1.2007, S. 8, Bl. 98 LO Wettbewerber I.

<sup>29</sup> Schr. Sonic v. 05.01.2007, S. 14, Bl. 354 LO Wettbewerber I.

der Anbieter als auch der Nachfrager sachgerecht.<sup>30</sup> Die Beschlussabteilung wird die Bedeutung des potentiellen Wettbewerbs durch Sonic und auric im Rahmen der fusionsrechtlichen Gesamtbetrachtung berücksichtigen.

#### 4. Räumliche Marktabgrenzung

- (102) Der geographisch relevante Markt im Sinne der Zusammenschlusskontrolle nach dem GWB ist nach ökonomischen Kriterien abzugrenzen. Er umfasst das Gebiet, in dem die betreffenden Produkte regelmäßig angeboten und nachgefragt werden, in dem die Wettbewerbsbedingungen homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet.
- (103) Vorliegend geht die Beschlussabteilung davon aus, dass der Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Hörgeräten an den Hörgeräte-Akustikhandel unter ökonomischen Gesichtspunkten räumlich national abzugrenzen ist.
- (104) Die Zusammenschlussbeteiligten halten die Frage, ob der Markt für Hörgeräte deutschlandweit oder europaweit abzugrenzen ist, nicht für entscheidungsrelevant. Es sprächen aber eine Reihe von Gründen für eine europaweite Marktabgrenzung. Die Tatsache, dass sich das deutsche Sozialversicherungssystem von dem in anderen Ländern unterscheidet, spreche nicht für einen deutschen Markt, da relativ wenige Hörgeräte ganz oder überwiegend von der GKV bezahlt würden. Die Anpassung durch den Hörgeräte-Akustiker sei lediglich für ITE-Hörgeräte notwendig (manuelle Fertigung der Otoplastik). Insgesamt würden die Hörgeräte-Hersteller die nationalen Märkte über wenige zentrale Fertigungsstätten beliefern. Schließlich handele es sich bei den Kunden um hochprofessionelle Hörgeräte-Akustiker, welche in aller Regel bestens mit der verwendeten Technologie vertraut seien.<sup>31</sup>
- (105) Bei medizintechnischen Produkten geht das Bundeskartellamt nach ständiger Entscheidungspraxis und in Übereinstimmung mit der Kommission<sup>32</sup> von nationalen Märkten aus. Kommission und Bundeskartellamt stützen sich dabei im Wesentlichen auf folgende Aspekte:
- Die Erstattungsfähigkeit von medizintechnischen Produkten variiert von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat. Es bestehen unterschiedliche Preisobergrenzen und Erstattungssysteme.
  - Die Beschaffungsprozesse unterscheiden sich erheblich.

---

<sup>30</sup> Anders die Fallkonstellation im Fall "Staubsaugerbeutelmarkt", wo die Hersteller von Staubsaugerbeuteln ihre Produkte auf einen einheitlichen Markt absetzen, zu dem als Marktgegenseite sowohl die Gerätehersteller als auch der Handel gehören; BGH 5.10.2004, WuW/E DE-R 1355, 1356f.

<sup>31</sup> Phonak, Schr. v. 27.12.2006, S. 12f., Bl. 329f. d.A.

<sup>32</sup> Vgl. COMP/M. 3146 Smith & Nephew/Centerpulse, zuletzt COMP/M.3687 Johnson&Johnson/Guidant.

- Die inländischen Kunden kaufen fast nicht im Ausland. Sie machen hier insbesondere Risiken hinsichtlich der Bestandsverwaltung und der Produkthaftung geltend.
- Im Regelfall ist eine lokale Vertriebsniederlassung und eine intensive Vor-Ort-Betreuung Voraussetzung für einen Marktzutritt und eine erfolgreiche Marktbearbeitung. Die Vor-Ort-Betreuung umfasst das Spektrum von der Produkt- und Handhabungsschulung bis hin zur Bestandsverwaltung.

(106) Auch im vorliegenden Fall führt die räumliche Marktabgrenzung nicht zu einem anderen Ergebnis.

#### **4.1 Bedeutung nationaler Vertriebssysteme**

(107) Zwar operieren die in Deutschland führenden Anbieter SAT, Phonak, Oticon, GN ReSound und Widex weltweit. Zudem sind die an die Produktqualität anknüpfenden Zulassungsvoraussetzungen für Medizinprodukte bzw. medizinische Hilfsmittel im Europäischen Wirtschaftsraum durch Umsetzung der EG-Medizinprodukterichtlinie (EU-Richtlinie 93/42/EWG) weitgehend harmonisiert. Hörgeräte gehören gemäß Anhang IX zur Klasse IIa der Richtlinie und müssen daher bestimmte in der EU harmonisierte Qualitätssicherungsverfahren durchlaufen.

(108) Dennoch verfügen alle Hörgerätehersteller über ein nationales Vertriebssystem in den Ländern, die für sie von zentraler marktstrategischer Bedeutung sind. Jeder der in Deutschland tätigen Hörgerätehersteller verfügt hier über ein eigenes engmaschiges Vertriebssystem. Hersteller ohne inländisches Vertriebs- und Servicesystem sind bei den befragten Hörgeräte-Akustikern nicht gelistet.

#### **4.2 Bedeutung einer Vor-Ort-Betreuung**

(109) Die Vor-Ort-Betreuung durch den Hersteller bzw. Lieferanten von Hörgeräten ist für die befragten Hörgeräte-Akustiker durchweg von herausragender Bedeutung bzw. sogar unerlässlich, beispielsweise zur Beratung, zur Schulung der Anpasssoftware und des Anpassens des Hörgeräts an das Ohr sowie zur schnellen technischen Problemlösung im Verwendungszusammenhang. Bei jeder Markteinführung einer neuen Produktfamilie führen die Hersteller Roadshows bei ihren wichtigsten Kunden durch. Die Frequenz der Kundenbesuche zwecks Kundenbetreuung und Schulung ist im Markt für Hörgeräte aufgrund der kurzen Produktlebenszyklen - insbesondere in den oberen Preissegmenten - überaus hoch. Der weit überwiegende Teil der befragten Hersteller hat vorgetragen, dass er eine umfassende und intensive Vor-Ort-Betreuung für einen erheblichen Faktor

in der wettbewerblichen Differenzierung hält.<sup>33</sup> Alle befragten Hörgeräte-Akustiker haben die Notwendigkeit einer begleitenden intensiven Vor-Ort-Betreuung durch die Lieferanten eindeutig und uneingeschränkt bejaht. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Beschlussabteilung durchweg große Kunden mit hohen Einkaufsvolumina und einer Vielzahl von Filialen befragt hat. Bei den übrigen Ein-, Zwei- oder Drei-Filialbetrieben wird die Notwendigkeit einer intensiven Vor-Ort-Betreuung durch die gelisteten Hörgerätehersteller erst recht gegeben sein.

### **4.3 Tatsächliches Einkaufsverhalten der Nachfrager**

- (110) Die Beschlussabteilung hat bei ihren Ermittlungen keine Hinweise auf signifikante Zukäufe aus dem Ausland erhalten. Direkteinkäufe aus dem Ausland durch Abnehmer von Hörgeräten finden trotz erheblicher Preisunterschiede beispielsweise im High-End-Segment<sup>34</sup> offenbar nur in Ausnahmefällen bzw. nur in sehr geringem Umfang statt. Dies wird auch von bedeutenden Herstellern wie z.B. Oticon bestätigt<sup>35</sup>. Die Ergebnisse der Befragung inländischer Abnehmer deuten insgesamt darauf hin, dass diese es in der Regel nicht einmal in Erwägung ziehen, ihren Bedarf an Hörgeräten über einen Lieferanten mit Sitz im Ausland und ohne eigenes Vertriebssystem im Inland zu befriedigen. Folgerichtig hat auch keiner der befragten Hörgeräte-Akustiker als aktuellen Lieferanten von Hörgeräten ein Unternehmen ohne inländisches Vertriebs- und Servicesystem benannt.

### **4.4 Verordnungs- und Erstattungssystem im europäischen Vergleich**

- (111) Die Wettbewerbsbedingungen innerhalb der Europäischen Union weisen ganz erhebliche Unterschiede im Hinblick auf das jeweils nationale Verordnungs- und Erstattungssystem auf. Im wesentlichen sind folgende Regime zu beobachten:

#### **Frankreich, Schweiz und Deutschland**

- (112) Die Erstattungssysteme weisen erhebliche Parallelen auf (zum deutschen System siehe oben Rz. 72 ff.). Auch in Frankreich erhält der Patient bei Bedarf vom HNO-Arzt ein Rezept, mit dem er zum Hörgeräte-Akustiker geht und versorgt wird. Die gesetzliche Krankenversicherung in Frankreich erstattet allerdings nur einen Festbetrag von ca. 200 € pro Ohr (es gibt Ausnahmen für Kinder, Jugendliche und Bedürftige). Der Festbetrag in Deutschland ist mehr als doppelt so hoch.<sup>36</sup> In der

---

<sup>33</sup> z.B. Schr. Siemens vom 08.01.2007, S. 8, Bl. 249 d.A., siehe auch Antwortschreiben Widex, Starkey, Oticon, bruckhoff, auric, Sonic in LO Wettbewerber I.

<sup>34</sup> Hierzu siehe unten Rz. 119 ff..

<sup>35</sup> Schr. vom 05.01.2007, S. 13, Bl. 173 LO Wettbewerber I; siehe auch Schr. Sonic v. 05.01.2007, Seite 6, Bl. 346 LO Wettbewerber I.

<sup>36</sup> Siehe z.B. Schr. Siemens v. 08.01.2007, S. 10, Bl. 251 LO Wettbewerber I; Schr. Oticon v. 05.01.2007, S. 14, Bl. 174 LO Wettbewerber I..



Schweiz ähneln die Versorgungs- und Erstattungssysteme demjenigen in Deutschland.<sup>37</sup>

### **Spanien, Italien**

- (113) Zwar werden Hörgeräte im Wesentlichen über Hörgeräte-Akustiker vertrieben<sup>38</sup>; eine Kostenerstattung durch die Krankenkassen gibt es aber nicht (Ausnahmen für Kinder und Bedürftige).

### **Großbritannien, Skandinavien**

- (114) In Großbritannien ist die Hörgeräteversorgung zweigeteilt (die Systeme in den skandinavischen Ländern sind vergleichbar):

#### *Staatlich geregeltes Gesundheitswesen (NHS)*

- (115) Der Patient wird vom Hausarzt in eine Klinik mit audiologischer Abteilung überwiesen. Dort wird der Hörverlust ggf. diagnostiziert und ein adäquates Hörgerät (meist BTE) angepasst. Der Patient erhält das Hörgerät kostenlos, hat bezüglich der Gerätequalität jedoch keine Auswahlmöglichkeit. Die über das NHS abgegebenen Hörgeräte werden im Rahmen von Ausschreibungen zentral beschafft. Lediglich ca. 15% der Hörgeräte werden "off-contract" von den Kliniken selbst bei den Hörgeräteherstellern eingekauft. Im Regelfall dauert die Versorgung bis zur Anpassung des Hörgeräts etwa 18 Monate.<sup>39</sup>

#### *Privater Erwerb von Hörgeräten*

- (116) Bei ITE-Hörgeräten und bei höherpreisigen Produkten, die vom staatlichen Gesundheitswesen nicht abgegeben werden, ähnelt die Versorgungsstruktur der in Deutschland. Eine Erstattung findet jedoch nicht statt. Den Angaben von Phonak zufolge werden in Großbritannien jährlich ca. 200.000 der insgesamt 600.000 angepassten Hörgeräte über diesen Privatmarkt vertrieben.<sup>40</sup>

#### *Public Private Partnerships*

- (117) Aufgrund der langen Wartezeit zwischen Diagnose und der endgültigen Versorgung geht das staatliche Gesundheitswesen vermehrt dazu über, Hörgeräte-Akustiker bei der Anpassung der voll erstatteten Hörgeräte einzubinden. Der Hörgeräte-Akustiker bezieht die entsprechenden Hörgeräte aus dem Kontingent der NHS.

---

<sup>37</sup> Siehe z.B. Schr. Phonak v. 27.12.2007, S. 16, Bl. 333 d.A..

<sup>38</sup> Amplifon und Gaes sind die marktführenden Akustikunternehmen mit einem Marktanteil von weit über 50%.

<sup>39</sup> Schr. Siemens v. 08.01.2007, S. 11.; Schr. Oticon v. 05.01.2007, S. 14.

<sup>40</sup> Gespräch mit Phonak am 18.02.2007; zur Beschreibung des Systems siehe auch Siemens, Schr. v. 08.01.2007, S. 11f., Sonic, Schr. v. 05.01.2007, S. 7.

- (118) Die beschriebenen Unterschiede führen dazu, dass die Absatzbedingungen, Vertriebssysteme und Preissetzungsspielräume für eine Reihe von Preissegmenten in den genannten Ländern bzw. Regionen überaus unterschiedlich sind. Dies spricht schon für sich genommen dafür, dass der Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Hörgeräten an den Hörgeräte-Akustikhandel im vorliegenden Verfahren räumlich auf Deutschland begrenzt ist.

#### **4.5 Herstellerabgabepreise im europäischen Vergleich**

- (119) Die Zusammenschlussbeteiligten haben der Beschlussabteilung unter anderem die im Jahr 2006 erzielten durchschnittlichen Herstellerabgabepreise für die Produktfamilien benannt, die Phonak und GN ReSound im oberen Preissegment "Listenpreis > 900 €" vertreiben.<sup>41</sup> In diesen Segmenten spielt die technische und optische Optimierung des Gerätes als Verkaufsargument eine größere Rolle als die Höhe des Erstattungspreises durch die Krankenkassen. Entsprechend führen die Unterschiede in den Erstattungssystemen bei einem Vergleich der Herstellerabgabepreise hier zu weniger Verzerrungen bei einem Produktvergleich in den unteren Preissegmenten. Schließlich wird dieses Segment von vielen Marktteilnehmern als das für den Wettbewerb entscheidende Preissegment bei Hörgeräten angesehen.
- (120) Die Produktfamilie Savia wird von Phonak in Schweden, Frankreich und Spanien zu einem wesentlich niedrigeren Herstellerabgabepreis vertrieben als in Deutschland. Der Herstellerabgabepreis von Savia lag in Deutschland im Jahr 2006 nach Angaben von Phonak bei [...] € (vorläufige Hochrechnung vom 16.01.2007).<sup>42</sup> Der Phonak-Herstellerabgabepreis für Savia liegt in Schweden; Frankreich und Spanien bei [...] des Herstellerabgabepreises in Deutschland.
- (121) Die von GN ReSound in Schweden, Frankreich, Großbritannien, Österreich und Spanien erzielten Herstellerabgabepreise für die High-End-Produktfamilie Metrix liegen mit [...] unter dem vom ZVEI für 2006 errechneten durchschnittlichen Herstellerabgabepreis in Deutschland für das Segment "Listenpreis über 900 €". In Deutschland hat GN ReSound Metrix im Jahr 2006 wieder vom Markt genommen.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Anlage VI 3.1 und Anlage VI 3.2.

<sup>42</sup> Schr. Phonak v. 16.02.2007, Anlage Phonak 2. Der angegebene, hochgerechnete Herstellerabgabepreis erscheint der Beschlussabteilung allerdings nicht ganz plausibel, da der vom ZVEI errechnete durchschnittliche Herstellerabgabepreis für 2006 mit 838 € für das Segment "Listenpreis über 900 €" mehr als [...] über diesem Preis liegt und Phonak nach den ZVEI-Meldungen in diesem Segment eindeutig Marktführer ist. Danach müsste der Herstellerabgabepreis für Savia über dem von Phonak geschätzten Wert liegen.

<sup>43</sup> Schr. GN ReSound v. 16.02.2007, Anlage GN ReSound 2; hier findet sich nur der Herstellerabgabepreis für Metrix Mini.

- (122) Auch diese Preisunterschiede unterstützen die Auffassung der Beschlussabteilung, dass vorliegend ein eigenständiger deutscher Markt für Hörgeräte räumlich relevant ist.
- (123) Aufgrund der stark unterschiedlichen Erstattungssysteme in den größten Mitgliedstaaten der Europäischen Union erscheint ein internationaler Preisvergleich für Basis-Hörgeräte bzw. niedrigpreisige Hörgeräte nicht aussagekräftig.

## 5. Ergebnis zur sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung

- (124) Nach Auffassung der Beschlussabteilung betrifft das Zusammenschlussvorhaben demnach den Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Hörgeräten an den Hörgeräte-Akustikhandel. Dieser Markt ist räumlich auf Deutschland begrenzt.

## 6. Auswirkungen des Zusammenschlusses

- (125) Der Zusammenschluss lässt die Begründung einer oligopolistischen marktbeherrschenden Stellung der Hörgerätehersteller SAT, Oticon und Phonak auf dem deutschen Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Hörgeräten an den Hörgeräte-Akustikhandel erwarten (§36 Abs. 1, §19 Abs. 3 Satz 2 GWB).

### 6.1. Marktstruktur und Wettbewerbsbedingungen vor dem Zusammenschluss

- (126) Der relevante Markt weist eine Reihe besonderer Wettbewerbsmerkmale auf, die oligopolistisches Parallelverhalten begünstigen. Hierzu gehören insbesondere die folgenden Sachverhalte:
- Der **Konzentrationsgrad** auf dem Hörgerätemarkt ist sehr hoch. Die drei führenden Anbieter SAT, Phonak und Oticon halten in Deutschland einen gemeinsamen Marktanteil von über 80%. Damit wird selbst die sog. "enge" **Oligopolvermutung** des § 19 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB im vorliegenden Fall um mehr als 30% überschritten. Der hohe gemeinsame Marktanteil geht einher mit sehr großen Marktanteilsvorsprüngen vor den folgenden Wettbewerbern; der Marktanteilsabstand zu den nächsten Wettbewerbern GN ReSound (Nr. 4) und Widex (Nr. 5) beträgt jeweils weit über 70%.
  - Die Hersteller sind durch **vertragliche und teilweise gesellschaftsrechtlich abgesicherte Geschäftsbeziehungen** miteinander verflochten (im Wesentlichen Gemeinschaftsunternehmen, Lizenzverträge). Diese Geschäftsbeziehungen und Kooperationen betreffen unmittelbar den Markt für Hörgeräte und haben zu einem Aufbau gemeinsamer Industriestandards und einer Vergemeinschaftung von Schutzrechten geführt. Damit einher geht ein

technologischer und produktmarkenbezogener "Gleichschritt" zwischen den Oligopolisten.

- Die Hörgerätehersteller haben ein umfassendes **Marktinformationssystem** geschaffen. Aufgrund der umsatz- und mengenbezogenen, monatlichen Meldungen an den ZVEI und den monatlich erstellten Auswertungen durch den ZVEI erhalten die teilnehmenden Unternehmen einen sehr detaillierten Überblick unter anderem über Absatzmengen, erzielte Herstellerabgabepreise und Umsatzerlöse in den einzelnen Preissegmenten bei digitalen Hörgeräten. Hierdurch ist sichergestellt, dass die Wettbewerber zeitnah eigene Veränderungen der Marktanteile und Wettbewerbsvorstöße der Wettbewerber erkennen und der Wettbewerb beeinträchtigt wird. Zudem resultiert aus dem ZVEI-Meldesystem eine sehr asymmetrische Markttransparenz zu Gunsten der Hörgerätehersteller und zu Lasten der Hörgeräte-Akustiker und der Endkunden von Hörgeräten.
- Der Markt hat seit Etablierung der digitalen Hörgeräte an Innovationstempo verloren und ist inzwischen in eine **Ausreifungsphase** übergegangen, echte Produktneuentwicklungen sind nicht mehr zu erwarten. Dies bedeutet nicht, dass der Hörgerätemarkt nicht auch weiterhin für Innovationen im Sinne von Produktweiterentwicklungen offen ist. Diese Innovationen werden aber durch die Verbesserung und Optimierung der vorhandenen Technik erreicht. Dabei liegen die Hersteller von Hörgeräten in ihrer Entwicklungskompetenz sehr nah beieinander. Die Beschlussabteilung verkennt nicht, dass immer wieder technologische und ästhetische Verbesserungen der digitalen Hörgeräte auf den Markt gebracht werden. Diese Verbesserungen können jedoch von jedem der Oligopolisten zeitnah nachvollzogen werden, so dass der Wettbewerb um die Einführung neuer Produktfamilien das Kräfteverhältnis im Oligopol nicht dauerhaft und entscheidungserheblich verändert.
- Die **Angebots- und Nachfragebedingungen** auf dem relevanten Markt sind stabil.
- Die Anbieter auf dem Markt sind durchweg etabliert und seit mehr als 10 Jahren auf dem relevanten Markt tätig. Marktzutritte haben in den vergangenen Jahren nach Auskunft der befragten Hörgerätehersteller so gut wie nicht stattgefunden, Vielmehr hat der Markt aufgrund von Unternehmensübernahmen eine erhebliche Konsolidierung auf nunmehr fünf nennenswerte Anbieter in Deutschland erfahren.

- Die Nachfrage ist nicht konjunkturabhängig, wenngleich das Marktpotential für Hörgeräte nur zu einem geringen Teil ausgeschöpft wird. Aufgrund der hohen Stigmatisierung des Tragens von Hörgeräten sind die Hörgeschädigten, die tatsächlich ein Hörgerät beschaffen, im Regelfall auf ein solches Gerät unbedingt angewiesen. Entsprechend bestehen kaum produktbezogene Ausweichmöglichkeiten oder die Möglichkeit zu einer erheblichen zeitlichen Verzögerung der Beschaffung.

(127) Die weitestgehende Anpassung der Anbieter an diese Wettbewerbsbedingungen begünstigt ein oligopolistisches Parallelverhalten, das schon vor dem Zusammenschluss für ein marktbeherrschendes Oligopol zwischen SAT, Phonak und Oticon spricht, wenngleich einige Marktbedingungen derzeit auch Anhaltspunkte für Wettbewerb im Oligopol geben. Letztlich kann dahinstehen, ob bereits vor dem Zusammenschluss wesentlicher Wettbewerb im Oligopol nicht mehr besteht. Jedenfalls würde der Zusammenschluss zwischen Phonak und GN ReSound die noch im Markt vorhandenen Wettbewerbsimpulse weiter reduzieren. (siehe hierzu unten Rz. 287 ff.). Der Zusammenschluss schafft jedenfalls Marktbedingungen, aufgrund derer zukünftig kein wesentlicher Wettbewerb zwischen den Hörgeräteherstellern SAT, Phonak und Oticon mehr zu erwarten ist. Dieser fehlende Binnenwettbewerb korrespondiert mit einer überragenden Marktstellung des Oligopols gegenüber den verbleibenden, am Markt tätigen Anbietern von Hörgeräten.

### 6.1.1 Marktanteile

(128) Nach dem Ergebnis der Markterhebung sind auf dem relevanten deutschen Angebotsmarkt für Hörgeräte für den Hörgeräte-Akustikhandel (im Folgenden Hörgerätemarkt) maximal neun Unternehmen bzw. Unternehmensgruppen in nennenswertem Umfang tätig. Das Gesamtmarktvolumen für die Herstellung und den Vertrieb von Hörgeräten an den Hörgeräte-Akustikhandel betrug in Deutschland im Jahr 2006 rd. 205 Mio €.

(129) Die wesentlichen Anbieter auf dem Hörgerätemarkt bieten in Deutschland folgende Erstmarken und Zweitmarken an:

<b>Siemens (SAT)</b>	Siemens, Audio Service, Hansaton <sup>44</sup> ;
<b>Phonak</b>	Phonak, Unitron;
<b>GN ReSound</b>	GN ReSound, Beltone, Interton;

---

<sup>44</sup> Siemens hält eine Beteiligung von knapp unter 50% an Hansaton Akustik GmbH, hat jedoch Vetorechte im Hinblick auf unternehmensstrategische Entscheidungen und übt daher einen mitkontrollierenden Einfluss auf Hansaton aus.

**William Demant/Oticon** Oticon, Bernafon;  
**Starkey** Starkey;  
**Widex** Widex.

### 6.1.1.1 Aktuelle Marktanteilsverteilung

(130) Nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung bestehen für das Jahr 2006 auf dem deutschen Markt folgende Marktstrukturen:

**Tabelle 7: Marktanteile 2006**

	<b>2006</b>
	in %
1 SAT	32,5-37,5
2 Phonak	20-25
3 Oticon	20-25
<b>Summe 1-3</b>	<b>81,1</b>
4 GNReSound	5-10
5 Widex	5-10
6 bruckhoff	<2,5
7 Starkey	<2,5
8 Audifon	<1
9 Acousticon	<1
Summe	100%

- (131) Danach erzielten die drei Hersteller SAT, Phonak und Oticon vor dem Zusammenschluss in Deutschland einen gemeinsamen Marktanteil von über 80%. Damit wird selbst die sogenannte "enge" Oligopolvermutung des § 19 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 GWB im vorliegenden Fall um mehr als 30% überschritten.
- (132) Dieser hohe gemeinsame Marktanteil geht einher mit sehr großen Marktanteilsvorsprüngen vor den folgenden Wettbewerbern; der Marktanteilsabstand des Oligopols zu den Wettbewerbern GN ReSound (Nr. 4) und Widex (Nr. 5) beträgt jeweils über 70 Prozentpunkte.
- (133) Nach GN ReSound und Widex folgen Anbieter mit einer nur unbedeutenden Marktstellung in Deutschland. Die Marktanteile des deutschen Anbieters bruckhoff und des US-amerikanischen Unternehmens Starkey liegen jeweils unter 2,5%. *Bruckhoff* verfügt bei Hörgeräten nach Auffassung der Beschlussabteilung ohnehin nur über ein sehr eingeschränktes eigenes Wettbewerbspotential, da das Unternehmen modifizierte Geräte der Hörgerätehersteller Oticon, Phonak, SAT und Sonic unter eigener Marke anbietet. *Starkey* ist ein US-amerikanischer Hörgerätehersteller, der seinen Tätigkeitsschwerpunkt im außereuropäischen Raum hat. *Audifon*, ein Tochterunternehmen des Hörgeräte-Akustikers Kind, spielt als Anbieter von Hörgeräten keine Rolle, da es im wesentlichen nur konzernintern

tätig ist. *Acousticon* hat sich inzwischen weitgehend aus dem Hörgerätegeschäft zurückgezogen und vertreibt im Wesentlichen audiologische Diagnose- und Messgeräte. Es ist daher auszuschließen, dass diese Wettbewerber in der Lage sind, den Verhaltensspielraum der marktführenden Hörgerätehersteller wirksam zu begrenzen.

- (134) Insgesamt sind die Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite schon angesichts des Zusammenspiels aus der sehr deutlichen Markführerschaft der führenden drei Anbieter und den sehr großen Marktanteilsabständen zu den folgenden Wettbewerbern erheblich beschränkt.

#### **.6.1.1.2 Symmetrie des Oligopols**

- (135) Die **Marktanteilsverteilung** im Oligopol ist zunächst nicht symmetrisch. Der Marktanteil von SAT liegt 10-15% über den Marktanteilen der nächstfolgenden Wettbewerber Phonak und Oticon.
- (136) Dies spricht – für sich genommen – nicht gegen ein marktbeherrschendes Oligopol. Oligopole sind auch zwischen Unternehmen mit sehr unterschiedlichen Marktanteilen möglich. Im Wesentlichen definiert sich ein Oligopolist durch sein Verhalten und nicht durch Kriterien wie Marktanteile oder Eigentümerstruktur. Symmetrien in den genannten Kriterien sind weder notwendig noch hinreichend dafür, dass tatsächlich koordiniertes Verhalten vorliegt. Ebenso deuten Asymmetrien nicht darauf hin, dass kein koordiniertes Verhalten vorliegt.<sup>45</sup>
- (137) Die sich aus den Marktanteilen ergebenden Asymmetrien sind zudem nicht geeignet, das unternehmerische Kräfteverhältnis zwischen den Oligopolisten SAT, Phonak und Oticon im Markt für Hörgeräte widerzuspiegeln. Denn die im vorliegenden Fall ermittelten Unternehmensdaten zeigen, dass das Kräfteverhältnis zwischen den Oligopolisten SAT, Phonak und Oticon im Hörgerätegeschäft überaus ausgeglichen ist.
- Die **Gesamtumsatzerlöse** im weltweiten Hörgerätegeschäft sind vergleichbar. Sie bewegen sich bei SAT, Phonak und Oticon jeweils zwischen 550 und 650 Mio. €. Die Einbindung von SAT in den Siemens-Konzern beeinträchtigt insoweit nicht die symmetrische Aufstellung im relevanten Markt.
  - Die drei führenden Hersteller bilden nicht nur in Deutschland, sondern **europa- und auch weltweit ein Oligopol**. In Europa liegen die gemeinsamen Marktanteile über 70%. Die Marktanteile der Oligopolisten liegen jeweils in einer Bandbreite zwischen ca. 20 und 30%. Weltweit liegt der gemeinsame

---

<sup>45</sup> Siehe hierzu auch Monopolkommission, HG 2004/2005 "Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!", Baden-Baden 2006, Rz. 505ff.

Marktanteil über 65%. Die Marktanteile der Oligopolisten liegen eng beieinander in einer Spannweite von ca. 5%.

- Die **Produktionskosten** für alle verkauften Hörgeräte (Maschinen, Löhne, Gemeinkosten usw.) liegen bei allen drei Oligopolisten bei 25-35% des Umsatzes. Jeder von ihnen verfügt über kostengünstige Produktionsstandorte in China bzw. Polen.
- Die **F&E-Aufwendungen** einschl. der jeweiligen Aufwendungen für Lizenzentgelte liegen jeweils zwischen 5% und 10% des Umsatzes. Sie liegen damit in Höhe der durchschnittlichen F&E-Kosten von Unternehmen, die in der Medizintechnik tätig sind.<sup>46</sup>
- Die **Vertriebskosten** liegen bei allen drei Oligopolisten bei 20-30% des Umsatzes.
- Alle Oligopolmitglieder verfügen über zumindest zwei Hörgeräte-Marken, so dass sie in der Lage sind, im Markt eine **Mehrmarkenstrategie** umzusetzen.
- Die sog. "**gross margin**" (Rohertrag) beziffert den prozentualen Anteil des Umsatzes, der nach Abzug der Herstellkosten übrigbleibt. Es handelt sich um eine Kennziffer zur Beurteilung der Ertragskraft eines Unternehmens. Nach einem Company Report von Dansk Equities für William Demant vom 10.10.2006<sup>47</sup> liegen die gross margins für Oticon und Phonak bei 69% bzw. 67%. Die gross margin für SAT, die nicht veröffentlicht wird, bewegt sich nach den vorliegenden Informationen bei [...] und damit knapp unter den Kennzahlen für Phonak und Oticon. Damit sind Phonak, Oticon und Siemens der Spitzengruppe der Unternehmen der Medizintechnik zuzurechnen. Die Kennzahlen der Oligopolmitglieder sind danach nicht nur sehr ähnlich, sondern zeugen im Vergleich zu anderen Branchen von einer außerordentlich hohen Ertragskraft der Unternehmen.
- Die Wirtschaftskraft eines Unternehmen wird darüber hinaus anhand des sog. **EBITDA** gemessen. EBITDA ist eine betriebswirtschaftliche Kennzahl, die den erwirtschafteten Gewinn und Cash-Flow eines Unternehmens abbildet. So berücksichtigt das EBITDA beispielsweise nicht den "bilanztechnischen Gestaltungsspielraum" eines Unternehmens, soweit Zinsen, Steuern, Abschreibungen auf Sachanlagen und Abschreibungen auf immaterielle Vermögenswerte betroffen sind. Das EBITDA ist bei Analysten eine der wesentlichen Kennzahlen für den unternehmerischen Erfolg eines Unternehmens.

---

<sup>46</sup> Siehe SPECTARIS Branchenbericht 2006, S. 5 u. S. 30; [www.spectaris.de](http://www.spectaris.de).

<sup>47</sup> Danske Equities company report für William Demant v. 10.10.2006, Anlage 8E zum Schreiben William Demant/Oticon v. 05.01.2007



- Das EBITDA von SAT, Oticon und Phonak lag in 2006 zwischen 25% und 35% des Umsatzes. Dabei ist das EBITDA von Phonak zwischen 2003 und 2006 stark gewachsen und hat zu den EBITDA-Werten von Oticon und SAT aufgeschlossen. Auch diese Ertrags-Kennzahl ist somit sehr vergleichbar und bestätigt die hohen Gewinnmargen, die die Oligopolmitglieder weltweit mit ihren Produkten erzielen.
- (138) Im Ergebnis sind daher trotz der nicht symmetrischen Marktanteilsverteilung die unternehmerischen Ressourcen der drei Oligopolisten im Hörgerätegeschäft sehr ähnlich. Dies gilt nicht nur für die Umsatzerlöse, sondern auch für die Kostenstrukturen und zentralen Kennzahlen über den betriebswirtschaftlichen Erfolg von SAT, Phonak und Oticon.
- (139) Siemens ist diesen Grundsätzen und Tatsachenfeststellungen in seiner Stellungnahme zum Abmahnschreiben entgegengetreten. Nach seiner Auffassung sind die Zuschnitte der drei führenden Hersteller im Hinblick auf Finanzkraft, Einbindung in ein Konzerngeflecht, Entscheidungsstrukturen, Marktaufstellung/Marketing-Auftritt sowie F&E-Kosten so unterschiedlich, sodass von einer von der Beschlussabteilung festgestellten "Symmetrie" dieser Anbieter keine Rede sein könne.<sup>48</sup>
- (140) Die Beschlussabteilung ist der Auffassung, dass die Konzernstruktur des Siemenskonzerns für sich genommen kein Indiz dafür ist, dass das Unternehmen in oligopolistisch strukturierten Märkten nicht an einem koordinierten Verhalten mit Unternehmen beteiligt sein kann, die im Hinblick auf ihre Finanzkraft und ihre sonstigen unternehmerischen Ressourcen anders aufgestellt sind. Dies wäre allenfalls dann gegeben, wenn das Konzernunternehmen aufgrund seiner besonderen Ressourcen im relevanten Markt ein Wettbewerbsverhalten initiiert, das oligopolistisches Parallelverhalten verhindert. Dies ist vorliegend nicht der Fall. SAT, ein Tochterunternehmen von Siemens, ist – dies hat die Beschlussabteilung anhand der oben dargestellten Kennzahlen belegt – im Hinblick auf die Betriebsdaten im Hörgerätegeschäft ähnlich aufgestellt wie Phonak und Oticon. Im Bereich der Komponentenlieferung (Chips) gab es in der Vergangenheit lediglich konzerninterne Lieferbeziehungen zu Infineon. Infineon gehört jedoch heute nicht mehr dem Siemenskonzern an. SAT ist auch im Übrigen nicht auf die Ressourcen des Siemenskonzerns angewiesen. Beispielsweise machen die Investitionen für Forschung und Entwicklung weniger als 10% des Umsatzes mit Hörgeräten aus. SAT ist zudem ebenso aktiv wie Phonak und Oticon an der Zusammenarbeit der Oligopolisten im Hörgerätemarkt beteiligt. Insoweit ist die Unterscheidung der Anbieter in mittelständische Unternehmen oder internationale

---

<sup>48</sup> Siemens, Stellungnahme zur Abmahnung, S. 4f.

Konzerne im vorliegenden Fall für die Frage, ob ein Unternehmen grundsätzlich an oligopolistischem Parallelverhalten beteiligt sein kann, nicht von entscheidungserheblicher Bedeutung.<sup>49</sup>

### 6.1.1.3 Entwicklung der Marktanteile

#### (1) Gesamtmarkt Betrachtung

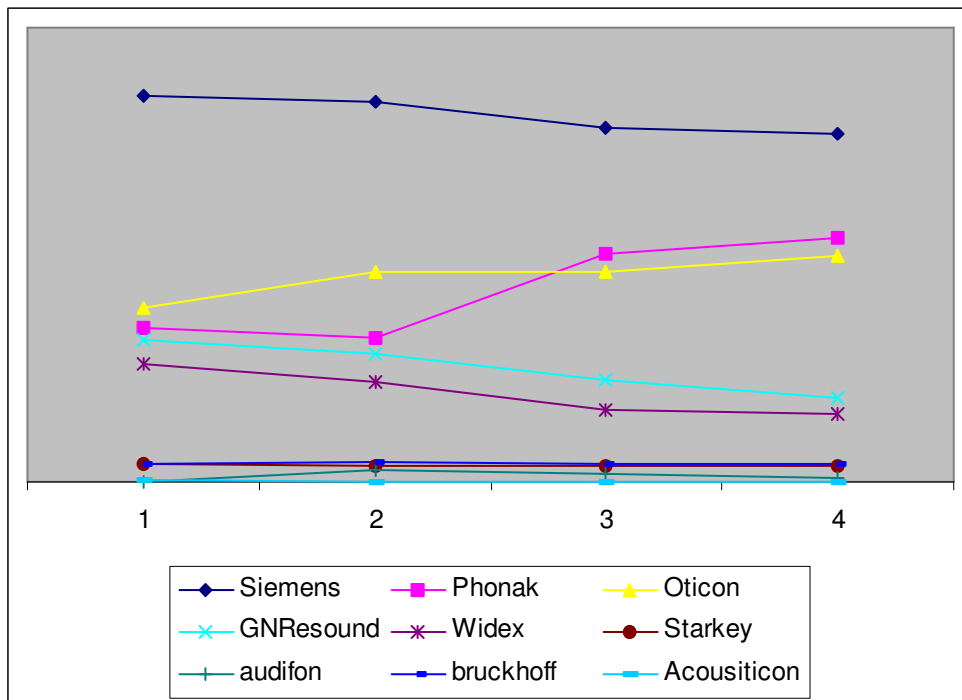
- (141) Der Marktanteil des Oligopols ist seit 2003 ganz erheblich gewachsen, von knapp über 70% im Jahr 2003 bis über 80% im Jahr 2006. Die Marktanteile der nachfolgenden Wettbewerber GN ReSound und Widex sind zwischen 2003 und 2006 jeweils um nahezu die Hälfte zurückgegangen.

**Tabelle 8: Marktanteilsentwicklung 2003-2006**

<b>Deutschland</b>	<b>2003</b>	<b>2004</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>
<b>Marktvolumina (in Mio. €)</b>	<b>209</b>	<b>197</b>	<b>201</b>	<b>205</b>
<b>Marktanteile</b>	in %	in %	in %	in %
1 Siemens	35-40	35-40	32,5-37,5	32,5-37,5
2 Phonak	12,5-17,5	12,5-17,5	20-25	20-25
3 Oticon	15-20	20-25	20-25	20-25
<b>Summe 1-3</b>	<b>70,7%</b>	<b>72,7%</b>	<b>78,5%</b>	<b>81,1%</b>
4 GNReSound	10-15	10-15	7,5-12,5	5-10
5 Widex	7,5-12,5	7,5-12,5	5-10	5-10
6 bruckhoff	<2,5	<2,5	<2,5	<2,5
7 Starkey	<2,5	<2,5	<2,5	<2,5
8 audifon	<1	<2,5	<1	<1
9 Acousiticon	<1	<1	<1	<1
<b>Summe</b>	<b>100,0%</b>	<b>100,0%</b>	<b>100,0%</b>	<b>100,0%</b>

<sup>49</sup> siehe auch Monopolkommission a.a.o., Rz. 515.

**Graph 3: Marktanteilsentwicklung 2003-2006**



(142) Während im Oligopol der Marktanteil von SAT nur um wenige Prozentpunkte zurückgegangen ist, konnte Phonak seine Marktanteile zwischen 2003 und 2006 deutlich steigern (+ ca. [...]) und auch Oticon den Marktanteil im Zeitraum 2003 bis 2006 erhöhen (+ ca. [...]). Ihre Marktanteile liegen nunmehr jeweils über 20%. Die Marktanteilsgewinne von Phonak und Oticon in den Jahren 2003 bis 2006 gingen zwar auch zu Lasten von SAT, jedoch weit überwiegend zu Lasten der Wettbewerber GN ReSound und Widex. Darüber hinaus ist der Marktanteil von SAT zwischen 2005 und 2006 wieder nahezu konstant geblieben. Insoweit sind die Marktanteilszuwächse von Phonak und Oticon für sich genommen kein ausreichendes Indiz für wesentlichen Wettbewerb im Oligopol. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass sich der Markt durch die Digitalisierung strukturell entscheidend geändert hat und bei wesentlichem Wettbewerb diese strukturellen Veränderungen eher weit deutlichere Verschiebungen zwischen den Oligopolmitgliedern hätten erwartet lassen.

## (2) Marktanteilsentwicklung in ZVEI-Preissegmenten

(143) Die Marktanteilssteigerung von Phonak ist nach dem Vortrag der Zusammenschlussbeteiligten insbesondere auf den Markterfolg der Produktfamilie Savia zurückzuführen, die das Unternehmen Anfang 2005 auf den Markt gebracht und

die schon in diesem Einführungsjahr zu erheblichen Marktanteilszuwächsen geführt hat.

- (144) Phonak trägt im Schreiben vom 30.01.2007 vor, dass die Marktanteilszuwächse von Phonak nicht bzw. nicht ausschließlich auf entsprechende Marktanteilsrückgänge bei GN ReSound zurückzuführen seien. Dies würde besonders deutlich, wenn man die Marktanteilsentwicklungen in den ZVEI-Preisklassen bei digitalen Hörgeräten analysieren würde.
- (145) Der Beschlussabteilung liegen die an den ZVEI gemeldeten Absatzmengen und Umsatzerlöse für 2006 vollständig vor. Diese Daten sind der Beschlussabteilung vom ZVEI übergeben worden. Für die Vorjahre hat der ZVEI die Meldungen nicht übersandt und angegeben, diese seien bereits vernichtet worden. Die Beschlussabteilung hat daraufhin die am ZVEI-System beteiligten Hörgerätehersteller unmittelbar gebeten, ihr die von ZVEI zurückgemeldeten Daten für die Jahre 2001-2006 zu übersenden. Die Beschlussabteilung hat sich hierbei allerdings auf die drei Oligopolmitglieder und die beiden größeren Außenseiter GN ReSound und Widex beschränkt, weil auf diese Unternehmen ca. 95% des Marktvolumens entfällt und nur diese Unternehmen für die Beurteilung des Binnen- und Außenwettbewerbs relevant sind. Mit Ausnahme der beteiligten Unternehmen Phonak und GN ReSound, die angaben, dass sie für ihre Zweitmarken Unitron bzw. Beltone nur über unvollständige Unterlagen verfügten, haben alle vorgenannten Unternehmen die Unterlagen vorgelegt.
- (146) Die von der Beschlussabteilung nicht berücksichtigte Differenz von 5,7% der auf dem Hörgerätemarkt in Deutschland erzielten Gesamtumsätze betreffen im wesentlichen (1) die von den Zusammenschlussbeteiligten nicht vorgelegten Daten für Unitron und Beltone und (2) die nicht berücksichtigten Umsätze von Starkey, bruckhoff und Audifon in Höhe von insgesamt unter 3 %. Nachdem Siemens auf Nachfrage der Beschlussabteilung auch die Meldungen von Hansaton an den ZVEI übersandt hat, entsprechen die Umsatzmeldungen von Siemens an den ZVEI weitestgehend den von der Beschlussabteilung abgefragten Umsatzangaben des Unternehmens für den Hörgerätemarkt. Dem Vortrag von Phonak, die ZVEI-Zahlen seien unvollständig, weil zahlreiche Verkäufe nicht gemeldet würden, kann die Beschlussabteilung daher nicht folgen. Neben den genannten Unschärfen werden nur die Verkäufe von Siemens, die das Unternehmen an den Hörgeräte-Akustiker Kind liefert und die Kind als Eigenmarken an den Endkunden vertreibt, nicht im ZVEI-Meldesystem erfasst. Dies führt jedoch nicht zu (nennenswerten) Ungenauigkeiten der ZVEI-Zahlen, weder im Hinblick auf die Vollständigkeit der Daten noch im Hinblick auf die Belastbarkeit der Aussagen zu den durchschnittlichen Herstellerabgabepreisen (siehe hierzu Rz. 233 ff.). Zum einen liegt der Anteil der Siemens-Lieferungen an

Kind bei weit unter 2% des Gesamtumsatzes bei Hörgeräten und ist in den genannten 5,7% Differenz enthalten. Zum anderen unterliegen die an Kind gelieferten Hörgeräte nicht der am Markt üblichen Preissetzung. Nicht der Listenpreis ist hier Ausgangspunkt der Verhandlung, sondern ein Nettopreis, der die Besonderheiten des Bezugs von Private-Label-Produkten berücksichtigt. Beispielsweise wird der Herstellerabgabepreis bei Private-Label-Produkten ohne Garantieleistung, ohne Berücksichtigung von Verkaufsförderungsmaßnahmen und ohne Nutzung der herstellereigenen Reparatur- und Service-Strukturen berechnet und ist damit für die Preissetzung am Markt nicht typisch. Die beschriebenen Unschärfen beeinträchtigen die Verwertbarkeit der ZVEI-Auswertungen auch deshalb nicht, weil die entsprechenden Umsätze in allen Jahren unberücksichtigt bleiben. Schließlich weichen die ZVEI-Daten nicht wesentlich von den Umsatzangaben der Unternehmen ab, die dem Bundeskartellamt für das Jahr 2006 gemeldet wurden. Die Beschlussabteilung hält die ZVEI-Daten - mit den vorgenannten Einschränkungen – daher grundsätzlich für geeignet, als Basis für eine Analyse der Wettbewerbsverhältnisse zu dienen.

- (147) In der Sache hält die Beschlussabteilung eine Analyse der Marktanteilsentwicklungen anhand der für das ZVEI-Meldesystem erstellten individuellen Preissegmente nicht uneingeschränkt für sachgerecht, da die Segmente weder in technischer noch in produktmarkenbezogener Hinsicht eindeutig voneinander zu differenzieren sind und damit den Unternehmen keine getrennte Marktstrategien ermöglichen.
- (148) Oticon hat die Kundensegmentierung in Deutschland gegenüber der Beschlussabteilung wie folgt beschrieben und **drei wesentliche Kundengruppen** identifiziert:<sup>50</sup>
- Die erste Kundengruppe ist einkommensschwach und nur in der Lage, ein Basisgerät zum von den GKV erstattungsfähigen Festbetrag zu erwerben. Dies sind die Geräte, die im Segment "Listenpreis bis 200 €" erworben werden.
  - Über dem Segment "Listenpreis bis 200 €" hat sich in Deutschland ein Preissegment etabliert, das gegenüber dem Basis-Hörgerät erheblich mehr Funktionen und Hörkomfort anbietet; der vom Kunden zu zahlende Zuschuss ist aber auch mit durchschnittlichem Einkommen im Regelfall noch bezahlbar.
  - Einkommensstarke Kunden, die die neueste Technologie nutzen wollen, haben die Option, ein High-End-Gerät im Preissegment "Listenpreis > 900 €" zu kaufen. Denn Produktinnovationen, d.h. neue Features bzw. Funktionen, werden immer zunächst in diesem Segment eingeführt.

---

<sup>50</sup> Gespräch Oticon am 06.03.2007, Vermerk S. 4f., Bl. 1075f. d.A.

- (149) Die Beschlussabteilung teilt im Grundsatz die Auffassung von Oticon im Hinblick auf eine Dreiteilung des Marktes. Im Hinblick auf ihre konkrete Abgrenzung und ihre wettbewerbliche Beurteilung sind jedoch die folgenden Ergänzungen von Bedeutung:
- (150) Das Segment „**Listenpreis bis 200 €**“ hat bezogen auf die Menge im Jahre 2006 einen Anteil von 30%, gemessen am Umsatz einen Anteil von 10% am Digitalmarkt<sup>51</sup>. Eine belastbare dynamische Analyse der Marktanteile anhand dieses Preissegments scheidet jedoch aus zwei Gründen. Zum einen hat sich dieses Segment erst in den letzten Jahren entwickelt. Zwischen 2003 und 2006 hat sich dort das Marktvolumen noch verdreifacht, selbst im letzten Jahr ist es noch um fast 50% gestiegen. Dies erschwert eine wettbewerbliche Beurteilung erheblich. Zum anderen bieten SAT und Oticon erst seit dem Jahr 2004 ein Produkt in diesem Segment an. Widex hat im Segment "Listenpreis bis 200 €" bis heute keine signifikante Marktbedeutung. Schließlich ist die wettbewerbliche Preissetzung in diesem Segment gestört, da sie im wesentlichen durch die Höhe der Festbeträge der GKV bestimmt wird. Im Ergebnis ermöglichen daher die besonderen Strukturen in diesem Segment keine sachgerechte Analyse der Wettbewerbsverhältnisse auf Basis der Marktanteilsentwicklungen im der Zeit von 2003 bis 2006.
- (151) Die Beschlussabteilung ist der Auffassung, dass das zweite **Kundensegment** die **Listenpreise 201-600 €** - also die beiden Preissegmente 200-400 € und 400-600 € - umfasst. Denn sowohl SAT (Produkt Cielo) als auch Phonak (Produkt eXtra) und Oticon (Produkt Tego) bieten ihre jeweilige umsatzstärkste Produktfamilie im mittleren Preissegment – je nach Ausstattung - mit Listenpreisen an, die zwischen 295 € und 455 € liegen. Dieses Segment hat bezogen auf die Menge einen Anteil von 47%, gemessen am Umsatz einen Anteil von 36% am deutschen Digitalmarkt.
- (152) Nach Auffassung der Beschlussabteilung beschränkt sich auch das hochwertige Kundensegment nicht nur auf die Hörgeräte mit einem Listenpreis von über 900 €. Dieses Segment hat zwar eine für den Wettbewerb zentrale Bedeutung, da in diesem Marktsegment die neuen technischen Entwicklungen eingeführt werden und das Segment mit einem Anteil von 39% am Gesamtumsatz mit Hörgeräten das mit Abstand größte Einzelsegment am deutschen Digitalmarkt ist. Nach den vorliegenden Informationen werden jedoch dem Segment "Listenpreis über 900 €" zuzurechnende Hörgeräte zu einem nicht unerheblichen Anteil auch zu durchschnittlichen Herstellerabgabepreisen verkauft, die dem Listenpreissegment "Listenpreis 751 bis 900 €" entsprechen. Insoweit geht die Beschlussabteilung

---

<sup>51</sup> Diesem Teilmarkt wären ggf. noch die verbliebenen digital programmierbaren und analogen Hörgeräte zuzurechnen.

davon aus, dass das hochwertige **Kundensegment** die **Listenpreise über 750 €**, also die beiden Listenpreissegmente 750 – 900 € und über 900 €, umfasst. Auf dieses Kundensegment entfallen 20% des Absatzes und 50% des Umsatzes mit Hörgeräten.

- (153) Die Marktanteile der wesentlichen Wettbewerber in den beiden Kundensegmenten, die – unter den vorbezeichneten allgemeinen Marktentwicklungen - einer dynamischen Marktanteilsbeurteilung zugänglich sind - die Segmente 201-600€ und über 750 € - haben sich wie folgt entwickelt:

**Tabelle 9: Marktanteilsentwicklung im Kundensegment 201-600€**

	<b>2003</b>	<b>2004</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>
	in %	in %	in %	in %
Siemens	45-50	50-55	40-45	45-50
Phonak	10-15	10-15	15-20	15-20
OTICON	10-15	10-20	20-25	20-25
GNReSound	7,5-12,5	7,5-12,5	7,5-12,5	7,5-12,5
Widex	15-20	10-15	7,5-12,5	<5%

**Tabelle 10: Marktanteilsentwicklung im Kundensegment über 750 €**

	<b>2003</b>	<b>2004</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>
	in %	in %	in %	in %
Siemens	25-30	25-30	30-35	25-30
Phonak	20-25	10-15	30-35	30-35
OTICON	20-25	30-35	15-20	20-25
GNReSound	10-15	10-15	10-15	5-10
Widex	15-20	15-20	5-10	5-10

- (154) Im Kundensegment "Listenpreis 201-600 €" hat Widex zwischen 2003 und 2006 einen wesentlichen Teil seines Absatzpotentials (ca. 15%) verloren. Der Marktanteil von GN ReSound ist weitgehend stabil geblieben (Veränderung weniger als 1%). SAT konnte seine zwischenzeitlichen Marktanteilsverluste im Jahr 2005 bis auf [ $>0-0,5\%$ ]-Punkte wieder ausgleichen. Phonak hat über 5% Marktanteil hinzugewonnen und Oticon fast 10%. Die strukturellen Veränderungen sind in der dynamischen Betrachtung damit nicht zu Lasten der Oligopolisten, sondern zu Lasten der Außenseiter gegangen.
- (155) Im Kundensegment "Listenpreis über 750 €" haben zwischen 2003 und 2006 die Oligopolmitglieder SAT und Oticon ihre Marktanteile leicht erhöhen können (um ca. 3% bzw. ca. 1%), wogegen Phonak mit einem Zuwachs von über 10 Prozentpunkten seinen Marktanteil deutlich vergrößern konnte. Oticon hat seine zwischenzeitlichen Marktanteilszugewinne im Jahr 2004 letztlich nicht halten

können, sondern ist bis zum Jahr 2006 wieder nahezu auf das Ausgangsniveau von 2003 zurückgefallen. Die Marktanteilsgewinne von Phonak gingen auch hier vor allem zu Lasten der kleineren Wettbewerber. GN ReSound war hiervon am stärksten betroffen (ca. 10%-Punkte), Widex verlor über 5%-Punkte. Die zwischen den Hörgeräteherstellern zeitversetzte Produkteinführungspolitik ist nach Auffassung der Beschlussabteilung eine Erklärung dafür, dass die Marktanteile von SAT und Oticon im oberen Preissegment in den vergangenen Jahren jedenfalls keinen dauerhaften Änderungen unterworfen waren und die Marktanteile von Phonak letztlich insbesondere zu Lasten von GN ReSound und Widex gestiegen sind.

- (156) Im Ergebnis sind die Marktanteilszuwächse von Phonak im Wesentlichen zu Lasten der in Deutschland marktanteilsschwachen Wettbewerber GN ReSound und Widex gegangen. Die Marktanteilsschwankungen bei Oticon und SAT haben sich in der dynamischen Betrachtung der Jahre 2003 bis 2006 wieder auf dem Niveau von 2003 eingependelt. Dabei verkennt die Beschlussabteilung nicht, dass die Marktanteile von SAT und Oticon kurzfristigen Schwankungen unterworfen waren. Diese Schwankungen, die in der dynamischen Betrachtung des Zeitraums 2003 bis 2006 weitgehend wieder aufgefangen wurden, stehen einer Marktbeherrschung – für sich genommen - nicht entgegen.
- (157) Es ist sachgerecht, die Marktanteilsentwicklung anhand des Gesamtmarktes zu analysieren, da die Hersteller ein vollständiges Produktportfolio vom High-End-Gerät bis zum Basisgerät anbieten und dessen Vermarktung und Bepreisung Ergebnis einer unternehmerischen Gesamtkonzeption ist (z.B. Neueinführung von High-end-Produkten und gleichzeitiges down-grading der dann "veralteten" Technologie). Hinzu kommt, dass die Nachfrager im Regelfall ein vollständiges Produktportfolio bei den Hörgeräteherstellern abrufen.
- (158) Soweit man ergänzend die für den Hörgerätemarkt wesentlichen digitalen Kundensegmente in den Jahren 2003-2006 getrennt betrachtet, wird deutlich, dass Phonak seinen Marktanteil vor allem zu Lasten der kleinen Wettbewerber steigern konnte. Die anderen Oligopolisten SAT und Oticon konnten ihre Marktpositionen behaupten oder z.T. auch steigern.
- (159) Die Beschlussabteilung verkennt nicht, dass sich Phonak durch eine sehr marktwirksame Markenpolitik im Zeitraum 2003 bis 2006 ein stärkeres Gewicht im Oligopol verschafft hat. Nach Auffassung der Beschlussabteilung wäre diese Stärkung von Phonak im Oligopol jedoch nur dann ein Indiz für wesentlichen Binnenwettbewerb, wenn Phonak die Marktposition der anderen Oligopolisten dauerhaft und in erheblichem Maße angegriffen hätte. Dies ist aber nicht der Fall. Marktanteilsverluste oder -gewinne von Oticon und SAT in einzelnen



Preissegmenten sind im Zeitablauf wieder ausgeglichen worden. Darüber hinaus sind die strukturellen Verwerfungen durch die Digitalisierung des Marktes zu berücksichtigen, die eine deutliche Veränderung des Marktes auch zu Lasten einzelner Oligopolmitglieder eher wahrscheinlich gemacht hätte.

#### 6.1.1.4 Stellungnahme von Phonak und Siemens

- (160) Der Marktanteil des Hörgeräteherstellers Siemens liegt knapp über der Marktbeherrschungsvermutung des § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB. Die Beschlussabteilung ist jedoch nicht der Auffassung von Phonak<sup>52</sup>, dass sie im vorliegenden Fall nicht die Frage einer oligopolistischen Marktbeherrschung, sondern allenfalls die Frage der Einzelmarktbeherrschung hätte prüfen müssen. Phonak führt für seine Auffassung folgende Gründe an:
- Nur die Marktanteile des Marktführers Siemens seien im Zeitablauf konstant geblieben.
  - Die nächstgrößten Unternehmen hätten bislang einen Marktanteilsrückstand von weit über 20%.
  - Die nächstgrößten Unternehmen seien so starken Marktanteilsschwankungen unterworfen gewesen, dass ihre Zugehörigkeit zum angeblichen Oligopol im Laufe der Jahre wechselte.
  - Der relevante Markt zeichne sich unstreitig durch Innovation und heterogene Produkte aus (hierzu siehe unten Rz. 202 ff.).
- (161) Es ist zutreffend, dass die Marktanteile von SAT im Zeitraum 2003 bis 2006 konstant geblieben sind bzw. nur sehr leicht in einer Bandbreite von unter 5 % gesunken sind. Ebenso zutreffend ist es, dass Phonak Marktanteile hinzugewonnen hat und auch Oticon seine Marktposition in Deutschland leicht, d.h. in einer Bandbreite unter 5 %, verbessern konnte. Die Beschlussabteilung hat diese Marktanteilverschiebungen detailliert untersucht und festgestellt, dass Phonak insbesondere zu Lasten der dem Oligopol nachfolgenden Wettbewerber GN ReSound, Widex und Starkey entsprechend an Marktanteilen gewonnen hat. Marktanteilsveränderungen im Oligopol sprechen aber dann nicht gegen Marktbeherrschung, wenn die Marktanteilgewinne eines Oligopolisten nicht zu Lasten der anderen Oligopolisten gegangen sind, sondern im Wesentlichen zu Lasten von Außenseitern gehen. Dies ist nach Auffassung der Beschlussabteilung hier der Fall.<sup>53</sup>
- (162) Nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung liegen die Marktanteilsabstände zwischen Siemens und den nachfolgenden Unternehmen Phonak und Oticon nicht

---

<sup>52</sup> Phonak Stellungnahme zum Abmahnschreiben v. 3.4.2007, S. 10.

<sup>53</sup> Siehe z.B. "Comet/Piepenbrock", BKartA, Beschluss v. 12.05.1999, Rz. 21.

bei weit über 20%, sondern lediglich bei etwa 10% bzw. knapp über 10%. Entsprechend ergibt sich schon vor dem Zusammenschluss eine Marktstruktur, die nach der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes gegen das Vorliegen einer einzelmarktbeherrschenden Stellung spricht. Die enge Oligopolvermutung des § 19 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 GWB und die nachfolgend aufgeführten Strukturbedingungen auf dem sachlich relevanten Markt umschreiben die wettbewerbliche Gefährdungslage daher treffend.

- (163) Die Tatsache, dass die Marktanteilsverteilung unter den drei führenden Herstellern nicht vollständig symmetrisch ist, spricht nicht gegen das Vorliegen der Oligopolvermutung (siehe hierzu oben Rz. 135 ff.).
- (164) Die von Phonak vorgetragene Marktanteilsverteilung und das Marktanteilschaubild auf Seite 3 der Stellungnahme zu der Abmahnung sind unplausibel und widersprechen den bisherigen Angaben der Zusammenschlussbeteiligten. Dies hätte Phonak schon nach Lektüre der Abmahnung, die eine sehr detaillierte Marktanteilsanalyse unter Verwendung von Näherungswerten enthält, erkennen können. Die für Phonak genannten Marktanteile stimmen auch nicht mit früheren Informationen des Unternehmen selbst überein. Hatte Phonak im Schreiben vom 30.01.2007 für den Bereich der digitalen Hörgeräte noch einen wertmäßigen Marktanteil von 20-25% und für den Bereich der analogen Hörgeräte einen mengenbezogenen Marktanteil von ca. 40% für das eigene Unternehmen angegeben, so soll der Gesamtmarktanteil (digital und analog) nach dem nunmehr vorgelegten Daten und dem Schaubild bei nur noch 15-20% liegen. Auch die für GN ReSound genannten Marktanteile sind zu niedrig und widersprechen dem bisherigen Vortrag der Zusammenschlussbeteiligten. Diese Plausibilitätslücken sind umso erstaunlicher, als Phonak und GN ReSound ihre eigenen Marktanteil sowohl auf Wert- als auch auf Mengenbasis aufgrund der verfügbaren ZVEI-Auswertungen exakt selbst ermitteln können.
- (165) Die Beschlussabteilung hat dargelegt, dass die Digitalisierung von Hörgeräten Ende der 1990er Jahre von den am Markt tätigen Hörgeräteherstellern initiiert wurde und erst seit 2003 eine Marktdurchdringung von mehr als 50% hat.<sup>54</sup> Inzwischen ist die Digitalisierung des Hörgerätemarkts in Deutschland weitgehend abgeschlossen. Insoweit ist eine Marktstrukturbetrachtung über die vergangenen acht Jahre – so wie sie Phonak mit fehlerhaften Daten versucht - für die Beurteilung des vorliegenden Falls ohne entscheidungserhebliche Aussagekraft. In einem oligopolistischen Markt, auf dem keine langlebigen Investitionsgüter gehandelt werden, sondern die Herstellung und der Vertrieb der Produkte in vergleichsweise kurzen Produktlebenszyklen erfolgt, ist eine

---

<sup>54</sup> Siehe oben Tabelle 4. Marktdurchdringung nach Menge 2002: 46%, 2003: 56%, 2004: 70%, 2005: 82%; 2006 91%.

Marktanteilsbetrachtung, die drei, maximal vier Jahre umfasst, für eine wettbewerbliche Beurteilung sachgerecht.

- (166) Während die Marktanteile von Phonak in den Jahren 2003 und 2004 nur knapp über den Marktanteilen von GN ReSound lagen, hat sich das Bild in den letzten beiden Jahren entscheidend verändert. Phonak hat sich im Wesentlichen zu Lasten von GN ReSound und Widex am Markt etabliert und ist daher in die Oligopolvermutung des § 19 Abs. 3 Satz 2 GWB einzubeziehen. Dies ist durch die detaillierte und belastbare Marktanteilsermittlung der Beschlussabteilung belegt und stellt keine - wie Phonak meint - "...nicht aussagekräftige Momentaufnahme..."<sup>55</sup> dar. GN ReSound ist dem Oligopol nicht zuzurechnen. Das Unternehmen ist zwar über Gemeinschaftsunternehmen wie HIMSA und HIMPP beteiligt, hat sich aufgrund von im Wesentlichen vertriebs- und markenstrategischen Schwächen spätestens im Jahr 2005 aus dem Kreis der führenden Hörgerätehersteller in Deutschland verabschiedet. Das Unternehmen ist zwar über HIMPP und HIMSA weiterhin mit den führenden Hörgeräteherstellern verflochten, sein Verhalten im Wettbewerb weicht jedoch maßgeblich vom Verhalten der drei führenden Anbieter ab. GN ReSound ist weder in gleichem Maße wie die Oligopolisten an einem Technologieaustausch hinsichtlich der in 2006 und 2007 neu eingeführten Produkte beteiligt, noch hat sich GN ReSound in den vergangenen Jahren an der über das ZVEI-Meldesystem organisierten Angleichung der Herstellerabgabepreise beteiligt. Die Beschlussabteilung ist daher – ebenso wie die Monopolkommission - der Auffassung, dass Unternehmen nur dann einem Oligopol zuzurechnen sind, wenn auch ihr Verhalten gleichgerichtet ist.<sup>56</sup> Dies ist im vorliegenden Fall für GN ReSound eben nicht zutreffend.

### **6.1.2. Strukturbedingungen zur Begünstigung oligopolistischen Parallelverhaltens**

- (167) Der relevante Markt weist nach Ansicht der Beschlussabteilung eine Reihe besonderer Strukturbedingungen auf, die oligopolistisches Parallelverhalten begünstigen. Diese Strukturbedingungen reichen von Verflechtungen und wichtigen produktbezogenen Lizenzierungen bis hin zu einer hohen Markttransparenz sowohl über Produktinnovationen und Zeitpunkte von Produkteinführungen als auch über Preis- und Konditionensetzung. Hierzu gehört auch, dass die Hörgerätehersteller gemeinsam eine Produkt- und Preissegmentierung für den Hörgerätemarkt geschaffen haben und gemeinsam über eine flächendeckende Listung bei nahezu allen größeren nachfragenden Hörgeräte-Akustikern verfügen. Die Oligopolisten haben es aufgrund dieser –

---

<sup>55</sup> Stellungnahme zur Abmahnung, S. 10.

<sup>56</sup> Monopolkommission HG 2004/2005 "Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!", Baden-Baden 2006, Rz. 505ff.

teilweise von ihnen selbst gesetzten - Strukturbedingungen vergleichsweise einfach, über die Bedingungen einer oligopolistischen Koordinierung Einvernehmen zu erlangen. Sie sind auch in der Lage, die Koordinierungsmodalitäten zu befolgen und sie überwachen zu können. Schließlich sind sie in der Lage, im Falle eines Verstoßes gegen diese Koordinierung glaubhafte Abschreckungsmechanismen einzusetzen. Die Beschlussabteilung hält es schließlich insbesondere nach dem Zusammenschluss für unwahrscheinlich, dass Oligopolaußenseiter in der Lage sein könnten, diese Koordinierungsergebnisse zu gefährden. Für den nachfragenden Hörgeräte-Akustikhandel gilt dies schon heute. Die wesentlichen Strukturbedingungen können wie folgt zusammengefasst werden:

### 6.1.2.1 Gemeinschaftsunternehmen HIMPP und HIMSA

- (168) Die wesentlichen Grundlagenpatente der digitalen Hörgerätetechnologie werden von der dänischen Gesellschaft Hearing Instrument Manufacturers Patent Partnership, Vaerlose, Dänemark, (HIMPP) gehalten. **HIMPP** ist im Jahr 1996 von führenden Hörgeräteherstellern gegründet worden, um Patente für die Entwicklung digitaler Hörgeräte von Unternehmen, die nicht Anbieter von Hörgeräten sind, zu erwerben und allen Herstellern von Hörgeräten zur Verfügung zu stellen (*Drittpatentportfolio*).
- (169) Als einer der Gründungsgesellschafter hatte ReSound das im Jahr 1996 von 3M gekaufte Patentportfolio an HIMPP verkauft. Darüber hinaus hat HIMPP im Wesentlichen Patente von Decibel Instruments (im Jahr 2002) und NEC (im Jahr 2003) erworben. Zu den Patent-Portfolios:
- 3M-Patente dienen insbesondere der digitalen Einstellung eines Hörgeräts an den individuellen Hörverlust des Benutzers, der Signalverarbeitung im Hörgerät und der Entwicklung von Programmiersteckern am Hörgerät.<sup>57</sup> Nach Auskunft von Phonak sind dies Basispatente, um digitale Hörgeräte überhaupt herstellen zu können; die entsprechenden Patente laufen bis 2008/2012.
  - Decibel Instruments hat HIMPP grundlegende Patente zur PC-gestützten Programmierung von Hörgeräten und zur Entwicklung der Anpass-Software überlassen, ebenso zu Aufbau und Design eines ITE-Geräts; die entsprechenden Patente laufen bis 2011/2018.
  - NEC hat HIMPP grundlegende Patente zur Entwicklung der Signalverarbeitung / und der sog. DSP-Architektur überlassen; die Patente laufen bis 2015/2016.

---

<sup>57</sup> Im Einzelnen: Schr. Phonak v. 27.12.2006, S. 3, Bl. 355 d.A.

- (170) Mit der Vergemeinschaftung von Grundlagenpatenten sollten nach Aussagen der beteiligten Hersteller Patentstreitigkeiten während der Einführung der Digitalisierung vermieden werden. Heute sind alle namhaften Hersteller Gesellschafter von HIMPP. Mit einem Einstiegbeitrag von 1,8 Mio. € können Patente lizenzgebührenfrei genutzt werden. HIMPP ist nach dem Vortrag der befragten Hersteller offen für alle beitrittswilligen Anbieter. Wer nicht Gesellschafter ist (z.B. auric), erhält einen Lizenzvertrag. Die Lizenzgebühr wird dann auf Grundlage der pro Jahr verkauften digitalprogrammierbaren Hörgeräte berechnet.<sup>58</sup>
- (171) Nach Angaben der Zusammenschlussbeteiligten weist damit im Hinblick auf die Basistechnologien kein Wettbewerber wesentliche technische Vorsprünge gegenüber konkurrierenden Unternehmen auf.<sup>59</sup> Gleichzeitig vertreten die Zusammenschlussbeteiligten die Ansicht, dass die HIMPP-Patente zwar wesentliche Grundpatente seien, die man für die Entwicklung digitaler Hörgeräte brauche, dass der Wettbewerb um Innovationen jedoch auf anderem Gebiet geführt werde (neue Algorithmen für die Programmierung, Weiterentwicklung von BTE-Geräten, usw.).<sup>60</sup>
- (172) Nach Auskunft von Phonak beabsichtigen die Gesellschafter von HIMPP nicht, weitere Patente zu erwerben. Allerdings wird [...], ein Hersteller von Chips für Hörgeräte, HIMPP in 2008 beitreten. Nach Angaben von Oticon besteht das Problem, dass [...] in dem Moment das HIMPP-Patentportfolio verletzt, in dem das Unternehmen den Anpassalgorithmus eines dritten Hörgeräteherstellers auf einem Chip installiert. Um drohenden Patentauseinandersetzungen auszuweichen, werde [...] nunmehr Gesellschafter von HIMPP und damit Nutzer des Patentportfolios. Aus den übermittelten Protokollen der HIMPP Board Meetings ergibt sich, dass HIMPP auch mit anderen Chip-Herstellern wie [...] über eine entsprechende Beteiligung an HIMPP oder eine Lizenzierung der HIMPP-Patente verhandelt.<sup>61</sup>
- (173) Neben dem Patentportfolio unterhält HIMPP eine gemeinsame Patentdatenbank der Gesellschafter über alle hörgeräterelewanten Patentschriften. Diese Datenbank ermöglicht es den Gesellschaftern von HIMPP, Patentschriften von Wettbewerbern in der Phase der Prüfung der Patentwürdigkeit einer Entwicklung zu sichten und zu prüfen, ob der Wettbewerber oder das eigene Unternehmen Gefahr laufen, gegen ein bereits bestehendes Patent zu verstoßen oder parallele Patentprüfungs-

---

<sup>58</sup> Dies bedeutet, dass die HIMPP-Gesellschafter zumindest die Anzahl der von diesen Lizenznehmern insgesamt verkauften digitalen Hörgeräte kennen.

<sup>59</sup> Schr. Phonak v. 28.11.2006, S. 9, Bl. 271 d.A. B3-554/06.

<sup>60</sup> Schr. Phonak v. 27.12.2007, S. 3f., Bl. 355f. d.A.

<sup>61</sup> Schr. Phonak v. 27.12.2006, Anlage I 1.(a), Bl. 363 d.A..

verfahren drohen. Im Regelfall einigen sich die Unternehmen dann auf eine Lizenzierung.

- (174) Die Gesellschafter von HIMPP treffen sich halbjährlich während der Fachkongresse der Europäischen Union der Hörgeräte-Akustiker (EUHA) und des US-Amerikanischen Verbandes AAA.
- (175) HIMPP ist bei der Europäischen Kommission auf Formblatt A/B angemeldet und am 18.06.1997 mit einem Comfort letter beschieden worden. Entgegen dem Sachvortrag von Phonak<sup>62</sup> hat die Kommission HIMPP hingegen nicht formal freigestellt.
- (176) Ein weiteres Beispiel für die in der Hörgeräteindustrie zu beobachtenden Kooperationen sind die Gemeinschaftsunternehmen **HIMSA I und HIMSA II**.
- (177) Bei der Anpassung der Hörgeräte an den Kunden haben die Hörgeräte-Akustiker die Aufgabe, die Messdaten und die programmierbaren Parameter zusammenzubringen. Hierzu erstellt der Akustiker zunächst ein Audiogramm mit sechs Messwerten (Messsystem). Die entsprechenden Kenndaten sind die Grundlage für die Anpassung des Hörgeräts. Aufgrund der Kenndaten trifft der Hörgeräte-Akustiker eine Vorauswahl an passenden Hörgeräten, um diese anzupassen bzw. zu programmieren. Der Kunde kann diese Hörgeräte dann ausprobieren und vergleichen ("vergleichende Anpassung"). Schließlich entscheidet sich der Kunde für ein Hörgerät.
- (178) Oticon, Phonak, Widex, und GN ReSound haben im Jahr 1993 die Hearing Instruments Manufacturers Software Association, Dänemark (HIMSA I) gegründet. HIMSA I hat mit NOAH inzwischen eine Software-Lösung geschaffen, welche als Schnittstelle zwischen den audiometrischen Messsystemen und der jeweiligen herstellereigenen Anpassungssoftware verwendet wird. Kundendaten und audiometrische Informationen werden von der Hörgeräte-Software NOAH zentral übernommen (Messsystem - Messsystemmodul - NOAH). Danach werden die Daten automatisch in die jeweilige Anpass-Software übernommen. Dies hat den Vorteil, dass der Hörgeräte-Akustiker die Kundendaten nicht mehr in jede einzelne Anpassungssoftware eingeben muss, sondern über die Schnittstelle zwischen NOAH und der herstellereigenen Anpassungs-Software NOAH immer auf die Kundendaten zurückgreifen kann, egal mit welcher Anpasssoftware er gerade arbeitet. NOAH lässt sich mit jeder herstellereigenen Anpassungssoftware verbinden (über ein Hörgeräteanpassmodul); Voraussetzung dafür ist, dass die Anpassungssoftware von HIMSA zertifiziert ist. Über HIMSA wird zudem eTONA,

---

<sup>62</sup> Stellungnahme zur Abmahnung, S. 11.

eine Software zur Unterstützung eines elektronischen Bestellwesens, und NOAHlink, ein Hardwarezubehörteil zur Verbindung von Computer und Hörgerät, an die Hörgeräte-Akustiker abgegeben. Im Jahr 2002 wurde entschieden, die Anzahl der Gesellschafter um SAT und Starkey zu erweitern. Deshalb wurde eine neue Gesellschaft, HIMSA II, gegründet.

- (179) HIMSA I und HIMSA II sind bei der KOM angemeldet worden. HIMSA I ist mit einem Comfort letter beschieden worden, die Anmeldung der Statuten und Gründungsverträge von HIMSA II wurde mit Inkrafttreten der Verordnung 1/2003 unwirksam.

### 6.1.2.2 Lizenzierung von Hörgerätetechnologie

- (180) Insbesondere die führenden Hörgerätehersteller SAT, Phonak und Oticon sind über eine Reihe von gegenseitigen Lizenz- und Cross-Lizenzabkommen miteinander "verflochten". Dies gilt auch, jedoch in weit weniger starkem Maße auch für die nachfolgenden Wettbewerber GN ReSound, Widex und Starkey. Gegenseitige Lizenzierungen kommen immer wieder zustande, da die Entwicklungsschwerpunkte der Hersteller sehr ähnlich sind und daher immer wieder die Gefahr von Patentstreitigkeiten besteht. Häufig arbeiten Unternehmen an Produktweiterentwicklungen, bei denen Wettbewerber bereits Patente angemeldet haben. Die bei HIMPP geführte Patentdatenbank über alle hörgeräterelevanten Patentschriften erleichtert die Identifizierung entsprechender Parallelentwicklungen. Im Regelfall einigen sich die Unternehmen dann auf eine gegenseitige gebührenfreie Lizenzierung.<sup>63</sup> Lizenziert werden vornehmlich Features/Funktionen im Prozess der Signalübertragung und Programmierung, aber auch *Hardware*-Komponenten, wie z.B. die für die offene Versorgung eingesetzten Schläuche und Endstücke oder Spritzgussverfahren zur Herstellung von Hörgeräten.<sup>64</sup> Im Folgenden soll die Vergemeinschaftung von anwendungsbezogener Technologie zwischen den Oligopolisten SAT, Phonak und Oticon am Beispiel der zwischen diesen Unternehmen geschlossenen "Patent Cross License and Option Agreements" erläutert werden.
- (181) Phonak hat im Jahr 2006 zwei "Patent Cross License and Option Agreements" (Kreuzlizenzierungsabkommen) (a) mit Oticon und (b) mit SAT abgeschlossen. Darin räumen sich die Vertragsparteien gegenseitig das Recht ein, beim jeweils anderen Vertragspartner gebührenfreie Lizenzen für bis zu [...] Patentfamilien

---

<sup>63</sup> Gespräch SAT am 22.02.2007, Vermerk S. 4, Bl. 796 d.A.

<sup>64</sup> Siehe im Einzelnen Schr. Phonak v. 12.12.2006, Anlagen II 5.1 und II.5.2; II.6.1 und II.6.2, Bl. 147 ff. d.A.; Siemens Schr. v. 05.01.2007, Anlage 1, Bl. 263 d.A. LO Wettbewerber I; Oticon, Schr. v. 05.01.2007, Anlage 2A, Bl. 161 ff. d.A. LO Wettbewerber I, Anlagenband.

(Vertrag Phonak-Oticon) [...] Patentfamilien (Vertrag Phonak-SAT) abzurufen. Im Rahmen dieser Verträge hat es zwischen Phonak und seinen Wettbewerbern SAT und Oticon bis Ende 2006 einen intensiven Patentaustausch gegeben.

- (182) Das Kreuzlizenzabkommen zwischen Phonak und Oticon betrifft wesentliche Patente, die [...] in Abschnitt 3.1.6 beschriebenen Entwicklungsschwerpunkte betreffen. Sie werden teilweise schon in den am Markt eingeführten Hörgeräten der Vertragsparteien eingesetzt. Da Phonak als Vertragspartner die genauen Inhalte des Patentaustauschs als Geschäftsgeheimnis bezeichnet, verzichtet die Beschlussabteilung an dieser Stelle auf eine genaue Beschreibung.<sup>65</sup>
- (183) Der Patentaustausch mit SAT betrifft [...] Patentfamilien. Auch dieses Abkommen betrifft wesentliche Patente, die [...] in Abschnitt 3.1.6 beschriebenen Entwicklungsschwerpunkte betreffen. Sie werden teilweise schon in den am Markt eingeführten Hörgeräten der Vertragsparteien eingesetzt. Da Phonak als Vertragspartner die genauen Inhalte des Patentaustauschs als Geschäftsgeheimnis bezeichnet, verzichtet die Beschlussabteilung an dieser Stelle auf eine genaue Beschreibung.<sup>66</sup>
- (184) Damit beziehen sich die Schutzrechte nicht nur auf Randbereiche der technologischen Entwicklung, sondern im Wesentlichen auf aktuelle Produktentwicklungen mit erheblicher Marktbedeutung (siehe hierzu Rz. 206 ff.).

### **6.1.2.3 Ausgaben für Forschung und Entwicklung**

- (185) Neben den vorgenannten technologischen Optimierungen von Hörgeräten bestimmen heute im wesentlichen rein subjektive "Wohlfühlfaktoren" den Markterfolg von Hörgeräten. Hierunter fallen die Miniaturisierung der Gehäuse ("klein, ultraschmal und federleicht"), ein elegantes und modernes Design, attraktive High-tech-Farben und eine erhöhte Ästhetik des Hörgeräts.<sup>67</sup> Dies spricht dafür, dass der Hörgerätemarkt insbesondere in den letzten Jahren in eine Phase der technischen und optischen Optimierung eingetreten ist und Innovationsschübe, wie sie bei jungen Märkten in der Entwicklungs- und Experimentierphase zu beobachten sind, nicht mehr zu erwarten sind. Dies stützen auch die von der Beschlussabteilung bei den fünf führenden Hörgeräteherstellern für die Jahre 2003 bis 2006 abgefragten F+E-Kosten einschließlich der Aufwendungen für Lizenzentgelte, die an konzernfremde Unternehmen gezahlt wurden. Die entsprechenden Ausgaben bewegten sich

---

<sup>65</sup> Zu den Inhalten im Einzelnen siehe Schr. Oticon v. 21.02.2007, S. 6ff. LO Wettbewerber II.

<sup>66</sup> Zu den Inhalten im Einzelnen siehe Schr. Siemens v. 20.02.2007, Anlage 2, LO Wettbewerber II.

<sup>67</sup> Phonak, Schr. v. 14.02.2007, S. 8, Bl. 630 d.A.



zwischen ca. 35 und 55 Mio. € jährlich. Damit hatten die F&E-Ausgaben im Jahr 2006 einen Anteil von [5-10]% am jeweiligen Umsatz der befragten Unternehmen. Sie liegen damit - gemessen an den in der optischen, medizinischen und mechatronischen Industrie üblichen F&E-Ausgaben - im Durchschnitt.

#### 6.1.2.4 Markttransparenz

- (186) Die Markttransparenz in Deutschland auf dem inländischen Markt für Hörgeräte ist so stark ausgeprägt, dass hierdurch schon vor dem Zusammenschluss oligopolistisches Parallelverhalten begünstigt wird.
- (187) Für die Annahme einer - oligopolistisches Parallelverhalten begünstigenden - Markttransparenz kommt es nach Auffassung der Beschlussabteilung nicht darauf an, dass vollständige Produkt-, Preis- und Konditionentransparenz herrscht. Dies ist auf Handelsmärkten nie der Fall, da die Hersteller dem Handel im Regelfall ein Produktportfolio anbieten und je nach Kundengröße eine Preisnachlasspolitik mit Sonderkonditionen bzw. Preisaktionen üblich ist. Würde man ein oligopolistisches Parallelverhalten nur dann bejahen, wenn die Oligopolisten einen Überblick über die gesamte Preis- und Rabattpolitik ihrer Wettbewerber hätten, so wäre der Nachweis oligopolistischer Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle kaum zu führen. Die Eingriffsnorm würde weitgehend leerlaufen.
- (188) Um ein oligopolistisches Parallelverhalten zu begünstigen, reicht es aus, wenn die Markttransparenz ein Niveau erreicht, das es den Oligopolisten zum einen erlaubt, die Produkt- und Preisstrategie der Wettbewerber zu erkennen und Wettbewerbsvorstöße anderer Wettbewerber zu identifizieren. Zum anderen muss der Grad der Markttransparenz die Oligopolisten in die Lage versetzen, auf Wettbewerbsvorstöße anderer Oligopolisten kurzfristig reagieren zu können, um ihr eigenes Produktangebot bzw. ihre eigenen Konditionen entsprechend anzupassen.<sup>68</sup> In einem solchen Szenario würde der Wettbewerbsvorstoß eines Oligopolisten nicht zu einem dauerhaften Marktanteilszuwachs führen, da der komparative Vorteil dieses Vorstoßes von den Wettbewerbern wegen deren Reaktion ohne einen erheblichen "time lag" neutralisiert werden könnte.<sup>69</sup>
- (189) Die Beschlussabteilung ist der Auffassung, dass die Markttransparenz auf dem Inländischen Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Hörgeräten an den Hörgeräte-Akustikerhandel inzwischen ein Ausmaß erreicht hat, das oligopolistisches Parallelverhalten im Sinne der in Randziffer 162 f. genannten

---

<sup>68</sup> Rs. T-464/04 "Independent Music Publishers and Labels Association (Impala)/Kommission"; Court of First Instance, Entsch. v. 13.Juli 2006, Rz. 440.

<sup>69</sup> Siehe auch Wagner-von Papp, "Wie "Identifizierend" dürfen Marktinformationsverfahren sein?", WuW 7 u.8/2005, S. 732, 735

Grundsätze im ausreichenden Maße sichergestellt. Hierfür sind folgende Feststellungen maßgebend:

**(1)     Transparenz über den Zeitpunkt von Produktneueinführungen**

(190) Produktneueinführungen werden ausschließlich an zwei Terminen im Jahr im Rahmen von zwei Messen angekündigt. Die eine Messe ist eine Veranstaltung der American Academy of Audiology (AAA) und findet im Frühjahr in den USA statt; die andere Messe ist eine Veranstaltung der Europäischen Union der Hörgeräte-Akustiker (EUHA) und findet jeden Herbst in Deutschland statt. Der Beschlussabteilung ist aus den letzten Jahren kein Fall bekannt, in dem eine Produktneueinführung nicht in einem engen zeitlichen Umfeld eines dieser Kongresse auf den Markt gebracht wurde. Im Ergebnis finden demnach Wettbewerbsvorstöße im Sinne der Einführung neuer Funktionen von Hörgeräten nur in einem für alle Hersteller vorhersehbaren zeitlichen Rahmen statt.

**(2)     Stabilität der Angebots- und Nachfragebedingungen**

(191) Die **Anbieterstruktur** auf dem relevanten Markt ist überaus stabil und über Jahre gefestigt. Nach einer langen Konsolidierungsphase sind im Inland heute nur noch fünf Anbieter mit Marktanteilen über 5% tätig. Die verbleibenden Anbieter spielen keine nennenswerte Rolle. Keiner der befragten Wettbewerber konnte für die vergangenen 10 Jahre Marktzutritte auf dem deutschen Hörgerätemarkt für die Herstellung und den Vertrieb an den Hörgeräte-Akustikerhandel benennen. Im Gegenteil sind durch Insolvenzen (z.B. Linke, Intrasone) oder Übernahmen (z.B. Viennatone, Sonar, Philips, Bosch) Marken vom Markt verschwunden. Allein Sonic ist im Jahr 2000 auf den deutschen Markt getreten, hat sich bei den Hörgeräte-Akustikern aber nicht etablieren können und bedient heute nur den verkürzten Versorgungsweg.

(192) Die **Nachfrage** ist nicht konjunkturabhängig, wenngleich das Marktpotential für Hörgeräte bislang nur zu einem geringen Teil ausgeschöpft wird. In Deutschland sind zwar ca. 70-80% der hochgradig Hörgeschädigten versorgt, jedoch nur 30 bis 50% der mittelgradig bis schwer Hörgeschädigten. Die leicht hörgeschädigten Menschen kaufen nur selten, d.h. in 10% der Fälle, ein Hörgerät. Nach Schätzungen von SAT tragen von ca. 15 Mio. Hörgeschädigten in Deutschland etwa 4 Mio. Hörgeschädigte ein Hörgerät. Bislang können sich Personen mit verminderter Hörleistung nur sehr schwer oder überhaupt nicht zum Kauf eines Hörgeräts entschließen. Das Tragen von Hörgeräten ist nach wie vor mit einem hohen Stigma verbunden (Hörgerät wird als ein Zeichen von Vitalitäts- und Leistungsminderung gesehen, der Hörgeschädigte hat Angst vor beruflicher oder

gesellschaftlicher Isolation).<sup>70</sup> Die Hörgeschädigten, die tatsächlich ein Hörgerät kaufen, sind im Regelfall auf ein solches Gerät auch unbedingt angewiesen. Entsprechend bestehen kaum Ausweichmöglichkeiten auf andere Hilfsmittel oder die Möglichkeit zu einer erheblichen zeitlichen Verzögerung der Beschaffung. Entsprechend sind die Lieferbeziehungen der Hörgerätehersteller zu den Hörgeräte-Akustikern langfristig bei stabilen, leicht wachsenden Liefermengen.

- (193) Die gemeinsame Abwehrhaltung gegenüber Anbietern im verkürzten Versorgungsweg (siehe oben Rz. 94 ff.) verdeutlicht die gefestigten Hersteller-Händler-Beziehungen, die auch gegenüber anderen potenziellen Nachfragern nach Hörgeräten verteidigt werden. Die Hersteller nehmen Anbieter im verkürzten Versorgungsweg nicht in ihren Verband, den ZVEI, auf und verweigern die Belieferung von HNO-Ärzten über den verkürzten Versorgungsweg. Die Hörgeräte-Akustiker sind an einer Listung von Hörgeräteherstellern, die auch im verkürzten Versorgungsweg anbieten, nicht interessiert.
- (194) Die Befragung der 17 größten Filialisten und Einkaufsgemeinschaften hat keine Hinweise auf erhebliche **Kundenwanderungen** zwischen den Oligopolisten ergeben. Zutreffend ist, dass der Hörgerätehersteller Phonak bei einem großen Filialisten im Jahr 2006 seine Erstlieferantenstellung verloren hat.<sup>71</sup> Der Anteil des wertmäßigen Beschaffungsvolumens dieses Filialisten am Gesamtumsatz bei Hörgeräten liegt allerdings lediglich bei [5-10%]. Insoweit ist dieses Beispiel für sich genommen nicht als Beleg für wesentlichen Wettbewerb im Oligopol geeignet. Im Übrigen ist Phonak weiterhin bei diesem Filialisten gelistet und liefert immer noch [10-20%] der von diesem Filialisten beschafften Hörgeräte. Andere nennenswerte Beispiele für einen Lieferantenwechsel zwischen den Oligopolisten sind der Beschlussabteilung nicht bekannt.

**(3) Preistransparenz über flächendeckende Listung und ständige Kundenkontakte**

- (195) Auf die von der Beschlussabteilung befragten 17 größten Filialisten und Einkaufsgemeinschaften entfällt ein wertmäßiges Beschaffungsvolumen von knapp 50% aller in Deutschland über den Hörgeräte-Akustikhandel beschafften Hörgeräte. Die Oligopolisten sind bei 15 der 17 befragten Unternehmen als Hauptlieferanten gelistet. Bei jeder Markteinführung einer neuen Produktfamilie führen die Hersteller bei allen wichtigen Lieferanten sog. Roadshows durch. Die Frequenz der Kundenbesuche zwecks Kundenbetreuung und Schulung ist im Markt für Hörgeräte aufgrund der kurzen Produktlebenszyklen - insbesondere in den oberen Preissegmenten – und den jährlichen Preisverhandlungen überaus

---

<sup>70</sup> Siehe z.B. entsprechende Konsumstudie der Keppler Konsumforschung GmbH, in Anlage 11 zum Schr. Phonak v. 30.01.2007, Bl. 672 ff. d.A.

<sup>71</sup> Schreiben Phonak v. 14.02.2007, S. 3, Bl. 625 d.A.

hoch. Die Listenpreise, die über die Zeit eine hohe Stabilität aufweisen, sind im Markt bekannt. Sie sind der Ausgangspunkt für die jährlichen Konditionenverhandlungen mit den Abnehmern. Unterjährige Sonderkonditionen, wie z.B. Naturalrabatte oder Skonti, die zu Unschärfen in der Preistransparenz führen können, spielen für die Preissetzung nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung keine entscheidende Rolle (siehe unten Rz. 244 ff.). Insoweit ist schon aufgrund der ständigen Kundenkontakte eine erhebliche Preistransparenz gegeben. Schon über die Händler kommt es zu einem indirekten Informationsaustausch über Einzelkonditionen, da diese im Regelfall unter Bezugnahme auf die von den anderen Hörgeräteherstellern angebotenen oder gewährten Konditionen verhandeln.

#### **(4) ZVEI-Meldesystem**

- (196) Verstärkt wird diese Preistransparenz über das ZVEI-Meldesystem. Die Hörgerätehersteller haben mit dem ZVEI-Meldesystem ein umfassendes, **Marktinformationssystem** geschaffen. Das ZVEI-Meldesystem in seiner aktuellen, sehr detaillierten Datenmeldung und -aufbereitung ist im Jahr 2002 eingerichtet worden, d.h. in einer Zeit, in der die Etablierung der Digitalisierung noch in vollem Gange war und die Preissetzung noch als Entdeckungsverfahren hätte bezeichnet werden können.
- (197) Das ZVEI-Meldesystem hat die Transparenz im Hinblick auf Marktanteilsstruktur und Preissetzung seit 2002 stark erhöht. Nach einer Anpassungsphase von nunmehr 4 Jahren haben sich die durchschnittlichen Herstellerabgabepreise der Oligopolisten einander stark angeglichen (siehe hierzu Rz. 231 ff.).
- (198) Am ZVEI-Meldesystem sind alle Hersteller beteiligt, die in Deutschland Hörgeräte an den Hörgeräte-Akustikerhandel vertreiben. Hersteller, die Hörgeräte über den verkürzten Versorgungsweg vertreiben, sind nicht zugelassen. Aufgrund der starken Konsolidierung in den vergangenen Jahren konzentriert sich der Datenaustausch heute im Wesentlichen auf die Unternehmen SAT, Phonak, Oticon, GN ReSound und Widex. Anhand der Monatsmeldungen stellt der ZVEI den am Meldesystem beteiligten Unternehmen folgende Auswertungen zur Verfügung (aggregiert über alle teilnehmenden Unternehmen, Auswertungen für Einzelmonate, Quartale, Gesamtjahre):
- Die Gesamtstückzahlen und Umsatzdaten für analoge, analog digital programmierbare und digitale Hörgeräte;
  - Die Gesamtstückzahlen und Umsatzdaten für BTE- und ITE Hörgeräte;

- Die Gesamtstückzahlen für einzelne ITE-Geräte (z.B. vollmodular, semi-modular, mit Schale geliefert, CIC-Hörgeräte);
- Die Gesamtstückzahlen für einkanalige/mehrkanalige Hörgeräte;
- Die Gesamtstückzahlen und Umsatzdaten getrennt für die sechs Preissegmente bei digitalen Hörgeräten und
- Die durchschnittlichen Herstellerabgabepreise getrennt für die sechs Preissegmente bei digitalen Hörgeräten.

Dabei werden die durchschnittlichen Herstellerabgabepreise nach folgenden Kriterien ermittelt:

- (a) Der ZVEI ermittelt für jedes Listenpreissegment den durchschnittlichen Herstellerabgabepreis, unabhängig davon, ob der Herstellerabgabepreis innerhalb des jeweiligen Listenpreissegments oder in einem darunterliegenden Listenpreissegment liegt.
  - (b) Der ZVEI ermittelt für jedes Listenpreissegment den durchschnittlichen Herstellerabgabepreis. Soweit der Herstellerabgabepreis in seiner Höhe außerhalb des Listenpreissegments liegt (z.B. ein Produkt aus dem Segment "Listenpreis > 900 €" liegt im Herstellerabgabepreis im Segment "Listenpreis 751-900 €"), werden die jeweiligen Mengen mit diesem Herstellerabgabepreis dem Segment "751 bis 900 €" zugewiesen.
- (199) Damit können die am ZVEI-Meldesystem beteiligten Unternehmen unter anderem ihren eigenen Marktanteil in allen Preissegmenten und bei den unterschiedlichen Hörgerätetypen monatlich genau ermitteln. Darüber hinaus erhalten sie fortlaufend Informationen über die Entwicklungen der Herstellabgabepreise in diesen Segmenten. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die am ZVEI-Meldesystem beteiligten Hersteller die Segmentierung in sechs Listenpreissegmente selbst gemeinsam geschaffen haben. Diese Segmentierung des Marktes und die entsprechende Transparenz über eine Vielzahl Listen- und Herstellerabgabepreisen versetzt die Hersteller in die Lage, einen möglichen Wettbewerbsvorstoß sofort zu erkennen. Sie wissen dann auch, in welchem Preissegment der Vorstoß erfolgt ist. Aufgrund der stabilen Angebots- und Nachfragebedingungen können die beteiligten Unternehmen inzwischen praktisch ausschließen, dass es sich bei Änderungen der Marktanteile oder Herstellerabgabepreise nicht um eine bewusste Abweichung vom koordinierten Preis ("cheat"), sondern um ein reguläres "Marktrauschen" handelt, das durch Schwankungen der Auftragslage erzeugt wird.<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> Siehe auch Wagner-von Papp, "Wie "Identifizierend" dürfen Marktinformationsverfahren sein?", WuW 7 u. 8/2005, S. 732, 739.

## **(5) Asymmetrie der Markttransparenz zu Lasten der Nachfrager**

- (200) Während die Hörgerätehersteller aufgrund ihrer großen Transparenz über Wettbewerberprodukte und -produktportfolio, über Listenpreise oder durchschnittliche Herstellerabgabepreise verfügen, ist insbesondere die Preissetzung für die nachfragenden Hörgeräte-Akustiker – allenfalls mit Ausnahme einiger weniger großer Filialisten - unübersichtlich.
- (201) Schon aufgrund der beschriebenen Kooperationen und der Umsatz- und Preismeldesysteme ist in der Vergangenheit eine asymmetrische Markttransparenz zu Gunsten der Hörgerätehersteller und zu Lasten der Hörgeräte-Akustiker und erst recht zu Lasten der Endkunden von Hörgeräten entstanden. Die von den Herstellern vorgegebene Produktpanne von Basisgeräten bis hin zu High-End-Hörgeräten geht mit einer Preisspanne einher, in der ein High-end-Gerät bis zu 10mal mehr kostet als ein Basisgerät. Dies spricht angesichts der Tatsache, dass die Digitalisierung von Hörgeräten inzwischen abgeschlossen ist und die Produktdifferenzierung im Wesentlichen über technische Verbesserungen und Optimierungen oder ein verändertes Produktdesign erfolgen, gegen funktionierenden Preiswettbewerb im Markt. Noch weniger als die Hörgeräte-Akustiker sind die Endkunden in der Lage, einen Preis- und Produktvergleich durchzuführen. Hörgeräte können – anders als viele Konsumgüter – im Preis nicht einfach verglichen werden. Der Endkundenpreis setzt sich aus dem Herstellerabgabepreis und dem Preis für die Dienstleistung durch den Hörgerätehersteller zusammen. Die Preissetzung ist für den Kunden völlig intransparent. Insoweit profitiert auch der Hörgeräte-Akustikerhandel von dieser asymmetrischen Markttransparenz.

### **6.1.3 Auswirkungen der Strukturbedingungen auf den Binnenwettbewerb im Oligopol**

#### **6.1.3.1 Innovationswettbewerb und Wettbewerb um Produktneueinführungen**

- (202) Mit der Vergemeinschaftung der Grundlagenpatente über **HIMPP** haben die Hörgeräte-Hersteller die Digitalisierung von Hörgeräten sehr frühzeitig auf eine gemeinsame Basis gestellt. Dies hat zum einen zur Etablierung eines Industriestandards geführt, zum anderen den Wettbewerb um die Digitalisierung von Anfang an in ein überaus kooperatives Umfeld gestellt.<sup>73</sup>
- (203) Den beteiligten Unternehmen ist zwar dahingehend zuzustimmen, dass es sich bei den HIMPP-Patentportfolio um Basispatente und nicht um Patente bezüglich

---

<sup>73</sup> Der damalige Präsident und CEO von Oticon, Lars Kolind, hat HIMPP und HIMSA als konkrete Projekte zur Schaffung eines kooperativen Umfelds in Europa bezeichnet, z.B. Vortrag bei der IFHOA (International Federation of Hard Hearing People) am 06.06.1997, [www.ifhoa.org/papers/kolind.htm](http://www.ifhoa.org/papers/kolind.htm), Bl. 403 ff. d.A.

neuer Funktionen und Algorithmen handelt.<sup>74</sup> Allerdings greift die Ansicht von Phonak<sup>75</sup> und Siemens<sup>76</sup>, HIMPP habe allein eine wettbewerbsfördernde Standardisierungsfunktion, nach Auffassung der Beschlussabteilung zu kurz. Die Relevanz von HIMPP für die Tätigkeit als Hörgerätehersteller ist fundamental. Ohne eine Gesellschafterstellung bei HIMPP oder einen Lizenzvertrag mit HIMPP ist die Herstellung eines digitalen Hörgeräts nicht möglich. Diese Schlüsselfunktion wird von den HIMPP-Gesellschaftern als ein wichtiges gegenseitiges Bindeglied gesehen. HIMPP war der Ausgangspunkt für eine Entwicklung des Digitalmarktes bei Hörgeräten, die maßgeblich auf einer gemeinsamen Kooperation der traditionellen Hörgerätehersteller fußte. Im Gegensatz zur Entwicklung bei Digitalkameras haben Unternehmen, die aus der Digitaltechnik kommen, im Hörgerätemarkt selbst nicht Fuß gefasst. Durch den Erwerb und die Vergemeinschaftung des HIMPP-Patentpools haben sich die traditionellen Hörgerätehersteller frühzeitig auch den Zugriff auf die Digitalisierung gesichert. Diese wird gegenüber dritten Herstellern – aktuell gegenüber den Chipherstellern – auch verteidigt. Die Erweiterung des Gesellschafterkreises von HIMPP durch branchenfremde Unternehmen ist von der Zustimmung der derzeitigen Gesellschafter abhängig. So besteht ein Vorkaufsrecht für die HIMPP-Anteile eines Gesellschafter, sofern dieser von einem Unternehmen erworben wird, das bislang nicht zum Gesellschafterkreis von HIMPP gehört.<sup>77</sup> Die Oligopolmitglieder SAT, Phonak und Oticon gehören schon jetzt zu den maßgeblichen Gesellschaftern von HIMPP. Nach dem Zusammenschluss wird ihre Gesellschafterstellung entscheidend aufgewertet, da sie dann über eine Mehrheit der Stimmrechte in dem für die Leitung des Gemeinschaftsunternehmens zuständigen Verwaltungsrat verfügen [...]. Die Einbindung von GN ReSound, die bisher über [...] Stimmrechten verfügte, wird damit eine Durchsetzung der gemeinsamen Interessenlage der Oligopolisten in HIMPP ermöglichen. Dies führt nach Auffassung der Beschlussabteilung im Ergebnis zu einer Absicherung des Oligopols.

- (204) Das Patentportfolio wird auch im Prognosezeitraum seine wettbewerbliche Bedeutung auf dem Hörgerätemarkt nicht verlieren, da es größtenteils eine Laufzeit bis 2012/2018 hat.
- (205) Nach Auffassung der Beschlussabteilung hat die Zusammenarbeit der in Deutschland führenden Hörgerätehersteller im Rahmen von **HIMSA I und HIMSA**

---

<sup>74</sup> Zuletzt Stellungnahme zur Abmahnung, S. 11.

<sup>75</sup> Stellungnahme zur Abmahnung, S. 11.

<sup>76</sup> Stellungnahme zur Abmahnung, S. 7f.

<sup>77</sup> Siehe Shareholders Agreement in Anlage II.1.2.1. zum Schreiben Phonak v. 13.12.2006, Bl. 33 d.A.

II keine erheblichen wettbewerbsdämpfenden Wirkungen im Innenverhältnis der Gesellschafter des Gemeinschaftsunternehmens. Die Software-Lösung NOAH führt jedoch nach Auffassung der Beschlussabteilung zu einer weiteren Bindung des nachfragenden Hörgeräte-Akustikerhandel an die am Markt etablierten Hörgerätehersteller. Damit unterstützt NOAH das ohnehin schon enge Lieferanten-Hersteller-Verhältnis.

- (206) Der **Patentaustausch zwischen den Oligopolisten** bezieht sich nicht nur auf Randbereiche der technologischen Entwicklung, sondern im Wesentlichen auf aktuelle Produktentwicklungen mit entscheidender Marktbedeutung.
- (207) Am Beispiel der in Rz. 180 ff. beschriebenen Kreuzlizenzierungsabkommen ist dies nach Auffassung der Beschlussabteilung nachvollziehbar. Die an diesen Verträgen beteiligten Unternehmen und andere Marktteilnehmer haben in ihren Auskünften gegenüber der Beschlussabteilung im Wesentlichen die Entwicklungsbereiche "okklusionsfreie Klangqualität" "Sound Smoothing", "automatischer Mikrofonabgleich", "Weiterentwicklung von Richtmikrofonen", "Data Learning" und "Drahtlos-Übertragungsverfahren" als Schwerpunkte für die aktuelle und mittelfristige Produktentwicklung benannt. Die zwischen den drei führenden Anbietern ausgetauschten Schutzrechte decken diese Entwicklungsschwerpunkte fast ausnahmslos ab. Phonak bewirbt sein neuestes High-End-Produkt microSavia unter anderem mit der hohen okklusionsfreien Klangqualität, der guten Verständlichkeit der eigenen Stimme (Real Ear Sound), der innovativen Richtmikrofontechnologie (digital surroundZoom) und dem ausgezeichneten Sprachverstehen (Störgeräusch- und Windgeräuschunterdrückung). Die neueste Technologie im Bereich der Störgeräuschunterdrückung "Sound Smoothing" hat SAT über Centra SoundSmoothing im April 2006 eingeführt; im November 2006 zog Phonak mit SaviaArt SoundRelax und Unitron Element AntiShock nach. Die vorgenannten technischen Neuerungen sind ausnahmslos auch Gegenstand von kostenlosem Technologieaustausch zwischen Phonak und seinen Wettbewerbern SAT und Oticon. Aufgrund dieser hohen Bedeutung des Technologieaustausches zwischen den führenden Hörgeräteherstellern für die Produktneueinführungen sieht es die Beschlussabteilung – im Gegensatz zu Phonak - als erheblich an, wenn Phonak beispielsweise für die Produktfamilie Savia einen wesentlichen Teil der hier verwendeten Patente [...] mit dritten Herstellern, insbesondere den anderen Oligopolisten, teilt.<sup>78</sup>

---

<sup>78</sup> Schr. Phonak v. 14. Februar 2007, S. S. 6, Bl. 628 d.A.



- (208) Aufgrund der dargestellten Kooperationen der führenden Hörgerätehersteller im Bereich der Basispatente für die Digitalisierung (HIMPP), der Vernetzung von Software-Komponenten wie Messtechnik und Anpass-Software über NOAH (HIMSA I, HIMSA II) und der gegenseitigen, weitgehend kostenlosen Lizenzierung von wesentlichen Produktentwicklungen liegen die führenden Hersteller in ihrer Entwicklungskompetenz sehr nah beieinander. Gleichzeitig wird durch das Monitoring der für die Hörgeräteindustrie relevanten Patente in HIMPP die Information über die aktuellen technischen Entwicklungen vergemeinschaftet und eine einheitliche Informationsbasis sichergestellt. Wettbewerbsvorstöße einzelner Hersteller werden – soweit sie überhaupt stattfinden – im Regelfall innerhalb weniger Monate von der Konkurrenz aufgenommen. Ein solches Verhalten trägt wesentlich zum gegenseitigen Vertrauen in das oligopolistische Parallelverhalten bei und ist durch die o.g. Vergemeinschaftungen beinahe strukturell abgesichert. Denn aufgrund der gemeinsamen Grundtechnologien und der daraus resultierenden vergleichbaren Entwicklungen bei den Oligopolisten muss jeder damit rechnen, dass er möglicherweise ein Patent eines anderen Wettbewerbers in einem Spezialgebiet verletzen könnte. Die nicht geringe Zahl von eingelegten Patentbeschwerden verdeutlicht dieses Problem. In Kenntnis dieses Sachverhaltes und in der Absicht sich nicht gegenseitig dauerhaft zu blockieren, erscheint es geradezu unternehmerisch zwingend, immer wieder Patente gegenseitig auszutauschen.<sup>79</sup> Dies sichert das oligopolistische Parallelverhalten im Technologiewettbewerb und die Verhinderung dauerhafter Technologievorsprünge strukturell ab. Echte technische Vorsprünge sind die Ausnahme. Es gibt im Hörgerätemarkt keine echten Überraschungsmomente.
- (209) Entgegen der Auffassung von Siemens deutet ein Technologietransfer zwischen Wettbewerbern nicht erst dann auf ein oligopolistisches Parallelverhalten hin, wenn er nach der Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfer-Vereinbarungen der Kommission (TT-GVO) nicht freistellungsfähig wäre.<sup>80</sup> Die im vorliegenden Fall das Marktgeschehen mit prägende Vergemeinschaftung von anwendungsspezifischer Technologie lässt auch dann auf eine Wettbewerbsdämpfung im Binnenverhältnis der Oligopolisten schließen, wenn sie keine der in der TT-GVO enthaltenen Kernbeschränkungen enthielte und damit Art. 81 EGV nicht unmittelbar anwendbar wäre. Die Beschlussabteilung hat Technologieaustausch zwischen den Oligopolisten im vorliegenden Verfahren

---

<sup>79</sup> Dieser Eindruck hat sich für die Beschlussabteilung auch nach den Gesprächen mit SAT und Oticon verdichtet, siehe Gespräch mit SAT am 22.02.2007, Vermerk S. 4, Bl. 796 d.A., Gespräch mit Oticon am 06.03.2007, Vermerk S. 4, Bl. 1075 d.A.

<sup>80</sup> Stellungnahme zur Abmahnung, S. 8f.

nicht auf seine Vereinbarkeit mit Art. 81 EGV geprüft. Allerdings handelt es sich bei den Lizenzvereinbarungen um einen wechselseitigen Partentausaustausch zwischen Wettbewerbern, die die für die Anwendbarkeit der TT-GVO zulässige Marktanteilsschwelle von 20% (Art. 3 Abs. 1) sehr deutlich überschreiten.<sup>81</sup>

- (210) Zudem hat der Patentaustausch im Markt für Hörgeräte - und dies gilt für HIMPP ebenso wie für die Lizenzvereinbarungen zwischen den Herstellern – eben nicht den Zweck, die Gestaltungsfreiheit der Produktentwicklung zu gewährleisten<sup>82</sup>, sondern das Ziel, die Produkte auf der derselben technologischen Grundlage zu gestalten und mittelfristige Entwicklungsvorsprünge der Wettbewerber zu verhindern. Die KOM sieht das Kollussionsrisiko durch solche Vereinbarungen bei engen Oligopolen und hohen Marktzutrittsschranken als vergleichsweise hoch an.<sup>83</sup> Insoweit sind auch die durch die Lizenzierung hervorgerufenen Effizienzgewinne, die Siemens unter Verweis auf die TT-GVO als positive Faktoren für eine weitreichende Lizenzierung vorbringt<sup>84</sup>, nicht geeignet, die wettbewerbsdämpfenden Effekte aufzuwiegen. Dies gilt umso mehr, als mögliche Effizienzgewinne einer wechselseitigen gebührenfreien Lizenzierung in der Vergangenheit nicht zu entsprechenden Preisvorteilen für die Verbraucher geführt haben.
- (211) Die beteiligten Unternehmen haben vorgetragen, dass sich insbesondere der Erfolg oder Misserfolg neu eingeführter Modelle deutlich auf den Marktanteil des jeweiligen Wettbewerbers auswirke und die Hersteller damit in ständigem **Innovationswettbewerb um die Einführung neuer Modelle** stünden. Dies werde durch die sehr kurzen Produktzyklen für Produktneueinführungen insbesondere im oberen Preissegment unterstützt. Der Markt werde bestimmt durch kurze Produktlebenszyklen und fortwährenden Wettbewerb um Produktweiterentwicklungen. Dieser Auffassung schließen sich auch die wesentlichen Wettbewerber SAT und Oticon an. Sowohl Phonak als auch Siemens haben in ihrer Stellungnahme zum Abmahnschreiben der Beschlussabteilung ihre Auffassung wiederholt, der deutsche Hörgerätemarkt sei durch intensiven Innovationswettbewerb gekennzeichnet. Siemens hat vorgetragen, nur durch erhebliche Investitionsanstrengungen und neue Produkte seien im Wettbewerb Marktanteile zurückerobert worden, die sonst verloren gewesen wären. Dynamischer Wettbewerb zeichne sich gerade dadurch aus, dass wettbewerbliche Vorstöße mit

---

<sup>81</sup> Strengere Anforderungen an wechselseitige Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, siehe Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EGV auf Technologietransfer-Vereinbarungen (2004/C 101/02), Rz. 78.

<sup>82</sup> Leitlinien TT-GVO, Rz. 111.

<sup>83</sup> Leitlinien TT-GVO, Rz. 136, 138f., 143

<sup>84</sup> Stellungnahme zum Abmahnschreiben, S. 8f.

Marktanteilsgewinnen durch andere Wettbewerber mittels eigenen gesteigerten Wettbewerbsvorstößen gekontert werden.<sup>85</sup> Auch nach Auffassung von Phonak entspricht es geradezu dem Idealbild von Wettbewerb, dass Innovationsvorstöße des einen Wettbewerbers durch Produktverbesserungen der anderen Wettbewerber gekontert werden. Dabei sei die Innovationsgeschwindigkeit in der Hörgeräteindustrie besonders hoch.<sup>86</sup>

- (212) Um für die fusionsrechtliche Beurteilung von Gewicht zu sein, müssen wettbewerbliche Vorstöße einigermaßen stabil sein. Dies ist beispielsweise nicht der Fall, wenn (a) Wettbewerbsvorstöße aufgrund eines von den Marktteilnehmern selbst initiierten technologischen Gleichschritts kurzfristig, d.h. innerhalb von Monaten, einholbar sind und (b) keine echten Entwicklungsvorsprünge bestehen, die im Wettbewerb durchgesetzt werden könnten und zu einer nicht nur kurzfristigen Umsatz- und Mengenerhöhung führen. Oticon hat der Beschlussabteilung ein (vertrauliches) Schaubild übergeben, aus dem hervorgeht, dass [...].<sup>87</sup> Der Beschlussabteilung ist als dauerhaft erfolgreiche Produkteinführung der letzten drei Jahre nur die Savia-Produktfamilie bekannt. Eben dieser Wettbewerbsvorstoß von Phonak veranlasst die Beschlussabteilung, nicht schon vor dem Zusammenschluss von einem marktbeherrschenden Oligopol ohne Binnenwettbewerb auszugehen. Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass selbst dieser Wettbewerbsvorstoß die Marktposition von Siemens und Oticon nicht in entscheidungserheblicher Weise angegriffen hat.
- (213) Die Beschlussabteilung ist überdies nicht der Auffassung, dass allein die Tatsache, dass alle Hörgerätehersteller Produktneueinführungen verbunden mit vergleichsweise kurzen Produktlebenszyklen vornehmen, im vorliegenden Fall auf wesentlichen Wettbewerb im Oligopol schließen lässt.
- (214) Die Hörgerätehersteller liegen in ihrer Entwicklungskompetenz sehr nah beieinander, arbeiten im wesentlichen an den gleichen Entwicklungsschwerpunkten und verfügen jeweils über ein lückenloses Produktportfolio. Daher können Wettbewerbsvorstöße einzelner Hersteller sehr schnell, teilweise innerhalb weniger Monate, von der Konkurrenz aufgenommen werden. Dass die Hörgerätehersteller neue bzw. verbesserte Produkte nur im Rahmen halbjährlich stattfindender Messen einführen, liegt in einer freiwilligen Selbstbindung. Zumindest bei Funktionen, die – z.B. im High-End-Bereich - bereits marktgängig sind und von Wettbewerbern im Wege des "down grading" in anderen

---

<sup>85</sup> Stellungnahme Siemens zum Abmahnschreiben, S. 10.

<sup>86</sup> Stellungnahme Phonak zum Abmahnschreiben, S. 15.

<sup>87</sup> Siehe Bl. 1077 d.A.

Preissegmenten eingeführt werden, wäre eine Reaktion auf einen entsprechenden Wettbewerbsvorstoß sogar unmittelbar innerhalb weniger Tage möglich.

- (215) Die Einführung von Tego, Cielo und eXtra im Jahr 2005 ist ein Beispiel für die Reaktionsmöglichkeiten der Oligopolisten auf einen entsprechenden Wettbewerbsvorstoß. Mit der Einführung von Tego hat Oticon als erster Hersteller ein Hörgerät mit einigen High-end- Qualitäten in ein weit darunter liegendes Preissegment eingeführt. Aufgrund ihrer vergleichbaren technischen Kompetenz und ihres umfassenden Produktportfolios haben SAT (Cielo) und Phonak (eXtra) innerhalb von ca. 6 Monaten nachgezogen und den Vorsprung von Oticon eingeholt. Oticon hat Tego im April 2005 auf den Markt gebracht. Phonak und SAT folgten mit eXtra bzw. Cielo im November 2005. Sowohl die Listenpreise als auch die Herstellerabgabepreise der drei Produkte lagen nicht mehr als 10% auseinander. Allerdings konnten von den Wettbewerberprodukten Cielo und eXtra im Jahr 2006 wesentlich mehr Hörgeräte verkauft werden als von Tego. Insoweit hat Oticon durch die Einführung von Tego nicht dauerhaft Marktanteile gegenüber den anderen Oligopolisten hinzugewinnen können.
- (216) Im Ergebnis hält es die Beschlussabteilung für durchaus denkbar, dass Oticon mit der Einführung von Tego einen Wettbewerbsvorstoß gegenüber Phonak und SAT versucht hat. Dieser Wettbewerbsvorstoß ist aufgrund der erheblichen Markt- und Preistransparenz bei den anderen Oligopolisten jedoch nicht erfolgreich gewesen. Insoweit ist die Produkteinführung von Tego nach Auffassung der Beschlussabteilung weniger ein Beispiel für funktionsfähigen Wettbewerb im Oligopol, als vielmehr Indiz für ein durch die hohe Markttransparenz abgesichertes Parallelverhalten im Oligopol.
- (217) Auch die zeitliche Abfolge der Produktneueinführungen im obersten Preissegment "Listenpreis > 900 €" in den Jahren 2003 bis 2006 lässt keine ausreichenden Rückschlüsse auf Wettbewerb im Oligopol zu.
- (218) Anhand der Daten für die vergangenen drei Jahre lässt sich zum einen ablesen, dass die Produktneueinführungen im oberen Preissegment über 900 € bei den wesentlichen Anbietern SAT, Phonak, Oticon und GN ReSound einem relativ festen Rhythmus von jeweils 18-24 Monaten gefolgt sind.
- (219) Phonak hat "Perseo" im 1. Quartal **2003** eingeführt. GN ReSound "ReSound Air" im 2. Quartal 2003. Auch Widex hat mit Senso Diva ein Hörgerät im Listenpreissegment > 900 € im Jahr 2003 eingeführt.
- (220) Oticon folgte mit Synchro im 2. Quartal **2004**, SAT im 4. Quartal 2004 mit Acuris.

- (221) Phonak hat erwartungsgemäß nach 24 Monaten im Februar **2005** mit Savia seine nächste Produktgeneration im Preissegment über 900 € eingeführt. GN ReSound hat nahezu gleichzeitig zwar das Produkt Metrix am Markt eingeführt, jedoch ohne nennenswerten Erfolg. Im Jahr 2005 wurden nur geringe Mengen abgesetzt, GN ReSound hat das Produkt inzwischen wieder vom Markt genommen. Widex hat im Jahr 2005 keine neue Produktfamilie in diesem Preissegment auf den Markt gebracht. Entsprechend sind weite Teile des Absatzpotentials der dann "veralteten" Produktfamilien "ReSound Air" und "Senso Diva" an den Wettbewerber Phonak gegangen, der zu diesem Zeitpunkt das erfolgreichste neue Hörgerät in diesem Segment am Markt hatte. Hier kommt noch hinzu, dass Phonak einige Monate später mit micro Savia ein kleines BTE-Gerät "nachgeschoben" hat, das dem ReSound Air Gehäuse-Design sehr ähnlich sieht und insoweit einen entsprechenden "Wiedererkennungseffekt" bei den bisherigen Kunden von GN ReSound erzeugt haben dürfte.
- (222) Oticon hat fast genau 24 Monate nach Einführung von Synchro im 2. Quartal **2006** seine neue Produktfamilie Delta 8000 eingeführt, SAT präsentierte 18 Monate nach Einführung von Acuris im Mai 2006 Centra am Markt.
- (223) Diese zwischen den Hörgeräteherstellern "zeitversetzte Produkteinführungspolitik" ist nach Auffassung der Beschlussabteilung zum einen eine Erklärung dafür, dass es in der Betrachtung der einzelnen Jahre vorübergehend zu Marktanteilsveränderungen bei den einzelnen Oligopolisten kommen kann. Zum anderen liegt hierin ein Erklärungsansatz für den Sachverhalt, dass die Marktanteile von SAT und Oticon im oberen Preissegment in den vergangenen Jahren keinen signifikanten dauerhaften Änderungen unterworfen waren und die Marktanteile von Phonak insbesondere zu Lasten von GN ReSound und Widex gestiegen sind. Phonak zielte mit seiner Produktneueinführung genau in die Phase, in der der Absatz der dann "veralteten" ReSound Air Hörgeräte und Senso Diva-Hörgeräte absank und weder GN ReSound noch Widex diesen eigenen Absatzrückgang durch eigene erfolgreiche Nachfolgemodelle im Segment "Listenpreis über 900 €" auffangen konnten. Die Wettbewerber SAT und Oticon hatten ihre Absatzmengen zu diesem Zeitpunkt schon durch entsprechende eigene Nachfolgemodelle (Delta 8000, Acuris) gesichert. Die Absatzmengen entsprachen auch in etwa den Absatzmengen der Vorgängermodelle. Insoweit sind die Marktanteilsverschiebungen im Jahr 2005 auch durch diese Sondersituation begründet. Die Tatsache, dass SAT und Oticon nicht aus der offenbar verfehlten Produktpolitik der Oligopolaußenseiter eigenen Nutzen ziehen konnten, ist ein Indiz dafür, dass die Situation im Oligopol im Jahr 2005 nicht gänzlich ohne

Wettbewerb war. Ob hieraus jedoch auf wesentlichen Wettbewerb im Oligopol geschlossen werden kann, ist zweifelhaft. Die Marktanteilszuwächse durch die Produktneueinführung Savia ging im Wesentlichen zu Lasten der marktanteilsschwächeren Wettbewerber GN ReSound und Widex. Ansonsten ziehen Produktneueinführungen im Regelfall die Absatzmengen der jeweils eigenen Vorgängermodelle auf sich, ohne die Wettbewerbsposition der konkurrierenden Oligopolisten dauerhaft anzugreifen.

- (224) Siemens hat in seiner Stellungnahme zur Abmahnung eigene Produktneuentwicklungen im Bereich der Richtmikrofontechnik (2002) und im Bereich der e2e-Technologie (2004) benannt, für die am Markt bis heute kein vergleichbares Wettbewerberprodukt verfügbar sei.<sup>88</sup> Nach den Informationen der Beschlussabteilung wurde die e2e-Technologie ("automatischer Mikrofonabgleich") von SAT im Januar 2004, also schon vor der entsprechenden eigenen Produkteinführung, an die Wettbewerber [...] gegen eine sehr geringe einmalige Gebühr lizenziert.<sup>89</sup> Oticon bietet in seiner Produktfamilie Synchro eine e2e-Technologie an. Bei der Richtmikrofontechnologie ist auch Phonak mit seiner Savia-Produktfamilie vertreten. Phonak hat diesbezügliche Patente an SAT lizenziert.
- (225) **Zusammenfassend** lässt sich Folgendes feststellen: Soweit die Beschlussabteilung Wettbewerb um Innovationen und Produktneueinführungen erkennen kann, spricht dies für sich genommen im vorliegenden Fall nicht ohne weiteres für wesentlichen Wettbewerb im Oligopol. Grund hierfür ist zum einen, dass es für die Oligopolisten unternehmerisch - insbesondere auch im Hinblick auf eine höchstmögliche Gewinnmaximierung - unsinnig wäre, die technische Entwicklung dadurch zu unterbinden, dass sie sich stillschweigend darüber verständigen, auf einen solchen Wettbewerb zu verzichten und ggf. die entsprechenden technischen Entwicklungen eines Oligopolmitgliedes als Verstoß gegen ein oligopolistisches Parallelverhalten werten. Auf dem hier relevanten Hörgerätemarkt kann oligopolistisches Parallelverhalten im Hinblick auf den technologischen Wettbewerb nur bedeuten, dass die Oligopolisten diesen Wettbewerb so transparent wie möglich gestalten und dafür sorgen, dass der Vorsprung eines Oligopolisten bei der Einführung technischer Optimierungen nicht zu einem dauerhaften und marktstrukturell abgesicherten Vorsprung wird. Die hohe Markt-, Produkt- und Preistransparenz unterstützt dieses Verhalten.
- (226) Erleichtert wird dieses Parallelverhalten dadurch, dass neue technische Entwicklungen nur auf den beiden Hörgeräte-Messen im Frühjahr und Herbst in

---

<sup>88</sup> Stellungnahme zur Abmahnung, S. 12.

<sup>89</sup> Schreiben Siemens v. 20.02.2007, Anlage 2.

den Markt eingeführt werden, so dass die Wettbewerber aufgrund ihres eigenen technischen Know-hows hierauf relativ kurzfristig reagieren können. Vor dem Hintergrund, dass in Zukunft – anders als in der Vergangenheit – keine sprunghaften technischen Entwicklungen, sondern eher Weiterentwicklungen in Einzelbereichen zu erwarten sind, wird das wettbewerbliche Gewicht der technischen Entwicklungen zu Gunsten der Verbesserung der sog. Wohlfühlfaktoren und des Anstiegs von reinen Marketinganstrengungen weiter abnehmen.

### **6.1.3.2 Preiswettbewerb**

- (227) Nach Auffassung von Phonak ist die Innovationsfähigkeit der Hörgerätehersteller der wichtigste Wettbewerbsparameter. Hingegen spiele der Preis als Wettbewerbsparameter keine wesentliche Rolle. Er spiegele lediglich das hohe Qualitätsniveau wieder. Das Preisniveau von GN ReSound sei im Übrigen vergleichbar mit demjenigen der Wettbewerber.<sup>90</sup>
- (228) Die Beschlussabteilung sieht auch im Hinblick auf diesen aus Sicht von Phonak offenbar nur zweitrangigen Wettbewerbsparameter schon vor dem Zusammenschluss erhebliche Anhaltspunkte für ein oligopolistisches Parallelverhalten der Hörgerätehersteller. Die Aussage von Phonak betreffend die Preissetzung von GN ReSound ist überdies unzutreffend. GN ReSound ist – bezogen auf die Herstellerabgabepreise – in der Vergangenheit gegenüber dem Oligopol als preisaggressiver Anbieter aufgetreten.

#### **(1) Listenpreise**

- (229) Die Hörgeräte-Hersteller haben im Jahre 2002 im Rahmen ihres ZVEI-Meldesystems den digitalen Hörgerätemarkt von ursprünglich drei (im Jahre 2001) in sechs Listenpreissegmente aufgeteilt. Diese von den Herstellern geschaffenen sechs Listenpreissegmente haben sich im Markt durchgesetzt. Darüber hinaus scheint nicht nur die Struktur der Listenpreise zwischen den Herstellern vereinbart worden zu sein. Auch die Höhe der Listenpreise der verschiedenen Hersteller selbst stimmt in den einzelnen Segmenten weitgehend überein.
- (230) So sind z.B. die Listenpreise der Oligopolisten SAT, Phonak und Oticon in dem obersten Preissegment "Listenpreis über 900 €" nahezu deckungsgleich. Sie bewegen sich bis auf ganz wenige Ausnahmen bei 1.170 und 1.199 €. Von diesem Segment geht eine besondere Signalwirkung auch in preislicher Hinsicht aus, da technische Neuerungen, wie z.B. Sound Smoothing, Verbesserung der Klangqualität der eigenen Stimme, Technologie zur Reduzierung des sog. Verschluss-effekts ("Okklusion") oder automatischer Mikrofonabgleich von allen Herstellern immer in diesem Segment eingeführt werden. Sofern bestehende High-End-

---

<sup>90</sup> Schr. Phonak v. 28.11.2006, S. 7f, Bl. 269 d.A. B3-554/06.

Hörgeräte mit zusätzlichen technischen Neuerungen (z.B. zusätzliche Störgeräuschunterdrückung, Data Learning) auf den Markt gebracht werden, sind die Listenpreise häufig ebenfalls deckungsgleich. So wurden Centra Sound Smoothing (Siemens, Einführung im April 2006) und Savia Art dSZ (Phonak, Einführung im November 2006) zum gleichen Listenpreis in Höhe von 1.395 € auf den Markt gebracht. Auch die Listenpreise von Cielo, eXtra und Tego im Listenpreissegment "200 bis 400 €" liegen sehr nah beieinander.

## **(2) Durchschnittliche Herstellerabgabepreise**

- (231) Die am ZVEI-Meldesystem beteiligten Unternehmen sind in der Lage, ihre eigene Preispolitik an den durchschnittlichen Herstellerabgabepreisen zu orientieren. Da sie nicht nur Auswertungen über jährliche, sondern auch über monatliche Herstellerabgabepreise in den einzelnen Preissegmenten erhalten, kann jeder Hersteller seine Anpassungsstrategie sehr detailliert, zeitnah und nahezu einzelproduktbezogen planen. Bezogen auf ein bestimmtes Listenpreissegment weiß der Hersteller auch, welcher Anteil der diesem Listenpreissegment zugehörnden Hörgeräte einen Herstellerabgabepreis innerhalb dieses Segmentes erzielen bzw. in welchem Umfang Produkte aus höherpreisigen Listenpreissegmenten mit ihrem Herstellerabgabepreis in diesem Listenpreissegment liegen. Damit wird die Preispolitik der Hörgeräte-Hersteller bei Hörgeräten sehr transparent. Auch wenn die ZVEI-Daten keine unmittelbar identifizierenden Informationen über einzelne Hersteller enthalten, kann durch den Detaillierungsgrad der Informationen für die einzelnen Preissegmente, verbunden mit den ZVEI-Zusatzinformationen, wie z.B. der Entwicklung von ITE- bzw. BTE-Geräte sowie der vorhandenen unmittelbaren Informationen aus dem Markt über die unterschiedliche Marktstellung der Wettbewerber in den einzelnen Segmenten nicht nur das durchschnittliche Preisniveau im Markt, sondern durchaus auch Informationen über das Preisverhalten einzelner, insbesondere der marktanteilsstarken Wettbewerber entnommen werden.
- (232) Ein Vergleich der durchschnittlichen Herstellerabgabepreise für die einzelnen ZVEI-Preissegmente im Zeitablauf belegt nach Auffassung der Beschlussabteilung, dass von den im Rahmen des ZVEI-Meldesystem von den Hörgeräteherstellern selbst festgelegten Listenpreissegmenten eine erhebliche Disziplinierung auf den Preiswettbewerb ausgegangen ist. Die Parallelität in der Höhe der Listenpreise hat auch zu einer entsprechenden Parallelität in der Höhe der durchschnittlichen Herstellerabgabepreise geführt. Vor dem Hintergrund der strukturellen Veränderungen im Hörgerätemarkt, verbunden mit den zum Teil erheblichen Mengenzuwächsen in den einzelnen Segmenten, ist im Zeitablauf eine erstaunliche Preisdisziplin feststellbar, die insbesondere im hochpreisigen Segmenten sogar noch

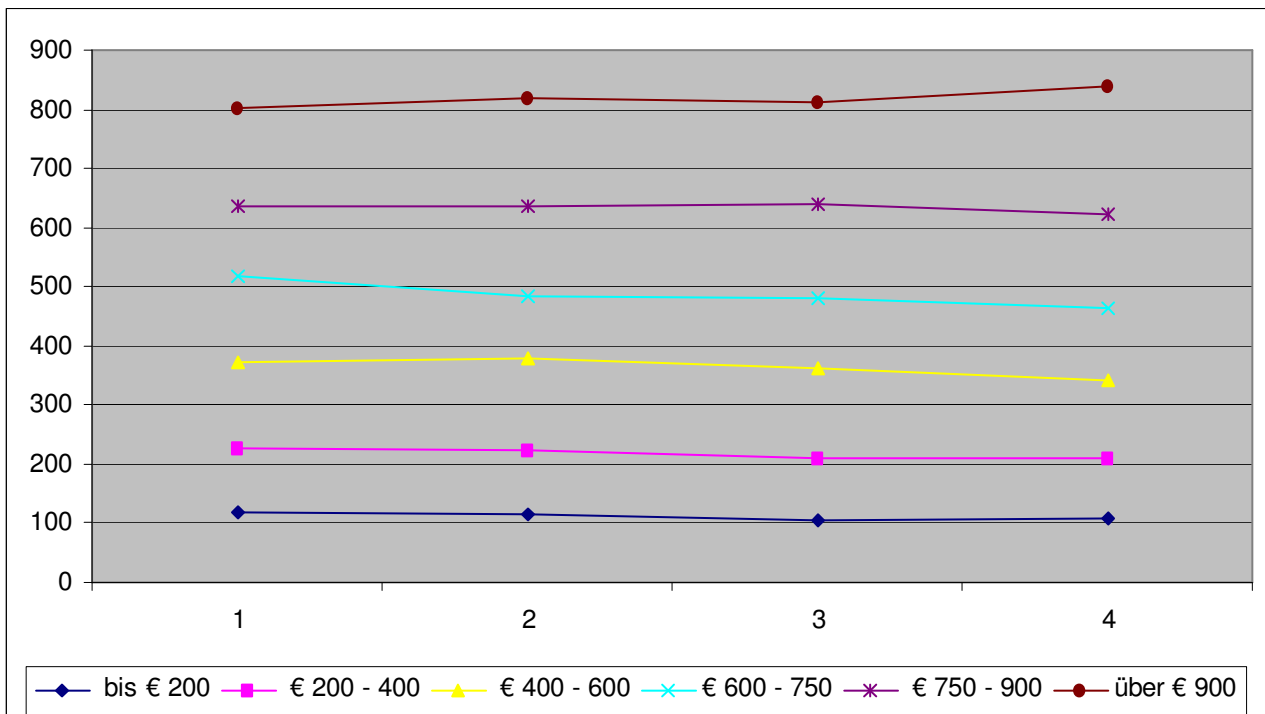


Preiserhöhungen erlaubt hat. Dies zeigt die folgende Tabelle und die entsprechende graphische Darstellung des Sachverhaltes<sup>91</sup>.

**Tabelle 11: Entwicklung der durchschnittlichen Herstellerabgabepreise 2003-2006 in €**

	2003	2004	2005	2006
ASP	in €	in €	in €	in €
LP <sup>92</sup> bis € 200	118	115	106	108
LP € 200 - 400	228	225	211	209
LP € 400 - 600	371	378	361	341
LP € 600 - 750	518	485	479	462
LP € 750 - 900	636	637	640	624
LP über € 900	802	819	811	838

**Graph 4: Entwicklung der durchschnittlichen Herstellerabgabepreise 2003-2006 in €**



<sup>91</sup> Ermittelt auf Basis der Jahresmeldungen des ZVEI.

<sup>92</sup> LP = Listenpreis

**(3) Unternehmensbezogene durchschnittliche Herstellerabgabepreise**

- (233) Die Beschlussabteilung hat die ihr vom ZVEI selbst und von den am ZVEI-Meldesystem beteiligten Unternehmen übersandten Meldungen für die Jahre 2003 bis 2006 ausgewertet. Sie hat dabei festgestellt, dass sich die durchschnittlichen Herstellerabgabepreise in den Kundensegmenten "Listenpreis 200-600 €" und "Listenpreis > 750 €" seit Etablierung des nach Preissegmenten differenzierten ZVEI-Meldesystems im Jahr 2002 wieder deutlich angeglichen haben. Dies gilt insbesondere für die durchschnittlichen Herstellerabgabepreise der Oligopolmitglieder Demgegenüber sind insbesondere für den Wettbewerber GN ReSound zum Teil sehr deutliche Abweichungen im Preisverhalten von den übrigen Wettbewerbern festzustellen. Die Beschlussabteilung weist darauf hin, dass das Datenmaterial, auf das sich die folgenden Aussagen beziehen, auf Grundlage der monatlichen Einzelmeldungen von Unternehmen berechnet wurde und nicht alle am Markt vertriebenen Marken umfasst (z.B. ohne Unitron und Beltone). Aufgrund der geringen Marktbedeutung dieser nicht erfassten Marken ist die Belastbarkeit der Analyse aber dennoch hoch. Im Einzelnen kann folgendes festgestellt werden:
- (234) Aufgrund der großen Preisspanne im Gesamtsortiment der Hörgerätehersteller (die Preisspanne zwischen Basisgerät und High-EndGerät liegt bei Faktor 10) und der unterschiedlichen Mengen in den einzelnen Segmenten ist ein Preisvergleich der durchschnittlichen Herstellerabgabepreise über den Gesamtmarkt der Hörgeräte nicht aussagefähig. Ebenso hat ein Preisvergleich im zuzahlungsfreien Kundensegment "Listenpreis > 200 €" keine Aussagekraft (siehe hierzu Begründung in Rz. 150).
- (235) Nach Auffassung von Phonak ist die Auswertung der ZVEI-Meldungen für einen Durchschnittspreisvergleich grundsätzlich nicht geeignet. Phonak gibt an, dass die ZVEI-Meldungen eine Reihe von Vergünstigungen unberücksichtigt lassen, wie z.B. Jahresendrabatte und Skonti. Insoweit würden die ZVEI-Durchschnittspreise von den effektiv verlangten Preisen erheblich abweichen. Zudem würden nach Listenpreis bestimmten Segmenten zuzurechnende Produkte teilweise mit erheblichen Abschlägen verkauft, sodass sie bei den Durchschnittspreisen in anderen Segmenten erfasst würden. Dies gelte insbesondere für das Segment "Listenpreis > 900 €". Schließlich änderten sich die Durchschnittspreise eines Hörgerätes im Laufe seines Produktzyklus erheblich. Teilweise führe dies zu erheblichen Korrekturen der Listenpreise. Phonak hat dies unter anderem am Modell Perseo dargestellt.<sup>93</sup>
- (236) Die Beschlussabteilung hält diese Argumentation im Wesentlichen für nicht stichhaltig. Die Auswertung der Beschlussabteilung basiert auf Monatsmeldungen der

---

<sup>93</sup> Schr. Phonak v. 22.02.2007, S. 1ff., Bl. 717 ff. d.A..

einzelnen Hörgerätehersteller an den ZVEI, die auf den Lieferanten in Rechnung gestellten Umsätzen basieren. Damit sind Nachverhandlungen im Laufe eines Jahres, soweit sie auch zeitnah verrechnet wurden, in den gemeldeten Umsatzdaten erfasst. Dies gilt dann sowohl für Bonusgeräte (weniger Umsatz bei höherer Menge) als auch für zusätzliche Mengenrabatte. Die verbleibenden Unsicherheiten aufgrund von am Jahresende abgerechneten Jahresendrabatten oder Skonti schätzt die Beschlussabteilung als gering ein. Dies ergibt sich aus der Auswertung der Konditionen, die die Beschlussabteilung für die jeweils 20 größten Kunden der fünf größten Hersteller abgefragt hat. Danach werden im Durchschnitt Mengenrabatte in Höhe von durchschnittlich 30,5% gewährt. Auf die regelmäßig für alle Kunden gewährten Skonti entfallen in Durchschnitt 2,6%, auf Boni und sonstige Erlösschmälerungen, die für Nachverhandlungen eher von Bedeutung sein könnten, entfallen in Durchschnitt überhaupt nur 1,7% bzw. 0,6%.

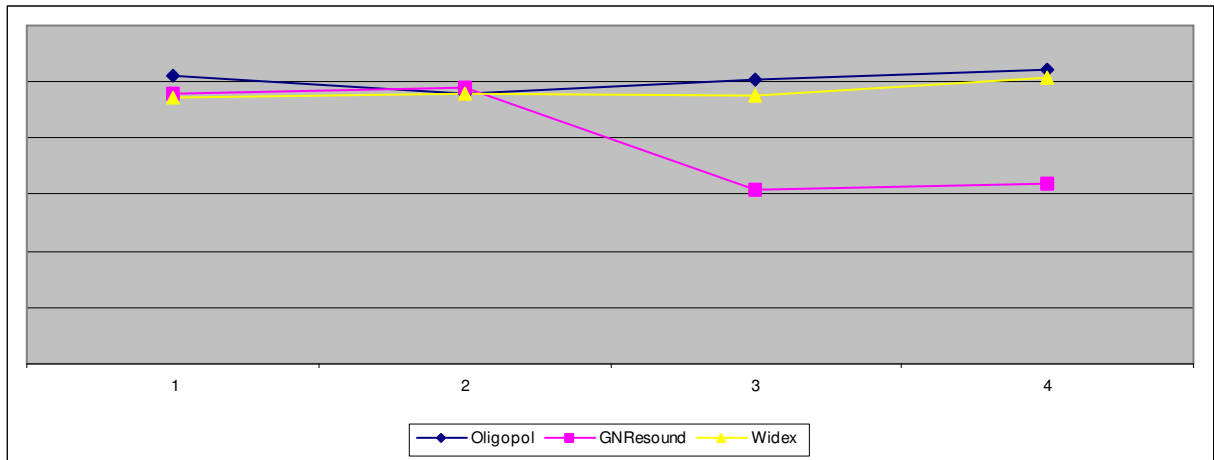
- (237) Zudem müssten sich die nach Auffassung von Phonak nicht in den ZVEI-Daten berücksichtigen Konditionen in den Folgejahren zu stark verändernden durchschnittlichen Herstellerabgabepreisen geführt haben. Entsprechende signifikante Preisänderungen, die dann auch bei den einzelnen Oligopolisten unterschiedlich verlaufen müssten, konnte die Beschlussabteilung jedoch nicht beobachten. Insoweit dürften die gegebenenfalls im ZVEI-System nicht berücksichtigten Konditionen offenbar keinen signifikanten Einfluss auf die Entwicklung der Herstellerabgabepreise gehabt haben.
- (238) Die Beschlussabteilung stimmt Phonak insoweit zu, als die Herstellerabgabepreise für Produkte aus dem Segment "Listenpreis > 900 €" nach dem Durchschnittspreis zu einem erheblichen Teil in das darunter liegende Segment "Listenpreis 751-900 €" gehören. Die Beschlussabteilung hat daher beide Segmente zum Kundensegment "Listenpreis > 750 €" zusammengefasst und die Analyse der Durchschnittspreisentwicklung anhand dieses größeren Segments durchgeführt.
- (239) Schließlich wird ein Hörgerät, das nach dem Listenpreis zuerst in ein höherpreisiges Segment, in den Folgejahren jedoch in ein niedrigpreisigeres Segment gehört, im ZVEI-Meldesystem auch so behandelt und im Zeitablauf unterschiedlichen Preissegmenten zugewiesen. Dies entspricht auch der Produktpolitik des Herstellers. Der Beschlussabteilung sind allerdings nur wenige solcher Fälle bekannt. Üblicherweise wird das "down grading" eines Hörgeräts von einer Änderung des Markennamens begleitet. Das Angebot einer High-End-Produktfamilie in einem mittleren Preissegment unter gleichem Namen wird nach dem Kenntnisstand der Beschlussabteilung im Wesentlichen nur von GN ReSound durchgeführt. Insoweit geht die Beschlussabteilung davon aus, dass die durchschnittlichen Herstellerabgabepreise ein geeigneter Indikator für das

Preisverhalten im Zeitablauf darstellt, auch wenn die in den Vergleich einbezogenen individuellen Produkte nicht im technischen Sinne völlig homogen sind.

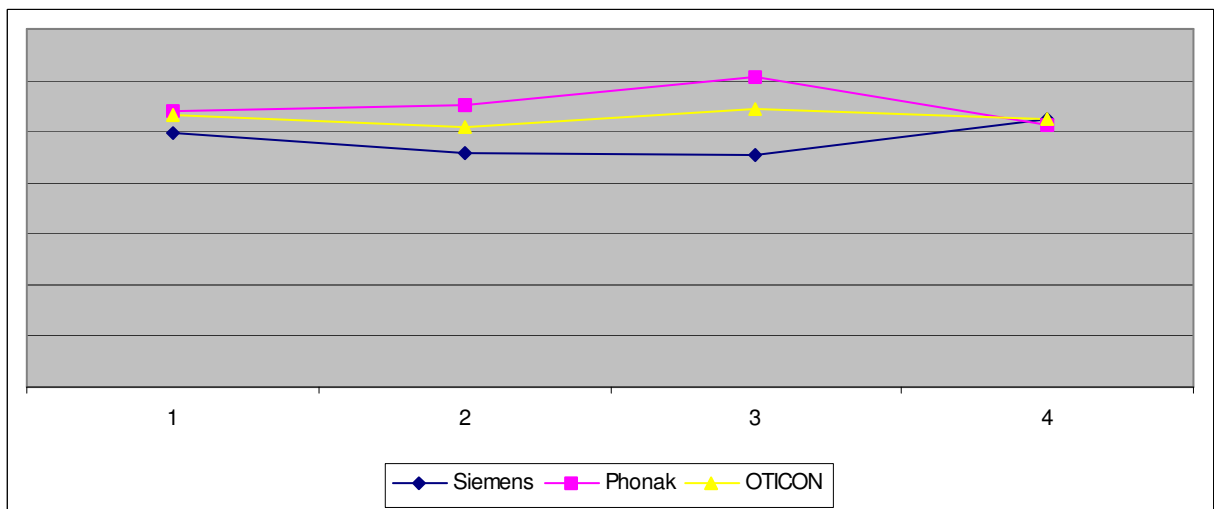
Preisvergleich für das Kundensegment "Listenpreis 201-600 €"

- (240) Im Kundensegment „Listenpreis 201-600 €“ sind die durchschnittlichen Herstellerabgabepreise zwischen 2003 und 2006 nahezu konstant geblieben. Der Preisrückgang liegt bei unter 2%. Die von GN ReSound seit dem Jahr 2005 durchgeführten erheblichen Preissenkungen haben nicht zu einem signifikanten Rückgang des Gesamtpreises geführt, da das Unternehmen trotz seiner aktiven Preispolitik erheblich an Absatzmengen verloren hat. Die Durchschnittspreise von SAT, Phonak, Oticon und Widex haben sich deutlich angeglichen und sind inzwischen nahezu identisch. Die beiden nachfolgende graphischen Darstellungen verdeutlichen diesen Sachverhalt.

Graph 5:



Graph 6:



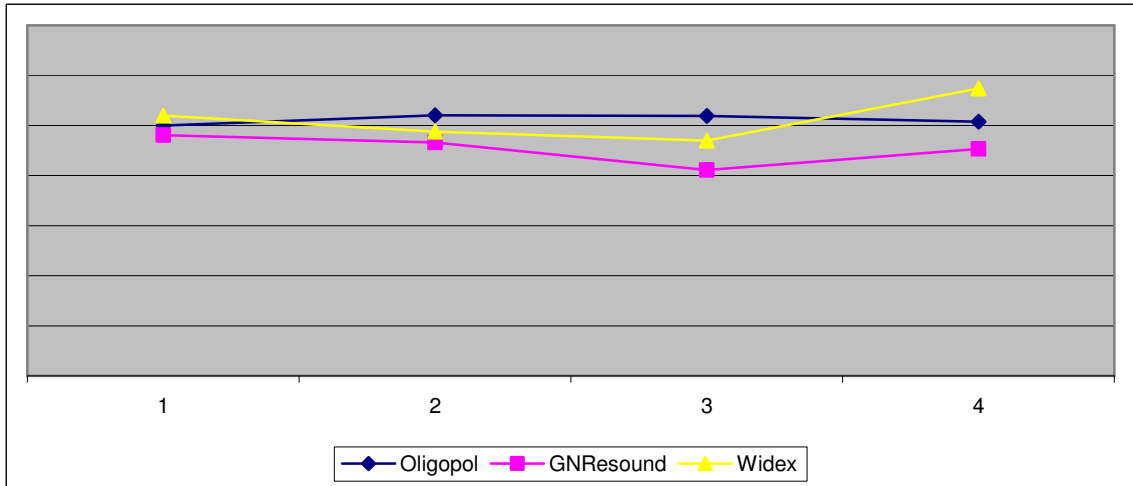
(241) Die erste Darstellung zeigt die Entwicklung der durchschnittlichen Herstellerabgabepreise im Kundensegment „Listenpreis 201-600 €“. Die Preise der Oligopolmitglieder wurden den beiden Außenseitern Phonak und Widex gegenüber gestellt. Sie verdeutlicht insbesondere das deutlich abweichende Preisverhalten von GN ReSound in den letzten beiden Jahren 2005 und 2006. Die zweite Darstellung vergleicht das Preisverhalten der Oligopolmitglieder in diesem Kundensegment und deren Preisanpassung im Zeitablauf.

Preisvergleich für das Kundensegment "Listenpreis über 750 €"

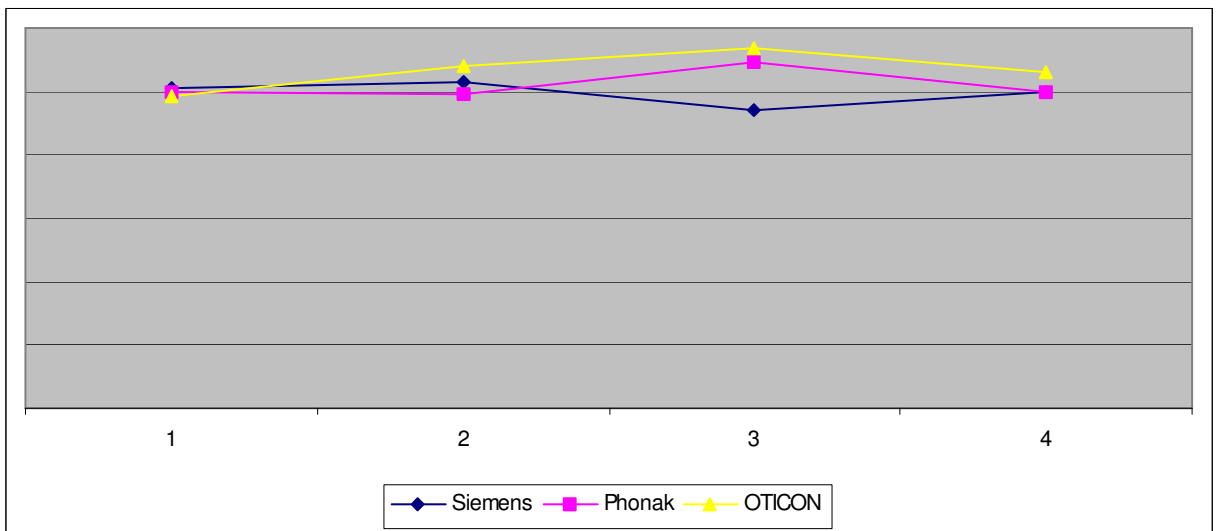
(242) Auch im Kundensegment "Listenpreis über 750 €" lässt sich ein vergleichbares Preisverhalten der Marktteilnehmer wie im Kundensegment „Listenpreis 201-600 €“

über die Jahre 2003 bis 2006 feststellen. Das Gesamtpreisniveau in diesem Segment ist von 2003 bis 2006 um gut 2 % gestiegen.

**Graph 7:**



**Graph 8:**



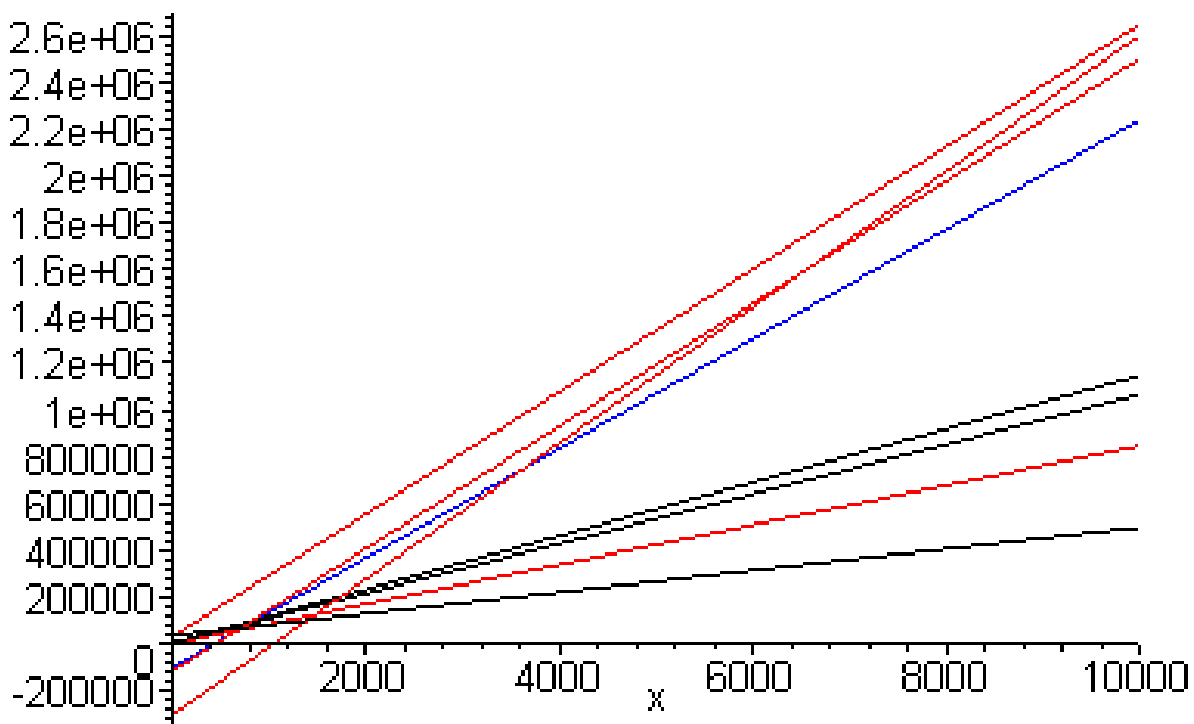
(243) Die Preise der Oligopolisten liegen nach einer kleineren Spreizung im Jahre 2005 wieder sehr nahe beieinander. Die Preise von GN ReSound liegen erkennbar - wenn auch nicht so deutlich wie im vorher dargestellten Segment - unter denen der Oligopolisten und Widex hat sich im Zeitverlauf preislich über denen des Oligopols angesiedelt.

**(4) Konditionenwettbewerb**

- (244) Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen tragen vor, dass ein wesentlicher Konditionenwettbewerb stattfinden würde. Die Beschlussabteilung ist diesem Vortrag nachgegangen und hat versucht diesen zu ermitteln: Hierfür hat sie die fünf größten Wettbewerber nach ihren Konditionen bei ihren jeweils 20 größten Kunden befragt. Allerdings haben hierbei nur GN ReSound und nur ein Oligopolmitglied auch Angaben zu ihren Zweitmarken gemacht, so dass das Konditionenverhalten nicht vollständig erfasst wurde. Insgesamt konnte festgestellt werden, dass alle Hersteller ihren großen Kunden erhebliche Rabatte auf ihre Listenpreise gewähren. Sie lagen im Durchschnitt über alle Hersteller und alle Kunden bei insgesamt 35,4%. Hieraus kann aber nicht unmittelbar der Schluss für das Bestehen eines erheblichen Konditionenwettbewerbs gezogen werden. Der Wert besagt zunächst nur etwas zur absoluten Höhe der Listenpreise und gibt keine Hinweise zu den Unterschieden im Konditionenwettbewerb zwischen den Hörgeräte-Herstellern oder gar der Entwicklung der Konditionen im Zeitablauf.
- (245) Von den gesamten Erlösschmälerungen entfallen 30,5%-Prozentpunkte auf die Mengenrabatte, die – wie der Name sagt – für überdurchschnittliche Abnahmemengen gewährt werden. Insoweit konnte die Beschlussabteilung aufgrund ihrer Analysen keine besonderen Abweichungen im Verhalten zwischen den Marktteilnehmern erkennen. In aller Regel korrelieren bei allen Herstellern hohe Abnahmemengen mit hohen Mengenrabatten. Anhand einer linearen Regressionsanalyse der abgegebenen Mengen im Verhältnis zu den gewährten Mengenrabatten konnte jedoch festgestellt werden dass zum einen das Verhalten der Oligopolmitglieder Siemens, Phonak und Oticon im Hinblick auf die Gewährung von Mengenrabatten in der Struktur, und zwar im Hinblick auf den Zusammenhang der abgenommenen Menge mit dem gewährten Rabatt sehr ähnlich ist. Zum anderen hat die Analyse Hinweise darauf gegeben, dass sich die Struktur der Rabattgewährung des Oligopols bei Erstmarken von der Struktur der Rabattgewährung der Außenseiter GN ReSound und Widex und der Rabattstruktur der verglichenen Zweitmarke eines der Oligopolisten deutlich unterscheiden. Dieser Zusammenhang wird in der folgenden Tabelle über die Wiedergabe der Einzelwerte und in der Graphik über die Darstellung des Zusammenhang zwischen Menge und Rabattgestaltung zum Ausdruck gebracht (aus Geheimhaltungsgründen sind die Namen der Unternehmen nicht genannt, die Reihung ergibt sich aus der Steigung der Regressionsgrade). Die Geraden der Oligopolisten sind rot markiert, die Gesamtregression blau, die Regressionsgraden der Außenseiter sind schwarz gezeichnet:

**Tabelle 12: Lineare Regression von Menge und Mengenrabatt**

	Steigung der Regressionsgrade	Bestimmtheitsmaß
Erstmarke Oligopolist 1	290,702226	0,901364
Erstmarke Oligopolist 2	261,933663	0,980399
Erstmarke Oligopolist 3	261,973224	0,791455
<b>Gesamt</b>	<b>234,200389</b>	<b>0,782779</b>
Erstmarke Außenseiter 1	114,399303	0,782887
Zweitmarke Außenseiter	106,318831	0,689874
Zweitmarke Oligopolist	84,6654991	0,958695
Erstmarke Außenseiter 2	46,2448241	0,643597



(246) Aufgrund der unvollständigen Datenbasis wertet die Beschlussabteilung dieses Analyseergebnis nicht als durchweg belastbares Indiz für ein oligopolistisches Parallelverhalten. Tendenziell ist aber Folgendes zu beobachten: Wie vorgehend beschrieben, ist der Zusammenhang zwischen der abgenommenen Menge und dem gewährten Rabatt bei den Erstmarken der Oligopolisten besonders stark und in gleicher Weise ausgeprägt. Dies deutet daraufhin, dass sie den Mengenrabatt auch tatsächlich an der abgenommenen Menge ausrichten und sich hierbei im wesentlichen gleich verhalten. Hiervon abweichend verhalten sich die Außenseiter und die Zweitmarke des einen Oligopolisten. Bei Ihnen stehen die Abnahmemenge und der gewährte Rabatt in einem wesentlich geringeren Zusammenhang.



- (247) Nach den Mengenrabatten haben die Skonti das zweitstärkste Gewicht. Auf sie entfällt eine durchschnittliche Erlösschmälerung von 2,6%. Die Skonti-Gewährung wird im Markt sehr einheitlich vorgenommen. Die Spreizung zwischen den einzelnen Herstellern liegt bei maximal 0,5%.
- (248) Die gewährten Boni haben im Markt keine relevante Bedeutung, ihr durchschnittlicher Anteil liegt nur bei 1,7%. Allerdings weicht hier das Verhalten von zwei Marktteilnehmern voneinander insoweit ab, als einer seinen Großkunden keine zusätzlichen Boni gewährt und ein anderer deutlich über dem Durchschnitt liegt.
- (249) Auch die sonstigen Erlösschmälerungen haben nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung im Hörgerätemarkt keine wettbewerbliche Bedeutung. Zum einen entfallen auf sie im Durchschnitt nur 0,6%-Prozentpunkte und zum anderen werden sie von einzelnen Ausnahmen abgesehen weit überwiegend nur von dem Außenseiter GN ReSound gewährt.
- (250) **Zusammenfassend** ist die Beschlussabteilung der Auffassung, dass die Ermittlungen zum Preis- und Konditionenwettbewerb auf dem Markt für Hörgeräte keine eindeutigen Anhaltspunkte für wesentlichen Wettbewerb im Oligopol erkennen lassen. Wesentlicher Grund für diese Gesamtbeurteilung ist, dass die Hörgeräte-Hersteller den Markt mit Beginn der Digitalisierung nicht nur in unterschiedliche Preissegmente aufgeteilt haben, sondern trotz der erheblichen technischen Verwerfungen durch die Digitalisierung auch in der Lage waren, diese Preissegmente im Zeitablauf zu stabilisieren. Die Listenpreisstruktur wie die Listenpreise sind im Wesentlichen konstant geblieben. Darüber hinaus konnte auch das Preisniveau – gemessen an den durchschnittlichen Herstellerabgabepreisen – im wesentlichen konstant gehalten oder sogar im umsatzstärksten Segment noch erhöht werden. Dies erscheint vor dem Hintergrund stark gewachsener Mengen und dem Umstand erheblicher economies of scale<sup>94</sup> in dieser Branche außerordentlich erstaunlich. Soweit Preiswettbewerb festgestellt werden konnte, ist dieser insbesondere vom Wettbewerber GN ReSound ausgegangen, und zwar um Marktanteilsverluste wieder auszugleichen. Das Preisverhalten der Oligopolisten – auch hier gemessen an deren durchschnittlichen Herstellerabgabepreisen - hat sich dem gegenüber nach geringeren Schwankungen wieder deutlich angenähert. Der behauptete Konditionenwettbewerb konnte nicht festgestellt werden, jedenfalls hat er sich erkennbar nicht signifikant auf die Entwicklung der durchschnittlichen Herstellerabgabepreise ausgewirkt. Insoweit ist der behauptete Konditionenwettbewerb kein ausreichendes Indiz für

---

<sup>94</sup> z.B. Exhibit 8 E zum Schr. Oticon v. 05.01.2007, Danske Equities Company Report William Demant v. 10.10.2006, S. 4, Bl. 1023 (Rücks.) d.A..

funktionsfähigen Wettbewerb im Oligopol<sup>95</sup>. Zudem hat sich weder der behauptete Preis- noch der Konditionenwettbewerb erkennbar auf die Entwicklung der Marktanteile ausgewirkt. Die festzustellenden Marktanteilsgewinne von Phonak sind jedenfalls nicht im relevanten Maße zu Lasten der anderen Oligopolisten gegangen und selbst die Marktanteilsgewinne gegenüber den Außenseitern sind nicht Folge von Preisaktivitäten, sondern im Wesentlichen Folge einer erfolgreicherer Produkteinführungsstrategie von Phonak verbunden mit einem parallelen schwerwiegenden Fehler in der Produktpolitik seitens des Wettbewerbers GN ReSound.

### 6.1.3.3 Koordinierungs- und Sanktionsmechanismen im Oligopol

- (251) Die Schlussfolgerungen für die Effektivität der Koordinierungs- und Abwehrmechanismen im Oligopol ergeben sich unmittelbar aus den vorgenannten Strukturbedingungen und deren Auswirkungen auf den Binnenwettbewerb. Aufgrund der vielfältigen bereits bestehenden Koordinationsmechanismen im entwicklungstechnischen wie im preislichen Bereich, können Verstöße gegen das oligopolistische Parallelverhalten kurzfristig und mit abgestuften Mitteln sanktioniert werden. Im entwicklungstechnischem Bereich können Oligopolisten, die sich nicht an den ungeschriebenen Konsens halten, vom Austausch und von Vereinbarungen über Lizenzen ausgeschlossen werden und deren Neuentwicklungen systematisch mit dem Argument von Patentverstößen angegriffen werden. Im preislichen Bereich können relevante Warnungen an Oligopolmitglieder je nach der Schwere des Verstoßes dosiert werden. Preisliche Angriffe können auf einzelne Großkunden beschränkt werden, weniger bedeutende Preissegmente betreffen oder aber auf wirtschaftlich bedeutende und ertragsstarke Kundensegmente (z.B. Segment "Listenpreis über 750 €") zielen.
- (252) Die Beschlussabteilung hat die vorliegenden Daten aus dem von den Hörgeräteherstellern installierten ZVEI-Meldesystem analysiert. Danach ist der Einwand von Phonak, das ZVEI-Meldesystem habe nicht zu einer detaillierten Markttransparenz geführt und sei nicht geeignet, Koordinierungs- und Sanktionsmechanismen im Oligopol auszulösen und zu sichern<sup>96</sup>, nicht nachvollziehbar. Die Beschlussabteilung kann anhand der durchgeführten Auswertungen nachweisen, dass – unter anderem - die hohe Markttransparenz, die Segmentierung des Marktes in sechs Preissegmente und das ZVEI-Meldesystem die Transparenz im Hinblick auf Marktanteilsstruktur und Preissetzung seit 2002 stark erhöht haben und inzwischen zu einer weitgehenden Anpassung der herstellereigenen Herstellerabgabepreise in den einzelnen Preissegmenten geführt

---

<sup>95</sup> Rs. T-464/04 "Independent Music Publishers and Labels Association (Impala)/Kommission"; Europäisches Gericht erster Instanz, Entsch. v. 13. Juli 2006, Rz. 409, 446.

<sup>96</sup> So aber Stellungnahme zum Abmahnschreiben, S. 12f.

haben. Die beschriebene Segmentierung des Marktes und die entsprechende Transparenz über eine Vielzahl von Listen- und Herstellerabgabepreisen versetzt die Hersteller in die Lage, einen möglichen Wettbewerbsvorstoß sofort zu erkennen. Sie wissen dann auch, in welchem Preissegment der Vorstoß erfolgt ist. Aufgrund der stabilen Angebots- und Nachfragebedingungen können die beteiligten Unternehmen praktisch ausschließen, dass es sich bei Änderungen der Marktanteile oder Herstellerabgabepreise nicht um eine bewusste Abweichung vom koordinierten Preis ("cheat"), sondern um ein reguläres "Marktrauschen" handelt, das durch Schwankungen der Auftragslage erzeugt wird.

- (253) Schon die Erwartung, dass die Koordinierung für einen bestimmten Zeitraum versagen könnte, falls eine Abweichung entdeckt wird, kann bereits ein wirksamer Abschreckungsmechanismus sein. Im Übrigen ist sogar die Identifizierung eines konkreten Abweichlers in einem Zusammenspiel aus (a) der Segmentierung des Marktes und einem Marktinformationssystem, (b) einer sehr engen Anbieterstruktur mit nur drei Herstellern über 10% Marktanteil und (c) einer hohen Markttransparenz möglich und wahrscheinlich.

#### **6.1.4 Aktueller Außenwettbewerb**

- (254) Das Oligopol bestehend aus SAT, Phonak und Oticon ist schon vor dem Zusammenschluss durch Außenwettbewerb nur bedingt angreifbar. Insgesamt sind die Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite durch das Zusammenspiel aus der sehr deutlichen Marktführerschaft der führenden drei Anbieter und den sehr großen Marktanteilsabständen zu den folgenden Wettbewerbern erheblich beschränkt. Diese erheblichen marktstrukturellen Unterschiede schließen es zugleich aus, dass die den Unternehmen SAT, Phonak und Oticon nachfolgenden Wettbewerber GN ReSound und Widex dem Oligopol zuzurechnen sein könnten.
- (255) Aufgrund seiner unternehmerischen Ressourcen ist GN ReSound von den Außenseitern noch das Unternehmen, das dem Oligopol am nächsten steht. Das Unternehmen verfügt im Hinblick auf den Gesamtumsatz mit Hörgeräten, die Vertriebskosten, die F&E-Aufwendungen und die erzielte gross margin über ein mit den Oligopolisten vergleichbares Unternehmensprofil. GN ReSound hat zwar in der Vergangenheit erhebliche vertriebs- und markenstrategische Schwächen gezeigt, das technische Potential und die Güte des Patentportfolios ist aber als durchaus wettbewerbsfähig anzusehen. Das Unternehmen hat sich in der Vergangenheit technologisch, beispielsweise mit der offenen Versorgung über die ReSound Air-Produktfamilie oder die Einführung eines Akku-Ladesystems wiederholt mit an die Spitze des Marktes gesetzt, wengleich die Innovationen von SAT, Phonak

und/oder Oticon nach kurzer Zeit nachvollzogen wurden (zur Wettbewerbsposition von GN ReSound siehe auch unten Rz. 287 ff.).

- (256) Widex verkauft im Segment "Listenpreis über 900 €" seit 2003 die Produktfamilie Senso Diva, seit 2006 auch Inteo. Zwischen den jeweiligen Produkteinführungen lagen über drei Jahre. [...] Zudem sind die Marktanteilsabstände zu den Oligopolisten SAT, Phonak und Oticon sehr groß. Der Marktanteilsabstand zu Oticon und Phonak beträgt [15-20%], der Marktanteilsabstand zu SAT beträgt [25-30%]. Insgesamt erscheint das Wettbewerbspotential von Widex jedenfalls nicht ausreichend, um die Marktstellung der Oligopolisten wirkungsvoll angreifen zu können. Gleiches gilt für das in Deutschland nur mit sehr geringen Marktanteilen vertretene Unternehmen Starkey.
- (257) Bei den Wettbewerbsimpulsen der aktuellen Außenseiter des Oligopols ist einschränkend zu beachten, dass diese an den Kooperationen auf dem relevanten Markt (z.B. HIMPP, HIMSA, ZVEI-Meldesystem) ebenso beteiligt sind, wie die Oligopolisten. Nach den bislang vorliegenden Informationen ist aber GN ReSound nicht in gleichem Maße an einem Patentaustausch beteiligt wie die Unternehmen SAT, Phonak und Oticon. Diese haben für ihr aktuelles Produktangebot eine Reihe anwendungsspezifischer Patentierungen im Wege gegenseitiger Lizenzierungen ausgetauscht.
- (258) Die Beschlussabteilung lässt im Ergebnis offen, ob die Oligopolaußenseiter vor dem Zusammenschluss in der Lage sind, wesentlichen Wettbewerb in das Oligopol hineinzutragen. Es gibt – insbesondere bei GN ReSound – zumindest unternehmerisches Potential für einen solchen Wettbewerb.

#### **6.1.5 Marktzutrittsschranken/Potentieller Wettbewerb**

- (259) Die Prüfung von Marktzutrittsschranken und potentiellern Wettbewerb hat in der fusionsrechtlichen Beurteilung einen hohen Stellenwert. So wie der Marktanteil Anhaltspunkte für das Verhältnis der Zusammenschlussbeteiligten zu ihren aktuellen Wettbewerbern gibt, geben die Marktzutrittsschranken über die Bedeutung potentiellen Wettbewerbs auf dem betroffenen Markt Auskunft. Im vorliegenden Fall ist der Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Hörgeräten für den Hörgeräte-Akustikhandel durch eine Reihe marktstruktureller und strategischer Marktzutrittsschranken geprägt, die in ihrer Gesamtheit dem Zutritt potentieller Wettbewerber entgegenstehen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass aufgrund der erheblichen Investitionen in Forschung und Entwicklung und die für einen Marktzutritt erforderlichen economies of scale ein Marktzutritt nicht auf Deutschland beschränkt werden kann, wengleich Deutschland der umsatzstärkste Markt in Europa und der weltweit zweitgrößte Markt ist.

### 6.1.5.1 Strukturelle Marktzutrittsschranken / Marktphase

- (260) Das Erfordernis eines engen räumlichen Kontakts zwischen den Hörgeräteherstellern und den Hörgeräte-Akustikern stellt eine *strukturelle* Marktzutrittsschranke für potentielle Wettbewerber dar. Denn die räumliche Nähe und Vor-Ort-Betreuung ist Grundvoraussetzung für die Leistung eines Hörgeräteherstellers (siehe auch oben Rz. 109).
- (261) Den Markterfolg von Hörgeräten bestimmen heute - neben den bereits dargestellten vorgenannten technologischen Optimierungen - rein subjektive "Wohlfühlfaktoren". Dementsprechend sind die Marktpositionen der bereits am Markt tätigen Unternehmen etabliert und nach Auffassung der Beschlussabteilung kaum angreifbar. Dies führt dazu, dass potentielle Wettbewerber, die für einen Marktzutritt kostenintensive und langwierige Entwicklungsprozesse auf sich nehmen müssten, abgeschreckt werden. Die hohen Kosten für die Entwicklung eines eigenen digitalen Hörgeräts verbunden mit den erforderlichen economies of scale für eine erfolgreiche Marktbearbeitung erschweren den Marktzutritt und haben in der Vergangenheit sogar dazu geführt, dass kleinere Wettbewerber, wie z.B. Acousticon, jegliche Marktbedeutung bei Herstellung und Vertrieb von Hörgeräten verloren haben. Vor dem Hintergrund eines weitgehend "verteilten" Marktes für Hörgeräte in Deutschland ist die Marktstellung insbesondere des Oligopols bestehend aus SAT, Phonak und Oticon strukturell abgesichert.

### 6.1.5.2 Strategische Marktzutrittsschranken

- (262) Die beschriebenen Marktzutrittsschranken werden verstärkt durch das *strategische* Verhalten insbesondere der Oligopolisten. Sie verfügen sowohl im Hinblick auf Grundlagenpatente (HIMPP) als auch im Hinblick auf Patente, die für Produktweiterentwicklungen erforderlich sind, über ein Patentnetz, das eine strategische Abschottung des Hörgerätemarktes gegenüber potentiellen Wettbewerbern begünstigt. Eine auf den Hörgerätemarkt gerichtete Drittentwicklung würde daher stets die Gefahr der Patentverletzung in sich bergen. Vergleichbare strategische Marktzutrittsschranken bestehen auch dann, wenn ein potentieller Hörgerätehersteller sein Produktportfolio bei deutschen Hörgeräte-Akustikern einführen wollte. Verfügt er nicht über eine Lizenz zum Vertrieb von NOAH und nicht über eine von HIMSA zertifizierte Anpass-Software, so ist eine Listung bei einem Hörgeräte-Akustiker praktisch aussichtslos. Er müsste die Anpass-Software als "*stand-alone-Version*" an den Hörgeräte-Akustiker abgeben, damit dieser dann die Messdaten manuell eingibt. Dies wäre nach Auffassung der Beschlussabteilung eine unüberwindbare Marktzutrittsschranke auf den deutschen Markt. Insoweit ist ein der Interessenlage der etablierten Hersteller entgegenstehender Marktzutritt

auf den deutschen Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Hörgeräten an den Hörgeräte-Akustikhandel praktisch aussichtslos.

### **6.1.5.3 Bedeutung der Anbieter Sonic und auric**

- (263) Es ist nicht zu erwarten, dass Sonic und auric, die derzeit ausschließlich den verkürzten Versorgungsweg bedienen, zu wichtigen aktuellen Wettbewerbern im Vertriebsweg Hörgeräte-Akustikhandel werden könnten. Hörgeräteherstellern, die den verkürzten Versorgungsweg nutzen, ist der Zugang zu den Hörgeräte-Akustikern derzeit verwehrt. Die Beschlussabteilung hat bei der Befragung der Hörgeräte-Akustiker keinen Fall ermitteln können, in dem ein Hörgeräte-Akustiker einen Anbieter, der mit ihm über den verkürzten Versorgungsweg im Wettbewerb steht, gelistet hat.
- (264) Die Beschlussabteilung hält eine entsprechende Listung in nennenswertem Umfang auch zukünftig für unwahrscheinlich. Die Preissetzung der Anbieter im verkürzten Versorgungsweg ist günstiger als im Hörgeräte-Akustikerhandel. Dies liegt im Wesentlichen daran, dass die vom Hörgeräte-Akustiker abgerechneten Dienstleistungen im verkürzten Versorgungsfall entweder nicht anfallen oder günstiger bepreist werden. Der verkürzte Versorgungsweg führt insoweit auch zu mehr Preistransparenz für den Endkunden. Der Hörgeräte-Akustikhandel hat hingegen aufgrund der mangelnden Preistransparenz der Endkunden die Möglichkeit, nicht nur die hohen Herstellerabgabepreise auf den Endkunden zu überwälzen, sondern seine eigene Dienstleistung so hoch zu bepreisen, dass das einzelne Hörgerät im Endpreis teilweise um ein Mehrfaches teurer ist als der Herstellerabgabepreis. Insoweit hat der Hörgeräte-Akustikhandel kein Interesse daran, den Anbietern im verkürzten Versorgungsweg seinen eigenen Absatzweg zu öffnen. Denn dies würde zu verstärktem Druck auf ihre eigenen Endpreise führen.

### **6.1.5.4 Keine Marktzutritte in der Vergangenheit**

- (265) In den letzten zehn Jahren hat es keine Marktzutrittsversuche auf dem deutschen Hörgerätemarkt für die Herstellung und den Vertrieb an den Hörgeräte-Akustikerhandel gegeben. Allein Sonic ist im Jahr 2000 auf den deutschen Markt getreten, hat sich bei den Hörgeräte-Akustikern aber nicht etablieren können und bedient heute nur den verkürzten Versorgungsweg. Darüber hinaus sind durch Insolvenzen (z.B. Linke, Intrasone) oder Übernahmen (z.B. Viennatone, Sonar, Philips, Bosch) Marken vom Markt verschwunden. Nach einer langen Konsolidierungsphase sind im Inland heute nur noch fünf Anbieter mit Marktanteilen über 5% tätig.

### 6.1.6 Keine gegengewichtige Nachfragemacht

- (266) Nach den Feststellungen der Beschlussabteilung ist nicht zu erwarten, dass die Verhaltensspielräume des Oligopols durch Marktgegenmacht der Abnehmerseite wirkungsvoll begrenzt werden. Voraussetzung für gegengewichtige Marktmacht ist zum Einen die Existenz marktstarker Nachfrager und zum Anderen, dass diese ihre Aufträge nach marktstrategischen Überlegungen gegebenenfalls gezielt auf Wettbewerber verteilen, um nicht von einem oder mehreren (beherrschenden) Anbieter abhängig zu werden.<sup>97</sup>
- (267) Diese strukturellen Voraussetzungen liegen im Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Hörgeräten für den Hörgeräte-Akustikhandel schon vor dem Zusammenschluss nicht vor. Der Konzentrationsgrad auf der Angebotsseite übersteigt bei Weitem den auf der Nachfrageseite. Die Struktur des Hörgeräte-Akustikhandels in Deutschland ist durch etwa knapp 15-20 überregional tätige Filialisten mit mehr als 10 Filialen, ein halbes Dutzend großer Einkaufsgemeinschaften und etwa 1.500 Unternehmen mit einer bis drei Filialen gekennzeichnet. Auf die 15 größten Filialisten und Einkaufsgemeinschaften entfällt ein wertmäßiges Beschaffungsvolumen von unter 50% aller in Deutschland über den Hörgeräte-Akustikhandel beschafften Hörgeräte. Selbst das Beschaffungsvolumen der größten Filialisten Kind und Geers liegt jeweils weit unter 10%. Sie verfügen im Markt für Hörgeräte nach Auffassung der Beschlussabteilung über keine signifikante gegengewichtige Nachfragemacht.
- (268) Aus den Ermittlungen haben sich auch eine Reihe von Anhaltspunkten ergeben, die auf erhebliche Schwierigkeiten beim Lieferantenwechsel schließen lassen. So haben die befragten Hörgeräte-Akustiker fast durchweg erhebliche Umstellkosten insbesondere im Bereich der Produkt- und Softwareschulung geltend gemacht. Nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung ist es daher schon in der Vergangenheit nur in absoluten Einzelfällen zu einer Auslistung eines der Oligopolisten SAT, Phonak oder Oticon gekommen.
- (269) Anhaltspunkte für eine bewusste Aufteilung der Bezüge auf verschiedene Hersteller aus marktstrategischen Gründen zum Zweck der Vermeidung von Abhängigkeiten haben die Marktbefragungen nicht ergeben. Die Oligopolisten sind bei fast allen Hörgeräte-Akustikern in Deutschland gelistet. Dies wird sich auch zukünftig nicht ändern, zumal die Struktur der Nachfragerseite weitaus zersplitterter ist als die Angebotsseite, auf der der Konzentrationsgrad nach dem Zusammenschluss nochmals zunehmen würde.
- (270) Nach Auffassung von Phonak nehmen die Hörgeräte-Akustiker in Deutschland eine "gatekeeper"-Stellung ein. Da der Verbraucher selbst die Vor- und Nachteile

---

<sup>97</sup> vgl. BGH WuW/E 1749, 1752 – Klöckner-Becorit.

der Hörgeräte verschiedener Hersteller kaum objektiv bewerten könne, verlasse er sich in aller Regel ganz auf den Rat des Hörgeräte-Akustikers. Über den Erfolg einer Marke entscheide daher ganz wesentlich die vom Akustiker dem Verbraucher vermittelte Einschätzung. Selbst wenn das Oligopol im Gleichschritt die Preise anheben würde, könnten die Akustiker ihren Kunden ohne weiteres Geräte von Widex oder Starkey schmackhaft machen und damit die von der Beschlussabteilung befürchtete Oligopoldisziplin leer laufen lassen. Die Reaktion der Hörgeräte-Akustiker auf die Übernahme von Hansaton Österreich durch Phonak sei ein Beispiel für dafür, wie schnell und effektiv sich die Hörgeräte-Akustiker von einem Anbieter abwenden könnten. Auffallend sei auch, dass die Marktgegenseite die Bedenken des Amtes nicht teile.<sup>98</sup>

- (271) Bei der Würdigung gegengewichtiger Marktmacht stellt sich die Frage, ob die Funktion wirksamen Wettbewerbs – z.B. die Funktion eines wirksamen Innovations- und Preiswettbewerbs – im Einzelfall durch Nachfragemacht und strategisches Einkaufsverhalten gleichwertig ersetzt werden kann. Dies ist nach Auffassung der Beschlussabteilung im vorliegenden Fall zu verneinen. Der Hörgeräte-Akustikhandel hat weder die Nachfragemacht noch den Willen, einen solchen Preis- und/oder Innovationswettbewerb zwischen den Oligopolisten zu initiieren. Der vorliegende Fall zeichnet sich vielmehr dadurch aus, dass die Hörgerätehersteller und die Hörgeräte-Akustiker in Deutschland eine größtenteils gemeinsame Interessenlage haben, die nicht in einem gegeneinander gerichteten Wettbewerbsdruck liegt, sondern in dem Bestreben, gegenüber dem Endkunden sowohl für den Hersteller als auch für den Hörgeräte-Akustiker die größtmögliche Gewinnmarge zu erzielen. Eine entsprechend gleichgerichtete Interessenlage ist dann möglich, wenn der Endkunde – wie im hier relevanten Markt – über keine Produkt- und Preistransparenz verfügt.
- (272) Die von Phonak behauptete "gatekeeper"-Stellung der Hörgeräte-Akustiker gibt für sich genommen keinen zusätzlichen Erkenntnisgewinn für die Frage, ob eine gegengewichtige Nachfragemacht vorliegt. Es handelt sich letztlich um die Beschreibung der Vertriebsstruktur "Hersteller – Einzelhandel – Endverbraucher". Die von Phonak letztlich aufgeworfene Frage, ob der Hörgeräte-Akustikhandel – auch aufgrund der mangelnden Produkt- und Preistransparenz der Endkunden – ein marktstrategisches Einkaufsverhalten mit entsprechender Marktwirkung gegenüber einem engen Oligopol auf der Anbieterseite durchsetzen kann und durchsetzen will, ist zu verneinen. Hierfür sind folgende Erwägungen tragend:
- Die Nachfrageseite ist stark fragmentiert und schon deshalb nicht in der Lage, ein marktstrategisches Einkaufsverhalten mit entsprechender Marktwirkung

---

<sup>98</sup> Stellungnahme Phonak zur Abmahnung, S. 4f.



durchzusetzen, Bis auf die wenigen großen Filialisten und Einkaufsgemeinschaften sind die Beschaffungsvolumina der die Nachfrage prägenden Kleinbetriebe zu gering, um einen erfolgversprechenden Versuch eines marktstrategischen Einkaufsverhaltens unternemen zu können.

- Spätestens seit der Digitalisierung der Hörgeräte verfügt der Hörgeräte-Akustikhandel nicht mehr über die Kosten- und Entwicklungskompetenz, um einen Wettbewerb zwischen den führenden Anbieter zu initiieren. Er ist bei der Anpassung der Hörgeräte im Wesentlichen auf die Produktqualität des Herstellers und eine funktionsfähige Anpasssoftware angewiesen.
- Der Hörgeräte-Akustiker ist selbst keinem Preiswettbewerb ausgesetzt. Der Endkunde erhält erst nach Auswahl und Anpassung des Hörgeräts Transparenz über den Endpreis. Er wird im Regelfall nach Abschluss der vergleichenden Anpassung keinen Wechsel des Hörgeräte-Akustikergeschäfts mehr vornehmen. Schon insoweit ist die Notwendigkeit eines Preisdrucks von Seiten der Hörgeräte-Akustiker auf die Hersteller gering. Dem steht auch nicht entgegen, dass der durchschnittliche Mengenrabatt auf den Listenpreis des Herstellers bei etwa 30% liegt. Aufgrund der hohen Gewinne der Hörgeräte-Akustiker und der Konstanz der Herstellergabepreise aller Hersteller ist davon auszugehen, dass die Höhe des Listenpreises keine belastbare Information über die endgültige Preissetzung vermittelt. Auch die weitgehende Übereinstimmung bei den Listenpreisen im Herstellervergleich verdeutlicht dies.
- Der mangelnde Wettbewerb auf Ebene der Hörgeräte-Akustiker lässt sich auch anhand der eigenen überaus hohen Margen auf den Herstellerabgabepreis verdeutlichen. Der Beschlussabteilung liegt eine beabsichtigte Mittelstandsempfehlung hinsichtlich der Kalkulation und Preissetzung bei Hörgeräten zur kartellrechtlichen Prüfung vor. Diese basiert auf einer alten Mittelstandsempfehlung und sieht je nach Höhe des Herstellerabgabepreises für den Hörgeräte-Akustiker Margen in einer Größenordnung von ca. 190 bis 500% (!) vor. Die Margen setzen sich im Wesentlichen aus der vom Akustiker veranschlagten handwerklichen Leistung (Anpassung des Hörgeräts) und den Kosten für Beratung zusammen.
- Die Software-Lösung NOAH führt nach Auffassung der Beschlussabteilung zu einer weiteren Bindung des nachfragenden Hörgeräte-Akustikerhandel an die am Markt etablierten Hörgerätehersteller (siehe oben Rz. 176 ff.).

(273) Phonak kann auch nicht belegen, dass die Übernahme von Hansaton Österreich im Jahr 2001 ursächlich für den damaligen Marktanteilsrückgang war. Zum einen hat Phonak die Marktanteilsrückgänge in dieser Zeit im Verfahren immer vor allem

mit einer ungenügenden Abstimmung des Produktportfolios auf die Digitalisierung erklärt.<sup>99</sup> Zum anderen hat Phonak lediglich zwei Schreiben von Hörgeräte-Akustikern vorgelegt, die (a) keinen Beleg für eine entsprechende Auslistung von Phonak-Produkten enthalten und (b) keine Angaben zu den (damaligen) Anteilen dieser Händler am Gesamtabsatz von Phonak in Deutschland enthalten. Bei der aktuellen Händlerbefragung der Beschlussabteilung gehörten die genannten Akustiker jedenfalls nicht zu den 17 größten Nachfragern in Deutschland.

### **6.1.7 Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsbedingungen vor dem Zusammenschluss**

- (274) Die Beschlussabteilung hat im vorliegenden Fall einen Zusammenschluss auf einem Markt zu prüfen, der im Hinblick auf Produktdifferenzierung und technischem Fortschritt für sich genommen kein per se geeignetes Umfeld für ein oligopolistisches Parallelverhalten bietet. So hat die Digitalisierung von Hörgeräten zu einem Umbruch des Hörgerätemarktes geführt, die Produkte sind nicht homogen, sondern in ein Portfolio eingepasst und die Preissetzung ist entsprechend differenziert.
- (275) Dennoch hat die Beschlussabteilung als Ergebnis ihrer Marktermittlungen eine oligopolistische Marktstruktur vorgefunden, die durch sehr viel weniger Binnenwettbewerb gekennzeichnet ist, als dies angesichts der genannten Marktgegebenheiten zu erwarten gewesen wäre.
- (276) Die Beschlussabteilung hat Strukturbedingungen vorgefunden, die oligopolistisches Parallelverhalten unterstützen und wesentlichen Wettbewerb erschweren. Dies reicht von der Stabilität der Angebots- und Nachfragebedingungen über die Transparenz im Hinblick auf Produktentwicklungen und den Zeitpunkt von Produkteinführungen bis hin zum ZVEI-Meldesystem und einer stark asymmetrischen Produkt- und Preistransparenz zu Lasten der Nachfrager.
- (277) Die Hörgerätehersteller- und dies gilt insbesondere für die drei großen Anbieter SAT, Phonak und Oticon – haben den Markt über die Vergemeinschaftung von Grundlagenpatenten und anwendungsspezifischen Schutzrechten seit Beginn der Digitalisierung in ein kooperatives Umfeld gestellt, das oligopolistisches Parallelverhalten bei der Einführung von Produktinnovationen begünstigt. Zudem haben die Hörgerätehersteller in Deutschland gemeinsam das Produktportfolio und die Preissegmente im Markt für Hörgeräte definiert. Entsprechend dieser im Rahmen des ZVEI-Meldesystems definierten Preisklassen haben alle Hersteller ihr Produktportfolio sukzessive "aufgefüllt" und ihr Angebot entsprechend strukturiert.

---

<sup>99</sup> Schr. Phonak v. 14.02.2007, S. 13, Bl. 635 d.A.

Resultat des auf dieser Segmentierung fußenden Meldesystems ist eine Übereinstimmung von Listenpreisen und eine Angleichung der Herstellerabgabepreise.

- (278) Die Beschlussabteilung verkennt nicht, dass sich Phonak durch eine sehr marktwirksame Markenpolitik im Zeitraum 2003 bis 2006 ein stärkeres Gewicht im Oligopol verschafft hat. Allerdings ging diese Stärkung im Wesentlichen zu Lasten der Oligopolaußenseiter. Die Marktpositionen der anderen Oligopolisten hat Phonak nicht in entscheidungserheblicher Weise angegriffen. Zwar hat auch SAT leichte Marktanteilverluste zu verzeichnen, diese Verschiebungen im mittleren einstelligen Bereich reichen aber für sich genommen nicht aus, um für sich genommen wesentlichen Wettbewerb im Oligopol zu begründen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass aufgrund der strukturellen Verwerfungen durch die Digitalisierung des Marktes eine deutliche Veränderung des Marktes auch zu Lasten einzelner Oligopolmitglieder zu erwarten gewesen wäre.
- (279) Der in der Vergangenheit zu beobachtende Wettbewerb um Produktneueinführungen verbunden mit vergleichsweise kurzen Produktlebenszyklen ist nach Auffassung der Beschlussabteilung ebenfalls kein starkes Indiz für bestehenden Binnenwettbewerb.
- (280) Die Hörgerätehersteller liegen in ihrer Entwicklungskompetenz aufgrund ihrer Kooperationen sehr nah beieinander, arbeiten im wesentlichen an den gleichen Entwicklungsschwerpunkten und verfügen über ein lückenloses Produktportfolio. Daher können Wettbewerbsvorstöße einzelner Hersteller sehr schnell, teilweise innerhalb weniger Monate, von der Konkurrenz aufgenommen werden. Jeder Hersteller hat Kenntnis darüber, an welchen Entwicklungen die Wettbewerber aktuell arbeiten. Verschiebungen der Marktstruktur aufgrund von Produktneueinführungen, die dauerhaft zu einer echten Verschiebung der Kräfteverhältnisse innerhalb des Oligopols - beispielsweise im Sinne einer Änderung in der Marktführerschaft - geführt hätten, vermag die Beschlussabteilung nicht zu erkennen.
- (281) Vor dem Hintergrund, dass in Zukunft – anders als in der Vergangenheit – keine sprunghaften technischen Entwicklungen, sondern eher Weiterentwicklungen in Einzelbereichen zu erwarten sind, wird das wettbewerbliche Gewicht der technischen Entwicklungen zu Gunsten der Verbesserung der sog. Wohlfühlfaktoren und des Anstiegs von reinen Marketinganstrengungen weiter abnehmen.
- (282) Der Preis- und Konditionenwettbewerb ist nach Auffassung der Beschlussabteilung ebenfalls schon jetzt nicht mehr wesentlich. So ist unter anderem von den sehr differenzierten Auswertungsmöglichkeiten der ZVEI-Meldungen eine erhebliche Disziplinierung auf den Preiswettbewerb ausgegangen. Trotz der strukturellen

Veränderungen im Hörgerätemarkt, verbunden mit den zum Teil erheblichen Mengenzuwächsen in den einzelnen Segmenten, ist im Zeitablauf eine erstaunliche Preisdisziplin feststellbar, die insbesondere im hochpreisigen Segmenten sogar noch Preiserhöhungen erlaubt hat. Im wesentlichen sind nur für den Wettbewerber GN ReSound zum Teil sehr deutliche Abweichungen im Preisverhalten von den übrigen Wettbewerbern festzustellen.

- (283) Zudem müssten sich der nach Auffassung von Phonak nicht in den ZVEI-Daten berücksichtigte Konditionenwettbewerb signifikant auf die Entwicklung der durchschnittlichen Herstellerabgabepreise ausgewirkt haben. Entsprechende Preisänderungen, die dann auch bei den einzelnen Oligopolisten unterschiedlich verlaufen müssten, konnte die Beschlussabteilung jedoch nicht beobachten.
- (284) Selbstverständlich vermag die Beschlussabteilung nicht darzulegen, dass die Einzelpreise der Hörgerätehersteller für vergleichbare Produkte durchweg gleich sind. Dies wäre für den Nachweis oligopolistischen Parallelverhaltens auch nicht erforderlich. Sie ist aber in der Lage aufzuzeigen, dass die Preisstrategie – und zwar bezogen auf Preissegmente und Produktgruppen – ganz erhebliche Parallelen und Koordinierungen aufweisen, die bei der Prüfung eines oligopolistischen Marktes nicht außer Betracht bleiben können.
- (285) Phonak hat der Beschlussabteilung in ihrer Stellungnahme zur Abmahnung vorgehalten, das Amt habe in der Vergangenheit in gleichgelagerten Fällen die Oligopolvermutung als widerlegt angesehen.<sup>100</sup> Der von Phonak insoweit zitierte Beschluss im Fall B4-62/03 Invoptic/Essilor weist jedoch einige grundlegende Unterschiede zum hier zu prüfenden Sachverhalt vor. Er ist insoweit für einen Vergleich nicht geeignet:
- Die beteiligten Unternehmen waren im Fall Invoptic/Essilor in einzelnen der geprüften Teilmärkte allenfalls bei Prüfung der "weiten" Oligopolvermutung des § 19 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 GWB einem Oligopol zuzurechnen. Nach der Marktstruktur gehören sie jedoch eher zu den Oligopolaußenseitern.
  - Die Beschlussabteilung hat in den zu prüfenden Märkten erhebliche Marktanteilszuwächse der Oligopolaußenseiter bei teilweise sinkenden Marktvolumina festgestellt. Dies ist vorliegend nicht der Fall.
  - Im Fall Invoptic/Essilor hat die Beschlussabteilung im Gegensatz zum hier zu entscheidenden Fall keine Hinweise auf Kooperationen im Wege von Gemeinschaftsunternehmen, Patentpools und gegenseitige Lizenzierungen von anwendungsspezifischen Technologien festgestellt. Es bestanden insoweit keine Anhaltspunkte für einen gedämpften Innovationswettbewerb.

---

<sup>100</sup> Stellungnahme Phonak zur Abmahnung, S. 6f.

- Der Markttransparenz bei Brillengläsern wurde nach den damaligen Kenntnissen der Beschlussabteilung auch nicht durch ein Marktinformationssystem gefördert.
- Die Beschlussabteilung hat im Fall Invoptic/Essilor offenbar ganz erhebliche Kundenwanderungen und Nachfrageverschiebungen der Augenoptiker festgestellt. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Hier ist es in der Vergangenheit sogar bei den befragten größten Nachfragern nur in absoluten Einzelfällen zu einer Auslistung eines der Oligopolisten SAT, Phonak oder Oticon gekommen.
- Bei Brillengläsern kommt es – im Gegensatz zu Hörgeräten – aufgrund niedriger Marktzutrittsschranken offenbar wiederholt zu Marktzutritten neuer Anbieter.

(286) Im Ergebnis hat die Beschlussabteilung erhebliche Zweifel, ob im vorliegenden Fall von wesentlichem Wettbewerb im Oligopol auszugehen ist. Die von den Zusammenschlussbeteiligten vorgebrachten Argumente für einen wesentlichen Binnenwettbewerb sind nach genauerer Analyse nicht so gewichtig, als dass sie einen wesentlichen Wettbewerb im Oligopol verbunden mit entsprechenden Veränderungen der Kräfteverhältnisse deutlich erkennen lassen. Jedenfalls ist der Wettbewerb im inländischen Hörgerätemarkt – insbesondere zwischen den Unternehmen SAT, Phonak und Oticon - stark abgeschwächt. Der Zusammenschluss wird einen Großteil der noch verbliebenen Wettbewerbsimpulse beseitigen, Koordinierung im Oligopol weiter erleichtern und damit zur Entstehung eines marktbeherrschenden Oligopols führen.

## **6.2 Entstehung eines marktbeherrschenden Oligopols durch den Zusammenschluss**

(287) Die Beschlussabteilung ist der Auffassung, dass der Zusammenschluss die derzeit noch bestehenden Wettbewerbselemente zwischen den Oligopolisten SAT, Phonak und Oticon weiter signifikant abschwächen wird, so dass nach dem Zusammenschluss zwischen ihnen kein wesentlicher Wettbewerb mehr zu erwarten ist. Aufgrund der dem Oligopol zuwachsenden Marktanteile und der Neutralisierung der bislang von GN ReSound im Wettbewerb eingesetzten unternehmerischen Ressourcen und zukünftig zu erwartenden Wettbewerbshandlungen ist daher die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung durch den Zusammenschluss zu erwarten. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Beschlussabteilung schon im Hinblick auf die Situation vor dem Zusammenschluss erhebliche Zweifel hat, ob von wesentlichem Wettbewerb im Oligopol auszugehen ist. Die von den Zusammenschlussbeteiligten vorgebrachten Argumente für einen wesentlichen Binnenwettbewerb sind nach genauerer Analyse nicht so gewichtig,

als dass sie einen wesentlichen Wettbewerb im Oligopol verbunden mit entsprechenden Veränderungen der Kräfteverhältnisse deutlich erkennen lassen.

### 6.2.1 Höherer Konzentrationsgrad

- (288) Die Anbieter Siemens, Phonak und Oticon werden nach dem Zusammenschluss auf einen gemeinsamen **Marktanteil** von knapp 90 % kommen. Derzeit liegt dieser Anteil bei über 80%. Der Konzentrationsgrad steigt damit erheblich, zumal Widex als einziger verbleibender Wettbewerber mit nennenswerten Marktanteilen im Inland einen Marktanteil von unter 10% erzielt. Durch den Zusammenschluss wächst auch die marktanteilsbezogene Symmetrie im Oligopol. Phonak läge nach dem Zusammenschluss knapp hinter SAT und vor Oticon.
- (289) GN ReSound hält **in Europa und weltweit** einen **Marktanteil** in Höhe von 12,5% bis 17,5%. Der Marktanteilsverfall ist hier geringer ausgefallen als in Deutschland. Damit ist GN ReSound sowohl in Europa als auch weltweit die Nr. 4 im Markt mit weitem Marktanteilsabstand vor Widex. Die drei Oligopolisten erhöhen damit nicht nur ihren gemeinsamen Marktanteil in Deutschland, sondern ebenso in Europa und weltweit. In Europa liegen die gemeinsamen Marktanteilen nach dem Zusammenschluss weit über 80%. Weltweit liegt der gemeinsame Marktanteil bei etwa 80%.

**Tabelle 13: Marktanteile 2006 nach dem Zusammenschluss**

	<b>2006</b>
	in %
1 Siemens	32,5-37,5
2 Phonak	27,5-32,5
3 Oticon	20-25
<b>Summe 1-3</b>	<b>ca. 90</b>
5 Widex	5-10
6 bruckhoff	<2,5
7 Starkey	<2,5
8 Audifon	<1
9 Acousticon	<1
Summe	100%

### 6.2.2 GN ReSound ist im Hinblick auf die unternehmerischen Ressourcen der nächste Wettbewerber zu den Oligopolisten.

- (290) Für die Frage der Entstehung eines marktbeherrschenden Oligopols ist das gesamte unternehmerische Potential von GN ReSound zu gewichten und zu bewerten, in welchem Maße die Einbindung dieser Ressourcen in das Oligopol weiteren Wettbewerbsdruck von den Oligopolisten nehmen und ihre Reaktionsverbundenheit erhöhen wird. Die unternehmerischen Ressourcen von GN

ReSound als der Nr. 4 im weltweiten Hörgerätegeschäft sind weitaus stärker, als es die Marktanteilsentwicklung im Inland erwarten lässt.

### 6.2.2.1 Unternehmensdaten

- (291) Die **Gesamtaußenumsatzerlöse** von GN ReSound im weltweiten Hörgerätegeschäft liegen nicht wesentlich unter den entsprechenden Umsätzen von SAT, Phonak und Oticon; und sind damit mehr als doppelt so hoch wie die Gesamtumsätze von Widex im Hörgerätegeschäft.
- (292) Die **F&E-Aufwendungen** einschl. der jeweiligen Aufwendungen für Lizenzentgelte liegen genau wie bei den anderen Oligopolisten zwischen 5% und 10% des Umsatzes und damit in Höhe der durchschnittlichen F&E-Kosten von Unternehmen, die in der Medizintechnik tätig sind.
- (293) GN ReSound verfügt über einen **Produktionsstandort** in Xiamen, China, und kann - wie auch die anderen Oligopolisten – entsprechend günstige Produktionskosten realisieren.
- (294) Gleiches gilt für die **Vertriebskosten**; die entsprechenden Kosten von GN ReSound liegen etwas höher als bei Phonak, aber im Intervall zwischen 20-30% des Umsatzes, wie bei den anderen Oligopolisten auch.
- (295) Wie die Oligopolisten verfügt GN ReSound mit den Zweitmarken **Beltone und Interton** über mehrere Hörgeräte-Marken und ist wie diese in der Lage, am Markt eine **Mehrmarkenstrategie** umzusetzen. Widex hingegen verfügt nur über eine Marke.
- (296) Die **gross margin** von GN ReSound liegt bei ca. 65% und damit im Bereich der veröffentlichten gross margins für Phonak und Oticon.<sup>101</sup> Damit sind die Roherträge trotz der Marktanteilsrückgänge von GN ReSound nahezu deckungsgleich.
- (297) Lediglich im **EBITDA** fällt GN ReSound nach den vorliegenden Informationen hinter den Oligopolisten zurück. Diese gewinnbezogene Kennzahl bildet die Marktanteilsverluste der letzten Jahre für GN ReSound ab.
- (298) Insoweit ist GN ReSound von seinen zentralen Unternehmensdaten her ähnlich aufgestellt wie die Oligopolisten. Es ist insoweit die neben dem Oligopol stärkste Kraft am Markt. Im Hinblick auf Gesamtumsatz, Marktanteil, Produktionskapazitäten, verfügbare Marken und Ertragskraft.

### 6.2.2.2 Einbindung des Entwicklungspotentials von GN ReSound

- (299) Phonak hat der Beschlussabteilung Unterlagen übersandt, die im Zusammenhang mit der beabsichtigten Übernahme von GN ReSound erstellt wurden.<sup>102</sup> Danach

---

<sup>101</sup> Danske Equities company report für William Demant v. 10.10.2006, Anlage 8E zum Schreiben Oticon v. 05.01.2007, S. 49, Bl. 1046 d.A.

hat GN ReSound bereits begonnen, die unternehmerischen Konsequenzen aus den **vertriebs- und markenstrategischen Schwächen** der Vergangenheit zu ziehen. Die Situation scheint der Situation von Phonak im Jahr 2002 durchaus vergleichbar. Sowohl in den vorliegenden Due Diligence-Unterlagen als auch im Markt selbst werden die gegenwärtigen unternehmerischen Schwächen von GN ReSound weniger im technischen Potential, sondern vielmehr in der Vermarktung des Produktportfolios und dem Management des Vertriebssystems gesehen. Eine Ausnahme ist die Anpass-Software, die offenbar auch bei der fehlgeschlagenen Produkteinführung des High-end-Hörgeräts Metrix mitverantwortlich für den Misserfolg war.

- (300) Demgegenüber verfügt GN ReSound nach Ansicht von Phonak über ein gutes **Patentportfolio**. Dies betrifft zum einen bereits am Markt eingeführte Produkte. Der Beschlussabteilung ist beispielsweise bekannt, dass es in der Vergangenheit zwischen Phonak und GN ReSound unterschiedliche Auffassungen über die Patentfähigkeit des Gehäusedesigns von ReSound Air gab.<sup>103</sup> Phonak hatte ein fast identisches Gehäusedesign für microSavia vorgesehen und musste es vor Markteinführung abändern, um nicht in eine Patentstreitigkeit mit GN ReSound hineingezogen zu werden. Phonak erkennt in seiner Stellungnahme die wettbewerbliche Bedeutung dieser Patentauseinandersetzung für die Beschlussabteilung. Sie ist keineswegs als ein Beispiel für ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten anzusehen, sondern vielmehr ein Indiz dafür, dass GN ReSound seine Schutzrechte, seien es Technologiepatente oder Gebrauchsmuster, bislang auch im Wettbewerb gegen die anderen Hörgerätehersteller eingesetzt hat.<sup>104</sup> GN ReSound ist weniger stark in einen Austausch von Patenten und Lizenzen eingebunden als die drei Oligopolisten SAT, Phonak, und Oticon untereinander. GN ReSound ist nach den vorliegenden Informationen im Wesentlichen Lizenzgeber bzw. OEM-Zulieferer im Hinblick auf Komponenten für Hörgeräte der offenen Versorgung (dünne Schläuche, Endstücke, sog. "Tulip Domes").<sup>105</sup> Die Beschlussabteilung erwartet daher, dass sich der technologische Entwicklungsstand zwischen den Oligopolisten weiter angleichen und die Markttransparenz für das Oligopol durch den Zusammenschluss weiter verstärken wird. Denn GN ReSound arbeitet aktuell an Produktentwicklungen, die für den potentiellen Erwerber Phonak nach eigenem Bekunden von hohem Interesse sind.

---

<sup>102</sup> Anlage 5(1) bis 5(5) zum Schr. Phonak v. 01.03.2007, Bl. 887 ff. d.A.

<sup>103</sup> Anlage 7 zum Schr. Phonak vom 30.01.2007, Bl. 353 d.A., Anlage im Anlagenordner zu diesem Schreiben.

<sup>104</sup> Die Wertung durch Phonak beruht nmöglicherweise auf einer Missinterpretation des Abmahnschreibens; Stellungnahme zur Abmahnung, S. 19.

<sup>105</sup> siehe Anlage III.1.3.2 zum Schr. Phonak v. 27.12.2006, Bl. 353 d.A., Anlage im Anlagenordner zu diesem Schreiben, zudem Anlage 5 (3) zum Schr. Phonak v. 01.03.2007; Bl. 921 d.A.



- (301) Nach den vorliegenden Unterlagen wird GN ReSound im Jahr 2007 [...] auf den Markt bringen. [...]
- (302) Nach den im Zusammenhang mit dem Erwerb von GN ReSound erarbeiteten Unterlagen haben die Verfasser auch die sog. "product road map" für GN ReSound vorgestellt. [...]

### **6.2.3 Einbindung eines preisaktiven Wettbewerbers / Auswirkungen auf Preiswettbewerb und Preistransparenz im Oligopol**

- (303) GN ReSound hat in den vergangenen Jahren versucht, die Abschmelzung seiner Marktanteile durch eine **"Selling by price"-Strategie** aufzufangen. GN ReSound lag in 2006 in allen im ZVEI-Meldesystem enthaltenen Preissegmenten deutlich unter den durchschnittlichen Herstellerabgabepreisen sämtlicher Wettbewerber. Auch wenn diese Niedrigpreisstrategie nicht zu einer entsprechenden Stabilisierung der Marktanteile geführt hat, hat sich die Konditionenpolitik von GN ReSound gegenüber dem Hörgeräte-Akustikhandel in den letzten zwei Jahren offenbar signifikant von der Konditionenpolitik der anderen am Markt tätigen Hörgerätehersteller unterschieden. Durch den Zusammenschluss würde nunmehr der einzige noch preisaktive Wettbewerber von einem der Oligopolisten übernommen, auch wenn GN ReSound diesen Preiswettbewerb aufgrund der Fehler in der Marken- und Vertriebspolitik und aufgrund der schon vor dem Zusammenschluss marktstarken Stellung des Oligopols nicht in entsprechende Marktanteilszuwächse umsetzen konnte.
- (304) Nach dem Zusammenschluss würden die Oligopolisten SAT, Phonak und Oticon die Stabilität der Herstellerabgabepreise noch besser als bisher überwachen und absichern können. Die Preistransparenz und die Aussagekraft des **ZVEI-Meldesystems** würde sich insbesondere aus zwei Gründen signifikant erhöhen.
- (305) Erstens wären an dem Meldesystem nur noch vier Unternehmen mit nennenswerten Marktanteilen im Inland beteiligt. Nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf vom 26. Juli und 30. September 2002 in Sachen "Statistisches Informationssystem Transportbeton"<sup>106</sup> ist ein Meldesystem dann kartellrechtlich unzulässig, wenn weniger als fünf Unternehmen mit nennenswerten Marktanteilen beteiligt sind. Nur durch eine genügende Zahl der am Meldeverfahren beteiligten Unternehmen ist gewährleistet, dass die in der Rückmeldung ausgewiesenen Durchschnittsdaten (Gesamtliefermengen, Durchschnittspreise) nicht entschlüsselt und auf einzelne Unternehmen oder Geschäftsvorgänge zurückgeführt werden können. Aufgrund der im vorliegenden Fall nicht nur durch das ZVEI-Meldesystem, sondern auch durch andere Strukturbedingungen hervorgerufene hohe Markttransparenz dürfte das vorliegende Meldesystem sogar schon jetzt

---

<sup>106</sup> Kart 37/01 (V).

kartellrechtlich unzulässig sein. Denn auch nicht-identifizierende Marktinformationsverfahren können gegen § 1 GWB bzw. Art. 81 EG verstoßen, soweit sie einen Teilnehmer in die Lage versetzen, einen vorstoßenden Preiswettbewerb zu erkennen und nicht erst, wenn sie auch erlauben, seinen Urheber ausfindig zu machen.<sup>107</sup> Gerade bei Oligopolmärkten sieht auch die Kommission das Gefährdungspotential von nicht-identifizierenden Marktinformationssystemen als besonders hoch an.<sup>108</sup> Die Angleichung der Herstellerabgabepreise der Oligopolisten (siehe oben Rz. 231, 233) demonstriert die gute Funktionsfähigkeit des bestehenden Systems. Diese Funktionsfähigkeit wird durch den Zusammenschluss weiter verbessert.

- (306) Zweitens würde Phonak den einzigen preisaktiven Wettbewerber übernehmen. Nach dem Zusammenschluss verbliebe nur Widex als nennenswerter Wettbewerber mit Marktanteilen über 5%. Widex ist jedoch in der Vergangenheit nicht als preisaktiver Wettbewerber in Erscheinung getreten, sondern liegt mit seinen Herstellerabgabepreisen durchweg auf dem Niveau der Oligopolisten oder leicht darüber. Die Überwachung der stillschweigend abgestimmten Herstellerabgabepreise wird ohne das Störpotential eines preisaktiven Wettbewerbers zukünftig noch einfacher sein als bisher schon.

#### **6.2.4 Angleichung der Symmetrie bei audiologischen Diagnose- und Messgeräten**

- (307) Audiologische Diagnose- und Messgeräte werden verwendet, um Gehördiagnose zu betreiben und um Hörgeräte messen und anpassen zu können. Nachfrager sind im Wesentlichen HNO-Ärzte, Hörgeräte-Akustiker, HNO-Kliniken und Arbeitsmediziner (siehe oben Rz. 70 f.).
- (308) Der Hörgeräte-Akustiker benötigt audiologische Messgeräte, die über die audiometrische Diagnostik hinausgehen und auch Messfunktionen wahrnehmen. Wesentliche Anbieter solcher Systeme sind Oticon über ihre Tochterunternehmen Maico und Interacustics (z.B. Produkt Affinity), SAT (z.B. Produkt UNITY II) und GN ReSound über das Tochterunternehmen GN Otometrics (z.B. Produkt Aurical). Phonak ist hier bislang nicht tätig und wird durch den Zusammenschluss in die Lage versetzt, durch die Kombination von starken Produktmarken und einem umfassenden audiologischen Angebot die eigene Kundenbindung weiter zu erhöhen. Durch den Zusammenschluss wird sich die Ressourcenstärke der Oligopolisten beim Vertrieb von Hörgeräten auch insoweit weiter angleichen.

---

<sup>107</sup> Siehe auch Wagner-von Papp, Marktinformationsverfahren: Grenzen der Information im Wettbewerb, Baden-Baden 2004, S. 241 f.

<sup>108</sup> "Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen" der Kommission, VO Nr. 139/2004 des Rates vom 20.01.2005, Ziffer 52, Fußnote 70.

## 6.2.5 Weitere Verbesserung der Koordinierungs- und Abwehrmechanismen im Oligopol

- (309) Aufgrund der beschriebenen Strukturbedingungen ist es nach Auffassung der Beschlussabteilung im Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Hörgeräten an den Hörgeräte-Akustikhandel schon jetzt relativ einfach, über die Bedingungen einer Koordinierung zu einem Einvernehmen zu gelangen. Die Unternehmen können auch in ausreichendem Maße überwachen, ob die Koordinierungsmodalitäten befolgt werden und sie haben jederzeit die Möglichkeit, glaubhafte Abschreckungsmechanismen in Gang zu setzen, wenn eine Abweichung zu Tage treten sollte. Die Beschlussabteilung stützt ihre diesbezüglichen Ermittlungsergebnisse zusammengefasst auf folgende Parameter:
- (310) Mit der Vergemeinschaftung der Grundlagenpatente über **HIMPP** haben die Hörgeräte-Hersteller die Digitalisierung von Hörgeräten sehr frühzeitig auf eine gemeinsame Basis gestellt. Dies hat zum einen zur Etablierung eines Industriestandards geführt, zum anderen den Wettbewerb um die Digitalisierung von Anfang an in ein überaus kooperatives Umfeld gestellt. Die Schlüsselfunktion von HIMPP wird von den HIMPP-Gesellschaftern als ein wichtiges gegenseitiges Bindeglied gesehen. Schon über die Beteiligung an HIMPP und die mindestens halbjährlichen Treffen sind die Gesellschafter in einem ständigen Informationsaustausch über das HIMPP-Patentportfolio und die mögliche Einbindung weiterer Unternehmen in die Gesellschaft. Durch den Zusammenschluss erhält das Oligopol die Mehrheit der Stimmrechte in dem für die Leitung des Gemeinschaftsunternehmens zuständigen Verwaltungsrat ([...] Stimmrechten). Die Einbindung von GN ReSound, die bisher über [...] Stimmrechten verfügte, wird damit eine Durchsetzung der gemeinsamen Interessenlage der Oligopolisten in HIMPP ermöglichen.
- (311) Das gleiche gilt für die Kooperation in **HIMSA**. Bestand bislang bei unternehmensstrategischen Entscheidungen eine Pattsituation zwischen SAT, Phonak und Oticon auf der einen und GN ReSound, Widex und Starkey auf der anderen Seite, so halten die Oligopolisten nach dem Zusammenschluss eine Mehrheit der Stimmrechte. Eine Koordinierung der Interessenlage der Oligopolisten, z.B. im Hinblick auf die Konditionen für die Bereitstellung von NOAH beim Hörgeräte-Akustikhandel wird durch den Zusammenschluss noch wirkungsvoller als zuvor unmittelbare Marktwirkung entfalten.
- (312) Der **Patentaustausch zwischen den Oligopolisten** bezieht sich schon heute auch auf aktuelle Produktentwicklungen mit entscheidender Marktbedeutung. Gegenseitige Lizenzierungen kommen immer wieder zustande, da die Entwicklungsschwerpunkte der Hersteller sehr ähnlich sind und daher immer

wieder die Gefahr von Patentstreitigkeiten besteht. Dieser Patentaustausch hat schon in der Vergangenheit zu einem technologischen "Gleichschritt" zwischen SAT, Phonak und Oticon geführt. Er birgt nicht nur ein Forum, um über die Bedingungen einer Koordinierung zu einem Einvernehmen zu gelangen. Die flächendeckende Patentierung von Features, Design und Komponenten kann nach Auffassung der Beschlussabteilung auch als strategisches Mittel genutzt werden, um eine stillschweigende oder explizite Koordinierung im Oligopol oder gegenüber Außenseitern durchzusetzen. Es ist unstrittig, dass schon jetzt drohende Patentverletzungen aufgrund der technologischen Nähe der Oligopolisten an der Tagesordnung sind und im Regelfall durch kostenlose (gegenseitige) Lizenzierungen abgewendet werden. Dadurch sichern die Oligopolisten die Transparenz über Technologien und ein weitgehend koordiniertes Verhalten im Technologiewettbewerb ab. Die Einbindung des Patentportfolios von GN ReSound wird diese Koordinierung und deren Überwachung weiter erleichtern. Ebenso werden Patente als Disziplinierungsinstrument im Wettbewerb eine noch größere Bedeutung erlangen.

- (313) Durch den Zusammenschluss verengt sich die **Anbieterstruktur** auf letztlich 4 Unternehmen mit nennenswerten Marktanteilen. In Deutschland hat das Oligopol nach dem Zusammenschluss eine Marktabdeckung von 90 %. Schon dies wird die Überwachung und Durchsetzung einer tragfähigen Koordinierung weiter vereinfachen. Die beschriebene Segmentierung des Marktes und die entsprechende Transparenz über eine Vielzahl von Listen- und Herstellerabgabepreisen versetzt die Hersteller schon jetzt in die Lage, einen möglichen Wettbewerbsvorstoß sofort zu erkennen. Sie wissen über die Auswertungen des ZVEI auch, in welchem Preissegment der Vorstoß erfolgt ist. Nach dem Zusammenschluss wird sogar die mögliche Identifizierung eines Abweichlers weiter verbessert, da die Unternehmen, die außerhalb des Oligopols am Markt sind, lediglich einen Marktanteil von insgesamt unter 10% haben. Insoweit wären am Markt spürbare Abweichungen von den durchschnittlichen Herstellerabgabepreisen in den einzelnen Preissegmenten auf das Verhalten eines der Oligopolisten zurückzuführen.
- (314) Die **Nachfrager nach Hörgeräten** verfügen in Deutschland nach Auffassung der Beschlussabteilung über keine gegengewichtige Nachfragemacht., um für ausreichenden Wettbewerb im Oligopol zu sorgen (siehe oben Rz. 266 ff.). Dies wird sich nach der weiteren Verengung der Anbieterstruktur durch den Zusammenschluss auch zukünftig nicht ändern. Da die Oligopolisten bei nahezu allen Hörgeräte-Akustikbetrieben in Deutschland gelistet sind und die Frequenz der Kundenbesuche aufgrund der kurzen Produktlebenszyklen und den jährlichen Preisverhandlungen überaus hoch ist, unterstützen die Absatzbedingungen in Deutschland die Koordinierung wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens. Phonak

hat im Verfahren wiederholt vorgetragen, dass die jeweils kurzfristig abgeschlossenen Lieferverträge einen effektiven Bestrafungsmechanismus im Oligopol verhindern.<sup>109</sup> Eine entsprechende Begründung bleibt Phonak allerdings schuldig. Im Hörgerätemarkt bestehen ausgesprochen langfristige Hersteller-Kunden-Bindungen. Die jährlichen Verhandlungen zwischen den Herstellern und den Händlern sind offenbar erforderlich, um entsprechende Produktneueinführungen von Hörgeräten in einen aktualisierten vertraglichen Rahmen zu stellen. Weder die durchschnittlichen Herstellerabgabepreise noch die Lieferbeziehungen ändern sich in ihrer Substanz. Gerade diese langfristig konstanten und kontinuierlichen Beziehungen zwischen den maßgeblichen Hörgeräteherstellern und den Hörgeräte-Akustikern mit regelmäßigen Bestellungen und einer weitreichenden Konstanz der Herstellerabgabepreise über alle Preissegmente bilden ein geeignetes Umfeld, um Koordinierungs- und Abschreckungsmechanismen aufzubauen und gegebenenfalls durchzusetzen. Gerade durch den ständigen, kontinuierlichen Kontakt zur Marktgegenseite haben die Oligopolisten die Möglichkeit, marktwirksame Verstöße gegen die Oligopoldisziplin unverzüglich zu erkennen. Die Verengung der Anbieterstruktur durch den Zusammenschluss würde dies weiter erleichtern.

- (315) Wettbewerbsvorstöße im Sinne der **Produktneueinführung** finden nur während der Kongresse der europäischen EUHA und der US-amerikanischen AAA und damit in einem für alle Hersteller vorhersehbaren zeitlichen Rahmen statt. Damit ist das Wettbewerbsgeschehen für die Oligopolisten schon jetzt sehr transparent. Der Zusammenschluss wird den Markt im Hinblick auf den Wettbewerb um Produktneueinführungen noch transparenter und übersichtlicher machen.
- (316) Die Beschlussabteilung hat bereits ausführlich dargestellt, dass die enge Kundenbindung und fortlaufende Kundenbetreuung verbunden sowie das **ZVEI-Meldesystem** die Transparenz im Hinblick auf Marktanteilsstruktur und Preissetzung stark erhöht hat. Damit haben die Marktumbrüche im Zuge der Digitalisierung nicht zu einem Verlust an Transparenz geführt. Heute ist das ZVEI-Meldesystem ein weiteres starkes Instrument, um Marktanteils- und Preistransparenz herzustellen, Verstöße zu erkennen und ggf. Gegenmaßnahmen einzuleiten. Gemeinsam mit der umfassenden Transparenz über Technologien und den "technologischen Gleichschritt" der Oligopolisten können Wettbewerbsvorstöße, seien sie durch Produktneueinführungen und/oder Absenkungen des Herstellerabgabepreises indiziert, selbst für die einzelnen Preissegmente im Markt sofort erkannt und aufgegriffen werden.

---

<sup>109</sup> Zuletzt Stellungnahme zur Abmahnung, S. 21.

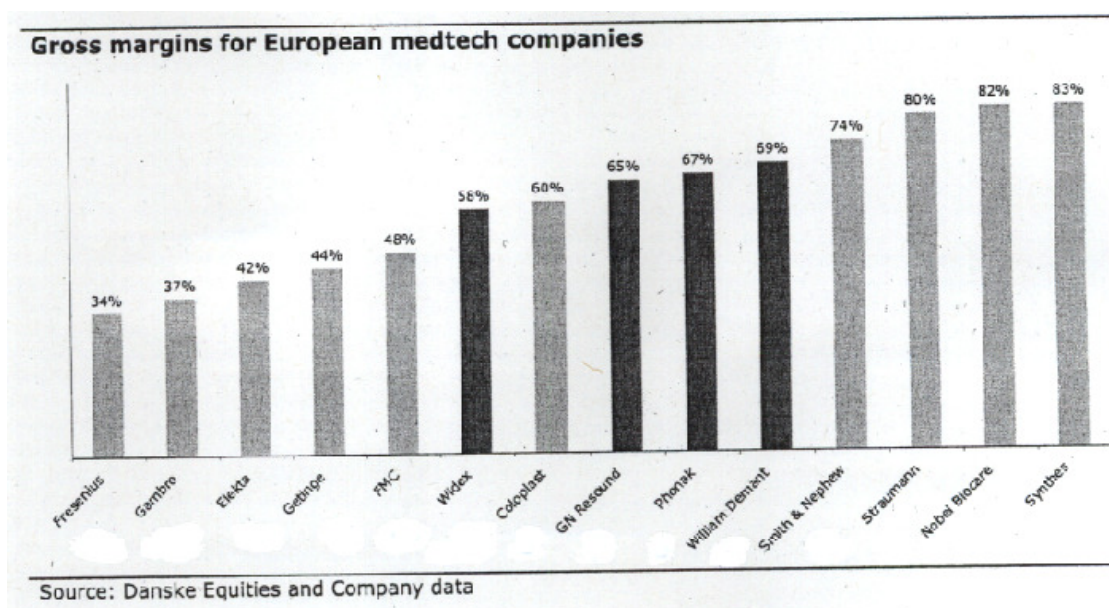
## 6.2.6 Keine Abschmelzung des Marktanteils des Oligopols nach dem Zusammenschluss

(317) Die Beschlussabteilung ist nicht der Auffassung, dass der Marktanteil des Oligopols nach dem Zusammenschluss signifikant abschmelzen wird. Phonak selbst geht nicht von Abschmelzungseffekten durch den Zusammenschluss aus und führt als Begründung an, dass in der Vergangenheit weder die Übernahme von Unitron (durch Phonak), noch die Übernahme von Werner (durch Oticon) oder Rexton (durch Siemens) zu entsprechenden Marktanteilsabschmelzungen geführt hätten.<sup>110</sup> Auch wenn Phonak nach der Übernahme die Marktstellung von GN ReSound nicht in voller Höhe für sich nutzbar machen könnte, würde die entsprechenden Abschmelzungen von den anderen Oligopolisten aufgefangen. Eine Verlagerung der Marktstellung von GN ReSound auf andere Wettbewerber ist schon aufgrund des Zusammenschlusses, der nicht nur Phonak, sondern auch den anderen Oligopolisten zugute kommt, nicht zu erwarten.

## 6.2.7 Marktergebnis

(318) Die Hörgeräte-Industrie ist ein außerordentlich profitabler Wirtschaftsbereich. Dies gilt nicht nur im Vergleich zu anderen Industrien, sondern auch im Vergleich zu der ertragsstarken Medizintechnik insgesamt. Die folgende graphische Darstellung zeigt einen Vergleich der Roherlöse (gross margins) von Unternehmen aus dem Bereich der Medizintechnik.

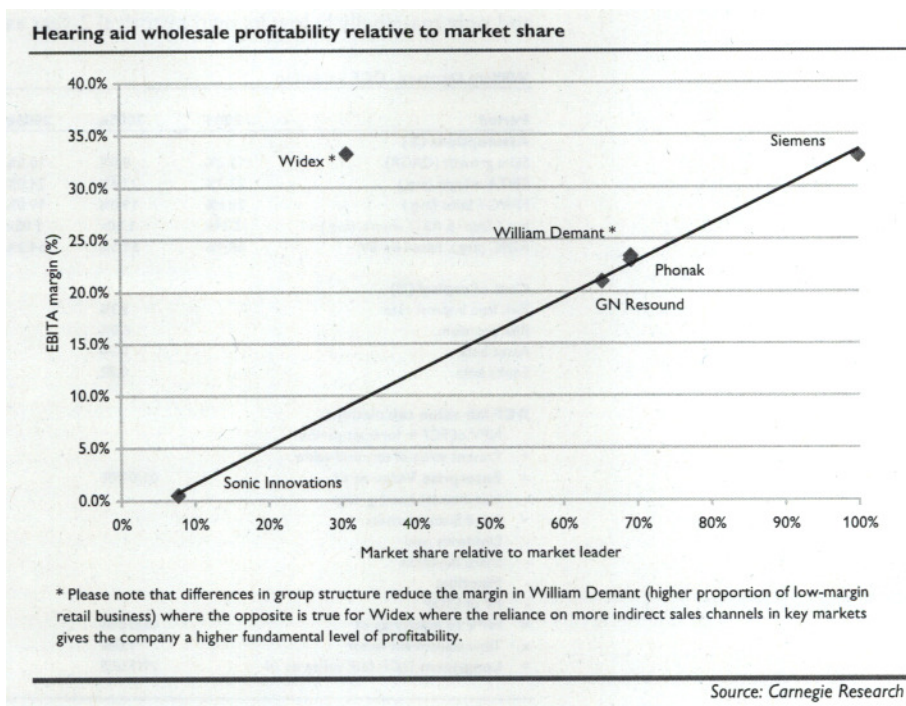
**Graph 9:** Roherträge in der Spitzengruppe der Medizintechnik



<sup>110</sup> Phonak Analyst Meeting vom 2.10.2006, Exhibit 6 zum Schreiben Oticon vom 05.01.2007.

- (319) Aus der Graphik geht hervor, dass alle führenden Hörgeräte-Hersteller mit einem Rohertrag von ca. 60-70% des Umsatzes zu den ertragsstärksten Unternehmen gehören. SAT ist dort nicht aufgeführt, da es keine Daten hierzu veröffentlicht. Nach eigenen Angaben liegt der Rohertrag von SAT zwischen den Vergleichswerten von GN ReSound und Widex.
- (320) Wie folgende graphische Darstellung zeigt, scheint die Ertragsstärke eines Unternehmens mit dessen Marktanteil zu korrelieren.

### Graph 10: Vergleich von EBITA und Marktanteil



- (321) Danach soll SAT als Marktführer auch die höchste Profitabilität haben.
- (322) Die Beschlussabteilung hat das EBITDA für alle führenden Anbieter abgefragt und festgestellt, dass es für alle führenden Anbieter zwischen 25% und 35% des Umsatzes liegt. Ein solches EBITDA ist außergewöhnlich hoch. So lag z.B. der Mittelwert der EBITDA-Umsatzrendite für europäische Chemieunternehmen im Jahre 2003 bei ca. 15%<sup>111</sup>, der Spitzenwert für deutsche Klinikbetreiber bei 18,3%<sup>112</sup>, die EBITDA-Rendite von DaimlerChrysler für das Jahr 2006 bei ca. 11%, die von Bertelsmann bei ca. 9%, die von Nestlé im Jahre 2000 bei ca. 15% und die von BMW im Jahre 2005 bei 14,6%.
- (323) Die Höhe der in der Hörgeräte-Industrie erwirtschafteten Gewinne begründen ernsthafte Zweifel daran, dass auf dem Markt für Hörgeräte strukturelle

<sup>111</sup> DZ-Bank-Schätzungen, Bl. 1069 d.A.

<sup>112</sup> Handelsblatt vom 04.01.2005, Bl. 1071 d.A.

Wettbewerbsbedingungen bestehen, die zu einem wesentlichen Preiswettbewerb führen und damit eine relevante Begrenzung der Gewinne durch den Wettbewerb sicherstellen. Diese Zweifel werden offensichtlich auch von Analysten geteilt.

- (324) So weist Carnegie Securities Research in seiner Marktstudie „Time to concentrate“ ausdrücklich auf das Risiko hin, dass immer ein Potential für Preiserhöhungen besteht, dass aber auch der Endnutzer den Preis bezahlen können muss:

**"Same potential to increase prices as always**

While manufactures asking for higher prices is one prerequisite for price increases, another is that end-users must be willing and able to pay the higher Price asked. If the prices in the market are already so high that the end-user cannot afford to pay any more, the manufactures can introduce as many new features as they want without being able to lift the price level."<sup>113</sup>

- (325) Es wird offenbar angenommen, dass im Markt von allen Herstellern eine ausgeprägte Gewinnmaximierungsstrategie umgesetzt wird, die nur ihre Grenze im Monopolpreis findet, d.h. wo die Gefahr besteht, dass der Nachfrager wegen des hohen Preises ganz auf seine Nachfrage verzichtet und damit auch für den Monopolisten eine Preiserhöhung wirtschaftlich nicht mehr sinnvoll ist.
- (326) Der Einwand von Phonak, die Marktaustritte der vergangenen Jahre verdeutlichten, dass der Markt nicht per se profitabel sei<sup>114</sup>, geht hier fehl. Die Beschlussabteilung hat nicht bestritten, dass ein wesentliches Kriterium für den Markterfolg als Hörgerätehersteller in der Realisierung von economies of scale liegt. Die Marktaustritte der letzten Jahre betrafen daher ausschließlich kleine Anbieter, die aufgrund mangelnder "economies of scale" keinen Rückgriff auf neue Chipgenerationen und wettbewerbsfähige Herstellkosten hatten. Dies ändert aber nichts an der Tatsache, dass – auch vor dem Hintergrund der von der Beschlussabteilung ermittelten Marktstrukturen und angesichts des dargestellten Marktgeschehens - auf den Hörgerätemärkten strukturelle Wettbewerbsbedingungen bestehen, die einen wesentlichen Preiswettbewerb und damit eine relevante Begrenzung der Gewinne durch den Wettbewerb nicht sicherstellen können. Die Beschlussabteilung ist nach den Ermittlungsergebnissen nicht der Auffassung, dass die Technologieentwicklungen und Effizienzsteigerungen auf dem deutschen Hörgerätemarkt einen wirksamen Wettbewerb aufrechterhalten und die Verbraucher angemessen an diesen Effizienzgewinnen beteiligt werden.

---

<sup>113</sup> Carnegie Securities Research, Seite 35, Bl. 1017d.A.

<sup>114</sup> Stellungnahme zur Abmahnung, S. 22.



(327) Insgesamt wird im Hörgerätemarkt sogar ein weiteres Gewinnwachstum erwartet („We see scope for a further 5%-point increase in the overall EBIT margin for the industry“)<sup>115</sup>. Die Beschlussabteilung verkennt dabei nicht, dass die erwarteten Gewinnsteigerungen nicht nur auf autonomen Preiserhöhungen der Hersteller beruhen, oder gar auf Preisabsprachen. Im Gegenteil wird ein wesentlicher Teil der Gewinnsteigerungen auf ein kontinuierliches Mengenwachstum beruhen, mit der Folge, dass aufgrund von economies of scale geringere Stückkosten anfallen werden und damit die Gewinne steigen können<sup>116</sup>. Diese ökonomischen Zusammenhänge sind der ständige Antreiber von Privatunternehmen. Das wettbewerbliche Problem liegt darin, dass bereits in der Vergangenheit im Wesentlichen Wettbewerb mit dem Produktportfolio gemacht wurde, aber nicht in gleichem Maße mit dem Preis. Dieser insoweit eingeschränkte Wettbewerb kann aber seine (Haupt-)Funktion zur Preisbegrenzung im Interesse der Verbraucher nicht erfüllen. Im Gegenteil ist festzustellen, dass der Versuch von GN ReSound Preiswettbewerb zu machen, letztlich nicht erfolgreich war. Insoweit hat auch Phonak bereits angekündigt, dass das Unternehmen diese Politik aufgeben wird.

„He (Phonak’s CEO) also emphasised that some of the growth will be driven by higher average selling prices in the ReSound arm. He stated that GN ReSound’s ASPs are significantly below Phonak’s on all product categories, but that they will be closing some of the gap going forward. This will be naturally also be supportive for the overall growth in the ‘new Phonak’“.<sup>117</sup>

(328) Insoweit ist auch erklärlich, dass Analysten nach dem Zusammenschluss nicht erwarten, dass Wettbewerber von dem Zusammenschluss negativ betroffen sein werden. Im Gegenteil wird auch ihnen der weiter eingeschränkte Wettbewerb zu Gute kommen. Darüber hinaus können sie sogar erwarten, dass mögliche durch „negative Vertriebssynergien“<sup>118</sup> zu erwartende Abschmelzungseffekte bei den Wettbewerbern als zusätzliche Umsätze anfallen werden.

(329) Im Ergebnis werden die Synergien durch den Zusammenschluss durch die Vergemeinschaftung der Forschung und Entwicklung, die Erzielung höherer economies of scale und die Einbindung eines bisher preisaktiven Wettbewerbers nicht dazu führen, dass die Stärkung von Phonak im Oligopol zu einem "Mehr an Wettbewerb" führt. Nach Auffassung der Beschlussabteilung wird der Zusammen-

---

<sup>115</sup> Danske Equities company report für William Demant v. 10.10.2006, Anlage 8E zum Schreiben Oticon v. 05.01.2007, S.1, Bl. 1022 d.A..

<sup>116</sup> Danske Equities company report, ebenda, S.1, 4, 16, 46, 48, 57, Bl. 1022 ff. d.A..

<sup>117</sup> Danske Equities company report, ebenda, S. 9, Bl. 1026 d.A..

<sup>118</sup> Danske Equities company report, ebenda, S. 8, Bl. 1025 (Rücks.) d.A.

schluss zu einer Verstärkung des ohnehin schon erheblichen oligopolistischen Parallelverhaltens führen. Nach dem Zusammenschluss werden sich für die Oligopolisten die unternehmensindividuell positiven Marktergebnisse der Vergangenheit weiter verbessern. Dies wird nach Auffassung der Beschlussabteilung zu Lasten einen funktionsfähigen Innovations- und Preiswettbewerbs und damit zu Lasten der Verbraucher gehen.

## 7. **Zusagenvorschlag**

- (330) Eine Freigabe des Zusammenschlusses mit Nebenbestimmungen auf Grundlage des Vorschlags von Phonak vom 20.03.2007<sup>119</sup> kommt nach Auffassung der Beschlussabteilung nicht in Betracht (§ 40 Abs. 3 GWB).
- (331) Soweit die Unternehmen Bedingungen oder Auflagen anbieten, müssen diese in ihrer Summe geeignet sein, die Untersagungsvoraussetzungen entfallen zu lassen. Eine "Abwägung" aufgrund vermeintlicher verfassungs- und völkerrechtlicher Verhältnismäßigkeitsgrundsätze kommt nicht in Betracht.
- (332) Phonak hat vorgeschlagen, dass Phonak und GN ReSound nach dem Zusammenschluss auf die Teilnahme am **ZVEI-Meldesystem** verzichten. Diese Zusage ist wettbewerblich positiv zu bewerten, jedoch schon kartellrechtlich geboten. Die Beschlussabteilung geht davon aus, dass das ZVEI-Meldesystem gegen § 1 GWB, Art. 81 EG verstößt. Nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf vom 26. Juli und 30. September 2002 in Sachen "Statistisches Informationssystem Transportbeton" ist ein Meldesystem dann kartellrechtlich unzulässig, wenn weniger als fünf Unternehmen mit nennenswerten Marktanteilen beteiligt sind. Nur durch eine genügende Zahl der am Meldeverfahren beteiligten Unternehmen ist gewährleistet, dass die in der Rückmeldung ausgewiesenen Durchschnittsdaten (Gesamtliefermengen, Durchschnittspreise) nicht entschlüsselt und auf einzelne Unternehmen oder Geschäftsvorgänge zurückgeführt werden können. Aufgrund der im vorliegenden Fall nicht nur durch das ZVEI-Meldesystem, sondern auch durch andere Strukturbedingungen hervorgerufene hohe Markttransparenz dürfte das vorliegende Meldesystem sogar schon jetzt kartellrechtlich unzulässig sein. Denn auch nicht-identifizierende Marktinformationsverfahren können gegen § 1 GWB bzw. Art. 81 EG verstoßen, soweit sie einen Teilnehmer in die Lage versetzen, einen vorstoßenden Preiswettbewerb zu erkennen und nicht erst, wenn sie auch erlauben, seinen Urheber ausfindig zu machen.

---

<sup>119</sup> Schreiben Phonak v. 20.03.2007, Bl. 1083 f. d.A.; Präsentation zur Ausgestaltung der Veräußerungszusage durch GN ReSound, Bl. 1086a-1086e d.A.

- (333) Phonak hat darüber hinaus angeboten, das **Kreuzlizenzierungsabkommen** mit Oticon zu kündigen und zukünftig weder mit Siemens noch mit Oticon weitere vergleichbare Abkommen zu schließen. Außerdem werde Phonak anstreben, den im Rahmen der Kreuzlizenzierungsabkommen bereits erfolgten Austausch von Lizenzen rückgängig zu machen.
- (334) Der Verzicht auf Kreuzlizenzierungsabkommen kann im Grundsatz dazu beitragen, einen wettbewerbsdämpfenden Technologieaustausch zwischen Marktteilnehmern zu begrenzen. Für den vorliegenden Fall ist allerdings Folgendes zu berücksichtigen: Unabhängig von der Frage, ob das noch bestehende Patentlizenzabkommen zwischen Phonak und Oticon gekündigt wird, wird es zukünftig im Hinblick auf anwendungsspezifische Technologien entweder zu einem Austausch von Technologie kommen oder zu einem Verzicht auf das Angreifen von Patentverletzungen. Die führenden Hörgerätehersteller einschließlich Phonak haben selbst vorgetragen, dass gegenseitige Lizenzierungen an der Tagesordnung sind und sein müssen, weil die Entwicklungsschwerpunkte der Hersteller sehr ähnlich sind und daher immer wieder die Gefahr von Patentstreitigkeiten besteht. Häufig arbeiten Unternehmen an Produktweiterentwicklungen, bei denen Wettbewerber bereits Patente angemeldet haben. Insoweit ist die Beschlussabteilung nicht der Auffassung, dass die beteiligten Unternehmen das marktstrukturelle Problem des weitreichenden Technologieaustausches und des technologischen "Gleichschritts" zwischen den Oligopolisten allein über das Zusagenangebot, bestimmte Lizenzierungen zu beenden und zukünftig zu unterlassen, lösen können. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass der im Rahmen der mit Oticon und Siemens geschlossenen Kreuzlizenzierungsabkommen vorgesehene Patentaustausch bereits erfolgt ist. Vor dem Hintergrund, dass die ausgetauschten Schutzrechte auch für bereits am Markt eingeführte Produktfamilien eingesetzt wurden (z.B. die Savia-Produktfamilie), ist hier nicht ersichtlich, welche tatsächlichen Marktwirkungen eine Kündigung und das "Anstreben" einer (teilweisen) Rückabwicklung des Patentaustauschs haben könnte. Phonak hat hierzu auch nicht vorgetragen.
- (335) Der Vorschlag, dass Phonak und GN ReSound ihre **Gesellschafterstellung in HIMPP** beenden, würde die Strukturbedingungen im Hörgerätemarkt zwar verbessern. Dies würde aber nur insoweit gelten, als die Beschlussabteilung eine Verstärkungswirkung dahingehend angenommen hat, dass das Oligopol durch den Zusammenschluss die Mehrheit der Stimmrechte in dem für die Leitung des Gemeinschaftsunternehmens zuständigen Verwaltungsrat erhalte. Die Einbindung von GN ReSound, die bisher über 4 von 12 Stimmrechten verfügte, würde damit

eine Durchsetzung der gemeinsamen Interessenlage der Oligopolisten in HIMPP ermöglichen. Allein dieser Effekt würde durch die Zusage entfallen.

- (336) Aber auch nach dem Ausscheiden aus dem Gesellschafterkreis von HIMPP wären Phonak und GN ReSound aufgrund der "Gatekeeper"-Funktion von HIMPP auf eine Lizenzierung des Patentportfolios angewiesen. Sie würden sonst bei der Entwicklung neuer Hörgeräte fortlaufend Patentverletzungen begehen. Materiell würde die Aufgabe der Gesellschafterstellung in HIMPP daher nach derzeitiger Auffassung der Beschlussabteilung keine erheblichen Auswirkungen auf die Wettbewerbsbedingungen haben.
- (337) Vor dem Hintergrund der begrenzten Marktwirkungen der vorstehend diskutierten Vorschläge kommt der Frage, ob die angebotenen strukturellen **Veräußerungsvorschläge** geeignet wären, die Untersagungsvoraussetzungen entfallen zu lassen, eine hohe Bedeutung zu. Phonak hat angeboten, die Interton Electronic Hörgeräte GmbH, Münster, [...]
- (338) Die angebotene Veräußerung [...] nicht geeignet, die wettbewerblichen Bedenken der Beschlussabteilung auszuräumen. [...]:
- (339) Selbst wenn die beteiligten Unternehmen die angebotenen Veräußerungsaufgaben erfüllten, würde [...] nicht geeignet, die fusionsrechtlichen Bedenken auszuräumen. [...]:
- (a) Interton
- (340) Das Wettbewerbspotential von Interton ist gering. Auf Hörgeräte von Interton fallen nur etwa 20-25% der inländischen Umsätze von GN ReSound bei Hörgeräten. Zudem verkauft das Unternehmen 80-85% seiner Hörgeräte im Segment "Listenpreis 201-600 €". In dem für den Innovationswettbewerb entscheidenden Segment "Listenpreis >750 €" ist das Unternehmen praktisch nicht tätig. Der Beschlussabteilung liegen auch keine Informationen darüber vor, ob Interton noch über eine eigene F&E-Abteilung verfügt oder schon jetzt auf Entwicklungs-Knowhow, Fertigungskapazitäten und Komponenten von GN ReSound zurückgreift. Die Beschlussabteilung glaubt auch nicht, dass sich vor diesem Hintergrund für Interton ein Käufer finden wird. Denn das Wettbewerbspotenzial von Interton als stand-alone-Unternehmen ist angesichts der starken Konsolidierung im Markt, der hohen Bedeutung eines wettbewerbsfähigen Marken- und Patentportfolios und der Erzielung von economies of scale als gering einzuschätzen. Die Beschlussabteilung verweist in diesem Zusammenhang auch darauf, dass die unternehmensstrategische Entscheidung von GN ReSound zur

Übernahme von Interton im Jahr 2005 im Markt als zumindest fragwürdig angesehen wurde.

[...]

(341)

(342)

(343)

(344) Insgesamt sind die vorgelegten Auflagenvorschläge in ihrer Gesamtheit daher sachlich nicht geeignet, die wettbewerblichen Bedenken der Beschlussabteilung zu beseitigen. Eine Überleitung der gegenwärtigen Marktposition von GN ReSound auf ein drittes Unternehmen ist vor dem Hintergrund, dass es sich im Wesentlichen um eine [...] handelt, nicht zu erwarten.

## **8. Kausalität**

(345) Der Verfahrensbevollmächtigte von GN Store Nord A/S hat im Verfahren die Auffassung vertreten, dass die Beschlussabteilung bei ihrer Entscheidung nicht nur die Entwicklung zu berücksichtigen habe, die sich nach dem Vollzug des Zusammenschlusses – gegebenenfalls unter Berücksichtigung der Erfüllung der Zusagen – ergebe. Auch die Entwicklung nach einer bestandskräftigen Untersagung müsse berücksichtigt werden, denn nur durch einen Vergleich beider Entwicklungen lasse sich der Verursachungsbeitrag des Zusammenschlusses für eine Veränderung der Wettbewerbssituation abschätzen. GN Store Nord müsse den Verkaufsprozess so umgestalten, dass der aus ihm resultierende Zusammenschluss die vom Bundeskartellamt angenommenen Untersagungs-voraussetzungen auf dem deutschen Markt nicht mehr erfüllt. Hierfür sei es notwendig, dass [...] <sup>120</sup>

(346) Diese Ansicht ist nach Auffassung der Beschlussabteilung aus folgenden Gründen unzutreffend.

(347) Erstens begegnet die Veräußerung von GN ReSound nur dann fusionsrechtlichen Bedenken, wenn GN ReSound an einen der in Deutschland tätigen Oligopolisten SAT, Oticon oder Phonak veräußert würde. Vorausgesetzt, [...], könnte der Verkaufsprozess auch derart umgestaltet werden, dass GN ReSound an einen dritten Hörgerätehersteller oder ein marktfremdes Unternehmen veräußert wird. Dem stünden in Deutschland keine fusionsrechtlichen Bedenken entgegen.

(348) Zweitens [...]

---

<sup>120</sup> Schreiben v. 21. März 2007, Bl. 1091 d.A.

(349) Drittens [...]

## 9. Gesamtbetrachtung

(350) Nach alledem ist zu erwarten, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung der Unternehmen SAT, Phonak und Oticon entsteht.

(351) Der Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Hörgeräten an den Hörgeräte-Akustikhandel ist schon vor dem Zusammenschluss durch Strukturbedingungen gekennzeichnet, die für oligopolistisches Parallelverhalten sprechen. Zum einen sind diese Merkmale in der besondern Struktur des Vertriebs – hohe Kundenbindung, stabile Angebots- und Nachfragebedingungen - begründet. Zum anderen handelt es sich um Wettbewerbsbedingungen, die die Oligopolmitglieder SAT, Phonak und Oticon selbst gesetzt haben. Hierzu gehören die Vergemeinschaftung von Technologie über Gemeinschaftsunternehmen und gegenseitige, gebührenfreie Lizenzierungen ebenso wie die gemeinsame Erarbeitung und Durchsetzung von Preissegmenten. Die Oligopolisten haben es aufgrund dieser – teilweise von ihnen selbst gesetzten - Strukturbedingungen schon vor dem Zusammenschluss vergleichsweise einfach, über die Bedingungen einer oligopolistischen Koordinierung Einvernehmen zu erlangen. Sie sind auch in der Lage, die Koordinierungsmodalitäten zu befolgen und sie überwachen zu können. Schließlich sind sie in der Lage, im Falle eines Verstoßes gegen diese Koordinierung glaubhafte Abschreckungsmechanismen einzusetzen. Im Ergebnis ist der Innovations- und Preiswettbewerb schon vor dem Zusammenschluss stark eingeschränkt und die Beschlussabteilung lässt offen, ob schon vor dem Zusammenschluss ein marktbeherrschendes Oligopol, bestehend aus SAT, Phonak und Oticon anzunehmen ist. Sie ist jedenfalls der Auffassung, dass sich die Wettbewerbsbedingungen durch den Zusammenschluss auf dem ohnehin schon hochkonzentrierten Markt weiter verschlechtern. Die Übernahme des Entwicklungspotentials von Phonak und die Herausnahme des einzigen preisaktiven Wettbewerbers aus dem Markt verbunden mit einer gesellschaftsrechtlichen Absicherung der Führungsrolle des Oligopols bei Grundlagentechnologien würde einen Großteil der noch am Markt verbliebenen Wettbewerbspotentiale beseitigen. Die ohnehin große Transparenz über Preissetzung und Produktneueinführungen würde weiter erhöht. Das Oligopol wäre in der Lage, aktuellen und potentiellen Wettbewerb noch wirkungsvoller als vor dem Zusammenschluss abzuwehren und damit eine gemeinsam marktbeherrschende Stellung zu begründen und abzusichern.

- (352) Nach dem Zusammenschluss werden sich für die Oligopolisten die unternehmensindividuell positiven Marktergebnisse der Vergangenheit weiter verbessern. Dies wird nach Auffassung der Beschlussabteilung zu Lasten eines funktionsfähigen Innovations- und Preiswettbewerbs und damit letztlich zu Lasten der Verbraucher gehen.
- (353) Eine Freigabe des Zusammenschlusses mit Nebenbestimmungen auf Grundlage der vorliegenden Zusagenvorschläge kommt nicht in Betracht. Die vorgelegten Auflagenvorschläge sind in ihrer Gesamtheit sachlich nicht geeignet, die wettbewerblichen Bedenken der Beschlussabteilung zu beseitigen. Eine Überleitung der gegenwärtigen Marktposition von GN ReSound auf ein drittes Unternehmen ist vor dem Hintergrund, dass es sich im Wesentlichen um eine [...] handelt, nicht zu erwarten.
- (354) Die Untersagung des angemeldeten Zusammenschlusses verstößt weder gegen Völker- noch gegen Verfassungsrecht. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass eine wirtschaftlich sinnvolle Absonderung eines deutschen Teils des angemeldeten Zusammenschlusses tatsächlich nicht möglich ist, da der zu erwerbende GN ReSound-Geschäftsbereich in Deutschland im Wesentlichen reine Vertriebsstrukturen betrifft. Auch die von der Veräußerin geäußerten Zweifel, ob der Zusammenschluss kausal für die Veränderung der Wettbewerbssituation wäre, tragen nicht.

## B. Gebühren

[...]

## C. Rechtsmittelbelehrung

[...]