

BUNDESKARTELLAMT

4. Beschlussabteilung

Gesch.-Z.: B 4 – 33101 - Fa – 91/06

**FÜR DIE VERÖFFENTLICHUNG BESTIMMT
Geschäftsgeheimnisse sind mit [...] oder
[Näherungswert/Intervall] gekennzeichnet.**

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

B e s c h l u s s

In dem Verwaltungsverfahren

1. der Synthes Inc., West Chester, PA, (USA),

Beteiligte zu 1.,

- Verfahrens- und Zustellungsbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Freshfields Bruckhaus Deringer; Heumarkt 14, 50667 Köln,

2. der AO-ASIF Stiftung, Davos, Schweiz,

Beteiligte zu 2.,

3. der Synthes AG, Chur, Schweiz,

Beteiligte zu 3.,

- Verfahrens- und Zustellungsbevollmächtigte der Beteiligten zu 2. und 3.:
Rechtsanwälte Haver & Mailänder, Lenzhalde 83, 70192 Stuttgart

4. der Stryker GmbH & Co. KG, Duisburg,

Beigeladene,

- Verfahrens- und Zustellungsbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Clifford Chance; Königsallee 59; 40215 Düsseldorf,

wegen der Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens nach § 36 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) hat die 4. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes am 23. August 2006 beschlossen:

1. Das mit Anwaltschreiben vom 7. März 2006 angemeldete Vorhaben der Beteiligten zu 1., wesentliche Vermögensgegenstände der Beteiligten zu 2. und der Beteiligten zu 3. zu erwerben (Abschluss des Asset Purchase Agreement – APA - vom 14. März 2006), wird freigegeben.

2. Die Gebühr für diese Entscheidung wird unter Anrechnung der gesondert festzusetzenden Gebühr von €[...] für die Anmeldung des Zusammenschlusses festgesetzt auf

€ [...]

(in Worten: [...] Euro)

und den Beteiligten zu 1., 2. und 3. auferlegt.

A. Gründe

I. Zusammenschlussvorhaben und Verfahren

1. Vorliegendes Verfahren

Synthes Inc., West Chester, USA, (im Folgenden "Synthes Inc.") ist die Obergesellschaft einer Unternehmensgruppe von Medizintechnikern, die im Wesentlichen Produkte für die operative Behandlung von traumatischen und degenerativen Veränderungen des Bewegungs- und Stützapparats (Osteosynthese/operative Knochenbruchbehandlung) entwickelt, herstellt und weltweit vertreibt. Das Unternehmen bietet im Bereich der Osteosyntheseprodukte ausschließlich Produkte der Marke Synthes® an. Eigentümerin wesentlicher für diese Produkte relevanter Schutzrechte (Marken und Technologierechte) ist bislang die Synthes AG, Chur, Schweiz, die ihrerseits eine Tochtergesellschaft der AO-ASIF Stiftung¹, Davos, Schweiz, ist (im Folgenden "AO-ASIF"). Die Lizenzvergabe für die Nutzung dieser Schutzrechte an die Synthes Inc. ist in einem Lizenzvertrag aus dem Jahr [...] geregelt. Wegen der inzwischen vollzogenen Zusammenschlüsse "Synthes – Stratec" und "Synthes – Mathys" ist die Synthes Inc. nunmehr einziger Lizenznehmer für die Nutzung der Schutzrechte für die Osteosyntheseprodukte der Marke Synthes®. Lediglich die Auriga Medical Products GmbH, Zuchwil, Schweiz, die Obergesellschaft der Clinical House GmbH, Bochum, hat über einen Untervertriebsvertrag mit der Synthes Inc. das Recht, Synthes-Produkte in ihrem Vertriebsgebiet in Norddeutschland zu vertreiben.

Mit vorsorglicher Anmeldung vom 7. April 2006, am 10. April 2006 im Bundeskartellamt eingegangen, hat die Synthes Inc. mitgeteilt, dass sie beabsichtigt, wesentliche Vermögensgegenstände von der Synthes AG zu erwerben. Die zu erwerbenden Vermögensgegenstände sind insbesondere Marken- und Technologierechte im

¹ AO-ASIF bedeutet: Arbeitsgemeinschaft für Osteosynthese/Association for the Study of Internal Fixation.

Bereich der Osteosynthese. Der Vertrag aus dem Jahr [...] soll durch einen Vertrag auf Übereignung der derzeit im Eigentum der Synthes AG und der AO-ASIF stehenden Schutzrechte (sog. "Asset Purchase Agreement", im Folgenden "APA") abgelöst werden.

Vorsorglich mit angemeldet wurde der Abschluss eines Kooperationsvertrages (im Folgenden "CoA"). Der CoA umfasst Regelungen für eine umfassende Zusammenarbeit zwischen der Synthes Inc., der Synthes AG und der AO-ASIF in den Bereichen (1) Forschung und Entwicklung, (2) Ausbau eines Qualitätssicherungs- und Zertifizierungssystems für Osteosyntheseprodukte und (3) Ausbau der Schulungsmaßnahmen der AO-ASIF im Bereich der Osteosynthese.

Mit am 4. Mai 2006 zugestelltem Schreiben vom selben Tag hat die Beschlussabteilung die Verfahrensbevollmächtigte der Synthes Inc. über den Eintritt in das Hauptprüfverfahren unterrichtet.

Die Synthes AG und die AO-ASIF haben über ihre Verfahrensbevollmächtigte mit Schreiben vom 17. Mai 2006 das Zusammenschlussvorhaben im Hinblick auf die Veräußerung der durch die Synthes AG gehaltenen gewerblichen Schutzrechte angemeldet.

Mit Beschluss vom 31. Mai 2006 hat die Beschlussabteilung die Stryker GmbH & Co. KG, Duisburg, auf Antrag zum Fusionskontrollverfahren beigelegt. Am 26. Mai 2006 hat zwischen der Beschlussabteilung und der Beigeladenen ein Gespräch stattgefunden. In dem Gespräch wurden die möglichen Wirkungen des Zusammenschlusses erörtert.

Am 7. Juni 2006 hat ein Gespräch zwischen der Beschlussabteilung und Vertretern der Synthes Inc. und der AO-ASIF stattgefunden. In dem Gespräch wurden vor allem Fragen zu den Zusammenschlusstatbeständen und zur Abgrenzung eines Technologiemarktes für Osteosyntheseprodukte diskutiert.

Mit anwaltlicher Mitteilung vom 20. Juni 2006 (AO-ASIF) und vom 22. Juni 2006 (Synthes Inc.) haben die Zusammenschlussbeteiligten einer Verlängerung der Prüfungsfrist bis zum 25. August 2006 zugestimmt.

Mit Schreiben vom 26. Juli 2006 hat die Beschlussabteilung den Beteiligten die Gründe für die beabsichtigte (Teil-)Untersagung des Zusammenschlusses mitgeteilt. Die wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Beschlussabteilung richteten sich dabei gegen den Abschluss des CoA, nicht jedoch gegen das APA.

Alle Verfahrensbeteiligten haben Akteneinsicht genommen und zu dem Abmahnschreiben der Beschlussabteilung schriftlich Stellung genommen. Dabei konzentriert sich die Stellungnahme der AO-ASIF im Wesentlichen auf die fusionsrechtliche

Beurteilung des CoA. Die Synthes Inc. wendet sich insbesondere gegen die Markt-
abgrenzung der Beschlussabteilung und gegen die fusionsrechtliche Beurteilung des
CoA. Die Beigeladene bejaht alle von der Beschlussabteilung festgestellten Zusam-
menschlussstatbestände und die beabsichtigte (Teil-)Untersagung des CoA. Sie
spricht sich zudem gegen die Freigabe des Vorhabens der Synthes Inc., wesentliche
Vermögensgegenstände der AO-ASIF und der Synthes AG zu erwerben, aus.

In einem weiteren Gespräch am 2. August 2006 haben Vertreter der Synthes Inc.
und der AO-ASIF mündlich zum Abmahnschreiben Stellung genommen und die
Sach- und Rechtslage mit der Beschlussabteilung erörtert.

Mit Schreiben vom 3. August 2006 hat die Synthes Inc. unter Bezugnahme auf das
Gespräch mit der Beschlussabteilung am 2. August 2006 ihre Anmeldung insoweit
zurückgenommen, als diese einen möglichen Zusammenschluss zwischen der
Synthes Inc. und der Synthes AG bzw. ihrer Muttergesellschaft, der AO-ASIF, durch
den CoA umfasst.² Die Parteien werden den CoA – vorläufig – nicht in Kraft setzen.
Die Rücknahme der Anmeldung – soweit sie den Abschluss des CoA betrifft – erfolgt
dergestalt, dass die Regelung des CoA, die ein automatisches Inkrafttreten des CoA
mit dem Closing des Vertrages über den Erwerb von bislang im Eigentum der AO-
ASIF stehenden Technologie- und Markenrechte (APA) vorsieht, ausgesetzt wird.

2. Sonstige Verfahren

In dem Fusionskontrollverfahren Synthes-Stratec/Mathys (B4-167/03) hatte das
Bundeskartellamt den Erwerb des Geschäftsbereichs Osteosynthese der Mathys
Medizinaltechnik AG, Bettlach, Schweiz, durch den Medizintechnikhersteller Synthes-
Stratec Inc., heute Synthes Inc., untersagt (Entscheidung vom 24. März 2004). Der
Zusammenschluss hätte in Deutschland zur Entstehung einer beherrschenden
Stellung der Synthes Inc. auf dem Markt für Implantate (insbesondere Platten,
Schrauben, Nägel) und Instrumente für Traumabehandlungen geführt. Die von den
beteiligten Unternehmen eingelegte Beschwerde vor dem OLG Düsseldorf ist für
erledigt erklärt worden. Grund für diese Erledigungserklärung war die Veräußerung
des deutschen Teils der Transaktion, der Mathys Osteosynthese GmbH, Bochum.³
Durch die Veräußerung hatte sich das mit Beschluss vom 24. März 2004 untersagte,
teilweise vollzogene Zusammenschlussvorhaben derart geändert, dass die
Beschlussabteilung keine Rechte aus der Untersagungsverfügung mehr herleitete.
Die Clinical House GmbH war nach der Veräußerung – ebenso wie die Mathys

² Die Synthes AG und die AO-ASIF hatten diesen Teil des Zusammenschlussvorhabens nicht –
auch nicht vorsorglich – angemeldet. Sie haben sich jedoch der Erklärung der Synthes Inc.
schriftlich angeschlossen, dass das CoA in der der Beschlussabteilung vorgelegten Form nicht
umgesetzt werden soll.

³ Inzwischen firmiert das Unternehmen unter Clinical House GmbH, Bochum.

Osteosynthese GmbH vor dem Zusammenschluss – nicht als i.S.d. § 36 Abs. 2 GWB mit Synthes Inc. verbundenes Unternehmen anzusehen (zur Zurechnung der Clinical House GmbH bei der Marktanteilsberechnung siehe unten Abschn. V 4.1.1).

Im Jahr 2004 hat die Beschlussabteilung ein förmliches Verfahren gegen die AO-ASIF, die Synthes AG und die Synthes Inc. eingeleitet, um das zwischen der Synthes AG einerseits und der Synthes Inc. andererseits geschlossene Lizenzvertragswerk von [...] sowie dessen praktische Umsetzung kartellrechtlich zu überprüfen. Die Prüfung erfolgt auf Grundlage des deutschen und des Kartellrechts der Europäischen Gemeinschaften (§§ 1, 19 GWB und Art. 81, 82 EG). Die Beschlussabteilung hat der Verfahrensbeteiligten der AO-ASIF mit Schreiben vom 16. Dezember 2004 mitgeteilt, dass der zwischen der AO-ASIF und der Synthes Inc. geschlossene Lizenzvertrag gegen §§ 1, 19 GWB und Art. 81, 82 EG verstoßen könnte. Dem Verfahrensbevollmächtigten der Synthes Inc. hat die Beschlussabteilung mit Schreiben vom 13. Januar 2006 mitgeteilt, dass gegen sie ein Verfahren nach § 1 GWB, Art. 81 EG eingeleitet worden ist. Die vorsorglich angemeldete Übereignung der Marken- und Technologierechte sowie die vertragliche Neugestaltung der Vertragsbeziehungen hinsichtlich der Tätigkeit der AO-ASIF sollen den jenem Verfahren zugrundeliegenden Vertrag ersetzen.

II. Beteiligte Unternehmen

1. Synthes Inc.

Synthes Inc. ist die Obergesellschaft einer Unternehmensgruppe, die Produkte für die operative Knochenbruchbehandlung (Osteosynthese) entwickelt, herstellt und weltweit vertreibt.

Die konsolidierten Umsatzerlöse der Synthes Inc. betragen im Geschäftsjahr 2005 weltweit ca. € 1,67 Mrd., davon ca. € 322,2 Mio. in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union und ca. € 54,7 Mio. in Deutschland.

Herr Hansjörg Wyss hält gemeinsam mit dem "Wyss 1989 Distribution Trust" etwa 52 % der Anteile an der Synthes Inc. und übt die Kontrolle über die Unternehmensgruppe aus. Herr Hansjörg Wyss ist Unternehmen i.S.d. § 36 Abs. 3 GWB. Die weiteren Unternehmensbeteiligungen von Herrn Wyss sind nach dem Kenntnisstand der Beschlussabteilung für den Bereich Medizintechnik ohne Bedeutung.

2. Synthes AG und AO-ASIF

Der Geschäftszweck der **Synthes AG** liegt darin, Marken- und Technologierechte (insbesondere Patente für die Herstellung von Osteosynthese-Produkten) zu halten.

Sie ist Eigentümerin des weit überwiegenden Teils der Vermögenswerte⁴, die im Rahmen des angemeldeten Zusammenschlussvorhabens an die Synthes Inc. veräußert werden sollen.

Synthes AG ist die 100%ige Tochtergesellschaft einer in der Schweiz ansässigen Stiftung, der **AO-ASIF Stiftung**, Davos, Schweiz.

Unter der Bezeichnung AO-ASIF firmiert ein Konglomerat aus verschiedenen Organisationen, die teilweise in Form von rechtlich selbständigen (Schweizer) Stiftungen⁵ organisiert sind, jedoch nach Außen unter dem AO-ASIF - Logo als Einheit auftreten⁶. Die Tätigkeit der AO-ASIF gliedert sich in die vier Bereiche Forschung („research“), Entwicklung („development“), Schulung („education“) und klinische Studien („clinical studies“), denen die Stiftungen sowie deren Organe und internen Organisationen zugeordnet sind. [...]. Die Beschlussabteilung betrachtet die AO-ASIF bei der materiellen Bewertung der Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens als Einheit, ohne weiter danach zu differenzieren, ob eine bestimmte Tätigkeit durch Organe, interne Organisationen oder formell selbständige Stiftungen ausgeübt wird. Dies ist wegen der [...], die mit der eigenen Außendarstellung korrespondiert, sachgerecht.

Im Jahr 2005 hat die AO-ASIF ca. €[...] Mio. an Lizenzgebühren eingenommen. [...]. Nach dem Vortrag der Synthes Inc. sind Lizenzeinnahmen in Höhe von €[...] Mio. aus Verkäufen von Synthes-Produkten in der EU erzielt worden. Auf Deutschland entfiel davon ein Anteil in Höhe von ca. €[...] Mio. Nach dem Vortrag der Synthes Inc. hat AO-ASIF über diese Lizenzgebühren hinaus lediglich Umsätze in Höhe von insgesamt ca. €[...] erzielt.

Nach den Erkenntnissen der Beschlussabteilung wird die AO-ASIF nicht von Dritten beherrscht. Der industrielle Partner der AO-ASIF, die Synthes Inc., verfügt zwar über das Recht,[...]. Allerdings sind die Synthes Inc. und die AO-ASIF/Synthes AG über den im Jahr [...] abgeschlossenen Lizenzvertrag im Hinblick auf ihre jeweilige Geschäftstätigkeit im Bereich der Osteosynthese eng miteinander verflochten.

Neben der Lizenzierung von Marken- und Technologierechten für Osteosyntheseprodukte liegen die Tätigkeitsschwerpunkte der AO-ASIF derzeit in folgenden Bereichen:

⁴ Die verbleibenden zu übertragenden Schutzrechte stehen im Eigentum der AO-ASIF.

⁵ Dies sind die AO Foundation, das AO Research Institute (ARI), der AO Research Fund und die AO Documentation and Publishing Foundation (einschließlich der AO Clinical Investigation and Documentation, AOCID).

⁶ Vgl. u. a. den Internetauftritt der AO-ASIF, www.aofoundation.org.

Forschung, Produktentwicklung und Zertifizierung im Bereich der Osteosynthese

Nach dem Vortrag der Zusammenschlussbeteiligten liegt ein Schwerpunkt der AO-ASIF-eigenen Forschung in der *Grundlagenforschung*. Nach den Veröffentlichungen der AO-ASIF (z.B. Activity Report 2004) liegen die Forschungsschwerpunkte in der Suche nach mechanischen, chemischen oder biochemischen Lösungen für die *Behandlung von Knochenfrakturen*, insbesondere auch bei geschädigten Knochen (z.B. durch Osteoporose). Weitere Schwerpunkte liegen in der Entwicklung von Behandlungsmethoden bei *Bandscheibenschäden*, der *Gewebetechnik* und der Entwicklung von *Implantatbeschichtungen*⁷.

Unterstützt wird die Grundlagenforschung in der AO-ASIF insbesondere durch das AO Research Institute ("ARI" = AO Forschungsinstitut Davos)⁸ und den AO Research Fund ("AORF" = Forschungsfonds der AO-ASIF)⁹:

Die Übergänge zwischen Grundlagenforschung und *anwendungsbezogener Entwicklung* sind im Bereich der Osteosynthese fließend. Erklärtes Ziel der AO-ASIF ist es, aus dem Verständnis (a) von Knochen- und Gewebestrukturen und (b) von klinischen Problemstellungen heraus AO-Forschungsergebnisse für Produktneu- und –weiterentwicklungen nutzbar zu machen (Global Research Report 2005, S. 3). Den wesentlichen Rahmen für die Vergemeinschaftung von Grundlagenwissen, medizinischer Anforderung und medizintechnischer Umsetzung in ein Produkt bietet ein Produktzertifizierungssystem, das die AO-ASIF durchführt (sog. AO-Technische Kommission – AOTK-System).

Nach ihren eigenen Veröffentlichungen (News 1/2005, 2/2005 "New Products from AO Development") hat die AO-ASIF im Jahr 2005 zahlreiche Implantate und Instrumente in Zusammenarbeit mit Unfallchirurgen und Orthopäden entwickelt bzw. weiterentwickelt. Anregungen und Fragen zur Weiterentwicklung von Osteosyntheseprodukten (Bsp.: bessere Befestigung eines Implantats) werden von Unfallchirurgen, Orthopäden¹⁰ oder auch Medizintechnikern aus der AO-ASIF und der Synthes Inc. eingespeist.

Diese Kooperation findet insbesondere in dem geschäftsführenden Gremium des AOTK-Systems, dem AOTK Executive Board, den Speciality Boards und in den sog. Expertengruppen¹¹ innerhalb des AOTK-Systems statt. Nachdem in den AOTK-

⁷ [...].

⁸ [...].

⁹ [...].

¹⁰ Die genannten Unfallchirurgen und Orthopäden sind weit überwiegend Mitglieder der AO-ASIF bzw. eines nationalen AO-nahen Vereins und kommen in der Regel aus den großen und forschenden Unfallkliniken.

¹¹ AOTK Trauma, AOTK Wirbelsäule und AOTK CMF (Behandlungen an Schädel, Kiefer und Gesicht), jeweils mit Untergruppen für bestimmte anatomische "Regionen".

Expertengruppen medizinische und klinische Anforderungen an ein neues bzw. verbessertes Produkt identifiziert und diskutiert wurden, arbeiten AO-ASIF, Synthes Inc. und ggf. Ärzte an der medizintechnischen Umsetzung. [...] führt die AO-nahe AOCID (= Clinical Investigation and Documentation¹²) in Zusammenarbeit mit Kliniken Produkttests und sonstige Fallstudien im Hinblick auf Material sowie mechanische und biomechanische Eigenschaften eines Prototyps durch. Dieser Prozess dauert an, bis die Expertengruppe von der Qualität und Sicherheit des Prototyps überzeugt ist und diesen an die zuständige AOTK zur Zertifizierung übergibt (so auch Synthes Inc., Schr. v. 7. Juni 2006, S. 10). Mit der erfolgreichen Zertifizierung wird das Produkt freigegeben und mit dem AO-Gütesiegel versehen. Verschiedene der an Produktentwicklungen beteiligten Ärzte ("Miterfinder") haben in der Vergangenheit ihr patentfähiges Know how an dieser Neu- oder Weiterentwicklung an die AO-ASIF abgetreten (sog. "Abtretungserklärungen").¹³

Die Synthes Inc. sieht ihren eigenen Entwicklungsanteil an den von der AO-ASIF zertifizierten Medizinprodukten als wesentlich höher an, als dies den eigenen Veröffentlichungen der AO-ASIF zu entnehmen ist. Nach ihrem Vortrag kommt im Regelfall ein von ihr bereits weitgehend eigenständig entwickeltes Produkt in das AOTK-System, an dem dann nur noch Anpassungen / Optimierungen vorgenommen werden müssen.

Schulungssystem

Die AO-ASIF führt Schulungsveranstaltungen und Fachtagungen im Bereich der Osteosynthese durch. Adressaten dieser Schulungen sind Unfallchirurgen, Orthopäden und OP-Personal. Träger des Internationalen Schulungssystems ist die AO International ("AOI"). Schulungsschwerpunkte liegen in den Bereichen Biologie des Knochens, Trauma und Störungen, insb. operative Behandlungen des Bewegungsapparats sowie klinische Erfahrungen in der Osteosynthese (Schr. AO-ASIF v. 6. Juni 2006, S. 7f.). In den Schulungen werden sowohl Operationstechniken und -methoden im Bereich der operativen Behandlung von Knochenbrüchen als auch spezifische Schulungen im Wesentlichen für Wirbelsäule, Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurgie (CMF) und Trauma (unterteilt in Hand, Fuß, Becken, Sonstige) vermittelt. Diese Methoden und Techniken sind von [...] als schulungswürdig "freigegeben". Bestandteil der Schulungen sind im Regelfall auch praktische Übungen. Diese praktischen Übungen werden mit Implantaten und Instrumenten durchgeführt, die über das AOTK-System freigegeben wurden.

¹² Präsident der AOCID ist [...].

¹³ In Hinblick auf eine dieser "Abtretungserklärungen" und die Frage der (Mit-)Inhaberschaft an Vermögenswerten, die von der Synthes AG an die Synthes Inc. veräußert werden sollen, befindet sich die Universität Bern und die AO-ASIF derzeit in einem Rechtsstreit.[...].

Im Jahr 2004 hat die AOI über 200 Schulungskurse weltweit durchgeführt. Die AO Documentation and Publishing Foundation und deren Abteilung AOCID unterstützen diese Schulungen durch Veröffentlichungen von Dokumentationen und Lernmitteln (z.B. AO eLearning = Internetgestützte "Fernkurse") sowie durch den Betrieb von Datenbanken. Allein die Kosten für Schulungsmaterial liegen jährlich bei ca. CHF 55 Mio. (Homepage: AO Foundation\ Davos Courses).

Nationale AO-Vereine

AO-ASIF unterhält in verschiedenen Ländern¹⁴ nationale Gruppen, die per einseitiger Anerkennung mit der AO-ASIF assoziiert sind und die Bezeichnung "AO" führen. In Deutschland ist dies die Deutsche Sektion der Internationalen Arbeitsgemeinschaft Osteosynthese (DAOI), die im Wesentlichen von der AO-ASIF budgetiert wird und die ihr zur Verfügung stehenden Mittel insbesondere für Schulungen, Stipendien und Forschungsgelder für medizinische Einrichtungen verwendet. Die Mitglieder der DAOI kommen in der Regel aus den großen und forschenden Unfallkliniken und sind grundsätzlich in "leitender Position" als Chefarzte tätig. Die DAOI unterstützt die Expertengruppen der AO TK in der Entwicklung und Zertifizierung von Implantaten und Instrumenten (so AO Annual Report 2004, S. 21).

3. Stryker GmbH & Co.KG

Die beigeladene **Stryker GmbH & Co.KG**, Duisburg, ist ein Tochterunternehmen der Stryker Corp., Michigan, USA. Die Unternehmensgruppe fertigt und vertreibt – ebenso wie die Synthes Inc. – im Wesentlichen Osteosyntheseprodukte (Trauma, Wirbelsäule, Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurgie) sowie endoprothetische Produkte. Ein weiterer Umsatzschwerpunkt liegt in der Herstellung von biotechnischen Produkten/Biomaterialien. Die Gesamtumsatzerlöse der Stryker Corp. lagen im Jahr 2005 bei ca. € 3,92 Mrd.

III. Verfahrensstand im Hinblick auf den CoA

Synthes Inc. hätte durch den Abschluss des CoA einen kontrollierenden Einfluss über den "Geschäftsbereich Osteosynthese" der AO-ASIF erworben. Dieser Zusammenschluss hätte nach vorläufiger Auffassung der Beschlussabteilung im Zeitpunkt der Teilrücknahme zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Synthes Inc. auf dem betroffenen Produktmarkt für Osteosynthese-Produkte für Trauma-Behandlungen und auf dem betroffenen Technologiemarkt für Osteosynthese-Produkte für Trauma-Behandlungen geführt.

¹⁴ Im Wesentlichen Nordamerika, Österreich, Deutschland, Spanien, Schweiz, Großbritannien.

Die Vertragsparteien bestreiten, dass ihr Vorhaben einen entsprechenden Zusammenschlusstatbestand erfüllt.

Nach ihrer Auffassung bildet der "Geschäftsbereich Osteosynthese" keine in sich geschlossene Einheit, über die Kontrolle erworben werden kann. Zudem tragen sie vor, dass die von der Beschlussabteilung für einen Kontrollerwerb angeführten Exklusivitätsvereinbarungen, [...] und Einflussmöglichkeiten auf die Ausgestaltung des AOTK- und Schulungssystem nicht bestünden oder jedenfalls nicht ausreichen, um einen Kontrollerwerb zu begründen. Eine entsprechende Einflussnahmemöglichkeit der Synthes Inc. auf das AOTK-System und das Schulungssystem sei nicht ersichtlich. Dies würde auch den Regelungen des CoA widersprechen, die die AO-ASIF zur Einhaltung der sog. "CME"-Standards¹⁵ verpflichte. Danach dürfe ein industrieller Partner keinen kontrollierenden Einfluss auf Schulungsinhalte haben. Insgesamt hätte der CoA zu einer Lockerung und nicht zu einer Verfestigung der bisher bestehenden Kooperation zwischen den Vertragsparteien geführt.¹⁶ Es hätten auch keine finanzielle Abhängigkeit der AO-ASIF von der Synthes Inc. oder außerordentliche Kündigungsrechte bestanden, die einen Kontrollerwerb begründet hätten. Die Beigeladene hingegen teilt die Auffassung der Beschlussabteilung, dass der Abschluss des CoA den Zusammenschlusstatbestand des Kontrollerwerbs i.S.d. § 37 Abs. 2 GWB erfüllt hätte.

1. Kontrollerwerb und Verstärkung der Unternehmensverbindung

Der Anwendungsbereich des CoA umschreibt den Geschäftsbereich Osteosynthese der AO-ASIF.¹⁷ Sowohl das AOTK-System als auch die "Global Education", wie sie im CoA geregelt wird, sind diesem Geschäftsbereich zuzuordnen und stellen nach Auffassung der Beschlussabteilung abgrenzbare Vermögenswerte dar, die nach dem Abschluss des CoA im Wesentlichen Synthes Inc. zur Verfügung gestanden hätten. Der CoA setzt in diesem Anwendungsbereich Regeln und Kooperationsmechanismen (a) für Produktentwicklung und Produktzertifizierung im Rahmen des AOTK-Systems und (b) für das Schulungssystem der AO-ASIF. Während die Technologie- und Markenrechte der AO-ASIF weit überwiegend bei der Synthes AG liegen, hat die AO-ASIF den Geschäftsbereich Osteosynthese unter ihrem Dach entwickelt und organisiert.[...]. Dieser Geschäftsbereich ist nach Auffassung der Beschlussabteilung

¹⁵ Standard wird gesetzt durch die ACCME: Accreditation Council für Continuing Medical Education; Standards for Commercial Support, September 2004.

¹⁶ Verminderung der Repräsentanten der Synthes Inc. in den Gremien der AO-ASIF, AOTK-Zertifizierung ist keine Voraussetzung für die Verwendung der Marke Synthes; AO-ASIF wäre mit Abschluss des CoA finanziell unabhängiger geworden; AO-ASIF kann im "Out-Scope"-Bereich eigene unternehmensstrategische Entscheidungen treffen.

¹⁷ Die Osteosynthese im Geschäftsbereich der AO-ASIF gliedert sich weiter in die Bereiche Trauma, Wirbelsäule, Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurgie.

innerhalb der AO-ASIF abgrenzbar und kann somit Gegenstand eines Kontrollerwerbs durch die Synthes Inc. sein.

Die Geschäftstätigkeit der AO-ASIF ist nach eigenem Vortrag nicht auf den Geschäftsbereich Osteosynthese beschränkt. Sie ist darüber hinaus in der Grundlagenforschung und der angewandten Forschung in [...] Bereichen tätig. Die Tatsache, dass die AO-ASIF über den Geschäftsbereich Osteosynthese hinaus Aktivitäten entfaltet, die außerhalb des Anwendungsbereichs liegen, ändern an der Abgrenzbarkeit des Geschäftsbereichs Osteosynthese nichts. Denn diese "Out-Scope"-Aktivitäten hätten nach Abschluss des CoA nur in einigen Teilbereichen Überlappungen mit der Geschäftstätigkeit im Bereich Osteosynthese aufgewiesen oder hätten für den Bereich der Osteosynthese nach den Ermittlungsergebnissen allenfalls mittelfristig Relevanz erlangt.

Der Geschäftsbereich Osteosynthese der AO-ASIF wäre nach Auffassung der Beschlussabteilung mit Abschluss des CoA in die Kontrolle der Synthes Inc. übergegangen. Hingegen hätte Synthes Inc. über den "Out-Scope"-Bereich mit den Abschluss des CoA keine Kontrolle i.S.d. § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB erlangt. In diesem "Out-Scope-Bereich" des CoA hätte es den Vertragsparteien nach dem CoA freigestanden, mit Dritten zusammenzuarbeiten.

Während die AO-ASIF ihren eigenen Tätigkeitsschwerpunkt außerhalb des Kooperationsvertrages ("Out Scope") sieht, stellt der Anwendungsbereich des CoA, d.h. die Produktentwicklung und Produktzertifizierung im Rahmen des AOTK-Systems und der Betrieb des Schulungssystems der AO-ASIF, nach Auffassung der Beschlussabteilung und der Beigeladenen einen wesentlichen Teil der Geschäftstätigkeit der AO-ASIF i.S.d. § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB dar.

Nach Auffassung der Beschlussabteilung liegt ein wesentlicher Tätigkeitsschwerpunkt der AO-ASIF derzeit und zukünftig zum einen in der Entwicklung und Zertifizierung im Bereich von Implantaten und Instrumenten für die Osteosynthese.¹⁸ Dabei kann nach Auffassung der Beschlussabteilung letztlich dahinstehen, wie groß der Anteil der AO-ASIF selbst an den Produktentwicklungen ist. Die Bedeutung der AO-ASIF für ihren Kooperationspartner Synthes Inc. liegt vor allem darin, dass die AO-ASIF und insbesondere das AOTK-System für die anwendungsbezogene Entwicklung von Implantaten und Instrumenten für die Osteosynthese ein Forum für den

¹⁸ AO-ASIF hat der Beschlussabteilung ihre Veröffentlichungen zu den Neuproduktentwicklungen im Rahmen des AOTK-Systems übermittelt (News 1/2005, 2/2005 "New products from AO Development"). Danach betrafen Produktneu- und -weiterentwicklungen, die das AOTK-System durchlaufen haben, im Wesentlichen Nagel- und Plattensysteme, Klammern und Instrumente der Bereiche Trauma, Wirbelsäule und CMF. Diese sind nach dem bisherigen Kenntnisstand der Beschlussabteilung vollständig [...] zuzurechnen.

Austausch von Know how zwischen den Ärzten, den Ingenieuren der AO-ASIF und der Synthes Inc. bietet.

Zum anderen ist das Schulungssystem ein wesentlicher Bestandteil des Geschäftsbereichs Osteosynthese der AO-ASIF. Die Durchführung von Schulungen und Fachtagungen durch die AO-ASIF war zwar bereits im Lizenzvertrag von [...] angelegt. Die damaligen sehr allgemeinen vertraglichen Regelungen sind aber in den letzten Jahren durch ein entsprechendes Engagement der AO-ASIF und der Synthes Inc. faktisch bzw. aufgrund von Guidelines konkretisiert und ausgebaut worden.

Bei einer Gesamtbetrachtung und –bewertung des CoA, seiner Anlagen und der Stiftungsurkunde der AO-ASIF kommt die Beschlussabteilung zu dem Schluss, dass diese der Synthes Inc. für den Anwendungsbereich des CoA einen kontrollierenden Einfluss auf die Forschung & Entwicklungstätigkeit der AO-ASIF und die Produktzertifizierung im Rahmen des AOTK-Systems vermitteln. Die jetzt faktisch bestehende exklusive Nutzung [...] würde damit vertraglich abgesichert. Das AOTK-System würde per vertraglicher Regelung zu einem unternehmensabhängigen Zertifizierungsorgan.[...]. Auch das Schulungssystem sollte durch den CoA geregelt werden; Synthes Inc. würde durch die Neuregelung vertraglich abgesicherte Einflussrechte im Hinblick auf die Schulungsmaßnahmen der AO-ASIF erhalten.

Im Ergebnis wäre der Abschluss des CoA in seiner von der Synthes Inc. vorsorglich angemeldeten Form weit über den Abschluss eines handelsüblichen Liefervertrages hinausgegangen und hätte den Zusammenschlusstatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB erfüllt. Diese Einschätzung teilt auch die Beigeladene.

Der Kontrollerwerb hätte auch zu einer wesentlichen Verstärkung der bestehenden Unternehmensverbindung i.S.d. § 37 Abs. 2 GWB geführt:

Der dem Kontrollerwerb zugrundeliegende Vertrag ersetzt den Altvertrag aus dem Jahr [...], der im Wesentlichen die Lizenzierung der nunmehr auf die Synthes Inc. zu übertragenden Technologie- und Markenrechte regelte. Die Nutzung des AOTK-Systems durch die Synthes Inc. und der Aufbau eines Schulungssystems waren dort zwar auch schon angelegt und wurden von der AO-ASIF im Wege von Guidelines konkretisiert. Möglicherweise verstößt diese Kooperation gegen § 1 GWB und Art. 81 EG. Der neue CoA hätte jedenfalls zu einer umfassenden vertraglichen Regelung im Sinne eines kontrollpflichtigen Zusammenschlusses geführt. Er hätte nicht nur den exklusiven Zugang der Synthes Inc. zum Gesamtsystem aus Produktentwicklung, Produktzertifizierung und Schulungen vertraglich abgesichert, sondern auch dazu geführt, dass die Synthes Inc. ihre unternehmerische Interessenlage bei der Nutzung dieses Geschäftsbereichs der AO-ASIF hätte durchsetzen können. Die Synthes Inc. hätte erstmals eine vertraglich geregelte Sicherheit über die Geschäftstätigkeit der AO-ASIF - auch im Verhältnis zu industriell tätigen Dritten – gehabt.

2. Wettbewerbliche Würdigung

Nach Vollzug des Kontrollerwerbs hätte die Synthes Inc. ohne Rücksichtnahme auf eine ggf. abweichende Interessenlage der AO-ASIF das Gesamtsystem bestehend aus Produktentwicklung, Produktzertifizierung und Schulungen für den eigenen Markterfolg sowohl auf dem Produktmarkt für Osteosyntheseprodukte für die Traumabehandlung als auch auf dem Technologiemarkt für Osteosyntheseprodukte für die Traumabehandlung exklusiv nutzen können. Aufgrund des dauerhaft hohen Marktanteils und der sehr großen Marktanteilsabstände auf dem Technologiemarkt und insbesondere auf dem Produktmarkt (zur Marktbeherrschung vor dem Zusammenschluss auf dem Produktmarkt und auf dem Technologiemarkt siehe unten Abschn. V 4.) reichen im vorliegenden Fall schon geringe Verschiebungen der die Marktmacht bestimmenden Größen aus, um eine Verstärkungswirkung zu bejahen.

Die bisherige Kooperation von Synthes Inc. und AO-ASIF im Bereich der Produktentwicklung, der Produktzertifizierung und der Schulung war im Altvertrag zwar schon angelegt, ein vertraglich vollständig abgesicherter exklusiver Zugang zu der für den Markterfolg sehr wichtigen Infrastruktur der AO-ASIF wäre jedoch erst durch den Zusammenschluss erfolgt. Der neue CoA hätte hier zu einer umfassenden vertraglichen Regelung geführt. Er hätte außerdem dazu geführt, dass die Synthes Inc. ihre unternehmerische Interessenlage bei der Nutzung dieses Geschäftsbereichs der AO-ASIF hätte durchsetzen können, ohne befürchten zu müssen, dass AO-ASIF sich anderen Wettbewerbern der Synthes Inc. zuwendet. Der CoA enthält nach Auffassung der Beschlussabteilung eine Reihe von Regelungen, die strukturell stärker wirken als die bisherige vertragliche Pflicht zur Bereitstellung im Wege der Lizenzierung und zum Aufbau eines TK-Systems und eines Schulungssystems.

Der CoA hätte damit zu einer Absicherung der marktbeherrschenden Stellung der Synthes Inc. auf dem betroffenen Technologiemarkt und auf dem betroffenen Produktmarkt geführt. Die AO-ASIF hätte sich jeder Möglichkeit begeben, im Geschäftsbereich Osteosynthese eine Öffnung ihrer Infrastruktur gegenüber Wettbewerbern der Synthes Inc. zu initiieren. Insoweit wären von dem Zusammenschlussvorhaben weitere Entmutigungs- und Abschreckungseffekte für die aktuellen und erst recht für potenzielle Wettbewerber sowohl auf dem betroffenen Technologiemarkt als auch auf dem betroffenen Produktmarkt ausgegangen.

Die vorgenannten Verstärkungswirkungen hätten in ihrer Summe ausgereicht, um eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Synthes Inc. sowohl auf dem Produktmarkt als auch auf dem Technologiemarkt zu bewirken (§ 36 Abs. 1 GWB).

3. Verfahrensstand

Die Verfahrensbeteiligte Synthes Inc. hat die Anmeldung des CoA nach dem Gespräch mit der Beschlussabteilung am 2. August 2006 mit Schreiben vom 3. August 2006 zurückgenommen. Da die Parteien den Vermögens- und Kontrollerwerb hinsichtlich der Technologie- und Markenrechte einerseits und den Kontrollerwerb am Geschäftsbereich Osteosynthese der AO-ASIF andererseits als teilbar erachten und ihre Anmeldung im Hinblick auf den erstgenannten Teil aufrecht erhalten haben, kann über das verbleibende Vorhaben (Vermögens- und Kontrollerwerb hinsichtlich der Technologie- und Markenrechte) separat entschieden werden. Zwar waren der Abschluss des APA und der Abschluss des CoA zunächst Bestandteile eines einheitlichen Vorhabens. Entgegen der Auffassung der Beigeladenen sind die beiden Verträge jedoch nicht derart eng miteinander verbunden, als dass sie als nicht teilbar anzusehen wären. Der CoA zielt auf eine vertragliche Neuregelung der bisherigen Kooperation der Vertragsparteien für die Zeit nach Übertragung der Technologie- und Markenrechte. Nach der Beendigung des bestehenden Lizenzvertrages und der diesbezüglichen "Trennung" der Parteien soll das CoA der Synthes Inc. die Verfügungsgewalt über den Geschäftsbereich Osteosynthese der AO-ASIF nach Übertragung der Schutzrechte sichern. Insoweit ist nach Auffassung der Beschlussabteilung der CoA, nicht jedoch der Abschluss des APA geeignet, die AO-ASIF zukünftig vertraglich an die Interessenlage der Synthes Inc. zu binden. Gegen eine Unteilbarkeit der beiden Verträge spricht auch, dass die von der Beigeladenen behauptete vertragliche Verknüpfung der (zeitlich) gestaffelten Zahlung des Kaufpreises und der Erfüllung der vertraglichen Pflichten im CoA ("Faktisches Rückbehaltungsrecht") nicht besteht.

Ungeachtet der (teilweisen) Rücknahme der Anmeldung wird die Beschlussabteilung weiterhin prüfen, ob die bestehende Kooperation zwischen der Synthes Inc. und der AO-ASIF gegenwärtig und auch nach der Übertragung der Vermögenswerte gegen nationales oder europäisches Kartellrecht verstößt. Der Kooperationsvertrag wird nicht endgültig aufgegeben; vielmehr wird sein Abschluss – in ggf. modifizierter Form – weiterverfolgt. Bis zum Abschluss eines (geänderten) Kooperationsvertrages wird die bestehende Kooperation nach dem Vortrag der Parteien "entsprechend der bisherigen Übung" fortgesetzt. Die Beschlussabteilung wird daher prüfen, ob die Zusammenarbeit zwischen der Synthes Inc. und der AO-ASIF gegenwärtig und auch nach der Übertragung der Vermögenswerte (a) gegen nationales oder europäisches Kartellrecht verstößt und (b) ein ggf. modifizierter Kooperationsvertrag einen Zusammenschlusstatbestand i.S.d. § 37 GWB darstellt. Die kartellrechtliche Bewertung wird dabei auch im Lichte der Bemühungen der Vertragsparteien, ihre bestehende

Kooperation nach Vollzug des Vermögenserwerbs fortzuführen und auf eine vertraglich abgesicherte Basis zu stellen, erfolgen. So hat die AO-ASIF bereits jetzt neugefasste AOTK-Guidelines in Kraft gesetzt. Diese waren als Anlage auch Bestandteil des CoA. Auf der Homepage der AO-ASIF sind Teile dieser AOTK-Guidelines veröffentlicht.¹⁹ Diese setzen nach Auffassung der Beschlussabteilung faktisch Regelungen in Kraft, die die AO-ASIF im Bereich der Zertifizierung im Rahmen des AOTK-Systems stärker an die Synthes Inc. binden und eine weitere Verfestigung der bestehenden, weitgehend exklusiven Kooperation zwischen beiden Unternehmen begründen.

IV. Prüfung des aufrecht erhaltenen Teils des Vorhabens

Die Übertragung der Vermögenswerte der Synthes AG und der AO-ASIF auf die Synthes Inc. stellt einen Zusammenschluss im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB (Vermögenserwerb) und § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB (Kontrollerwerb über einen Teil des Unternehmens) dar.

Das Zusammenschlussvorhaben hat keine gemeinschaftsweite Bedeutung im Sinne der europäischen Zusammenschlusskontrollverordnung, da die EU-weiten Umsatzerlöse der Beteiligten im letzten Geschäftsjahr vor dem beabsichtigten Zusammenschluss € 2,5 Mrd. nicht überschritten (vgl. § 35 Abs. 3 GWB).

Gemäß Kaufvertrag vom 14. März 2006 (Asset Purchase Agreement "APA") wird Synthes Inc. von Synthes AG²⁰ Markenrechte (einschl. der Marke Synthes®) und Patente (einschl. Patente in Bezug auf einen wesentlichen Teil der patentgeschützten Synthes-Produkte) erwerben. Die übertragenen Schutzrechte betreffen den Bereich der Osteosynthese-Behandlung. Übertragen werden Schutzrechte für [...].

[...]

Ausdrücklich ausgenommen vom Vermögenserwerb sind Schutzrechte in bestimmten Bereichen der [...].

1. Eigentum und Verfügungsgewalt vor dem Zusammenschluss

Während die AO-ASIF in Bezug auf die Übertragung der Markenrechte und Patente von einem anmeldepflichtigen Zusammenschlusstatbestand ausgeht, bestreitet die Synthes Inc. dies.

Die Synthes Inc. trägt vor, dass es aufgrund der stets "symbiotischen" Beziehung zwischen der AO-ASIF und ihren ehemals drei Lizenznehmern künstlich wäre, die

¹⁹ Unter anderem Informationen zu Zusammensetzung und Aufgaben des Executive Boards, Nutzung des AOTK-Systems durch die Synthes Inc. usw..

²⁰ nach dem Vortrag der Beteiligten in geringerem Umfang auch von der AO-ASIF.

Parteien im Hinblick auf die zu übertragenden Vermögenswerte als getrennte Unternehmen anzusehen. Ein Vermögens- oder Kontrollerwerb liege daher nicht vor.

Alle Patente hätten ursprünglich im Eigentum der Lizenznehmer (Mathys, Stratec, Synthes) gestanden. Sie seien auf die Synthes AG übertragen worden, damit diese [...] als "Clearingstelle" für die Schutzrechte der drei Hersteller fungieren konnte. Diesen Vortrag haben die Parteien im Gespräch am 7. Juli 2006 insoweit ergänzt, als Patentanmeldungen im Hinblick auf die zu übertragenden Vermögenswerte in der Vergangenheit doch weit überwiegend von der AO-ASIF in eigenem Namen selbst vorgenommen worden seien. Die Parteien bleiben aber bei ihrem Vortrag, dass die Produktentwicklungen selbst nahezu ausschließlich unter dem Dach der Synthes Inc., teilweise in Zusammenarbeit mit Ärzten und AO-Angestellten durchgeführt wurden.

In ihrer Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf der Beschlussabteilung hat die Synthes Inc. weiter vorgetragen, dass es für den Zusammenschlusstatbestand nicht darauf ankomme, ob die beteiligten Unternehmen gemäß § 36 Abs. 2 GWB im aktienrechtlichen Sinne verbunden sind. Für die Frage des Zusammenschlusstatbestands nach dem GWB komme es darauf an, ob eine bestehende Kooperation in der Vergangenheit noch nicht zu einer wirtschaftlich unternehmerischen Einheit geführt habe, sodass ein Zusammengehen der Teile die wettbewerbliche Situation auf dem Markt verändere.

Eine Abhängigkeit oder Beherrschung im Sinne der Verbundklausel setzt einen gesellschaftsrechtlich oder in sonstiger (vertraglicher) Weise vermittelten Unternehmensverbund voraus. Selbst wenn die beteiligten Unternehmen schon vor einem Zusammenschluss – wie im vorliegenden Fall - wirtschaftlich eng kooperiert haben, ist dies für das Vorliegen eines Unternehmensverbundes i.S.d. § 36 Abs. 2 GWB im Regelfall nicht ausreichend. Insoweit kann eine gesellschaftsrechtliche oder sonstige (vertragliche) Veränderung dieser wirtschaftlichen oder wettbewerblichen Kooperation einen Zusammenschluss i.S.d. § 37 Abs. 1, Abs. 2 GWB herbeiführen.

Ein solcher Zusammenschlusstatbestand ist der vorliegende Vermögens- und Kontrollerwerb. Vor dem Zusammenschluss liegt das *rechtliche und wirtschaftliche Eigentum* an den zu übertragenden Vermögenswerten bei der AO-ASIF bzw. ihrem Tochterunternehmen Synthes AG. Dies entspricht auch dem Wortlaut des Asset Purchase Agreement ("APA").

Zwar trägt die Synthes Inc. weiter vor, dass der Entwicklungsbeitrag der Synthes Inc. an den zu übertragenden Technologierechten wesentlich höher gewesen sei als der Entwicklungsbeitrag der AO-ASIF; auch insoweit habe die wirtschaftliche Verfügungsgewalt schon vor dem Zusammenschluss bei der Synthes Inc. gelegen. Dies ist jedoch im Hinblick auf die Frage, ob ein Zusammenschlusstatbestand vorliegt,

ohne Relevanz, da die AO-ASIF die zu übertragenden Technologierechte weit überwiegend selbst zum Patent angemeldet hat und sie bzw. ihr Tochterunternehmen Synthes AG Eigentümerin dieser Rechte ist.

Die Synthes Inc. trägt weiter vor, dass jedenfalls die *faktische Kontrolle* über die zu übertragenden Vermögenswerte schon jetzt bei ihr selbst liege. Auch insoweit seien diese nicht Vermögenswerte eines anderen Unternehmens. Dies ergebe sich aus dem Vertrag von [...], wonach die Synthes AG/AO-ASIF im Falle [...].

Die Beschlussabteilung vermag dieser Interpretation der Regelungen des Vertrages von [...] nicht zu folgen.

Der Vertrag regelt die Wirkungen einer Beendigung des Vertrages in Art. 9.5 und in Art. 10. In Art. 9.5/9.5.1 ist geregelt,[...].

Dem Vortrag der Synthes Inc., ihr stehe faktisch schon jetzt die alleinige Kontrolle über die im Eigentum der Synthes AG stehenden Technologie- und Markenrechte zu, kann daher nicht gefolgt werden. Der Beschlussabteilung ist bewusst, dass die Synthes AG/AO-ASIF nach dem alten Lizenzvertrag nicht in der Lage gewesen wäre, [...]. Genau aufgrund dieser "Dilemma-Situation" besteht faktisch eine "gemeinsame Kontrolle" der Vertragsparteien über die zu übertragenden Vermögenswerte, denn offenbar kann keine der Vertragsparteien ohne die Zustimmung der jeweils anderen Vertragspartei über die Synthes-Technologie- und Markenrechte verfügen. Durch das nunmehr angemeldete Vorhaben soll das alleinige Eigentum der Synthes AG und die möglicherweise gemeinsame Verfügungsgewalt zugunsten einer Übertragung der Eigentumsrechte auf die Synthes Inc. aufgehoben werden. Insoweit liegt zum einen ein Vermögenserwerb i.S.d. § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB vor; zum anderen erwirbt Synthes Inc. die alleinige Kontrolle über die zu übertragenden Vermögenswerte (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB).

Auch der Kaufpreis in Höhe von CHF 1 Mrd. und die von der Synthes Inc. beschriebenen Verhandlungen zur Ermittlung des Kaufpreises sprechen für einen Zusammenschlusstatbestand im vorliegenden Fall (Schreiben Synthes Inc. v. 26. April 2006, S. 1f.). Der gefundene Kompromiss über den zu zahlenden Kaufpreis²¹ zeigt, dass eine einseitige Verfügungsgewalt über die zu erwerbenden Vermögenswerte derzeit nicht besteht. Ansonsten hätte Synthes Inc. die Vermögenswerte entweder ohne Entschädigung oder zu den eigenen in die Verhandlungen eingebrachten Konditionen erwerben können.

²¹ [...].

2. Vermögenswerte sind ein "*wesentlicher Teil*" des Vermögens der AO-ASIF

Das Vorhaben stellt einen Vermögens- und Kontrollerwerb dar, weil die zu erwerbenden Vermögensteile i.S.d. § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB *wesentlich* sind. Nach herrschender Meinung in der Kommentarliteratur ist für die Prüfung, ob der Kontrollerwerb über Teile von Vermögen (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a GWB) als Zusammenschlusstatbestand anzusehen ist, wie beim Vermögenserwerb des § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB darauf abzustellen, ob der Erwerb sich auf wesentliche Teile des Vermögens bezieht.

In quantitativer Hinsicht spricht schon die Höhe des Kaufpreises dafür, dass es sich vorliegend um einen Vermögens- bzw. Kontrollerwerb i.S.d. § 37 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB handelt.

Der BGH hat in seinem Beschluss vom 7.7.1992 "Warenzeichenerwerb" für die Frage, ob ein Vermögensteil "wesentlich" ist, allerdings in erster Linie darauf abgestellt, ob der Erwerb *qualitativ* geeignet ist, die Stellung des Erwerbers auf dem relevanten Markt zu stärken. Hierbei kommt es nach Auffassung des Senats nicht auf die konkreten Auswirkungen an, sondern auf die *abstrakte Eignung* des Vermögensteils, die Stellung eines Erwerbers, der bereits heute auf dem relevanten Markt tätig ist, zu verändern.²² Insoweit sei die Prüfung des Zusammenschlusstatbestands markt- und nicht erwerberbezogen.

Nach Auffassung des BGH liegt ein anmeldepflichtiger Vermögenserwerb dann vor, wenn dieses Vermögen *tragende Grundlage* der Stellung des Veräußerers auf dem bzw. den betroffenen Märkten ist und demgemäß geeignet ist, diese Marktstellung auf einen Erwerber zu übertragen.²³ Dies kann nach Auffassung der Beschlussabteilung auch dann der Fall sein, wenn die Marktstellung potentieller, vertikaler oder konglomerater Natur ist.²⁴

Die Synthes Inc. formuliert unter Bezugnahme auf den Beschluss des BGH in Sachen Warenzeichenerwerb ihrerseits folgende Voraussetzungen, damit ein erworbenes Vermögen einen "wesentlichen Teil" des Vermögens des Veräußerers darstellt: (1) der Veräußerer muss eine Marktstellung haben, die er übertragen kann, (2) es muss eine horizontale Überschneidung zwischen Veräußerer und Erwerber bestehen, d.h. beide müssen vor der Transaktion bereits auf dem gleichen Produktmarkt tätig sein und (3) der Vermögensteil muss geeignet sein, die Marktstellung des

²² BGH WuW/E BGH 2783, 2785.

²³ BGH WuW/E BGH 2783, 2786f..

²⁴ Anderer Auffassung OLG Düsseldorf im Fall "National Geographic", Beschluss verkündet am 15. Juni 2005 VI-Kart 24/04 (V), nicht rechtskräftig.

Erwerbers auf dem relevanten Markt spürbar zu stärken. Sämtliche dieser Voraussetzungen seien vorliegend nicht erfüllt.

Synthes Inc. und AO-ASIF sind auf dem selben Markt tätig. Dabei handelt sich zwar nicht um denselben Produktmarkt, wohl aber um denselben Technologiemarkt. (siehe auch unten, Abschn. IV. 2b).

Darüber hinaus lägen die Voraussetzungen für den Erwerb eines wesentlichen Vermögensteils auch dann vor, wenn Synthes Inc. und AO-ASIF nicht auf demselben Markt tätig wären.

Die bisherige Rechtsprechung des BGH schließt das Vorliegen eines wesentlichen Vermögensteils im vorliegenden Fall nicht aus. Ein Zusammenschlusstatbestand ist dann zu bejahen, wenn der Erwerber ein Vermögen erwirbt, das für den Markt, auf dem er tätig ist, von so tragender Grundlage ist, dass hierdurch seine Marktstellung potentiell verändert werden kann (marktbezogene Betrachtung).

Im Fall "Warenzeichenerwerb" verfügte der Veräußerer über ein Warenzeichen ("Frapan"), das tragende Grundlage (Substrat) für seine Stellung auf dem Produktmarkt war. Zudem verfügte der Erwerber (Melitta) über Fertigungskapazitäten und die entsprechende Markterfahrung, um die Marktstellung des früheren Warenzeichenherstellers zu übernehmen.²⁵ Der vorliegende Fall weist insoweit Parallelen zum Fall "Warenzeichenerwerb" auf, als auch die Synthes Inc. über die Fertigungskapazitäten und die Markterfahrung verfügt, um die zu übernehmenden Technologie- und Markenrechte sofort marktwirksam zu nutzen. Insoweit hat das Vorhaben einen vergleichbar "horizontalen" Charakter, wie der vom BGH zu entscheidende Fall. Der Unterschied zwischen den beiden Fallkonstellationen liegt darin, dass die Beschlussabteilung Technologie und Produktherstellung nicht in einen Markt zusammengefasst hat, sondern den betroffenen Technologiemarkt und den betroffenen Produktmarkt bei der sachlichen Marktabgrenzung voneinander trennt. Insoweit ist der Sachverhalt, der dem Verfahren "Warenzeichenerwerb" zugrunde lag, nur teilweise auf den hier zu entscheidenden Fall übertragbar.

Die Zielsetzung der Zusammenschlusskontrolle liegt darin, auf externem Wachstum beruhende Zuwächse von Marktmacht zu erfassen und gegebenenfalls zu untersagen. Dabei kann ein Zuwachs von Marktmacht nicht nur aus der Beschränkung aktuellen, horizontalen Wettbewerbs, sondern auch aus einer Reduzierung potentiellen Wettbewerbs oder durch einen Vertikal- bzw. einen konglomeraten Zusammenschluss erfolgen. Insofern ist weder dem GWB noch der Europäischen Fusionskontrolle eine Differenzierung zwischen (1) aktuellen oder potentiellen Wettbewerb und (2) zwischen horizontalen, vertikalen und konglomeraten Zusammenschlüssen zu

²⁵ BGH WuW/E BGH 2783, 2787.

entnehmen. Bezogen auf den vorliegenden Fall ist daher der angemeldete Vermögenserwerb sowohl auf dem betroffenen Produktmarkt für Osteosyntheseprodukte für die Traumabehandlung als auch auf dem betroffenen Technologiemarkt für Osteosyntheseprodukte für die Traumabehandlung geeignet, die Marktstellung der Synthes Inc. spürbar zu verändern.

a) Produktmarkt

Die Synthes AG /AO-ASIF ist kein Anbieter von Osteosyntheseprodukten. Insofern vermittelt der Vermögenserwerb der Synthes Inc. – für sich genommen – keinen direkten Marktanteilszuwachs auf den betroffenen Produktmärkten. Allerdings sind die zu übertragenden Schutzrechte für die Erwerberin - auch nach ihrem eigenen Vortrag - eine der tragenden Grundlagen für ihre Tätigkeit auf diesen Produktmärkten. Ein wesentlicher Teil der von ihr angebotenen Osteosyntheseprodukte wird unter Verwertung der übertragenen Technologierechte hergestellt. Die Synthes Inc. verfügt über die Fertigungskapazitäten, um die zuvor lizenzierten und nunmehr erworbenen Technologie- und Markenrechte unmittelbar marktwirksam zu verwerten. Zudem entfaltet die Marke "Synthes" im Markt bereits als solches eine hohe Werbewirksamkeit für die Synthes Inc.; sie ist eine der tragenden Grundlagen für Ihre Geschäftstätigkeit. Das Vorhaben vermittelt daher in vertikaler Hinsicht aufgrund der nun erfolgenden Eigentumsübertragung und dem Übergang von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle einen Ressourcenzuwachs, der grundsätzlich geeignet sein kann, die Marktposition der Erwerberin auf dem Produktmarkt zu verändern.

b) Technologiemarkt

Die Synthes AG und die AO-ASIF sind vor dem Zusammenschluss Lizenzgeber für die Synthes-Technologie- und Markenrechte und erzielen mit der Lizenzierung jährlich ganz erhebliche Einnahmen. Sie sind damit führende Anbieter auf dem sachlich relevanten Technologiemarkt für Osteosyntheseprodukte für die Traumabehandlung. Die zu erwerbenden Technologie- und Markenrechte der Synthes AG/AO-ASIF sind tragende Grundlage der Stellung der Veräußerin auf diesen Märkten und daher geeignet, diese Marktstellung auf die Erwerberin zu übertragen. Synthes Inc. tritt durch den vorliegenden Vermögens- und Kontrollerwerb vollständig in die Stellung der Synthes AG/AO-ASIF als Lizenzgeberin auf diesen Märkten ein. Hiergegen kann für den Zusammenschlusstatbestand auch nicht eingewendet werden, dass die Synthes Inc. die Vermögenswerte nach dem Zusammenschluss nicht über eine Lizenzierung an Dritte verwerten will. Der diesbezügliche Vortrag der Synthes Inc. beschreibt eine unternehmensstrategische Entscheidung nach Vollzug des Zusammenschlusses (im Sinne eines

"Abkaufs einer Technologie für die rein interne Verwertung) und ist für die Frage des Zusammenschlusstatbestandes im vorliegenden Fall nicht relevant.

Die Lizenzierung, für die die Synthes Inc. Lizenzgebühren zahlen muss, wird beendet und die Technologie- und Markenrechte werden sowohl dinglich als auch eigentumsrechtlich vollständig auf sie übertragen. Da Synthes Inc. und AO-ASIF/Synthes AG nach Auffassung der Beschlussabteilung schon vor dem Zusammenschluss gemeinsam die Kontrolle über die zu übertragenden Vermögenswerte ausüben, liegt hier – und dies verkennen die Synthes Inc. und die AO-ASIF – im Hinblick auf den Technologiemarkt – sogar ein horizontaler Zusammenschluss vor. Der Ressourcenzuwachs durch den Erwerb der Technologie- und Markenrechte ist auch deshalb abstrakt geeignet, die Marktstellung der Erwerberin auf dem relevanten Markt zu verändern, weil die Synthes Inc. auf den nachgelagerten Produktmärkten für Osteosyntheseprodukte bereits tätig ist und darüber hinaus nach eigenem Vortrag auch außerhalb der Kooperation mit der AO-ASIF anwendungsspezifische Technologien für Osteosyntheseprodukte entwickelt. Damit verfügt das Unternehmen über ein umfassendes Know how auf dem relevanten Technologiemarkt. Der Zusammenschluss ist daher geeignet, diese Marktstellung der Synthes Inc. zu verändern.

Entgegen der Auffassung der Synthes Inc. spricht die Tatsache, dass die Synthes Inc. schon vor dem angemeldeten Zusammenschlussvorhaben einen mitkontrollierenden Einfluss auf die Vermögenswerte ausüben konnte, nicht gegen das Vorliegen eines Zusammenschlusstatbestands. Der eigentumsrechtliche Vollerwerb der Vermögenswerte und die alleinige Kontrolle über diese Vermögenswerte erfolgen erst durch das hier angemeldete Vorhaben, welches damit zu einer spürbaren Veränderung der Marktstellung der Synthes Inc. führen könnte und Zusammenschlusstatbestände i.S.d. § 37 GWB erfüllt.

3. Wesentliche Verstärkung der Unternehmensverbindung

Trotz der bereits bestehenden Einflussmöglichkeiten der Synthes Inc. auf die zu übertragenden Technologie- und Markenrechte führt der Vermögenserwerb und der Übergang von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle an diesen Rechten zu einer wesentlichen Verstärkung der bereits bestehenden Unternehmensverbindung i.S.d. § 37 Abs. 2 GWB.

Die Regelungen des § 37 GWB sollen Fälle erfassen, in denen – gemessen an den Zwecken von Anmeldepflicht und Fusionskontrolle – das erneute behördliche Eingreifen gerechtfertigt ist. Dabei setzt die Verstärkung einer Unternehmensverbindung voraus, dass die bestehende Unternehmensverbindung noch nicht ihre höchstmögliche Intensität erreicht hat. Dies ist vorliegend der Fall.

Nach Auffassung der Synthes Inc. führt der "angebliche Zusammenschluss" nicht zu einer wesentlichen Verstärkung der Unternehmensverbindung i.S.d. § 37 Abs. 2 GWB. AO-ASIF und Synthes Inc. seien als wirtschaftliche Einheit zu sehen, das APA führe nicht zu einer wesentlichen Verstärkung dieser bestehenden Verbindung. Vielmehr werde die formale Marktsituation an die de-facto Situation angepasst. Nach Auffassung der Beschlussabteilung verkennt die Synthes Inc. auch an dieser Stelle Sinn und Zweck des Zusammenschlusstatbestands und vermischt die Frage der Verstärkung der Unternehmensverbindung mit der materiellen Frage, ob der Zusammenschluss die Marktstellung der Synthes Inc. auf den relevanten Märkten tatsächlich verändert.

Die zu erwerbenden Vermögenswerte unterstehen derzeit weder dem Eigentum der Synthes Inc. noch übt die Synthes Inc. die alleinige Kontrolle über diese Vermögenswerte aus. Die zu übertragenden Technologie- und Markenrechte sind sowohl quantitativ als auch qualitativ wesentlich. Ein vollständiger Eigentumserwerb ist gegenüber einem Exklusivlizenzverhältnis eine strukturelle Verfestigung der Verfügungsrechte, die potentiell geeignet sein kann, die Marktposition der Erwerberin auf den Produktmärkten für Osteosyntheseprodukte zu verändern. Durch den Zusammenschluss wird die Marktstellung der Synthes AG/AO-ASIF sowohl dinglich als auch eigentumsrechtlich vollständig auf die Erwerberin übertragen. Insoweit führen die festgestellten Zusammenschlusstatbestände auch zu einer wesentlichen Verstärkung der bestehenden Unternehmensverbindung i.S.d. § 37 Abs. 2 GWB.

4. Auslandszusammenschluss

Der beabsichtigte Auslandszusammenschluss wirkt sich im Geltungsbereich des GWB aus (§ 130 Abs. 2 GWB). Laut Anmeldung erzielten sowohl die Synthes Inc. als auch AO-ASIF im Inland im Jahr 2005 Umsatzerlöse in erheblicher Höhe. Die Synthes Inc. ist (auch) in Deutschland über Tochtergesellschaften als Medizintechnikanbieter tätig.

V. Wettbewerbliche Beurteilung

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.

Das Vorhaben erfüllt nicht die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1, 1. Halbsatz GWB.

1. Ermittlungen

Zur Ermittlung der vom Zusammenschlussvorhaben betroffenen Produktmärkte und der Marktstellung der Zusammenschlussbeteiligten hat die Beschlussabteilung an 26 Unternehmen, die ihr im Verwaltungsverfahren B4-120/04 als Wettbewerber der Synthes Inc. genannt worden waren, einen Auskunftsbeschluss versandt, darunter auch an die Beigeladene. Die Beschlussabteilung hat nur Unternehmen befragt, die über einen inländischen Firmensitz bzw. eine inländische Vertretung verfügen. Sowohl in den vorangegangenen Verfahren als auch bei der Befragung von Nachfragern im vorliegenden Fall hat sich herausgestellt, dass Unternehmen mit ausschließlich ausländischem Firmensitz im Inland keine nennenswerten Umsätze mit Osteosyntheseprodukten erzielen. Außerdem hat die Beschlussabteilung von 40 größeren²⁶ deutschen Unfallkliniken Auskünfte zu (1) ihrem Nachfrageverhalten, (2) den Forschungs- und Entwicklungsschwerpunkten im Bereich der Osteosynthese sowie (3) ihrer Kooperation mit der AO-ASIF, der Synthes Inc. und anderen Anbietern von Osteosynthese-Produkten eingeholt. Von den unfallchirurgischen Kliniken haben 30 verwertbare Angaben gemacht (siehe Beiakte Nachfrager). Von den 26 befragten Wettbewerber gaben vier Unternehmen an, nicht in einem (nennenswerten) Wettbewerbsverhältnis zu den Beteiligten zu stehen. Die übrigen Befragten haben verwertbar geantwortet (siehe Beiakte Wettbewerber).

2. Sachliche Marktabgrenzung

Nach dem Bedarfsmarktprinzip gehören Produkte dann demselben sachlichen (Angebots-) Markt an, wenn sie aus 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 (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.).

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 typi-

²⁶ Gemessen an der Bettenanzahl; Quelle: Stryker und Krankenhausadressbuch 2005. Soweit hier unfallchirurgische Betten nicht gesondert ausgewiesen sind, wurden 40% der Betten als unfallchirurgisch angenommen.

sierten 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).

Das Vorhaben betrifft die inländischen *Produktmärkte* für die Herstellung und den Vertrieb von Osteosyntheseprodukten (Implantate und zugehörige Spezialinstrumente) in den Bereichen *Traumabehandlungen, Wirbelsäulenbehandlungen und CMF-Behandlungen*. Von den sachlich betroffenen Märkten stellt nur der inländische Produktmarkt für CMF-Behandlungen mit einem Volumen im Jahr 2005 von insgesamt etwa. € 10 Mio. einen Bagatellmarkt im Sinne vom § 35 Abs. 2 Nr. 2 GWB dar.

Die Beschlussabteilung ist zudem der Auffassung, dass das Vorhaben auch die sachlich relevanten *Technologiemärkte für die anwendungsspezifische Entwicklung von Osteosyntheseprodukten* (Implantate und zugehörige Spezialinstrumente) in den Bereichen Traumabehandlungen, Wirbelsäulenbehandlungen und CMF-Behandlungen betrifft.

Bei der Ermittlung der Produktmärkte für Trauma-, Wirbelsäulen- und CMF-Behandlungen hat sich kein abweichendes Bild zu den Ermittlungsergebnissen aus dem Verfahren B4-120/04 (Synthes/Mathys) ergeben. Die Beschlussabteilung verweist insoweit auf die Untersagungsverfügung vom 24. März 2004 (Rz. 32 ff.). Sie fasst im Folgenden die damalige Produktmarkt-Abgrenzung zusammen und ergänzt sie unter Berücksichtigung der Ermittlungsergebnisse im vorliegenden Verfahren.

2.1 Produktmärkte

2.1.1 Kein Gesamtmarkt für orthopädische Produkte aus Endoprothetik und Osteosynthese

Die Synthes Inc. hat im vorliegenden Verfahren ihre Auffassung wiederholt, wonach der Zusammenschluss über Osteosynthese-Produkte hinaus einen "Gesamtmarkt für orthopädische Produkte" betreffe, der prothetische und osteosynthetische Implantate sowie die zugehörigen Instrumente und Produkte umfasse (so schon B4-167/03, Bl. 402 der Hauptakte). Das Unternehmen hat in seiner Antwort auf den Fragenkatalog der Beschlussabteilung vom 16. Mai 2006 auf seine Ausführungen zur Markt-Abgrenzung im damaligen Verfahren und im Verfahren B4-120/04 verwiesen (Schr. v. 1. Juni 2006, Anlage, S. 5). Die Abgrenzung eines einheitlichen sachlich relevanten Marktes finde Unterstützung in zwei jüngeren Produktentwicklungen, die die Grenzindikationen zwischen einer osteosynthetischen oder einer prothetischen Versorgung deutlich verschoben hätten. Synthes Inc. nennt hier den zunehmenden Einsatz von Osteosynthesematerialien bei Mehrfragmentfrakturen des Oberarms und die Entwicklung von Bandscheibenprothesen, die verstärkt in direktem Wettbewerb zu

osteosynthetischen Fusionsmethoden stünden. Insgesamt stünden Osteosyntheseprodukte mit einigen Prothetikprodukten im Wettbewerb (Schr. v. 1. Juni 2006, Anlage, S. 5, S. 6).

Nach Auffassung der Beschlussabteilung geht die von der Synthes Inc. vertretene Marktabgrenzung nach wie vor zu weit. Medizinprodukte für Osteosynthese und für Endoprothetik gehören getrennten sachlichen Produktmärkten an. Sie verfügen über unterschiedliche Produkteigenschaften, sind nach medizinischer Indikation für deutlich verschiedene Verwendungszwecke vorgesehen und daher aus Nachfragersicht nicht ohne Weiteres funktional gegeneinander austauschbar. Auch die Prüfung der Frage, ob Osteosynthese- und Endoprothetikprodukte aus Gründen einer hohen Angebotsumstellflexibilität zu einem Markt zusammenzufassen sind, führt nicht zu einem anderen Ergebnis.

a) Produkteigenschaften und Nachfrage

Die funktionelle Austauschbarkeit aus Nachfragersicht entscheidet sich vorliegend im Wesentlichen aus ärztlicher Sicht. Der behandelnde Arzt (abhängig von der Art der Schädigung meist Unfallchirurg oder Orthopäde) entscheidet über die angemessene Therapie und damit über den Einsatz der für deren Durchführung erforderlichen Medizinprodukte. Der Arzt trifft seine Entscheidung nach der medizinischen Indikation und in Abstimmung mit dem Patienten, dessen Einwilligung für eine Operation er rechtlich bedarf.

Zur Medizintechnik der **Osteosynthese** gehören Produkte, die in der Unfall- und orthopädischen Chirurgie zur Behandlung von Knochenschädigungen wie Knochenbrüchen, -deformationen oder -tumoren eingesetzt werden. Mit ihrer Hilfe fixiert der Arzt geschädigte Knochen, indem er die zu behandelnden Defekte durch – zumeist metallische - Implantate überbrückt oder ausgleicht. Deren Aufgabe ist die schnellstmögliche Wiederherstellung der geschädigten Knochen durch Unterstützung der biologischen Selbstheilungsfähigkeit des Körpers (Ad-hoc-Versorgung). Nach der Genesung des Patienten werden die Produkte in der Regel durch einen erneuten operativen Eingriff wieder entfernt. Der Produktbereich umfasst mehrere tausend spezielle Artikel. Im Wesentlichen handelt es sich um sterile Schrauben, Platten, Stangen, Mark(knochen)-Nägel, Haken und ähnliche Vorrichtungen, mit denen Knochen je nach individueller Schädigung des Patienten therapiert werden können, sowie (insbesondere für Wirbelsäulenbehandlungen) besondere Materialien zum Knochenersatz (Knochenfüllmaterialien).

Dies bedeutet nicht, dass hergebrachte Behandlungsmethoden medizinisch bedeutungslos sind. Entscheidet der Arzt jedoch, dass die Therapie des Patienten medizinisch einen operativen Eingriff und die Einsetzung eines Implantats erfordert, so sind etwa Gips- bzw. Kunststoffverband oder Schienung aus Anwen-

dersicht funktional nicht mit den für die gewählte Operationsmethode benötigten Medizinprodukten austauschbar.

Der medizintechnische Bereich **Prothetik** umfasst Medizinprodukte, die dem künstlichen Ersatz von Körperteilen dienen. Endoprothesen sind Implantate, die in der wiederherstellenden Chirurgie und Orthopädie im Körper des Patienten schadhafte Gelenke ersetzen (insbesondere künstliche Hüft-, Knie-, Schulter-, Ellbogen-, Fuß- und Handgelenke). Die Ersatzfunktion ist auf Dauer angelegt, so dass die operative Entfernung der Implantate in der Regel nicht schon nach der Genesung des Patienten, sondern erst bei Verschleiß des künstlichen Gelenks oder einer anderen Verschlechterung der Gesundheit des Patienten erfolgt.

Aus den Befragungen von Wettbewerbern und Nachfragern haben sich keine Anhaltspunkte für eine entscheidungserhebliche Überschneidung der Anwendungsbereiche für Osteosynthese- und Endoprothetikprodukte ergeben. Der weit überwiegende Teil der Wettbewerber (18 von 22 Antworten) sieht keine wesentlichen aktuellen Produktentwicklungen, die eine Zusammenfassung der Märkte nahe legen würden.

Die Synthes Inc. hat vier Wettbewerber benannt, die sich im Rahmen der Marktermittlungen der Beschlussabteilung neben der Synthes Inc. für einen einheitlichen sachlich relevanten Markt für Endoprothetik- und Osteosynthese-Produkte ausgesprochen hätten. Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen dass die von Synthes Inc. benannten Unternehmen axomed und Marquardt zu einer Unternehmensgruppe gehören. Axomed/Marquardt hat einen Markt für Traumatologie und Endoprothetik vorgeschlagen, allerdings nur ein Einzelbeispiel für eine Überschneidung in den Anwendungsbereichen genannt. So werde bei älteren Patienten, bei denen eine Endoprothese aufgrund von Verschleiß entfernt werden müsse, aus Kostengründen häufig ein „periprothetisches“ System (ein Osteosyntheseprodukt mit längerer „Lebensdauer“, z.B. "LISS") eingesetzt. Die Antwort von axomed/Marquardt ist darüber hinaus in sich nicht stimmig, da das Unternehmen im Bereich der Osteosynthese wiederum von jeweils eigenständigen Märkten für Trauma, Wirbelsäule und CMF ausgeht. Merete folgt der Marktabgrenzung der Beschlussabteilung, stellt aber auch eine Zusammenfassung der Endoprothetik und der Osteosynthese als Alternativansatz in den Raum. Aus der Antwort von Ulrich vermag die Beschlussabteilung keine klare Aussage für die von der Synthes Inc. vertretene Marktabgrenzung herauszulesen.

Insgesamt ergibt sich aus Sicht der Wettbewerber allenfalls in Ausnahmefällen die Möglichkeit einer Austauschbarkeit. In den Haupteinsatzbereichen der Endoprothetik haben die von der Synthes Inc. genannten Überschneidungsbereiche "Armfrakturen" und "Bandscheibenschäden" keine nennenswerte Bedeutung.

Nach den Erkenntnissen der Beschlussabteilung entfallen über 90 % der in Deutschland mit Endoprothesen erzielten Umsatzerlöse auf künstliche Hüft- und Kniegelenke (Verfahrensakte B4-104/03 Zimmer / Centerpulse). Insoweit handelt es sich bei den Überschneidungsbereichen zwischen der Osteosynthese und der Endoprothetik lediglich um eine Substitution in Randbereichen. Ein im vorliegenden Verfahren befragter Arzt bezifferte den potentiellen Überschneidungsbereich auf max. 5-10%.²⁷

Vereinzelt haben die befragten Wettbewerber auch unterschiedliche Produktmaterialien als Unterscheidungsmerkmal zwischen Osteosynthese- und Endoprothetikprodukten angeführt. Nach Auskunft des Wettbewerbers Medicon benötigen beispielsweise CMF-Implantate im Material ein hohes Elastizitätsmodul, um der Oberfläche des Schädels angepasst werden zu können, während bei Hüft- oder Knieprothesen hohe Formbeständigkeit gefordert ist. Auch hinsichtlich der Entwicklung von Beschichtungen von Implantaten bzw. Prothesen haben die Ermittlungen Unterschiede in den Produkteigenschaften und im Entwicklungs-Know-how offengelegt. So liegt ein Forschungsschwerpunkt in der Osteosynthese in der Entwicklung von bioaktiven Beschichtungen, die einen strukturellen Verbund zwischen Implantat und Knochen - "Osseointegration"²⁸ – vermeiden. Bei Prothesen, die im Regelfall nicht entfernt werden, ist dagegen eine Osseointegration nicht schädlich, ggf. sogar erwünscht.

Aufgrund der jeweils sehr diversifizierten Produktpalette bei (a) Osteosynthese-Produkten und bei (b) Endoprothetik-Produkten ist nach Auffassung des weit überwiegenden Teils der befragten Wettbewerber eine gemeinsame Betreuung der jeweiligen Nachfragergruppe nicht möglich. Die anwendungsbezogenen Produktschulungen würden deshalb jeweils getrennt für die einzelnen Bereiche der Osteosynthese (Trauma, Wirbelsäule, CMF) und die Endoprothetik (hier teilweise auch Spezialisierungen) durchgeführt.

b) Preise

Der marktführende Anbieter von Endoprothetikprodukten, das Unternehmen Zimmer / Centerpulse²⁹ hat anhand von Beispielen dargelegt, dass die Produkte in der Prothetik preislich um ein Vielfaches höher liegen als in der Osteosynthese. Die sehr hohen Preisunterschiede bestehen auch in gelenknahen Bereichen, die einzelne befragte Ärzte aus medizinischer Sicht als (potentiellen) Überschneidungsbereich für den Einsatz von Osteosynthese-Implantaten oder Endoprothe-

²⁷ Prof. Dr. Neugebauer, Krankenhaus der Barmherzigen Brüder, Unfall-, Hand- und Wiederherstellungschirurgie, Regensburg.

²⁸ Sog. "Adhäsionsbarriere".

²⁹ Obergesellschaft ist die Zimmer Holdings Inc., Indiana, USA.

sen genannt haben.³⁰ So liegt der Preis für ein Schraubensystem zur Behandlung einer Schenkelhalsfraktur in Deutschland nach Auskunft von Zimmer / Centerpulse bei ca. € 120, ein preiswertes Hüftgelenk (ohne Knochenzement) koste hingegen ca. € 1.200.

c) Angebot

Soweit die Zusammenschlussbeteiligten und die Clinical House GmbH als Vertriebshändler für Synthes-Produkte vortragen, dass die wesentlichen Hersteller von Osteosyntheseprodukten auch Endoprothetikprodukte anbieten, kann dies keine weite Marktabgrenzung begründen. Von den Anbietern, die sowohl Osteosyntheseprodukte als auch Endoprothetikprodukte herstellen, verfügt allein Stryker weltweit über eine bedeutende Marktstellung *in beiden Bereichen*. Zimmer / Centerpulse als ein marktführender Anbieter von Endoprothetik-Produkten verfügt bei Osteosynthese-Produkten nur über sehr geringe Marktanteile (in Deutschland und im EWR unter 5%). Gleiches gilt für Biomet Merck. Synthes Inc. als sowohl im EWR als auch weltweit mit weitem Abstand führender Anbieter von Osteosynthese-Produkten ist in der Endoprothetik nicht mit nennenswerten Umsätzen tätig.

Aufgrund der ganz erheblichen Produkt- und Preisunterschiede und der weitgehenden Spezialisierung der jeweiligen Hersteller kann der Aspekt des Vollsortiments und der Angebotsumstellungsflexibilität im vorliegenden Fall nicht zu einer weiter gefassten sachlichen Marktabgrenzung führen. Der für die fusionsrechtliche Prüfung entscheidungserhebliche Verhaltensspielraum eines Herstellers von Osteosyntheseprodukten wird aufgrund der Unterschiede in der Produktkonfiguration, den Produkteigenschaften, der Preissetzung und den jeweiligen Verwendungszwecken nicht dadurch beeinflusst, dass er bzw. ein Teil seiner Wettbewerber auch Endoprothetikprodukte herstellt.

Die Trennung zwischen traumatologischen Implantaten einerseits und rekonstruktiven Implantaten (Endoprothesen) andererseits entspricht auch der Entscheidungspraxis sowohl der Beschlussabteilung (B4-104/03 - Zimmer / Centerpulse; B4-104/99 - Smith & Nephew/3M, B4-185/98 - Stryker/Howmedica – nicht veröffentlicht und B4-167/03 – Synthes/Mathys) als auch jener der Europäischen Kommission, die im Bereich der Endoprothesen funktional sachliche Produktmärkte nach Art des künstlichen Gelenks abgrenzt (Fall IV/M.1286 - Johnson & Johnson / DePuy). An dieser Differenzierung hat die Kommission nach einer erneuten eingehenden Marktermittlung Mitte 2003 ausdrücklich festgehalten (Fall COMP/M.3246 Smith & Nephew/Centerpulse, Tz. 10).

³⁰ So Prof. Dr. Neugebauer, siehe oben.

Das Zusammenschlussvorhaben betrifft nicht den Bereich Endoprothetik. Die zu übertragenden Technologie- und Markenrechte beziehen sich nur auf die Osteosynthese;[...]. Insoweit kann dahinstehen, inwieweit der Bereich der Endoprothetik nach Art des künstlichen Gelenks oder nach der Beschaffenheit des entsprechenden Medizinprodukts noch in weitere Teilmärkte aufzugliedern wäre.

2.1.2 Separate Osteosynthese-Märkte für Trauma-, Wirbelsäulen- und CMF-Behandlungen

Die Synthes Inc. ist wie schon im Verfahren B4-167/03 der Auffassung, dass der relevante Produktmarkt mindestens alle Osteosynthese-Produkte ohne Differenzierung zwischen Trauma, Wirbelsäule und CMF beinhalte und auch mindestens einige Prothetikprodukte umfasse (siehe oben). In vielen Fällen sei die Behandlung mit Implantaten aus verschiedenen Segmenten im menschlichen Körper durchaus möglich. Die Osteosyntheseprodukte, die für verschiedene medizinische Indikationen in verschiedenen Körperbereichen eingesetzt würden, seien von einer technischen Perspektive her sehr ähnlich. Alle wesentlichen Lieferanten böten komplette Produktsortimente an, die Indikationen aus allen Segmenten umfassten. Selbst solche Anbieter, die sich zunächst spezialisierten, könnten ihr Produktangebot aufgrund geringer Kosten- und Know-how-Barrieren ohne Weiteres auf die jeweils anderen Segmente ausweiten. Diese Einschätzung deckt sich weitgehend mit dem Vortrag des Vertriebsunternehmens Clinical House GmbH. Clinical House GmbH hat zudem anhand von Beispielen dargelegt, dass die nachfragenden Ärzte teilweise Operationen in mehreren Osteosynthesebereichen durchführen.

Die in den Bereichen Trauma, Wirbelsäule und CMF verwendeten Produktgruppen sind nach dem Ergebnis der Marktermittlungen - sowohl aus dem Verfahren B4-167/03 als auch aus dem vorliegenden Verfahren – aus Nachfragersicht nicht ohne Weiteres gegeneinander substituierbar, sondern bilden separate – wenngleich eng benachbarte – Produktmärkte. Die genannten Produktgruppen decken verschiedene medizinische Indikationslagen ab und werden auf der Nachfrageseite in der Regel durch unterschiedlich spezialisierte Ärzte ausgewählt und verwendet (z.B. Trauma: meist Unfallchirurgen; Wirbelsäule: meist Orthopäden und Neurochirurgen). Auch unterscheidet sich die tatsächliche Anbieterstruktur in den drei selbständigen Teilmärkten deutlich. Darüber hinaus werden diese Märkte von unterschiedlichen, spezialisierten Vertriebsmannschaften bedient; das gilt auch für Anbieter, die auf mehreren dieser Märkte tätig sind.

a) Produkteigenschaften und Nachfrage

Im Bereich Osteosynthese werden von Anbietern und Nachfragern - orientiert an den unterschiedlichen medizinischen Anwendungsbereichen der Produkte - im

Wesentlichen drei Segmente unterschieden. Dies sind Produkte für die Behandlung von Traumaschäden, von Wirbelsäulenschäden sowie von Schädel-, Kiefer-, und Gesichtsknochenschäden (CMF). Der Bereich **traumatologische Produkte** betrifft Implantate und Instrumente zur chirurgischen Behandlung von Frakturen an Arm, Hand, Ellbogen, Bein, Knie, Fuß, Schulter und Becken. Der Produktbereich **Wirbelsäulenbehandlung** betrifft Produkte zur chirurgischen Behandlung von Frakturen, Deformationen, Tumoren und degenerativen Erkrankungen der Wirbelsäule. Neben mechanischen Implantaten wie künstlichen Wirbeln sind dies in geringerem Umfang auch Knochenersatzmaterialien (z. B. Pasten zur Mineralisierung von Knochen). Das Segment **CMF** betrifft Produkte zur chirurgischen Behandlung von Frakturen, zur Korrektur von Fehlstellungen und zur Rekonstruktion an Gesichtsknochen, am Ober- und Unterkiefer sowie an den anderen Schädelknochen.

Die meisten befragten Anbieter von Osteosyntheseprodukten haben vorgetragen, die genannten Teilbereiche der Osteosynthese würden sich deutlich voneinander unterscheiden. Die genannten Produkte seien aufgrund ihrer besonderen Einsatzbereiche nicht austauschbar und insoweit eigenen sachlich relevanten Märkten zuzuordnen. Beispiele für Substitutionsbeziehungen bezogen sich allenfalls auf die Bereiche Hand (Trauma) und CMF und wurden nur von zwei der 22 Unternehmen, die auf den Auskunftbeschluss der Beschlussabteilung geantwortet hatten, genannt. Diese Einzelbeispiele reichen jedoch nicht aus, um die Märkte für Trauma, Wirbelsäule und CMF sachlich zusammenzufassen.

Maßgebliche Entscheidungsträger für die Auswahl bei der Beschaffung der Osteosyntheseprodukte sind nach dem Vortrag nahezu aller Wettbewerber jeweils unterschiedliche ärztliche Spezialisten (insbesondere Unfallchirurgen und Orthopäden, im CMF-Bereich Mund-Kiefer-Gesichts-Chirurgen). Deren Entscheidung für ein Implantatsystem richte sich nach der genauen Indikationsstellung. Damit korrespondierten anbieterseitig unterschiedliche Vertriebsmannschaften und Produktschulungen.³¹ Vereinzelt wurden (je nach Spezialisierungsgrad der befragten Unternehmen) auch noch tiefer greifende Marktuntergliederungen vorgeschlagen.

Der weit überwiegende Teil der befragten unfallchirurgischen Kliniken hat explizit angegeben, dass CMF-Behandlungen, teilweise auch Wirbelsäulen Chirurgie, in ihren Einrichtungen / Abteilungen nicht durchgeführt würden.³²

³¹ Entsprechende Angaben: aap, axomed/Marquardt, Medartis, Biomet-Merck, De Puy, Königsee, Medicon, Merete, Mondeal, Smith & Nephew, Stryker, Tantum, ulrich, Zimmer / Centerpulse.

³² Klinikum Bremen; AKH Celle; Zeisigwaldkliniken Bethanien, Chemnitz; KKH Crailsheim, Gaildorf; Klinikum Dortmund; Bezirksklinikum Obermain, Ebensfeld; Unfallchirurgische Klinik Göppingen; ASKLEPIOS Klinik St. Georg, Hamburg; Medizinische Hochschule Hannover – Unfallklinik; SLK Kliniken Heilbronn; Kliniken Ludwigsburg; Klinik für Hand-, Plastische und Rekonstruktive

b) Angebot

Nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung unterscheiden sich die Anbieterstrukturen in den drei Bereichen Trauma, Wirbelsäule und CMF deutlich. Die jeweiligen Anbieter sind nur teilweise identisch; die erzielten Marktanteile weichen - teils deutlich - voneinander ab. Die Synthes Inc. ist in den Bereichen Trauma und Wirbelsäule im Inland eindeutiger Marktführer, während Stryker im Bereich CMF knapp vor Synthes Inc. liegt. KLS Martin hält im Bereich CMF Marktanteile von [20-30%], im Traumabereich liegen die Anteile hingegen bei [<0-5%]. DePuy hat im Inland seinen Tätigkeitsschwerpunkt mit [20-30%] Marktanteil in der Wirbelsäulenosteosynthese, die Marktanteile im CMF- und Trauma-Bereich liegen jeweils unter 5%. Von den in der Osteosynthese tätigen Anbietern sind 12 Unternehmen nur in einem der drei Märkte tätig.³³ Hierzu gehören – entgegen der Auffassung der Synthes Inc – auch bedeutende Marktteilnehmer wie Smith & Nephew oder Königsee (Tätigkeitsschwerpunkt Trauma). Zudem sind im Bereich Wirbelsäule mit Link [10-20%] bzw. im Segment CMF mit Gebr. Martin GmbH [20-30%] mittelständische Spezialanbieter deutlich marktstärker als finanzkräftige Medizintechnikkonzerne wie B.Braun/Aesculap, Zimmer / Centerpulse oder Biomet Merck.

Entgegen der Auffassung der Synthes Inc. kommt auch hier der Produktumstellungsflexibilität eines Anbieters keine entscheidende Rolle zu, so dass die Osteosynthesebereiche Trauma, Wirbelsäule und CMF jeweils separate Produktmärkte bilden. Um neu in einen oder mehrere Osteosynthese-Bereiche einzutreten, sind aus Sicht der befragten Anwender klinische Referenzen unabdingbar. Dieses Ergebnis der Marktermittlung deckt sich mit Erkenntnissen der Beschlussabteilung aus anderen Märkten der Medizintechnik (ebenso Europäische Kommission im o.g. Fall Smith & Nephew / Centerpulse). Zudem bedarf die regulatorische Zulassung von Medizinprodukten eines erheblichen zeitlichen und finanziellen Vorlaufs.

Im Gegensatz zu den Zusammenschlussbeteiligten ist dem weit überwiegenden Teil der Wettbewerber keine biomechanische Produktentwicklung bekannt, die angebotsseitig für eine Zusammenfassung der o.g. Märkte sprechen würde. Dies korrespondiert auch mit der Entwicklung der Organisationsstruktur innerhalb der AO-ASIF, die seit einiger Zeit für die Produktentwicklung und –freigabe im Hinblick auf Trauma, Wirbelsäule und CMF jeweils getrennte Fachgruppen eingerichtet hat.

Chirurgie Ludwigshafen; Unfallklinik Murnau; Klinikum Nürnberg Süd; Orthopädische Fachklinik Schwarzach.

³³ Aap, Axomed/Marquardt, Königsee, Link, Litos, Medicon, Mondeal, Normed, Orthofix, Smith & Nephew, Paradigm, Ulrich.

Daher ist die Beschlussabteilung der Auffassung, dass das Vorhaben die inländischen Produktmärkte für die Herstellung und den Vertrieb von Osteosynthesprodukten (Implantate und zugehörige Spezialinstrumente) in den Bereichen Trauma-behandlungen, Wirbelsäulenbehandlungen und CMF-Behandlungen betrifft.

Die deutliche Marktführerschaft der Synthes Inc. vor dem Wettbewerber Stryker ergibt sich allerdings nicht nur bei einer getrennten Betrachtung der sachlich relevanten Märkte für Trauma- und Wirbelsäulenprodukte.³⁴ Die Marktstruktur auf einem – hypothetischen - Gesamtmarkt für Osteosyntheseprodukte wäre vergleichbar. Die etwas schwächere Stellung der Synthes Inc. auf dem CMF-Markt – hier ist Stryker knapp marktführend – fällt aufgrund des geringen Marktvolumens³⁵ bei einer Gesamtbetrachtung der drei Produktmärkte nicht wesentlich ins Gewicht. Damit wäre die Marktstruktur im Ergebnis nicht anders zu beurteilen, wenn man hilfsweise einen Gesamtmarkt für Osteosyntheseprodukte annähme.

2.1.3 Keine weitere Differenzierung nach Märkten für Implantate und für zugehörige Spezialinstrumente

Während drei sachlich betroffene Osteosynthese-Märkte (für Trauma-, Wirbelsäulen und CMF-Behandlungen) identifiziert werden können, ist innerhalb dieser Produktmärkte keine weitere Untergliederung nach Implantaten und Spezialinstrumenten geboten. Die je nach medizinischer Indikation unterschiedlichen Implantate werden jeweils unter Verwendung steriler Spezialinstrumente operativ in den menschlichen Körper eingesetzt. Nach dem Ergebnis der Ermittlungen bilden diese Implantate und die zugehörige Instrumente integrierte medizintechnische Systemlösungen für die jeweilige Eingriffspalette, die nicht separat beschafft werden (entsprechend auch Beschluss im Verfahren B4-167/03, Rz. 47f.).

2.1.4 Zwischenergebnis

Das Zusammenschlussvorhaben betrifft die sachlich relevanten Produktmärkte für medizintechnische Produkte (Implantate und Instrumente) für Trauma-, Wirbelsäulen- und CMF-Behandlungen. Dabei stellt der Produktmarkt für CMF-Behandlungen einen Bagatellmarkt dar.

³⁴ Der inländische Produktmarkt für CMF-Produkte mit einem Volumen im Jahr 2005 von insgesamt etwa. € 10 Mio stellt einen nicht kontrollpflichtigen Bagatellmarkt im Sinne vom § 35 Abs. 2 Nr. 2 GWB dar.

³⁵ Inländisches Marktvolumen 2005: Trauma + Wirbelsäule (140,5 Mio. € + 87,2 Mio. €) = 227,7 Mio. € CMF = 10,6 Mio. €

2.2 Märkte für Technologien

Die Beschlussabteilung ist der Auffassung, dass das Vorhaben auch die sachlich relevanten Technologiemarkte³⁶ für die anwendungsspezifische Entwicklung von Osteosynthesprodukten (Implantate und zugehörige Spezialinstrumente) in den Bereichen Traumabehandlungen, Wirbelsäulenbehandlungen und CMF-Behandlungen betrifft.

Die Synthes Inc. bestreitet das Bestehen eines oder mehrerer Märkte für Technologierechte. Sie hat diese Auffassung wiederholt im Verfahren B4-120/04 dargelegt und nimmt im vorliegenden Verfahren hierauf Bezug.

Die Synthes Inc. trägt im Wesentlichen vor, dass die schriftlichen Ermittlungen der Beschlussabteilung im Verfahren B4-120/04³⁷ eindeutig ergeben hätten, dass es keinen eigenständigen Technologiemarkt im Bereich der Osteosynthese gebe. Der weit überwiegende Teil der befragten Anbieter von Osteosyntheseprodukten sei weder als Lizenzgeber noch als Lizenznehmer von Technologierechten tätig. Soweit es zu Lizenzbeziehungen zwischen Herstellern von Osteosyntheseanbietern komme, hätten diese lediglich das Ziel, Patentstreitigkeiten im Wege gerichtlicher Vergleichsregelungen ("settlements") zu lösen. Hierdurch werde aber kein Markt eröffnet.

Soweit ein Arzt mit einem Unternehmen kooperiere, um eine Produktentwicklung für ein Osteosyntheseprodukt zu unterstützen, könne diese Kooperation noch keinen Technologiemarkt begründen. Erst mit der Lizenzvergabe durch das betreffende Unternehmen selbst sei ein solcher Markt eröffnet.

Schließlich könne auch das Vertragsverhältnis von AO-ASIF und Synthes Inc. nicht als Indiz für das Vorliegen eines Technologiemarktes gewertet werden. Aufgrund der "symbiotischen" Beziehung zwischen der AO-ASIF und der Synthes Inc. ("Know-how-Pool"/"Entwicklungsgemeinschaft") liege kein "marktschaffendes" Lizenzgeber-Lizenznehmer-Verhältnis vor.

Die Beschlussabteilung ist der Auffassung, dass entsprechende Leistungsbeziehungen im Sinne des Aufeinandertreffens von Angebot von und Nachfrage nach Technologierechten in der Vergangenheit tatsächlich begründet worden sind und zukünftig weiter bestehen werden.

a) Angebot und Nachfrage

³⁶ Lizenzierte Technologierechte, unternehmensintern genutzte Technologierechte, Know how, (siehe auch unten, Abschn. IV 2.2, c).

³⁷ Hier wurden intensive Ermittlungen zur Frage der Existenz von Technologiemarkten durchgeführt; Marktbefragung vom 29. August 2005.

Der Synthes Inc. ist zuzugestehen, dass die Produktentwicklungen von Osteosyntheseprodukten in der Vergangenheit weit überwiegend aus Eigenentwicklungen herrühren. Die Marktermittlungen im Verfahren B4-120/04 und im vorliegenden Verfahren haben dies bestätigt. Dennoch gibt es einige Beispiele dafür, dass Lizenzvereinbarungen über Technologierechte zur Herstellung von Osteosyntheseprodukten bestehen. Die Nennung der konkreten Lizenzvereinbarungen sind von den Anbieter fast durchweg als Geschäftsgeheimnis deklariert worden. Allgemein sind der Beschlussabteilung im Wesentlichen jedoch folgende Unternehmen als Lizenzgeber bzw. Lizenznehmer genannt worden:

Aesculap, Königsee, Link, Litos, Gebr. Martin, Medtronic, Smith & Nephew, Stryker und Zimmer / Centerpulse.

Einzelne der befragten Wettbewerber haben angegeben, dass sie beabsichtigen, zukünftig die externe Vermarktung ihrer Produktentwicklungen voranzutreiben.³⁸

Der Lizenzvertrag zwischen der Synthes AG und der Synthes Inc. ist ein weiteres Abbild dieser Marktprozesse, wenngleich er [...] untypisch für einen Lizenzvertrag ist.

Die identifizierten Leistungsbeziehungen bestehen sowohl zwischen einzelnen Wissenschaftlern/Ärzten (als Lizenzgeber) und Anbietern von Osteosyntheseprodukten als auch zwischen konkurrierenden Anbietern von Osteosyntheseprodukten.

Die Synthes Inc. verneint einen eigenen kommerziellen Zweck dieser Lizenzbeziehungen mit der Begründung, dass die Schutzrechte nur deshalb erworben würden, weil sie von Bedeutung für den Produktmarkt seien. Die Beschlussabteilung hält diese Argumentation nicht für plausibel. Lizenzen werden erworben oder Technologierechte werden lizenziert, um damit Produkte herzustellen oder Dienstleistungen anzubieten. Die Lizenzierung oder Übertragung von Technologien ist insoweit kein Selbstzweck, sondern dient der Verwertung dieser Schutzrechte. Die Wettbewerbsbedingungen bei Technologien sind somit eng mit den Wettbewerbsbedingungen auf den nachgelagerten Produktmärkten verbunden. Daher behandelt die Gruppenfreistellungsverordnung der Kommission zum Technologietransfer³⁹ die Auswirkungen von Lizenzierungen sowohl auf dem Technologiemarkt als auch auf den Produkt- oder Dienstleistungsmärkten. Aus Art. 2 ergibt sich, dass Lizenzvereinbarungen nur dann der GVO TT unterliegen, wenn sie der "Produktion von Vertragsprodukten" dienen.

[...]. Verschiedene befragte Ärzte haben mitgeteilt, dass sie auf eine Kommerzialisierung ihrer Entwicklungsergebnisse in der Vergangenheit verzichtet haben und dafür Drittmittel von Seiten der Industrie erhalten haben, um

³⁸ Z.B. aap.

³⁹ VO (EG) Nr. 772/2004 der Kommission vom 27. April 2004 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen (TT-GVO).

entsprechende anwendungsbezogene Forschungen durchzuführen.⁴⁰ [...] Der Beschlussabteilung ist bekannt, dass ein Teil der Ärzte, die Mitglied in der AO-ASIF oder einem nationalen AO-Verein sind, sog. "Abtretungserklärungen" gegenüber der Stiftung abgegeben haben, [...].

Eine von einem angestellten Professor der Universität Bern unterzeichnete Abtretungserklärung ist Gegenstand eines Rechtsstreits zwischen der Universität Bern und der AO-ASIF. [...] Unabhängig vom Ausgang dieses Streits wird die Universität Bern – und dieser Trend ist auch bei einigen der befragten unfallchirurgischen Universitätskliniken zu beobachten – die kommerzielle Verwertung von Forschungsergebnissen sehr viel stärker als bisher vorantreiben. Die Universität Bern sieht sich heute nach eigener Auskunft als "Technologiedienstleister" für die Industrie und geht davon aus, sich immer stärker als Anbieter von Technologien und Schutzrechten etablieren zu können. Das Interesse der Industrie am "Einkauf von Technologie" sei groß. Hiermit würde eine in den USA schon durchlaufene Marktentwicklung nachvollzogen. In den USA gebe es bereits eine Reihe von Patentanmeldungen und Lizenzierungen durch Ärzte, Universitäten und Kliniken.⁴¹

Im Ergebnis sind die bestehenden Leistungsbeziehungen ausreichend, um einen oder mehrere sachlich relevante Technologiemarkte in der Osteosynthese zu definieren. Die Beschlussabteilung geht auf der Grundlage ihrer bisherigen Ermittlungsergebnisse zudem davon aus, dass sich Angebot und Nachfrage nach Technologien für Osteosyntheseprodukte zukünftig weiter erhöhen werden.

Die Sichtweise der Beschlussabteilung entspricht auch der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Der BGH hat in Sachen "Arealnetz"⁴² festgestellt, dass es für das Vorliegen eines Marktes im Rahmen einer wettbewerbsrechtlichen Prüfung ausreicht, wenn es Unternehmen gibt, die das betreffende Produkt oder die betreffende Dienstleistung anbieten. Die Anzahl entsprechender Leistungsbeziehungen oder die Umsätze, die mit entsprechenden Leistungsbeziehungen erwirtschaftet werden, sind für die Frage, ob ein Markt vorliegt, nicht entscheidend. Der Beschluss des BGH bezog sich auf einen Markt, auf dem es zum Zeitpunkt der Entscheidung nur sehr wenige Leistungsbeziehungen gab. Die Synthes Inc. hat vorgetragen, dass diese Rechtsprechung aufgrund des sehr speziellen wettbewerblichen Umfelds beim Betrieb von Stromnetzen und der Tatsache, dass es sich im vom BGH zu entscheidenden Fall um einen nachgelagerten Markt i.S.d. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB handelte, nicht auf den vorliegenden Fall übertragbar sei. Dem kann die Beschlussabteilung nicht folgen. Die von der Beschlussabteilung angeführten Marktmerkmale im Fall "Arealnetz" betreffen ausschließlich den Aspekt der Häufigkeit des Produkt- und Dienstleistungsangebots und die Zahl der Anbieter und

⁴⁰ So z.B. Prof. Dr. Langendorff, Klinikum Dortmund; Prof. Dr. Hofmann, BG Kliniken Halle und Jena; Prof. Dr. Weise/Prof. Dr. Höntzsch, Berufsgenossenschaftl. Unfallklinik Tübingen.

⁴¹ So z.B. Prof. Dr. Neugebauer, a.a.O.; Universität Bern.

⁴² BGH, Beschluss vom 28. Juni 2005, WuW DE-R 1520, 1524.

Nachfrager. Diese Aspekte weisen keinerlei systematischen Zusammenhang zu der gesonderten kartellrechtlichen Problematik des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB auf, sondern können vielmehr für diese Marktabgrenzung herangezogen werden.

b) Sachliche Abgrenzung der Technologiemarkte entsprechend der Produktmarktabgrenzung

Der Erwerb von Technologierechten der Synthes AG betrifft ausschließlich Patente und sonstige Schutzrechte aus anwendungsspezifischer Entwicklung in den Bereichen [...] (sog. "fertige Technologien"). Es gibt keine Hinweise darauf, dass die Schutzrechte bereichsübergreifende Neuentwicklungen betreffen.⁴³ Die Beschlussabteilung ist daher der Auffassung, dass das Vorhaben die sachlich relevanten Technologiemarkte für die anwendungsspezifische Entwicklung von Osteosynthesprodukten (Implantate und zugehörige Spezialinstrumente) in den Bereichen Traumaabhandlungen, Wirbelsäulenbehandlungen und CMF-Behandlungen) betrifft.

Die Beschlussabteilung hat in ihren Ermittlungen nach dem Anteil bereichsübergreifenden Know hows bei der Produktentwicklung gefragt. Dieser Anteil wurde von den meisten Wettbewerbern als gering bezeichnet. Nur bei Biomaterialien, vereinzelt auch im Bereich Materialien (Titan) scheint die bereichsübergreifende Bedeutung von Forschung & Entwicklung höher zu sein.⁴⁴

Das entspricht auch dem weit überwiegenden Teil der Antworten der befragten Ärzteschaft, soweit diese auch in Forschung & Entwicklung tätig ist. Die Antworten der Ärzte verdeutlichen, dass sich die bereichsübergreifenden Forschungsergebnisse – soweit vorhanden – im Wesentlichen auf die Grundlagenforschung beschränken.

Schließlich verdeutlicht auch die Organisationsstruktur der AO-ASIF im AOTK-System diese Trennung in der anwendungsspezifischen Produktentwicklung. Sie wird innerhalb der AO-ASIF maßgeblich in [...] Expertengruppen umgesetzt, davon [...] im Bereich Trauma, [...] im Bereich Wirbelsäule und [...] im Bereich CMF, die jeweils für ihren Bereich, also Trauma, Wirbelsäule und CMF, einem "Speciality TK" (Genehmigungsinstanz) unterstehen.⁴⁵ Auch in anderen Gremien innerhalb der AO-ASIF gibt es getrennte Expertengruppen für Trauma, Wirbelsäule und CMF.

c) Marktsituation

Vor dem Zusammenschluss ist AO-ASIF bzw. ihr Tochterunternehmen Synthes AG auf den Technologiemarkten für Trauma, Wirbelsäule und CMF als Lizenzgeberin tätig. Gleiches gilt – wenn auch in wesentlich geringerem Umfang - für andere Unter-

⁴³ Dies entspricht auch den Angaben der AO-ASIF, Schr. v. 6. Juni 2006, S. 15, wonach es in den Jahren 2004 und 2005 keine über das AOTK-System zertifizierten bereichsübergreifenden Produktneuentwicklungen gegeben hat.

⁴⁴ B.Braun/Aesculap; Axomed/Marquardt; Biomet Merck; De Puy; Link; KLS Martin, Merete, Normed; Stryker; Tatum; Zimmer / Centerpulse.

⁴⁵ AO-ASIF, Schr. v. 6. Juni 2006, S. 16.

nehmen und Ärzte, die Lizenzen für Trauma-, Wirbelsäule- oder für CMF-Produkte vergeben. Nach der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes bleiben Leistungen, die von vertikal integrierten Unternehmen produziert und intern geliefert werden, bei der Ermittlung der Marktstrukturen außer Betracht. Innenumsätze werden nicht dem Markt zugerechnet, sondern nur Umsätze, die aus Leistungsbeziehungen mit Dritten erzielt werden.

Nach Auffassung der Beschlussabteilung stellt sich aber die Frage, ob bei Technologiemarkten diese Sichtweise die Markt- und Wettbewerbssituation richtig widerspiegelt. In den Fällen, in denen die Eigenfertigung bei der wettbewerblichen Beurteilung allenfalls im Wege des potenziellen Wettbewerbs berücksichtigt wird, ist das eigengefertigte Produkt im Regelfall eine Komponente, die in ein Endprodukt eingebaut wird (z.B. Kupplung in ein Fahrzeug). Die eigengefertigte Komponente ist zudem so auf das eigene Produktangebot zugeschnitten, dass sie nicht ohne Weiteres am Markt angeboten werden könnte. Im vorliegenden Fall sind die Technologierechte jeweils tragende Grundlage für das Angebot auf dem nachgelagerten Produktmarkt, unabhängig davon, ob sie lizenzierte Technologierechte, intern genutzte Technologierechte oder unternehmensinternes Know how darstellen. Mit dem Vollerwerb der Technologierechte der AO-ASIF ist die Synthes Inc. in der Lage, sofort und ohne Weiteres Osteosyntheseprodukte herzustellen. In der Hand der AO-ASIF wären die Technologierechte auch an Dritte lizenzierbar, die mit den lizenzierten Rechten sofort die entsprechenden Osteosyntheseprodukte herstellen könnten. Zudem wäre jeder Hersteller von Osteosyntheseprodukten in der Lage, die für seine Produktion erforderlichen Technologien zum Verkauf an Dritte bzw. zur Nutzung durch Dritte anzubieten.

Insoweit sehen sich die Wettbewerber im vorliegenden Fall sowohl mit der AO-ASIF als auch mit der Synthes Inc. in einem unmittelbaren Wettbewerb um Technologien. Diesen Technologiewettbewerb beziehen die Marktteilnehmer (1) auf die Vermarktung dieser Technologien und (2) auf die unmittelbaren Rückwirkungen des Wettbewerbs um Technologien auf die Produktmärkte. Die Wettbewerbssituation auf den Technologiemarkten ist daher hier direkt an die Wettbewerbssituation auf den Produktmärkten gekoppelt, auf denen viele Anbieter eigenentwickelte Technologien nutzen. Die Beschlussabteilung ist daher der Auffassung, dass im vorliegenden Fall ein verzerrtes Bild von der Wettbewerbssituation entstünde, würde man die intern genutzten Technologien bei der Ermittlung der Marktstruktur nicht berücksichtigen.

Dies entspricht auch der Sichtweise der Europäischen Kommission in ihrer GVO zu Technologietransfer-Vereinbarungen⁴⁶ und den hierzu erlassenen Leitlinien.

Danach besteht ein Ansatz zur Marktanteilsberechnung auf Technologiemarkten darin, die Marktanteile auf den Technologiemarkten anhand der Verkäufe der Er-

⁴⁶ VO (EG) Nr. 772/2004 der Kommission vom 27. April 2004 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen.

zeugnisse, die mittels lizenzierter und unternehmensintern genutzter Technologie hergestellt werden, zu ermitteln. Die Europäische Kommission ist zum einen der Auffassung, dass hierdurch stärker dem potenziellen Technologiewettbewerb Rechnung getragen werden kann. Zum anderen könne die Marktstellung eines umsatzstarken Technologieanbieters nicht nur durch andere Technologieanbieter, sondern auch durch effektiven Wettbewerb auf dem Produktmarkt unter Druck gesetzt werden.

Die Beschlussabteilung teilt diese Einschätzung und würde daher für die Ermittlung der Marktstrukturen selbst dann auf die Produktmarktstrukturen zurückgreifen, wenn ihr vollständige Angaben zu den Lizenzgebühren aller Lizenzgeber auf dem relevanten Markt vorlägen.

Entsprechend der von der Kommission aufgezeigten Vorgehensweise⁴⁷ hat die Beschlussabteilung daher sämtliche Verkäufe auf den relevanten Produktmärkten berücksichtigt, unabhängig davon, ob das Produkt eine lizenzierte Technologie enthält oder nicht.⁴⁸

3. Räumliche Marktabgrenzung

Der geographisch relevante Markt im Sinne der Zusammenschlusskontrolle nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen 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.

3.1 Produktmärkte

Bei medizintechnischen Produkten geht das Bundeskartellamt nach ständiger Entscheidungspraxis und in Übereinstimmung mit der Kommission (vgl. COMP/M. 3146 Smith & Nephew/Centerpulse, zuletzt COMP/M.3687 Johnson&Johnson/Guidant) 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 (in Deutschland Pauschalensystem).
- Die Beschaffungsprozesse unterscheiden sich erheblich. Während in Ländern wie Frankreich oder Italien häufig öffentliche Ausschreibungen durchgeführt werden,

⁴⁷ Leitlinien zur GVO TT, Rz. 23.

⁴⁸ Rz. 23 der Leitlinien.

werden in Deutschland im Regelfall Einzelverträge im Rahmen einer freihändigen Auftragsvergabe abgeschlossen.

- Die inländischen Kunden kaufen fast nicht im Ausland. Sie machen hier 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.

Auch im vorliegenden Fall führt die räumliche Marktabgrenzung sowohl für Osteosyntheseprodukte als auch für Biomaterialien nicht zu einem anderen Ergebnis.

Zwar operieren die in Deutschland führenden Anbieter Synthes (USA/CH), Stryker Howmedica (USA), Smith & Nephew (GB) Zimmer / Centerpulse (USA/CH) Aesculap (D) weltweit; die an die Produktqualität anknüpfenden Zulassungsvoraussetzungen für Medizinprodukte sind im Europäischen Wirtschaftsraum durch Umsetzung der EG-Medizinprodukterichtlinie weitgehend harmonisiert. Jedoch finden nach dem Ergebnis der Befragung der nachfragenden Kliniken Direkteinkäufe aus dem Ausland faktisch nicht statt. Sämtliche Anbieter operieren mit nationalen Vertriebs- und Servicestrukturen. Darin drückt sich der sehr hohe Stellenwert der von den Krankenhäusern für die Schulungen ihres ärztlichen und nicht-ärztlichen Personals erwarteten Vor-Ort-Betreuung durch den Anbieter aus. Biomaterialien werden – soweit Beschichtungen betroffen sind - häufig mit Implantaten gemeinsam vertrieben und unterliegen den gleichen Wettbewerbsbedingungen beim Vertrieb. Darüber hinaus dürfen viele der Biomaterialien (z.B. Knochenersatzstoffe oder damit angereicherte Knochenwachstumspräparate) ausschließlich von lizenzierten Pharmareferenten oder Fachverkäufern mit fachbezogener akademischer Ausbildung (Arzt, Biologe) vertrieben werden. Auch hier ist ein nationales, spezialisiertes Vertriebssystem unverzichtbar.

Die Erstattungsregime in den öffentlichen Gesundheitssystemen der EU-Mitgliedstaaten unterscheiden sich deutlich; so findet etwa in Frankreich anders als z. B. in Deutschland eine staatliche Preisregulierung für Medizinprodukte statt.

Schließlich sind neben den marktführenden Anbietern von Osteosyntheseprodukten in Deutschland verschiedene kleine Spezialanbieter tätig, deren Umsatzschwerpunkt eindeutig im Inland liegt.⁴⁹

⁴⁹ aap; Königsee; Litos; Medartis; Merete; Orthofix; Paradigm; Tantum; Link.

3.2 Technologiemarkte

Bei den Technologiemarkten haben sich keine entscheidungserheblichen Anhaltspunkte für eine räumlich nationale Marktabgrenzung ergeben. Dies entspricht auch der Ansicht der Synthes Inc., die einen – hypothetischen - Technologiemarkt sogar weltweit abgrenzt.

Zwar sind die Technologien (lizenzieren und unternehmensintern, einschl. Know how) – unabhängig vom räumlichen Einsatz der Osteosyntheseprodukte selbst - im Regelfall deckungsgleich. [...] Soweit die Technologien aber geschützt werden sollen, müssen sie - je nach nationalem oder regionalem Patentanmelde- und -prüfverfahren – in jeder Absatzregion (z.B. Europa, Nordamerika) angemeldet und durchgesetzt werden.

Das Europäische Patentamt kann europäische Patente für die 31 Vertragsstaaten des Europäischen Patentübereinkommens erteilen. Mit einer Anmeldung in einem einheitlichen Verfahren kann der europäische Patentschutz erreicht werden. Hierbei bestimmt der Anmelder, in welchen Vertragsstaaten das Patent Wirkung entfalten soll. Hat das Europäische Patentamt ein Patent für einen Teil oder für alle Vertragsstaaten erteilt, so entfaltet es hier die gleichen rechtlichen Wirkungen, wie ein nationales Patent. Über Europa hinaus gibt es ein vergleichbares, Länder- oder Regionenübergreifendes Verfahren nicht. Hier sind jeweils gesonderte Patentanmeldungen erforderlich. Auch Patentanmeldungen im Rahmen des Vertrages über die internationale Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Patentwesens (PCT) sind mit dem europäischen Patentverfahren nicht vergleichbar. Bei einer internationalen Anmeldung auf der Grundlage des PCT folgt einer ersten zentralen Phase (Formalprüfung, internationaler Recherchebericht, Veröffentlichung) zwingend die nationale Phase, bei der der Anmelder in jedem einzelnen Bestimmungsland dann das Verfahren weiterführen muss.

Im Verfahren B4-120/04 hatten mehrere Anbieter vorgetragen, dass die Patente häufig zunächst für den europäischen Markt und dann für den amerikanischen Markt angemeldet würden. Auch das Zusammenschlussvorhaben selbst spiegelt diese "Zweiteilung" wieder:[...]. Smith & Nephew hat angegeben, eine regionenspezifisch unterschiedliche Unternehmenspolitik bei der Anmeldung von Technologierechten zu verfolgen. Als Beispiel für eine jeweils unterschiedliche Strategie wurden Europa und Nordamerika genannt. Im Ergebnis divergieren die Anmeldeverfahren und Nutzungsbedingungen in Europa im Vergleich zu anderen Regionen ganz erheblich. Nach Auffassung der Beschlussabteilung reichen diese Unterschiede aus, um eigene Technologiemarkte für Europa zu begründen.

3.3 Zwischenergebnis

Nach den Feststellungen der Beschlussabteilung sind die sachlich relevanten Produktmärkte für medizintechnische Produkte (Implantate und Instrumente) für Trauma-, Wirbelsäulen- und CMF-Behandlungen räumlich national abzugrenzen. Bei den Technologiemarkten für medizintechnische Produkte (Implantate und Instrumente) für Trauma-, Wirbelsäulen- und CMF-Behandlungen handelt es sich um europaweite Märkte.

4. Marktbeherrschung vor dem Zusammenschluss

Nach § 19 Abs. 2, 1. Halbsatz Nr. 2 GWB ist ein Unternehmen marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat. Sie ergibt sich insbesondere aus dem Marktanteil, der Finanzkraft, dem Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten, den Verflechtungen mit anderen Unternehmen, den Marktzutrittsschranken und dem Fehlen von tatsächlichem oder potenziellem Wettbewerb durch im Inland oder im Ausland ansässige Unternehmen. Ihre Feststellung erfordert eine Gesamtbetrachtung aller wettbewerbsrelevanten unternehmens- und marktbezogenen Strukturfaktoren des Einzelfalls (st. Rspr., vgl. BGH WuW/E 3037, 3041 – Raiffeisen, m.w.N.).

4.1 Produktmarkt für Osteosynthese-Produkte für Trauma-Behandlungen

Nach Auffassung der Beschlussabteilung verfügt Synthes Inc. über eine marktbeherrschende Stellung auf dem deutschen Markt für Osteosynthese-Produkte für Traumabehandlungen (§ 36 Abs. 1, § 19 GWB).

4.1.1 Marktstruktur

Die Beschlussabteilung stützt ihre Beurteilung der Situation vor dem Zusammenschluss u. a. auf die Marktdaten zum Marktvolumen und zu den Marktanteilen, die sie durch eine Befragung der auf dem relevanten Markt tätigen Hersteller erhalten hat (zum Umfang der Ermittlungen siehe oben, Abschn. V.1).

In der Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsbedingungen auf den Osteosynthesemärkten ist die Marktstellung des Vertriebshändlers Clinical House GmbH der Synthes Inc. zuzurechnen. Dabei kann offenbleiben, ob die Clinical House GmbH der Synthes Inc. inzwischen entsprechend der Verbundklausel des § 36 Abs. 2 GWB zuzurechnen ist. Nach Auffassung der Beschlussabteilung sind von Clinical House keine Wettbewerbsimpulse zu erwarten, die ausreichen, um von einem unabhängigen Wettbewerbsverhältnis zwischen beiden Unternehmen zu sprechen. Vor diesem Hintergrund ist eine entsprechende Zurechnung der Marktanteile auch unterhalb

des Unternehmensverbundes sachgerecht. Hierfür sind vorliegend folgende Gründe maßgebend:

- Die Clinical House GmbH verfügt inzwischen über einen neuen Geschäftsführer, Herrn Christian Huber. Herr Huber war bis zu seinem Wechsel Mitglied der Geschäftsführung eines britischen Unternehmens der Synthes Inc.. Es kann als sicher angesehen werden, dass Herr Huber auch nach seinem Wechsel in enger Verbindung zu Synthes Inc. steht, deren Produkte die Clinical House GmbH vertreibt.
- Das Vertragsende des Liefervertrags zwischen der Synthes Inc. und der Clinical House GmbH ist der [...]. Dieses voraussichtliche Vertragsende liegt im für die Fusionskontrolle relevanten Prognosezeitraum.
- Ein weiteres Indiz für das mangelnde Wettbewerbsverhältnis zwischen der Synthes Inc. und der Clinical House GmbH ist, dass sich die Clinical House GmbH in ihren eigenen Expansionsbemühungen seit 2004 auf Geschäftsfelder konzentriert, die nicht in unmittelbarem Wettbewerb zu den Produkten stehen, die die Clinical House GmbH derzeit für die Synthes Inc. vertreibt (Zahnimplantate, minimalinvasive Operationssysteme in anderen Bereichen der klinischen Chirurgie usw.).
- Die Schulungs- und Zertifizierungsmaßnahmen der AO-ASIF sind auch für den unternehmerischen Erfolg der Clinical House GmbH von hoher Bedeutung. Insbesondere über die Unterstützung der praktischen Übungen im Rahmen des AO-ASIF-Schulungssystems ist Clinical House GmbH in die Kooperation zwischen der AO-ASIF und der Synthes Inc. eingebunden.

a) Marktanteile

Nach dem Ergebnis der Markterhebung sind auf dem relevanten deutschen Angebotsmarkt für Osteosynthese-Produkte für Trauma-Behandlungen maximal 17 Unternehmen bzw. Unternehmensgruppen in nennenswertem Umfang (über 0,5% Marktanteil) tätig. Das Gesamtmarktvolumen für Trauma-Produkte betrug danach in Deutschland im Jahr 2005 rd. € 140 Mio.

Trauma-Produkte Deutschland 2004 und 2005 (Implantate + Instrumente)

Unternehmen	2005		2004	
	Umsatz in Mio. €	Marktanteil in %	Umsatz in Mio. €	Marktanteil in %
Synthes Inc. (einschl. Clinical House GmbH)	[...]	[50-60]	[...]	[50-60]
Stryker	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]
B.Braun Aesculap	[...]	[5-10]	[...]	[5-10]
Königsee	[...]	[5-10]	[...]	[5-10]
Smith & Nephew	[...]	[>0-5]	[...]	[>0-5]
Zimmer / Centerpulse	[...]	[>0-5]	[...]	[>0-5]
Aap Implantate	[...]	[>0-5]	[...]	[>0-5]
Axomed/Marquardt	[...]	[>0-5]	[...]	[>0-5]
Orthofix	[...]	[>0-5]	[...]	[>0-5]
DePuy	[...]	[>0-5]	[...]	[>0-5]
KLS Martin	[...]	[>0-5]	[...]	[>0-5]
Weitere 6 UN (alle unter 1%) ⁵⁰	[...]	[>0-5]	[...]	[>0-5]
Summe	140,5	100 %	123,8	100 %

Der kumulierte Marktanteil der Synthes Inc. im deutschen Markt für Trauma-Produkte belief sich danach im Jahr 2005 auf über 50 % und lag damit sehr weit über der Schwelle der Marktbeherrschungsvermutung des § 19 Abs. 3 S. 1 GWB.

Dieser hohe Marktanteil geht einher mit sehr großen Marktanteilsvorsprüngen vor den folgenden Wettbewerbern; der Marktanteilsabstand zum nächsten (Stryker) beträgt weit über 30 %, zum Dritten (Aesculap) über 40 %. Die Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite sind durch das Zusammenspiel aus der (a) sehr deutlichen Markführerschaft der Synthes Inc. verbunden mit der hohen Attraktivität der AO-ASIF als Instrumentarium der Absatzförderung, (b) den sehr großen Marktanteilsabständen zu den folgenden Wettbewerbern und (c) der übrigen Zersplitterung des Anbietermarkts erheblich beschränkt. So liegen die Marktanteile der weiteren Anbieter im sehr niedrigen einstelligen Bereich. Diese sind zum großen Teil nur in Teilbereichen des relevanten Marktes bei einzelnen Implantaten und Instrumenten tätig. Es ist daher nicht zu erwarten, dass diese Wettbewerber in der Lage sind, den Verhaltensspielraum der Marktführerin Synthes Inc. wirksam zu begrenzen.

b) Entwicklung der Marktanteile

Die überragende Marktführerschaft der Synthes-Produkte ist im Zeitablauf unangefochten geblieben.

⁵⁰ Litos, Medartis, Merete, Normed, Tantum, Link.

Schon im Zusammenschlussfall Synthes/Mathys wurde für die damaligen Zusammenschlussbeteiligten ein Marktanteil von weit über 45% ermittelt, einhergehend mit sehr großen Marktanteilsvorsprüngen vor den folgenden Wettbewerbern und einer starken Zersplitterung des Anbietermarktes. Inzwischen hat die Synthes Inc. mit ihrem Produktangebot leichte Marktanteilzuwächse und einen Marktanteil von über 50% erreicht. Die Marktanteile der übrigen Marktteilnehmer stagnieren auf niedrigem Niveau oder sind zum Teil zugunsten von Synthes Inc. leicht rückläufig.

Das Marktvolumen in Deutschland weist hohe Steigerungsraten auf. Zwischen 2002 und 2005 ist es um ca. 40 % von € 102,7 Mio. auf € 140,5 Mio. gewachsen. Dieses Wachstum entspricht auch der Marktentwicklung im EWR und weltweit. Aus den der Beschlussabteilung vorliegenden Preislisten für Osteosyntheseprodukte haben sich keine klaren Hinweise darauf ergeben, dass die Steigerung des Marktvolumens vornehmlich auf Preissteigerungen zurückzuführen ist. Im Hinblick auf die Synthes-Produkte für die Osteosynthese sind bei einem Vergleich der Listenpreise für 2002 und für 2005 sowohl Preissteigerungen als auch Preissenkungen zu erkennen.

Die Preislisten geben dennoch einige Hinweise auf die Gründe für die für Synthes Inc. sehr positive Entwicklung der Osteosynthesemärkte. Gemessen am reinen Umfang der Listen hat sich das Produktangebot der Synthes Inc. zwischen 2002 und 2005 nahezu verdoppelt (2002: über 6.000 Artikel; 2005: weit über 10.000 Artikel).⁵¹ Die wachsende Bedeutung der Osteosynthese insgesamt, die Erweiterung der Produktpalette und die damit einhergehende Verbesserung der Produktqualität haben offenbar zu einem entsprechenden Marktwachstum geführt. An diesem Wachstum partizipiert die Synthes Inc. auf beständig hohem Niveau.

4.1.2 Technologieführerschaft und Zugang zu anwendungsspezifischer Technologie

Nach den Ermittlungsergebnissen verfügt die Synthes Inc. im Bereich der Trauma-behandlung über ein vollständiges und innovatives Produktangebot an Implantaten und Instrumenten. Das Unternehmen gilt im Markt – auch aufgrund seiner engen Verbindungen zur AO-ASIF – als Technologieführer und hat in der Vergangenheit – insbesondere im Bereich der Plattenosteosynthese – mit seinen Produkten den Stand der Technik weitgehend bestimmt. Nach eigener Darstellung hat die Synthes Inc. im Geschäftsjahr 2005 eine "...Rekordzahl an neuen Produkten auf allen Märkten und in allen drei Geschäftsbereichen..." eingeführt (GB 2005, S. 4). Mit den Produktlinien der Locking Compression Plate (LCP) Technologie verfügt die Synthes Inc. über das führende System für die Behandlung komplexer und schwer zu fixierende Frakturen. Die Verankerungstechniken liegen entweder in der Kompression oder der

⁵¹ Teilweise sind die aufgeführten Artikel Varianten eines Osteosyntheseproduktes, z.B. Universal-Tibiamarknagel in unterschiedlichen Längen und Durchmessern.

winkelstabilen Verriegelung (z.B. bei erheblichen Knochendefekten oder schlechter Knochenqualität). Die Chirurgen können sich intraoperativ für die jeweils optimale Verankerung des Implantats entscheiden. Die Synthes Inc. verfügt – derzeit über Lizenzen - über mehr als [...] Patentfamilien für alle Bereiche der Osteosynthese, die ihrerseits jeweils eine Vielzahl von patentierten Produktvarianten enthalten. Bislang ist diese Technologieführerschaft im Bereich der Traumabehandlung in ihrer Substanz auch nicht durch konkurrierende Technologien angegriffen worden. Zwar hat Smith & Nephew im Frühjahr 2005 mit dem PERI-LOC-System ein Konkurrenzprodukt zur LCP-Technologie von Synthes Inc. auf den Markt gebracht. Smith & Nephew hält jedoch in Deutschland einen Marktanteil von unter 5 % und im EWR einen Marktanteil von unter 10%. Anhaltspunkte dafür, dass Smith & Nephew aufgrund seiner Produktneuentwicklung in der Lage wäre, die mit weitem Abstand marktführende Stellung von Synthes Inc. im Prognosezeitraum wirksam anzugreifen, liegen nicht vor.

Für die anwendungsbezogene Produktentwicklung in der Osteosynthese ist ein möglichst guter Zugang zu den meinungsführenden, forschenden Unfallchirurgen und Orthopäden von herausragender Bedeutung. Inzwischen gibt es für nahezu alle Knochenbereiche des menschlichen Körpers Implantatsysteme. Innovationen betreffen im Wesentlichen graduelle Änderungen, wie z.B. neue Verankerungssysteme oder die Winkelstabilität der Plattensysteme. Insoweit formulieren in der Regel nicht die unternehmenseigenen Medizintechniker, sondern die Anwender, d.h. die Ärzte, die medizinischen Problemstellungen, z.B. bei der intraoperativen Befestigung von Implantaten, und benennen Indikationen, für die weitere Verbesserungen in den Implantaten und /oder Instrumenten aus medizinischer Sicht erforderlich wären (z.B. verbesserte Lösungen für gelenknahe Frakturen).

In der Vergangenheit sind die wesentlichen Produktentwicklungen der Synthes Inc. nicht nur im eigenen Unternehmen, sondern auch im Rahmen des AOTK-Zertifizierungsprozesses innerhalb der AO-ASIF entstanden. Dies gilt unter anderem auch für die Locking Compression Plate (LCP) Technologie (zuletzt LCP Distales Humerussystem für Frakturen oberhalb des Ellenbogengelenks).⁵² Dabei kann nach Auffassung der Beschlussabteilung letztlich dahinstehen, wie groß der Anteil der AO-ASIF selbst an den Produktentwicklungen ist. Die Bedeutung der AO-ASIF für die Synthes Inc. liegt darin, dass die AO-ASIF für die anwendungsbezogene Entwicklung von Implantaten und Instrumenten für die Osteosynthese ein Forum für den Austausch von Know how zwischen den Ärzten, den Ingenieuren der AO-ASIF und der Synthes Inc. bietet. Sie ist eine optimale "Schaltstelle" zur Koordinierung von medizinischer Problemstellung und medizintechnischer Umsetzung.

⁵² Siehe AO Development News 1/05, S. 5.

In der AO-ASIF sind europaweit die führenden forschenden Unfallchirurgen und Ärzte Mitglied. In Deutschland sind dies Chefärzte bzw. ärztliche Direktoren großer berufsgenossenschaftlicher Kliniken und Universitätskliniken, an denen sich ärztliche Forschung und Ausbildung konzentriert und die richtungsweisend in der Trauma-Behandlung sind. Im vorliegenden Fall hat die Beschlussabteilung die – nach Bettenzahl - 40 führenden deutschen unfallchirurgischen Kliniken/klinischen Abteilungen befragt. Alle Ärzte, die auf das Auskunftsschreiben der Beschlussabteilung geantwortet haben, haben mitgeteilt, sie seien Mitglied der AO bzw. der DAOI. Teilweise nehmen sie wichtige Funktionen innerhalb des AOTK-Systems wahr. Der Beschlussabteilung ist auch bekannt, dass die Bindung führender Unfallchirurgen und ihres Ärzteteams an die AO-ASIF in der Vergangenheit durch das Ermöglichen von Forschungsaufenthalten und die Unterstützung bei Habilitationen oder sonstige karrierefördernde Maßnahmen (z.B. wissenschaftliche Veröffentlichungen) verfestigt worden ist.

Die wesentlichen Wettbewerber der Synthes Inc. haben in allen Verfahren der Beschlussabteilung beklagt, dass von der Verknüpfung der AO-ASIF mit der Synthes Inc. erhebliche Entmutigungs- und Abschreckungseffekte für die aktuellen und erst recht für potenzielle Wettbewerber ausgingen.

Tatsächlich arbeitet derzeit nur eine geringe Anzahl der befragten Ärzte und zugleich aller Ärzte, die AO-Mitglieder sind, mit Wettbewerbern in der Produktentwicklung zusammen. Die Synthes Inc. hat der Beschlussabteilung im Verfahren B4-120/04 eine Liste der AO-Mitglieder vorgelegt, die nach Kenntnis des Unternehmens in der anwendungsbezogenen Forschung & Entwicklung mit Wettbewerbern der Synthes Inc. zusammenarbeiten.⁵³ Diese Angaben decken sich weitestgehend mit den Ermittlungsergebnissen der Beschlussabteilung im vorliegenden Fall.

Stryker arbeitet danach im Inland mit zwei Unfallchirurgen, die zugleich AO-Mitglied sind, zusammen. B.Braun/Aesculap kooperiert in der anwendungsbezogenen F&E ebenfalls mit zwei AO-Ärzten. Allerdings hat Aesculap erklärt, dass sich eine entsprechende Kooperation nicht auf die Osteosynthese, sondern auf die Gelenkprothetik bezieht. Von dem Unternehmen Königsee ist der Beschlussabteilung keine entsprechende Kooperation bekannt. Die von der Synthes Inc. im Verfahren B4-120/04 vorgelegten weiteren Kooperationen zwischen AO-Ärzten und Wettbewerbern betreffen entweder andere Medizintechnikbereiche, wie z.B. die Endoprothetik, oder es handelt sich nicht um Entwicklungskooperationen, sondern um Schulungsaufträge oder Vereinbarungen über Fachvorträge.

⁵³ Anlage 9 zum Schr. v. 8. November 2005.

4.1.3 Zugang zum Absatzmarkt

Nach dem Ergebnis der Ermittlungen ist die Bedeutung der Verflechtungsbeziehungen zwischen der AO-ASIF und der Synthes Inc. als Marktstrukturmerkmal auch im Bereich der absatzfördernden Ausbildung und Schulung sowie beim Produktabsatz selbst ganz erheblich.

a) Schulungssystem

Die AO-ASIF bietet – wie dargestellt – ein umfangreiches Schulungssystem an. Diese Schulungen beinhalten unter anderen folgende Schwerpunkte

- Vermittlung von Operationsmethoden- und –techniken,[...].
- Praktische Übungen unter Verwendung von Implantaten und Instrumenten, die im Rahmen des AOTK-Systems zertifiziert werden. [...]

Die Synthes Inc. selbst bzw. das Vertriebsunternehmen Clinical House GmbH bieten darüber hinaus Produktschulungen beim Vertrieb ihrer Produkte an Krankenhäuser an.

Die Beschlussabteilung hat im Rahmen der Befragung der Abnehmer nach der Teilnahme an entsprechenden Schulungen gefragt. Nahezu alle Ärzte, die das Auskunftsschreiben der Beschlussabteilung beantwortet haben, haben angegeben, dass entweder sie oder andere Mitarbeiter ihrer Abteilung an AO-Kursen teilgenommen haben. Mindestens die Hälfte der Ärzte ist auch schon selbst als Referent bei AO-Schulungen aufgetreten. Einzelne Ärzte haben angegeben, dass die Schulungskurse der AO-ASIF teilweise auch Grundlage der Facharztausbildung seien.

Die Beschlussabteilung bestreitet nicht, dass es grundsätzlich möglich ist, von der AO-ASIF unabhängige Schulungssysteme aufzubauen. Nach dem Ergebnis der Ermittlungen im Verfahren B4-167/03 spielen die von Wettbewerbern der Zusammenschlussbeteiligten geförderten Organisationen wie AIOD (Stryker) oder die Aesculap Akademie allerdings keine auch nur annähernd so bedeutsame Rolle wie die AO-Organisationen. Dies wurde der Beschlussabteilung bereit im Jahr 2003 in aller Deutlichkeit von Mitgliedern der DAO bestätigt, die selbst bereits über Jahre in leitenden Funktionen in der Unfallchirurgie tätig waren. Diese Einschätzung hat sich im vorliegenden Verfahren bestätigt. Nur ein geringer Teil der Ärzte hat angegeben, über gute Kontakte zu AOID oder der Aesculap Akademie oder anderen Schulungssystemen zu verfügen und konkrete Angaben zu diesen Kontakten gemacht. Andere haben sich keine Einschätzung über die Bedeutung dieser Organisationen zugetraut. Ein Teil der befragten Ärzte geht davon aus, dass die Bedeutung der von Wettbewerbern geförderten Organisationen allgemein zunehmen wird, ohne dies jedoch

näher zu begründen. Ein weiterer Teil der Ärzte schätzt die Bedeutung der AOID und der Aesculap Akademie als gering ein. Im Ergebnis konnte die Beschlussabteilung bislang keine Schulungsorganisation identifizieren, die eine auch nur annähernd vergleichbar bedeutsame Rolle wie das AO-ASIF-Schulungssystem hat.

b) Schulungen im AO-ASIF-Netzwerk – konkrete Auswirkungen auf den Produktabsatz

Nach dem Ergebnis der Abnehmerbefragung in Krankenhäusern trifft die ärztliche Leitung der jeweiligen unfallchirurgischen Station die Auswahlentscheidung über die zu beschaffenden Osteosyntheseprodukte, während die Krankenhausverwaltung die Beschaffung kaufmännisch und technisch abwickelt (dies entspricht auch dem Ergebnis der Marktbefragung im Fall B4-167/03). Der Vortrag der Synthes Inc., letztlich liege die Entscheidung über das zu beschaffende Osteosyntheseprodukt bei der Krankenhausverwaltung, hat sich durch die Ermittlungsergebnisse der Beschlussabteilung nicht bestätigt. Die Entscheidung über den Einkauf erfolgt im Regelfall in Zusammenarbeit von Spezialistenteams, dem Chefarzt und der Krankenhausverwaltung. Während die Stationsärzte bei Apothekenprodukten im Regelfall nur über begrenzte Einflussmöglichkeiten (hinsichtlich Wirkstoff und zulässiger Kombination) verfügen, ist die Krankenhausverwaltung bei Osteosyntheseprodukten nicht an der Auswahl des Produktes und Herstellers beteiligt, weil die Präferenz des Arztes aus medizinischen Gründen immer Vorrang hat.

Der Arzt verwendet im Regelfall vorrangig die Produkte, an denen er geschult worden ist. Alle Ärzte haben ausnahmslos bestätigt, dass die Schulung für den Produktabsatz in der Medizintechnik, speziell bei den Produkten, die operativ bei Patienten eingesetzt werden, eine ganz herausragende Bedeutung hat. Sie vermindert Behandlungsfehler beim Einsatz und zeigt Varianten in der operativen Behandlung auf. Eine umfassende Schulung muss dabei auch die Operationsmethoden und -Techniken beinhalten. Dies gilt zum einen für alle Ärzte, die noch über nicht langjährige Erfahrungen in der operativen Behandlung von Knochenbrüchen verfügen. Zum anderen werden das OP-Personal und das ärztliche Personal vor jeder Einführung eines neuen Systems an den neuen Produkten geschult, um eine einwandfreie Anwendung sicher zu stellen.

Die Synthes Inc. verlässt sich hierbei nicht allein auf die Produktschulungen des eigenen Unternehmens. Der Erfolg der Synthes-Produkte resultiert auch aus dem umfassenden Schulungssystem der AO-ASIF. Die AO-ASIF veranstaltet sowohl allgemeine Schulungen zu Operationsmethoden und -techniken als auch jeweils praktische Übungen, in den die vermittelten Methoden und Techniken in eine realitätsnahe Operationssituation [...] übertragen werden. In der praktischen Übung erkennt dann der teilnehmende Arzt die praktische Relevanz der Schulungsinhalte.

Die Ärzte als Entscheidungsträger bei der Beschaffung von Osteosynthese-Produkten fragen vornehmlich die Produkte nach, an denen nicht nur sie, sondern auch ihr Ärzteteam und das OP-Personal geschult worden sind. Insoweit vermittelt das Schulungssystem der AO-ASIF der Synthes Inc. einen hervorragenden Zugang zu den Absatzmärkten in der Traumatologie.

4.1.4 Marktzutrittsschranken

Im vorliegenden Fall ist der Markt für Trauma-Produkte durch marktstrukturelle und strategische Marktzutrittsschranken geprägt, die in ihrer Gesamtheit dem Zutritt insbesondere inländischer und ausländischer potentieller Wettbewerber entgegenstehen.

Nach den Marktermittlungen ist der Zugang zum Trauma-Markt für potenzielle Wettbewerber schon ungeachtet der besonderen Verflechtung der Zusammenschlussbeteiligten mit dem AO-ASIF-Netzwerk sehr schwer. Der Vortrag der Synthes Inc. im Verfahren B4-167/03, auf benachbarten Medizintechnik-Märkten tätige Unternehmen würden, etwa aufgrund vergleichbarer Technologien, mit vergleichsweise geringem Aufwand in den Markt für Trauma-Produkte eintreten und dort Fuß fassen können, hat sich nicht bestätigt.

Die Hersteller von Endoprothesen Aesculap, DePuy / Johnson & Johnson, Smith & Nephew, Stryker und Zimmer / Centerpulse sind schon heute auf dem Trauma-Markt präsent, ohne dass dies die sehr starke Position der Anbieter von Synthes-Produkten in der Vergangenheit geschmälert hätte. Nach Feststellung der Beschlussabteilung haben die in den Osteosynthesemärkten bestehenden hohen Marktzutrittsschranken die Marktstellung der Synthes Inc. gegen Neueintritte wirksam abgesichert. In den letzten Jahren sind keine bedeutenden Marktzutritte zu verzeichnen; zahlreiche Anbieter sind reine Nischenanbieter geblieben mit einer vergleichsweise eingeschränkten Produktpalette. Die Synthes Inc. behauptet, für Endoprothetik-Hersteller hätten die Osteosynthesemärkte aufgrund der im Vergleich zur Endoprothetik geringen Umsatzvolumina nur zweite Priorität. Insoweit seien deren geringe Marktanteile im Bereich der Osteosynthese kein Indiz für hohe Marktzutrittsschranken, sondern lediglich für eine firmenstrategische Schwerpunktsetzung. Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass außer Zimmer/Centerpulse, Stryker und Aesculap keiner der Wettbewerber im Bereich der Traumabehandlung eine bedeutende Marktstellung in der Endoprothetik hat. Zudem liegt die firmenstrategische Schwerpunktsetzung der beigeladenen Stryker erkennbar nicht nur im Endoprothetikbereich, sondern auch im Osteosynthesebereich.

Der weitere Vorwurf der Synthes Inc., die Beschlussabteilung habe wesentliche von ihr im Verfahren B4-120/04 benannten Wettbewerber⁵⁴ im Bereich der Osteosynthese nicht in ihre Marktbefragung einbezogen, trägt nicht. Die Beschlussabteilung hat auch diese Unternehmen befragt, soweit sie nicht schon aufgrund ihres Internetauftritts als reine Handelshäuser zu identifizieren waren und soweit sie über einen inländischen Firmensitz bzw. eine inländische Vertretung verfügen. Unternehmen ohne inländische Vertretung haben keinen Zugang zu den nachfragenden Krankenhäusern in Deutschland.

a) Strukturelle Marktzutrittsschranken / Marktphase

Um jede Knochenschädigung möglichst optimal zu behandeln, sind am Markt mehrere Tausend verschiedene Implantate erhältlich, die sich zum Teil nur geringfügig unterscheiden. Obwohl viele einzelne Trauma-Produkte, insbesondere Platten und Schrauben, lange erprobt und technisch ausgereift sind, können die Märkte für Osteosynthese-Produkte nicht als ausgereift oder gar stagnierend charakterisiert werden. So wirkt sich der allgemeine medizinische Fortschritt auch bei den Trauma-Produkten in einer fortlaufenden Innovation aus.

Trotz der positiven Umsatzentwicklung der Osteosynthesemärkte haben sich die Marktstrukturen seit 2002 nicht signifikant verändert (siehe oben Abschn. V. 4.1.1). Insbesondere die Synthes Inc. konnte aufgrund ihrer vollständigen und stark diversifizierten Produktpalette durchweg umfangreiche klinische Referenzen aufweisen, die dem Unternehmen auch bei Produktweiterentwicklungen (z.B. Erweiterung bestehender Implantatsysteme für neue Indikationen) einen erheblichen Wettbewerbsvorsprung vermittelt haben. Die Ermittlungen der Beschlussabteilung haben keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Marktpositionen der Synthes Inc. in der jüngeren Vergangenheit durch vorstoßenden Wettbewerb erfolgreich angegriffen werden konnten. Die überragende Marktführerschaft der Synthes-Produkte ist im Zeitablauf unangefochten geblieben. Das stark wachsende Marktvolumen vermittelt insoweit im vorliegenden Fall nur vordergründig die potentielle Möglichkeit für Markteintritte. Tatsächlich hat sich die zusätzliche Nachfrage im Wesentlichen nur an etablierte und eingeführte Anbieter gerichtet. Hiervon profitierte insbesondere die Synthes Inc..

Fest etablierte Kundenbindungen stellen im Trauma-Markt weitere strukturelle Hürden für Marktzutritte dar. Bei der Versorgung mit Trauma-Produkten sind die Bezugsvereinbarungen meist in Form von Rahmenverträgen getroffen, da der konkrete Bedarf verletzungsbezogen und damit für das einzelne Krankenhaus angesichts der Vielzahl der Indikationen und der angebotenen Implantate schwer kalkulierbar ist.

⁵⁴ Schreiben vom 8. November 2005.

Rechtlich sind diese Rahmenvereinbarungen zwar meist nur für die Dauer weniger Jahre geschlossen; gleichwohl bestehen im Trauma-Markt zwischen Anbietern und ihren Abnehmern faktisch langfristig gewachsene Kundenbindungen. Die Synthes Inc. will diese langfristigen Kundenbeziehungen durch die Einführung eines sog. Inventory Management-Systems (SIMS) unterstützen. Es soll eine elektronische Bestandsverwaltung und online-Bestellungen ermöglichen (GB 2005 S. 9). In Nordamerika hat die Synthes Inc. dieses System bereits in [...] Krankenhäusern eingeführt, entsprechende Zahlen für Europa oder Deutschland sind nicht bekannt.

Nach den Feststellungen der Beschlussabteilung spielt neben guten Kontakten zu den Ärzten auch deren Vertrauen in ein eingeführtes, umfassendes und in der medizinischen Anwendung bekanntes Produktangebot mit eingespielter Logistik eine große Rolle, da in Notfällen der rasche und zuverlässige Zugriff auf benötigte Implantate gewährleistet sein muss. Unabhängig von ihrer durch die Verflechtungsbeziehungen zum AO-ASIF-Netzwerk ohnehin schon vermittelten besonderen Abnehmernähe verfügen die Zusammenschlussbeteiligten in Deutschland im Trauma-Markt über eine sehr gute und flächendeckende Marktpräsenz mit etablierter Vertriebslogistik. Aufbau und Erhalt der erforderlichen Vertriebsstrukturen lassen sich in der Regel nur über eine hohe Sortimentsvielfalt und damit verbundene Produktionsvolumina darstellen; dies ist angesichts der sehr starken Marktstellung der Synthes Inc. eine weitere Hürde für den Markteintritt potenzieller Wettbewerber.

b) Strategische Marktzutrittsschranken

Die beschriebenen Marktzutrittsschranken auf dem Produktmarkt werden verstärkt durch das *strategische* Verhalten der AO-ASIF/Synthes AG. Sie verfügt als Lizenzgeberin für die von der Synthes Inc. vertriebenen Osteosyntheseprodukte über einen weitgehenden Patentschutz. Allein der angemeldete Vermögenserwerb betrifft etwa [...] Patentfamilien. [...] ergibt sich, dass [...] Veränderungen an bestehenden Implantaten und Instrumenten von der AO-ASIF als Schutzrecht angemeldet wurden (z.B. auch Verankerungen, Klammern, usw.). Die Restlaufzeiten liegen fast durchweg zwischen [...] Jahren. Darüber hinaus verfügt die Synthes Inc. nach eigenem Vortrag über weitere, neuere Schutzrechte,[...]. Die Synthes Inc. und die AO-ASIF haben aus einer gemeinsamen Interessenlage heraus die Marktzutrittsschranken durch die Absicherung der Produktentwicklung von Osteosyntheseprodukten erhöht und die strategische Abschottung des inländischen Produktmarktes gegenüber potentiellen Wettbewerbern zumindest begünstigt. Die Gefahr von Patentverletzungsklagen ist sowohl für aktuelle als auch für potentielle Anbieter beträchtlich.

Ein wettbewerblich bedeutsamer Zutritt auf den relevanten Markt für Trauma-Produkte ist nach alledem nur schwer möglich. Eine nur theoretische Möglichkeit von Marktzutritten genügt indes nicht, um dem aktuell bestehenden Verhaltensspielraum

der Synthes Inc. wirksam Grenzen zu setzen. Der potenzielle Wettbewerb muss auch hinreichend wahrscheinlich sein und sich auf einen Zutritt beziehen, der nach Mengen oder Preisen marktstrukturverändernd wirken würde. Konkrete Anhaltspunkte für einen in absehbarer Zukunft tatsächlich zu erwartenden Marktzutritt eines potenziellen Mitbewerbers mit wettbewerblichem Gewicht bestehen nicht.

4.1.5 Nachfragemacht

Nach den Feststellungen der Beschlussabteilung ist nicht zu erwarten, dass die durch die genannten Wettbewerbsvorsprünge für die Synthes Inc. eröffneten Verhaltensspielräume durch Marktgegenmacht der Abnehmerseite wirkungsvoll begrenzt würden. Voraussetzung für gegengewichtige Marktmacht ist zum einen die Existenz marktstarker Nachfrager und zum anderen, dass diese ihre Aufträge nach marktstrategischen Überlegungen ggf. gezielt auf mehrere Anbieter verteilen, um nicht von einem (beherrschenden) Anbieter abhängig zu werden (vgl. BGH WuW/E 1749, 1752 - Klöckner-Becorit).

Diese strukturellen Voraussetzungen liegen im Markt für Trauma-Produkte nicht vor.

Der Konzentrationsgrad auf der Angebotsseite übersteigt bei Weitem den auf der Nachfrageseite. So existieren in Deutschland über 2.000 Krankenhäuser, darunter - schon aus Gründen der Flächendeckung in der Akuttraumaversorgung - über 130 hochspezialisierte Universitätskliniken und berufsgenossenschaftliche Unfallkrankenhäuser. Sie verfügen im Markt für Trauma-Produkte über kein gebündeltes Drohpotenzial. Zwar besteht im Krankenhausbereich allgemein eine Tendenz zur gebündelten Beschaffung von Medizinprodukten und Verbrauchsmaterialien über Einkaufsgemeinschaften; im Markt für Trauma-Produkte spielen Einkaufsgemeinschaften nach dem Ergebnis der Marktermittlungen sowohl im Verfahren B4-167/03 als auch im vorliegenden Verfahren keine entscheidende Rolle. Bei der Beschaffung von Trauma-Produkten treten die Krankenhäuser nach Feststellung der Beschlussabteilung in der Regel einzeln am Markt auf.

Anhaltspunkte für ein bewusstes marktstrategisches Bezugsverhalten bei verschiedenen Herstellern zum Zweck der Vermeidung von Abhängigkeiten haben die Marktbefragungen nicht ergeben. Auch ließen sich keine Anhaltspunkte für einen bewussten Parallelbezug identischer Artikel bei zwei oder mehr Anbietern feststellen. Aus Nachfragersicht würde der parallele Bezug funktionell austauschbarer Implantatgruppen den - angesichts der Vielzahl der Produkte ohnehin schon hohen - Aufwand für Lagerhaltung und Bestellwesen weiter erhöhen. Dass Krankenhäuser gleichwohl Osteosynthese-Produkte von mehr als einem Anbieter beziehen, ist angesichts der Vielzahl von Indikationen und Produkten verständlich, aber nicht geeignet, ein marktstrategisches Einkaufsverhalten zu belegen.

4.1.6 Internationale Marktstellung

Für einen durch Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierbaren Verhaltensspielraum der Synthes Inc. in Deutschland spricht ferner, dass das Unternehmen offenbar auch europa- und weltweit vergleichbar starke Marktpositionen einnimmt. Selbst wenn bei der Marktermittlung einige ausländische Marktteilnehmer nicht befragt worden sind, dürften die Marktanteile von Synthes Inc. sowohl im EWR als auch weltweit bei 40-50% liegen. Die Abstände zu den von der Beschlussabteilung befragten Hauptwettbewerber Stryker und Smith & Nephew sind ganz erheblich. Die Synthes Inc. bezeichnet sich selbst in ihrem Geschäftsbericht 2005 als weltweit führenden Anbieter von Trauma-Produkten und als eines der wichtigsten Unternehmen im Wirbelsäulengeschäft, das in beiden Bereichen über ein umfassendes Produktsortiment verfügt.

4.1.7 Starke Marktpräsenz in den benachbarten Märkten für Wirbelsäulen- und für CMF-Behandlungen

Die überragende Marktstellung der Synthes Inc. auf dem Trauma-Markt wird durch den Umstand flankiert, dass das Unternehmen auch in seinen weiteren Betätigungsfeldern in der Osteosynthese jeweils bedeutende oder sogar führende Marktstellungen erreicht. Dies betrifft die eigenständigen, aber eng benachbarten Märkte für Implantate und zugehörige Spezialinstrumente für Wirbelsäulenbehandlungen und für Implantate und zugehörige Spezialinstrumente für CMF-Behandlungen.

Produkte für Wirbelsäulenbehandlungen (Implantate und Instrumente)

Unternehmen	2005	
	Umsatz in Mio. €	Marktanteil in %
Synthes Inc.	[...]	[20-30]
DePuy	[...]	[20-30]
Stryker	[...]	[10-20]
Link	[...]	[10-20]
B.Braun Aesculap	[...]	[5-10]
ulrich	[...]	[>0-5]
Biomet Merk	[...]	[>0-5]
Zimmer / Centerpulse	[...]	[>0-5]
Weitere 4 UN (alle unter 1%)	[...]	[>0-5]
Summe	87,2	100 %

Der Marktanteil der Synthes Inc. betrug auf dem deutschen Wirbelsäulenmarkt im Jahr 2005 weit über 20 %. Synthes ist damit Marktführer vor DePuy und Stryker.

Produkte für CMF-Behandlungen (Implantate und Instrumente)

Unternehmen	2005	
	Umsatz in Mio. €	Marktanteil in %
Stryker	[...]	[20-30]
Synthes Inc.	[...]	[20-30]
KLS Martin	[...]	[20-30]
Medartis	[...]	[10-20]
Medicon	[...]	[5-10]
Mondeal	[...]	[>0-5]
Normed	[...]	[>0-5]
DePuy	[...]	[>0-5]
Biomed Merck	[...]	[>0-5]
Weitere 4 UN (alle unter 1%)	[...]	[>0-5]
Summe	10,6	100 %

Der Marktanteil der Synthes Inc. auf dem deutschen (Bagatell-) Markt für CMF betrug im Jahr 2005 über 20 %. Die Synthes Inc. ist damit mit dem Marktführer Stryker in etwa gleichauf.

4.2 Technologiemarkt für Osteosynthese-Produkte für Trauma-Behandlungen

Die AO-ASIF und die Synthes Inc. verfügen über eine marktbeherrschende Stellung auf dem mindestens europaweiten Technologiemarkt für Osteosynthese-Produkte für Trauma-Behandlungen (§ 36 Abs. 1, § 19 GWB). Auf den benachbarten Technologiemarkten für Wirbelsäule und CMF stehen AO-ASIF und Synthes Inc. in Wettbewerb mit namhaften Wettbewerbern wie DePuy und Stryker und verfügen nicht über eine marktführende Stellung.

AO-ASIF und ihr Tochterunternehmen Synthes AG sind als Eigentümer der Technologierechte in der Traumabehandlung auf diesem Markt tätig. Aufgrund der besonderen Regelungen des Lizenzvertrags mit der Synthes Inc. besteht zwischen beiden Unternehmen schon heute eine gemeinsame Interessenlage an der Entwicklung und Verwertung der Technologien und eine gemeinsame Kontrolle an den zu übertragenden Rechten. Die nachfolgend dargestellten Strukturmerkmale für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung von AO-ASIF/Synthes Inc. resultieren zu einem Großteil aus dieser engen Lizenzgeber-Lizenznehmer-Beziehung zwischen beiden Unternehmen.

[...].

4.2.1 Marktstruktur

Die Beschlussabteilung wird im vorliegenden Fall zugunsten der beteiligten Unternehmen die intern genutzte Technologie bei der Ermittlung der Marktstruktur mit berücksichtigen (siehe oben Abschn. III. 2.2). Dabei wird nachfolgend keine Differenzierung nach unternehmensinternem Know how und geschützten *Technologierechten* vorgenommen. Eine entsprechende Differenzierung ist im vorliegenden Fall weder sachgerecht noch durchführbar. In der Osteosynthese werden häufig Implantatsysteme bzw. -kombinationen verwendet. Nur das System insgesamt ist in der Lage, die Anforderung des operierenden Arztes zu erfüllen. Daher führt schon der Patentschutz für ein Systemteil dazu, dass Wettbewerber das betreffende System nicht anbieten können. Die von den Marktteilnehmern lizenzierten oder intern verwendeten Implantatsysteme und Instrumente sind folglich im vorliegenden Fall in ihrer Gesamtheit (ungeschützte und geschützte Komponenten) als eine konkurrierende Technologie anzusehen.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass die den Technologien zurechenbaren Umsätze und Aufwendungen weit unter den auf den Produktmärkten erzielten Umsatzerlösen liegen, kommt die Anwendung der Bagatellmarktklausel des § 35 Abs. 2 Nr. 2 GWB aufgrund der bei weit über € 500 Mio. liegenden Gesamtumsätze für Osteosynthese-Produkte für die Traumabehandlung nicht in Betracht.

Die Marktstruktur auf dem Technologiemarkt *in Europa* ergibt sich aus der nachfolgenden Tabelle:

Unternehmen	2005		2004	
	Umsatz Produktmarkt in Mio. €	Marktanteil in %	Umsatz Produktmarkt in Mio. €	Marktanteil in %
AO-ASIF/Synthes Inc.	[...]	[40-50]	[...]	[40-50]
Stryker	[...]	[20-30]	[...]	[20-30]
Smith & Nephew	[...]	[5-10]	[...]	[5-10]
Zimmer / Centerpulse	[...]	[>0-5]	[...]	[>0-5]
DePuy	[...]	[>0-5]	[...]	[>0-5]
B.Braun Aesculap	[...]	[>0-5]	[...]	[>0-5]
Königsee	[...]	[>0-5]	[...]	[>0-5]
Biomet Merck	[...]	[>0-5]	[...]	[>0-5]
Axomed/Marquardt	[...]	[>0-5]	[...]	[>0-5]
Weitere 10 UN (alle unter 1%)	[...]	[>0-5]	[...]	[>0-5]
Summe	(536,4)	100 %	(469,4)	100 %

Der kumulierte Marktanteil der Synthes Inc. und der AO-ASIF im europaweiten Markt für Technologien für Osteosynthese-Produkte für Trauma-Behandlungen belief sich danach im Jahr 2005 auf weit über 40 % und lag damit über der Schwelle der Marktbeherrschungsvermutung des § 19 Abs. 3 S. 1 GWB.

Der Marktanteilsabstand gegenüber den folgenden Wettbewerbern Stryker und Smith & Nephew liegt bei weit über 15% bzw. bei über 30%. Die Marktanteile der weiteren Anbieter liegen durchweg im niedrigen bis sehr niedrigen einstelligen Bereich. Es ist daher nicht zu erwarten, dass diese Wettbewerber in der Lage sind, den Verhaltensspielraum von AO-ASIF/Synthes wirksam zu begrenzen. Diese Einschätzung wird auch durch den Umstand gestützt, dass sich unter den Anbietern mit geringen oder zu vernachlässigenden Marktanteilen Unternehmensgruppen befinden, die sonst über eine große technologische Kompetenz in der Medizintechnik verfügen wie Smith & Nephew, Zimmer / Centerpulse, DePuy/Johnson & Johnson, B.Braun/Aesculap oder Biomet Merck. Das spricht dafür, dass es hier technologisch durchaus leistungsfähigen und sogar bedeutenden Anbietern offenbar nicht ohne Weiteres möglich ist, Marktanteilsvorsprünge bereits etablierter Unternehmen abzubauen oder zumindest zu verringern.

Hinsichtlich der Dauerhaftigkeit der marktführenden Stellung der AO-ASIF/Synthes Inc. auf dem Technologiemarkt verweist die Beschlussabteilung auf ihre Ausführungen zum Produktmarkt (siehe oben Abschn. V 4.1.1 b).

4.2.2 Technologieführerschaft und Zugang zu anwendungsspezifischer Technologie

AO-ASIF/Synthes Inc. verfügen über ein [...] Portfolio an Technologierechten im Bereich der Traumabehandlung. Dabei haben insbesondere die über Jahrzehnte im Wege einer engen Kooperation zwischen AO-ASIF, Synthes Inc. und Ärzten entstandenen "Produktentwicklungs-Netzwerke" dazu geführt, dass AO-ASIF/Synthes Inc. inzwischen für nahezu alle Knochenbereiche des menschlichen Körpers Implantatsysteme entwickeln konnten. Neue Technologierechte betreffen heute im Wesentlichen graduelle Änderungen, wie z.B. neue Verankerungssysteme oder die Winkelstabilität. Hierfür ist – dies haben auch die Ermittlungen bestätigt - ein möglichst guter Zugang zu den Unfallchirurgen und Orthopäden von sehr hoher Bedeutung. Diese formulieren die medizinischen Problemstellungen, z.B. bei der intraoperativen Befestigung von Implantaten, und benennen Indikationen, für die (noch) Verbesserungen in den Implantaten und /oder Instrumenten aus medizinischer Sicht erforderlich wären (z. B. verbesserte Lösungen für gelenknahe Frakturen). AO-ASIF führt in ihren eigenen Veröffentlichungen beispielsweise zur Einführung des LCP-Systems aus: "All these new technologies have been developed in an organisation of medical-technical committees, the so called TK-System. It offers a forum to surgeons world-

wide to share their clinical experience and to develop new treatment options..."⁵⁵ Im Eigentum der AO-ASIF stehen zahlreiche Schutzrechte für alle Bereiche der Osteosynthese.

Allerdings gibt es auch Beispiele dafür, dass die AO-ASIF in der Vergangenheit die Marktbedeutung richtungsweisender, neuer Osteosyntheseproduktentwicklungen [...] nicht bzw. erst spät erkannt hat.⁵⁶ Einige Marktteilnehmer führen dies auf die mangelnde Öffnungsbereitschaft der AO-ASIF gegenüber unabhängigen Ärzten und Wettbewerbern der Synthes Inc. zurück. Dieses Beispiel zeigt, dass auch eine sehr erfolgreiche Kooperation in anwendungsbezogener Forschung & Entwicklung das Risiko von marktstrategischen Fehleinschätzungen birgt, wenn sie faktisch als "Closed Shop" operiert. Im konkreten Fall konnten AO-ASIF und Synthes Inc. ihre Technologieführerschaft aufgrund des nach wie vor hohen Anteils der Plattenosteosynthese am Traumamarkt insgesamt behaupten (nach Schätzungen eines Wettbewerbers liegt der Anteil der Plattenosteosynthese bei weit über 50%). Die wesentlichen Wettbewerber der Synthes Inc. haben in allen Verfahren beklagt, dass von der Verbindung zwischen der AO-ASIF und der Synthes Inc. erhebliche Entmutigungs- und Abschreckungseffekte für die aktuellen und erst recht für potenzielle Wettbewerber auch auf den Technologiemarkten ausgingen.

Tatsächlich arbeitet nur eine sehr geringe Anzahl der befragten Ärzten und darüber hinaus aller Ärzte, die zugleich AO-Mitglieder sind, mit Wettbewerbern in der Produktentwicklung zusammen (siehe oben Abschn. V 4.1.2).

4.2.3 Bedeutung des Zugangs zum Produktabsatzmarkt

Der Erfolg und die Marktbedeutung der von der AO-ASIF gehaltenen und von der Synthes Inc. genutzten Technologierechte resultieren aus dem unter Abschn. V 4.1.3 dargelegten hervorragenden Zugang der Synthes Inc. zum Produktabsatzmarkt.[...].

Letztlich bildet der Zugang zu den Ärzten als (a) [...] Technologiedienstleistern für die AO-ASIF bzw. die Synthes Inc., als (b) Referenten und Teilnehmern an Grundlagenschulungen und praktischen Übungen der AO-ASIF und als (c) Entscheidungsträgern bei der Beschaffung von Traumaprodukten den Schlüssel zum Erfolg jedes Technologieanbieters in der Osteosynthese. AO-ASIF verfügt hier über ein besonders erfolgreiches und lückenloses System. Kein anderer Technologierechteinhaber in Europa kann eine auch nur annähernd vergleichbare Organisation aufweisen.

⁵⁵ [...].

⁵⁶ B4-120/04, Schr. Stryker v. 21. Oktober 2005.

4.2.4 Marktzutrittsschranken

Die unter Abschn. 4.1.3 b) beschriebenen strategischen Marktzutrittsschranken auf dem Produktmarkt unterstützen gleichermaßen die marktführende Stellung von AO-ASIF/Synthes Inc. auf dem Technologiemarkt. AO-ASIF und Synthes Inc. verfügen nicht nur für die Basissysteme, sondern für [...] graduellen Veränderungen an bestehenden Implantaten und Instrumenten über Schutzrechte [...]. Die Restlaufzeiten liegen nahezu durchweg zwischen [...] Jahren. Darüber hinaus verfügt Synthes Inc. nach eigenem Vortrag über weitere, neuere Schutzrechte,[...]. Deren Laufzeiten dürften noch länger sein. Die Beschlussabteilung ist daher der Auffassung, dass die beteiligten Unternehmen die Marktzutrittsschranken durch die Patentierung aller wesentlichen Produktweiterentwicklungen erhöhen, um potentielle Wettbewerber von einem möglichen Marktzutritt abzuhalten. Die Gefahr von Patentverletzungsklagen durch AO-ASIF und Synthes Inc. ist sowohl für aktuelle als auch für potentielle Anbieter beträchtlich.

4.3 Zwischenergebnis

Nach Auffassung der Beschlussabteilung verfügt die Synthes Inc. über eine marktbeherrschende Stellung auf dem deutschen Markt für Osteosynthese-Produkte für Traumabehandlungen. Darüber hinaus verfügen die AO-ASIF und die Synthes Inc. über eine marktbeherrschende Stellung auf dem mindestens europaweiten Technologiemarkt für Osteosynthese-Produkte für Trauma-Behandlungen. Diese marktbeherrschenden Stellungen resultieren insbesondere aus den dauerhaft hohen Marktanteilen, den Marktanteilsabständen und dem hervorragenden Zugang zu anwendungsspezifischer Technologie und zu den Absatzmärkten.

5. Zukünftige Bedeutung der AO-ASIF für die Marktstellung der Synthes Inc.

Der bevorzugte Zugang der Synthes Inc. zu anwendungsspezifischer Technologie und zum Absatzmarkt über das AO-ASIF Netzwerk wird auch im Prognosezeitraum Bestand haben. Die Synthes Inc. wird entsprechende Vorteile gegenüber den Wettbewerbern sowohl auf dem Produktmarkt für Osteosyntheseprodukte für die Traumabehandlung als auch auf dem Technologiemarkt für Osteosyntheseprodukte für die Traumabehandlung nutzen können.

Nahezu alle wesentlichen Wettbewerber in der Osteosynthese sehen die mittelfristigen Entwicklungsschwerpunkte in der Verbesserung biomechanischer Implantate. Gerade in diesem Bereich ist die fortlaufende Mitarbeit der Ärzte und ein fortlaufender Input aus der medizinischen Anwendungspraxis erforderlich. Als Entwicklungsschwerpunkte wurden im Verfahren insbesondere genannt:

"moderne Implantate mit funktionalen Instrumenten" (aap)

"Weiterentwicklung intramedullärer Osteosynthesematerialien mit Ausweitung der Indikationen für die obere Extremität und verbesserte Lösungen für gelenknahe Frakturen" (B.Braun/Aeskulap)

"winkelstabile Systeme, polyaxial und nicht polyaxial; periprothetische Systeme" (axomed/Marquardt)

"Implantate für spezielle Indikationen und spezifische Operationstechniken" (KLS Martin)

"neue Platten- und Nagelsysteme für schwer zugängliche Knochenpartien" (Smith & Nephew)

"in den nächsten drei Jahren wird der klassische Osteosynthese-Markt mit Implantaten aus Edelstahl und Titan [einen ganz wesentlichen Teil] des Geschäftes ausmachen", "Forschungsschwerpunkt ist die klassische Osteosynthese" (Stryker),

"Osteosyntheseprodukte für die Behandlung osteoporotischer Knochen" (Synthes).

Darüber hinaus wurden von einigen Befragten minimal-invasiv einsetzbare Produkte, Implantate für dynamische Stabilisierungen, Beschichtungen für Implantate und Knochenzemente als mittel- bis langfristige Entwicklungsschwerpunkte genannt.

Der Beschlussabteilung ist aus ihren Marktermittlungen bekannt, dass einige der führenden Ärzte im Bereich der Osteosynthese die zukünftige Bedeutung der AO-ASIF – zumindest im Hinblick auf ihre Funktionen in der Produktentwicklung und Zertifizierung - eher kritisch sehen. Als Gründe hierfür wurden genannt:

- Der forschungsbezogene Schwerpunkt der AO Foundation liege in Produktweiterentwicklungen im *biomechanischen* Bereich. Damit koppele sich die AO-ASIF vom zukünftig wachsenden Bereich der Biomaterialien ab. Zudem habe die AO-ASIF aufgrund ihrer ausschließlichen Bindung an die Synthes Inc. auch wiederholt sinnvolle und zukunftsweisende Entwicklungen im Bereich der biomechanischen Implantatsysteme zu spät erkannt [...].
- Die Synthes Inc. gehe verstärkt dazu über, außerhalb der Zusammenarbeit in der AO-ASIF eigene Produktentwicklungen zu fördern und mit Ärzten in Projektteams an Produktneu- und Produktweiterentwicklungen zu arbeiten.
- In den USA hätten die Ärzte keine Scheu, eigene Produktentwicklungen auch zu vermarkten. Auch in Europa würde sich langsam die Erkenntnis durchsetzen, dass man Forschungsergebnisse nicht der AO-ASIF überlassen sollte, sondern selbst kommerzialisieren könne.

Die vorgenannten zukünftigen Tendenzen sind nicht geeignet, die Bedeutung des AO-ASIF-Netzwerks für die Synthes Inc. im Prognosezeitraum substantiell zu entwerten. AO-ASIF ist für die Synthes Inc. nach wie vor eine hervorragende "Schaltstelle" für den Kontakt zu Ärzten und die Koordinierung von medizinischer Problemstellung und medizintechnischer Umsetzung. Insoweit wird die faktische oder ggf. vertragliche Kooperation zwischen der AO-ASIF und der Synthes Inc. der Synthes Inc. auch zukünftig einen hervorragenden Zugang zu anwendungsspezifischer Technologie und dem Absatzmarkt vermitteln.

5. Wirkungen des Zusammenschlusses

Nachfolgend stellt sich die Frage, ob sich die vorstehend aufgezeigte Wettbewerbssituation durch den Zusammenschluss noch mehr verschlechtern würde.

Die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bedeutet, dass auf einem bestimmten Markt die neutralisierende Wirkung des Wettbewerbs im Wege der Änderung von markt- und unternehmensbezogenen Strukturen in noch höherem Maße eingeschränkt wird, als dies schon vor dem Zusammenschluss der Fall war. Dabei muss die durch den Zusammenschluss zu erwartende Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht im Sinne von § 1 GWB spürbar sein. Angesichts der Zielsetzung der Zusammenschlusskontrolle, Märkte für Wettbewerb offenzuhalten, reichen bei bereits bestehender hoher Konzentration schon geringe Verschiebungen der die Marktmacht bestimmenden Größen aus, um eine Verstärkungswirkung zu bejahen. Diese kann schon in der Stärkung der Fähigkeit liegen, nachstoßenden Wettbewerb abzuwehren und den von Wettbewerbern zu erwartenden Wettbewerbsdruck zu mindern, um die bereits errungene Marktposition zu erhalten und zu sichern.⁵⁷ Ein trotz Marktbeherrschung bestehender Restwettbewerb ist um so nachhaltiger zu schützen, je stärker der Grad der durch Konzentration eingetretenen Beschränkung des Wettbewerbs ist.⁵⁸

Die Beschlussabteilung hat bei der Prüfung des Zusammenschlusstatbestands festgestellt, dass Synthes Inc. und AO-ASIF aufgrund des bestehenden Lizenzvertrags schon vor dem Zusammenschluss die gemeinsame Kontrolle über die zu übertragenden Marken- und Technologierechte ausüben.[...]. Insoweit ist das Wettbewerbspotential, das mit der Verfügungsgewalt über die Marken- und Technologierechte verbunden ist, nicht nur der AO-ASIF, sondern auch dem Lizenznehmer Synthes Inc.

⁵⁷ BGHZ 76, 55, 73 – Springer/Elbe Wochenblatt I; BGH WuW/E BGH 1854, 1858 – Zeitungsmarkt München, BGH, Beschl. V. 21.12.2004 – KVR 26/03 – Seite 14 – "Deutsche Post/trans-o-flex"; BGH WuW/E BGH 1854, 1856, 1860 "Zeitungsmarkt München".

⁵⁸ BGHZ, 82, 1, 11 – Zeitungsmarkt München; BGHZ 136, 268, 278 – Stromversorgung Aggertal; KG WuW/E DE-R 336, 341 – WAZ/IKZ.

zuzurechnen. Die gemeinsame Kontrolle und Zurechnung ergibt sich aus dem Vertrag, aber auch aus der praktischen Handhabung der Vertragsklauseln.

Dies schließt – für sich genommen – die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht aus. Voraussetzung für eine solche Verstärkung wäre, dass Synthes Inc. durch den Erwerb der Vermögensrechte zusätzliche unternehmerische und wettbewerbliche Handlungsspielräume auf dem relevanten Produktmarkt und/oder dem relevanten Technologiemarkt gewinnt. Denn eine marktbeherrschende Stellung wird nicht nur dann verstärkt, wenn durch einen Zusammenschluss neue Marktanteile hinzugewonnen werden, sondern auch dann, wenn die Fähigkeit zur Abwehr des nachstoßenden Wettbewerbs durch Minderung des zu erwartenden Wettbewerbsdrucks verstärkt, oder auch nur erhalten oder gesichert wird.⁵⁹

Eine solche Verstärkungswirkung wird durch den Vermögenserwerb nicht begründet. Anders als bei anderen Fallkonstellationen beim Übergang von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle handelt es sich im vorliegenden Fall nicht um die Auflösung eines Gemeinschaftsunternehmens, sondern um die Ablösung eines Lizenzvertrags durch eine Eigentumsübertragung der zuvor lizenzierten Technologie- und Markenrechte an den Lizenznehmer.

Durch die besondere Vertragsgestaltung im vorliegenden Fall bestand schon vor dem Zusammenschluss keine Notwendigkeit für die Synthes Inc., eine gegebenenfalls von ihren eigenen Interessen abweichende Interessenlage der AO-ASIF berücksichtigen zu müssen. Zwar tritt Synthes Inc. erst nach dem Zusammenschluss auch eigentumsrechtlich vollständig in die Marktstellung der AO-ASIF auf dem sachlich relevanten Technologiemarkt für Osteosynthese-Produkte für Trauma-Behandlungen ein. Auch kann sie erst mit dem Zusammenschluss ihre Osteosyntheseprodukte auf der Grundlage auch eigentumsrechtlich eigener Technologien herstellen und vertreiben. Dies wird den Unternehmenswert der Synthes Inc. weiter erhöhen. Nach Auffassung der Beschlussabteilung reichen diese Aspekte jedoch nicht aus, um eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Synthes Inc. auf dem Produktmarkt oder eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Synthes Inc. auf dem Technologiemarkt festzustellen.

Aufgrund der Regelungen des Lizenzvertrages hatte die AO-ASIF zu keinem Zeitpunkt die Möglichkeit, eine von den Interessen der Synthes Inc. abweichende Interessenlage im Hinblick auf die Verwertung der Technologie- und Markenrechte durchzusetzen. [...]. Die Vermögensgegenstände standen während der Laufzeit des Lizenzvertrags nicht für unternehmerische Entscheidungen und die Notwendigkeit

⁵⁹ WuW/E BGH 1854, 1856, 1860 "Zeitungsmarkt München".

von entsprechenden Einigungsprozessen zwischen den Parteien offen. Eine fortlaufende Rücksichtnahme auf eine möglicherweise andere Interessenlage der AO-ASIF war für Synthes Inc. nicht notwendig.

Der Lizenzvertrag ist seit [...] in Kraft und war auf Dauer angelegt. Damit ist auch nicht davon auszugehen, dass AO-ASIF ohne den hier zu prüfenden Zusammenschluss eine realistische Chance gehabt hätte, die betroffenen Technologierechte zumindest mittelfristig anderweitig zu verwerten.[...].

Aufgrund dieser vertraglichen Situation blieb AO-ASIF letztlich nur das Interesse an einem möglichst großen Verkaufserfolg der auf der Grundlage der lizenzierten Technologien und Marken hergestellten Produkte. [...]. Damit war AO-ASIF schon vor dem Zusammenschluss im Hinblick auf die zu übertragenden Vermögenswerte in das unternehmerische Interesse der Synthes Inc. am Produkterfolg der Synthes-Produkte eingebunden.

Im Ergebnis ist die Beschlussabteilung nicht der Auffassung, dass die Übertragung der Vermögensrechte Synthes Inc. in die Lage versetzt, nachstoßenden Wettbewerb noch besser als zuvor abwehren zu können. Das Abwehrpotential gegenüber Wachstumsbestrebungen bereits tätiger oder potentieller Wettbewerber erhöht sich hierdurch nicht. Nennenswerte Marktwirkungen durch die Übertragung des Eigentums an den Technologie- und Markenrechten auf die Synthes Inc. sind nicht zu erkennen. Diese Erwägungen gelten gleichermaßen für den Technologiemarkt.

Soweit die Beigeladene in ihrer Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf Verstärkungswirkungen durch das angemeldete Vorhaben geltend macht, wären diese vor allem durch das CoA begründet worden und decken sich insoweit auch mit der wettbewerblichen Beurteilung des CoA durch die Beschlussabteilung. Die zusätzlichen Abhängigkeiten, die nach dem Vortrag der Beigeladene nach der Übertragung der Technologie- und Markenrechte entstehen werden, liegen nicht in einer Kombination von Vermögenserwerb und Abschluss des CoA. So ist die Zahlung des Kaufpreises nicht an die Erfüllung des CoA durch die AO-ASIF gebunden. Auch die von der Beigeladenen vorgetragenen Einflussmöglichkeiten der Synthes Inc. auf die Organe und die Geschäftstätigkeit der AO-ASIF werden nach Auffassung der Beschlussabteilung nicht durch den Abschluss des APA und den damit verbundenen Vermögenserwerb begründet.

6. Gesamtbetrachtung

Nach alledem ist nicht zu erwarten, dass durch den Erwerb der im Eigentum der AO-ASIF und ihres Tochterunternehmens Synthes AG stehenden Technologie- und Mar-

kenrechte die marktbeherrschende Stellung der Synthes Inc. auf dem betroffenen Produktmarkt für Osteosynthese-Produkte für Trauma-Behandlungen und auf dem betroffenen Technologiemarkt für Osteosynthese-Produkte für Trauma-Behandlungen verstärkt wird. Der Zusammenschluss ist daher freizugeben.

B. Gebühren

[...]

C. Rechtsmittelbelehrung

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

Die Beschwerde ist zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt zwei Monate. Sie beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag vom Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

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

D. Vollzugsanzeige

Vorsorglich wird darauf hingewiesen, dass die Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens die Pflicht nach § 39 Abs. 6 GWB unberührt lässt, den Vollzug des Zusammenschlusses unverzüglich anzuzeigen. Die Auslagen für die erforderliche Bekanntmachung dieses Beschlusses im Bundesanzeiger (§ 43 Nr. 2 GWB) werden gesondert erhoben (§ 80 Abs. 1 S. 3 GWB).

Hossenfelder

Schulze

Krueger