

**FÜR DIE
VERÖFFENTLICHUNG BESTIMMT**

BESCHLUSS

In dem Verwaltungsverfahren

Fuchs Gewürze GmbH & Co.,
Westring 15 – 17, 49201 Dissen,

Verfahrensbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Brandi Dröge Piltz Heuer
& Gronemeyer, Bielefeld

- Beteiligte -

wegen des Verstoßes gegen das Verbot unbilliger Behinderung nach §§ 32, 20 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) hat die 2. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes am 19. Juli 2002 beschlossen:

1. Der Beteiligten und den mit ihr gem. § 36 Abs. 2 GWB verbundenen Unternehmen wird untersagt, beim Abschluss von Verträgen mit Lebensmitteleinzelhändlern zur Belieferung mit haushaltsüblich abgepackten Trockengewürzen und -kräutern durch die Verwendung von Exklusivitätsklauseln oder sonstigen vertraglichen Regelungen, die zu einer faktischen Exklusivität führen, in Verknüpfung mit Einmalzahlungen (sog. Werbekostenzuschüsse) die Wettbewerberin Hartkorn Gewürzmühle GmbH, Koblenz, aus ihren bestehenden oder sich anbahnenden Lieferbeziehungen mit Lebensmitteleinzelhändlern zu verdrängen.
2. Die sofortige Vollziehung der Verfügung zu Ziff. 1 wird angeordnet.

3. Die Gebühr für die Entscheidung wird gesondert festgesetzt.

Gründe

I. Sachverhalt

a) Zu den beteiligten Unternehmen

1. Die Fuchs Gewürze GmbH & Co, Dissen, und ihre Konzernunternehmen (im folgenden Fuchs-Gruppe) produzieren und vertreiben getrocknete Gewürze, Gewürzmischungen und Kräuter sowie Nahrungsmittel. Die Umsatzerlöse des Unternehmens lagen im Jahr 2000 nach den im Verfahren gemachten Angaben in Deutschland bei [Geschäftsgeheimnis] Mio. Euro. Im Jahr 2001 wurden weltweite Umsatzerlöse von ca. [Geschäftsgeheimnis] Mio. Euro erzielt.
2. Die Fuchs-Gruppe ist nach eigenen Angaben der größte Gewürzanbieter in Europa und weltweit zweitgrößter Gewürzspezialist nach McCormick & Co (s. Internetauftritt www.fuchs-gewuerze.de). Die Fuchs-Gruppe ist in den letzten fünf Jahren stark gewachsen. Sie hat ihre Umsätze nach Pressemeldungen nahezu verdoppelt. Großen Anteil an dem Wachstum der Fuchs-Gruppe hatte der Zukauf von Wettbewerbern mit deren umsatzstarken Gewürzmarken. So erwarb Fuchs 1998 die Firma Ostmann von einem australischen Konzern, nachdem der Weltmarktführer McCormick zuvor Ostmann aus kartellrechtlichen Gründen nicht übernehmen durfte. Im Oktober 2000 kaufte Fuchs von Bestfoods den Wettbewerber UBENA. Anfang dieses Jahres erwarb Fuchs den Wettbewerber Wagner. Da die Fuchs-Gruppe die fusionskontrollrechtliche Umsatzschwelle des § 35 Abs. 1 GWB nicht erreichte, waren die Fälle durch das Bundeskartellamt nicht zu prüfen.
3. Die Hartkorn Gewürzmühle GmbH, Koblenz, ist ein mittelständisches Unternehmen, das in der Herstellung und im Vertrieb von haushaltsüblich abgepackten Trockengewürzen und -kräutern tätig ist. Hartkorn erzielte im Jahr 1998 einen Umsatz in Höhe von [Geschäftsgeheimnis] Mio. Euro, 1999 [Geschäftsgeheimnis] Mio. Euro und im Jahr 2000 [Geschäftsgeheimnis] Mio. Euro. Unter der Marke Hartkorn werden Gewürze und Kräuter an Unternehmen des Groß- und Einzelhandels im Sortimentsbereich Lebensmittel und lebensmittelnaher non-food vertrieben. Vertriebs-

schwerpunkte liegen im Gebiet nördliches Rheinland-Pfalz, Nordrhein-Westfalen, westliches Niedersachsen und Bremen. Hartkorn bietet ein vollständiges Gewürz- und Kräutersortiment an. Es wird ein Außendienst unterhalten, der in den genannten Gebieten die Kundenbetreuung und Regalpflege durchführt. Nach der Übernahme der Firma Ostmann durch Fuchs sind einige ehemalige Vertriebsmitarbeiter Ostmanns in den Vertrieb von Hartkorn gewechselt.

b) Betroffene Märkte

4. Getrocknete Gewürze, Gewürzmischungen und Kräuter werden als sog. Verarbeitungsgewürze in Großpackungen für die Nahrungsmittelindustrie hergestellt und vertrieben. An Endabnehmer werden sie über den Lebensmittelhandel in Packungen mit haushaltsüblichen Mengen vertrieben. Die haushaltsübliche Verpackung besteht regelmäßig aus wiederbefüllbaren oder Einweg-Dosen aus Plastik, Aluminium oder Glas, die mit einem Dosierstreuer versehen sind. In ihrer Aufmachung gehen diese Verpackungen über eine bloße Transportverpackung hinaus. Die Gebinde umfassen üblicherweise ein Gewicht von 30 bis 100 g. Erhältlich sind daneben Nachfüllbeutel. Aufgrund der verschiedenen Vertriebswege und der unterschiedlichen Transport- und Verkaufspackungen ist für die Herstellung und den Vertrieb von Trockengewürzen in haushaltsüblichen Packungen ein eigener sachlich relevanter Markt anzunehmen.
5. Der räumlich relevante Markt ist bundesweit abzugrenzen. In Deutschland werden getrocknete Gewürze, -mischungen und Kräuter in haushaltsüblichen Packungen vom Lebensmittelhandel bundesweit nachgefragt. Die Fuchs-Gruppe ist einer der wenigen Gewürzhersteller, der den Handel bundesweit mit haushaltsüblich abgepackten Gewürzen und Kräutern beliefert. Alle übrigen – verbliebenen – Wettbewerber sind zum größten Teil kleine oder kleinste mittelständische Unternehmen, die zwar bundesweite Belieferung anbieten, in der Regel aber einen regionalen Liefer-schwerpunkt haben.

c) Marktverhältnisse beim Vertrieb von getrockneten Gewürzen, -mischungen und Kräutern in haushaltsüblichen Packungen

6. Die Befragung der im Fachverband der Gewürzindustrie e.V. vertretenen Hersteller von Haushaltsgewürzen, in dem über 90 % der auf dem Markt tätigen Gewürzhersteller organisiert ist, hat folgende Marktanteilsverteilung ergeben: Bei einem Marktvolumen von ca. 265 Mio. DM im Jahre 2000 hielt Fuchs einen Marktanteil von [50-70 %]. Zusammen mit der kürzlich erworbenen Wagner Gewürze GmbH, die bisher der zweitstärkste Anbieter mit einem Marktanteil von [5-10 %] war, erreicht Fuchs einen Marktanteil von etwa [60-80 %]. Diese Marktanteilszahlen bestätigen, den von der Fuchs-Gruppe in Presseberichten selbst eingeschätzten Marktanteil von 75 % (Lebensmittelzeitung aaO.). Die nächsten Wettbewerber sind Alba, Merschbrock-Wiese sowie zahlreiche kleinere Anbieter – wie die Hartkorn Gewürzmühle GmbH –, deren Anteile sich im unteren einstelligen Bereich, zum Teil im Promille-Bereich, bewegen.
7. Einzelhandelsmärkte des Sortimentsbereichs Lebensmittel und lebensmittelnahe non-food führen getrocknete Gewürze, -mischungen und Kräuter im Vollsortiment ab einer bestimmten Verkaufsfläche. In kleineren Märkten werden Gewürze in der Regel nur im Schwerpunktsortiment (Salz, Pfeffer, Paprika), als Produktergänzung (z.B. Grillgewürze in Metzgereien) oder als Saison-Artikel verkauft. Ebenfalls werden Gewürze bei bestimmten Discountern (z.B. Aldi) nur im Schwerpunktsortiment angeboten. Bei Lebensmittelhändlern mit einer Verkaufsfläche von bis zu 500 m² ist aufgrund der begrenzten Regalfläche die ausschließliche Führung einer einzigen Gewürzmarke im Vollsortiment (in einem speziellen Regal) zu beobachten. In allen größeren Verkaufsflächen sind zwei oder mehr Gewürzregale aufstellbar. Hier sind entweder ein Anbieter mit mehreren Marken (jeweils in einem gesonderten Regal) oder mehrere Anbieter im Wettbewerb vertreten. Das Sortiment der Trocken-Gewürze und –Kräuter bildet mit einer sehr hohen Umsatzrendite von bis zu 50 % des Endverkaufspreises im Verhältnis zur geringen Regalfläche eine rentable Produktgruppe.
8. Der Vertrieb von haushaltsüblich abgepackten Trocken-Gewürzen und Kräutern zeichnet sich durch einige Besonderheiten aus. So werden die Waren nicht wie sonst im Lebensmitteleinzelhandel in den Verkaufsstätten angeliefert und von dem dortigen Personal in die entsprechenden Regale einsortiert. Beim Bezug von Gewürzen ist es gängige Praxis, dass der Anbieter die Gewürze in einem eigenen – von ihm zur Verfügung gestellten – Regal anliefert und die Sortierung und Nachsor-

tierung in eigener Regie durch eigenes Service-Personal wahrnimmt (sog. Full-Service). Der Lebensmitteleinzelhändler braucht sich um die Gewürzregale nicht zu kümmern, sondern muss nur verkaufen. Lediglich im Lebensmitteldiscount-Handel, der nur einige Grundsorten an Gewürzen anbietet, sieht es anders aus. Hier werden die Gewürze nur angeliefert. Es wird keine Regalpflege vorgenommen.

9. In der Regel werden die Verträge über die Aufnahme eines Gewürzprogramms eines Herstellers über einen bestimmten Zeitraum geschlossen. Üblich sind Vereinbarungen eines Lieferzeitraums von einem Jahr. Es werden auch länger laufende Verträge mit einer Laufzeit von drei bis fünf Jahren geschlossen. Es ist unüblich, eine exklusive Belieferung zu vereinbaren. Insbesondere die großen Handelsketten vereinbaren in der Regel keine exklusive Belieferung durch einen einzigen Gewürzhersteller. Lediglich kleinere selbstständige Lebensmitteleinzelhändler gehen zum Teil Ausschließlichkeitsbindungen ein.
10. Eine weitere Besonderheit ist die Zahlung von sog. Werbekostenzuschüssen oder Leistungsentgelten an die Lebensmittelhändler. Diese "Werbekostenzuschüsse" sind Gelder, die dazu dienen, einem Händler die Aufnahme des Gewürzprogramms eines Herstellers in sein Ladenlokal attraktiv zu machen. Darüber hinaus dienen die "Werbekostenzuschüsse" auch dazu, dass ein Händler das Gewürzprogramm weiter bezieht: Oftmals werden mit diesen Zahlungen z.B. umsatzschwache Zeiträume ausgeglichen. Die Höhe der "Werbekostenzuschüsse" schwankt je nach Verhandlungsspielraum der Gewürzhersteller. In der Regel sind die "Werbekostenzuschüsse" umsatzorientiert, zum Teil gibt es nach Regalmetern berechnete Festbeträge. Nach Auskünften von selbstständigen Lebensmitteleinzelhändlern liegen die Werbekostenzuschüsse in der Regel bei ca. 5.000 DM pro Ladenlokal (Bl. 273, 276 d.A.). Je nach Größe des Ladenlokals ist es möglich, dass ein Lebensmitteleinzelhändler mehrere Gewürzprogramme parallel anbietet. Zum einen bietet er dem Kunden eine größere Auswahl, zum anderen hat dies für ihn den Vorteil, "Werbekostenzuschüsse" von verschiedenen Herstellern zu beanspruchen.

d) Vertrieb von getrockneten Gewürzen, -mischungen und Kräutern in haushaltsüblichen Packungen durch die Fuchs-Gruppe

11. Die von Fuchs vertriebenen Gewürzmarken für Endverbraucher einschließlich der Handelsmarken sind Fuchs, Ostmann, UBENA, Weiland, Aso, Eka (Handelmarke der Edeka, Vertrag ist ausgelaufen), Columbia, Kräuterschatz (nur noch Abverkauf), Portland, Kania, Carat (zum Teil mit anderen Herstellern), Timbu, Basra, gut & billig, Tip, Pirkka und Prorest. Nach Erwerb der Wagner Gewürze GmbH Anfang diesen Jahres wachsen Fuchs auch die Marken Wagner-Gewürze und Grande Elefante zu.
12. Der Vertrieb von getrockneten Gewürzen, -mischungen und Kräutern in haushaltsüblichen Packungen wird durch den Außendienst der Fuchs-Gruppe vorgenommen. Der Außendienst ist mehrstufig aufgebaut. Auf der ersten Stufe betreut die Geschäftsführung die Zentralen der großen Handelsunternehmen und –ketten. Kleinere Zentralen werden von der zweiten Stufe betreut. Einzelhandelsgeschäfte werden ab der dritten Stufe – 10 Regionalverkaufsleiter – betreut. Die nächsten Stufen bestehen aus den sog. Tourenleitern, Bezirksleitern und sog. Merchandisern. Jede Stufe des Außendienstes akquiriert auf ihrer Ebene. Auf der unteren Vertriebs-ebene werden die Außendienstmitarbeiter erfolgsabhängig bezahlt.
13. Für Verträge mit Einzelhandelsunternehmen werden die zu erwartenden Gewürzumsätze nach den Kennziffern "Quadratmeter Verkaufsfläche" und "Umsatz" geschätzt. Bei den Vertragsabschlüssen verwendet Fuchs in der Regel ihr Formularmuster "LieferAbkommen". Bestandteil des Vertrages ist die Formulierung:

Die Vertragsparteien sind sich darüber einig, dass die Firma TEUTO (Anm.: Vertriebstochter der Fuchs-Gruppe) innerhalb der Vertragslaufzeit Exklusivlieferant für die Warengruppe "Trockengewürze/-Kräuter und Gewürzmischungen in Hausaltspackungen" ist.

Derzeit hat die Fuchs-Gruppe mit [Geschäftsgeheimnis] Lebensmitteleinzelhändlern Lieferverträge mit vereinbarter Exklusivität abgeschlossen.

14. Nach Angaben von Fuchs gibt es für Lieferverträge mit Handelsketten keine von Fuchs formulierten Lieferverträge. Diese würden durchweg von deren Einkaufsabteilungen formuliert und von Fuchs akzeptiert. Hier gäbe es keine Vertragsmuster. Verträge mit Einkaufsgemeinschaften oder –genossenschaften seien ebenfalls individuell auf deren Konditionssysteme abgestellt.

15. Die Fuchs-Gruppe hat im Laufe des Verfahrens vorgetragen, dass sich die beim Abschluss eines Liefervertrages gewährten Konditionen nach Kosten-, Ertrags- und Deckungsbeitragsüberlegungen, nach Vergleichen mit anderen Vertragssituationen und insbesondere der Verhandlungsposition gegenüber dem Händler/dem Handelsunternehmen richteten. Wichtiges Kriterium sei insoweit der Kostenaufwand, da z. B. bei einer höherwertigen Marke ein größerer Werbeaufwand betrieben werden müsse. Auch seien die Produktionskosten bei höherwertigen Produkten größer. Die Werbekostenzuschüsse und sonstigen Konditionen, die Fuchs gewähre, seien marktüblich. Im übrigen könne Fuchs aufgrund ihrer Kostenvorteile bessere Konditionen bieten und trotzdem "noch verdienen". Fuchs müsse diese Konditionen bieten, um ihre Kunden zu behalten.

Hinsichtlich der Vereinbarung von Exklusivitätsklauseln trägt Fuchs vor, dass die Wettbewerber aufgrund ihrer mangelnden Markenstärke zwangsläufig keine Exklusivität fordern könnten, weil die Einzelhändler oft auch die Markenprodukte von Fuchs anbieten wollten. Anders als der Wettbewerb decke Fuchs sämtliche Preis- und Qualitätsstufen und die komplette Sortimentstiefe ab und könne eine Mehrmarkenstrategie bieten. Deshalb könne nur Fuchs Exklusivität fordern, ohne dass dies regelmäßig geschehe. Die Exklusivität müsse sie sich dadurch erkaufen, dass sie zusätzliche Konditionen leiste. Exklusivität bringe ihr als Lieferantin einen größeren Umsatz und dem Einzelhändler aufgrund der Wertigkeit der Fuchs-Produkte eine höhere Rendite. Weil der Einzelhändler aber wisse, welche Werbekostenzuschüsse ausgehandelt werden könnten und dass Fuchs einen höheren Umsatz erzielen könne, fordere der Einzelhändler seine Gegenleistung für die von ihm gewährte Exklusivität, obwohl sie ihm eigentlich schon die höhere Rendite bringe.

Im übrigen sei die Zahlung von Werbekostenzuschüssen lediglich die Folge eines vor einigen Jahren durch Ostmann eingeleiteten Preiskampfes. Die schlechten Konditionen seien nach der Übernahme von Ostmann und später von UBENA "geerbt" worden. Fuchs sei es nicht gelungen, die Konditionen, die der Handel einmal zu seinen Gunsten vereinbart habe, zurückzuschrauben. Insbesondere führten die von Ostmann zu Hartkorn gewechselten Vertriebsmitarbeiter in Kenntnis des mitgenommenen "Ostmann-Wissens" den Preiskampf fort.

16. Zu den Vertragsabschlüssen mit Einzelhandelsgeschäften trägt Fuchs vor, dass man sich – im Falle des Auslaufens der Verträge – nicht selbst bei den Einzelhändlern melde, sondern deren Reaktion abwarte. Diese forderten von sich aus "neue"

Konditionen, wenn sie das Auslaufen der Verträge bemerkten. Fuchs habe insoweit keinen eigenen Antrieb, neue Verträge zu akquirieren und sei insoweit nicht aktiv tätig. Sie reagiere nur und nutze ihre Marktmöglichkeiten (die sie aufgrund ihrer [Vertriebs-]kostenvorteile habe) nicht aus. Die Fuchs-Gruppe arbeite die Einzelhändler nicht systematisch ab, sondern versuche "insoweit im Wesentlichen nur, ihre Absatzstätten zu erhalten". Bei den Werbekostenzuschüssen habe man immer nur nachgezogen, was Wettbewerber zuvor "gegeben" hätten. In erster Linie bemühe sie sich ohnehin um die Großkunden. Die Wettbewerber, mit denen die Fuchs-Gruppe heute konkurriere, stünden mit ihr daher nicht im "Wettbewerb".

17. [Geschäftsgeheimnis].

e) Wettbewerbliches Verhalten der Fuchs-Gruppe beim Vertrieb von getrockneten Gewürzen, -mischungen und Kräutern in haushaltsüblichen Packungen

18. In mehreren der Beschlussabteilung vorliegenden Fällen, hat der Außendienst der Fuchs-Gruppe bei Vertragsverhandlungen mit selbstständigen Lebensmittel Einzelhändlern durch das Angebot hoher Einmalzahlungen in Verbindung mit dem Abschluss von Exklusivverträgen die Auslistung der Hartkorn Gewürzmühle GmbH, Koblenz, gefordert und teilweise durchgesetzt.

19. Im Fall des REWE-Verbrauchermarkts Sliwik, Essen-Borbeck, hat die Außendienstmitarbeiterin von Fuchs, Frau Ertelt, 1999 dem Inhaber des Marktes, Herrn Sliwik, einen Betrag von 10.000 DM für den Abschluss eines Exklusivvertrages angeboten (Bl. 130, 184 d.A.). Der REWE-Markt führte bis dahin auch die Gewürze des Anbieters Hartkorn. Auf die Nachfrage Herrn Sliwiks, ob ein solches Angebot auch für den REWE-Markt seines Sohnes möglich sei, wurde dies abgelehnt, da in dessen Markt die Gewürze des Herstellers Alba geführt würden. Nach Angaben der Außendienstmitarbeiterin würden hohe Einmalzahlungen für einen Exklusivvertrag nur angeboten, wenn Hartkorn aus dem Geschäft gedrängt werden solle. Mit Alba habe Fuchs ein "Friedensabkommen", so dass eine Zahlung nicht in Betracht komme. Der REWE-Markt Sliwik hatte 1999 einen Umsatz mit Haushaltsgewürzen von [Geschäftsgeheimnis].

20. Im 2. Quartal 2000 bot die Außendienstmitarbeiterin Frau Ertelt der Inhaberin des REWE-Marktes Koester, Haminkeln-Meerhog, an, einen Exklusivvertrag über die

Marken von Fuchs abzuschließen (Bl. 168, 185 d.A.). Als Grund für die in diesem Zusammenhang angebotene hohe Einmalzahlung wurde von ihr erklärt, dass man den Hersteller Hartkorn vom Markt verdrängen wolle.

21. Im Jahr 2000 bot ein Außendienstmitarbeiter der Firma Fuchs, einer Mitarbeiterin des REWE-Marktes Steinrücken, Geldern-Veert, Frau Walter, ca. 10.000 DM dafür an, dass die Gewürze der Firma Hartkorn ausgelistet würden und der Markt allein die Gewürze der Firma Fuchs im Sortiment führe (Bl. 260, 268 d.A.).
22. Mitte 2000 besuchte die Fuchs-Außendienstmitarbeiterin, Frau Ertelt, den REWE-Markt Grubendorfer, Lünen. REWE-Grubendorfer führt Gewürze der Hartkorn GmbH in zwei Lebensmittelmärkten. Frau Ertelt bot bei den Vertragsverhandlungen mit Herrn Grubendorfer junior eine Zahlung von 30.000 DM bei Abschluss eines Exklusivvertrages für die zwei Lebensmittelmärkte an. Herr Grubendorfer jun. hatte den Eindruck, dass diese Vorgehensweise des Fuchs-Außendienstes darauf angelegt war, die Firma Hartkorn aus Lebensmittelmärkten zu verdrängen. Üblich seien Werbekostenzuschüsse in Höhe von ca. 5.000 DM (Bl. 226, 274 d.A.).
23. Im Jahr 2000 hat Frau Ertelt dem REWE-Markt Thermat, der zwei Lebensmittelmärkte mit Gewürzen der Firma Hartkorn betreibt, besucht. Sie bot Herrn Thermat einen Werbekostenzuschuss für einen zweijährigen Exklusivvertrag an, der um 50 % höher gelegen hätte, als der sonst übliche Zuschuss von ca. 5.000 DM (Bl. 227, 276 d.A.).
24. Im Jahr 2000 ist die Firma Hartkorn Gewürzmühle GmbH einen Vertrag mit der Firmengruppe REWE Lenk, Bochum, eingegangen. REWE Lenk führt Märkte in Bochum, Mülheim und Kettwig. In dem Vertrag bestätigt Hartkorn die Absicht, das eigene Unternehmen bis zum 31.12.2005 nicht zu veräußern beziehungsweise bis zu diesem Zeitpunkt selbstständig betreiben zu wollen. Für den Fall, dass diese Erklärung nicht eingehalten wird, "verpflichtet sich die Firma Hartkorn bzw. deren derzeitiger oder zukünftiger Inhaber oder Rechtsnachfolger, an die Firma Lenk einen Werbekostenzuschuss in Höhe von 75.000 DM (zzgl. MWSt.) als Ersatz für nicht in Anspruch genommene Angebote durch Mitbewerber zu zahlen" (Bl. 220 d.A.). Es handelte sich dabei um ein Angebot der Fuchs-Gruppe. Der Außendienst von Fuchs hatte angeboten, gegen einen Exklusivvertrag das Doppelte des von Hartkorn ge-

zahlten Werbekostenzuschusses, also 150.000 DM, zu zahlen, wenn REWE-Lenk seinen Fünf-Jahres-Vertrag mit Hartkorn auflöse (Bl. 281 d.A.).

25. Über die genannten Fälle hinaus hat die Firma Hartkorn Gewürzmühle GmbH nach ihren Angaben seit 1999 die bestehenden Lieferbeziehungen zu etwa 40 Lebensmitteleinzelhändlern verloren, weil diese auf lukrative Exklusiv-Angebote von Fuchs eingegangen seien (Beispiele siehe Bl. 221 d.A.). Es handelte sich dabei sowohl um bestehende Verträge als auch um Listungsverhandlungen bei auslaufenden Verträgen. Hartkorn sei dazu gezwungen, diese Verluste durch kostenintensive Neuakquisition von anderen Lebensmittelmärkten auszugleichen. Fuchs trägt in diesem Zusammenhang vor, dass Hartkorn den Verlust nicht nur kompensiert, sondern eine Vielzahl neuer Kunden akquiriert habe. Die damit verbundene Verbesserung der Konditionen (Erhöhung der zu zahlenden Beträge) durch Hartkorn schade Fuchs, weil diese sich im Markt herumspreche. Fuchs sei der Leidtragende dieser Geschäftsstrategie Hartkorns, weil man auf die verbesserten Konditionen selbst einsteigen müsse.
26. Die Firma Hartkorn trägt weiter vor, dass sich Mitarbeiter von Fuchs in den vergangenen Jahren auf Fachmessen gegenüber dem Geschäftsführer, Herrn Hans-Dieter Hartkorn, dahingehend geäußert hätten, dass Fuchs die Aktivitäten von Hartkorn als störend empfinde und Hartkorn solange mit allen Mitteln bekämpft würde, bis ein entsprechendes "Abkommen" mit Fuchs abgeschlossen sei, das eine klare Vertriebsgebiets- und Kundenzuweisung für Hartkorn vorsehe oder Hartkorn durch Geschäftsaufgabe aus dem Wettbewerb ausgeschieden sei. Hartkorn sei darauf nicht eingegangen. In der Folge sei feststellbar gewesen, dass Mitarbeiter von Fuchs im Haupt-Vertriebsgebiet von Hartkorn, d.h. in den Räumen Rheinland-Pfalz und Nordrhein-Westfalen Einzelhändler, Einzelhandelsketten und Einkaufszentralen auf allen Ebenen veranlasste oder zu veranlassen versuchte, Hartkorn als Lieferanten für Haushaltsgewürze auszulisten und exklusiv die Marken von Fuchs ins Sortiment aufzunehmen.
27. Die gleiche Vorgehensweise von Fuchs ist dem Bundeskartellamt durch den früheren Wettbewerber Wagner, der nunmehr zum Fuchs-Konzern gehört, vortragen worden. Die Firma Wagner Gewürze hat angegeben, dass sie wegen Ausschließlichkeitsverträgen der Fuchs-Gruppe plötzlich aus ihren Lieferbeziehungen mit Lebensmitteleinzelhändlern ausgelistet worden sei (Bl. 1 d.A.). Ähnliche

Probleme haben weitere Wettbewerber bei der Befragung durch das Bundeskartellamt geäußert. Die Befragung hat ergeben, dass weitere Unternehmen wegen hoher Werbekostenzuschüsse durch Fuchs ausgelistet worden sind (Insula Gewürze, Bl. 361 d.A.). Der Gewürzhersteller Fritz Götte hat wegen der Auslistung seiner Haushaltsgewürze diesen Bereich insgesamt eingestellt und liefert nur noch Verarbeitungsgewürze (Bl. 365 d.A.).

28. Die Firma Hartkorn trägt zudem vor, dass in der Zeit seit Versendung der Abmahnung vom 29. April 2002 durch das Bundeskartellamt, die Fuchs-Gruppe verstärkt im Kernliefergebiet der Firma Hartkorn (Rheinland-Pfalz, Nordrhein-Westfalen) ihre oben beschriebene Praxis fortgesetzt habe. Die Firma Hartkorn hat seit Mai 2002 die Lieferbeziehungen zu 51 Märkten verloren. Die Kunden von Hartkorn wurden mit hohen Werbekostenzuschüssen und Exklusivitätsvereinbarungen abgeworben (Bl. 691 d.A.). In einem Fall wurde dem Marktinhaber für einen 5-Jahres-Vertrag ein jährliches Leistungsentgelt zugesagt, das höher liegt als der bisher in diesem Markt durch Hartkorn erzielte reine Gewürzumsatz. Zugleich wurde vertraglich vereinbart, dass Fuchs für den Herauskauf sämtlicher Hartkorn-Waren eine bestimmte Summe an den Lebensmittelhändler zahlt. Darüber hinaus ist dem Unternehmen Hartkorn zur Kenntnis gelangt, dass bei weiteren – z.T. langjährigen – Kunden Hartkorns Angebote über hohe Einmalzahlungen gegen Auslistung Hartkorns vorliegen. Hartkorn gibt an, dass er bereits heute gezwungen sei, Mitarbeiter zu entlassen, da die noch verbleibende Absatzbasis die bisher vorhandene Unternehmensgröße nicht trägt (Bl. 691 f. d.A.).

f) Verfahren

29. Die Beschlussabteilung hat der Beteiligten mit Schreiben vom 29. April 2002 gem. § 56 Abs. 1 GWB Gelegenheit zur Stellungnahme mit Frist zum 31. Mai 2002 gegeben. Auf Antrag von 22. Mai (Eingang 23. Mai) 2002 hat die Beschlussabteilung mit Schreiben vom 29. Mai 2002 Akteneinsicht durch Übersendung einer um Geschäftsgeheimnisse bereinigten Kopie der Akte gewährt. Die Antwortfrist wurde auf 14. Juni 2002 verlängert. Am 18. Juni 2002 wurde aufgrund einer telefonischen Anfrage des Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten eine nochmalige Verlängerung der Stellungnahmefrist zum 26. Juni 2002 gewährt. Mit Schreiben vom 26. Juni 2002 äußerte der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten die Bitte, ein Gespräch im

Bundeskartellamt "über den Markt "Trockengewürze", über "Konditionen allgemein" sowie die "Abhängigkeiten von der Höhe der Konditionen und einer Exklusivität" zu führen. Der Verfahrensbevollmächtigte gab an, dass sich hierdurch eine "wahrscheinlich nicht zu vermeidende mündliche Verhandlung ersparen" lasse. Die Beschlussabteilung lehnte angesichts des Ablaufs der mehrfach verlängerten Stellungnahmefrist ein Gespräch ab. In einem Telefonat am 1. Juli 2002 kündigte der Verfahrensbevollmächtigte die Übersendung der Stellungnahme an und gab an, dass er zur Zeit nicht auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung bestehe. Am 3. Juli 2002 ist die Stellungnahme der Beteiligten eingegangen. Darin ist auf Bl. 2 ausgeführt, dass falls das Bundeskartellamt an seiner Untersagungsabsicht festhalte, müsse "darüber mündlich verhandelt werden, sofern das Gesetz dies erfordert" (Bl. 667 d.A.).

30. Die Beschlussabteilung geht davon aus, dass die Beteiligte keinen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gem. § 56 Abs. 1 GWB gestellt hat. Da die Beschlussabteilung die vorliegende Verfügung allein auf §§ 20 Abs. 1, 32 GWB stützt, war die gem. § 56 Abs. 3 GWB nur in Fällen des § 19 GWB obligatorische Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht notwendig.

II. Rechtliche Würdigung

a) Unbillige Behinderung gem. § 20 Abs. 1 GWB

31. Im Vorgehen der Fuchs-Gruppe liegt gem. § 20 Abs. 1 GWB eine unbillige Behinderung des Unternehmens Hartkorn im Markt für haushaltsüblich abgepackte Trockengewürze und –kräuter. Danach darf ein marktbeherrschendes Unternehmen ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern.

aa) Marktbeherrschende Stellung

32. Die Fuchs-Gruppe ist auf dem Markt für haushaltsüblich abgepackte Trockengewürze und –kräuter marktbeherrschend. Mit einem Marktanteil von 75 % übertrifft sie die gesetzlichen Marktbeherrschungsvermutung von einem Drittel (§ 19 Abs. 3 GWB) bei weitem. Darüber hinaus ist aufgrund der Erkenntnisse der

Beschlussabteilung davon auszugehen, dass Fuchs im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist. Fuchs ist einer der wenigen Anbieter, der bundesweit liefert und auch bundesweit entsprechend den Marktbesonderheiten sog. Full-Service (Regalpflege) durch seinen Außendienst anbieten kann. Hinzu kommt die im Verhältnis zu den Wettbewerbern weit überlegene Finanzkraft der Fuchs-Gruppe. Die Wettbewerber sind kleine oder kleinste Unternehmen, die in keinem Konzernverbund stehen. Fuchs produziert darüber hinaus das Gewürzsortiment überwiegend selbst und hat dadurch einen guten Zugang zu den Beschaffungsmärkten sowie Betriebskostenvorteile. Durch die Vielzahl der zum Teil sehr bekannten Gewürzmarken hat Fuchs zudem eine überlegene Verhandlungsposition auf den Absatzmärkten. Auch wenn sich die Marktgegenseite zum großen Teil aus Handelsketten oder Einkaufskooperationen mit großer Nachfragemacht zusammensetzt, bleibt der Zugang von Fuchs zum Absatzmarkt gegenüber den Wettbewerbern überragend.

bb) Unbillige Behinderung

33. Durch die Zahlung von hohen Werbekostenzuschüssen an Lebensmittelhändler verknüpft mit Ausschließlichkeitsklauseln hat die Fuchs-Gruppe den Wettbewerber Hartkorn mittelbar unbillig behindert.

Wettbewerblich nachteilige Maßnahme

34. Unter einer Behinderung im Sinne von § 20 Abs. 1 GWB ist jedes Verhalten zu verstehen, das die wettbewerbliche Betätigungsfreiheit eines anderen Unternehmens nachteilig beeinflusst (Schultz in Langen/Bunte § 20 Rn. 109). Im vorliegenden Fall wirkt sich die Art und Weise der Ausgestaltung von Liefer- und Abnahmebeziehungen mit Lebensmitteleinzelhändlern im Hinblick auf die Handlungsfreiheit des Wettbewerbers Hartkorn behindernd aus. Die Fuchs-Gruppe hat in mehreren Fällen Lieferverträge mit selbstständigen Lebensmitteleinzelhändlern geschlossen, die Ausschließlichkeitsklauseln enthielten. Die Lebensmittelhändler hatten Hartkorn-Gewürze entweder gelistet oder befanden sich in Listungsverhandlungen. Die von Fuchs angebotenen Verträge waren mit der Zahlung von "Werbekostenzuschüssen" verbunden, die erheblich höher lagen, als die von Hartkorn gebotenen. Sie wurden unter der Bedingung gezahlt, dass Hartkorn ausgelistet oder aus laufenden Verhandlungen ausgeschlossen würde. Hierdurch hat Fuchs mittelbar – über die Ver-

tragsabschlüsse mit Lebensmitteleinzelhändlern – Hartkorn aus seinen laufenden Geschäftsbeziehungen gedrängt. Damit wurde die wettbewerbliche Betätigungsfreiheit von Hartkorn gezielt und dauerhaft nachteilig beeinflusst.

35. In diesem Zusammenhang hat Fuchs zu seiner Entlastung das Argument vorgebracht, es handele sich bei den gewährten Konditionen in jedem einzelnen Fall um das Ergebnis einer Gesamtkalkulation. Eine solche gehe nur auf, wenn auch Ausschließlichkeit bestehe. Eine Behinderung von Wettbewerbern sei damit nicht verbunden. Die Argumentation kann jedoch im Hinblick auf den vorliegenden Sachverhalt nicht überzeugen: Zum einen haben die entsprechenden Außendienstmitarbeiter der Fuchs-Gruppe – deren Äußerungen und Verhalten sich Fuchs im Geschäftsverkehr zurechnen lassen muss – die "Werbekostenzuschüsse" in den nachgewiesenen Fällen an den zuvor gebotenen Hartkorn-Summen orientiert und in den Fällen Grubendorfer, Themat und Lenk einfach verdoppelt. Dies spricht dagegen, dass es sich hierbei um eine ausgereifte Gesamtkalkulation handelt. Vielmehr ist dies ein Indiz dafür, dass der Verdrängungsaspekt im Vordergrund stand. Zum anderen spricht die Tatsache, dass die Fuchs-Gruppe in ihren Lieferverträgen mit Handelsketten keine Exklusivitätsbindungen eingeht, gegen die Argumentation von Fuchs. Auch in diesen Verträgen werden "Werbekostenzuschüsse" vereinbart, es kommt aber nicht zum Abschluss von Exklusivitätsbindungen. Obwohl es sich bei diesen Verträgen um das von den Umsatzanteilen her gesehen wirtschaftlich weit wichtigere Geschäft handelt, ist es offenbar hier in der Gesamtkalkulation nicht von Belang, ob exklusive Lieferverträge abgeschlossen werden. Dies mag seinen Grund in der Alleinstellung der Fuchs-Gruppe bei der bundesweiten Belieferung von Großabnehmern im Handel haben. Es widerlegt aber die grundsätzliche Argumentation von Fuchs, dass die Berechnung der Werbekostenzuschüsse nur mit der Alleinbelieferung eines Kunden sinnvoll verbunden werden kann.
36. Selbst wenn keine gezielte Verdrängungsabsicht nachweisbar wäre, liegt im vorliegenden Fall eine Behinderung im Sinne des § 20 Abs. 1 GWB vor. Erwächst aus dem Verhalten durch die sich abzeichnenden Verdrängungseffekte eine konkrete, ernste Gefahr für den Wettbewerb, kann im Einzelfall eine unbillige Behinderung auch dann gegeben sein, wenn keine gezielte Verdrängungsabsicht feststellbar ist (BGH WuW/E 2547, 2550 – Preiskampf). Bei der dargestellten Geschäftsstrategie von Fuchs für den selbstständigen Lebensmitteleinzelhandel ergeben sich zwangsläufig konkrete und ernsthafte Gefahren für die Wettbewerber auf dem einzigen für

kleine Anbieter noch relevanten Marktsegment des selbstständigen – jedenfalls im Gewürzeinkauf freien – Lebensmitteleinzelhandels. Die Fuchs-Gruppe hat in ihrer Stellungnahme angegeben, dass sie in den Gebieten, in denen die Firma Hartkorn schwerpunktmäßig tätig ist, zumeist der einzige Mit-Wettbewerber sei. Das geschäftliche Verhalten der Fuchs-Mitarbeiter führt damit zu einer direkten Gefährdung der wettbewerblichen Chancen des Unternehmens Hartkorn durch den Marktherrscher. Daher kann schon aus diesem Grund eine Behinderungswirkung festgestellt werden.

37. Dagegen spricht auch nicht die Tatsache, dass das Unternehmen Hartkorn in den letzten drei Jahren eine Steigerung seines Umsatzes zu verbuchen hatte. Zum einen sind die Umsatzzahlen von Hartkorn im Verhältnis zur Fuchs-Gruppe verschwindend gering (ca. [Geschäftsgeheimnis]) und besagen noch nichts über die Erlössituation des Unternehmens. Zum anderen ist Fuchs von seiner Finanzkraft her Hartkorn weit überlegen. Die Fuchs-Gruppe verfügt über eine ungleich größere Finanzkraft, über einen wesentlich besseren Zugang zu den Vorprodukten und ein bundesweites Vertriebsnetz, das Synergieeffekte mit sich bringt.

Unbilligkeit

38. Ob eine Maßnahme unbillig ist, ist im Wege einer Interessenabwägung zu ermitteln. Zu berücksichtigen sind hierbei die Interessen aller Beteiligten sowie die auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichtete Zielsetzung des Gesetzes. Diese hat besonderes Gewicht für das Ziel der Offenhaltung der Märkte und der Sicherung der Voraussetzungen für den Leistungswettbewerb (KG WuW/E DE-R 35 ff., 40 – Großbildfilmprojektoren). Grundsätzlich ist zwar der Normadressat des § 20 Abs. 1 GWB in der Gestaltung seines Absatzes frei. Für die Frage, ob eine Behinderung unbillig ist, kommt es daher darauf an, ob die Handlungsfreiheit des betroffenen Unternehmens unangemessen eingeschränkt und dadurch eigene Interessen in rechtlich zu missbilliger Weise auf Kosten des betroffenen Unternehmens verwirklicht werden sollen (BGH WuW/E 2195, 2199 – Abwehrblatt II).
39. Die Unbilligkeit des Vorgehens von Fuchs ist nicht bereits deshalb ausgeschlossen, weil es sich hierbei um ein dem Kartellgesetz konformes Verhalten handeln würde. Zwar sind die verwendeten Ausschließlichkeitsbindungen unter dem Gesichtspunkt des § 16 GWB nicht zu beanstanden, da sie dessen Tatbestandsvoraussetzungen, nämlich eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Gesamt-

markt, nicht erfüllen. Dies ist der Fall, weil der anteilmäßig größere Teil der Abnehmer – die großen Handelsketten und Einkaufskooperationen – in der Regel vertraglich keine exklusive Belieferung vereinbart. Die Fuchs-Gruppe, die in vielen Fällen Vertragspartner der Handelsketten und Einkaufskooperationen ist, erreicht in den Vertragsverhandlungen überwiegend keine Exklusivität. Anders hingegen bei selbstständigen Lebensmittelhändlern: Hier hat Fuchs mithilfe von hohen "Werbekostenzuschüssen" bei neuen Vertragsabschlüssen oder Vertragsverlängerungen Exklusivitätsbindungen vereinbart, die den Bezug der Gewürze von Hartkorn (und anderen Gewürzlieferanten) durch den betreffenden Lebensmitteleinzelhändler langfristig ausschließen. Der behindernde Aspekt ergibt sich folglich aus einer Kombination der Exklusivitätsklauseln mit hohen Eintrittsgeldern. Die Behinderung geht damit über die reine Verwendung von Ausschließlichkeitsklauseln hinaus und ist daher im Rahmen der Missbrauchsaufsicht gem. § 20 Abs. 1 GWB zu prüfen und in der Interessenabwägung zu berücksichtigen.

40. Durch diese Vorgehensweise von Fuchs wird das Interesse des Unternehmens Hartkorn an einem offenen und freien Wettbewerb um Kunden beeinträchtigt. Hartkorn ist als erheblich kleineres Unternehmen im Wettbewerb mit dem marktbeherrschenden Unternehmen Fuchs darauf angewiesen, dass der laufende Geschäftsverkehr und die Akquisition von Neu-Kunden kartellrechtskonform, d.h. behinderungsfrei, verläuft.
41. Der Beeinträchtigung steht kein anzuerkennendes Interesse auf der Seite von Fuchs entgegen. Die Fuchs-Gruppe hat aufgrund ihres großen Marken-Portfolios und der Bekanntheit ihrer Marken einen sehr großen Wettbewerbsvorsprung vor ihren Mitbewerbern. Es ist davon auszugehen, dass nahezu jeder gut sortierte Lebensmittelhandel ein starkes Interesse daran hat, neben anderen Marken auch eine oder mehrere Fuchs-Marken zu führen. Es ist für Fuchs daher nicht notwendig, im Wettbewerb weitere Maßnahmen wie besonders hohe Einmalzahlungen und Exklusivverträge einzusetzen, um sich einen Wettbewerbsvorteil vor seinen Mitbewerbern zu verschaffen. Unnötige Behinderungen sind nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich als unangemessen und nicht zulässig anzusehen (Schultz in Langen/Bunte § 20 Rn. 131 m.w. Nachweisen). Im Interesse der Offenhaltung der Märkte und der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs ist die Behinderung des Wettbewerbers Hartkorn seitens Fuchs als unangemessen und daher unbillig zu werten.

42. Die Fuchs-Gruppe hat in der Stellungnahme zu den von ihr gezahlten "Werbekostenzuschüssen" darauf verwiesen, dass man diese nur zahle, weil sie im Rahmen des sog. Gewürzkriegs mit Ostmann im Wettbewerb üblich geworden seien. Fuchs hat zur Rechtfertigung der Höhe der "Werbekostenzuschüsse" ferner vorgebracht, dass sich diese gerade mit der Vereinbarung der Exklusivität rechtfertige. Die Berechnung der "Werbekostenzuschüsse" sei zusammen mit der ausschließlichen Belieferung Teil einer Gesamtkalkulation. Die Exklusivität bringe dem Händler einen höheren Umsatz, der mit einem entsprechend höheren Zuschuss zu bezahlen sei. Dem ist entgegen zu halten, dass der Lebensmittelhändler, wenn er Gewürze von Wettbewerbern neben Fuchs-Gewürzen verkauft, auf die selbe Nachfrage nach Gewürzen seitens seiner Kunden trifft. Somit wird eine bestimmte Umsatzhöhe – verteilt auf die jeweiligen Gewürzmarken – ohnehin erzielt. Im Unterschied zur exklusiven Belieferung verteilt sich der Umsatz nur auf mehrere Lieferanten. Die Argumentation von Fuchs, dass der Händler allein durch die höhere "Wertigkeit" der Fuchsmarken umsatzmäßig bereits beim Bezug von Fuchs-Gewürzen profitiere, überzeugt in diesem Zusammenhang nicht. Dies hieße, dass der Lebensmittelhändler von Fuchs de facto niedrigere Werbekostenzuschüsse beanspruchen könnte, da er bereits durch den höheren Umsatz einen größeren Erlös erzielen könne. Es gäbe damit keinen Grund für einen Lebensmittelhändler, Gewürze von Wettbewerbern zu beziehen, die ein vergleichbares Leistungsentgelt zahlen. Es ist nach dieser Argumentation von Fuchs nicht schlüssig erklärbar, weshalb die Fuchs-Gruppe stattdessen denjenigen Lebensmittelhändlern, die die - unter dem Gesichtspunkt der Markengeltung angeblich "geringwertigen" - Hartkorn-Gewürze beziehen, gleichwohl ein wesentlich höheres Leistungsentgelt zahlt. Eine Erklärung für die hohen "Werbekostenzuschüsse" durch Fuchs ist daher allein darin zu sehen, dass die Lebensmittelhändler bei einer exklusiven Belieferung nicht von den weiteren "Werbekostenzuschüssen" anderer Wettbewerber profitieren können. Die hohen Einmalzahlungen von Fuchs erkaufen somit lediglich die Exklusivität. Ein solcher Einsatz von finanziellen Mitteln in Verbindung mit Exklusivitätsvereinbarungen auf einem von kleinen und kleinsten Mitwettbewerbern gekennzeichneten Markt führt zwangsläufig zur Verdrängung der Wettbewerber. Es kommt zu einer Verschließung der Märkte, die der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes widerspricht. Diese hat besonderes Gewicht für die Offenhaltung der Märkte und die Sicherung der Voraussetzungen für den Leistungswettbewerb. Ein anzuerkennendes Interesse von Fuchs ist für die beschriebene Geschäftspraxis daher nicht

Interesse von Fuchs ist für die beschriebene Geschäftspraxis daher nicht festzustellen.

43. Aus der Stellungnahme von Fuchs ist zugleich zu folgern, dass das Unternehmen die bisherige "Werbekostenzuschuss"-Praxis aus kaufmännischer Sicht nur so lange praktizieren wird, so lange am Markt andere Wettbewerber zu einer solchen Zahlung überhaupt noch fähig und bereit sind. Angesichts der starken Verringerung der Anzahl von Wettbewerbern und des geringen Wettbewerbsdrucks, der von diesen verbliebenen Kleinunternehmen ausgeht, ist zu erwarten, dass das Unternehmen Fuchs die von ihm ausdrücklich bemängelte Praxis nur so lange fortführen wird, bis diese von den Nachfragern – den Lebensmittelhändlern – nicht mehr durchgesetzt werden kann. Dies heißt aber nichts anderes als, dass die Praxis von Fuchs, "Werbekostenzuschüsse" mit Ausschließlichkeitsbindungen zu verbinden, zielgerichtet zur Verminderung des aktuellen Wettbewerbsdrucks eingesetzt wird. Auch aus diesem Grund ist im Rahmen der Interessenabwägung eine Unbilligkeit der Vorgehensweise von Fuchs anzunehmen.

b) Ergebnis

44. Die Fuchs-Gruppe hat durch ihr Verhalten auf dem Markt für haushaltsüblich abgepackte Trockengewürze und –kräuter den Wettbewerber Hartkorn gem. § 20 Abs. 1 GWB unbillig behindert.

III.

45. Die Beschlussabteilung hat in Ausübung ihres pflichtgemäßen Ermessens beschlossen, der Beteiligten das beanstandete Verhalten nach § 32 GWB zu untersagen.
- Bei ihrer Ermessensausübung hat die Beschlussabteilung insbesondere die drohende Beeinträchtigung des Wettbewerbers Hartkorn im Marktsegment des selbstständigen Lebensmitteleinzelhandels berücksichtigt. Die Verhinderung einer Abschottung der entsprechenden Absatzkanäle durch Abschluss von Verträgen mit Ausschließlichkeitsbindungen oder vertraglich vergleichbaren Regelungen und damit verknüpften hohen "Werbekostenzuschüssen" durch die Beteiligte war abzuwägen

gegen einen relativ geringen Eingriff in die wettbewerbliche Betätigungsfreiheit der Beteiligten (s. dazu Rn. 41). Im Rahmen der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes führt die Abwägung daher zu Untersagung des beanstandeten Verhaltens.

IV.

46. Die Voraussetzungen für die Anordnung der sofortigen Vollziehung gemäß § 65 Abs. 1 GWB liegen vor. Erforderlich ist, dass die die sofortige Vollziehung der Verfügung entweder im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten geboten ist.
47. Im vorliegenden Fall ist die Anordnung im überwiegenden Interesse des Unternehmens Hartkorn geboten. "Beteiligte" nach § 65 Abs. 1 GWB sind nicht nur die Verfahrensbeteiligten (§ 54 Abs. 2 GWB), sondern alle individuell Betroffenen (Karsten Schmidt in Immenga/Mestmäcker, 3. Aufl., § 65 Rn. 6). Hartkorn ist somit Beteiligter im Sinne des § 65 Abs. 1 GWB. Nach Angaben Hartkorns haben sich die Aktivitäten der Fuchs-Gruppe in der Zeit seit Zusendung der Abmahnung verstärkt. Hartkorn ist seitdem in 51 Fällen ausgelistet worden, weil Fuchs ein höheres Angebot in Verbindung mit einer Exklusivitätsklausel gemacht hatte. Darunter befinden sich mehrere wichtige und langjährige Kunden von Hartkorn (s. Bl. 691 f. d.A.). Hartkorn ist damit – angesichts der zunehmenden, verdrängenden Geschäftspraxis von Fuchs – auf eine immer schwierigere Neukundenakquisition angewiesen. Es ist zu befürchten, dass die weitere Verschließung des Absatzmarktes für Hartkorn durch die beschriebenen Vorgehensweisen der Fuchs-Gruppe bis zum Eintritt der Bestandskraft der vorliegenden Verfügung und damit gegebenenfalls bis zu deren abschließender Bestätigung durch eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung zu einer wesentlichen, existenzbedrohenden Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation bei Hartkorn führt. Nach Angaben des Verfahrensbevollmächtigten von Hartkorn ist das Unternehmen bereits heute gezwungen, Mitarbeiter zu entlassen, da die noch verbleibende Absatzbasis die bisher vorhandene Unternehmensgröße nicht trägt (Bl. 691 d.A.). Demgegenüber muss das Interesse von Fuchs an exklusiven Lieferbeziehungen zu selbstständigen Lebensmitteleinzelhändlern zurücktreten. Es ist nicht zu befürchten, dass Fuchs bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung der Gerichte über die Rechtmäßigkeit dieser Verfügung – im Falle ihrer Anfechtung durch Fuchs - gewichtige geschäftliche Nachteile dadurch erleidet, dass Lieferverträge

ohne den Ausschluss von Wettbewerbern abgeschlossen werden. Angesichts der vielfältigen und bekannten Marken des Fuchs-Sortiments ist davon auszugehen, dass die breite Mehrheit der Lebensmittelhändler Fuchs-Gewürze ordern wird, auch wenn sie zusätzlich ein Konkurrenzprodukt in ihrem Markt führt. Das Interesse von Fuchs an der ungeschmälernten Möglichkeit zu einer umfassenden Belieferung der entsprechenden Lebensmittelmärkte ist zwar betriebswirtschaftlich nachvollziehbar, weil mit höheren Umsätzen etwa die Logistikkosten besser ausgeglichen werden, vermag aber die gegenläufigen Interessen von Hartkorn am vorläufigen Erhalt existenzsichernder Absatzchancen weder aufzuwiegen noch gar zu überwiegen.

48. Ferner ist die Anordnung des sofortigen Vollzugs auch im öffentlichen Interesse geboten. Voraussetzung hierfür ist ein in die Zukunft gerichtetes, gewichtiges öffentliches Interesse, das über das Interesse hinausgehen muss, dass das Eingreifen der Kartellbehörde selbst rechtfertigt. Das Interesse muss gerade am Sofortvollzug bestehen. Ein solches Interesse kann in der Erhaltung von Wettbewerbsstrukturen liegen (Karsten Schmidt in Immenga/Mestmäcker, § 65, Rdnr. 6) und sich insbesondere aus Gefahren für den Erhalt einer gesunden Marktstruktur ergeben (KG WuW/OLG 5132, 5133 – Empfehlung Ersatzwagenkostenerstattung). Das überwiegende Interesse eines Beteiligten kann und wird häufig mit dem öffentlichen Interesse konform gehen (Karsten Schmidt aaO.). Nach eigenen Angaben der Fuchs-Gruppe ist das Unternehmen Hartkorn in den von ihm hauptsächlich belieferten Regionen Rheinland-Pfalz und Nordrhein-Westfalen in der Regel der einzige Wettbewerber neben Fuchs. Der zunehmende Ausschluss der Wettbewerbsmöglichkeiten von Hartkorn durch die Vereinbarung von Exklusivitätsvereinbarungen oder vertraglichen Regelungen mit einer faktischen Exklusivität mit selbstständigen Lebensmittel-einzelhändlern führt damit zu einer entscheidenden Schwächung der Wettbewerbsstruktur für die Nachfrager in dieser Region. Das öffentliche Interesse an der vorläufigen Erhaltung einer wettbewerblichen Marktstruktur überwiegt insoweit bis zur Klärung des rechtlichen Bestands dieser Verfügung das Interesse von Fuchs an einer Verbesserung ihrer betriebswirtschaftlichen Kostenstruktur.

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 einen Monat. 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.

.....
Matschuck

.....
Dr. Meyer-Flamme

.....
Brauer