

**BUNDESKARTELLAMT**  
3. BESCHLUSSABTEILUNG

B 3 - 64/05

53113 Bonn  
Kaiser-Friedrich-Str. 16  
Telefon: (0228) 94 99-413  
Zentrale: (0228) 94 99-0  
Telefax: (0228) 94 99-142

\* Über E-Mail sind nur informelle Kontakte möglich.  
Bitte beachten Sie insoweit auch die Hinweise im Impressum  
von [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de)

**Öffentliche Fassung**

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

In dem Verwaltungsverfahren

1. Merck KG aA, Darmstadt

Verfahrensbevollmächtigter: DLA Piper UK LLP, Rechtsanwalt Dr.  
Bertold Bär-Bouyssière, 106 Avenue Louise, B-1050 Brüssel

- Beteiligte zu 1. -

2. VWR International Europe bvba, Zaventem (Brüssel)

Verfahrensbevollmächtigter: Freshfields, Bruckhaus, Deringer,  
Rechtsanwalt Dr. Thomas Lübbig, Potsdamer Platz 1, 10785 Ber-  
lin

- Beteiligte zu 2. -

3. Th. Geyer GmbH & Co. KG, Renningen

Verfahrensbevollmächtigter: Oppenländer Rechtsanwälte,  
Rechtsanwalt Dr. Matthias Ulshöfer, Börsenplatz 1 (Friedrichs-  
bau), 70174 Stuttgart

- Beigeladene -

hat die 3. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes am 14. Juli 2009 gemäß  
§ 32 Abs. 1 GWB beschlossen:

- A. 1 Der Vertriebsvertrag zwischen der Merck KGaA, Darmstadt, und der VWR International Europe bvba, Zaventem (Brüssel), vom 15. Februar 2004 (Amended and Restated Distribution Agreement) - verlängert mit Schreiben vom 17. März 2009 - verstößt hinsichtlich der in Teil A. Ziffer 2 der Begründung näher bezeichneten wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen – d.h. das exklusive Distributionsrecht (siehe Tz. 6) und das Wettbewerbsverbot (siehe Tz. 7) - gegen Art. 81 EG-Vertrag und § 1 GWB.**
- A. 2 Den Beteiligten zu 1. und 2. wird aufgegeben, die Durchführung der unter A. 1 näher bezeichneten wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen innerhalb von 30 Tagen nach der Zustellung des Beschlusses abzustellen.**
- B. 1 Es wird festgestellt, dass die Beteiligte zu 1. gegen das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 2 GWB verstoßen hat und weiter verstößt, in dem sie ausschließlich die Beteiligte zu 2. mit Laborchemikalien direkt beliefert, die sie selbst herstellt.**

**B. 2 Der Beteiligten zu 1. wird aufgegeben, den Verstoß gegen § 20 GWB spätestens ab dem 30. Tag nach Zustellung des Beschlusses abzustellen und insbesondere die Beigeladene Th. Geyer GmbH & Co. KG, Renningen, spätestens ab dem vorgenannten Zeitpunkt mit Laborchemikalien, die sie selbst herstellt, direkt und diskriminierungsfrei zu angemessenen Bedingungen zu beliefern, es sei denn, die Beteiligte zu 1. vertreibt in Zukunft die von ihr hergestellten Laborchemikalien unter Umgehung des gesamten Handels unmittelbar und ausschließlich an Endverbraucher.**

**C. Die Gebühr für diese Entscheidung wird auf**

**..... EUR**

**festgesetzt.**

## **A. Sachverhalt**

### **1. Die beteiligten Unternehmen**

1. Die **Merck KGaA**, Darmstadt, (i.F.: Merck) ist in den Bereichen Pharmazie und Chemie tätig und setzte 2007 ca. 7,1 Mrd. Euro um. Der Geschäftsbereich Performance & Life Science Chemicals besteht aus dem Laboratory Business (Reagenzien für die Analytik, Produkte für die analytische Chromatographie, Mikrobiologie, Lebensmittel- und Umweltanalytik, pharmazeutische Forschung und ein breites Portfolio an Lösungsmitteln, Salzen, Säuren und Laugen sowie organischen Chemikalien), sowie aus dem Bereich Life Science Solutions (Produkte und Dienstleistungen für die gesamte Prozesskette der Arzneimittelentwicklung und -herstellung, die Biotechnologie, Kosmetikindustrie und Pigmente für industrielle Anwendungen). Dieser Bereich erzielte 2007 Umsätze von 1,235 Mrd. EUR<sup>1</sup>. Mit Laborchemikalien erzielte Merck 2007 nach eigenen Angaben Umsätze von **<deutlich unter 100 Mio. EUR>**<sup>2</sup>. Merck ist damit der größte inländische Anbieter von Laborchemikalien. Einen Teilbereich ihres Vertriebs mit eigenen Laborchemikalien (Bestellannahme, Rechnungsstellung und Kunden-

---

<sup>1</sup> Vgl. Internet- Auftritt Merck KGaA – Zahlen und Fakten

<sup>2</sup> Schreiben an die Beschlussabteilung vom 20. Juni 2008

betreuung) hatte Merck zunächst auf ihre im Jahre 1999 erworbene Tochtergesellschaft VWR Scientific Products Corp. bzw. deren Tochter VWR International übertragen. Im Jahre 2004 hat Merck diese Vertriebstochter an Clayton, Dubilier & Rice, Inc., USA (CD&R), veräußert und im unmittelbaren Zusammenhang damit am 15. Februar 2004 das Amended and Restated Distribution Agreement<sup>3</sup> (im Folgenden als Agreement bezeichnet) mit VWR abgeschlossen. Gegenstand der Vertriebsvereinbarung ist nicht die Logistik-Leistung selbst. Merck liefert daher weiterhin ihre Laborchemikalien mit einer eigenen Logistik an Laborhandelsunternehmen und Endabnehmer – auch an die VWR - aus.

2. **VWR International, Inc.**, West Chester/Pennsylvania, USA (i.F.: VWR) ist der weltweite Marktführer im Labordistributions-Geschäft, mit einem Weltumsatz von rund 3,7 Mrd. US- Dollar. In Europa ist VWR der Laborversorger mit dem höchsten Marktanteil (VWR Funding, Inc., SEC- Report Form 8-k v. 23. 9. 2008, S. 12 f.). VWR ist stark diversifiziert, sowohl hinsichtlich des Spektrums ihrer Produkte und Leistungen, als auch in Bezug auf Kundengruppen und geografische Märkte. Das Unternehmen bietet mehr als 750.000 Artikel von über 5.000 Herstellern an und hat mehr als 250.000 Kunden in Nordamerika und Europa. Die Abnehmer kommen aus den Bereichen Pharmazie, Gesundheitswesen, chemische Industrie, Technologie, Lebensmittelindustrie und Verbrauchsgüterindustrie. Andere wichtige Abnehmer sind Universitäten und Forschungseinrichtungen, Behörden, Umweltämter sowie Grund- und Mittelschulen. VWR ist mit Tochtergesellschaften in 18 Ländern aktiv und beschäftigt über 6.500 Mitarbeiter. Im Jahr 2007 wurde VWR von CD&R an die Private Equity-Investmentfirma Madison Dearborn Partners, LLC, Chicago/USA veräußert.
3. VWR ist auch das größte inländische Handelsunternehmen für Laborchemikalien. Mit Wirkung zum 1. April 2007 hat VWR die KMF Laborchemie Handels GmbH, St. Augustin (KMF), erworben. Im Jahre 2007 erzielte VWR (zusammen mit KMF) Umsätze mit Laborchemikalien zwischen **<90 bis 110>** Mio. EUR (e-mails von Rechtsanwalt Dr. Lübbig vom 19. März 2007 und 19. Juni 2008). 2007 wurden ferner der größte dänische Laborchemikalienhändler Bie &

---

<sup>3</sup> Siehe Bl. 18 ff. der Akte, im Ordner: "Geschäftsgeheimnisse von Merck".

Berntsen A-S und die niederländische Omnilabo International B.V., ein Vertriebsunternehmen für Laborzubehör, erworben.

4. VWR ist aufgrund des Agreements im Inland die einzige Bezugsquelle für Laborchemikalien von Merck. VWR liefert diese Laborchemikalien von Merck an ihre Abnehmer nicht selbst aus, sondern betreibt nur die Bestellannahme, Rechnungsstellung und Kundenbetreuung. Merck unterhält weiterhin die benötigte Logistik und sorgt für die Belieferung im Streckengeschäft.
5. Die Beigeladene **Th. Geyer GmbH & Co. KG**, Renningen, (i.F.: Th. Geyer) ist ein mittelständisches, in 4. Generation geführtes Handelsunternehmen für Laborchemikalien mit einem Jahresumsatz von deutlich unter 80 Mio. EUR. Sie ist Vollversorgerin im Sinne eines „one-stop-shopping“, d.h. sie liefert neben Laborchemikalien auch Verbrauchsmaterialien und Geräte, die üblicherweise in einem Labor benötigt werden (insgesamt etwa 180.000 Artikel). Th. Geyer erzielt mit Laborchemikalien einem Umsatz von deutlich unter 50 Mio. €. Das Unternehmen ist in Deutschland mit weitem Abstand nach VWR und mit deutlichem Abstand vor den übrigen Wettbewerbern das zweitgrößte Handelsunternehmen. Mit der Beteiligten Merck bestanden seit 1948 und bis zum Abschluss des Agreements Geschäftsbeziehungen.

## 2. Die wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen (das Agreement)

6. Das Agreement räumt in Appendix 1 VWR ein **exklusives Distributionsrecht** ein. Danach hat VWR das Recht, von Merck (Supplier) alle Produkte aus dem Bereich „Laboratory Field“ (**A**nalytics & **R**eagents – A&R- Products, **L**ife **S**cience & **P**erformance – LSP- Products), die für Labore, Analyse- und Test- Institute, Universitäten usw. bestimmt sind, exklusiv zu vertreiben<sup>4</sup>. Nach Schätzung der Beigeladenen entfallen ca. zwei Drittel der Umsätze von Merck mit Laborchemikalien auf A&R- Produkte und etwa ein Drittel auf LSP- Produkte. Geographisch erstreckt sich das exklusive Distributionsrecht von VWR – gemäß Appendix 2 - auf eine Reihe europäischer Staaten, darunter auch Deutschland; einige Mitgliedsstaaten der EU sind vom Agreement jedoch ausgenommen.

---

<sup>4</sup> Vgl. Appendix 1: List of Products included in this Agreement

7. Bedingung für den Fortbestand des exklusiven Status von VWR als Vertriebs- händler für Laborchemie-Produkte von Merck ist ein von VWR zu beachtendes **Wettbewerbsverbot**. Danach darf VWR Produkte dritter Hersteller, die mit La- borchemie- Produkten von Merck unmittelbar konkurrieren, im Vertragsgebiet weder bewerben noch verkaufen oder vertreiben:

„As a condition for maintaining its exclusive and/or sole distributor status, VWR shall refrain (and shall cause its Affiliates to refrain) from promoting, selling or distributing products that directly com- pete with the Products [of Merck] in the Territory“.<sup>5</sup>

8. Das Agreement legt ferner die **Einkaufspreise** (sowie deren jährliche Anpas- sung) und die Einkaufskonditionen für VWR fest. Kriterien für die Anpassung sind u.a.

- das Bestreben von VWR und Merck, das in der Vergangenheit entstandene Bruttospalten-Niveau aufrechtzuerhalten, wobei die Möglichkeiten berück- sichtigt werden sollen, ob prozentuale Preisanpassungen auch an die End- kunden von VWR durchgereicht werden können, sowie
- das Bestreben beider Parteien, den Marktanteil für Laborprodukte der Mar- ke Merck im Absatzgebiet von Jahr zu Jahr zu steigern<sup>6</sup>.

9. Merck unterstützt VWR beim **Absatz** ihrer Produkte durch Lieferung von Wer- bematerial, Schulung von Verkäufern, neuen Katalogen (<...><...>. VWR verpflichtet sich ihrerseits zu entsprechenden Verkaufsanstrengungen<sup>7</sup>. Einzelheiten zum Absatz werden an Merck laufend gemeldet. Für A & R (Analytics & Reagents) und LSP- Produkte (Life Science & Performance) wer- den jährliche Verkaufsziele festgelegt. Bei Nichterreichen dieser Ziele hat sich Merck das Recht vorbehalten, den Vertriebsvertrag mit VWR nur noch auf nicht- exklusiver Basis fortzuführen<sup>8</sup>.

10. Merck besorgt weiterhin den Vertrieb ihrer Laborchemikalien durch eine eigene **Logistik** und hat lediglich die Bestellannahme, Rechnungsstellung und Kun-

---

<sup>5</sup> Vgl. Agreement, Ziff. 2, Bl. 21 d.A.

<sup>6</sup> Vgl. Appendix 8 zum Agreement: Pricing Criteria, Ziff. 1 und 2, Bl. 59 d.A.

<sup>7</sup> Vgl. Agreement, Ziff. 3 bis 5

<sup>8</sup> Vgl. Agreement, Ziff. 5 lit. g

denbetreuung auf VWR übertragen. Für die Belieferung der VWR-Kunden mit Merck-Laborchemikalien erhält Merck deshalb von VWR eine Service-Gebühr, die jährlich angepasst werden kann. Die Einzelheiten regelt ein gesondertes „Service Level Agreement“<sup>9</sup>.

11. Das Agreement hat eine **Laufzeit** von 5 Jahren und endete damit am **15. Februar 2009**. Es kann jedoch nach Ablauf von beiden Parteien um weitere 5 Jahre verlängert werden<sup>10</sup>. **<Absatz entfällt>**

Die Parteien haben das Agreement inzwischen mit Schreiben vom 17. März 2009 um weitere fünf Jahre verlängert (vgl. Anlage zur e-mail von Merck vom 22. Juni 2009).

### **3. Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte**

12. Die Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien Merck und VWR betrifft den Markt für den Verkauf von Laborchemikalien an Laborchemikalienhändler (Handelsmarkt), also den Markt, auf dem sich Laborchemikalienhersteller als Anbieter und Laborchemikalienhändler als Nachfrager gegenüberstehen. Dieser Handelsmarkt ist weiter in sachlich relevante Teilmärkte nach verschiedenen Produktgruppen aufzugliedern. Eine andere rechtliche Beurteilung würde sich auch nicht ergeben, wenn ein einheitlicher sachlich relevanter Handelsmarkt unterstellt würde.

#### **3.1 Grundsätze der sachlichen Marktabgrenzung**

13. Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes richtet sich grundsätzlich nach den Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite. Dabei ist die erforderliche juristische Bewertung nicht schematisch, sondern zweckbezogen und funktional nach Maßgabe der produkt- und wettbewerbsspezifischen Gegebenheiten vor-

---

<sup>9</sup> Vgl. Amtsakte, Ordner Anlagen, Lfd. Nr. 3

<sup>10</sup> Vgl. Agreement Ziff. 9.

zunehmen (vgl. Götting in: L/M/R, Kartellrecht, Bd. 2, § 19 Rdn. 11). Der sachlich relevante Angebotsmarkt wird dabei nach dem Bedarfsmarktkonzept definiert. Sämtliche Erzeugnisse, die sich nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahe stehen, dass der verständige Verbraucher sie als für die Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet und als gegeneinander austauschbar ansieht, nachdem er sie in berechtigter Weise abwägend miteinander verglichen hat, zählen zum sachlich relevanten Markt. Entscheidendes Kriterium ist in der Regel der Verwendungszweck der in Frage kommenden Erzeugnisse (ebd., Rdn. 12ff.).

14. Wendet man diese Grundsätze auf einen Markt an, auf dem die Nachfrager als Handelsunternehmen tätig sind und die Produkte mehrerer Anbieter vertreiben, so ist die Abgrenzung sachlich relevanter Märkte zunächst aus Sicht dieser Handelsunternehmen vorzunehmen. Deren Sicht hängt jedoch auch von der Einschätzung ihrer Kunden ab. Nur Erzeugnisse, die ihre Abnehmer hinsichtlich ihres Verwendungszwecks als ohne weiteres austauschbar ansehen, bilden aus Sicht von Handelsunternehmen einen eigenen sachlich relevanten Markt. Aufschluss über die Sicht der Abnehmer von Handelsunternehmen bietet deren Bestellverhalten. Wenn Abnehmer stets oder überwiegend Produkte eines bestimmten Herstellers (womöglich aus dessen Katalog, mit dessen Bestellnummern) bestellen und nicht nur eine bestimmte Laborchemikalie, egal von welchem Hersteller, dann kann die Chemikalie eines bestimmten Herstellers als eigener sachlich relevanter Markt betrachtet werden, in den die gleichlautenden Chemikalien weiterer Hersteller nicht einbezogen werden können. Anderenfalls müsste ein Händler mit dem Verlust aller derjenigen Kunden rechnen, die nur die Erzeugnisse eines bestimmten Herstellers erhalten wollen.
15. Für die Beurteilung der Marktstellung der an dem Agreement beteiligten Unternehmen nach Art. 81 EG- Vertrag bzw. der in der Vertikal- VO<sup>11</sup> vorgesehenen Marktanteilsschwellen von z.B. 30 % kommt es daher nicht auf die Stellung von Merck/VWR auf einem „Gesamtmarkt für Laborchemikalien“, sondern auf die Stellung auf den jeweiligen sachlich und räumlich relevanten Märkten an, die

---

<sup>11</sup> Amtsblatt L 336 vom 29.12.1999, S. 21 ff.

aus der Sicht des nachfragenden Handels unter Berücksichtigung des Nachfragerverhaltens der Endabnehmer abzugrenzen sind.

16. Ist der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung oder eine Diskriminierung bzw. unbillige Behinderung i.S. von §§ 19 und 20 GWB zu untersuchen, kommt es für die Marktabgrenzung auf die Märkte an, auf denen eine Diskriminierung festgestellt werden soll. Im Falle der Behinderung und Diskriminierung von Handelsunternehmen durch einen Hersteller ist daher auf den Handelsmarkt abzustellen, auf dem die Hersteller von Laborchemikalien als Anbieter und die Handelsunternehmen als Nachfrager einander gegenüberstehen.

### **3.2 Die Auffassung der Vertragsparteien**

17. Die Vertragsparteien sind der Auffassung, dass ein einheitlicher Herstellermarkt für Laborchemikalien abzugrenzen sei. So hat Merck zunächst ohne weitere Begründung vorgetragen, dass es für die kartellrechtliche Beurteilung des Vertriebsvertrages im Rahmen der Vertikal-VO einzig auf den Marktanteil von Merck „im Laborchemikalienmarkt“ ankomme (Schriftsatz vom 16.9.2005, S. 7, Bl. 263 d.A.). Diesen Gesamtmarkt für Laborchemikalien in Deutschland schätzte Merck für das Jahr 2004 auf <...> Mio. EUR (ebd., S. 8 – die Schätzung des Marktvolumens und der Umsätze der Wettbewerber wurden als Geschäftsgeheimnis bezeichnet und konnten der Beigeladenen daher bisher nur in anonymisierter Form zugänglich gemacht werden). Im Schriftsatz vom 10. 8. 2006, S. 4 (Bl. 518 d.A.) wird vorgetragen, dass der geltende Produktkatalog von Merck „mehrere Anwendungsbereiche auf(führt), in denen Laborchemikalien verwendet werden“. Es handelt sich um die Produktgruppen Analytische Reagenzien, Chromatographie (einschließlich Lösungsmittel), Hygiene-Monitoring, Instrumentelle Analytik, Lebensmittel- und Umweltanalytik, Lösungsmittel, Mikrobiologie, Mikroskopie und organische Chemikalien. Merck weist allerdings darauf hin, dass es sich bei diesen Produktgruppen genau genommen um „Anwendungsgebiete für Laborchemikalien, nicht um eine Gruppe von eindeutig zuordenbaren Produkten“ handelt (ebd., S. 5). Eine Einteilung des Marktes in separate Teilmärkte sei sachlich nicht gerechtfertigt und im Übrigen auch unpraktikabel (ebd.). Betriebsorganisatorisch verwende Merck die folgende „Produkthierarchie“:

- Lebensmittel- und Umweltanalytik
- Mikrobiologie – Hygiene – Mikroskopie
- Anorganische Chemikalien
- Organische Chemikalien – Maßgeschneiderte Produkte
- Lösungsmittel – Chromatographie und
- Zelldiagnostik (ebd., S. 5 f.).

18. Die Beteiligte VWR geht für die Anwendung der Vertikal- VO von einem „Herstellermarkt für Laborchemikalien“ aus, den sie für das Jahr 2004 in Inland auf etwa 463 Mio. EUR schätzt, während das „Gesamtmarktvolumen für Laborchemikalien“ im gleichen Jahr 625 Mio. EUR betragen soll (Schriftsatz vom 16.9.2005, S. 5, Bl. 142 d.A.). Aus vertriebsorganisatorischen Gründen verwendet VWR intern ebenfalls eine eigene Produkthierarchie, die nicht mit der von Merck verwendeten Einteilung identisch ist. Eine eigene Produktgruppe „Laborchemikalien“ gibt es bei VWR dagegen nicht (Schriftsatz vom 10.8.2006, S. 4, Bl. 501 d.A.). Vielmehr wird die Produktgruppe „Chemikalien“ von VWR in folgende sogenannte Hauptgruppen untergliedert:

- Lösungsmittel
- Ätzmittel (caustics) und Basen
- Säuren
- Anorganische Komponenten und Salze
- Spezialreagentien
- Instrumentelle Analytik
- Organische Chemikalien
- Biochemikalien
- Standards und Referenzmaterialien (genormte Lösungen etc. als Referenzmaterial für Messungen, Kalibrierungen usw.)
- Maßgeschneiderte Produkte
- Diagnostik-Prüfsätze (test kits)
- Umwelt-Prüfsätze
- Lebensmittel-Prüfsätze
- Mikrobiologie
- Mikroelektronische Chemikalien und
- Sonstige (ebd., S. 4 f).

19. Die Einordnung von Produkten in bestimmte Produktgruppen habe allein betriebsorganisatorische Gründe und sei daher von Unternehmen zu Unternehmen verschieden (ebd., S. 5). Die Schätzung eines inländischen Marktvolumens z.B. für allgemeine Reagenzien oder für Chromatographie-Materialien könne vor diesem Hintergrund „nur ins Blaue hinein erfolgen und wäre in keiner Weise belastbar“ (ebd., S. 7). Daher sei für die Zwecke dieses Verfahrens nur von „einem sachlich relevanten Markt für Laborchemikalien auszugehen“ (Schriftsatz vom 19.2.2008, S. 3, Bl. 982 d.A.). Ein durchschnittlicher Laborchemikalienhändler müsse schließlich sämtliche acht Produktgruppen von Merck, aber darüber hinaus sogar Produktgruppen, die Merck nicht anbiete, führen, um wettbewerbsfähig zu sein (ebd.).
20. Für den Fall, dass überhaupt eine Aufgliederung des Gesamtmarktes vorzunehmen sei, hält Merck die Aufteilung des Marktes in die folgenden 14 Teilmärkte für sachgerecht (Schreiben Merck vom 20. März 2008, Anlage 5, Bl. 1264 ff. d.A.):
- Anorganische Reagenzien
  - Lösungsmittel
  - Chromatographie
  - Reagenzien für die Labordiagnostik
  - Reagenzien für die Biochemie und Bioanalytik
  - Mikrobiologie
  - Hygiene Monitoring
  - Reagenzien für die Wasseranalyse und Umweltanalytik
  - Reagenzien für die Lebensmittelanalytik
  - Standards
  - Organische Reagenzien
  - Kundenspezifische Gemische
  - Laborreinigungsmittel & Laborhilfsmittel
  - Sonstige Reagenzien/Laborchemikalien
21. Zu einer Aufgliederung nach unterschiedlichen Vertriebswegen haben sich die Vertragsparteien wie folgt geäußert: Merck möchte im Gegensatz zur Beschlussabteilung den für die Beurteilung des Marktanteils relevanten Markt nicht auf die Lieferungen der Hersteller an den Handel beschränkt sehen. Zum einen

gebe es eine Angebotsumstellungsflexibilität der Hersteller; zum anderen gebe es Wettbewerbsbeziehungen zwischen den Direktlieferungen der Hersteller an Labore und den Lieferungen von Herstellern an den Handel (Schreiben vom 16. April 2006, S. 3, Bl. 1313 d.A.). Da Merck aus historischen Gründen nur den Handel, viele Wettbewerber in großem Umfang jedoch die Abnehmer direkt belieferten, führe eine Verengung auf den Handel zu einem deutlich höheren Marktanteil von Merck. Die realen Wettbewerbsbeziehungen würden jedoch nur bei Betrachtung des Gesamtmarktes reflektiert (ebd.). Diese Frage müsse rechtlich bewertet und ggf. gerichtlich überprüft werden, weshalb auch das Marktvolumen nach den Vorstellungen der Vertragsparteien ermittelt werden sollte. Denn die Vertikal-VO verweise auf die Bekanntmachung der KOM zur Definition des relevanten Marktes; diese sehe in Rz. 88 die Berücksichtigung der Angebotsumstellungsflexibilität der Hersteller ausdrücklich vor (ebd.). Zum einen stehe jeder Hersteller jederzeit dem Handel als Anbieter zur Verfügung; zum anderen könne jeder Händler auch auf das Angebot von anderen Lieferanten ausweichen (ebd., S. 4, Bl. 1314 d.A.). Schließlich komme es auch nicht darauf an, ob Hersteller aktuell Laborchemikalien in Deutschland anbieten oder dies nur potentiell könnten, denn auch der potentielle Wettbewerb sei laut Bekanntmachung der Kommission zur Marktdefinition bei der Berechnung des Marktvolumens zu berücksichtigen (e-mail vom 7.5.2008, Bl. 1328 d.A.).

22. VWR geht davon aus, dass der sachlich relevante Markt der Herstellermarkt für Laborchemikalien ist (Schriftsatz vom 16. September 2005, Bl. 142 d.A.). Auf diesem Herstellermarkt, der in Deutschland europaweit das niedrigste Preisniveau aufweise, gebe es lebhaften Wettbewerb zwischen den einzelnen Anbietern. Es bestünden auch keine Marktzutrittsschranken (ebd., Bl. 145 f. d.A.).

### **3.3 Die Ermittlungen der Beschlussabteilung**

23. In einem früheren **fusionskontrollrechtlichen** Verfahren hat die Beschlussabteilung aus Sicht der wichtigsten Nachfragergruppen, die überwiegend ein ganzes Sortiment an Laborchemikalien sowie zusätzlich ggf. Spezialitäten nachfragen, acht sachlich relevante Teilmärkte abgegrenzt (vgl. Bundeskartellamt, Beschluss vom 3. Juni 1997 – B3 – 132/96 - Merck/KMF Laborchemie). Führende

Marktpositionen hielt Merck nach den damaligen Ermittlungen<sup>12</sup> auf den sachlich relevanten Märkten für Allgemeine Reagenzien und Chromatographie- Materialien inne. Inzwischen hat sich der damals gültige Merck- Katalog hinsichtlich seiner Einteilung in einzelne Produktgruppen geändert. Die Beschlussabteilung hat deshalb Ende Januar 2007 anhand des damals aktuellen Merck- Kataloges „Chemikalien & Reagenzien 2005 – 2007“ erneut die wichtigsten Produktgruppen identifiziert und zum Gegenstand einer Marktuntersuchung gemacht. Im Mai 2008 wurde diese Markterhebung aktualisiert und der Gesamtmarkt in die folgenden sieben Teilmärkte aufgliedert:

- Chromatographie- Materialien,
- Analytische Fertigtests,
- Mikrobiologie,
- Organische Forschungschemikalien,
- Biochemische Produkte,
- Diagnostika und
- Sonstige Chemikalien und Reagenzien.

24. Die Beschlussabteilung hat in ihren Marktermittlungen vom Mai 2008 eine Gesamterhebung des Marktes für Laborchemikalien vorgenommen. Hierbei wurden sämtliche Hersteller von Laborchemikalien und alle relevanten Händler von Laborchemikalien<sup>13</sup> nach ihren Gesamtumsätzen befragt und um eine Aufgliederung dieser Umsätze nach Produktgruppen gebeten, und zwar sowohl nach den 14 Produktgruppen gemäß dem Vorschlag der Vertragsparteien als auch nach den 7 Produktgruppen nach dem Vorschlag der Beschlussabteilung. Darüber hinaus wurde abgefragt, wie sich die jeweiligen Umsätze auf die Nachfragergruppen Handel und Endabnehmer sowie auf sonstige Nachfrager verteilen.<sup>14</sup> Zusätzlich wurden sie gebeten, zur Frage der sachlichen Marktabgrenzung Stellung zu nehmen.
25. Die Vertragsparteien haben der Beschlussabteilung für ihre Markterhebung zunächst eine unleserliche Liste mit 142 Anbietern (Bl. 1233 f. d.A.) und eine Liste mit sämtlichen Ausstellern auf der Analytika (Bl. 1235 -1252 d.A.) sowie eine

---

<sup>12</sup> Vgl. BKartA, Beschluss vom 3. Juni 1997 „Merck/KMF“ – B3-132/96, S.17 f.

<sup>13</sup> einschließlich der Beigeladenen Th. Geyer – deren Auskünfte befinden sich im Ordner „Auskünfte des Handels- mit Geschäftsgeheimnissen“, vgl. Stellungnahme von VWR vom 5. Juni 2009, S. 1 f.

<sup>14</sup> Da die Umsatzanteile, die auf die sonstigen Nachfrager entfallen, unter 1% liegen, werden sie im Folgenden vernachlässigt.

Liste aller Mitglieder des Verbandes des Groß- und Außenhandels für Krankenpflege und Laborbedarf (Bl. 1253 – 1259) übersandt, die unter anderem Anbieter von Laboreinrichtungen, Laborgeräten, technischen Gasen usw. enthielten. Einige der benannten Anbieter bieten Laborchemikalien nur als Beigabe zu Geräten an (vgl. Bl. 1328, 1361 d.A.). Die Beschlussabteilung hat die Vertragsparteien erst aufgefordert, in den übersandten Listen die Anbieter von Laborchemikalien zu kennzeichnen (Bl. 1306 d.A.). Die Beschlussabteilung konnte schließlich (nach Abzug von im Ausland sitzenden oder nicht mehr existierenden Herstellern ) nur **130 Hersteller** und **48 Händler** von Laborchemikalien anschreiben. Die weiteren Ermittlungen haben ergeben, dass ein Teil dieser Hersteller nicht auf dem sachlich relevanten Markt für Laborchemikalien, sondern auf benachbarten Märkten tätig sind. Dies gilt insbesondere für die Hersteller von In-vitro-Diagnostika (IVD). Für diese (medizinischen) IVD (mit eigener CE- Kennzeichnung) hat die EU-KOM eine eigene Richtlinie (98/79/EWG) erlassen, die Reagenzien für den allgemeinen Laborbedarf ausdrücklich aus ihrem Geltungsbereich ausnimmt, weshalb IVD nicht als Laborchemikalien anzusehen sind. Darüber hinaus waren andere Hersteller, wie z.B. das Unternehmen Bode, von dem Markt auszunehmen, weil sie Desinfektionsmittel und keine Laborchemikalien herstellen. Letztlich konnte die Beschlussabteilung **90 Hersteller** in die Markterhebung einbeziehen. Die ausgeschlossenen Unternehmen und die Begründung hierfür können im Einzelnen der Akte (Ordner „Auskünfte Hersteller/Händler“) entnommen werden. Die Beteiligten haben in ihren Stellungnahmen auf das Abmahnschreiben vom 4./5. Mai 2009 der Beschlussabteilung keine Hersteller oder Händler konkret benannt, die auf dem Markt Umsätze von einiger Bedeutung erzielen sollen und nicht in die Umfrage einbezogen wurden. Ihren Chemikalienumsatz konnten einige Hersteller und Händler zu den von der Beteiligten Merck vorgeschlagenen Produktgruppen nur mit Schwierigkeiten zuordnen (vgl. die Auflistung im Schriftsatz der Beteiligten Merck vom 2. Juni 2009, Seiten 5 bis 11; Stellungnahme von VWR vom 5. Juni 2009, S. 15 - 22). Dennoch ergeben die erhobenen Zahlen ein realistisches Marktbild. Die Zuordnungsprobleme tauchten vor allem bei kleineren Handelsunternehmen mit geringen Laborchemikalienumsätzen auf (Beispiele hierfür sind PECO, Conrad, Koch und Nay, Kobe mit Umsätzen von höchstens 50 TEURO, und Wiegand, ein reines Exporthaus, mit Fokus auf Laborgeräten). Fehleinschätzungen des

Handels bei der Zuordnung können ohnedies nur das Volumen des Endabnehmermarktes beeinflussen, das in diesem Verfahren keine Rolle spielt. Die Abweichungen sind aber auch zu vernachlässigen. Addiert man alle Umsätze der von Merck aufgeführten Handelsunternehmen mit Zuordnungsproblemen, die in den vom Beschluss erfassten fünf Produktgruppen erzielt wurden, ergibt sich ein Umsatz von maximal 6,655 Mio. EUR. Bezogen auf das Marktvolumen (Handelsumsätze) von insgesamt 96,472 Mio. EUR für diese fünf Produktgruppen sind dies lediglich 6,9 %. Die Beigeladene Geyer hat zwar in den Fragebogen zunächst nur ihren Gesamtumsatz eingetragen, nach Aufforderung durch die Beschlussabteilung jedoch eine ausführliche Aufgliederung ihrer Umsätze auf die von Merck vorgeschlagenen Produktgruppen nachgereicht (abgelegt im Hefter „Auskünfte Handel – mit Geschäftsgeheimnissen“ - 47 H).

26. Von den 21 Herstellern, die in ihren Antworten auf Zuordnungsprobleme hingewiesen haben, bieten 9 Hersteller ohnedies keine Laborchemikalien aus den vom Beschluss betroffenen Produktgruppen an. Von den verbleibenden Herstellern (Lfd. Nrn. 1, 4, 8, 14, 29, 61, 85, 112, 113, 119, 123 und 129) erzielten lediglich AppliChem, C.Roth, GE-Healthcare, Macherey-Nagel, Sifin, Sigma-Aldrich, Thermo Fisher und YMC Umsätze über 1 Mio EUR in einzelnen Produktgruppen. Diese Hersteller sind überwiegend auf bestimmte Produktgruppen spezialisiert und haben trotz vorgetragener Zuordnungsprobleme ausnahmslos eine Aufteilung ihrer Umsätze auf die einzelnen Produktgruppen vornehmen können. Die Einteilung der Produktgruppen hat Merck selbst vorgenommen; die genaue Definition der Produktgruppen war als Anlage dem Fragebogen an Hersteller und Handel beigefügt. Da die errechneten Marktanteile auf den Auskünften der Marktteilnehmer beruhen, besteht kein Anlass, hinsichtlich der errechneten Marktanteile erhebliche Sicherheitsabschläge zu Gunsten der Beteiligten vorzunehmen. Letztere haben in ihren Einlassungen keine konkreten Hinweise geliefert, denen die Beschlussabteilung nachgehen könnte, welcher der erfassten Anbieter zu niedrige Umsatzzahlen bei welchen Produktgruppen genannt hat. Sie selbst trifft jedoch die Nachweispflicht, dass sie die Marktanteilsschwelle der Vertikal- VO in den genannten Produktgruppen nicht überschreiten. Verbleibende Zweifel an der korrekten Abgrenzung von Produktmärkten gehen zu ihren Lasten, da sie eine Ausnahme vom Kartellverbot des Art. 81 EG-Vertrag in Anspruch nehmen.

27. Die nach Auffassung von Merck unzureichend erfassten In-Vitro- Diagnostika und Reinigungs- und Desinfektionsmittel sind vom Beschluss nicht umfasst und können sich dementsprechend auch nicht auf ihren Marktanteil bei Anorganischen Reagenzien, Lösungsmitteln usw. auswirken.
28. Für die Marktabgrenzung aus Sicht des Handels spielt die Sicht der Endverbraucher nur insoweit eine Rolle, als der Handel Rücksicht auf die Wünsche seiner Endkunden nehmen muss. Wenn diese auf einem bestimmten Hersteller bestehen, wird sich der Handel danach richten. Genau dies haben die Auskünfte der befragten Händler ergeben. Dass Endverbraucher langfristig - mit erheblichem Aufwand an Zeit und Geld – den Hersteller wechseln können, hat auf die Austauschbarkeit von Laborchemikalien aus Sicht des Handels keinerlei Einfluss. Vorliegend untersucht die Beschlussabteilung auch nicht die Marktstellung von Merck im Rahmen der Fusionskontrolle, sondern im Rahmen eines Verfahrens, bei dem die Auswirkungen des Alleinvertriebsrechts von VWR auf den Handelsmarkt für Laborchemikalien geprüft werden. Für die Prüfung der Abhängigkeit des Handels von der Belieferung mit Laborchemikalien von Merck spielt es auch keine Rolle, ob auf Produktgruppen oder auf einen Gesamtmarkt abgestellt wird. Entscheidend ist lediglich, ob der Handel auf die Belieferung mit Laborchemikalien von Merck verzichten kann oder nicht. Ebenso unerheblich für die Marktabgrenzung aus Sicht des Handels ist, ob die Anbieter von Laborchemikalien einer bestimmten Gruppe auch weitere Chemikalien aus anderen Gruppen herstellen können.
29. Die Beschlussabteilung hat vorliegend eine mögliche Substituierbarkeit auf der Angebotsseite nicht in die Abgrenzung des relevanten Marktes einbezogen, weil nicht die Marktstellung von Merck gegenüber Endverbrauchern den Gegenstand des Verfahrens bildet, sondern ihre Marktstellung gegenüber der Handelsseite (vgl. die Einlassung von Merck vom 2. Juni 2009, S. 27 f). Die Händler von Laborchemikalien können überhaupt nicht auf die Angebote von Newcomern und etablierten andern Herstellern ausweichen, wenn ihre Nachfrager Laborchemikalien von Merck bestellen.
30. Die Vertragsparteien haben keine Importeure von Laborchemikalien benannt. Dies entspricht dem Kenntnisstand der Beschlussabteilung. Grund hierfür ist,

dass sämtliche Hersteller - soweit sie über keine inländische Produktion verfügen - in Deutschland durch eigene Vertriebsunternehmen tätig sind.

31. Von den benannten 48 Chemikalienhändlern konnten schließlich nur 44 in die Ermittlungen einbezogen werden. 4 Handelsunternehmen liefern keine Laborchemikalien; einige wenige Händler haben trotz mehrfacher Mahnung keine Auskünfte erteilt (vgl. im Einzelnen die Auskünfte/Vermerke in den Ordnern „Auskünfte der Händler“).

### Übersicht über die Marktstrukturen bei Laborchemikalien

#### 3.3.1 Gesamtmarktvolumina

32. Die Befragung der 90 **Laborchemikalienhersteller** hat die in der Tabelle 1 dargestellten inländischen<sup>15</sup> Gesamtumsätze – aufgeteilt nach den Abnehmergruppen Handel und Endabnehmer - ergeben.

Tab.1	Herstellerbefragung	
	VP	BA
Nachfrager	in 1.000 €	in 1.000 €
Endabnehmer	415.616	414.828
Handel	114.471	114.147
Gesamt	530.087	528.975

33. Danach ergibt sich ein Gesamtumsatz für die Hersteller von insgesamt ca. 530 Mio. €. Dieser Umsatz teilt sich auf die beiden Gruppen von Nachfragern auf: der Handel bezog Laborchemikalien für ca. 115 Mio. €, die Endabnehmer für ca. 415 Mio. €. Die Gesamtumsätze, die sich einerseits aus der Produktgruppenaufteilung der Vertragsparteien (im Folgenden als VP bezeichnet) und der Produktgruppenaufteilung der Beschlussabteilung (im Folgenden als BA bezeichnet) ergeben haben, unterscheiden sich danach nur im Rahmen einer geringfügigen Unschärfe.
34. Aufgrund der obigen Ermittlungen ergibt sich danach für den **Handelsmarkt**, auf dem sich die Laborchemikalienhersteller als Anbieter und die Laborchemikalienhändler als Nachfrager gegenüberstehen, ein Marktvolumen von ca. 115 Mio. € (siehe Tab. 1).

<sup>15</sup> Die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes wird in Tz. 58 f. vorgenommen.

35. Die Befragung der **Laborchemikalienhändler** hat die in der Tabelle 2 dargestellten Gesamtumsätze – aufgeteilt nach den Abnehmergruppen Handel und Endabnehmer - ergeben:

<b>Tab. 2</b>	<b>Händlerbefragung</b>	
<b>Nachfrager</b>	<b>VP</b>	<b>BA</b>
	<b>in 1.000 €</b>	<b>in 1.000 €</b>
<b>Endabnehmer</b>	124.333	124.262
<b>Handel</b>	24.477	24.500
<b>Gesamt</b>	<b>148.810</b>	<b>148.763</b>

36. Danach haben die Händler einen Gesamtumsatz von ca. 149 Mio. € erzielt, wovon ca. 125 Mio. € mit Endabnehmern getätigt wurden und ca. 24,5 Mio. € mit anderen Händlern. Von den getätigten Umsätzen mit Endverbrauchern und anderen Händlern entfallen mehr als 50% auf VWR.
37. Auf dem **Endabnehmermarkt** stehen die Hersteller und die Händler als Anbieter den Endabnehmern als Nachfrager gegenüber. Das Gesamtmarktvolumen auf diesem Markt setzt sich somit aus den Endabnehmerumsätzen beider Gruppen von Anbietern zusammen. Das Gesamtumsatzvolumen beträgt danach insgesamt ca. 539 Mio. € (415 Mio. € + 124 Mio. €, siehe Tab. 1 und 2). Die Endabnehmer von Laborchemikalien verteilen sich auf eine Reihe von Abnehmergruppen, die nicht immer scharf voneinander getrennt werden können. Die wichtigsten sind Schul- und Universitätslabore, wissenschaftliche Forschungslabore, Industrielabore, öffentliche Einrichtungen des Umweltschutzes und der Lebensmittelüberwachung sowie Krankenhaus- und Arztlabore (vgl. BKartA, Beschluss vom 3. Juni 1997 „Merck/KMF“, S. 5 f.).

### **3.3.2 Marktvolumina der Teilmärkte**

38. Die Ermittlungen der Beschlussabteilung haben für die Produktgruppen nach dem Abgrenzungsvorschlag der Vertragsparteien die in der folgenden Tabelle 3 dargestellten Umsatzvolumina erbracht:

Tab. 3	Marktvolumina VP-Segmente			
	Handelsmarkt		Endabnehmermarkt	
	in 1.000 €	in %	in 1.000 €	in %
1. Anorganische Reagenzien	15.661	13,7%	40.254	7,5%
2. Lösungsmittel	11.775	10,3%	29.864	5,6%
3. Chromatographie	18.311	16,0%	48.711	9,1%
4. Reagenzien f. Labordiagnostik	10.173	8,9%	105.573	19,7%
5. Reagenzien f. Biochemie u. Bioanalytik	13.786	12,0%	118.363	22,1%
6. Mikrobiologie	8.534	7,5%	71.434	13,4%
7. Hygiene Monitoring	700	0,6%	8.893	1,7%
8. Reagenzien f. Wasser- und Umweltanalyse	12.631	11,0%	34.202	6,4%
9. Reagenzien f. Lebensmittelanalytik	3.856	3,4%	10.545	2,0%
10. Standards	2.231	1,9%	11.100	2,1%
11. Organische Reagenzien	7.929	6,9%	31.197	5,8%
12. Kundenspezifische Gemische	753	0,7%	2.261	0,4%
13. Laborreinigungsmittel u. Laborhilfsmittel	4.699	4,1%	4.128	0,8%
14 sonstige Reagenzien/Laborchemikalien	3.401	3,0%	18.467	3,5%
<b>GESAMT</b>	<b>114.441</b>	<b>100,0%</b>	<b>534.992</b>	<b>100,0%</b>

39. Aus der Tabelle ist darüber hinaus ersichtlich, dass sich das Gewicht der einzelnen Produktgruppen an dem Gesamtmarkt deutlich unterscheidet und auch die Bedeutung des Handels in den unterschiedlichen Produktgruppen stark variiert.
40. In der folgenden Tabelle 4 sind die Umsätze ersichtlich, die nach der Produktgruppenaufteilung der Beschlussabteilung auf die einzelnen Produktsegmente entfallen sind.

Tab. 4	Marktvolumina BA-Segmente			
	Handelsmarkt		Endabnehmermarkt	
	in 1.000 €	in %	in 1.000 €	in %
1. Chromatographiematerialien	21.676	19,0%	45.471	8,5%
2. Analytische Fertigtests	15.679	13,7%	35.884	6,7%
3. Mikrobiologie	8.172	7,2%	77.879	14,5%
4. Organische Forschungschemikalien	10.602	9,3%	43.654	8,2%
5. Biochemische Produkte	10.519	9,2%	76.978	14,4%
6. Diagnostika	11.822	10,4%	107.531	20,1%
7. Sonst. Chemikalien / Reagenzien	35.672	31,3%	148.029	27,6%
<b>GESAMT</b>	<b>114.142</b>	<b>100,0%</b>	<b>535.427</b>	<b>100,0%</b>

41. Aufgrund der deutlich geringeren Gliederungstiefe ergeben sich insgesamt höhere Umsatzvolumina. Die Unterschiede im Gewicht der einzelnen Produktgruppen und in der Bedeutung des Handelsmarktes sind auch hier erkennbar.

### 3.3.3 Marktkonzentration

42. Die Gesamtzahl der auf dem Inlandsmarkt (zur räumlichen Marktabgrenzung s. Tz. 58 f.) tätigen Laborchemikalienhersteller – 90 Unternehmen wurden befragt – könnte zu dem Fehlschluss verleiten anzunehmen, dass der Markt stark zersplittert wäre. Wie sich aus der folgenden Tabelle 5 belegen lässt, stellt sich der Markt demgegenüber bereits auf Ebene des Gesamtmarktes als hoch konzentriert dar. Da die weit überwiegende Zahl der Laborchemikalienhersteller nicht alle Laborchemikalien anbietet, sondern sich im Gegenteil im Wesentlichen auf wenige Produktgruppen konzentriert, liegt der Konzentrationsgrad auf den Teilmärkten noch erheblich höher (hierzu weiter unten).

<b>Tab. 5</b>	<b>Marktanteilsverteilung (Gesamtumsätze Hersteller)</b>		
<b>Anbietergruppe</b>	<b>Anzahl</b>	<b>Marktanteile</b>	
	<b>der Unternehmen</b>	<b>individuelle</b>	<b>der Gruppe</b>
<b>Gruppe A</b>	8	3% - 12%	52,5%
<b>Gruppe B</b>	10	1,5% - 3%	23,7%
<b>Gruppe C</b>	10	1% - 1,5%	12,2%
<b>Gruppe D</b>	9	0,5% - 1%	6,1%
<b>Gruppe E</b>	53	<0,5%	5,5%
<b>GESAMT</b>	<b>90</b>		<b>100,0%</b>

43. Aus der Tabelle 5 ergibt sich, dass auf die 8 umsatzstärksten Laborchemikalien- Hersteller (Gruppe A) – gemessen an den Gesamtumsätzen aller Hersteller gemäß Tab. 1 ein Marktanteil von über 50% entfällt. Zu den drei führenden Unternehmen gehören neben Merck die Unternehmen Thermo Fischer Scientific und Sigma-Aldrich. Schon mit einem gewissen Abstand folgen Macherey-Nagel, Bio-Rad, Hache Lange, R-Biopharm und heipa Dr. Müller.
44. Thermo Fisher Scientific (mit den Marken Maybridge, Acros, Remel, Oxoid, Captal Vial und anderen) ist mit einem Konzernumsatz von 10,5 Mrd. \$ der weltweit führende, in 150 Ländern aktive Laborausstatter und Chemikalien- Lieferant für die Bereiche Wissenschaft, Gesundheit und industrielle Laboranwendungen. Sigma Aldrich zählt mit einem Konzernumsatz von 2,2 Mrd. \$ ebenfalls zu den weltweit führenden Anbietern von chemischen und biochemischen Produkten für den Einsatz in der Forschung, Biotechnologie und der pharmazeutischen Industrie und ist in 37 Ländern vertreten. Der kalifornische Anbieter Bio-Rad erzielte 2008 einen Umsatz von 1.764 Mio. \$ mit Produkten aus den Bereichen Life Science und Clinical Diagnostics. Macherey-Nagel erzielte demge-

genüber nur noch etwa 100 Mio. EUR Umsatz (2007) und ist mit Produkten aus den Bereichen Filterpapiere, Schnelltests, Wasseranalytik, Bioanalytik und der Chromatographie in drei Ländern mit eigenen Niederlassungen und in weiteren 150 Ländern über Händler vertreten. Hach-Lange ist ebenfalls weltweit tätig, jedoch ausschließlich auf die Labor- und Online- Wasseranalytik spezialisiert. Ebenso werden von der R-Biopharm AG (Umsatz 2007: 39 Mio. EUR) nur die Bereiche der klinischen Diagnostik und der Lebens- und Futtermittel-Analytik angeboten.

45. Auf die nächsten 10 Anbieter (Gruppe B), entfällt insgesamt ein Marktanteil von ca. 25%; ihr individueller Marktanteil liegt nur noch zwischen 1,5% und 3%.
46. Die Konzentration auf dem Händlermarkt (siehe Definition Tz. 32 ff., und Umsatz- Tab. 1) liegt noch deutlich über dem des Gesamtmarktes auf Basis der gesamten Herstellerumsätze. Die Marktanteile können im Einzelnen der folgenden Tabelle 6 entnommen werden. Aus Gründen des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen sind in dieser Tabelle – wie auch in allen folgenden Tabellen - nicht die exakten Marktanteile angeben, sondern sie liegen für Marktanteile über 10% in einem Intervall von +/- 5% um den angegebenen Wert. Bei kleineren Marktanteilen wurden zur besseren Differenzierung kleinere Spannen genutzt. Da die Volumina aller untersuchten Teilmärkte angegeben sind, können die Vertragsparteien ihre exakten Marktanteile selbst ermitteln.

<b>Tab. 6</b>	<b>Marktanteile Händlermarkt</b>
	<b>in %</b>
<b>Merck</b>	35%
<b>Macherey-Nagel</b>	20%
<b>Thermo Fisher</b>	5%
<b>Sigma-Aldrich</b>	5%
<b>3 Unternehmen</b>	2,5-5%
<b>8 Unternehmen</b>	1-2,5%
	<b>ca. 90%</b>
<b>Rest</b>	<1%

47. Die Marktstruktur des **Laborchemikalienhandels** (siehe Tz. 33 f., Tab. 2) wird von VWR geprägt. Auf VWR entfallen nicht nur deutlich mehr als 50% des gesamten Umsatzes aller Chemikalienhändler, sondern das Unternehmen ist seinen mittelständischen Wettbewerbern aufgrund seines Konzernumsatzes von 3,7 Mrd. \$ und seiner weltweiten Tätigkeit weit überlegen. Mit großem Abstand folgt die Beigelade Th. Geyer mit einem Laborchemikalien- Umsatz von deutlich

unter 50 Mio. EUR. Es folgen noch drei größere Laborchemikalienhändler mit einem Laborchemikalienumsatz zwischen 1 und 5 Mio. EUR (Omnilab Laborzentrum, Bremen, Diagonal GmbH & Co. KG, Münster, und Chempur GmbH, Karlsruhe). Diese bieten ihre Dienstleistung bundesweit an. Daneben gibt es noch etwa 20 Händler mit einem Laborchemikalienumsatz von weniger als 1 Mio. EUR/Jahr und – nach Schätzung der Beigeladenen - etwa 150 bis 180 Laborchemikalienhändler mit einem Umsatz von unter 200 TEURO/Jahr. Alle größeren Laborchemikalienhändler vertreiben ihre Produkte bundesweit.

### 3.4 Abgrenzung nach Produktgruppen

48. Aus Sicht der nachfragenden Anwender von Laborchemikalien (Schul- und Universitätslabore, Krankenhaus- und Arztlabore, Forschungslabore usw.) ist jede einzelne Laborchemikalie (oft sogar: eines jeden einzelnen Herstellers) nicht durch eine Laborchemikalie mit anderer chemischer Struktur/Reinheitsgrad usw. ersetzbar und bildet somit einen eigenen sachlich relevanten Markt. Die Ermittlungen der Beschlussabteilung sowohl in einem vorausgegangenem Fusionskontrollverfahren als auch in diesem Verfahren haben allerdings ergeben, dass Nachfrager von Laborchemikalien stets eine Mehrzahl von Chemikalien benötigen und auch die Hersteller von Laborchemikalien stets eine oder mehrere Gruppen von Laborchemikalien anbieten. So umfasst etwa der Katalog des größten inländischen Herstellers Merck im Bereich **Chromatographie** Extraktionssäulen und deren Füllmaterial zur Probenvorbereitung, Sorbentien für die Analytische HPLC (Hochdruck- Flüssigkeitschromatographie), Edelstahl- Fertigsäulen und -kartuschen, Lösungsmittel und Reagenzien für die präparative, analytische und Flüssigkeits- Chromatographie, Zubehör und Sorbentien/Kieselgele für die präparative Säulen-, Dünnschicht- und Bio-Chromatographie sowie Bezugssubstanzen für die Gas- Chromatographie (vgl. VWR/Merck- Katalog Chemikalien & Reagenzien 2005 – 2007, S. 1063 bis 1098). Daher können aus Sicht der anwendenden Nachfrager (Labore) die angebotenen Chemikalien in einzelnen Produktgruppen zusammengefasst werden, die je nach unterschiedlicher Anwendung der Chemikalien gebildet werden. Sowohl die Verwendungszwecke als auch die völlig unterschiedlichen Preise für einzelne Gruppen von Laborchemikalien verbieten die Zusammenfassung zu einem einheitlichen Markt aus Sicht der nachfragenden Labore. Die

hierzu befragten Hersteller und Händler haben – von wenigen Ausnahmen abgesehen – ebenfalls eine Abgrenzung nach Produktgruppen (z.B. Chromatographie, anorganische Reagenzien, Lösungsmittel usw.) befürwortet und dies v.a. damit begründet, dass die Abnehmer dieser Chemikalien aus den verschiedensten Gruppen von Nachfragern bestehen, die diese auch für die unterschiedlichsten Anwendungen benötigen (vgl. z.B. die Auskünfte der befragten Hersteller Nr. 4, 6, 17, 43, 59, 63, 72 und 86 und der befragten Händler Nr. 2, 13, 36 und 41). Soweit Hersteller für einen einheitlichen Gesamtmarkt für Laborchemikalien plädierten, wurden dafür im Wesentlichen folgende Gründe genannt:

- Eine Unterteilung führe wegen zahlreicher Überlappungen zu Abgrenzungsproblemen (Nr. 8).
  - Erfolgsfaktoren für die Marktbearbeitung seien v.a. durch logistische und administrative Aspekte gekennzeichnet; die Produkte und deren Qualität seien weitgehend austauschbar (Nr. 11 im Ordner „vertrauliche Angaben der Hersteller“).
  - Der Kunde könne zwischen verschiedenen Methoden wählen, um zum gleichen analytischen Ergebnis zu gelangen (Nr. 24).
49. Der Hersteller Sigma-Aldrich (Nr. 113) plädiert wegen der stets steigenden Tendenzen, die Einkäufe (der Nachfrager) zu kumulieren, und damit verstärkt ein „one-stop-shopping“ zu betreiben, dafür, den Gesamtmarkt nicht weiter in einzelne Teilmärkte aufzugliedern. Die Beigeladene Th. Geyer (Ifd. Nr. 47Ha) plädiert vor allem deshalb für die Annahme eines (allerdings eng definierten, auf reine Laborchemikalien beschränkten) Gesamtmarktes, weil anderenfalls wegen der teilweisen Überschneidungen zwischen einzelnen Produktgruppen eine Aufblähung des Marktvolumens zu befürchten sei.
50. Die angeführten Gründe für eine Zusammenfassung von Teilmärkten zu einem Gesamtmarkt für Laborchemikalien sind jedoch aus kartellrechtlicher Sicht nicht überzeugend. Insbesondere die Spezialisierung vieler Hersteller auf ausgewählte Teilbereiche des Laborchemikalienmarktes und die Aussagen fast aller befragten Hersteller und Handelsunternehmen anlässlich der letzten Umfrage der

Beschlussabteilung lassen die Bildung sachlich relevanter Teilmärkte nach wie vor zutreffend erscheinen.

51. Letztlich kann die genaue Abgrenzung der sachlich relevanten Teilmärkte nach einzelnen Produktgruppen dahinstehen, weil die Beteiligten auch auf dem gesamten Handelsmarkt für Laborchemikalien (vgl. oben Tz. 44, Tab. 6) den Schwellenwert der Freistellungs-VO von 30% überschreiten.
52. Kein einheitliches Bild hat die Umfrage unter Herstellern und Händlern hinsichtlich der Präferenzen für die Einteilung in Produktgruppen durch die Beteiligten bzw. die Beschlussabteilung ergeben. Danach erscheinen beide Einteilungen aus Sicht der anbietenden Hersteller und Handelsunternehmen vertretbar. Wegen des über 30% liegenden Marktanteils von Merck auf dem gesamten Handelsmarkt kann dies auch letztlich dahingestellt bleiben.
53. Grenzt man den Markt, wie für das vorliegende Verfahren erforderlich, aus Sicht der nachfragenden Handelsunternehmen ab, sind noch engere Teilmärkte zu bilden.
54. Die in die Umfrage einbezogenen Händler wurden zur Austauschbarkeit von Laborchemikalien einzelner Hersteller befragt. Von 21 Händlern, die verwertbare Auskünfte hierzu erteilten, haben 18 (85 %) eine Austauschbarkeit generell verneint. Ein Händler hat die fehlende Austauschbarkeit beschränkt auf Abnehmer aus Forschung, Pharmazie und Kosmetik, weil dort zwingende Vorgaben (z.B. zur Validierung, Registrierung und Zertifizierung, ISO/SOP- Standards usw.) über den Einsatz der Laborchemikalien eines bestimmten Herstellers existieren; auf diese Gruppe entfällt der größte Teil seiner Kunden. Ein Händler hat die Austauschbarkeit nur für analytische Fertigtests verneint. Einige Händler sehen begrenzte Möglichkeiten für den Ersatz im Bereich der Normallösungen (Salzsäure, Schwefel) und der Reagenzien zur Wasseranalyse sowie bei Hilfsmitteln und Laborreinigern. Die Beteiligte VWR hat vorgetragen, dass das Kundenverhalten differenziert ist, d.h. „Kunden fragen sowohl bestimmte Hersteller als auch Chemikalien, wo es nur um das Preis-/Leistungsverhältnis geht, an“ (e-mail von Rechtsanwalt Dr. Lübbig vom 23.6.2008, zu Frage 4.). Die Beteiligte VWR hat jedoch nicht näher erläutert, welche Laborchemikalien in welchem Umfang von welchen Abnehmergruppen tatsächlich ohne Vorgabe eines be-

stimmten Herstellers nachgefragt werden, und welcher Anteil an ihrem Gesamtumsatz auf solche Laborchemikalien entfällt. Die Beschlussabteilung geht daher nach den bisherigen Feststellungen vom Vorliegen einer unternehmensbedingten Abhängigkeit der Handelsunternehmen von den Laborchemikalien führender Hersteller wie Merck aus.

55. Auch aus Sicht der Anbieter wird erkennbar, dass ein einheitlicher Gesamtmarkt nicht vorliegt. Denn nur die wenigsten Anbieter sind überhaupt in einer Mehrzahl von Produktgruppen tätig. Dies ergibt sich deutlich aus den folgenden Tabellen 7 (für die 14 VP-Produktgruppen) und 8 (für die 7 BA-Produktgruppen), in denen dargestellt ist, mit wie vielen Produktgruppen die Unternehmen - in den jeweiligen Anbietergruppen A-E (siehe Tabelle 5) – mindestens 95% ihres Gesamtumsatzes erzielen.

Tab. 7	Anzahl der Unternehmen	Tätigkeit von Anbietern in VP-Produktgruppen						
		o.A.	1	2	3	4	5	>5
Gruppe A	8	-	-	2	1	2	1	2
Gruppe B	10	-	5	2	1	1	-	1
Gruppe C	10	-	5	1	2	-	1	1
Gruppe D	9	-	5	1	2	1	-	-
Gruppe E	53	4	33	10	4	1	1	-
<b>GESAMT</b>	<b>90</b>	4	48	16	10	5	3	4

Tab. 8	Anzahl der Unternehmen	Tätigkeit von Anbietern in BA-Produktgruppen						
		o.A.	1	2	3	4	5	>5
Gruppe A	8	-	1	2	2	2	-	1
Gruppe B	10	-	5	3	2	-	-	-
Gruppe C	10	-	5	2	3	-	-	-
Gruppe D	9	-	5	3	1	-	-	-
Gruppe E	53	3	42	8	-	-	-	-
<b>GESAMT</b>	<b>90</b>	3	58	18	8	2	0	1

56. Aus der Tabelle 7 ist insoweit erkennbar, dass von den acht marktanteilsstärksten Laborchemikalienherstellern nur zwei Unternehmen mit mehr als fünf von vierzehn Produktgruppen 95% ihres Gesamtumsatzes erzielen. Alle anderen Unternehmen erreichen diesen Umsatzanteil bereits mit weniger Produktgruppen: zwei Unternehmen erreichen 95% ihres Umsatzes bereits mit zwei, ein Unternehmen mit drei, zwei Unternehmen mit vier und ein Unternehmen mit fünf

der vierzehn Produktgruppen. Bei den marktanteilsschwächeren Unternehmen ist die Konzentration auf wenige Produktgruppen noch stärker ausgeprägt.

57. Die Tabelle 8, die die Angebotsverteilung der Hersteller auf die sieben Produktgruppen nach der Abgrenzung des Bundeskartellamtes darstellt, zeigt im Grundsatz das gleiche Bild. Die Hersteller von Laborchemikalien haben ein Angebot, das im Wesentlichen auf wenige Produktgruppen beschränkt ist. Dies bestätigt zusätzlich, dass nicht nur aus Sicht der Nachfrager, sondern auch der Anbieter kein einheitlicher sachlich relevanter Markt für alle Laborchemikalien abzugrenzen ist, sondern – losgelöst von Abgrenzungsschwierigkeiten im Detail – Laborchemikalien nach Produktgruppen abzugrenzen sind. Wegen des über 30 % liegenden Marktanteils von Merck auf dem gesamten Handelsmarkt kann dies letztlich dahingestellt bleiben.

### **3.5 Die Abgrenzung nach Vertriebsstufen**

58. Laborchemikalien werden von den meisten Herstellern sowohl über den Laborbedarfshandel als auch im Direktvertrieb an die Endabnehmer abgesetzt. Nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung hängt dies größtenteils von der Beratungsintensität der Produkte, aber auch – wie im Falle Merck – von besonderen Umständen der Vertriebsorganisation ab. Im Durchschnitt entfielen auf den Handel mit allen Laborchemikalien (14 Produktgruppen gemäß der Definition der Beteiligten) 21,6% aller erzielten Umsätze auf den Handel. Bei anorganischen Chemikalien und Lösungsmitteln sowie Reinigungs- und Hilfsmitteln (Produktgruppen 1, 2 und 13) entfielen auf den Handel 50,4%, 54% bzw. 73,8% aller Umsätze; bei Chromatographie, Reagenzien für die Wasseranalytik, Kundenspezifischen Gemischen und sonstigen Laborchemikalien (Produktgruppen 3, 8, 12 und 14) entfiel etwa ein Drittel aller Umsätze auf den Laborfachhandel. In den übrigen Produktgruppen lag der Anteil des Handels deutlich unter einem Drittel; am niedrigsten war er bei den Produktgruppen der Reagenzien für die Labordiagnostik, Gruppe 4 mit 9,4% und Hygiene Monitoring (Gruppe 7) mit 7,9%. Laborchemikalien von Merck sind dagegen ausschließlich über den Händler VWR zu beziehen und nehmen insoweit eine Sonderstellung ein. Aus Sicht der nachfragenden Labore gibt es einen eigenen Handelsmarkt für Merck-Chemikalien; sie können für diese Produkte nicht auf den Hersteller selbst ausweichen, wohl aber bei vielen anderen Herstellern. Der Laborfachhandel kann

seinerseits ebenfalls Merck- Chemikalien nicht durch die Chemikalien dritter Hersteller ersetzen, weil seine Abnehmer überwiegend gezielt Chemikalien dieses Herstellers bestellen und Merck als der führende inländische Anbieter immer noch einen sehr hohen Anteil am Chemikalienabsatz des Laborfachhandels besitzt. Die Annahme eines einheitlichen (Handels- und Endverbraucher-) Marktes kann im Rahmen der Fusionskontrolle angemessen sein, nicht jedoch bei der Prüfung eines Vertriebssystems bzw. einer Diskriminierung einer bestimmten Marktstufe (vgl. Schriftsatz VWR vom 5. Juni 2009, S. 11 – 15).

59. Die Beschlussabteilung musste bei ihrer Befragung der Hersteller nicht nach den Umsätzen der Anbieter mit integrierten (konzerneigenen) Handelsunternehmen fragen, wie die Beteiligten vortragen (Schriftsatz Merck vom 2. Juni 2009, S. 15 – 20). Zweck des Art. 9 Abs. 2 lit. b) der Vertikal- GVO ist es, in Fällen der Dualdistribution auch diejenigen Verkäufe eines Herstellers in die Berechnung des Marktvolumens und des Marktanteils mit einzubeziehen, die von einem Hersteller und seinen Wettbewerbern über konzerninterne Händler oder Vermittler verkauft werden (vgl. Veelken in Immenga/Mestmäcker, Vertikal-VO; A., Rn. 336). Merck selbst besitzt weder konzerninterne Vertriebshändler noch beliefert sie Endverbraucher. Ein Fall der dualen Distribution liegt hier also gerade nicht vor. Merck hat der Beschlussabteilung auch keinen einzigen Wettbewerber benannt, der konzernverbundene Handelsunternehmen besitzt und diese mit Laborchemikalien beliefert. Selbst wenn es sie gäbe, würde dies das relevante Marktvolumen nicht verändern. Die befragten Anbieter mussten ihre Verkäufe an den Handel und an Endverbraucher **einschließlich** aller Verkäufe von mit ihnen verbundenen Unternehmen angeben (vgl. Fragebogen für Hersteller, Bl. 1392 A 10 d.A.). Damit sind auch die Verkäufe über konzernverbundene Unternehmen im Marktvolumen enthalten. Die Ausweitung des Marktvolumens um Verkäufe an integrierte Händler wäre vorliegend auch nicht sachgerecht, weil im vorliegenden Verfahren nicht die Marktstellung von Merck auf dem Endkundenmarkt relevant ist, sondern allein auf dem Handelsmarkt. Dieser Handelsmarkt kann auch nicht „fiktiv“ um die Verkäufe von Herstellern an konzernverbundene Handelsunternehmen erweitert werden, selbst wenn es solche konzerninternen Handelsunternehmen gäbe. Allenfalls wäre eine Erhöhung um Verkäufe von Wettbewerbern an tatsächlich vorhandene „integrierte Händler“ zulässig; solche Handelsunternehmen wurden der Beschlussabtei-

lung aber nicht benannt. Die auf dem Handelsmarkt ermittelten Marktanteile von Merck dienen auch nicht der Feststellung, ob Merck hinreichendem inter-brand-Wettbewerb ausgesetzt ist. Wie bereits oben ausgeführt, stehen die Laborchemikalien einzelner Hersteller weder aus Sicht der Endabnehmer noch aus Sicht des Handels in einem inter-brand-Wettbewerb miteinander, weil weder Endabnehmer noch der Handel Laborchemikalien eines Herstellers ohne weiteres durch die Chemikalien eines anderen Herstellers ersetzen können. Deshalb kommt es vorliegend nur auf die Beschränkung des intra-brand-Wettbewerbs als Folge des Agreements und die Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten der Konkurrenten von VWR auf dem Handelsmarkt an. Die Beschlussabteilung hat die Verkäufe der Hersteller an Endverbraucher und an Handelsunternehmen getrennt ermittelt. Der Vorschlag der Beteiligten Merck, die Handelsstufe „GVO-konform“ so zu berechnen, dass „von dem Wert der Direktverkäufe auf der Endabnehmerstufe die durchschnittliche Handelsmarge abgezogen“ wird, ist daher ebenso wenig zielführend, wie die Berechnung des Werts der Direktverkäufe auf der Endabnehmerstufe, indem „die Umsätze der Hersteller mit dem Handel um die Händlermarge... erhöht“ werden (vgl. Schriftsatz Merck vom 2. Juni 2009, S. 19). Dementsprechend dienen auch alle „Korrekturberechnungen“ der Beteiligten Merck zu den Marktvolumina der einzelnen Teilmärkte (vgl. Schriftsatz vom 2. Juni 2009, S. 19 – 33) allein der Aufblähung dieser Volumina und sind mit den Grundsätzen der Vertikal-VO nicht zu vereinbaren.

### **3.6 Ergebnis der sachlichen Marktabgrenzung**

60. Für das vorliegende Verfahren betroffene sachlich relevante Märkte sind die Handelsmärkte für abgegrenzte Produktgruppen, wie sie in den Anlagen 1 und 2 der Ermittlungsschreiben aufgeführt sind. Dies ergibt sich aus den oben aufgeführten Ermittlungen zur Abgrenzung einzelner Gruppen von Laborchemikalien sowie dem Umstand, dass in diesem Verfahren die Auswirkungen der Umstellung des Vertriebs von Merck von der Belieferung aller Laborchemikalienhändler zur Belieferung nur noch eines einzigen Abnehmers auf den Wettbewerb im Handel mit Laborchemikalien geprüft werden. Die Stellung von Merck auf dem Endabnehmermarkt kann dabei lediglich ergänzend (bei der Beurteilung der Auswirkungen des Alleinvertriebsvertrages auf den inter-brand-

Wettbewerb) Berücksichtigung finden. Wegen des über 30 % liegenden Marktanteils von Merck auf dem gesamten Handelsmarkt kann die genaue Marktabgrenzung bei Laborchemikalien letztlich dahingestellt bleiben.

#### 4. Abgrenzung der räumlich relevanten Märkte

61. Für Laborchemikalien ist als räumlich relevanter Markt das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zugrunde zu legen. Die Hersteller liefern Laborchemikalien bundesweit aus; auch alle größeren Handelsunternehmen sind bundesweit mit Niederlassungen vertreten. Im Ausland sitzende Hersteller beliefern den inländischen Markt entweder über Tochtergesellschaften oder über Vertriebsvereinbarungen mit inländischen Anbietern. Eine Präsenz vor Ort ist aufgrund der spezifischen Anforderungen des Einsatzes von Laborchemikalien (Lieferschnelligkeit und -Zuverlässigkeit, Beratungsbedarf usw.) für alle Anbieter erforderlich. Ein unmittelbarer grenzüberschreitender Wettbewerb findet bei Laborchemikalien dagegen nicht statt. Dem stehen Handelshemmnisse wie relativ hohe Transportkosten, unterschiedliche Sicherheitsbestimmungen in einzelnen Ländern, unterschiedliche und fremdsprachig abgefasste Sicherheitsblätter sowie die Notwendigkeit, im entsprechenden Absatzgebiet auch Beratungsleistungen erbringen zu können, entgegen.
62. Darüber hinaus haben auch die Ermittlungen ergeben, dass alle bekannten ausländischen Hersteller im Inland mit einer eigenen Vertriebsorganisation tätig sind.

#### 5. Die Marktstellung der Vertragsparteien auf den betroffenen Märkten

63. Die Beteiligten haben bisher nur bestritten, eine herausragende Stellung auf dem **Gesamtmarkt** für Laborchemikalien inne zu halten, und keine Angaben zu ihrer Stellung auf Teilmärkten gemacht. Merck schätzte für das Jahr 2004, in dem das Agreement abgeschlossen wurde, das deutsche Gesamtmarktvolumen auf der Herstellerebene auf etwa € <...> Mio. und seinen Anteil daran auf rund <...>%<sup>16</sup>. VWR schätzte im Fusionskontrollverfahren VWR/KMF das inländische Marktvolumen ohne nähere Angabe, welcher Markt genau gemeint ist,

---

<sup>16</sup> Bl. 143 d.A.

auf 625 Mio. EUR<sup>17</sup>. Keiner der Beteiligten hatte zunächst eine detaillierte sachliche und räumliche Marktabgrenzung vorgenommen und genaue Angaben zu den jeweiligen Marktvolumina und den eigenen Marktanteilen auf bestimmten Teilmärkten für Laborchemikalien gemacht. Sie sind damit ihrer Nachweispflicht für das Vorliegen der Voraussetzungen der Anwendbarkeit der Vertikal-VO nicht nachgekommen.

64. Die Beschlussabteilung hat zunächst Ende Januar 2007 alle bedeutenderen Hersteller von Laborchemikalien nach ihren Umsätzen in den Jahren 2004, 2005 und dem 1. Halbjahr 2006 befragt. Die Umsätze mussten jeweils separat für die einzelnen Teilmärkte und für das Jahr 2005 zusätzlich getrennt für die Abnehmergruppen Handel und Endabnehmer angegeben werden. Auf Anregung der Beteiligten wurde im Mai 2008 eine vollständige Befragung aller von ihnen benannten Hersteller und Handelsunternehmen für das Jahr 2007 vorgenommen (im Einzelnen siehe oben unter Tz. 25 ff.). Im Folgenden werden die Marktstellungen der Vertragsparteien für 2007 auf den hier sachlich relevanten Handelsmärkten und zusätzlich auf den Endabnehmermärkten insgesamt und für die Produktgruppen dargestellt, soweit Merck bzw. VWR hier über Marktanteile von über 15% verfügen.

## 6. Marktstellung auf dem gesamten Handels- und Endverbrauchermarkt

Tab. 9	GESAMTMARKT (VP+BA)	
	Handel	Endkunden
Marktvolumen (T€)	114.471	539.948
Merck /VWR	35%	15%
Macherey-Nagel	20%	<2,5%
Thermo Fisher	5-10%	10%
Sigma-Aldrich	5-10%	5-10%
Bio Rad	-	5-10%
	<b>66%</b>	<b>36%</b>

65. Die Ermittlungen haben ergeben, dass Merck auf dem Handelsmarkt insgesamt mit einem Marktanteil von ca. 35% deutlich die 30%-Schwelle der Vertikal-VO überschreitet und mit diesem Marktanteil auch mit deutlichem Abstand der führende Anbieter auf diesem Markt ist. Mit einigem Abstand folgen auf dem Handelsmarkt Macherey-Nagel, Thermo Fisher und Sigma-Aldrich. Obwohl die beiden letztgenannten ebenfalls starke Anbieter auf dem Gesamtmarkt sind, spielt

---

<sup>17</sup> Bl. 142 d.A.

bei ihnen der Handel als Absatzkanal bei weitem nicht die gleiche herausragende Rolle wie bei Merck. Damit ist Merck der mit Abstand wichtigste Anbieter für den Laborfachhandel überhaupt. Dementsprechend wirkt sich auch der Übergang vom Vertrieb über alle Handelsunternehmen auf den Vertrieb über nur noch einen Händler insbesondere auf den Handelsmarkt aus. Aber selbst auf dem Endkundenmarkt halten Merck/VWR mit 15% immer noch die Marktführerschaft inne und sind damit auch größter Anbieter von Laborchemikalien für die Endabnehmer. Die Ausschaltung des Wettbewerbs auf dem Handelsmarkt wirkt sich deshalb auch entsprechend stark auf den Endabnehmermarkt für Laborchemikalien aus.

66. Als exklusiver Vertriebshändler der Laborchemikalien von Merck hält auch **VWR als Anbieter** dieser Produkte gegenüber dem übrigen Laborchemikalienhandel die vorgenannten Marktstellungen von Merck inne, da Merck ihre Laborchemikalien nicht selbst vermarktet, sondern nur ihre Auslieferung besorgt. Soweit der Endverbrauchermarkt betroffen ist, hält die jeweiligen Marktanteile ebenfalls VWR inne, da Merck selbst weder Endverbraucher noch den übrigen Handel (außer VWR) direkt beliefert.
67. Spiegelbildlich hält **VWR als Nachfrager** die entsprechenden Marktanteile auf dem Nachfragemarkt des Handels nach Laborchemikalien insgesamt wie auf den sachlichen Teilmärkten. Sie sind im Vergleich zu den Marktanteilen von Merck nur deshalb leicht höher, weil VWR außerhalb des Produktprogramms von Merck noch Laborchemikalien anderer Hersteller anbietet.

## 7. Marktstellung auf dem Markt für Anorganische Reagenzien

Tab. 10	Anorganische Reagenzien (VP)	
	Handel	Endkunden
Marktvolumen (T€)	15.661	40.254
Merck/VWR	60%	40%
Sigma-Aldrich	15%	15%
AppliChem	5-10%	<1%
ALFA AESAR	5-10%	2,5-5%
Carl Roth	-	5-10%
	<b>93,00%</b>	<b>66%</b>

68. Auf diesem Teilmarkt sind Merck/VWR sowohl auf dem Handelsmarkt als auch auf dem Endkundenmarkt die führenden Anbieter. Merck/VWR überschreiten den Schwellenwert der Vertikal-VO von 30% auf beiden Teilmärkten deutlich.

Die starke Stellung von Merck auf dem Handelsmarkt beim Vertrieb dieser Chemikaliengruppe wird wegen ihres mehr als doppelt so hohen Marktanteils gegenüber den Wettbewerbern auf dem Endkundenmarkt auch nicht durch einen starken inter-brand-Wettbewerb bei Anorganischen Chemikalien kompensiert. Die vertragliche Bindung von VWR, keine mit Merck-Chemikalien in Wettbewerb stehenden Produkte zu vertreiben, hat angesichts der starken Marktstellung von VWR auf dem Endkundenmarkt auch eine erhebliche Dämpfung des Wettbewerbs zwischen Merck und den übrigen Herstellern von Laborchemikalien zur Folge. Ein wirksamer inter-brand-Wettbewerb kann beim größten Teil der angebotenen Laborchemikalien auch deshalb nicht stattfinden, weil ein Wechsel zu einem anderen Anbieter nur nach Inkaufnahme erheblicher Umstellungskosten erfolgen kann und damit streng genommen jeder Anbieter eine Alleinstellung bei seinen Chemikalien besitzt.

69. Die Beschlussabteilung hat ihrem Fragebogen die Definition von Merck für anorganische Reagenzien beigefügt. Die Beschlussabteilung kann deshalb nicht erkennen, weshalb die befragten Hersteller die entsprechenden Produkte (Salze-Säuren, Laugen/Ätzalkalien usw.) nicht unter dieser Produktgruppe mit aufgeführt haben sollen. Die Firma Mallinckrodt-Baker hat der Beschlussabteilung Umsätze im Bereich der Anorganischen Chemikalien mitgeteilt; ihr Marktanteil liegt jedoch jeweils unter 5 %, weshalb sie in der Tabelle nicht mit aufgeführt wurde (vgl. Schriftsatz Merck vom 2. Juni 2009, S. 26). Dies gilt auch für weitere von Merck vermisste Anbieter (vgl. ebd., S. 28).

## 8. Marktstellung auf dem Markt für Lösungsmittel

Tab. 11	Lösungsmittel (VP)	
	Handel	Endkunden
<b>Marktvolumen (T€)</b>	<b>11.775</b>	<b>29.864</b>
<b>Merck/VWR</b>	60%	55%
<b>Mallinckrodt</b>	15%	2,5-5%
<b>LGC Standards</b>	10%	<2,5%
<b>AppliChem</b>	5-10%	<1%
<b>Sigma-Aldrich</b>	5-10%	15%
<b>Carl Roth</b>	-	15%
	<b>97%</b>	<b>87%</b>

70. Auch auf diesem Teilmarkt übersteigen die Marktanteile von Merck/VWR sowohl gegenüber dem Handel als auch gegenüber Endverbrauchern die Schwelle der Vertikal-VO deutlich. Der von Merck erwähnte Anbieter Honeywell (vgl.

Schriftsatz vom 2. Juni 2009, S. 29) ist kein Newcomer bei Lösungsmitteln, sondern hat diese jahrelang für dritte Anbieter wie Sigma-Aldrich produziert und vertreibt diese seit 2007 auch unter eigenem Label; sein eigener Marktanteil hierfür liegt bei weit unter 5 %. Kunden, die bisher Lösungsmittel z.B. von Sigma-Aldrich bezogen haben, können keine Umstellungsschwierigkeiten haben, weil es sich bei einem Wechsel zur Marke HON (für Honeywell) dennoch um den gleichen Hersteller handelt. Die anderen von Merck vermissten Anbieter von Lösungsmitteln haben ebenfalls Marktanteile unter 5 % und wurden deshalb in die Tabelle 11 nicht aufgenommen. Dies gilt auch für Thermo Fisher Scientific, die mit Lösungsmitteln nur Endkunden beliefern und nicht den Handel.

## 9. Marktstellung auf dem Markt für Mikrobiologie

Tab. 12	Mikrobiologie (VP+BA)	
	Handel	Endkunden
Marktvolumen (T€)	8.534	71.434
Merck/VWR	60%	15%
Becton + Dickinson	15%	15%
Biochrom	5-10%	5-10%
Thermo Fisher	5-10%	20%
Döhler	5-10%	2,5-5%
heipha Dr. Mueller	<1%	2,5-5%
PAA Laboratories	-	2,5-5%
	95,00%	87%

71. Mit einem Marktanteil von ca. 60 % auf dem Handelsmarkt übertrifft Merck auch bei dieser Produktgruppe den Schwellenwert der Vertikal- VO um das Doppelte. Auf dem Endkundenmarkt erreichen Merck/VWR zusammen mit Becton + Dickinson und Thermo Fischer einen Marktanteil, der die Schwelle der Oligopolvermutung des § 19 Abs. 3 Nr. 1 übersteigt. Diese hohe Marktkonzentration ist für die Beurteilung der Stellung von Merck auf dem Handelsmarkt zwar nicht relevant, spricht aber gegen den von den Beteiligten stets behaupteten starken inter-brand- Wettbewerb auf der Herstellerseite. Das Marktvolumen hat die Beschlussabteilung auf Basis der von Merck selbst vorgenommenen Markteinteilung ermittelt (vgl. Schriftsatz Merck vom 2. Juni 2009, S. 32).

## 10. Marktstellung auf dem Markt für Chromatographie

### a) Marktabgrenzung der Vertragsparteien

Tab. 13	Chromatographie (VP)	
	Handel	Endkunden
<b>Marktvolumen</b>	<b>18.311</b>	<b>48.711</b>
<b>Merck/VWR</b>	25%	25%
<b>Macherey-Nagel</b>	45%	2,5-5%
<b>Tosoh</b>	20%	2,5-5%
<b>Sigma-Aldrich</b>	<2,5%	5-10%
<b>GE Healthcare</b>	-	10%
<b>Phenomenex</b>	-	15%
<b>Waters</b>	-	10%
<b>Dionex</b>	-	5-10%
	<b>95,00%</b>	<b>84%</b>

72. Auf Basis der Marktabgrenzung der Vertragsparteien erreicht Merck weder auf dem Handels- noch auf dem Endabnehmermarkt den Schwellenwert der Vertikal-VO von 30%. Auf dem Endkundenmarkt sind Merck/VWR jedoch mit großem Abstand Marktführer vor Phenomenex, GE Healthcare und Waters.

### b) Marktabgrenzung der Beschlussabteilung

Tab. 14	Chromatographie (BA)	
	Handel	Endkunden
<b>Marktvolumen</b>	<b>21.676</b>	<b>45.471</b>
<b>Merck/VWR</b>	40%	25%
<b>Macherey-Nagel</b>	40%	2,5-5%
<b>Tosoh</b>	20%	2,5-5%
<b>Phenomenex</b>	-	15%
<b>Waters</b>	-	15%
<b>GE Healthcare</b>	-	10%
<b>Dionex</b>	-	10%
	<b>95%</b>	<b>82%</b>

Legt man die Marktabgrenzung der Beschlussabteilung zugrunde, überschreitet Merck auf dem Handelsmarkt mit einem Anteil von 40% ebenfalls die Schwelle der Vertikal-VO. Die unterschiedlichen Marktanteile sind auf den Umstand zurückzuführen, dass Merck bei der zweiten Umfrage Reagenzien und Lösungsmittel für die Chromatographie unter Lösungsmittel/Allgemeine Reagenzien und nicht unter Chromatographie aufgeführt hat. Eine Begründung hierfür hat Merck nicht abgegeben. Im Zusammenschlussverfahren Merck/KMF hatte Merck ursprünglich ebenfalls Reagenzien für die Chromatographie dem Bereich Allgemeine Reagenzien zugeordnet, dies nach der Abmahnung vom 4. Februar 1997

mit Schreiben vom 21. Mai 1997 wieder zurückgenommen und diese Reagenzien der Chromatographie zugeordnet (vgl. Beschluss B3-132/96, S. 13). Fasst man die Produktgruppen Allgemeine Reagenzien, Lösungsmittel und Chromatographie (jeweils nach der Abgrenzung von Merck) zu einem Markt zusammen, ergibt sich für den Handelsmarkt ein Marktvolumen von <...> Mio. EUR. Merck hielt daran mit einem Gesamtumsatz von <...> Mio. EUR einen Marktanteil von <40-50> % und liegt damit auch auf einem weiter abgegrenzten Produktmarkt deutlich über dem Schwellenwert der Vertikal- VO. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob Anorganische Reagenzien und Lösungsmittel einen eigenen Markt bilden oder (zumindest teilweise) einen Bestandteil des Marktes für Chromatographie darstellen. Die Beweislast für das Unterschreiten dieser Schwelle liegt bei den Vertragsparteien; hierzu gehört auch eine nachvollziehbare Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte.

#### 11. Marktstellung auf dem Markt für sonstige Chemikalien / Reagenzien

Tab. 15	Sonstige Chemikalien und Reagenzien (BA)	
	Handel	Endkunden
Marktvolumen	35.672	148.029
Merck/VWR	40%	30%
Macherey-Nagel	15%	<1%
Sigma-Aldrich	5-10%	15%
LGC Standards	5-10%	2,5-5%
AppliChem	5-10%	<1%
GE Healthcare	-	5-10%
Carl Roth	-	5-10%
Biochrom	<2,5%	2,5-5%
	<b>80%</b>	<b>70%</b>

73. Bei dieser Produktgruppe erreicht der Marktanteil von Merck auf beiden Märkten – mit einem erheblichen Vorsprung vor den übrigen Anbietern - den Schwellenwert der Vertikal- VO. Merck macht geltend, dass sie bei der Abgrenzung dieses Marktes durch die Beschlussabteilung Umsätze von <...> Mio. EUR eingetragen hat, die einen wesentlichen Teil der Umsätze mit Anorganischen Reagenzien und Lösungsmitteln enthalten, während in der Abgrenzung der Vertragsparteien für sonstige Chemikalien und Reagenzien lediglich Umsätze von <...> TEURO anfielen. Damit würde die Beschlussabteilung einen großen Teil

ihrer Umsätze mit Reagenzien und Lösungsmitteln doppelt werten. Legt man jedoch einen Gesamtmarkt für die 4 Produktgruppen Allgemeine Reagenzien, Lösungsmittel, Chromatographie und sonstige Chemikalien und Reagenzien nach der von Merck vorgeschlagenen Abgrenzung zugrunde, beträgt das Marktvolumen für diese vier Gruppen zusammen auf der Handelsebene <...> Mio. EUR und der Anteil von Merck daran liegt mit einem Umsatz von <...> Mio. EUR weiter über der Schwelle der Vertikal- VO, nämlich bei <40 - 50> %. Lediglich auf dem Endkundenmarkt für diese vier Produktgruppen (Volumen <...> Mio. EUR) liegt der Anteil von Merck/VWR mit einem Umsatz von <...> Mio. EUR unter 30 %, nämlich bei <10-20>%. Damit greift die Vertikal-VO für alle vier genannten Produktgruppen auch unabhängig von der genauen Abgrenzung der Einzelmärkte nicht, weil die Handelsumsätze von Merck deren Schwellenwert auch zusammengenommen übersteigen. Die genaue Abgrenzung dieser Teilmärkte, die Aufgabe der Beteiligten wäre, kann deshalb dahingestellt bleiben.

## **B. Rechtliche Würdigung**

### **I. Verstoß gegen Art. 81 EG-Vertrag**

74. Der zwischen Merck und VWR geschlossene exklusive Vertriebsvertrag (siehe Tz. 6) sowie das VWR auferlegte Wettbewerbsverbot (siehe Tz. 7) verstoßen gegen Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag.

#### **1. Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels**

75. Die Vereinbarung eines exklusiven Vertriebsrechts für Laborchemikalien von Merck zugunsten von VWR beeinträchtigt den zwischenstaatlichen Handel, da sie sich auf die Wettbewerbsstrukturen des gesamten inländischen Handelsmarktes für Laborchemikalien auswirkt. Dies gilt auch für das VWR beim Abschluss des Agreement auferlegte Verbot, Laborchemikalien zu vertreiben, die auch von Merck hergestellt werden (Wettbewerbsverbot). Beide Vereinbarungen verändern die Strukturen auf dem gesamten inländischen Handelsmarkt für Laborchemikalien – sowohl für sich als auch zusammengenommen - erheblich. Die Wettbewerber von VWR können Laborchemikalien des Marktführers Merck als Folge dieser Vereinbarung nicht mehr direkt vom Hersteller, sondern nur noch über ihren größten Konkurrenten VWR beziehen. Das vereinbarte Wett-

bewerbsverbot versperrt zugleich den mit Merck konkurrierenden in- und ausländischen Laborchemikalienherstellern den Zugang zum größten inländischen Händler für Laborchemikalien. Zugleich werden Laborchemikalienhändler aus allen alten Mitgliedsstaaten der EU vom Direktvertrieb der Laborchemikalien von Merck im jeweiligen Mitgliedsstaat abgehalten, weil VWR für diese Staaten das alleinige Vertriebsrecht mit Merck vereinbart hat (vgl. Reh binder in Immenga/Mestmäcker, Art. 81 Abs. 1 EGV, A. Rn. 300). Die Vereinbarungen regeln damit auch das Wettbewerbsverhalten der Beteiligten in mehreren Mitgliedsstaaten. Jede dieser Vereinbarungen bewirkt bereits für sich genommen eine erhebliche Veränderung der Wettbewerbsstrukturen auf dem gesamten inländischen Handelsmarkt für Laborchemikalien und ist damit geeignet, den zwischenstaatlichen Handel i.S. von Art. 81 Abs. 1 EG- Vertrag zu beeinträchtigen (vgl. auch Bekanntmachung der KOM zu Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Art. 81 und 82 des Vertrages, Abl C 101 vom 27.4.2004, Ziff. 12 f., 14, 20, 22 und 61; OLG Düsseldorf, Urteil vom 11. April 2007 – VI -U (Kart) 13/06, UA. S. 6; BGH, Beschluss vom 14. August 2008 – KVR 54/07 – Lottoblock -). Die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels liegt dabei unabhängig davon vor, ob das Agreement neben dem Wettbewerbsverbot eine Alleinbelieferungsverpflichtung oder eine Alleinvertriebsvereinbarung enthält (letztere Auffassung vertreten die Vertragsbeteiligten).

76. Die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ist auch spürbar, da jeweils der führende inländische Hersteller und das führende inländische Handelsunternehmen von Laborchemikalien am Agreement beteiligt sind (vgl. Leitlinien der KOM, Tz. 44).

## **2. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen**

77. Das exklusive Distributionsrecht von Merck- Chemikalien für VWR fällt zunächst als Alleinvertriebsvereinbarung unter Art. 81 Abs. 1 EG- Vertrag. Sie wurde anlässlich der Veräußerung von VWR an einen Finanzinvestor vereinbart. Der neue Eigentümer von VWR bezweckte mit dieser Vereinbarung die Ausschaltung wirksamen Wettbewerbs, vor allem auch des Preiswettbewerbs, zwischen seiner Beteiligungsgesellschaft VWR und allen übrigen am Markt eingeführten Handelsunternehmen beim Vertrieb der Merck-Chemikalien. Die Ausschaltung

der konkurrierenden Handelsunternehmen vom Direktbezug von Merck-Chemikalien bewirkt auch die Ausschaltung wirksamen Preiswettbewerbs beim Vertrieb dieser Chemikalien. Die Vereinbarung diene damit dem vertraglich festgelegten Ziel beider Parteien, „das in der Vergangenheit entstandene Bruttospannen-Niveau beim Vertrieb von Merck-Produkten aufrechtzuerhalten“ (vgl. Appendix 8 zum Agreement: Pricing Criteria, Ziff. 1 und 2, Bl. 59 d.A.). Die Vereinbarung bezweckt und bewirkt aber nicht nur die Ausschaltung des intra-brand-Wettbewerbs für Laborchemikalien von Merck. Sie führt gleichzeitig zu einer erheblichen Behinderung aller mit VWR konkurrierenden Laborchemikalien-Handelsunternehmen, weil diese nicht mehr direkt vom Hersteller, sondern nur noch über ihren größten Wettbewerber VWR diese Chemikalien beziehen können. Sowohl die Ausschaltung des Preiswettbewerbs beim Vertrieb von Merck-Laborchemikalien als auch die Behinderung der nicht mehr direkt von Merck belieferten Konkurrenten von VWR stellen Wettbewerbsbeschränkungen i.S.v. Art. 81 EGV dar (vgl. Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Art. 81 Abs. 1 EGV; A., Rn. 73, 137 f.). Die Alleinvertriebsvereinbarung im Agreement würde nur ausnahmsweise nicht Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag verletzen. Eine mögliche Fallgestaltung hierfür, die vorliegend aber gerade nicht gegeben ist, wäre, wenn sich die Vereinbarung für die Erschließung eines neuen Marktes als notwendig erweist (Zimmer in Immenga/Mestmäcker, Art. 81 Abs. 1 EGV; A., Rn. 357 ff; vgl. auch Kirchhain, Die Anwendung der Vertikal- GVO auf innerstaatliche Wettbewerbsbeschränkungen nach der 7. GWB- Novelle, Diss. 2007, S. 207, Fn. 787).

78. Die Alleinvertriebsvereinbarung war nicht integraler Bestandteil der Veräußerung von VWR an einen Finanzinvestor (vgl. Stellungnahme Merck vom 2. Juni 2009, S. 40 ff). Es wurde ausdrücklich vereinbart, dass Merck das Alleinvertriebsrecht von VWR widerrufen kann, wenn die Vertriebsleistung ungenügend ist. Auch deshalb kann nicht von einer Wettbewerbsbeschränkung gesprochen werden, die dem Austauschvertrag zwischen Merck und VWR immanent und damit untrennbar verbunden ist. Die Zusammenarbeit zwischen Merck und VWR war vor der Veräußerung eine rein konzerninterne Zusammenarbeit und konnte deshalb auch keine Auswirkungen auf den Wettbewerb entfalten. Die Alleinvertriebsvereinbarung ist wegen der Ausschaltung des Preiswettbewerbs für Merck-Chemikalien im Handel auch eine Kernbeschränkung, da VWR als Fol-

ge ihren Konkurrenten den Spielraum für möglichen Wettbewerb in allen seinen Erscheinungsformen vorschreiben kann und damit Wirkungen erzielt werden, wie sie als Folge einer Absprache zwischen allen Handelsunternehmen eintreten würden, in Zukunft auf Wettbewerb zu verzichten. Die Kommission weist in ihren Leitlinien zur Anwendung des Art. 81 (3) EG- Vertrag ausdrücklich darauf hin, dass die Gruppenfreistellungsverordnungen, Leitlinien und Bekanntmachungen der KOM eine „nicht erschöpfende Orientierungshilfe zur Ermittlung bezweckter Wettbewerbsbeschränkungen“ darstellen (Tz. 23 - vgl. Stellungnahme Merck vom 2. Juni 2009, S. 43). Dass der Wettbewerb im Handel weniger schützenswert sein soll als auf der Herstellerebene, lässt sich keiner der vorgenannten Unterlagen entnehmen. Dass ein Bezug der Merck- Chemikalien bei ihrem größten Konkurrenten einen wirksamen Wettbewerb im Handel beim Vertrieb dieser Chemikalien ausschließt, ist nicht nur wahrscheinlich, sondern zwingend. Diese Ausschaltung ist umso gravierender, als ein inter-brand- Wettbewerb bei Laborchemikalien ohnedies allenfalls in Randbereichen existiert.

79. Die Alleinvertriebsvereinbarung im Agreement ist nach Auffassung der Beschlussabteilung darüber hinaus als Alleinbelieferungsverpflichtung i.S. von Art. 1 lit. c) der Vertikal-VO zu werten. Die Beteiligten tragen vor, dass keine Alleinbelieferungsverpflichtung, sondern nur eine Alleinvertriebsvereinbarung vorliege, weil Merck ihre Produkte nur in den alten Mitgliedsstaaten der EU (mit Ausnahme von Griechenland und teilweise Irland) ausschließlich über VWR vertreibe, für die übrigen Mitgliedsstaaten die Vereinbarung aber nicht gelte (Bl. 147 d.A.).
80. Die Regelung des Art. 3 Abs. 2 Vertikal-VO stellt darauf ab, die Ausschlusswirkung einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung zu Lasten der Konkurrenten des bindenden Unternehmens (hier: VWR), also dritter Händler von Laborchemikalien wie die Beigeladene, zu erfassen (Veelken in Immenga/Mestmäcker, a.a.O., Rz. 158 zu Vertikal-VO). Diese Handelsunternehmen können Laborchemikalien von Merck von keinem anderen Käufer in der EU außer VWR beziehen. Die Märkte für Laborchemikalien sind nationale Märkte. Schon aus diesem Grund können die Konkurrenten von VWR Merck- Chemikalien bei wirtschaftlicher Betrachtung nur von VWR und nicht bei dritten Käufern in der Gemeinschaft beziehen. Sinn und Zweck der Vorschrift des Art. 3 Abs. 2 Verti-

kal-VO sprechen deshalb dafür, die beanstandete Vereinbarung im Agreement als Alleinbelieferungsverpflichtung zu behandeln, auch wenn sie dem Wortlaut nach Merck nicht verpflichtet, ihre Laborchemikalien nur an einen einzigen Käufer in der Gemeinschaft zu verkaufen (vgl. Veelken, a.a.O., Rz. 158 zu Vertikal-VO).

81. Die Beteiligten haben auch nicht vorgetragen, dass Merck die vertragsgegenständlichen Laborchemikalien überhaupt in anderen Mitgliedsstaaten der EU, die im Agreement nicht für VWR reserviert sind, über dritte Käufer oder direkt vertreibt. Hintergrund der Regelungen der Vertikal-VO zur Abgrenzung zwischen Alleinbelieferungsverpflichtung und Alleinvertriebsvereinbarung ist, dass eine Alleinbelieferungsverpflichtung stärkere Auswirkungen auf den Wettbewerb hat als eine Alleinvertriebsvereinbarung, weil bei letzterer Vereinbarung die Möglichkeit für Abnehmer erhalten bleibt, die Vertragswaren aus anderen Ländern der EU zu beziehen, die nicht von der Alleinvertriebsvereinbarung betroffen sind. Deutsche Laborchemikalienhändler können jedoch Merck-Produkte nicht aus anderen Staaten der EU beziehen, die vom Agreement nicht erfasst werden. Für Griechenland gilt dies bereits wegen der großen Entfernung zum deutschen Markt; für die übrigen EU-Staaten stehen einer grenzüberschreitenden Belieferung die bei der regionalen Marktabgrenzung angeführten Gründe entgegen (s. Tz. 61). Daher geht die Beschlussabteilung davon aus, dass bei einer wirtschaftlichen Betrachtung eine Alleinbelieferungsverpflichtung i.S. von Art. 1 lit. c) Vertikal-VO vorliegt. Die vorliegenden besonderen Umstände müssen zumindest bei der Prüfung, ob der Vorteil der Vertikal-VO gemäß Art. 6 dieser Vorschrift in diesem Einzelfall entzogen werden muss, berücksichtigt werden.
82. Ohne die Vereinbarung eines exklusiven Distributionsrechts wäre mit der Veräußerung von VWR an einen Finanzinvestor ein weiteres unabhängiges Handelsunternehmen für Laborchemikalien und damit eine Belebung des Wettbewerbs auf diesem Markt entstanden. Wäre VWR heute noch eine 100%ige Tochter von Merck, könnten alle Laborchemikalienhändler weiterhin (über die ausgelagerte Vertriebsorganisation VWR) direkt von Merck beziehen und ein unverfälschter Wettbewerb um die Abnehmer dieser Chemikalien wäre möglich (vgl. Stellungnahme Merck vom 2. Juni 2009, S. 44 f.). Eine Steigerung des

Marktanteils von VWR beim Vertrieb dieser Chemikalien beruht nicht mehr auf einer besseren Leistung, sondern auf ihrer Monopolstellung gegenüber ihren Konkurrenten als Folge der Alleinvertriebsvereinbarung. Die Alleinvertriebsvereinbarung führt auch nicht zu steigenden Produktionsmengen, sondern allenfalls zu steigenden Umsätzen bei VWR im Vergleich zu ihren Konkurrenten und korrespondierend damit zu steigenden Preisen für die Abnehmer von Merck-Chemikalien. Denn diese Abnehmer können – von Ausnahmen abgesehen – bei Laborchemikalien gerade nicht „jederzeit den Anbieter wechseln“ (vgl. ebd., S. 45). Deshalb beeinträchtigt die beanstandete Vertriebsbindung auch nicht nur das Wohlergehen oder den Fortbestand eines Händlers oder des Handels insgesamt, sondern das Wohlergehen der Endabnehmer des wichtigsten inländischen Herstellers von Laborchemikalien. Deren Beeinträchtigung ist offensichtlich und muss nicht durch eine eigene Umfrage erst ermittelt werden (vgl. ebd., S. 46). Ebenso kann angesichts der hohen Anteile von Merck auf dem Handelsmarkt bei den vom Beschluss erfassten Produktgruppen und des großen Vorsprungs vor ihren Wettbewerbern das Vorliegen von Marktmacht nicht ernsthaft bestritten werden (vgl. ebd., S. 47 f.). Als Beweis für niedrige Marktzutrittsschranken scheidet das von Merck angeführte Beispiel von Honeywell aus, weil dieser Hersteller bisher schon v.a. organische Reagenzien und Lösungsmittel für dritte Anbieter wie Sigma-Aldrich herstellt, die diese unter eigenem Label vertrieben haben. Erst seit 2007 hat Honeywell zusätzlich begonnen, die von ihr hergestellten Laborchemikalien unter ihrer eigenen Marke (HON) anzubieten, damit jedoch nur geringe Umsätze erzielt (Marktanteil weit unter 2 %).

83. Die Vereinbarung bezweckte, die Absatzchancen von VWR gegenüber ihren Konkurrenten zu maximieren. Merck beendete damit abrupt (ohne Einhaltung einer Übergangsfrist) den jahrzehntelangen Vertrieb über diese Handelsunternehmen. Stattdessen wurde einem einzigen Handelsunternehmen das Alleinvertriebsrecht übertragen und alle bisher von Merck direkt belieferten Handelsunternehmen in die Abhängigkeit von ihrem Hauptwettbewerber VWR gestellt.
84. Die Alleinbelieferungsverpflichtung/Alleinvertriebsvereinbarung bewirkt eine Beschränkung des Wettbewerbs auf dem Handelsmarkt für Laborchemikalien i.S. von Art. 81 Abs. 1 EG- Vertrag, der ohne diese vertragliche Beschränkung be-

stehen würde. Bevor Merck VWR erwarb, bezog der eingeführte Laborfachhandel die Produkte von Merck direkt vom Hersteller. Den Vertrieb ihrer Produkte über den Laborfachhandel behielt Merck auch nach dem Erwerb von VWR bei, obwohl die Möglichkeit bestanden hätte, nach Einräumen einer Übergangsfrist den Laborfachhandel aus dem Vertrieb auszuschalten und die Endabnehmer nur noch direkt zu beliefern. Für die Bezieher von Merck- Chemikalien bestand weiterhin die Möglichkeit, mit einer Vielzahl konkurrierender Handelsunternehmen Vertragsverhandlungen zu führen und sich beliefern zu lassen. Das Interesse des Herstellers Merck war darauf gerichtet, die abnehmenden Handelsunternehmen gleich zu behandeln und die Logistik des Laborfachhandels jedenfalls dann zu nutzen, wenn dieser z.B. wegen kürzerer Lieferwege kostengünstiger liefern konnte als die eigene Tochter VWR. Die Endabnehmer von Merck wurden daher im Wettbewerb mit Laborchemikalien beliefert; die Aufrechterhaltung dieses intra-brand-Wettbewerbs lag auch im Interesse von Merck. Merck war als Normadressat des § 20 GWB nicht nur zur Gleichbehandlung aller Handelsunternehmen verpflichtet (siehe unten Tz. 114 ff); ihr wirtschaftliches Interesse als Hersteller war auch darauf gerichtet, ihr (duales) Vertriebssystem nach ökonomischen Kriterien auszurichten und zu optimieren. Hierzu gehörte auch das Interesse, dass leistungsfähigere Laborfachhändler ihre Umsätze bzw. ihren Marktanteil steigern konnten und sollten, um keine langfristigen Nachteile im Wettbewerb mit dritten Chemikalienherstellern zu erleiden. Mit dem Erwerb von VWR änderte sich das unternehmerische Interesse von Merck an einem fortbestehenden Wettbewerb im Laborfachhandel zunächst nicht. VWR war zum Zeitpunkt des Erwerbs im Inland nur marginal tätig, weshalb der Zusammenschluss aus Sicht von Merck nicht anmeldepflichtig war und vollzogen wurde und erst auf Verlangen der Beschlussabteilung nachträglich angemeldet wurde (B 3 – 70/99 – Freigabe am 13. August 1999). Aber auch nach der Aufnahme des Geschäftsbetriebs von VWR im Inland als Laborhändler und der Auslagerung von Vertriebsmitarbeitern von Merck zu VWR bezog der unabhängige Laborfachhandel Merck- Chemikalien weiterhin direkt von Merck, die Endabnehmer sowohl über den Fachhandel als auch über VWR belieferte (Übergang zum dualen Vertrieb).

85. Die Veräußerung von VWR an einen Finanzinvestor, verbunden mit dem Abschluss einer Alleinbelieferungsverpflichtung/Alleinvertriebsvereinbarung änder-

te die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Laborchemikalienmarkt grundlegend. Der etablierte Laborfachhandel konnte - ohne Übergangsfrist – Laborchemikalien von Merck nicht mehr direkt, sondern nur noch über den (inzwischen zum größten inländischen Handelsunternehmen für Laborbedarf aufgestiegenen) Hauptkonkurrenten VWR beziehen. Dieser Lieferant verfolgte jedoch nicht mehr die gleichen wirtschaftlichen Ziele wie Merck. Das wirtschaftliche Interesse von VWR ist nicht mehr darauf gerichtet, den Vertrieb der Merck- Produkte möglichst kostengünstig abzuwickeln, sondern einen möglichst großen Anteil der gesamten Nachfrage der Endkunden auf sich zu konzentrieren. Ohne die vereinbarte Wettbewerbsbeschränkung stünde VWR beim Absatz von Merck-Chemikalien weiterhin in wirksamem Wettbewerb zu anderen Laborhändlern wie z.B. der Beigeladenen Th. Geyer. Die Ausschaltung dieses Wettbewerbs auf der Handelsebene wurde von den Parteien mit dem Abschluss des Agreements sowohl bezweckt als auch bewirkt. Der Bezug der Chemikalien von ihrem Wettbewerber VWR erlaubt es den konkurrierenden Handelsunternehmen nicht, zu VWR in wesentlichen Wettbewerb beim Vertrieb von Merck- Produkten zu treten. Diese Ausschaltung wirksamen Wettbewerbs auf der Handelsstufe stellt eine von den Parteien des Agreements bezweckte Wettbewerbsbeschränkung sowie eine Behinderung aller Wettbewerber von VWR auf dem Handelsmarkt für Laborchemikalien i.S. von Art. 81 Abs. 1 EG- Vertrag dar (vgl. EuGH v. 13.7.1966, Rs 56/64 und 58/64, Slg. 1966, S. 321ff „Grundig/Consten“).

86. Mit der Alleinbelieferungsverpflichtung/Alleinvertriebsvereinbarung zugunsten von VWR wurde auch ein Wettbewerbsverbot für Merck vereinbart, nach der Veräußerung von VWR weiter als Handelsunternehmen ihre Laborchemikalien auch selbst an Dritte zu vertreiben, obwohl Merck dies ohne weiteres möglich wäre (vgl. Agreement Ziff. 2, Bl. 22 d.A.). Dieses Wettbewerbsverbot wurde im Zusammenhang mit der Veräußerung von VWR vereinbart und könnte als zulässige Nebenabrede, die mit der Durchführung der Fusion unmittelbar verbunden und für sie notwendig war, angesehen werden. Allerdings ist fraglich, ob dieses Wettbewerbsverbot für mehr als drei Jahre hätte vereinbart werden dürfen (vgl. Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. Nr. C 188 vom 4. Juli 2001, Rn. 20). Die Vereinbarung wurde für 5 Jahre abgeschlossen und ist damit je-

denfalls nicht bereits von der Genehmigung des Zusammenschlusses VWR/CD&R als damit verbundene und notwendige Einschränkung mit umfasst.

87. Die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der Alleinbelieferungsverpflichtung/Alleinvertriebsvereinbarung werden verstärkt durch das ebenfalls vereinbarte Verbot für VWR, Laborchemikalien dritter Hersteller zu vertreiben, wenn diese auch von Merck bezogen werden können. Damit wurde ein Wettbewerbsverbot i.S. von Art. 1 lit. b) der Vertikal- VO vereinbart. Es versperrt dritten Anbietern den Zugang zum größten inländischen Laborchemikalienhändler, beschränkt damit zusätzlich auch den Wettbewerb auf dem Herstellermarkt und unterfällt ebenfalls Art. 81 Abs. 1 EG- Vertrag. Das Wettbewerbsverbot ist gemäß Art. 5 lit.a) Vertikal- VO nicht vom Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG- Vertrag freigestellt. Zum einen wurde es für 5 Jahre und 6 Monate vereinbart. Zum anderen ist VWR verpflichtet, das gesamte Agreement einschließlich des Wettbewerbsverbots um weitere 5 Jahre zu verlängern, wenn nicht bestimmte „disqualifying conditions“ vorliegen. Sollte VWR nicht bereit sein, eine Verlängerung unter Beibehaltung der restriktiven Verpflichtungen in Abschnitt 2 des Agreements zu akzeptieren, kann Merck diese Verpflichtungen aufheben und VWR müsste das Agreement um weitere 5 Jahre fortsetzen. Damit fällt dieses Wettbewerbsverbot nicht unter die Freistellung der Vertikal-VO (vgl. Veelken in Immenga/Mestmäcker Teil1/EG, Vertikal- VO, Rz. 285).
88. Dieses Wettbewerbsverbot wurde von den Parteien bisher nicht aufgehoben, sondern der Vertriebsvertrag wurde um weitere 5 Jahre verlängert (vgl. Schreiben von Merck vom 17. März 2009 an VWR). Dass im Vertriebsvertrag VWR zugestanden wurde, nach dem Erwerb von KMF die bisher von KMF vertriebenen Hersteller weiter zu vertreiben, stellt lediglich eine – geringfügige - Einschränkung dieses Wettbewerbsverbots dar. Aus dem Agreement ergibt sich insgesamt die Verpflichtung, keine Wettbewerbsprodukte zu vertreiben, wenn gleichwertige Merck- Produkte existieren. So wurde im Supply Agreement vom 15. Februar 2004 zwischen Merck und VWR auch festgelegt, dass VWR wirtschaftlich vernünftige Anstrengungen unternehmen muss, die unter der Eigenmarke BDH vertriebenen Laborchemikalien durch Produkte der Marke Merck zu ersetzen (Ziff. 1.3.d) des Agreements, im Ordner „Geschäftsgeheimnisse von VWR“. VWR hat auch nicht mitgeteilt, in welchem Umfang sie inzwischen von

der **Möglichkeit** des Vertriebs konkurrierender Produkte auch tatsächlich Gebrauch macht. Im ersten Halbjahr 2006, als VWR bereits mit 40 % an KMF beteiligt war, lag der Anteil der von VWR unter private Label (also: nicht von Merck stammend) vertriebenen Laborchemikalien am gesamten Umsatz mit Laborchemikalien bei <...> % (vgl. Schreiben VWR vom 19. Februar 2008, S. 7, Ordner „Geschäftsgeheimnisse von VWR“). Das Wettbewerbsverbot für VWR sperrt den größten inländischen Laborfachhändler als Absatzmittler für konkurrierende Hersteller. Die Kombination der Alleinbelieferungsverpflichtung/ Alleinvertriebsvereinbarung mit diesem Wettbewerbsverbot diene ebenfalls dem Zweck, das vor Abschluss des Agreements bestehende Bruttospalten-Niveau für Laborchemikalien von Merck aufrecht zu erhalten und den Marktanteil für Laborprodukte von Merck im Absatzgebiet von Jahr zu Jahr zu steigern (vgl. Tz. 10). Beide Vereinbarungen beschränken den Wettbewerb i.S. von Art. 81 EG-Vertrag. Die Alleinbelieferungsverpflichtung/Aleinvertriebsvereinbarung beschränkt den Wettbewerb zwischen VWR und den konkurrierenden Handelsunternehmen und das Wettbewerbsverbot für VWR den Wettbewerb zwischen Merck und den übrigen Herstellern von Laborchemikalien beim Vertrieb ihrer Produkte an Händler und Endabnehmer.

89. Die Beschränkung des Wettbewerbs sowohl auf dem Hersteller-Endabnehmer-Markt wie auch auf dem Hersteller-Handelsmarkt ist sowohl auf dem Gesamtmarkt als auch auf den betroffenen sachlich relevanten Teilmärkten angesichts der herausragenden Marktstellung der Beteiligten mit Marktanteilen von weit über 10 % spürbar (vgl. Mitteilung der KOM, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 291 vom 13.10.2000, Tz. 8 ff, i.F.: LL-vert). Dies gilt unabhängig davon, ob eine Alleinbelieferungsverpflichtung oder eine Alleinvertriebsvereinbarung vorliegt.

### **3. Zur Anwendbarkeit der Vertikal-VO**

90. Es ist bereits fraglich, ob die Vertikal-VO überhaupt auf die hier vorliegende Vereinbarung einer Alleinbelieferungsverpflichtung bzw. Alleinvertriebsvereinbarung im Agreement Anwendung finden kann und diese damit vom Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag freigestellt sein könnte.
91. Mit der Vereinbarung verfolgen Merck und VWR vor allem den gemeinsamen Zweck, den horizontalen Wettbewerb beim Vertrieb von Laborchemikalien auf dem Handelsmarkt und dem Endkundenmarkt auszuschalten. Denn vor Abschluss der Vereinbarung konnten Merck und VWR sowie weitere Handelsunternehmen bei den Endkunden im Wettbewerb aufeinandertreffen und auf dem Handelsmarkt standen Merck im Angebots- bzw. VWR im Nachfragewettbewerb mit anderen Handelsunternehmen um die Produkte von Merck. Insoweit wurden die bestehen Wettbewerbsbeziehungen durch die Vereinbarung ausgeschaltet. Da Merck derzeit weiterhin die Lagerhaltung, die Kommissionierung und die Auslieferung ihrer Laborchemikalien an die Endkunden selbst übernimmt und auch die Bestellannahme und Kundenbetreuung, die derzeit von VWR vorgenommen wird, jederzeit wieder selbst übernehmen könnte, bestehen die durch die Vereinbarung beendeten Wettbewerbsbeziehungen potenziell weiter fort und könnten auch jederzeit wieder aufleben. Die fehlenden aktuellen Wettbewerbsbeziehungen sind daher allein Folge des Agreements zwischen Merck und VWR. Die in Frage stehenden Vereinbarungen dienen nicht absatzpolitischen Zielen, wie z.B. der besseren Marktdurchdringung von Merck-Produkten, die vom Gesetz als legitime unternehmerische Ziele angesehen werden, sondern der Ausschaltung von Drittwettbewerb auf der Handelsstufe für Laborchemikalien. Damit sollen das vor der Veräußerung von VWR bestehende Bruttospalten-Niveau aufrecht erhalten und der Marktanteil der Merck-Produkte gesteigert werden. Lagerung, Kommissionierung und Auslieferung ihrer Laborchemikalien verbleiben – wie dargestellt - auch nach Abschluss der Vereinbarungen bei Merck. Merck könnte auch die Bestellannahme, Rechnungsschreibung und Kundenbetreuung für Laborchemikalien mit geringem Aufwand wieder selbst übernehmen. Es erscheint ausgeschlossen, dass ein Unternehmen wie Merck nicht in der Lage sein sollte, binnen kürzester Zeit Mitarbeiter für die Erstellung von Rechnungen, eine fachliche Beratung, Marktana-

lysen, Markenpflege usw. einzustellen. Bei Nichterreichen der jährlich festgelegten Verkaufsziele durch VWR kann Merck VWR das Recht auf die vereinbarte Exklusivität ohnedies entziehen und weitere Handelsunternehmen in den Vertrieb einschalten. In diesem Fall, der ausdrücklich im Vertrag vorgesehen ist, kann Merck ebenfalls nicht mehr auf die VWR überlassenen Mitarbeiter zurückgreifen und muss ihren Vertrieb entsprechend neu ausrichten (vgl. Stellungnahme Merck vom 2. Juni 2009, S. 37 f.).

92. Wegen dieser rein horizontal auf die Beschränkung von Drittwettbewerb ausgerichteten Vereinbarungen im Agreement könnte die Vertikal-VO nach ihrem Sinn und Zweck, rein vertikale Vereinbarungen zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen vom Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag unter bestimmten Voraussetzungen auszunehmen, keine Anwendung finden. Diese Beurteilung stünde im Einklang mit der Bewertung der EU-Kommission, die in der Zusammenarbeit zwischen Nichtwettbewerbern dann eine rein horizontale Wettbewerbsbeschränkung i.S. von Art. 81 EG-Vertrag sieht, wenn Unternehmen mit einer erheblichen Marktmacht, die bereits unterhalb der Schwelle zur Marktbeherrschung bestehen kann, beteiligt sind und die Zusammenarbeit zu Abschottungsproblemen gegenüber Dritten führen kann (vgl. EU-KOM, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG- Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABI 2001/C 3/02 vom 6.1.2001, Tz. 24). Letztlich kann diese Frage jedoch offen bleiben. Sollte die Vertikal- VO auch auf derartige Vereinbarungen anwendbar sein, wären die vorgenannten Umstände jedenfalls bei der Prüfung zu berücksichtigen, ob nicht der Vorteil ihrer Anwendung gemäß Art. 6 Vertikal- VO zu entziehen ist.

#### **4. Keine Freistellung, falls die Vertikal-VO anwendbar ist**

93. Der Vertikal-VO könnten allerdings Vereinbarungen von Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen i.S. von Art. 81 EG- Vertrag auch unabhängig von ihrem Inhalt bzw. ihrer vertikalen oder horizontalen Zielrichtung pauschal unterfallen, wenn die Beteiligten nur bestimmte Marktanteilsschwellen nicht überschreiten (vgl. Veelken in Immenga/Mestmäcker, Vertikal-VO, Rz. 136 ff.). Sollte die Vertikal-VO auf die beanstandeten Vereinbarungen im Agreement anwendbar sein, wären diese dennoch nicht gemäß Artikel 2 Vertikal-VO vom Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag freigestellt:

#### 4.1 Keine Freistellung der Alleinbelieferungsverpflichtung gemäß Vertikal-VO

94. Die Vertikal-VO stellt vertikale Vereinbarungen, die Alleinbelieferungsverpflichtungen enthalten, vom Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag frei, wenn der Anteil des Käufers an dem relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren einkauft, 30% nicht überschreitet (Art. 3 Abs. 2 Vertikal-VO).
95. Der Markt, auf dem VWR seine Waren einkauft, ist der Hersteller-Handelsmarkt für Laborchemikalien (vgl. Veelken in Immenga/Mestmäcker, Vertikal-VO Tz. 162). Nach den Ermittlungen der Beschlussabteilung erzielte VWR auf diesem Nachfragemarkt im Jahre 2007 Marktanteile von **35%** (siehe Tab. 9, S. 31). Auf den sachlich relevanten Teilmärkten für Anorganische Reagenzien und Lösungsmittel wurden 2007 Marktanteile von jeweils **60%** sowie für Chromatographie von **40%** erreicht (siehe Tab. 10, 11 und 14, S. 33. 36). Hinzu kommt ein Marktanteil von **60%** bei Mikrobiologie (siehe oben Tab. 12, S. 34).
96. Selbst dann, wenn man entgegen der Auffassung der Beschlussabteilung nicht auf den Hersteller-Handelsmarkt, sondern auf den Hersteller-Endkundenmarkt abstellen würde, wäre die Marktanteilsschwelle von 30% deutlich überschritten. Nach den aktuellsten Ermittlungen der Beschlussabteilung für das Jahr 2007 hielt VWR auf den (von Merck selbst gebildeten) relevanten Teilmärkten für Anorganische Reagenzien und Lösungsmittel auf dem Endkundenmarkt Marktanteile von **40%** und **55%**. Lediglich bei Chromatographie lag dieser Anteil (bei jeder der beiden Marktabgrenzungen) unter 30% (siehe Tab. 10, 11,13 und 14, S.33 - 36).
97. Damit hielt VWR auf dem relevanten Handelsmarkt als Nachfrager gegenüber den Herstellern und auch noch auf dem hilfsweise unterstellten Endkundenmarkt von Laborchemikalien jedenfalls bei Anorganischen Reagenzien und Lösungsmitteln Marktanteile von deutlich über 30% auf dem Beschaffungsmarkt inne. Die Vereinbarungen zwischen Merck und VWR sind damit nach der Vertikal-VO jedenfalls für diese Produkte nicht freigestellt.

#### 4.2 Keine Freistellung einer Alleinvertriebsvereinbarung gemäß Vertikal-VO

98. Sollte die Vereinbarung des exklusiven Vertriebsrechts in Ziffer 2 des Agreements als Alleinvertriebsvereinbarung zu werten sein, wie die Beteiligten vortragen, wäre für die Berechnung der in Art. 3 Abs. 1 der Vertikal-VO genannten Marktanteilsgrenze von 30 % auf den Marktanteil von Merck abzustellen. Zu ermitteln ist dieser Marktanteil auf derjenigen Marktstufe, auf der ein Lieferant anbietet und der Käufer nachfragt (Veelken in Immenga/ Mestmäcker, Vertikal-VO; A, Tz. 142). Nicht maßgeblich ist damit der Marktanteil, den Merck auf der Endabnehmerstufe hält.
99. Merck beliefert ausschließlich den Händler VWR mit Laborchemikalien und hielt 2007 auf dem Handelsmarkt bei Laborchemikalien insgesamt einen Marktanteil von **35%** und auf den sachlich abzugrenzenden Teilmärkten für anorganische Reagenzien, Lösungsmittel, Mikrobiologie und Chromatographie noch deutlich höhere Marktanteile (siehe Tab. 10 bis 14, S 32 ff). Damit ist die Vereinbarung eines exklusiven Vertriebsrechts auch dann nicht nach der Vertikal-VO vom Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag freigestellt, wenn man sie als Alleinvertriebsvereinbarung betrachten würde.
100. Rein vorsorglich wird darauf hingewiesen, dass die Beweislast für das Eingreifen der Vertikal-VO diejenigen tragen, die sich darauf berufen, also die Beteiligten (vgl. Art. 2 der VO Nr. 1/2003; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. April 2007 – VI-U(Kart) 13/06, UA S. 13). Die Beteiligten haben die Freistellung einer Alleinvertriebsvereinbarung/Alleinbelieferungsverpflichtung im Agreement gemäß Vertikal-VO bisher in keiner Weise nachvollziehbar belegt. Merck hat zwar eine Studie über den Markt für Laborchemikalien erwähnt, jedoch nicht übersandt (vgl. Bl. 310, 654, 664 und 729 ff d.A.).
101. Zu den einzelnen sachlich relevanten Teilmärkten, auf die bei einer Anwendung der Vertikal-VO abzustellen wäre, haben die Beteiligten bisher nicht einmal eine Schätzung über die Höhe der Marktvolumina vorgelegt. Die Voraussetzungen für eine Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 wurden ebenfalls nicht belegt und greifen auch nicht ein (s. unten). Die Beteiligten können sich ihrer Beweispflicht auch nicht dadurch entziehen, dass sie auf vorangegangene Ermittlungen der Beschlussabteilung im Fusionskontrollverfahren VWR/KMF (B3-44/05) verwei-

sen (vgl. Bl. 142 – 146, 160 – 163 d.A.). Die Beschlussabteilung hat in diesem Verfahren keine vollständigen Ermittlungen zur Feststellung des Marktvolumens durchgeführt, sondern nur ausgewählte Hersteller und Handelsunternehmen befragt. Der Zusammenschluss wurde freigegeben, weil der Verhaltensspielraum des Marktführers VWR auf dem Handelsmarkt auch durch aktuelle oder potentielle Direktverkäufe von Herstellern an Endabnehmer kontrolliert wird und die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung von VWR als Folge des Erwerbs von KMF nicht zu erwarten war. Dass VWR nicht marktbeherrschend als Handelsunternehmen ist, hat keinen Einfluss auf die rechtliche Würdigung des Agreements nach Art. 81 EG-Vertrag und § 20 GWB, weil die Eingriffsschwelle dort unterhalb der Schwelle zur Marktbeherrschung liegt.

102. Vorsorglich wird darauf hingewiesen, dass der Marktanteil von Merck bei denjenigen Gruppen von Laborchemikalien, die von den Handelsunternehmen bzw. Endverbrauchern nicht **ohne weiteres**, also nicht ohne zusätzlichen Aufwand, ausgetauscht werden können, jeweils bei 100 % liegt. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes im Beschluss vom 3. Juni 1997 (B3-132/96) können die Abnehmer von Laborchemikalien die Chemikalie eines bestimmten Herstellers i.d.R. nicht ohne weiteres, d.h. ohne zusätzlichen Aufwand an Zeit und Geld, durch die – chemisch gleich bezeichnete - Chemikalie eines anderen Herstellers ersetzen (vgl. Beschluss vom 3. Juni 1997, S. 17 f.; vgl. hierzu auch die Ausführungen der Handelsunternehmen prolabor GmbH, lfd. Nr. 29, Dr. Wieland + Co., lfd. Nr. 39, und Lab Logistics Group, lfd. Nr. 41). Das inzwischen zu VWR gehörende Handelsunternehmen KMF hat der Beschlussabteilung mitgeteilt, dass der Aufwand für eine Umstellung der eingesetzten Chemikalien „laut Schätzungen einiger unserer Kunden bis zu 10.000.- € pro Artikel“ beträgt. „Gerade im Pharmabereich werden alle eingesetzten Waren in aufwendigen Validierungsverfahren freigegeben. Ein kurzfristiger Austausch ist nahezu unmöglich“ (Auskunftsschreiben von KMF vom 9. Februar 2007 auf die 1. Umfrage der Beschlussabteilung, Ordner „Geschäftsgeheimnisse von VWR“). Für das vorliegende Verfahren kommt es jedoch allenfalls am Rande auch auf die Ausweichmöglichkeiten der Labore an (vgl. Stellungnahme Merck vom 2. Juni 2009, S. 48 – 54). Entscheidend für die Marktstellung von Merck gegenüber dem Handel ist, ob der **Handel** den Bezug von Merck- Chemikalien durch den

Bezug der – chemisch gleich lautenden – Chemikalien dritter Hersteller ersetzen kann. Das von den Beteiligten in Auftrag gegebene Gutachten des Laboratoriums Dr. Liebich kommt zu dem Ergebnis, dass für **Endabnehmer** die Umstellung auf einen anderen Hersteller mit einem durchschnittlichen Aufwand von 370.- bis 820.- EUR verbunden ist. Die danach grundsätzlich gegebene Möglichkeit, den Anbieter längerfristig zu wechseln, kann allenfalls im Rahmen der Strukturkontrolle Berücksichtigung finden, nicht jedoch bei der Beurteilung der Marktmacht von Merck gegenüber dem Handel bzw. der Abhängigkeit des Handels von Merck.

## **5. Keine Freistellung der Alleinbezugsverpflichtung / Alleinvertriebsvereinbarung sowie des Wettbewerbsverbotes nach Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag**

103. Die Beweislast für das Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG- Vertrag obliegt den Unternehmen, die den Rechtsvorteil der Ausnahmeregelung beanspruchen (Bekanntmachung der KOM: Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EG-Vertrag, Amtsblatt 2004/C 101/08, Tz. 41, i.F.: Leitlinien zu 81 Abs. 3).
104. Die Alleinbezugsverpflichtung bzw. Alleinvertriebsvereinbarung im Agreement ist nicht nach Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag vom Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag freigestellt, weil keine der erforderlichen Voraussetzungen für eine Freistellung erfüllt sind. Dies gilt auch für das VWR auferlegte Wettbewerbsverbot.
105. Die Vereinbarung führt nicht zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Senkung von Transaktions- oder Distributionskosten (vgl. Ellger in Immenga/Mestmäcker, Art. 81 Abs. 3 EGV; A, Rz. 191). Da Merck die gesamte Logistik und Lagerhaltung weiterhin für VWR übernimmt und VWR lediglich die Bestellannahme, Rechnungsstellung und Kundenbetreuung durchführt, wie sie jeder andere Großhändler wie die Beigeladene auch anbietet, ist nicht ersichtlich, welche Vorteile ein Alleinvertrieb oder eine Alleinbelieferung von VWR hinsichtlich besserer Warenverteilung oder sinkender Vertriebskosten erbringen soll. Insbesondere entstehen keine Größenvorteile im Vertrieb, weil Merck sämtliche (auch Kleinmengen-) Bestellungen, die VWR an sie weiterleitet, selbst bearbeiten, kommissionieren und ausliefern (lassen) muss. Die Alleinvertriebsvereinbarung/Alleinbelieferungsverpflichtung ist auch nicht an ver-

tragsspezifische Investitionen von VWR geknüpft, die ihren Wert nach Vertragsende verlieren würden (LL-vert Tz. 116 (Ziff. 4) und 155; vgl. Einlassung der Beteiligten vom 16.9.2005, Bl. 140f., 157 ff. d.A.). Investitionen in Personal und dessen Ausbildung hat nicht VWR, sondern Merck (für ihre damalige 100%ige Tochter VWR Int.) getätigt. Eine damit verbundene „Wertsteigerung“ von VWR hätte sich Merck beim Verkauf von VWR vergüten lassen können. Die Einstellung von Personal und dessen Schulung für Beratungsdienstleistungen dient auch nicht ausschließlich dem Vertrieb von Laborchemikalien des Herstellers Merck, sondern verbessert die Leistungsfähigkeit von VWR auf dem Markt für den Handel mit Laborchemikalien aller Hersteller. Dass derzeit „<...> der insgesamt <...> bei VWR angestellten sog. ‚Produktspezialisten‘ im Bereich Chemie fast ausschließlich für die Erzeugnisse von Merck zuständig (sind)“ (Bl. 141 d.A.), ist Folge des Agreements, das VWR den Vertrieb von Laborchemikalien dritter Hersteller, die mit Merck- Laborchemikalien unmittelbar konkurrieren, untersagt. Die Alleinvertriebsvereinbarung/Alleinbelieferungsverpflichtung dient auch nicht der Erschließung eines neuen Produktmarktes oder Absatzgebietes; vielmehr wird lediglich der intra-brand-Wettbewerb in einem längst erschlossenen und weiterhin durch eine Vielzahl von Handelsunternehmen versorgten Absatzgebiet ausgeschaltet. Merck hat mit dem Abschluss des Agreements nicht ihren Vertrieb neu aufgebaut, sondern lediglich zugunsten eines einzigen Handelsunternehmens – auf Kosten aller anderen, seit Jahrzehnten direkt belieferten Händler - umstrukturiert. Die Vertriebsstruktur für Merck- Produkte ist durch das Agreement allerdings auch im Kern verändert worden (vgl. die Einlassungen Bl. 141 f., 158 ff. d.A.). Merck belieferte vor der Veräußerung von VWR Int. den Laborchemikalienhandel und Endverbraucher jeweils direkt (über die eigene Vertriebstochter VWR Int.). Nach der Veräußerung von VWR und dem Abschluss des Agreements wurde die Direktbelieferung des Laborchemikalienhandels durch Merck zugunsten der Belieferung eines einzigen Handelsunternehmens aufgegeben. Das Agreement besitzt auch eine völlig andere rechtliche Qualität als die Vertriebsvereinbarung zwischen Merck und VWR vom 24. September 2002. Letztere stellte – im Unterschied zum Agreement - eine rein konzerninterne Vereinbarung dar, auf die Art. 81 EG-Vertrag keine Anwendung findet.

106. Die Beteiligten haben auch nicht substantiiert vorgetragen, welcher Art die geltend gemachten Effizienzgewinne sind; weshalb sie als Folge der Vereinbarung entstehen, in welchem Umfang sie bisher entstanden sind und seit wann sie diese Effizienzgewinne erreicht haben; ebenso wenig haben sie bisher den Wert der angeblichen Kosteneinsparungen genau beziffert und hierzu nachprüfbare Daten vorgelegt (Leitlinien zu 81 Abs. 3, Tz. 50 ff). Sie haben weder neue Produktionstechniken oder –verfahren zusammen mit VWR entwickelt noch Vermögenswerte mit VWR zusammengelegt. Sie können als Folge des Alleinvertriebs/der Alleinbelieferungsverpflichtung auch keine Skalenvorteile als Folge sinkender Stückkosten geltend machen oder eine teure Lagerhaltung verringern oder ihre Kapazitäten besser auslasten. Kosteneinsparungen aufgrund der einfachen Ausübung von Marktmacht sind im Rahmen von Art. 81 Abs. 3 ohnedies nicht zu berücksichtigen (LL-vert Tz. 136, Leitlinien zu 81 Abs. 3, Tz. 49). Die von den Beteiligten unsubstantiiert vorgetragenen Effizienzgewinne (Bl. 470 ff. d.A.) erfordern jedenfalls nicht den Abschluss einer Alleinbelieferungsverpflichtung/Alleinvertriebsvereinbarung. VWR unternimmt im eigenen Interesse die nötigen Vertriebsanstrengungen für Merck-Produkte. Darin unterscheidet sich VWR nicht von allen anderen Handelsunternehmen. Die Exklusivität ist jedenfalls nicht erforderlich, weshalb sich Merck auch das Recht vorbehalten hat, diese bei ungenügender Vertriebsleistung von VWR zu kündigen. Am Vertrieb der Produkte des Marktführers Merck hat ein Laborchemikalien- Handelsunternehmen ohnedies ein starkes wirtschaftliches Interesse. Da nur die Exklusivität und nicht die Vertriebsbeziehung mit VWR selbst in Frage steht, ist Merck auch keineswegs gezwungen, einen eigenen Vertrieb aufzubauen. Eine etwaige Senkung von Vertriebskosten würde vorliegend auch nicht auf einer besseren Organisation, sondern auf einer Wettbewerbsbeschränkung beruhen, und kann schon deshalb nicht als Effizienzgewinn i.S. von Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag gewertet werden (vgl. Bl. 583 ff. d.A. und Leitlinien-vertikal, Rz. 49).
107. Merck hat VWR keine Aufgaben übertragen, die von ihr effizienter als von Merck selbst erbracht werden können (vgl. Leitlinien zu Art. 81 Abs. 3, Tz. 60). Die Übernahme der Bestellannahme und Kundenbetreuung durch VWR bedeutete lediglich die Verlagerung von Personal von Merck auf VWR und lässt die eigentlichen Vertriebskosten (Lagerhaltung, Kommissionierung und Auslieferung) völlig unbeeinflusst. Merck kann dadurch seine Leistungen nicht zu nied-

rigeren Kosten oder zu einem höheren Mehrwert für die Verbraucher von Laborchemikalien erbringen (vgl. Leitlinien zu Art. 81 Abs. 3, Tz. 62). Die Übernahme des Vertriebs der Merck-Chemikalien allein durch VWR ermöglicht auch keinen Abbau von Lageraufwand oder die Senkung von Transportkosten durch die gemeinsame Benutzung von Transportmitteln. Das Agreement sieht auch keine Forschungs- oder Entwicklungsvereinbarungen vor, die zu verbesserten Laborchemikalien oder zu einer besseren Beratung der Abnehmer führen können (vgl. Leitlinien zu Art. 81 Abs. 3, Tz. 70).

108. VWR hat bisher nicht aufgezeigt, wie sie die Abnehmer ihrer Laborchemikalien angemessen an den für sie entstehenden Gewinnen als Folge der Ausschaltung des intra-brand-Wettbewerbs beteiligt hat. Das Agreement dient „dem Bestreben von VWR und Merck, das in der Vergangenheit entstandene Brutto-spannen-Niveau aufrechtzuerhalten, wobei die Möglichkeiten berücksichtigt werden sollen, ob prozentuale Preisanpassungen auch an die Endkunden von VWR durchgereicht werden können, sowie dem Bestreben beider Parteien, den Marktanteil für Laborprodukte der Marke Merck im Absatzgebiet von Jahr zu Jahr zu steigern“ (s. oben, Tz. 8). Die Abnehmer von Merck können daher damit rechnen, dass Preiserhöhungen an sie weitergegeben werden, wann immer dies auf Grund der Marktlage möglich erscheint. Ein Ausweichen auf andere Händler kommt realistischer Weise nicht in Betracht, weil diese Laborchemikalien von Merck nur von VWR beziehen können, die ihnen den Preissetzungsspielraum ggf. durch Erhöhung der Abgabepreise beschränken kann. Mit Preis-senkungen als Folge eingesparter Vertriebskosten können sie daher schon wegen fehlendem intra-brand-Wettbewerb nicht rechnen. VWR muss auch für die Mehrzahl der von Merck vertriebenen Laborchemikalien nicht befürchten, dass Kunden zu anderen Herstellern abwandern, weil diese nicht ohne erhebliche Umstellungskosten auf den Einsatz dieser Chemikalien verzichten können. Bei den hohen Marktanteilen von VWR/Merck auf sachlich relevanten Teilmärkten und der für die meisten Abnehmer nicht gegebenen Austauschbarkeit ist die Weitergabe von etwaigen Kosteneinsparungen an die Verbraucher schon Mangels ausreichendem inter-brand-Wettbewerbes, bedingt durch das VWR auferlegte Wettbewerbsverbot, nicht zu erwarten, geschweige denn nachgewiesen (vgl. Ellger in Immenga/Mestmäcker, Art. 81 Abs. 3 EG- Vertrag; A, Tz. 234, 239 ff). Die Beteiligten haben auch nicht nachgewiesen, dass der Übergang

zum Alleinvertrieb zu nicht-monetären Gewinnen in Form von besserem Kundendienst, Beratung usw. für die Abnehmer führt.

109. Die Vereinbarung wäre auch zur Erzielung von Vertriebskosteneinsparungen nicht unerlässlich. Als unerlässlich ist eine Wettbewerbsbeschränkung anzusehen, wenn das mit ihr verfolgte Ziel einer Erzielung von Effizienzgewinnen „ohne sie entweder überhaupt nicht, nicht in demselben Ausmaß oder innerhalb desselben Zeitrahmens erreichbar ist und keine Wege vorhanden sind, auf denen sich diese Zielsetzungen unter Einsatz weniger wettbewerbsbeschränkender Mittel realisieren lassen“ (Ellger in Immenga/Mestmäcker, Art. 81 Abs. 3 EGV; A, Tz. 261). Hierzu haben die Beteiligten keine von der Beschlussabteilung nachprüfbaren Unterlagen vorgelegt, wie dies erforderlich wäre (Vgl. Ellger, a.a.O. Tz. 265). Die Bearbeitung unwirtschaftlicher Aufträge kann Merck bereits mit den bestehenden Mindestbezugsverpflichtungen vermeiden und dadurch Kosteneinsparungen erzielen. Die Ausschaltung des Preiswettbewerbs für Merck-Chemikalien im Handel als Folge des Alleinvertriebs durch VWR kommt im Ergebnis einer Kernbeschränkung gleich, nämlich der Festlegung der Wiederverkaufspreise für Laborchemikalienhändler beim Vertrieb von Merck-Produkten durch VWR. Eine derartige Beschränkung ist grundsätzlich nicht unerlässlich zur Erzielung von Effizienzgewinnen (ebd., Tz. 267). Die Parteien des Agreement haben auch keine größeren, nicht mehr rückgängig zu machenden Investitionen getätigt, die eine Alleinvertriebsvereinbarung erfordern, um sich zu amortisieren und ein „Trittbrettfahrerproblem“ zu vermeiden. Im Agreement wurde überdies vereinbart, dass die Alleinbelieferungspflicht für Merck entfällt, wenn VWR nicht die vorgegebenen Umsatzziele erreicht.
110. Die Vereinbarung führt auch zur Ausschaltung des Wettbewerbs für Laborchemikalien von Merck und damit für einen wesentlichen Teil aller im Inland angebotenen Laborchemikalien. Sie schaltet einen der wichtigsten Wettbewerbsparameter aus, nämlich den Preiswettbewerb im Handel mit Laborchemikalien von Merck (vgl. Leitlinien zu 81 Abs. 3, Tz. 110). Die Ermittlungen haben ergeben, dass Merck der führende Hersteller von Laborchemikalien ist und ihre Marktanteile auf sachlich relevanten Teilmärkten die Marktbeherrschungsvermutung des § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB weit überschreiten. VWR ist zugleich der mit großem Abstand führende Händler von Laborchemikalien. Die Parteien des Ag-

reement stehen beim Vertrieb der Merck- Chemikalien nicht unter erheblichem Wettbewerbsdruck, weil weder die belieferten Handelsunternehmen noch die Endabnehmer Laborchemikalien von Merck ohne weiteres durch die Laborchemikalien dritter Hersteller ersetzen können. Wegen dieses fehlenden Wettbewerbs zwischen den einzelnen Marken kommt der Ausschaltung des intra-brand-Wettbewerbs für Merck-Laborchemikalien auch eine besondere Bedeutung zu; die Auswirkungen auf den Markt und für die Verbraucher der Laborchemikalien sind in diesem Fall besonders gravierend. Die Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Handel wirkt sich auch unmittelbar auf die Verbraucherwohlfahrt (hier: die Interessen der nachfragenden Labore) aus (vgl. Einlassung VWR vom 5. Juni 2009, S. 6 – 8).

111. Das VWR auferlegte Wettbewerbsverbot ist ebenfalls nicht nach Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag freigestellt. Es unterfällt Art. 81 Abs. 1 EG- Vertrag: es handelt sich um eine Nebenabrede zum Vertriebsvertrag, die für die Erreichung des Hauptzwecks des Vertriebsvertrages nicht erforderlich ist, sondern lediglich der Beschränkung von Drittwettbewerb dient. VWR kann sehr wohl Merck-Chemikalien vertreiben und gleichzeitig die Laborchemikalien dritter Hersteller, ohne dass der Hauptzweck der Vertriebsvereinbarung dadurch gefährdet wäre (vgl. - BGH, Urt. v. 10. Dezember 2008 – KZR 54/08 „Subunternehmervertrag II“, UA Rz. 16 f- zu § 1 GWB; Leitlinien der KOM zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG- Vertrag, Rdn. 28 ff.). Für die Beurteilung der fehlenden Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 gelten die gleichen Erwägungen wie im Falle der Alleinbelieferungsverpflichtung bzw. Alleinvertriebsvereinbarung.

## **6. Zusammenfassung:**

112. Merck hat mit dem Abschluss des Agreements einseitig ihre langjährigen Lieferbeziehungen zum gesamten deutschen Laborfachhandel abgebrochen und stattdessen mit VWR International einen Alleinbelieferungsvertrag bzw. eine Alleinvertriebsvereinbarung abgeschlossen. Dadurch hat der führende inländische Hersteller von Laborchemikalien alle übrigen Laborfachhändler gezwungen, Merck-Chemikalien nur noch von ihrem wichtigsten Konkurrenten und dem Marktführer auf dem Handelsmarkt, der VWR International, zu beziehen. Der Laborfachhandel konnte nach dieser Vertriebsumstellung nicht auf Laborchemikalien dritter Hersteller ausweichen, weil seine Abnehmer überwiegend Produk-

te eines bestimmten Herstellers nachfragen. Merck hat auch nicht ihr Vertriebssystem generell – nach Einräumung einer Umstellungsfrist für den Handel – auf den Eigenvertrieb ausgerichtet, z.B. weil dies betriebswirtschaftlich vernünftiger wäre. Die Alleinbelieferung von VWR International beruht stattdessen auf einer Vereinbarung zwischen Merck und dem damaligen Erwerber ihres Handelsunternehmens VWR International, die auf eine Ausschaltung des horizontalen Wettbewerbs zwischen VWR und den übrigen Händlern von Laborchemikalien bezweckte und bewirkt.

113. Die Beschlussabteilung sieht im Abbruch der Direktbelieferung des Handels und der Zusammenarbeit mit nur einem einzigen Händler keine Maßnahme, die legitimen vertriebspolitischen Zielen dient und lediglich das vertikale Verhältnis zwischen der Hersteller- und Handelsstufe regelt. Der Exklusivvertrag hilft Merck nicht bei der Markteinführung neuer Produkte und schützt auch keine Investitionen des Händlers VWR, die ohne diese Vereinbarung nicht getätigt worden wären. Der Abschluss des (vertikalen) Exklusivvertrages diene vielmehr im Wesentlichen der Ausschaltung wirksamen Wettbewerbs zwischen VWR und allen übrigen Laborfachhändlern beim Absatz von Merck- Chemikalien und stellt damit in seiner Zielsetzung und Wirkung eine Beschränkung des horizontalen Wettbewerbs dar. Die Alleinstellung von VWR sollte im Interesse des Verkäufers Merck den Kaufpreis für ihre ehemalige Vertriebstochter VWR und im Interesse des Käufers die zukünftige Rentabilität seiner Investition erhöhen.
114. Der Ausschluss der Direktbelieferung des Laborchemikalienhandels durch Merck hat zur Folge, dass wirksamer Wettbewerb im Laborchemikalienhandel, und insbesondere gegenüber dem Marktführer VWR, zum Erliegen kommt. VWR hat es in der Hand, zu welchen Konditionen sie ihre Konkurrenten mit Merck- Chemikalien beliefert. Sie erhält als Lieferant ihrer Konkurrenten sofortige Kenntnis über die Zunahme von Bestellungen und kann darauf sowohl mit Lieferverzögerungen als auch mit eigenen Preisunterbietungen für solche Chemikalien reagieren, deren Umsätze bei konkurrierenden Händlern zugenommen haben. Als Hersteller verfolgte Merck bei der Direktbelieferung des Handels das wirtschaftliche Interesse, leistungsfähige Händler (z.B. durch Mengenrabatte usw.) zu belohnen. VWR als Handelsunternehmen hat dagegen ein Interesse daran, möglichst viele Merck- Chemikalien selbst zu vertreiben und leistungsfä-

higere Konkurrenten daran zu hindern, ihre Umsätze auf Kosten des eigenen Absatzes zu steigern.

115. Die Alleinvertriebsvereinbarung mit VWR führt auch nicht dazu, dass Merck in verstärkten Wettbewerb zu dritten Herstellern tritt und dadurch die Ausschaltung des intra-brand-Wettbewerbes durch verstärkten inter-brand-Wettbewerb ausgeglichen wird. Merck als führender Anbieter mit Marktanteilen auf den wichtigsten Teilmärkten für Anorganische Reagenzien und Lösungsmittel von 40% und mehr hat vielmehr VWR im Agreement zusätzlich gebunden, keine mit Merck-Produkten konkurrierenden Laborchemikalien dritter Hersteller zu vertreiben. Da VWR der führende Laborchemikalienhändler mit einem Anteil an allen Handelsumsätzen von über 50% ist, entzieht sich Merck durch die Bindung des leistungsfähigsten inländischen Laborchemikalienhändlers vielmehr dem Wettbewerb mit anderen Marken, weil sie deren Herstellern den Zugang zum wichtigsten inländischen Absatzkanal für Laborchemikalien versperrt. Der inter-brand-Wettbewerb ist bei Laborchemikalien ohnedies stark eingeschränkt, weil ein Wechsel des Herstellers einer Chemikalie in den meisten Fällen mit hohen Umstellungskosten verbunden und deshalb nicht ohne weiteres möglich ist.
116. Die Ausschaltung des Laborfachhandels als wirksamem Konkurrenten von VWR schadet auch den Endabnehmern von Laborchemikalien. Der Bezug der Merck- Chemikalien von ihrem größten Konkurrenten lässt den Spielraum des Laborfachhandels, seinen Abnehmern günstigere Preise als VWR einzuräumen, gegen Null schrumpfen. Ferner haben VWR und Merck vertraglich als ihr gemeinsames Ziel von Preisanpassungen festgelegt, „das in der Vergangenheit entstandene Bruttospannen-Niveau aufrechtzuerhalten“ (Appendix 8 zum Agreement, Bl. 59 d.A.), und sich damit praktisch verpflichtet, Spielräume für Preissenkungen nur dann zu nutzen, wenn darunter nicht die Handelsspanne für VWR leidet.
117. Die Umstellung des Direktvertriebs von Merck auf einen Alleinvertrieb über VWR diene auch nicht der Senkung von Vertriebskosten. Merck könnte den Vertrieb ihrer Laborchemikalien auch selbst – unter völliger Ausschaltung des Handels - übernehmen, wenn dies aus ihrer betriebswirtschaftlichen Sicht kostengünstiger wäre. Merck unterhält aber weiterhin ihr Lager und liefert die Chemikalien auch selbst aus. Den Alleinvertrieb über VWR kann Merck auch jeder-

zeit einseitig beenden, wenn bestimmte, vorher festgelegte Verkaufsziele von VWR nicht erreicht werden.

118. Die vorgenommene Umstellung des Vertriebssystems von Merck für Laborchemikalien hat nach Auffassung der Beschlussabteilung wegen ihres primär horizontalen Charakters wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen auf die Marktstruktur des inländischen Laborchemikalienhandels, die nach Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag nicht freigestellt sind.

## **II. Verstoß gegen § 1 GWB**

119. Die Vereinbarung eines exklusiven Vertriebsrechts für Merck-Chemikalien verstößt auch gegen § 1 GWB und ist nicht nach §§ 2 oder 3 GWB vom Verbot des § 1 GWB freigestellt. Die Ausschaltung des Wettbewerbs auf dem Handelsmarkt für Laborchemikalien von Merck führt nicht zu einer angemessenen Beteiligung der Endabnehmer dieser Chemikalien an dem entstehenden Gewinn und trägt auch nicht zur Verbesserung der Erzeugung oder Verteilung dieser Chemikalien oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts bei. Die beanstandeten Vereinbarungen wären für die Entstehung etwaiger Effizienzgewinne ohnedies nicht erforderlich, da Merck sie bei unzulänglicher Vertriebsleistung von VWR einseitig beenden kann. Einer Freistellung nach § 3 GWB steht der Umstand entgegen, dass es sich bei Merck und VWR um Großunternehmen mit Umsätzen in Milliardenhöhe handelt. Zur Begründung im Einzelnen kann auf die Ausführungen zu Art. 81 EG-Vertrag (Tz. 77 – 118) verwiesen werden.

## **III. Verstoß gegen § 20 Abs. 1 GWB**

### **1. Merck ist Normadressat des § 20 Abs. 2 Satz 1 GWB**

#### **1.1 Zur Abhängigkeit**

120. Die durchgeführten Ermittlungen haben ergeben, dass ein durchschnittlicher Händler von Laborchemikalien Merck-Produkte in seinem Sortiment führen muss, um wettbewerbsfähig zu sein. Dies ergibt sich aus der führenden Marktstellung und den festgestellten hohen Marktanteilen von Merck bei Laborchemikalien insgesamt sowie auf ausgewählten Teilmärkten. Unabhängig von der

Höhe der Marktanteile kommt Merck als führendem inländischen Hersteller von Laborchemikalien nach wie vor eine herausragende Marktbedeutung zu (Sortimentsbreite und -tiefe, Alleinstellung bei bestimmten Chemikalien, starke Kundenbindung ab der Ausbildungsphase von Forschern und Laboranten, Validierung vieler Analysevorgänge mittels Merck-Chemikalien, die wegen des hohen Aufwands für eine Umstellung auf andere Anbieter ebenfalls eine starke Kundenbindung erzeugt, Notwendigkeit erneuter arzneimittelrechtlicher Registrierung bei Wechsel des Anbieters, Zertifizierung von Merck-Produkten auch in Bezug auf Pharmakopöe usw., vgl. hierzu auch den Vortrag der Beigeladenen Bl. 347 – 351 d.A.). Auch die Beigeladene erzielt noch immer mehr als die Hälfte ihrer Umsätze mit Laborchemikalien der Fa. Merck. Handelsunternehmen für Laborchemikalien sind damit vom Bezug der Produkte von Merck sowohl hinsichtlich des Sortiments, das geführt werden muss, als auch hinsichtlich der führenden Marktstellung von Merck abhängig i.S. von § 20 Abs. 2 Satz 1 GWB (sortimentsbedingte und Spitzenstellungs- Abhängigkeit, vgl. Markert in Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, 3. Aufl., Rz. 62 ff zu § 20 GWB). Auf Beschwerden von Marktteilnehmern kommt es für die Feststellung, ob eine Abhängigkeit besteht, ebenso wenig an wie auf den Umstand, dass die Beigeladene Th. Geyer am 24. November 2000 in einem Zivilrechtsstreit mit Merck einen Vergleich geschlossen hat (vgl. Schriftsatz Merck vom 2. Juni 2009, S. 60 ff; Schriftsatz VWR vom 5. Juni 2009, S. 1 - 6). Die Umfrage der Beschlussabteilung im Handel hat aber auch ergeben, dass sehr wohl weitere Händler neben der Beigeladenen Th. Geyer mit der jetzigen Liefersituation (Bezug von einem Wettbewerber) unzufrieden sind (vgl. die Auskünfte von OMNICHEM, lfd. Nr. 26, und Lab Logistics Group, lfd. Nr. 41). Die Beschlussabteilung schützt mit der Anwendung von § 20 GWB auch nicht einen einzigen Händler, sondern generell den Wettbewerb im Handel mit Laborchemikalien (vgl. Stellungnahme VWR vom 5. Juni 2009, S. 1 f.). Dass Merck jedenfalls für die vom Beschluss betroffenen Produktgruppen für den Handel unverzichtbar ist, ergibt sich bereits aus dem hohen Anteil von Merck auf dem Handelsmarkt mit diesen Produktgruppen. Eine schwächere Stellung von Merck auf dem gesamten Endabnehmermarkt spielt für die Abhängigkeit des Handels dagegen überhaupt keine Rolle.

## **1.2 Kleine und mittlere Unternehmen i.S. von § 20 Abs. 2 Satz 1 GWB**

121. Die Beigeladene und die anderen Handelsunternehmen sind – mit Ausnahme von VWR – im Verhältnis zu Merck kleine und mittlere Unternehmen i.S. von § 20 Abs. 2 Satz 1 GWB (vgl. Markert, a.a.O., Rz. 43 f. zu § 20 GWB). Während Merck im Jahre 2006 einen weltweiten Konzernumsatz von über <...> Mrd. EUR erzielte, erreichen die Unternehmen des Laborchemikalienhandels nur Umsätze von deutlich unter 100 Mio. EUR. Dies gilt auch für die Beigeladene.

## **1.3 Keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten**

122. Die Beigeladene und andere kleine und mittlere Handelsunternehmen haben auch keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten, um die Produkte von Merck von Dritten zu beziehen oder durch Laborchemikalien anderer Hersteller zu ersetzen. Dies hat die Befragung der Handelsunternehmen nochmals bestätigt.

123. Das Angebot von Chemikalien dritter Hersteller ist nicht ausreichend, weil ein großer Teil der Endkunden der Beigeladenen und anderer Handelsunternehmen auf die Belieferung mit Merck-Chemikalien besteht und von den betreffenden Handelsunternehmen nicht ohne weiteres zur Umstellung auf die Produkte anderer Hersteller bewegt werden kann. Wird Merck nicht geführt, muss der Laborchemikalienhändler erhebliche Umsatzeinbußen und den Verlust vieler Kunden in Kauf nehmen.

124. Der Bezug von Merck-Produkten über VWR ist den kleinen und mittleren Handelsunternehmen nicht zumutbar, weil diese Ausweichmöglichkeiten von ihnen nicht „im wesentlichen zu den gleichen Voraussetzungen und Bedingungen in Anspruch genommen werden können, wie sie den Wettbewerbern zur Verfügung stehen“ (Markert, a.a.O., Tz. 53 zu § 20 GWB). Zum einen können sie weder mit Merck in direkte Lieferbeziehung treten wie ihr Hauptwettbewerber VWR und haben zum anderen daher nicht einmal die Chance, angemessene Konditionen mit Merck zu verhandeln. Darüber hinaus werden sie unmittelbar von ihrem wichtigster Wettbewerber VWR sowohl im Hinblick auf die Belieferung selbst als auch im Hinblick auf die Konditionen abhängig, mit der Folge,

dass dieser faktisch über ihre Chancen in Wettbewerb zu treten nach eigenem Gutdünken entscheiden kann.

125. Da die kleinen und mittleren Laborchemikalienhändler von Merck abhängig sind und sie keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten haben, ist Merck Normadressat des § 20 Abs. 2 Satz 1 GWB.

## **2. Sachlich nicht gerechtfertigte Diskriminierung und Behinderung**

126. Als Normadressat des § 20 GWB darf Merck Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln (§ 20 Abs. 1 GWB).

### **2.1 Gleichartige Unternehmen, üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr**

127. VWR und andere Laborchemikalienhändler wie die Beigeladene sind gleichartige Unternehmen im Sinne dieser Vorschrift, da sie im wesentlichen gleiche wirtschaftliche Funktionen ausüben (vgl. Markert, a.a.O., Rz. 99 ff. zu § 20 GWB; BGH, Urteil vom 8. Mai 2007 – KZR 9/06, UA S. 6). Vor Abschluss des Agreements bestand auch ein allgemein zugänglicher Geschäftsverkehr zwischen Merck und dritten Handelsunternehmen für den Vertrieb von Merck-Chemikalien, da VWR als Vertriebsunternehmen zu Merck gehörte (vgl. Markert, a.a.O., Rz. 109 ff. zu § 20 GWB). Für die Prüfung der Gleichartigkeit kommt es auf den Zeitpunkt des Lieferabbruchs an; dass Merck mit dem Verkauf von VWR auch Vertriebsfunktionen „mit verkauft“ hat und dadurch Unterschiede zwischen VWR und dem übrigen Laborhandel entstanden sind, spielt deshalb keine Rolle (vgl. Stellungnahme Merck vom 2. Juni 2009, S. 63 f.).

### **2.2 Behinderung und unterschiedliche Behandlung**

128. Unter Behinderung eines anderen Unternehmens ist jede tatsächliche Beeinträchtigung seiner Betätigungsmöglichkeiten im Wettbewerb zu verstehen (vgl. WuW/BGH 1829, 1832 „Original-VW-Ersatzteile II“). Eine unterschiedliche Behandlung liegt bereits dann vor, wenn der Normadressat das Zustandekommen einer Lieferbeziehung verweigert, obwohl er eine entsprechende Verbindung

mit gleichartigen Unternehmen unterhält (vgl. Markert, a.a.O., Rz. 120 zu § 20 GWB).

129. Die Nichtbelieferung dritter Laborhandelsunternehmen durch Merck stellt eine unterschiedliche Behandlung im Sinne von § 20 Abs. 1 GWB dar, weil Merck zwar das (mit der Beigeladenen und anderen Händlern gleichartige) Handelsunternehmen VWR beliefert, nicht aber die Beigeladene und andere gleichartige Unternehmen des Laborchemikalienhandels.
130. Die vertragliche Alleinbelieferung von VWR durch Merck stellt auch eine Behinderung der Beigeladenen und aller übrigen Handelsunternehmen im Sinne dieser Vorschrift dar. Deren Betätigungsmöglichkeiten im Wettbewerb werden dadurch beeinträchtigt, dass sie nicht direkt beliefert werden und damit keine Möglichkeit erhalten, Laborchemikalien von Merck diskriminierungsfrei zu erhalten. Dies behindert die kleinen und mittleren Laborchemikalienhändler im Wettbewerb und insbesondere im Wettbewerb zu dem an Marktanteilen und Finanzkraft weit überlegenen Wettbewerber VWR. Darüber hinaus wird diese Behinderung erheblich dadurch verstärkt, dass die kleinen und mittleren Händler durch den exklusiven Vertriebsvertrag gezwungen werden, die Merck-Produkte sogar von diesem Wettbewerber zu erwerben. Damit werden sie nicht nur unmittelbar beim Vertrieb der Merck-Produkte behindert, sondern ihre Wettbewerbsfähigkeit wird durch das hohe Gewicht von Merck-Produkten am Gesamtsortiment und insbesondere in einzelnen Teilsegmenten der Laborchemikalien in ihrer Wettbewerbsfähigkeit gegenüber ihren Endkunden erheblich beeinträchtigt. Dies gilt wiederum insbesondere im Verhältnis zu dem Wettbewerber VWR.

### **2.3 Unbilligkeit**

131. Eine Abwägung der Interessen aller Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes ergibt, dass die Ungleichbehandlung und die Behinderung der kleinen und mittleren Laborchemikalienhändler, wie der Beigeladenen, unbillig ist:

#### **2.3.1 Interessen der Beteiligten Merck**

132. Merck verfolgt mit dem Abschluss der exklusiven Vertriebsvereinbarung das Interesse, das in der Vergangenheit entstandene Bruttospalten-Niveau auf-

rechtzuerhalten, und etwa erforderliche prozentuale Preisanpassungen leichter an die Endkunden durchreichen zu können. Ferner dienen die Vereinbarungen dem Bestreben von Merck, den Marktanteil für ihre Laborprodukte von Jahr zu Jahr zu steigern (vgl. Appendix 8 zum Agreement: Pricing Criteria, Ziff. 1 und 2, Bl. 59 d.A.). Ferner diene die Vereinbarung des Alleinvertriebsrechts dem Interesse von Merck, bei der Veräußerung von VWR einen möglichst hohen Verkaufspreis zu erzielen, und ihren unternehmerischen Freiraum hinsichtlich der Ausgestaltung ihres Vertriebssystems aus betriebswirtschaftlicher Sicht auszuschöpfen.

### **2.3.2 Das Interesse von VWR**

133. Das Interesse von VWR an dem exklusiven Vertriebsvertrag liegt grundsätzlich darin, hohe Umsätze und möglichst hohe Gewinne zu erzielen. Dieses kann u.a. dadurch gefördert werden, dass große Anbieter durch exklusive Belieferungen eingebunden werden und damit der Nachfragewettbewerb ausgeschlossen wird und hierdurch auch der Anbieterwettbewerb mit den exklusiv vertriebenen Produkten gegenüber den Endkunden nach eigenen wirtschaftlichen Gesichtspunkten bestimmt werden kann, da der Hersteller nicht mehr als Wettbewerber auftreten kann und das Unternehmen über die Konditionen, die es seinen kleinen und mittleren Wettbewerber gewährt, deren wettbewerbliche Handlungsspielräume gegenüber den gemeinsamen Endkunden wesentlich beeinflussen kann.

### **2.3.3 Interessen der nicht belieferten Laborchemikalienhändler**

134. Die kleinen und mittleren Laborchemikalienhändler haben das Interesse, im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern gleich und diskriminierungsfrei behandelt zu werden und sich damit im Wettbewerb dritten Handelsunternehmen frei betätigen zu können und sich damit durch ihre eigene Leistung gegenüber Dritten im Wettbewerb bei ihren Endkunden durchsetzen zu können. Hierzu gehört, dass die Produkte des führenden Anbieters Merck direkt und zu diskriminierungsfreien Bedingungen bezogen werden können.

135. Der Einsatz des wichtigsten Wettbewerbsparameters Preis beim Vertrieb der Chemikalien setzt voraus, dass dritte Laborchemikalienhändler Merck-Chemikalien zu vergleichbaren Bedingungen beziehen können, wie Merck sie

dem größten Handelsunternehmen VWR einräumt. Die nicht belieferten Laborchemikalienhändler haben deshalb das berücksichtigungsfähige Interesse, sich ihren Verhaltensspielraum im Wettbewerb zu VWR nicht von VWR diktieren zu lassen, sondern unmittelbar bei Merck zu beziehen. Nur dann sind sie in der Lage, z.B. Kostenersparnisse aufgrund geringerer Transportkosten wegen größerer geografischer Nähe zu den Kunden auch durch günstigere Preise an diese Kunden weiterzugeben. Nicht berücksichtigungsfähig wäre dagegen das Streben, die Existenz kleinerer Laborchemikalienhändler zu sichern, um eine mittelständische Marktstruktur im Laborchemikalienhandel zu erhalten.

#### **2.3.4 Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Zielsetzung des GWB**

136. Das Interesse von Merck, seinen Absatz nach eigenen Interessen organisieren zu können um damit Absatz und Gewinn zu steigern, ist grundsätzlich ebenso abwägungsfähig wie das Interesse, einen möglichst hohen Kaufpreis für seine damalige Tochter zu erzielen. Das Gleiche gilt auch grundsätzlich für die Vertriebs- und Gewinninteressen von VWR.
137. Darüber hinaus würde unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes eine Abwägung der unterschiedlichen Interessen der Beteiligten ergeben, dass die Interessen von Merck und VWR nicht das Interesse der kleinen und mittleren Laborchemikalienhändler überwiegt, unmittelbar von Merck zu diskriminierungsfreien Konditionen beliefert zu werden und damit auch einen Wettbewerb auf der Handelsstufe aufrecht zu erhalten. Als Folge der Nichtbelieferung durch Merck sind diese Handelsunternehmen einer willkürlichen Konditionengestaltung ihres Hauptwettbewerbers VWR ausgesetzt, wodurch der intra-brand-Wettbewerb für die Produkte des Marktführers Merck praktisch ausgeschaltet wird. Das VWR auferlegte Wettbewerbsverbot beeinträchtigt zusätzlich erheblich den inter-brand-Wettbewerb zwischen Merck und anderen Laborchemikalienherstellern. Nachdem sich Merck entschlossen hatte, den Direktvertrieb ihrer Laborchemikalien (über ihre Tochter VWR) aufzugeben, unterlag sie auch grundsätzlich der Pflicht zur Gleichbehandlung gleichartiger Unternehmen (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2004, UA. S. 8). Der Alleinvertrieb über VWR ist für Merck auch kein unverzichtbares Mittel zur Durchsetzung wichtiger unternehmerischer Ziele. Dies ergibt sich bereits daraus, dass Merck sich im Vertriebsvertrag das Recht einer Kün-

digung des exklusiven Vertriebs über VWR vorbehalten hat, wenn VWR bestimmte Umsatzziele nicht erreichen sollte.

138. Sollte VWR besondere Vertriebsleistungen für Merck erbringen, die andere Laborhändler derzeit nicht übernehmen (z.B. Beratungs- Hotline usw.), müsste Merck zunächst prüfen, ob es für diese exklusive Übertragung dieser besonderen Vertriebsleistungen und die damit verbundene Ungleichbehandlung von Laborchemikalienhändlern unter Berücksichtigung der Zielsetzung des Wettbewerbsgesetzes eine sachliche Rechtfertigung gibt. Denn nur in diesem Fall wäre eine solche Ungleichbehandlung zulässig. Danach noch verbleibende Unterschiede in der Vertriebsleistung könnte Merck ggf. durch eine leistungsabhängige, diskriminierungsfreie Gestaltung der Konditionen berücksichtigen; eine vollständige Nichtbelieferung dritter Laborchemikalienhändler lässt sich damit jedoch nicht rechtfertigen.
139. Bereits vor der Veräußerung von VWR hat Merck ihre Produkte über alle auf dem Markt arbeitenden Handelsunternehmen vertrieben. An ihrer damit grundsätzlich verbundenen Pflicht zur Gleichbehandlung gleichartiger Unternehmen (vgl. Markert, a.a.O., Rz. 153 zu § 20 GWB) hat sich durch die Veräußerung von VWR an Dritte nichts geändert. Dass VWR inzwischen Vertriebsleistungen erbringt, die andere Händler (derzeit) nicht erbringen, beruht auf den Vereinbarungen im Agreement, denen jedoch der sachlich nicht gerechtfertigte Abbruch der Lieferbeziehungen zu allen anderen Händlern vorausgegangen ist.
140. Die Interessen der nicht direkt belieferten Handelsunternehmen überwiegen zumindest dann das Interesse von Merck am Ausbau ihrer Marktstellung durch Einsetzung eines Alleinvertriebshändlers, wenn auch die Zielsetzung des Gesetzes, Märkte für den Wettbewerb offen zu halten, in die Interessenabwägung einbezogen wird.
141. Die Nichtbelieferung dritter Handelsunternehmen ist damit unbillig i.S. von § 20 Abs. 1 GWB.

### **2.3.5 Kein Ausschluss der Anwendung des § 20 GWB durch das Gemeinschaftsrecht**

142. Im vorliegenden Fall kommt es allein schon deshalb nicht zu einem Konflikt mit dem EG- Kartellrecht, weil die beanstandete Alleinbelieferungsverpflich-

tung/Alleinvertriebsvereinbarung zwischen Merck und VWR Art. 81 EG-Vertrag unterfällt und nicht durch die Vertikal- VO oder gemäß Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag freigestellt ist (s. oben Abschnitt B.I.).

### **C. Ermessen**

143. Die Feststellung von Verstößen gegen Art. 81 EG-Vertrag und § 20 GWB und die Untersagung eines diskriminierenden Verhaltens stehen nach § 32 Abs.1 GWB im Ermessen des Bundeskartellamtes. Nach Auffassung der Beschlussabteilung überwiegt das öffentliche Interesse am Erhalt eines funktionierenden Wettbewerbs im Laborchemikalienhandel das Interesse von Merck an der Belieferung nur noch eines einzigen Handelsunternehmens. Das Agreement führt zu einer Ausschaltung des intra-brand-Wettbewerbs für Laborchemikalien von Merck und zu einer erheblichen Beeinträchtigung des inter-brand-Wettbewerbs bei Laborchemikalien generell, ohne dass dies mit Effizienzvorteilen verbunden wäre, die auch an die Abnehmer der Merck-Chemikalien weitergegeben werden. Angesichts der führenden Marktstellung von Merck im Inland und ihren hohen Marktanteilen auf sachlich abgegrenzten relevanten Märkten sowie der führenden Stellung von VWR auf dem Handelsmarkt beschränkt die Vereinbarung erheblich den Wettbewerb auf dem gesamten Handelsmarkt für Laborchemikalien. Die dort tätigen Handelsunternehmen können mit den Produkten des führenden Herstellers Merck nicht mehr in Wettbewerb zu dem führenden Handelsunternehmen VWR treten. Deshalb besteht ein erhebliches öffentliches Interesse am Erhalt eines funktionierenden Wettbewerbs auf der Handelsstufe für Laborchemikalien. Das Interesse von Merck an der Aufrechterhaltung des Alleinvertriebs geht dahin, VWR beim Absatz ihrer Chemikalien vor Wettbewerb durch dritte Handelsunternehmen zu schützen, dadurch eine eingeführte Bruttohandelsspanne zu erhalten und ihren Marktanteil auszuweiten, überwiegt nicht das öffentliche Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb auf dem Handelsmarkt für Laborchemikalien. Das Kartellrecht soll keinen Schutz vor Wettbewerb gewährleisten (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. Juni 2006 „E.ON Ruhrgas“ (VI-2 Kart 1/06 (V), UA S. 60).

#### **D. Verhältnismäßigkeit, Geeignetheit und Bestimmtheit**

144. Die beabsichtigte Anordnung, die festgestellten Verstöße gegen Art. 81 EG-Vertrag und § 20 GWB innerhalb von 30 Tagen nach Zustellung des Beschlusses abzustellen, ist auch verhältnismäßig und wirksam (§ 32 Abs. 2 GWB). Merck hat für die Aufnahme einer Direktbelieferung dritter Handelsunternehmen lediglich ihre Bestellannahme und Fakturierung für dritte Handelsunternehmen zu öffnen. Die Belieferung dieser Handelsunternehmen erfolgt bereits jetzt durch Merck, so dass praktisch keine nennenswerten Kosten anfallen. Die Aufnahme einer diskriminierungsfreien Direktbelieferung zu angemessenen Bedingungen innerhalb von 30 Tagen nach Zustellung des Beschlusses gibt Merck sowohl ausreichend Möglichkeit sachliche Unterschiede in der Vertriebsleistung der unterschiedlichen Laborchemikalienhändler, z.B. im Hinblick auf die abgenommene Menge oder zusätzliche qualitative Vertriebsleistungen zu berücksichtigen als auch ausreichend Zeit, die notwendigen Anpassungsmaßnahmen umzusetzen. Der Direktbezug bei Merck ermöglicht auch allen Laborchemikalienhändlern, ihre Leistungsfähigkeit unter Beweis zu stellen und in wirksamen Wettbewerb mit dem führenden Handelsunternehmen VWR zu treten. Hiervon unbeschadet bleibt die Möglichkeit für Merck in einem angemessenen Zeitraum ihren Vertrieb unter Umgehung der Handelsstufe auf eine Direktbelieferung der Endabnehmer umzustellen. Die vorgesehene Maßnahme ist daher geeignet, die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der beanstandeten Vereinbarungen zu beseitigen. Die beabsichtigte Verfügung ist auch ausreichend bestimmt. Mit dem Tenor zu B.2 wird eine grundsätzliche Belieferungspflicht statuiert. Zwar ist denkbar, dass es nach Abschluss des Verfahrens zu Differenzen über die Angemessenheit der Konditionen kommt, welche Merck für die Belieferung fordert. Diese könnten dann jedoch im Rahmen eines separaten kartellbehördlichen oder zivilgerichtlichen Verfahrens behandelt werden.

#### **E. Gebühren**

145. [...]

146. [...]

147. [...]

148. [...]

149. [...]

150. [...]

151. [...]

152. [...]

## **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 durch einen beim Bundeskartellamt oder beim Beschwerdegericht einzureichenden Schriftsatz zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt zwei Monate. Sie beginnt mit der Zustellung der angefochtenen Verfügung und kann auf Antrag vom Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die – gegebenenfalls auch neuen – Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Beschwerdeschrift und Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung. Auf Antrag kann das Beschwerdegericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde ganz oder teilweise anordnen.

Heistermann

Komlós

Wagner

<b>A.</b>	<b>Sachverhalt</b> .....	3
1.	Die beteiligten Unternehmen.....	3
2.	Die wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen (das Agreement).....	5
3.	Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte .....	7
3.1	Grundsätze der sachlichen Marktabgrenzung .....	7
3.2	Die Auffassung der Vertragsparteien .....	9
3.3	Die Ermittlungen der Beschlussabteilung.....	12
3.3.1	Gesamtmarktvolumina .....	17
3.3.2	Marktvolumina der Teilmärkte.....	19
3.3.3	Marktkonzentration .....	21
3.4	Abgrenzung nach Produktgruppen.....	23
3.5	Die Abgrenzung nach Vertriebsstufen.....	27
3.6	Ergebnis der sachlichen Marktabgrenzung .....	29
4.	Abgrenzung der räumlich relevanten Märkte.....	30
5.	Die Marktstellung der Vertragsparteien auf den betroffenen Märkten.....	30
6.	Marktstellung auf dem gesamten Handels- und Endverbrauchermarkt .....	31
7.	Marktstellung auf dem Markt für Anorganische Reagenzien .....	32
8.	Marktstellung auf dem Markt für Lösungsmittel .....	33
9.	Marktstellung auf dem Markt für Mikrobiologie .....	34
10.	Marktstellung auf dem Markt für Chromatographie .....	35
11.	Marktstellung auf dem Markt für sonstige Chemikalien / Reagenzien .....	36
<b>B.</b>	<b>Rechtliche Würdigung</b> .....	37
I.	Verstoß gegen Art. 81 EG-Vertrag .....	37
1.	Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels .....	37
2.	Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen.....	38
3.	Zur Anwendbarkeit der Vertikal-VO.....	47
4.	Keine Freistellung, falls die Vertikal-VO anwendbar ist .....	48
4.1	Keine Freistellung der Alleinbelieferungsverpflichtung gemäß Vertikal-VO .....	49
4.2	Keine Freistellung einer Alleinvertriebsvereinbarung gemäß Vertikal-VO.....	50
5.	Keine Freistellung der Alleinbezugsverpflichtung / Alleinvertriebsvereinbarung sowie des Wettbewerbsverbotes nach Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag.....	52
6.	Zusammenfassung: .....	57
II.	Verstoß gegen § 1 GWB.....	60
III.	Verstoß gegen § 20 Abs. 1 GWB.....	60
1.	Merck ist Normadressat des § 20 Abs. 2 Satz 1 GWB .....	60
1.1	Zur Abhängigkeit.....	60
1.2	Kleine und mittlere Unternehmen i.S. von § 20 Abs. 2 Satz 1 GWB.....	62
1.3	Keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten .....	62
2.	Sachlich nicht gerechtfertigte Diskriminierung und Behinderung .....	63
2.1	Gleichartige Unternehmen, üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr .....	63
2.2	Behinderung und unterschiedliche Behandlung .....	63
2.3	Unbilligkeit .....	64
2.3.1	Interessen der Beteiligten Merck.....	64
2.3.2	Das Interesse von VWR.....	65
2.3.3	Interessen der nicht belieferten Laborchemikalienhändler.....	65
2.3.4	Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Zielsetzung des GWB.....	66
2.3.5	Kein Ausschluss der Anwendung des § 20 GWB durch das Gemeinschaftsrecht .....	67
<b>C.</b>	<b>Ermessen</b> .....	68
<b>D.</b>	<b>Verhältnismäßigkeit, Geeignetheit und Bestimmtheit</b> .....	69
<b>E.</b>	<b>Gebühren</b> .....	69