

**Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft,
Infrastruktur, Verkehr und Technologie**
als Landeskartellbehörde

Nr. W/2 - 5551d6/22/14

München, 6. Dezember 2007

In dem Verwaltungsverfahren

Stadtwerke München GmbH, Emmy-Noether-Straße 2, 80287 München
- **Betroffene** -

E WIE EINFACH Strom & Gas GmbH, Salierring 47-53, 50677 Köln
- **Beigeladene** -

Verfahrensbevollmächtigte:

E.ON Energie AG, Brienner Straße 40, 80333 München, vertreten durch die Vorstände Dr. Klaus-Dieter Maubach (Vorsitzender), Bernhard Fischer, Karl-Michael Fuhr, Hartmut Geldmacher, Dr. Walter Hohlefelder, Bernd Romeike

Verfahrensbeteiligter:

Bundeskartellamt, Kaiser-Friedrich-Straße 16, 53113 Bonn

zur Prüfung eines Verstoßes gegen das Kartellverbot in § 1 GWB und das Boykottverbot in § 21 Abs. 1 GWB

erlässt das Bayerische Staatsministerium für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie als Landeskartellbehörde nach §§ 1, 21 Abs. 1, 32 GWB folgende

Verfügung:

1. Die Vereinbarung zwischen der Betroffenen und der **DSM Deutsche Städte Medien GmbH**, jetzt **Ströer Deutsche Städte Medien GmbH**, in § 3 Abs. 2 S. 2 lit. d) des **Werbenutzungsvertrages vom 04.06.2003** verstößt gegen § 1 GWB und § 21 Abs. 1 GWB, soweit damit die Werbung von Wettbewerbern der Betroffenen auf den von ihr freigegebenen Werbemöglichkeiten untersagt wird. Gleiches gilt für die Vereinbarungen zwischen der Betroffenen und der **Deutsche Städte-Reklame GmbH** (jetziger Vertragspartner: **DSMDecaux GmbH**) in § 10

Abs. 1 S. 2 lit. d) des Vertrages über Wartehallen vom 11.12.1990 bzw. § 10 Abs. 1 S. 2 lit. d) des Vertrages über Wartehallen vom 19.10.1999. Gleiches gilt auch für die Vereinbarung zwischen der Betroffenen und DSM Deutsche Städte-Medien GmbH (jetziger Vertragspartner: DSMDecaux GmbH) in § 10 Abs. 1 S. 2 lit. e) und f) des Vertrages über Wartehallen vom 10.07.2003 sowie in § 10 Abs. 1 S. 2 lit. e) und f) des Vertrages über Wartehallen vom 15.12.2006.

- 2. Der Betroffenen wird untersagt, die unter 1. genannten Vertragsvereinbarungen rechtlich oder tatsächlich aufrechtzuerhalten sowie zukünftig solche Vertragsvereinbarungen mit Außenwerkeunternehmen zu treffen, die es den Außenwerkeunternehmen untersagen, auf den von der Betroffenen zu Zwecken der Errichtung von Außenwerkeanlagen freigegebenen Flächen Werbung von Wettbewerbern der Betroffenen zu platzieren.**
- 3. Jede fahrlässige oder vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen die vollziehbaren Anordnungen zu 1. und 2. stellt eine mit Bußgeld bedrohte Ordnungswidrigkeit dar (§ 81 Abs. 2 Nr. 2 lit. a) GWB), die nach § 81 Abs. 4 GWB mit einer Geldbuße von bis zu einer Million Euro, bei Unternehmen darüber hinaus bis zu 10 % des jeweils im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes geahndet werden kann.**
- 4. Die Gebühr für diese Entscheidung wird auf
EUR
(i.W.:Euro)
festgesetzt und der Betroffenen auferlegt. Außerdem hat die Betroffene die Auslagen für die Zustellung und die Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger zu tragen. Die Kostenrechnung ergeht gesondert.**

G r ü n d e

I.

1. Die Betroffene, deren Alleingesellschafterin die Landeshauptstadt München ist, bietet im Bereich München Strom, Gas, Wasser und Wärme an. Daneben betreibt sie insbesondere öffentliche Verkehrsmittel und Bäder und bietet Telekommunikationsdienstleistungen an. Gegenstand dieses Verfahrens ist die Vermarktung der in ihrem Eigentum stehenden Flächen, auf denen Außenwerkebeflächen errichtet werden können, insbesondere in und an Verkehrsmitteln (Bus, Tram, U-Bahn), in U-Bahnhöfen und an Wartehallen des öffentlichen Personennahverkehrs.

Die Beigeladene ist eine Tochtergesellschaft der E.ON Energie AG (**E.ON**) und vertreibt seit 01.02.2007 Strom und Gas im gesamten Bundesgebiet an private und gewerbliche Endkunden. Ihr Angebot im Strombereich liegt laut Werbung 1 Cent pro Kilowattstunde unter dem allgemeinen Preis des örtlichen Grundversorgers, im Gasbereich 2 Cent pro Kubikmeter Gas. Die Beigeladene will dieses Angebot auch auf Werbeflächen der Betroffenen platzieren, was diese jedoch verhindert.

2. Für die Errichtung von Außenwerbeflächen geeignete Flächen werden von öffentlichen und privaten Eigentümern zur Verfügung gestellt. Die Errichtung und anschließende Vermietung der Außenwerbeflächen, wie beispielsweise Litfasssäulen, Großflächen oder Mega-Lights, wird von den jeweiligen Eigentümern regelmäßig nicht selbst vorgenommen. Die Flächen werden zu diesem Zwecke Außenwerbeunternehmen entgeltlich zur Verfügung gestellt. Will ein Werbekunde Werbung auf Außenwerbeflächen platzieren, so beauftragt er im Allgemeinen eine Medienagentur damit, in einem bestimmten Gebiet eine gewisse Zahl an Werbeflächen anzumieten. Vertragliche Vereinbarungen über die Vermietung werden also meist zwischen den Medienagenturen und den Außenwerbeunternehmen geschlossen.
3. E.ON hat für die Beigeladene die Einleitung eines kartellrechtlichen Verwaltungsverfahrens beantragt, weil die Betroffene den durch sie vertraglich gebundenen Außenwerbeunternehmen die Vermietung der errichteten Werbeflächen an Wettbewerber der Betroffenen untersagt. Die Beigeladene ist eine solche Wettbewerberin.

Mit Werbenutzungsvertrag vom 04.06.2003 hat die Betroffene die Nutzung der von ihr freigegebenen Werbemöglichkeiten in und an Verkehrsmitteln sowie ihren Betriebseinrichtungen und Anlagen des öffentlichen Personennahverkehrs dem Außenwerbeunternehmen DSM Deutsche Städte-Medien GmbH (**DSM**), jetzt Ströer Deutsche Städte Medien GmbH (**Ströer**), übertragen. In § 3 Abs. 2 S. 2 lit. d) des Vertrages ist Folgendes vereinbart:

„Grundsätzlich untersagt ist: [...]

d) Werbung, die sich unmittelbar und direkt gegen die Belange der SWM und einem mit ihr verbundenen Unternehmen richtet. Darunter fällt allerdings nicht Werbung für Individualverkehr (z.B. Automobilwerbung) und auch nicht Werbung für Bäder außerhalb des MVV-Bereichs.“

Außerdem hat die Betroffene in vier aufeinander folgenden Verträgen in fünf Tranchen die Errichtung und das Betreiben von Wartehallen durch Außenwerbeunternehmen geregelt. In § 10 Abs. 1 S. 2 lit. d) des Vertrages vom 11.12.1990 mit der Deutsche Städte-Reklame GmbH (**DSR**) sowie in § 10 Abs. 1 S. 2 lit. d) des Vertrages mit der DSR vom 19.10.1999 ist jeweils Folgendes geregelt:

„Grundsätzlich untersagt ist: [...]

d) Werbung, die sich unmittelbar und direkt gegen die Belange von MVV oder SWM richtet.“

In § 10 Abs. 1 S. 2 lit. e) und f) der Verträge zwischen der Betroffenen und DSM vom 10.07.2003 sowie vom 15.12.2006 ist jeweils Folgendes geregelt:

„Grundsätzlich untersagt ist: [...]

e) Werbung, die sich unmittelbar und direkt gegen die Belange des Konzerns SWM richtet. Darunter fällt allerdings nicht Werbung für Individualverkehr, z.B. Automobilwerbung.

f) Werbung von Wettbewerbern im Kerngeschäft des SWM-Konzerns, wie z.B. Stromversorgung, Fernwärmeversorgung, Gasversorgung, Wasserversorgung, Bäder im MVV-Bereich und öffentlichen Personennahverkehr.“

Rechtsnachfolgerin in die Verpflichtungen von DSM in den zuletzt aufgeführten zwei Verträgen ist jeweils die DSMDecaux GmbH (**DSMDecaux**), eine Kooperation der zwei Außenwerbeunternehmen Ströer und JCDecaux Deutschland GmbH (**JCDecaux**). Rechtsnachfolgerin in die Verpflichtungen von DSR war zunächst die MGM – Münchener Gesellschaft für Stadtmöblierung GmbH und ist nun ebenfalls die DSMDecaux GmbH als deren Rechtsnachfolgerin.

Die Beigeladene hat die Medienagentur PQ Plakatqualität Agentur für Außenwerbung GmbH (**PQ**) damit beauftragt, Werbeflächen in verschiedenen deutschen Städten, darunter München, anzumieten. Soweit es sich um die Anmietung von Werbeflächen der Betroffenen handelte, war dies bis auf eine Ausnahme erfolglos. Am 09.02.2007 erfuhr PQ von JCDecaux über deren Vermark-

tungsgesellschaft, dass für München kein Angebot unterbreitet werden könne, da dies der Städtevertrag nicht zulasse. Am 26.03.2007 teilte Ströer PQ mit, dass eine Anmietung nicht möglich sei. Die MVG Stadtwerke München GmbH, eine Tochtergesellschaft der Betroffenen, habe mit dem Argument eine Absage erteilt, dass die Betroffene selbst ein großer Energieanbieter sei und die Konkurrenz nicht bewerben möchte.

An die Beigeladene wurden lediglich in der 16. Kalenderwoche 2007 8 Mega-Lights der Betroffenen vermietet. Dies geschah ohne Wissen der Betroffenen, die davon erst im Zusammenhang mit diesem Verfahren erfuhr. Davor und in der Folge wurden keine weiteren Werbeflächen der Betroffenen an die Beigeladene vermietet. Alle zitierten Klauseln sind daher von den Vertragsparteien so ausgelegt und angewandt worden, dass Werbung von Wettbewerbern der Betroffenen auf den vertragsgegenständlichen Flächen untersagt ist.

Mit Schreiben vom 11.04.2007 wandte sich die Beigeladene an die Betroffene und rügte die in den Verträgen mit Außenwerbeunternehmen vermuteten Klauseln, die Werbung an Wettbewerber untersagen und verwies auf die aus ihrer Sicht bestehende Kartellrechtswidrigkeit entsprechender Klauseln. Mit Schreiben vom 23.04.2007 wies die Betroffene den Vorwurf zurück, dass ihre Verträge mit Außenwerbeunternehmen kartellrechtswidrige Klauseln enthielten und verwies auf die hohe Präsenz der von der Beigeladenen angemieteten Außenwerbeflächen.

4. Mit Schreiben vom 31.05.2007 hat E.ON für die Beigeladene die Einleitung eines kartellrechtlichen Verwaltungsverfahrens beantragt. Aufgrund des von E.ON geschilderten Sachverhaltes wurden sowohl die Betroffene als auch die Landeshauptstadt München mit Schreiben vom 18.06.2007 um Stellungnahme gebeten. Nach Auskunft der Landeshauptstadt vom 11.07.2007 sowie vom 06.08.2007 traf der geschilderte Sachverhalt auf die im kommunalen Eigentum stehenden Werbeflächen nicht zu, da der Betroffenen über die betreuende Agentur Großflächen und Ganzstellen angeboten wurden, die dann für mehrere Durchgänge gebucht wurden. Die Betroffene bestritt den Sachverhalt nicht, hielt jedoch die zitierten Klauseln in ihren Schreiben vom 11.07.2007 und 03.08.2007 für kartellrechtskonform.

Am 12.09.2007 fand ein Gespräch mit der Betroffenen bei der Landeskartellbehörde statt, in dem von der Betroffenen auch die Beendigung des Verfahrens durch die Abgabe einer Verpflichtungszusage ins Gespräch gebracht wurde. Da dies eine Änderung der Verträge mit Ströer bzw. DSMDecaux voraussetzt, wurde der Betroffenen dafür ein zeitlich befristeter Spielraum eingeräumt. Mit Schreiben vom 17.09.2007 wurde der Betroffenen schriftlich die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens mitgeteilt sowie die Beurteilung der Klauseln als kartellrechtswidrig dargelegt und ihr noch einmal Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Mit Schreiben vom 02.11.2007 hat die Betroffene eine für möglich erachtete Verpflichtungszusage umschrieben und noch einmal Stellung genommen. Eine kartellrechtskonforme Verpflichtungszusage liegt der Landeskartellbehörde aber bislang nicht vor.

Auf Antrag von E.ON wurde die E WIE EINFACH Strom & Gas GmbH mit Bescheid vom 17.10.2007 zum Verfahren beigelegt.

II.

Die zitierten Klauseln, die den Vertragspartnern der Betroffenen die Vermietung der Werbeflächen an Wettbewerber der Betroffenen untersagen, verstoßen gegen § 1 GWB sowie gegen § 21 Abs. 1 GWB und sind deshalb gemäß § 32 GWB zu untersagen. Die Landeskartellbehörde Bayern ist nach § 48 Abs. 2 GWB für die Verfolgung des Verstoßes zuständig, da die Wirkung des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens über das Gebiet des Freistaates Bayern nicht hinausreicht.

1. Die Klauseln verstoßen gegen § 1 GWB, da sie Vereinbarungen zwischen Unternehmen darstellen, die eine Einschränkung des Wettbewerbs bezwecken und bewirken.
 - a) Die in den Klauseln liegenden Vereinbarungen zwischen der Betroffenen und Ströer bzw. DSMDecaux sind wettbewerbsbeschränkend. Sie beeinträchtigen die wettbewerbsliche Handlungsfreiheit von Ströer und DSMDecaux als Anbieter von Außenwerbeflächen in einem wettbewerbsrelevanten Parameter - der Auswahl ihrer Abnehmer (vgl. *Bechtold*, § 1 GWB,

Rn. 23ff). Die Vereinbarungen stellen jeweils eine von § 1 GWB erfasste vertikale Beschränkung dar, weil die Betroffene und Ströer bzw. DSMDe-caux auf verschiedenen Wirtschaftsstufen tätig sind. Die Wettbewerbsbeschränkung ist bezweckt, da eine Kundenkreisbeschränkung schon der Art nach geeignet ist, negative Auswirkungen auf den Markt zu haben (vgl. Leitlinien (LL) der Kommission zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG (2004/C 101/08), Rz. 21). Sie ist auch bewirkt, da Wettbewerbern der Betroffenen der Zutritt zum Werbemarkt als Nachfrager von Außenwerbeflächen tatsächlich erschwert wird und dies auch Auswirkungen auf den Markt hat, auf dem die Wettbewerber tätig sind.

- b) Der Immanenzgedanke bzw. die Nebenabredendoktrin finden keine Anwendung. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen fallen danach dann nicht unter § 1 GWB, wenn sie in einem im Übrigen kartellrechtsneutralen Vertrag funktionsnotwendig sind. Funktionsnotwendig ist die Beschränkung, wenn sie für die Durchführung der Hauptvereinbarung objektiv erforderlich ist und in einem angemessenen Verhältnis zu ihr steht (vgl. LL der Kommission zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, Rz. 29 ff; KG Berlin v. 08.11.1995, NJWE-WettbR 1996, 187, 190, Az.: Kart 21/94; BGH v. 14.01.1997, WuW/E BGH 3121, Az.: KZR 35/95). Dabei spielt der Gedanke der Vertragsgerechtigkeit eine wichtige Rolle. Nur im Sinne einer solchen Funktionsnotwendigkeit ist das zur früheren Rechtslage vom BGH entwickelte Kriterium des „aner kennenswerten Interesses“ nunmehr zu verstehen (*Bunte* in *Langen/Bunte*, § 1 GWB, Rn. 94, 139).

Hauptgegenstand der beiden Verträge ist mit Ausnahme der genannten Klauseln die Durchführung eines kartellrechtsneutralen Leistungsaustausches. Die Klauseln sind allerdings nicht im oben genannten Sinne funktionsnotwendig, da sie im Hinblick auf die Freiheit des Wettbewerbs zur Durchführung der Werbenutzungsverträge nicht objektiv erforderlich sind. Auch in der Rechtsprechung, in der die maßgeblichen Kriterien entwickelt wurden, findet sich keine vergleichbare Fallgruppe.

Insbesondere das Urteil des OLG Naumburg vom 15.09.2004 (*Düngemittelagerung*, GRUR-RR 2005, 98, Az. 1 U 42/04 (Kart)), auf das sich die Betroffene maßgeblich beruft, ist nicht vergleichbar. Verfahrensgegen-

ständiglich war ein Wettbewerbsverbot, das es einer Verpächterin von Lagerhallen untersagte, selbst oder durch Dritte Handelsgeschäfte zu tätigen, die Gegenstand des vertragsgemäßen Geschäftsbetriebs der Pächterin waren. Es sollte damit verhindert werden, dass Kunden der Pächterin, die zwangsläufig auch mit der Verpächterin in Berührung kamen, von dieser abgeworben wurden. Dieses Abwerben von Kunden wurde als illoyal und damit das Wettbewerbsverbot als zulässig gewertet, weil die Verpächterin leicht die Akquisitionsbemühungen der Pächterin hätte ausnützen können. Ströer bzw. DSMDecaux würden jedoch durch die Vermietung der Werbeflächen an Konkurrenten der Betroffenen keine wirtschaftlichen Anstrengungen der Betroffenen ausnützen und sich somit auch nicht in vergleichbarer Weise illoyal verhalten. Wenn Kunden der Betroffenen aufgrund der Werbung von Wettbewerbern der Betroffenen abgeworben würden, läge also keine vergleichbare Konstellation vor. Die Klauseln sind daher zur Herstellung eines Vertragsgleichgewichts nicht nötig. Der von der Betroffenen mehrfach zitierte Satz des Urteils, dass es auf der Hand läge, dass ein Pächter verhindern möchte, dass sein Verpächter Konkurrenzgeschäfte selbst betreibt oder *die Geschäfte anderer Mitbewerber fördere*, ist nicht isoliert, sondern im dargestellten Kontext zu sehen und ist deshalb kein Argument für die Funktionsnotwendigkeit der Klauseln.

Die Betroffene verwies in ihren Ausführungen auch auf die Rechtsprechung zu zulässigen Wettbewerbsverboten in gewerblichen Mietverträgen zu Gunsten des Mieters/Pächters und folgerte, dass erst Recht Wettbewerbsverbote zu Gunsten des Vermieters/Verpächters wegen seiner Eigentümerstellung zulässig sein müssen. Es ist jedoch nicht die Stellung als Mieter oder Vermieter maßgebend, sondern die Funktionsnotwendigkeit der beschränkenden Abrede. Auch in Urteilen betreffend Wettbewerbsverbote zu Gunsten von Vermietern/Verpächtern wurde das Vorliegen eines aner kennenswerten Interesses verlangt, das nicht per se aus der Eigentümerstellung folgte (vgl. z.B. OLG Karlsruhe v. 26.11.1986, *Apothekenpacht*, WuW/E OLG 3968, Az.: 6 U 151/85 Kart).

Maßstab kann bei der Beurteilung der Funktionsnotwendigkeit ferner nicht sein, was die Betroffene dürfte, würde sie die Vermietung selbst vorneh-

men. In diesem Falle wäre sie frei, ihre Werbeflächen an ihre Konkurrenten zu vermieten oder nicht. § 1 GWB schützt aber die wettbewerbliche Handlungsfreiheit des Vertragspartners, die nur in engen Grenzen eingeschränkt werden darf und dient damit auch dem Schutz des Wettbewerbs insgesamt.

- c) Eine spürbare Außenwirkung liegt vor, weil die Wettbewerbsbeschränkung geeignet ist, erkennbare und nicht nur unbedeutende Auswirkungen auf dritte Marktbeteiligte im Sinne der Beeinträchtigung der ihnen bei Wettbewerb offen stehenden Handlungsalternativen zu haben (vgl. *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker* Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 185).

Eine erkennbare und nicht nur unbedeutende Auswirkung der Klauseln liegt darin, dass die Konkurrenten der Betroffenen - also dritte Marktbeteiligte - bestimmte Werbeflächen in München nicht mieten können. Zwar ist ein Ausweichen auf andere Werbeflächen möglich; zur Verneinung der Spürbarkeit müssten diese Marktteilnehmer ihren Bedarf an Werbeflächen aber ohne Nachteile anderweitig decken können (OLG Frankfurt v. 02.03.1989, *Konkurrenz im selben Haus*, WuW/E OLG 4488, 4491, Az.: 6 U (Kart) 68/87). Der Nachteil besteht für die Wettbewerber der Betroffenen im vorliegenden Fall darin, dass für sie die Anzahl der Werbeflächen und die Vielfalt der Standorte eingeschränkt ist. Für die Spürbarkeit spricht insbesondere der Umstand, dass die Betroffene durch die in der ganzen Stadt verteilten und im öffentlichen Personennahverkehr liegenden Werbeflächen zentrale und viel frequentierte Standorte hat. Dazu kommt, dass Personen, die Busse, Tram- und U-Bahnen benutzen im Gegensatz zu Autofahrern ein verstärktes Augenmerk auf Werbeflächen richten können, was die Attraktivität dieser Werbeflächen steigert.

Je schwerwiegender die Wettbewerbsbeschränkung ist, desto eher ist sie auch spürbar (OLG München v. 23.10.1986, *Fassadenbau*, NJW-RR 1987, 1070, 1071, Az.: U (K) 2833/86). Die Art der Wettbewerbsbeschränkung in den Klauseln ist schwerwiegend, weil sie der Erschließung eines möglichst großen Kundenkreises entgegensteht und eine Teil der Marktteilnehmer am Markt benachteiligt (vgl. Rz. 11, Nr. 2 lit. b der de-minimis-

Bekanntmachung der Kommission (2001/C 368/07) und Rz. 15 der Bagatellbekanntmachung des Bundeskartellamtes vom 13.05.2007).

- d) Eine Freistellung nach § 2 Abs. 2 GWB scheidet aus, weil eine Gruppenfreistellungsverordnung i.S.d. § 2 Abs. 2 GWB nicht anwendbar ist. Die Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22.12.1999 (Vertikal-GVO) gilt gemäß dem Wortlaut ihres Art. 2 Abs. 1 sowie der Rz. 25 der Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen (2000/C 291/01) nicht für Miet- und Pachtverhältnisse. Eine Freistellung nach § 2 Abs. 1 GWB ist nicht möglich, da weder ein Effizienzvorteil noch eine angemessene Beteiligung der Verbraucher ersichtlich ist.
2. Die Klauseln verstoßen auch gegen § 21 Abs. 1 GWB, wonach ein Unternehmen nicht ein anderes Unternehmen in der Absicht, bestimmte Unternehmen unbillig zu beeinträchtigen, zu Liefersperrern oder Bezugssperrern auffordern darf.
- a) Die Beteiligung dreier Unternehmen ist mit der Betroffenen als Verruferin, Ströer und DSMDecaux als Adressaten des Boykottaufrufs und die Wettbewerber der Betroffenen als Verrufene gegeben. Diese Wettbewerber der Betroffenen sind auch „bestimmte Unternehmen“ i.S.v. § 21 Abs. 1 GWB. Es genügt, dass aus einem größeren Kreis potenziell Betroffener einzelne Unternehmen oder Gruppen - aus Sicht des Adressaten - noch hinreichend bestimmbar sind (OLG Celle v. 16.10.2003 GRUR-RR 2004, 118, 119, Az.: 13 U 60/03). Auch wenn die Konkurrenzunternehmen nicht namentlich benannt sind, war aus Sicht von Ströer und DSMDecaux bestimmbar, wer die Wettbewerber der Betroffenen sind und insbesondere, dass die Beigeladene dazugehört.
 - b) Die Sperre von Wettbewerbern der Betroffenen als Mieter von Werbeflächen fällt unter das weit zu verstehende Tatbestandsmerkmal „Liefer- und Bezugssperre“. Damit sollen lediglich verschiedene Marktstufen gekennzeichnet werden, so dass die Sperre sich auch auf gewerbliche Leistungen, wie die Vermietung, beziehen kann (OLG Celle, a.a.O.).

- c) Die Aufforderung zu einer Liefer- und Bezugssperre liegt in der Auferlegung entsprechender vertraglicher Verpflichtungen, hier der zitierten Klauseln (BGH v. 28.09.1999, *Beteiligungsverbot für Schilderpräger*, NJW 2000, 809, 810, Az.: KZR 18/98). Zweifel am Vorliegen einer Aufforderung können bei Vertragsklauseln dann bestehen, wenn der Adressat ohnehin zu einer Sperre bereit wäre, etwa weil sie seinem Interesse entspräche (*Rixen* in FK § 21 GWB, Rn. 37f). Ein Interesse, den eigenen Kundenkreis einzuschränken, bestand jedoch weder bei Ströer noch bei DSMDecaux.
- d) Die Betroffene handelte mit der Absicht unbilliger Beeinträchtigung. Eine Beeinträchtigung liegt vor, weil die Wettbewerber der Betroffenen in der Anzahl und Auswahl an Standorten von Werbeflächen in München eingeschränkt sind und damit in ihrem geschäftlichen Verkehr, zu dem auch der Marktauftritt gehört, benachteiligt sind (vgl. *Markert* in Immenga/Mestmäcker § 21 GWB, Rn. 36). Die Beeinträchtigung ist bei einem gleichzeitigen Verstoß der Boykottaufforderung gegen § 1 GWB in aller Regel unbillig. Das Interesse an der Durchsetzung von Zielen mit Mitteln, die gegen die Rechts- und Wirtschaftsordnung verstoßen, ist nicht schutzwürdig und daher im Rahmen der Interessenabwägung nicht berücksichtigungsfähig (BGH v. 02.07.1996, *Fremdleasingboykott II*, NJW 1996, 3212, 3213, Az.: KZR 20/91; *Rixen* in FK § 21 GWB, Rn. 62; *Schultz* in Langen/Bunte § 21 GWB, Rn. 37). Das Vorliegen besonderer Umstände, die in seltenen Ausnahmefällen eine Unbilligkeit ausschließen könnten, ist nicht ersichtlich.

Auch die erforderliche Absicht liegt vor. Sie ist gegeben, wenn der Wille des Verrufers auf die unbillige Behinderung bestimmter Unternehmen gerichtet ist. Nicht ausreichend wäre, wenn es dem Verrufer ausschließlich um die Förderung eigener wirtschaftlicher Aktivitäten ginge, deren immanente Folge die Benachteiligung anderer wäre (*Schultz* in Langen/Bunte § 21 GWB, Rn. 30, 32). Der Betroffenen geht es bei der Regelung wohl einerseits darum, möglichst wenig eigene Kunden durch Werbung der Konkurrenten an diese zu verlieren. Insoweit mag es der Betroffenen um die Förderung eigener wirtschaftlicher Aktivitäten gehen. Unmittelbarer Zweck der Klauseln ist es jedoch andererseits, die Konkurrenten von den

Werbeflächen fernzuhalten und diese damit beim Marktauftritt zu behindern. Die Nachteilszufügungsabsicht braucht nicht allein bestimmender Zweck der Regelung sein, es genügt, wenn diese gegenüber anderen Zwecken nicht völlig zurücktritt, wie dies hier der Fall ist (BGH v. 27.04.1999, *Sitzender Krankentransport*, WuW/E DE-R 303 in WuW 1999, 725, Az.: KZR 54/97).

3. Die Landeskartellbehörde nimmt keinen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot in § 20 Abs. 1 GWB an. Es kann dahin stehen, ob die Betroffene ein marktbeherrschendes Unternehmen ist, da die Ungleichbehandlung der Wettbewerber der Betroffenen durch die Betroffene jedenfalls gerechtfertigt wäre. Im Rahmen der Abwägung ist vor allem der vom Bundesgerichtshof zu § 20 Abs. 1 entwickelte Grundsatz maßgeblich, dass auch ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht verpflichtet ist, seine Konkurrenten zum eigenen Schaden zu fördern (BGH v. 12.11.1991, *Aktionsbeiträge*, BB 1992, 453f, Az.: KZR 2/90; OLG München v. 22.04.2004, WuW/E DE-R 1270 in WuW 2004, 786, Az.: U (K) 1582/04). Auch marktbeherrschende Unternehmen sind im Rahmen der Gesetze frei in der Gestaltung ihrer wirtschaftlichen Betätigung und müssen nicht zu ihrem Nachteil agieren. Der Umstand, dass die Wettbewerber der Betroffenen auf attraktive Werbeflächen verzichten müssen und somit ihrerseits Nachteile im Kauf nehmen müssen, tritt im Rahmen der Abwägung zurück (KG Berlin v. 23.01.1992, WuW/E OLG 4951 in WuW 1992, 755, Az.: Kart 24/89).
4. Zwischen § 1 GWB und § 21 Abs. 1 GWB besteht Anspruchskonkurrenz (vgl. *Rixen* in FK § 21 Rn. 82).

III.

Die Gebührenentscheidung beruht auf § 80 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, Abs. 2 S. 1 GWB. Danach bestimmt sich die Höhe der von der Betroffenen als Kostenschuldnerin nach § 80 Abs. 6 S. 1 Nr. 2 GWB zu zahlenden Gebühr nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Kartellbehörde unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung der Untersagungsverfügung. Der Gebührensatz darf nach § 80 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 GWB 25.000 Euro nicht übersteigen. In Anbetracht der komplexen Rechtsfragen und der langen Verfahrensdauer einerseits und einer durchschnittlichen wirtschaftlichen

Bedeutung der Untersagungsverfügung andererseits erscheinen Euro als angemessen. Bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Bedeutung der Verfügung war insbesondere maßgebend, dass die Wettbewerber der Betroffenen zwar auf attraktiven Werbeflächen nicht werben können, sie aber Ausweichmöglichkeiten haben und diese auch nutzen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Verfügung ist nach § 63 Abs. 1 GWB die Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich binnen einer mit der Zustellung der Verfügung beginnenden Frist von einem Monat beim Bayerischen Staatsministerium für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie als Landeskartellbehörde einzureichen. Es genügt jedoch, wenn sie innerhalb dieser Frist bei dem Beschwerdegericht, dem Oberlandesgericht München, eingeht (§ 66 GWB).

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung der angefochtenen Verfügung zu begründen. Die Frist kann auf Antrag vom Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Verfügung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein (§ 66 Abs. 5 GWB).

Paas