

Prof. Dr. Florian Bien, Würzburg*

Kartellrechtskontrolle von Gemeinschaftsunternehmen ex ante und ex post – Teil 1: Das Verfahren der Doppelkontrolle de lege lata und de lege ferenda

Die von Gemeinschaftsunternehmen möglicherweise ausgehenden Gefahren für den Wettbewerb werden erfasst nicht nur von den fusionskontrollrechtlichen Untersagungskriterien Art. 2 Abs. 2 und 3 FKVO sowie § 36 GWB, sondern auch vom Kartellverbot gemäß Art. 101 AEUV und § 1 GWB. Schwierigkeiten bereitet besonders die Anwendung der beiden letztgenannten Vorschriften. Der zweiteilige Beitrag geht in einem ersten Teil der Frage nach, zu welchem Zeitpunkt die Kartellbehörde einen etwaigen Verstoß gegen das Kartellverbot prüfen und sanktionieren kann. Im Anschluss an einen Vergleich der aktuellen Rechtslage in Deutschland und Europa stellt der Autor Überlegungen de lege ferenda an. Der zweite Teil des Beitrags (im nächsten Heft) ist der Frage gewidmet, welche Anforderungen an den Nachweis eines Kartellverstoßes die Kartellbehörde erfüllen muss.

I. Einführung

Die Zusammenlegung von Unternehmensaktivitäten in einem Gemeinschaftsunternehmen¹ steht zwischen der bloß vertraglichen Kooperation zweier unabhängig bleibender Unternehmen einerseits und der vollständigen Eingliederung eines Unternehmens als 100prozentige Tochtergesellschaft eines anderen andererseits.² Wie allgemein bei Unternehmenszusammenschlüssen erlaubt die Kooperation im Gemeinschaftsunternehmen den Mutterunternehmen unter anderem, wechselseitig bestehende Unternehmensvorteile gegenseitig zu nutzen oder hohe Fixkosten etwa in den Bereichen Forschung und Entwicklung oder Produktion gemeinsam zu tra-

gen.³ Auf diese Weise lassen sich Ressourcen einsparen. Die damit einhergehenden Effizienzgewinne sind der Grund für die in einem ersten Zugriff wohlwollende Betrachtung von Gemeinschaftsunternehmen.⁴

Im Unterschied zu einer rein vertraglichen Grundlage für die Kooperation zwischen den Muttergesellschaften erscheint die Zusammenarbeit im Gemeinschaftsunternehmen eher geeignet, auf veränderte Marktverhältnisse flexibel zu reagieren.⁵ Die kooperierenden Unternehmen sind nicht gezwungen, in Vereinbarungen, die für eine längere Zeitspanne gelten sollen, jede denkbare Eventualität vertraglich zu regeln.⁶ Das

* Prof. Dr. Florian Bien, Maître en Droit (Aix-Marseille III) ist Inhaber des Lehrstuhls für globales Wirtschaftsrecht, internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Bürgerliches Recht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

1 Legaldefinition in § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB. Die wortgleiche Vorgängerbestimmung § 23 Abs. 2 Nr. 2 S. 3 GWB a. F. enthielt bis 1999 noch einen entsprechenden Klammerzusatz. Siehe nur Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, 2. Auflage 1989, § 23 Rn. 124 sowie Bechtold, GWB, 7. Auflage 2014, § 37 Rn. 32.

2 Schroeder, WuW 2004, 893.

3 Schulz, Wettbewerbspolitik, 2003, S. 142 f.; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2004, § 24 Rn. 43 m. w. N.

4 Schulz, Wettbewerbspolitik, 2003, S. 145 und 112 ff. Entsprechend konstatieren Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2004, § 24 Rn. 48, dass die „Kommission [...] gegen Gemeinschaftsunternehmen stets eine positive Grundhaltung eingenommen [hat].“

5 Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2004, § 24 Rn. 43, unter Bezugnahme auf Brodley, Harvard Law Review 95 (1982), 1527 – 1529.

6 Brodley, Harvard Law Review 95 (1982), 1521, 1527.

zumeist größere finanzielle und unternehmerische Engagement und die stärkere Bindung der Partner im Vergleich zur bloß vertraglichen Zusammenarbeit macht diese häufig verlässlicher.⁷ Zwar lassen sich die genannten Vorteile auch mit einer vollständigen Fusion erreichen. Diese geht für die Beteiligten aber häufig mit finanziellen Unsicherheiten auf breiter Front einher. Demgegenüber erlaubt die Beschränkung der Zusammenarbeit auf diejenigen Bereiche, für die das Gemeinschaftsunternehmen gegründet wird, es den Mutterunternehmen, die Belastung mit schwer einschätzbareren Kostenrisiken zu begrenzen und damit überschaubar zu halten.⁸

Der Zwitternatur von Gemeinschaftsunternehmen entspricht eine mögliche Gefährdung des Wettbewerbs unter zwei Gesichtspunkten.⁹ Zu nennen ist zum einen die mögliche Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung eines oder mehrerer beteiligter Mutterunternehmen und die daraus möglicherweise resultierende Wettbewerbsbehinderung.¹⁰ Sind die Muttergesellschaften des Gemeinschaftsunternehmens aktuelle oder potentielle Wettbewerber, besteht zum anderen das Risiko der Abschwächung ihres Wettbewerbsverhaltens untereinander.¹¹ Die Muttergesellschaften haben möglicherweise einen Anreiz, sich keinem zu starken Konkurrenzkampf auszuliefern, um die loyale Kooperation im Gemeinschaftsunternehmen nicht zu gefährden.¹² Entsprechend den beiden genannten wettbewerblichen Risiken¹³ sind sowohl die Vorschriften über die Fusionskontrolle (Art. 2 FKVO und § 36 GWB) als auch das Kartellverbot (Art. 101 AEUV und § 1 GWB) materiellrechtlicher Maßstab für die Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen und den von ihnen ausgehenden Wirkungen.¹⁴ Man spricht vom Prinzip der Doppelkontrolle.¹⁵ Im Ausgangspunkt bestehen insoweit keine Unterschiede zwischen dem deutschem Kartellrecht und dem Wettbewerbsrecht der Europäischen Union.

Im Zentrum des vorliegenden Beitrags steht die Anwendung des Kartellverbots (§ 1 GWB und Art. 101 AEUV) auf das Verhältnis der das Gemeinschaftsunternehmen gemeinsam kontrollierenden Mütter. Auf der Anwendungsebene zeigen sich zwischen der deutschen und der europäischen Rechtsordnung nicht unerhebliche Unterschiede. Sie bestehen sowohl im Hinblick auf den Zeitpunkt, in dem die Kartellbehörde etwaige Gruppeneffekte prüft (erster Teil des Beitrags), als auch im Hinblick auf die Anforderungen an den Nachweis eines etwaigen Kartellverstoßes in Form des Gruppeneffekts (zweiter Teil des Beitrags). In beiden Beziehungen stellt sich die Rechtslage auf der Ebene des Unionsrechts aus Sicht der beteiligten Unternehmen als günstiger dar. Die unterschiedliche Behandlung spiegelt sich darin wider, dass die Europäische Kommission bislang in keinem einzigen Fall die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens wegen der Gefahr einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Mutterunternehmen untersagt hat.¹⁶

II. Der Zeitpunkt der Anwendung von Art. 101 AEUV und §§ 1, 2 GWB auf Gemeinschaftsunternehmen

1. Vier Fallkonstellationen

Zu unterscheiden ist zwischen klassischen Kartellverstößen durch abtrennbare Nebenabreden (Fälle 1 und 2) einerseits und dem sog. Gruppeneffekt durch Gründung des Gemeinschaftsunternehmens selbst (Fälle 3 und 4).

Fall 1: Es gibt *erstens* Fälle, in denen ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV oder § 1 GWB bereits im Zeitpunkt der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens feststeht. Die

wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung liegt hier nicht im Gesellschaftsvertrag selbst. Er ist ohnehin häufig formularmäßig gefasst.¹⁷ Der Kartellverstoß folgt vielmehr aus den die Gründung begleitenden zusätzlichen Vereinbarungen der Gesellschafter (Konsortialverträge).¹⁸ Diese Nebenabreden sind trennbar von dem Gründungsvertrag. Sie betreffen in den entsprechenden Fällen nicht nur die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens, sondern auch das wettbewerbliche Verhalten der Muttergesellschaften untereinander oder ihr Verhalten gegenüber der gemeinsamen Tochter. Zu denken ist an Wettbewerbsverbote der Mütter untereinander, bestimmte Arten des Informationsaustausches zwischen den GU-Gesellschaftern¹⁹ oder ähnliche Beschränkungen des wettbewerblichen Verhaltens.

7 Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2004, § 24 Rn. 43.

8 Schulz, Wettbewerbspolitik, 2003, S. 145.

9 Siehe nur Zimmer, in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Auflage 2007, § 1 Rn. 315.

10 Z. B. BGH, Beschl. v. 12.12.1978 – KVR 6/77 – Strom und Gas, BGHZ 73, 65 = GRUR 1979, 256, 258 f. Denkbar ist auch eine Wettbewerbsbehinderung durch die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung des Gemeinschaftsunternehmens selbst.

11 Siehe nur OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.7.2013 – VI – Kart 9/12 (V) – Basis- und Spezialchemikalien, NZKart 2013, 377, 380: „Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens kann zu einer Interessenabstimmung und damit zu einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von § 1 GWB zwischen den Müttern führen.“ Eine denkbare Folge der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens ist auch die Koordinierung zwischen den GU-Gründern oder dem Gemeinschaftsunternehmen einerseits und dritten Unternehmen andererseits, Schröter, in von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 6. Auflage 2003, Art. 2 FKVO Rn. 314.

12 Neben dem vorrangigen, in Art. 2 Abs. 4 FKVO ausdrücklich genannten Risiko der Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Mütter sind – als weitere mögliche negative Folgen der Koordinierung – auch noch die Verringerung des Wettbewerbsdrucks, der von potentieller Konkurrenz insbesondere zwischen den Müttern ausgeht, sowie die Erhöhung von Marktzutrittschranken zu nennen (Broadley, Harvard Law Review 95 (1982), 1521, 1531 ff.; Schroeder, WuW 2004, 893, 896 m. w. N.).

13 Dazu Broadley, Harvard Law Review 95 (1982), 1521, 1530 f.

14 Grundlegend: BGH, Beschl. v. 1.10.1985, KVR 6/84 (KG), GRUR 1986, 556 – Mischwerke; BKartA, Beschl. v. 16.11.2010 – B 10 – 74/04 – Rethmann/GfA Köthen, WuW/E DE-V 996. Weitere Nachweise auf die Rechtsprechung bei Zimmer, in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Auflage 2007, § 1 Rn. 316 Fn. 1.

15 Siehe nur Zimmer, in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Auflage 2007, § 1 Rn. 316; Schütze, Kölner Kommentar zum Kartellrecht, 2014, Vor § 35 Rn. 87 ff.; Monopolkommission, 19. Hauptgutachten 2011/2012, BT-Drucks. 17/10365, Rn. 466; BKartA, Sektoruntersuchung, September 2012 – B1-33/10 – Walzaspalt, Rn. 140, 144, abrufbar unter www.bundeskartellamt.de

16 Z. B. Montag/Kacholt, Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrecht, Stand: 30. Ergänzungslieferung Februar 2012, H. I. § 4 Fusionskontrolle, Rn. 130; Schroeder, in WuW 2004, 893, 899. In den wenigen Fällen, in denen die Kommission wettbewerbliche Bedenken angemeldet hat, konnten die Beteiligten eine Untersagung dadurch abwenden, dass sie entsprechende Zusagen machten (Nachweise bei Wiedemann, in ders., Handbuch des Kartellrechts, 2. Auflage 2008, § 16 Rn. 139; Pohlmann, MünchKommEuWettbR, 2007, Art. 81 Rn. 341 Fn. 111). Zum Verfahren – Anwendung von Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 oder Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO – Schroeder, Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 101 AEUV Rn. 522 m. w. N..

17 Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, 2. Auflage 1989, Einl. Rn. 113.

18 Näher Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, 2. Auflage 1989, Einl. Rn. 113. Körber, in Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2012, Art. 2 FKVO, Rn. 614, dürfte das meinen, wenn er von *Wettbewerbsbeschränkungen* spricht, „die lediglich bei Gelegenheit der Gründung des GU zwischen den Muttergesellschaften vereinbart werden.“ Siehe außerdem Baron, in Langen/Bunte, 11. Auflage 2010, Europäisches Kartellrecht, Art. 2 Rn. 248, der auf den fünften Erwägungsgrund der FKVO-Novelle 1997 verweist.

19 Näher zur Bedeutung des Umfangs des Informationsaustausches zwischen den Muttergesellschaften für die kartellrechtliche Bewertung Rosenthal/Thomas, European Merger Control, 2010, Rn. 541 f. (mit Beispielen aus der Entscheidungspraxis der Kommission).

Fall 2: Das wettbewerbliche Verhalten der Beteiligten kann sich – *zweitens* – im Laufe des Bestehens des Gemeinschaftsunternehmens verändern.²⁰ So mag sich etwa aus der zunächst wettbewerbslich unproblematischen Kontrolle der gemeinsamen Tochter ein unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten problematischer Austausch sensibler Daten entwickeln. In krassen Fällen mögen die Mütter sich gar zu einem Preiskartell verabreden. Ebenfalls in die zweite Kategorie gehört der Fall, dass die Adressaten einer fusionskontrollrechtlichen Nebenbestimmung (Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO oder § 40 Abs. 3 GWB) oder einer Verpflichtungszusage gemäß Art. 9 VO 1/2003 oder § 32 b GWB zuwiderhandeln.

Fall 3: Von den beiden vorgenannten Konstellationen streng zu unterscheiden ist dritte Fall, dass eine zukünftige Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Mütter schon im Zeitpunkt der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens so wahrscheinlich erscheint, dass eine Untersagung bereits aus diesem Grund gerechtfertigt erscheint. Grund für die Untersagung ist hier die Sorge vor einem impliziten Parallelverhalten der Muttergesellschaften als Folge der GU-Gründung. Praxis und Literatur sprechen häufig vom so genannten Gruppeneffekt.²¹ Synonym verwendet werden die Begriffe spill-over-effect,²² Ausstrahlungseffekt²³ oder überschwappende Koordinierungseffekt²⁴.

Fall 4: Schließlich und *viertens* ist an Fälle zu denken, in denen sich das (unerwartete) Ausmaß der Spill-over-Effekte erst nach Abschluss der ex-ante-Prüfung durch die Kartellbehörde zeigt.²⁵

2. Erfordernis einer Kontrolle ex ante und ex post

Der vorstehende Überblick bestätigt die Selbstverständlichkeit, dass die Kartellbehörden aufgerufen sind, die von Gemeinschaftsunternehmen ausgehende Gefahr wettbewerbswidriger Koordinierung nach Möglichkeit zweifach zu kontrollieren. Die erste Gelegenheit bietet sich häufig im Zusammenhang mit der fusionskontrollrechtlichen ex-ante-Prüfung nach Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens, das zur Gründung des GU führen soll.²⁶ Darüber hinaus sind die Muttergesellschaften zweitens auch während des Bestehens des Gemeinschaftsunternehmens laufend daraufhin zu überwachen, ob sie ihr Verhalten in Widerspruch zu § 1 GWB und Art. 101 AEUV abstimmen.²⁷ Sowohl das deutsche als auch das Recht der Union bieten für beide Formen der Kontrolle (ex ante und ex post) eine rechtliche Grundlage.

3. Ex-ante-Kontrolle abtrennbarer Nebenabreden

Soweit die kartellrechtliche Beurteilung abtrennbarer Nebenabreden betroffen ist, besteht zwischen dem Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht der Union und Deutschlands kein Unterschied. So umfassen sowohl die von der Europäischen Kommission ausgesprochene Freigabe gemäß Art. 2 Abs. 2 FKVO als auch die Freigabe gemäß § 40 GWB nur solche Nebenabreden, die notwendig mit der Errichtung des Gemeinschaftsunternehmens verbunden sind. Auf der Ebene des Unionsrechts ist das in Art. 6 Abs. 1 lit. b UAbs. 2, 8 Abs. 1 UAbs. 2, Abs. 2 UAbs. 3 FKVO klargestellt.

Demgegenüber werden Nebenabreden, die nicht notwendig mit der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens verbunden sind, gesondert geprüft. Anwendbar sind insoweit die Vorschriften der VO 1/2003²⁸ oder das allgemeine Kartellverfahrensrecht gemäß §§ 54 ff. GWB. Bestimmungen über

den Zeitpunkt und die Dauer dieser Prüfung gibt es nicht. Möglich ist eine Kontrolle sowohl vor Gründung des Gemeinschaftsunternehmens, insbesondere parallel zum etwaigen Fusionskontrollverfahren (Fall 1), als auch erst ex post, nämlich nachdem das Gemeinschaftsunternehmen seine Arbeit aufgenommen hat (Fall 2).

4. Ex-ante-Prüfung der Gefahr zukünftiger Koordinierung am Maßstab des Kartellverbots de lege lata: Unbefristetes Kartellverfahren in Deutschland versus einheitliches Verfahren in Brüssel

Hinsichtlich des gänzlich anders gelagerten Prüfungspunkts „Wahrscheinlichkeit einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Muttergesellschaften“ (Fall 3) unterscheiden sich die verfahrensrechtlichen Vorgaben der FKVO einerseits und das Vorgehen des Bundeskartellamts andererseits erheblich. Der erste zentrale Unterschied²⁹ liegt darin, dass die ex-ante-Kontrolle einer etwaigen Koordinierungsgefahr – Maßstab ist hier Art. 101 AEUV – in der EU zeitlich befristet ist, in Deutschland hingegen nicht. So ist auf die ex-ante-Kontrolle möglicher Spill-over-Effekte in Folge der Gründung eines so genannten Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens, das die Schwellenwerte von Art. 1 FKVO überschreitet, verfahrensrechtlich ausschließlich die FKVO („Fusionskontrollverordnung“), nicht auch die Kartellverfahrensverordnung Nr. 1/2003 anwendbar. Das folgt aus Art. 21 Abs. 1 FKVO.³⁰ Die Doppelkontrolle nach deutschem Kartellrecht erfolgt hingegen stets in zwei getrennten Verfahren. Neben der fristengebundenen fusionskontrollrechtlichen Prüfung (maximal vier Monate nach Anmeldung, § 40 Abs. 2 S. 2 GWB) bewertet das Bundeskartellamt in einem parallelen zweiten Verfahren das Risiko einer zukünftigen Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Mütter (Gruppeneffekt). Für diese Prüfung sind keine Fris-

20 Zutreffend daher BKartA, Beschl. v. 29.10.2007, B 7 – 17/06 – MBS (Kooperationsvertrag), WuW/E DE-V 1623, 1632 f., das sich „bei einer Änderung der tatsächlichen Verhältnisse gem. § 32 b Abs. 2 Nr. 1 GWB“ eine Wiederaufnahme des Verfahrens vorbehält, zum Beispiel für den Fall, „dass i. R. des Gemeinschaftsunternehmens weitere Kartellabsprachen, insbesondere Hardcore-Kartellabsprachen, getroffen werden.“

21 Dazu z. B. Lindemann, in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht*, 2. Auflage 2009, Europäisches Recht (Art. 81 – 86), 2. Teil Gemeinschaftsunternehmen, Rn. 16 ff.

22 Z. B. Körber, in Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2012, Art. 2 FKVO, Rn. 614 m. w. N.

23 Kommission, Entsch. v. 3.5.2005 – COMP/M.3178 – *Bertelsmann/Springer/JV* (abrufbar unter <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/>), Tz. 164.

24 Zimmer, in Immenga/Mestmäcker, 5. Auflage 2012, Art. 101 AEUV Rn. 306.

25 Diesen Fall diskutiert Temple Lang, *Business Law International* 1999, 1, 19 f. (zitiert nach Schroeder, in Wiedemann (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 2. Auflage 2008, § 8 Rn. 78).

26 Die fusionskontrollrechtliche Anmeldung ist obligatorisch, wenn der Anwendungsbereich der Fusionskontrolle eröffnet ist (§ 35 GWB und Art. 1 FKVO) und ein Zusammenschluss im Sinne von § 37 GWB oder Art. 3 FKVO vorliegt.

27 K. Schmidt, FS Sacker, 2011, 949, 952. Siehe auch schon ders., AG 1987, 333, 336.

28 Schroeder, in Wiedemann, *Handbuch des Kartellrechts*, 2. Auflage 2008, § 8 Rn. 72.

29 Siehe zu den unterschiedlichen Nachweisanforderungen den zweiten Teil (nächstes Heft).

30 Um Missverständnisse zu vermeiden, sei besonders darauf hingewiesen, dass die fusionskontrollrechtliche Freigabe gemäß Art. 2 Abs. 2 FKVO selbstverständlich nur solche Nebenabreden umfasst, die notwendig mit der Errichtung des Gemeinschaftsunternehmens verbunden sind (Art. 8 Abs. 2 UAbs. 3 FKVO). Trennbare Nebenabreden, die über die Gründung des GU hinausgehen, werden gesondert geprüft. Hierfür gilt die VO 1/2003. Siehe Schroeder, in Wiedemann, *Handbuch des Kartellrechts*, 2. Auflage 2008, § 8 Rn. 72.

ten oder Verfahrenshöchstdauern vorgesehen.³¹ Das über der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens schwebende Damoklesschwert³² einer Untersagungsentscheidung sowie der zivilrechtlichen Nichtigkeit³³ wegen Verstoßes gegen das Kartellverbot bedeutet eine nicht unwesentliche Rechtsunsicherheit.³⁴ In der Praxis hat das bisweilen zur Folge, dass die Parteien freiwillig darauf verzichten, das Zusammenschlussvorhaben in Form der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens sofort nach der fusionskontrollrechtlichen Freigabe zu vollziehen. Sie warten vielmehr den Abschluss des (unbefristeten) Kartellverfahrens ab.³⁵ Auf diese Weise verlängern sie faktisch den der Kartellbehörde für die ex-ante-Kontrolle zur Verfügung stehenden Zeitraum.

5. Zwang zur Verfahrensvereinheitlichung auch im deutschen Recht de lege lata?

Im Zusammenhang mit der Verabschiedung der neuen Kartellverfahrensverordnung 1/2003 hat *Bach*³⁶ auf den sich aus ihrem Art. 3 Abs. 1 ergebenden Zwang zur Anwendung von Art. 101 AEUV durch die nationalen Kartellbehörden hingewiesen. Wegen der in Abs. 2 der Vorschrift angeordneten „Konvergenzverpflichtung“³⁷ muss das Bundeskartellamt eine etwaige Freistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV im Hinblick auf eine etwa geplante fusionskontrollrechtliche Untersagung sofort berücksichtigen. Das hat für das Amt die praktische Konsequenz, dass es in Fällen mit Zwischenstaatlichkeitsbezug, in denen es eine Untersagungsentscheidung erlassen möchte, stets auch Art. 101 AEUV mitprüfen muss. Diese Prüfung muss innerhalb der fusionskontrollrechtlichen Fristen erfolgen.³⁸ Andernfalls drohte eine Untersagungsverfügung, die in Widerspruch zu dem vorrangigen Art. 101 Abs. 3 AEUV stünde. In dem hier interessierenden umgekehrten Fall einer fusionskontrollrechtlichen Freigabe, an die sich ein möglicherweise mit einer Abstellungsentscheidung endendes Kartellverfahren anschließt, hat der in Art. 3 VO 1/2003 niedergelegte Vorrang des Unionskartellrechts hingegen keine verfahrensrechtliche Konsequenz. Zwar muss die Kartellbehörde in Fällen mit Zwischenstaatlichkeitsbezug Art. 101 AEUV anwenden. Eine zeitliche Vorgabe für die etwaige Feststellung eines Verstoßes gegen das Kartellverbot ist dem Unionsrecht aber nicht zu entnehmen. Damit stehen weder Art. 101 AEUV noch die VO 1/2003 der – seither unveränderten – deutschen Praxis entgegen: Endet das Fusionskontrollverfahren mit einer Freigabe, fehlt es an einer zeitlichen Grenze für die Durchführung des Kartellverfahrens.

Mögliche verfahrensrechtliche Konsequenzen der Einführung des SIEC-Tests im Rahmen der 8. GWB-Novelle erwägen *Kahlenberg/Neuhaus*³⁹. Sie werfen die Frage auf, ob das Amt nach der fusionskontrollrechtlichen Freigabe der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens überhaupt noch berechtigt ist, zu einem späteren Zeitpunkt eine gegen § 1 GWB verstoßende Koordinierungswirkung festzustellen. Solche Feststellung wäre nach Ansicht der Autoren deshalb möglicherweise widersprüchlich, weil die auf der Grundlage des novelierten § 36 Abs. 1 S. 1 GWB 2013 ergangene Freigabe ja bereits die Feststellung beinhaltet, dass die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens keine „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ mit sich bringt.⁴⁰ Man mag hinzufügen, dass die Vorschrift § 36 GWB anders als die FKVO mit Art. 2 Abs. 4 und 5 keine ausdrückliche Regelung dahingehend enthält, dass etwaige Koordinierungseffekte eigens am Maßstab des Kartellverbots (Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB) zu messen sind.

Die Frage ist praktisch von erheblicher Relevanz. In vielen Fällen wird das – parallel eingeleitete – Kartellverfahren nicht gleichzeitig mit der fusionskontrollrechtlichen Prüfung abgeschlossen.⁴¹ In der fusionskontrollrechtlichen Freigabeentscheidung behalten die Kartellbehörden sich regelmäßig eine kartellrechtliche Prüfung vor.⁴² Diese spätere, auf § 1 GWB gestützte Untersagung erscheint in den Fällen gänzlich unproblematisch, in denen sich zwischen der fusionskontrollrechtlichen Freigabe und der kartellrechtlichen Beurteilung der Sachverhalt ändert (Fall 2). So mögen zwischenzeitlich besondere kooperative Elemente zu der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens als solcher hinzuge treten sein.⁴³ Hier vermag die fusionskontrollrechtliche Freigabeentscheidung von vornherein keine Sperrwirkung zu entfalten. Sie betrifft einen anderen Sachverhalt. In diese Kategorie gehören selbstverständlich auch diejenigen Fälle,

- 31 BGH, Urteil v. 23.6.2009 – KZR 58/07 – Gratiszeitung Hallo, WuW/E DE-R 2743, 2744 = GRUR 2010, 84, 85: „Die Anwendung des § 1 GWB ist allerdings nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil die Gründer von V ihr Vorhaben beim BKartA angemeldet haben und dieses den Zusammenschluss freigegeben hat. Denn auf die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens kommen nicht allein die Vorschriften über die Fusionskontrolle zur Anwendung. Vielmehr sind immer auch die Voraussetzungen des § 1 GWB und des Art. 81 [= Art. 101 AEUV] zu prüfen.“; BKartA, Beschl. v. 19.6.2002, B 4 – 37/02, WuW/E DE-V 662, 665 – Eurohypo; Schroeder, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 101 AEUV Rn. 521.
- 32 Säcker, Das Kartellverbot und seine Umgehung – Ein Rückblick auf 50 Jahre Kartellgeschichte, FS Canenbley, München 2012, S. 397, 405. Diesen Begriff verwendet in Bezug auf die Befristung der früheren Freistellungsentscheidungen auf der Grundlage der Art. 6 Abs. 1 und 8 Abs. 1 VO 17/62 schon Bechtold, RIW 1985, 442, 447.
- 33 Siehe zum Streit, ob auf kartellrechtswidrig entstandene Gemeinschaftsunternehmen die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft Anwendung finden oder nicht: verneinend OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.6.2007, VI 14/06 (V), WuW 2008, 70 = DE-R 2147 – Nord-KS/Xella; BGH, Beschl. v. 4.3.2008, KVZ 55/07, WuW/E DE-R 2361 – Nord-KS/Xella (beider obiter und ohne Begründung); Theurer, BB 2013, 137 ff.; P. Wessels, ZIP 2014, 101 ff. einerseits, bejahend u. a. K. Schmidt, FS Säcker, 2011, S. 949, 958 ff.; ders. BB 2014, 515; Ulshöfer, WuW 2011, 820 ff.; Lohse, FS Säcker, 2012, 833 ff.; C. Palzer, ZGR 2012, 631 ff. andererseits.
- 34 Z. B. Schroeder, WuW 2004, 893, 894: „Schreiben des Bundeskartellamts, die einen Anmelder informieren, dass die Untersagungs Voraussetzungen des § 36 GWB nicht vorliegen (also den Zusammenschluss fusionskontrollrechtlich freigeben), die Prüfung nach § 1 GWB aber noch nicht abgeschlossen sei, lösen selten Freude aus.“; K. Schmidt, AG 1987, 333; Bach, ZWeR 2003, 187, 196.
- 35 Z. B. BKartA, Beschl. v. 25.8.1999 – B6-22131-M-49/99 – Stellenmarkt für Deutschland II, WuW/E DE-V 209, 210 „Die kartellrechtliche Prüfung des Vorhabens nach §§ 32, 1 GWB ist mit dem fusionskontrollrechtlichen Prüfverfahren nicht abgeschlossen worden. Nach Erklärung des Verfahrensbevollmächtigten der Ast., Prof. Dr. Bechtold, wird die Anzeigenkombination Stellenmarkt für Deutschland nicht praktiziert werden, solange die Bedenken des BKartA wegen eines Verstoßes gegen § 1 GWB nicht ausgeräumt sind.“ Siehe außerdem das von Bardong, NZKart 2013, 303, 308, genannte Beispiel BKartA, Beschl. v. 17.3.2011 – B6-94/10 – RTL interactive/ProSiebenSat.1, BeckRS 2012, 01190 (auch abrufbar unter www.bundeskartellamt.de).
- 36 ZWeR 2003, 187, 196 f.
- 37 Böge/Bardong, MünchKommEUWettbR, 2007, Art. 3 VO 1/2003, Rn. 3.
- 38 Bach, ZWeR 2003, 187, 197. Ein Beispiel ist BKartA, Beschl. v. 17.3.2011 – B6-94/10 – RTL interactive/ProSiebenSat.1, BeckRS 2012, 01190 (auch abrufbar unter www.bundeskartellamt.de).
- 39 BB 2013, 131, 133.
- 40 Dies verneint implizit Bardong, in Bien (Hrsg.), Das deutsche Kartellrecht nach der 8. GWB-Novelle, S. 11, 64, der feststellt, der Gesetzgeber der 8. GWB-Novelle habe u. a. an der „separate[n] Prüfung von Koordinierungswirkungen nach Art. 101 AEUV bei Gemeinschaftsunternehmen (außerhalb der Fristen der Fusionskontrolle)“ festgehalten und sich gegen eine Angleichung an das europäische Vorbild entschieden. Genauer *ders.*, NZKart 2013, 303, 308.
- 41 Z. B. BKartA, Beschl. v. 25.8.1999 – B6-22131-M-49/99 – Stellenmarkt für Deutschland II, WuW/E DE-V 209; BKartA, Beschl. v. 17.3.2011 – B6-94/10 – RTL interactive/ProSiebenSat.1, BeckRS 2012, 01190 (auch abrufbar www.bundeskartellamt.de).
- 42 Darauf weisen auch Kahlenberg/Neuhaus, BB 2013, 131, 133, hin.
- 43 Siehe das Beispiel oben II.1.

in denen im Zeitpunkt der fusionskontrollrechtlichen Prüfung bestimmte Details noch ungeklärt sind, deren Kenntnis für die Beurteilung gemäß § 36 GWB entbehrlich, für die Prüfung von Koordinierungseffekten nach § 1 GWB hingegen von Bedeutung sind.⁴⁴

Kahlenberg/Neuhaus legen mit ihrer Frage den Finger in die Wunde der schwierigen Abgrenzung zwischen § 1 GWB und § 36 GWB bei der Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen. Darauf ist zurückzukommen. Für die Europäische Kommission stellt sich dieses Problem trotz des beinahe identischen Wortlauts der beiden parallelen Tatbestände Art. 101 AEUV und Art. 2 Abs. 2 und 3 FKVO allenfalls in stark abgeschwächter Form.⁴⁵ Wie ausgeführt muss die Kommission die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens ohnehin innerhalb der kurzen Fristen des fusionskontrollrechtlichen Verfahrens auf ihre Vereinbarung mit Art. 101 AEUV prüfen. Es ist dann eine zweitrangige Frage, ob sie die Freigabe- oder Untersagungsentscheidung auf Art. 2 FKVO oder Art. 101 AEUV oder beide Normen stützt. Für das novellierte deutsche Kartellrecht gilt demgegenüber: Der amtlichen Begründung der 8. GWB-Novelle lässt sich kein Hinweis dahingehend entnehmen, dass der Gesetzgeber durch die Änderung des materiellen Untersagungskriteriums in § 36 GWB das deutsche Fusionskontrollrecht nicht nur materiellrechtlich, sondern auch verfahrensrechtlich an das unionsrechtliche Vorbild angleichen wollte.⁴⁶ Unerfreuliche Konsequenz solcher Änderung wäre auch eine mindestens temporäre Unsicherheit hinsichtlich des genauen materiellen Prüfungsmaßstabs.⁴⁷ Hielte man § 1 GWB für von dem neuen § 36 Abs. 1 GWB 2013 verdrängt, stellte sich schließlich auch die Frage, welche Bedeutung zukünftig die Freistellungsmöglichkeit nach § 2 GWB für Gemeinschaftsunternehmen noch hätte.⁴⁸ Demgegenüber käme Art. 101 Abs. 3 AEUV in Fällen mit gemeinschaftsweiter Bedeutung wegen Art. 3 VO 1/2003 stets zur Anwendung.⁴⁹ Im Ergebnis wird man daher annehmen müssen, dass der Gesetzgeber jedenfalls in Bezug auf die kartellrechtliche Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen die Grenze zwischen dem Anwendungsbereich von § 36 GWB nicht in Richtung von § 1 GWB verschoben hat.

Zusammenfassend ist daher nicht zu erwarten, dass das Amt ohne eine ausdrückliche Klarstellung durch den Gesetzgeber⁵⁰ seine Praxis hin zu einem einheitlichen Kontrollverfahren der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen innerhalb der fusionskontrollrechtlichen Fristen ändert.

6. Empfiehlt sich eine Verfahrensvereinheitlichung nach dem Vorbild der FKVO de lege ferenda?

Zu erwägen ist eine Änderung de lege ferenda in Richtung eines fristgebundenen Verfahrens, in dem nicht nur die wesentliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs gemäß § 36 GWB, sondern auch die Koordinierungswahrscheinlichkeit am Maßstab des Kartellverbots geprüft wird.

Allein die festgestellten Unterschiede zwischen dem europäischen und dem deutschen Kartellverfahrensrecht bei der Beurteilung der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen dürften sich auf strategische Entscheidungen potentieller Gründer von Gemeinschaftsunternehmen auswirken.⁵¹ Der Aspekt der Rechtssicherheit, die Unternehmen aufgrund der Konzentration des FKVO-Verfahrens innerhalb kurzer Frist erreichen können, mag in manchen Fällen ein Anreiz sein, das Zusammenschlussvorhaben etwa durch Hinzunahme eines großen Kreditinstituts über die Schwellenwerte von Art. 1 FKVO zu bringen. Solche Gestaltungen entsprechen aber nicht unbedingt einer volkswirtschaftlich optimalen,

weil möglichst ressourcenschonenden Gestaltung des Vorhabens. Wo sich solche Strategien als unmöglich erweisen oder aufgrund der Verweisungsmöglichkeit gemäß Art. 9 FKVO⁵² konterkariert zu werden drohen, besteht das Risiko, dass wünschenswerte Investitionen in Form der Gründung wettbewerbslich unproblematischer Gemeinschaftsunternehmen ganz unterbleiben. Grund ist die Sorge der Unternehmen vor den Unwägbarkeiten einer zeitlich unbefristeten Kontrolle etwaiger Spill-over-Effekte durch das Bundeskartellamt.

Abzuwägen gegen die Vorteile, die mit einer fristgebundenen Klärung des Aspekts der Koordinierungswahrscheinlichkeit für potentielle GU-Gründer einhergehen, sind die damit verbundenen Nachteile für die Kartellrechtsdurchsetzung. Die systematische Prüfung von § 1 GWB und Art. 101 AEUV im Rahmen jedes Fusionskontrollverfahrens aus Anlass einer GU-Gründung würde den Einsatz erheblicher zusätzlicher Ressourcen auf Seiten des Bundeskartellamts (und auch der anmeldenden Unternehmen⁵³) erfordern. In der weit überwiegenden Zahl unproblematischer Fälle würde sich dieser zusätzliche Aufwand im Nachhinein als überflüssig erweisen. Ressourcenschonung und Bündelung der Kräfte für die Bekämpfung schwerer Kartellverstöße waren schon die Ziele der Reform des Kartellverfahrensrechts durch Erlass der VO 1/2003.⁵⁴ Der Übergang zum System der Legalausnahme hat die Kartellbehörden von der Last der präventiven Kontrolle sämtlicher anzumeldender Vereinbarungen befreit.

Der Vergleich mit den hier in Rede stehenden Fällen hinkt aber insofern, als die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens regelmäßig ein sehr viel größeres (finanzielles) Engagement der Gesellschafter erfordert als der Abschluss der sonstigen unter Art. 101 AEUV oder § 1 GWB fallenden Vereinbarungen. Die drohende Anordnung der Auflösung des Gemeinschaftsunternehmens wiegt regelmäßig schwerer als die schlichte Untersagung der Fortführung einer Kartellvereinbarung. Die mit einer späteren Entflechtung verbundenen praktischen und rechtlichen Schwierigkeiten können erheblich sein. Entsprechend groß ist in diesen Fällen das Bedürfnis nach Rechtssicherheit. Das ist auch der Grund dafür, dass sowohl nach der FKVO als auch nach dem GWB (seit der 6. Novelle) das Verfahren der präventiven Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vorgeschrieben ist.⁵⁵ Der Umstand, dass in die weit ausgelegten Netze der Präventivkon-

44 Siehe auch Bardong, NZKart 2013, 303, 308.

45 Für das Unionsrecht hat schon Schroeder, WuW 2004, 893, 905 f., die Frage aufgeworfen, ob man den SIEC-Test nicht auch auf Spill-over-Effekte auf den in Art. 2 Abs. 4 und 5 FKVO genannten Kandidatenmärkten anwenden kann.

46 In diesem Sinne offenbar auch Bardong, NZKart 2013, 303, 308.

47 Auf dieses Problem hat im Zusammenhang mit dem damals neu eingeführten SIEC-Test in Art. 2 FKVO schon Schroeder, WuW 2004, 893, 905, hingewiesen.

48 Auch insoweit sei auf die Überlegungen von Schroeder, WuW 2004, 893, 905, verwiesen.

49 Siehe schon oben zur Anwendungs- und Konvergenzverpflichtung.

50 Eine entsprechende Regelung durch den Gesetzgeber hat Bach, ZWeR 2003, 187, 197, schon unter Geltung der 6. GWB-Novelle gefordert.

51 Vgl. OECD Policy Roundtables: Competition Issues of Joint Ventures (2000), DAF/FE/CLP(2000)33, S. 11 Rn. 7.

52 So z. B. im Fall BKartA, Beschl. v. 17.3.2011 – B6-94/10 – RTL interactive/ProSiebenSat.1 („Amazonas“), BeckRS 2012, 01190 (auch abrufbar unter www.bundeskartellamt.de).

53 Siehe die auf europäischer Ebene erforderlichen zusätzlichen Angaben zu etwaigen Koordinierungseffekten in Abschnitt 10 des Formblatts CO (Abl. 2004 Nr. L 133, S. 20 f.).

54 Siehe nur das vorbereitende Weißbuch der Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag, ABl. 1999 Nr. C 132, S. 1 ff., Rn. 10, 45, 55 und öfter.

55 Körber, in Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2012, Art. 4 FKVO, Rn. 1; Mestmäcker/Veelken, in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Auflage 2007, § 39 Rn. 1 und insbes. § 41 Rn. 32.

trolle eine große Zahl letztlich unproblematischer und daher freizugebender Zusammenschlussvorhaben gerät, ändert nichts an ihrer grundsätzlichen Berechtigung.⁵⁶

Bei der Suche nach einem optimalen Ausgleich zwischen dem Interesse an einem möglichst effizienten Einsatz der Ressourcen des Amtes einerseits und dem Wunsch der Unternehmen nach weitgehender Rechts- und damit Investitionssicherheit ist auch zu berücksichtigen, dass die ausreichend detaillierte Prüfung einer Koordinierungswahrscheinlichkeit in problematischen Fällen mehr als vier Monate in Anspruch nehmen kann.⁵⁷ Hier könnten entweder besondere Stop-the-clock-Regelungen⁵⁸ oder ein von vornherein verlängerter Prüfungszeitraum helfen. Orientierung mag hier die frühere, bis zur 6. GWB-Novelle gültige Einjahresfrist gemäß § 24 Abs. 2 S. 2 HS 2 GWB 1990 geben. Sie lief ab „Eingang der vollständigen Anzeige“ und zog eine zeitliche Grenze für die Möglichkeit des Bundeskartellamts, einen vollzogenen Zusammenschluss zu untersagen. Auch hier drohte als Folge der Untersagung die Auflösung des Zusammenschlusses.

Mindestvoraussetzung für eine Prüfung von Spill-over-Effekten über den zeitlichen Rahmen des Fusionskontrollverfahrens hinaus ist, dass das Bundeskartellamt im Zusammenhang mit der fusionskontrollrechtlichen Freigabe auf etwaige Bedenken im Hinblick auf die Vereinbarkeit der GU-Gründung mit Art. 101 AEUV und § 1 GWB hinweist und sich eine vertiefte Prüfung ausdrücklich vorbehält.⁵⁹ Diese Prüfung muss dann aber auch im ausgeführten Sinne zeitnah, nämlich spätestens innerhalb eines Jahres, erfolgen. Spätester Zeitpunkt für den Beginn der (befristeten) Prüfung der Koordinierungswirkungen der GU-Gründung sollte der Eingang substantiierter (nicht „gekaufter“) Beschwerden dritter Marktteilnehmer sein. Das Bundeskartellamt ist dann gehalten, die erforderlichen Informationen betreffend etwaige Koordinierungswirkungen bei den Beteiligten anzufordern.

Dem weiteren Problem, dass sich die Wettbewerbsverhältnisse aufgrund externer Ereignisse im Laufe der Zeit ändern und in der Folge eine Koordinierung erleichtern können,⁶⁰ lässt sich mit einer Befristung der Freistellung vom Kartellverbot oder besonderen Widerrufsregelungen begegnen.⁶¹

7. Ex-post-Kontrolle nach der FKVO

Unproblematisch sind Fälle, in denen zu der konzentrativen Wirkung der GU-Gründung (später) noch ein davon unabhängiger kooperativer Aspekt hinzutritt (Fall 2). Zwar sind Beispielsfälle aus der europäischen Entscheidungspraxis nicht ersichtlich. Rechtliche Schwierigkeiten dürften aber nicht auftreten. Es versteht sich von selbst, dass die Freigabe im Hinblick auf Art. 2 Abs. 2 und 3 FKVO einerseits und Art. 101 AEUV andererseits nicht vor der regulären Verfolgung von Hardcore-Absprachen immunisiert.⁶²

In den Fällen der ersten Kategorie fehlt es an einer Verhaltensänderung. Der Kartellverstoß folgt vielmehr schon von Anfang an aus den die GU-Gründung begleitenden Nebenabreden. Doch auch in diesen Fällen kann die Europäische Kommission zu einem späteren Zeitpunkt eine auf Art. 101 AEUV gestützte Untersagung aussprechen. Wie ausgeführt umfasst die fusionskontrollrechtliche Freigabe allein akzessorische Nebenabreden. Das mit der VO 1/2003 eingeführte System der Legalausnahme zwingt die Unternehmen, im Hinblick auf Art. 101 AEUV eine Selbsteinschätzung vorzunehmen. Die irrtümliche Einschätzung geht zulasten der Beteiligten.

Im Fall unterschätzter Spill-over-Effekte (Fall 4) hingegen ist nach richtiger Ansicht die Rücknahme der Freistellung nur möglich, wenn die besonderen Rücknahmevoraussetzungen der Art. 6 Abs. 3 und Art. 8 Abs. 6 FKVO vorliegen.⁶³ Das ist die Konsequenz der – für die Unternehmen vorteilhaften – Doppelprüfung in dem einheitlichen Fusionskontrollverfahren. Formal folgt dieses Ergebnis schon daraus, dass allein die Fusionskontrollverordnung auf Gemeinschaftsunternehmen mit gemeinschaftsweiter Bedeutung anwendbar ist.⁶⁴ Funktional treten die Rücknahmevoraussetzungen der FKVO im Fall der Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen an die Stelle der in Art. 8 Abs. 3 der früheren VO 17/62 niedergelegten, praktisch gleichlautenden Voraussetzungen für den Widerruf einer Freigabeentscheidung gemäß Art. 85 Abs. 3 EGV (= Art. 101 Abs. 3 AEUV). In der Sache spiegeln die neue wie die alte Regelung die Bedeutung der Freigabeentscheidung für die teilweise erheblichen Investitionsentscheidungen der beteiligten Unternehmen wider.

8. Ex-post-Kontrolle auf der Grundlage des deutschen Rechts

Das geltende deutsche Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht kennt keinerlei formelle Hürden für eine auf Art. 101 AEUV und § 1 GWB gestützte Untersagungsentscheidung nach Gründung des Gemeinschaftsunternehmens. Wie auf der Ebene des Unionsrechts umfasst die fusionskontrollrechtliche Freigabe lediglich die akzessorischen, nicht auch die abtrennbaren Nebenabreden (Fall 1). Noch

56 Vgl. Bardong, WuW 2011, 350 ff. (zu dem von ihm abgelehnten Vorschlag einer Erhöhung der zweiten Inlandsumsatzschwelle).

57 Kritisch zu der aus den kurzen Prüf Fristen nach der FKVO resultierenden Beschränkung der Möglichkeiten einer gründlichen Prüfung von Joint Ventures im Hinblick auf Art. 101 AEUV der damalige Kommissionsbeamte John Temple Lang, 1999 Fordham Corp. L. Int. (Barry Hawk, Ed. 2000) 381, 385 (zitiert nach Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, § 24 Rn. 87).

58 Vgl. Art. 10 Abs. 4 FKVO und § 40 Abs. 2 S. 5 und 6 GWB 2013. Dazu Hempel, in Bien (Hrsg.), Das deutsche Kartellrecht nach der 8. GWB-Novelle, S. 65, 82 ff.

59 Z. B. BKartA, Beschl. v. 26.1.1999, B6-22121-U-74/98 – Stellenmarkt für Deutschland GmbH, WuW/E DE-V 100, 102: „Es besteht der dringende Verdacht, daß dieses Zusammenwirken den Tatbestand des Kartellverbots des § 1 GWB erfüllt. Im Falle der Erhärtung dieses Verdachtes hätte das BKartA dieses Zusammenwirken der Bet., auch im Rahmen des Gemeinschaftsunternehmens, nach §§ 32, 1 GWB zu untersagen. Das Tätigwerden des Gemeinschaftsunternehmens, auch in Verfolgung seines satzungsmäßigen Zweckes, ist daher von der zusammen-schlusskontrollrechtlichen Freigabe nicht erfaßt.“ Die Bedeutung solcher Hinweise im Hinblick auf einen etwaigen Vertrauensschutz der Unternehmen betont das BKartA in seiner Pressemitteilung vom 28.11.2011 zur fusionskontrollrechtlichen Untersagung der Video on Demand-Plattform „Germany’s Gold“ der öffentlich rechtlichen Sendeanstalten (abrufbar unter www.bundeskartellamt.de): „Den Beteiligten wurde mitgeteilt, dass sie im laufenden Prüfverfahren etwaige Investitionen in das Gemeinschaftsunternehmen auf eigenes Risiko vornehmen und dass für solche Investitionen kein Vertrauensschutz besteht.“

60 Auf den späteren Wegfall wichtiger Wettbewerber hat sich – wenngleich im Ergebnis ohne Erfolg – das Bundeskartellamt vor dem OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.7.2013 – VI – Kart 9/12 (V) – Basis- und Spezialchemikalien (einstweiliger Rechtsschutz), NZKart 2013, 377, 379, berufen.

61 Auch unter Geltung des früheren Anmeldesystems mit Erlaubnisvorbehalt waren die Freistellungsentscheidungen befristet, siehe Art. 8 Abs. 1 VO 17/62 sowie § 10 Abs. 4 GWB 1999, wonach die Freistellung im Regelfall auf nicht mehr als fünf Jahre zu befristen war. Die Vorgängerregelung in § 11 Abs. 1 GWB 1990 ging sogar von einer nur dreijährigen Gültigkeit der Freistellung vom Kartellverbot aus.

62 Treffend Schroeder, in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 2. Auflage 2008, § 8 Rn. 78: fusionskontrollrechtliche Genehmigung ist „kein Freibrief für jegliche Kooperation zwischen den Muttergesellschaften“.

63 So Schroeder, in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 2. Auflage 2008, § 8 Rn. 78; Pohlmann, MünchKommEuWettbR, 2007, Art. 81 Rn. 398. Wohl auch Zimmer, in Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2012, Art. 101 AEUV Rn. 321 (Fn. 295).

64 Siehe schon oben den Hinweis auf Art. 21 Abs. 1 FKVO.

weniger sperrt die Fusionsgenehmigung ein kartellbehördliches Vorgehen gegen eine wettbewerbsbeschränkende Absprache, die die Mütter nach der GU-Gründung treffen (Fall 2).

Ein Unterschied zwischen dem deutschen und dem europäischen Kartellverfahrensrecht besteht allein hinsichtlich der Behandlung etwaiger Spill-over-Effekte. Während die Kommission den Gruppeneffekt abschließend⁶⁵ innerhalb der kurzen fusionskontrollrechtlichen Fristen klären muss (Fall 3), kann sich das Bundeskartellamt auch über diese Fristen hinaus Zeit lassen (Fall 4). Teilweise greift das Amt angebliche Koordinierungswirkungen auch erst lange Zeit nach der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens auf. Beispiele sind das Verfahren CVH-Chemie-Vertrieb Gruppe⁶⁶ und die Sektoruntersuchung Walzasphalt⁶⁷. Im zuerst genannten Fall lagen zwischen der fusionskontrollrechtlichen Freigabeent-

scheidung des Bundeskartellamts und dem auf § 1 GWB gestützten Untersagungsbeschluss 16 Jahre. Die Sektoruntersuchung Walzasphalt betrifft Gemeinschaftsunternehmen, die zum Teil über 40 Jahre existieren, nämlich noch aus Zeiten vor Einführung der Fusionskontrolle im Jahr 1973 stammen.⁶⁸

(Der Beitrag wird im kommenden Heft fortgesetzt.) ■

⁶⁵ Erinnert sei noch einmal an die Möglichkeit des Widerrufs unter den Bedingungen der Art. 6 Abs. 3 und 8 FKVO.

⁶⁶ BKartA, Beschl. v. 12.11.2012 – B3-19-08 – CVH Chemie-Vertrieb GmbH & Co. KG – Kartell, BeckRS 2013, 05870 (auch abrufbar unter www.bundeskartellamt.de).

⁶⁷ BKartA, Sektoruntersuchung, September 2012 – B1-33/10 – Walzasphalt, abrufbar unter www.bundeskartellamt.de.

⁶⁸ Siehe BKartA, Sektoruntersuchung, September 2012 – B1-33/10 – Walzasphalt, Rn. 125, abrufbar unter www.bundeskartellamt.de.