

## Aufsätze

Prof. Dr. Florian Bien, Würzburg \*

### Kartellrechtskontrolle von Gemeinschaftsunternehmen ex ante und ex post – Teil 2: Die Anforderungen an den Nachweis von Spill-over-Effekten

Im Anschluss an NZKart 2014, 214 geht der zweite Teil des Beitrags der Frage nach, welche Anforderungen die Kartellbehörde an den Nachweis eines Kartellverstoßes durch die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens erfüllen muss. Dem Beitrag liegt die These zugrunde, dass die Anforderungen an den Nachweis sog. Spill-over-Effekte von dem Zeitpunkt abhängen, in dem die Kartellbehörde einen etwaigen Verstoß gegen Art. 101 AEUV und § 1 GWB prüft. Hat das Gemeinschaftsunternehmen seine Tätigkeit bereits aufgenommen, lässt sich eine etwaige wettbewerbsbeschränkende Abstimmung zwischen den Müttern im Markt beobachten und als Tatsache nachweisen. Bloße Vermutungsregeln sind in dieser Situation noch weniger als im Fall der ex-ante-Kontrolle geeignet, die Feststellung eines Verstoßes gegen das Kartellverbot zu tragen.

#### III. Die Anforderungen an den Nachweis eines Kartellverstoßes

Die unterschiedliche verfahrensrechtliche Situation – Anwendung des Kartellverbots noch vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens einerseits, ex-post-Kontrolle des tatsächlichen Verhaltens der Mütter während des Bestehens des Gemeinschaftsunternehmens andererseits – muss sich auf der Ebene des Nachweises widerspiegeln. Die von der Kartellbehörde zu leistende Tatsachenermittlung und Subsumtion unterliegen unterschiedlichen Anforderungen in Abhängigkeit von dem Zeitpunkt, in dem sie einen etwaigen Gruppeneffekt (Spill-over-Effekt) nachweisen möchte.

##### 1. Nicht akzessorische Nebenabreden

Für die Prüfung nicht akzessorischer (abtrennbarer) Nebenabreden<sup>1</sup> auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 101 AEUV und § 1 GWB gelten keine Besonderheiten. Ist der Zusammenschluss in Form der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens noch nicht in Vollzug gesetzt, entsprechen die Nachweisanforderungen der ex-ante-Kontrolle wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen unter Geltung der früheren VO 17/62 mit Anmelde- und Erlaubnisvorbehalt. Die OECD rät den Kartellbehörden in diesem Zusammenhang:

*“for anti-competitive effects, assessment would normally begin by examining the terms of a joint venture’s founding agreement(s) including: the governance structure adopted; the joint venture’s duration; the nature and extent of assets transferred to the joint venture versus those retained by the participants; and, especially, the freedom parents retain to compete with each other and with the joint venture. Any exclusivity clauses tending to raise barriers to entry or expansion facing third parties would also call for serious attention.”*<sup>2</sup>

Insbesondere die beiden letzten Punkte, die Fragen nach der den Muttergesellschaften verbleibenden Freiheit, zueinander und im Verhältnis zum Gemeinschaftsunternehmen in Wettbewerb zu treten, sowie nach Exklusivitätsbindungen, die

den Markteintritt Dritter beeinträchtigen könnten, dürften in erster Linie den Fall nicht akzessorischer Nebenabreden betreffen.

Für die Praxis liegt die Schwierigkeit darin, zu unterscheiden zwischen solchen (unproblematischen) Nebenabreden, die mit der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens unmittelbar verbunden und für sein Funktionieren notwendig sind,<sup>3</sup> und solchen (abtrennbaren) Vereinbarungen, die lediglich im Zusammenhang mit der GU-Gründung geschlossen wurden.

In der ex-post-Situation, wenn das Gemeinschaftsunternehmen zum Zeitpunkt der kartellrechtlichen Kontrolle also bereits aktiv ist, lässt sich eine etwaige wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung oder Verhaltensabstimmung zwischen den Müttern beobachten und als Tatsache nachweisen. Hier besteht konzeptionell kein Unterschied zum Nachweis eines Kartellverstoßes von Unternehmen, die nicht durch eine gemeinsame Tochter miteinander verbunden sind.

##### 2. Spill-over-Effekte in der ex-ante-Perspektive

a) *Erfordernis einer Prognoseentscheidung.* Hinsichtlich der möglichen Gefahr von Spill-over-Effekten hat die Kartellbehörde im Zeitpunkt der Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens allein die Möglichkeit, eine Prognoseentscheidung zu fällen.<sup>4</sup> Das Gemeinschaftsunternehmen und eine auf ihm beruhende implizite Koordination des Marktverhaltens der Mütter sind eine bloße Hypothese.<sup>5</sup> Insofern besteht Parallelität zur Situation der Fusionskontrolle<sup>6</sup>: Die Kartellbehörde führt auch hier eine ex-ante-Prüfung durch. Bei der Anwendung von § 36 GWB oder Art. 2 Abs. 2 und 3 FKVO schließt sie aus einer bestimmten hypothetischen Marktstruktur, insbesondere aus dem Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung, auf eine zu erwartende erhebliche

\* 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. Teil 2 des Beitrags beruht auf einem Rechtsgutachten.

1 NZKart 2014, 214, 215 (Fälle 1 und 2).

2 OECD Policy Roundtables: Competition Issues of Joint Ventures (2000), DAF/CLP(2000)33, S. 9 Rn. 3.

3 Zu denken ist etwa an bestimmte, den Gesellschaftern des GU auferlegte Wettbewerbsverbote wie im Fall BGH, Urt. v. 23.6.2009 – KZR 58/07 – Gratiszeitung Hallo, WuW/E DE-R 2743 = GRUR 2010, 84, 85 Rn. 15 ff. Ausf. Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. 2005 Nr. C 56, S. 24 ff., insbes. S. 30 ff. Viele Nachweise auf die Entscheidungspraxis der deutschen Obergerichte bei Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, 2. Auflage 1989, Einl. Rn. 133; siehe außerdem Kapp/Schumacher, WuW 2010, 481 ff. Beispiele aus der Entscheidungspraxis der Kommission bei Schroeder, in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 2. Auflage 2008, § 8 Rn. 73, und Rosenthal/Thomas, European Merger Control, 2010, Rn. 556 – 580.

4 Siehe nur Lindemann, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2009, Art. 2 FKVO Rn. 187.

5 Siehe unten Text bei Fn. 65 und 66.

6 Zimmer, in Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2012, Art. 101 AEUV Rn. 321, Text bei Fn. 296.

Behinderung wirksamen Wettbewerbs.<sup>7</sup> Ebenfalls einer Prognose bedarf es, wenn die Kartellbehörde vorab das Risiko einer gegen § 1 GWB oder Art. 101 AEUV verstoßenden impliziten Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Muttergesellschaften des Gemeinschaftsunternehmens einzuschätzen hat.<sup>8</sup> Deutlich kommt der Prognosecharakter einer ex-ante-Kontrolle in der Entscheidung des Bundeskartellamts in Sachen *Rethmann/GfA Köthen* zum Ausdruck:

„Es ist davon auszugehen, dass es aufgrund der beabsichtigten Gründung der ESAM sowohl innerhalb als auch außerhalb des Gebiets des Landkreises Köthen zu einer Koordinierung des Marktverhaltens der Rethmann KDN und der Tönsmeier Entsorgungsdienste und somit zu einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung kommen wird.“<sup>9</sup>

Auf eine Analyse der (zukünftigen) Marktstruktur stützen die Kartellbehörden sich auch bei der Vorhersage einer etwaigen Koordinierung der GU-Mütter.<sup>10</sup> Im Stadium der vorab-Kontrolle wird die Kartellbehörde sich mit dem Nachweis solcher marktstruktureller Umstände begnügen müssen, die mit hoher Wahrscheinlichkeit den Eintritt einer Wettbewerbsbehinderung erwarten lassen.<sup>11</sup> Das gilt sowohl für die Anwendung von § 36 GWB bzw. Art. 2 Abs. 2 und 3 FKVO als auch für die Prüfung von § 1 GWB und Art. 101 AEUV.

b) *Indizwirkung der parallelen Tätigkeit der Mütter und des Gemeinschaftsunternehmens auf demselben Markt.* Einen ersten Hinweis auf eine mögliche Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Mütter in der Zeit nach Gründung des Gemeinschaftsunternehmens liefert der Umstand, dass seine Gesellschafter auf dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens oder einem diesem Markt vor- oder nachgelagerten oder sonst eng verbundenen Markt tätig sind. Die Europäische Kommission verwendete früher<sup>12</sup> im Hinblick auf die ausdrückliche Erwähnung solcher Marktstrukturen in Art. 2 Abs. 5 erster Spiegelstrich FKVO den Terminus „Kandidatenmarkt“.<sup>13</sup> Der Bundesgerichtshof sieht, jedenfalls im erstgenannten Fall der gleichzeitigen Präsenz der Mütter und des Gemeinschaftsunternehmens auf demselben sachlichen und räumlichen Markt, ebenfalls ein „Indiz für eine Zusammenarbeit der Muttergesellschaften“ und meint, eine „Beschränkung des Wettbewerbs [sei] regelmäßig zu erwarten.“<sup>14</sup> Zu weiteren „Kandidatenmärkten“ i. S. v. Art. 2 Abs. 5 erster Spiegelstrich FKVO fehlt bislang einschlägige Judikatur aus Deutschland.<sup>15</sup>

c) *Sonderfall: GU-Gesellschafter sind Minderheitsgesellschaft ohne wettbewerbslich erheblichen Einfluss.* Ausdrücklich offen gelassen hat der Bundesgerichtshof bislang die Frage, ob auch in den Fällen eine wettbewerbswidrige Koordinierung zu erwarten ist, in denen die GU-Gesellschafter Minderheitsgesellschaften sind und keinen wettbewerbslich erheblichen Einfluss auf das Gemeinschaftsunternehmen haben.<sup>16</sup> Tatsächlich erscheint die implizite Koordinierung in diesem Fall wesentlich weniger wahrscheinlich als im Fall der gemeinsamen Kontrolle. Zwei Aspekte sind hier maßgeblich. Erstens: Mangels gemeinsamer Beherrschung ist die Einflussnahme auf das wettbewerbsliche Verhalten des Gemeinschaftsunternehmens erschwert.<sup>17</sup> Eine aktive Steuerung seines Marktverhaltens scheidet regelmäßig aus. In Betracht kommt allenfalls die Ausübung eines etwaigen Vetorechts.<sup>18</sup> Damit ist nur noch eine (passive) Orientierung der Muttergesellschaften an dem vorgegebenen Verhalten des Gemeinschaftsunternehmens zu befürchten.<sup>19</sup> Zweitens: Je geringer der Anteil an dem Gemeinschaftsunternehmen, desto geringer der Verlust der Muttergesellschaft, die dem Gemeinschaftsunternehmen aufgrund aggressiven Wettbewerbs Markt-

anteile streitig macht.<sup>20</sup> Dieser Effekt ist umso größer, je kleiner der Marktanteil des Gemeinschaftsunternehmens im Vergleich zum Minderheitsgesellschafter ist.<sup>21</sup> Als grobe Richtschnur bietet sich die 25 %-Regel in § 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. b GWB an: Minderheitsbeteiligungen an einem Gemeinschaftsunternehmen, die auch zusammengenommen noch unterhalb der Aufmerksamkeitschwelle der Fusionskontrolle liegen, dürften regelmäßig keine implizite Koordinierung des Marktverhaltens der Mütter zur Folge haben. In Betracht kommt hier allenfalls ein kartellrechtswidriger Informationsaustausch, der sich aber als klassischer (nicht akzessorischer) Kartellverstoß ahnden lässt. Mit Spill-over-Effekten i. e. S. hat das nichts mehr zu tun.

7 Zum Prognosecharakter bei der Anwendung von Art. 2 Abs. 2 und 3 FKVO z. B. *Körber*, in Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2012, Art. 2 FKVO, Rn. 207 (mit Nachweisen auf die Horizontal-LL und die Nichthorizontal-LL), bei der Anwendung von § 36 GWB C. *Becker/Knebel*, MünchKommGWB, 2007, § 36 Rn. 26 ff.; bei der Anwendung von Art. 101 AEUV auf Gemeinschaftsunternehmen: *Zimmer*, in Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2012, Art. 101 AEUV Rn. 321, Text bei Fn. 296.

8 *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2004, § 24 Rn. 71: „Verfahren erfordert vorausschauende Beurteilung von zu erwartenden Zusammenschlusswirkungen“ und Rn. 79 a. E.; *Baron*, in Langen/Bunte, Bd. 2, 11. Auflage, 2010, Art. 2 FKVO Rn. 257. *Schroeder*, WuW 2004, 893, 895, spricht insofern mit Bezug auf die Situation im Unionsrecht von der „für das Fusionskontrollverfahren typischen einmaligen Vorab- und Prognoseentscheidung.“

9 BKartA, Beschl. v. 16.11.2010 – B 10 – 74/04 – *Rethmann/GfA Köthen*, WuW/E DE-V 996, 1010 (Hervorhebung v. Verf.).

10 *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2004, § 24 Rn. 71: „[mangels] Wettbewerbsverhalten[s] der Gründer, das ursächlich auf die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens zurückzuführen ist, [...] [hat] die Prüfung der Koordinierungswirkungen notwendig die strukturellen Wirkungen der Kooperation zum Gegenstand“; *Pohlmann*, in MünchKommEuWettB, 2007, Art. 81 Rn. 363 (m. w. N. in Fn. 198); *Baron*, in Langen/Bunte, Bd. 2, 11. Auflage, 2010, Art. 2 FKVO Rn. 257 ff.; *Lindemann*, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampf, 2009, Art. 2 FKVO Rn. 192. Siehe auch schon Regierungsbegründung zur 2. GWB-Novelle, BT-Drucks. VI/250, S. 30.

11 Vgl. Regierungsbegründung zur 2. GWB-Novelle, BT-Drucks. VI/250, S. 29 re. Sp. unten: „Vielmehr ist eine Vorausschau auch auf die künftige Wettbewerbsentwicklung dann möglich und auch nötig, wenn sich aufgrund konkreter Umstände mit hoher Wahrscheinlichkeit sagen läßt, daß die mit dem Zusammenschluß geschaffenen Wettbewerbsvoraussetzungen sich alsbald verändern.“ (zitiert auch vom BGH, Beschl. v. 21.2.1978 – KVR 4/77 – *Kfz-Kupplungen*, BGHZ 71, 102 = GRUR 1978, 439, 442); C. *Becker/Knebel*, MünchKommGWB, 2007, § 36 Rn. 30: „Zukunftsbetrachtung“, für die „Wahrscheinlichkeiten an Stelle von Beweisen ausreichen“, solange sie nur an objektiven Anhaltspunkten festgemacht werden.“

12 *Wiedemann*, in ders., Handbuch des Kartellrechts, 2. Auflage 2008, § 16 Rn. 142, hat darauf hingewiesen, dass die Kommission den Begriff nicht mehr verwendet.

13 So auch noch *Schröter*, in von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 6. Auflage 2003, Art. 2 FKVO Rn. 317.

14 BGH, Beschl. v. 8.5.2001 – KVR 12/99 – *Ost-Fleisch*, BGHZ 147, 325 = NJW 2001, 3782, 3785 (Hervorhebung v. Verf.).

15 Siehe auch BKartA, B1-33/10 – *Sektoruntersuchung Walzasphalt*, September 2012, Rn. 182.

16 BGH, Beschl. v. 4.3.2008 – KVZ 55/07 – *Nord-KS/Xella*, WuW DE-R 2361, 2362, Rn. 13 und 15.

17 Vgl. *Ulshöfer*, WuW 2011, 820, 824 f.

18 Näher zur Bedeutung von Minderheitsanteilen mit zusätzlichen Rechten für die Prüfung von § 37 GWB *Mestmäcker/Veelken*, in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Auflage 2007, § 37 Rn. 26.

19 *Ulshöfer*, WuW 2011, 820, 825, dürfte zu weit gehen, wenn er solche passive Orientierung gänzlich ausschließt: „Kein vernünftiger Kaufmann würde sein eigenes Wettbewerbsverhalten an dem Verhalten eines Wettbewerbers ausrichten, auf das er keinen Einfluss nehmen kann, mit andern Worten also sein Schicksal in die Hände eines Wettbewerbers legen.“ Richtigerweise wird man annehmen müssen, dass der GU-Gesellschafter sein Verhalten dann demjenigen des Gemeinschaftsunternehmens anpasst, wenn ihm das vorteilhaft erscheint. Die Wahrscheinlichkeit ist aber deutlich geringer, wenn er das Verhalten des GU nicht mitbestimmen konnte.

20 Siehe das Rechenbeispiel bei *O'Brien/Salop*, *Competitive Effects of Partial Ownership: Financial Interest and Corporate Control*, 67 Antitrust L.J. 559, 675 f. (2000), abrufbar unter <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/209/>.

21 *Ulshöfer*, WuW 2011, 820, 825.



d) *Zusätzliche Anforderungen an den Nachweis einer verbotenen Verhaltensabstimmung.* Die endgültige Feststellung eines Verstoßes gegen das Kartellverbot bedarf weiterer Nachweise. Das entspricht nicht nur der (jüngeren) Praxis der Europäischen Kommission, sondern folgt auch aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

aa) *Kommissionspraxis.* Auf der Ebene der Europäischen Union haben sich die Anforderungen an den Nachweis einer impliziten, den Wettbewerb beschränkenden Verhaltenskoordination stark gewandelt. In Fortführung der Entscheidungspraxis der Hohen Behörde zu Art. 65 EGKS<sup>22</sup> ging die Europäische Kommission in ihren frühen Entscheidungen noch davon aus, dass die bloße Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zwischen aktuellen oder potentiellen Wettbewerbern grundsätzlich gegen das Kartellverbot verstößt.<sup>23</sup> Weitere Nachweise hielt sie zum damaligen Zeitpunkt für entbehrlich. Die damalige Praxis ist vor dem Hintergrund des Fehlens einer europäischen Fusionskontrolle zu sehen. Die Kommission war auf der Grundlage des damaligen Rechts darauf angewiesen, Art. 85 EWG (= Art. 101 AEUV) als Kriterium für die Kontrolle der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen zu etablieren. Unter Geltung der ersten FKVO bis zum Jahr 1999 galt im Wesentlichen ein ähnlicher Prüfungsmaßstab. Eine entsprechende Vermutungsregel hatte die Kommission in Rn. 18 (dritter Spiegelstrich) der früheren sog. Abgrenzungsbekanntmachung aufgestellt.<sup>24</sup>

Zwischenzeitlich stellt die Kommission selbst sehr hohe Anforderungen an den Nachweis eines etwaigen Kartellverstoßes der Gesellschafter eines Gemeinschaftsunternehmens.<sup>25</sup> Es ist verschiedentlich bemerkt worden, dass die Kommission praktisch eine dem Oligopoltest entsprechende Prüfung durchführt.<sup>26</sup> Der Unterschied zwischen der fusionskontrollrechtlichen und der kartellrechtlichen Strukturkontrolle verschwimmt damit.

Soweit ersichtlich hat die Kommission etwaige Gruppeneffekte bislang lediglich unter dem Gesichtspunkt der bewirkten, nicht aber der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung geprüft.<sup>27</sup> Das ist deshalb verständlich, weil es sich bei der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung um eine solche handeln müsste, die über das Tätigkeitsfeld des Gemeinschaftsunternehmens hinausgeht. Die hier zu gewärtigende Wettbewerbsbeschränkung ist nämlich bereits Gegenstand der Prüfung gemäß Art. 2 Abs. 2 und 3 FKVO.<sup>28</sup>

Im Einzelnen geht die Kommission bei der Prüfung der bewirkten Wettbewerbsbeschränkung durch Gründung des Gemeinschaftsunternehmens folgendermaßen vor: Ob die Gründung eine Koordinierung des Marktverhaltens zur Folge hat, prüft sie in drei weiteren Schritten. Die bloße Tatsache der gleichzeitigen Tätigkeit der Mütter auf einem „Kandidatenmarkt“ führt noch nicht zur Annahme einer verbotenen Koordinierung.<sup>29</sup> Zentral ist das Kriterium der Wahrscheinlichkeit einer Verhaltenskoordination.<sup>30</sup> Unter diesem Prüfungspunkt erörtert die Kommission eine Vielzahl marktstruktureller Besonderheiten des Sachverhalts.<sup>31</sup> In Betracht zu ziehende Parameter sind etwa die Märkte, auf denen die Mütter tätig sind, das Verhältnis dieser Märkte zum Markt des Gemeinschaftsunternehmens, die absoluten Marktanteile der Mutterunternehmen und ihr Verhältnis zueinander, Preistransparenz, Nachfragemacht der Marktgegenseite, Konkurrenz- und Komplementärbeziehungen der betroffenen Produkte.<sup>32</sup> Im Fall *Bertelsmann/Biagi/Game Channel* etwa verneinte die Kommission eine Koordination zwischen den auf demselben Markt tätigen Muttergesellschaften des Gemeinschaftsunternehmens, weil der Markt durch niedrige Markt-

zutrittsschranken, eine Vielzahl von Wettbewerbern und eine hohe Preisempfindlichkeit gekennzeichnet ist.<sup>33</sup> Die weiteren beiden Prüfungsschritte gelten der Voraussetzung der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung<sup>34</sup> und der Kausalität zwischen Gründung des Gemeinschaftsunternehmens und Koordinierung.<sup>35</sup> Bei der Prüfung des Spürbarkeitserfordernisses orientiert die Kommission sich insbesondere an den Marktanteilen der Muttergesellschaften.<sup>36</sup> An der erforderlichen Kausalität der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens für die zu erwartende Verhaltenskoordination fehlt es z. B., wenn hinreichende andere Gründe für eine Verhaltenskonzertierung bestehen.<sup>37</sup>

- 22 Hohe Behörde, Entscheidung v. 25.4.1962, 11. Gesamtbericht EGKS (1962) Ziff. 346, 349: „Wenn die Gründer die gleichen oder ähnliche Erzeugnisse herstellen wie das Gemeinschaftsunternehmen, so ergeben sich für diese Erzeugnisse in Folge der gemeinsamen Kontrolle zwangsläufige Beschränkungen des Wettbewerbs zwischen allen beteiligten Unternehmen, denn es ist unvermeidbar, dass bei der Ausübung der gemeinschaftlichen Kontrolle, z. B. bei der Festsetzung der Preise des kontrollierten Unternehmens, die Gründer ihre eigenen Preise für die gleichen oder ähnlichen Produkte berücksichtigen oder gegebenenfalls alle Preise aufeinander abstimmen“ (zitiert nach *Körper*, in Immenga/Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2012, Art. 2 FKVO Rn. 622 Fn. 2312).
- 23 Z. B. Kommission, Entscheidung v. 23.11.1977 – IV/29.428 – *GEC – Weir Natriumwälpumpen*, ABLiEG Nr. L 327, S. 26 ff. Weitere Nachweise bei *Bechtold*, RIW 1985, 442, 444 Fn. 23.
- 24 Die Bestimmung lautete: „eine Zusammenarbeit muß hingegen als sehr wahrscheinlich angenommen werden, wenn zwei oder mehr Gründer ihre Tätigkeiten in demselben Produktmarkt wie dem des GU fortführen, sofern diese Tätigkeiten denselben räumlichen Markt betreffen.“ Eine Zusammenfassung zur Rechtslage nach der sog. Abgrenzungsbekanntmachung (Abl. 1994 Nr. C 385, S. 1) findet sich bei *Pohlmann*, in MünchKommEuWettbR, 2007, Art. 81 Rn. 342; ausf. auch *Schroeder*, in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Art. 2 FKVO Rn. 248 ff. m. w. N.
- 25 *Körper*, in Immenga/Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2012, Art. 2 FKVO Rn. 632: „Die anfangs recht großzügige Annahme einer Koordinierungswahrscheinlichkeit ist zunehmend strenger Anforderungen gewichen.“ Die Tendenz der europäischen Wettbewerbspolitik hin zu einem „less formalistic“ und „more liberal approach to joint ventures“ ebenfalls konstatierend OECD Policy Roundtables: Competition Issues of Joint Ventures (2000), DAFPE/CLP(2000) 33, S. 12 Rn. 8.
- 26 *Pohlmann*, in MünchKommEuWettbR, 2007, Art. 81 Rn. 364 ff.; *Körper*, in Immenga/Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2012, Art. 2 FKVO Rn. 631; *Baron*, in Langen/Bunte, Europäisches Kartellrecht, 11. Auflage 2010, Art. 2 FKVO Rdnr. 260; *Schroeder* WuW 2004, 893, 900 ff. (der in Fn. 34 Venit, Fordham Corporate Law Institute 1999, S. 465, 480 ff., als „Entdecker“ der Parallele zwischen Oligopoldominanztest und der Prüfung der Koordinierungswahrscheinlichkeit nennt); *Hirsbrunner*, in Schröter/Jakob/Mederer, Art. 2 FKVO Rdnr. 488 m. w. N. in Fn. 717. Siehe auch *Zimmer*, in Immenga/Mestmäcker, 5. Auflage 2012, Art. 101 AEUV, Rn. 322.
- 27 *Körper*, in Immenga/Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2012, Art. 2 FKVO Rn. 630 m. w. N.
- 28 Ebenda.
- 29 Siehe nur *Wiedemann*, in ders., Handbuch des Kartellrechts, 2. Auflage 2008, § 16 Rn. 146.
- 30 *Wiedemann*, in ders., Handbuch des Kartellrechts, 2. Auflage 2008, § 16 Rn. 146.
- 31 Siehe die vielen Nachweise u. a. bei *Pohlmann*, in MünchKommEuWettbR, 2007, Art. 81 Rn. 383 ff.; *Wiedemann*, in ders., Handbuch des Kartellrechts, 2. Auflage 2008, § 16 Rn. 148 ff.
- 32 *Baron*, in Langen/Bunte, Bd. 2, 11. Auflage, 2010, Art. 2 FKVO Rn. 257 ff.; ausf. *Wiedemann*, in ders., Handbuch des Kartellrechts, 2. Auflage 2008, § 16 Rn. 148 (beide zum europäischen Recht).
- 33 Kommission, Entsch. v. 5.5.1999 – IV/JV.16 – *Bertelsmann/Viagi/Game Channel*, WuW/EU-V 350.
- 34 Z. B. *Pohlmann*, in MünchKommEuWettbR, 2007, Art. 81 Rn. 380 ff. Für das deutsche Recht auch schon *Kleinmann/Bechtold*, Kommentar zur Fusionskontrolle, 2. Auflage 1989, Einl. Rn. 129.
- 35 Z. B. *Wiedemann*, in ders., Handbuch des Kartellrechts, 2. Auflage 2008, § 16 Rn. 155. Für das deutsche Recht auch schon *Kleinmann/Bechtold*, Kommentar zur Fusionskontrolle, 2. Auflage 1989, Einl. Rn. 129.
- 36 Einzelheiten bei *Körper*, in Immenga/Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2012, Art. 2 FKVO Rn. 645 ff.
- 37 *Körper*, in Immenga/Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2012, Art. 2 FKVO Rn. 648.

Die – von der Kommission ohnehin regelmäßig unterlassene – Prüfung, ob eine Vereinbarung oder nur eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegt, mag man schon deshalb für entbehrlich halten, weil die Muttergesellschaften im Zusammenhang mit der Gründung des GU ohnehin mindestens einen Gesellschaftsvertrag abschließen.<sup>38</sup> Darüber hinaus wäre der Nachweis einer Verhaltensabstimmung in der Zeit vor Gründung des GU ohnehin nicht möglich. Es fehlt in diesem Zeitpunkt schlicht an einem relevanten Verhalten, das beobachtbar wäre. Entscheidend erscheint allerdings, dass es sich bei den hier in Rede stehenden Gruppeneffekten um ein lediglich implizites Parallelverhalten, eine wettbewerbliche Rücksichtnahme ohne das Erfordernis einer Abstimmung, handelt. Diese Form der Koordination hat allein marktstrukturelle Gründe.<sup>39</sup> Die Tatbestandsmerkmale „Vereinbarung“ und „Verhaltensabstimmung“ passen in diesem Kontext nicht.<sup>40</sup>

bb) *Deutsche Entscheidungspraxis*. Auch der Bundesgerichtshof verlangt vom Bundeskartellamt zusätzliche Erwägungen, die einen Verstoß gegen Art. 101 AEUV und § 1 GWB in Form von Spill-over-Effekten stützen. Auch in der deutschen Praxis ist die Tatbestandsalternative bezweckte Wettbewerbsbeschränkung beinahe bedeutungslos.<sup>41</sup> Der schlichte Hinweis auf die parallele Tätigkeit der Mütter und des Gemeinschaftsunternehmens auf demselben Markt vermag eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung noch nicht zu beweisen. Der Kartellsenat spricht insofern vom Erfordernis einer „Berücksichtigung der Gesamtumstände des Einzelfalls.“<sup>42</sup> Der Kartellsenat scheint aber – anders als mittlerweile die Europäische Kommission – dem Umstand der gleichzeitigen Tätigkeit der Muttergesellschaften auf einem sog. Kandidatenmarkt eine stärkere Indizwirkung beizumessen. So verweisen die Bundesrichter auf die „nahe liegende wirtschaftlich vernünftige Orientierung an dem Verhalten der gemeinsamen Tochtergesellschaften“, die für die „Annahme einer Koordination des Marktverhaltens der Mütter [ausreiche].“<sup>43</sup>

Das Bundeskartellamt interpretiert den BGH-Beschluss beweisrechtlich dahingehend, der Kartellsenat habe zu Lasten der auf demselben sachlichen und räumlichen Markt wie das Gemeinschaftsunternehmen tätigen Muttergesellschaften eine entsprechende „Regelvermutung“ aufgestellt.<sup>44</sup> Damit dürfte das Bundeskartellamt eine so genannte „tatsächliche Vermutung“, also den Einsatz von Erfahrungswissen, mit anderen Worten: ein Beweismittelkriterium meinen.<sup>45</sup> Unrichtig wäre die Annahme, der Bundesgerichtshof habe mit der „Regelvermutung“ eine Beweislastregel zulasten der Mütter eines Gemeinschaftsunternehmens aufgestellt. Solche Beweislastregeln können erst in einer non-liquet-Situation zum Einsatz kommen.<sup>46</sup> Demgegenüber hält auch das Amt zu Recht eine weitergehende Einzelfallprüfung im Sinne einer „wertenden Gesamtbetrachtung der wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhänge und Auswirkungen“ für erforderlich.<sup>47</sup>

Tatsächlich hat das Bundeskartellamt sich in den bisherigen Fällen einer ex-ante-Prüfung nicht darauf beschränkt, auf die gleichzeitige Präsenz des Gemeinschaftsunternehmens und seiner Mütter auf demselben Markt hinzuweisen und aus diesem Umstand auf die (wahrscheinliche) Koordinierung nach Gründung zu schließen. Vielmehr hat es in Fällen, in denen es eine Untersagungsentscheidung (auch) auf die Erwartung einer wettbewerbsbeschränkenden Koordinierung gestützt hat, diese Erwartung durch weitere konkrete Tatsachen und Nachweise belegt.

Im Fall *Stellenmarkt für Deutschland II* verwies das Bundeskartellamt im Rahmen der ex-ante-Prüfung auf die Vereinbarung der Gesellschafter, die Anzeigenkombinationspreise und den Schlüssel für die Aufteilung der Anzeigenkombinati-

ons-Erlöse festzulegen.<sup>48</sup> Nachvollziehbar ging das Bundeskartellamt von einem Rückkoppelungseffekt auf die Preise der Mütter für die Einzelbelegung aus.<sup>49</sup> Eine von den Kombinationspreisen losgelöste Einzelpreissetzung sei zukünftig nicht mehr zu erwarten, da andernfalls das Risiko bestünde, dass die Einzelbelegungspreise in der Summe billiger würden als der vom Gemeinschaftsunternehmen verlangte Kombinationspreis.<sup>50</sup> Entscheidend erscheint dabei aber die zusätzliche Feststellung, dass die Muttergesellschaften sich – offenbar mit dem Ziel, die erwünschte Preiskoordination abzusichern – ausdrücklich zur Preislisten-treue verpflichtet hatten.<sup>51</sup> Auf einem anderen Blatt steht, dass der Bundesgerichtshof später wegen der mit der Kooperation verbundenen Verbesserung des Dienstleistungsangebots die Freistellbarkeit der Anzeigenkooperation feststellte.<sup>52</sup>

Als Grundlage für die Einschätzung der Koordinierungswahrscheinlichkeit diene in diesem Fall (und in anderen Fällen) auch die Analyse nicht akzessorischer Nebenabreden.<sup>53</sup> So

38 Vgl. *Pohlmann*, in MünchKommEuWettbR, 2007, Art. 81 Rn. 355.

39 Ähnlich *Ulsböfer*, WuW 2011, 820, 824.

40 Noch grundsätzlich die Kritik von *Bechtold*, RIW 1985, 442, 447: „systemwidrige Umwandlung des Kartellverbots in eine strukturell orientierte, auf Gemeinschaftsunternehmen beschränkte Fusionskontrolle“. Siehe außerdem *ders.*, GWB, 7. Auflage 2013, § 1 Rn. 88. Zustimmung (zur Voraufgabe) *Lober*, in Schulte/Just, Kartellrecht, 2012, § 1 Rn. 91.

41 Siehe aber sogleich noch unten die Entscheidung des KG im Fall Ost-Fleisch (Text bei Fn. 57).

42 BGH, Beschl. v. 8.5.2001 – KVR 12/99 – Ost-Fleisch, BGHZ 147, 325 = NJW 2001, 3782, 3785.

43 BGH, Beschl. v. 8.5.2001 – KVR 12/99 – Ost-Fleisch, BGHZ 147, 325 = NJW 2001, 3782, 3786. Noch deutlicher BGH, Urteil v. 23.6.2009 – KZR 58/07 – *Gratiszeitung Hallo*, WuW/E DE- 2743, 2744 f. = GRUR 2010, 84, 85, Rn. 17: „Setzen die Mutterunternehmen dagegen ihre Tätigkeit auf demselben Markt wie das Gemeinschaftsunternehmen fort, spricht das im Regelfall für eine kartellrechtswidrige Zusammenarbeit im Rahmen des dann kooperativen Gemeinschaftsunternehmens.“

44 BKartA, B1-33/10 – *Sektoruntersuchung Walzaspalt*, September 2012, Rn. 150 und öfter (unter ausdrücklicher Bezugnahme u. a. auf BGH, Beschl. v. 8.5.2001, KVR 12/99 – Ost-Fleisch, Rn. 34); Beschluss vom 12.11.2012 – B 3-19/08 – *CVH-Chemie*, BeckRS 2013, 05870, Rn. 52. Siehe auch schon BKartA, Beschl. v. 19.6.2002, B 4 – 37/02 – *Eurohyppo*, WuW/E DE-V 662, 664; Beschl. v. 2.12.2003 – B9 – 91/03 – *ÖPNV Hannover*, WuW/E DE-V 891, 892. A. A. *Bach*, ZWeR 2003, 187, 192 (mit Verweis auf *Kleemann*, in Schröter/Jakob/Mederer, Art. 3 FKVO Rn. 140 m. w. N.): „Zu Recht leitet der BGH aus dieser regelmäßigen Erwartung aber keine Vermutungs- oder Beweisregel ab. Für einen generellen Erfahrungssatz, der dieser „regelmäßigen Erwartung“ entspricht, fehlt weiter der empirische Beleg.“ Zustimmung *Ulsböfer*, WuW 2011, 820, 822 Fn. 16.

45 Näher zur Rechtsfigur der „tatsächlichen Vermutung“ *Dawin*, in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 25. Ergänzungslieferung 2013, § 108 Rn. 72 f.; *Bacher*, in Vorwerk/Wolf, BeckOK-ZPO, § 292 Rn. 8.

46 Vgl. *K. Schmidt/Bach*, in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Auflage 2007, § 57 Rn. 7.

47 Z. B. BKartA, Beschl. v. 19.6.2002, B 4 – 37/02 – *Eurohyppo*, WuW/E DE-V 662, 665; BKartA, B1-33/10 – *Sektoruntersuchung Walzaspalt*, September 2012, Rn. 167.

48 BKartA, Beschl. v. 25.8.1999, B6-22131-M-49/99 – *Stellenmarkt für Deutschland II*, WuW/E DE-V 209, 213.

49 Ebenda. Bestätigt von KG, Beschl. v. 19.7.2000, Kart 49/99 – *Stellenmarkt für Deutschland II*, WuW/E DE-R 628, 631.

50 Ebenda.

51 KG, Beschl. v. 19.7.2000, Kart 49/99 – *Stellenmarkt für Deutschland II*, WuW/E DE-R 628, 631.

52 BGH, Beschl. v. 9.7.2002, KVR 1/01 – *Stellenmarkt für Deutschland II*, WuW 2002, 973 = NJW 2002, 3545, 3548 (im Rahmen eines Fortsetzungsfeststellungsbeschwerdeverfahrens).

53 Auf die Bedeutung solcher begleitender Dokumente weist auch schon *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, Rn. 202 hin: „Anknüpfungspunkt der Bewertung [ist] nicht das GU als Organisation [...], sondern die Ermittlung einer horizontalen Verhaltenskonzentration, die wettbewerbsbeschränkend im Sinne der §§ 1, 25 Abs. 1 GWB ist und welche sich ggf. im Vertragswerk eines GU oder auch nur in einer vorgeschalteten Grundvereinbarung zwischen den Beteiligten niederschlägt.“ Die Abgrenzung zwischen impliziter Koordinierung und Kartellverstoß durch nicht-akzessorische Nebenabreden im Einzelfall ist schwierig, der Übergang teilweise fließend. Siehe schon oben Text bei Fn. 3.



lagen dem Bundeskartellamt im Fall *Stellenmarkt für Deutschland* etwa die Rahmenvereinbarung der drei beteiligten Verlage mit dem Gemeinschaftsunternehmen, die Satzung des Gemeinschaftsunternehmens, die Geschäftsordnung für die Geschäftsführung des Gemeinschaftsunternehmens und die Gesellschaftervereinbarung über die Ausstattung des Gemeinschaftsunternehmens mit den benötigten Eigenmitteln vor.<sup>54</sup>

Im Fall *Ost-Fleisch* dürfte die besondere Vorgeschichte der GU-Gründung entscheidend für die von Kammergericht und BGH bestätigte ex-ante-Einschätzung einer großen Koordinierungswahrscheinlichkeit gewesen sein.<sup>55</sup> Das Gemeinschaftsunternehmen wurde als Versuch der Gründungsunternehmen gewertet, ein nicht freigestelltes Kartell in neuem Gewand zu präsentieren.<sup>56</sup> Das Kammergericht ging daher sogar so weit, eine mit Gründung des Gemeinschaftsunternehmens bezweckte und nicht bloß bewirkte Wettbewerbsbeschränkung anzunehmen.<sup>57</sup>

Auch im Fall *Rethmann/GfA Köthen* bestätigte das Kammergericht die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts.<sup>58</sup> Sie stützte sich ebenfalls auf die vorab, nämlich schon im Zeitpunkt der fusionskontrollrechtlichen Prüfung, zu erwartenden Koordinierungswirkungen. Das KG betonte dabei den besonderen Umstand, dass eine parallele Angebotsabgabe des Gemeinschaftsunternehmens und der Mütter jedenfalls in Vergabeverfahren schon deshalb nicht in Betracht kommen, weil dies rechtlich unzulässig sei.<sup>59</sup>

### 3. Spill-over-Effekte in der ex-post-Perspektive

Als Folge des einheitlichen und präventiven Kontrollverfahrens nach der FKVO, an dessen Ende eine – unbefristete – Freigabeentscheidung stehen kann, kommt eine ex-post-Kontrolle von Spill-over-Effekten durch die Kommission grundsätzlich nicht in Betracht.<sup>60</sup> Die nachfolgenden Überlegungen beziehen sich daher im Wesentlichen auf die Rechtslage in Deutschland. Soweit ersichtlich hat das Bundeskartellamt die Feststellung von Spill-over-Effekten noch nie bußgeldrechtlich geahndet. Das gilt sogar für die Fälle der ex-post-Feststellung des Verstoßes. Auch die nachfolgenden Ausführungen betreffen daher das auf Erlass einer Abstellungsverfügung gerichtete Verwaltungsverfahren. Die Rechtsfolgen, die mit der – nachträglichen – Feststellung des Verstoßes gegen § 1 GWB und Art. 101 AEUV für die Beteiligten einhergehen, sind allerdings tendenziell einschneidender als die Anordnung eines Bußgeldes. Im Ergebnis kommt es zu einer Entflechtung des Gemeinschaftsunternehmens. Nach Ansicht von Bundesgerichtshof und Bundeskartellamt ist bereits die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens zivilrechtlich unwirksam.<sup>61</sup> Darüber hinaus untersagt das Amt den Beteiligten die Fortführung des kartellrechtswidrigen Gemeinschaftsunternehmens.<sup>62</sup> Vor diesem Hintergrund besteht ausnahmsweise kein Anlass, für das Verwaltungsverfahren geringere Anforderungen an den Nachweis eines Verstoßes zu stellen als im Bußgeldverfahren.

a) *Möglichkeit des Nachweises von Spill-over-Effekten.* Die Kartellbehörde ist zur Ermittlung des entscheidungserheblichen Sachverhalts von Amts wegen verpflichtet (Untersuchungsgrundsatz).<sup>63</sup> In der ex-post-Situation kann sie es daher nicht mehr dabei belassen, das Vorliegen einer tatsächlichen Verhaltenskoordination der Muttergesellschaften allein aus dem Vorliegen einer bestimmten Marktstruktur herzuleiten. Genauso wenig kann der Hinweis auf die naheliegende Wahrscheinlichkeit einer Abstimmung aufgrund

„kaufmännischer Vernunft“ den konkreten Nachweis eines Verstoßes gegen das Kartellverbot ersetzen.

Ist das Gemeinschaftsunternehmen bereits aktiv, lässt sich eine etwaige wettbewerbsbeschränkende Koordinierung zwischen den Müttern im Markt beobachten und als Tatsache nachweisen. So spräche etwa für das Wirken von Gruppeneffekten der Umstand, dass die Muttergesellschaften sich vor Gründung des Gemeinschaftsunternehmens lebhaften Preiswettbewerb geliefert haben, dieser sich nach der GU-Gründung wesentlich beruhigt, sich vielmehr ein verhältnismäßig einheitlicher Preis (auf hohem Niveau) einpendelt. Genau umgekehrt würde es mindestens gegen die Kausalität der GU-Gründung für die Koordinierungswirkung sprechen, wenn ein Vergleich des wettbewerblichen Verhaltens der Mütter vor und nach der GU-Gründung keine wesentlichen Unterschiede erkennen lässt.<sup>64</sup>

b) *Unterschiedliche Nachweismöglichkeiten ex-ante und ex-post.* Auf den zentralen Unterschied zwischen der ex-ante- und der ex-post-Situation und seine unmittelbare Konsequenz für die Möglichkeiten des Nachweises eines etwaigen Verstoßes gegen das Kartellverbot wies das Bundeskartellamt in dem fusionskontrollrechtlichen Freigabebeschluss im Fall *MBS (Kooperationsvertrag)* hin:

„Die *Bet. zu 1 bis 3* haben ihre Kooperation *bislang noch nicht umgesetzt*. Deshalb liegen auch noch nicht alle Tatsachen vor, um im Einzelnen Ausmaß und Schwere von Wettbewerbsbeschränkungen i. S. von § 1 GWB/Art. 81 Abs. 1 EG beurteilen zu können.“<sup>65</sup>

Ganz ähnlich führte das Amt im Fall *Eurohypo* aus:

„Ob konkrete Anhaltspunkte für eine Koordination zwischen den Gesellschaftern der neuen *Eurohypo* einerseits sowie der *Eurohypo* und den Gesellschaftern andererseits bestehen, kann auf der Grundlage der bisher vorliegenden Tatsachen nicht abschließend beurteilt werden.“<sup>66</sup>

c) *Konstitutive Bedeutung tatsächlicher Nachweise.* Angeht die Notwendigkeit für die Kartellbehörde in der ex-

54 Siehe BGH, Beschl. v. 9.7.2002, KVR 1/01 – *Stellenmarkt für Deutschland II*, WuW 2002, 973 = NJW 2002, 3545, 3546. Ebenfalls auf den – nicht veröffentlichten – Inhalt des Konsortialvertrags abgestellt wird in BKartA, Beschl. v. 2.12.2003 – B9 – 91/03 – ÖPNV Hannover, WuW/E DE-V 891, 903.

55 So schon *Bach*, ZWeR 2003, 187, 194.

56 Die Übereinstimmung zwischen dem nicht freigestellten Kartell und dem Gemeinschaftsunternehmen ging so weit, dass teilweise identische Verträge zur Anmeldung eingereicht wurden (BKartA, Beschl. v. 21.8.1997 – B2-15111-U-13/97 – *Ost-Fleisch*, WuW/E DE-V, 9, 10).

57 KG, (Teil-)Beschl. v. 14.10.1998 – Kart 23/97 – *Ost-Fleisch*, WuW/E DE-R, 277, 279.

58 BKartA, Beschl. v. 16.11.2010 – B 10 – 74/04 – *Rethmann/GfA Köthen*, WuW/E DE-V 996.

59 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2.11.2005, VI-Kart 30/04 (V) – *Rethmann/GfA Köthen*, WuW/E DE-R 1625, 1631.

60 Oben Teil 1 II 4 (NZKart 2014, 214, 216). Theoretisch denkbar wäre es, dass die Kommission nach Entdecken eines Verstoßes gegen das Vollzugsverbot (Art. 7 FKVO) durch Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens nicht nur die Prüfung nach Art 2 Abs. 2 und 3 nachholt, sondern – ebenfalls ex post – auch die etwaigen Koordinierungswirkungen untersucht. Beispiele aus der Entscheidungspraxis sind nicht ersichtlich.

61 Siehe die Nachweise oben Teil 1 II 4 Fn. 33 (NZKart 2014, 214, 217).

62 Z. B. BKartA, Beschl. v. 12.11.2012 – B3-19-08 – CVH Chemie-Vertrieb GmbH & Co. KG – Kartell, BeckRS 2013, 05870.

63 Näher K. *Schmidt/Bach*, in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Auflage 2007, § 57 Rn. 1.

64 Ein Beispiel gibt auch *Lohse*, Kartellfreie Gemeinschaftsunternehmen im europäischen Wettbewerbsrecht, 1992, S. 136.

65 BKartA, Beschl. v. 29.10.2007, B 7 – 17/06 – *MBS (Kooperationsvertrag)*, WuW/E DE-V 1623, 1633.

66 BKartA, Beschl. v. 19.6.2002 – B 4 – 37/02 – *Eurohypo*, WuW/E DE-V 662, 665 (Hervorhebung v. Verf.).

post-Situation, die in der Vergangenheit bereits erfolgte Verhaltenskonzertierung konkret nachzuweisen, bedarf die auf „kaufmännisch vernünftigem Verhalten“ beruhende „Erwartung“ (BGH) einer wettbewerbswidrigen Koordination der Bestätigung durch das beobachtbare Verhalten der Beteiligten. Auf dieses nur in der ex-post-Situation zu erwartende zusätzliche Nachweiselement haben OLG Düsseldorf und BGH etwa im Fall *Nord-KS* hingewiesen. In dem zugrundeliegenden Untersuchungsbeschluss hatte das Bundeskartellamt gut zwei Jahre nach der fusionskontrollrechtlichen Freigabe<sup>67</sup> in den Protokollen der Beiratssitzungen Beweise für eine tatsächliche Verhaltensabstimmung gefunden.<sup>68</sup> Den Umstand, dass der tatsächlich erfolgte Austausch von Informationen über die Preisstrategie des Gemeinschaftsunternehmens die Vermutung belegt, die vorliegend schon aus den Kriterien des *Ost-Fleisch*-Beschlusses folgt, betonte auch das OLG Düsseldorf:

*„Diese Einschätzung wird bestätigt durch das tatsächliche Verhalten der Gesellschafter im Beirat der N.-K. X. und H. haben sich gegenseitig über ihr zukünftiges Preisverhalten abgestimmt, indem sie die Preisstrategie der N.-K. mitbestimmt und sich damit gleichzeitig darüber verständigt haben, ihr eigenes Marktverhalten an den Interessen der N.-K. und umgekehrt auszurichten.“*<sup>69</sup>

Ganz ähnlich stellte der BGH fest:

*„Eine Bestätigung für diese Einschätzung hat es [das Amt, Verf.] im tatsächlichen Verhalten der Beiratsmitglieder gefunden [siehe dazu insbes. Rn. 95 d. BKartA-Beschlusses vom 9.8.2006].“*<sup>70</sup>

Die Bedeutung des tatsächlich beobachtbaren Marktverhaltens in der ex-post-Situation unterstrich auch das Kammergericht im Fall *Carpartner*, das den wettbewerbsbeschränkenden Charakter der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens u. a. „aus der im Marktverhalten von *Carpartner* und von den Gesellschaftern ablesbaren Handhabung der Satzung“ ableitete.<sup>71</sup>

d) *Unzutreffende Relativierung durch Bundesgerichtshof und Bundeskartellamt.* Angesichts der konstitutiven Bedeutung des tatsächlich beobachtbaren Marktverhaltens für die ex-post-Feststellung einer wettbewerbsbeschränkenden Koordination erscheint demgegenüber die Bezeichnung „indizielle Bedeutung“ durch den BGH missverständlich. So führte der BGH im selben Verfahren aus, das KG habe im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung rechtsfehlerfrei die

*„Erklärungen [der] Gründungsgesellschafter vor und bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags und – indiziell – auch das spätere Auftreten des Gemeinschaftsunternehmens auf dem Markt [herangezogen].“*<sup>72</sup>

Zu allgemein gehalten und daher unzutreffend ist schließlich die jüngst vom Bundeskartellamt im Rahmen der Sektoruntersuchung *Walzasphalt* geäußerte Ansicht, wonach das Fehlen von Nachweisen einer tatsächlichen Verhaltenskoordinierung der Annahme eines Kartellverstößes nicht entgegenstehe:

*„Die tatsächliche Verhaltenskoordinierung (Abstimmung) im Wettbewerb oder der tatsächliche Fluss oder Austausch von wettbewerbsrelevanten Informationen zwischen den beteiligten Unternehmen sind weder in der Rechtsprechung noch in der Praxis des Bundeskartellamtes notwendige Voraussetzungen für die Wettbewerbsbeschränkung [...]. Sie dienen im Einzelfall lediglich als eine Bestätigung der Regelvermutung. Ihr Fehlen widerlegt die Regelvermutung nicht.“*<sup>73</sup>

Der Nachweis einer tatsächlichen Verhaltenskoordinierung ist wie dargelegt nur in den Fällen entbehrlich, in denen die Kartellbehörde mögliche Spill-over-Effekte einer ex-ante-Prüfung unterzieht. In dieser Situation kann es solche Nachweise gar nicht geben. In der ex-post-Situation hingegen – so im Fall der Sektoruntersuchung *Walzasphalt* – sind entsprechende Nachweise nicht nur erbringbar, sie sind auch erforderlich. Das folgt nicht nur aus der Pflicht des Amtes zur Amtsermittlung, sondern ist auch aus Gründen der Verhältnismäßigkeit, nämlich im Hinblick auf die schwerwiegenden Rechtsfolgen, die mit der Feststellung eines eventuellen Kartellverstößes verbunden sind, geboten.

Das Erfordernis des Nachweises einer tatsächlichen Verhaltensabstimmung der GU-Mütter hat jüngst das OLG Düsseldorf in einer Eilentscheidung zum Fall *CVH-Chemie Vertrieb* mit begrüßenswerter Klarheit in Erinnerung gerufen:

*„Ebenso wenig hat es [das Bundeskartellamt, Verf.] ermittelt, dass B. und C G zumindest aktuell ihr Marktverhalten über die C (wieder) abstimmen und nicht (mehr) in einem unverfälschten Wettbewerb untereinander stehen. Das Amt hat im Gegenteil umfangreichen Sachvortrag der Beteiligten zu dieser Frage übergangen. So hat beispielsweise C – wie sie unbestritten behauptet – im Rahmen des kartellbehördlichen Verfahrens mit E-Mail vom 31. Dezember 2010 auf mehr als 100 Seiten und anhand konkreter Fälle zu dem Wettbewerb zwischen B und C G vorgetragen. Das Amt hat sich mit diesem Vorbringen weder in dem angefochtenen Beschluss noch in der Beschwerdeinstanz auch nur ansatzweise befasst.“*<sup>74</sup>

#### IV. Zusammenfassung

1. De lege ferenda empfiehlt sich eine behutsame Weiterentwicklung des vom Bundeskartellamt durchgeführten Verfahrens der Doppelkontrolle in Richtung des fristgebundenen Verfahrens durch die Europäischen Kommission. Vorgeschlagen wird eine Orientierung an der Ein-Jahres-Frist gemäß § 24 Abs. 2 S. 2 HS 2 GWB 1990 für die Prüfung etwaiger Spill-over-Effekte. Die Frist liefe spätestens ab dem Zeitpunkt, in dem beim Amt substantiierte Drittbeschwerden sowie die anschließend vom Amt einzufordernden Informationen über etwaige Koordinierungswirkungen eingegangen sind.<sup>75</sup> In Deutschland blieben dann immer noch Fälle der ex-post-Kontrolle von Spill-over-Effekten durch Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens.

2. Die unterschiedliche verfahrensrechtliche Situation – Anwendung des Kartellverbots noch vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens einerseits, ex-post-Kontrolle des tatsächlichen Verhaltens der Mütter während des Bestehens des Gemeinschaftsunternehmens andererseits – muss sich auf der Ebene der Nachweisanforderungen widerspiegeln.

<sup>67</sup> Die Freigabe erging am 18.5.2004.

<sup>68</sup> BKartA, Beschl. v. 9.8.2006 – B1-116/04 – *Nord-KS/Xella*, WuW/E DE-V 1278, Rn. 95 (nicht abgedruckt in WuW/E DE)

<sup>69</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.6.2007 – VI 14/06 (V) – *Nord-KS/Xella*, WuW/E DE-R 2147, 2149.

<sup>70</sup> BGH, Beschl. v. 4.3.2008 – KVZ 55/07 – *Nord-KS/Xella*, WuW DE-R 2361, 2362, Rn. 15 (Hervorhebung v. Verf.).

<sup>71</sup> KG Berlin, Beschl. v. 29.5.1996 – Kart 18/95 – *CP-System [carpartner]*, WuW/E OLG 5677 = NJW-RR 1997, 874, 876.

<sup>72</sup> BGH, Beschl. v. 13.1.1998 – KVR 40–96 (KG) – *Carpartner*, NJW 1998, 2825, 2826 f.

<sup>73</sup> BKartA, September 2012 – B1-33/10 – *Sektoruntersuchung Walzasphalt*, Rn. 170 (Hervorhebung v. Verf.).

<sup>74</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.7.2013 – VI – Kart 9/12 (V) – *Basis- und Spezialchemikalien*, NZKart 2013, 377, 380.

<sup>75</sup> Teil 1 II 6 (NZKart 2014, 214, 218 f.).

- Im Zeitpunkt der Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens (ex-ante-Perspektive) hat die Kartellbehörde allein die Möglichkeit, eine Prognoseentscheidung zu fällen. Die Kartellbehörde muss sich hier mit dem Nachweis solcher, regelmäßig marktstruktureller Umstände begnügen, die mit hoher Wahrscheinlichkeit eine wettbewerbswidrige Koordinierung erwarten lassen.<sup>76</sup> Die gleichzeitige Tätigkeit der Mütter auf dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens ist ein erstes Indiz für einen etwaigen Gruppeneffekt.<sup>77</sup> Handelt es sich bei den Müttern um Minderheitsgesellschafter unterhalb der Schwelle des § 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. b GWB ist diese Indizwirkung tendenziell schwach.<sup>78</sup>
- Ist das Gemeinschaftsunternehmen hingegen bereits aktiv (ex-post-Situation), lässt sich eine etwaige wettbewerbsbeschränkende Abstimmung zwischen den Müttern im Markt beobachten und als Tatsache nachweisen. In dieser Phase darf die Kartellbehörde sich nicht darauf beschränken, eine Verhaltenskoordination der Muttergesellschaften allein aus dem Vorliegen einer bestimmten Marktstruktur herzuleiten. Bloße Vermutungsregelungen können den konkreten Nachweis eines Verstoßes gegen das Kartellverbot nicht ersetzen.<sup>79</sup>

3. Eine Analyse der behördlichen und gerichtlichen Entscheidungspraxis seit dem grundlegenden Mischwerke-Beschluss des BGH (1985) ergibt Folgendes:

- Während das Bundeskartellamt die kartellrechtliche Bewertung von Gemeinschaftsunternehmen in ex-ante-Fällen

allein auf marktstrukturelle Gegebenheiten stützt, erhob es in ex-post-Situationen zunächst zusätzlich Feststellungen zum tatsächlich wettbewerbsbeschränkenden Verhalten der Muttergesellschaften. Dieses Vorgehen haben OLG Düsseldorf und Bundesgerichtshof in den Fällen *Ost-Fleisch* und *Rethmann/GfA Köthen* einerseits sowie *Carpartner* und *Nord-KS* andererseits bestätigt.<sup>80</sup>

- Zurückzuweisen ist demgegenüber die vom Bundeskartellamt in jüngerer Zeit geäußerte Ansicht, der Nachweis einer tatsächlichen Abstimmung sei entbehrlich. Dieses Verständnis des BGH-Beschlusses in Sachen *Ost-Fleisch* verkennt die spezifische verfahrensrechtliche Situation, in der die zugrundeliegende Untersagungsverfügung erlassen wurde. Das Amt konnte im Rahmen der von ihm durchgeführten ex-ante-Kontrolle das tatsächliche Marktverhalten der GU-Gesellschafter nicht untersuchen. In der ex-post-Situation bedarf es demgegenüber einer genauen Betrachtung des wettbewerblichen Verhaltens. Ohne eine darauf beruhende Bestätigung der Erwartung einer impliziten Koordinierung ist die Feststellung eines Verstoßes gegen das Kartellverbot nach zutreffender Ansicht ausgeschlossen.<sup>81</sup> ■

76 III 2 a.

77 III 2 b.

78 III 2 c.

79 III 3.

80 III 3 c.

81 III 3 d.