

bewerbsfähig werden, denn im Lebensmittelmarkt ist der Landwirt an der Wertschöpfung unterdurchschnittlich schlecht beteiligt. Hintergrund ist neben den oben genannten strukturellen besonderen Bedingungen der Landwirtschaft die erhebliche Zersplitterung des landwirtschaftlichen Angebots, dem erhebliche Konzentrationsprozesse auf der Nachfrageseite gegenüberstehen. Durch die kartellrechtliche Freistellung der Erzeugerorganisationen soll daher die Verhandlungsposition der Landwirte gegenüber der Verarbeitungsindustrie und dem Lebensmittelhandel mit dem Ziel verbessert werden, schrittweise das staatliche Risikomanagement in Form von Direktzahlungen auf die private Ebene zu übertragen.

Es mag aber bezweifelt werden, ob dies durch eine vollständige kartellrechtliche Freistellung erreicht werden darf. Denn nicht ohne Grund haben die kartellrechtlichen Privilegierungstatbestände des § 28 GWB und Art. 42 AEUV dieser Freistellung Grenzen gesetzt. § 28 GWB untersagt insbesondere Preisabsprachen. Art. 42 AEUV stellt – nunmehr ausdrücklich durch den EuGH bestätigt – klar, dass die Wett-

bewerbsregeln des Vertrages (also insbesondere die kartellrechtlichen Wettbewerbsvorschriften der Art. 101 ff. AEUV) grundsätzlich gelten. Nur so kann das primärrechtlich angeordnete Ziel der langfristigen Integration der GAP in den Binnenmarkt erreicht werden. Also nicht die Frage, ob das Wettbewerbsrecht greift, unterliegt der Entscheidungsprärogative des Rates und des Parlaments, sondern allein die Entscheidung, wie schnell es auf die Landwirtschaft angewandt wird. Zu Recht begrenzt daher der EuGH Freistellungen auf die einzelnen Produktsektoren und schließt Branchenabsprachen als nicht erforderlich und systemwidrig kategorisch aus.

Es mag paradox klingen: Die Begrenzung des Wettbewerbs durch die Omnibus-Verordnung ist ein notwendiger Zwischenschritt weg vom System des staatlichen hin zu einem marktbasieren Risikomanagements mit einem wettbewerbsorientierten Agrarmarkt. Wie bei der Echternacher Springprozedur geht es also einen Schritt zurück, um dann (hoffentlich bei entsprechendem politischen Willen) zwei Schritte voranzuschreiten. ■

Aufsätze

Dr. Matthias Ulshöfer, Stuttgart*

Gemeinschaftsunternehmen und Kartellverbot

– Zur Praxis des BKartA nach den Sektoruntersuchungen Walzasphalt, Zement und Transportbeton –

Die Beteiligung von Wettbewerbern an einem Gemeinschaftsunternehmen ist mit kartellrechtlichen Risiken verbunden. Dabei ist der Begriff des Gemeinschaftsunternehmens weit zu verstehen. Ein Gemeinschaftsunternehmen ist jedes Unternehmen, an dem mindestens zwei voneinander unabhängige andere Unternehmen beteiligt sind (nachfolgend auch: GU). Das BKartA hat im Rahmen seiner Sektoruntersuchung Walzasphalt nahezu 80% aller von ihm untersuchter GU in Deutschland, die eines oder mehrere Walzasphaltwerke betreiben, als „prima facie“ kartellrechtlich problematisch eingestuft. 60% dieser Unternehmen hat es bis zum Juli 2015 einer – mehr oder weniger freiwilligen – Entflechtung zugeführt. Im Anschluss an die nachfolgende Sektoruntersuchung Zement und Transportbeton, die im Juli 2017 abgeschlossen wurde, rollt eine weitere Entflechtungswelle auf die betroffenen GU zu. Vor diesem Hintergrund untersucht der Beitrag, unter welchen tatbestandlichen Voraussetzungen ein GU gegen das Kartellverbot verstößt und welche Rechtsfolgen sich daran knüpfen. Anschließend wird die Praxis des BKartA beleuchtet, wie sie sich im Rahmen der Sektoruntersuchungen und anschließenden Entflechtungsverfahren herausgebildet, darüber hinaus aber auch Bedeutung für GU auf anderen Märkten hat.

I. Tatbestandliche Voraussetzungen eines Kartellverstoßes

1. Rechtsprechung des BGH

Nach der Rechtsprechung des BGH zu § 1 GWB unterliegt die Gründung eines GU nicht nur der Fusionskontrolle. Ein

GU kann – über den gegebenenfalls verwirklichten Zusammenschlusstatbestand hinaus – zu einer Interessenabstimmung und damit zu einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinn von § 1 GWB zwischen den Müttern führen. Denn jedenfalls bei kooperativen GU verdrängen die Sonderregeln über die Fusionskontrolle nicht die Anwendbarkeit des § 1 GWB.¹ Die Prüfung nach § 1 GWB unterliegt auch nicht den Fristen der Fusionskontrolle. Anders als im europäischen Kartellrecht, in dem bei Zusammenschlüssen mit gemeinschaftsweiter Bedeutung in Form von kooperativen Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen die materiellen Voraussetzungen des Art. 101 AEUV im Rahmen der Fusionskontrolle auf Grundlage von Art. 2 Abs. 4 FKVO untersucht werden, gilt im deutschen Kartellrecht das Prinzip der „Doppelkontrolle“.²

Ob die Gründung eines GU dem Kartellverbot unterliegt, ist unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Einzelfalles zu beantworten. Dabei stellt die Unterscheidung zwischen „kooperativen“ GU, also solchen GU, die für die Mütter nur einzelne Unternehmensfunktionen wahrnehmen, und „kon-

* Dr. Matthias Ulshöfer ist Partner bei OPPENLÄNDER Rechtsanwälte. Er hat in den Verfahren Nord-KS und CVH sowie im Zusammenhang mit der Sektoruntersuchung Walzasphalt mehrere der betroffenen GU vertreten. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag bei der Arbeitssitzung der Studienvereinigung Kartellrecht am 7.12.2017 in Bonn.

1 BGH, Beschl. v. 1.10.1985, KVR 6/84, BGHZ 96, 69 ff. – *Mischwerke*; BGH, Beschl. v. 8.5.2001, KVR 12/99, WuW/E DE-R 711, 716 – *Ost-Fleisch*.

2 *Maritzen*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, 2017, § 1 GWB, Rn.591; *Bien*, NZKart 2014, 214, 218 ff.

zentrativen“ GU, also solchen GU, die sämtliche Funktionen eines selbständigen Unternehmens wahrnehmen, marktbezogene Leistungen erbringen und nicht ausschließlich oder überwiegend auf einem vor- oder nachgelagerten oder demselben Markt wie die Mütter tätig sind, lediglich eine Abgrenzungshilfe dar.³ Insbesondere bedeutet die Einstufung als kooperatives GU noch nicht, dass der Tatbestand des § 1 GWB stets erfüllt wäre.⁴ Der BGH geht jedoch von einer Regelerwartung aus, wonach eine „Beschränkung des Wettbewerbs regelmäßig zu erwarten“ ist, „wenn die Muttergesellschaften weiterhin auf dem gleichen sachlichen und räumlichen Markt wie das GU tätig bleiben“. Dies allein reicht für die Annahme einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung im Sinn des § 1 GWB allerdings noch nicht aus.⁵ Ob es sich auch im Einzelfall so verhält, ist auf zweiter Prüfungsstufe „aufgrund einer Gesamtbetrachtung der wirtschaftlichen Zusammenhänge und Auswirkungen zu beurteilen“, wobei im Allgemeinen von einem „wirtschaftlich zweckmäßigen“ und „kaufmännisch vernünftigen“ Verhalten der Unternehmen auszugehen ist.⁶

„Kaufmännisch vernünftig“ wiederum soll es für die Mütter eines GU sein, im Verhältnis zum GU auf Preiswettbewerb zu verzichten.⁷ Preiswettbewerb würde zu wirtschaftlichen Verlusten des „eigenen“ Beteiligungsunternehmens führen. Diese Verluste müssten die Mütter entsprechend der Höhe ihrer Kapitalbeteiligung am GU selbst tragen.

Wenn es für die Mütter des GU kaufmännisch vernünftig ist, im Verhältnis zum GU auf Preiswettbewerb zu verzichten, dann bedeutet das aber zugleich und zwingend, dass auch der Preiswettbewerb im Verhältnis der Mütter zueinander beschränkt wird. Das ist ein Wirkmechanismus, bei dem das GU nach der Diktion des BGH als „Scharnier“ zwischen den Müttern fungiert. Als „Scharnier“ überträgt es die wettbewerbsbeschränkende Wirkung aus dem Vertikalverhältnis zwischen den jeweiligen Müttern und dem GU auf das Horizontalverhältnis zwischen den Müttern selbst. Allein die nahe liegende wirtschaftlich vernünftige Orientierung an dem Verhalten der gemeinsamen Tochtergesellschaft reicht für die Annahme einer Koordination des Marktverhaltens der Mütter aus. Für die Anwendung des § 1 GWB genügt es damit nach der Rechtsprechung des BGH, „wenn sich die Muttergesellschaften in ihrem Marktverhalten an den Interessen des GU ausrichten und umgekehrt und wenn dadurch eine Beschränkung des Wettbewerbs unter den Müttern bewirkt wird“.⁸ Einer über den Gesellschaftsvertrag hinausgehenden wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung oder eines tatsächlich abgestimmten Verhaltens bedarf es für die Tatbestandserfüllung des Kartellverbotes nicht.

An die Gesamtbetrachtung der wirtschaftlichen Zusammenhänge und Auswirkungen auf zweiter Prüfungsstufe hat der BGH bisher keine allzu hohen Anforderungen gestellt. Er hat die Erwartung für eine Wettbewerbsbeschränkung schon dann als bestätigt angesehen, wenn das GU für die Mütter im Vergleich zu deren sonstiger Aktivitäten auf demselben Markt eine nicht unerhebliche „wirtschaftliche Bedeutung“ hatte und mit dem GU eine „Verbesserung der Erlössituation“ bezweckt war oder für eine der Mütter ein „strategisches Interesse“ an der Beteiligung festgestellt worden war.⁹ Ein solches strategisches Interesse ist im Nord-KS Fall angenommen worden, in dem ein Minderheitsgesellschafter eine nicht der Fusionskontrolle unterliegende Beteiligung unter 25 % und ohne gesellschaftsrechtliche Blockademög-

lichkeit erworben hatte. Eine fusionskontrollpflichtige Beteiligung wäre aufgrund der starken Marktstellung nach Einschätzung des BKartA kaum freigabefähig gewesen. Der Wettbewerber wollte sich nach Einschätzung des BKartA aber dennoch einen wettbewerbsbeschränkenden Einfluss auf das GU ermöglichen.¹⁰

Zuletzt kann für eine Bestätigung der Regelerwartung auch das tatsächliche Verhalten der Muttergesellschaften sprechen. So hatten sich im Nord-KS Fall nach Einschätzung des BKartA aus den Protokollen über Beiratssitzungen Hinweise darauf ergeben, dass dort auch Fragen der Preisstrategie erörtert worden waren.¹¹ Zwingend erforderlich soll der Nachweis eines solchen tatsächlichen Verhaltens für das tatbestandliche Eingreifen des Kartellverbotes allerdings nicht sein.¹²

2. Fall der Minderheitsbeteiligung

Der NordKS-Entscheidung des BGH ist zu entnehmen, dass auch Minderheitsbeteiligungen von Wettbewerbern an einem GU zu einem Kartellverstoß führen können.¹³ Anders als nach der Definition des § 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 GWB wird insbesondere keine Mindestbeteiligung von 25 % oder mehr vorausgesetzt.¹⁴ Ist die Marktposition des GU weniger bedeutend und die kapitalmäßige Beteiligung einer Mutter gering, muss es allerdings keinesfalls kaufmännisch vernünftig sein, auf Preiswettbewerb zu verzichten. Vielmehr kann es dann kaufmännisch vernünftig sein, in intensiven Preiswettbewerb zum GU zu treten. Die Verluste des GU wären nur zu einem geringen Teil mitzutragen. Der zusätzliche Gewinn aus der Tätigkeit auf demselben Markt außerhalb des GU könnte voll vereinnahmt werden.¹⁵

Nicht abschließend geklärt ist auch, ob der als Minderheitsgesellschafter beteiligte Wettbewerber ein Mindestmaß an Einflussmöglichkeit auf das GU haben muss. Klar ist nach der Ost-Fleisch Entscheidung, dass jedenfalls ein alleiniger beherrschender Einfluss mit der Möglichkeit, das GU zu einem bestimmten Verhalten im Wettbewerb anzuweisen, nicht erforderlich ist.¹⁶ Andererseits richtet kein vernünftiger Kaufmann sein Preisverhalten dauerhaft an demjenigen

3 BGH, Beschl. v. 1.10.1985, KVR 6/84, BGHZ 96, 69 ff. – *Mischwerke*; BGH, Beschl. v. 8.5.2001, KVR 12/99, WuW/E DE-R 711, 715 – *Ost-Fleisch*; BGH, Beschl. v. 4.3.2008, KVZ 55/07, WuW/E DE-R 2361 ff. – *NordKS/Xella*.

4 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8.8.2012, VI-Kart 4/11 (V) – *RTL/ProSiebenSat.1*.

5 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.6.2007, VI-Kart 14/06 (V) – *NordKS/Xella*.

6 BGH, Beschl. v. 8.5.2001, KVR 12/99, WuW/E DE-R 711, 717 – *Ost-Fleisch*; BGH, Beschl. v. 4.3.2008, KVZ 55/07, WuW/E DE-R 2361 ff., Rn.14 – *NordKS/Xella*.

7 BGH, Beschl. v. 8.5.2001, KVR 12/99, WuW/E DE-R 711, 717 – *Ost-Fleisch*.

8 BGH, Beschl. v. 8.5.2001, KVR 12/99, WuW/E DE-R 711, 717 – *Ost-Fleisch*.

9 BGH, Beschl. v. 8.5.2001, KVR 12/99, WuW/E DE-R 711, 718 – *Ost-Fleisch*; BGH, Beschl. v. 4.3.2008, KVZ 55/07, WuW/E DE-R 2361 ff. – *NordKS/Xella*.

10 BKartA, Beschl. v. 9.8.2006, B1-116/04, Rn. 87 ff.

11 BGH, Beschl. v. 4.3.2008, KVZ 55/07, WuW/E DE-R 2361 ff. – *NordKS/Xella*; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.6.2007, VI-Kart 14/06 (V), S.10; BKartA, Beschl. v. 9.8.2006, B1-116/04, Rn. 87 ff.

12 Kritisch *Bien*, NZKart, 2014, 247, 252.

13 BGH, Beschl. v. 4.3.2008, KVZ 55/07, WuW/E DE-R 2361, 2362, Rn.15 – *NordKS/Xella* (17,5 %ige Beteiligung).

14 A.A. *Maritzen*, in *Kölner Kommentar zum Kartellrecht*, 2017, § 1 GWB Rn. 587.

15 Vgl. zum „Free-Rider“-Effekt bei Minderheitsbeteiligungen *Ulshöfer*, WuW 2011, 820, 824 ff.

16 BGH, Beschl. v. 8.5.2001, KVR 12/99, WuW/E DE-R 711, 717 – *Ost-Fleisch*.

eines Unternehmens aus, auf das er selbst keinen Einfluss hat. Er orientiert sich daran allenfalls im Einzelfall, wenn es ihm vorteilhaft erscheint, ansonsten aber nicht.¹⁷ Zu einem in der Struktur des GU selbst liegenden Problem – und nur darum geht es bei der Beurteilung einer Koordinierungswahrscheinlichkeit – wird das dann aber noch nicht. Deshalb wird zumindest ein „wettbewerblich erheblicher“ Einfluss im Sinn des Zusammenschlusstatbestandes des § 37 Abs. 1 Ziff. 4 GWB erforderlich sein. Dies gilt umso mehr, wenn die Kapitalbeteiligung – und damit der wirtschaftliche Anreiz zur Rücksichtnahme – eher gering ist.¹⁸ Der BGH hat diese Frage bislang nicht explizit entschieden. In seiner Nord-KS Entscheidung ging er allerdings davon aus, dass eine der als Wettbewerber tätigen Muttergesellschaften mit einer Beteiligung von 32,6 % zusammen mit weiteren, ihrerseits nicht mehr als Wettbewerber tätigen Gesellschaftern, einen „gemeinsamen beherrschenden Einfluss“ hatte und der als Minderheitsgesellschafter mit 17,5 % beteiligte weitere Wettbewerber zumindest einen „wettbewerblich erheblichen Einfluss“ hatte. Letzteren hatte der BGH – entgegen der Feststellungen des BKartA in der Vorinstanz – aus einer Beteiligung der beiden Wettbewerber von „zusammen über 50 % der Anteile“ abgeleitet.¹⁹ Eine solche Kombination von Einflussmöglichkeiten der als Wettbewerber beteiligten Gesellschafter hat der BGH dann als ausreichend erachtet.²⁰

3. Weiterentwicklung durch CVH-Beschlüsse

Eine bemerkenswerte Weiterentwicklung der BGH-Rechtsprechung bedeuten die CVH-Beschlüsse des OLG Düsseldorf vom 15. Juli 2013²¹ und vom 25. November 2013²². CVH war zum Entscheidungszeitpunkt ein GU, das im Chemikalienhandel tätig war. An CVH waren zwei Wettbewerber mit 49 % und 51 % beteiligt. Es bestand eine Situation gemeinsamer Beherrschung. Beide Mütter hatten außerhalb der CVH weitere Aktivitäten im Chemikalienhandel. Deshalb ging das BKartA vom Eingreifen der Regelerwartung für eine Wettbewerbsbeschränkung aus. Diese sah es im Rahmen seiner Gesamtbetrachtung auf zweiter Prüfungsstufe als bestätigt an. Es sei aus Sicht der Mütter kaufmännisch nicht vernünftig, in Preiswettbewerb zu der eigenen Tochter zu treten. Bei der gegebenen Situation gemeinsamer Beherrschung sei zudem ein ständiger Einigungszwang der beiden Mütter gegeben. Es sei nicht zu erwarten, dass die Mütter einem im Beirat des GU gefundenen Konsens außerhalb des GU zuwider handeln würden. Deshalb ging das BKartA von einem Verstoß gegen § 1 GWB und Art 101 AEUV aus. Es untersagte der CVH und ihren Gesellschaftern die Durchführung des Gesellschaftsvertrages.²³

Das OLG Düsseldorf hatte über den Fall zunächst im Verfahren auf Anordnung aufschiebender Wirkung der eingelegten Beschwerden nach § 65 Abs. 3 Satz 1 und 3 GWB zu entscheiden.²⁴ Nach der danach gebotenen Abwägung der beiderseitigen Belange und Interessen äußerte das OLG Düsseldorf in seiner Entscheidung durchgreifende Rechtmäßigkeitszweifel. Nach verfahrensmäßiger Beendigung und übereinstimmender Erledigungserklärung erging eine Kostenentscheidung nach § 78 GWB i. V. m. § 161 Abs. 2 Satz 1 VwGO, § 91a Abs. 1 Satz 1 ZPO, in deren Rahmen das OLG Düsseldorf dem BKartA die Kosten des Verfahrens auferlegte, die Gebührenfestsetzung aufhob und erneut auf durchgreifende Rechtmäßigkeitszweifel hinwies.²⁵

Zur Begründung seinen Entscheidungen hat das OLG Düsseldorf sehr genau zwischen den vertikalen Beziehungen der

Mütter zum GU und der horizontalen Beziehung der Mütter zueinander differenziert. In den vertikalen Beziehungen zwischen den Müttern und dem GU konnte entgegen der Auffassung des BKartA eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung gerade nicht aus der Erwartung eines Verzichts auf Preiswettbewerb abgeleitet werden. Grund war die mitbeherrschende Stellung der Mütter. Für den Fall eines mitbeherrschenden Einflusses folgt nämlich jedenfalls im Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV bereits aus der Bekanntmachung der Kommission über Nebenabreden, dass sogar ein ausdrücklich vereinbartes Wettbewerbsverbot zwischen den Müttern und dem GU – als notwendige Nebenabrede – kartellrechtlich unbedenklich wäre.²⁶ In diesen Fällen konkretisiert ein Wettbewerbsverbot nämlich nur die ohnehin bestehende gesellschaftsrechtliche Treuepflicht der Mütter gegenüber dem GU und ist aus diesem Grund kartellrechtlich hinzunehmen.²⁷ Ist aber sogar ein vertragliches Wettbewerbsverbot kartellrechtlich hinzunehmen, dann kann im Erst-Recht-Schluss auch ein kaufmännisch vernünftiger Weise zu erwartender Verzicht auf Preiswettbewerb nicht als kartellrechtswidrig eingestuft werden.

Umgekehrt, so das OLG Düsseldorf, wäre auch eine Rücksichtnahme des GU selbst auf die wettbewerblichen Interessen seiner Mütter oder das Unterlassen eigener Wettbewerbsvorstöße nicht kartellrechtswidrig. Ein wettbewerbsloser Zustand könnte im Fall der Mitbeherrschung nämlich auch durch Weisung der Mütter angeordnet werden. Ein derart wettbewerbsloser Zustand wäre dann lediglich das Ergebnis der Ausübung gesellschaftsrechtlicher Leitungsmacht. Solche Wettbewerbsbeschränkungen fallen aber ebenfalls nicht unter das Kartellverbot.²⁸ Im Ergebnis fehlt es bei gemeinsam beherrschten GU an einer verbotswidrigen Wettbewerbsbeschränkung im Vertikalverhältnis.

Bei der anschließenden Analyse der horizontalen Beziehung zwischen den Müttern konstatiert das OLG Düsseldorf im Einklang mit der Nord-KS-Rechtsprechung, dass die Gründung eines GU zu einer Interessenabstimmung zwischen den Müttern und damit zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen kann und hierfür eine Regelerwartung besteht, wenn die Mütter aktuelle Wettbewerber des GU bleiben. Bei der gebotenen Gesamtbetrachtung kommt es

17 Vgl. *Ulshöfer*, WuW 2011, 820, 825; *Bien*, NZKart 2014, 247, 248.

18 *Ulshöfer*, WuW 2011, 820, 825 ff.

19 Das BKartA hatte für den als Minderheitsgesellschafter mit 17,5 % beteiligten Wettbewerber Xella einen wettbewerblich erheblichen Einfluss i. S. v. § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB ausgeschlossen und daher das Vorliegen eines Zusammenschlusstatbestandes verneint, BKartA, Beschl. v. 9.8.2006, B 1-116/04, Rn. 55, 87.

20 BGH, Beschl. v. 4.3.2008, KVZ 55/07, WuW/E DE-R 2361 ff. – *NordKS/Xella*; vgl. *Ulshöfer*, WuW 2011, 820, 824 ff.

21 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.7.2013, VI Kart 9/12 (V), NZKart 2013, 377 ff. – *Chemikalienhandel II*.

22 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.11.2013, VI-Kart 9/12 (V).

23 BKartA, Beschl. v. 12.11.2012, B3-19/08.

24 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.7.2013, VI Kart 9/12 (V), NZKart 2013, 377 ff. – *Chemikalienhandel II*.

25 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.11.2013, VI-Kart 9/12 (V).

26 Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind vom 5.3.2005, (2005/C 56/03, ABl. C 56/24), Rn. 36.

27 Vgl. auch BGH, Urt. v. 23.6.2009, KZR 58/07, WuW/E DE-R 2742, Rn. 21 – *Gratiszeitung Hallo*; ähnlich auch *Füller*, in *Kölnen Kommentar zum Kartellrecht*, 2017, Art. 101 AEUV Rn. 254.

28 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.7.2013, VI Kart 9/12 (V), NZKart 2013, 377 ff. – *Chemikalienhandel II*; vgl. BGH, Beschl. v. 1.12.1981, WuW/E BGH 1901, 1903 – *Transportbeton Vertrieb II*; *Zimmer*, in *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 4. Aufl. 2007, § 1 Rn. 336 f.; *Lindemann*, in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, Anh. zu § 1 GWB Rn.16.

allerdings zu einem anderen Ergebnis als das BKartA. Anders als das BKartA sieht das OLG Düsseldorf keinen Einigungszwang zwischen den mitbeherrschenden Müttern. Das BKartA hatte bei seiner Gesamtbetrachtung außer Acht gelassen, dass eine der Mütter vor wenigen Jahren einen Bonusantrag eingereicht hatte, mit der Folge der eigenen Bußgeldbefreiung und der Einleitung eines Kartellordnungs-widrigkeitenverfahrens gegen die andere Mutter. Damit war bei lebensnaher Betrachtung die Vertrauensbasis für eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens entfallen. Zudem hatte sich das BKartA mit substantiiertem Sachvortrag der Beteiligten, wonach zwischen den Müttern tatsächlich reger Wettbewerb herrschte, nicht ausreichend befasset. Im Ergebnis konnte die vom BKartA angenommene Regelerwartung damit jedenfalls nicht bestätigt werden.²⁹ Ein Verstoß gegen § 1 GWB und Art. 101 AEUV war insgesamt zu verneinen.³⁰

4. Folgen für gemeinsam beherrschte GU

Die CVH-Entscheidungen geben Anlass, bei gemeinsam beherrschten GU die vom BGH angenommene „Regelerwartung“ für eine Wettbewerbsbeschränkung bei Tätigsein der Mütter auf dem gleichen sachlichen und räumlichen Markt wie das GU nochmals genauer zu überdenken. In den Fällen gemeinsamer Beherrschung kommt eine Wettbewerbsbeschränkung im Vertikalverhältnis zwischen den Müttern und dem GU nach den Erkenntnissen aus der CVH-Rechtsprechung von vornherein nicht in Betracht. Selbst wenn es eine Wettbewerbsbeschränkung gäbe, so wäre sie jedenfalls kartellrechtlich hinzunehmen. Damit steht aber der vom BGH beschriebene Wirkmechanismus, bei dem das GU als „Scharnier“ fungiert, ganz grundsätzlich in Frage. Nach diesem Wirkmechanismus wird eine Wettbewerbsbeschränkung im Horizontalverhältnis zwischen den Müttern alleine und ausschließlich dadurch bewirkt, dass die – aus kaufmännisch vernünftiger Rücksichtnahme resultierende – Wettbewerbsbeschränkung im Vertikalverhältnis über das GU als „Scharnier“ auf das Horizontalverhältnis zwischen den Müttern übertragen wird. Allein die Rücksichtnahme im Vertikalverhältnis bewirkt also die Wettbewerbsbeschränkung im Horizontalverhältnis zwischen den Müttern. Wenn es aber eine Wettbewerbsbeschränkung im Vertikalverhältnis zwischen den Müttern und dem GU gar nicht gibt oder diese zumindest kartellrechtlich hinzunehmen ist, so kann sie auch nicht auf das Horizontalverhältnis übertragen werden oder muss zumindest auch dort hingenommen werden. Eine Wirkung, die aus einem kartellrechtlich hinzunehmenden Verhalten resultiert, kann ihrerseits kaum kartellrechtswidrig sein.

Das bedeutet nun nicht, dass ein gemeinsam beherrschtes GU nie gegen das Kartellverbot verstoßen könnte. Das würde auch nicht der europäischen Praxis zu Art. 2 Abs. 4 FKVO bzw. Art. 101 AEUV bei der Prüfung von gemeinsam kontrollierten GU entsprechen. Nur, der bisherige Begründungsansatz des BGH, wonach das GU als „Scharnier“ die aus kaufmännisch vernünftiger Rücksichtnahme abgeleitete Wettbewerbsbeschränkung im Vertikalverhältnis auf das Horizontalverhältnis zwischen den Müttern überträgt und allein daraus eine „Regelerwartung“ für eine Wettbewerbsbeschränkung im Horizontalverhältnis folgen soll, der taugt nicht mehr recht. Es reicht dann für die Bejahung einer Wettbewerbsbeschränkung im Horizontalverhältnis aber auch nicht aus, lediglich anhand einer Gesamtbetrachtung der wirtschaftlichen Auswirkungen und Zusammenhänge zu be-

urteilen, ob sich die – in Wahrheit gar nicht gegebene – Regelerwartung im Einzelfall bestätigt. Vielmehr ist es angezeigt und in Fällen gemeinschaftsweiter Bedeutung nach Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 sogar geboten, im Einklang mit der europäischen Entscheidungspraxis die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens auf Grundlage einer umfassenden Marktanalyse unter Berücksichtigung der Marktanteile, der wirtschaftlichen Bedeutung des GU, der Stärke der Wettbewerber, der Entwicklung des Marktes und eventueller Markteintrittsschranken positiv – und losgelöst von einer vermeintlichen Regelerwartung – zu begründen.³¹ Die Tätigkeit der Mütter auf demselben oder einem vor- oder nachgelagerten bzw. benachbarten Markt wie das GU („candidate markets“ i. S. v. Art. 2 Abs. 5, 1. Spiegelstrich FKVO) ist dann zwar eine notwendige Voraussetzung für eventuelle Koordinierungseffekte. Sie reicht aber nicht aus, um hieran eine besondere Wahrscheinlichkeit oder gar eine „Regelerwartung“ für eine Wettbewerbsbeschränkung im Verhältnis zwischen den Müttern zu knüpfen.³²

II. Rechtsfolgen eines Kartellverstoßes

1. Eingriffsbefugnisse des BKartA

Bei den Rechtsfolgen geht es zunächst darum, welche Eingriffsbefugnisse das BKartA nach Feststellung eines Kartellverstoßes hat. Der BGH hat in seiner Nord-KS Entscheidung festgestellt, dass das BKartA nicht einem oder mehreren Gesellschaftern aufgeben darf, aus dem GU auszuscheiden. Dies wäre eine strukturelle Maßnahme. Nach § 32 Abs. 1 Satz 2 GWB können strukturelle Maßnahmen aber nur angeordnet werden, wenn es keine verhaltensorientierten Maßnahmen gleicher Wirksamkeit gibt. Letzteres ist aber der Fall. Es reicht aus, den Kartellverstoß festzustellen und den Gesellschaftern die weitere Durchführung des Gesellschaftsvertrages zu untersagen. Es ist dann Sache der Gesellschafter selbst darüber zu entscheiden, wie der Kartellverstoß abgestellt werden soll.³³

2. Zivilrechtliche Konsequenzen

Die zivilrechtlichen Konsequenzen eines Kartellverstoßes sind gravierend. Die Kartellrechtswidrigkeit des GU führt über §§ 1 GWB, 134 BGB zur Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages. Bei einer Vielzahl von GU mit Beteiligung von Wettbewerbern handelt es aber sich aber typischer Weise um Personengesellschaften. Und bei Personengesellschaften führt die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags zugleich dazu, dass die Gesellschaft als von Anfang an nicht existent anzusehen ist. Insofern ist die Rechtslage anders als bei Kapitalgesellschaften. Bei Kapitalgesellschaften führt die Kartellrechtswidrigkeit des Gesellschaftsvertrages nicht automatisch zur Nichtigkeit der Gesellschaft. Sie führt nur dazu, dass die Gesellschaft durch Gestaltungsurteil für die Zukunft für nichtig erklärt werden kann.³⁴

29 *Maritzen*, in Kölner Kommentar zum Kartellrecht, 2017, § 1 GWB Rn. 592.

30 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.7.2013, VI Kart 9/12 (V), NZKart 2013, 377 ff. – *Chemikalienhandel II*.

31 Vgl. *Schroeder*, in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl. 2016, § 9 Rn. 52 ff. m. w. N., Rn. 83.

32 Vgl. *Schroeder*, in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl. 2016, § 9 Rn. 47 m. w. N.; *Schütz*, in Kölner Kommentar, 2013, Art. 2 FKVO Rn. 217, 219; vgl. *Bien*, NZKart 2014, 247, 249.

33 BGH, Beschl. v. 4.3.2008, KVZ 55/07, WuW/E DE-R 2361 ff. – *NordKS/Xella*.

34 §§ 75 ff. GmbHG, §§ 275 ff. AktG, §§ 94 ff. GenG.

Die gesetzliche Lösung für Kapitalgesellschaften kann zwar über die gewohnheitsrechtlich anerkannte „*Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft*“ auf Personengesellschaften übertragen werden. Es liegt unstreitig im Interesse des Rechtsverkehrs, dass eine Gesellschaft, die Vermögen gebildet hat und im Rechtsverkehr aufgetreten ist, nicht mit Wirkung ex tunc von der Bildfläche verschwindet.³⁵ Allerdings ist die Nord-KS-Entscheidung von vielen dahin verstanden worden, dass der BGH die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auf kartellrechtswidrige Personengesellschaften ablehnt, und zwar nicht nur – wie bisher – für kartellrechtswidrige Innengesellschaften, sondern nunmehr auch für Außengesellschaften.³⁶ Ob diese Interpretation vor dem Hintergrund des eingeschränkten Prüfungsumfanges einer Nichtzulassungsbeschwerde nach § 74 Abs. 2 GWB, welcher der NordKS Entscheidung zu Grunde lag, revisionsrechtlich richtig ist, kann mit guten Gründen hinterfragt werden. Letztlich musste der BGH im Rahmen des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens nicht über das Schicksal einer kartellrechtswidrigen Personengesellschaft entscheiden. Stattdessen musste er nur darüber entscheiden, ob das BKartA einem Gesellschafter das Ausscheiden aus der kartellrechtswidrigen bzw. nach dem Beitritt des Minderheitsgesellschafters kartellrechtswidrig gewordenen Gesellschaft aufgeben durfte. Bei der Entscheidung dieser Frage konnte der BGH die vom OLG Düsseldorf festgestellte Nichtexistenz der Gesellschaft nach § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO als gegeben unterstellen. Dass ein Ausscheiden aus einer nicht-existenten Gesellschaft nicht angeordnet werden kann, versteht sich dann aber von selbst.³⁷ Dies mag auch erklären, weshalb sich der BGH in seiner Nord-KS Entscheidung mit keinem Wort mit der Anwendbarkeit der Lehre über die fehlerhafte Gesellschaft auseinander setzt, sondern lediglich referiert, dass das Beschwerdegericht die Nord-KS als mangels eines wirksamen Gesellschaftsvertrages nicht (auch nicht als fehlerhafte Gesellschaft) existent angesehen habe, weshalb für ein Ausscheiden aus der Gesellschaft von vornherein kein Raum war.³⁸

Damit ist die Diskussion über die zivilrechtlichen Konsequenzen auch nach der Nord-KS Entscheidung weiter zu führen. Das gilt sowohl für das kartellrechtswidrige GU selbst als auch für den kartellrechtswidrigen Beitritt zu einem GU.³⁹ In der Sache steht der Anwendbarkeit der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft kaum etwas entgegen. Das Kartellverbot richtet sich nicht gegen den kartellrechtsneutralen Gesellschaftsvertrag und auch nicht gegen die Existenz der Gesellschaft als solcher.⁴⁰ Es richtet sich gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die aus der Durchführung des Gesellschaftsvertrages resultieren. Dem Schutz des Wettbewerbs ist genügt, wenn die Durchführung des Gesellschaftsvertrages für die Zukunft untersagt wird. Die nachträgliche Nichtexistenz des GU ist für den Schutz des Wettbewerbs weder erforderlich noch geeignet, denn der in der Vergangenheit beschränkte Wettbewerb lässt sich dadurch nicht rückwirkend wieder herstellen.⁴¹

III. Zur Praxis des BKartA nach den Sektoruntersuchungen

Das BKartA hatte seine Sektoruntersuchung Walzasphalt im Juni 2010 eingeleitet. Anlass war die im Rahmen von Fusionskontrollverfahren gewonnene Erkenntnis, dass auf dem Walzasphaltmarkt überproportional viele GU anzutreffen waren, an denen jeweils mehrere Wettbewerber beteiligt waren. Rund 133 der 207 Betreibergesellschaften von Asphalt-

mischwerken in Deutschland waren GU, die damit rund die Hälfte (271) der erfassten 541 Asphaltmischwerke betrieben. An 126 der 207 Betreibergesellschaften wiederum waren Unternehmen der sogenannten G4-Gruppe beteiligt, häufig über eine Kette von Zwischengesellschaften.⁴²

1. Praxis zur Tatbestandsseite

Das BKartA geht in seinem Abschlussbericht der Sektoruntersuchung Walzasphalt „*Unternehmensverflechtungen in Form von Gemeinschaftsunternehmen*“ von einer neu entwickelten „*typisierenden*“ Betrachtung aus, die „*in ihrem Ausgangspunkt letztlich auch*“ auf der Rechtsprechung des BGH beruht.⁴³ Als kartellrechtlich kritische *Typ A Fälle* werden danach in Orientierung an der gefestigten Rechtsprechung des BGH solche GU eingeordnet, bei denen zwei oder mehr Gesellschafter unmittelbar oder über nach § 36 Abs. 2 GWB verbundene Unternehmen auf demselben sachlich und räumlich relevanten Markt wie das GU tätig sind. Allerdings spricht das BKartA nicht von einer „*Regelerwartung*“, sondern von einer „*Regelvermutung*“.⁴⁴

Zudem wird die Regelerwartung des BGH in ihrem Anwendungsbereich ausgeweitet. Als kartellrechtlich kritisch gesehen werden auch die sogenannten *Typ B Fälle*. Das sind GU, bei denen einzelne Voraussetzungen der Regelerwartung des BGH nicht erfüllt sind.

Im *Unterfall B1* ist nur ein Gesellschafter selbst auf dem Markt des GU tätig. Ein weiterer Gesellschafter ist dort nur über eine von ihm nicht beherrschte Beteiligungsgesellschaft tätig. Das BKartA geht hier ebenfalls von einer Gesamtbetrachtung der wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhänge „*wie bei der Regelvermutung*“ aus. Allerdings soll bei der gebotenen Gesamtbetrachtung anhand der Einflussmöglichkeiten (z. B. wettbewerblich erheblicher Einfluss), dem strategischen Interesse und der wirtschaftlichen Bedeutung der betroffenen Beteiligungsgesellschaft besonders zu prüfen sein, ob eine „*vergleichbare Interessenlage*“ zum Fall der Beherrschung der Beteiligungsgesellschaft im *Typ A Fall* gegeben ist.⁴⁵

Im *Unterfall B2* ist nur ein Gesellschafter auf demselben räumlichen Markt des GU tätig. Ein weiterer Gesellschafter ist nur auf einem räumlich eng benachbarten Markt tätig. Er soll damit nicht als tatsächlicher Wettbewerber, sondern nur als potentieller Wettbewerber anzusehen sein. Ein solches potentielles Wettbewerbsverhältnis soll insbesondere dann anzunehmen sein, wenn andere Wettbewerber, die an dem GU nicht beteiligt sind und mit ihrem Werk in etwa die gleiche Entfernung zum Marktgebiet des GU haben, in das Marktgebiet des GU einliefern. In diesem Fall soll zu prüfen sein, ob die Nichteinlieferung aufgrund einer unternehmerisch

35 K. Schmidt, in Münchener Kommentar, Handelsgesetzbuch, §§ 105-160, 4. Aufl. 2016, § 105 Rn.229 ff.; ders., Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 6 I., S. 136 ff.; Ulshöfer, WuW 2011, 820, 827 m. w. N.

36 Wessels, ZIP 2014, 101 ff.; Theurer, BB 2013, 137 ff.; kritisch K. Schmidt, BB 2014, 515 ff.

37 Wessels, ZIP 2014, 101, 108.

38 BGH, Beschl. v. 4.3.2008, KVZ 55/07, WuW/E DE-R 2361 ff. – NordKS/Xella, Rn.16.

39 K. Schmidt, BB 2014, 515 ff.; Ulshöfer, WuW 2011, 820, 830.

40 Vgl. K. Schmidt, in Münchener Kommentar, Handelsgesetzbuch, §§ 105-160, 4. Aufl. 2016, § 105 Rn.243 m. w. N. auch zur a. A.

41 Ulshöfer, WuW 2011, 820, 829 f.

42 Abschlussbericht gemäß § 32 e GWB – September 2012, S. 3 ff., S. 10 ff.

43 Abschlussbericht, a. a. O., S. 67 Rn.150.

44 Abschlussbericht, a. a. O., S. 68 Rn.151, S. 71 Rn.160.

45 Abschlussbericht, a. a. O., S. 80, Rn.183.

zweckmäßigen Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens erfolgt oder gar infolge der Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes. Letzteres soll dann in jedem Fall als unzulässige Beschränkung des potentiellen Wettbewerbes anzusehen sein.⁴⁶

Im *Unterfall B3* schließlich ist keiner der Gesellschafter auf dem Markt des GU tätig. Die Gesellschafter sind auch nicht in räumlich eng benachbarten Märkten tätig. Sie treffen aber auf anderen räumlichen Märkten als Wettbewerber aufeinander. Das BKartA erkennt zwar durchaus an, dass eine Koordinierungswahrscheinlichkeit hier nicht aus dem wirtschaftlichen Interesse der Gesellschafter an dem GU abgeleitet werden kann. Spill-Over-Effekte auf Drittmärkten sollen aber aus einem „*übergeordneten gemeinsamen Interesse*“ und der „*gemeinsamen unternehmerischen Verantwortung*“ folgen. Zudem besteht nach Einschätzung des BKartA regelmäßig ein Interesse, die „*vertrauensvolle Zusammenarbeit*“ in einem GU nicht durch Konflikte in anderen Märkten zu gefährden.⁴⁷

Als kartellrechtlich ebenfalls problematische *Typ C Fälle* wurden zuletzt solche GU eingeordnet, bei denen nach den im Rahmen der Sektoruntersuchung übersandten Protokollen über Gesellschafterversammlungen tatsächlich ein „*regger*“ Informationsfluss vom GU zu aktuellen und detaillierten Geschäftsergebnissen, zur künftigen Preisgestaltung und zur Strategie bei Ausschreibungen stattfand, auch wenn dies im Rahmen der Wahrnehmung von gesellschaftsrechtlichen Informationsrechten geschah.⁴⁸ Die danach verbliebenen wenigen GU wurden als unproblematische *Typ U Fälle* klassifiziert.

Die Regelvermutung sah das BKartA aufgrund einer Gesamtbetrachtung der wirtschaftlichen Bedeutung des GU, des strategischen Interesses und des konkreten Marktkontextes letztlich in allen Fällen als bestätigt an. Es hält diese Prüfungskriterien auch auf die *Typ B Fälle* für übertragbar.⁴⁹

2. Praxis zur Rechtsfolgenseite

Bedingt durch die Nord-KS-Rechtsprechung konnte das BKartA keine konkreten Vorgaben zur Art und Weise der Auflösung der problematischen GU machen. Verfahrensmäßig hatte das Amt deshalb zunächst einmal alle „*kritischen*“ GU der Typen A bis C sowie sämtliche GU-Gesellschafter angeschrieben. Den Geschäftsführern der betroffenen GU und deren Teilhabern wurden die vorläufigen kartellrechtlichen Bedenken mitgeteilt mit der Bitte innerhalb von drei Monaten ihrerseits mitzuteilen, ob Bereitschaft zur freiwilligen Beseitigung der kartellrechtlichen Bedenken besteht. Wenn ja, sollten die Unternehmen innerhalb weiterer 6 Monate einen unter allen Beteiligten abgestimmten und zielführenden Entflechtungsplan vorlegen. Dieser sollte dann innerhalb eines weiteren Jahres vollständig umgesetzt worden sein. Für den Fall, dass es nicht zu einer eigenverantwortlichen Entflechtung kommen sollte, wurden im Abschlussbericht vorsorglich verwaltungsrechtliche Zwangsmaßnahmen, die Einleitung von Bußgeldverfahren oder eine Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB in Aussicht gestellt.⁵⁰

Bis Juli 2015 wurden gegen 104 der rund 130 untersuchten GU Entflechtungsverfahren geführt. Diese führten nach teilweise kontroversen Verhandlungen mit dem BKartA, wechselseitigen Bonusanträgen und verschiedenen zivilgerichtlichen Streitigkeiten unter den Gesellschaftern zur – teilweise ihrerseits der Fusionskontrolle unterliegenden – Entflechtung

von 57 GU des Typs A, 8 GU des Typs B1, 3 GU des Typs B2 oder B3 und weiteren 9 GU des Typs C.⁵¹ Dabei bedeutet „Entflechtung“ nicht unbedingt die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft. Es wurden eine Reihe von mildereren Entflechtungsmaßnahmen akzeptiert, wie z. B. das Ausscheiden eines oder mehrerer Gesellschafter, die Trennung der Gesellschaft in eine Vertriebs- und eine Betriebsgesellschaft unter Beibehaltung des Gesellschafterkreises, die Stilllegung einzelner Werke oder auch andere Entflechtungsmaßnahmen.⁵²

3. Fortführung der Praxis im Rahmen der Sektoruntersuchung Transportbeton und Zement

Im Rahmen seiner Sektoruntersuchung Transportbeton und Zement legt das BKartA die zur Sektoruntersuchung Walzasphalt entwickelte Typisierung erneut zu Grunde.⁵³ Es hat vorläufig 58 Betreibergesellschaften von Transportbetonwerken sowie 2 Betreibergesellschaften von Zementwerken identifiziert, die als Typ A oder B Fall zu klassifizieren und damit kartellrechtlich bedenklich sind.⁵⁴ Auch hier ist nach dem Vorbild im Walzasphaltbereich mit der Einleitung von Verfahren zu rechnen, wobei zielführende Entflechtungsmaßnahmen der Betroffenen Vorrang vor einem Eingreifen des BKartA haben sollen.⁵⁵

IV. Bewertung und Ausblick

Die Praxis des BKartA im Rahmen der Sektorenuntersuchungen Walzasphalt, Transportbeton und Zement ist nicht frei von rechtlichen Zweifeln. Das betrifft insbesondere folgende Punkte:

1. Das BKartA fordert auch im häufigen Fall der GmbH & Co.KG nicht nur die Gesellschafter, sondern regelmäßig auch das betroffenen GU selbst bzw. den Geschäftsführer der Komplementärgesellschaft zur Abstellung des Kartellverstoßes auf. Das ist nicht frei von Widersprüchen. Unterstellt, dass der Vorwurf des Kartellverstoßes zutrifft und die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft nicht Platz greift, wovon das BKartA an anderer Stelle aber ausgeht, kommuniziert das BKartA mit einem rechtlichen „Nullum“, das schwerlich Adressat einer Verfügung oder gar eines Bußgeldbescheides sein kann.⁵⁶
2. Das BKartA belässt es im Fall der Präsenz zweier Mütter auf dem Markt des GU nicht bei der „Regelerwartung“ des BGH für eine Wettbewerbsbeschränkung. Sowohl terminologisch als auch in der praktischen Rechtsanwendung wird die Regelerwartung stattdessen in die Richtung einer rechtlichen Vermutung verschoben. Es ist aber etwas grundsätzlich Anderes, ob die Kartellbehörde eine „Regelerwartung“ für eine Wettbewerbsbeschränkung positiv zu bestätigen hat oder ob es den betroffenen Unternehmen im Sinne eine rechtlichen Vermutung aufgelastet wird, den Gegenbeweis für das Ausbleiben einer Wettbewerbsbeschränkung zu führen.⁵⁷

46 Abschlussbericht, a. a. O., S. 80, Rn.187.

47 Abschlussbericht, a. a. O., S. 80, Rn.191.

48 Abschlussbericht, a. a. O., S. 89, Rn.205, 215.

49 Entflechtungsbericht vom Juli 2015, Rn. 80.

50 Abschlussbericht, a. a. O., S. 106, Rn.245 ff.

51 Entflechtungsbericht, Rn. 2, 73.

52 Entflechtungsbericht, Rn. 33 ff., 42.

53 Abschlussbericht gemäß § 32 e GWB – Juli 2017, Rn. 9, Rn. 490 ff., Rn. 504 ff.

54 Abschlussbericht, a. a. O., Rn. 515 ff., Rn. 518 ff.

55 Abschlussbericht, a. a. O., Rn. 17, Rn. 537 ff.

56 Vgl. K. Schmidt, BB 2014, 515, 520.

57 Vgl. Müller-Feldhammer, WuW 2015, 133, 139.

3. Zudem weitet das BKartA die Regelerwartung auf die sogenannten Typ B 1 bis 3 Fälle aus. Die vom BGH formulierte Regelerwartung konnte mit der Erfahrungstatsache begründet werden, dass sich Unternehmen im allgemeinen kaufmännisch vernünftig verhalten und es jedenfalls ab einer bestimmten Höhe der Kapitalbeteiligung nicht mehr kaufmännischer Vernunft entspricht, dem eigenen Beteiligungsunternehmen Preiswettbewerb zu machen. Wie das BKartA selbst konstatiert, lässt sich die Ausweitung der Regelerwartung auf die Typ B Fälle aber gerade nicht mehr mit der Erfahrungstatsache kaufmännischer Vernunft begründen. Besonders kritisch ist insoweit die Erwartung einer Koordinierung auf Drittmarkten beim Typ B3. Kaufmännisch vernünftig ist diese nicht. Hier unterstellt das BKartA aber ein „*übergeordnetes Interesse der Gesellschafter*“ an einer gegenseitigen Rücksichtnahme. Ein derartiges übergeordnetes Interesse mag es im Einzelfall geben. Um eine allgemeine Erfahrungstatsache handelt es sich aber nicht.⁵⁸ Die Konstellation der CVH-Entscheidung, in der ein Gesellschafter den anderen mit einem Kronzeugenantrag überzieht, spricht insoweit für sich.
4. Es bleibt zu diskutieren, welchen gesellschaftsrechtlichen Einfluss die Beteiligung an einem GU mindestens vermitteln muss, damit eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens vernünftiger Weise zu erwarten ist. Bislang konnte das BKartA offen lassen, ob es auch Beteiligungen unterhalb der Schwelle des wettbewerblich erheblichen Einflusses als ausreichend erachtet. Ausgeschlossen hat es dies in seinem Entflechtungsbericht Walzasphalt aber jedenfalls nicht.
5. Zu klären ist schließlich der Umgang des BKartA mit gemeinsam beherrschten GU, bei denen sich die Regelerwartung für eine Wettbewerbsbeschränkung bei Wei-

terdenken der CVH-Rechtsprechung kaum mehr über die „Scharnier“-Funktion des GU begründen lässt. Im Rahmen der Sektoruntersuchung Walzasphalt wurden auf Grundlage der vom BKartA dennoch angenommenen „Regelvermutung“ 10 GU entflochten, die von Wettbewerbern gemeinsam beherrscht wurden.⁵⁹ Das BKartA lehnt die CVH-Entscheidungen des OLG Düsseldorf in seinem Entflechtungsbericht Walzasphalt ganz explizit ab. Anders als das OLG Düsseldorf geht es davon aus, dass es keine das Kartellverbot verdrängenden gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten der Mütter zugunsten des GU gibt und misst offenbar auch der Ausübung gesellschaftsrechtlicher Leitungsmacht keine Bedeutung für die kartellrechtliche Beurteilung zu.⁶⁰ Dies steht in greifbarem Widerspruch zur Anerkennung des Konzernprivilegs bei gemeinsamer Kontrolle in den Fällen des tatsächlichen Informationsaustausches und ist im Geltungsbereich des Vorranges des Gemeinschaftsrechtes nach Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 kaum vertretbar.⁶¹ Wie die Gerichte sich hierzu im Fall einer erneuten Befassung verhalten werden, bleibt abzuwarten. Zum Schwur kommt es insbesondere in den bei enger räumlicher Marktabgrenzung nicht seltenen Fällen, in denen sich ein grundsätzlich beschränkbares aktuelles oder potentielles Wettbewerbsverhältnis nur zwischen den jeweiligen Müttern und dem Gemeinschaftsunternehmen feststellen lässt, nicht aber zwischen den Müttern untereinander. Richtiger Weise scheidet die Anwendung des Kartellverbotes in dieser Konstellation von vornherein aus. ■

58 Vgl. Müller-Feldhammer, WuW 2015, 133 ff., 138.

59 Entflechtungsbericht, Rn. 103.

60 Entflechtungsbericht, Rn. 106, Fn. 69.

61 Vgl. Entflechtungsbericht, Rn. 74.

Dr. Lilly Fiedler und Ass. iur. Mariya Serafimova, Berlin*

Wer sucht, der findet (wenn er kann): Preisvergleichsmaschinenverbot im selektiven Vertriebssystem nach „ASICS“

Die umstrittene Frage, ob Hersteller autorisierten Händlern in einem selektiven Vertriebssystem vertraglich ein pauschales Verbot der Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen auferlegen dürfen, ist durch den BGH in der ASICS-Entscheidung¹ höchstrichterlich beantwortet worden. Die Entscheidung fügt sich in die fortlaufende Diskussion über die Zulässigkeit von Beschränkungen des Onlinehandels im selektiven Vertriebssystem ein. Der BGH hat sich zum ersten Mal zu der kartellrechtlichen Beurteilung von Verboten von Preisvergleichsmaschinen geäußert. Ein Per-se-Verbot der Unterstützung der Funktionalität von Preisvergleichsmaschinen, unabhängig von deren konkreter Ausgestaltung stellt eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar und ist als Kernbeschränkung nach Art. 4 lit. c) Vertikal-GVO nicht gruppenfreistellungsfähig.

I. Einleitung

Für Händler gibt es im Wesentlichen drei praktische Möglichkeiten, auf das eigene Angebot in der breiten Masse an Produkten im Internet aufmerksam zu machen: die Bewerbung der Ware auf großen Marktplätzen wie Amazon und

Alibaba, der Einsatz von Bannerwerbung etwa bei der Nutzung des Internets und in sozialen Netzwerken (*Display Advertising*) sowie die klassische Suchmaschinenwerbung (*Search Engine Advertising*).² Letztere umfasst insbesondere die Inanspruchnahme von Diensten wie Google AdWords, Suchmaschinenoptimierung zur Aufbesserung der eigenen Webseite sowie die Nutzung von Preisvergleichsmaschinen.

Preisvergleichsmaschinen (bzw. Preisvergleichsportale) sind Webseiten oder Apps, mithilfe derer Kunden gezielt nach Produkten suchen, Preise bei mehreren Händlern vergleichen und mit Produktangeboten verlinken können.³ Im Gegensatz zu Onlinemarktplätzen findet keine direkte Transaktion

* Dr. Lilly Fiedler ist Rechtsanwältin, Ass. iur. Mariya Serafimova juristische Mitarbeiterin im Berliner Büro von Freshfields Bruckhaus Deringer LLP. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung der Autorinnen wieder.

1 BGH, Beschluss v. 12.12.2017, KVZ 41/17, NZKart 2018, 96.

2 BKartA, Online-Werbung, Schriftenreihe „Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft“, Februar 2018, S. 4 f.

3 Europäische Kommission, Commission Staff Working Document zum Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel v. 10.5.2017, Rn. 116.