Aufsätze

Caroline Alice Schmitt-Mücke, Greifswald*

Kartellverbot und Fusionstatbestände – zur Abgrenzung der §§ 1 ff., 35 ff. GWB voneinander

Die Arbeit setzt sich mit den seltenen Fällen der tatbestandlichen Überschneidung von Kartellverbot und Fusionskontrolle auseinander, welche in der Praxis sehr bedeutsam sind. Im Versuch abstrakte Abgrenzungskriterien zu finden, fällt dabei ein besonderes Augenmerk auf Gemeinschaftsunternehmen und Gleichordnungskonzerne.

I. Einleitung

Die Auseinandersetzung mit dem Verhältnis von Kartellverbot (§§ 1 GWB[1] ff.) und Zusammenschlusskontrolle (§§ 35 ff.)[2] ist kein neues Phänomen. Bereits vor Einführung der Zusammenschlusskontrolle im GWB 1973 stellten sich Fragen über die Anwendung von § 1 bei Unternehmenszusammenschlüssen.[3] Trotz deren offenkundiger Divergenz ist ihr Verhältnis in der deutschen Rechtspraxis bis heute nicht vollends geklärt. Vor allem im Zuge der Globalisierung und Internationalisierung haben sich über die Jahre Formen der Unternehmenskooperationen herausgebildet, welche die scheinbar klaren systematischen Trennlinien dieser Tatbestände verwischen lassen.

1. Grundgedanken und Wertungsunterschiede

Das Kartellverbot und die Zusammenschlusskontrolle besitzen diametrale Grundgedanken: Kartelle sind grundsätzlich nicht gewünscht, wohingegen Zusammenschlüsse mitunter gebilligt werden und daher eher zulässig sind.[4] Die Zusammenschlusskontrolle schützt die Marktstruktur vor dem Entstehen von marktbeherrschenden Unternehmenseinheiten, das Kartellverbot schützt die wettbewerbsrechtliche Handlungsfreiheit vor wettbewerbsschädlichem Marktverhalten.[5] Aus diesen Wertungsunterschieden erwachsen unweigerlich zwei Fragen für eine denkbare Abgrenzung: Wo liegen Überschneidungen der Tatbestände in faktischen Vorgängen, damit eine Differenzierung erst möglich ist, und wie sind diese im Verhältnis zueinander zu behandeln? Stellt man die beiden Tatbestände gegenüber, so finden sich wenig kritische Überschneidungen: Da aus den klassischen Konzentrationsvorgängen, wie beispielsweise der Fusion, häufig ein neues einzelnes Unternehmen resultiert, § 1 jedoch Verhaltensabsprachen zwischen zwei selbstständigen Unternehmen fordert, ist das Kartellverbot zumeist allein tatbestandlich nicht anwendbar.[6]

2. Problemaufriss

Problematisch und hoch praxisrelevant sind jedoch Konzentrationsvorgänge, welche abstimmungsgeeignet sind und keine Unternehmenseinheit zur Folge haben. Gemeint sind Formen der unternehmerischen Zusammenarbeit, welche sowohl Elemente eines Kartells als auch eines Zusammenschlusses besitzen.[7] Zum einen dienen diese der Konzentration von Marktmacht, sodass sie als Zusammenschluss i.S.v. §§ 35 ff. gewertet werden, zum anderen kann deren Verbindung so lose sein, dass sie eine gewisse Selbstständigkeit erhalten und eine Koordinierung von Marktverhalten möglich bleibt.[8] Insbesondere ist dies bei Gemeinschaftsunternehmen der Fall, d.h. bei projektbezogenen Unternehmungen, welche von mehreren rechtlich und wirtschaftlich autonom agierenden Mutterunternehmen kurzfristig gegründet werden.[9] Ein gleichartiges Problem stellt sich bei Gleichordnungskonzernen, welche rechtlich und wirtschaftlich selbstständige Unternehmen unter einer einheitlichen Leitung zusammenfassen und grundsätzlich i.S.v. § 36 Abs. 2 eine Unternehmenseinheit *de iure* bilden.[10] Solche Zwitterkonstellationen verlangen nach Grundsätzen zum Konkurrenzverhältnis dieser Tatbestände sowie klaren Abgrenzungskriterien für diese. Im Folgenden wird

* Stud. jur. *Caroline Alice Schmitt-Mücke* studiert im 9. Fachsemester Rechtswissenschaften an der Universität Greifswald. Der Beitrag entstand als Studienarbeit im Wintersemester 2016/17 im Schwerpunktbereich „Recht der Wirtschaft“ bei Prof. Dr. *Axel Beater* und wurde mit 13,5 Punkten bewertet.

1 §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

2 Im Folgenden wird nur von einer Zusammenschlusskontrolle gesprochen. Die gängige Formulierung „Fusionskontrolle“ ist irreführend, da eine rechtliche Fusion den gesellschaftsrechtlichen Vorgang der Verschmelzung zweier Unternehmen meint, folglich höchstens § 37 I Nr. 1 GWB umfasst und nicht alle Tatbestände eines Zusammenschlusses, siehe *Riesenkampff/Steinbarth*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht (Kommentar), 3. Aufl. 2016, FKVO, Art. 3 Rn. 14.

3 *Benisch*, Verhältnis von Kartellverbot und Fusionskontrolle, in: Löwisch (Hrsg.), Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag, 1991, 17 (17 f.).

4 *Benisch*, FS Rittner (Fn. 3), 17 (18).

5 *Benisch*, FS Rittner (Fn. 3), 17 (18); *Crede*, in: Schulte, Handbuch der Fusionskontrolle, 1. Aufl. 2005, 158 f.

6 *Huber*, Zur kartellrechtlichen Problematik der Zusammenfassung von Konzernunternehmen unter einer einheitlichen Leitung im Sinne des § 18 AktG, ZHR 131 (1968), 193 (194).

7 *Bunte*, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1, 11. Aufl. 2010, § 1 Rn. 259.

8 *Schröder*, Die Anwendung des Kartellverbots auf verbundene Unternehmen, WuW 1988, 274 (276).

9 Bunte, in: Langen/Bunte (Fn. 7), § 1 Rn. 259.

10 *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht (Kommentar), 8. Aufl. 2016, AktG, § 18 Rn. 25.

versucht, an Lösungsansätze der deutschen Rechtspraxis und Lehre in einem Dreischritt heranzuführen und diese zu evaluieren: Zunächst sollen die Prinzipien und Unterschiede von Kartellverbot und Zusammenschlusskontrolle dargestellt werden (II.). In einem zweiten Schritt sollen mögliche tatbestandliche Überschneidungen und Grundsätze der Konkurrenz herausgearbeitet werden (III.), um im letzten Schritt anhand dieser Grundsätze der Rechtspraxis mögliche Abgrenzungskriterien von §§ 1 ff. und §§ 35 ff. bei Gemeinschaftsunternehmen und Gleichordnungskonzernen zu finden und zu diskutieren (IV.).

II. Prinzipien und Unterschiede der Tatbestände

Zunächst sind die einzelnen Tatbestände zu definieren und ihre Unterschiede herauszuarbeiten, um diese abgrenzen zu können.

1. Das Kartellverbot, § 1

a) Schutzzweck

Das Kartellverbot schützt vor wettbewerbsschädlichem Marktverhalten durch Abstimmungen einzelner Marktteilnehmer. Zum einen umfasst dieser Schutz die Institution des Wettbewerbs an sich, d.h. die Gewährleistung bestimmter Wettbewerbsfunktionen am entsprechenden Markt wie Angebot und Nachfrage. Zum anderen schützt § 1 die wettbewerbliche Handlungsfreiheit der einzelnen Marktbeteiligten.[11]

b) Systematik

§ 1 folgt einem Verbotsprinzip[12] und verbietet alle gegenseitigen Maßnahmen zwischen Unternehmen, die den Wettbewerb schädigen bzw. untereinander ausschließen, sog. Kartelle.[13] Solche sind, als gefährlichste Form der Wettbewerbsbeschränkung, vom Gesetzgeber grundsätzlich nicht gewollt[14] und werden mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit nach § 134 BGB sanktioniert.[15] Legalausnahmen sind nur den Freistellungstatbeständen der §§ 2 ff. vorbehalten, sofern bestimmte positive Effekte aus einem Kartell erwachsen können (§ 2 Abs. 1), oder branchenspezifische Privilegierungen, u.a. von Presseunternehmen (§ 30), vom Gesetzgeber vorgesehen sind.[16]

c) Tatbestandsmerkmale des Kartellverbots

aa) Maßnahmen zwischen Unternehmen

§ 1 umfasst wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen.[17] Gemeint ist damit jedwede Form der gegenseitigen Koordination von Marktverhalten zum Zweck der Beschränkung des Wettbewerbs. Dies kann durch Vertrag,[18] verbandsrechtliche Willensbildung, wie Rechtsakte,[19] oder Verabredung eines bestimmten Verhaltens ohne rechtliche Verpflichtung geschehen.[20] Mithin mag es schwierig sein, zwischen diesen Merkmalen Abstufungen zu treffen, wobei wesentlich ist, dass den Parteien ein gemeinsamer Wille zugrunde liegt, sich in einer bestimmten Weise auf dem Markt zu verhalten.[21] Diese Parteien müssen zwei selbstständige Unternehmen i.S.d. Kartellrechts sein.[22] Der Unternehmensbegriff ist im GWB selbst nicht, aber durch die Rechtsprechung definiert worden:[23] Danach ist eine selbstständige Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr erforderlich, die auf den Austausch von Waren oder gewerblichen Leistungen gerichtet ist und sich nicht auf den privaten Lebensbedarf beschränkt.[24] Markant ist dabei die unternehmerische Selbstständigkeit, für welche ein Unternehmen sein Marktverhalten eigenständig bestimmen können muss.[25]

bb) Bewirken oder Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung

Die Abstimmung muss ferner eine Wettbewerbsbeschränkung subjektiv zum Zweck haben oder objektiv bewirken,[26] welche sich spürbar am relevanten Markt niederschlägt.[27] Eine Wettbewerbsbeschränkung meint jegliche Einschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer.[28] Eine solche ist „bezweckt", wenn bei Abstimmungen anzunehmen ist,[29] dass diesen eine wettbewerbsbeschränkende Zielsetzung objektiv zugrunde liegt.[30] Maßgeblich ist dabei nicht der subjektive Wille der Parteien, sondern die objektive Auswirkung auf den Markt, welche aus der Vereinbarung bei kaufmännisch rationalem Verhalten zu erwarten sind.[31] Lässt sich ein solcher kartellwidriger Zweck nicht ermitteln, ist

11 *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht (Kommentar), Bd. II/Teil 1, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen §§ 1-96, 130, 131, 5. Aufl. 2014, § 1 Rn. 12.

12 *Bunte*, in: Langen/Bunte (Fn. 7), § 1 Rn. 13; *Glöckner*, Kartellrecht, 2012, Rn. 379.

13 *Emmerich*, Kartellrecht, 13. Aufl. 2014, § 21 Rn. 10.

14 Begr. z. RegE GWB, BT-Drs. II/1158, S. 25.

15 Begr. z. RegE GWB, BT-Drs. 15/3640, S. 44; *Lettl*, Kartellrecht, 3. Aufl. 2013, § 8 Rn. 42.

16 Vgl. Begr. z. RegE GWB, BT-Drs. 15/3640, S. 24 f., 44 f.

17 Vgl. § 1 GWB.

18 *Emmerich*, Kartellrecht (Fn. 13), § 4 Rn. 3.

19 *Bosch*, in: Bechtold/Bosch, Kartellgesetz: GWB (Kommentar), 8. Aufl. 2015, § 1 Rn. 20.

20 *Bosch*, in: Bechtold/Bosch (Fn. 19), § 1 Rn. 24.

21 *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 11), § 1 Rn. 93.

22 *Bosch*, in: Bechtold/Bosch (Fn. 19), § 1 Rn. 28; *Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl. 2008, § 3 Rn. 2.

23 *Bosch*, in: Bechtold/Bosch (Fn. 19), § 1 Rn. 7.

24 BGHZ 199, 1 (6) – *VBL-Gegenwert.*

25 *Bosch*, in: Bechtold/Bosch (Fn. 19), § 1 Rn. 29.

26 *Bosch*, in: Bechtold/Bosch (Fn. 19), § 1 Rn. 36.

27 *Bosch*, in: Bechtold/Bosch (Fn. 19), § 1 Rn. 40.

28 BGHZ 36, 105 (110) – *Speditionswerbung.*

29 *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 11), § 1 Rn. 130.

30 BGH, WuW/E BGH 2285 (2288) – *Spielkarten.*

31 *Bosch*, in: Bechtold/Bosch (Fn. 19), § 1 Rn. 36.

unter Würdigung der Gesamtumstände des Einzelfalls zu entscheiden, ob die Maßnahme wettbewerbsbeschränkende Effekte „bewirken" kann.[32] Die Spürbarkeit richtet sich dabei nach der Art und Schwere der Beschränkungen, wobei die gemeinsamen Marktanteile der Unternehmen als Indiz hinzugezogen werden.[33]

2. Die Zusammenschlusskontrolle, §§ 35 ff.

a) Schutzzweck

Die Zusammenschlusskontrolle schützt eine ausgewogene Marktstruktur,[34] welche durch Anzahl und Verhältnis der Marktteilnehmer beeinflusst wird.[35] Dies umfasst die Konzentration von Marktmacht, welche den Wettbewerb beeinträchtigen kann. Der Zusammenschluss ist dabei kontrollbedürftig, weil jener sich auf Wachstum durch bloße Verbindung von bestehenden Marktressourcen bezieht und keine neuen schafft, sog. externes Wachstum.[36]

b) Systematik

Die Zusammenschlusskontrolle folgt einem präventiven Kontrollprinzip, nach welchem Vorhaben für Unternehmenszusammenschlüsse ab bestimmten Umsatzschwellen (§ 35) beim Bundeskartellamt[37] anmeldepflichtig sind.[38] § 36 Abs. 1 S. 1 regelt den materiellen Prüfungsmaßstab, wonach Zusammenschlüsse zu untersagen sind, sofern diese eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs, insbesondere die Begründung oder Verstärkung einer Marktbeherrschung erwarten lassen.[39] Ausnahmen davon sind in § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 1-3 festgelegt, unter anderem eine zu erwartende Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen, welche die voraussichtlichen wettbewerblichen Nachteile überwiegen kann.[40] Zur Entscheidungsfindung operiert das BKartA mit erfahrungsbezogenen Prognosen, sog. *counterfactual analysis*,[41] dem Vergleich einer hypothetischen Wettbewerbsentwicklung ohne den geplanten Zusammenschluss und einer solchen Entwicklung mit diesem.[42] Markant ist dabei, dass wettbewerbsbeschränkende Zusammenschlussvereinbarungen nicht *ipso iure* nichtig sind, sondern nach Verbot durch das BKartA ein Vollzugsverbot nach § 41 Abs. 1 S. 1 auslösen.[43]

3. Tatbestandsmerkmale der Zusammenschlusskontrolle

a) Zusammenschluss

Ein Zusammenschluss ist die dauerhafte Veränderung der Kontrolle eines Unternehmens mittels Verschiebung oder Verbindung von Marktmacht, an welcher mindestens zwei Unternehmen beteiligt sein müssen.[44] Zumeist, aber nicht notwendigerweise, verlieren diese infolgedessen ihre rechtliche Selbstständigkeit, z.B. durch Verschmelzung, bei der zwei Unternehmen in einem neuen aufgehen. § 37 Abs. 1 nennt abschließend vier Arten des Zusammenschlusses, wobei ein tatsächlicher unternehmerischer Vorgang mehrere Tatbestände erfüllen kann:[45] Der Vermögenserwerb (Nr. 1) betrifft die teilweise oder gänzliche dingliche Verbindung von verkehrsfähigen geldwerten und rechtlichen Gütern der beteiligten Unternehmen.[46] Sie umfasst die intensivste Form eines Zusammenschlusses, die Fusion bzw. Verschmelzung.[47] Der *Kontrollerwerb* (Nr. 2)[48] verlangt die rechtliche oder tatsächliche Möglichkeit, einen bestimmenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen auszuüben.[49] Dieser ist mitunter beim Mehrheitserwerb anzunehmen,[50] kann aber auch bei einer Minderheitsbeteiligung gegeben sein, wenn eine Hauptversammlungsmehrheit wegen niedriger Anwesenheit gegeben ist.[51] Überdies gibt es den *Anteilserwerb* (Nr. 3) an Unternehmensanteilen durch Stimmrechte oder Kapitalanteile. Dabei wird ein solcher ab einer 25-%-igen oder 50-%-igen Beteiligung angenommen.[52] Schließlich regelt Nr. 4 als Auffangtatbestand die Erlangung eines *wettbewerblich erheblichen Einflusses* auf ein anderes Unternehmen. Gemeint ist die faktische Einflussmöglichkeit unterhalb der Schwelle von 25 %.[53]

b) Erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs

Ein Zusammenschluss ist nur verboten, wenn dieser den Wettbewerb erheblich behindert. Dies ist bei Begründung oder Verstärkung einer Marktbeherrschung als Gefährdungstatbestand prinzipiell anzunehmen, vgl. § 36

32 *Emmerich*, Kartellrecht (Fn. 13), § 4 Rn. 71.

33 OLG München, WuW/E OLG 3946 (3948) – *Fassadenbau*.

34 Begr. z. RegE GWB 1973, BT-Drs. VI/2520, S. 14 ff., insb. 16.

35 *Bechtold*, WuW 1977, 461 (466).

36 *Lettl*, Kartellrecht, 3. Aufl. 2013, § 10 Rn. 1 f.

37 Im Folgenden nur BKartA genannt.

38 *Ruppelt*, in: Langen/Bunte (Fn. 7), § 35 Rn. 1.

39 Vgl. Begr. z. RegE GWB 1973, BT-Drs. VI/2520, S. 14 ff.

40 BGHZ 73, 65 (78 f.) – *Erdgas Schwaben*.

41 *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 11), § 36 Rn. 13.

42 BGH, WuW/E DE-R 24, (29) – *Stromversorgung Aggertal*.

43 *Bosch*, in: Bechtold/Bosch (Fn. 19), § 37 Rn. 2; *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 11), § 37 Rn. 6.

44 *Rittner/Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 9. Aufl. 2016, § 14 Rn. 1383.

45 *Ruppelt*, in: Langen/Bunte (Fn. 7), § 37 Rn. 6.

46 *Emmerich*, Kartellrecht (Fn. 13), § 33 Rn. 3; BGH, NJW 1993, 263 (264) – *Melitta/Kraft (Frapan)*.

47 *Bruhn*, in: HB-Fusionskontrolle (Fn. 5), Rn. 104.

48 *Bruhn*, in: HB-Fusionskontrolle (Fn. 5), Rn. 128; *Emmerich*, Kartellrecht (Fn. 13), § 33 Rn. 11.

49 *Emmerich*, Kartellrecht (Fn. 13), § 33 Rn. 15; *Bosch*, in: Bechtold/Bosch (Fn. 19), § 37 Rn. 10.

50 Begr. z. RegE BT-Drs. 13/9720, S. 43.

51 *Bosch*, in: Bechtold/Bosch (Fn. 19), § 37 Rn. 11.

52 *Emmerich*, Kartellrecht (Fn. 13), § 33 Rn. 16.

53 *Ruppelt*, in: Langen/Bunte (Fn. 7), § 37 Rn. 45; *Henschen/Ewen*, Der Erwerb eines wettbewerblichen Einflusses in der Entscheidungspraxis, WuW 1999, 941 (941 f.).

Abs. 1.[54] Jene richtet sich nach § 18 und liegt vor, wenn die Marktmacht eines Unternehmens so weit reicht, dass dessen Verhalten auf dem Markt durch den Wettbewerb nicht mehr kontrollierbar ist.[55] Diese bezieht sich jedoch nur auf einen einzelnen Markt,[56] dessen Beherrschung ab einem Marktanteil von 40 % gemäß § 18 Abs. 4 gesetzlich vermutet wird.[57] Ist keine Marktbeherrschung zu erwarten, unterliegt das Zusammenschlussvorhaben seit der 8. GWB-Novelle einer Erheblichkeitsprüfung,[58] dem sog. *SIEC*-Test.[59] Dieser soll, basierend auf einem *„effects-based-approach"*,[60] solche wettbewerblich schädlichen Konstellationen umfassen, welche sich nicht quantitativ, sondern qualitativ am Markt spürbar niederschlagen.[61] Paradigmatisch dafür ist eine Fusion zweier Unternehmen, die dadurch einen Preiserhöhungsspielraum erlangen, ohne Marktführer zu werden.[62] Denkbar sind auch *konglomerate Zusammenschlüsse*, die Auswirkungen auf einen vor- oder nachgelagerten Markt haben.[63]

4. Unterschiede

a) Materielle Unterschiede

Die Tatbestände unterliegen zwei verschiedenen ordnungs- und wettbewerbspolitischen Erwägungen: Kartelle sind prinzipiell nicht vom Gesetzgeber akzeptiert, während Zusammenschlüsse grundsätzlich erlaubt sind.[64] Materiell besitzen diese ferner zwei unterschiedliche Kontrollansätze: § 1 schützt das Marktverhalten, § 36 Abs. 1 S. 1 die Marktstruktur.[65] Das Kartellverbot verbietet zumeist bereits bestehende Maßnahmen, während die Zusammenschlusskontrolle geplante Verbindungen präventiv überprüft. Ein Kartell bedeutet kurzum die Koordinierung des Marktverhaltens auf dem Markt, während ein Zusammenschlussvorhaben selbst noch vor dem Markt liegt und eine Veränderung der Marktstruktur zur Folge hat.[66] Letzteres führt mithin zur Bildung einer Unternehmenseinheit, wohingegen eine Kartellierung die Selbstständigkeit der Marktteilnehmer verlangt.[67] Während ein Kartell bereits bei einer spürbaren Marktbeeinflussung angenommen wird, sind Unternehmenszusammenschlüsse zumeist erst bei einer marktbeherrschenden Stellung zu untersagen. Dies führt zu divergierenden Ergebnissen: Zusammenschlüsse sind somit in einem weiteren Umfang zulässig als Kartelle.[68]

b) Formelle Unterschiede

Im Übrigen finden sich verfahrensrechtliche Unterschiede, indem für die Prüfung des § 1 mitunter das Landeskartellamt neben dem BKartA zuständig sein kann, für § 36 Abs. 1 dagegen alleinig das BKartA.[69] Außerdem verlangt das Verfahren der Zusammenschlusskontrolle hohe Umsatzschwellen für dessen Anmeldepflicht und ist an eine viermonatige Entscheidungsfrist nach § 40 Abs. 2 S. 2 gebunden, das Kartellverbot hingegen an keine Fristen.[70]

5. Zusammenfassung

§§ 1 ff. und §§ 35 ff. unterscheiden sich deutlich anhand ihrer Wertungen und Systematiken. Zudem besitzt das Kartellverbot einen weiteren Anwendungsbereich als die Zusammenschlusskontrolle, welche u.a. hohe Umsatzschwellen verlangt. Tatbestandlich verlangen Kartelle eine Mehrheit von Wettbewerbseinheiten, während Zusammenschüsse zu einer wettbewerbsrechtlichen Einheit führen können.[71] Dadurch können diese sich sogar tatbestandlich ausschließen, womit nur wenige Berührungspunkte von Kartellverbot und Zusammenschluss gegeben sind.[72]

III. Konkurrenz der Tatbestände

Auf Grundlage dessen ist fraglich, wo mögliche Überschneidungen der Tatbestände für das Bestehen einer Konkurrenz zu finden sind.

1. Mögliche tatbestandliche Überschneidungspunkte

Berührungspunkte der Tatbestände in einem Vorgang sind grundsätzlich nur denkbar, wenn einem Zusammenschluss eine abstimmungsgeeignete Vereinbarung

54 BKartA, 29.3.2012 – Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, S. 4 f.; BGH, WuW/E BGH, 1749 (1755) – *Klöckner/Becorit.*

55 BGHZ 73, 65 (78 f.) – *Erdgas Schwaben.*

56 *Kahlenberg*, in: Loewenheim et al. (Fn. 2), § 36 Rn. 6.

57 *Kahlenberg*, in: Loewenheim et al. (Fn. 2), § 36 Rn. 1.

58 Reg.-Begr. z. 8. GWB, 31.5.2012, BT-Drs. 17/9852, S. 28.

59 *Significant-Impediment-to-Effective-Competition*-Test, vgl. *Kahlenberg*, in: Loewenheim et al. (Fn. 2), § 36 Rn. 6.

60 *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 11), § 36 Rn. 16.

61 *Körber*, Der SIEC-Test im GWB – Verhältnis zum Unionsrecht und Auswirkungen auf die Praxis, WuW 2014, 250 (254).

62 *Körber* (Fn. 61), WuW 2014, 250 (252); *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 11), § 36 Rn. 16.

63 *Kahlenberg*, in: Loewenheim et al. (Fn. 2), § 36 Rn. 6.

64 *Gerlach*, Das Verhältnis von Kartellverbot und Fusionskontrolle, WuW 1989, 717 (717 f.).

65 *Bunte*, in: Langen/Bunte (Fn. 7), § 1 Rn. 258; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 11), § 1 Rn. 93.

66 *Bechtold*, Die Anwendbarkeit des § 1 GWB auf Zusammenschlüsse des § 23 Abs. 2 Nr. 1-4 GWB (mit Ausnahme der Gemeinschaftsunternehmen), WuW 1977, 460 (466); *Bunte*, in: Langen/Bunte (Fn. 7), § 1 Rn. 257.

67 *Bechtold*, WuW 1977 (Fn. 66), 460 (466); *Benisch*, FS Rittner (Fn. 3), 17 (18).

68 *Bunte*, in: Langen/Bunte (Fn. 7), § 1 Rn. 257.

69 *Berg/Mudrony*, in: Berg/Mäsch, Deutsches und Europäisches Kartellrecht (Kommentar), 2. Aufl. 2015, § 1 GWB, Rn. 109; *Crede*, in: HB-Fusionskontrolle (Fn. 5), Rn. 162.

70 *Bien*, Kartellrechtskontrolle von Gemeinschaftsunternehmen ex ante und ex post – Teil 1: Das Verfahren der Doppelkontrolle de lege lata und de lege ferenda, NZKart 2014, 214 (214); *Crede*, in: HB-Fusionskontrolle (Fn. 5) Rn. 163.

71 *Benisch*, FS Rittner (Fn. 3), 17 (18).

72 *Bunte*, in: Langen/Bunte (Fn. 7), § 1 Rn. 257.

zugrunde liegt und aus diesem keine Unternehmenseinheit resultiert.[73]

a) Kartellfähige Abstimmungen beim Zusammenschluss

Einem Zusammenschlussvorhaben liegt häufig ein Gesamtvertragswerk zugrunde, bestehend aus einer Grundvereinbarung sowie weiteren Nebenvereinbarungen.[74] Bei faktischen Zusammenschlüssen, wie dem Kontrollerwerb oder dem Erwerb rechtlich erheblichen Einflusses, kommen höchstens potentielle Verhaltensabstimmungen in Betracht.[75]

b) Zusammenschlussvereinbarung

§ 1 kann auf die Zusammenschlussvereinbarung selbst nur Anwendung finden, wenn der Hauptzweck geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken,[76] z.B. sog. Kernbeschränkungen wie Preisabsprachen oder die Aufteilung von Märkten.[77] Zumeist ist die Zusammenschlussvereinbarung jedoch als Austauschvertrag gestaltet, wie bei einem Vermögenserwerb oder bei einem Anteilserwerb.[78] Ein solcher regelt lediglich den Leistungsaustausch und ist im Zuge der Tatbestandsrestriktion des § 1 somit kartell- bzw. wettbewerbsneutral.[79] Gleiches gilt für einen Gesellschaftsvertrag einer bei Zusammenschluss gegründeten Gesellschaft, wenn dieser die Regelung der Tätigkeit oder des Wettbewerbsverhaltens beinhaltet.[80] Jegliche über den Zweck der reinen Verbindung hinausgehende Interessenabstimmung kann den Tatbestand des § 1 erfüllen.[81]

aa) Nebenabreden

Gemeint sind die die Grundvereinbarung begleitenden Nebenabreden der Gesellschafter *(Konsortialverträge)*,[82] welche das Wettbewerbsverhalten der Unternehmen untereinander regulieren.[83] Zu denken ist an Wettbewerbsverbote, typischerweise zur Übertragung von Kundenstämmen,[84] oder der Austausch von *Know-how*.[85] Solche sind mit dem Kartellverbot vereinbar, sofern diese funktionsnotwendig für die Erfüllung des Vertragszwecks sind und sich nach Zeit, Ort, Gegenstand und Zweck[86] auf diesen beschränken.[87] Ist der Hauptzweck des Vertrages nach § 1 nichtig, sind es die Nebenabreden ebenfalls.[88]

bb) Über Zusammenschluss hinausgehende Interessenkoordination

Das zumeist kartellneutrale, den Zusammenschluss begründende Gesamtvertragswerk kann jedoch geeignet sein, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken.[89] Bei einem Zusammenschluss, welcher keine Unternehmenseinheit zur Folge hat, kann die Gefahr einer Wettbewerbsdämpfung zwischen den Beteiligten entstehen, soweit zu erwarten ist, dass diese weiterhin im Wettbewerb miteinander stehen. Das bedeutet, dass diese rechtlich selbständig bleiben.[90] Dieser *Gruppeneffekt*[91] oder *„spill-over-effect“*,[92] fußt auf der Annahme, dass, wenn mehrere Unternehmen sich zusammenschließen, es in der Natur der Sache liege, dass diese ihr Wettbewerbsverhalten aufeinander abstimmen.[93] Ob ein Zusammenschlussvorgang auch wirklich eine solche Wirkung entfalten kann, ist dabei vom Einzelfall abhängig. Vornehmlich wird geprüft, ob dadurch Marktzutrittschancen und ein möglicher Wettbewerb zwischen den Parteien verringert werden.[94]

c) Selbstständigkeit von Unternehmen

Eine tatbestandliche Überschneidung kann ferner nur gegeben sein, sofern aus dem Zusammenschluss keine Unternehmenseinheit resultiert.

aa) Selbstständigkeitspostulat als dogmatische Grundlage

§ 1 verlangt Abstimmungen zwischen selbstständigen bzw. selbstständig bleibenden Unternehmen i.S.d. GWB. Rechtlich unselbstständige Wirtschaftseinheiten sind, wenn ihnen die Rechtspersönlichkeit fehlt, nicht dazu im Stande, eigenständige Abstimmungen zu treffen.[95] Daraus wurde geschlossen, dass bei Bildung einer wirtschaftlichen bzw. wettbewerblichen[96] Einheit den

73 *Bunte*, in: Langen/Bunte (Fn. 7), § 1 Rn. 258.

74 BGHZ 65, 30 (40) – *Mischwerke*.

75 *Bosch*, in: Bechtold/Bosch (Fn. 19), § 1 Rn. 80.

76 *Bunte*, in: Langen/Bunte (Fn. 7), § 1 Rn. 225.

77 *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 11), § 1 Rn. 132.

78 *Bien*, NZKart 2014, 214 (216); Bechtold, WuW 1977 (Fn. 66), 460 (461).

79 *Bosch*, in: Bechtold/Bosch, (Fn. 19), § 1 Rn. 80; *Bunte*, in: Langen/Bunte, (Fn. 7), § 1 Rn. 258.

80 BGH, MDR 1982, 461 (461) – *Transportbeton-Vertrieb II*; BKartA TB 1970, S. 58 f.; *Beuthien*, Gesellschaft und Kartellrecht (I), DB 1978, 1625 (1625).

81 BGH, WuW/E BGH, 1898, (1899f.) – *Holzpaneele*; BGH, WuW/E BGH, 2085 (2087) – *Strohgäu-Wochenjournal*.

82 *Bien* (Fn. 70), NZKart 2014, 214 (216); *Bechtold*, WuW 1977, (Fn. 66), 461 (469).

83 *Bien* (Fn. 70), NZKart 2014, 214 (217); *Bosch*, in: Bechtold/Bosch (Fn. 19), § 1 Rn. 80.

84 BGH, WuW/E 2085 (2085) – *Strohgäu-Wochenjournal.*

85 OLG Celle, WuW/E OLG 355 f. – *Hörgeräte.*

86 BGH, WuW/E BGH, 1898 (1899 f.) – *Holzpaneele;* BGH, WuW/E BGH, 2085 (2087) – *Strohgäu-Wochenjournal.*

87 OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 2166 (2167) – *Anzeigenblatt GU;* bereits: *Schmidt-Diemitz*, Wettbewerbsverbote in Gesellschaftsverträgen, GRUR 1980, 18 (23).

88 BGH, WuW/E DE-R 505 (505 f.) – *Subunternehmervertrag II*; *Bornkamm*, in: Brandner/Hagen/Stürmer (Hrsg.), Festschrift für Karlmann Geiß zum 65. Geburtstag, 2000, 539 (547).

89 *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 11), § 1 Rn. 131.

90 Monopolkommission, HG IX, S. 256 f. Nr. 550.

91 BKartA, WuW/E BKartA 2445 (2450) – *Daimler-Benz/MAN-ENASA*; WuW/E BKartA 2143 (2145) – *Glasfaserkabel.*

92 BKartA, WuW/E DE-V 473 (478) – *Burgmann-Freudenberg Holding GmbH*.

93 BGHZ 147, 325 (337) – *Ost-Fleisch.*

94 *Mohr/König*, Der Tatbestand des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen, Jura 2012, 165 (170).

95 *Huber* (Fn. 6), ZHR 131, 193 (194).

96 Vgl. BKartA, WuW/E DE-V 858 (859) – *Novartis/Roche.*

Unternehmen ebenfalls diese Selbstständigkeit fehlt[97] und damit kein Unternehmen im kartellrechtlichen Sinn bzw. beschränkbarer Wettbewerb zwischen diesen zu finden ist.[98] Grundlage dessen ist der Schutzzweck des § 1, die Handlungsfreiheit einzelner Unternehmen am Markt.[99] Nach dem sog. Selbstständigkeitspostulat[100] muss eine wettbewerbsrechtliche Autonomie existieren, um jene einschränken zu können.[101]

bb) Bildung einer wirtschaftlichen Einheit

Die Rechtsprechung, das BKartA und die Literatur[102] besitzen weitestgehend Konsens darüber, dass eine wirtschaftliche Einheit dann gebildet wird, wenn ein Unternehmen aufgrund der Abhängigkeit von einem anderen Unternehmen sein eigenes Marktverhalten nicht mehr autonom bestimmen kann.[103] Dies ist gegeben, wenn die Unternehmen ihre Rechtspersönlichkeit vollständig aufgeben oder sich in ein Abhängigkeitsverhältnis begeben,[104] z.B. durch einen Beherrschungsvertrag.[105] Mit ersterem ist die Verschmelzung zweier Unternehmen zu einem neuen gemeint,[106] letzteres löst eine Verbundsbetrachtung nach § 36 Abs. 2 aus.

cc) Das Konzernprivileg – wirtschaftliche Einheit de iure

Eine wirtschaftliche Einheit *de iure* nimmt das sog. *Konzernprivileg* an, welches von der Rechtsprechung entwickelt nach der 6. Novelle in § 36 Abs. 2 aufgegangen ist.[107] Danach sind verbundene Unternehmen i.S.v. § 36 Abs. 2 als einheitliches Unternehmen anzusehen.[108] Sie bilden damit einen „kartellfreien Raum".[109] Das Konzernprivileg gilt nach dem Willen des Gesetzgebers für das gesamte GWB, womit § 1 grundsätzlich keine Anwendung auf Abstimmungen zwischen verbundenen Unternehmen finden kann.[110]

(1) Verbundsklausel

Nach der Verbundsklausel des § 36 Abs. 2 S. 1 sind abhängige und herrschende Unternehmen i.S.v. §§ 17, 18 AktG vom Konzernprivileg umfasst.[111]

(2) Abhängige Unternehmen, § 17 AktG

Der Abhängigkeitsbegriff nach § 17 AktG setzt voraus, dass ein Unternehmen auf ein anderes, rechtlich selbstständiges Unternehmen einen beherrschenden Einfluss ausüben kann, z. B. durch einen Beherrschungsvertrag.[112] Das beherrschte Unternehmen ist infolgedessen in seiner Geschäfts- und Personalplanung nicht mehr frei.[113] Diese Abhängigkeit muss gesellschaftsrechtlich begründet sein, eine faktische Abhängigkeit reicht nicht aus.[114] Bei einer Mehrheitsbeteiligung wird diese nach § 17 Abs. 2 AktG vermutet. Dafür genügt bereits eine reine Beherrschungsmöglichkeit, unerheblich davon, ob das Unternehmen davon Gebrauch macht. Auch Minderheitsbeteiligungen können mitunter eine Abhängigkeit begründen, insbesondere wenn diese eine Sperrminorität in der Hauptversammlung besitzen.[115]

(3) Konzern, § 18 AktG

Eine weitere wettbewerbliche Einheit bilden Konzerne nach § 18 AktG, welche mehrere rechtlich selbstständige Unternehmen unter einer einheitlichen Leitung zusammenfassen.[116] Dabei wird zwischen Gleichordnungs- und Unterordnungskonzern unterschieden. Unterordnungskonzerne sind von dem leitenden Unternehmen i.S.v. § 17 AktG abhängig, Gleichordnungskonzerne hingegen nicht.[117]

(4) Mehrmütterklausel

Unabhängig vom Aktienrecht umfasst die Mehrmütterklausel (§ 36 Abs. 2 S. 2) mehrere Unternehmen, welche durch gemeinsames Zusammenwirken eine gesicherte, einheitliche Einflussnahme i.S.v. § 17 Abs. 1 AktG[118] auf der Grundlage einer auf Dauer angelegten

97 OLG Frankfurt, WuW/E OLG 3600 (3600 f.) – *Guy Laroche*; OLG Düsseldorf, WuW/E OLG 2631 (2631 ff.) – *Heilwasser;* BKartA, Tätigkeitsbericht 1989/1990, BT-Drs. 12/847, S. 31; Tätigkeitsbericht 1969, BT-Drs. VI/950, S. 57 f; *Kling/Thomas*, Kartellrecht, 1. Aufl. 2007, § 17 Rn. 78.

98 BGHZ 38, 306 (306) – *Bonbonniere; Möhring*, Unternehmenszusammenschlüsse in kartellrechtlicher Sicht (unter besonderer Berücksichtigung patent- und markenrechtlicher Fragen) – Teil 1, GRUR 1966, 654 (646).

99 *Schröder*, Die Anwendung des Kartellverbots auf verbundene Unternehmen, WuW 1988, 274 (276).

100 *Bunte*, in: Langen/Bunte (Fn. 9), § 1 Rn. 121.

101 *Schröder*, WuW 1988, 274 (276); *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 11), § 1 Rn. 109.

102 OLG Frankfurt, WuW/E OLG 3600 (3600 f.) – *Guy Laroche;* OLG Düsseldorf, WuW/E OLG 2631 (2631 ff.) – *Heilwasser;* BKartA, Tätigkeitsbericht 1989/1990 (Fn. 97), S. 31; BKartA, Tätigkeitsbericht 1969, S. 57 f.; *Kling/Thomas*, Kartellrecht (Fn. 97), § 17 Rn. 78.

103 *Thomas*, Konzernprivileg und Gemeinschaftsunternehmen – Die kartellrechtliche Beurteilung konzerninterner Wettbewerbsbeschränkungen mit Gemeinschaftsunternehmen, ZWeR 2005, 236 (239).

104 OLG Frankfurt, Urt. v. 22.4.1985, WuW/E OLG 3600 (3600 f.) – *Guy Laroche.*

105 *Thomas* (Fn. 103), ZWeR 2005, 237 (245).

106 *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB (Fn. 11), § 36 Rn. 51.

107 BGH, WuW/E DE-R 17 (23) – *Europapokalheimspiele; Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker GWB (Fn. 11), § 36 Rn. 803.

108 *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker GWB (Fn. 11), § 36 GWB Rn. 802.

109 *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker GWB (Fn. 11), § 36 GWB Rn. 802.

110 Reg. Begr. z. 6. GWB, BT-Drucks. 13/9720.

111 *Emmerich*, Kartellrecht (Fn. 13), § 32 Rn. 12.

112 *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 10. Aufl. 2013, § 3 Rn. 14.

113 BGH, WuW/E BGH 2882 (2887) – *Iserlohner Kreisanzeiger.*

114 *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht (Fn. 112), § 3 Rn. 21.

115 *KG,* WuW/E OLG *1993* (1996 f.) – *Organische Pigmente.*

116 *Bayer*, in: Goette/Habersack/Kalss, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. I, 4. Aufl. 2016, § 18 Rn. 1.

117 *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht (Fn. 112), § 4 Rn. 2.

118 BGHZ 62, 193 (199) – *Seitz-Gruppe;* BGH, WuW/E DE-R 1890 (1891) – *Radio TON.*

Interessengleichheit erwarten lassen.[119] Danach ist irrelevant, von wie vielen Müttern die Beherrschung ausgeht, solange diese die wettbewerbliche Autonomie der Tochter beschränken.[120] Dabei werden zwei separate Unternehmenseinheiten zwischen der Tochter und je einer der Mütter im Vertikalverhältnis angenommen, keinesfalls aber zwischen den Müttern im Horizontalverhältnis.[121] Dies ist z.B. beim gemeinsamen Kontrollerwerb i.S.v. § 37 Abs. 1 Nr. 2 in Betracht zu ziehen.

d) Zusammenfassung

Aus der vorangegangen Darstellung ist festzuhalten, dass es nur dort zu einer Überschneidung der Tatbestände kommen kann, wo eine Zusammenschlussvereinbarung einem kartellwidrigen Zweck unterliegt oder Nebenabreden, welche nicht für den Hauptvertrag funktionsnotwendig sind, eine Anwendung des § 1 zulassen. Ein Zusammenschluss kann ferner unter § 1 fallen, sofern dieser im Einzelfall wettbewerbsbeschränkende Effekte erwarten lässt. Dies verlangt unternehmerische Selbstständigkeit. Das Kartellverbot ist tatbestandlich ausgeschlossen, wenn Unternehmen ihre rechtliche Selbstständigkeit verlieren oder sich ungeachtet der Rechtsform in ein Abhängigkeitsverhältnis begeben. Dies gilt nach § 36 Abs. 2 für Konzerne oder verbundene Unternehmen i.S.v. §§ 17, 18 AktG sowie mehrfach beherrschte Unternehmen.

2. Grundsätze der Anwendbarkeit

Liegen tatbestandliche Überschneidungen in einem wirtschaftlichen Vorgang vor, stellt sich die Frage um das Konkurrenzverhältnis von §§ 1 ff. und §§ 35 ff. Die Rechtspraxis hat sich diesbezüglich über die Jahre gewandelt.

a) Konzentrationsprivileg – Trennungsprinzip

Aufgrund der unterschiedlichen Wertschätzung des Gesetzgebers gab es bis 1985 eine klare Trennung von Kartellen und Zusammenschlüssen in der Praxis:[122] Vor Einführung der Zusammenschlusskontrolle im deutschen Recht im Jahre 1973 ging die Rechtsprechung davon aus, dass, sobald Vereinbarungen die Bildung einer Unternehmenseinheit zum Gegenstand haben, die Anwendung des § 1 ausgeschlossen sei.[123] Grund dieses sog. allgemeinen Konzentrationsprivilegs waren dessen mögliche Synergieeffekte, z. B. eine Steigerung wirtschaftlicher Effizienz, welche eher bei einem Zusammenschluss gegeben sein können als bei einer Abstimmung.[124] Die Normierung der Zusammenschlusskontrolle 1973 brachte aber das Problem der Abgrenzung des Kartellverbots von den Zusammenschlusstatbeständen der § 23 Abs. 2 a.F. (§ 37 n.F.) mit sich, welche Tatbestände umfassten, die nicht zwangsläufig eine Unternehmenseinheit begründeten, z.B. der Teilvermögenserwerb oder die Minderheitsbeteiligung.[125] Dem allgemeinen Konzernprivileg folgten das BKartA[126] und Teile der Literatur[127] auch nach 1973 mit der Annahme, dass die Zusammenschlusskontrolle und das Kartellverbot sich nicht berührten: Bei der Konzentration liege das Schwergewicht gewöhnlich vor dem Markt, während bei letzterem das Schwergewicht auf der Koordinierung des Verhaltens auf dem Markt liege.[128] Das BKartA bemühte sich dabei, unter Aufrechterhaltung des allgemeinen Konzentrationsprivilegs *pars pro toto* bei Gemeinschaftsunternehmen um eine ausnahmsweise Bejahung der Anwendung des Kartellverbots bei Konzentrationsvorgängen, welche einen kooperativen Charakter aufwiesen.[129]

b) Doppelkontrolle – Zweischrankenprinzip

Im *Mischwerke*-Beschluss[130] lehnte der BGH – wieder im Zusammenhang mit Gemeinschaftsunternehmen – das Konzentrationsprivileg ab und bestätigte die parallele Prüfung von § 1 neben § 36 Abs. 1. Es handele sich um zwei unterschiedliche Sachverhalte, die sich nur in wenigen Bereichen überschneiden und folglich auch stets nebeneinander auf ihre eigenen Charakteristika geprüft werden müssten.[131] Es sei daher eine „Frage der Gesamtumstände des Einzelfalls, nämlich der Ausgestaltung des Gesamtvertragswerks und darüber hinaus der zusätzlichen, für die jeweiligen Tatbestände weiter maßgebenden wettbewerblichen Umstände und Parameter“, ob ein Kartellverbot neben einem Zusammenschluss anzunehmen ist. Daraus wurde gefolgert, dass § 1 bei Vorliegen eines Zusammenschlusses nicht grundsätzlich auszuschließen sei.[132]

---

119 KG, WuW/E OLG 4547 (4552) – *Lübecker Nachrichten/Stormarner Tagblatt*; *Neuhaus*, in: Loewenheim et al., (Fn. 2), § 36 Rn. 234.

120 *Ruppelt*, in: Langen/Bunte (Fn. 7), § 36 Rn. 65.

121 *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 11), § 36 Rn. 52.

122 *Benisch*, FS Rittner (Fn. 3), 17 (19).

123 BGHZ 31, 105 (119) – *Gasglühkörper; Rittner*, Gemeinschaftsunternehmen – die ewige Suche nach dem Schwerpunkt, in: Habersack/Hommelhoff/Hüffer/Schmidt (Hrsg.), Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003, 2003, 953 (953).

124 Darstellend *Kerstin*, in: Loewenheim et al. (Fn. 2), Anhang zu § 1 Rn. 14.

125 *Benisch*, FS Rittner (Fn. 3), 17 (21).

126 BKartA, Tätigkeitsbericht 1981/82, BT-Drs. 10/243, S. 43.

127 *Beuthien*, Kartellverbot und abgestimmtes Verhalten – Verhältnis der §§ 1 und 25 I GWB zueinander sowie Grenzen der Kartellfreien Kooperation, in: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb (Hrsg.), Wettbewerbsordnung im Spannungsfeld von Wirtschafts- und Rechtswissenschaft, Festschrift für Gunther Hartmann, 1976, 51 (74); *Ebel*, Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 1973, 1577 (1577 f.); *Knöpfle*, Zur Unterscheidung zwischen konzentrativen und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen bei der kartellrechtlichen Beurteilung von Gemeinschaftsgründungen, BB 1980, 654 (661).

128 *Benisch*, FS Rittner (Fn. 3), 17, (22); *Knöpfle* (Fn. 127), BB 1980, 654 (661).

129 BKartA, Tätigkeitsbericht 1978, BT-Drs. 8/2980, S. 23.

130 BGHZ 96, 69 (69) – *Mischwerke.*

131 BGHZ 96, 69 (75) – *Mischwerke.*

132 BGHZ 96, 69 (75) – *Mischwerke.*

Die Rechtsprechung,[133] das BKartA[134] und die Literatur[135] übernahmen diese sog. Doppelkontrolle (oder auch Zweischrankenprinzip),[136] womit heute eine parallele Prüfung grundsätzlich durchzuführen ist, sofern die jeweiligen Voraussetzungen im Einzelfall vorliegen.[137]

c) Kritik

Eingedenk der Gegensätzlichkeit von § 1 und § 36 Abs. 1 S. 1 mag eine alternative Anwendung auf den ersten Blick gewiss logisch erscheinen: Sobald eine Unternehmenseinheit gebildet wird, existiert danach kein Wettbewerb mehr zwischen den Unternehmen, folglich kann dieser auch nicht beschränkt werden. Die Doppelkontrolle scheint hingegen – wie eine Einzelfallbewertung generell – den Weg für eine erhebliche Rechtsunsicherheit zu ebnen:[138] Der Zusammenschluss ist an eine viermonatige Frist gebunden, während das Kartellverbot keine Fristen kennt.[139] Soll im Zuge eines Konzentrationsvorgangs ebenfalls ein Kartellverbot geprüft werden, würde dessen Feststellung ebenfalls auf einer Prognoseentscheidung des BKartA beruhen. Ferner könnte nach Genehmigung eines kostenintensiven Konzentrationsvorgangs dieser *ex ante* nach § 1 untersagt werden.[140] Beispiele dafür sind das Verfahren *CVH-Chemie-Betrieb*[141] und die *Sektoruntersuchung Walzasphalt*[142] des BKartA, worin bei letzterem zum Teil Überprüfungsverfahren im Lichte des § 1 seit über 40 Jahren laufen.[143] Diese verfahrensrechtliche Rechtsunsicherheit könnte jedoch durch Angleichung der Fristen leicht ausgeräumt werden. Hinzuweisen sei dabei auf das europäische Verfahren, in welchem eine solche Möglichkeit gegeben ist. [144] Ferner ist es von einem materiellen Standpunkt, gerade weil es sich um unterschiedliche Sachverhalte handelt, systematisch notwendig, dass beide eigenständig geprüft werden können. Ein allgemeines Konzentrationsprivileg bietet vornehmlich Zusammenschlüssen, die keine Unternehmenseinheit bilden, die Möglichkeit der Umgehung des Kartellverbots. Solche lassen sich mit Leichtigkeit als Zusammenschluss tarnen,[145] wobei Unternehmen angesichts der „betriebswirtschaftlichen Verlockung“[146] erfahrungsgemäß dazu tendieren, dies zu nutzen. Die Befürwortung eines allgemeinen Konzentrationsprivilegs birgt somit die Gefahr eines erheblichen Wertungswiderspruchs. Folglich muss diesem dadurch entgegengewirkt werden, dass § 1 und § 36 Abs. 1 eine parallele Anwendung finden – zumindest dort, wo keine Unternehmenseinheit durch einen Zusammenschluss gebildet wird.

IV. Problematische Schnittstellen der Tatbestände

Die Schwierigkeit der Doppelkontrolle ist es, im Einzelfall Überschneidungen der Tatbestände festzustellen. Die daraus resultierende Rechtsunsicherheit weckt in der Praxis ein Bedürfnis nach klaren Abgrenzungskriterien.

1. Die Zwitternatur von Gemeinschaftsunternehmen

Sinnbild einer solchen Überschneidung sind Gemeinschaftsunternehmen oder sog. *Joint Ventures*.[147] Diese sind die Sammelbezeichnung für verschiedene Formen der projektbezogenen Unternehmenskooperation.[148] Es handelt sich bei diesen um gemeinsame Tochtergesellschaften rechtlich selbstständig bleibender Unternehmen (Mütter), welche zu einem gemeinsamen Zweck gegründet oder erworben werden. Eine solche Zusammenlegung von Unternehmensaktivitäten *sui generis* liegt zwischen einer rein vertraglichen Kooperation und der vollständigen Verschmelzung eines Unternehmens.[149] Eine solche Zwitternatur birgt eine zweifache Gefahr für den Wettbewerb: Einerseits die mögliche Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, andererseits eine mögliche Wettbewerbsbehinderung durch Marktkoordination.[150]

a) Gemeinschaftsunternehmen als Kartell und Zusammenschluss

Gemeinschaftsunternehmen unterliegen § 36 Abs. 1 S. 1, wenn die Gründerunternehmen gleichzeitig oder nacheinander Anteile an einem dritten Unternehmen erwerben, unabhängig davon, ob dies aufgrund eines strategischen Vorhabens oder ohne besondere Abstimmung geschieht

133 BGHZ 147, 325 (325) – *Ost-Fleisch;* BGH, GRUR 2010, 84, (85) – *Gratiszeitung Hallo*.

134 Bereits BKartA, WuW/E BKartA 2117 (2118) – *Aral;* BKartA, WuW/E BKartA 2297 (2297 f.) – *Zement-Malik*.

135 *Bunte*, in: Langen/Bunte (Fn. 7), § 1 Rn. 258; *Bosch*, in: Bechtold/Bosch (Fn. 19), § 1 Rn. 80; *Kersting*, in: Loewenheim et al. (Fn. 2), Anhang zu § 1 Rn. 14.

136 *Kersting*, in: Loewenheim et al. (Fn. 2), Anhang zu § 1 Rn. 4.

137 *Kersting*, in: Loewenheim et al. (Fn. 2), Anhang zu § 1 Rn. 5.

138 *Müller-Feldhammer*, Das Gemeinschaftsunternehmen auf dem Prüfstand, WuW 2015, 133 (134).

139 *Kersting*, in: Loewenheim et al. (Fn. 2), Anhang zu § 1 Rn. 17.

140 *Bien*, Kartellrechtskontrolle von Gemeinschaftsunternehmen ex ante und ex post – Teil 2: Die Anforderungen an den Nachweis von Spill-over-Effekten, NZKart 2014, 247 (247).

141 Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2011/2012, BT-Drs. 17/13675, S. 86 ff. – *CVH-Chemie-Betrieb*.

142 Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2011/2012 (Fn. 141), S. 26 f. – *Sektorenuntersuchung Walzasphalt*.

143 Vgl. *Bien* (Fn. 70), NZKart 2014, 214 (218).

144 Ausführlich *Bien* (Fn. 70), NZKart 2014, 214 (217 ff.); verlangt auch: *Bach*, Gemeinschaftsunternehmen nach dem Ost-Fleisch-Beschluss des BGH, ZWeR 2003, 187 (197).

145 *Bunte*, in: Langen/Bunte (Fn. 7), § 1 Rn. 258; *Säcker*, Das Kartellverbot und seine Umgehung – ein Rückblick auf 50 Jahre Kartellverbot, in: Studienvereinigung Kartellrecht e.V. (Hrsg.), Kartellrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Cornelis Canenbley zum 70. Geburtstag, 2012, 397 (405).

146 *Säcker*, in: FS Canenbley (Fn. 145), 397 (401).

147 *Bunte*, in: Langen/Bunte (Fn. 7), § 1 Rn. 258.

148 *Fett/Spiering*, in: Handbuch Joint Venture, 2009, S. 1 Rn. 1.

149 *Bien*, (Fn. 70) 214 (215).

150 *Bien*, (Fn. 70) 214 (215).

(§ 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3).[151] Folglich kommt ein Anteils- oder Kontrollerwerb in Betracht.[152] Dabei bildet das Tochterunternehmen zusammen mit je einer der Mütter einen vertikalen Zusammenschluss, jedoch nicht die Mütter untereinander.[153] Diese Gründung des Gemeinschaftsunternehmens kann sogleich § 1 betreffen, wenn diese dazu geeignet ist, eine Verhaltenskoordination der selbstständig gebliebenen Muttergesellschaften im Wettbewerb zu bezwecken oder i.S.d. Gruppeneffekts zu bewirken.[154]

b) Abgrenzung im Einzelfall

In der älteren Literatur[155] sowie der Praxis des BKartA[156] findet man die Differenzierung zwischen „konzentrativen" und „kooperativen" Gemeinschaftsunternehmen.[157] Erstere sollen ausschließlich § 36 Abs. 1 S. 1 unterliegen, während Letztere unter § 1 fallen können.[158] Diesem Trennungsprinzip folgt das EG-Recht bis heute, indem es zwischen Vollfunktionsunternehmen und Teilfunktionsunternehmen unterscheidet.[159] Problematisch ist hierbei, dass viele Varianten von Gemeinschaftsunternehmen existieren, welche nicht einheitlich bewertet werden können.[160] Der BGH übernahm deshalb diese Dichotomie nur als Abgrenzungshilfe:[161] Er folgerte nach Art. 3 Abs. 1 GG aus der Selbstbindung des BKartA an dessen Verwaltungsgrundsätze,[162] dass eine Prüfung des § 1 zu unterlassen sei, wenn ein konzentratives Gemeinschaftsunternehmen vorläge; betonte aber, dass ebenfalls die materiellen Auswirkungen auf die Wettbewerbs- und Marktverhältnisse zu untersuchen seien.[163]

aa) Abgrenzungshilfe „funktionale Selbstständigkeit"

Der BGH knüpfte in seinem *Mischwerke*-Beschluss insoweit an das BKartA an, als dass er ein Gemeinschaftsunternehmen als konzentrativ beschrieb, wenn es „selbstständig plant, sämtliche Funktionen eines selbständigen Unternehmens wahrnimmt, marktbezogene Leistungen erbringt und nicht ausschließlich oder überwiegend auf einer vor- oder nachgelagerten Stufe für die Muttergesellschaften tätig ist"[164] und somit ein sog. Vollfunktionsunternehmen darstellt.[165] Ferner müsse ein solches eine selbstständige Wirtschaftseinheit bilden, z. B. über eigene sachliche und personelle Mittel für die Herstellung von Produkten oder zur Erbringung von gewerblichen Leistungen verfügen.[166] Eine selbstständige Wirtschaftseinheit sei anzunehmen, wenn die Gesellschafter auf die bloße Wahrnehmung ihrer Kapitalbeteiligungen beschränkt sind.[167] Die Literatur weist richtigerweise darauf hin, dass die wirtschaftliche Selbstständigkeit eines Unternehmens weiter zu verstehen sei; eine Einflussnahme der Mütter auf die allgemeine Geschäftspolitik sowie die Gewinnverwendung stelle noch keine Koordination dar.[168] Spiegelbildlich dazu werden kooperative Gemeinschaftsunternehmen als Funktionsgemeinschaften oder Teilfunktionsunternehmen beschrieben,[169] welche in Abhängigkeit von den Müttern operieren und nur Hilfs- oder Teilfunktionen für diese ausführen, z. B. Einkauf, Verkauf, Produktion.[170] Eine reine Abgrenzungshilfe stellt somit die Funktionsfähigkeit bzw. der Grad der Autonomie des Gemeinschaftsunternehmens von seinen Müttern dar.[171]

bb) Abgrenzungshilfe Marktauftreten

Einen Abschied von dem alleinigen Merkmal der Autonomie nahm der BGH mit einer nuancierten Betrachtung in seinem *Ost-Fleisch*-Beschluss:[172] Nur weil eine vollfunktionsfähige Einheit gegeben sei, schließe dies das Vorliegen eines grundsätzlich an den Kriterien des Kartellverbots zu messenden kooperativen Gemeinschaftsunternehmen nicht aus. Ein Indiz für eine Kooperation solle dann gegeben sein, wenn die Muttergesellschaften ihre Tätigkeit auf demselben sachlichen und räumlichen Markt fortsetzen, auf dem das Gemeinschaftsunternehmen aktiv ist.[173] Der BGH unterstellt dabei, dass es aus Sicht der Gründerunternehmen, welche auf demselben Markt tätig werden, „lediglich kaufmännisch vernünftig" sei, im Verhältnis zu den Gemeinschaftsunternehmen und auch untereinander auf Preiswettbewerb zu verzichten und das Preisniveau faktisch abzustimmen. Schon die „nahe liegende wirtschaftlich vernünf-

151 *Westermann/Bergmann* (Fn. 148), HB Joint Venture, S. 158 Rn. 112.

152 *Westermann/Bergmann* (Fn. 148), HB Joint Venture, S. 158 Rn. 113.

153 *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 11), § 36 Rn. 52.

154 *Bunte*, in: Langen/Bunte (Fn. 7), § 1 Rn. 261; *Bechtold*, Zur Fusionskontrolle über Gemeinschaftsunternehmen, BB 1980, 344 (344).

155 *Huber*, Aktuelle Probleme des Gemeinschaftsunternehmens im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht, WuW 1978, 677 (678).

156 BKartA, Tätigkeitsbericht 1977, BT-Drs. 8/1925, S. 57.

157 „Schwerpunkttheorie", vgl. *Ulmer*, Gemeinschaftsunternehmen im EG-Kartellrecht, WuW 1979, 433 (433 ff.); *Knöpfle* (Fn. 127), BB 1980, 654 (654).

158 *Huber* (Fn. 155), WuW 1978, 677 (677 ff.); Ulmer (Fn. 157), WuW 1979, 433 (439).

159 Siehe Art. 2 Abs. 4 und Art. 3 Abs. 4 der Fusionskontrollverordnung (Verordnung Nr. 139/2004), auf welche sich nach der Verordnung Nr. 1/2003 die angeordnete Vorrangwirkung des Kartellverbotstatbestandes des Art. 101 AEUV *nicht* erstreckt.

160 Bunte, in: Langen/Bunte (Fn. 7), § 1 Rn. 259.

161 BGHZ 96, 69 (78) – *Mischwerke.*

162 BKartA, Tätigkeitsbericht 1977 (Fn. 156), S. 23 f.

163 BGHZ 96, 69 (78) – *Mischwerke.*

164 BGHZ 96, 69 (78) – *Mischwerke.*

165 BGHZ 96, 69 (75) – *Mischwerke.*

166 *Bunte*, in: Langen/Bunte (Fn. 7), § 1 Rn. 260.

167 BGHZ 96, 69 (81) – *Mischwerke; Immenga*, Gemeinschaftsunternehmen als Kartell und Zusammenschluß – ein Grundsatzurteil des BGH, ZHR 150, 1986, 366 (372).

168 *Bunte*, in: Langen/Bunte (Fn. 7), § 1Rn. 266; *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 11), § 1 Rn. 292.

169 *Bunte*, in: Langen/Bunte (Fn. 7), § 1 Rn. 260.

170 BGH, WuW/E BGH 1367 (1367) – *ZVN;* BGH, WuW/E BGH 2049 (2049) – *Holzschutzmittel.*

171 *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 11), § 1 Rn. 292.

172 BGHZ 147, 325 (343) – *Ost-Fleisch.*

173 BGHZ 147, 325 (337) – *Ost-Fleisch.*

tige Orientierung an dem Verhalten der gemeinsamen Tochter" reiche für eine solche Annahme aus.[174] Daraus lässt sich eine Regelvermutung, aber noch keine Beweisregel[175] formulieren, dass selbst bei einem selbstständigen Gemeinschaftsunternehmen, welches am selben Markt wie die Mütter tätig wird, potentieller Wettbewerb zwischen diesen besteht, und eine Koordinierung zu erwarten ist.[176] Geben die Mütter hingegen ihre selbstständige Unternehmenstätigkeit auf demselben Markt auf, ist kein Wettbewerb zwischen diesen zu erwarten und damit auch keine Verhaltensabstimmung.[177] Dieser Abgrenzungshilfe ist die Rechtsprechung[178] sowie das BKartA[179] in der weiteren Entscheidungspraxis gefolgt.

cc) Tatbestandsmerkmale

Die zuvor genannten Abgrenzungshilfen besitzen nur begrenzt Tragkraft, da diese keine abschließende Aussage treffen können, ob die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens wirklich eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken kann.[180] Bereits im *Mischwerke*-Beschluss wurde zutreffend festgehalten, dass eine Einstufung als kooperativ nicht zwangsläufig den Tatbestand des § 1 erfüllt.[181] Ein kooperatives Gemeinschaftsunternehmen neigt nur zur Verhaltenskoordination. Um eine solche unterstellen zu können, muss dieses dennoch alle Tatbestandsmerkmale des Kartellverbots erfüllen.[182] Das heißt, dass die zu erwartende Verhaltenskoordination auch spürbar für die Marktgegenseite sein muss, die Muttergesellschaften keine Unternehmenseinheit bilden dürfen und das *Joint Venture* keinen wettbewerbsneutralen Zweck besitzen darf. [183]

dd) Zusammenfassung – wertende Betrachtung

Es gilt richtigerweise Gemeinschaftsunternehmen rein auf das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 zu überprüfen, als sich auf deskriptive Merkmale wie „kooperativ" oder „konzentrativ" zu versteifen. Begriffliche Verallgemeinerungen werden der Schwierigkeit einer Prognoseentscheidung nicht gerecht. Dem *Usus* der Rechtspraxis lassen sich jedoch zwei Indizien der Abgrenzung entnehmen: Zum einen ist auf die Autonomie des Gemeinschaftsunternehmens von den Müttern abzustellen, zum anderen ist nach potentiellem Wettbewerb zwischen diesen zu suchen. Wenn die Mütter sich auf demselben Markt betätigen wie das Tochterunternehmen, ist es, ungeachtet dessen Autonomie, unwahrscheinlich, dass sich diese wettbewerblich bedrängen. Liegt der zukünftige Tätigkeitsbereich des Gemeinschaftsunternehmens auf einem vor- oder nachgelagerten Markt von dem der Mütter und erbringt es nur Hilfsfunktionen für die Mütter, ist es wahrscheinlich, dass die Mütter über das Gemeinschaftsunternehmen Waren beziehen oder über dieses absetzen und aufeinander Rücksicht nehmen werden. Ist die Tochter hingegen autonom und soll auf einem anderen Markt als die Mütter auftreten, so stehen diese womöglich nicht im Wettbewerb miteinander. Eine Verhaltensabstimmung ist dann nicht zu erwarten. Dies sind jedoch keine hinreichenden Kriterien für eine Prognose; man sollte bei deren Vorliegen ferner auf die quantitative und qualitative wirtschaftliche Relevanz eines Gemeinschaftsunternehmens für die Mütter abstellen. Wie *Bach* richtigerweise anführt, wurde diese im *Ost-Fleisch*-Fall lediglich generalisierend bejaht.[184] Eine Interessenkoordination der Mütter kann nur zu erwarten sein, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auch von konkreter wirtschaftlicher Bedeutung am entsprechenden Markt ist. Dabei kann man nicht pauschalisierend nach „kaufmännisch vernünftigem Verhalten" eine Wettbewerbsbeschränkung annehmen, vor allem da ein Kartellverstoß ein Bußgeld oder eine Gewinnabschöpfung mit sich bringen kann und somit nicht zwangsläufig kaufmännisch vernünftig ist.[185] Eine Einzelfallabwägung darf nicht zu einer „extensiven Doppelkontrolle"[186] führen, indem selbstständig verbleibende Unternehmen eines Zusammenschlusses unter Generalverdacht gestellt werden, lediglich weil diesen Kooperationsmöglichkeiten verbleiben. Eine Einzelfallabwägung verlangt dabei die Ausleuchtung aller Umstände.

c) Ergebnis

Gemeinschaftsunternehmen sind *sui generis* dazu geneigt, bei ihrer Gründung beide Tatbestände zu erfüllen. Sie stellen unproblematisch einen Zusammenschluss dar, ggf. kann aus diesem eine Koordinierung erwachsen.[187] Dies ist von einer Prognoseentscheidung im Einzelfall abhängig und damit nur schwerlich feststellbar. Den von der Rechtspraxis gefundenen Abgrenzungskriterien kann nur eine Indizwirkung zukommen. Es hilft den Zusammenschlussvorgang dahingehend zu untersuchen, inwieweit Gemeinschaftsunternehmen über wettbewerbliche Autonomie verfügen und ob zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen und seinen Müttern nach dessen Gründung potentiell Wettbewerb bestehen kann, den diese einschränken können. Es müssen jedoch alle Tatbestandsmerkmale des § 1 erfüllt sein.

174 BGHZ 147, 325 (338) – *Ost-Fleisch.*

175 *Bach* (Fn. 144), ZWeR 2003, 187 (192); *Ulshöfer*, Die Auflösung von Gemeinschaftsunternehmen im Lichte der Nord-KS-Entscheidung des BGH, WuW 2011, 820 (822).

176 *Bunte*, in: Langen/Bunte (Fn. 7), § 1 Rn. 263; *Ulshöfer*, WuW 2011, 820 (822).

177 *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 11), § 1 Rn. 296.

178 BGH, WuW 2008, 1085 (1085 f.) – *Nord-KS/Xella*.

179 BKartA, WuW/E DEV 662 (665) – *Eurohypo*; BKartA, WuW/E DE-V 891 (902) – *ÖPNV-Hannover.*

180 *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 11), § 1 GWB Rn. 296.

181 BGHZ 96, 69 (81) – *Mischwerke.*

182 BGHZ 96, 69 (77) – *Mischwerke;* so auch OLG Düsseldorf, WuW/E OLG 5213 (5218) – *Gemischtwirtschaftliche Abfallwerke.*

183 *Bunte*, in: Langen/Bunte (Fn. 7), § 1 Rn. 261.

184 *Bach* (Fn. 144), ZWeR 2003, 187 (193); zustimmend: *Müller-Feldhammer* (Fn. 138), WuW 2015, 134 (135).

185 *Bach* (Fn. 144), ZWeR 2003, 187 (193); so auch, *Müller-Feldhammer* (Fn. 138), WuW 2015, 133 (139).

186 Bezeichnend *Benisch*, FS Rittner (Fn. 3), 17 (18).

187 Vgl. *Rittner* (Fn. 123), FS Ulmer, 953 (963).

2. Der Gleichordnungskonzern und das Konzernprivileg

Vergleichbare Schwierigkeiten der Abgrenzung stellen sich bei der Gründung von Gleichordnungskonzernen i.S.v. § 18 Abs. 2 AktG, welche selbstständige Unternehmen umfasst, die unabhängig bleiben und sich der einheitlichen Leitung eines Gremiums oder einer einzelnen Person unterstellen.[188] Dabei kann die Zusammenfassung unter einer einheitlichen Leitung vertraglich, z.B. durch die Vereinbarung einer Gewinngemeinschaft oder faktisch, z. B. durch parallele Kapitalbeteiligung oder personelle Verflechtung[189] begründet werden. Das Vorkommen von Gleichordnungskonzernen ist wenig erforscht. Zum einen, da diese bei faktischer Bildung nicht im Handelsregister eingetragen werden müssen, zum anderen wegen ihres schwach definierten Tatbestands.[190] Man findet sie mithin bei Familienunternehmen, die einer einheitlichen personellen Leitung unterstellt sind,[191] in der Versicherungswirtschaft[192] (z.B. *Signal Iduna*[193]) und im Lebensmittelhandel (z. B. *ALDI*).[194]

a) Abgrenzung zur Abhängigkeit

Besonders an diesem Konzerntypus ist, dass die Unternehmen sich dabei in keinem Abhängigkeitsverhältnis nach § 17 AktG zueinander befinden. Das bedeutet, dass eine einheitliche Leitung der Unternehmen nicht durch Beherrschung durch ein rechtlich selbstständiges Leitungsorgan vorhanden ist, sondern lediglich eine Leitung gegeben ist, welche durch Mitwirkung der beteiligten Unternehmen den Konzern koordiniert.[195]

b) Gleichordnungskonzern als Zusammenschluss und Kartell

Der Gleichordnungskonzern wurde in § 23 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 4 a.F. explizit als Zusammenschlusstatbestand genannt, jedoch in den § 37 n. f. gestrichen.[196] Durch die Verbindung unter einer einheitlichen Leitung findet eine Konzentration von Marktmacht statt, welche sich, soweit die einzelnen Unternehmen auf denselben Märkten tätig sind, auf die Marktstruktur auswirken kann, womit die Gründung eines Gleichordnungskonzerns als Zusammenschluss gesehen werden kann.[197] Ferner unterfallen jene als Konzerne i.S.v. § 18 AktG der Verbundsbetrachtung des § 36 Abs. 2 S. 1, weshalb deren Ressourcen bereits *de iure* zusammengerechnet[198] und diese im ganzen GWB als ein einheitliches Unternehmen betrachtet werden. Dem *Credo* „Konzerne sind keine Kartelle" folgend[199] müssten solche somit auch der Anwendung des § 1 tatbestandlich entzogen sein.[200] Dieses Privileg fußt jedoch, wie bereits ausgeführt, auf dem Grundgedanken, dass, soweit eine wettbewerbliche Einheit gebildet wird, keine wirtschaftliche Handlungsfreiheit zwischen den sich zusammenschließenden Unternehmen verbleibt, welche beschränkt werden kann.[201] Aufgrund der losen Unternehmensverbindung, nämlich dem Fehlen einer Beherrschung bzw. Abhängigkeit, behalten die beteiligten Unternehmen diese und eignen sich weiterhin, ihr Verhalten untereinander zu koordinieren.[202] Dadurch steht die Gründung des Gleichordnungskonzerns ebenfalls *qua definitione* zwischen unverbindlicher Kooperation und festem Zusammenschluss.[203]

c) Ausnahme vom Konzernprivileg

Folgte man ausnahmslos dem Konzernprivileg, wären angesichts des weiten Tatbestands des Gleichordnungskonzerns erhebliche Möglichkeiten eröffnet, das Kartellverbot durch Gründung eines solchen auszuschalten.[204] Fraglich ist daher, ob eine Anwendung des Kartellverbots unter Einschränkung des Konzernprivilegs möglich sein kann. Dies wird in der Rechtspraxis kontrovers diskutiert: In der Literatur[205] fordern verschiedene Stimmen eine generelle Anwendbarkeit des § 1, das BKartA will dies nur partiell bejahen,[206] wohingegen der BGH dies weitestgehend offen gelassen hat.[207]

188 *Buntscheck*, Der Gleichordnungskonzern – ein illegales Kartell?, WuW 2004, 374 (375); *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 10), § 18 AktG Rn. 25.

189 *Wellenkamp*, Der Gleichordnungskonzern – Ein Konzern ohne Abhängigkeit?, DB 1993, 2517 (2517).

190 *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht (Fn. 112), § 4 Rn. 32.

191 *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 11), § 36 Rn. 886.

192 *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht (Fn. 112), § 4 Rn. 32; *Schneider*, Mitbestimmung im Gleichordnungskonzern, in: Hübner/Ebke (Hrsg.), Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag, 1999, 1045.

193 SIGNAL IDUNA, https://www.signal-iduna.de/ueber-uns/signal-iduna-historie.php (Abruf v. 21.07.2017).

194 Vgl. *Lademann/Heinen*, Die Abgrenzung wettbewerblicher Einheiten als Problem der Marktstrukturbeteiligung im deutschen Lebensmittelhandel, WRP 2011, 1418 (1420).

195 *Maier-Reimer/Kessler*, in: Henssler/Strohn, Beck'scher Kurzkommentar zum Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, AktG, § 18 Rn. 9.

196 *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 11), § 37 Rn. 185.

197 *Buntscheck* (Fn. 188), WuW 2004, 374 (375).

198 *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht (Fn. 112), § 4 Rn. 32.

199 Sich kritisch damit auseinandersetzend *Huber* (Fn. 6), ZHR 131 (1968), 193 (195).

200 So auch BKartA, Tätigkeitsbericht 1973, BT-Drs. 7/2250, S. 98 – *Südmilch; Huber* (Fn. 6), ZHR 131 (1968), 193 (247).

201 *Huber* (Fn. 6), ZHR 131 (1968), 193 (195).

202 *Bunte*, in: Langen/Bunte (Fn. 7), § 1 Rn. 275; *Heermann*, Der Deutsche Fußballbund (DFB) im Spannungsfeld von Kartell- und Konzernrecht, ZHR 161 (1997), 665 (704).

203 Vgl. *Huber* (Fn. 6), ZHR 131 (1968), 193 (247).

204 *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 11), § 1 Rn. 890.

205 *Schmidt*, Konzentrationsprivileg und Gleichordnungsvertragskonzern – Kartellrechtsprobleme des Gleichordnungskonzerns, in: Löwisch (Hrsg.), Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag, 1991, 561 (572 f.).

206 BKartA, Tätigkeitsbericht 1973 (Fn. 200), S. 98 – *Südmilch*.

207 BGH, WuW/E DE-R 17 (23) – *Europapokalheimspiele*.

aa) Partielle teleologische Reduktion des § 36 Abs. 2

Teilweise wird von der Literatur eine partielle teleologische Reduktion des § 36 Abs. 2 gefordert[208] mit der Begründung, dass es zwar kartellrechtlich sinnvoll sei, zum Zwecke der Zusammenschlusskontrolle ein einheitliches Unternehmen anzunehmen, würde es doch der *Ratio* des § 1 zuwiderlaufen, ein Konzernprivileg für den Gleichordnungskonzern pauschal zu bejahen.[209] Bleiben die beteiligten Unternehmen voneinander unabhängige Entscheidungsträger, kann dadurch zwischen den beteiligten Konzernunternehmen noch schützenswerter Wettbewerb vorhanden sein.[210] Es soll deshalb im Einzelfall auf den Integrationsgrad der einzelnen Unternehmen in dem Konzern abgestellt werden.[211] Folglich müsse untersucht werden, ob dessen Gründung zur Bildung einer wirtschaftlichen Einheit und damit zu einem konzentrativen Gleichordnungskonzern führt oder die Möglichkeit der Marktkoordinierung in Form eines kooperativen Gleichordnungskonzerns verbleibt.[212]

bb) Enge Tatbestandsauslegung des § 18 Abs. 2 AktG

Dagegen lässt sich jedoch auf den deutlichen Wortlaut des § 36 Abs. 2 S. 1 verweisen, der explizit von Konzernen i.S.v. § 18 AktG spricht, was auch den Gleichordnungskonzern umfasst.[213] In Kombination mit der Verbundsklausel, welche ausdrücklich für das gesamte Kartellrecht gilt, müsste das Kartellverbot deshalb systematisch ausgeschlossen sein.[214] Es sei lediglich notwendig, dem weiten Tatbestand des § 18 Abs. 2 AktG Inhalt zu geben, indem man den Umfang und die Dauer einer „einheitlichen Leitung" gerade für seine kartellrechtliche Relevanz definiert.[215] Hierbei wird zwischen einem weiten und engen Konzernbegriff differenziert.[216] Legte man diesen eng aus, so wäre für § 18 Abs. 2 AktG der Verlust der wettbewerblichen Autonomie, auch ohne eine Beherrschung, notwendiges Kriterium und ein Konzernprivileg zu rechtfertigen.[217] Dies spräche für eine uneingeschränkte Anwendung des Konzernprivilegs.

cc) Streitentscheid

Die Diskussion um mögliche Ausnahmen vom Konzernprivileg dreht sich maßgeblich um die Auslegung des Tatbestands des § 18 Abs. 2 AktG. Geht man davon aus, dass der Tatbestand auf solche Fälle beschränkt ist, in denen die Beteiligten ihre wettbewerbliche Autonomie verlieren, wäre das Konzernprivileg auf den Gleichordnungskonzern ausnahmslos anwendbar.[218] Legt man diesen hingegen weit aus und umfasst alle Unternehmen, die sich ohne Abhängigkeit unter irgendeiner Leitungsform konzentrieren, so ist dies im Hinblick auf das *Telos* des § 1 nicht zu rechtfertigen, was eine teleologische Reduktion begründete.[219] Diese Lösungsansätze gleichen sich darin, dass sie anhand des Abgrenzungskriteriums der „einheitlichen Leitung" festzustellen versuchen, wann eine wirtschaftliche Unternehmenseinheit vorliegen kann, die ein Konzernprivileg rechtfertigt. Der kartellrechtlichen Problematik liegt dabei lediglich ein Auslegungsproblem zugrunde, welches mangels konzernrechtlicher Relevanz wenig diskutiert ist.[220] Für eine kartellrechtliche Behandlung gilt es deshalb, § 18 Abs. 2 AktG in Vereinbarkeit mit dem *Telos* von § 1 auszulegen. Dafür darf man sich nicht hinter deskriptiven Begrifflichkeiten verstecken, sondern es ist zu untersuchen, ob die Gründung eines Gleichordnungskonzerns eine Unternehmenseinheit zur Folge hat oder Unternehmensmehrheiten verbleiben, zwischen denen Wettbewerb herrscht. [221]

d) Abgrenzungskriterium „einheitliche Leitung"

Fraglich ist folglich, wann eine „einheitliche Leitung" zu einer Unternehmenseinheit führen kann.

aa) Integrationsgrad der beteiligten Unternehmen

Das BKartA verlangte für das Vorliegen einer einheitlichen Leitung eine „umfassende Unternehmensleitung" für alle Bereiche des Unternehmens.[222] Dieses Kriterium ist insofern zu scharf, als dass die Binnenorganisation eines Unternehmens, wie z.B. das Personal- und Rechnungswesen, keine kartellrechtliche Außenwirkung besitzt und damit auch in diesem Konzernverbund nicht von wettbewerblicher Relevanz ist.[223] Der BGH nahm hingegen in seiner Entscheidung zur *Pirmasenser Zeitung* bereits eine wirtschaftliche Einheit bei der Vergemeinschaftung von „wettbewerbsbezogenen Unternehmensentscheidungen" an.[224] Gemeint sind dabei Finanzplanung, Investitionen und wesentliche Bereiche

208 *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 11), § 1 Rn. 891.

209 *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 11), § 1 Rn. 892; so etwa *Buntscheck* (Fn. 188), WuW 2004, 374 (381).

210 *Buntscheck* (Fn. 188), WuW 2004, 374 (381).

211 *Schmidt*, Gleichordnung im Konzern: terra incognita?, ZHR 155 (1991), 418 (422).

212 *Schmidt*, (Fn. 211), 418 (422); *Thomas*, in: Zimmer/Mestmäcker (Fn. 11), § 1 GWB Rn. 893.

213 *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 10), AktG, § 18 Rn. 27.

214 *Thomas* (Fn. 103), ZWeR 2005, 239 (245).

215 *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht (Fn. 112), § 4 Rn. 33a; vgl. *Möhring* (Fn. 98), GRUR 1966, 645 (650).

216 *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht (Fn. 112), § 4 Rn. 33a.

217 Vgl. *Maier-Reimer/Kessler*, in: Henssler/Strohn (Fn. 195), AktG, § 18 Rn. 9.

218 Vgl. *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 10), AktG, § 18 Rn. 27.

219 *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 11), § 1 Rn. 893.

220 *Maier-Reimer/Kessler*, in: Henssler/Strohn (Fn. 195), AktG, § 18 Rn. 9.

221 So auch *Buntscheck* (Fn. 188), WuW 2004, (374), 384; *Heermann* (Fn. 202), ZHR 161 (1991), 665 (707).

222 BKartA, Tätigkeitsbericht 1973 (Fn. 200), S. 99 – *Südmilch.*

223 *Buntscheck* (Fn. 188), WuW 2004, 374 (382); *Huber* (Fn. 6), ZHR 131 (1968), 193 (248).

224 BGH, WuW/E DE-R 243 (246) – *Pirmasenser Zeitung;* ebenso BKartA, AG 1999, 426 (427).

der wirtschaftlichen Tätigkeit der beteiligten Unternehmen.[225] Auch eine vertragliche oder faktische Risiko- oder Vermögensgemeinschaft kann ein Indiz, jedoch keine hinreichende Bedingung für eine wirtschaftliche Einheit sein.[226] Ferner muss diese auch tatsächlich ausgeübt werden.[227] Dabei ist für eine kartellrechtliche Auslegung wichtig, dass sich die Unternehmen aufgrund der einheitlichen Leitung bei wettbewerbsbezogenen Entscheidungen tatsächlich am Konzerninteresse orientieren.[228]

Teilweise wird zudem eine Folgepflicht beim Weisungsrecht des Leitungsorgans der beteiligten Unternehmen eines vertraglichen Gleichordnungskonzerns verlangt.[229] Eingedenk des Wesensmerkmals der Unabhängigkeit dürfen daran keine zu hohen Anforderungen gestellt werden.[230] Sofern diese konzernrechtlich zulässig sind,[231] was bei einer GmbH oder Personengesellschaft zumindest bei Zustimmung aller Gesellschafter möglich ist, können diese zur Einschränkung der wettbewerblichen Autonomie beitragen und damit ebenfalls eine einheitliche Leitung begründen.[232]

bb) Dauerhaftigkeit der Unternehmensverbindung

Ein weiteres Indiz ist die Dauer der Zusammenfassung unter einer einheitlichen Leitung, da das Konzernprivileg einen Unternehmenszustand privilegieren soll und nicht ein Unternehmensverhalten.[233] Das BKartA verlangte im Fall *Südmilch* für die Bildung eines solchen, auf eine Kündigungsfrist von 10-15 Jahren abzustellen.[234] Die Wahl dieser Dauer scheint jedoch willkürlich.[235] Sie ist lediglich ein Indiz für einen Zusammenschluss in Abgrenzung zu einer vorübergehenden Kooperation; die Dauerhaftigkeit muss nur deutlich machen, dass es sich nicht nur um eine kurzfristige Unternehmensverbindung handelt.[236]

e) Ergebnis

Der Gleichordnungskonzern liegt aufgrund seiner nicht beherrschten Organisationstruktur wie Gemeinschaftsunternehmen zwischen Zusammenschluss und Kartellierung. Dadurch kann kein allgemeines Konzernprivileg i.S.v. § 36 Abs. 2 gegeben sein, nur weil dieser unter die Begrifflichkeit „Konzern" fällt. Es ist vielmehr darauf abzustellen, ob die beteiligten Unternehmen noch über selbstständige Handlungsfreiheit verfügen, damit das Kartellverbot greift, oder ob diese eine wettbewerbliche Einheit bilden und das Konzernprivileg gerechtfertigt ist. Dies kann auch hier lediglich anhand einer Einzelfallbetrachtung festgestellt werden. Sind dabei alle wettbewerblich relevanten Bereiche der Unternehmen für eine gewisse Dauer unter einer einheitlichen Leitung zusammengefasst, besteht keine wettbewerbliche Selbstständigkeit der einzelnen Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne und § 1 kann nicht greifen. Liegt jedoch keine solch definierte einheitliche Leitung vor, ist § 36 Abs. 2 S. 1 nicht gerechtfertigt, sodass eine Anwendung – wie bei der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen – in Betracht kommt.

V. Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass dem Kartellverbot und der Zusammenschlusskontrolle zwei unterschiedliche Wertungssysteme zugrunde liegen, welche sich nur in wenigen Konstellationen tatbestandlich überschneiden. Gerade wegen dieser Wertungsunterschiede ist bei solchen Überschneidungen eine parallele Anwendbarkeit im Sinne einer Doppelkontrolle, trotz der daraus resultierenden Rechtsunsicherheit, notwendig. Ein allgemeines Konzentrationsprivileg kann dabei nicht angenommen werden. Die Schwierigkeit einer Abgrenzung liegt aufgrund der vielen Ausgestaltungsmöglichkeiten eines Zusammenschlusses darin, vor allem wenn die Unternehmen keine wirtschaftliche Einheit bilden, dass sich im Wege der Prognoseentscheidung nicht verallgemeinernd konstatieren lässt, ob neben einer Konzentration ebenfalls eine Kartellierung zu befürchten ist. Es gilt daher nicht nach deskriptiven Worthülsen und Leitlinien zu suchen, welche die Anwendung eines oder beider Tatbestände attestieren, sondern die einzelnen Tatbestände und ihre Charakteristika einer nuancierten Betrachtung zu unterziehen. Abgrenzungshilfe, aber nicht hinreichendes Kriterium, kann dabei die Suche nach verbleibender wettbewerblicher Handlungsfreiheit und potenziell beschränkbarem Wettbewerb zwischen den sich zusammenschließenden Unternehmen für das Vorliegen eines Kartellverbots sein. Es ist zudem auf die Würdigung der Gesamtumstände des Falls einschließlich der einzelnen Tatbestandsmerkmale einzugehen, um eine möglichst zutreffende Abgrenzung zu ermöglichen und Wertungswidersprüche in beide Richtungen – Konzentration und Kooperation – zu vermeiden. Das Fazit fällt somit gespalten aus: Die beiden Tatbestände sind grundsätzlich parallel anwendbar, allgemeingültige Abgrenzungskriterien gibt es jedoch nicht.

225 *Buntscheck* (Fn. 188), WuW 2004, 374 (381).

226 *Buntscheck* (Fn. 188), WuW 2004, 374 (382); *Huber* (Fn. 6), ZHR 131 (1968), 193 (248).

227 *Schmidt*, FS Rittner (Fn. 205), 561 (578).

228 *Buntscheck* (Fn. 188), WuW 2004, 374 (382); *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 11), § 36 Rn. 899.

229 *Schmidt*, FS Rittner (Fn. 205), 568 (578); *Zimmer*, Immenga/Mestmäcker (Fn. 11), § 1 Rn. 896.

230 *Buntscheck* (Fn. 188), WuW 2004, 374 (382); *Wellenkampf* (Fn. 189), DB 1993, 2517 (2519).

231 Bzgl. der AG beispielsweise strittig, siehe u.a. *Wellenkampf* (Fn. 189), DB 1993, 2517 (2519).

232 *Thomas* (Fn. 103), ZWeR 2005, 239 (245); *Wellenkampf* (Fn. 189), DB 1993, 2517 (2519).

233 Vgl. *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 11), § 36 Rn. 900.

234 BKartA, Tätigkeitsbericht 1973 (Fn. 200), S. 98 – *Südmilch.*

235 *Wellenkampf* (Fn. 189), DB 1993, 2517 (2521).

236 *Buntscheck* (Fn. 188), WuW 2004, 374 (384); *Wellenkampf* (Fn. 189), DB 1993, 2517 (2521).