



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

KVZ 55/07

vom

4. März 2008

in der Kartellverwaltungssache

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 4. März 2008 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Dr. Raum, Prof. Dr. Meier-Beck, Dr. Strohn und Dr. Kirchhoff

beschlossen:

Die Beschwerden der Betroffenen zu 2 und des Bundeskartellamts gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde im Beschluss des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 20. Juni 2007 werden zurückgewiesen.

Die Gerichtskosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens werden zu 2/3 der Betroffenen zu 2 und zu 1/3 dem Bundeskartellamt auferlegt.

Der Wert des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens wird auf 500.000 € festgesetzt.

#### Gründe:

1. I. Die Betroffene zu 2 (im Folgenden: X. ) betreibt in Deutschland 19 Kalksandsteinwerke, davon acht in Norddeutschland. Sie hält eine Kommanditbeteiligung von 17,5027 % an der Betroffenen zu 1 (im Folgenden: N. ). Die N. ist mit der Herstellung, dem Vertrieb und dem Handel mit Kalksandstein und anderen Baustoffen befasst und betreibt an den Standorten Kaltenkirchen, Harburg, Buxtehude, Osterholz-Scharmbeck und Lüneburg ihrerseits fünf Kalksandsteinwerke.

- 2 Neben X. und der Verwaltungsgesellschaft N. GmbH sind an der N. vier weitere Kommanditisten, die Betroffenen zu 3 bis 6, beteiligt, die sich selbst nicht (mehr) mit dem Vertrieb von Kalksandstein befassen. Dabei handelt es sich um die H. Baustoffwerke GmbH & Co. KG (H. ), die Baustoffwerke Bu. GmbH & Co. KG (Bu. ), die Ho. Beteiligungen GmbH & Co. KG (Ho. ) und die Industriebetriebe H. M. Br. GmbH & Co. KG (Br. ). Bu. ist eine 100-prozentige Tochter der Kalksandsteinwerk B. & D. GmbH & Co. KG (B & D), deren Anteile wiederum zu je 50 % von Ursula B. und Alfred D. gehalten werden, die auch die Geschäfte der B & D führen. In gleicher Weise sind Ursula B. und Alfred D. auch an der Kalksandsteinwerk G. GmbH & Co. KG (G. ) geschäftsführend beteiligt, die ihrerseits alle Anteile an H. und alle Anteile an deren Schwestergesellschaft H. Baustoffwerke P. GmbH (H. P. ) hält, die in Parchim ein Kalksandstein- und Porenbetonwerk betreibt.
- 3 Die N. hat einen im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Beirat, in den X. , H. , Ho. und Br. je ein Mitglied entsandt haben. Der Beirat bestellt die beiden Geschäftsführer der Verwaltungsgesellschaft und entscheidet, wenn diese sich nicht einigen. Eine Reihe von Geschäften bedarf der Zustimmung des Beirats.
- 4 Das Bundeskartellamt hat festgestellt, dass die Durchführung des Gesellschaftsvertrages der N. gegen § 1 GWB und Art. 81 EG verstoße. Es hat X. verpflichtet, spätestens drei Monate nach Zustellung seines Beschlusses aus der Gesellschaft auszuschneiden; die Frist hat es während des Beschwerdeverfahrens auf ein Jahr neu festgesetzt. Schließlich hat das Kartellamt X. untersagt, weiterhin an Sitzungen des Beirats der N. teilzunehmen, ihre Stimmrechte im Beirat auszuüben sowie Protokolle der Beiratssitzungen anzufordern oder einzusehen. Den übrigen Betroffenen hat das Kartellamt untersagt, X. Protokolle der Beiratssitzungen zugänglich zu machen.

5 Auf die Beschwerde der X. hat das Beschwerdegericht die Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 81 EG sowie die Verpflichtung aufgehoben, aus der N. auszuscheiden. Im Übrigen hat es die Beschwerde zurückgewiesen. Die Rechtsbeschwerde hat das Beschwerdegericht nicht zugelassen.

6 Hiergegen richten sich die Beschwerden der X. und des Bundeskartellamts.

7 II. Die zulässigen Beschwerden sind nicht begründet, weil weder eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden ist noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs erfordert (§ 74 Abs. 2 GWB).

8 1. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung, soweit für das Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren von Interesse, im Wesentlichen wie folgt begründet:

9 Die Durchführung des Gesellschaftsvertrages der N. verstoße gegen § 1 GWB. Mit dem Vertrag werde eine Einschränkung des (Preis-)Wettbewerbs zwischen X. und H. untereinander und im Verhältnis zur N. bewirkt. Alle drei Gesellschaften seien auf demselben Regionalmarkt als Hersteller und Anbieter von Kalksandstein tätig; H. seien nämlich entsprechend § 36 Abs. 2 GWB die Kalksandsteinaktivitäten ihrer Schwestergesellschaft H. P. zuzurechnen, da H. und H. P. unter der einheitlichen Leitung von G. stünden und alle drei Gesellschaften als wettbewerbliche Einheit anzusehen seien. Muttergesellschaften eines Gemeinschaftsunternehmens, die auf demselben Markt tätig seien, seien im Allgemeinen versucht, durch Abstimmung ihrer Geschäftspolitik oder bewusste Zurückhaltung die Intensität des Wettbewerbs zu verringern. Für die Annahme, dass X. und H. ihre Beteiligung an der N. zur Koordinierung ihres Wettbewerbsverhaltens nutzen und hierdurch eine Beschränkung des Wettbewerbs

bewirken würden, reiche dies jedoch allein nicht aus; geboten sei vielmehr eine Gesamtbetrachtung der wirtschaftlichen Zusammenhänge und Auswirkungen. Eine solche Gesamtbetrachtung habe das Kartellamt indes zutreffend vorgenommen und das gemeinsame Interesse von X. , H. und N. an einer Preisberuhigung und -anhebung und einer damit einhergehenden Verbesserung der Erlössituation für alle drei Unternehmen herausgestellt. Diese Einschätzung werde durch das tatsächliche Verhalten der Gesellschafter im Beirat bestätigt, die sich gegenseitig über ihr Preisverhalten abgestimmt und kontinuierlich eine Anhebung der Preise und eine Reduzierung von Rabatten beschlossen hätten. Die mit dem Wettbewerb üblicherweise verbundene Ungewissheit über das Verhalten eines wesentlichen Wettbewerbers sei damit für X. und H. beseitigt worden.

- 10 Die Abstellungsverfügung des Bundeskartellamts sei als unverhältnismäßig aufzuheben. Zwar erlaube § 32 Abs. 2 GWB nicht nur verhaltensbezogene Abhilfemaßnahmen, sondern auch strukturelle Maßnahmen. Für diese bestehe jedoch hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit ein gesteigerter Rechtfertigungsdruck. Abhilfemaßnahmen struktureller Art seien wegen ihrer erheblichen Eingriffsintensität subsidiär und könnten nur angeordnet werden, wenn keine verhaltensbezogenen Maßnahmen gleicher Wirksamkeit zur Verfügung stünden oder wenn die verhaltensorientierten Maßnahmen ein beteiligtes Unternehmen stärker belasten würden. Zur wirksamen Abstellung der Zuwiderhandlung sei es das mildere Mittel und ausreichend, X. die weitere Durchführung des Vertrages zu untersagen. X. bleibe damit die Freiheit, selbst zu entscheiden, ob sie aus der mangels eines wirksamen Gesellschaftsvertrages nicht existenten N. ausscheiden oder etwa ihre Kalksandsteinaktivitäten außerhalb der N. aufgeben wolle. Ob eine weitere Alternative in einer reinen Kapitalbeteiligung bestehe, könne offenbleiben.

11           2.     Diese Begründung wirft keine Fragen auf, die die Zulassung der  
Rechtsbeschwerde erforderten.

12           a)     Entgegen der Beschwerde der X. stellt sich nicht die Grund-  
satzfrage, ob eine Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Muttergesell-  
schaften eines Gemeinschaftsunternehmens schon dann zu erwarten ist, wenn  
nicht beide Muttergesellschaften auf dem relevanten Markt tätig sind, sondern  
lediglich ein mit einer Muttergesellschaft unter einheitlicher Leitung stehendes  
Unternehmen, das von der Muttergesellschaft nicht beherrscht und an dem sie  
auch nicht beteiligt ist. Das Beschwerdegericht hat der Sache nach vielmehr  
dem Umstand Rechnung getragen, dass G. wirtschaftlich gleichzeitig  
über ihre 100-prozentige Tochter H. an der N. beteiligt und über ihre  
Tochter H. P. selbst auf dem Kalksandsteinmarkt tätig ist. Das ent-  
spricht dem auch von der Beschwerde nicht in Zweifel gezogenen und der Klä-  
rung in einem Rechtsbeschwerdeverfahren nicht bedürftigen Rechtssatz, dass  
einem Mutterunternehmen jeweils die Unternehmen zuzurechnen sind, an de-  
nen sie beteiligt sind und die von ihnen kontrolliert werden (vgl. Baron in Lan-  
gen/Bunte, Kartellrecht, 10. Aufl., FKVO Rdn. 212).

13           b)     Ebenso wenig stellt sich die Frage, ob der Tatbestand des § 1  
GWB schon dann erfüllt ist, wenn sich zwei Minderheitsgesellschafter ohne je-  
den wettbewerblich erheblichen Einfluss an einem Wettbewerber beteiligen und  
ein gemeinsames Interesse an einer Verbesserung der Erlössituation besteht,  
ohne dass nach den Grundsätzen kaufmännischer Vernunft eine Ausrichtung  
des Marktverhaltens der Muttergesellschaften an den Interessen des Gemein-  
schaftsunternehmens zu erwarten sein muss und ohne dass eine über den kar-  
tellrechtsneutralen Gesellschaftsvertrag hinausgehende Einigung der Gesell-  
schafter zur Beschränkung des Wettbewerbs vorliegen muss.

- 14            Wie der Bundesgerichtshof bereits entschieden hat, kann die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens über den gegebenenfalls verwirklichten Zusammenschlusstatbestand hinaus zu einer Interessenabstimmung und damit zu einer Wettbewerbsbeschränkung i.S. von § 1 GWB zwischen den Müttern führen. Ob dies der Fall ist, ist unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Einzelfalls zu beurteilen; insbesondere bedeutet die Einstufung eines Gemeinschaftsunternehmens als kooperativ noch nicht, dass der Tatbestand des § 1 GWB stets erfüllt ist (BGHZ 147, 325, 336 – Ost-Fleisch). Eine Beschränkung des Wettbewerbs ist jedoch regelmäßig zu erwarten, wenn die Muttergesellschaften weiterhin auf dem gleichen sachlichen und räumlichen Markt wie das Gemeinschaftsunternehmen tätig bleiben (BGHZ 147, 325, 338 – Ost-Fleisch). Ob es sich auch im Einzelfall so verhält, ist 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 (BGHZ 147, 325, 339 – Ost-Fleisch).
- 15            Diese Grundsätze hat das Beschwerdegericht auf den Streitfall angewendet. Es hatte dabei keine Veranlassung, von einer Konstellation auszugehen, bei der die Muttergesellschaften keinen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf das Gemeinschaftsunternehmen haben, denn das Beschwerdegericht hat sich ausdrücklich die Feststellung in der angefochtenen Verfügung (zu Tz. 90) zu eigen gemacht, dass "H. (Unternehmensgruppe B. /D. )" mit 32,6 % an der N. beteiligt ist; X. , G. und B & D halten damit (letztere über Bu. ) zusammen über 50 % der Anteile an der N. . Das Beschwerdegericht hat auch nicht von einer konkreten Gesamtbetrachtung abgesehen, sondern vielmehr auf die Feststellungen des Kartellamts zum strategischen Interesse der X. und die wirtschaftliche Bedeutung eines abgestimmten Verhaltens (zu Tz. 87-94 der Verfügung) Bezug genommen und damit begründet, warum dieses kaufmännischer Vernunft entspreche. Eine Bestäti-

gung für diese Einschätzung hat es im tatsächlichen Verhalten der Beiratsmitglieder gefunden.

16           c) Die Nichtzulassungsbeschwerden der X. und des Bundeskartellamts sehen weiterhin als der Klärung in einem Rechtsbeschwerdeverfahren bedürftig die Frage an, ob die Kartellbehörde einem Gesellschafter nach § 32 Abs. 2 GWB aufgeben darf, aus einem Gemeinschaftsunternehmen auszuscheiden. Die Frage stellt sich im Streitfall jedoch nicht. Da das Beschwerdegericht die N. als mangels eines wirksamen Gesellschaftsvertrages nicht (auch nicht als fehlerhafte Gesellschaft) existent angesehen hat, war für ein Ausscheiden der X. aus einer Gesellschaft von vornherein kein Raum.

17           Soweit das Beschwerdegericht im Übrigen die auf ein Ausscheiden der X. aus der Gesellschaft gerichtete Abstellungsverfügung für unverhältnismäßig gehalten hat, ist nicht zweifelhaft, dass eine Abstellungsverfügung dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen muss; § 32 Abs. 2 GWB bestimmt dies ausdrücklich, indem er die Kartellbehörde ermächtigt, den Unternehmen alle Maßnahmen aufzugeben, die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich und gegenüber dem festgestellten Verstoß verhältnismäßig sind. Ein Auswahlermessen des Kartellamts kommt erst dann in Betracht, wenn mehrere gleichermaßen verhältnismäßige Maßnahmen zur Verfügung stehen.

18           Auch der vom Beschwerdegericht der Prüfung auf Verhältnismäßigkeit zugrunde gelegte Rechtsgrundsatz, Abhilfemaßnahmen struktureller Art seien wegen ihrer erheblichen Eingriffsintensität subsidiär und könnten nur angeordnet werden, wenn keine verhaltensbezogenen Maßnahmen gleicher Wirksamkeit zur Verfügung stünden oder wenn die verhaltensorientierten Maßnahmen ein beteiligtes Unternehmen stärker belasten würden, bedarf keiner Klärung in einem Rechtsbeschwerdeverfahren. Er entspricht der Vorschrift des Art. 7 Abs. 1 Satz 3 der Verordnung 1/2003, der § 32 GWB in der Fassung der



7. GWB-Novelle nachgebildet ist. In der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung heißt es hierzu, dass mit § 32 Abs. 2 der für das gesamte öffentliche Handeln geltende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz akzentuiert werde, was insbesondere bei eventuellen Eingriffen in die Unternehmenssubstanz (sog. strukturellen Maßnahmen) von Bedeutung sei. Orientierungshilfe gäben dabei die Kriterien, die im Rahmen der Vorbildregelung des Art. 7 VO 1/2003 für strukturelle Maßnahmen vorgesehen seien (BT-Drucks. 15/3640, S. 51). Es steht hiernach außer Frage, dass strukturelle Maßnahmen auch nach deutschem Recht jedenfalls den Kriterien des Art. 7 Abs. 1 Satz 3 VO 1/2003 genügen müssen.

19           Der Einwand des Bundeskartellamts, damit werde der Zweck der Neufassung des § 32 GWB verfehlt, die Befugnisse der Kartellbehörden zu erweitern und ihnen ein wirksames Einschreiten zu ermöglichen – wie sich daran zeige, dass ein weiteres Verfahren notwendig werden könne, weil das Beschwerdegericht die Zulässigkeit einer reinen Kapitalbeteiligung der X. an der N. offengelassen habe – ändert daran nichts. Ungewissheiten dieser Art sind unvermeidlich. Denn auch wenn das Kartellamt X. hätte aufgeben dürfen, aus der N. auszuscheiden, um damit den in der Durchführung des bestehenden Gesellschaftsvertrages liegenden Kartellrechtsverstoß zu beseitigen, wäre damit nicht entschieden worden, ob die Durchführung eines anderen Gesellschaftsvertrags, der lediglich eine stille Beteiligung von X. vorsieht, ebenfalls gegen § 1 GWB verstößt.

20           d) Die vom Bundeskartellamt als grundsätzlich angesehene Frage, ob sich eine Beschwerde entsprechend § 68 Satz 1 FGO und § 96 Abs. 1 SGG gegen die Ausgangsverfügung in Gestalt der Änderungsverfügung richtet und das Beschwerdeverfahren fortgesetzt wird, wenn eine angefochtene Verfügung im laufenden Beschwerdeverfahren von der Kartellbehörde abgeändert wird, oder ob es in diesem Fall einer "Klageänderung" bedarf, ist nicht entschei-

dungserheblich. Denn X. hat im Beschwerdeverfahren darauf angetragen, den Beschluss des Bundeskartellamts vom 9. August 2006 in der Form des Abänderungsbeschlusses vom 21. Dezember 2006 aufzuheben. Wenn es einer "Klageänderung" bedurft haben sollte, hat X. sie mit diesem Antrag vorgenommen und das Kartellamt ihr nicht widersprochen; im Übrigen lag die Sachdienlichkeit auf der Hand.

- 21 e) Die schließlich von der Nichtzulassungsbeschwerde der X. noch aufgeworfene Frage, ob es gemäß § 78 Satz 1 GWB der Billigkeit entspreche, im Falle eines mehr als nur unerheblichen Teilobsiegens des Beschwerdeführers dem Bundeskartellamt die außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeführers entsprechend dem Verfahrensausgang aufzuerlegen, wenn keine anderen Billigkeitserwägungen entgegenstehen, ist der Klärung in einem Rechtsbeschwerdeverfahren nicht zugänglich. Ob ein entsprechender Kostenauspruch geboten ist, ist vielmehr eine Frage des Einzelfalls, da verfassungsrechtlich eine Billigkeitsentscheidung zu treffen ist, bei der alle Umstände des

konkreten Falles (einschließlich des Verfahrensausgangs) abgewogen werden (BVerfGE 74, 78, 94; BGH, Beschl. v. 23.2.1988 – KVR 6/87, WuW/E 2478, 2479 – Coop/Wandmaker).

Bornkamm

Raum

Meier-Beck

Strohn

Kirchhoff

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 20.06.2007 - VI-Kart 14/06 (V) -