

Vorlesungseinheit 17.6.2019

Die kartellrechtliche Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen

Dr. Romina Polley

1

Gliederung Einheit 10

I. Grundlagen

1.1 Wettbewerbstheoretischer Hintergrund

1.2 Begriff des GU

1.3 Voraussetzungen Zusammenschluss

II. Voraussetzungen im Einzelnen

2.1 Gemeinsame Kontrolle – Zusammenschluss i.S.d. Art. 3 FKVO
(formelle Fusionskontrolle)

2.2 Vollfunktionscharakter (Art. 2 Abs. 4 FKVO)

2.2.1 Vollfunktionsfähigkeit

2.2.2 Selbstständigkeit

2.2.3 Dauerhaftigkeit

2.3 Gründung/Auflösung

2.4 Der Fall Generali/Unicredito – Abgrenzung eines Teilfunktions- von einem
Vollfunktions-GU

Dr. Romina Polley

2

Gliederung Einheit 10

2.5 Materielle Beurteilung (Art. 2 Abs. 4 und 5 FKVO)

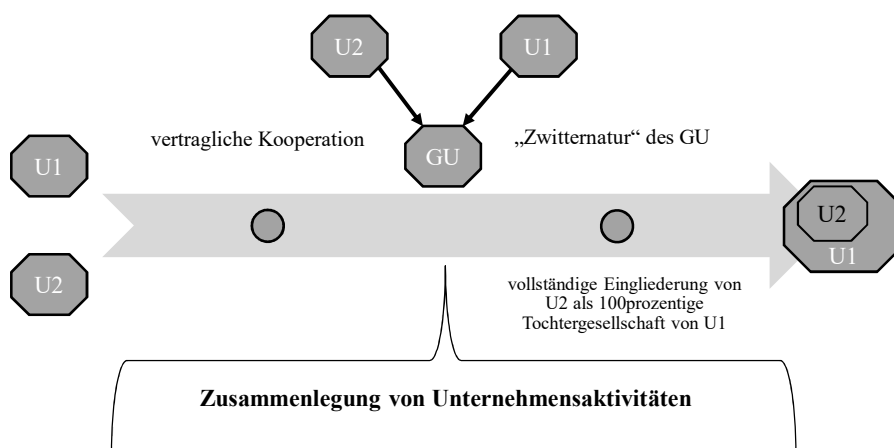
2.6 Wettbewerbsverbote

III. Unterschiede GWB/FKVO

3.1 Unterschiede zwischen FKVO und GWB im Zusammenschlussbegriff

3.2 Beurteilung nach § 1 GWB – Rechtsunsicherheit wegen Doppelkontrolle

1.1 Wettbewerbstheoretischer Hintergrund



1.1 Wettbewerbstheoretischer Hintergrund

<i>Effizienzgewinne</i>	<i>Wettbewerbsgefährdungen</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Synergien durch gemeinsame Nutzung von Unternehmensressourcen • Gemeinsame Tragung von Fixkosten, etwa im Bereich Forschung und Entwicklung • Gegenüber vertragl. Kooperation höhere Flexibilität im Hinblick auf Marktveränderungen • Höheres Maß an Verlässlichkeit 	<ul style="list-style-type: none"> • „Zwitternatur“ → mögliche Gefährdung des Wb. unter 2 Gesichtspunkten (im Schnittfeld von FK und Kartellverbot) • Entstehung/Verstärkung einer mb. Stellung (Außenverhältnis) • sind Mütter aktuelle oder potentielle Wettbewerber; Gefahr der Abschwächung des Wettbewerbs im Innenverhältnis • Gefahr von Spill-Over Effekten

Dr. Romina Polley 5

1.1 Wettbewerbstheoretischer Hintergrund

U1 vertragliche Kooperation GU „Zwitternatur“ des GU U2
 U2 ~~Kartell~~ ~~Zusammenschluss~~ U1

vollständige Eingliederung von U2 als 100prozentige Tochtergesellschaft von U1

➔ GU als Organisationsform zwischen Zusammenschluss und Kartell

➔ FK (Art. 2 FKVO bzw. § 36 GWB) sowie Kartellverbot (Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB) als materiellrechtlicher Maßstab („Doppelkontrolle“)

Dr. Romina Polley 6

1.2 Begriff des GU

- Gründung von GU als wichtigster Anwendungsfall der Begründung und Ausübung gemeinsamer Kontrolle
- Beziehungen der Muttergesellschaften zueinander und zum GU idR in **Grundvereinbarung** (auch Konsortial-, Grundlagen- oder Kooperationsvertrag, *partnership agreement*) festgelegt
- Begriff des GU wird in der FKVO nicht definiert, sondern vorausgesetzt
- GU = Unternehmen, das von zwei oder mehr Unternehmen **gemeinsam kontrolliert** wird (vgl. **Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen** „Mitteilung Zuständigkeit“, Rn. 91) und der Zusammenarbeit in bestimmten Bereichen wie Forschung und Entwicklung, Produktion und/oder Vertrieb dient

1.3 Voraussetzungen für Zusammenschluss

- **Vorliegen gemeinsamer Kontrolle** nach Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO reicht auf EU-Ebene noch nicht aus (vgl. Mitteilung „Zuständigkeit“, Rn. 91)
- GU muss auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllen und mithin als sog. **Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen** zu qualifizieren sein (Art. 3 Abs. 4 FKVO)
 - wenn (-), also nur Teilfunktions-GU, jedoch an Fusionskontrolle nach GWB denken

Folgen für den Aufbau der Falllösung

Beachte: Im Gegensatz zur „Einschrittprüfung“ bei alleiniger Kontrolle verlangt die Prüfung gemeinsamer Kontrolle bei der Gründung eines GU i. S. v. Art. 3 Abs. 4 FKVO eine „Zweischrittprüfung“:

- (1) Liegt eine gemeinsame Kontrolle vor?
- (2) Hat das Gemeinschaftsunternehmen Vollfunktionseigenschaft?

2.1 Gemeinsame Kontrolle

Gemeinsame Kontrolle ist dann gegeben, wenn zwei oder mehr Unternehmen oder Personen die Möglichkeit haben, in einem anderen Unternehmen bestimmenden Einfluss auszuüben. Bestimmender Einfluss bedeutet hier in der Regel die Möglichkeit, Aktionen **zu blockieren**, die das strategische Wirtschaftsverhalten eines Unternehmens bestimmen (Mitteilung Zuständigkeit Rn. 62)

- Anders als bei der alleinigen Kontrolle ist **negative Kontrolle** bei der gemeinsamen Kontrolle der **Regelfall**
- **Einigungszwang** um bei den strategisch wichtigen Fragen überhaupt Entscheidung fassen zu können (**Pattsituation**) als wesentliches Charakteristikum

Gemeinsame Kontrolle auf rechtlicher Grundlage (*de jure*)

- Gleiche Stimmrechte
 - Paritätische Beteiligung zweier Unternehmen (50:50); aber nur soweit keine Sonderrechte existieren, die einem alleinige Entscheidung ermöglichen – **alleinige und gemeinsame Kontrolle schließen sich gegenseitig aus**
- Gleicher Einfluss auf die Besetzung der Entscheidungsgremien
 - Fall der Begründung gemeinsamer Kontrolle durch besondere vertragliche Vereinbarung
- Sonderfall: Casting Vote/Schlichtungsverfahren
 - Hat ein Mutterunternehmen eine ausschlaggebende Stimme (Casting Vote) gemeinsame Kontrolle (-)
 - Es sei denn: Casting Vote hat nur untergeordnete Bedeutung (keine strategischen Entscheidungen) (-)
 - bei Möglichkeit wechselnder Mehrheiten gemeinsame Kontrolle (-)

Dr. Romina Polley

9

2.1 Gemeinsame Kontrolle

Gemeinsame Kontrolle auf rechtlicher Grundlage (*de jure*)

- Vetorechte
 - wenn einzelne Gesellschafter (unabhängig von der Verteilung der Stimmrechte) berechtigt sind, im Hinblick das **strategische Wirtschaftsverhalten** des Unternehmens wesentliche Entscheidungen durch Vetorechte zu blockieren.
 - Vetorechte können in der Satzung enthalten sein oder auf besonderen Vereinbarungen zwischen den Muttergesellschaften beruhen

Vetorechte müssen über typische Minderheitenrechte (dienen lediglich finanziellen Interessen der Minderheitsgesellschafter) hinausgehen

Vetorechte müssen sich auf wesentliche unternehmerische bzw. strategische Entscheidungen beziehen.

- Etwa: Besetzung der Unternehmensleitung oder
- Finanzplanung
- Business Plan, Budget

Dr. Romina Polley

10

2.1 Gemeinsame Kontrolle

Gemeinsame Kontrolle auf faktischer Grundlage (*de facto*)

- (+) wenn starke **gemeinsame Interessen** der Gesellschafter bewirken, dass diese bei der Ausübung ihrer Stimmrechte nicht gegeneinander handeln
 - Annahme von *de facto* gemeinsamem Handeln ist grundsätzlich die **Ausnahme**
 - Je höher die Zahl der Gesellschafter, die theoretisch eine gemeinsame Interessenlage haben könnten, desto unwahrscheinlicher ist es, dass tatsächlich gemeinsames Handeln *de facto* vorliegt.



Vorliegen von *de facto* Kontrolle ist stets im Wege einer wertenden Gesamtschau aller Umstände des konkreten Einzelfalles zu ermitteln

Indizien für starke gemeinsame Interessen

- Hoher Grad an gegenseitiger Abhängigkeit der Gesellschafter in Bezug auf das Erreichen der strategischen Ziele des GU
- Einheitliches Stimmverhalten in der Vergangenheit
- Strukturelle Verflechtungen zwischen Gesellschaftern

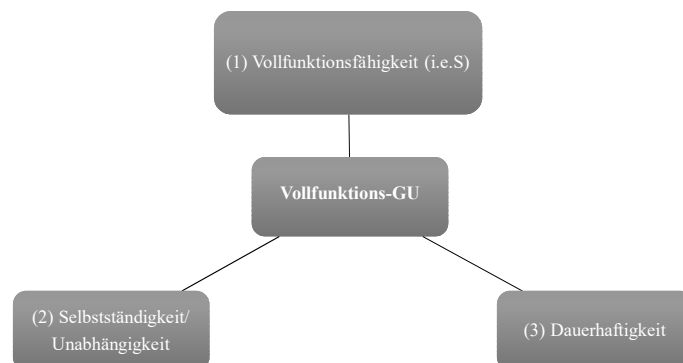
Dr. Romina Polley

11

2.2 Vollfunktionscharakter (vgl. Art. 3 Abs. 4 FKVO)

Art. 3 Abs. 4 FKVO

Die Gründung eines GUs, das auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt, stellt einen Zusammenschluss im Sinne von Absatz 1 Buchstabe b) dar. In Abgrenzung zu einem bloßen Teilfunktions-GU, muss ein Vollfunktions-GU kumulativ drei Grundvoraussetzungen erfüllen, die in der Praxis letztlich ineinander fließen und nicht immer trennscharf von einander abgrenzen lassen



Dr. Romina Polley

12

2.2 Vollfunktionscharakter (vgl. Art. 3 Abs. 4 FKVO)

(1) Vollfunktionsfähigkeit

Um im engeren Sinne „vollfunktionsfähig“ zu sein, muss ein GU grundsätzlich über eine hinreichende Ausstattung in finanzieller, sachlicher und personeller Hinsicht verfügen, um im Rahmen der ihm zugrunde liegenden Vereinbarung langfristig seine Tätigkeiten ausüben zu können (vgl. die strukturierte Prüfung in KOMM. 2. 4. 1997, M.904 Tz. 5 ff. „RSB/Tenex/Fuel Logistic“.)

- **Ausreichende Ressourcen für eigene Marktpräsenz**
- **Tätigkeit auf allen Marktstufen**

2.2 Vollfunktionscharakter (vgl. Art. 3 Abs. 4 FKVO)




(1) Vollfunktionsfähigkeit

- **Ausreichende Ressourcen für eigene Marktpräsenz**
 - Mütter müssen GU genügend Ressourcen zur Verfügung gestellt haben, damit sich das GU zu einem aus sich selbst heraus lebensfähigen Marktteilnehmer entwickeln kann und einer eventuellen Anlaufphase nicht mehr auf finanzielle Zuwendungen der Mütter angewiesen
 - Hinreichende Ausstattung regelmäßig (+), wenn **bereits bestehende Unternehmen** oder Betriebe ohne wesentliche Veränderungen gemeinsam von anderen übernommen und einer gemeinsamen Kontrolle unterstellt werden
- **Marktbezug**
 - GU muss in der Lage sein, alle wesentlichen Funktionen auszuüben, die andere Unternehmen auf dem selben Markt wahrnehmen → daraus folgt zweierlei
 - Vollfunktionsfähigkeit muss in Bezug auf einen konkreten Markt gegeben sein
 - Branchenüblichkeit als Maßstab
 - Beispielsweise schließt die von der Kommission als typische Hilfsfunktion beschriebene Vertriebstätigkeit des GU für die Muttergesellschaften die Annahme einer Vollfunktionsfähigkeit nicht aus, wenn auf dem betreffenden Markt auch andere unabhängige Unternehmen als reine Handelsunternehmen existieren.

2.2 Vollfunktionscharakter (vgl. Art. 3 Abs. 4 FKVO) (2) Selbstständigkeit

- **Gemeinsame Kontrolle und Selbstständigkeit sind nach ihrem Inhalt zu unterscheiden**
 - Für die Annahme von Selbstständigkeit genügt es, dass GU über „faktische“, „wirtschaftliche“ bzw. „funktionelle“ Selbstständigkeit verfügt.
 - Trotz gemeinsamer Kontrollmöglichkeit der Mütter kann GU in operativer Hinsicht wirtschaftlich selbstständig handeln, wenn die Muttergesellschaften von ihrer Einflussmöglichkeit nicht oder jedenfalls nur in Bezug auf strategische Grundentscheidungen Gebrauch machen
 - Selbstständigkeit in diesem Sinne dadurch gekennzeichnet, dass der GU **in eigener unternehmerischer Verantwortung handelt**.

2.2 Vollfunktionscharakter (vgl. Art. 3 Abs. 4 FKVO) (2) Selbstständigkeit

- **Indizien gegen die Annahme einer hinreichenden Selbstständigkeit** 
 - Weisungsrechte der Muttergesellschaften oder Zustimmungserfordernisse in Geschäftsführungsfragen
 - Vertragliche Ausschließlichkeitsbindungen zu den Muttergesellschaften
 - Personelle Überschneidungen, insbesondere wenn die Geschäftsführung gleichsam „nebenbei“ von Vertretern der Muttergesellschaften erledigt wird (vgl. KOMM. 30.10.2002, M.2938 – „SNPE/MBDA/J“)
- **Problem: Geschäftsbeziehungen zu den Muttergesellschaften**  
 - Selbstständigkeit des GU kann durch intensive Geschäftsbeziehungen zu den Muttergesellschaften in Frage gestellt werden.
 - Letztlich ausschlaggebend ist, ob das GU „trotz dieser Verkäufe dazu bestimmt ist, eine aktive Rolle im Markt zu spielen“, d. h. insbesondere, ob es in der Lage ist, Preise und Konditionen auch gegenüber den Muttergesellschaften unabhängig zu gestalten und mit ihnen „at arm's length“ zu marktüblichen Bedingungen zu kontrahieren.

2.2 Vollfunktionscharakter (vgl. Art. 3 Abs. 4 FKVO)

(3) Dauerhaftigkeit

- Voraussetzung der Dauerhaftigkeit, weil Zusammenschlusskontrolle nur dann eingreifen soll, wenn eine **nachhaltige** – und nicht nur vorübergehende – **(Markt-)Strukturveränderung** eintritt
- Untergrenze dürfte bei 5 Jahren liegen. Die Kommission berücksichtigt bei kurzer Laufzeit auch eine Verlängerungsklausel als Argument für eine hinreichende Dauerhaftigkeit (Mitteilung „Zuständigkeit“, Rn. 104)

2.3 „Gründung“

- **Begriff ist kartellrechtlich-funktional wie folgt auszulegen**
 - erfasst nicht die nur Erschaffung eines neuen Rechtsträgers unter gemeinsamer Kontrolle,
 - sondern auch die Unterstellung eines ehemals allein kontrollierten Unternehmens unter künftige gemeinsame Kontrolle.

Es bedarf einer **strukturellen Verbindung**
zwischen den künftigen Müttern und dem GU

1. Neugründung (+)

- Begriff ist extensiv auszulegen
- erfasst neben der Gründung eines gänzlich neuen GU, auch die Schaffung eines GU durch Einbringung von Vermögenswerten der Muttergesellschaften i. S. e. „Outsourcing“.

2.3 „Gründung“

2. Erweiterung des Tätigkeitsbereich/Ressourcenzuwachs beim GU (+/-)

- Extensives Begriffsverständnis (Rn. 106 – 109 Mitteilung Zuständigkeit)
- Bloße Ausweitung des Tätigkeitsbereichs eines GU ohne Übertragung weiterer Vermögenswerte oder sonstiger Rechte an das GU reicht aber nicht aus
 - dem liegt der (allgemeine) Gedanke zugrunde, dass rein organisches Wachstum eines GUs nicht der FK unterliegt (vgl. Rn. 108)
- Erwerb eines anderen Unternehmens bzw. Unternehmensteils bzw. Einbringung von Assets erforderlich
- dieser **Zuwachs an externen Ressourcen** muss weiterhin **erheblich** sein
 - (+), wenn diese Vermögenswerte bzw. Rechte die Grundlage oder den Kern für eine Ausdehnung der Geschäftstätigkeit auf **andere sachliche oder räumliche Märkte** bilden, die nicht Ziel des ursprünglichen GUs waren.

3. Umwandlung eines Teilfunktions- in ein Vollfunktions-GU (+)

- nach Rn. 109 der Mitteilung „Zuständigkeit“ liegt – unabhängig von der Zuführung zusätzlicher Ressourcen – ein Zusammenschluss immer dann vor, wenn sich durch die Veränderungen in der Organisationsstruktur des GU ein **nur teilfunktionsfähiges GU in ein vollfunktionsfähiges GU wandelt**.

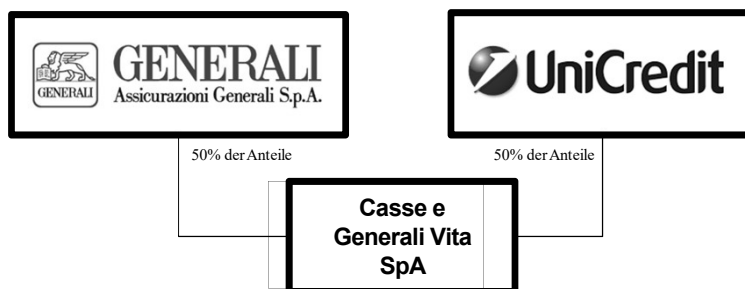
2.3 Auflösung des GU bzw. Ausscheiden einer Muttergesellschaft

(1) Fusionskontrolle: Fusionskontrollpflichtigkeit der Auflösung?

- (+) stets für den **Übergang von gemeinsamer Kontrolle zu alleiniger Kontrolle**, und zwar im deutschen wie im europäischen Kartellrecht
- Bloßes Ausscheiden eines Gesellschafters
 - Nach der FKVO (-), solange mindestens zwei weitere Gesellschafter verbleiben und sich am Tatbestand der gemeinsamen Kontrolle nichts ändert
 - Anders unter dem GWB: zu prüfen, ob die Reduzierung der Beteiligung jenseits der Begründung einer alleinigen Beherrschung zu einer wesentlichen Verstärkung der bestehenden Unternehmensverbindung führt (vgl. § 37 Abs. 2 GWB).
 - Letzteres kann z.B. der Fall sein, wenn bei einer Beteiligung von vier Gesellschaftern mit jeweils 25 % das Ausscheiden eines Gesellschafters zur Mitbeherrschung der nun verbleibenden drei Gesellschafter führt: Sieht die Satzung z.B. eine Mehrheit von 75 % für die Abstimmung über wesentliche Geschäftsmaßnahmen vor, erlangt nun jeder der drei verbleibenden Gesellschafter eine mitbeherrschende Stellung

2.4 Der Fall Generali/unicredito – Abgrenzung eines Vollfunktions- von einem Teilfunktions-GU

Sachverhalt



Aufgaben

Anbieten von Lebensversicherungen
sowie Vertrieb über Banken

Dr. Romina Polley

21

2.4 Der Fall Generali/unicredito – Abgrenzung eines Vollfunktions- von einem Teilfunktions-GU

Mangels funktionaler Selbstständigkeit kein Vollfunktions-GU



Beurteilungsmaßstab

- Prüfung im Kontext sämtlicher Begleitumstände der Gründung
- Maßgeblich sind branchenübliche Unternehmenseigenschaften auf dem jeweiligen Markt

Hinreichende Validität

„Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass einige Argumente, die die Klägerinnen gegen die in der angefochtenen Entscheidung vorgenommenen Beurteilungen geltend machen, auf Daten beruhen, die weder in der Absichtserklärung noch im Tätigkeitsprogramm erwähnt sind und der Kommission bei ihrer Prüfung der fraglichen Vorgänge nicht mitgeteilt worden waren. Das gilt insbesondere für das Vorbringen zur zeitlichen Begrenzung der von den Muttergesellschaften geleisteten Unterstützung auf versicherungs- mathematischem Gebiet und im Bereich der internen Kontrollen [...] Derartige Punkte können bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung nicht berücksichtigt werden; diese ist auf der Grundlage der Informationen zu prüfen, über die die Kommission im Zeitpunkt ihres Erlasses verfügte.“ (EuG, Rs. T-87/96, Rn. 72)

Dr. Romina Polley

22

2.4 Der Fall Generali/unicredito – Abgrenzung eines Vollfunktions- von einem Teilfunktions-GU

Mangels funktionaler Selbstständigkeit kein Vollfunktions-GU



76. Zwar könnte der Auffassung der Klägerinnen gefolgt werden, wenn es um die Nutzung einer jeden einzelnen der vorerwähnten Dienstleistungen für sich betrachtet ginge, nicht jedoch für den Fall, dass das GU für die **Gewährung der Gesamtheit dieser Dienstleistungen von seinen Muttergesellschaften abhängt**, und zwar **über eine anfängliche Anlaufzeit hinaus**, in der diese Unterstützung deshalb als gerechtfertigt angesehen werden könne, weil sie es dem GU ermögliche, den Markt zu betreten.

77. Im vorliegenden Fall wurde das Tätigwerden des Gemeinschaftsunternehmens aber dadurch gesichert, dass die **Gründerunternehmen fast sämtliche Dienstleistungen erbrachten**, die sich auf Produktion, Verwaltung und Vermarktung der Versicherungspolice bezogen. Namentlich wird CG Vita nach dem Tätigkeitsprogramm zumindest während der ersten fünf Jahre ihrer Tätigkeit **nicht in der Lage sein**, die mit Produktion und Verwaltung der Versicherungspolice zusammenhängenden Dienstleistungen **selbständig zu verwalten**.

78. Ferner unterlagen nach den zu den Akten gegebenen Unterlagen, über die die Kommission bei Erlass der angefochtenen Entscheidung verfügte, die **Interventionen der Muttergesellschaften keiner zeitlichen Beschränkung**. Lediglich die Unicredito für den Vertrieb der Produkte von CG Vita auferlegte Ausschließlichkeitsklausel war auf einen Zeitraum von fünf Jahren begrenzt.

2.5 Materielle Beurteilung von Vollfunktions-GUs (Art. 2 Abs. 4 und 5 FKVO)

1. Anwendungsbereich der Doppelkontrolle nach Art. 2 Abs. 4 und 5 FKVO

2. Betroffene Märkte

3. Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens (Art. 2 Abs. 4 FKVO)

1.2.4 Andere nicht koordinierte Wirkungen

2.5.1 Anwendungsbereich der Doppelkontrolle

- **Vollfunktions-GU mit gemeinschaftsweiter Bedeutung**
 - Teilfunktions-GU → bereits kein Zusammenschluss i. S. d. Art. 3 Abs. 4 FKVO
- **Gruppen- oder Spill-Over-Effekte**
 - Gegenstand des Art. 2 Abs. 4 und Abs. 5 sind sog. „Gruppeneffekte“ oder „Spill-Over-Effekte“
 - Handelt es sich bei den Müttern um **konkurrierende Unternehmen** und **scheiden** diese aus dem Markt des GU **aus**, so liegt regelmäßig ein **rein konzentratives GU** vor
 - Kann Wettbewerb bereits durch seine Gründung und den damit eintretenden Verlust früheren Wettbewerbsdrucks zwischen den Müttern beschränken
 - Bleiben sie hingegen in einem mit dem GU in Zusammenhang stehenden Markt **tätig**,
 - so liegt es nahe, dass es – sogar ohne besondere Kartellabsprachen allein aufgrund der Zusammenarbeit in Bezug auf das GU – zu einer Verringerung des Konkurrenzverhaltens der Mütter kommt
 - Dieser Koordinierungseffekt wird in Anlehnung an die Entscheidungspraxis der Hohen Behörde der EGKS „**Gruppeneffekt**“ genannt bzw. – mit Blick darauf, dass diese Wirkungen über die Wettbewerbsbeschränkungen durch das GU als solches hinausgehen – als „**Spill-Over-Effekt**“ bezeichnet.

2.5.1 Anwendungsbereich der Doppelkontrolle

- **Art. 2 Abs. 4 und 5 als vorrangige Spezialregelung**
 - Im Rahmen ihres Anwendungsbereich entfallen sie **gegenüber Art. 2 Abs. 2 und 3 Sperrwirkung**
 - Koordinierung des Marktverhaltens der Mütter, die im Fall einer kollektiven Marktbeherrschung im Oligopol auch durch Abs. 2 und Abs. 3 erfasst sein könnte, allein an Abs. 4 und Abs. 5 zu messen
- **Nicht unter Art. 2 Abs. 4 und 5 fallen:**
 - die **Gründung des GU als solche** und die zwangsläufig und untrennbar damit verbundenen
 - Wettbewerbsbeschränkungen
 - sowie die **unmittelbar** mit ihrer Durchführung verbundenen und dafür notwendigen **Nebenabreden**
 - i. S. d. Art. 6 Abs. 1 lit. b UA 2 und Art. 8 Abs. 1 UA 2 bzw. Abs. 2 U, z. B. Wettbewerbsverbote
 - Wettbewerbsbeschränkungen, die **lediglich bei Gelegenheit der Gründung** des GU zwischen den Muttergesellschaften vereinbart werden, ohne in einem unmittelbaren Zusammenhang dazu zu stehen und die sich daher vom GU trennen und gesondert bewerten lassen

2.5.1 Doppelkontrolle

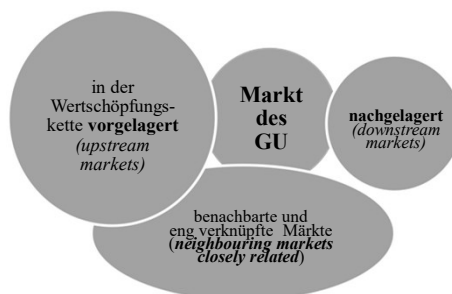
- Liegt ein in den **Anwendungsbereich des Art. 2 Abs. 4 fallendes GU** vor, findet eine „Doppelkontrolle“ statt
 - Besonderheit: beide Prüfschritte haben zwingend im Rahmen des FKVO-Verfahrens und insbesondere auch innerhalb des durch Art. 10 gesetzten Zeitrahmens zu erfolgen
- **Schritt 1: Analyse konzentrativer Aspekte:** Kommission prüft Vereinbarkeit der Gründung des GU als solcher mit dem Gemeinsamen Markt,
 - d. h. sie grenzt den sachlichen und räumlichen Markt ab, der durch die Gründung des GU betroffen wird und sie prüft die wettbewerblichen Auswirkungen des GU (wie eines jeden anderen Zusammenschlusses) nach dem SIEC-Test (Art. 2 Abs. 2 und Abs. 3) unter Berücksichtigung der Kriterien des Art. 2 Abs. 1. Diese Prüfstufe wurde bereits eingehend erörtert
- **Schritt 2 (wenn GU nicht ausnahmsweise bereits nach Art. 2 Abs. 3 zu untersagen): Analyse kooperativer Aspekte:**
 - Kom. prüft, ob mindestens zwei Muttergesellschaften auf den Märkten des GU oder damit in Zusammenhang stehenden Märkten aktiv bleiben.
 - Marktabgrenzung
 - Für jeden Markt gesonderte Prüfung ob auf ihm mit hinreichender Wahrscheinlichkeit spürbare Wettbewerbsbeschränkungen i. S. v. Gruppen- oder Spill-Over-Effekten aus der Gründung des GU resultieren.

Dr. Romina Polley

27

2.5.2 Betroffene Märkte iSd Art. 2 Abs. 4 und 5 (Kandidatenmärkte)

- **Die betroffenen Märkte** i. S. d. Art. 2 Abs. 4 und Abs. 5 sind dabei grundsätzlich **getrennt von demjenigen abzugrenzen, auf dem das GU tätig ist**
- Gesetzgeber hat in Art. 2 Abs. 5, 1. Spiegelstrich beispielhaft eine Reihe von Märkten aufgezählt, die als „Kandidaten“ für Gruppen- oder Spill-Over-Effekte in Betracht kommen



Dr. Romina Polley

28

2.5.3 Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens (Art. 2 Abs. 4 FKVO)

- Begriff der „Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens“ in Art. 2 Abs. 4 entspricht weitgehend demjenigen der **Wettbewerbsbeschränkung i. S. d. Art. 101 AEUV**
 - Für die Prüfung gelten in materieller Hinsicht die allgemeinen Maßstäbe des Art. 101 AEUV
 - **Art. 2 Abs. 5 FKVO** nennt insoweit beispielhaft, aber **nicht abschließend** („insbesondere“) Kriterien, welche die Kommission besonders berücksichtigt
- Kommission muss das Vorliegen der Voraussetzungen einer wettbewerbsbeschränkenden Verhaltenskoordinierung i. S. d. Art. 101 Abs. 1 AEUV nachweisen
 - Gründung eines GU trägt **keine Vermutung der Koordinierung** der Mütter durch oder über das GU

2.5.3 Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens (Art. 2 Abs. 4 FKVO)

- **Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens unabhängig bleibender Unternehmen** auf mindestens einem Kandidatenmarkt als Gegenstand der Prüfung nach Art. 2 Abs. 4 FKVO i. V. m. Art. 101 AEUV
 - **Unabhängigkeit** → Koordination zwischen Unternehmen, die derselben Gruppe angehören oder aufgrund sonstiger Verbindungen als wirtschaftliche Einheit anzusehen sind, wird nicht erfasst
 - Maßgeblich sind allein Koordinierungswirkungen, die **zwischen zwei oder mehr Mutterunternehmen** (Gründern) eintreten
 - Koordinierung **mit dem** – definitionsgemäß von den Müttern kontrollierten – **GU als solche irrelevant**
- **Bezweck oder bewirkt**
 - Gründung des GU muss nach Art. 2 Abs. 4 FKVO i. V. m. Art. 101 AEUV eine wettbewerbsbeschränkende Koordinierung zwischen mindestens zwei Muttergesellschaften „bezwecken oder bewirken“
 - Für den Nachweis einer **bezweckten Koordinierung** ist neben den schwer nachweisbaren subjektiven Absichten der Parteien insbesondere darauf abzustellen, ob die Gründung des GU eine objektiv nachweisbare Tendenz zur Koordinierung der Mutterunternehmen aufweist.

GWB

- Auch Teilfunktions-GUs sind Zusammenschluss i.S.v. § 37 Nr. 2, 3 GWB!
- Fiktion eines Zusammenschlusses der Muttergesellschaften auf dem betroffenen Markt (§ 37 Abs.1 Nr. 3 GWB)
- Parallele Anwendbarkeit § 1 GWB, aber nicht zwingend Prüfung im Rahmen des Fusionskontrollverfahren

Kurzübersicht der Prüfung

