

# Kartellfreie Gemeinschaftsunternehmen im europäischen Wettbewerbsrecht

Zum Spannungsverhältnis des Art. 3 Abs. 2  
der Europäischen Fusionskontrollverordnung  
zu Art. 85 EWG-Vertrag

von

DR. ANDREA LOHSE  
Kellinghusen

B51 667

Juristische Gesamtbibliothek  
der Technischen Hochschule  
Darmstadt



1992

CARL HEYMANNS VERLAG KG  
Köln · Berlin · Bonn · München

# Inhaltsverzeichnis

## 1. Teil:

### *Der Ausgangspunkt der Untersuchung:*

### *Das Dogma der selbständigen Wirtschaftseinheit*

A. Kartelle in Zusammenschlußform	1
B. Gemeinschaftsunternehmen als Gegenstand der Untersuchung: Begriff und Vertragssystem	
I. Begriff des GU	5
II. Das Vertragssystem	8
C. Die selbständige Wirtschaftseinheit als Gegenstand der Untersuchung: Der Inhalt im Anschluß an die Mischwerke-Entscheidung des BGH und den Art. 3 II-2 FKVO	9
I. Das Kriterium in der Theorie: Die Lehre des Wirtschaftsplans für eine vermögensmäßige Einheit	10
II. Das Kriterium in der Praxis	12
1. Die Auslegung des BKartA im Anschluß an die Mischwerke-Entscheidung des BGH	12
a. selbständige Wirtschaftseinheit	15
b. Partner auf demselben Markt nicht oder nicht mehr tätig	17
c. Ergebnis	18
2. Die Auslegung der EGK im Anschluß an Art. 3 II-2 Fusionskontrollverordnung	20
a. selbständige wirtschaftliche Einheit	26
b. keine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens	28
c. Ergebnis	30
III. Die Konkretisierung der Formel der selbständigen Wirtschaftseinheit	32
D. Ein erster Zugang zur selbständigen Wirtschaftseinheit: Das unter Nichtberücksichtigung unternehmerischer Eigeninteressen der Partner planende GU	34
I. Existiert ein GU, das unter Nichtberücksichtigung unternehmerischer Eigeninteressen der Partner plant?	34
1. Was ist der selbständige Unternehmensplan einer Wirtschaftseinheit?	34
2. Dient eine Gesellschaft als Organisationsform etwas anderem als ihren Gesellschaftern und deren Interessen?	35
3. Ein Blick in die Praxis: Ist die Berücksichtigung/Nichtberücksichtigung ein operationales Kriterium?	36
II. Worin besteht die Verbindung der »Nichtberücksichtigung unternehmerischer Eigeninteressen« zu »Kooperation«, »Konzentration«, Kartellverbot und Fusionskontrolle?	38
1. »Kooperation« und »Konzentration«	38
a. »Kooperation«	38
b. »Konzentration«	39
2. Kartellverbot und Fusionskontrolle	39
a. Fusionskontrolle	39
b. Kartellverbot	41
III. Ein erstes Ergebnis für Abgrenzungstauglichkeit und Gesetzeskonformität	42

2. Teil:

*Der eigene Lösungsansatz: Das Wesen des kartellfreien GU.*

*Verzicht auf Wettbewerb, nicht auf gesellschaftsrechtliche Einflußmöglichkeiten –  
Retreat from competition instead of from the company*

A. Ein zweiter Zugang zur selbständigen Wirtschaftseinheit: Die Grundlagen. Abgrenzungsansätze zu Kartellen und Zusammenschlüssen .....	46
I. Investitionsprivileg .....	46
II. Leistungsprivileg .....	48
III. Struktur- oder Marktmachtprivileg .....	49
IV. Planungseinheiten .....	52
V. Voll- und Teilfunktionen .....	55
VI. Konzentrationsmerkmale der Kartelle und Kartellmerkmale der Konzentrationen .....	56
B. Dogmatik der Vorschriften des Kartellverbots und der Fusionskontrolle: Wann ist ein GU ein Kartell? .....	57
I. Kartelle und Konzerne: Das Merkmal der selbständig bleibenden Wettbewerbsinteressen .....	58
1. Entscheidungsdelegation und Weisungsfluß .....	60
2. Das Merkmal der selbständigen Wettbewerbsinteressen .....	61
3. Konsequenzen für die Formel der selbständigen Wirtschaftseinheit .....	63
4. Ausgangspunkt für einen Neuansatz .....	65
II. Das GU als Kartell oder Teilfusion: Die Komplexität der Wettbewerbsinteressen der Partner .....	65
1. Das GU als Kartell in dem ihm zugewiesenen Wettbewerbsbereich .....	67
a. Weder Konzern noch Kartell, sondern Gesellschaft .....	67
b. Überprüfung an den Grenzfällen .....	69
c. Konsequenzen für die Formel der selbständigen Wirtschaftseinheit .....	70
d. Das erste Merkmal eines GU als Teilfusion .....	71
e. Übertragung auf die übrigen kartellsurrogatstauglichen Zusammenschlüsse ..	71
aa. GU – Umkehrfall .....	72
bb. swaps .....	72
cc. »Gleichordnungskonzerne« .....	72
2. Das GU als Kartellorgan für die nicht vergemeinschafteten Wettbewerbsinteressen der Partner .....	75
a. Gleichförmiges Verhalten ohne Kartellorgan .....	76
b. Der Instrumentalisierungsfall .....	77
c. GU als Wettbewerber der Partner .....	79
d. Konsequenzen für die Formel der selbständigen Wirtschaftseinheit .....	80
e. Das zweite Merkmal eines GU als Teilfusion .....	82
f. Übertragung auf die übrigen kartellsurrogatstauglichen Zusammenschlüsse ..	82
aa. Minderheitsbeteiligungen .....	82
bb. »Gleichordnungskonzerne« .....	83
cc. Übertragungsfälle .....	84
3. Regelungen der Wettbewerbslage unter Einbeziehung des GU .....	84
a. Vom Tatbestand zur Teleologischen Reduktion .....	84
b. Vorliegen einer funktionsnotwendigen Nebenabrede .....	85
c. »anläßliche« und »nicht funktionsnotwendige« Abreden .....	88
d. Das dritte Merkmal einer Teilfusion .....	89

III. Die Dogmatik der Kartell- und Zusammenschlußtatbestände .....	89
1. Kartelle – Koordinierung selbständiger Wettbewerbsinteressen .....	89
a. Wettbewerbsbereich des GU .....	90
b. Instrumentalisierung .....	91
c. verbundene Wettbewerbsbeschränkungen .....	91
2. Fusionskontrolle: Einflußgrade bezüglich zuvor selbständiger Wettbewerbsinteressen der nunmehr verbundenen Unternehmen .....	91
a. Verlust selbständiger Wettbewerbsinteressen: Effektive alleinige Kontrolle und Teilfusion .....	95
b. Fortbestehen selbständiger Wettbewerbsinteressen: Koordinierende Einflüsse .....	98
3. »Doppelkontrolle« .....	101
<i>3. Teil:</i>	
<i>Die Konkretisierung des dogmatischen Lösungsansatzes</i>	
1. Abschnitt: Das GU als Kartell oder Teilfusion in dem ihm zugewiesenen Wettbewerbsbereich .....	105
A. Die Struktur der Fragestellung .....	106
B. Fortbestehen des Wettbewerbs neben dem GU – Das Kartellverdict über die horizontal integrierten GU .....	108
I. Relevanz der Wettbewerbsverhältnisse außerhalb des GU .....	108
II. Der potentielle Partnerwettbewerb in der Theorie .....	109
III. Der potentielle Partnerwettbewerb in der Verwaltungspraxis .....	112
IV. Konsequenzen .....	115
C. Unternehmensgegenstände, Vollfunktion und Marktbezug – Das Kartellverdict über die vertikal integrierten GU .....	117
I. GU mit Vertriebs- und Zulieferfunktionen .....	118
1. HandelsGU .....	118
2. ZulieferGU .....	119
II. Kartelltypische Hilfsfunktion und Konzerngleiche Ergänzungsfunktion .....	121
1. Hilfs-/ Teilfunktion eines Syndikats .....	121
2. Umfang der Vertikalbeziehungen .....	122
III. Konsequenzen .....	123
D. Wesen und Ermittlung einer Teilfusion – Fortbestehen individualisierbarer Wettbewerbsinteressen .....	124
I. Der Wettbewerbsausschluß durch Teilfusion .....	125
1. Gemeinschaftsunternehmen .....	125
2. Minderheitsbeteiligungen .....	127
3. Die Fälle der Interessentrennung .....	127
II. Ermittlung einer Teilfusion .....	128
2. Abschnitt: Das GU und die sonstigen Wettbewerbsbereiche der Partner ..	132
A. Instrumentalisierung oder Reaktionsverbundenheit? Anpassung des Eigenverhaltens an die gemeinsame Planung im GU – Insbesondere horizontal integrierte GU .....	135
I. Der echte Horizontalfall: Fortbestehen des aktuellen Wettbewerbs .....	135
1. Vermutung der Instrumentalisierung .....	136
2. Vermutung des gleichförmigen Verhaltens? .....	136

II. Der atypische Horizontalfall: Fortbestehen des potentiellen Wettbewerbs – Räumlich getrennte horizontale Märkte .....	140
1. Das Vorliegen koordinierbaren Wettbewerbs bei räumlicher Trennung .....	141
2. Die Koordinierung des potentiellen Wettbewerbs auf dem Markt des GU .....	143
3. Die Koordinierung auf dem Markt der Partner .....	145
III. Konsequenzen für die Horizontalfälle .....	146
IV. Vertikal verbundene Märkte .....	146
B. Die echten Instrumentalisierungsfälle: Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Partner im Wege des Überspringens einer Marktstufe .....	148
I. Gesellschaftsrechtliche Gleichbehandlungspflicht des GU .....	149
II. HandelsGU .....	150
III. WeiterverarbeitungsGU .....	153
IV. ZulieferGU .....	157
V. Das Gefährdungspotential vertikal integrierter GU und seine normative Entsprechung .....	159
C. Instrumentalisierung oder »anläßliche« Abstimmung: Die »Gelegenheits- und Anlaßformel« der EGK .....	161
3. Abschnitt: Regelungen der durch das GU veränderten Wettbewerbslage ..	162
A. Vorliegen einer Nebenabrede .....	163
I. Die tatbestandsmäßige Wettbewerbsbeschränkung .....	163
II. Abgrenzungsprobleme .....	165
III. Ausblick .....	167
B. Typische Klauseln .....	168
I. Wettbewerbsverbote .....	169
1. Wettbewerbsverbote zu Lasten des GU zugunsten der Partner .....	169
a. territoriale Verbote .....	169
b. ausschließliche Gebietslizenzen .....	169
c. Produktionsbegrenzungen .....	170
d. Verwaltungspraxis .....	170
2. Wettbewerbsverbote zu Lasten der Partner zugunsten des GU .....	171
a. Wettbewerbsverbote während der Laufzeit des GU .....	172
b. Marktaufteilung infolge des GU .....	173
c. Wettbewerbsregelungen bei einer Beendigung der Zusammenarbeit .....	175
d. Wettbewerbsverbote zu Lasten der Partner außerhalb des Gebiets des GU ..	177
e. Vertriebsklauseln .....	178
II. Vertikale Beschränkungen .....	179
1. Förderklauseln zu Lasten der Partner .....	179
2. Ausschlußklauseln zu Lasten des GU .....	181

*4. Teil:*

*Bewährung des Lösungsansatzes: Von der Theorie in die Praxis*

1. Abschnitt: GU als Kartell oder Teilfusion in dem ihm zugewiesenen Wettbewerbsbereich .....	183
A. Himont: Montedison/ Hercules .....	185
B. EVC: Enichem/ ICI .....	187

C. Clintec Salvia – Nestle/ Baxter International .....	192
D. Nassauische Landeszeitung .....	194
E. Zementverkaufsstelle Niedersachsen .....	195
F. Transportbeton Sauerland .....	197
G. Mischwerke .....	201
I. OAM I .....	203
II. OAM II .....	205
III. OAM III .....	206
2. Abschnitt: Das GU und die sonstigen Wettbewerbsbereiche der Partner ..	210
A. Rothmans International .....	211
I. Rothmans International I .....	212
II. Rothmans International II .....	218
III. Abschließende Betrachtung .....	224
IV. Die Diskussion um die EuGH-Entscheidung .....	224
B. Gesellschaft für Lichtwellenleiter .....	227
C. Optical Fibers .....	231
D. Heidelberger Zement/ Paul Malik .....	235
E. Aral AG .....	236
F. Calpam-Gesellschaften .....	239
G. United International Pictures .....	241
3. Abschnitt: Regelungen der durch das GU veränderten Wettbewerbslage ..	244
A. De Laval/ Stork .....	245
B. Iveco/ Ford .....	248
C. Mitchell Cotts .....	250
D. Vacuum Interrupters .....	252
E. OCI: Olivetti/ Canon .....	253
F. NEWCO: BBC Brown Boveri .....	256
 <i>5. Teil:</i>  	
<i>Zusammenfassung und Quintessenz: Vom Gesellschaftsrecht zum Kartellrecht: Verzicht auf Wettbewerb, nicht auf gesellschaftsrechtliche Einflußmöglichkeiten</i>	
A. Der Inhalt der Formel .....	259
B. Zweifel an der Gesetzeskonformität .....	261
C. Vom Gesellschaftsrecht zum Kartellrecht: Das Merkmal der selbständigen Wettbewerbsinteressen .....	262
D. Die Formel der selbständigen Wirtschaftseinheit: »The cure is an extension of the disease.« .....	265
E. Ausblick: Retreat from competition instead of from the company .....	267
Literaturverzeichnis .....	271