

Professor Dr. Peter Krebs

6. Übungsklausur im Wettbewerbsrecht – WS 2017/18

Behandelte Gebiete: Gemeinschaftsunternehmen, Europäische Fusionskontrolle, Anwendbarkeit deutscher Fusionskontrolle, Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 101 AEUV, FuE-GVO, marktbeherrschende Stellung und HHI

Lösungsvorschlag:

1. Teil: Gründung eines gemeinsamen Entwicklungsunternehmens

A. Vereinbarkeit mit der FKVO

Zu prüfen ist, ob die Gründung des gemeinsamen Entwicklungsunternehmens mit der FKVO vereinbar ist oder ob die Kommission gemäß Art. 8 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 3 FKVO die Gründung untersagen wird.

I. Anwendbarkeit der FKVO

Die Fusionskontrolle nach der Fusionskontrollverordnung genießt gemäß Art. 21 Abs. 3 FKVO und § 35 Abs. 3 GWB Anwendungsvorrang vor der nationalen Fusionskontrolle. Außerdem wird die deutsche Fusionskontrolle bei einer Fusion von gemeinschaftsweiter Bedeutung gesperrt. Der Sachverhalt sagt nicht, dass A und T zwei Unternehmen außerhalb der Europäischen Union sind. Aber selbst wenn dies der Fall wäre, wäre angesichts der Ausübung auf Märkten in Europa und erheblichen Tätigkeiten in der Europäischen Union sowohl Erwägungsgrund 10 der FKVO als auch das allgemeine Auswirkungsprinzip erfüllt, weshalb es nicht darauf ankommt, ob weitere Voraussetzungen neben Art. 1 FKVO aufzustellen sind. Daher ist zu prüfen, ob ein Vorgang von gemeinschaftsweiter Bedeutung vorliegt.

II. Vorgang von gemeinschaftsweiter Bedeutung gemäß Art. 1 FKVO

1. Beteiligte Unternehmen

Bei der Gründung eines Tochterunternehmens sind die Muttergesellschaften, hier T und A, beteiligt. Die noch nicht bestehende Tochter ist nicht beteiligt.

2. Primäre gemeinschaftsweite Bedeutung gemäß Art. 1 Abs. 2 FKVO

T und A erzielen zusammen einen weltweiten Umsatz von 2,9 Mrd. €. Der gemäß Art. 1 Abs. 2 lit a) FKVO erforderliche weltweite Umsatz von 5 Mrd. € wird damit nicht erreicht. Somit liegt keine primäre gemeinschaftsweite Bedeutung vor.

3. Sekundäre gemeinschaftsweite Bedeutung gemäß Art. 1 Abs. 3 FKVO

Mit 2,9 Mrd. € liegt der weltweite Gesamtumsatz über den gemäß Art. 1 Abs. 3 lit. a) FKVO erforderlichen 2,5 Mrd. €.

Da T und A in jeweils drei europäischen Ländern einen Umsatz von jeweils mehr als 100 Mio. € und damit mehr als 200 Mio. € in jedem der drei Staaten erzielen, ist auch die nur 100 Mio. € Umsatz in drei Staaten verlangende Voraussetzung des Art. 1 Abs. 3 lit. b) FKVO erfüllt.

Mit den jeweils mehr als 100 Mio. € Umsatz durch A und T in den gleichen drei Ländern der Gemeinschaft wird auch die 25 Mio. € Schwelle des Art. 1 Abs. 3 lit. c) FKVO überschritten.

A und T erzielen jeweils mehr als 300 Mio. € in Europa. Daher wird auch der erforderliche gemeinschaftsweite Umsatz von mindestens zwei Unternehmen von jeweils mehr als 100 Mio. € (Art. 1 Abs. 3 lit. d) FKVO) erreicht.

Fünfte und letzte Voraussetzung ist, dass es sich nicht um einen ganz überwiegend nationalen Fall handelt, in dem alle Beteiligten mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Umsatzes in ein und demselben Land erzielen. Für diese als Ausnahme anzusehende Voraussetzung liegen keine Hinweise vor.

Somit sind alle Voraussetzungen erfüllt und der Vorgang hat daher sekundäre gemeinschaftsweite Bedeutung gemäß Art. 1 Abs. 3 FKVO.

III. Zusammenschluss i.S.d. Art. 3 FKVO

Eine Fusion im engen Sinn des Art. 3 Abs. 1 lit. a) FKVO liegt bei der Gründung einer neuen Gesellschaft nicht vor.

In Betracht kommt ein gemeinschaftlicher Kontrollerwerb gemäß Art. 3 Abs. 4 FKVO i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. b) FKVO. Hierfür ist erforderlich, dass das gegründete Gemeinschaftsunternehmen eine selbständige wirtschaftliche Einheit ist (Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen). Anderenfalls dient das Gemeinschaftsunternehmen primär der Koordinierung und fällt nur unter Art. 101 AEUV (vgl. auch Art. 8 Abs. 3 FKVO mit ausdrücklichem Verweis auf Art. 2 Abs. 4 FKVO).

Ein Entwicklungsunternehmen stellt nur dann eine selbständige wirtschaftliche Einheit am Markt dar, wenn es seine Produkte selbständig am Markt anbietet. Hier sind die Entwicklungsergebnisse jedoch nur für T und A bestimmt, also nicht für den Markt.

Das Entwicklungsunternehmen ist daher keine selbständige wirtschaftliche Einheit. Somit liegt hier auch kein Zusammenschluss vor. Der Vorgang ist vielmehr nach europäischem Recht nur an Art. 101 AEUV zu messen.

Hinweis: Ein Vorziehen des Art. 3 Abs. 4 FKVO ist nicht zweckdienlich, da bei fehlender gemeinschaftsweiter Bedeutung die §§ 35 ff. GWB maßgeblich wären.

B. Vereinbarkeit mit den §§ 35 ff. GWB

Fraglich ist, ob auf diese Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, bei dem die Beteiligten zwar die Umsatzschwellen des Art. 1 Abs. 2 oder Abs. 3 FKVO überschreiten (gemeinschaftswerte Bedeutung), aber i.S.d. Art. 3 Abs. 4 FKVO kein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen vorliegt, die §§ 35 ff. GWB anzuwenden sind. Wegen des viel weiteren Zusammenschlussbegriffes des GWB bei Gemeinschaftsunternehmen wären die Voraussetzungen der §§ 35 ff. GWB regelmäßig erfüllt. Die Sperrwirkung gemäß Art. 21 Abs. 3 FKVO erfordert ihrem Wortlaut nach einen Zusammenschluss von gemeinschaftswerte Bedeutung. Hier liegt im Sinne der FKVO kein Zusammenschluss vor. Gemäß Art. 3 Abs. 3, 1. HS VO 1/2003 erfasst die Sperrwirkung des Art. 101 AEUV nicht die Vorschriften über die Fusionskontrolle. Daher wird in der Literatur (ohne Problematisierung) vertreten, in diesen Fällen gäbe es keine Sperrwirkung des europäischen Kartellrechts. Zu prüfen ist jedoch, ob Art. 21 Abs. 3 FKVO auf diesen Fall analog anzuwenden ist. Eine Analogie erfordert eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes (Lücke) und eine so starke Ähnlichkeit des geregelten und des ungeregelten Falles, dass eine Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt werden kann. Dass dem europäischen Gesetzgeber bewusst war, dass nach nationalem Fusionskontrollrecht der Zusammenschlusstatbestand bei Gemeinschaftsunternehmen viel weiter sein könne, ist nicht ersichtlich. Insoweit gibt es kein bewusstes Schweigen des Gesetzgebers. Das Gesetz ist also unvollständig. Ob die Unvollständigkeit planwidrig ist, bestimmt sich nach dem Zweck des Gesetzes. Zweck der FKVO ist in Fällen gemeinschaftswerte Bedeutung ein sogenanntes Level-playing-Field, also gleiche Bedingungen für alle in Europa zu schaffen. Dieses würde trotz gemeinschaftswerte Bedeutung unterlaufen, wenn ein nationales Fusionskontrollrecht mit einem anders gearteten Zusammenschlussbegriff anwendbar wäre. Daher ist die Unvollständigkeit planwidrig und zugleich steht fest, dass der geregelte und der ungeregelte Fall so ähnlich sind, dass sie gleich zu behandeln sind. Hiermit ist in Analogie zu Art. 21 Abs. 3 FKVO auch für diesen Fall die Anwendung der §§ 35 ff. GWB ausgeschlossen (a.A. sehr gut vertretbar).

C. Vereinbarkeit mit Art. 101 AEUV

I. Unmittelbare Anwendbarkeit

Art. 101 AEUV ist eine hinreichend bestimmte und unbedingte Norm und daher trotz ihres Charakters als Primärrechtsnorm unmittelbar anwendbar. Art. 3 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 ordnet sogar die Anwendbarkeit der gesamten Norm also einschließlich des Abs. 3 auch für die nationalen Kartellbehörden an.

II. Vereinbarung zwischen Unternehmen

Art. 101 AEUV setzt Unternehmen bzw. Unternehmensvereinigungen voraus. Der hier zugrundezulegende funktionale Unternehmensbegriff dient der Abgrenzung gegenüber rein privatem oder hoheitlichem Handeln. A und T sind selbstständige auf Dauer angelegte wirtschaftlich tätige Einheiten ohne hoheitlichen Bezug und daher Unternehmen.

Die Gründung einer Tochtergesellschaft ist eine Vereinbarung. Es werden sowohl vertikale als auch horizontale Vereinbarungen erfasst. Hier handelt es sich um eine horizontale Vereinbarung.

III. Wettbewerbsbeschränkung innerhalb des Binnenmarktes bezweckt oder bewirkt (Wirkungsprinzip)

Hier liegt sowohl ein Fall der Wettbewerbsbeschränkung durch Einschränkung als auch durch Kontrolle der technischen Entwicklung i.S.d. Art. 101 Abs. 1, 2. HS lit. b) AEUV vor, wenn man – was gewollt war – davon ausgeht, dass eine parallele eigene Forschung durch A und T als wirtschaftlich sinnlos ausgeschlossen sein soll (zur Relevanz Erwägungsgrund 6 FuE GVO). Dies findet innerhalb des Binnenmarktes statt. Die Gründung der Tochtergesellschaft würde die Wettbewerbsbeschränkung sowohl bezwecken als auch bewirken.

IV. Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung

Für den Wettbewerb nicht relevante, also nicht spürbare Beschränkungen sind nicht verboten. Diese vom EuGH entwickelte ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung beruht auf einer teleologischen Reduktion des Art. 101 AEUV zur Wahrung der Handlungsfreiheit in den Fällen, in denen abstrakt-generell eine Gefährdung des freien Wettbewerbs ausscheidet. Die Kommission sieht in ihrer de minimis Bekanntmachung bei horizontalen Vereinbarungen Marktanteile bis 10 % als nicht spürbar an, soweit nicht Kernbeschränkungen (schwarze Liste, hard core Vereinbarungen) Gegenstand der Vereinbarung sind.

Für den Marktanteil ist der relevante Markt zu bestimmen. Dies geschieht gemäß dem funktionellen Marktmachtkonzept nach dem Gesichtspunkt der Austauschbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite. Dabei ist der Markt sachlich, räumlich und zeitlich zu konkretisieren. Für die Garnhersteller und die Verarbeiter besteht keine Alternative zu den dazugehörigen Maschinen. Wegen der nach dem Sachverhalt zu unterstellenden sehr großen Unterschiede zwischen den Maschinen für die unterschiedlichen Garne und weil auch aus Sicht der Abnehmer der Garnhersteller die Garne selbst nicht beliebig austauschbar sind, ist sachlich relevanter Markt für die Gründung der Tochtergesellschaft der Markt für Maschinen für Mischgarne. Räumlich ist aufgrund einheitlicher Bedingungen die gesamte EU der Markt. Auch eine zeitliche Beschränkung findet nicht statt.

Auf den zukünftigen Marktanteil (75 %) darf bei Art. 101 AEUV, anders als bei der FKVO, eigentlich nicht abgestellt werden, da Art. 101 AEUV anders als die FKVO grundsätzlich statisch orientiert ist. Dieser Grundsatz wird durch die GVOen allerdings aufgeweicht, weshalb es auch vertretbar wäre die Dynamik bei der Spürbarkeit mit zu berücksichtigen. Die aktuellen Marktanteile werden vom Sachverhalt nicht genannt (die Annahme, der Anteil liege schon jetzt bei mehr als 10 %, ist noch vertretbar). Insoweit könnte man an der Spürbarkeit zweifeln. Auf der Grundlage des Sachverhaltes, dass die Marktbeherrschung auf einem nicht unbedeutenden Markt durch die Vereinbarung für die Zukunft begründet wird, sprechen aber doch die besseren Argumente für die Bejahung der Spürbarkeit. Legt man die Ansicht des EuGH zugrunde, der die starke Pauschalierung der EU-Kommission ohnehin nicht übernimmt, sondern eine umfassende Abwägung vornimmt, so ist dies

besonders überzeugend. Für die EU-Kommission selbst liegt dagegen eine Selbstbindung durch die de minimis-Bekanntmachung vor. Dies gilt jedoch nicht für die nationalen Kartellbehörden, die Art. 101 AEUV ebenfalls unmittelbar anwenden. Selbst die EU-Kommission würde zumindest wegen der Wechselwirkungen für die bedeutenden Nachbarmärkte wohl die Spürbarkeit bejahen.

Im Ergebnis liegt Spürbarkeit vor (a.A. vertretbar).

V. Spürbare potentielle Eignung den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beschränken

Dieses hinsichtlich der Eignung sehr großzügig interpretierte Tatbestandsmerkmal schließt vor allem rein nationale Vorgänge und Vorgänge, die nur zwischen einem Mitgliedsstaat und Drittstaaten wirken, aus. Hier liegt die Eignung unproblematisch vor. Bei horizontalen Vorgängen, die sich auf ganz Europa auswirken, ist auch die Spürbarkeit grundsätzlich zu bejahen. Zwar mag der Umsatz bisher sehr gering sein. Zum einen könnte man jedoch als Markt den Markt der Entwicklung von solchen Maschinen ansehen. Zum anderen könnte man darauf abstellen, dass die Wirkung aufgrund der Existenz der beiden Nachbarmärkte, in denen T und A dominieren, erheblich ist. Im Ergebnis sollte daher trotz der an sich unzulässigen dynamischen Betrachtung (die bei der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen ohnehin nicht ganz vermieden werden kann) eine spürbare Eignung bejaht werden (a.A. vertretbar).

VI. Ungeschriebene Ausnahme vom Kartellverbot

Hier kommt kein Konzernprivileg oder eine bloße immanente Wettbewerbsbeschränkung in Betracht. Auch eine Arbeitsgemeinschaft oder eine kartellfreie Kooperation liegen nicht vor. Die Entwicklung könnte auch ohne gemeinsame Tochtergesellschaft durchgeführt werden, wäre lediglich teurer und würde länger dauern. Am ehesten in Betracht kommt eine überwiegende Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen (rule of reason) als Erweiterung des Art. 101 Abs. 3 AEUV. Für die rule of reason, die allerdings ganz herrschend abgelehnt wird, ließe sich anführen, dass das Produkt hierdurch ein bis zwei Jahre früher auf dem Markt kommt und dass die Marktgegenseite generell finanzstark ist. Für eine überwiegende Verbesserung liegt aber nicht genug vor (a.A. vertretbar).

VII. Freistellung bzw. Legalausnahme

1. Freistellung nach Art. 2 Abs. 1 FuE-GVO

Die Gründung des Entwicklungsunternehmens könnte gemäß Art. 2 Abs. 1 FuE-GVO freigestellt sein.

Das setzt die Anwendbarkeit der FuE-GVO voraus. Dies ist neben verschiedenen Arten der sogenannten Auftragsforschung (geregelt in Art. 1 Abs. 1 lit. a), iv)-vi)) gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. a) FuE-GVO bei Vereinbarungen über die gemeinsame Forschung und Entwicklung und die gemeinsame Verwertung (i), bei Vereinbarungen über die gemeinsame Verwertung früherer Forschungsergebnisse (ii) oder bei

gemeinsamer Forschung und Entwicklung und getrennter Verwertung der Ergebnisse (iii) der Fall. Die Vereinbarung zur Gründung des gemeinsamen Entwicklungsunternehmens betrifft zukünftige Forschungen. Die Forschungsergebnisse sollen jeweils A und T zur Verfügung stehen, also jeweils getrennt verwertet werden, zumindest nicht durch das Forschungsunternehmen selbst verwertet werden. Somit ist die Anwendbarkeit der FuE-GVO gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. a), iii) FuE-GVO gegeben.

Weiterhin müssen die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 2-5 FuE-GVO vorliegen. Anhaltspunkte, die dagegen vorgebracht werden könnten, sind nicht ersichtlich. Insbesondere Art. 3 Abs. 4 FuE-GVO betrifft nur die gemeinsame Verwertung, die hier nicht gegeben ist.

Gemäß Art. 4 Abs. 1, 2 FuE-GVO gilt die Freistellung grundsätzlich für den Entwicklungszeitraum.

Auch die Marktanteilsschwelle des Art. 4 FuE-GVO dürfte nicht überschritten sein. A und T sind Wettbewerber, somit gilt gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. a) FuE-GVO eine Schwelle von 25 %. Zu den derzeitigen Marktanteilen liegen keine Angaben vor. Daher ist davon auszugehen, dass diese Schwelle nicht überschritten wird. Geht man von einer einmaligen Forschung aus, wird ein gesteigerter Marktanteil auch erst später erreicht, wäre also unbedenklich. Bei einer sukzessiven Entwicklung (laufende Verbesserung) können sich der privilegierte Entwicklungszeitraum und die Erreichung der Marktanteilsschwellen allerdings überschneiden.

Im Falle der erfolgreichen Entwicklung steht ein Marktanteil von bis zu 75 % in Aussicht. Davon unabhängig bleibt die Vereinbarung für den Zeitraum der Forschung und Entwicklung zunächst freigestellt.

Gemäß Art. 7 lit. d), e) FuE-GVO bestehen Übergangsfristen bei Überschreiten der 25 % Marktanteilsgrenze (Art. 4 Abs. 3 FuE-GVO). Diese betreffen jedoch nur die Phase der gemeinsamen Verwertung und nur den Verwertungszeitraum, der über die 7-Jahresgrenze der gemeinsamen Verwertung (Art. 4 Abs. 1 FuE-GVO) hinausgeht. Da A und T die Ergebnisse jeweils eigenständig verwerten, kann daraus nicht unmittelbar ein Verlust der Freistellung hergeleitet werden.

Aus dem Zusammenhang von Art. 4 und 7 FuE-GVO lässt sich aber erkennen, dass die Freistellung für die gesamte Dauer der Forschung und Entwicklung nur so lange gilt, bis daraus verwertbare Ergebnisse hervorgegangen sind. Außerdem gilt bei konkurrierenden Unternehmen die Freistellung nur dann, wenn diese zu Beginn der Forschung und Entwicklung einen Marktanteil von 25 % nicht überschreiten. Eine Freistellung auf Dauer, auch wenn aus den Ergebnissen der Forschung und Entwicklung eine Marktbeherrschung der beteiligten Unternehmen erwächst, ist durch die FuE-GVO nicht beabsichtigt. Daher sollten Art. 7 lit. d), e) FuE-GVO entsprechend angewendet werden. Somit würden auch im vorliegenden Fall die Marktanteilsschwellen und Übergangsfristen aus Art. 7 FuE-GVO gelten. Daraus folgt, dass nach dem Zeitpunkt der Markttetablierung der ersten Ergebnisse der gemeinsamen Entwicklung im Falle der Überschreitung eines Marktanteils von 25 % die Freistellung noch 2 Jahre fortwirkt (lit. d)), im Falle der Überschreitung eines Marktanteils von 30 % verkürzt sich diese Frist auf ein Jahr (lit. e)).

Hinweis: Wegen der erheblichen Marktstärke der Abnehmer dürfte aber gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV der Vorteil für die Abnehmer selbst dann noch überwiegen (a.A. vertretbar). Erst bei echter Marktbeherrschung käme eine Freistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV wohl nicht mehr in Betracht und die Zusammenarbeit müsste beendet werden.

In der Vereinbarung zur Gründung des Entwicklungsunternehmens dürfen keine Wettbewerbsbeschränkungen gemäß Art. 5 FuE-GVO (Kernbeschränkungen) enthalten sein. Dafür bestehen keine Hinweise.

Derzeit ist die Gründung des Entwicklungsunternehmens gemäß Art. 2 Abs. 1 FuE-GVO freigestellt.

2. Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV

Eine Freistellung kommt darüber hinaus nach Art. 101 Abs. 3 AEUV in Betracht. Art. 101 Abs. 3 AEUV scheint seinem Wortlaut nach eine abstrakte (durch GVO) oder konkrete Freistellungsentscheidung zu erfordern. Gemäß Art. 1 Abs. 2 VO 1/2003 ist Art. 81 EG (jetzt: 101 Abs. 3 AEUV) heute jedoch als Legalausnahme zu verstehen. Das Vorliegen der Voraussetzungen wird von den Kartellbehörden nachträglich festgestellt. Diese Legalausnahme hat zwei positive und zwei negative Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen.

Erste Voraussetzung ist die Verbesserung der Warenerzeugung oder Warenverteilung oder eine Förderung des wissenschaftlichen oder technischen Fortschritts. Hier wird die Herstellung und Verarbeitung von Mischgarnen schneller verbessert, als wenn A und T jeweils für sich die Entwicklungsarbeit leisten würden. Zugleich wird damit der technische Fortschritt gefördert.

Die Verbraucher müssen an dem entstehenden Gewinn angemessen beteiligt werden. Hier sind nicht nur Endverbraucher, sondern alle Abnehmer von Waren oder Leistungen angesprochen. Die Abnehmer der Maschinen für Mischgarne als Verbraucher in diesem Sinne können durch den Zeitgewinn bei der Entwicklung der Maschinen diese früher nutzen und profitieren somit von der schnelleren Entwicklung. Die großen finanzstarken Garnhersteller fordern wegen der perspektivisch guten Aussichten von Mischgarnen ausdrücklich solche Maschinen, womit die Abnehmer angemessen profitieren.

Weiterhin dürften keine Beschränkungen existieren, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind. Derartige Einschränkungen sind hier nicht erkennbar.

Zuletzt darf keine Möglichkeit bestehen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Durch die gemeinsame Entwicklung hätten A und T zwar einen Wettbewerbsvorsprung auf dem sich erst entwickelnden Markt für Mischgarne. Dass hierdurch der Wettbewerb ausgeschaltet wird, ist aber nicht zu erwarten (a.A. bei entsprechender Begründung vertretbar).

Die Voraussetzungen der Legalausnahme des Art. 101 Abs. 3 AEUV sind somit erfüllt. Es handelt sich folglich nicht um eine gemäß Art. 101 AEUV unzulässige Kartellabsprache.

Hinweis: Wird die Freistellung bejaht, reicht es aus, entweder Art. 101 Abs. 3 AEUV oder die FuE-GVO zu bejahen, wobei letztere vorrangig zu prüfen ist.

D. Andere Verbotsnormen

Art. 102 AEUV wäre bei Vorliegen eines Missbrauches von Marktmacht anwendbar. Es gibt hier jedoch keinerlei Anhaltspunkte für einen Missbrauch von Marktmacht. Art. 101 AEUV sperrt aufgrund der damit vorliegenden zweiseitigen Vereinbarung (kein rein einseitiges Verhalten) inhaltlich abweichende nationale Regeln gemäß §§ 18 ff. GWB (a.A. bei anderem Verständnis der Einseitigkeit vertretbar). § 1 GWB darf nicht zu abweichenden Ergebnissen als Art. 101 AEUV kommen.

E. Ergebnis

Die Gründung einer gemeinsamen Entwicklungsgesellschaft zur Entwicklung von Maschinen für Mischgarne ist kartellrechtlich zulässig.

2. Teil: Gründung einer gemeinsamen Tochtergesellschaft für Entwicklung und Vertrieb von Maschinen für Mischgarne

A. Vereinbarkeit mit der FKVO (Art. 8 Abs. 3 i.V.m. 2 Abs. 3 FKVO)

Auf die Prüfung und Bejahung der Voraussetzungen bis zum Zusammenschluss kann nach oben verwiesen werden.

I. Zusammenschluss gemäß Art. 3 Abs. 4 FKVO i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. b) FKVO

Zu prüfen ist, ob in diesem Fall ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen entstehen würde, welches als selbständige wirtschaftliche Einheit am Markt agieren könnte. Da das in diesem Fall entstehende Gemeinschaftsunternehmen selbst herstellen und vor allem vertreiben soll, würde eine selbständige wirtschaftliche Einheit entstehen. Die hinreichende Ausstattung mit Personal- und Finanzmitteln und die entsprechende eigenständige Lebensfähigkeit ist erforderlich und wird vorausgesetzt.

Somit handelt es sich um einen Zusammenschluss. Der Verweis des Art. 2 Abs. 4 FKVO auf Art. 101 AEUV bei kooperativen Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen bedeutet richtiger Weise nur eine zusätzliche Prüfung in Bezug auf die Mutterunternehmen. Diese Prüfung tritt jedoch nicht an die Stelle der Prüfung des Art. 2 Abs. 3 FKVO, sondern neben sie, wobei diese Prüfung nach Art. 101 AEUV technisch Teil der Fusionskontrolle ist.

II. Erhebliche Behinderung des Wettbewerbs auf dem Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil davon gemäß Art. 2 Abs. 3 FKVO

Eine erhebliche Behinderung kommt nach der VO insbesondere bei Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in Betracht.

Sachlich maßgeblicher Markt ist aus Sicht der Abnehmer wegen der fehlenden Austauschbarkeit der Maschinen für unterschiedliche Garnarten der Markt für Maschinen für Mischgarne. Räumlich erfasst der Markt die gesamte EU, also den gemeinsamen Markt. Auch zeitlich erfolgt keine Begrenzung. Auf diesem Markt wird das neue Unternehmen voraussichtlich einen Marktanteil von zunächst 75 % erzielen. Auch wenn der EuGH sich nicht auf konkrete Prozentsätze festlegen will, kann doch gesagt werden, dass ab etwa 50 % eine marktbeherrschende Stellung nahe liegt und ab etwa 70-80 % auch durch besondere Umstände kaum noch zu widerlegen ist. Dementsprechend reichen die 75 % hier in aller Regel aus. Der Sachverhalt enthält keine Anhaltspunkte für eine besondere Dynamik des Marktes. Zwar wird dieser in sehr kurzer Zeit stark wachsen, dies geschieht jedoch aufgrund der ersten Erfindung. Sehr dynamisch wäre er nur, wenn mit weiteren Erfindungsschüben zu rechnen wäre. Der Technologievorsprung von A und T dürfte sogar durch gewerbliche Schutzrechte (Patente und Gebrauchsmuster) jedenfalls mittelfristig verfestigt werden. Die genauen Abstände zu den anderen Konkurrenten sind nicht bekannt, doch verteilen sich die restlichen 25 % sicherlich auf mehrere Konkurrenten. Da es hier um hochwertige Technologien geht, dürften als Konkurrenten vor allem Unternehmen in Betracht kommen, die bereits auf den Nachbarmärkten aktiv sind. Diese Konkurrenten sind jeweils deutlich kleiner als A und T, die Muttergesellschaften des neuen Unternehmens. Eine hinreichende Möglichkeit zur Offenhaltung des Marktes der Maschinen für Mischgarne kann daher nicht festgestellt werden. Das neue Unternehmen würde daher eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt der Maschinen für Mischgarne erlangen. Trotz der Finanzkraft der Abnehmer würde dies aufgrund des technologischen Vorsprungs des Gemeinschaftsunternehmens, der ein Ausweichen auf Konkurrenten stark erschwert, zu einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs führen. Damit liegen die Voraussetzungen für eine Unzulässigkeit gemäß Art. 2 Abs. 3 FKVO vor. Eine Möglichkeit, mit kleineren Auflagen dieses Vorgehen genehmigungsfähig zu machen, ist nicht erkennbar (a.A. unter Verweis auf die sehr hohe Dynamik des Marktes – Marktwachstum – vertretbar).

III. Zwischenergebnis

Die Gründung eines alle Funktionen übernehmenden Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens würde daher gemäß Art. 8 Abs. 3 FKVO i.V.m. Art. 2 Abs. 3 FKVO für unvereinbar mit dem gemeinsamen Markt erklärt werden.

B. Unzulässigkeit auch gemäß Art. 2 Abs. 4, 5 FKVO i.V.m. Art. 101 AEUV

Dient ein hier vorliegendes Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen zumindest auch der Koordinierung des Verhaltens der Muttergesellschaften, so ist hinsichtlich der Muttergesellschaften Art. 101 AEUV im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens anwendbar. T und A sind auf unmittelbar benachbarten Märkten i.S.d. Art. 2 Abs. 5, 1. Spiegelstrich FKVO tätig. Unmittelbar erwachsen hieraus jedoch nach dem Sachverhalt keine Möglichkeiten, den Wettbewerb auszuschalten, auch wenn dies in der Praxis häufig der Fall sein wird. Die Ersparnis von 50 Mio. € bei der Entwicklung dürfte für sich nicht ausreichen. Die hier möglichen Gruppeneffekte (spill over effects) lassen sich im konkreten Fall nicht nachweisen (a.A. vertretbar).

Die Gründung des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens wäre daher keine unzulässige Koordinierung der Mütter gemäß Art. 2 Abs. 4, 5 FKVO i.V.m. Art. 101 AEUV.

C. Ergebnis

Die Gründung einer gemeinschaftsweiten Tochtergesellschaft für Entwicklung und Vertrieb wäre mit der FKVO nicht vereinbar (a.A. bei Bejahung eines dynamischen Marktes vertretbar).

3. Teil: Zusammenschluss von A und T insgesamt

A. Vereinbarkeit mit der FKVO (Art. 8 Abs. 3 i.V.m. 2 Abs. 3 FKVO)

Auf die Prüfung und Bejahung der Voraussetzungen bis zum Zusammenschluss kann wiederum nach oben verwiesen werden.

I. Zusammenschluss gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. a) FKVO

Ein Zusammenschluss liegt vor, wenn zwei oder mehr bisher unabhängige Unternehmen fusionieren. Ein Zusammenschluss von A und T insgesamt würde dazu führen, dass diese Ihre bisher unabhängige Stellung aufgeben und ein einheitliches Unternehmen bilden. Ein Zusammenschluss liegt vor.

II. Erhebliche Behinderung des Wettbewerbs auf dem Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil davon gemäß Art. 2 Abs. 3 FKVO

Eine erhebliche Behinderung kommt nach Art. 2 Abs. 3 FKVO insbesondere bei Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in Betracht. Dies ist in Bezug auf die jeweils relevanten Märkte zu beurteilen.

Da die Maschinen für die einzelnen Garnarten nicht austauschbar sind, sind hier verschiedene sachliche Märkte betroffen. Neben dem Markt für Maschinen für Mischgarne ist dies zumindest noch der Markt für Maschinen für natürliche Garne und der Markt für Maschinen für synthetische Fasern. Räumlich sind dies jeweils europäische Märkte. Zeitliche Abgrenzungen spielen keine Rolle.

Auf dem Maschinenmarkt für natürliche Garne hat T allein bereits einen Marktanteil von 70 % und erreicht damit die Schwelle, ab der eine marktbeherrschende Stellung nur schwer widerlegbar ist. Von daher könnte jegliche Verstärkung dieser Wettbewerbsposition als weitere Behinderung von Wettbewerb nicht vereinbar mit der FKVO sein. Üblich ist jedoch bei der Verstärkung eine gewisse Spürbarkeit zu fordern (vgl. für das deutsche GWB ausdrücklich § 37 Abs. 2 GWB: „wesentlich“). Zur Beurteilung des Marktkonzentrationsgrades kann der HHI (Herfindahl-Hirschmann-Index, Summe der quadrierten Marktanteile) herangezogen werden. Zwar kann kein absoluter Wert bestimmt werden, da nicht die Marktanteile sämtlicher Marktbeteiligten vorliegen. Aber allein aufgrund des Marktanteils von T (70 %) auf dem relevanten Markt erreicht der HHI einen Wert von $70^2=4900$ (zuzüglich $1,5^2=2,25$ für A). Das Delta nimmt einen Wert von 210 ($71,5^2=5112,25$ gegenüber $70^2+1,5^2=4902,25$) ein. Bei einem HHI von über 2000 gilt eine Erhöhung ab etwa

150 als erheblich. Die absolute Höhe des HHI und die Veränderung sprechen dafür, dass der geplante Zusammenschluss zu wettbewerblich kritischen Strukturen führen könnte. Damit ist die Fusion betreffend den Markt für Maschinen für Naturgarne als erhebliche Wettbewerbsbehinderung anzusehen (a.A. gut vertretbar mit dem Hinweis, dass der Anteil von A mit 1,5 % sehr gering ist, sodass die Auswirkungen auf den Markt zu vernachlässigen sind).

Auf dem Maschinenmarkt für synthetische Fasern hat A bisher einen Marktanteil von 27 %, T einen Marktanteil von 9 %. Der gemeinsame Marktanteil würde somit im Bereich von ungefähr 36 % liegen. Damit würde ein Marktanteil von 50 % nicht erreicht und eine Marktbeherrschung ließe sich nicht ohne weiteres annehmen. Die nächsten Wettbewerber haben mit Marktanteilen von max. 12 % höchstens ein Drittel der Marktstärke des dann fusionierten Unternehmens. Dieses hätte also einen sehr deutlichen Marktabstand. Das Delta des HHI (Marktkonzentrationszuwachs) nimmt einen Wert von 486 ($36^2=1296$ gegenüber $27^2+9^2=810$) an. Bei einem HHI, der nach einem Zusammenschluss über 1600 liegen dürfte (bereits der Markt mit A/T (gemeinsam 36 %) sowie den wichtigsten Konkurrenten X (12 %), Y (9 %) und Z (8 %) weist einen Anteil von $1296+144+81+64=1585$ auf). Auch dieser Wert zeigt, dass ein Zusammenschluss nicht unbedenklich wäre (bei einem HHI-Index zwischen 1000-2000 werden Steigerungen von min. 250 Punkten erfasst, hier liegt ein Delta von 486 allein für A und T vor, vgl. oben). Außerdem zeigt der vergangene Preiskrieg, dass schon A allein in der Lage war, den Marktzutritt weiterer Wettbewerber zu verhindern. Auch wenn man davon ausgehen kann, dass zumindest derzeit auch A und T durch diesen Preiskrieg sehr geschwächt sind, so ist das nur ein vorübergehender Zustand. Ein fusioniertes Unternehmen von A und T würde, auch durch die Marktstellungen auf den benachbarten Märkten, sicherlich erneut derartige Abwehrkämpfe führen können. Aus diesen Erwägungen heraus sind die Auswirkungen einer Fusion auf den Markt für Maschinen für synthetische Fasern nicht mit dem gemeinsamen Markt vereinbar, denn der Wettbewerb ist selbst bei Ablehnung der Marktbeherrschung durch diesen Vorgang erheblich i.S.d. Art. 2 Abs. 3 FKVO behindert. Damit ist das Vorhaben unzulässig gemäß Art. 2 Abs. 3 FKVO (a.A. gut vertretbar).

Auf dem Markt für Maschinen für Mischgarne gelten die im zweiten Teil gemachten Ausführungen entsprechend (s.o.). Auch für diesen Markt gilt somit, dass eine Fusion mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar und damit unzulässig ist.

B. Ergebnis

Die Fusion von A und T ist aufgrund der Auswirkungen auf zwei der drei betroffenen Märkte für mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären.

Gesamtergebnis: Zulässig ist im Augenblick, solange noch keine Marktbeherrschung auf dem Markt für Maschinen für Mischgarne besteht, die Gründung eines gemeinsamen Entwicklungsunternehmens, soweit keine nicht notwendigen Beschränkungen vereinbart werden. Von vornherein unzulässig ist jedoch die weitergehende Kooperation durch die Gründung eines GU für Entwicklung, Herstellung und Vertrieb sowie die Fusion von A und T insgesamt.