

Philipp Zurkinden

**Gründung von Gemeinschaftsunternehmen
in der Schweiz und das neue schweizerische
Kartellgesetz**

**Unter besonderer Berücksichtigung
des EG-Wettbewerbsrechts**

Helbing & Lichtenhahn

Basel • Genf • München

1999

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	XVI
Literaturverzeichnis	XX
Vorwort	XXIX
Einleitung	1
TEIL I	ZUM BEGRIFF DES GEMEINSCHAFTSUNTERNEHMENS
	3
1.	Begriff des Gemeinschaftsunternehmens im allgemeinen
	3
2.	Zum Begriff des Gemeinschaftsunternehmens in der Schweiz vor Erlass des neuen Kartellgesetzes
	4
2.1.	In der Literatur
	4
2.1.1.	Allgemeine Übersicht
	4
2.1.2.	Einzelne Definitionsvorschläge
	5
2.1.3.	Abgrenzungen
	7
2.1.3.1.	Gemeinschaftsunternehmen im Verhältnis zum Joint Venture
	7
2.1.3.1.1.	Allgemeines
	7
2.1.3.1.2.	Begriff des Joint Ventures und sein Verhältnis zum Gemeinschafts- unternehmen
	8
2.1.3.2.	Gemeinschaftsunternehmen im Verhältnis zur Doppelgesellschaft
	13
2.1.3.2.1.	Allgemeines
	13
2.1.3.2.2.	Begriff der Doppelgesellschaft und sein Verhältnis zum Gemeinschafts- unternehmen
	14
2.1.4.	Einzelne Rechtsfragen
	18
2.1.4.1.	Rechtsform des gemeinsamen Unternehmens und der Kontrollinhaber
	18
2.1.4.1.1.	Allgemeines
	18
2.1.4.1.2.	Rechtsform des gemeinsamen Unternehmens
	19
2.1.4.1.3.	Rechtsform der Kontrollinhaber
	20
2.1.4.2.	Entstehung von Gemeinschaftsunternehmen
	21
2.1.5.	Zwischenergebnis
	24
2.1.6.	Schlüsselkriterium der gemeinsamen Beherrschung
	28
2.1.7.	Ergebnis
	31
2.2.	In der bisherigen Praxis der Kartellkommission
	33
3.	Zum Begriff des Gemeinschaftsunternehmens in der Schweiz nach Erlass des neuen Kartellgesetzes
	35
3.1.	Im neuen Kartellgesetz
	35
3.2.	In der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmens- zusammenschlüssen
	36
3.3.	Ergebnis
	38

Inhaltsverzeichnis

4.	Synthese und Definitionsvorschlag für den Begriff des Gemeinschaftsunternehmens im schweizerischen Wettbewerbsrecht nach Erlass des neuen Kartellgesetzes	42
5.	Vergleich mit dem Begriff des Gemeinschaftsunternehmens im EG-Wettbewerbsrecht	43
6.	Hauptmerkmale des Begriffs Gemeinschaftsunternehmen im schweizerischen Wettbewerbsrecht nach Erlass des neuen Kartellgesetzes.	47
6.1.	Allgemeines und Entstehungsarten von Gemeinschaftsunternehmen	47
6.2.	Begriff des Unternehmens	48
6.2.1.	Begriff des Unternehmens im neuen Kartellgesetz	48
6.2.2.	Problematik des Unternehmensbegriffs im Rahmen der Fusionskontrolle	52
6.2.3.	Ergebnis	53
6.3.	Gemeinsame Kontrolle	54
6.3.1.	Begriff der Kontrolle	54
6.3.1.1.	Begriff der Kontrolle im neuen Kartellgesetz	54
6.3.1.2.	Begriff der Kontrolle im EG-Wettbewerbsrecht	56
6.3.1.3.	Ergebnis	59
6.3.2.	Gemeinsamkeitserfordernis	61
6.3.2.1.	Gemeinsamkeitserfordernis im neuen Kartellgesetz	61
6.3.2.2.	Gemeinsamkeitserfordernis im EG-Wettbewerbsrecht	62
6.3.2.3.	Ergebnis	65
7.	Schlussbemerkungen	69
7.1.	Vergleich des Begriffs des Gemeinschaftsunternehmens nach Erlass des neuen Kartellgesetzes mit demjenigen in der bisherigen Praxis der Kartellkommission	69
7.2.	Vergleich des Begriffs des Gemeinschaftsunternehmens nach Erlass des neuen Kartellgesetzes mit demjenigen in der bisherigen schweizerischen Literatur	69
7.3.	Erste praktische Erfahrungen unter dem neuen Kartellgesetz	71
7.3.1.	Begriff der Kontrolle	71
7.3.2.	Gemeinsamkeitserfordernis	72
TEIL II	UNTERSCHIEDUNG ZWISCHEN KONZENTRATIVEN UND KOOPERATIVEN GEMEINSCHAFTSUNTERNEHMEN NACH ERLASS DES NEUEN KARTELLGESETZES	75
1.	Wettbewerbsrechtliche Bedeutung der Unterscheidung	75
2.	Konzentrierte Gemeinschaftsunternehmen in der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen	79
2.1.	Merkmale des konzentrierten Gemeinschaftsunternehmens im allgemeinen	79
2.2.	Merkmal der selbständigen wirtschaftlichen Einheit	79
2.2.1.	Allgemeines	79
2.2.2.	Merkmal der selbständigen wirtschaftlichen Einheit als Kriterium zur Abgrenzung zwischen konzentrierten und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen im EG-Wettbewerbsrecht	80

2.2.2.1.	Historische Entwicklung der Abgrenzungskriterien im EG-Wettbewerbsrecht im allgemeinen	80
2.2.2.1.1.	Abgrenzung vor Erlass der europäischen Fusionskontrollverordnung	80
2.2.2.1.2.	Abgrenzung nach Erlass der europäischen Fusionskontrollverordnung	80
2.2.2.1.3.	Die Reform der europäischen Fusionskontrollverordnung	82
2.2.2.1.4.	Ergebnis	83
2.2.2.2.	Auslegung des Merkmals der selbständigen wirtschaftlichen Einheit im EG-Wettbewerbsrecht	85
2.2.2.2.1.	Nach der Bekanntmachung über Konzentrations- und Kooperations- tatbestände vom 25. Juli 1990	85
2.2.2.2.1.1.	Allgemeines	85
2.2.2.2.1.2.	Eigene Geschäftspolitik	85
2.2.2.2.1.3.	Ausstattung	87
2.2.2.2.1.4.	Geschäftsbeziehungen mit den Gründern	88
2.2.2.2.1.5.	Zwischenergebnis	89
2.2.2.2.2.	Nach der Bekanntmachung über die Unterscheidung zwischen kon- zentrativen und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen vom 21. Dezember 1994	90
2.2.2.2.2.1.	Allgemeines	90
2.2.2.2.2.2.	Zentraler Begriff «Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen»	92
2.2.2.2.2.3.	Ausstattung	94
2.2.2.2.2.4.	Geschäftsbeziehungen mit den Gründern	94
2.2.2.2.2.5.	Dauerhaftigkeit	95
2.2.2.2.2.6.	Terminologische Inkohärenzen	96
2.2.2.2.2.7.	Zwischenergebnis	98
2.2.2.2.3	Nach der Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament betreffend die Änderung der Fusionskontrollverordnung vom 12. September 1996 bzw. der Verordnung zur Änderung der Fusionskontrollverordnung vom 30. Juni 1997	100
2.2.2.2.4.	Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktions- Gemeinschaftsunternehmens	102
2.2.3.	Ergebnis	104
2.2.4.	Erste praktische Erfahrungen unter dem neuen Kartellgesetz	107
2.3.	Einfließen von Geschäftstätigkeiten als zusätzliches Merkmal bei Neugründungen von Gemeinschaftsunternehmen	108
2.3.1.	Allgemeines	108
2.3.2.	Einfließen von Geschäftstätigkeiten	109
2.3.3.	Erste praktische Erfahrungen unter dem neuen Kartellgesetz	112
2.4	Kritische Würdigung	113
TEIL III	VERFAHREN ZUR WETTBEWERBSRECHTLICHEN BEURTEILUNG VON GEMEINSCHAFTSUNTERNEHMEN NACH DEM NEUEN KARTELLGESETZ	116
1.	Allgemeines	116
2.	Grundsätze der verfahrensrechtlichen Regelung im neuen Kartellgesetz	117

3.	Unterscheidung zwischen konzentrativen und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen und deren Auswirkung auf die verfahrensrechtliche Behandlung	120
4.	Darstellung der für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen anwendbaren Verfahrensregeln	122
4.1.	Verfahrensregelung der Verhaltenskontrolle	122
4.1.1.	Vorabklärung	122
4.1.2.	Untersuchung	127
4.1.2.1.	Akteneinsichtsrecht	128
4.1.2.2.	Artikel 43 KG	128
4.1.2.3.	Einvernehmliche Regelung nach Artikel 29 KG	131
4.1.2.4.	Abschluss der Untersuchung	133
4.2.	Verfahrensregelung der Strukturkontrolle	134
4.2.1.	Allgemeines	134
4.2.2.	Einleitung des Prüfungsverfahrens	138
4.2.2.1.	Meldepflicht	138
4.2.2.2.	Zeitpunkt der Meldung	145
4.2.2.3.	Inhalt der Meldung	148
4.2.2.4.	Abschluss des Einleitungsverfahrens	150
4.2.3.	Prüfung	152
4.3.	Verfahren vor dem Bundesrat	153
4.4.	Frage der Doppelkontrolle	154
4.4.1.	Begriff der Doppelkontrolle	154
4.4.2.	Doppelkontrolle in der EG-Fusionskontrollverordnung und im deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen	154
4.4.3.	Doppelkontrolle im Zusammenhang mit Gemeinschaftsunternehmen...	155
4.4.4.	Ergebnis	157
TEIL IV	BEURTEILUNG DER GRÜNDUNG VON GEMEINSCHAFTSUNTERNEHMEN IN DER SCHWEIZ DURCH AUSLÄNDISCHE WETTBEWERBSBEHÖRDEN	160
1.	Extraterritoriale Anwendung von Wettbewerbsrecht	160
1.1.	Auswirkungspitzinzip	160
1.2.	Anknüpfung mit dem Auswirkungsprinzip in Wettbewerbsverhalten im allgemeinen	161
1.3.	Anknüpfung mit dem Auswirkungsprinzip in der Zusammenschlusskontrolle insbesondere am Beispiel des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und der EG-Fusionskontrollverordnung...	165
1.3.1.	Im deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen	165
1.3.2.	In der EG-Fusionskontrollverordnung	168
1.4.	Bedeutung der Freihandelsabkommen für die extraterritoriale Anwendung von EG-Wettbewerbsrecht	171
1.5.	Anwendung des Auswirkungsprinzips im schweizerischen Kartellgesetz	172
1.6.	Ergebnis	174

2.	Verteilung der Zuständigkeiten im Wettbewerbsbereich innerhalb der EU bzw. des EWR	174
2.1.	Verhältnis zwischen den EG-Wettbewerbsbehörden und den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten	174
2.2.	Verhältnis zwischen den EG-Wettbewerbsbehörden und den EFTA-Wettbewerbsbehörden	175
2.3.	Ergebnis	176
3.	Extraterritoriale Durchsetzung von Wettbewerbsrecht	176
3.1.	Problematik im allgemeinen	176
3.2.	Haltung der Schweiz	179
3.3.	Kooperation der Wettbewerbsbehörden als Mittel zur effizienteren Durchsetzung des nationalen Wettbewerbsrechts	182
3.3.1.	Grundsatz	182
3.3.2.	Formen der Zusammenarbeit	183
3.3.3.	Multilaterale Regelungen	184
3.3.3.1.	EG-Vertrag	184
3.3.3.2.	EWR-Abkommen	184
3.3.3.3.	OECD-Empfehlung über die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten im Bereich von wettbewerbsbeschränkenden Praktiken..	185
3.3.4.	Bilaterale Kooperationsregelungen	186
3.3.4.1.	Freihandelsabkommen der EU mit EFTA-Staaten	186
3.3.4.2.	Abkommen zwischen der EU und den USA über die Anwendung ihrer Wettbewerbsregeln	186
3.3.4.3.	Europa-Abkommen zwischen der EU und Mittel- und Osteuropäischen Staaten	189
3.3.4.4.	Abkommen zwischen Australien und Neuseeland zur engeren wirtschaftlichen Zusammenarbeit	190
3.3.5.	Ergebnis	190
3.4.	Schlussfolgerungen für die Schweiz	193
3.4.1.	Allgemeines	193
3.4.2.	Kooperation im Bereich der Amtshilfe	194
3.4.2.1.	Zum Begriff der Amtshilfe	194
3.4.2.2.	Lösungsvorschlag	196
TEIL V	MATERIELLRECHTLICHE BEURTEILUNG DER GRÜNDUNG VON GEMEINSCHAFTSUNTER-NEHMEN IN DER SCHWEIZ NACH DEM NEUEN KARTELLGESETZ	198
1.	Grundsatz	198
2.	Ausgangspunkt jeder materiellen Beurteilung: Der relevante Markt	200
2.1.	Allgemeines	200
2.2.	Geographisch relevanter Markt	201
2.3.	Angebots- und Nachfragemarkt	203
3.	Schutzgut des KG: Der wirksame Wettbewerb	204
4.	Beurteilung der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen nach Artikel 5 KG	205

Inhaltsverzeichnis

4.1.	Artikel 5 KG im allgemeinen	205
4.1.1.	Grundsatz	205
4.1.2.	Begriff der erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung	206
4.1.2.1.	Erheblichkeit in Artikel 5 Absatz 1 KG	206
4.1.2.2.	Spürbarkeit im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag	210
4.1.2.3.	Ergebnis	211
4.1.3.	Gründe der wirtschaftlichen Effizienz	212
4.1.4.	Notwendigkeit der Abrede und keine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs	215
4.1.5.	Verbindung zu Artikel 6 KG	216
4.2.	Beurteilung der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen	217
4.2.1.	Ausgangslage	217
4.2.2.	Gründung von kooperativen Gemeinschaftsunternehmen als Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG	218
4.2.2.1.	Allgemeines	218
4.2.2.2.	Beschränkung des Wettbewerbs	221
4.2.2.2.1.	Gründer als Wettbewerber	222
4.2.2.2.2.	Gründer als Nicht-Wettbewerber	224
4.2.3.	Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG	225
4.2.4.	Direkt mit der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens verbundene Wettbewerbsabreden und weitere Abreden	226
4.2.5.	Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz	227
4.3.	Modellfälle der Gründung von kooperativen Gemeinschaftsunternehmen und deren Beurteilung nach Artikel 5 KG	228
4.3.1.	Verkaufs-Gemeinschaftsunternehmen	228
4.3.2.	Beratungs-, Vertriebs- und Marketing-Gemeinschaftsunternehmen	230
4.3.3.	Produktions-Gemeinschaftsunternehmen	232
4.3.4.	Einkaufs-Gemeinschaftsunternehmen	235
4.3.5.	Forschungs- und Entwicklungs-Gemeinschaftsunternehmen	237
5.	Beurteilung der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen nach Artikel 7 KG	240
5.1.	Artikel 7 KG im allgemeinen	240
5.1.1.	Grundsatz	240
5.1.2.	Begriff der Marktbeherrschung	241
5.1.3.	Missbrauch	244
5.1.3.1.	Problematik der Auslegung	244
5.1.3.2.	Praktische Anwendung des «Als ob»-Konzepts im EG-Wettbewerbsrecht	246
5.1.3.3.	Lösungsvorschlag	248
5.2.	Beurteilung der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen	251
5.2.1.	Marktbeherrschung	251
5.2.1.1.	Kollektive Marktbeherrschung	251
5.2.1.2.	Relevanter Markt	252

5.2.1.2.1.	Allgemeines	252
5.2.1.2.2.	Zwei Märkte-Theorie	252
5.2.2.	Missbrauch	256
5.2.2.1.	Gründung von konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen	256
5.2.2.2.	Gründung von kooperativen Gemeinschaftsunternehmen	258
5.2.2.3.	Konkurrenzen	259
6.	Beurteilung der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen nach Artikel 10 KG	260
6.1.	Artikel 10 KG im allgemeinen	260
6.1.1.	Grundsatz	260
6.1.2.	Prüfungsablauf	261
6.1.3.	Relevanter Markt	261
6.1.4.	Qualifizierter Marktbeherrschungsbegriff der Fusionskontrolle	263
6.1.5.	Marktbeherrschung nach Artikel 10 Absatz 1 und 2 KG	268
6.2.	Beurteilung der Gründung von konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen	268
TEIL VI	SCHLUSSFOLGERUNGEN	271
1.	Zum Begriff des Gemeinschaftsunternehmens	271
2.	Zur Unterscheidung zwischen konzentrativen und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen	272
3.	Zur Beurteilung der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen in der Schweiz durch ausländische Wettbewerbsbehörden	275
4.	Zur Verfahrens- und materiellrechtlichen Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen	276
Anhang		277