

Rechtsvergleich zwischen der deutschen und koreanischen Zusammenschlusskontrolle

– Wettbewerblich bedeutsamer Zusammenschluss –

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Universität zu Köln

vorgelegt von

Yi, Kun Ho
aus Daegu, Korea

Köln 2004

Referent: Prof. Dr. Jürgen Fritz Baur

Co-Referent: Prof. Dr. Ulrich Hübner

Tag der mündlichen Prüfung: 30.04.2004

Inhaltverzeichnis

Literaturverzeichnis	IX
Materialien.....	XIV
Abkürzungsverzeichnis	XV
A. Einleitung	1
1. Notwendigkeit der Zusammenschlusskontrolle	1
2. Ziel der Zusammenschlusskontrolle	2
3. Grenze der Zusammenschlusskontrolle.....	2
Konzeption der Arbeit.....	4
B. Bedeutung der Zusammenschlusskontrolle	5
I. Erfassung der Unternehmenskonzentration	5
1. Wettbewerbliche Bedeutung.....	5
2. Konzentrationsmerkmale	5
a) Begriff des Unternehmens.....	5
b) Ökonomische Größe	7
aa) Auswahl der Größenmerkmale	7
bb) Umsatz.....	7
cc) Marktanteil	8
dd) Sonstige Größenmerkmale	8
c) Relevanter Markt.....	8
3. Arten der Unternehmenskonzentration	8
a) Interne Unternehmenskonzentration	8
b) Externe Unternehmenskonzentration.....	9
aa) Horizontale Unternehmenskonzentration.....	9
bb) Vertikale Unternehmenskonzentration	10
cc) Konglomerate Unternehmenskonzentration.....	10
II. Garantie des Wettbewerbs	10
1. Begriff des Wettbewerbs.....	10

a)	Vollkommener Wettbewerb.....	11
b)	Wirksamer Wettbewerb.....	12
2.	Staatslenkung	12

II.	Fazit.....	13
-----	------------	----

C. Wettbewerbslich bedeutsamer Zusammenschluss in der deutschen Zusammenschlusskontrolle..... 14

I.	Geschichte der Zusammenschlusskontrolle im GWB.....	14
----	---	----

II.	Wettbewerbslich bedeutsamer Zusammenschluss i. S. des GWB.....	14
-----	--	----

1.	Überblick.....	14
----	----------------	----

2.	Anwendungsbereich	15
----	-------------------------	----

a)	Umsatzschwellen.....	15
----	----------------------	----

aa)	Bedeutung	15
-----	-----------------	----

bb)	Unternehmensbegriff.....	15
-----	--------------------------	----

(1)	Funktionaler Begriff.....	15
-----	---------------------------	----

(2)	Fusionsrechtszweckmäßiger Begriff.....	16
-----	--	----

(3)	Flick-Klausel.....	17
-----	--------------------	----

cc)	„Beteiligte“ Unternehmen	18
-----	--------------------------------	----

dd)	Verbundene Unternehmen.....	19
-----	-----------------------------	----

(1)	Bedeutung	19
-----	-----------------	----

(2)	Anwendungsbereich	19
-----	-------------------------	----

(3)	Konzernunternehmen i. S. v. § 18 AktG	20
-----	---	----

(4)	Abhängigkeit i. S. v § 17 AktG	22
-----	--------------------------------------	----

ee)	Mehrmütterherrschaft i. S. d. § 36 Abs. 2 S. 2 GWB	24
-----	--	----

(1)	Bedeutung	24
-----	-----------------	----

(2)	Gemeinsamkeit der Beherrschung.....	24
-----	-------------------------------------	----

b)	Berechnung des Umsatzes.....	25
----	------------------------------	----

aa)	Umsatz des § 38 Abs. 1 S.1 GWB	26
-----	--------------------------------------	----

(1)	Anwendungsbereich	26
-----	-------------------------	----

(2)	Begriff des Umsatzes	26
-----	----------------------------	----

bb)	Sonderregelungen	27
-----	------------------------	----

(1)	Handelsunternehmen.....	27
-----	-------------------------	----

(2)	Presse- und Rundfunkunternehmen.....	28
-----	--------------------------------------	----

(3)	Banken und Versicherungsunternehmen.....	30
-----	--	----

(4)	Besonderheit beim Vermögenserwerb	32
-----	---	----

c)	Ausnahme	32
----	----------------	----

aa)	Anschlussklausel.....	32
-----	-----------------------	----

	bb)	Bagatellklausel	33
3.		Zusammenschlussbegriff.....	33
	a)	Geschichte	33
	b)	Vermögenserwerb	34
	aa)	Vermögensbegriff	34
	bb)	Erwerbsbegriff	35
	c)	Anteilerwerb	36
	aa)	Anwendungsbereich	36
	bb)	Erwerbsbegriff	37
	cc)	Minderheitsbeteiligung	38
	dd)	Zurechnung.....	38
		(1) Verbundklausel	39
		(2) Treuhandverhältnis	39
	ee)	Gemeinschaftsunternehmen	41
		(1) Konzentratives Gemeinschaftsunternehmen	41
		(2) Teilfusion	43
		(3) Gemeinsame Beherrschung.....	44
	ff)	Bankenklausel.....	45
	d)	Kontrollerwerb	45
	aa)	Bedeutung	46
	bb)	Alleinige Kontrolle	46
		(1) Begriff der Kontrolle	46
		(2) Mittel des Kontrollerwerbs.....	47
	cc)	Gemeinsame Kontrolle	49
	d)	Erwerb wettbewerblich erheblichen Einflusses	50
	aa)	Bedeutung	50
	bb)	Sonstige Unternehmensverbindung	50
	cc)	Wettbewerbliche Erheblichkeit des Einflusses.....	51
4.		Materieller Tatbestand.....	51
	a)	Relevanter Markt.....	51
	aa)	Marktmachtkonzept	52
	bb)	Sachlich relevanter Markt.....	52
		(1) Gruppe von Waren oder gewerbliche Leistungen	53
		(2) Bedarfsmarktkonzept.....	53
		(3) Nachfragemarkt.....	54
		(4) Tatsächliche Grundlage.....	55
	cc)	Räumlich relevanter Markt	56
		(1) Abgrenzung	56

	(2) Auslandszusammenschluss	56
	dd) Zeitlich relevanter Markt	57
b)	Marktbeherrschung	57
	aa) Monopol	57
	(1) Monopolstellung.....	58
	(2) Fehlen von wesentlichem Wettbewerb.....	58
	bb) Überragende Marktstellung.....	60
	(1) Marktstellung im Verhältnis zu den Wettbewerbern	60
	(2) Merkmale	60
	cc) Oligopol	66
	(1) Fehlen des wesentlichen Wettbewerbs	66
	(2) Innenverhältnis.....	67
	(3) Außenverhältnis.....	68
c)	Vermutungsklausel.....	68
	aa) Marktanteil-Schwellenwerte.....	69
	bb) Widerlegung	69
	cc) Rechtsnatur	70
d)	Begründung oder Verstärkung der Marktbeherrschung	71
	aa) Prognose.....	71
	bb) Begründung.....	72
	cc) Verstärkung	73
	dd) Einzelne Zusammenschlüsse	74
	(1) Horizontaler Zusammenschluss.....	74
	(2) Vertikale Zusammenschlüsse	74
	(3) Konglomerate Zusammenschlüsse	75
5.	Abwägungsklausel.....	75
	a) Wettbewerbspolitische Abwägung	75
	b) Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen	75
	c) Überwiegen der Vorteile	76
	d) Kausalzusammenhang	77
III.	Fazit.....	77

D. Wettbewerbslich bedeutsamer Zusammenschluss im MRFTA 78

I. Wettbewerbspolitik in Korea 78

1. Ziel und Orientierung..... 78

2. Geschichte der Wettbewerbspolitik..... 78

3.	Geschichte der Zusammenschlusskontrolle	79
II.	Wettbewerblich bedeutsamer Zusammenschluss i. S. v. § 7 MRFTA	80
1.	Überblick	80
2.	Anwendungsbereich.....	80
a)	Verzicht einer bestimmten Unternehmensgröße.....	81
b)	Adressaten	81
aa)	Adressaten im Rahmen des MRFTA.....	81
	(1) Wirtschaftszweige.....	81
	(2) Begriff der Tätigkeit.....	82
bb)	Fusionsrechtszweckmäßige Auslegung	83
c)	„Specially Related Persons“	84
aa)	Wirtschaftliche Einheit.....	84
bb)	„a Related Person“	85
	(1) Bedeutung	85
	(2) Verwandtschaft.....	85
	(3) Gemeinnützige Körperschaft oder Organisation.....	86
	(4) Unternehmen	86
	(5) Employés	87
	(6) Ausnahmen.....	88
cc)	Person im Sinne von § 11 Nr. 1 Durchführungs-VO	91
dd)	Person im Sinne von § 11 Nr. 3 Durchführungs-VO	91
d)	Großunternehmen	91
aa)	Bedeutung	91
bb)	Schwellenwerte	92
	(1) Quantitatives Kriterium.....	92
	(2) Begriff der gesamten Aktiva und Umsatzerträge.....	92
cc)	Tochtergesellschaft.....	93
3.	Zusammenschlussbegriff.....	93
a)	Beteiligte Unternehmen	93
b)	Aktienerwerb oder -besitz	94
aa)	Anwendungsbereich	94
bb)	Schwellenwerte	94
	(1) Bedeutung	94
	(2) Zurechnung.....	94
cc)	Aktienminderheit	95
c)	„interlocking directorate“	95
aa)	Personelle Verflechtung.....	95

bb)	Beherrschende Einflussnahme.....	96
d)	Verschmelzung.....	97
e)	Geschäftsübernahme.....	97
f)	Teilnahme an der neu gegründeten Gesellschaft.....	98
aa)	Wettbewerbliche Bedeutung.....	98
bb)	Ausnahmen.....	98
4.	Materieller Tatbestand	99
a)	“Workable competition”.....	99
b)	Relevanter Markt.....	100
aa)	Sachlich relevanter Markt.....	100
(1)	Warengruppe.....	100
(2)	Abgrenzungsmerkmale	101
bb)	Räumlich relevanter Markt	102
(1)	Abgrenzung.....	102
(2)	Wirtschaftliche Ausdehnung des räumlich relevanten Marktes	102
cc)	Relevanter Markt nach unterschiedlichen Handelsstufen	103
dd)	Relevanter Markt durch verschiedenartige Handelsparteien.....	103
c)	Wettbewerbsbeschränkung.....	103
aa)	Definition.....	103
bb)	Horizontaler Zusammenschluss	104
(1)	Bedeutung.....	104
(2)	Marktkonzentration	104
(3)	Potentieller Wettbewerbseinfluss.....	106
(4)	Ausdehnungsmöglichkeit des relevanten Markts.....	108
(5)	Einzelfälle	108
cc)	Vertikaler Zusammenschluss	109
(1)	Bedeutung.....	109
(2)	Marktsperreffekt.....	109
dd)	Konglomerat-Zusammenschluss.....	110
(1)	Bedeutung.....	110
(2)	Potentielle Wettbewerbsbeschränkung.....	110
d)	Vermutungsklausel.....	111
aa)	Bedeutung	111
bb)	Voraussetzungen	111
(1)	Marktanteil-Schwellenwerte für die Marktbeherrschung	112
(2)	Marktanteil-Schwellenwerte im Bezug auf den Wettbewerber.....	112
cc)	Großunternehmen	113
dd)	Rechtsnatur	113
5.	Ausnahme	114

a)	„Effizienzsteigende Effekte“	114
aa)	Bedeutung	114
bb)	Kriterien	114
cc)	Notwendigkeit	115
dd)	Überwiegung der Vorteile.....	116
b)	„failing company“	116
aa)	Bedeutung	116
bb)	Begriff „failing company“	116
6.	Zusammenschluss unter Zwang oder durch unfaire Maßnahme.....	117
7.	Kriterien für die Zusammenschlusskontrolle durch die KFTC	118
III.	Fazit	118
E.	Vergleich.....	119
1.	Einleitung.....	119
2.	Schutzzweck.....	119
a)	Aufrechterhaltung des Wettbewerbs.....	119
b)	Materiellrechtliches Verständnis.....	119
3.	Anwendungsbereich	120
a)	Unternehmensgröße	120
b)	Einheitliches Unternehmen	120
c)	Besonderheit	121
4.	Zusammenschlussbegriff	122
a)	Unternehmensverbindung im Rahmen des § 37 GWB	122
aa)	Entwicklung zum materiellen Zusammenschlussbegriff	122
bb)	Tatsächliche beherrschende Einflussnahme	122
cc)	Gesamtberücksichtigung	123
b)	Unternehmensverbindung nach § 7 I MRFTA	123
aa)	Formelle Tatbestände.....	123
bb)	Ausübung eines beherrschenden Einflusses.....	123
cc)	Gesamtberücksichtigung.....	124
5.	Materieller Tatbestand	124

a)	Begriff des Wettbewerbs	124
b)	Beschränkung des Wettbewerbs	125
aa)	Abgrenzung des relevanten Markts	125
(1)	Definition des relevanten Markts	126
(2)	Ökonomische Abgrenzung des räumlich relevanten Markts	127
bb)	Marktbeherrschung	127
6.	Ausnahme	128
a)	Abwägungsvoraussetzung im Rahmen des § 36 Abs. 1 GWB	128
b)	Abwägungsvoraussetzung nach § 7 Abs. 2 MRFTA	129
F.	Zusammenfassung	130

Literaturverzeichnis

- Abeltshauser, Thomas E, Unternehmensbegriff und Öffentliches Interesse, Frankfurt am Main 1982.
- Autenrieth, Karlheinz, Die Erfassung von Oligopolatbeständen in der Fusionskontrolle, WRP 1983, S. 852.
- Autenrieth, Karlheinz, Neues Beurteilungskonzept zur Strukturbetrachtung und Besonderheiten der Versicherungswirtschaft in der Fusionskontrolle, WuW 1983, S. 859.
- Axster, Oliver/ Reimann, Thomas, Relevanter Markt und Marktbeherrschung, WRP 4/75, S.193.
- Bach, Albrecht, Der Marktbeherrschungsbegriff in der EG-Fusionskontrolle, auch im Vergleich zum deutschen Kartellrecht, WuW 1993, S. 805.
- Bach, Albrecht, Deutsche Fusionskontrolle bei inlandswirksamen Auslandszusammenschlüssen, WuW 1997, S. 291.
- Bahk, Byung-Houng, A Proposed Framework for Entry Analysis in Merger Regulation, in: Journal „Uni Dang-A“ Nr. 25 (2000), Bu-San, S. 169.
- Barnikel, Hans-Heinrich, Marktwirtschaft, Heidelberg 1989.
- Bartling, Hartwig, Von der Wettbewerbstheorie zur Theorie der Wettbewerbspolitik, Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld nationaler und internationaler Kartellrechtordnungen, Baden-Baden 1997.
- Baron, Michael, Das neue Kartellgesetz, Köln 1999.
- Baron, Michael, Meinungen zur 6. GWB-Novelle, WUW 7u.8/1998, S 651
- Baum, Herbert, Der relevante Markt als Problem der Wettbewerbspolitik, WuW 1980, S. 401.
- Baur, Jürgen Fritz, Entstehung und Wandel des Energierechts, FS für Börner 1992, S. 487.
- Baur, Jürgen Fritz, Rechtliche Fragen der Marktbeherrschung nach der zweiten Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1973, S. 918.
- Baur, Jürgen Fritz, Das Tatbestandmerkmal „Wettbewerb“, ZHR 134 (1970) 97, 145 ff.
- Baur, Jürgen Fritz, Kartellrecht und Politik, FS für Großfeld 1999, S.73.
- Baur, Jürgen Fritz, Wirtschaftsklauseln, FS für Steindorff 1990, S. 509.
- Baur, Jürgen Fritz, Die Zukunft der staatlichen Aufsicht über die Preise der Energieversorgungsunternehmen, FS für Lieberknecht 1997, S. 239.
- Bechtold, Rainer, Das neue Kartellrecht,, München 1981.
- Bechtold, Rainer, GWB, 3. Auflage, München 2002.
- Bechtold, Rainer, Die Änderungen der Fusionskontrolle durch die 5. GWB.Novelle.
- Bechtold, Rainer, Zur Abgrenzung des relevanten Marktes, FS für Gram 1990, S. 537.
- Benisch, Werner, Fusionskontrolle und internationale Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen, WuW 1983, S. 95.
- Berg, Hartmut, Wettbewerbspolitik, in Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik (Band 2), 7. Auflage, München 1999.
- Bullinger, Martin, Nationaler öffentlicher Rundfunk im weltweiten Wettbewerb, FS für Leisner, S. 885.
- Bunte, Hermann-Josef, Kartellrecht, München 2003.
- Carl, Erwin, Die Marktbeherrschende Stellung als Eingreifkriterium der Zusammenschlusskontrolle im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt am Main 1978.
- Canenbley, Conelis/Moosecker, Karlheinz, Fusionskontrolle, Köln 1982.

- Canenbley, Conelis, Der Zusammenschlussbegriff in der deutschen und europäischen Fusionskontrolle, am Beispiel des Anteilserwerbs, FS für Lieberknecht 1997, S. 277.
- Cha, Sung-Min, Forschungsarbeit über den Begriff des Unternehmen in Monopoly Regulation and fair Trade Act, Seoul Uni., Diss., Seoul 2000.
- Chang, Sea-Jin, Ownership structure, Expropriation, and Performance of croup-affiliated companies in Korea, KFTC, S. 4.
- Dreichfuß, Hermann, Der Zusammenschluss durch Anteilserwerb nach der 6. GWB-Novelle, WuW 2000, S. 835.
- Deringer, Arved, Fragen zur „Gemeinsamen Beherrschung“, FS für Gramm 1990, S.559.
- Dirrheimer, Manfred J., Ressourcenstärke und Abschreckungswirkung in der Fusionskontrolle, Köln, Berlin, Bonn, München, 1988.
- Ebenroth, Carsten-Thomas/ Hauschka, E Christoph, Zusammenschlusskontrolle nach der geplanten EG-Fusionskontrollverordnung, ZRP, S. 64.
- Ebenroth, Carsten-Thomas/ Parche, Ulrich, Der Verordnungsentwurf einer europäischen Fusionskontrolle und seine Auswirkungen auf nationales und internationales Kartellrecht, BB Beilage 18 (1988), S.6
- Emmerich, Volker, Kartellrecht, 8. Auflage, München 1999.
- Emmerich, Volker, Fusionskontrolle 1996/97, AG 1997, S.529.
- Emmerich, Volker, Fusionskontrolle 1995/96, AG 1996, S.529.
- Emmerich, Volker, Fusionskontrolle 1994/95, AG 1995, S.481.
- Emmerich, Volker, Fusionskontrolle 1993/94, AG 1994, S.477.
- Emmerich, Volker, Fusionskontrolle 1992/93, AG 1993, S.529.
- Van der Esch, Bastiaan, Gemeinschaftsunternehmen und Fusionskontrolle, WuW 1983, S. 269.
- Eum, Ki-Seub, Über die Anmeldung der Verschmelzung in Monopoly Regulation and fair Trade Act, in: Journal „Business & Law Nr. 10 (1. 1955), S. 72.
- Fatscheck, Jochen, Die Berücksichtigung außerwettbewerblicher Gesichtspunkte bei Anwendung der Zusammenschlusskontrolle, Würzburg 1977.
- Frisch, Thomas, Die Behandlung von Betriebsführungsverträgen in der Fusionskontrolle, AG 1995, S. 362.
- Goll, Hans, § 22 GWB ein Schutzgesetz, WuW 1976, S, 291.
- Hunger, Markus, Fusionskontrolle nach „Aggerstrom“ und „Garbsen“, Energiewirtschaftliche Tagesfragen Nr. 47 (1997) (Heft ½), S.
- Glassen, Helmut/v. Hahn, Helmuth ua, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurter Kommentar(Liseblatt), 3 Auflage, Köln 1982/2000
- Gong, Byung-Ho, Ob es andere Kontrolle beginnt?, in Journal „Week Economics „ von 21. 8. 1996. S. 30.
- von Gram, Otto-Friedrich Frhr., Kartellrecht, 2. Auflage, 1990
- Gutzler, Helmut, Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung, BB 1956, S.23.
- Harms, Wolfgang, Zusammenschluss und merger- rechtsvergleichende Anmerkungen zum Anwendungsbereich der Fusionskontrolle, FS für Pfeiffer, S. 501
- Haubrock Manfred, Konzentration und Wettbewerbspolitik, Frankfurt am Main 1993.
- Heidenhain, Martin, Fusionskontrolle beim Erwerb von weniger als 25 % des stimmberechtigten Kapitals eines Unternehmens - Zur Anwendung des Umgehungstatbestandes des § 23 II Nr.2 Satz4 GWB -, WRP 1986, S. 317.
- Holger Paetow /Kiaus Tonner, Das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs im Mineralölsektor -Bemerkungen zur BGH-Entscheidung im Fusionskontrollverfahren Texaco/Zerssen-, WuW 1984, S. 781.

- Henschen, Horst/Ewen Michalel, Der Erwerb eines wettbewerblich erheblichen Einflusses in der Entscheidungspraxis, WuW 1999, S.941.
- Henry R. Cheeseman, *Business Law* (Prentice hall; 1995), pp.883-884
- Herdzina, Klaus, Wettbewerbspolitik (4. Aufl.), Stuttgart 1993.
- Hermann H, Vertikale Verträge in der Wettbewerbspolitik der EU, WuW 1999, S. 227.
- Hirsbrunner, Simon, Die revidierte EG-Fusionskontroll-Verordnung, Heft 3/1998 EuZW, S. 71.
- Hölzler, Henrich, Der Marktanteil in der Fusionskontrolle bei internationaler Wirtschaftsverflechtung, Köln 1988.
- Hong. Dae-Sik, die Zusammenschlusskontrolle im “MONOPOLY REGULATION AND FAIR TRADE ACT”, Die Probleme des Wirtschaftsrechts“, Bub-Won-Do-Se-Gun 2000, S. 353.
- Hunger, Markus, Fusionskontrolle nach „Aggerstrom“ und „Garbsen“, Energiewirtschaftliche Tagesfragen 1997, S. 76.
- Hwang, Bo-Youn, die Geschäftsübertragung der 100% Tochtergesellschaft, in: Journal „Business & Law N0. 64 (7. 1999), S.107.
- Hwang, Suk-In/ Kwan Oh-Seung, Wirtschaftsrecht, 5. Auflage, Bub-Mun-Sa, Seoul 1996,
- Immenga, Ulrich, Fusionskontrolle auf Ausschreibungsmärkten , WuW 1998, S. 809.
- Immenga, Ulrich, Die Sicherung unverfälschten Wettbewerbs durch Europäische Fusionskontrolle, WuW 1990, S. 374.
- Jestaedt, Thomas und Anweller, Jochen, Europäische Fusionskontrolle im Medienbereich, EuZW 1997, S. 549.
- Jung Ju-Hawn, Koreanisches Wirtschaftsrecht, Sechang Verlag, Seoul 1997.
- Jung, Jun-U, Die Prüfung der Richtigkeit der Vorschrift “*Specially Related Person*” auf das Wirtschaftsrecht, in: Journal „Menschenrecht und Gerechtigkeit“ (10.1999), S. 73.
- Jüngst, Rainer, Marktbeherrschungsbegriff „Überragende Marktstellung“ (§ 22 I Nr. 2 GWB) und Diversifikation, Berlin 1980.
- Kantzenbach, Erhard, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, Göttingen 1966.
- Kantzenbach, Erhard, \ Kinne, Konstanze, Nationale Zusammenschlußkontrolle und internationale Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen, FS für Schmidt 1997, S. 67
- Kaufner, Erich, Konzentration und Fusionskontrolle, Tübingen 1977.
- Kleinmann, Werner/Bechtold, Rainer, Kommentar zur Fusionskontrolle, 2. Auflage, München1989.
- Kellermann, Alfred, Zur Fusionskontrolle bei Personengesellschaften, FS für Pfeiffer, Köln 1988 S. 672.
- Kim, Jae-Keul/Kim, Won-Kyu, Wettbewerbsbeschränkende Zusammenschlüsse, in: Journal „San-Gyung-Yeun-Gu“ Nr. 13 (1997), S. 7.
- Kim. Seong-Eun, A Study on the Revised Fair Trade Act, in Journal of Social Science Research Vol.5, in: Journal “Uni. Chang-Won“, Chang-won 1998, S. 388.
- Kim, Won-Ki, das Beherrschungsverhältnis von Unternehmen, Gesammelte Abhandlungen, in: Journal „Uni. Honam“ (No. 7), Kwang-Ju, S. 9..
- Kim, Won-Kee, Mutter – Tochtergesellschaft in Aktiengesellschaften, in: Journal „Uni Honam“ Nr. 7, Gwang-Ju, S. 57.
- Kim, Won-Kee/Baeg, Jong-In, Überprüfung der Novelle des MRFTA, in: Journal „ Gi-Yeub-Bub-Yeon-Gu“ Nr. 4 (1999), S. 401.
- Kinne, Konstanze., Effizienzvorteile in der Zusammenschlusskontrolle, Baden-Baden 1999.
- Klaue, Siegfried, Räumliche Marktabgrenzung und Geltungsbereich des Kartellgesetzes, FS für Quack 1991, S. 626.

- Knöpfle, Robert, Die marktbeherrschende Stellung nach der Neufassung des § 22 GWB, BB 1973, S. 1179.
- Knöpfle, Robert, Ist es für die Beurteilung, ob ein Unternehmen ein marktbeherrschende Stellung hat, notwendig, den relevanten Markt zu bestimmen? DB 1990, S. 1385.
- Kottman, Elke, Die räumliche Abgrenzung des relevanten Marktes, Baden-Baden 2000.
- Krieger, Gerd, Aktiengesellschaft, in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts (Band 4), München 1988,
- Kwon, Jae-Yeol, Über die freie Berufe in Monopoly Regulation and fair Trade Act, in; Journal "Gong-Jeong-Geo-Lae", S. 1.
- Kwon, Jae-Yeol, Die Forschung ber die Zusammenschlusskontrolle im MRFTA, in: Journal „Sa-Bub-Haeng-Jung“ (3. 2000), S. 16;
- Kwon, Oh-Seung, Monopoly Regulation and fair Trade Act, Bub-Mun-Sa, Seoul 1999.
- Kwon, Oh-Seung, Wirtschaftsrecht, 4. Auflage, Bub-Mun—Sa, Seoul 2001.
- Landelsittel, Ralph, Die Zurechnungsklausel in der Fusionskontrolle, BB. 1994 S. 799.
- Lee, Bong-Oui, Die Vermutungsklausel nach § 7 IV MRFTA und ihre Probleme, in Journal „Justis“ Nr. 65, S. 158.
- Lee, Byung-Ju, Auslegung von Monopoly Regulation and fair Trade Act – Anwendungsbereich-, in: Journal "Gong-Jeong-Geo-Lae" (12.1988), S. 44.
- Lee, Byung-Ju, Kontrolle des wettbewerbsbeschränkendes Zusammenschlusses, in: Journal "Gong-Jeong-Geo-Lae" S. 48.
- Lee, Ki-Su, Antitrust and Cosumer Law, 3 Auflage, Seo-Chang-Verlag, Seoul 2000.
- Lee, Ki-Su, Wirtschaftsrecht, 4. Auflage, Seo-Chang-Verlag, Seoul 2001.
- Lee, Kyu-Oug/Bahk, Byung-Hyong, die wirtschaftliche Auswirkung und Kontrolle des Zusammenschlusses, Han-Kuk-Gae-Bal Institute, Seoul 1993.
- Lee, Mun-Ji, Ist der faire und freie Wettbewerb das Ziel oder das Mittel? – Die Frage nach der allgemeinen Meinung über das Ziel von MONOPOLY REGULATION AND FAIR TRADE ACT -,in Journal „Sang-Sa-Bub-Youn-Gu Nr. 30 (2) (1997), S. 615
- Lee, Mun-Ji, Der Zweck von "MONOPOLY REGULATION AND FAIR TRADE ACT", in: Journal "Kyung-Yung-Bub-Ouyl", , S. 662.
- Lee, Nam-Gee, Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Bub-Mun-Sa, Seoul 2000.
- Lee, Nam-Gi/ Lee Sung-U, Wirtschaftsrecht, Bak-Young-Sa, Seoul 2001.
- Leo, Hans- Christoph, Das Überlebensrisiko des § 22 Abs.1 Nr.2 GWB in einer „großen“ Reform dieses Gesetzes, FS für Steindorff 1990, S. 1010.
- Lutter, Marcus, Konzerninterne Veränderung und Anzeigepflicht aus § 23 GWB, NJW 1974, 1270
- Markert, Kurt, Die praktische Bedeutung der qualifizierten Oligopolvermutung in der Fusionskontrolle (§23 a Abs. 2 GWB), BB Heft 25 (1986), S.1660.
- v. Maltzahn, Falk Freiherr, Zur rechtlichen Beurteilung von Nichtangriffsabreden über technische Schutzrecht, FS für Gram 1990, 597.
- Messen, M. Karl, Industriepolitisch wirksamer Wettbewerb im EWG-Fusionskontrollrecht, in: FS für Gaedertz 1992, S. 417.
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker Ernst-Jochhim, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 3. Auflage, München 2001.
- Immenga, Ulrich/Schulte-Braucks, Reinhard, Zum Verhältnis der Monopol- und der Oligopolvermutung in § 22 III GWB, BB 1981, 149.

- Langen, Eugen/Bunte, Herman-Josef, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Auflage, Frankfurt am Main 2001.
- Monopolkommission, Fortschritte bei der Konzentrationserfassung, Hauptgutachten 1980/1981, Baden-Baden 1982.
- Monopolkommission, Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, Hauptgutachten 1994/1995, Baden-Baden 1996.
- Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln/Berlin/Bonn/München, 1983.
- Möschel, Wernhard, Fusionskontrolle im Rundfunk, FS für Gramm 1990, S. 631.
- Möschel, Wernhard, Banken und Wettbewerb, FS für Gram 1990, S. 469.
- Monopolkommission, Mehr Wettbewerb ist möglich, Hauptgutachten 1973/1975, Baden-Baden 1976.
- Müller, Werner, anlässlich der IX. Internationalen Kartellkonferenz zum Thema: „Megafusionen - eine neue Herausforderung für das Kartellrecht?“, in Rede des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie, Abschnitt II.
- Niederleithinger, Ernst, Die Praxis der deutschen Fusionskontrolle bei konglomeraten Zusammenschlüssen, FS für Gramm 1990, S.637.
- Oh, Jae-Chang, Rechtlich Kontrollinhalt über den Zusammenschluss in Monopoly Regulation and fair Trade Act, in: Journal „Business & Law No. 92 (11. 2001), S. 31.
- Olten Rainer, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, München 1995.
- Paetow, Holger/ Tonner, Klaus, Fehlen wesentlichen Wettbewerbs und oligopolistische Marktbeherrschung, DB 1983, S. 700
- Park, Se-Il, Law and Economics, Pak-Young-Sa, Seoul 1994.
- Park, Kil-Jun, Das koreanische „Fair Trade and Monopoly Regulation Act“, Sam-Young-Sa, Seoul 1983.
- Park, Kil-Jun, Die Beschränkung des Unternehmenszusammenschlusses, Sam-Young-Sa, Seoul 1983.
- Paschke, Marian, Der Zusammenschlussbegriff des Fusionskontrollrechts, Heidelberg 1989.
- Rieder, Pierre, Die Zusammenschlusskontrolle im Kartellgesetz, FS für Schmidhauser 1991, S. 161.
- Purrucker, Michael, Bankgeschäfte in der kartellrechtlichen Fusionskontrolle, Berlin 1983.
- Quack, Karlheinz, Anordnungen gemäß § 24 Abs. 6 und 7 GWB bei Personenhandesgesellschaften, FS für Gram 1990, S. 649.
- Ramrath, Stephan, Die „überragende Marktstellung“ als Merkmal der Fusionskontrolle, Köln, Berlin, Bonn, München 1978.
- Riesenkampff, Alexander, Treuhandverhältnisse in der Fusionskontrolle und Zurechnungsklausel des § 23 Abs. 2 nr. 2 Satz 2 GWB, WuW 1996, S. 5.
- Reimann, Thomas, Relevanter Markt und Marktbeherrschung, WRP 4/75, S.195.
- Rittner Fritz, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6. Auflage, Heidelberg 1999.
- Rittner, Fritz, Drei Grundfragen des Wettbewerbs, FS für Kraft, 1999. S. 522.
- Rittner Fritz, Einführung in das Wettbewerbs- und Kartellrecht(2 Aufl.) S. 393-395.
- Röper, Kartelle und Konzentration.
- Sandrock, Otto, Grundbegriffe des GWB, München 1968, S. 384.
- Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht (5Aufl.), Stuttgart, 1996.
- Soun, In-Ouk, die Leitlinie des Verfahrens des Zusammenschlusses (2001).
- Schulte, Josef L, Änderungen der Fusionskontrolle durch die 6.GWB-Nowelle, Die Gesellschaft 98, S. 297.

Schutz, Klaus-Peter, Die Vermutungen des § 23a GWB (unter besonderer Berücksichtigung der qualifizierten Oligopolvermutung des § 23a Abs.2), WuW 1981, 102.

Schütz, Jörg, Der räumlich relevante Markt in der Fusionskontrolle, WuW 1996, S. 286.

Seo, Hyun-Je, Der Geltungsbereich des MRFTA, in Journal of Commerce Law, Nr. 11 (10.1998), S 17.

Shon, Ju-Chan, Wirtschaftsrecht (Neuer, Monopoly Regulation and fair Trade Act, Buk-Kyung Verlag, Seoul 1993.

Steindorff, Ernst, Wettbewerbliche Einheit und kartellrechtliche Vermutungen, Heidelberg 1982.

Thiel, Michael H, Presseunternehmen in der Fusionskontrolle, München 1991.

Traugott, Rainer, Die neue deutsche Fusionskontrolle, WRP 1999, S. 661.

Tres, Bartoh / Lademann, Rainer, Abgrenzung des sachlich relevanten Markts im Lebensmitteleinzelhandel, Göttingen 1986.

Tschäni, Rudolf, Funktionswandel des Gesellschaftsrechts, Bern 1978.

Thurnher, Victor, Zurechnung des Treugutes im Fusionskontrollrecht, WuW 1994, S. 303.

Weber, Dolf, „Bankenklauseln“ bei der Fusionskontrolle- Gemeinschaftsrecht und Rechte der Mitgliedstaaten, FS für Heinsins 1991, S. 895.

Werner, Rosemarie, Internationaler Wettbewerb und Marktabgrenzung bei der Fusionskontrolle, FS für Lieberknecht 1997, S. 607.

Weise, Jochen, Der sachlich relevante Markt für Energieversorgungsunternehmen, Köln 1987, S.3.

Wiedemann, Gerhard, Drittstaaten-Zusammenschlüsse und EG-Fusionskontrollverordnung, FS für Lieberknecht 1997, S. 626.

Woll, Artur, Wirtschaftspolitik, 2. Auflage, München 1992.

Wirz, Die vermutet Marktbeherrschung, WuW 1975, S. 612.

Yu, Jin-Hee, Vorschriften über den Zusammenschluss im Gesellschaftsrecht, in: Journal „Seo-Kang-Bub-Yeon-Gu“ No. 1, Seoul, S. 192.

Materialien

Bundeskartellamt, Praxis und Perspektiven der dezentralen Anwendung, Arbeitsunterlage, 20.05 1999.

Bundesstelle für Außenhandelsinformation, Korea. Gesetz zur Monopolkontrolle und gegen unlauteren Wettbewerb sowie Durchführungsbestimmungen, 1987, Ausländisches Wirtschafts- und Steuerrecht Reihe A: Gesetzestexte und Erläuterungen, 1988.

Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission über die Berechnung des Umsatzes, Amtsblatt C 66 vom 02.03. 1998.

Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses, Amtsblatt C 66 vom 02.03.1998.

Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 1983 für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart/Mainz 1983.

Koreanische Fair Trade Commission (KFTC), Weißbuch für „Fair Trade“ 1999 (Vol. 2), Seoul 2000.

Regierungsbegründung eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung, BT-Drucksache II/1158, 1952.

Regierungsbegründung zu dem Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des GWB, BT-Drucksache VI/2520, 1971.

Bericht des Wirtschaftsausschusses von 12. 6. 1973 zum Gesetzentwurf der SPD-FDP-Faktionen, BT-Drucksache 7/765, 1973.

Regierungsbegründung zu dem Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des GWB, BT-Drucksache 8/2136, WuW 1980, S. 338.

Begründung zum Regierungsentwurf der 6. Novelle, BT-Drucksache 852/97.

Regierungsbegründung zu dem Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des GWB, BT-Drucksache 13/9720, 1988.

Begründung zum Entwurf des GWB, BT-Drucksache 256/71.

Regierungsbegründung zu dem Entwurf, Stellungnahme BT-Drucksache. 9/460.

Abkürzungsverzeichnis

AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
BB	Betriebs-Berater
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BkartA	Bundeskartellamt
BT – Durcks.	Bundestagsdruckssache
DB	Der Betrieb
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heißt
EFKV	Europäische Fusionskontrolle Verordnung
f.	folgende (Seite)
ff.	fortfolgende (Seite)
FS	Festschrift
ggfs.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung
KBGB	Koreanisches Bürgerliches Gesetzbuch von 13.12.1997.
KHGB	Koreanisches Handelsgesetzbuch von 19.12.2001
KG	Kammergericht
KOGH	Koreanischer Oberster Gerichtshof
KV	Koreanische Verfassung von 29.10.1987.
MRFTA	Monopoly Regulation and Fair Trade Act
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OHG	Offene Handelsgesellschaft

OLG	Oberlandesgericht
Rn.	Randnummer(n)
S.	Seite, Satz
Tz.	Teilziffer
Vgl.	Vergleich
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z. B.	zum Beispiel.

A. Einleitung

Heutzutage werden Zusammenschlüsse immer intensiver durchgeführt. Nicht nur zwischen kleinen oder kleinen und großen Unternehmen, sondern auch zwischen großen Unternehmen werden Zusammenschlüsse vollzogen.

Zusammenschlüsse führen zu Unternehmenskonzentrationen, die auf rechtlichen oder wirtschaftlichen Verbindungen zwischen den Unternehmen beruhen, und dienen zur Bildung von „*economies of scale*“ oder „*economies of scope*“. Somit stellt ein Zusammenschluss eine Verstärkung der Wirtschaftsmacht auf dem Markt dar und wird als eine wichtige Strategie von Unternehmen angesehen, wenn diese sich dem Wettbewerbsrisiko entziehen wollen, die aufgrund des nationalen bzw. internationalen Wettbewerbsdrucks stark zunimmt.

Die positiven Begleiterscheinungen einer Zusammenschlussbewegung sind mit den Größenvorteilen insbesondere auf Seiten des Unternehmens verbunden, da die Bewegung als Strukturanpassung im Rahmen marktwirtschaftlicher Prozesse angesehen wird, wenn sich Unternehmen an die Unvollständigkeit des Kapitalmarktes und der staatlichen Rahmenbedingungen anpassen. Die Größenvorteile führen auch zur Realisierung von Kostenvorteilen. Ein weiterer, aber nicht zu unterschätzender Vorteil ist die Fähigkeit, die Entwicklung von Patenten, Forschung und Werbung in höheren Maßen voranzutreiben¹.

Bezüglich der Wettbewerbspolitik werden jedoch Zusammenschlüsse als problematisch bei der Gewährleistung des Wettbewerbs angesehen. Denn Zusammenschlüsse haben wettbewerbspolitisch negative Auswirkungen, wenn sie zu einer Bedrohung des Wettbewerbs durch die unerwünschte Konzentrationen privater Marktmacht führen. Dabei ist zu ermitteln, ob eine übermäßige Unternehmensgröße vorliegt.

1. Notwendigkeit der Zusammenschlusskontrolle

Die Notwendigkeit der Zusammenschlusskontrolle bezieht sich auf die Aufrechterhaltung des Marktwirtschaftssystems, als dessen entscheidende Voraussetzung der Wettbewerb gesehen wird. Die Zusammenschlusskontrolle soll Zusammenschlüsse verhindern, wenn diese zur Bedrohung des Wettbewerbs führen, welche mit dem Marktwirtschaftssystem nicht vereinbar ist².

Im Marktwirtschaftssystem werden die Aktivitäten von Produzenten und Konsumenten nicht von einer zentralen Instanz, sondern individuell von den Wirtschaftsteilnehmern geplant. Diese Pläne der Wirtschaftsteilnehmer werden durch den Wettbewerb koordiniert, der als individuelles Bestreben verstanden wird, vor den anderen Wettbewerbern mit der Marktgegenseite zum Abschluss zu gelangen³.

Wird der Wettbewerb auf dem Markt gewährleistet, so werden gesellschaftliche Interessen im Marktwirtschaftssystem, die sich an den demokratischen Qualitäten eines freiheitlichen politischen Systems orientieren, ermöglicht.

Um gesellschaftliche Interessen im Marktwirtschaftssystem zu ermöglichen, sollten die unerwünschte Konzentration oder zumindest die ungewollten Nebenwirkungen von Zusammenschlüssen beobachtet und verhindert werden⁴. Denn Zusammenschlüsse können die Grundlagen der freiheitlichen Ordnung gefährden⁵, wenn eine übermäßige Wirtschaftsmacht dazu führt, dass eigene wirtschaftliche Interessen in den politischen Willensbildungsprozess eingebracht⁶ und sowohl Legislative als auch Exekutive ungebührlich beeinflusst oder gar kontrolliert werden können⁷.

¹ Monopolkommission, Fortschritte bei der Konzentrationserfassung, Hauptgutachten 1980/1981, Baden-Baden 1982, Tz 23.

² Barnikel, Hans-Heinrich, Marktwirtschaft, Heidelberg 1989, S. 62.

³ Woll, Artur, Wirtschaftspolitik, 2. Auflage, München 1992, S. 113.

⁴ Barnikel, Marktwirtschaft, S. 62.

⁵ Regierungsbegründung zu dem Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des GWB, BT-Drucksache 8/2136, WuW 1980, S. 338.

⁶ Müller, Werner, Anlässlich der IX. Internationalen Kartellkonferenz zum Thema: „Megafusionen - eine neue Herausforderung für das Kartellrecht?“, Rede des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie, Abschnitt II.

⁷ Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S.30.

Bestehen jedoch die rechtlichen Möglichkeiten Unternehmenskonzentrationen einer Prüfung unterziehen und ggf. zu untersagen⁸, so kann auf diese Weise der Wettbewerb als Voraussetzung des Marktwirtschaftssystems geschützt und gefördert werden.

2. Ziel der Zusammenschlusskontrolle

Die Zusammenschlusskontrolle zielt darauf ab, den Wettbewerb zu erhalten und zu schützen. Das heißt, die Zusammenschlusskontrolle greift ein, wenn der Wettbewerb durch einen Zusammenschluss bedroht wird.

Als wettbewerbspolitisches Mittel soll die Zusammenschlusskontrolle grundsätzlich dazu dienen, eine bestehende wettbewerbliche Marktstruktur zu erhalten und schließlich den Wettbewerb selbst zu bewahren und zu schützen.

Aus dem Umstand, dass in der Wettbewerbspolitik Zusammenschlüsse eine wichtige Rolle bei der Verschlechterung von Wettbewerbsbedingungen haben, wird deutlich, dass insbesondere die Zusammenschlusskontrolle durch die Erfassung der Wettbewerbssituation der veränderten Marktstruktur zu verhindern hat, dass wettbewerbsgefährdende Marktstrukturen entstehen oder sich ausweitern⁹, falls Unternehmen ökonomische Machtpositionen erreichen, z.B. die Sicherung und die Verstärkung der Marktstellung durch Beschränkung des Wettbewerbs¹⁰.

3. Grenze der Zusammenschlusskontrolle

Die Wettbewerbspolitik soll zielbewusst und sachgerecht sein¹¹. Für die Zusammenschlusskontrolle bedeutet dies, dass auch sie sich an wettbewerbspolitischen Zielen orientieren muss. Somit wird die Überprüfung, ob ein Zusammenschluss wirtschaftspolitischen oder gesellschaftspolitischen Zielsetzungen unterliegt, als notwendig angesehen,

Da die Wettbewerbspolitik als ein Bestandteil der Wirtschaftspolitik behandelt wird, ist ein wettbewerbspolitisches Bedürfnis in den wirtschaftspolitischen Zielsetzungen begründet. Somit fungiert das wirtschaftspolitische Ziel tatsächlich als Oberziel der Wettbewerbspolitik¹². Die Handhabung der Wettbewerbspolitik kann letztlich von der wirtschaftlichen Politik nicht unbeeinflusst bleiben¹³. Es wird daher gefordert, einen Kompromiss zwischen der Wettbewerbspolitik und der Wirtschaftspolitik zu suchen und durchzuführen.

Das heißt, dass die Zusammenschlusskontrolle als Mittel der Wettbewerbspolitik dazu dienen soll, das Wirtschaftsgeschehen zu ordnen, zu beeinflussen oder festzulegen¹⁴. Bei der Zusammenschlusskontrolle kann oder soll deswegen auf das Ziel der Wettbewerbspolitik zugunsten des wirtschaftlichen Ziel mehr oder weniger verzichtet werden.

In wie weit ein Kompromiss zwischen der wettbewerbspolitischen Funktion der Zusammenschlusskontrolle und den wirtschaftlichen Wohlstandskriterien reichen muss, ist je nach der wirtschaftlichen Situation von Land zu Land unterschiedlich; im Wirtschaftsablauf einer hochindustrialisierten Volkswirtschaft sind die Einzelfunktionen unter umfassenden Gesamtheitsgesichtspunkten voneinander abhängig und stehen in Wechselbeziehungen zueinander. Bei der isolierten Betrachtung und Durchführung einzelner Beeinflussungsvorgänge kann ein Beitrag zum Gemeinwohl nicht erwartet bzw. erreicht werden.

In Südkorea wurde oft auf die Wettbewerbspolitik und damit auf Eingriffe bei Zusammenschlüssen durch die zuständige Behörde verzichtet, wenn das gesamtwirtschaftliche Ziel im Vordergrund stand, obwohl die Zusammenschlusskontrolle für den Schutz des Wettbewerbs als wichtig erachtet wird.

⁸ Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Durcksache 8/2136, S.339.

⁹ Herdzina, Klaus Wettbewerbspolitik, 4. Auflage, Stuttgart 1993, S 219.

¹⁰ Kinne, Konstanze., Effizienzvorteile in der Zusammenschlusskontrolle, Baden-Baden 1999, S.35.

¹¹ Berg, Hartmut, Wettbewerbspolitik, in: Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik (Band 2), 7 Auflage, München 1999, S. 305.

¹² Fatscheck, Jochen, Die Berücksichtigung außerwettbewerblicher Gesichtspunkte bei Anwendung der Zusammenschlusskontrolle, Würzburg 1977, S. 7.

¹³ Kantzenbach, Erhard, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, Göttingen 1966, S.13.

¹⁴ Als verfügbares wirtschaftspolitisches Instrument kommen neben der Wettbewerbspolitik die Stabilitätspolitik oder Verteilungspolitik in Betracht.

Südkorea hatte in den sechziger und siebziger Jahren Industrialisierungspläne verwirklicht. Das Ergebnis war, dass einerseits negative Wirtschaftssituationen, z.B. Ressourcenmangel, ungenügende Finanzkraft und die zerstörte nationale Marktsituation überwunden wurden, aber dass andererseits Monopole und Oligopole auf dem Markt entstanden und sich verstärkten, so dass die Wettbewerbssituation in Innenmarkt immer mehr beschränkt wurde. Denn alle wirtschaftlich Denkenden kamen dabei zu der Übereinstimmung, dass der Schlüssel zur Gesundung der Wirtschaftsentwicklung in der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der koreanischen Unternehmen läge. Die Pläne bezogen sich in der Wirtschaftspolitik darauf, das Größenwachstum der Unternehmen zu fördern und den Zutritt zu den Weltmärkten zu erreichen.

Seit Anfang der achtziger Jahre führte die Tendenz der zunehmend globalisierten Märkte zu einem gewaltigen Wettbewerbsdruck auf dem nationalen Markt. Mit der Liberalisierung des koreanischen Marktes orientierte sich die koreanische Wettbewerbspolitik in erster Linie daran, den Wettbewerb auf dem Markt zu unterstützen und zu fördern. Die Erhaltung der bis dato herrschenden koreanischen Wirtschaftspolitik wurde dadurch stark behindert. Nach der Liberalisierung des koreanischen Marktes für die heimische Industrie wurde eine strenge Kontrolle der Zusammenschlüsse als notwendig angesehen.

Konzeption der Arbeit

Die folgende Arbeit wird die Zusammenschlusskontrolle in Korea und Deutschland behandeln. Es werden ausschließlich die bedeutsamen Zusammenschlüsse im Sinne der koreanischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle besprochen.

Im ersten Abschnitt der Arbeit wird dargestellt, was unter der Zusammenschlusskontrolle zu verstehen ist. Die Definition dient zum besseren Verständnis anhand der Erfassung der Unternehmenskonzentrationsentwicklung und des Überdenkens der Wettbewerbsproblematik. Hier wird dargelegt, wie eine Unternehmenskonzentrationsentwicklung bzw. der Status eines Unternehmens ermittelt werden. Hieraus erklären sich die Bedeutung, die Beurteilungsmerkmale und die Arten der Unternehmenskonzentration. Neben der Ermittlung der Unternehmenskonzentration soll in diesem Abschnitt auch behandelt werden, wie der Wettbewerb verstanden werden soll, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung durch die Zusammenschlusskontrolle verhindert werden soll. Des Weiteren werden die Begriffe des Wettbewerbs und der Staatslenkung erläutert. Es wird gezeigt, dass sich die Zusammenschlusskontrolle als Instrument der Wettbewerbspolitik auf die Unternehmenskonzentrations- und die damit bewirkte Wettbewerbssituation auf dem Markt auswirkt.

Im zweiten und dritten Abschnitt wird behandelt, welche Arten von Zusammenschluss unter die deutsche und koreanische Zusammenschlusskontrolle fallen. Die Abhandlung dient dem besseren Verständnis des Begriffs der Zusammenschlusskontrolle. Unter die Zusammenschlusskontrolle werden der Anwendungsbereich, der formelle Zusammenschlussbegriff und der materielle Tatbestand zusammengefasst. Die Zusammenschlusskontrolle soll als Schutzinstrument gegen Wettbewerbsbeschränkungen eingreifen, wenn Unternehmensverbindungen stattfinden, die eine Veränderung der Marktstruktur mit sich bringen und damit wettbewerbswidrige Marktstrukturen verstärken oder entstehen lassen. Aufgrund des Volkswohls ist die Kontrollmöglichkeit der Zusammenschlusskontrolle zu beschränken. Ein Zusammenschluss ist u.a. dann wettbewerbspolitisch bedeutsam, wenn er nicht nur in wettbewerbspolitischer, sondern auch in gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Hinsicht als nachteilig angesehen wird.

Im letzten Abschnitt wird der bedeutsame Zusammenschluss im deutschen Recht mit dem im koreanischen Recht verglichen. Die Voraussetzungen des bedeutsamen Zusammenschlusses dienen dabei zur Begrenzung von nicht notwendigen Zusammenschlüssen. Die Definitionen des bedeutsamen Zusammenschlusses in beiden Gesetzen unterscheiden sich in ihren Voraussetzungen. So werden in diesem Abschnitt die Unterschiede im Schutzzweck, im Anwendungsbereich, im Zusammenschlussbegriff und im materiellen Tatbestand geprüft. Insbesondere der inhaltliche Unterschied stellt den entscheidenden Punkt der Untersuchung dar.

B. Bedeutung der Zusammenschlusskontrolle

Zu einer Zusammenschlusskontrolle im eigentlichen Sinne kommt es, wenn die Konzentrationsentwicklung in der Wirtschaft anhält. Wenn sich die Konzentrationsbewegungen auf dem Markt kontinuierlich fortsetzen, dann wird sorgfältig die Frage nach der Absicherung des Wettbewerbs zu berücksichtigen sein.

I. Erfassung der Unternehmenskonzentration

Da die Zusammenschlusskontrolle eine Konzentrationskontrolle darstellt¹⁵, ist eine vorrangige Aufgabe der Zusammenschlusskontrolle die Beobachtung des Konzentrationsprozesses bei einer ständigen Kontrolle der Unternehmenskonzentrationen¹⁶.

1. Wettbewerbliche Bedeutung

Der Konzentrationsprozess ist ein strukturverändernder Prozess, der automatisch eine intensive Einschränkung des Wettbewerbs impliziert¹⁷. Denn die Konzentrationsbewegung verändert die bestehende wettbewerbliche Marktstruktur und kann schließlich zu einer wesentlichen Verschlechterung der Marktstruktur führen¹⁸, wenn eine Ballung von wirtschaftlicher Marktmacht stattfindet.

Findet eine Unternehmenskonzentration statt, so werden bisher selbständige Unternehmen zu einem einheitlichen Unternehmen zusammengefasst. Dabei besteht die Möglichkeit, einen beherrschenden Einfluss auf die Geschäftspolitik anderer Unternehmen auszuüben und damit noch größere Verfügungsmacht über die Wirtschaftsfaktoren auf dem Markt zu erhalten¹⁹.

2. Konzentrationsmerkmale

Der Erfolg der Ermittlung wettbewerblicher Auswirkungen von Unternehmenskonzentrationen hängt in erster Linie von dem Erfassen des Unternehmenskonzentrationsgrads ab; wenn die Marktmacht exakt bestimmt ist, können die Wettbewerbswirkungen des Unternehmenswachstums zuverlässig abgeschätzt werden²⁰. Hier sind insbesondere der Unternehmensbegriff und die ökonomische Größe zu ermitteln.

a) Begriff des Unternehmens

Unternehmen sind die Träger der Konzentration. Der Unternehmensbegriff ist allerdings umstritten. Es werden in Deutschland drei Meinungen vertreten.

Die erste Meinung besagt, dass der Unternehmensbegriff auf der rechtlichen Unternehmenseinheit beruht. Den amtlichen konzentrationsstatischen Angaben nach²¹ werden als Unternehmen die kleinsten Einheiten betrachtet, die aus handels- und/oder steuerrechtlichen Gründen Bücher führen und bilanzieren und in denen mindestens zehn

¹⁵ Käufer, Erich, Konzentration und Fusionskontrolle, Tübingen 1977, S.3.

¹⁶ Monopolkommission, Mehr Wettbewerb ist möglich, Hauptgutachten 1973/1975, Baden-Baden 1976, Tz. 2.

¹⁷ Haubrock Manfred, Konzentration und Wettbewerbspolitik, Frankfurt am Main 1993, S. 42.

¹⁸ Rittner Fritz, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6. Auflage, Heidelberg 1999, S.335.

¹⁹ Haubrock, Konzentration und Wettbewerbspolitik, S. 43.

²⁰ Berg, Wettbewerbspolitik, S. 346.

²¹ Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 1983 für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart/Mainz 1983, S. 164,

Beschäftigte tätig sind. Diese Ausgestaltung des Unternehmensbegriffs entspricht nicht dem fusionsrechtlichen Verständnis. Über dieses Problem hat ebenfalls die Monopolkommission referiert²².

„Die Begrenzung der statistischen Erhebungseinheiten auf die jeweils kleinsten rechtlich selbständigen Unternehmenseinheiten bedeutet empirisch, dass selbst in dem Falle, dass ein Wirtschaftsbereich nur noch von einem Konzern oder einer Unternehmensgruppe beherrscht würde, die amtlichen Konzentrationskennziffern auf einem niedrigen Niveau verharren. Auf der anderen Seite zeigen die amtlichen Angaben Konzentrations- oder Dekonzentrationsprozesse auch in den Fällen an, in denen sich Konzerne und Unternehmensgruppen auf Unternehmensebene lediglich reorganisieren. Unter diesen Bedingungen kann die amtliche Unternehmensstatistik kein Abbild der Wirklichkeit liefern.“

Die zweite Meinung bezieht sich auf rechtlich selbständige Wirtschaftseinheiten. Die Monopolkommission betont²³, dass die rechtliche Unternehmenseinheit zur gravierenden Unterschätzung der Konzentration führen kann und vor allem die Analyse der Konzentrationsentwicklung erschwert wird. Wenn mehrere Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit im Sinne der Konzentration darstellen, rechtlich aber selbständig bleiben, so kann bei der Beurteilung der Konzentrationsentwicklung ein Unternehmen geprüft werden, das aus der rechtlichen Perspektive zwar nicht berücksichtigt werden muss, aber eventuell Beeinflussungsmöglichkeiten auf andere Konkurrenten hat. An dieser Meinung hält der BGH fest²⁴.

Die Hauptkritik dieser Meinung bezieht sich auf die Frage, ob dieser Begriff zur genauen Bemessung der Konzentrationsentwicklung bzw. des Konzentrationsstandes, die zur richtigen Ermittlung der Marktstrukturentwicklung dient, geeignet ist. Denn im rechtsbezogenen Begriff kommt die unerwünschte private Marktmacht, die tatsächlich für den Konzentrationsstand entscheidend sein kann, nicht in Betracht²⁵.

Der entscheidende Punkt der dritten Meinung ist die Notwendigkeit der materiell-inhaltlichen Wirtschaftseinheit, um eine unerwünschte private Marktmacht exakt zu erfassen. Nach der Meinung im Schrifttum²⁶ soll der Unternehmensbegriff zunächst die Grenze der „rein juristischen“ Bedeutung überschreiten, so dass die Bildung einheitlicher Unternehmen auf wirtschaftlicher Einheit beruht, in der die Entscheidungskompetenz in der Hand einer Unternehmensleitung liegt²⁷. Die Rechtsform der beteiligten Unternehmen spielt hierbei keine Rolle²⁸.

Bei dem Begriff des Unternehmens kommt es auf die prinzipielle Frage an, inwieweit es mit Hilfe der Unternehmensdefinition überhaupt möglich sein wird, hinreichend zuverlässige Rückschlüsse über das Ausmaß der Entwicklung der Unternehmenskonzentration zu ziehen. Zur Beantwortung dieser Frage soll die gesellschaftliche und wirtschaftliche Bedeutung des Unternehmenskonzentrationsprozesses berücksichtigt werden.

Bezieht sich der Konzentrationsprozess auf die soziale Ordnung, dann kommt dem Sinn und Zweck dieser Ordnung somit die ausschlaggebende Bedeutung für den Unternehmensbegriff zu. Das Unternehmen als Träger der Konzentration wird zunächst in die wirtschaftliche, d.h. auch wettbewerbliche, sowie in die soziale Ordnung integriert. Dabei spielt die rein juristische Bedeutung des Unternehmens eine sehr geringe Rolle, wobei nicht erwartet wird, die wahre Unternehmenskonzentration zu erfassen. Es ist vielmehr notwendig, den Unternehmensbegriff noch weiter auszulegen²⁹. Schon aus diesem Grunde erscheint es erforderlich, dass für die Unternehmen im Sinne der Unternehmenskonzentration eine materielle und inhaltliche Definition des Unternehmensbegriffs verlangt wird, wenn dieser fusionsrechtlich eigenständig interpretiert wird³⁰, wobei vor allem die tatsächlichen Beeinflussungsmöglichkeiten auf die anderen Wettbewerber zu berücksichtigen sind.

²² Monopolkommission, Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, Hauptgutachten 1994/1995, Baden-Baden 1996, Tz. 25.

²³ Monopolkommission, Fortschritte bei der Konzentrationserfassung, Tz. 178.

²⁴ Olten Rainer, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, München 1995, S. 129.

²⁵ Haubrock, Konzentration und Wettbewerbspolitik, S. 49.

²⁶ Vgl. Tschäni, Rudolf, Funktionswandel des Gesellschaftsrechts, S. 147; Haubrock, Konzentration und Wettbewerbspolitik, S. 50; Emmerich, Volker, Kartellrecht, 8. Auflage, München 1999, S. 274.

²⁷ Haubrock, Konzentration und Wettbewerbspolitik, S. 50.

²⁸ Emmerich, Kartellrecht, S. 274.

²⁹ Tschäni, Funktionswandel des Gesellschaftsrechts, S. 147

³⁰ Steindorff, Ernst, Wettbewerbliche Einheit und kartellrechtliche Vermutungen, Heidelberg 1982, S. 12.

b) Ökonomische Größe

Eine genaue Messung des Unternehmenskonzentrationsgrads hängt von der Bewertung der wahren ökonomischen Größe ab. Für die Erfassung der wahren ökonomischen Größe wird die Auswahl adäquater Größenmerkmale verlangt.

aa) Auswahl der Größenmerkmale

Es ist die Aufgabe der Politik festzulegen, welche Größenmerkmale bei der Überprüfung der Konzentrationsentwicklung bzw. des Konzentrationsstandes relevant sind.

Es sind Größenmerkmale wie z.B. Marktanteil, Umsatzerlös und Finanzkraft auf den jeweils relevanten Teilmärkten festzustellen³¹, wenn entsprechend der Auffassung der Monopolkommission solche Wirkungszusammenhänge und Faktoren berücksichtigt werden, die als Aktionsparameter unternehmerischen Handelns zur Beeinflussung des Marktgeschehens im Interesse einer Realisierung von Unternehmenszielen eingesetzt werden³². Diese Ansicht über die Großmerkmalskriterien der Konzentrationsentwicklung bzw. des Konzentrationsstandes vertrat die Monopolkommission in ihrem Hauptgutachten 1980/1981 bei der Beurteilung der Konzentrationswirkung von Patenten und Lizenzen.

Dementsprechend kommen im GWB neben dem „Umsatz“ als Merkmal marktübergreifender Unternehmensmacht der Marktanteil, die Finanzkraft, der Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten und die Verflechtungen mit anderen Unternehmen in Betracht³³. Diese Größenmerkmale spielen auch für das koreanische Gesetz eine entscheidende Rolle.

Nach der Auffassung von Haubrock³⁴ lassen sich die Größenmerkmale auch nach Input-/Outputfaktoren kategorisieren. Danach befassen sich die Konzentrationsmaßstäbe mit den Input-/Outputfaktoren einer Unternehmung und den personellen und finanziellen Verflechtungen. Während die Beschäftigten den Inputfaktor darstellen, gehört zu den Outputfaktoren das Kriterium Umsatz. Als personelle und finanzielle Verflechtungen können Kapitalbeteiligungen, Kooperationen im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen und die personellen Verflechtungen zwischen Mitgliedern geschäftsführender und kontrollierender Organe von Unternehmen betrachtet werden.

bb) Umsatz

Der Umsatz wird als bedeutsames und am häufigsten verwendetes Konzentrationsmerkmal herangezogen³⁵, da durch die Berechnung des Umsatzes der Konzentrationsgrad gemessen werden kann.³⁶ Auf diese Weise wird ein spürbarer Zusammenhang zwischen der Umsatzentwicklung und der Veränderung der Unternehmenskonzentration leicht erfassbar, denn der Umsatz ist ein Maß, das auf rein quantitativen Größen beruht. Der Konzentrationsgrad hängt vor allem von der Höhe und Verteilung des Umsatzes ab; der Konzentrationsgrad auf dem Markt ist um so intensiver, je höher der Umsatz ist.

Die umsatzbezogene Messung des Konzentrationsgrades als Abgrenzungskriterium bietet den Unternehmen aufgrund ihrer Klarheit grundsätzlich ein hohes Maß an Praktikabilität und Rechtssicherheit³⁷. Wird dies berücksichtigt, dann handelt es sich bei der zu berücksichtigende Umsatzgröße um die Gesamtumsätze, die die Summe aller Verkaufserlöse für die Leistungen einer Unternehmung ist, die in einer bestimmten Zeit erzielt worden³⁸. Als Bezugsgröße für die Einzelumsätze der Unternehmen verwendet die Monopolkommission statt des Marktvolumens die Summe aller einem Wirtschaftszweig zugeordneten Unternehmensumsätze³⁹.

³¹ Haubrock, Konzentration und Wettbewerbspolitik, S. 45.

³² Monopolkommission, Fortschritte bei der Konzentrationserfassung, Tz. 27.

³³ Monopolkommission, Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, Tz. 4.

³⁴ Haubrock, Konzentration und Wettbewerbspolitik, S. 50 f.

³⁵ Monopolkommission, Forschreitende Konzentration bei Großunternehmen, Tz. 140.

³⁶ Monopolkommission, Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, Tz. 148.

³⁷ Bundeskartellamt, Praxis und Perspektiven der dezentralen Anwendung, Arbeitsunterlage von 20.05.1999, S. 20.

³⁸ Haubrock, Konzentration und Wettbewerbspolitik, 1993, S. 50.

³⁹ Monopolkommission, Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, Tz. 148.

cc) Marktanteil

Die Unternehmenskonzentration, die sich aus der Marktanteilsanalyse ergibt, bezieht sich auf die Höhe des Marktanteils. Dabei geht es um das Marktgeschehen, insbesondere die Entstehung oder Verstärkung der Marktstellung, wenn der Marktanteil dazu dient, durch seine relative Größe die Marktposition eines Unternehmens auf einem bestimmten Markt im Verhältnis zu den Konkurrenten zu bestimmen.

Der Unternehmenskonzentrationsgrad, der auf der Höhe des Marktanteils beruht, hängt von dem jeweiligen relevanten Markt ab. Grundsätzlich wird die Abgrenzung des relevanten Marktes nach dem Wirtschaftszweig und auf nationaler Ebene bestimmt. Dabei kann allerdings weiterhin die Marktanteilshöhe als Ballungsgröße aufgrund der Außenhandelsverflechtungen systematisch überschätzt oder unterschätzt werden⁴⁰. Dies gilt für Zusammenschlüsse in verschiedensten Wirtschaftszweige.

dd) Sonstige Größenmerkmale

Da kein bestimmtes Ballungsmerkmal existiert, aus dem exakt richtige Aussagen über die Konzentrationsentwicklung bzw. über den Konzentrationsstand ermittelt werden können, sollen alle Ballungsmerkmale beobachtet werden, die einen Einfluss auf die Teilnahme von Unternehmen am Marktgeschehen ermöglichen. Die Unternehmensgrößen können auch auf verschiedene Weise verglichen werden.

Hier sind neben dem Umsatz und dem Marktanteil einem bestimmten Markt die Finanzkraft, das Einkommen, das Vermögen, die Verfügungsmacht und die Anzahl der Beschäftigten etc. zu berücksichtigen.

c) Relevanter Markt

Zur Erfassung der Konzentrationsballungen ist es hinsichtlich der Wettbewerbspolitik notwendig, die ökonomischen Sektoren, z. B. Bereiche, Märkte abzugrenzen.

Für die Ermittlung der ökonomischen Größe wird insbesondere verlangt, dass die Relevanz des Markts geprüft wird. Somit muss geprüft werden, wann genau ein Markt abzugrenzen ist, um die Marktstärke von Unternehmen zu ermitteln.

Für die Marktabgrenzung ergeben sich grundsätzlich drei Arten von Relevanz: sachlich, zeitlich und räumlich. Sachlich relevante Märkte haben für die Wettbewerbspolitik vorrangige Bedeutung⁴¹. Wird produktbezogen eine engere Abgrenzung durchgeführt, dann ergibt sich eine deutlich stärkere Marktstellung als bei einer weiter gefassten Abgrenzung. Ein Produktmarkt ist räumlich abzugrenzen, wenn alle bedeutenden Anbieter von Waren jeweils in einem bestimmten Raum tätig sind, in dem sich die Wettbewerbsbedingungen nicht wesentlich unterscheiden. Meistens wird der Markt national abgrenzt und selten regional oder nur lokal⁴². Für einen bestimmten Zeitraum kann der so ermittelte sachlich relevante Markt abgegrenzt werden.

3. Arten der Unternehmenskonzentration

In der Praxis wird der Unternehmenskonzentrationsprozess in verschiedenen Formen durchgeführt, da Unternehmen durch verschiedene Konzentrationsstrategien das wirtschaftliche Wachstum, das als Ballung wirtschaftlicher Kapazität unter einheitlicher Leitung zu verstehen ist, zu verwirklichen versuchen⁴³.

a) Interne Unternehmenskonzentration

Die interne Unternehmenskonzentration ist eine interne Wachstumsbewegung zu ökonomischer Größe, beispielsweise die Vergrößerung des Marktanteiles durch den Erwerb von Verfügungsgewalt über neuerstellte Kapazitäten, wie z.B. Aufbau neuer Produktionsanlagen, Ausdehnung des Produktionsprogramms oder durch Diversifikation.

⁴⁰ Monopolkommission, Mehr Wettbewerb ist möglich, Tz 148.69.

⁴¹ Monopolkommission, Fortschritte bei der Konzentrationserfassung, Tz 174.

⁴² Röper, Kartelle und Konzentration, S. 277.

⁴³ Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, S. 334.

In wettbewerbspolitischer Hinsicht wird das interne Wachstum als produktive Wettbewerbseffizienz angesehen⁴⁴ und damit als eine wünschenswerte Größenentwicklung⁴⁵.

Dem internen Wachstum sind zwar nicht in der absoluten Höhe, aber in der Geschwindigkeit so enge Grenzen gesetzt sind, dass von ihm kaum eine ernste Gefahr für den Wettbewerb ausgehen dürfte⁴⁶. Somit sind die Gefahren eines überproportionalen internen Wachstums vergleichsweise gering.

Das interne Wachstum wird wegen seiner Grenzen am Vermögen der Unternehmen und seines langen Zeitbedarfs von den Unternehmen für ungünstig gehalten. Dies gilt insbesondere in Zweigen der Massenproduktion, der fortgeschrittenen Technologie, im Anlagenbau, wo die Ressourcen eines einzelnen Unternehmens häufig nicht ausreichen, um den Erfordernissen des internationalen Wettbewerbs zu entsprechen.⁴⁷

b) Externe Unternehmenskonzentration

Eine externe Unternehmenskonzentration bezieht sich auf externen Zuwachs, wenn sich bestehende Unternehmen zusammenschließen⁴⁸.

In wettbewerbspolitischer Hinsicht wird die externe Unternehmenskonzentration als negativ betrachtet⁴⁹, da sie nicht schöpferisch ist und zur Ausnutzung fremder Leistung führt. Das heißt, dass sie keine zusätzliche Kapazität hervorbringt, sondern die bereits bestehenden Kapazitäten auf dem Markt in der Weise unter einheitlicher Leitung zusammenfasst⁵⁰, dass es zu Veränderungen der Rechtsverhältnisse und Verfügungsrechte bestehender Produktionskapazitäten führt.

Durch den externen Zuwachs versuchen Unternehmen, eine günstige Wettbewerbseffizienz, z.B. „economies of scale“, zu erreichen und den Zeitbedarf für das Wachstum zu minimalisieren⁵¹.

aa) Horizontale Unternehmenskonzentration

Horizontale Konzentration findet zwischen Unternehmen auf gleicher Stufe der Wertschöpfungskette statt.

Die bei horizontaler Konzentrationsbewegung auftauchende wettbewerbspolitische Problematik bezieht sich auf die wettbewerbswidrige Gestaltung der Marktstruktur; im horizontalen Konzentrationsprozess können bereits die Verstärkung der Marktstellung sowie das Größenwachstum als ein hinreichendes Kriterium für die Zusammenschlusskontrolle betrachtet werden, da durch die Marktanteilskonzentration die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt sichtbar wird⁵²; je mehr die Konzentration zunimmt, desto geringer ist die Zahl der Unternehmen und desto schlechter werden die wettbewerbslichen Bedingungen der Marktstruktur; eine Erhöhung der Zahl der Anbieter bzw. eine Verringerung des Konzentrationsgrades ist der sicherste und langfristig dauerhafteste Weg einer Reduzierung von Marktmacht⁵³.

Die Entwicklung einer horizontalen Unternehmenskonzentration ist mit dem Ziel motiviert, die Realisierung von realen „economies of scale“ durchzuführen⁵⁴.

⁴⁴ Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S.22.

⁴⁵ Benisch, Werner, Fusionskontrolle und internationale Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen, WuW 1983, S. 95.

⁴⁶ Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S.140.

⁴⁷ Benisch, Fusionskontrolle und internationale Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen, S. 95

⁴⁸ Hermann H, Vertikale Verträge in der Wettbewerbspolitik der EU, WuW 1999, S. 227.

⁴⁹ Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S.22.

⁵⁰ Vgl., Haubrock, Konzentration und Wettbewerbspolitik S. 63.

⁵¹ Hermann, Vertikale Verträge in der Wettbewerbspolitik der EU, S. 227.

⁵² Monopolkommission, Fortschritte bei der Konzentrationserfassung, Tz 30.

⁵³ Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S 133

⁵⁴ Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S 132.

bb) Vertikale Unternehmenskonzentration

Vertikale Konzentration vollzieht sich zwischen den Unternehmen auf vor- und nachgelagerten Stufen der Wertschöpfungskette.

Hier liegt die wettbewerbspolitische Problematik vor, dass die Mitwettbewerber eine wettbewerbliche Belastung tragen, wenn sie durch die Beschränkung des Zugangs zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten verdrängt und schließlich zum Austritt aus dem Markt bewegt werden.

Mit einer vertikalen Unternehmenskonzentration verfolgt ein Unternehmen, das auf einer Wirtschaftsstufe eine starke Marktposition besitzt, das marktstrategische Ziel, seine Marktstellung auf vor- oder nachgelagerte Märkte auszuweiten. Die integrierten Unternehmen können sich durch die Integration eine Verstärkung der Finanzkraft und einen im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern verbesserten Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten verschaffen⁵⁵. Die Sicherung von Bezugs- oder Absatzwegen integrierter Unternehmen bedeutet, dass den Wettbewerbern der Zutritt zu nachgelagerten Märkten versperrt oder zumindest erheblich erschwert werden kann.

Kleine oder mittlere Unternehmen müssen sich daher entscheiden, ob sie die wettbewerblich verschlechterte Marktstruktur akzeptieren oder aus dem Markt austreten. Weiterhin werden potentielle neue Konkurrenten Vorbehalte gegenüber einem Marktzutritt haben aufgrund der Barrieren, die sich aus dem erhöhten Kapitalbedarf und dem erschwerten Zugang zu technischem „Know-how“ ergeben⁵⁶.

cc) Konglomerate Unternehmenskonzentration

Als konglomerate Konzentration werden Zusammenschlüsse von Unternehmen, die nicht auf gleicher Produktionsstufe und nicht auf vor- und nachgelagerten Stufen tätig sind, bezeichnet.

Konglomerate Unternehmenskonzentrationen beziehen ihre Vorteile aus „economies of scope“⁵⁷. Unter „economies of scope“ ist zu verstehen, dass das Unternehmenswachstum möglicherweise durch ein breit diversifiziertes Produktionsprogramm zunimmt, wobei das Risiko durch Streuung der Aktivitäten vermindert, das bisher angebotene Sortiment abgerundet und damit in allen seinen Teilen attraktiver gemacht werden soll⁵⁸.

Die wettbewerbspolitische Problematik der konglomeraten Unternehmenskonzentration geht nicht von der Verbesserung der Marktstellung durch eine Addition von Marktanteilen aus. Ihre wettbewerbspolitischen Gefahren bestehen vielmehr in der wirtschaftlich-finanziellen marktstrategischen Überlegenheit des integrierten Unternehmens gegenüber tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerbern auf dem Markt. Diese Überlegenheit des integrierten Unternehmens kann die Chancengleichheit und die Leistungsfähigkeit am Markt als Auslesekriterium verletzen; hier werden Marktzutrittschranken für potentielle Konkurrenten errichtet und es findet eine Verdrängung der Mitwettbewerber statt.

II. Garantie des Wettbewerbs

Die Zusammenschlusskontrolle hat die wettbewerbspolitische Bedeutung, dass der Wettbewerb sichergestellt und gefördert wird. Somit muss sie Wettbewerbsbeschränkungen, die von Unternehmenszusammenschlüssen ausgehen können, verhindern.

1. Begriff des Wettbewerbs

Der Begriff des Wettbewerbs ist ein entscheidender Punkt in Bezug auf wettbewerbspolitische Fragen, da ein Markt durch ein bestimmtes „Wettbewerbskonzept“ geformt oder ihm eine prinzipielle Ordnung gegeben werden soll, mithilfe dessen er sich an die aktuellen ökonomischen Entwicklungen anpasst⁵⁹.

⁵⁵ WuW/E KG, DE-276 - „ASV/Silke“

⁵⁶ Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 133.

⁵⁷ Monopolkommission, Fortschritte bei der Konzentrationserfassung, Tz 30.

⁵⁸ Berg, Wettbewerbspolitik, S. 331.

⁵⁹ Rittner, Fritz, Drei Grundfragen des Wettbewerbs, FS für Kraft, 1999. S. 522.

Ein bestimmtes Wettbewerbskonzept hat sich aber nicht klar und verständlich herausgebildet. Denn die Bewertung eines qualitativen Wettbewerbs stößt auf die Vielgestaltigkeit des wirtschaftlichen Wettbewerbs durch beträchtliche nationale Unterschiede, so dass ein Wettbewerbskonzept von gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Interessen nicht unbeeinflusst bleibt⁶⁰. In diesem Zusammenhang kann ein Grundkonsens als notwendig angesehen werden, dass die gesellschaftlichen Grundwerte Freiheit, Wohlstand und Gerechtigkeit mitberücksichtigt werden müssen. Bezogen auf den Marktwettbewerb werden von einem solchen Grundkonsens „positive Wirkungen“ zur Lösung der nationalen Unterschiede erwartet⁶¹.

Eine besondere Bedeutung im Wettbewerbskonzept haben die Begriffe „Vollkommener Wettbewerb“ und „Wirksamer Wettbewerb“.

a) Vollkommener Wettbewerb

Das wettbewerbspolitische Leitbild „Vollkommener Wettbewerb“ ist zunächst als Prämisse für ein Wohlfahrtsmaximum anerkannt und geht grundsätzlich sogar in die Begründung zu jedem Kartellgesetz ein.

Der entscheidende Punkt im Begriff „Vollkommener Wettbewerb“ ist das von Bindungen freie und frei zu haltende Individuum⁶². Das „liberalistische Denken“ im 19. Jahrhundert ist ein Gegenprodukt zum Merkantilismus, der die Wirtschaftspolitik in der Zeit des Absolutismus darstellte und insbesondere den Handel und die Industrie förderte, um Finanzkraft und Macht der jeweiligen Staatsmacht zu stärken, wobei das direkte Eingreifen des Staats in die Wirtschaft betont wurde.

Der Begründer der Nationalökonomie, Adam Smith, und seine Befürworter, z.B. die klassische Schule der Nationalökonomie, behaupteten daher, dass die größte Effektivität des Wettbewerbs nur bei einem absolut freien Wettbewerb erreicht werden kann, wenn jeder Wirtschaftseinheit grundsätzlich die Freiheit zum rivalisierenden Marktvorstoß, die Reaktionsmöglichkeit auf Aktionen anderer und die Freiheit, zwischen Alternativen zu wählen, gewährleistet werden⁶³. Die einzelnen Wirtschaftssubjekte müssen ihre wirtschaftlichen Ziele ungehindert verfolgen können, z.B. nach Gewinn zu streben, und jedes Wirtschaftssubjekt soll das erhält, was ihm für seine Leistung am Markt zusteht⁶⁴.

Für den freien Wettbewerb wird verlangt, dass eine Dezentralisierung und eine Selbststeuerung des Marktes im Gegensatz zur Staatslenkung gewährleistet wird, wenn die Steuerung des Wettbewerbs auf dem Markt nur von einer „unsichtbaren Hand“ geleitet wird, und dass der Wettbewerb keinesfalls durch die Folgen staatlicher Maßnahmen behindert werden darf. Als notwendige Voraussetzungen der Selbststeuerung werden ein unabhängiges Handeln der Wirtschaftssubjekte, eine ausreichend große Zahl potentieller und tatsächlicher Marktteilnehmer, ausreichende Marktinformationen sowie Anpassungszeit bei der Faktorallokation und völlig ungehinderter Marktzugang für alle Marktteilnehmer angesehen.

Es gab den politischen Streit und die öffentliche Diskussion über die absolute Anerkennung der Prämisse für ein Wohlfahrtsmaximum⁶⁵.

Kernpunkt des Streits und der Diskussion ist es, dass der vollkommene Wettbewerb wenig oder kaum in der Lage sei sich an die aktuellen ökonomischen Entwicklungen anzupassen, da die unrealistischen Voraussetzungen des vollkommenen Wettbewerbs nicht mehr dem Stand der Wissenschaft entsprächen. Der Begriff „Vollkommener Wettbewerb“ sei geeignet, die größte Effektivität des Wettbewerbs zu bezeichnen, wenn sich den Beteiligten am Marktgeschehen Freiheitsspielräume eröffneten und eine gute Marktversorgung gewährleistet würde⁶⁶.

⁶⁰ Rittner, Drei Grundfragen des Wettbewerbs, S. 523.

⁶¹ Herdzina, Wettbewerbspolitik, S.31.

⁶² Abeltshausen, Thomas E, Unternehmensbegriff und Öffentliches Interesse, Frankfurt am Main 1982, S. 1.

⁶³ Molitor, Bruno, Wirtschaftspolitik, 5. Auflage, München 1995, S. 50.

⁶⁴ Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 2.

⁶⁵ Rittner, Drei Grundfragen des Wettbewerbs, S. 523.

⁶⁶ Berg, Wettbewerbspolitik, S. 302.

b) Wirksamer Wettbewerb⁶⁷

Von einem wirksamen Wettbewerb wird die Sicherstellung ihrer Funktionsfähigkeit erwartet bezüglich ökonomischer Ziele wie z. B. Distributionsgerechtigkeit, Anpassungsflexibilität und Innovationstätigkeit⁶⁸. Dies soll den Wettbewerb unter den entsprechenden Marktbedingungen am besten zur Entfaltung bringen⁶⁹ und zugleich soll auf das Funktionieren eines marktwirtschaftlichen Systems und die Realisierung seiner Vorteile geachtet werden^{70 71}.

Eine besondere Bedeutung im wirksamen Wettbewerb hat die Marktstruktur, in der der Wettbewerb gut funktionieren kann, wenn einerseits eine Vielzahl von Konkurrenten auf dem Markt erhalten wird und andererseits starken gesellschaftlichen und politischen Machtstellungen, z.B. monopolartige Marktposition, vorgebeugt wird⁷². In Fällen, in denen sich aufgrund wettbewerbspathologischer Faktoren (Monopol oder Oligopol) prinzipiell keine effizienten Wettbewerbsprozesse entfalten können, ist im Sinne des wirksamen Wettbewerbs die Möglichkeit nicht auszuschließen, an Stelle der „unsichtbaren Hand“ des Wettbewerbs die „sichtbare Hand“ des Staates durch eine speziell angepasste Ordnung des wettbewerbslichen Ausnahmebereichs zu institutionalisieren.⁷³

Im Begriff des wirksamen Wettbewerbs bleibt die vollständige Konkurrenz das anzustrebende Leitbild⁷⁴. Zugleich kommt in ihm die Veränderung des Grundgedankens, z.B. vom absoluten Vertrauen in den theoretischen vollkommenen Wettbewerb zur Anerkennung des Fehlens von „vollkommenem Wettbewerb“, zum Tragen. An den Begriff des wirksamen Wettbewerbs werden somit einerseits noch die hohe Anforderungen im Sinne des „vollkommenen Wettbewerbs“ gestellt, den freien Wettbewerb zu garantieren, andererseits aber bleibt in diesem realistischen Konzept des Wettbewerbs der vollständige Wettbewerb außer Betracht.

2. Staatslenkung

Die negative Begleiterscheinung des freien Wettbewerbs in der marktwirtschaftlichen Ordnung führt zur staatlichen Steuerung im Wettbewerbsprozess, also einer Steuerung des Wettbewerbs auf dem Markt von der „sichtbaren Hand“ des Staates geleitet wird, hinter der die hoheitliche Zwangsgewalt steht⁷⁵.

Die Notwendigkeit der Staatslenkung bezieht sich auf die gesellschaftspolitischen Interessen, die grundsätzlich den Anspruch umfassen, dass nicht nur durch die Selbststeuerung, sondern auch durch die Staatsgewalt die marktwirtschaftliche Ordnung erhalten werden soll.

Die negative Tendenz des Wettbewerbs hin zur Selbstzerstörung entspricht nicht den gesellschaftspolitischen Interessen; eine marktbeherrschende Stellung eines Wirtschaftssubjektes bedeutet, dass diesem Wirtschaftssubjekt durch die Konzentration die Entscheidung über die Wettbewerbspraktiken überlassen bleibt⁷⁶. Als Folge kann sich kein freier

⁶⁷ Das Konzept des wirksamen Wettbewerbs wird von Clark geprägt und im deutschen Rechtskreis vor allem durch Kantzenbach bekannt gewordenen Begriff der „workable competition“ als ordnungspolitischem Leitbild vorgestellt wird. Der Gesetzgeber des GWB hat mit der 2. GWB-Novelle das Konzept der „workable competition“ verankert. in Autenrieth, Karlheinz, Die Erfassung von Oligopolatbeständen in der Fusionskontrolle, WRP 1983.

⁶⁸ Holger Paetow /Klaus Tonner, Das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs im Mineralölsektor - Bemerkungen zur BGH-Entscheidung im Fusionskontrollverfahren Texaco/Zerssen-, WuW 1984, S. 781.

⁶⁹ Fatscheck, Jochen, Die Berücksichtigung außerwettbewerblicher Gesichtspunkte bei Anwendung der Zusammenschlusskontrolle, Würzburg 1977, S.7.

⁷⁰ Olten, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, S.15.

⁷¹ Dieser ordnungspolitische Hintergrund hat schon in der amtlichen Begründung, BT-Dr. VI 2520, S.16, Ausdruck gefunden. Danach garantiert in der Marktwirtschaft ohne wirksamen Wettbewerb nichts dafür, dass erzielbare Größenvorteile auch realisiert und an die Verbraucher weitergegeben werden. Aus gesellschaftspolitischer Sicht zerstören übermäßige Ballungen wirtschaftlicher Macht die Grundlage unserer freiheitlichen Ordnung. Politische Demokratie und Marktwirtschaft sind ohne Dezentralisierung der Macht nicht denkbar. Zitat aus Ebenroth, Carsten-Thomas/ Hauschka, E. Christoph, Zusammenschlusskontrolle nach der geplanten EG-Fusionskontrollverordnung, ZRP, S. 64.

⁷² Fatscheck, Die Berücksichtigung außerwettbewerblicher Gesichtspunkte bei Anwendung der Zusammenschlusskontrolle, S.12.

⁷³ Bartling, Hartwig, Von der Wettbewerbstheorie zur Theorie der Wettbewerbspolitik, Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld nationaler und internationaler Kartellrechtordnungen, Baden-Baden 1997, S. 19.

⁷⁴ Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 9.

⁷⁵ Molitor, Wirtschaftspolitik, S. 50.

⁷⁶ Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 111.

Wettbewerbsprozess nicht von selbst einstellen, sondern wird vielmehr durch Wettbewerbsbeschränkungen ständig gefährdet und gar von Zerstörung bedroht⁷⁷. Die Selbstzerstörung geht über die Freiheitsdimension zwischen Wirtschaftssubjekten hinaus und kann u.U. nicht mehr von der „unsichtbaren Hand“ des Wettbewerbs verhindert werden. Sie kann nur von der „sichtbaren Hand“ des Staates verhindert werden.

Der Staat soll nicht dem Wettbewerbsprozess, sondern der im Wettbewerbsprozess aufgetauchten Wettbewerbsbeschränkung in der Weise entgegenwirken, indem er faire Wettbewerbsvoraussetzungen schafft.

Da die staatlichen Maßnahmen nur zur Ausführung der gesellschaftlichen Interessen eingesetzt werden sollen⁷⁸, bleibt der staatliche Eingriff in das Wettbewerbsverhältnis von vornherein auf den gesamtwirtschaftlichen Gedanken beschränkt. Dabei ist es erforderlich, dass insbesondere der Marktmechanismus, der vor allem von der Erhaltung der Wettbewerbsfunktion abhängt, aufrecht erhalten wird oder diejenigen Märkte überwacht werden, auf denen die Marktform des vollständigen Wettbewerbs nicht erreichbar ist⁷⁹.

Das Einsetzen des Staates soll nach dem Prinzip der Subsidiarität durchgeführt werden, da eine übermäßige Staatsintervention die Existenz des Wettbewerbs bedroht. Je mehr sich die Staatsintervention verstärkt, desto mehr wird der Wettbewerb beschränkt.

Die Staatsintervention in den Wettbewerb beschränkt sich grundsätzlich auf eine passive und reaktive Rolle. Sie kann jedoch mit einigen wenigen Ausnahmen eine aktive Rolle spielen,⁸⁰ aber nur unter den Voraussetzungen, dass gewisse Abweichungen vom Ideal der vollkommenen Konkurrenz zur Erreichung des Ziels der marktwirtschaftlicher Ordnung dienen können, und dass die Problemlösung nicht ebenso gut oder besser nichtstaatlichen Institutionen überlassen werden kann⁸¹. So können beispielsweise die Vereinbarungen der Unternehmen selbstverständlich nicht mehr vom Staat angegriffen werden, falls durch sie der intendierte staatliche Lenkungszweck erreicht werden kann.⁸²

II. Fazit

Die Zusammenschlusskontrolle beinhaltet die Erfassung der Unternehmenskonzentration, die durch einen Zusammenschluss durchgeführt wird, und den Schutz des Wettbewerbs.

Die Erfassung der Unternehmenskonzentration beinhaltet die Feststellung auf eine Verschlechterung der wettbewerblichen Marktstruktur, so dass durch die richtige Auswahl der Marktstrukturmerkmale die Wettbewerbssituation auf dem Markt korrekt ermittelt werden soll.

Der Schutz des Wettbewerbs bedeutet, den wirksamen Wettbewerb aufrechtzuerhalten, wobei die Staatslenkung als notwendig gesehen wird.

⁷⁷ Olten, Wettbewerbtheorie und Wettbewerbspolitik, S. 15.

⁷⁸ Woll, Wirtschaftspolitik, S. 32.

⁷⁹ Regierungsbegründung zum Entwurf eines Gesetzes, BT-Drucksache II/1158, 1952, S. 21 f.

⁸⁰ Baur, Jürgen Fritz, Entstehung und Wandel des Energierechts, FS. Börner 1992, S. 488.

⁸¹ Molitor, Wirtschaftspolitik, S. 5.

⁸² Baur, Kartellrecht und Politik, S. 78.

C. Wettbewerblich bedeutsamer Zusammenschluss in der deutschen Zusammenschlusskontrolle

I. Geschichte der Zusammenschlusskontrolle im GWB

Seitdem das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen am 1.1.1958 in Kraft getreten ist, hat das GWB in seiner 40-jährigen Geschichte bereits sechs Novellen durchlaufen. Es wurde 1966, 1973, 1976, 1980, 1989 und 1998 novelliert, und seine letzte Novelle ist erst am 1. 1.1999 in Kraft getreten.

Das GWB von 1957 sah lediglich die deutsche Zusammenschlusskontrolle durch Anzeige vor, also eine Kontrolle durch Publizität und Beobachtung mit beschränktem Anwendungsbereich. Die Zusammenschlusskontrolle als Konzentrationskontrolle wurde durch die 2. GWB-Novelle von 1973 eingeführt. Die 3. GWB-Novelle von 1976 brachte eine beschränkte Sonderregelung für Pressezusammenschlüsse. Die 4. GWB-Novelle von 1980 verschärfte die Zusammenschlusskontrolle in sämtlichen Punkten, namentlich um das äußere Wachstum sehr großer Unternehmen möglichst zu verhindern. Die Zusammenschlusskontrolle wird wegen der bislang schon eingenommenen eigenständigen Funktion als eine tragende Säule des Kartellrechts angesehen⁸³ und damit durch die 6.GWB-Novelle in einem eigenen Abschnitt geregelt. Ihre Aufgabe ist die Durchführung der effektiven Zusammenschlusskontrolle.

Durch die Anhebung des Umsatzschwellenwertes von 250 Mio. Euro auf 500 Mio. Euro (§ 35 I Nr. 1 GWB) wurde eine spürbare Entlastung des Bundeskartellamts und der Unternehmen durchgeführt⁸⁴; die Anhebung der Zusammenschlusschwellen führte dazu, dass ein Zusammenschluss von kleineren Unternehmen mit einem Umsatzschwellenwert von weniger als 500 Mio. Euro nicht der Zusammenschlusskontrolle unterliegt und damit rund zwei Drittel der bisher nachträglich kontrollpflichtigen Zusammenschlüsse aus der Zusammenschlusskontrolle herausfallen. Das zeigt auch die Anhebung des Bagatellmarktschwellenwertes von 5 auf 15 Mio. Euro in der 6. GWB-Novelle (§ 35 II Nr. 2 GWB). Nach dem Kontrollerwerb, der nach § 37 I Nr. 2 GWB in Anlehnung an Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe b i.V.m. Abs. 3 FKVO neu ins GWB eingefügt wurde, unterliegen der Zusammenschlusskontrolle solche Unternehmensverbindungen, die durch die bisher formellen Tatbestände nicht erfasst wurden, aber wettbewerblich beschränkend sind.

II. Wettbewerblich bedeutsamer Zusammenschluss i. S. des GWB

1. Überblick

Eine entscheidende Bedeutung des wettbewerblich bedeutsamen Zusammenschlusses im GWB hat die Wettbewerbsbeschränkung, die auf unerwünschter Unternehmenskonzentration beruht, da die Zusammenschlusskontrolle als Instrument des GWB auf Wettbewerbsbedrohungen reagieren soll, wenn das GWB dem Schutz des Wettbewerbs dient⁸⁵.

Hieraus folgt, dass ein Zusammenschluss, um den es bei der deutschen Zusammenschlusskontrolle geht, anhand von zwei Hauptpunkten geprüft werden soll.

Zum einen handelt es sich um übermäßige Unternehmenskonzentration, wenn der Umsatz der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen die Umsatz-Schwellenwerte im Rahmen des § 35 GWB überschreitet, und wenn der Zusammenschluss die formellen Tatbestände des § 37 GWB erfüllt. Zum anderen wird die Feststellung einer Wettbewerbsbeschränkung verlangt, wenn der Zusammenschluss den materiellen Tatbestand trifft, der ausdrücklich in § 36 I GWB genannt wird.

⁸³ Schulte, Josef L, Änderungen der Fusionskontrolle durch die 6.GWB-Novelle, Die Gesellschaft 98, S. 297.

⁸⁴ Begründung. zum Regierungsentwurf der 6. Novelle, BT - Dr. 852/97, S. 43.

⁸⁵ Emmerlich, Kartellrecht, S. 1.

Desweiteren enthält § 36 Abs. 1 GWB auch die Ausnahme, die auf dem Ziel wirtschaftlicher Politik beruht.

2. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der deutschen Zusammenschlusskontrolle bezieht sich auf die Umsatz-Schwellenwerte, die in § 35 Abs. 1 S. 1 GWB Umsatz-Schwellenwerte festgelegt werden. Dabei spielt die Berechnung der Umsatzerlöse des § 38 GWB eine große Rolle. Die Anschlussklausel nach § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB und die Bagatellklausel nach § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB beinhalten die Ausnahme.

a) Umsatzzschwellen

Nach § 35 Abs. 1 GWB liegt ein Fall für eine Zusammenschlusskontrolle vor, wenn im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen insgesamt weltweite Umsatzerlöse von mehr als 500 Millionen Euro erzielt haben (Nr.1), und wenn ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mindestens 25 Millionen Euro erreicht hat (Nr.2).

aa) Bedeutung

Wenn das rein quantitative Kriterium zu der Bildung von Rechtssicherheit, von Rechtsklarheit und eines möglichst klaren Anwendungsbereiches dient, so eröffnet der Anwendungsbereich der deutschen Zusammenschlusskontrolle die Möglichkeit, die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen leichter zu erfassen und zu entscheiden, ob ihre Transaktionen unter das GWB fallen und daher angemeldet werden müssen⁸⁶, da die Umsatz-Schwellenwerte die zahlenmäßig definierten Umsatzkriterien von Unternehmen sind⁸⁷.

bb) Unternehmensbegriff

Was als Unternehmen im Rahmen des § 35 zu verstehen ist, hat eine große Bedeutung für die Zusammenschlusskontrolle, da es sich nach § 35 bei der deutschen Zusammenschlusskontrolle nur um Zusammenschlüsse von „Unternehmen“ handelt.

Der Unternehmensbegriff kann einerseits im Rahmen des Kartellrechts und andererseits im Rahmen des Fusionsrechts ermittelt und festgestellt werden. Im GWB ist keine Vorschrift enthalten, die den Unternehmensbegriff im Sinne der Zusammenschlusskontrolle definiert. Daher gilt der Unternehmensbegriff im GWB grundsätzlich auch für die Zusammenschlusskontrolle⁸⁸.

(1) Funktionaler Begriff

Nach der Begründung zum Entwurf des GWB⁸⁹ muss der Unternehmensbegriff des GWB nicht etwa mit dem des Gewerbesteuerrechts oder der Gewerbeordnung übereinstimmen, sondern ist entsprechend dem Zweck des GWB zu bestimmen.

Das funktionale Verständnis des Unternehmensbegriffs im GWB führt dazu, dass der Kernpunkt des Unternehmensbegriffs das Erhalten und dem Schutz des Wettbewerbs ist. Diesbezüglich soll der Unternehmensbegriff dazu dienen, die Freiheit des Wettbewerbs sicherzustellen und den zu beurteilenden wirtschaftlichen Vorgang in seiner Gesamtheit zu würdigen⁹⁰. Ein nahezu grenzenloser Unternehmensbegriff ist daher zu festzustellen, soweit es sich um

⁸⁶ Bundeskartellamt, Praxis und Perspektiven der dezentralen Anwendung, S. 20.

⁸⁷ Baron, Michael, Das neue Kartellgesetz, Köln, S.33.

⁸⁸ Vgl. Emmerlich, Kartellrecht, S.270; Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tz 769; Langen/Ruppelt, KartR (9Aufl.), § 35 Rn. 6; Paschke/Kersten in Frankfurter Kommentar, § 22 GWB/GWB 1999 Tz. 52.; Mestmäcker, Ernst-Joachim/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 36 Rd. 4; Kleinmann, Werner/Bechtold, Rainer, Kommentar zur Fusionskontrolle, 2. Auflage, § 22 Rn 2.

⁸⁹ Begründung zum GWB, BT-Drucks. II/1158, S.31.

⁹⁰ WuW/E BGH 449 f - „Gummistrüpfen“

die Teilnahme am Wirtschaftsleben handelt, wenn jedwede, sich auf Waren oder gewerbliche Leistungen erstreckende Betätigung im geschäftlichen Verkehr unternehmerisch ist⁹¹.

Wenn die Existenz der unternehmerischen Tätigkeit als Voraussetzung des Unternehmens im Rahmen des GWB angesehen wird, dann spielt für den Unternehmensbegriff die Frage nach der Rechtsform und dem Bestehen einer Gewinnerzielungsabsicht keine Rolle⁹². So können auch nichtrechtsfähige Vereine, BGB-Gesellschaften und nichtrechtsfähige Handelsgesellschaften, z.B. OHG und KG, Unternehmen im Rahmen des GWB sein. Nicht nur gemeinnützige Unternehmen, sondern auch eine Person oder Personenvereinigung kann dem GWB unterliegen unter der Voraussetzung⁹³, dass ihre Tätigkeit als unternehmerische Tätigkeit behandelt wird.

Die unternehmerische Tätigkeit wird von privater Tätigkeit streng getrennt, so dass die Sphäre bloßen privaten Verbrauchs nicht unter das GWB fällt⁹⁴. Auch sind abhängige Arbeit und ein hoheitlich vorweg bestimmtes Handeln grundsätzlich aus dem Anwendungsbereich des GWB herauszuhalten. Jedoch kann das GWB auf die hoheitlichen Tätigkeiten des Staates Anwendung finden, wenn der Staat sich in dem Wirtschaftsleben betätigt⁹⁵. Dies gilt auch für die freien Berufe.

(2) *Fusionsrechtszweckmäßiger Begriff*

Da sich insbesondere die Zusammenschlusskontrolle auf den Normzweck richtet, Wettbewerbsbeschränkungen der Marktstruktur entgegenzutreten⁹⁶, ist der kartellrechtliche Unternehmensbegriff bei der Zusammenschlusskontrolle teilweise zu modifizieren⁹⁷. Somit kann ein rein funktionales Verständnis des Begriffs im GWB an Grenzen stoßen⁹⁸. Eine eigenständige fusionsrechtliche Interpretation des Unternehmensbegriffs ist daher als notwendig anzusehen⁹⁹, wobei eine unternehmerische Tätigkeit als Voraussetzung des Unternehmensbegriffs als unerheblich angesehen wird.

Der spezielle fusionsrechtliche Unternehmensbegriff beruht auf spezifischen Interessenlagen¹⁰⁰, die im Einzelfall nach Maßgabe des in Frage stehenden wirtschaftlichen Vorgangs bzw. nach der jeweils anzuwendenden Sachnorm zu ermitteln sind¹⁰¹. Vor allem beziehen sich die spezifischen Interessenlagen auf die Erfassung der wirtschaftlichen Unternehmenskonzentration¹⁰².

Wenn ein Zusammenschluss von Unternehmen der Steigerung der Wirtschaftskraft dienen soll, dann spielen im Rahmen des Fusionsrechts der Inhaber und die Leitungsmacht des funktional betrachteten Unternehmens eine große Rolle¹⁰³. Der Zusammenschlusskontrolle unterliegen demnach die Rechtsträger (natürliche und juristische Personen sowie von ihnen gebildete nichtrechtsfähige Gesellschaften), die sich am marktwirtschaftlichen Leistungsaustausch nicht nur als private Haushalte beteiligen¹⁰⁴.

Eine wichtige Rolle der Verbundklausel nach § 36 Abs. 2 GWB ist der Beitrag zu den Zurechnungsfragen, wenn das Wettbewerbspotential des erworbenen Unternehmens mit dem der aus dem Zusammenschluss entstehenden neuen Unternehmenseinheit verglichen werden muss¹⁰⁵.

⁹¹ Paschke/Kersten in Frankfurter Kommentar, § 22 Tz. 52.

⁹² Möschel, Wernhard in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Auflage, § 19 Rn. 3; Emmerlich, Kartellrecht, S.17.

⁹³ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22 Rn. 3.

⁹⁴ Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 68.

⁹⁵ Emmerich, Kartellrecht, S.17

⁹⁶ Langen/Ruppelt, KartR (9Aufl.), § 35 Rn. 6.

⁹⁷ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22 Rn 4.

⁹⁸ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22 Rn 4.

⁹⁹ Steindorff, Wettbewerbliche Einheit und kartellrechtliche Vermutungen, S.12; Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tz 769; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22 Rn 4; Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 36 Rn. 4.

¹⁰⁰ Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tz. 769.

¹⁰¹ Canenbley, conelis/Moosecker, Karlheinz, Fusionskontrolle, Köln 1982, S. 259.

¹⁰² Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 36 Rn. 6.

¹⁰³ v. Gram, Otto-Friedrich Frhr., Kartellrecht- 2. Auflage, 1990, § 23 Rn 19.

¹⁰⁴ Langen/Ruppelt, KartR (9Aufl.), § 35 Rn. 6.

¹⁰⁵ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 36 Rn 6.

Eine besondere Bedeutung der Unternehmensfiktion im Rahmen des § 36 Abs. 3 GWB hat die Erfassung der wahren wirtschaftlichen Macht der beteiligten Unternehmen. Hierbei kann es sich auch um eine Person oder eine Personengruppe, die der Beherrschungsmöglichkeit dienen, handeln.

Der entscheidende Aspekt in § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB ist der Erwerb im Sinne des Gesellschaftsrechts. Dabei geht es bei dem Unternehmensbegriff darum, dass die Unternehmen in den Rechtsformen des Gesellschaftsrechts organisiert sind, und dass über das Unternehmen nicht unmittelbar, sondern durch Übertragung von Gesellschafterrechten verfügt wird¹⁰⁶.

Bei § 36 Abs. 1 GWB handelt es sich um die wettbewerbspolitisch unerwünschte Entstehung oder Verstärkung von Marktmacht, die auf einem Zusammenschluss von Unternehmen beruht. Marktbeherrschend kann nur ein Unternehmen im Rahmen des GWB sein.

(3) *Flick-Klausel*

Nach § 36 Abs. 3 GWB gilt eine Person oder Personenvereinigung, die eigentlich kein Unternehmen ist, als Unternehmen, wenn sie die Mehrheitsbeteiligung an anderen Unternehmen innehat.

Diese sogenannte Flick-Klausel bedeutet die Erstreckung des Unternehmensbegriffs auf Personen oder Personenvereinigungen, die selbst nicht unmittelbar, aber mittelbar durch rechtlich selbständige, ihr gehörende und von ihr geleitete Unternehmen am Markt tätig sind¹⁰⁷. Sie dient dazu, dass rechtsfähige Stiftungen des Privatrechts, Idealvereine i. S. v. § 21 BGB, öffentlich-rechtliche Körperschaften und rechtsfähige Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts nicht von der Zusammenschlusskontrolle ausgeschlossen werden¹⁰⁸. Sie führt auch dazu, dass die Verbundklausel des § 36 Abs. 2 GWB bei der Person und den Personenvereinigungen keinerlei Probleme erzeugt, so dass für die Berechnung des Umsatzes der Person und Personenvereinigungen die Umsätze der verbundenen Unternehmen zusammengezählt werden.

Eine Person nach § 36 Abs. 3 GWB weist die Eigenschaft eines Nichtunternehmers auf¹⁰⁹, wenn sie eine Mehrheitsbeteiligung an einem anderen Unternehmen innehat. Das heißt, dass natürliche Personen sowie juristische Personen unter der Zusammenschlusskontrolle unterliegen, wenn sie einen Mehrheitsbesitz an einem anderen Unternehmen haben. Sie soll aber nicht schon aus anderen Gründen ein „Unternehmen“ sein¹¹⁰.

Da sich die Unternehmensfiktion nach § 36 Abs. 3 GWB ausdrücklich auf die Mehrheitsbeteiligung bezieht, müssen die zu berücksichtigenden Personenvereinigungen laut § 36 Abs. 3 GWB Anteilseigner sein¹¹¹. Die Beteiligung soll einer Mehrheit von Personen gemeinschaftlich zustehen. Das Eigentum an der Beteiligung einer Mehrheit von Personen soll der Personenvereinigung zustehen¹¹². Als typische Personenvereinigungen des § 38 Abs. 3 GWB sind BGB-Gesellschaften, Erbengesellschaften und Gütergemeinschaften zu berücksichtigen. Dies gilt nicht für familienrechtliche Beziehungen¹¹³, jedoch können der Flick-Klausel die Gesellschafterstämme unterliegen¹¹⁴.

Für die Frage, wann eine Beteiligungsmehrheit im Rahmen des § 36 Abs. 3 GWB vorliegt, spielt der beherrschende Einfluss im Sinne des § 16 Abs. 1 AktG eine erhebliche Rolle. Das heißt, dass bei der zu berücksichtigenden Beteiligungsmehrheit die Mehrheit der Kapitalanteile oder die Mehrheit der Stimmrechte die das erwerbende Unternehmen an einem anderen Unternehmen erlangt, zu ermitteln sind.¹¹⁵

¹⁰⁶ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 36 Rn. 7.

¹⁰⁷ Langen/Ruppelt, KartR (9Aufl.), § 35 Rn. 8.

¹⁰⁸ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 36 Rn. 20; Langen/Ruppelt, KartR (9Aufl.), § 37 Rn. 78; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23 Rn 258

¹⁰⁹ Ebel, Kartellrecht, § 23 GWB, Rn. 12.

¹¹⁰ Begründung des Regierungsentwurf, BT-Drucks. 256/71, S.27; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23 Rn 257.

¹¹¹ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23 Rn 258.

¹¹² Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 36 Rn. 21.

¹¹³ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23 Rn 258; Mestmäcker in Immenga/Mestmäcker § 23 Rn. 17.

¹¹⁴ WuW /E BGH 1611- „WAZ“.

¹¹⁵ Kellermann, Alfred, Zur Fusionskontrolle bei Personengesellschaften, FS für Pfeiffer, Köln 1988, S. 672.

Für ein in Mehrheitsbesitz befindliches Unternehmen ist die Rechtsform unerheblich¹¹⁶. Dies entspricht dem Zweck des § 36 Abs. 3 GWB. Grundsätzlich sind also für das Unternehmen nicht nur Kapitalgesellschaften, sondern auch Personengesellschaften, insbesondere OHG oder KG, zu berücksichtigen.

Bei jedem weiteren Anteilserwerb erzeugt auch die Flick-Klausel keinerlei Probleme; Personen können dabei einem Unternehmen gleichgestellt werden¹¹⁷. Nach Meinung des Schrifttums¹¹⁸ findet diese Klausel nicht nur auf den Anteilserwerb, sondern auch auf alle Zusammenschlusstatbestände, insbesondere den Vermögenserwerb, die Unternehmensverträge und den Auffangtatbestand Anwendung.

cc) „Beteiligte“ Unternehmen

Nach § 35 Abs. 1 GWB sind für die Umsatz-Schwellenwerte eventuell die Umsätze zusammenzuzählen, welche die „beteiligten“ Unternehmen erzielt haben. So muss der Begriff des beteiligten Unternehmens geprüft werden, um zu ermitteln, ob die in § 35 Abs. 1 GWB festgelegten Schwellenwerte erreicht werden.

An dieser Stelle sind der formelle und der materielle Beteiligtenbegriff zu unterscheiden.

Nach § 54 Abs. 2 GWB werden im formellen Beteiligtenbegriff die Verfahrensbeteiligten berücksichtigt, die von Amts wegen oder auf Antrag an dem Verfahren vor der Kartellbehörde beteiligt sind. Die im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren verwendeten formellen Beteiligten des § 54 Abs. 2 GWB unterscheiden sich aber grundsätzlich von denen im Beteiligtenbegriff des § 35 Abs. 1 GWB¹¹⁹, da der Beteiligtenbegriff im Rahmen von § 54 Abs. 2 GWB insgesamt oder in allen einzelnen Beziehungen nicht solche Unternehmen erfasst, die ein Wettbewerbspotential implizieren¹²⁰, obwohl der Kernpunkt der Begriffsauslegung des beteiligten Unternehmens im Sinne des § 35 Abs. 1 GWB das Wettbewerbspotential der Unternehmen ist. Dies trifft zu, wenn die beteiligten Unternehmen als Mittel zur Addition der mit dem Zusammenschluss kombinierten Umsätze der Veränderung der Wettbewerbsbedingungen dienen¹²¹.

Der Beteiligtenbegriff im GWB wird in verschiedenen Vorschriften verwendet, obwohl er an keiner Stelle definiert ist. *Emmerich* besagt¹²², dass immer nur von Fall zu Fall je nach dem Zweck der einzelnen Vorschriften entschieden werden kann, welche Unternehmen jeweils als am Zusammenschluss beteiligt anzusehen sind.

Wenn es sich bei § 35 Abs. 1 GWB um Unternehmen handelt, die durch ihre Beteiligung eine Veränderung der Wettbewerbsbedingungen herbeiführen, so ist nach § 35 Abs. 1 GWB zu ermitteln, ob diese an der durch einen Zusammenschluss begründeten neuen Unternehmenseinheit weiterhin teilhaben dürfen¹²³. Diesbezüglich ist der im Sinne von § 35 Abs. 1 GWB zu berücksichtigende Beteiligtenbegriff im Allgemeinen in Bezug auf die in § 37 GWB geregelten Tatbestände und die Anmeldungspflicht nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 hinsichtlich des materiellen Verständnisses auszulegen¹²⁴. Hierbei ist im Beteiligtenbegriff jede Art des Zusammenschlusses in Betracht zu ziehen¹²⁵.

Beim Vermögenserwerb des § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB werden als beteiligte Unternehmen der Erwerber und der Veräußerer verstanden, wenn sie Partner des rechtsgeschäftlichen Vorgangs, aus dem sich ein Zusammenschluss ergeben kann, sind¹²⁶.

¹¹⁶ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23 Rn. 259; Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 36 Rn. 21.

¹¹⁷ Begründung zum Entwurf des GWB, BT-Drucks. 256/71, S.27.

¹¹⁸ Bechtold, Rainer Das neue Kartellrecht, Münschen 1981, S. 140; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23 Rn. 182; Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 36 Rn. 29.

¹¹⁹ Emmerich, Kartellrecht, S. 271.

¹²⁰ WuW/E OLG 4819- „Radio NRW“.

¹²¹ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 35 Rn. 26.; Langen/Ruppelt, KartR (9Aufl.) § 35 Rn. 13.

¹²² Emmerich, Kartellrecht, S. 271.

¹²³ Bechtold, das neue Kartellrecht, S.137.

¹²⁴ Vgl. Emmerich, Kartellrecht, S.271.

¹²⁵ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23 Rn. 188.

¹²⁶ Ebel, Kartellrecht, § 23 Rn. 21.

Ein beim Kontrollerwerb nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB zu berücksichtigendes beteiligtes Unternehmen ist das die Kontrolle über ein anderes Unternehmen erwerbendes Unternehmen sowie das Beteiligungsunternehmen, jeweils einschließlich der mit ihnen im Sinne des § 36 II GWB verbundenen Unternehmen.

Beim Anteilerwerb nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB ist das beim Zusammenschluss zu berücksichtigende beteiligte Unternehmen viel komplexer. Grundsätzlich kommen hierbei der Anteilerwerber und das Unternehmen in Betracht, an dem die erworbenen Anteile bestehen¹²⁷. Der Anteilsveräußerer, der nur Vertragspartner ist, ohne dass dies jedoch etwas an seiner Anmeldepflicht nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 ändert¹²⁸, gehört aber nicht zum beteiligten Unternehmen, da er nur als mitwirkender Veräußerer angesehen wird¹²⁹. Im Anteilerwerb des § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 4 GWB werden als beteiligtes Unternehmen das Gemeinschaftsunternehmen und seine Mutterunternehmen behandelt, die an der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens mit mindestens 25% beteiligt sind¹³⁰.

Beim Erwerb des wettbewerblich erheblichen Einflusses des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB sind als die beteiligten Unternehmen das herrschende und das abhängige Unternehmen anzusehen¹³¹.

dd) Verbundene Unternehmen

Ist ein beteiligtes Unternehmen ein abhängiges oder herrschendes Unternehmen im Sinne des § 17 des Aktiengesetzes oder ein Konzernunternehmen im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes, so sind die verbundenen Unternehmen nach § 36 II S 1 GWB als einheitliches Unternehmen anzusehen.

(1) Bedeutung

Die Verbundklausel nach § 36 Abs. 2 GWB spielt für die Berechnung der Umsätze und der Marktanteile eine wichtige Rolle¹³², da nach § 36 Abs. 2 GWB das Erreichen des Umsatz-Schwellenwerts und der Anteils-Schwellenwerte von der Zusammenzählung der Umsätze und Anteile der verbundenen Unternehmen abhängt.

Nach der Regierungsbegründung gilt die Verbundklausel auch im gesamten Rechtsanwendungsbereich des Gesetzes¹³³.

(2) Anwendungsbereich

Als Unternehmen im Sinne der Verbundklausel des § 36 Abs. 2 GWB sind alle Unternehmen zu erfassen, wenn sie zur Verstärkung der Wirtschaftskraft der beteiligten Unternehmen dienen können. Denn bei der Verbundklausel handelt es sich um ein fusionsrechtzweckmäßiges materielles Verständnis, unabhängig von dem formellen aktienrechtlichen Verständnis¹³⁴, obwohl § 36 Abs. 2 GWB versucht ein abhängiges oder herrschendes Unternehmen des § 17 AktG oder ein Konzernunternehmen des § 18 AktG in den Begriff der beteiligten Unternehmen einzubeziehen, wobei das zu berücksichtigende Unternehmen nur die Aktiengesellschaft ist.

Ein Zweifel an der Befolgung der im Aktienrecht zu den §§ 17 und 18 AktG entwickelten Grundsätze bei der Erfassung verbundener Unternehmen des § 36 Abs. 2 GWB liegt in dem grundsätzlichen Unterschied zwischen Schutzgütern beim Aktienrecht und im Fusionsrecht. Während sich das Aktienrecht am Schutz der abhängigen Gesellschaft, ihrer Aktionäre und Gläubiger orientiert¹³⁵, kann im Rahmen des Fusionsrechtes der Schutz der Freiheit und Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs in Betracht kommen¹³⁶.

¹²⁷ Langen/Ruppelt, KartR (9Aufl.) § 35 Rn. 16.

¹²⁸ Emmerich, Kartellrecht, S.272; Möschel, Wettbewerbsbeschränkungen, Tz. 796.

¹²⁹ WuW/E OLG 2114 -"Leverkusen"

¹³⁰ Huber, Frankfurt Kommentar zum Kartellrecht III, Köln 1982/2000, S. 42.

¹³¹ Emmerich, Kartellrecht, S.272.

¹³² Steindorff, Wettbewerbliche Einheit und kartellrechtliche Vermutungen, S.27.

¹³³ Steindorff, Wettbewerbliche Einheit und kartellrechtliche Vermutungen, S.27.

¹³⁴ Ebel, Kartellrecht, § 23 Rn 86.

¹³⁵ Krieger, Gerd, Aktiengesellschaft, in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts (Band 4), München 1988, § 68 Rn.1; Langen/Ruppelt, KartR (9Aufl.), § 36 Rn. 63.; Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 36 Rn. 51; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23 Rn. 351.

¹³⁶ Frisch, Thomas, Die Behandlung von Betriebsführungsverträgen in der Fusionskontrolle, S. 366; WuW/E OLG 1993 f.

Für die Ermittlung verbundener Unternehmen im Sinne des § 36 Abs. 2 GWB verlangt dies die Berücksichtigung der fusionspezifischen Schutzgüter. Die Begründung zum Regierungsentwurf vom 18. 8. 1971¹³⁷ über die fusions-spezifischen Schutzgüter nach § 36 Abs. 2 GWB lautet wie folgt:

„Die Verbundklausel soll sicherstellen, dass Unternehmensgruppen, die wegen gegenseitiger Verflechtungen in der Regel eine wettbewerbliche Einheit bilden, bei der Berechnung der Marktanteile, der Beschäftigtenzahl und der Umsatzerlöse als Einheit behandelt werden. Dabei kommt die wirtschaftliche Betrachtungsweise zum Tragen, wonach Unternehmen so miteinander verbunden sind, dass sie trotz rechtlicher Selbständigkeit unter wettbewerblichen Gesichtspunkten als Einheit anzusehen sind.“

Hierbei handelt es sich um die Bildung einer wettbewerblichen Sicht des Begriffs des einheitlichen Unternehmens. Dabei entspricht es nicht dem Zweck der Verbundklausel, dass bei der Ermittlung der verbundenen Unternehmen nur die Form der Aktiengesellschaft geprüft wird. Hierbei für die Zielerreichung sind alle Formen von Unternehmen zu überprüfen¹³⁸.

So kann es sich bei dem verbundenen Unternehmen nicht nur um eine AG oder eine KGaA, sondern auch um eine GmbH handeln¹³⁹. Desgleichen kann die Frage der verbundenen Unternehmen nicht nur bei institutionellen und funktionellen Unternehmen im hergebrachten Sinne, sondern auch bei Einzelpersonen oder Personengruppen auftreten, wenn von ihnen der bestimmende Einfluss ausgeht¹⁴⁰.

Auch fallen verbundene Unternehmen, die ihren Sitz im Inland oder Ausland haben, unter die Zusammenschlusskontrolle¹⁴¹, da der Gesetzgeber die Auslegung des Begriffs „verbundene Unternehmen“ auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise bezieht.

(3) Konzernunternehmen i. S. v. § 18 AktG

§ 18 AktG sieht in den Absätzen 1 und Absatz 2 zwei unterschiedliche Konzernarten vor. In der Verbundklausel im Sinne des § 36 Abs. 2 GWB handelt es sich um den Unterordnungskonzern im Rahmen des § 18 Abs. 1 S. 1 AktG und um den Gleichordnungskonzern nach § 18 Abs. 2 AktG.

(a) Unterordnungskonzern

Nach § 18 Abs. 1 S. 1 AktG wird ein Konzern gebildet, wenn ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung eines herrschenden Unternehmens zusammengefasst sind.

Der Tatbestand des § 18 Abs. 1 S. 1 AktG behandelt als Voraussetzung des Unterordnungskonzerns die Abhängigkeit, die zur einheitlichen Leitung führt. Für die Ermittlung der Abhängigkeit gilt § 17 AktG¹⁴². Diesbezüglich besteht grundsätzlich eine Abhängigkeit im Rahmen des § 18 Abs. 1 S. 1 AktG, wenn ein Unternehmen auf ein anderes Unternehmen einen beherrschenden Einfluss ausüben kann, da sich die Abhängigkeit im Rahmen des § 17 AktG ausdrücklich auf die Ausübung einer beherrschenden Einflussnahme zwischen Unternehmen bezieht.

Nach § 18 Abs. 1 S. 2 AktG wird beim Beherrschungsvertrag im Rahmen des § 291 AktG und der Eingliederung im Rahmen des § 319 AktG auf den Unterordnungskonzern abgestellt.

Nach § 18 Abs. 1 S. 3 AktG wird vermutet, dass ein Unterordnungskonzern nach § 18 Abs. 1 S. 1 AktG gebildet wird, wenn es sich um ein abhängiges Unternehmen handelt, das unter die Leitung eines beherrschenden Unternehmens fällt. Die Vermutung kann widerlegt werden, wenn keine Abhängigkeit nachgewiesen wird.

¹³⁷ Begründung zum Entwurf des GWB, BT-Drucks. 265/71, S.26.

¹³⁸ Baron, Das neue Kartellgesetz, S. 34.; Emmerich, Kartellrecht, S.274.

¹³⁹ Emmerich, Kartellrecht, S. 274.

¹⁴⁰ WuW/E BGH = WuW 11/ 1979, S. 762 -„KVR/78 (Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlagsgesellschaft)“.

¹⁴¹ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 36 Rn. 41.

¹⁴² BGH, NJV 1974, S. 856, „Seitz“; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23 Rn. 355; Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 36 Rn. 36.

(b) Gleichordnungskonzern

Nach § 18 Abs. 2 AktG wird ein Konzern gebildet, wenn rechtlich selbständige Unternehmen unter einheitlicher Leitung zusammengefasst sind, ohne dass ein Unternehmen von einem anderen abhängig ist; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen und werden als verbundene Unternehmen im Rahmen des § 36 Abs. 2 GWB betrachtet.

Nach § 18 Abs. 2 AktG wird als der entscheidende Punkt des Gleichordnungskonzerns im Rahmen des § 18 Abs. 2 AktG die Ausübung einer einheitlichen Leitung zwischen den rechtlich selbständigen Unternehmen angesehen. Das heißt, dass im Gleichordnungskonzern kein herrschendes Unternehmen besteht, keine Konzernobergesellschaft oder Konzernspitze¹⁴³, so dass die Abhängigkeit, um die es im Unterordnungskonzern geht, in diesem Fall keine Rolle spielt und deswegen der Nachweis einer Abhängigkeit nicht notwendig ist¹⁴⁴.

Um festzustellen, ob die Unternehmen ein Konzernunternehmen im Rahmen des §18 Abs. 2 AktG sind, soll vielmehr nachgewiesen werden, dass die rechtlich selbständigen Unternehmen unter einer einheitlichen Leitung zusammengefasst werden.

Nach der Begründung zum Regierungsentwurf des AktG¹⁴⁵ wird als Voraussetzung für eine einheitliche Leitung im Sinne von § 18 Abs. 2 AktG eine Konzernleitung angesehen, die die Geschäftspolitik der Konzerngesellschaften und sonstige grundsätzliche Fragen ihrer Geschäftsführung aufeinander abstimmt. Hierbei ist kein Weisungsrecht notwendig; es geht letztendlich darum, die einheitliche Leitung in der lockeren Form von gemeinsamen Beratungen zu vollziehen und aus einer personellen Verflechtung der Verwaltungen auszuüben. Eine gesetzliche Festlegung der an die einheitliche Leitung zu stellenden Anforderungen erscheint aber angesichts der vielfältigen Formen, die die Wirtschaft für die Konzernleitung herausgebildet hat, als nicht möglich. Nun besteht im Sinne des §18 Abs. 2 AktG die Möglichkeit, die Ausübung einer einheitlichen Leitung in Bezug auf die Unternehmensentscheidung zu berücksichtigen, die sich auf die Unternehmensleitung und -politik des abhängigen Unternehmens bezieht. Eine einheitliche Leitung, die auf der Ausübung der Gesellschaftsrechte beruht, ist dabei nicht notwendig. So können beispielsweise wechselseitige Beteiligungen und die Identität die Gesellschafter oder eines Leitungsorgans dazu dienen, eine Zusammenfassung der Unternehmen unter einer einheitlichen Leitung festzustellen.

Hieraus folgt, dass sich eine einheitliche Leitung im Sinne von § 18 Abs. 2 AktG auf eine wettbewerbliche Einheit bezieht, wenn Unternehmen trotz rechtlicher Selbständigkeit infolge gegenseitig bestehender Einflussmöglichkeiten eine solche bilden¹⁴⁶.

Wenn man für die Zusammenschlusskontrolle die Erfassung einer wettbewerblich bedeutsamen Unternehmenseinheit verlangt, so scheint es, dass die Auslegung einer einheitlichen Leitung im Sinne von § 18 Abs. 2 AktG, um die es sich in der Begründung zum Regierungsentwurf des AktG handelt, in Zweifel gezogen wird, da für die Feststellung des Gleichordnungskonzerns im Rahmen des § 36 Abs. 2 GWB der Nachweis ausreichen soll, eine einheitliche Leitung tatsächlich auszuüben¹⁴⁷, wobei wettbewerbsbezogene Unternehmensentscheidungen eine große Rolle spielen¹⁴⁸.

So sind schriftliche Verträge, wechselseitige Beteiligungen, Personenidentitäten oder ein einheitliches Leitungsorgan nicht unbedingt notwendig, um die Ausübung einer einheitlichen Leitung zu erfassen¹⁴⁹. Einseitig bestehende Einflussmöglichkeiten können der Gestaltung der einheitlichen Leitung dienen¹⁵⁰. Dies kann dazu führen, dass insbesondere diese Ausübung in dem Fall eingeräumt wird, dass an mehreren Gesellschaften dieselben Familienmitglieder im selben Verhältnis beteiligt sind, vor allem, wenn sie in allen Gesellschaften dieselben Interessen verfolgen¹⁵¹.

¹⁴³ Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG 1973, § 18 Rn. 75, Zitat in Landelsittel, Die Zurechnungsklausel in der Fusionskontrolle, S. 801.

¹⁴⁴ WuW/E DE-R 243 - „Rirmasenser Zeitung“.

¹⁴⁵ Kroff, AktG, S. 33; Zitat aus Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 36 Rn. 74.

¹⁴⁶ Paschke in Frankfurter Kommentar, § 23 Tz. 137.

¹⁴⁷ BGH, AG 1993, 335 f. -WAZ/IKZ“; . Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 36 Rn. 49.

¹⁴⁸ BGH, WuW/E BGH 2887-„Zurechnungsklausel“;WuW/E DE-R 243, „Rirmasenser Zeitung“; Landelsittel, Ralph, Die Zurechnungsklausel in der Fusionskontrolle, BB. 1994, S. 800.

¹⁴⁹ Landsittel, Die Zurechnungsklausel in der Fusionskontrolle, S. 800.

¹⁵⁰ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 36 Rn. 56.

¹⁵¹ Emmerich, Fusionskontrolle 1996/97, AG 1997, S. 533; AG, 1992, S. 161.

(4) *Abhängigkeit i. S. v § 17 AktG*

Nach § 17 AktG beziehen sich die verbundenen Unternehmen des § 36 Abs. 2 GWB auf die Abhängigkeit, wenn diese in der Ausübung eines beherrschenden Einflusses (§ 17 Abs. 1 AktG) besteht oder aufgrund der Mehrheitsbeteiligung vermutet wird (§ 17 Abs. 2 AktG)

(a) *Abhängigkeitsbegriff*

Nach § 17 Abs. 1 AktG liegt Abhängigkeit vor, wenn es sich um ein abhängiges Unternehmen handelt, das ein rechtlich selbständiges Unternehmen ist, auf das aber ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.

i. Wirtschaftliches selbständiges Unternehmen

Da die verbundenen Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit darstellen, wobei es auf die wirtschaftliche Betrachtung ankommt, haben die tatsächlich wirtschaftlich unabhängigen Unternehmen eine entscheidende Bedeutung im § 36 Abs. 2 GWB, obwohl sich die Abhängigkeit im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG auf ein im Rechtssinne selbständiges Unternehmen bezieht¹⁵².

ii. Beherrschender Einfluss

Nach § 17 Abs. 1 AktG wird als Voraussetzung der Abhängigkeit im Rahmen des § 17 Abs. 1 AktG auch die beherrschende Einflussmöglichkeit eines Unternehmens auf ein anderes Unternehmen angesehen.

Es ist umstritten, wann eine beherrschende Einflussmöglichkeit im Sinne des § 17 I AktG vorliegt.

Der Rechtssprechung und den herrschenden Literaturmeinungen nach¹⁵³ ist für den Abhängigkeitsbegriff im Rahmen des § 36 Abs. 2 GWB ein gesellschaftsrechtlich bedingter oder vermittelter Einfluss notwendig, wenn eine gesellschaftsrechtlich abgesicherte, umfassende und beständige Einflussmöglichkeit existiert.

Nach anderen Meinungen¹⁵⁴ wird betont, dass im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle ein anderer Abhängigkeitsbegriff als der des § 17 AktG Gültigkeit hat¹⁵⁵, da für die Abhängigkeit im Rahmen des § 36 Abs. 2 GWB eine wirtschaftliche Betrachtungsweise notwendig ist, wobei es auf rein faktische Grundlagen ankommt. Somit soll geprüft werden, ob ein beherrschender Einfluss aus rein faktischen Grundlagen begründet werden, wenn es sich um die Abhängigkeit im Rahmen des § 36 Abs. 2 GWB handelt.

Da sich Schutzgüter im Fusionsrecht grundsätzlich von denen im Aktienrecht unterscheiden, gewinnt man die Vorstellung, dass die Begriffe im Rahmen des Fusionsrechts eigenständig zu bestimmen sind, so dass die Abhängigkeit im Rahmen von § 36 Abs. 2 GWB fusionsrechtlich gesondert zu erfassen ist¹⁵⁶.

So stellt sich die Frage, ob wegen der Übernahme des aktienrechtlichen Abhängigkeitsbegriffs eine wirtschaftliche Abhängigkeit in der Zusammenschlusskontrolle, die für fusionszweckmäßige Schutzgüter nach § 36 Abs. 2 GWB notwendig ist, weitgehend verneint werden kann. Denn es entspricht dem Zweck der Zusammenschlusskontrolle, einen beherrschenden Einfluss aus faktischen Grundlagen zu prüfen, um dem realen wirtschaftlichen Gewicht eines Unternehmens Rechnung zu tragen. Dabei ist die Voraussetzung des aktienrechtlichen Abhängigkeitsbegriffs unerheblich, dass eine beherrschende Einflussmöglichkeit in einer Weise begründet wird, dass sie auf gesellschaftsrechtlichen Grundlagen beruht. So kann die nach § 36 Abs. 2 GWB zu berücksichtigende Abhängigkeit nicht ausschließlich auf gesellschaftsrechtlichen Grundlagen beruhen. Hier ist auch ein beherrschender Einfluss in Bezug auf faktische Grundlagen zu ermitteln, wenn diese eine wettbewerbliche Bedeutung haben.

Hieraus folgt, dass eine Abhängigkeit grundsätzlich immer dann festgestellt wird, wenn ein auf gesellschaftsrechtlichen Gründen beruhender beherrschender Einfluss vorliegt. Eine Abhängigkeit ist aber auch zusätzlich dann festzu-

¹⁵² Baron, Das neue Kartellgesetz, S. 34.

¹⁵³ Krieger, Aktiengesellschaft, § 68 Rd. 40; Paschke in Frankfurter Kommentar, § 23 Tz. 139; Emmerich, Kartellrecht, S. 274; WuW/E OLG 4843 - „Hussel-MARA“; BGHZ 90, 397-„Beton- und Monierbau/WestLB“.

¹⁵⁴ Vgl. Langen/Ruppelt, KartR (9Aufl.), § 36 Rn. 61; Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 36 Rn. 50.

¹⁵⁵ Landelsittel, Die Zurechnungsklausel in der Fusionskontrolle, S. 801.

¹⁵⁶ Langen/Ruppelt, KartR (9Aufl.), § 36 Rn.59.

stellen, wenn sie sich lediglich aus faktisch begründeten Einflussmöglichkeiten ergibt, ohne dass dieser Einfluss rechtlich gesichert ist¹⁵⁷.

iii. Beeinflussungsgrad

Beim Beeinflussungsgrad ist der tatsächlich bestehende Gesamteinfluss zu ermitteln¹⁵⁸. Ein „beherrschender“ Einfluss im Rahmen des Fusionsrechts kann auch auf einen geringeren Beeinflussungsgrad als bei Zugrundelegung des aktienrechtlichen Schutzzweckes beruhen, wenn hinsichtlich des Zwecks der Zusammenschlusskontrolle der Abhängigkeitsbegriff im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle weiter interpretiert wird als der des § 17 AktG¹⁵⁹.

Zwar sind Beteiligungsrechte, die sich aus einer Beteiligung des herrschenden Unternehmens an dem abhängigen Unternehmen ergeben, als die wichtigste Beherrschungsgrundlage anzusehen. Einflüsse, die keine gesellschaftsrechtliche Grundlage haben, können jedoch allenfalls in Verbindung mit der Ausübung von Beteiligungsrechten, nicht aber für sich allein gesehen, einen beherrschenden Einfluss im Sinne des § 17 AktG begründen¹⁶⁰.

Faktische Grundlagen können aber auch ein entscheidendes Kriterium sein, um die Beherrschung zu ermitteln, wenn sie zur Feststellung dienen, ob die wirtschaftliche Planung eines Unternehmens von einem anderen Unternehmen abhängig ist. Ein Unternehmen ist z. B. in seiner wirtschaftlichen Planung nicht mehr selbständig¹⁶¹, wenn ein anderes Unternehmen es beherrscht bzw. wenn es von einem anderen veranlasst werden kann, sich dessen Willen zu fügen.

(b) Vermutung der Abhängigkeit

Nach § 17 Abs. 2 AktG wird eine Abhängigkeit vermutet, wenn ein Unternehmen in Mehrheitsbesitz eines anderen Unternehmens steht.

Die Mehrheitsbeteiligung nach § 16 AktG ist hierbei ein entscheidendes Kriterium¹⁶². Nach § 16 AktG wird die Mehrheitsbeteiligung aus der Mehrheit der Kapitalanteile oder der Stimmrechte herangezogen¹⁶³. Die Prüfung eines beherrschenden Einflusses lässt sich mit den Schwellenwerten im Rahmen des § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB durchführen.

Zu prüfen ist, ob die Abhängigkeitsvermutung, die nach § 17 Abs. 2 AktG auf der Beteiligungsmehrheit beruht, auch aufgrund anderer Faktoren begründet werden kann.

Die allgemeine Meinung in der Literatur spricht für die anderen Grundlagen als Voraussetzung der Abhängigkeitsvermutung und besagt, dass die wirtschaftliche Einheit eine entscheidende Bedeutung in der Verbundklausel hat. Diese wird nicht nur aufgrund der formellen Kriterien gebildet, sondern auch aufgrund der faktischen Grundlagen¹⁶⁴. Ein Fehlen von faktischen Grundlagen kann deswegen die Erfassung der tatsächlichen wettbewerblichen Einheit von Unternehmen, die für die verbundenen Unternehmen notwendig ist, erheblich erschweren. Daran hält die Meinung in der Rechtsprechung fest. Sie betont, dass eine Abhängigkeit in der Weise zu vermuten ist, dass bestimmt werden kann, ob rechtliche oder tatsächliche Gründe vorliegen.

Soweit die Abhängigkeitsvermutung des § 17 Abs. 2 AktG zur Feststellung einer wirtschaftlichen Einheit von Unternehmen dienen soll, erscheint es, dass faktische Grundlagen natürlich notwendig und nützlich sind zur Ermittlung, ob es sich um eine Abhängigkeit im Rahmen des § 36 Abs. 2 GWB handelt.

Als andere Grundlage für die Abhängigkeitsvermutung wird insbesondere der Beherrschungsvertrag herangezogen. Aus den Satzungs- oder Gesellschaftsvertragsbestimmungen kann also eine Abhängigkeit vermutet werden, in der

¹⁵⁷ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 36 Rn. 57.

¹⁵⁸ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 37 Rn. 58.

¹⁵⁹ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 36 Rn. 49.

¹⁶⁰ BGHZ 90, 395 - „Beton- und Monierbau/WestLB“.

¹⁶¹ Emmerich, Kartellrecht, S.274.

¹⁶² Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 36 Rn. 21; Langen/Ruppelt, KartR (9. Aufl.) § 36 Rn. 62.

¹⁶³ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23 Rn. 231.

¹⁶⁴ Langen/Ruppelt, KartR (9. Aufl.) § 36 Rn. 62.

eine Kapitalmehrheit nicht der Stimmenmehrheit entspricht¹⁶⁵. Eine bloße Sperrminorität allein führt aber nicht zur Abhängigkeit¹⁶⁶.

Nach § 17 Abs. 2. AktG kann die Abhängigkeitsvermutung widerlegt werden, wenn es einem betreffenden Unternehmen nachzuweisen ist, dass die Voraussetzungen des § 17 Abs. 2. AktG nicht erfüllt werden¹⁶⁷; bleiben nach Aufklärung durch das Bundeskartellamt Zweifel, so gehen diese zu Lasten des Unternehmens¹⁶⁸. Im Rahmen des Fusionsrechts sind an diese Widerlegung strenge Anforderungen zu stellen¹⁶⁹.

ee) **Mehrmütterherrschaft i. S. d. § 36 Abs. 2 S. 2 GWB**

§ 36 Abs. 2 S. 2 GWB spricht davon, dass jedes von mehreren Unternehmen ein beherrschendes Unternehmen in dem Fall ist, dass sie derart zusammenwirken, dass sie gemeinsam einen beherrschenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben können.

(1) *Bedeutung*

Die Mehrmütterherrschaft im Rahmen des § 36 Abs. 2 S. 2 GWB ist zum Zweck der Zusammenschlusskontrolle eigenständig geschaffen worden¹⁷⁰, um einer wirtschaftlichen Einheit der beteiligten Unternehmen lückenlos Rechnung zu tragen, da nach § 36 Abs. 2 S. 2 GWB die Muttergesellschaften eine Unternehmensgruppe darstellen, die aus zwei oder mehreren, rechtlich voneinander unabhängigen Unternehmen besteht, aber als wettbewerbliche Einheit behandelt wird¹⁷¹, wenn sie in wirtschaftlicher Hinsicht auf einem bestimmten Markt gemeinsam als kollektive Einheit auftreten oder handeln kann¹⁷², obwohl mehrere gleichgeordnete Unternehmen im Rahmen des § 36 Abs. 2 S. 2 GWB bestehen¹⁷³, zwischen denen keine Verbindung vorliegt¹⁷⁴.

Nach § 36 Abs. 2 S. 2 GWB gilt für die vertikale Verbindung zwischen der Zielgesellschaft und jeder Muttergesellschaft der allgemeine Begriff der Abhängigkeit. Nun unterscheidet sich die Abhängigkeit bei der Mehrmütterklausel nicht von der bei einzelnen Unternehmen¹⁷⁵.

Die Muttergesellschaften, um die es sich in § 36 Abs. 2 S. 2 GWB handelt, können uneingeschränkt als beteiligte Unternehmen gelten, so dass ihre Gesamtressourcen von beachtlicher Höhe sind¹⁷⁶.

(2) *Gemeinsamkeit der Beherrschung*

Es ist nach § 36 Abs. 2 S. 2 GWB für die Zusammenschlusskontrolle wettbewerblich gleichbedeutend, ob Unternehmen von einer oder von mehreren Muttergesellschaften beherrscht werden¹⁷⁷. Besonderheiten der Mehrmütterklausel nach § 36 Abs. 2 S. 2 GWB ergeben sich nur aus der gesondert nachzuweisenden Gemeinsamkeit der Beherrschung¹⁷⁸.

Nach *Mestmäcker/Veelken*¹⁷⁹ stimmen die Ausübung der gemeinsamen Beherrschung in § 23 Abs. 1 S. 2 Teilsatz 2 a. F. mit der in § 23 Abs. 2 Nr. 5 a. F. überein. Für die Ausübung eines gemeinsamen beherrschenden Einfluss nach § 36 II S 2 GWB handelt es sich also um den Begriff der „Kontrolle durch ...mehrere Unternehmen“ in § 37 Abs. 1

¹⁶⁵ Möschel, *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, S.506.

¹⁶⁶ Kleinmann/Bechtold, *Kommentar zur Fusionskontrolle*, § 23 Rn. 352.

¹⁶⁷ Kleinmann/Bechtold, *Kommentar zur Fusionskontrolle*, § 23 Rn. 351; Emmerrich, *Kartellrecht*, S. 275.

¹⁶⁸ Bechtold, *das neue Kartellrecht*, S.143.

¹⁶⁹ KG, WuWE OLG 1993f..

¹⁷⁰ WuWE BGH= WuW 11/ 1979, S. 762 „KVR/78(Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlagsgesellschaft)“

¹⁷¹ BGH, *Beschl. V. 8.5. 1979*, „KVR 1/78 (KG); WuWE EU-R 309 – „CMB/Kommission“.

¹⁷² Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 37 Rn. 68.

¹⁷³ BGHZ 62, 193 – „Seitz-Gruppe“

¹⁷⁴ Kleinmann/Bechtold, *Kommentar zur Fusionskontrolle*, § 23 Rn. 361.

¹⁷⁵ Langen/Ruppelt, *KartR (9Aufl.)*, § 36 Rn. 65.

¹⁷⁶ Regierungsbegründung zu dem Entwurf, BT-Drucksache. VI/2520, S 27; Langen/Ruppelt, *KartR (9Aufl.)*, § 37 Rn. 44.

¹⁷⁷ Langen/Ruppelt, *KartR (9Aufl.)*, § 36 Rn. 65.

¹⁷⁸ Langen/Ruppelt, *KartR (9Aufl.)*, § 36 Rn. 65.

¹⁷⁹ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 37 Rn. 68; auch in Langen/Ruppelt, *KartR (9Aufl.)*, § 36 Rn. 65; Kleinmann/Bechtold, *Kommentar zur Fusionskontrolle*, § 23 Rn. 361.

Nr. 2 GWB. Ein wettbewerblich erheblicher Einfluss durch mehrere Unternehmen nach § 37 Abs. 1 Nr. 4 dient auch zur Feststellung, ob eine Gemeinsamkeit der Beherrschung besteht, wenn damit ein geringeres Einflusspotential erfasst wird.

In diesem Sinne bleibt festzuhalten, dass bei paritätischer Beteiligung eine gemeinsame Beherrschung vorliegt. Es ist aber nicht notwendig, dass die Beteiligung der Gesellschafter gleich hoch ist¹⁸⁰, um einer gemeinsamen Beherrschung im Sinne des § 36 Abs. 2 S. 2 GWB Rechnung zu tragen. Vielmehr ist die Ausübung der gemeinsamen Beherrschung tatsächlich verwirklicht, wenn die Beteiligung zwischen Unternehmen zwar unterschiedlich ist, aber zusätzlich mit faktischer Grundlage ausgeübt werden kann.

Wettbewerblich erscheint es auch sinnvoll, dass die bloße paritätische Beteiligung widerlegt werden kann, wenn ein koordinierter Einfluss zwischen Unternehmen verneint wird¹⁸¹.

Vereinbarungen mit einer Stimmbindung oder -koordinierung können gemeinsame Beherrschungsmöglichkeiten darstellen¹⁸², da sich die Gesellschafter verpflichten, sich in den Gesellschaftsorganen entsprechend der gemeinsamen Willensbildung abzustimmen¹⁸³. Für die qualifizierte Koordinierung geht es um das Wettbewerbspotential der am Zusammenschluss unmittelbar beteiligten wie der mit ihnen verbundenen Unternehmen¹⁸⁴. Für die gesicherte gemeinsame Beherrschungsmöglichkeit reicht eine vertragliche oder organisatorische Bindung¹⁸⁵ oder auch ein übereinstimmendes Verhalten¹⁸⁶ aus. Auf jeden Fall bilden dann die so verbundenen Unternehmen ein Oligopol, wenn der Binnenwettbewerb entfällt¹⁸⁷. Die Voraussetzung des Binnenwettbewerbs gilt für das Familienverhältnis¹⁸⁸.

Nach § 36 Abs. 2 S. 2 GWB wird die Zusammenarbeit der Muttergesellschaften als Voraussetzung zur Begrenzung der bloßen Ausübung des Mitgliedschaftsrechts angesehen¹⁸⁹.

In der Praxis ist die Ausübung der gemeinsamen Herrschaft von der bloßen Ausübung des Mitgliedschaftsrechts schwer zu unterscheiden. Nach der Begründung des hier maßgebenden Antrages der SPD und der FDP¹⁹⁰ fällt unter diese Regelung nur ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken mit einer gewissen Planmäßigkeit. Für die gemeinsame Herrschaft verlangt die Rechtsprechung eine andauernde gesicherte Interessenübereinstimmung in Bezug auf rechtliche oder tatsächliche Umstände sonstiger Art¹⁹¹. Die herrschende Meinung in der Literatur hält daran fest¹⁹².

b) Berechnung des Umsatzes

Wenn das Schicksal von Zusammenschlüssen von den in § 35 Abs. 1 GWB festgestellten Umsatzschwellenwerten abhängt, dann stellt sich schon die Frage, was unter dem Umsatz zu verstehen ist. Das GWB hat daher in der Berechnung des Umsatzes des § 38 GWB den Begriff des Umsatzes im Sinne der deutschen Zusammenschlusskontrolle definiert.

Nach § 38 GWB wird der Begriff des Umsatzes aufgrund der Eigenschaft von Unternehmen unterschiedlich verwendet, um der wahren Wirtschaftskraft der beteiligten Unternehmen Rechnung zu tragen.

¹⁸⁰ Paschke in Frankfurter Kommentar, § 23 Tz. 65.

¹⁸¹ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 36 Rn. 64.

¹⁸² Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23 Rn. 362.

¹⁸³ Langen/Ruppelt, KartR (9Aufl.), § 36 Rn. 68.

¹⁸⁴ Deringer, Fragen zur „Gemeinsamen Beherrschung“, S. 562.

¹⁸⁵ BGHZ 62, 193 – „Seitz-Gruppe“.

¹⁸⁶ Paschke in Frankfurter Kommentar, § 23 Tz. 138.

¹⁸⁷ KG, Beschl. v. 12. 3. 1997- Kart. 5/96 „Tukan/Deil“ (FN 69)

¹⁸⁸ BGHZ 74, 365.

¹⁸⁹ Ebel, Kartellrecht, § 23 GWB Rn 15.

¹⁹⁰ Bericht des Wirtschaftsausschusses von 12. 6. 1973 zum Gesetzentwurf der SPD-FDP-Faktionen, BT-Drucks. 7/765, S. 7.

¹⁹¹ BGHZ 74, 366

¹⁹² Emmerich, Kartellrecht, S. 277; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23 Rn 364; Bechtold, GWB, § 36 Rn. 39; Langen/Ruppelt, KartR (9 Aufl.), § 36 Rn. 67.

aa) Umsatz des § 38 Abs. 1 S.1 GWB

Nach § 38 Abs. 1 S.1 GWB gilt für die Ermittlung der Umsatzerlöse § 277 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs. Umsatzerlöse aus Lieferungen und Leistungen zwischen verbundenen Unternehmen (Innenumsatzerlöse) sowie Verbrauchssteuern bleiben außer Betracht.

Nach § 277 I HGB sind als Umsatzerlöse die Erlöse aus dem Verkauf und der Vermietung oder Verpachtung von für die gewöhnliche Geschäftstätigkeit der Kapitalgesellschaft typischen Erzeugnissen und Waren sowie aus von für die gewöhnliche Geschäftstätigkeit der Kapitalgesellschaft typischen Dienstleistungen nach Abzug von Erlösschmälerungen und der Umsatzsteuer auszuweisen.

(1) Anwendungsbereich

Wenn § 38 GWB bezweckt, die richtige Erfassung der Wirtschaftskraft der beteiligten Unternehmen zu verwirklichen, dann ist es notwendig, dass bei der Umsatzberechnung die Umsatzerlöse von Unternehmen jeglicher Rechtsform ermittelt werden¹⁹³, obwohl es sich nach der Verweisung des § 38 I S.1 GWB auf § 277 I HGB bei der Umsatzberechnung um den Umsatz der Kapitalgesellschaft handelt. Denn die Wirtschaftskraft der beteiligten Unternehmen kann sehr genau widerspiegelt werden, wenn ihre jeweiligen Umsatzzahlen dadurch ohne Lückenlosigkeit zusammengerechnet werden¹⁹⁴, um die zur Verfügung stehenden Ressourcen der beteiligten Unternehmen zu prüfen¹⁹⁵.

(2) Begriff des Umsatzes

Nach § 277 Abs. 1 HGB handelt es bei dem Umsatzbegriff um die Erlöse in Bezug auf Waren oder Dienstleistungen. Während Erlöse aus Waren aus allen Handelsgeschäften, die eine Eigentumsübertragung implizieren¹⁹⁶, erzielt werden können, bedeuten die Umsatzerlöse aus Dienstleistungen die Gegenleistung für erbrachte Dienstleistungen¹⁹⁷.

Nach § 277 Abs. 1 HGB sind die zu berücksichtigenden Umsatzerlöse betriebstypische Erlöse, die sich aus der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit ergeben. Das heißt, dass die Umsatzerlöse im Sinne des § 277 I HGB nach dem Zweck eines Unternehmens unterschiedlich berücksichtigt werden können¹⁹⁸, so dass hierbei die Erlöse zu ermitteln sind, die im Einzelfall je nach Art des Unternehmens auf einen bestimmten wirtschaftlichen Vorgang mitgerechnet werden können¹⁹⁹.

Die Frage, ob Erlöse aus den Hilfs- und Nebenbetrieben zusammengezählt werden können, hängt davon ab, inwieweit deren Fremdtätigkeit für das Unternehmen typisch ist²⁰⁰. Erlöse aus den Beteiligungen werden nicht als betriebstypische Erlöse betrachtet.

Wenn nach § 277 Abs. 1 HGB bei dem Umsatzbegriff ein Abzug von Erlösschmälerungen und der Umsatzsteuer erfolgt, dann soll der zu berücksichtigende Umsatz der „Netto-Umsatz“ sein²⁰¹, der als das wahre wirtschaftliche Gewicht der einzelnen Einheit angesehen wird²⁰².

Nach der Mitteilung der Kommission über die Berechnung des Umsatzes²⁰³ bezeichnet der Ausdruck „Erlösschmälerungen“ die Gesamtheit aller Abschläge, Rabatte und Vergütungen, die die Unternehmen bei den Verkaufsverhandlungen ihren Kunden zugestehen und die den Verkaufserlös direkt beeinflussen. Nach steuerlichen Aspekten sollen die Mehrwertsteuer und andere unmittelbar auf den Umsatz bezogene Steuern abgezogen werden, mit denen die indirekte Besteuerung ermittelt wird, sofern diese unmittelbar auf den Umsatz bezogen ist, wie z. B. die Steuern auf

¹⁹³ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, Rn. 313

¹⁹⁴ Mitteilung der Kommission über die Berechnung des Umsatzes, Amtsblatt C 66 vom 02.03.1998, S. 3.

¹⁹⁵ Ebel, Kartellrecht, § 23 Rn. 19.

¹⁹⁶ Mitteilung der Kommission über die Berechnung des Umsatzes, Amtsblatt C 66 vom 02.03.1998, S. 4.

¹⁹⁷ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 38. Rdnr. 12

¹⁹⁸ GroßkommAktG-Mellerowicz (3. Aufl.) § 157 Rn. 9.

¹⁹⁹ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23 Rn. 314.

²⁰⁰ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23 Rn. 314.

²⁰¹ Bechtold, GWB, § 38 Rn. 3.

²⁰² Vgl. Mitteilung der Kommission über die Berechnung des Umsatzes, Amtsblatt C 66 vom 02.03.1998, S.6.

²⁰³ Vgl. Mitteilung der Kommission über die Berechnung des Umsatzes, Amtsblatt C 66 vom 02.03.1998, S.5.

alkoholische Getränke. Darüber hinaus werden Verbrauchssteuern wie Mineralöl-, Bier-, Tabak-, Kaffee- und Tee-steuer abgezogen²⁰⁴.

Innenumsätze sollen nach § 38 Abs. 1 S.1 GWB keine Rolle spielen bei der Ermittlung, ob die in § 35 GWB festgelegten Schwellenwerte erreicht werden. Die Verneinung von Innenumsätzen dient zur Vermeidung von Mehrfach-zählungen in Bezug auf die Erweiterung der Verbundklausel bei der Umsatzberechnung²⁰⁵.

Nach § 35 Abs. 1 GWB sind für die Umsatzberechnung die Umsatzerlöse zusammenzuzählen, welche die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss erwirtschaftet haben. Nach *Mestmäcker*²⁰⁶ ist das Geschäftsjahr nicht das Kalenderjahr, sondern das Wirtschaftsjahr des Unternehmens. Das heißt, dass für jedes Unternehmen jeweils das letzte Geschäftsjahr in Betracht kommen kann.

Um die geographische Aufteilung der im Zusammenschluss kombinierten wirtschaftlichen Ressourcen widerzuspiegeln, ist der Umsatz geographisch zu ordnen²⁰⁷.

Nach § 130 Abs. 2 GWB findet das GWB Anwendung auf alle Wettbewerbsbeschränkungen, die sich auf den Geltungsbereich des GWB auswirken, auch wenn sie außerhalb des Geltungsbereichs des GWB veranlasst werden. Jedoch sind nach der bisherigen Rechtsprechung²⁰⁸, der Praxis des Bundeskartellamtes²⁰⁹ und der überwiegenden Meinung im Schrifttum²¹⁰ die Auslandsumsätze ohne Einschränkung heranzuziehen, wenn sie eine tatsächliche und nachgewiesene Auswirkung auf das Inland haben.

Für die Ermittlung des Umsatzes sind die gesamten Lieferungen und Leistungen des Unternehmens auf allen Tätigkeitsgebieten zu berücksichtigen²¹¹. So sind nicht die Umsätze auf einem bestimmten Markt, sondern die Gesamtumsätze jedes einzelnen Unternehmens anzugeben, wie sie etwa aus der Gewinn- und Verlustrechnung zu ersehen sind²¹².

bb) Sonderregelungen

Die in § 38 Abs. 2 bis 5 GWB enthaltenen Sonderregelungen führen dazu, dass die allgemeine Regelung branchenspezifisch abgewandelt wird²¹³, um in bestimmten Fällen die Ermittlung des Umsatzes an die besonderen Umstände der erbrachten Leistungen anzupassen. Der Hintergrund ist die Komplexität des Dienstleistungssektors, die sich aus der Eigenschaft von Unternehmen ergibt, da sich der Umsatzbegriff nach § 38 Abs. 1 GWB nur auf Unternehmen im Industriegewerbe bezieht. Deren Geschäftstätigkeit ist insbesondere an den Verkauf von Waren und die Erbringung von Dienstleistungen geknüpft. Unter die Zusammenschlusskontrolle fallen jedoch nicht nur Zusammenschlüsse von Industrieunternehmen, sondern von Unternehmen aller Wirtschaftsbereiche.

(1) Handelsunternehmen

Nach § 38 Abs. 2 GWB sind für den Handel mit Waren nur drei Viertel der Umsatzerlöse anzusetzen.

Die Besonderheit im Rahmen des § 38 Abs. 2 GWB, dass bei Handelsunternehmen ein geringeres Maß als bei Industrieunternehmen berücksichtigt wird²¹⁴, bezieht sich auf die unterschiedliche wettbewerbsbezogene Gewichtung des Umsatzes bei Industrieunternehmen und Handelsunternehmen, da ein Zusammenschluss von Handelsunternehmen geringere wettbewerbliche Gefahren birngt als ein Zusammenschluss von Industrieunternehmen²¹⁵.

²⁰⁴ Canenbley/Moosecker, Fusionskontrolle, S. 272.

²⁰⁵ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 38. Rn. 7.

²⁰⁶ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 38. Rn. 3.

²⁰⁷ Mitteilung der Kommission über die Berechnung des Umsatzes, Amtsblatt C 66 vom 02.03.1998, S.2.

²⁰⁸ WuW/E OLG 3383 - „Metro-Kaufhof“.

²⁰⁹ BkartA WuW/E BkartA 1561ff. -, o.b“.

²¹⁰ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23 Rn. 334.; Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 38. Rn. 5.

²¹¹ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, § 38. Rn. 4.

²¹² Ebel, Kartellrecht, § 23 Rn. 19.

²¹³ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, § 38. Rn. 22..

²¹⁴ Paschke in Frankfurter Kommentar, § 23 Tz. 148.

²¹⁵ Begründung zum Entwurf, DT-Drucksachen IV/2520, S.26.

Wenn der Geschäftsbetrieb eines Unternehmens ganz oder teilweise aus dem Vertrieb von Waren besteht²¹⁶, wird es zwar als Handelsunternehmen angesehen. Um ein reines Handelsunternehmen handelt es sich bei der Umsatzberechnung aber nur dann, wenn Waren von Dritten zum Zwecke des Weiterverkaufs erworben werden²¹⁷. Es handelt sich also um gemischte Unternehmen, da sie echte Handelsumsätze, darüber hinaus aber auch volle Umsätze, ausweisen²¹⁸.

Die Verteilung von Elektrizität und Gas wird zwar wegen der häufigen Umformung nicht als Vertrieb von Waren behandelt²¹⁹. Es kann aber sein, dass elektrische Energie zum Warenbegriff nach § 38 Abs. 2 GWB gezählt wird, wenn der Warenbegriff unter Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise bestimmt wird²²⁰.

(2) *Presse- und Rundfunkunternehmen*

Nach 38 Abs. 3 GWB ist bei Verlagen, bei Herstellung und Vertrieb von Zeitungen, Zeitschriften und deren Bestandteilen, bei Herstellung, Vertrieb und Veranstaltung von Rundfunkprogrammen und beim Absatz von Rundfunkwerbezeiten das Zwanzigfache der Umsatzerlöse anzusetzen.

(a) *Bedeutung*

Niedrigere Umsatzschwellen im Pressebereich nach 38 Abs. 3 GWB führen dazu, dass Presseunternehmen bereits ab einem weltweiten Gesamtumsatz von mehr als 25 Mio. Euro kontrollpflichtig sein müssen²²¹ und auf sie die Anschlussklausel des § 35 Abs. 2 Nr.1 GWB keine Anwendung findet.

Man kann von den niedrigeren Umsatzschwellen im Pressebereich nach 38 Abs. 3 GWB erwarten, dass sie die Meinungsvielfalt und schließlich das Bestehen der Demokratie gewähren²²², da Unternehmenskonzentrationen im Pressemarkt verhindert werden können, die die Meinungsvielfalt erheblich erschweren. Die niedrigeren Umsatzschwellen führen weiterhin dazu, dass die Konzentration bei regionalen, aber auch überregionalen, Presseunternehmen gehemmt²²³ und der weitere Ausbau der beherrschenden Stellung des jeweiligen Marktführers durch Übernahme von Konkurrenten verhindert wird²²⁴. Dazu führt *Thiel* aus:

„Aus den seit Jahren anhaltenden Konzentrationsbestrebungen im Pressebereich ergibt sich die Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz von Presseunternehmen und damit der Meinungsfreiheit. Hierbei geht es vor allem darum, eine breite Propaganda zu erwarten, wie sie sich daraus ergibt, dass führende Unternehmen eine außergewöhnliche Wirtschaftskraft benutzen, um dadurch mit ihren bestimmten Interessen Einfluss auf die Gesellschaft zu nehmen, wobei gefährliche Tendenzen des demokratischen Rechtsstaates zu ermitteln sind²²⁵. Nach 38 Abs. 3 GWB wird strukturelle Besonderheiten im Pressebereich gewährleistet²²⁶, wobei die kleinen und mittelständigen Presseunternehmen auf regionalen und lokalen Märkten tätig sind²²⁷, da durch die pressespezifische Vorschrift nach 38 Abs. 3 GWB die fortschreitende, die Meinungsvielfalt und Breite des Informationsangebotes immer stärker einengende Konzentrationsbewegung verhindert werden kann.“

²¹⁶ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23 Rn. 324.

²¹⁷ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, § 38. Rn. 26.

²¹⁸ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23 Rn. 324.

²¹⁹ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 38. Rn. 26; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23 Rn. 324.

²²⁰ Paschke in Frankfurter Kommentar, § 23 Tz. 148.

²²¹ Traugott, Rainer, Die neue deutsche Fusionskontrolle, WRP 99, S.662.

²²² Dabei kann es sich um verfassungsrechtlich gebotene Meinungsvielfalt handeln, in Möschel, Werhard, Fusionskontrolle im Rundfunk, 628 ff..

²²³ Rittner Fritz, Einführung in das Wettbewerbs- und Kartellrecht(2. Aufl.) S. 393-395.

²²⁴ Emmerich, Kartellrecht, S. 317.

²²⁵ Thiel, Michael H, Presseunternehmen in der Fusionskontrolle, München 1991,S. 17.

²²⁶ Thiel, Presseunternehmen in der Fusionskontrolle, S. 30.

²²⁷ Thiel, Presseunternehmen in der Fusionskontrolle, S. 24.

(b) Presseunternehmen

Der Tatbestand des § 38 Abs. 3 GWB bezieht sich auf die Presseumsätze selbst, nicht auf die sonstigen Umsätze²²⁸. Deswegen umfasst die Vorschrift Presseunternehmen nur dann, wenn es den Verlag, die Herstellung und den Vertrieb von Zeitungen, Zeitschriften und deren Bestandteile sowie die Herstellung, den Vertrieb und Veranstaltung von Rundfunkprogrammen und Absatz von Rundfunkwerbezeiten betreibt.

Da der Begriff des Presseunternehmens weit auszulegen ist, soweit die Auslegung dem Schutzzweck dieser Vorschrift entspricht, handelt es sich bei § 38 Abs. 3 GWB um die kleinste unternehmerische Einheit, die aus einer natürlichen oder juristischen Person besteht²²⁹. Stellt der Pressevertrieb einen pressespezifischen Geschäftsbetrieb dar, so wird ein Unternehmen als Presseunternehmen im Sinne des § 38 Abs. 3 GWB angesehen, wenn sein Geschäftsbetrieb teilweise dem in § 38 Abs. 3 GWB beschriebenen Geschäftsbereich gehört²³⁰.

Der Verlag von Zeitungen und Zeitschriften bedeutet, dass Unternehmen einen redaktionellen, druck- oder vertriebstechnischen Beitrag zur Publikation des Presseerzeugnisses leisten²³¹. Ihre Herstellung bezieht sich auf den Druck. Ihr Vertrieb umfasst den Handel mit Zeitungen und Zeitschriften auf jeder Handelsstufe einschließlich des Einzelhandels²³².

Die Prüfung von Bestandteilen von Zeitungen und Zeitschriften ist anhand deren Charakteristik durchzuführen, die sich auf das Vorherrschen der Spezialisierung in der redaktionellen Herstellung bezieht²³³.

Der Ausdruck „Zeitungen und Zeitschriften“ bezeichnet periodische Druckwerke²³⁴, die in ständiger, wenn auch unregelmäßiger Folge und im Abstand von nicht mehr als sechs Monaten erscheinen²³⁵. Als entscheidendes Unterscheidungsmerkmal zwischen Zeitung und Zeitschrift im Rahmen des § 38 Abs. 3 GWB wird aber nicht die äußere Aufmachung oder die Häufigkeit des Erscheinens, sondern der Inhalt herangezogen, wobei sich grundsätzlich die Auswahl der Gegenstände und die Art und Weise der Berichterstattung unterscheidet²³⁶. Zeitungen dienen der fortlaufenden Berichterstattung über Tagesereignisse auf allen Gebieten (wie Tageszeitungen, Sonntagszeitungen oder Wochenzeitungen), während Zeitschriften Fragen auf bestimmten Sachgebieten, z.B. Wissenschaft oder Technik behandeln²³⁷. Als typische Bestandteile können Beilagen wie Programmzeitschriften angesehen werden.

Nach § 38 Abs. 3 GWB beziehen sich Presseumsätze zwar auf den Verlag, die Herstellung und den Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften; es können aber auch die Anzeigenerlöse von Zeitungen und Zeitschriften als Presseumsätze angesehen werden²³⁸, da zu ihnen Anzeigenblätter gehören, die periodisch und im Zeitungsformat erscheinen, und die einen gewissen, nicht ganz nebensächlichen redaktionellen Teil aufweisen²³⁹, wenn der Inhalt von Zeitungen und Zeitschriften berücksichtigt wird.

Die Presseumsätze umfassen aber nicht die Erlöse aus sonstigen Druckaufträgen (Akzidenzen) in der Zeitungsdruckerei und die Erlöse aus dem Buchvertrieb bei Vertriebsunternehmen²⁴⁰.

(c) Rundfunkunternehmen

Nach § 38 Abs. 3 GWB gelten die Besonderheiten von Presseunternehmen auch für Rundfunkunternehmen.

²²⁸ Langen/Ruppelt, KartR (9Aufl.), § 38 Rn. 11; Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, § 38. Rn. 32.

²²⁹ Thiel, Presseunternehmen in der Fusionskontrolle, S. 31.

²³⁰ KG WuW/E OLG, 2460 - „Münchner Wochenblatt“; Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, S. 375.

²³¹ Paschke in Frankfurter Kommentar, § 23 Tz. 154.

²³² Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, § 38. Rn. 29.

²³³ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, § 38. Rn. 31.

²³⁴ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23 Rn. 328; Paschke in Frankfurter Kommentar, § 23 Tz. 150; Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, § 38 Rn. 28.

²³⁵ § 7 IV Landespressegesetz Baden-Württemberg vom 4.1. 1964.

²³⁶ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, § 38 Rn. 28.

²³⁷ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23 Rn. 328.

²³⁸ WuW/E BGH 1685 ff. - „Elbe Wochenblatt“.

²³⁹ WuW/E BGH 1906 - „Münchner Anzeigenblätter“; BVerfG WuW/E VG 308 - „Münchner Anzeigenblätter“; cit., WuW/E OLG 3878 - „Singerer Wochenblatt“.

²⁴⁰ Langen/Ruppelt, KartR (9Aufl.), § 38 Rn. 11.

Die Ausdehnung der Presseklausele auf Rundfunkunternehmen beruht auf veränderten Marktverhältnissen im Rundfunkbereich²⁴¹. Dies führt zur Sicherung der Besonderheiten der Marktstrukturen im Rundfunkbereich, die sich auf die Regionalisierung bzw. die Lokalisierung von Rundfunkmärkten beziehen. Dabei werden jetzt lokale Rundfunkveranstalter erfasst, die bisher ohne kartellamtliche Kontrolle Unternehmenskäufe und -übernahmen tätigen konnten²⁴², da die allgemeinen Umsatzgrenzen der Zusammenschlusskontrolle ähnlich wie im Pressebereich nicht oder nur eingeschränkt erreicht werden²⁴³.

Wenn unter „Rundfunk“ das Fernsehen und der Hörfunk zu verstehen sind²⁴⁴, dann wird als Rundfunkunternehmen ein Unternehmen betrachtet wird, das die Rundfunkprogramme vertreibt. Deswegen wird der Rahmenprogrammanbieter als typisches Rundfunkunternehmen angesehen²⁴⁵.

So sollen Unternehmen ein Teil der Marktstruktur im Rundfunkbereich sein²⁴⁶, wenn sie Rundfunkwerbezeiten absetzen, da sie zur Veränderung der Marktverhältnisse im Rundfunkbereich dienen können. Dies gilt insbesondere für private Rundfunkveranstalter, deren einzige oder hauptsächliche Finanzierungsquelle für die Veranstaltung von Rundfunkprogrammen der Absatz von Rundfunkwerbezeiten ist.

Zum Programmanbieter im Sinne des § 38 Abs. 3 GWB gehören auch lokale Hörfunkveranstalter, wenn sie auf die Struktur der regionalen und lokalen Märkte im Hörfunkbereich auf eine Weise Einfluss ausüben können²⁴⁷, dass sie aus wirtschaftlichen Gründen ein Vollprogramm zwar nicht selbst herstellen können, jedoch gegen Entgelt oder gegen Nutzung von Hörfunkwerbezeiten eigenveranstaltete oder eigene für andere Hörfunkveranstalter produzierte Programme oder Programmteile anbieten.

(3) *Banken und Versicherungsunternehmen*

Nach § 38 Abs. 4 GWB tritt bei Kreditinstituten, Finanzinstituten und Bausparkassen an die Stelle der Umsatzerlöse der Gesamtbetrag der in § 34 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe a bis e der Verordnung über die Rechnungslegung der Kreditinstitute vom 10. Februar 1992 (BGBl. I S. 203) genannten Erträge abzüglich der Umsatzsteuer und sonstiger direkt auf diese Erträge erhobener Steuern. Bei Versicherungsunternehmen sind die Prämieinnahmen des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres maßgebend. Prämieinnahmen sind die Einnahmen aus dem Erst- und Rückversicherungsgeschäft einschließlich der in Rückdeckung gegebenen Anteile.

(a) *Besonderheit*

Der Tatbestand des § 38 Abs. 4 S. 1 GWB bezieht sich auf die Besonderheit des Bankenwirtschaftsbereichs, dass die Erträge als Hauptmerkmal für den Anwendungsbereich angesehen werden, da sich der Begriff des Umsatzes im Rahmen des § 277 Abs. 1 HGB auf die Absatzseite beschränkt und eine sehr geringe Bedeutung hat²⁴⁸ bei einem Zusammenschluss von Kreditinstituten, Finanzinstituten und Bausparkassen²⁴⁹.

Während bisher ein Zehntel der Bilanzsumme angesetzt wurde, wird nach der Regierungsbegründung zum Entwurf der 6.GWB-Novelle²⁵⁰ der § 38 Abs. 4 S. 1 GWB an die Regelung in Artikel 5 Abs. 3 Buchstabe a der Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates vom 30. Juni 1997 zur Änderung der Verordnung des Rates Nr. 4046/89 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABL. EG L 180/1 ff) angepasst. Es handelt sich nun um die in der

²⁴¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 13/9720, II. Zu § 38. Zu Absatz 3, in: Baron, Das neue Kartellgesetz, S. 148.

²⁴² Traugott, Rainer, Die neue deutsche Fusionskontrolle, WRP6/99, 621ff.

²⁴³ Begründung zum Regierungsentwurf zur 6. GWB-Novelle, BR-Drucks. 852/97, S. 59.

²⁴⁴ Bechtold, GWB, § 38 Rn 6.

²⁴⁵ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 13/9720, II. Zu § 38. Zu Absatz 3, in: Baron, Das neue Kartellgesetz, S. 148.

²⁴⁶ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 13/9720, II. Zu § 38. Zu Absatz 3, in: Baron, Das neue Kartellgesetz, S. 148.

²⁴⁷ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 13/9720, II. Zu § 38. Zu Absatz 3, in: Baron, Das neue Kartellgesetz, S. 148.

²⁴⁸ Bechtold, GWB (3. Aufl.), § 38 Rn. 2.

²⁴⁹ Traugott, Die neue deutsche Fusionskontrolle, 621ff.

²⁵⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 13/9720, II. Zu § 38. Zu Absatz 4, in: Baron, Das neue Kartellgesetz, S. 148.

Anpassung an das europäische Fusionskontrollrecht im Gesetz näher bezeichneten Erträge, die darauf beruhen, Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder des Publikums entgegenzunehmen und Kredite für eigene Rechnung zu gewähren²⁵¹.

Nach der Richtlinie 86/635/EWG des Rates vom 8. Dezember 1986 über den Jahresabschluss und den konsolidierten Abschluss von Banken und anderen Finanzinstituten werden Erträge als die Summe der Ertragsposten definiert. Diese Richtlinie wurde durch die Verordnung über die Rechnungslegung der Kreditinstitute vom 10. Februar 1992 (BGBl. I S. 2039) in deutsches Recht umgesetzt²⁵². Die Erträge im Rahmen des § 38 Abs. 4 S. 1 GWB umfassen also Zinserträge und ähnliche Erträge, Nettoerträge aus Wertpapieren, Provisionserträge, Erträge aus Finanzgeschäften oder sonstige betriebliche Erträge.

Nach § 38 Abs. 4 S. 1 GWB gehören zu den Erträge im Rahmen des § 38 Abs. 4 S. 1 GWB nicht die Umsatzsteuer und die sonstigen direkt auf diese Erträge erhobenen Steuern.

Dabei besteht die Ausnahme, dass die Leistungen der Kreditinstitute in der Regel zwar umsatzsteuerfrei sind, ihnen jedoch eine Optionsmöglichkeit zusteht. Für den Fall, dass sie von dieser Optionsmöglichkeit Gebrauch machen, ordnet Satz 1 an, dass die Umsatzsteuer und die sonstigen direkt auf diese Erträge erhobenen Steuern abzuziehen sind. In den anderen Fällen hat die Regelung lediglich klarstellende Bedeutung²⁵³.

(b) Kreditinstitut

Die Definition des Kreditinstituts entspricht dem § 1 KWG (Gesetz über das Kreditwesen)²⁵⁴. Danach ist das Kreditinstitut ein Unternehmen, das Bankgeschäfte betreibt. Der Umfang dieser Geschäfte erfordert einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb. Das Emissions- und Wertpapierhandelsgeschäft der Banken fällt also nicht unter den § 38 Abs. 4 S. 1 GWB²⁵⁵.

(c) Finanzinstitute, Bausparkassen und Versicherungsunternehmen

Das Privileg von Kreditinstituten wird auch den Finanzinstituten, den Bausparkassen und den Versicherungsunternehmen eingeräumt. Dies findet in Anlehnung an Art. 3 Abs. 5 lit. a EG-Fusionskontrollverordnung statt²⁵⁶.

Nach der Mitteilung der Kommission über die Berechnung des Umsatzes im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen²⁵⁷ wird als Finanzinstitut ein Unternehmen definiert, wenn es kein Kreditinstitut ist, aber seine Haupttätigkeit darin besteht, Beteiligungen zu erwerben oder eines oder mehrere der Geschäfte zu betreiben, die folgende Aktivitäten beinhalten: Ausleihungen, Finanzierungsleasing, Dienstleistungen zur Durchführung des Zahlungsverkehrs, Ausgabe und Verwaltung von Zahlungsmitteln, Bürgschaften und Eingehung von Verpflichtungen, Teilnahme an der Wertpapieremissionen und den diesbezüglichen Dienstleistungen, Beratung von Unternehmen über die Kapitalstruktur, industrielle Strategie und damit verbundene Fragen sowie Beratung und Dienstleistungen auf dem Gebiet, Geldmaklergeschäfte im Interbankenmarkt, Portfolioverwaltung und -beratung, Wertpapieraufbewahrung und -verwaltung und Handel für eigene Rechnung oder im Auftrag der Kundschaft in den Bereichen Geldmarktinstrumente, Geldwechsel, Termin- und Optionsgeschäfte, Wechselkurs- und Zinssatzinstrumente und Wertpapiergeschäfte.

²⁵¹ Artikel 1 der Ersten Richtlinie 77/780/EWG des Rates vom 12. Dezember 1977 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABl. L 322 vom 17.12.1977, S. 30.

²⁵² Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 13/9720, II. Zu § 38. Zu Absatz 4, in Baron, Das neue Kartellgesetz, S. 148.

²⁵³ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 13/9720, II. Zu § 38. Zu Absatz 4, in Baron, Das neue Kartellgesetz, S. 148.

²⁵⁴ Langen/Ruppelt, KartR (9Aufl.), § 38 Rn. 13; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23 Rn. 229.

²⁵⁵ Purrucker, Michael, Bankgeschäfte in der kartellrechtlichen Fusionskontrolle, Berlin 1983, S. 142.

²⁵⁶ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 13/9720, II. Zu § 37. Zu Absatz 3, in Baron, Das neue Kartellgesetz, S. 148.

²⁵⁷ Amtsblatt C 66 vom 02.03.1998, S. 14.

Da die Versicherungsaufsicht Bausparkassen mit dem Gesetz über Bausparkassen vom 16. 11. 1972 unter Bankenaufsicht stellt, werden Bausparkassen als Kreditinstitute nach § 1 KWG angesehen²⁵⁸. Im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle gehören zu den Bausparkassen insbesondere solche Unternehmen, die in öffentlich-rechtlicher Rechtsform bestehen²⁵⁹.

Nach § 38 Abs. 4 S. 2 GWB fallen unter die Bankenklausele auch Versicherungsunternehmen. Dabei werden die Prämieinnahmen als Hauptmerkmal des Versicherungsunternehmens angesehen. Nach § 38 Abs. 4 S. 3 GWB sind unter den Prämieinnahmen die Einnahmen aus dem Erst- und Rückversicherungsgeschäft einschließlich der in Rückdeckung gegebenen Anteile zu verstehen.

Wie bei Kreditinstituten findet ohne weiteres eine Addition von Prämieinnahmen mit Umsatzerlösen anderer Unternehmen oder Geschäftszweige statt²⁶⁰.

(4) *Besonderheit beim Vermögenserwerb*

Nach § 38 Abs. 5 GWB ist beim Vermögenserwerb eines anderen Unternehmens für die Berechnung der Marktanteile und der Umsatzerlöse des Veräußerers nur auf den veräußerten Vermögensteil abzustellen, nicht auf den Veräußerer insgesamt²⁶¹.

Hierbei geht es nur um die Höhe des übertragenen Vermögensteils²⁶², um den wahren konzentrativen Wirkungen beim Vermögenserwerb Rechnung zu tragen²⁶³.

c) **Ausnahme**

Da auch bei der Zusammenschlusskontrolle volkswirtschaftliche Zielsetzungen eine Rolle spielen, findet § 35 Abs. 1 GWB auf die Anschlussklausele im Rahmen des § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB und auf die Bagatellklausele des § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB keine Anwendung.

aa) **Anschlussklausele**

§ 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB findet in dem Fall Anwendung, in dem sich ein Unternehmen, das nicht im Sinne des § 36 Abs. 2 GWB abhängig ist und im letzten Geschäftsjahr weltweit Umsatzerlöse von weniger als zehn Millionen Euro erzielt hat, sich mit einem anderen Unternehmen zusammenschließt.

Eine entscheidende Bedeutung in der Anschlussklausele hat die mittelstandspolitische Zielsetzung, eine ausgewogene Unternehmensstruktur zu erhalten um die Existenz- und Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen zu gewährleisten²⁶⁴, da der Umsatzgrenzwert nach § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB dazu dient, kleineren und mittleren Unternehmen den Anschluss an ein großes Unternehmen zu erleichtern, insbesondere für Sanierungsfälle von Mittelständlern²⁶⁵.

Der Umsatzgrenzwert nach § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB führt dazu, dass die Anschlussklausele auf Zusammenschlüsse von konzernabhängigen, unselbständigen Unternehmen und auf Zusammenschlüsse in Pressemärkten faktisch keine Anwendung findet²⁶⁶.

Bei der Anschlussklausele handelt es sich auch um den scheinweise durchgeführten Erwerb von Unternehmen, der in kurzen, zeitlich hintereinander folgenden Schritten durchgeführt wird und bei dem seine gesamten Umsätze den Umsatzgrenzwert erreicht werden. Der scheinweise erfolgte Erwerb kann tatsächlich als einheitlicher wirt-

²⁵⁸ Bundesgesetzblatt, I S. 2097.

²⁵⁹ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, Einl. Rn. 89.

²⁶⁰ Langen/Ruppelt, KartR (9Aufl.), § 38 Rn. 14.

²⁶¹ Bechtold, GWB, § 38 Rn. 9.

²⁶² Baron, Das neue Kartellgesetz, S. 34.

²⁶³ Begründung zum Einwurf, BT- Drucksache 8/2136, S 345.

²⁶⁴ Begründung zum Einwurf, BT- Drucksache 8/2136, S 350.

²⁶⁵ Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, S. 537.

²⁶⁶ Traugott, Die neue deutsche Fusionskontrolle, S. 621.

schaftlicher Vorgang gelten²⁶⁷, so dass dieser Unternehmenserwerb zu einem einheitlichen Zusammenschlusstatbestand zusammengefasst wird.

bb) Bagatellklausel

§ 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB findet in dem Fall Anwendung, in dem ein Markt betroffen ist, auf dem seit mindestens fünf Jahren Waren oder gewerbliche Leistungen angeboten werden und auf dem im letzten Kalenderjahr weniger als 15 Millionen Euro umgesetzt wurden.

Von der sog. Bagatellklausel im Rahmen des § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB wird erwartet, dass gesamtwirtschaftlich besonders wichtige neue Märkte nicht bereits in der Entstehungsphase durch Zusammenschlüsse behindert werden können²⁶⁸. Sie dient dazu, einerseits Zusammenschlüsse in volkswirtschaftlich unbedeutenden Märkten von der Zusammenschlusskontrolle auszuschließen²⁶⁹ und andererseits neue zukunftssträchtige Märkte zu schützen, auf denen jedoch zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses noch keine nennenswerten Umsätze erzielt werden²⁷⁰.

Der räumlich relevante Markt in der Bagatellklausel wird normativ auf das Bundesgebiet begrenzt²⁷¹. Jedoch besteht die Möglichkeit, dass die Bagatellklausel insbesondere solchen Branchen dient, die auf sehr engen regionalen Märkten tätig sind, wie etwa Asphaltmischgut oder Transportbeton²⁷².

3. Zusammenschlussbegriff

Nach § 37 Abs. 1 GWB liegt ein Zusammenschluss vor, wenn ein Vermögenserwerb (Nr. 1), ein Kontrollerwerb (Nr. 2), ein Anteilerwerb (Nr. 3) oder ein Erwerb wettbewerblich erheblichen Einflusses (Nr. 4) stattfindet.

a) Geschichte

Die Entwicklung des materiellen Zusammenschlussbegriffs ist ein entscheidender Punkt in der Geschichte des Zusammenschlussbegriffes im GWB. Es handelt sich um die Erfassung aller Unternehmensverbindungen, die zur übermäßigen Unternehmenskonzentration führen können.

Die gesetzliche Definitionsnorm des Zusammenschlusstatbestandes, die vor der 2. GWB-Novelle 1958 bestimmt wurde, orientierte sich bei dem Erwerb von Anteilsrechten an anderen Unternehmen ausschließlich an formellen Kriterien²⁷³. Als Zusammenschluss galt u. a. der Erwerb von Anteilsrechten an anderen Unternehmen jeder Art, sofern diese Anteilsrechte allein oder zusammen mit anderen dem Unternehmen selbst oder einem Konzernunternehmen im Sinne des § 15 des Aktiengesetzes bereits zustehenden Anteilsrechten 25 vom Hundert des stimmberechtigten Kapitals des anderen Unternehmens erreichten²⁷⁴.

Erst in der 2. GWB-Novelle von 1973, in der die Zusammenschlusskontrolle eingeführt wurde, betrachtete das GWB die lückenlose Konzentrationserfassung als Regelungspostulat²⁷⁵. Für die Zweckerfüllung des GWB wurde an der Notwendigkeit festgehalten, einen materiellen Zusammenschlusstatbestand festzustellen

In der 6. GWB-Novelle finden sich zwei materielle Zusammenschlusstatbestände; die 6. GWB-Novelle gestaltet den Kontrollerwerb sowie den Erwerb wettbewerblich erheblichen Einflusses aus²⁷⁶. Die Einführung der materiellen Zusammenschlusstatbestände führt dazu, dass unter der Zusammenschlusskontrolle Unternehmensverbindungen fallen, die bislang bei einer sehr formalen Betrachtungsweise als solche nicht aufgefasst wurden, und nur durch die weiteren

²⁶⁷ Schulte, Änderung der Fusionskontrolle durch die 6. GWB-Novelle, S.306.

²⁶⁸ Begründung zum Einwurf, BT-Durcksache 8/2136, S. 351.

²⁶⁹ Begründung zum Einwurf, BT-Drucks. VI/2520, S. 32

²⁷⁰ Begründung zum Einwurf, BT-Durcksache 8/2136, S. 340.

²⁷¹ WuWE DE-V 203- „Kautkrämer/Nutronik“.

²⁷² Traugott, Die neue deutsche Fusionskontrolle, S. 621.

²⁷³ Paschke, Marian, Der Zusammenschlussbegriff des Fusionskontrollrechts, Heidelberg 1989, S. 18.

²⁷⁴ Dreichfuß, Der Zusammenschluss durch Anteilerwerb nach der 6. GWB-Novelle, S. 835.

²⁷⁵ Paschke, Der Zusammenschlussbegriff des Fusionskontrollrechts, S. 17.

²⁷⁶ Dreichfuß, Der Zusammenschluss durch Anteilerwerb nach der 6. GWB-Novelle, S. 837.

Zusammenschlusstatbestände, z.B. Umgehungs- und Auffangtatbestände in der 4. und 5. GWB-Novelle ermittelt werden können²⁷⁷.

b) Vermögenserwerb

Nach § 37 I Nr. 1 GWB liegt ein Zusammenschluss vor, wenn ein Unternehmen das Vermögen eines anderen Unternehmens ganz oder zu einem wesentlichen Teil erwirbt.

aa) Vermögensbegriff

Der Tatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB bezieht den Vermögenserwerb als Zusammenschlusstatbestand auf die Übertragung der Gesamtheit oder eines wesentlichen Teils des Vermögens von Unternehmen.

Wenn im Hinblick auf den Zweck des Zusammenschlussbegriffs die Übertragung der Marktstellung des Veräußerers eine entscheidende Bedeutung beim Vermögenserwerb hat²⁷⁸, wobei sich die Wirtschaftskraft des erwerbenden Unternehmens verstärkt, dann bleibt festzuhalten, dass es sich bei dem Vermögenserwerb um den Erwerb des gesamten Unternehmensvermögens handelt, weil dieser dazu dient, dass dem Erwerber die Marktstellung des Veräußerers übertragen wird.

§ 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB betrachtet auch einen wesentlichen Teil des Vermögens von Unternehmen als Voraussetzung des Vermögenserwerbs. Dies führt dazu, dass unwesentliche Teile des Vermögens im Vermögenserwerb als unerheblich angesehen werden²⁷⁹. Es stellt sich dann die Frage, welche Vermögensteile in der Zusammenschlusskontrolle als wesentlich ge-/behandelt werden.

Die Frage kann beantwortet werden, wenn die Bedeutung des Vermögenserwerbs geprüft wird. Das heißt, dass das entscheidende Kriterium zur Begrenzung eines unwesentlichen Vermögensteils die Übertragung der Marktstellung sein soll, die zu einer Verstärkung der Wirtschaftskraft des erwerbenden Unternehmens führt. Art, Verwendung und gesonderte Verwertbarkeit der Güter und Rechte eines Unternehmens, die Geldwert werden können, spielen hierbei keine Rolle²⁸⁰, wenn ein Vermögen von Unternehmen die Güter beinhaltet, für die im Wirtschaftsverkehr ein Entgelt gezahlt wird²⁸¹.

So kann nur Aktivvermögen als Vermögen im Rahmen des § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB berücksichtigt werden, dessen Übertragung an der Übertragung der Dispositionskraft eines Unternehmens angeknüpft wird²⁸². Passivvermögen kommt nicht in Betracht.

Wenn sich der Begriff des Vermögens auf die Bedeutung des Vermögenserwerbs bezieht, dann beruht die qualifizierte Wesentlichkeit des Vermögensteils nicht nur auf einer bestimmten quantitativen Größe des Vermögensteils, sondern auch auf qualitativen Kriterien, wenn Vermögensteile im Verhältnis zum Gesamtvermögen des Veräußerers quantitativ ausreichenden hoch sind²⁸³.

Da eine betriebliche Teileinheit im Rahmen der gesamten nach außen gerichteten wirtschaftlichen Tätigkeit des Veräußerers - unabhängig von dessen Größe - qualitativ eine eigene Bedeutung hat²⁸⁴, wird diese Teileinheit bei einer Übertragung als qualitativ wesentlicher Vermögensteil betrachtet, der dazu bestimmt und geeignet ist, eine Übertragung der Marktstellung darzustellen²⁸⁵, wenn die Entscheidung zum Erwerb der betrieblichen Teileinheit auf Grundlage von persönlichen und sachlichen Beweggründen getroffen worden ist. Der qualitative betriebliche Vermögensteil

²⁷⁷ Schulte, Änderungen der Fusionskontrolle durch die 6. GWB-Novelle, S. 304.

²⁷⁸ Harms, Wolfgang, Zusammenschluss und merger- rechtsvergleichende Anmerkungen zum Anwendungsbereich der Fusionskontrolle, FS für Pfeiffer 1988, S. 509.

²⁷⁹ V. Gramm, Kartellrecht, § 23, Rn. 24.

²⁸⁰ Langen/Ruppelt, KartR (9. Aufl.), § 37 Rn. 7.

²⁸¹ Mestmäker/Veelken in Immenga/Mestmäker, § 37 Rn. 14.

²⁸² Mestmäker/Veelken in Immenga/Mestmäker, § 37 Rn. 14.; Langen/Ruppelt, KartR (9. Aufl.), § 37 Rn. 7.

²⁸³ Bechtold, GWB, § 37 Rn. 7.

²⁸⁴ WuW/E BGH 1379 - "Zementmahanlage".

²⁸⁵ WuW/E DE-V 227, "Cisco/IBM".

unterscheidet sich daher deutlich von den anderen Betriebsteilen, z.B. aufgrund ihrer organisatorischen Selbständigkeit, ihrer räumlichen Trennung oder ihres speziellen Produktions- oder Vertriebsziels²⁸⁶.

In der Praxis wird der Erwerb eines wesentlichen Vermögensteils in den Fällen angenommen, in denen es um die Einverleibung des Zementwerkes eines Stahlunternehmens²⁸⁷, die Produktionslinie für Industrienähmaschinen²⁸⁸ oder um drei von vielen Mischwerken des Veräußerers für Straßenbaustoffe geht²⁸⁹. Wenn die Gesamtheit der getroffenen Vereinbarungen auf eine Überleitung von Marktanteilen abzielt, handelt es sich um eine ausreichende Qualität des Vermögens²⁹⁰. Darüber hinaus existiert als wesentlicher Erwerb die Übertragung eines bekannten Warenzeichens des verkauften Geschäfts sowie wichtiger Betriebseinrichtungen²⁹¹.

bb) Erwerbsbegriff

Wenn der Erwerb des Vermögens die Übertragung des Vermögens darstellt, handelt es sich dabei nicht nur um den Geschehensablauf der Vermögensübertragung, sondern auch um das Ergebnis der Vermögensübertragung²⁹², wenn es einen Wechsel der Inhaberschaft im Hinblick auf den betreffenden Vermögensgegenstand gibt²⁹³, der auf faktischen Grundlagen beruhen kann²⁹⁴. So ist die Frage nach den im Einzelfall gewählten Übertragungsformen, d.h., in welcher rechtlichen Ausgestaltung der Erwerb durchgeführt wird²⁹⁵, unerheblich. Fälle der Gesamtrechts-Nachfolge und solche der Einzelübertragung von Rechten betreffen den Vermögenserwerbs²⁹⁶.

Der Vermögenserwerb nach § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB ist der Oberbegriff für die Verschmelzung oder Umwandlung. Das heißt, dass der Vermögenserwerb vorliegt, wenn die Verschmelzung oder Umwandlung stattfindet.

Obwohl es im Hinblick auf aktienrechtliche Aspekte einen Unterschied zwischen der Verschmelzung durch Aufnahme und der Verschmelzung durch Neubildung gibt - da die Verschmelzung durch Aufnahme bedeutet, dass die übertragende Gesellschaft ihr Vermögen als Ganzes auf die übernehmende überträgt, während es sich bei der Verschmelzung durch Neubildung darum handelt, dass auf eine neue Gesellschaft das Vermögen der sich vereinigenden Gesellschaften als Ganzes übergeht²⁹⁷-, ist zu prüfen, ob es sich bei der Verschmelzung im § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB nicht nur um die Verschmelzung durch Aufnahme, sondern auch um die Verschmelzung durch Neubildung handelt, wenn der Zweck des Fusionsrechts berücksichtigt wird. Hierbei handelt es sich nicht nur um die Verschmelzung mehrerer Aktiengesellschaften (§§ 339 ff. AktG), sondern auch die Verschmelzung von Kommanditgesellschaften auf Aktien (§ 354 AktG), Versicherungsvereine (§§ 44 a, 53 a VAG) einer GmbH oder einer bergrechtlichen Gewerkschaft mit einer Aktiengesellschaft (§§ 355 bis 358 AktG). Die Verschmelzung von Genossenschaften (§§ 93 a bis 93 s GenG) kann nur dann als Verschmelzung im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB gelten, wenn man die Genossenschaften als Unternehmen und nicht als kartellähnliche Gebilde ansieht²⁹⁸.

Darüber hinaus spielt bei Vermögen im Ausland, die als solche ebenfalls durch § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB erfasst werden können, die Frage eine entscheidende Rolle, ob sie die Charakteristika des deutschen Begriffes „Verschmelzung“ erfüllen²⁹⁹.

Die Prüfung der Vermögensübertragung lässt sich mit der Umwandlung durchführen. Man versteht unter der Umwandlung die Veränderung der Rechtsform eines Unternehmens ohne Liquidation und Einzelübertragung der Vermögensgegenstände³⁰⁰.

²⁸⁶ WuW/E BGH 1771 - "Bituminöses Mischgut".

²⁸⁷ WuW/E BGH 1337 ff. - "Zementmahanlage I".

²⁸⁸ WuW/E BGH 1570 - "Kettenstichnemaschinen".

²⁸⁹ WuW/E BGH 1770f. - "Bituminöse Mischgut".

²⁹⁰ WuW/E DE-V 227 -, "Cisco/IBM".

²⁹¹ Emmerich, Fusionskontrolle 1992/93, AG 12/1993, S.533.

²⁹² Mestmäker/Veelken in Immenga/Mestmäker, § 37 Rn. 15.

²⁹³ Langen/Ruppelt, KartR (9Aufl.), § 37 Rn. 11.

²⁹⁴ WuW/E DE-V 197 -, "Westfälische Ferngas".

²⁹⁵ Emmerich, Kartellrecht, S.283.

²⁹⁶ Bechtold, GWB, § 37 Rn. 4.

²⁹⁷ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, Rn. 17.

²⁹⁸ Ebel, Kartellrecht, § 23, Rn. 25.

²⁹⁹ Bechtold, GWB, § 37 Rn. 6.

Der Begriff „Umwandlung“ ist ein rechtstechnischer Begriff des Aktienrechts (§§ 362 ff. AktG)³⁰¹. In den Fällen des §§ 362 ff AktG wird aber die Einbeziehung der Fälle einer bloßen Änderung der Rechtsform überwiegend abgelehnt, da hier kein Vermögenserwerb durch ein anderes Unternehmen möglich ist³⁰². Auch die lediglich formwechselnde Umwandlung (§§ 190 ff UmwG) ist kein Vermögenserwerb, da sie die Identität des Unternehmens nicht verändert³⁰³ und folglich kein Unternehmen verschwindet³⁰⁴.

Bei dem Vermögenserwerb handelt es sich um die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft durch Übertragung des Vermögens auf eine Personengesellschaft oder einen Gesellschafter und um die Umwandlung einer Personenhandels-gesellschaft in eine GmbH, eine Aktengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien nach dem Umwandlungs-gesetz vom 6. 11.1994³⁰⁵. Darüber hinaus kommt ein Vermögenserwerb, um den es in § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB geht, in sonstiger Weise in Betracht. Es geht also um die zivilrechtliche Ausgestaltung des § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB³⁰⁶. Hier sind andere Formen der Vermögensübertragung in den §§ 359 ff AktG zu ermitteln. Auch der Vermögenserwerb durch Erbschaft fällt unter den Vermögenserwerb nach § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB³⁰⁷.

c) Anteilserwerb

Nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 GWB liegt ein Zusammenschluss vor, wenn die Anteile allein oder zusammen mit sonstigen, dem Unternehmen bereits gehörenden Anteilen 50 von Hundert oder 25 vom Hundert des Kapitals oder der Stimmrechte des anderen Unternehmens erreichen.

aa) Anwendungsbereich

Der Anteilserwerb im Rahmen des § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB findet nicht nur auf Kapitalgesellschaften Anwendung, sondern auch auf Personengesellschaften, z.B. OHG, KG und die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die keine Kapitalanteile besitzen³⁰⁸.

Da § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 GWB den Erwerb der Kapitalanteile oder der Stimmrechtsanteile voraussetzt, steht im § 37 Abs. 1 Nr.3 GWB der Stimmrechtserwerb mit dem Kapitalanteilserwerb vollkommen gleich³⁰⁹. Die Gleichstellung des Stimmrechts- mit dem Kapitalerwerb kommt dadurch zustande, dass für § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB kein Unterschied zwischen dem Erwerb von Kapitalanteilen oder Stimmrechtsanteilen besteht, so daß die Frage nach dem rechtlichen Zusammenhang zwischen Kapitalbeteiligung und Stimmrechten irrelevant ist.³¹⁰ Bis zur 5. GWB-Novelle ist zwischen Anteilen am Kapital und an den Stimmrechten differenziert worden³¹¹, so dass für den Anteilserwerb der Erwerb des stimmberechtigten Kapitals als notwendig gehandelt wird.

Fusionsrechtlich bedeutet die Gleichstellung, dass die Regelungslücke geschlossen ist, die auf der Voraussetzung des Erwerbs von Stimmrechten nur mit Kapitalbeteiligung beruht. In dem Fall z.B., dass die erworbene Beteiligung zwar mehr als 25% des stimmberechtigten Kapitals betrug, infolge von Mehrstimmrechten jedoch nur Stimmrechte von weniger als 25% vermittelt, liegt der Anteilserwerb im Rahmen des § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 GWB vor³¹².

³⁰⁰ Bechtold, GWB, § 37 Rn. 6.

³⁰¹ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, Rn. 22.

³⁰² Von. Gramm, Kartellrecht, § 23 Rn 26.

³⁰³ Bechtold, GWB, § 37 Rn. 6.

³⁰⁴ Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, § 13 Rn. 41.

³⁰⁵ Ebel, Kartellrecht, § 23, Rn. 26.

³⁰⁶ Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, § 13 Rn. 41.

³⁰⁷ Ebel, Kartellrecht, § 23, Rn. 27.

³⁰⁸ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23 Rn. 61.

³⁰⁹ Paschke in Frankfurter Kommentar, § 23 Tz. 44.

³¹⁰ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 37 Rn. 45.; Langen/Ruppelt, KartR (9 Aufl.), § 23 Rn. 39; Paschke in Frankfurter Kommentar, § 23 Tz. 44.

³¹¹ Langen/Ruppelt, KartR (9 Aufl.), § 37 Rn. 34.

³¹² WuW/E BGH 2215- „Moriss/Rothmans“

Die Gleichstellung des Stimmrechts- mit dem Kapitalerwerb führt auch dazu, dass dem Anteilerwerb eine stille Beteiligung unterliegt, wenn der stille Gesellschafter im Innenverhältnis über Stimmrechte verfügt oder an der Geschäftsführung maßgeblich beteiligt ist³¹³.

bb) Erwerbsbegriff

Wenn sich der Grundtatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB auf den Erwerb der Anteile von Kapital- oder Stimmrechten bezieht, dann hat der Erwerbsbegriff im Rahmen des § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB der Inhalt des Kapitalrechts und des Stimmrecht seine entscheidende Bedeutung.

So kann der Erwerb des Anteils als ein Ausdruck des Erlangens einer Rechtsstellung definiert werden, die es ermöglicht, eine Einflussnahme auf die Willensbildung und damit auf das Marktverhalten des Beteiligungsunternehmens auszuüben. Denn der Erwerb der Anteile von Kapital- oder Stimmrechten versetzt den Erwerber in die Lage, eigene Wettbewerbsinteressen zur Geltung zu bringen³¹⁴, so lange das Kapitalrecht eine Rechtsstellung bedeutet, so dass der Kapitalerwerb gleichzeitig mit dem Erlangen der Rechtsstellung geschieht. Die Stimmrechtsübertragung stellt auch das Erlangen der Rechtsstellung, wenn das Stimmrecht nach dem gesellschaftsrechtlichen Verständnis als Befugnis des Mitglieds zur Teilnahme an der kollektiven Willensbildung definiert werden soll, um sicherzustellen, dass ein Unternehmen auf unternehmerische Entscheidungen eines anderen Unternehmens einen Einfluss ausüben kann³¹⁵.

Aus dem Umstand heraus, dass der Anteilerwerb das Erlangen der Rechtsstellung voraussetzt, ist ersichtlich, dass für den Erwerbsbegriff die Art und Weise des Erwerbs nicht relevant ist³¹⁶. Die Frage, ob der Erwerb auf Vertrag oder Gesetz beruht, spielt auch keine Rolle³¹⁷. Es muss sich nicht um einen originären Erwerb handeln, und auch ein derivativer Erwerb kann als ein Erwerb im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB angesehen werden³¹⁸. Der zu berücksichtigende Erwerbsvorgang bezieht sich nicht auf eine bevorzugte Befriedigung des Gläubigers aus den übertragenen Anteilen.

§ 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB setzt der Anteilerwerb nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB nur den Erwerb des Vollrechts voraus. Der Erwerb im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB umfasst also kein Teilrecht, z. B. dingliche Rechte wie Pfandrecht oder Nießbrauch³¹⁹, wobei nur die Sicherungsübertragung gleichzusetzen ist³²⁰. Allerdings liegt der Anteilerwerb vor, wenn dem Nießbraucher das Stimmrecht zusteht³²¹.

Der Erwerbsbegriff im Rahmen des § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB bedeutet eine Kapitalerhöhung, wie sie sich aus der Gründung einer Gesellschaft oder der Übernahme von Anteilen ergibt³²². Diesbezüglich besteht die Möglichkeit, für die Prüfung des Anteilerwerbs eine ungleiche Kapitalherabsetzung zu berücksichtigen, wobei tatsächlich das Wachsen des prozentualen Anteils eines Gesellschafters stattfindet. Dies zeigt sich auch im Fall der Einziehung eines Geschäftsanteils, die ein Anwachsen der Anteile impliziert, das tatsächlich die Rechtsposition der verbleibenden Gesellschaft verstärken kann³²³.

Es kommt nicht auf den Zeitpunkt des Anteilerwerbs an³²⁴, da nicht der Ablauf des Zusammenschlusses, sondern sein Bestand wettbewerbsrelevant ist³²⁵. Da der Zusammenschluss mit dem Wirksamwerden des Erwerbs vollendet

³¹³ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, § 37 Rn. 48.; Paschke in Frankfurter Kommentar, § 23 Tz. 46.

³¹⁴ WuW/E KG, DE-R 270 - „ASV/Silke“.

³¹⁵ Paschke in Frankfurter Kommentar, § 23 Tz. 47.

³¹⁶ Paschke in Frankfurter Kommentar, § 23 Tz. 49.; Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, § 37 Rn. 49.

³¹⁷ Emmerich, Kartellrecht, S.289.

³¹⁸ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, § 37 Rn. 51.

³¹⁹ Paschke in Frankfurter Kommentar, § 23 Tz. 49.; Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, § 37 Rn. 49; Langen/Ruppelt, KartR (9 Aufl.), § 37 Rn. 35.

³²⁰ Langen/Ruppelt, KartR (9 Aufl.), § 37 Rn. 35.

³²¹ Mestmäcker in Immenga/Mestmäcker, § 23 Rn. 149. Prof. Mestmäcker hat die Möglichkeit im Falle der Bestellung eines Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen angenommen.

³²² Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23 Rn. 60.

³²³ Langen/Ruppelt, KartR (9 Aufl.), § 37 Rn. 35.

³²⁴ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, § 37 Rn. 70.

³²⁵ Langen/Ruppelt, KartR (9 Aufl.), § 37 Rn. 42.

ist³²⁶, sobald der Erwerber zivilrechtlich wirksam die gesellschaftsrechtliche Position erlangt³²⁷, kann aber der Zeitpunkt des Erwerbs ein entscheidendes Kriterium für den Erwerbsbegriff sein, wenn der Erwerbsvorgang dazu dienen soll, dass die Rechtsstellung eines Unternehmens gesichert wird.

Gemäß der Auffassung der Monopolkommission³²⁸ ist für die Anwendbarkeit des § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB eine einheitliche Beurteilung des gesamten Erwerbsvorgangs notwendig, wenn die Anteilerwerbe in mehreren Schritten durchgeführt werden. Das führt dazu, dass es sich bei dem Tatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB um Anteilerwerbe in mehreren Schritten handelt, wenn diese insgesamt die beiden Schwellenwerte nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB erreichen, obwohl ein einzelner Erwerbsvorgang in mehreren Schritten die beiden Schwellenwerte nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB nicht erreicht.

cc) Minderheitsbeteiligung

Nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 GWB liegt ein Anteilerwerb vor, wenn der Erwerb der Anteile von mehr als 25% oder 50% des Kapitals oder der Stimmrechte durchgeführt wird. Jede der Stufen in § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 GWB stellt einen selbständigen Zusammenschlusstatbestand dar³²⁹. Die Voraussetzung des Anteilerwerbs wird durch einen Erwerb von Anteilen unter 25% nicht erfüllt, da § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 GWB nur in dem Fall Anwendung findet, wenn das/ein Überschreiten der Schwellenwerte stattfindet

Doch wird bei dem Anteilerwerb eine Überprüfung der Minderheitsbeteiligung als notwendig angesehen, um die Lücke des formellen Kriteriums zu schließen.

Wenn hinsichtlich des Zweck des § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB die Anteilsschwellenwerte im Rahmen des § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 GWB unternehmerischen Erfolg im Wettbewerbsprozess widerspiegeln sollen³³⁰, der zu der Einflussnahme dient, den ein Unternehmen auf ein anderes Unternehmen ausüben kann, dann kann der Erfolg nicht ausschließlich auf einer bestimmten Beteiligungsquote beruhen. Er kann auch durch solche Unternehmensverbindungen verwirklicht werden, bei denen die Schwellenwerte im Rahmen des § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 GWB nicht erreicht werden, aber wegen faktischer Grundlagen zusätzlich die Auswirkungen zu ermitteln sind, die tatsächlich mit der aus einem Anteil von mehr als 25% der Beteiligung ergebenden Auswirkung vergleichbar sein können³³¹. Berücksichtigt man den § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB soll diese Minderheitsbeteiligung mit faktischer Grundlage soll verhindert werden.

Die zu berücksichtigende faktische Grundlage ist ein dauerhafter, gesellschaftsrechtlich vermittelter Einfluss³³² und unabhängig davon, in welcher Art und in welchem Ausmaß ein Unternehmen den Einfluss auf ein anderes Unternehmen erlangen kann³³³. Hier sind beispielsweise in erster Linie Erörterungs- und Mitspracherechte zu ermitteln, die bei der Bestellung, Abberufung oder Überwachung der Geschäftsführung, der Abänderung des Gesellschaftsvertrages oder sonstigen Grundlagenbeschlüssen ausgeübt werden können³³⁴. Bloße Einflussmöglichkeiten durch Kreditverhältnisse oder Geschäftsbeziehungen spielen hierbei keine Rolle.³³⁵

dd) Zurechnung

Eine wichtige Frage in dem Anteilerwerb soll (die Frage) sein, welche Anteile für die in § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 GWB festgelegten Schwellenwerte zusammengerechnet werden können, soweit sich der Anteilerwerb auf eine maßgebliche Anteilshöhe bezieht.

³²⁶ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23 Rn. 76.

³²⁷ Langen/Ruppelt, KartR (9 Aufl.), § 37 Rn. 35.

³²⁸ Monopol Kommission, 5. Haupt Gutachten, Tz. 449ff..

³²⁹ Bechtold, GWB, § 37. Rn 20.

³³⁰ Hölzler, Henrich, Der Marktanteil in der Fusionskontrolle bei internationaler Wirtschaftsverflechtung, Köln 1988, S.519.

³³¹ Vgl. BGHZ 90, 395 -„Beton- und Monierbau/WestLB“.

³³² Emmerich, Kartellrecht, S. 289.

³³³ WuWE OLG 2119 „VEW-Gelsenwasser“.

³³⁴ Heidenhain, Martin, Fusionskontrolle beim Erwerb von weniger als 25 % des stimmberechtigten Kapitals eines Unternehmens - Zur Anwendung des Umgehungstatbestandes des § 23 II Nr.2 Satz4GWB -, WRP 1986, S. 320.

³³⁵ Baron, Das neue Kartellgesetz, S.36.

Hierbei hat eine große Bedeutung die Verbundklausel nach § 36 Abs. 2 GWB und die Zurechnungsklausel des § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 GWB, wobei es sich um die Anteile, die den beteiligten Unternehmen tatsächlich zur Verfügung stehen, handelt.

(1) *Verbundklausel*

Nach der Regierungsbegründung³³⁶ sind für Zurechnungsfragen im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 GWB die Anteile der verbundenen Unternehmen zu berücksichtigen. Das Zusammenspiel von § 36 Abs. 2 GWB mit § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 GWB führt zur Zusammenrechnung der gehaltenen Anteile eines verbundenen Unternehmens³³⁷.

Es stellt sich bei der Zurechnung der Anteile allerdings die Frage, ob es sich bei dem Anteilserwerb um einen konzerninternen Erwerb von Anteilen handelt.

Eine Meinung in der Literatur hat fusionskontrollrechtliche Relevanz des konzerninternen Anteilserwerbs verneint³³⁸, da sich aus einem konzerninternen Anteilserwerb kein Vorkommen der Verstärkung der bestehenden Unternehmensverbindung ergibt.

Diese Meinung betont, dass der konzerninterne Anteilserwerb nur zu konzerninternen Umstrukturierungen führen kann³³⁹, da er ein Erwerb der Anteile zwischen dem erwerbenden Unternehmen und dem veräußernden Unternehmen innerhalb eines Konzerns ist, der als einheitliches Unternehmen angesehen wird. Es ist deswegen kaum zu erwarten, dass im konzerninternen Anteilserwerb die Verstärkung des bestehenden Zusammenschlusses vorkommt³⁴⁰, während der Anteilserwerb des § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB der Erwerb von Anteilen an einem anderen Unternehmen ist, welcher Auswirkungen auf externe Unternehmen und auf die Marktstruktur hat³⁴¹.

Mestmäcker/Veelken haben die Auffassung vertreten³⁴², dass die fusionskontrollrechtliche Relevanz vom konzerninternen Anteilserwerb anzunehmen ist, wenn sich der Grundtatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB auf bestimmte Anteilshöhen bezieht, da der konzerninterne Anteilserwerb schon im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle an Bedeutung gewinnt, so dass sich eine bereits bestehende Unternehmensverbindung durch ihn hinsichtlich des materiellen fusionsrechtlichen Verständnisses verstärken kann, wenn nach dem konzerninternen Anteilserwerb konzerninterne Umschichtungen des Beteiligungsbesitzes erfolgen, die auf der Übertragung der Anteile auf die Beteiligungsgesellschaft beruht. Am deutlichsten ist dies in den Fällen zu ermitteln, in denen der Verbund durch die Mehrmütterklausel hergestellt wird. Die Rechtssprechung³⁴³ hält an dieser Meinung fest. Sie spricht davon, dass ein schon bestehender Zusammenschluss durch die Übertragung dieser Anteile auf die Beteiligungsgesellschaft zu verstärken ist, da durch den konzerninternen Anteilserwerb die Einflussrechte der Beteiligungsgesellschaft tatsächlich verstärkt werden können.

Aus dem Umstand heraus, dass ein konzerninterner Anteilserwerb tatsächlich zur Verstärkung der Einflussrechte der Beteiligungsgesellschaft führen kann, (er)scheint es, dass die fusionsrechtliche Bedeutung eines konzerninternen Anteilserwerbs anzunehmen ist, da das Schicksal des Anteilserwerbs von einer lückenlosen Erfassung der gesamten Anteile abhängt, welche zu den beteiligten Unternehmen gehören und zur Wirtschaftsmacht des Erwerbers dienen.

(2) *Treuhandverhältnis*

Nach § 37 I Nr. 3 S. 2 GWB gehören zu den Anteilen, die dem Unternehmen gehören, auch die Anteile, die einem anderen für Rechnung dieses Unternehmens gehören.

³³⁶ Begründung zum Einwurf, BT-Drucksache 13/9720, zu § 37 I.

³³⁷ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, § 37 Rn. 61.

³³⁸ Bechtold, GWB, § 37 Rn 39; Kellermann, Zur Fusionskontrolle bei Personengesellschaften, S. 671.

³³⁹ Kellermann, Zur Fusionskontrolle bei Personengesellschaften, S. 671; KG, AG 1992, 162 - „WAZ/IKZ“.

³⁴⁰ Lutter, Marcus, Konzerninterne Veränderung und Anzeigepflicht aus § 23 GWB, NJW 1974, S. 1270.

³⁴¹ Bechtold, Das neue Kartellrecht, S. 134.

³⁴² Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, § 37 Rn. 63; Emmerich, Kartellrecht, S. 292.

³⁴³ KG, AG 1992, 162 - „WAZ/IKZ“

(a) *Aufspaltung der Zuständigkeit*

Die Besonderheit des Treuhandverhältnisses ist die Aufspaltung der Zuständigkeit an einem Treugut in eine formale Rechtsstellung des Treuhänders und eine materielle Rechtsstellung des Treugebers, wenn die Anteile vom Erwerber unmittelbar zwar nicht erworben werden, dem Erwerber aber tatsächlich gehören und damit dazu dienen, dass der Erwerber auf die Zielgesellschaft einen Einfluss ausüben kann.

Dies führt dazu, dass bei der Zurechnung der Anteile notwendig ist, die Anteile aufgrund eines Treuhandverhältnisses zusammenzuzählen³⁴⁴. In dem Fall, dass die vom Erwerber unmittelbar innegehaltene Beteiligung einen Schwellenwert nach § 37 I Nr. 3 S.1 GWB zwar nicht erreicht, aber mit den vorliegenden Anteilen die maßgebliche Beteiligungshöhe und damit das vom Zusammenschlussstatbestand erfasste Störpotential geschaffen wird³⁴⁵, liegt daher der Anteilerwerb im Rahmen des § 37 I Nr.3 GWB vor.

Die Treuhandverhältnisse werden mit den unterschiedlichsten Zwecken verwirklicht. Ihre Ausgestaltung wird daher im Einzelfall unterschiedlich gebildet³⁴⁶.

Nach *Riesenkampff*³⁴⁷ findet eine typische Konstellation in dem Fall statt, wenn die Hausbank eines Unternehmens Anteile an einem anderen Unternehmen erwirbt. Dabei ist der Verdacht zu ermitteln, dass die Hausbank als Treuhänder die Anteile nicht für sich, sondern treuhändisch für ihren Kunden erwirbt. Bei diesem treuhänderischen Anteilerwerb sind der Hausbank als Treuhänder die Rechte zur Ausübung im eigenen Namen eingeräumt³⁴⁸. Die Hausbank erwirbt und erhält aber die Anteile formal. Tatsächlich kann das Unternehmen als Treugeber Rechte aufgrund eines Treuhandverhältnisses in seinem Interesse nutzen, da die Anteile wegen materieller Rechtsstellung dem Treugeber zur Verfügung stehen³⁴⁹.

(b) *Definition von „für Rechnung“ des § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 GWB*

Wenn der Begriff des Anteils im Rahmen des § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 GWB bezieht sich ausdrücklich auf die Anteile, die ein Dritter für Rechnung des Erwerbers erhält³⁵⁰, wird für ein Treuhandverhältnis nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 GWB die Übernahme des wirtschaftlichen Risikos als notwendig angesehen. Über die Notwendigkeit der Leitungsmacht, um dem Treuhandverhältnis nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 GWB Rechnung zu tragen, gibt es aber unterschiedliche Meinungen. Dabei stellt sich die Frage, ob die Treuhandverhältnisse ausschließlich auf der Risikoverteilung beruhen, oder ob zusätzlich der Treugeber in der Lage sein muss, die Verwaltungsrechte hinsichtlich des von einem Dritten als Treuhänder gehaltenen Anteils wahrzunehmen³⁵¹.

Die Notwendigkeit des Kriteriums der Leitungsmacht ist von einigen Meinungen in der Literatur in Zweifel gezogen worden³⁵².

Nach *Mestmäcker/Veelken* lässt sich die Prüfung des Treuhandverhältnisses ohne Ausübung der Leitungsmacht durchführen, da derjenige, dem Gegenstände für Rechnung eines anderen gehören, verpflichtet ist, das Treugut nicht nur im Interesse des Treugebers zu verwalten, sondern das Erlangte an diesen herauszugeben. Nach *Emmerich*³⁵³ ist für die Ausübung der Leitungsmacht ein Weisungsrecht des Erwerbers hinsichtlich der Ausübung der Rechte aus diesem Anteilsbesitz nicht unbedingt notwendig. Es genügt vielmehr, dass der Erwerber auf die fraglichen Anteile eine Option besitzt, dass sich die Anteile im Besitz von Treuhändern befinden oder dass sie zum Vermögen einer Holding gehören, auf die der Erwerb seinerseits wiederum Einfluss nehmen kann.

³⁴⁴ Thurnher, Victor, Zurechnung des Treugutes im Fusionskontrollrecht, WuW 1994, S. 303.

³⁴⁵ Vgl. KG, AG 1992, 162 - „WAZ/IKZ“.

³⁴⁶ Langen/Ruppelt, KartR (9Aufl.), § 37 Rn. 36.

³⁴⁷ Riesenkampff, Alexander, Treuhandverhältnisse in der Fusionskontrolle und Zurechnungsklausel des § 23 Abs. 2 nr. 2 Satz 2 GWB, WuW 1996, S. 5.

³⁴⁸ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23 Rn. 381.

³⁴⁹ Riesenkampff, Treuhandverhältnisse in der Fusionskontrolle und Zurechnungsklausel des § 23 Abs. 2 nr. 2 Satz 2 GWB, S. 5.

³⁵⁰ Bechtold, Das neue Kartellrecht, S. 131.

³⁵¹ WuWE BGH DE-R 617 - „Treuhandwerb“.

³⁵² Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, § 37 Rn. 65; Emmerich, Kartellrecht, S. 291; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23 Rn. 114.

³⁵³ Emmerich, Kartellrecht, S. 291.

Über diese Meinung kritisiert *Riesenkampff*. Er ist der Ansicht, dass sie davon ausgeht, die Umgehung der Zusammenschlusskontrolle durch Einschaltung von Treuhändern oder Stroh Männern wirkungsvoll zu vermeiden³⁵⁴. Sie entspringt offenbar der Besorgnis und dem Unbehagen darüber, dass die Fusionskontrolle leichter umgangen werden könnte, wenn für die Zurechnung von Anteilen auch noch Weisungsrechte des Treugebers verlangt würden³⁵⁵.

Andere Meinungen besagen, dass das Treuhandverhältnis im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle neben der Übernahme des wirtschaftlichen Risikos noch die Ausübung der Leitungsmacht voraussetzt.

*Langen/Ruppelt*³⁵⁶ vertreten die Auffassung, dass das Treugut dem Treugeber zugerechnet wird, wenn auch die Wahrnehmung der Verwaltungsrechte - gegebenenfalls durch den weisungsgebundenen Treuhänder für den Treugeber - beim Treugeber liegt.

Riesenkampff hat auch unter Bezugnahme auf den Sinn und Zweck der Zusammenschlusskontrolle die Auffassung vertreten³⁵⁷, dass es notwendig ist, zwischen dem Treuhändler und dem Treugeber einen wettbewerblich erheblichen Einfluss entstehen oder verstärken zu lassen. Demgemäß beruht für die Zurechnungsklausel, die eine Ausprägung des Treuhandgedankens ist, die Zurechnung von Anteilen nicht allein darauf, wer das wirtschaftliche Risiko trägt. Entscheidend ist vielmehr hinsichtlich des Sinns und Zwecks der Zusammenschlusskontrolle wie auch des jeweiligen Treuhandverhältnisses die Frage, wem die Leitungsmacht obliegt. Die Meinung des Bundeskartellamts spricht auch dafür, dass für die Zurechnung der Anteile nur die Übernahme des wirtschaftlichen Risikos durch den Treugeber verlangt wird³⁵⁸.

Im Falle des Beschlusses „Treuhandwerb“ äußert der BGH³⁵⁹, dass einem Unternehmen die von einem Treuhänder erworbenen Anteile an einem anderen Unternehmen jedenfalls dann zuzurechnen sind, wenn es als Treugeber nicht nur das wirtschaftliche Risiko des Anteilerwerbs trägt, sondern auch in der Lage ist, die mit dem Anteil verbundene Leitungsmacht über das andere Unternehmen auszuüben.

Zum Zweck des § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 GWB wird die Existenz der Leitungsmacht als notwendige Voraussetzung berücksichtigt. Es muss daher geprüft werden, wer nach dem Zusammenschluss die Entscheidungsbefugnis über die Ausübung der Verwaltungs- und Stimmrechte innehat, wenn ein Treuhänder an einem Vorgang beteiligt ist. Die Auslegung der Ausübung der Leitungsmacht ist aber weiter durchzuführen, wenn sie dem Zweck der Zusammenschlusskontrolle entspricht.

ee) Gemeinschaftsunternehmen

Wenn mehrere Unternehmen gleichzeitig oder nacheinander die Anteile im vorbezeichneten Umfang an einem anderen Unternehmen erwerben, gilt dies nach § 37 I Nr. 3 Satz 3 GWB hinsichtlich der Märkte, auf denen das andere Unternehmen tätig ist, auch als Zusammenschluss der sich beteiligenden Unternehmen untereinander.

(1) Konzentratives Gemeinschaftsunternehmen

Nach § 37 I Nr. 3 Satz 3 GWB integriert das GWB das Gemeinschaftsunternehmen in den Anteilerwerb, fingiert aber einen zusätzlichen Zusammenschlusstatbestand³⁶⁰, wenn es sich um die Unternehmenskonzentration handelt, die sich auf die Anteile der Muttergesellschaften auf dem Tätigkeitsgebiet der gemeinsamen Gesellschaft bezieht.

Ein Gemeinschaftsunternehmen stellt die Kooperation von Großunternehmen dar, wenn sie gemeinsam und zu gleichen Teilen für das neu errichtete Geschäft arbeiten, um die Vorteile zu genießen³⁶¹, die Zusammenarbeit von der

³⁵⁴ Riesenkampff, Treuhandverhältnisse in der Fusionskontrolle und Zurechnungsklausel des § 23 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 GWB, S. 7.

³⁵⁵ Riesenkampff, Treuhandverhältnisse in der Fusionskontrolle und Zurechnungsklausel des § 23 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 GWB, S. 9.

³⁵⁶ Langen/Ruppelt, KartR (9. Aufl.), § 37 Rn. 36.

³⁵⁷ Riesenkampff, Treuhandverhältnisse in der Fusionskontrolle und Zurechnungsklausel des § 23 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 GWB, S. 14.

³⁵⁸ WuW/E BKartA 2088 f. - „Klöckner/Seitz“; WuW/E BKartA DE-V 40 ff. - „WAZ/IKZ“.

³⁵⁹ WuW/E BGH DE-R 613 - „Treuhandwerb“.

³⁶⁰ Bechtold, GWB, § 37 Rn. 30; Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, § 37 Rn. 67.

³⁶¹ WuW/E BGH = WuW 11/ 1979, S. 764 - „KVR/78 (Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlagsgesellschaft)“.

Sicherung der Rohstoffbasis der Mütter über die gemeinsame Erschließung neuer Märkte bis zur Vergemeinschaftung von Risiken zu verwirklichen³⁶².

Obwohl die bloße Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens keine unmittelbare Beschränkung des Wettbewerbs beinhaltet,³⁶³ hat das Gemeinschaftsunternehmen eine wettbewerbliche Bedeutung, da die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens theoretisch dazu dient, neue Wettbewerbsmöglichkeiten zu eröffnen, sprich/und einen zusätzlich dritten Wettbewerber zu schaffen³⁶⁴. Hierbei ist ein konzentratives Gemeinschaftsunternehmen grundsätzlich von kooperativen oder koordinierenden Gemeinschaftsunternehmen zu unterscheiden³⁶⁵. Bei einem konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen bleibt es unmöglich, die Koordinierung des Wettbewerbers durchzuführen³⁶⁶.

Ein koordinierendes Gemeinschaftsunternehmen unterliegt nahezu ausnahmslos der Prüfung des Kartellverbots nach § 1 GWB³⁶⁷. Denn im koordinierenden Gemeinschaftsunternehmen bleiben die Muttergesellschaften nur als formaler Wettbewerber aus der Koordinierung der Muttergesellschaften, so dass sie auf dem vergemeinschafteten Markt ebenso wie auf anderen Märkten in dem Gemeinschaftsunternehmen zusammenarbeiten³⁶⁸. Dabei hören die Muttergesellschaften auf, auf dem Tätigkeitsgebiet der gemeinsamen Gesellschaft aktueller oder potentieller Wettbewerber zu sein³⁶⁹.

Wenn in der Zusammenschlusskontrolle ein wettbewerbspolitisches Bedürfnis zu ermitteln ist, das vom marktstrukturellen Aspekt ausgeht³⁷⁰, kommt es vor allem bei der Zusammenschlusskontrolle auf ein konzentratives Gemeinschaftsunternehmen an, da die Errichtung eines konzentrativen Gemeinschaftsunternehmens dazu führt, dass die Muttergesellschaft aus den betreffenden Märkten ausscheiden, die vor dem Zusammenschluss auf den Märkten des Gemeinschaftsunternehmens aktueller oder potentieller Wettbewerber war, so dass die Zahl der Wettbewerber reduziert wird³⁷¹.

Die Definition eines konzentrativen Gemeinschaftsunternehmens beruht auf einem Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen des Art. 3 II EFKV, wenn ein Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt. Die Voraussetzung des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens wird bei der Behandlung von Einzelfällen geprüft.

Niedrige Marktanteile der Muttergesellschaften lassen darauf schließen, dass die Errichtung eines Gemeinschaftsunternehmens für die Muttergesellschaften keinen Anreiz zur Verhaltenskoordinierung bildet³⁷². Ein subjektives Tatbestandsmerkmal der Koordinierung zwischen den Gesellschaftern spielt keine Rolle³⁷³, wenn es sich um ein konzentratives Gemeinschaftsunternehmen handelt. Ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen kann auch dann vorliegen, wenn dem Gemeinschaftsunternehmen lediglich Zugriff auf die im Eigentum der Muttergesellschaft verbleibenden Produktionsmittel gewährt wird³⁷⁴. Ein Gemeinschaftsunternehmen ist nicht funktionell selbständig, wenn die Gründungsunternehmen fast sämtliche Dienstleistungen, die sich auf die Produktion, Verwaltung und Verstärkung der von dem Gemeinschaftsunternehmen zu verwaltenden Versicherungspolitiken beziehen, erledigen³⁷⁵. Mehr als

³⁶² Emmerich, Kartellrecht, S. 292.

³⁶³ Sandrock, Otto, AWD 1970, S. 370 Sp. 1, in Ebel, Kartellrecht, § 23 Rn. 35.

³⁶⁴ Sandrock, Otto, AWD 1970, S. 370 Sp. 1, in Ebel, Kartellrecht, § 23 Rn. 35.

³⁶⁵ Auf bestimmte kooperative Gemeinschaftsunternehmen wendet das Bundeskartellamt nur das Kartellverbot, nicht hingegen die Zusammenschlusskontrollvorschriften an. Es handelt sich dabei um Kartellorgane, d.h. um Gemeinschaftsunternehmen, die ausschließlich als Organ eines zu legalisierenden Kartells fungieren und deren Bestand (Beginn und Ende des Gemeinschaftsunternehmens) an die Wirksamkeit des Kartells gekoppelt; Zitat in Canenbley/Moosecker, Fusionskontrolle, S. 188.

³⁶⁶ Hirsbrunner, Simon, Die revidierte EG-Fusionskontroll-Verordnung, Heft 3/1998 EuZW, S. 71.

³⁶⁷ Baron, Das neue Kartellgesetz, S. 36.

³⁶⁸ WuW/E EU-V 371, „Fujitsu/Siemens“.

³⁶⁹ Paschke in Frankfurter Kommentar, § 23 Tz. 66.

³⁷⁰ WuW 1/ 2000, S. 79 -„Generali/Unicredito“.

³⁷¹ Ebel, Kartellrecht, § 23 Rn. 35.

³⁷² WuW/E EU-V-„PanAgora/DG Bank“.

³⁷³ Paschke in Frankfurter Kommentar, § 23 Tz. 66; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23 Rn. 128; Mestmäker in Immenga/Mestmäker, § 23 Rn. 186; Möschel, Wettbewerbsbeschränkungen Rn. 760.

³⁷⁴ WuW/E EU-V 437 -„KLM/ALITALIA“.

³⁷⁵ EuGH, Urteil vom 4.3.1999, T-87_96- „Generali Unicredito“, WuW 2000, 77 ff..

eine koordinierende Wirkung des Gemeinschaftsunternehmens wird angesehen, wenn ein Zusammenschluss eine enge und dauerhafte Zusammenarbeit mit sich bringt, auf deren Grundlage Kostenvorteile und andere Synergieeffekte realisiert werden können³⁷⁶. Ein Gemeinschaftsunternehmen kann auch dann als konzentrativ dann angenommen werden, wenn es vereinzelt zu einer Zusammenarbeit zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen und einer der Muttergesellschaften in demselben Markt kommt³⁷⁷.

Die Schwierigkeit, ein konzentratives Gemeinschaftsunternehmen von einem kooperativen oder koordinierenden abzutrennen, führt zu der Frage, ob den Zusammenschlusskontrollvorschriften ganz oder partiell der Vorrang vor den Vorschriften über Kartelle zukommt oder ob beide Vorschriften nebeneinander anwendbar sind³⁷⁸. Diese kartellrechtspolitische Problematik ist wettbewerbspolitisch keineswegs einheitlich zu beurteilen und zu behandeln³⁷⁹. Nach der Zweischrankentheorie unterliegt ein Gemeinschaftsunternehmen einer Doppelkontrolle³⁸⁰. Ein Gemeinschaftsunternehmen soll daher unter die Prüfung des Kartellverbots und der Zusammenschlusskontrolle fallen, wann immer ihre Voraussetzungen erfüllt werden³⁸¹. Die Meinung der Rechtsprechung³⁸² und des Bundeskartellamtes³⁸³ hält daran fest.

(2) *Teilfusion*

Nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB geht es bei dem Gemeinschaftsunternehmen um eine Teilfusion, also um die Fiktion des partiellen horizontalen Zusammenschlusses der Mütter auf dem Tätigkeitsgebiet des Gemeinschaftsunternehmens³⁸⁴.

Da im Mittelpunkt der Teilfusion ein horizontaler Zusammenschluss der Muttergesellschaft untereinander steht, freilich nur für den Markt des Gemeinschaftsunternehmens³⁸⁵, wird es im Gemeinschaftsunternehmen als notwendig betrachtet, dass die Berechnung der Größenmerkmale der Zusammenschlüsse innerhalb des jeweiligen Zusammenschlusses im Vertikalverhältnis einerseits und im Horizontalverhältnis andererseits vorzunehmen ist³⁸⁶, wenn die Muttergesellschaften auf dem relevanten Markt von Gemeinschaftsunternehmen gemeinsam als kollektive Einheit auftreten oder handeln³⁸⁷.

Für die Schwellenwerte nach § 35 Abs. 1 GWB werden also die Umsatzerlöse aller Muttergesellschaften im Rahmen des § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB zusammengezählt, die die Mütter auf dem Tätigkeitsgebiet des Gemeinschaftsunternehmens erzielen³⁸⁸. Wären nur der Erwerber und die Zielgesellschaft Zusammenschlussbeteiligte gewesen, dann wäre der Fall mangels Erreichen der gesetzlich vorgesehenen Umsatzschwellen der präventiven deutschen Fusionskontrolle nicht unterlegen gewesen³⁸⁹.

Neben einer Addition der Gesamtumsätze der Muttergesellschaften bleibt auch die Möglichkeit bestehen, dass die Marktanteile der Muttergesellschaften auf dem Tätigkeitsgebiet des Gemeinschaftsunternehmens addiert werden können; dies unterscheidet sich von der Mehrmütterklausel des § 36 II S. 2 GWB, wenn sie nicht zu einer Unternehmensverbindung der Mütter untereinander führt, so dass ihre Marktanteile insgesamt zusammenzurechnen wären³⁹⁰.

³⁷⁶ WuWE DE-V 126 - „WITASS“.

³⁷⁷ EG-kommission, Entscheidung vom 19.5.1998, IV-M.1101-Hermes-Sampo-FCIC, WuW 1998, 905ff..

³⁷⁸ Emmerich, Kartellrecht, S. 297.

³⁷⁹ Vgl. Rittner Fritz, Einführung in das Wettbewerbs- und Kartellrecht, 1985

³⁸⁰ Schulte, Änderung der Fusionskontrolle durch die 6. GWB-Novelle. S. 304.

³⁸¹ Emmerich, Kartellrecht, S. 297.

³⁸² BGHZ 96, 77 ff..

³⁸³ Die AG 1988, 352 . „Heidelberger Zement/Malik“; 1988, 242f. - „Moksel/Südfleisch (Ostfleisch)“.

³⁸⁴ Regierungsbegründung zu dem Entwurf, BT-Drucks. VI/2520, S 27.

³⁸⁵ Emmerich, Kartellrecht, S. 294.

³⁸⁶ Paschke in Frankfurter Kommentar, § 23 Tz. 69.

³⁸⁷ WuWE EU-R 309 - „CMB/Kommission“.

³⁸⁸ Bechtold, GWB, § 37 Rn. 30.

³⁸⁹ Canenbley, Conelis, Der Zusammenschlussbegriff in der deutschen und europäischen Fusionskontrolle, am Beispiel des Anteilserwerbs, S 277.

³⁹⁰ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, § 37 Rn. 75.

Diese Zusammenschlussfiktion des § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB gilt nur für den Bereich der formellen Zusammenschlusskontrolle, so dass ein Zusammenschluss der Mutterunternehmen als erhebliches Kriterium für die Anmeldepflicht und den Zusammenschlussbegriff betrachtet wird³⁹¹, während bei der materiellen Zusammenschlusskontrolle nach § 36 Abs. 1 GWB die Mütter auf dem Markt der Tochter nicht automatisch als wirtschaftliche oder wettbewerbliche Einheit angesehen werden können³⁹². Die wirtschaftliche Einheit muss von dem Bundeskartellamt gesondert nachgewiesen werden³⁹³.

Für das Bundeskartellamt geht es um eine wettbewerbliche Bedeutung der Zusammenarbeit der Muttergesellschaft³⁹⁴, also um die Auswirkungen der gemeinsamen Beteiligung mehrerer Unternehmen auf den Wettbewerb von Gemeinschaftsunternehmen³⁹⁵. Daher kommt nur eine Anwendung des § 36 Abs. 1 GWB auf die Teilfusion in Betracht, wenn die Mütter untereinander oder mit dem Gemeinschaftsunternehmen tatsächlich dazu dienen, eine wettbewerbliche Einheit zu bilden, von der eine Zusammenführung der Ressourcen zu erwarten ist³⁹⁶.

(3) *Gemeinsame Beherrschung*

Das Gesetz versucht, den sogenannten Gruppeneffekt im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle auf verschiedenen Wegen in den Griff zu bekommen³⁹⁷. Insbesondere im § 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 GWB wird die gemeinsame Beherrschung, die die einzelnen Muttergesellschaften auf die gemeinsame Tochtergesellschaft auf dem Tätigkeitsgebiet des Gemeinschaftsunternehmens ausüben können, behandelt³⁹⁸.

Grundsätzlich wird eine gemeinsame Beherrschung im Rahmen des § 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 GWB berücksichtigt, wenn es nur bloße gleichzeitige Beteiligung gibt. Das heißt, dass im Gemeinschaftsunternehmen der gemeinsame Zweck als unerheblich angesehen wird³⁹⁹, für den die Interessengleichrichtung oder Koordinierung zwischen den Gesellschaftern eine große Rolle spielt⁴⁰⁰.

Eine große Bedeutung in der gemeinsamen Beherrschung hat auch die Übergewichtsmöglichkeit zwischen Muttergesellschaften, die vertraglich oder tatsächlich zu blockieren ist⁴⁰¹.

Als vertragliche Grundlage werden besondere Stimmbindungsverträge oder entsprechende Ausgestaltungen der Satzung wie Einstimmigkeitserfordernisse oder Quoten berücksichtigt⁴⁰².

Für die Berücksichtigung tatsächlicher Umstände wird verlangt, dass die gemeinsame Beherrschung weitgehend mit einer Gesamtschau des einzelnen Falles geprüft wird⁴⁰³. Das führt dazu, dass z. B. das Zusammenfassen der Einflussmöglichkeiten mehrerer Unternehmen ermittelt wird, um einer gemeinsamen Beherrschung Rechnung zu tragen⁴⁰⁴. Darüber hinaus sollte eine weitgehende Vereinigung bis in alltägliche Geschäftsvorfälle berücksichtigt werden, z. B. bei der Finanz- und Investitionsplanung und bei Investitionen bis zu einer festgelegten Wertgrenze.

Da sich vertikale Zusammenschlüsse im Tatbestand nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 GWB aus den Beteiligungsvorgängen einzelner Muttergesellschaften am Gemeinschaftsunternehmen ergeben⁴⁰⁵, gelten die Voraussetzungen des § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 GWB auch für ein Gemeinschaftsunternehmen im Rahmen des § 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3

³⁹¹ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, § 37 Rn. 74.

³⁹² Bechtold, GWB, § 37 Rn 30.

³⁹³ Langen/Ruppelt, KartR (9Aufl.), § 37 Rn. 44.

³⁹⁴ Begründung zur Stellungnahme, BT-Durchs. 9/460, Tz. 14.

³⁹⁵ Canenbley/Moosecker, Fusionskontrolle, S. 181.

³⁹⁶ BGHZ 73, 77ff. = NJW 1979, 918 – „Erdgas Schwaben“; BGHZ 79, 70 = NJW 1986 - „Klöckner/Becorit“.

³⁹⁷ Emmerich, Kartellrecht, S. 293.

³⁹⁸ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23 Rn. 125.

³⁹⁹ Langen/Ruppelt, KartR (9Aufl.), § 37 Rn. 43.

⁴⁰⁰ Bechtold, GWB, § 37 Rn. 25.

⁴⁰¹ WuW /E BGH = WuW 11/ 1979, S. 764 - „KVR/78 (Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlagsgesellschaft)“.

⁴⁰² Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S.508; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23 Rn 128.

⁴⁰³ WuW/E BGH 2377ff.= BGHZ 99, 126 - „Hussel/Mara“.

⁴⁰⁴ Deringer, Fragen zur „Gemeinsamen Beherrschung“, S. 560.

⁴⁰⁵ Bechtold, Das neue Kartellrecht, S. 132.

GWB⁴⁰⁶, so dass es bei der Beherrschung der Muttergesellschaften im Rahmen des § 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 GWB um die in § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 GWB genannten Schwellenwerte geht⁴⁰⁷. In diesem Zusammenhang kann wegen der 25%- Grenze des § 37 I Nr. 3 S. 1 lit. b GWB bei höchstens vier Unternehmen der Tatbestand des § 37 I Nr. 3 S. 3 vorliegen⁴⁰⁸.

Während die Muttergesellschaften des Gemeinschaftsunternehmens im Verhältnis zueinander nicht wirtschaftlich selbständig sein müssen⁴⁰⁹- es genügt aber nicht, wenn ein Unternehmen den beherrschenden Einfluss gemeinsam mit einer Privatperson ausübt⁴¹⁰, soll das Gemeinschaftsunternehmen zwar Unternehmen sein, muss aber nicht juristische Person sein⁴¹¹, die eigene Rechtspersönlichkeit voraussetzt. Es erscheint der gesellschaftsrechtlichen Stellung des OHG-Gesellschafters nicht angemessen, wenn eine prozentuale Qualifizierung seines Stimmrechts vorgenommen wird.

ff) Bankenklausel

§ 37 Abs. 3 GWB sieht den Anteilerwerb von Kreditinstituten, Finanzinstitute oder Versicherungsunternehmen vor. § 37 Abs. 3 S.1 GWB spricht dafür, dass das Erwerben von Anteilen an einem anderen Unternehmen durch Kreditinstitute, Finanzinstitute oder Versicherungsunternehmen zum Zwecke der Veräußerung nicht als Zusammenschluss gilt, solange sie das Stimmrecht aus den Anteilen nicht ausüben und sofern die Veräußerung innerhalb eines Jahres erfolgt. Nach § 37 Abs. 3 S. 2 GWB kann die Frist vom Bundeskartellamt auf Antrag verlängert werden, wenn glaubhaft gemacht wird, dass die Veräußerung innerhalb der Frist unzumutbar war.

Die Bankenklausel wurde durch die 2.GWB-Novelle eingeführt. In Anlehnung an Art. 3 Abs. 5 lit. a EG-Fusionskontrollverordnung wird das Privileg von Banken auch Finanzinstituten und Versicherungsunternehmen eingeräumt⁴¹². Für das Privileg spielt das Grundkonzept eine große Rolle, dass der wettbewerbsneutrale Anteilerwerb von der Zusammenschlusskontrolle ausgeschlossen werden soll, wenn der Anteilerwerb im Rahmen § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB dazu dienen soll, die Wettbewerbsgefahr zu erfassen, die auf dem Anteilerwerb beruht. Dabei handelt es sich schon um den Erwerb des Anteils, wenn er im normalen geschäftlichen Tätigkeitsbereich von Kreditinstituten, Finanzinstituten oder Versicherungsunternehmen verwirklicht wird.

So soll das Emissions- und Wertpapierhandelsgeschäft der Banken, Finanzinstitute und Versicherungsunternehmen von der Zusammenschlusskontrolle ausgenommen werden⁴¹³.

An Art. 3 Abs. 5 lit. a EG-Fusionskontrollverordnung angelehnt hat sich die 6. GWB-Novelle auch mit der Verlängerungsregelung in § 37 Abs. 3 S.2 GWB⁴¹⁴. Wenn die Voraussetzung nach § 37 Abs. 3 S.1 GWB nicht erfüllt wird, müssen die erworbenen Anteile innerhalb eines Jahres wieder veräußert werden⁴¹⁵. Nach § 37 Abs. 3 S.2 GWB ist ein Antrag zu stellen, in dem glaubhaft zu machen ist, dass die Veräußerung innerhalb der Frist unzumutbar war; der Antrag auf Fristverlängerung kann auch nach Ablauf der Frist gestellt werden⁴¹⁶.

d) Kontrollerwerb

Nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 S.1 GWB liegt ein Zusammenschluss vor, wenn der Erwerb der unmittelbaren oder mittelbaren Kontrolle durch ein oder mehrere Unternehmen über die Gesamtheit oder Teile eines oder mehrerer anderer

⁴⁰⁶ Paschke in Frankfurter Kommentar, § 23 Tz. 67.

⁴⁰⁷ BkartA, Beschluss vom 21.8.1997, B2-15111-U_97, „Ostfleisch“

⁴⁰⁸ Deringer, Fragen zur „Gemeinsamen Beherrschung“, S.559.

⁴⁰⁹ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23 Rn. 135; Paschke in Frankfurter Kommentar, § 23 Tz. 67.

⁴¹⁰ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 23 Rn. 239.

⁴¹¹ Paschke in Frankfurter Kommentar, § 23 Tz. 67.

⁴¹² Mestmäker/Veelken in Immenga/Mestmäker, § 37 Rn. 77; Traugott, Die neue deutsche Fusionskontrolle, 621ff.; Ebenroth, Carsten-Thomas/ Parche, Ulrich, Der Verordnungsentwurf einer europäischen Fusionskontrolle und seine Auswirkungen auf nationales und internationales Kartellrecht, BB Beilage 18 (1988), S.6.

⁴¹³ Vgl. dazu Purrucker, Fusionskontrolle, 142ff.

⁴¹⁴ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 37 Rdnr. 77.

⁴¹⁵ Traugott, Die neue deutsche Fusionskontrolle, ff 621..

⁴¹⁶ Bechtold, GWB, § 37 Rn 45.

Unternehmen stattfindet. Nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 GWB wird die Kontrolle im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 GWB durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründet, wenn sie einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen und rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewährt, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben, insbesondere durch Eigentums- oder Nutzungsrechte an einer Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens (lit. a), oder durch Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren (lit. b).

aa) Bedeutung

In der Einfügung des Kontrollerwerbs nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB ins GWB misst man der materiellen Betrachtungsweise im Zusammenschlussbegriff große Bedeutung bei, wobei es um das qualitative Merkmal geht⁴¹⁷, so dass sie dazu dient, alle Konstruktionen zu erfassen, in den ein steuernder unternehmerischer Einfluss auf ein Zielunternehmen zu ermitteln ist⁴¹⁸.

Da der gesetzliche Zusammenschlusstatbestands „Kontrollerwerb“ nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB in Anlehnung an Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe b i.V.m. Abs. 3 FKVO neu ins GWB eingefügt wurde, geht man von der Berücksichtigung der materiellen Betrachtungsweise im GWB aus⁴¹⁹, da bei der Errichtung der europäischen Fusionskontrolle die Notwendigkeit auftrat, die verschiedenen nationalen Rechtsordnungen, gesellschaftsrechtlichen Strukturen und Beteiligungsmodelle zu berücksichtigen und damit bestimmte strukturpolitische Kompetenzen zu schaffen. In Hinsicht auf die europäische Zusammenschlusskontrolle wird es vor allem als unmöglich angesehen, allein durch formale Zusammenschlusstatbestände das beabsichtigte Ziel effektiv zu erreichen⁴²⁰, Unternehmensverbindungen im Sinne der europäischen Zusammenschlusskontrolle zu erfassen. Um die Lücke formeller Zusammenschlusstatbestände zu schließen wird in die FKVO der Kontrollerwerb als Zusammenschlusstatbestand eingeführt, der eine materielle Betrachtungsweise darstellt⁴²¹.

Die Einfügung des Kontrollerwerbs ins GWB führt dazu, andere Zusammenschlusstatbestände mit dem Kontrollerwerb zu kombinieren⁴²². In der Praxis dürften sich unterschiedliche Zusammenschlusstatbestände in vielen Fällen überschneiden. Diese Überschneidung führt aber angesichts identischer Rechtsfolgen zu keinen Besonderheiten⁴²³.

Auch werden vom Zusammenschlusstatbestand „Kontrollerwerb“ die bisherigen formellen Zusammenschlusstatbestände im wesentlichen mitumfasst; die bisherigen formellen Zusammenschlusstatbestände nach den Nrn. 3, 4 und 5 des früheren § 23 Abs. 2 GWB wie etwa Betriebsanpachtung, Gewinnabführungsverträge, Konzernverträge, Herbeiführung der Personengleichheit bzw. jede sonstige Verbindung von Unternehmen, mit denen unmittelbar oder mittelbar beherrschender Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausgeübt werden kann, werden gestrichen⁴²⁴.

Wegen der Einfügung des Kontrollerwerbs ins GWB wird als notwendig angesehen, dass dem Kontrollerwerb Auslegungsgrundsätze zugrunde liegen, die von der europäischen Kommission bei der Behandlung von Einzelfällen befolgt und weiterentwickelt werden⁴²⁵.

bb) Alleinige Kontrolle

Nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 S.1 GWB handelt es sich um die Kontrolle, die durch ein Unternehmen erworben wird.

(1) Begriff der Kontrolle

Die Frage, wann eine Kontrolle im Rahmen des § 37 I Nr. 2 GWB stattfindet, bezieht sich auf die Tatbestände des § 37 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 GWB und des § 37 Abs. 1 Nr. 2 S.2 GWB und behandelt die alleinige Kontrolle, die ein Un-

⁴¹⁷ Canenbley, der Zusammenschlussbegriff in der deutschen und europäischen Fusionskontrolle, am Beispiel des Anteils-erwerbs, S. 279.

⁴¹⁸ Begründung zum Regierungseinwurf, BT-Dr. 852/97, S. 43.

⁴¹⁹ Begründung zum Regierungseinwurf, BT-Dr. 852/97, S. 43.

⁴²⁰ Schulte, Änderungen der Fusionskontrolle durch die 6.GWB-Nowelle, S.304.

⁴²¹ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, § 37 Rn. 41

⁴²² Begründung zum Regierungseinwurf, BT-Drucksache, Nr. I. 3, h, cc, in Baron, Das neue Kartellgesetz, S. 133.

⁴²³ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, § 37 Rn. 20.

⁴²⁴ Begründung zum Regierungseinwurf, BT-Drucksache, Nr. I. 3, h, cc, in Baron, Das neue Kartellgesetz, S. 133.

⁴²⁵ Baron, Das neue Kartellgesetz, S.35; Traugott, Die neue deutsche Fusionskontrolle, S. 623.

ternehmen über die Gesamtheit oder Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen unmittelbar oder mittelbar ausübt oder ausüben kann und somit die Möglichkeit hat, Einfluss auf die Tätigkeit eines anderen Unternehmens auszuüben.

Die Frage, wer die Kontrolle erwirbt, ist für den Kontrollerwerb nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 GWB nicht wichtig. Bei dem Kontrollerwerb spielt daher die Form des Unternehmens keine Rolle. Hierbei kommen nicht nur juristische Personen des privaten und öffentlichen Rechts, sondern auch natürliche Personen in Betracht⁴²⁶.

Nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 GWB hat im Kontrollerwerb die Frage, ob der Erwerbsgegenstand die Gesamtheit oder Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen ist, eine unerhebliche Bedeutung. Die Unternehmensteile im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 GWB sollen tatsächlich eine in sich geschlossene Einheit bilden, um einen wirtschaftlich selbständigen Betrieb zu ermöglichen⁴²⁷.

Im Rahmen des § 37 I Nr. 2 GWB wird nicht nur die Ausübung unmittelbarer Kontrolle ermittelt, sondern auch die Ausübung mittelbarer Kontrolle, die durch die Vermittlung eines anderen Rechtsträgers begründet werden kann. Diese mittelbare Kontrolle kann vor allem durch Finanzquellen oder Verwandtschaftsbeziehungen nachweisbar sein⁴²⁸. Den betreffenden Fall der mittelbaren Kontrolle formulieren *Mestmäcker/Veelken*⁴²⁹: „Der Erwerb der Kontrolle durch das Unternehmen A über das Unternehmen B bildet mittelbar auch einen Kontrollerwerb über alle von B kontrollierten Unternehmen und damit auch einen Zusammenschluss zwischen A und diesen Unternehmen.“

Wenn sich nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 GWB die Begründung der Kontrolle auf die Möglichkeit bezieht, dass die Ausübung eines bestimmenden Einflusses auf die Tätigkeit eines anderen Unternehmens durchgeführt wird, wird deutlich, dass für den Kontrollerwerb das beherrschende Unternehmen seinen Einfluss nicht unbedingt ausüben muss⁴³⁰. Es ist auch nicht notwendig, den Einfluss tatsächlich auszuüben⁴³¹.

(2) Mittel des Kontrollerwerbs

Das GWB sieht im § 37 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 GWB die Erwerbsmittel der Kontrolle vor, die einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines anderen Unternehmens ermöglichen.

Die Frage, welche Methode für den Kontrollerwerb eingesetzt wird, kann nicht von vornherein durch die Verwaltungspraxis der Europäischen Kommission und der Anwendung des Kontrollerwerbs beantwortet werden. Deswegen soll es nur unter den Umständen des Einzelfalles geprüft werden, dass es den Kontrollerwerb gibt⁴³².

(a) Anteilserwerb

Als wichtigstes Mittel des Kontrollerwerbs wird heutzutage der Erwerb des Anteils angesehen, die zugleich der Erwerb der Beteiligung ist⁴³³.

Es wird deutlich, dass die Kontrolle erworben wird, wenn es den Mehrheitsbeteiligungserwerb gibt, z. B. die Stimmrechtsmehrheit⁴³⁴, da dabei sonstige Anteile keine Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben⁴³⁵.

Auf den Minderheitsbeteiligungen beruht auch der Kontrollerwerb, sofern sie es dem Erwerber ermöglichen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen einen maßgeblichen Einfluss auf das Beteiligungsunternehmen auszuüben⁴³⁶.

⁴²⁶ EG Amtsblatt C 66 vom 02.03.1998., Mitteilung der Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses, S. 4 (Tz. 8).

⁴²⁷ Bechtold, GWB, § 37 Rn. 17.

⁴²⁸ EG Amtsblatt C 66 vom 02.03.1998., Mitteilung der Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses, S. 5 (Tz. 10).

⁴²⁹ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, § 37 Rn. 42.

⁴³⁰ EG Amtsblatt C 66 vom 02.03.1998., S. 4.

⁴³¹ Bechtold, GWB, § 37 Rn. 9.

⁴³² Begründung zum Regierungseinwurf, BT-Dr. 852/97, S. 44.

⁴³³ Begründung zum Regierungseinwurf, BT-Dr. 852/97 3.h.cc).

⁴³⁴ Emmerich, Kartellrecht, S 285.

⁴³⁵ Vgl. BKartA, Freigabe-Beschluß vom 1.6.1999, BI-45210-U-12/99, „Heitkamp“.

⁴³⁶ Emmerich, Kartellrecht (8. Aufl.), S. 283; Begründung zum Regierungseinwurf, BT-Dr. 852/97, S. 44.

Obwohl es die Minderheitsbeteiligungen gibt, wird die Kontrolle in dem Falle für begründet angesehen, wenn ein Minderheitsgesellschafter die Rechte hat, die sich darauf beziehen, die Wirtschaftsstrategie des Zielunternehmens zu entscheiden. Insbesondere sind hier die Vorzugsaktien zu berücksichtigen, die zur Stimmrechtsmehrheit führen⁴³⁷. Alleinige Kontrolle durch einen einzelnen Aktionär ist möglich, wenn er das Recht hat, die strategischen Entscheidungen des Unternehmens zu bestimmen⁴³⁸.

Der Kontrollerwerb der Minderheitsbeteiligung ist aufgrund faktischer Grundlagen zu schaffen. Ein typisches Beispiel ist die sichere Mehrheit in der Hauptversammlung⁴³⁹. Als faktische Grundlage werden auch die Möglichkeit des Streubesitzes der rechtlichen Anteile⁴⁴⁰, eine gesicherte Stimmenmehrheit aus regelmäßigen, niedrigen Präsenzen in den Hauptversammlungen und die Aufstockung einer Minderheitsbeteiligung behandelt.

Bei der Aufstockung einer 25%-Beteiligung auf 40% ist eine qualifizierte Minderheit zu ermitteln⁴⁴¹, um die es in § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB geht. Nach der europäischen Kommission kann ein Unternehmen, das 45,4% der Geschäftsanteile eines anderen Unternehmens besitzt und diese Beteiligung auf höchstens 49,9% aufstocken darf, durch Benennung einer Mehrheit von Mitgliedern des „Board of Directors“ einen anmeldepflichtigen Erwerb der Kontrolle über das andere Unternehmen vornehmen⁴⁴². In dem Fall, dass sich der Marktanteil der sich zusammenschließenden Unternehmen von 18 – 26 auf 55 – 65% steig, liegt ein Kontrollerwerb im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 GWB vor. Allerdings kann auf einem schrumpfenden Markt langfristig ein funktionsfähiger Wettbewerb insbesondere aufgrund der Nachfragemacht eines Unternehmens, auf das über 90 % der gesamten marktwirksamen Nachfrage entfällt, und aufgrund des Umfangs der dem Nachfragern erwachsenden Eigenleistungen zu erwarten sein.

(b) Vermögenserwerb

Die Kontrolle kann auch durch Vermögenserwerb begründet werden. Nach weitgehender Übereinstimmung des Kontrollerwerbs mit dem Vermögenserwerb nach § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB erfolgt der Erwerb der Kontrolle, wenn nicht nur das ganze Vermögen eines Unternehmens, sondern auch wesentliche Teile des Vermögens erworben werden⁴⁴³.

Teile des Anlagevermögens werden als wesentliche Teile des Vermögens angesehen, wofür es z.B. ausreichen kann, dass eine Fluggesellschaft durch ein kompliziertes Vertragswerk von einer anderen die auf den Linienflugverkehr bezüglichen Vermögensbestandteile unter Ausklammerung des Charterverkehrs kauft.⁴⁴⁴

(c) Verträge

Die Kontrolle kann durch Verträge geschaffen werden, wenn sie es ermöglichen, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines anderen Unternehmens auszuüben.

Zu denken ist etwa an die Verträge, durch die die Zusammensetzung der Geschäftsführung eines anderen Unternehmens, die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags oder der Satzung und das Zusammenwirken mit begleitenden Vereinbarungen durchgeführt werden können⁴⁴⁵. Für den Kontrollerwerb ist es ausreichend, wenn die zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen insgesamt dazu bestimmt und geeignet sind, die Marktstellung zu übertragen⁴⁴⁶.

⁴³⁷ EG Amtsblatt C 66 vom 02.03.1998, S. 5.

⁴³⁸ EG Amtsblatt C 66 vom 02.03.1998, S. 7.

⁴³⁹ EG Amtsblatt C 66 vom 02.03.1998, S. 5.

⁴⁴⁰ Arjomari-Prioux SA/Wiggins Teape Appleton plc vom 10.12.1990 Tz. 4.

⁴⁴¹ Schulte, Änderungen der Fusionskontrolle durch die 6.GWB-Nowelle, S.304.

⁴⁴² WuWE EU-V 386 - „Samsung/AST“.

⁴⁴³ Langen/Ruppelt, KartR (9Aufl.), § 37 Rn. 17; Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, § 37 Rn. 23.

⁴⁴⁴ EuG Slg. II 1994, 121 (Tz. 100) - „Air France I“.

⁴⁴⁵ Deichfluß, Der Zusammenschluss durch Anteilsenerwerb nach der 6. GWB-Novelle, S. 837.

⁴⁴⁶ WuWE DE-V 228 - „Cisco/IBM“.

(d) Rechte

Eine Kontrolle wird ebenso durch Rechte sichergestellt. Nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 lit. a GWB kommt der Kontrollerwerb in Betracht, insbesondere wenn es Eigentums- oder Nutzungsrechte an einer Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens gibt.

Die Existenz eines Vetorechts oder eines außerordentlichen Kündigungsrechts in den Händen der Minderheitsbeteiligten bedeutet, dass die Kontrolle möglich ist⁴⁴⁷. Zur Unterstützung einer Beratungstätigkeit im Rahmen eines Gaslieferungsvertrages eingeräumte Rechte auf Einflussnahme können beispielsweise den Tatbestand eines Zusammenschlusses erfüllen⁴⁴⁸.

Die Rechte berühren unmittelbar das Marktverhalten des Unternehmens, das in die Bewertung der Rechtsstellung des Erwerbers einzubeziehen ist, die durch das Mitwirkungsrecht bei Beschlüssen über Grundstücksgeschäfte, Miet- und Pachtverträge, Lohndruck- und Satzverträge, Bürgschafts-, Wechsel- und Kreditgeschäfte, Anstellungsverträge und Bevollmächtigungen und bei Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern sowie Abschlussänderung und Beendigung ihrer Anstellungsverträge gewährt wird⁴⁴⁹.

(e) Personelle Verflechtungen

Personelle Verflechtungen (§ 23 Abs. 2 Nr. 4 a. F) werden auch als Mittel für den Kontrollerwerb angesehen. Sie können allein die Kontrolle begründen, spielen aber für den Kontrollerwerb keine große Rolle. Meistens kommt ihnen zusammen mit anderen Mitteln, z. B. Kapitalbeteiligung oder Verträgen, die Möglichkeit zu, einen beherrschenden Einfluss zu schaffen.

Nach § 23 Abs. 2 Nr. 4 a. F. gibt es den Kontrollerwerb, wenn die Herbeiführung der Personengleichheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrats, des Vorstands oder eines sonstigen zur Geschäftsführung berufenen Organs von Unternehmen besteht. Als personelle Verflechtung, um die es in § 37 I Nr. 2 GWB geht, wird der Fall behandelt, dass ein Unternehmen einen allein weisungs- und vertretungsberechtigten Geschäftsführer in ein anderes Unternehmen entsendet⁴⁵⁰.

cc) Gemeinsame Kontrolle

Nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 GWB ist der Kontrollerwerb durch mehrere Unternehmen möglich, wenn zwei oder mehr Unternehmen die Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss in einem anderen Unternehmen auszuüben.

Grundsätzlich gibt es die gemeinsame Ausübung der Kontrolle, wenn es um die Pattsituationen geht, wobei zwei oder mehr der beherrschenden Unternehmen die Möglichkeit haben, strategische Entscheidungen zu blockieren⁴⁵¹. Insbesondere besteht eine gemeinsame Kontrolle in dem Fall, dass es sich um ein paritätisches Gemeinschaftsunternehmen mit gleichen Stimmrechten handelt⁴⁵². Darüber hinaus kommen für gemeinsame Kontrolle jedenfalls der Einigungszwang der gemeinsamen Kontrolle oder die Sperrmöglichkeiten in Betracht.

Die zu berücksichtigende Sperrmöglichkeit ist eine wirtschaftliche Sperrmöglichkeit des Anteilserwerbers, wenn die rechtlichen Einflussmöglichkeiten mit Sperrminoritäten keine unmittelbare Entsprechung finden⁴⁵³. Sie können aufgrund faktischer Grundlagen ausgeübt werden, wenn z. B. zwischen Unternehmen aufgrund rechtlicher oder tatsächlicher Umstände eine beständig gesicherte Möglichkeit der gemeinschaftlichen Beherrschung der Gesellschaft besteht, und zwar auf der Grundlage einer auf Dauer angelegten Interessenidentität⁴⁵⁴. Dieser Grundsatz wird von

⁴⁴⁷ WuW/E DE-V 326 -, „Stadtwerke Neuss“.

⁴⁴⁸ WuW/E DE-V 325 -, „Stadtwerke Neuss“.

⁴⁴⁹ KG, AG 1992, 162 -, „WAZ/IKZ“

⁴⁵⁰ Emmerich, Kartellrecht, S. 287.

⁴⁵¹ EG Amtsblatt C 66 vom 02.03.1998, S. 7.

⁴⁵² EG Amtsblatt C 66 vom 02.03.1998, S. 7.

⁴⁵³ WuW/ BGH 2446.

⁴⁵⁴ WuW/E OLG 2520 -, „Metro/Kaufhof“

der Kartellbehörde bei der Behandlung von Einzelfällen befolgt. Das Bundeskartellamt nimmt aufgrund der faktischen Interessenidentität der Zeitungsverlage eine gemeinsame Beherrschung an⁴⁵⁵.

d) Erwerb wettbewerblich erheblichen Einflusses

Nach § 37 I Nr. 4 GWB liegt ein Zusammenschluss vor, wenn jede sonstige Verbindung von Unternehmen besteht, auf Grund deren ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben können.

aa) Bedeutung

Nach § 37 I Nr. 4 GWB bezieht sich der Zusammenschlussbegriff auf „wettbewerblich erheblichen Einfluss“. Das führt dazu, den Wettbewerbsbezug der Zusammenschlusstatbestände zu verstärken⁴⁵⁶, wenn in der deutschen Zusammenschlusskontrolle als notwendig angesehen wird, das Wettbewerbsgeschehen zu berücksichtigen, das sich rein auf die Wettbewerbsvorgänge bezieht.

Wettbewerblich erheblichen Einfluss als Voraussetzung des Zusammenschlusstatbestands führt dazu, dass Unternehmen mithin eine stärkere Belastung als bisher haben⁴⁵⁷, da sie entscheidende Schwierigkeiten haben, auf Antrieb die Erfüllung eines Zusammenschlusstatbestandes zu erkennen, wenn sie ein Zusammenschlussvorhaben planen.⁴⁵⁸ Sie erwägen im vornherein sorgfältig, ob sie möglicherweise „wettbewerblich erheblichen Einfluss“ bei einem Rechtsgeschäft gewinnen⁴⁵⁹.

Insbesondere im Bereich der Medien sowie der Energieversorgungsunternehmen, in denen wettbewerblich bedenkliche Umgehungsstrukturen stattfinden⁴⁶⁰ kommt das wettbewerbspolitische Anliegen der Vorschrift in Betracht.

bb) Sonstige Unternehmensverbindung

§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB soll sonstige Unternehmensverbindungen verhindern, die durch den bisherigen Zusammenschlussbegriff nicht erfasst werden, aber wettbewerbspolitisch bedenklich sind, wenn sie einen wettbewerblich erheblichen Einfluss fingieren, den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar auf ein anderes Unternehmen ausüben können. In diesem Sinne umfasst § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB auch jedenfalls die Fälle, die bislang in § 23 Abs. 2 Nr. 6 GWB a.F. geregelt wurden, der dazu dient, die Lücke zu schließen, die vor allem zwischen den Eingriffsvoraussetzungen des § 23 Abs. 2 Nr. 2 S. 4 und Nr. 5 GWB a.F. bestanden hatte⁴⁶¹.

Der entscheidende Punkt in jeder sonstigen Unternehmensverbindung im Rahmen des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB ist die Erfassung rechtlich gesicherter Einflüsse, vor allem gesellschaftsrechtlich vermittelter Einflussmöglichkeiten⁴⁶², da der § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB auf die Abwehr möglicher Beeinträchtigungen der Freiheit und Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs infolge der durch die gesellschaftsrechtliche Beteiligung vermittelten Einflussmöglichkeiten zielt⁴⁶³, und die Ausdehnung der erfassten Einflussmittel nur insoweit eingeschränkt wird, als die Auslegung „sonstiger“ Verbindungen anhand des Sinns und Zwecks des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB geprüft wird⁴⁶⁴.

⁴⁵⁵ Möschel, Fusionskontrolle im Rundfunk, S.632.

⁴⁵⁶ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, § 37 Rn. 90.

⁴⁵⁷ Schulte, Änderung der Fusionskontrolle durch die 6. GWB-Novelle, S.304.

⁴⁵⁸ Schulte, Änderungen der Fusionskontrolle durch die 6.GWB-Novelle, S.304.

⁴⁵⁹ Traugott, Die neue deutsche Fusionskontrolle, S. 623.

⁴⁶⁰ Begründung zum Regierungseinwurf, BT-Dr. 852/97, S. 44.

⁴⁶¹ Langen/Ruppelt, KartR (9Aufl.), § 37 Rn. 45.

⁴⁶² Begründung zum Regierungseinwurf, BT-Drucks. 11/4610, S. 20; Begründung zum Regierungseinwurf, BT-Drucks, 13/9720, S. 57.

⁴⁶³ WuW/E, DE-R 608 - „Minderheitsbeteiligung im Zeitschriftenhandel“.

⁴⁶⁴ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 37 Rn. 90.

So kann die sonstige Unternehmensverbindung auf Kapitalbeteiligung oder personellen Verflechtungen beruhen, aber nicht auf bloßer wirtschaftlicher Abhängigkeit wie reinen Austauschbeziehungen, die etwa aufgrund langfristiger Lieferverträge oder bloßer Kreditvereinbarungen ohne besondere Zusatzvorkehrungen gebildet werden⁴⁶⁵.

cc) Wettbewerbliche Erheblichkeit des Einflusses

Der Tatbestand im Rahmen des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB setzt Einflussmöglichkeiten voraus, die zwar nicht dazu dienen können, die Kontrolle auszuüben, aber wettbewerblich „erheblich“ sind⁴⁶⁶. Für § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB sind Kontrollmöglichkeiten, um die es in dem Kontrollerwerb nach § 37 I Nr. 2 GWB geht, nicht notwendig.

Wettbewerbliche Erheblichkeit des Einflusses im Rahmen des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB hängt insbesondere von der Frage ab, ob ein Einfluss infolge der Beteiligung auch vom Erwerber für die von ihm verfolgten wettbewerblchen Zwecke nutzbar und einsatzbereit ist⁴⁶⁷. Nach der Auffassung des Bundeskartellamtes können Beteiligungen unterhalb der Schwellenwerte einen wettbewerblich erheblichen Einfluss im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB schaffen, wenn weitere Umstände, wie z. B. Organpräzisrechte, Sperrechte, Vorkaufsrechte und Ähnliches, für den Erwerber hinzukommen⁴⁶⁸.

Für die wettbewerbliche Erheblichkeit des Einflusses ist aber eine rechtliche Absicherung nicht zwingend. Es kommt hierbei vielmehr auf faktische Einflussmöglichkeiten an, das Wettbewerbsgeschehen einzuwirken⁴⁶⁹. So wird ein wettbewerblich erheblicher Einfluss im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB in dem Fall berücksichtigt, dass keine rechtlich abgesicherte Einflussmöglichkeit besteht, die erlangte Gesellschafterstellung aber faktisch als Grundlage zur Beeinflussung dient⁴⁷⁰.

Der wettbewerblich erhebliche Einfluss muss auch nicht tatsächlich ausgeübt werden⁴⁷¹, so dass der wettbewerblich erhebliche Einfluss nicht nur aus den Verbindungen zwischen aktuellen, sondern auch aus potentiellen Wettbewerbern herangezogen wird.

4. Materieller Tatbestand

Nach § 36 I GWB ist ein Zusammenschluss, von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, vom Bundeskartellamt zu untersagen, es sei denn, die beteiligten Unternehmen weisen nach, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen.

a) Relevanter Markt

Wenn sich nach dem Tatbestand im Rahmen des § 36 Abs. 1 GWB die Wettbewerbsbeschränkung im Sinne der Zusammenschlusskontrolle auf die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bezieht, dann wird für die Marktbeherrschung, um die es in § 36 Abs. 1 GWB geht, verlangt, dass die Abgrenzung des relevanten Marktes und die Messung des Monopolgrades auf diesem Markt durchgeführt werden⁴⁷².

Im Schrifttum wird im allgemeinen bejaht⁴⁷³, dass die Abgrenzung des relevanten Marktes als erste Arbeitsstufe in Betracht zu ziehen ist, wenn es sich um Marktbeherrschung handelt. Dabei kommt es auf die Einzelmarktbeach-

⁴⁶⁵ Henschen, Horst/Ewen Michalel, Der Erwerb eines wettbewerblich erheblichen Einflusses in der Entscheidungspraxis, WuW 1999, S.941.

⁴⁶⁶ Langen/Ruppelt, KartR (9Auf.), § 37 Rn. 45.

⁴⁶⁷ WuW/E, DE-R 608 - „Minderheitsbeteiligung im Zeitschriftenhandel“.

⁴⁶⁸ WuW DE-V 599 Leitsatz - „Radio L 12“.

⁴⁶⁹ WuW/E, DE-R 612 - „Minderheitsbeteiligung im Zeitschriftenhandel“.

⁴⁷⁰ WuW/E KG, DE-R 271- „ASV/Silke“

⁴⁷¹ Bechtold, GWB, § 37 Rn 34.

⁴⁷² Emmerich, Kartellrecht, S.179.

⁴⁷³ Paschke/Kersten, in Frankfurter Kommentar, § 22 Tz. 55; Axster/ Reimann, Relevanter Markt und Marktbeherrschung, WRP 4/75, S.194; Emmerich, Kartellrecht, S.178; Knöpfle, Robert, Ist es für die Beurteilung, ob ein Unternehmen ein marktbeherrschende Stellung hat, notwendig, den relevanten Markt zu bestimmen?, DB 1990, S. 1385.

tung an, wobei sich die Abgrenzung des Marktes auf das betreffende Produkt bezieht. Hier spielt die Unternehmensmarkt Betrachtung keine Rolle, wenn sich die Marktbeherrschung eines Unternehmens unter Berücksichtigung aller seiner Erzeugnisse ermitteln lässt⁴⁷⁴.

Der Marktbegriff umfasst den sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt.

aa) Marktmachtkonzept

Die Notwendigkeit und Nützlichkeit der Abgrenzung des relevanten Marktes in dem materiellen Tatbestand wird durch das Marktmachtkonzept betont.

Nach dem Marktmachtkonzept hängt die Feststellung der Marktbeherrschung von einer möglichst präzisen Abgrenzung des relevanten Marktes ab; je enger die Grenzen eines relevanten Marktes gezogen werden, desto größer wird die Marktmacht und desto stärker die Marktbeherrschung. Die Marktbeherrschung ist aber nicht zu qualifizieren, wenn sich der Markt in einer starken Expansion befindet⁴⁷⁵.

Als herausragendes Merkmal wird hier der Marktanteil berücksichtigt⁴⁷⁶; je enger der Markt abgegrenzt wird, desto höher werden die Marktanteile und desto leichter wird die Marktbeherrschung angenommen⁴⁷⁷.

Zwar hat die Marktmacht für die Marktbeherrschung eine entscheidende Bedeutung, doch gibt es Kritik an der Ansicht, dass die Marktbeherrschung ausschließlich auf der Marktmacht beruht. Der entscheidende Punkt in der Kritik ist die Möglichkeit der Marktbeherrschung unter anderen Umständen.

Nach *Emmerich*⁴⁷⁸ finden sich erst in der jüngsten Praxis zur Zusammenschlusskontrolle, durch die Berücksichtigung des sogenannten Systemgedankens und der marktübergreifenden Wirkungen von Zusammenschlüssen, erste Ansätze zur Überwindung dieser keineswegs zwingenden Verengung des Blickfeldes. Dabei spielt die Abhängigkeit der Marktbeherrschung von der Marktabgrenzung eine geringe Rolle, da die von den Anhängern des Marktmachtkonzepts immer wieder behauptete Exaktheit der Marktabgrenzung und der Ermittlung des Monopolgrades auf den so abgegrenzten Märkten weithin nur vorgetäuscht ist, Während in Wirklichkeit die meisten Märkte nahezu ununterscheidbar ineinander übergehen; nach dem Hauptgutachten der Monopolkommission IV⁴⁷⁹ macht es sachlich keinen Unterschied, ob die Auslandskonkurrenz durch Einbeziehung der Auslandsmärkte in den sachlich relevanten Markt oder im Rahmen der Gesamtwürdigung aller Umstände berücksichtigt wird.

Obwohl die Gefahr des Wettbewerbs auftauchen kann erscheint es daher als wettbewerblich sinnvoller, dass sowohl die Marktmacht als auch andere Faktoren, z. B. Verbraucherpräferenz, eingesetzt werden. Für die Frage, ob es die Marktbeherrschung gibt, wird die Berücksichtigung aller bekannten Ausweichmöglichkeiten verlangt⁴⁸⁰. Daran hält die herrschende Meinung in der Literatur fest⁴⁸¹.

bb) Sachlich relevanter Markt

Sachliche Relevanz eines Marktes bedeutet, dass Waren und gewerbliche Leistungen zu einem Markt gehören⁴⁸².

Die Prüfung des sachlich relevanten Marktes steht in der kartellrechtlichen Praxis im Vordergrund, wenn es sich um den Marktbegriff handelt⁴⁸³. Nach § 19 Abs. 2 GWB bezieht sich die Beherrschung auf eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen.

⁴⁷⁴ BGH DB 1973, 274 = WuW/E BGH 1241- „Registrierkassen“; WuW/E BGH KG 1922 - „Thyssen-Hüller“; WuW/E OLG 3927 - „Coop-Wandmaker“; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, 22 Rn. 10.

⁴⁷⁵ WuW/E DE-V 298 - „Simens/Shared Medical Systems“.

⁴⁷⁶ Weise, Jochen, Der sachlich relevante Markt für Energieversorgungsunternehmen, Köln 1987, S.3.

⁴⁷⁷ Axster / Reimann, Relevanter Markt und Marktbeherrschung, S.194.

⁴⁷⁸ Emmerich, Kartellrecht, S. 179.

⁴⁷⁹ Monopolkommission, Hauptgutachten IV, Tz. 515 ff.

⁴⁸⁰ Knöpfle, ist es für die Beurteilung, ob ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung hat, notwendig, den relevanten Markt zu bestimmen?, S. 1388.

⁴⁸¹ Weise, Jochen, Der sachlich relevante Markt für Energieversorgungsunternehmen, S.3.

⁴⁸² Klaue, Siegfried, Räumliche Marktabgrenzung und Geltungsbereich des Kartellgesetzes, FS für Quack 1991, S. 626

⁴⁸³ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22 Rn 10.

(1) *Gruppe von Waren oder gewerbliche Leistungen*

Wenn durch die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes eine Gruppe von Waren oder gewerblichen Leistungen festgestellt wird, handelt es sich bei dem sachlich relevanten Markt um die Zugehörigkeit von Waren oder gewerblichen Leistungen zum selben Markt, also um die Gesamtheit der Waren oder gewerblichen Leistungen, die gegeneinander austauschbar sind und zwischen denen (daher) ein Wettbewerb besteht. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes werden nicht die außerhalb der Gruppe liegenden Waren oder gewerblichen Leistungen berücksichtigt, die keine oder nur vernachlässigbare Einflüsse auf das wettbewerbliche Verhalten innerhalb der Gruppe ausüben.

Zu dem Begriff der Ware im Sinne des § 36 Abs. 1 GWB führen Kleinmann/Bechtold aus⁴⁸⁴:

„So wäre es z.B. verfehlt, den Begriff der Ware wie in § 1 HGB auf bewegliche Sachen zu beschränken und ihm unbewegliche Sachen und Wertpapiere gegenüber zu stellen. Ware ist vielmehr jedes sächliche oder ideelle Gut, dem im Wirtschaftsverkehr ein Wert beigemessen wird. Außer beweglichen und unbeweglichen Sachen und Wertpapieren gehören z.B. verbriefte oder unverbiefte Rechte wie gewerbliche Schutzrechte oder Gesellschaftsanteile dazu. Daher kommen auch Urheberrechte oder Patente, die übertragen oder lizenziert werden können, als Märkte in Betracht. Auch ein Unternehmen kann eine Ware sein; denn ein Geschäftsbetrieb und die Anteile an einem solchen Betrieb haben einen eigenen, in sich geschlossenen wirtschaftlichen Wert, der Gegenstand einer Herrschaft und Verfügung sein kann und der als solcher geeignet ist, im Geschäftsverkehr veräußert oder erworben zu werden.“

Danach handelt es sich bei dem Begriff der Ware im Sinne des § 36 Abs. 1 GWB darum, dass der Begriff der Ware im Sinne des § 36 Abs. 1 GWB aufgrund ihres eigenen Sinns und Zwecks im Einzelfall geprüft werden kann⁴⁸⁵. Dabei umfassen die Waren grundsätzlich jeden Gegenstand des Geschäftsverkehrs⁴⁸⁶.

Der Warenbegriff im Sinne des sachlich relevanten Marktes wird sich auf gewerbliche Leistungen dann erstrecken, wenn die gewerbliche Leistung jede Tätigkeit darstellt, die im geschäftlichen Verkehr erbracht wird; so können beispielsweise nicht nur Werk- oder Dienstleistungen diesen Leistungen angehören, sondern z.B. auch Miet- oder Pacht-„Leistungen“, die Veranstaltung einer Ausstellung oder die Überlassung von Werbesendezeiten durch Rundfunkanstalten⁴⁸⁷.

(2) *Bedarfsmarktkonzept*

Der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes liegt das Bedarfsmarktkonzept zugrunde, wonach der sachlich relevante Markt gebildet wird, wenn Waren aus der Sicht des verständigen Verbrauchers nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage zur Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet und miteinander austauschbar sind⁴⁸⁸.

(a) *Ansicht der Verbraucher*

Da das Bedarfsmarktkonzept die Austauschbarkeit aus der Sicht des Verbrauchers voraussetzt, um zu ermitteln, ob Waren zu einem Markt gehörig angesehen werden können, beruht die Austauschbarkeit auf der subjektiv empfundenen Äquivalenz⁴⁸⁹, die das Bewusstsein des Verbrauchers darstellt⁴⁹⁰.

Der Verbraucher im Rahmen des Bedarfsmarktkonzepts soll ein vernünftiger Durchschnittsverbraucher sein⁴⁹¹.

In Hinsicht auf den Begriff „Durchschnitt“, der anhand einer Reihe meist objektiver Kriterien theoretisch zu prüfen ist⁴⁹², kann der Durchschnittsverbraucher als die das Marktgeschehen bestimmende Mehrzahl definiert werden, wobei ein eventuell unbeachtlich kleiner Teil ausgenommen wird, der auf das Marktgeschehen ungewöhnlich reagiert.

⁴⁸⁴ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22 Rn 17.

⁴⁸⁵ Ebel, Kartellrecht, § 22 GWB Rn 3; Paschke/Kersten, in Frankfurter Kommentar, § 22 Tz. 56.

⁴⁸⁶ Bechtold, GWB, § 19 Rn. 7.

⁴⁸⁷ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22 Rn 18.

⁴⁸⁸ Regierungsbegründung zu dem Regierungsentwurf, BT-Druck. 265/71 S.23; WuW/E BGH 2153 - „Edelstahlbestecke“.

⁴⁸⁹ Baum, Der relevante Markt als Problem der Wettbewerbspolitik, S. 401.

⁴⁹⁰ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22 Rn 22f.

⁴⁹¹ Klaue, Räumliche Marktabgrenzung und Geltungsbereich des Kartellgesetzes, S. 626.

⁴⁹² Reimann, Thomas, Relevanter Markt und Marktbeherrschung, WRP 4/75, S.195.

Der „vernünftige“ Durchschnittsverbraucher muss nicht mit objektiven Gegebenheiten und wissenschaftlichen Erkenntnissen übereinstimmen, hat jedoch die Ansicht, die sich aus einer sachlichen Abwägung ergibt. So kann eine oberflächliche oder flüchtige Auffassung der Abnehmer für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes keine Rolle spielen.

Zu prüfen ist, wer der Verbraucher im Sinne der Zusammenschlusskontrolle ist, wenn einem Produzenten als Marktgegenseite mehrere Stufen des Handels und der Endabnehmer gegenüberstehen⁴⁹³.

Grundsätzlich ist die Marktgegenseite des Herstellers, der über den Handel vertreibt, nicht der Handel, sondern der Endabnehmer, von dem der Handel seinen Bedarf ableitet⁴⁹⁴. Doch bezieht der BGH die Erfassung des Verbrauchers auf eigene Sachkunde, welche den betreffenden Verkehrskreisen angehört⁴⁹⁵.

Beispielweise werden im Fall des Arzneimittels, die Marktgegenseite der Arzneimittelhersteller nicht ausgewählte medizinische Sachverständige und Kommissionen sein, und auch nicht ein Verbraucher, sondern die verschreibenden Ärzte und zu einem gewissen Umfang auch deren Patienten.

(b) Funktionelle Austauschbarkeit

Nun ist die funktionelle Austauschbarkeit ein wichtiger Punkt für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes⁴⁹⁶, da nach dem Bedarfsmarktkonzept die Austauschbarkeit auf der Eigenschaft, dem Verwendungszweck und der Preislage von Waren beruht.

Können in anderen Waren keine Unterschiede z. B. in Bezug auf die Eigenschaft und den Verwendungszweck ermittelt werden, so sind die Waren austauschbar.

Wenn Waren einen unterschiedlichen Verwendungszweck haben, kann die Zugehörigkeit von Waren oder gewerblichen Leistungen zum selben Markt verneint werden. So können aufgrund des Verwendungszwecks z.B. mehrere Medikamente trotz völliger chemischer Verschiedenheit demselben sachlich relevanten Markt angehören⁴⁹⁷.

Auch ist es bei den anderen Waren evident, dass sie spezifischen Verwendungszwecken dienen und funktionell sowohl aus der Sicht der Verbraucher – auf die in erster Linie abzustellen ist – als auch aus der des Handels, dessen Nachfrage insoweit abgeleitet ist, nicht austauschbar sind⁴⁹⁸, wenn die Eigenschaft von Waren aus der Sicht der Nachfrager als Dritter beurteilt wird.

Die Preisunterschiede sollen ein Kriterium der Erfassung der Austauschbarkeit sein, da sie auf objektiven Qualitätsunterschieden beruhen oder jedenfalls beim Abnehmer einen entsprechenden Eindruck erwecken und dementsprechend verschiedene Verwendungszwecke begründen können⁴⁹⁹. Bei Reaktionsverbundenheit zwischen den Waren oder gewerblichen Leistungen, die insbesondere im Sinne der Kreuzpreiselastizität besteht, kann die Austauschbarkeit erfolgen⁵⁰⁰.

Wenn austauschbare Waren über längere Zeit hinweg zu verschiedenen Preisen verkauft werden, dann kann von der Austauschbarkeit tatsächlich nur in geringem Umfang Gebrauch gemacht werden⁵⁰¹. Dies hat eine besondere Bedeutung bei Luxus- und Exklusivartikeln⁵⁰².

(3) Nachfragemarkt

Eine wichtige Bedeutung in der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes hat auch die Austauschbarkeit im Nachfragemarkt, die aus der Sicht der Anbieter begründet werden kann.

⁴⁹³ Bechtold, Rainer, Zur Abgrenzung des relevanten Marktes, FS für Gram 1990, S. 539.

⁴⁹⁴ WuW/E OLG 3761 - „Pillsbury/Sonnen-Bassermann“.

⁴⁹⁵ WuW/E BGH 1484 - „Eiskonfekt II“; WuW/E OLG 3761 - „Sonnen-Bassermann“.

⁴⁹⁶ Weise, Der sachlich relevante Markt für Energieversorgungsunternehmen, S.3.

⁴⁹⁷ WuW/E 1602 - „Vitamin B 12“; WuW/E 3760 - „Pillsbury/Sonnen-Bassermann“.

⁴⁹⁸ WuW/E OLG 3761 = WuW 1986, 891 - „Pollsbury- sonnen-Bassermann“.

⁴⁹⁹ Bechtold, GWB, § 19 Rn. 9.

⁵⁰⁰ KG WuW/E 2123 - „Mannesmann/Brueninghaus“.

⁵⁰¹ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22 Rn 28.

⁵⁰² Bechtold, GWB, § 19 Rn. 9.

Da am Markt Angebot und Nachfrage zusammentreffen, können zwei unterschiedliche Märkte z. B. Angebotsmarkt und Nachfragemarkt geprüft werden, um den sachlich relevanten Markt abzugrenzen. Das heißt, dass für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes die Summe aller Austauschbeziehungen zwischen Anbietern und Nachfragern ermittelt werden soll⁵⁰³.

Beim Nachfragemarkt handelt es sich um die Wahlmöglichkeiten, die aus der Sicht der Anbieter zur Verfügung stehen⁵⁰⁴, wenn die Austauschbarkeit aus der Sicht der Anbieter im Nachfragemarkt sowie die aus der Sicht des Verbrauchers im Angebotsmarkt in Betracht kommen⁵⁰⁵, da die Austauschbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite beurteilt wird⁵⁰⁶.

Zu prüfen sind die Angebotsumstellungsmöglichkeiten der Anbieter, dass aus ihrer Sicht alle Nachfrager und Produkte zum selben Markt gehören, auf den sie ohne große Schwierigkeiten ausweichen können, wenn die Austauschbarkeit im Nachfragemarkt ermittelt wird, da die funktionelle Austauschbarkeit aus der Sicht der Abnehmer nach dem Bedarfmarktkonzept ihre Entsprechung in den Angebotsumstellungsmöglichkeiten der Anbieter findet⁵⁰⁷. Die Angebotsumstellungsmöglichkeiten führt dazu, dass wegen unterschiedlicher Vertriebswege und unterschiedlicher Produktionslinien die Ausweichmöglichkeiten betrachtet werden kann⁵⁰⁸.

(4) *Tatsächliche Grundlage*

Es soll möglich bleiben, die Austauschbarkeit, um die es bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes geht, aus anderen tatsächlichen Grundlagen zu berücksichtigen, weil es bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes auf das Bedarfmarktkonzept ankommt. Dies bedeutet aber nicht, dass die Abgrenzung nur auf dem Bedarfmarktkonzept beruht.

Kaum erwartet wird, dass das Bedarfmarktkonzept eine große Rolle spielen kann, wenn in der Praxis die bei dem sachlich relevanten Markt zu berücksichtigende Austauschbarkeit nicht nur zwischen heterogenen Angeboten stattfindet, sondern auch in den Fällen, dass die Funktion der miteinander zu vergleichenden Waren oder Dienstleistungen identisch oder ähnlich ist. Denn das Bedarfmarktkonzept betrifft zwar die Frage, ob sich heterogene Angebote aus Sicht des repräsentativen Nachfragers in gleicher Weise zur Deckung eines bestimmten Bedarfs eignen⁵⁰⁹, wobei nur bestimmte Daten der zu vergleichenden Waren, z.B. Beschaffenheit, Qualität und Verwendungszweck sowie der Preis der Waren berücksichtigt werden, gilt aber nicht für den Fall, dass die Nachfrager heterogene Angebote angesichts der objektiven Austauschbarkeiten ganz, teilweise oder überhaupt nicht für austauschbar halten. Die Austauschbarkeit kann nur in diesem Fall auf den faktischen Faktoren beruhen.

Beispielweise können Verbraucherpräferenzen, die auf dem Preisniveau und der Werbung beruhen⁵¹⁰, häufig den Austausch verhindern⁵¹¹. Die Bewertung einer Werbung kann je nach Kritikfähigkeit und der Vertrautheit mit Gesetz und Rechtssprechung unterschiedlich ausfallen. Hinsichtlich der Herstellungsverfahren oder der verwendeten Stoffe können Waren oder gewerbliche Leistungen Unterschiede aufweisen⁵¹², wenn für sie gänzlich verschiedene Maschinen und unterschiedliches Know-how erforderlich sind⁵¹³. Unter Hersteller- und Handelsmarken vertriebene gleichartige Produkte können als einem gemeinsamen Produktmarkt zugehörig angesehen werden⁵¹⁴. Es kommt aber

⁵⁰³ Klaue, Räumliche Marktabgrenzung und Geltungsbereich des Kartellgesetzes, S. 626.

⁵⁰⁴ Emmerich, Kartellrecht, S. 180.

⁵⁰⁵ Tres, Bartoh/Rainer Lademann, Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes im Lebensmitteleinzelhandel, Göttingen 1986, S. 6.

⁵⁰⁶ WuW/E BGH 2576 – „Kampffmeyer-Plange“.

⁵⁰⁷ Bechtold, Zur Abgrenzung des relevanten Marktes, S. 538.

⁵⁰⁸ Emmerich, KartellrechtS. 182.

⁵⁰⁹ Kottman. Elke, Die räumliche Abgrenzung des relevanten Marktes, Baden-Baden 2000, S. 81.

⁵¹⁰ WuW/E DE-V 179 – „Henkel KgaA/Luhns GmbH“.

⁵¹¹ Bechtold, Zur Abgrenzung des relevanten Marktes, S. 540.

⁵¹² Regierungsbegründung zu dem Regierungsentwurf, BT- Druck. 265/71 S.23.

⁵¹³ BKartA, Freigabe-Beschluß vom 1.6.1999, BI-45210-U-12/99 – „Heitkamp“

⁵¹⁴ WuW/E DE-V 177 – „Henkel KgaA/Luhns GmbH“.

nicht auf das „Produktformat“ für die Austauschbarkeit an, da die jeweiligen Produktformate von den Verbrauchern ohne weiteres substituiert werden⁵¹⁵.

cc) Räumlich relevanter Markt

Der relevante Markt wird räumlich abgegrenzt. Als der räumlich relevante Markt werden alle Gebiete definiert, in denen der Abnehmer solche Waren und gewerbliche Leistungen vernünftigerweise erhalten kann, die in verschiedenen Regionen angeboten werden, aber demselben Markt zuzurechnen sind⁵¹⁶.

(1) Abgrenzung

Aus dem Umstand, dass das GWB bezweckt, den Wettbewerb auf dem Gebiet der Bundesrepublik zu schützen, ist ersichtlich, dass schon der räumlich formale und materielle relevante Markt im GWB juristisch beschränkt und abgegrenzt wird und damit allenfalls so groß wie das Bundesgebiet ist⁵¹⁷.

Es kann jedoch angenommen werden, dass der räumlich relevante Markt kleiner als das Bundesgebiet ist⁵¹⁸, wenn die Abgrenzung des räumlich relevanten Markts die Feststellung der Gebiete darstellt, in denen die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und sich von denen benachbarter Gebiete deutlich unterscheiden oder aus anderen Gründen Markteintrittsbarrieren bestehen⁵¹⁹.

Letztendlich geht es in der Praxis des deutschen Kartellrechts darum, die Teilmärkte zu bestimmen, die sich selten regional oder nur lokal herausbilden, um wettbewerbliche Marktstrukturen zu erhalten⁵²⁰.

Ein typisch signifikantes Merkmal für die Teilmärkte sind Preisunterschiede, die auf hohen Transportkosten und auf einem standortgebundenen Rohstoffvorkommen beruhen, wenn sich Standortvorteile auf die Wettbewerbsintensität auswirken werden⁵²¹. Darüber hinaus werden bei frachtintensiven Gütern häufig räumlich eng begrenzte Teilmärkte herausgebildet⁵²².

(2) Auslandszusammenschluss

Als notwendig wird angesehen, den Auslandszusammenschluss aufgrund der tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisse nicht von der deutschen Zusammenschlusskontrolle auszuschließen, insbesondere wenn, ein Zusammenschluss im Ausland stattfindet, sich das wettbewerbliche Potenzial der an dem Zusammenschluss beteiligten ausländischen Unternehmen aber im Inland entfaltet oder entfalten kann⁵²³.

Das GWB sieht auch im § 130 Abs. 2 GWB vor, dass für die Wettbewerbsbeurteilung im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle alle Wettbewerbsbeschränkungen zu ermitteln sind, die sich im Geltungsbereich dieses Gesetzes auswirken, auch wenn sie außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes veranlasst werden. Dementsprechend hat das Bundeskartellamt im Fall von „Krautkrämer/Nutronik“ wie folgt ausgeführt⁵²⁴:

„Der relevante Markt kann auf Europa erweitert werden, da die Wettbewerbsbedingungen in der Europäischen Union hinreichend homogen sind und grenzüberschreitende Lieferungen von US-Prüftechnik zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union nicht durch Marktzutrittsschranken oder unterschiedliche Präferenzen der Endabnehmer erschwert und die Marktstrukturen sowie die erzielten Preise in den einzelnen Mitgliedstaaten sich nicht deutlich voneinander unterscheiden.“

⁵¹⁵ WuW/E DE-V 178 – „Henkel KGaA/Luhns GmbH“.

⁵¹⁶ Bechtold, Zur Abgrenzung des relevanten Marktes, S. 538.

⁵¹⁷ WuW/E BGH 3030 – „Backofenmarkt“; WuW/E DE-V 182 – „Henkel KGaA/Luhns GmbH“.

⁵¹⁸ WuW/E OLG 4059 – „Schlachthof-Benutzung“; Bechtold, Zur Abgrenzung des relevanten Marktes, S. 542.

⁵¹⁹ WuW/E DE-V 305. – RWE/VEW; WuW/E DE-V 207 – „Krautkrämer/Nutronik“; WuW/E DE-V 237 – „Dürr/Alstom“; WuW/E DE-V 322 – „floeserve/Ingersoll-Dresser“.

⁵²⁰ Holzler, Der Marktanteil in der Fusionskontrolle bei internationaler Wirtschaftsverflechtung, S.518.

⁵²¹ Klaue, Räumliche Marktabgrenzung und Geltungsbereich des Kartellgesetzes, S. 627.

⁵²² Röper, Kartelle und Konzentration, S. 277.

⁵²³ WuW/E DE- V 230 – „Cisco/IBM“.

⁵²⁴ WuW/E DE-V 207 – „krautkrämer/Nutronik“

Wenn die Marktbeherrschung ein Indiz für das Wettbewerbserfassen auf dem bestimmten Markt ist, wobei die Prüfung realer Wettbewerbsbedingungen und -verhältnisse durch wettbewerbliche Gesamtwürdigung als notwendig betrachtet wird⁵²⁵, dann scheint es sich bei dem räumlich relevanten Markt nicht um den juristisch beschränkten Anwendungsbereich des GWB zu handeln, sondern um einen ökonomisch relevanten Markt, wo Staatsgrenzen nicht automatisch ausschlaggebend sein können⁵²⁶, so dass ein räumlich maßgeblicher relevanter Markt im Einzelfall größer als das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland sein kann⁵²⁷. Denn die wirtschaftliche Ausdehnung von Märkten führt dazu, dass zusätzliche Wettbewerbsimpulse zu ermitteln sind, die vom Einfluss internationaler Konkurrenz und auch vom Bestehen internationaler Märkte ausgehen und schließlich die wahren Wettbewerbsbedingungen in Deutschland beeinflussen können.

So kann für die Feststellung der Wettbewerbsdimension auf dem bestimmten Markt z. B. Wettbewerbsimpulse zusammengezählt werden, die zumindest in den Grenzregionen von Unternehmen ausgehen, die außerhalb des Bundesgebietes ihren Sitz haben⁵²⁸. Die im Inland abgesetzten Produkte und angebotenen Dienste ausländischer Unternehmen werden auch in das Marktvolumen miteinbezogen.

dd) Zeitlich relevanter Markt

Der zeitlich relevante Markt kann für die Zusammenschlusskontrolle geprüft werden, wenn durch das Erlangen einer vorübergehenden Machtposition aufgrund vorübergehender Umstände die Marktbeherrschung festgestellt wird⁵²⁹.

In der Praxis wird die Abgrenzung des zeitlich relevanten Marktes angenommen, wenn es sich um einen Messezeitraum⁵³⁰, einen einzigen Tag für ein begehrtes Fußballspiel⁵³¹ oder eine Zwangsversteigerung handelt⁵³². Als Voraussetzung des gesonderten Markts für Charterflüge wird das Wochenende nicht angesehen⁵³³.

b) Marktbeherrschung

Nach der Verweisung von § 36 Abs. 1 GWB auf § 19 Abs. 2 GWB werden als Voraussetzung der Marktbeherrschung ein Monopol (§ 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB), eine überragende Marktstellung (§ 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB) oder ein Oligopol (§ 19 Abs. 2 S. 2 GWB) berücksichtigt.

Ein entscheidender Punkt im materiellen Tatbestand nach § 36 Abs. 1 GWB ist die Marktbeherrschung, wenn sie impliziert, dass sich die Wettbewerbsstruktur auf dem Markt verschlechtert.

aa) Monopol

Nach § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB ist ein Unternehmen marktbeherrschend, sofern es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ohne Wettbewerber ist (Fall 1) oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist (Fall 2).

Beide Fälle des § 19 Abs. 2 S. 1 GWB stehen rechtlich gleich, und damit besteht zwischen den beiden schon lange kein Unterschied mehr⁵³⁴, wenn es sich um die Verschlechterung der wettbewerblichen Marktstruktur handelt.

⁵²⁵ WuW/E DE-V 165.

⁵²⁶ Schulte, Änderung der Fusionskontrolle durch die 6. GWB-Novelle, S. 307.

⁵²⁷ WuW/E DE-V 207 – „krautkrämer/Nutronik“; WuW/E DE-V 322 – „floeserve/Ingersoll-Dresser“.

⁵²⁸ WuW/E DE-V 190 – „MZO“.

⁵²⁹ Emmerich, Kartellrecht, S. 184.

⁵³⁰ WuW/E BGH 1027- „Sportartikelmesse II“.

⁵³¹ WuW/E BGH 2406 - „Inter Mailand-Spiel“ mit ablehnender Anmerkung Testlaff WuW 1988 S. 93,97

⁵³² WuW/E OLG 4475- „negatives Bietabkommen“.

⁵³³ WuW/E OLG 2346 – „Babaria Germanair“.

⁵³⁴ Emmerich, Kartellrecht, S. 185.

(1) *Monopolstellung*

Gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Fall 1 GWB findet die Monopolstellung statt, wenn nur ein Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem Markt besteht oder wenn sich sämtliche Mitwettbewerber eines Marktes zusammenschließen.

Hierbei geht es um die Monopolstellung eines Unternehmens auf dem Markt. Ein Monopolunternehmen beruht im Allgemeinen auf rechtlichen oder faktischen Grundlagen⁵³⁵.

Ein Monopolunternehmen kann auf den im Gesetz definierten Privilegien beruhen. Hier sind vor allem die Verwaltungsmonopole des Staates zu berücksichtigen, z.B. Monopole des TÜV aufgrund des GSG und des Kraftfahrersachverständigengesetzes von 1971 sowie die Monopole vieler Gebäudeversicherer nach Landesrecht⁵³⁶.

In der Natur der betreffenden Ware oder Leistung kommt ein faktisches Monopol vor. Die Monopolstellung eines Unternehmens kann tatsächlich dann begründet werden, wenn Möglichkeiten anderer Unternehmen blockiert werden, im sachlich und räumlich relevanten Markt den Wettbewerb zu vollziehen⁵³⁷. Wenn es kein Parallelnetz gibt, (dann) wird das faktische Monopol der Stromversorgungsunternehmen im Bereich ihres Leitungsnetzes berücksichtigt. Die meisten Verwertungsgesellschaften sowie die Regional- oder Lokalzeitungen in den Einzeitungskreisen können auch ein faktisches Monopol sein⁵³⁸.

(2) *Fehlen von wesentlichem Wettbewerb*

Nach § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Fall 2 GWB gibt es ein Monopol, wenn ein Unternehmen keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist.

Wenn z. B. ein mächtiges Unternehmen auf dem Markt existiert, das einen verhältnismäßig hohen Marktanteil hat und damit willkürlich ohne Rücksicht auf das Marktverhalten Dritter handeln kann, dann ist der Wettbewerb trotz des Vorhandenseins von mindestens zwei rechtlich und wirtschaftlich selbständigen Unternehmen auf demselben Markt und auf derselben Marktseite⁵³⁹ von ihm oder den übrigen Wettbewerbern nicht als wesentlich zu betrachten⁵⁴⁰. Ein typisches Beispiel ist das Pionierunternehmen.

Das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs, um das es in § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Fall 2 GWB geht, ist zugleich das entscheidende Kriterium für die Feststellung einer überragenden Marktstellung nach § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB⁵⁴¹. Zu prüfen ist hier, ob die Eigenständigkeit der überragenden Marktstellung angenommen werden kann.

*Kleinmann/Bechtold*⁵⁴² hat die Eigenständigkeit der überragenden Marktstellung verneint. Sie betonen, dass die überragende Marktstellung – trotz des nach dem Wortlaut bestehenden Alternativverhältnisses zwischen Nr. 1 und 2 – neben Nr. 1 Ergänzungs- und Hilfscharakter haben soll. Wenn ein wesentlicher Wettbewerb fehlt, findet Nr. 1 Anwendung; Nr. 2 hat daneben keinen Platz.

Jedoch spricht die überwiegende Literaturmeinung für die Eigenständigkeit der überragenden Marktstellung⁵⁴³, dass beide Tatbestände der Marktbeherrschung in § 19 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 GWB alternativ nebeneinander stehen⁵⁴⁴, da eine überragende Marktstellung nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB keinen tatbestandsähnlichen Bezug zur Beschrän-

⁵³⁵ Mösel, in Immenga/Mestmäcker, § 22 Rn. 45.

⁵³⁶ Emmerich, Kartellrecht, S. 185.

⁵³⁷ Paschke/Kersten in Frankfurter Kommentar, § 22 Tz. 122.

⁵³⁸ Möschel, Wettbewerbsbeschränkungen, Tz. 517.

⁵³⁹ Langen/Ruppelt, KartR (9. Aufl.), § 19 Rn. 35.

⁵⁴⁰ Ebel, Kartellrecht, § 22 GWB Rn 10; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22 Rn 48.

⁵⁴¹ Paschke/Kersten in Frankfurter Kommentar, § 22 Tz. 163.

⁵⁴² Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22 Rn 167.

⁵⁴³ Möschel, in Immenga/Mestmäcker § 19 Rdnr. 44.; Langen/Ruppelt, KartR (9. Aufl.), § 22 Rn 56; Ebel, Kartellrecht, § 22 GWB Rn 10; v. Gramm, Kartellrecht, §§ 19 Rn. 32; Baur, Rechtliche Fragen der Marktbeherrschung nach der zweiten Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1973, S. 918

⁵⁴⁴ Ebel, Kartellrecht, § 22 GWB Rn 10.

kung des Wettbewerbs aufweist, anders als die durch das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs gekennzeichnete Marktbeherrschung im Rahmen des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB⁵⁴⁵.

Denn das Fehlen des wesentlichen Wettbewerbs im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB ist das Ergebnis des Marktverhaltens⁵⁴⁶, wenn die Beziehung zur Marktgegenseite eine erhebliche Rolle spielt; der in § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Fall 2 GWB zu berücksichtigende wesentliche Wettbewerb ist ein funktioneller Wettbewerb, der sich darauf bezieht, dass der Wettbewerb seine „Anreiz-, Auslese- und Entmachtungsfunktion“ und allgemein seine Verhaltenskontrollfunktion erfüllen kann⁵⁴⁷. Im Gegensatz dazu steht nach § 19 Abs. 1 Nr. 2 GWB für eine überragende Marktstellung das Verhältnis zu den Wettbewerbern im Vordergrund⁵⁴⁸ und das Fehlen des wesentlichen Wettbewerbs im Rahmen des § 19 Abs. 1 Nr. 2 GWB hängt von der Marktstruktur ab.

Nun geht die Rechtsprechung von einem echten Alternativverhältnis zwischen Nr. 1 und Nr. 2 aus. Anfangs hat der BGH die Meinung, dass zwischen § 19 Nr.1 und Nr. 2 GWB kein echtes Alternativverhältnis besteht. Er hat in der Vitamin-Entscheidung vom 3.7. 1976 erläutert⁵⁴⁹, dass eine überragende Marktstellung nach § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB (= § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB n. F.) nicht vorliegt, wenn das Unternehmen keinem wesentlichen Wettbewerb im Sinne des § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Fall 2 GWB ausgesetzt ist.

Aber der BGH hat in der Valium-Entscheidung vom 16.12. 1976 angenommen, dass ein Unternehmen eine überragende Marktstellung dann besitzen kann, wenn es keinem wesentlichen Wettbewerb im Sinne des § 22 Abs. 1 Nr.2 GWB (§ 19 Abs. 2 S.1 Nr. 2 GWB n. F.) ausgesetzt ist, sofern es einen überragenden Spielraum in seinem Wettbewerbsverhalten hat. Sie hat auch in der Entscheidung „Klößner/Becirit“⁵⁵⁰ deutlich gemacht, dass es sich bei der Eigenständigkeit der überragenden Marktstellung um zwei verschiedene Betrachtungsweisen des Marktgeschehens handelt, die sich in gewissem Maße ergänzen und gegenseitig beeinflussen.⁵⁵¹

Man kann sagen, dass neben der Monopolmarktstellung des § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB auch eine überragende Marktstellung im Rahmen des § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB als ein von der Wettbewerbsbeschränkung losgelöster und eigenständiger Begriff der Marktbeherrschung angesehen wird.

Denn der Tatbestand im Rahmen des § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB bezieht sich eine überragende Marktstellung auf eine relative Kategorie, da nach § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB eine überragende Marktstellung in dem Verhältnis zu den Wettbewerbern auf demselben Markt festgestellt werden kann⁵⁵². Dabei besteht die Möglichkeit, dass für § 19 Abs. 1 Nr. 2 GWB ein geringerer Grad der Wettbewerbsbeschränkung genügt als für Nr. 1, so dass die Eingriffsschwelle des § 19 Abs. 1 Nr. 2 GWB niedriger ist, als die der Nr. 1. Eine überragende Marktstellung ist überdies leichter nachzuweisen⁵⁵³.

Sie dient also dazu, dass tatsächliche und rechtliche Beurteilungsschwierigkeiten überwunden werden, die mit der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung verbunden sind⁵⁵⁴, falls das Unternehmen mit unterschiedlichen Marktstellungen auf dem Markt tätig ist, ohne dass sogleich erkennbar wird, ob das herausragende Unternehmen noch wirksamem Wettbewerb ausgesetzt ist oder nicht⁵⁵⁵.

⁵⁴⁵ Baur, Rechtliche Fragen der Marktbeherrschung nach der zweiten Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 918.

⁵⁴⁶ Langen/Ruppelt, KartR (9 Aufl.) § 19 Rn. 33.

⁵⁴⁷ Bechtold, GWB, § 19 Rn. 19.

⁵⁴⁸ Bechtold, Das neue Kartellrecht, S. 102.

⁵⁴⁹ WuW/E BGH 1439 - „Vitamin B 12“

⁵⁵⁰ WuW/E BGH 1755 – „Klößner/Becirit“

⁵⁵¹ Bechtold, GWB, § 19 Rn. 18.

⁵⁵² Vgl. Ramrath, Die „überragende Marktstellung“ als Merkmal der Fusionskontrolle, S. 47.

⁵⁵³ Mestmäcker in Immenga/Mestmäcker, § 22 Rn 42.

⁵⁵⁴ Baur, Rechtliche Fragen der Marktbeherrschung nach der zweiten Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 916.

⁵⁵⁵ Der Regierungsentwurf einer 2. GWB-Novellierung, BT-Durcksache VI 2520.;In Leo, Das Überlebensrisiko des § 22 Abs.1 Nr.2 GWB in einer „großen“ Reform dieses Gesetzes, S. 1010.

So führt sie dazu, dass die marktbeherrschende Stellung im Sinne des § 36 Abs. 1 GWB zusätzlich konkretisiert werden kann⁵⁵⁶. Das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs ist nicht nur das entscheidende Kriterium für die Monopolmarktstellung des § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Fall 2 GWB, sondern auch für die Feststellung einer überragenden Marktstellung nach § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB. Die überragende Marktstellung hat jedoch eine eigenständige Bedeutung im Rahmen des § 36 Abs. 1 GWB.

bb) Überragende Marktstellung

Nach § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB ist ein Unternehmen marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat; hierbei sind insbesondere sein Marktanteil, seine Finanzkraft, sein Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten, Verflechtungen mit anderen Unternehmen, rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen, der tatsächliche oder potentielle Wettbewerb durch innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes ansässige Unternehmen, die Fähigkeit, sein Angebot oder seine Nachfrage auf andere Waren oder gewerbliche Leistungen umzustellen, sowie die Möglichkeit der Marktgegenseite, auf andere Unternehmen auszuweichen, zu berücksichtigen.

(1) Marktstellung im Verhältnis zu den Wettbewerbern

Nach § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB wird eine überragende Marktstellung im Verhältnis zu den Wettbewerbern begründet.

Die Feststellung der überragenden Marktstellung im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern betrifft die Überprüfung des Abstands zu den nächststärksten Wettbewerbern⁵⁵⁷.

Wenn sich eine überragende Marktstellung auf die asymmetrische Marktverteilung eines Unternehmens bezieht, das mit einer überragenden Marktstellung seine Wettbewerber deutlich hinter sich lässt, dann stellt die Marktbeherrschung das Erlangen eines vom Wettbewerb nicht hinreichend beschränkten Verhaltensspielraums dar. Die Mitwettbewerber des Unternehmens sind daher nachhaltig am normalen Einsatz ihrer Aktionsparameter im Wettbewerb zu behindern⁵⁵⁸.

So stellt die Überlegenheit der Marktstellung im Sinne des § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB den Wettbewerbsvorsprung dar⁵⁵⁹, wenn durch das alleinige, besonders hervorgehobene Vorliegen eines Strukturmerkmals im Rahmen des § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB begründet werden soll⁵⁶⁰. Ein lediglich geringer Vorsprung vor dem Konkurrenten spielt hierbei keine Rolle⁵⁶¹. Das gilt auch für temporäre Vorsprünge eines Marktteilnehmers im Wettbewerb⁵⁶².

(2) Merkmale

Nach § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB bezieht sich die Prüfung einer überragenden Marktstellung auf die Kriterien, die nicht nur den Marktanteil, sondern auch die Kriterien der absoluten Stärke innerhalb oder außerhalb des relevanten Marktes umfassen⁵⁶³, z.B. angebotsseitige Faktoren, wie Finanzkraft oder Marktzutrittsschranken, die Nachfragemacht sowie den Umfang der von den Nachfragern erbrachten Eigenleistungen⁵⁶⁴.

⁵⁵⁶ Leo, Hans- Christoph, Das Überlebensrisiko des § 22 Abs.1 Nr.2 GWB in einer „großen“ Reform dieses Gesetzes, FS für Steindorff 1990, S. 1010.

⁵⁵⁷ KG, AG 1992, 164 – „WAZ/IKZ“

⁵⁵⁸ BGHZ 77, 291f.= NJW 1980, 2583 – „Mannesmann/Brueninnghaus“

⁵⁵⁹ BGHZ 77, 291f.= NJW 1980, 2583 – „Mannesmann/Brueninnghaus“

⁵⁶⁰ Autenrieth, Karlheinz, Neues Beurteilungskonzept zur Strukturbetrachtung und Besonderheiten der Versicherungswirtschaft in der Fusionskontrolle, S. 859; WuW/E OLG 1601

⁵⁶¹ Knöpfle, Ist es für die Beurteilung, ob ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung hat, notwendig, den relevanten Markt zu bestimmen?, 1990, 1385, 1385; WuW/E OLG 2056. – „Walium“.

⁵⁶² Langen/Ruppelt, KartR (9Auf.), § 19 Rn. 47.

⁵⁶³ Ebel, Kartellrecht, § 22 Rn. 10.

⁵⁶⁴ WuW/E 1999, S. 995 – „Heikamp“.

(a) Strukturbetrachtung

Im Hinblick auf die Strukturbetrachtung werden die Merkmale nach § 19 II S. 1 Nr. 2 GWB ausgewählt, wenn sie in den Mittelpunkt der wettbewerbsrechtlichen Analyse zur Beurteilung von Marktstellungen bestehen sollen, die das Fähigkeitsniveau, d.h. den wettbewerblichen Verhaltensspielraum eines Unternehmens, konstituieren⁵⁶⁵.

Jene Merkmale als Strukturmerkmal sollen für die Erfassung der Marktstruktur zur Marktbeeinflussung konkret geeignet sein⁵⁶⁶, doch für eine überragende Marktstellung geht es um die Gesamtwürdigung, die auf umfassender Prüfung aller Merkmale beruht⁵⁶⁷. Dabei genießt die Marktanteilsbetrachtung keine Priorität; vielmehr ist von der grundsätzlichen Gleichwertigkeit aller Marktfaktoren auszugehen⁵⁶⁸.

Zwischen den Merkmalen besteht keine scharfe Trennung, und damit können sie im Einzelfall deckungsgleich sein oder sich gegenseitig ergänzen⁵⁶⁹.

Als weiteres Merkmal für eine überragende Marktstellung wird auch das tatsächliche Wettbewerbsgeschehen angesehen, wenn Wettbewerbsverhältnisse auf dem relevanten Markt aufgrund einer Gesamtbetrachtung aller relevanten herrschenden Umstände beurteilt werden⁵⁷⁰, da die Frage der überragenden Marktstellung aus der Strukturbetrachtung keine eindeutigen Rückschlüsse zulassen⁵⁷¹.

Zum tatsächlichen Wettbewerbsgeschehen gehören insbesondere die überragende Qualität des Produkts oder der Leitung, besondere technologische Ressourcen, optimale betriebliche Organisation und horizontale, vertikale oder konglomerate Diversifikation⁵⁷².

Darüber hinaus sind als das tatsächliche Wettbewerbsgeschehen die Reaktionen von aktuellen und potentiellen Konkurrenten, Lieferanten und Nachfragern zu berücksichtigen⁵⁷³. Das zukünftige Wettbewerbsgeschehen dient auch zur Feststellung einer überragenden Marktstellung⁵⁷⁴. So wird beispielsweise eine überragende Marktstellung begründet, wenn ein Unternehmen auf seiner Marktseite das größte ist, ohne Rücksicht auf die Beeinflussung der Marktverhältnisse durch die Marktgegenseite⁵⁷⁵.

(b) Marktanteil

Die Überlegenheit aus dem Marktanteilsgrad basiert auf der absoluten Indizierung von Marktanteilen für die Marktbeherrschung, dass die Größe der Marktanteile als Ausgangspunkt der Ermittlung der Marktstellung angesehen wird⁵⁷⁶. In der Praxis wird der Marktanteil als wichtige Erkenntnisquelle für eine überragende Marktstellung berücksichtigt⁵⁷⁷.

Eine (überragende) Marktstellung bedeutet, dass sich die eigene Marktmacht in der Durchsetzung seiner Waren oder Leistungen gegen die Marktgegenseite symbolisiert. Mit wachsendem Marktanteil eines Unternehmens steigt seine Marktmacht gegenüber den Marktpartnern, während der Marktanteil der Konkurrenten in gleichem Maße ab-

⁵⁶⁵ Jüngst, Marktbeherrschungsbegriff „Überragende Marktstellung“ (§ 22 I Nr. 2 GWB) und Diversifikation, S. 79.

⁵⁶⁶ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22 Rn.170.

⁵⁶⁷ Autenrieth, Neues Beurteilungskonzept zur Strukturbetrachtung und Besonderheiten der Versicherungswirtschaft in der Fusionskontrolle, S. 859.

⁵⁶⁸ Jüngst, Rainer, Marktbeherrschungsbegriff „Überragende Marktstellung“ (§ 22 I Nr. 2 GWB) und Diversifikation, Berlin 1980, S. 93.

⁵⁶⁹ Paschke/Kersten in Frankfurter Kommentar, § 22 Tz. 160.

⁵⁷⁰ Der Regierungsentwurf einer 2. GWB-Novellierung, BT-Durcksache VI 2520, S.22; Mösel, Immenga/Mestmäcker GWB Kommentar zum Kartellgesetz, § 19 Rn. 54; In Leo, Das Überlebensrisiko des § 22 Abs.1 Nr.2 GWB in einer „großen“ Reform dieses Gesetzes, S. 1010.

⁵⁷¹ Langen/Ruppelt, KartR (9 Aufl.), § 19 Rn. 50.

⁵⁷² Paschke/Kersten in Frankfurter Kommentar, § 22 Tz. 160

⁵⁷³ WuWE OLG 2184.

⁵⁷⁴ Hölzler, Der Marktanteil in der Fusionskontrolle bei internationaler Wirtschaftsverflechtung, S.521.

⁵⁷⁵ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22 Rn. 167.

⁵⁷⁶ EuGH Urt. V. 13.12. 1 Hoffmann-La Roche, Rs. 85/86, Slg. 1979. 461, 520.

⁵⁷⁷ WuW/BGH 19755 – “Klockner-Becorit”.

nimmt⁵⁷⁸ und damit unternehmerische Verhaltensmöglichkeiten in bestimmten Marktformen immer weniger werden⁵⁷⁹.

Jedoch kann diese Indizierung für die überragende Marktstellung keine oder nur eine sehr geringe Rolle spielen, wenn trotz der hohen Marktanteile keine überragende Stellung festgestellt wird⁵⁸⁰.

In der Praxis besteht die Möglichkeit, eine überragende Marktstellung in solchen Fällen zu ermitteln, in denen es einen niedrigen Marktanteil gibt, das Gewicht der Marktanteile jedoch von einer ganzen Reihe zusätzlicher Faktoren abhängt⁵⁸¹.

So ist bei niedrigen Marktanteilen eine überragende Marktstellung zu ermitteln, wenn die Verteilung der Marktanteile auf die Entwicklung der Marktanteile im Zeitablauf⁵⁸² oder sonstige erhebliche Ressourcenvorsprünge eines Unternehmens stattfindet⁵⁸³. Es gibt keine überragende Marktstellung, wenn es sich insgesamt um Überkapazitäten bei den Anbietern⁵⁸⁴ und einen nur temporär hohen Marktanteil handelt⁵⁸⁵, obwohl die Feststellung der Marktbeherrschung zum Zeitpunkt der Verfügung ausreicht⁵⁸⁶. Es kommt für die Überlegenheit nicht auf hohe Marktanteile an, wenn die Marktzutrittsschranken niedrig sind und die Wettbewerber auf ähnlichen Märkten bereits hohe Marktanteile haben⁵⁸⁷ oder es eine Marktbeherrschung auf der Nachfrageseite schon bei niedrigen Marktanteilen gibt⁵⁸⁸.

Auch wird eine überragende Marktstellung in Bezug auf die relative Größe des Anteils oder den Abstand zu den Marktanteilen der Wettbewerber begründet, z. B., wenn sich der Abstand des Spitzenunternehmens vom nächsten Wettbewerber deutlich ausgeweitet hat⁵⁸⁹.

Darüber hinaus hängt die Überlegenheit aus dem Marktanteilsgrad von der Situation des relevanten Marktes ab; hohe Marktanteile spielen für die Überlegenheit eine große Rolle, wenn das gesamte Marktvolumen gering ist.

(c) Finanzkraft

Nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB wird eine überragende Marktstellung durch die Finanzkraft eines Unternehmens beurteilt. Hohe Finanzkraft führt dazu, dass der Markteintritt potentieller Wettbewerber oder das Marktverhalten und die wettbewerbsaktiven Maßnahmen der vorhandenen Wettbewerber niedrig gehalten werden können⁵⁹⁰,

Die Finanzkraft soll das Merkmal sein, mit dem die Ressourcentheorie im Rahmen des Fusionskontrollrechts ihren deutlichsten Ausdruck gefunden hat⁵⁹¹.

Nach der Ressourcentheorie eröffnen sich dem finanzstarken Unternehmen im Vergleich zum Mitwettbewerber besondere Verhaltensspielräume beim Einsatz seiner Wettbewerbsparameter⁵⁹², wenn die Finanzkraft dem Unternehmen einen erweiterten wettbewerbslichen Verhaltensspielraum zur Durchführung zusätzlicher Marktstrategien bietet, die von seinen Bewerbern weder nachvollzogen noch ausgeglichen werden können⁵⁹³; die Marktstellung der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen wird um so stärker, je stärker deren vorhandene Finanzkraft ist.

⁵⁷⁸ Knöpfle, Robert, Die marktbeherrschende Stellung nach der Neufassung des § 22 GWB, BB 1973, 1177(1179).

⁵⁷⁹ Möschel in Immenga/Mestmäcker, § 19 Rn. 54.

⁵⁸⁰ Bach, Der Marktbeherrschungsbegriff in der EG-Fusionskontrolle, auch im Vergleich zum deutschen Kartellrecht, S. 810.

⁵⁸¹ Bach, Der Marktbeherrschungsbegriff in der EG-Fusionskontrolle, auch im Vergleich zum deutschen Kartellrecht, S. 810.

⁵⁸² Checkliste des Bkarta, S. 6 ff. in Langen/Ruppelt, KartR (8 Aufl.), § 22 Rn. 48.

⁵⁸³ Begründ zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. VI/2520 S. 22.

⁵⁸⁴ Möschel in Immenga/Mestmäcker, § 19 Rn 59.

⁵⁸⁵ WuWE BGH 1756 - „Klöckner-Becorit“

⁵⁸⁶ Möschel in Immenga/Mestmäcker, § 19 Rn 61.

⁵⁸⁷ WuWE BGH 1621 - „Revell Plastics“

⁵⁸⁸ Langen/Ruppelt, KartR (9 Aufl.), § 11 Rn. 50.

⁵⁸⁹ Bechtold, GWB, § 19 Rn. 29.

⁵⁹⁰ Dirrheimer, Manfred J., Ressourcenstärke und Abschreckungswirkung in der Fusionskontrolle, Köln, Berlin, Bonn, München, S 137.

⁵⁹¹ Bechtold, GWB, §19 Rn. 30.

⁵⁹² Langen/Ruppelt, KartR (9Aufl.), § 19 Rn. 51.

⁵⁹³ Jüngst, Marktbeherrschungsbegriff „Überragende Marktstellung“ (§ 22 I Nr. 2 GWB) und Diversifikation, S. 101.

Ebel formuliert:

„Wenn ein finanzstarkes Unternehmen nur auf einem einzigen Produktionsgebiet tätig ist (z.B. Film, Schokolade) und es seine gesamten Mittel in diesem Gebiet einsetzt, so dürfte der Finanzeinsatz im relevanten Markt dem erreichten Marktanteil entsprechen, ohne sich sonderlich als zusätzlicher Vorspann bemerkbar zu machen“.

„Wenn ein finanzstarkes Unternehmen auf vielen Produktionsgebieten tätig ist und aus seinen Mitteln mehr auf dem relevanten Markt einsetzen kann als der Anteil dieser Produktion an der Gesamtproduktion des Unternehmens entspricht, so dürfte der Finanzeinsatz im relevanten Markt die auf Qualität, Kundendienst und sonstigen Leistungen beruhenden Bemühungen um einen wachsenden Marktanteil zusätzlich verstärken, z.B. durch Gewährung längerer Zahlungsziele.“

Diese Wettbewerbswirkungen der Finanzkraft ergeben sich normalerweise nicht aus dem direkten Einsatz finanzieller Mittel, sondern aus hohem Finanzpotential. So dient insbesondere das Kriterium „Finanzkraft“ dazu, konglomerate Unternehmenszusammenschlüsse zu erfassen⁵⁹⁴, z.B. den Zusammenschluss zweier unterschiedlicher Unternehmen, in dem das eine Unternehmen dem anderen seine Finanzkraft zur Verfügung stellt.

Aus dem Umstand, dass für die in § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB zu berücksichtigende Finanzkraft die Gesamtbetrachtung der kompletten Finanzkraft notwendig ist, da es sich um die Gesamtheit von Erwertungsmöglichkeiten und Verwendungsmöglichkeiten handelt, wenn die Finanzkraft zur Erfassung der Strukturverschlechterung dienen soll⁵⁹⁵, wird deutlich, dass für eine überragende Marktstellung die Gesamtheit der finanziellen Mittel und Möglichkeiten ermittelt wird, insbesondere die Finanzierungsmöglichkeiten nach Eigen- und Fremdfinanzierung sowie seinen Zugang zum Kapitalmarkt⁵⁹⁶.

In der Praxis dienen die Umsatzerlöse in erster Linie zum Ermessen der Finanzkraft. Tatsächlich sind aber Messzahlen wie Cash Flow, Gewinne über mehrere Jahre, Umsatzrendite oder Eigenkapital im Verhältnis zur Bilanzsumme aussagekräftiger⁵⁹⁷. Nachhaltige Verluste gegen die Finanzkraft sollen bei der Finanzkraft geprüft werden.

(d) *Verflechtungen mit anderen Unternehmen und Zugangsmöglichkeit zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten*

Nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB sollen Verflechtungen mit anderen Unternehmen und eine Zugangsmöglichkeit zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten die Merkmale für eine überragende Stellung sein.

Es ist notwendig, die wettbewerbliche Bedeutung der beiden Merkmale zusammen zu berücksichtigen, um eine überragende Stellung nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB zu erfassen, da Verflechtungen mit anderen Unternehmen als ein wichtiges Mittel angesehen werden, eine Zugangsmöglichkeit zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten zu schaffen, wenn sie zu einer Beherrschungsmöglichkeit führen, die ein Unternehmen auf ein anderes Unternehmen ausübt. Diesbezüglich gehören nicht zu den Verflechtungen mit anderen Unternehmen im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB bloße Minderheitsbeteiligung oder personelle Verflechtungen ohne Beherrschungsmöglichkeit, obwohl sie nach der Verbundklausel als eine wirtschaftliche Einheit in verbundenen Unternehmen in Betracht gezogen wird⁵⁹⁸.

Bei den Verflechtungen mit anderen Unternehmen, um die es für die Zugangsmöglichkeit zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten geht, sind horizontale, vertikale und konglomerate Verflechtung mit anderen Unternehmen zu ermitteln.

Die horizontalen Verflechtungen werden zwischen Unternehmen durchgeführt, die auf der gleichen Wirtschaftsstufe tätig sind. Dabei spielt zum Erlangen der Marktbeherrschung der Erwerb der Marktanteile eine große Rolle⁵⁹⁹. Mit den horizontalen Verflechtungen kann ein Unternehmen zugleich auf den benachbarten Märkten tätig sein und damit über eine starke Stellung auf dem Markt verfügen. Dies bedeutet, dass die Möglichkeit, alles aus einer Hand zu

⁵⁹⁴ Möschel in Immenga/Mestmäcker § 19 Rdnr. 63.

⁵⁹⁵ Immenga, Fusionskontrolle auf Ausschreibungsmärkten, S. 813.

⁵⁹⁶ Regierungsbegründung zu dem Regierungsentwurf, BT-Druck. 265/71 S.23.

⁵⁹⁷ Bechtold, GWB, §19 Rn. 31.

⁵⁹⁸ Das ist beherrschende Meinung; Vgl. Bechtold, GWB, § 19 Rn. 32; Jüngst, „Marktbeherrschungsbegriff „Überragende Marktstellung“ (§ 22 I Nr. 2 GWB) und Diversifikation, S. 101; Ramrath, Die „überragende Marktstellung“ als Merkmal der Fusionskontrolle, S. 44.

⁵⁹⁹ Regierungsbegründung zu dem Regierungsentwurf, BT-Druck. 265/71 S.23.

liefern, dem Unternehmen einen wettbewerblichen Vorteil bietet⁶⁰⁰, wenn es um die Zugangsmöglichkeit zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten geht.

Eine Verflechtung findet in vor- oder/und nachgelagerten Wirtschaftsstufen statt. Diese vertikale Integration dient insbesondere dazu, die Marktbeherrschung zu schaffen, die sich aus einem besonders guten Zugang zu den Absatz- oder Beschaffungsmärkten ergibt⁶⁰¹. Denn aus der Verflechtung ergibt sich offensichtlich ein enger Zusammenhang zwischen beiden Marktstufen aus den Besonderheiten des Verhältnisses zu Zulieferern und Abnehmern im Vergleich zu den Wettbewerbern⁶⁰², wenn z. B. die Zugangsmöglichkeit zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten mit langfristigen Lieferverträgen oder aus Agenturverträgen geschafft werden kann⁶⁰³.

Konglomerate Verflechtungen bedeuten Verflechtungen mit anderen Unternehmen, die auf dem Markt tätig sind, die untereinander nur noch eine sehr entfernte oder gar keine Beziehung mehr aufweisen⁶⁰⁴. Sie ist insbesondere in den Märkten zu erwarten, die starken konjunkturellen Schwankungen unterliegen oder hohe Anforderungen für Forschung und Entwicklung bedingen⁶⁰⁵. Ein Zuwachs an Finanzierungsmöglichkeiten sowie die Möglichkeit zu reziproken Geschäftsbeziehungen durch die konglomeraten Verflechtungen⁶⁰⁶ führt dazu, dass ein guter Zugang zu den Absatz- oder Beschaffungsmärkten begründet werden kann. Ein großes integriertes Unternehmen kann aber ohne Verflechtungen ebenso finanzkräftig sein wie ein Konzern.⁶⁰⁷

(e) **Marktzutrittsschranken**

Rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen als Merkmal im Sinne des § 19 II Nr. 2 GWB dienen insbesondere den am Markt bereits tätigen Unternehmen zur Schaffung einer überragenden Marktstellung gegenüber potentiellen Konkurrenten⁶⁰⁸. Diese Schranken führen zu einer potentiell mangelhaften Wettbewerbssituation auf dem Markt⁶⁰⁹, wenn durch diese eine Behinderung des Marktzutritts neuer Wettbewerber möglich bzw. wahrscheinlich ist.

Vor allem bezieht sich die Auswirkung der Marktbarrieren auf die relative Machtverteilung zwischen den Wettbewerbern. Eine entscheidende Frage die Marktzutrittsschranken betreffend ist daher, ob und inwieweit durch die Marktzutrittsschranken der Verhaltensspielraum des herausragenden Unternehmens erweitert wird⁶¹⁰; niedrige Marktzutrittsschranken führen zum potentiellen Wettbewerb⁶¹¹.

Rechtliche Markteintrittsbarrieren beruhen auf einem wesentlich höheren Fortbestand von Regulierungsmaßnahmen. Dabei gibt es keine zur Widerlegung einer Marktbeherrschungsvermutung erforderliche strukturelle Absicherung⁶¹².

Als wichtige tatsächliche Markteintrittsbarrieren werden die aus „Lock-in“-Effekten resultierenden Kostenvorteile berücksichtigt⁶¹³, so, dass der Marktzutritt der sachlichen Newcomer aufgrund von besonderen Qualifikationen und Spezialwissen eines bestimmten Marktes blockiert wird. Auch gibt es die tatsächlichen Markteintrittsbarrieren, wenn die Übernahme der besonderen technischen oder kaufmännischen Vorteile stattfindet, die die gemeinsame Marktstellung dauerhaft strukturell absichern können⁶¹⁴. Darüber hinaus können die Markteintrittsbarrieren z.B. durch die

⁶⁰⁰ WuW/E DE-V 299 - „Simens/Shared Medical Systems“.

⁶⁰¹ Regierungsbegründung zu dem Regierungsentwurf, BT- Druck. 265/71 S.23.

⁶⁰² WuW/E DE-V 181 - „Henkel KgaA/Luhns GmbH“..

⁶⁰³ Regierungsbegründung zu dem Regierungsentwurf, BT- Druck. 265/71 S.23.

⁶⁰⁴ Carl, Erwin, Die Marktbeherrschende Stellung als Eingreifkriterium der Zusammenschlusskontrolle im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt am Main 1978, S.118.

⁶⁰⁵ BkartA, WuW/E BkartA 2750f - „Hochtief/Fh. Holzmann“.

⁶⁰⁶ Regierungsbegründung zu dem Regierungsentwurf, BT- Druck. 265/71 S.23.

⁶⁰⁷ Regierungsbegründung zu dem Regierungsentwurf, BT- Druck. 265/71 S.23.

⁶⁰⁸ Jüngst, Marktbeherrschungsbegriff „Überragende Marktstellung“ (§ 22 I Nr. 2 GWB) und Diversifikation, S. 124.

⁶⁰⁹ Jüngst, Marktbeherrschungsbegriff „Überragende Marktstellung“ (§ 22 I Nr. 2 GWB) und Diversifikation, S. 124.

⁶¹⁰ Ramrath, Die „überragende Marktstellung“ als Merkmal der Fusionskontrolle, S. 48.

⁶¹¹ Bechtold, GWB, § 19 Rn. 34.

⁶¹² WuW/E DE-V 239 - „Sprachtelefondienst“.

⁶¹³ WuW 1999, S. 996. - „Heikamp“.

⁶¹⁴ WuW 1999, S. 999. - „Heikamp“.

optimale Betriebsgröße im Verhältnis zur Gesamtnachfrage, den Zugang zu Rohstoffen oder Kapital, die Organisation der Absatzwege oder die Produktdifferenzierung begründet werden⁶¹⁵.

(f) Tatsächlicher oder potentieller Wettbewerb

Nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB ist ein Merkmal für die Ermittlung einer überragenden Stellung der tatsächliche oder potentielle Wettbewerb durch das innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes ansässigen Unternehmens, da bei der Feststellung der Marktbeherrschung neben der aktuellen auch die potentielle Konkurrenz zu berücksichtigen ist, um der Wettbewerbsintensität in Bezug auf den relevanten Markt Rechnung zu tragen⁶¹⁶.

Bei der Würdigung der Wirksamkeit potentiellen Wettbewerbs spielen potentielle Wettbewerber aus benachbarten in- und ausländischen Märkten eine wichtige Rolle⁶¹⁷

Als potentielle Wettbewerber kommen echte Newcomer auf räumlich getrennten Märkten in Betracht, die bislang auf bestimmten Märkten kaum tätig waren. Zum potentiellen Wettbewerber gehören auch Geographische Newcomer, die als Anbieter auf sachlich benachbarten Märkten in der Vergangenheit nicht in Deutschland tätig gewesen sind⁶¹⁸; hier sind ausländische Wettbewerber zu ermitteln, die die vom Ausland ausgehenden Wettbewerbsimpulse darstellen und bei der Beurteilung der Auswirkungen des Zusammenschlusses maßgeblich sein können⁶¹⁹.

(g) Umstellungsflexibilität und Ausweichmöglichkeit

Nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB ist für eine überragende Marktstellung die Fähigkeit zu prüfen, Angebot oder Nachfrage eines Unternehmens auf andere Waren oder gewerbliche Leistungen umzustellen, sowie die Möglichkeit der Marktgegenseite, auf andere Unternehmen auszuweichen, da es notwendig ist, eine starke Marktstellung auf der Marktgegenseite zu prüfen, und wenn es sich um die Gesamtbetrachtung handelt, der Verschlechterung der Marktstruktur entgegen zu wirken.⁶²⁰

Die „Umstellungsflexibilität“ in der Angebotsmarktbeherrschung bedeutet, dass die Wettbewerbsbedingungen auf der Angebotsseite durch die Nachfragerseite beeinflusst werden können⁶²¹. Je größer die Fähigkeit des Anbieters ist, sein Angebot auf andere Waren oder gewerbliche Leistungen umzustellen, desto geringer ist die Abhängigkeit des Anbieters von seinen Nachfragern. Im Gegensatz dazu beruht die „Umstellungsflexibilität“ in der Nachfragemarktbeherrschung auf der Fähigkeit des Nachfragers, seine Nachfrage auf andere Waren oder gewerbliche Leistungen umzustellen. Je größer diese Fähigkeit ist, desto unabhängiger ist er von seinen Anbietern⁶²².

Das Merkmal der „Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite“ teilweise das Spiegelbild der Umstellungsflexibilität des Anbieters oder Nachfragers⁶²³, wenn die Ausweichmöglichkeiten der Gegenseite in bestimmten Fällen die Wettbewerbsbedingungen auf der Gegenseite determinieren können, ist

Zu prüfen ist die Existenz eines wirksamen Wettbewerbs, wenn es sich um die Umstellungsflexibilität und Ausweichmöglichkeit handelt⁶²⁴; vor allem dann, wenn es um die Zusammenschlusskontrolle im Handel geht, wobei es notwendig ist, eine angemessene Berücksichtigung von Nachfragemacht durchzuführen⁶²⁵, um eine Wettbewerbsstruktur zu erhalten, die langfristig funktionsfähigen Wettbewerb garantiert.

So besteht die Option, die Nachfragemacht zu berücksichtigen, wenn der Preis ein herausragender Wettbewerbsparameter ist⁶²⁶; der Wettbewerb wird z. B. durch die Bündelung von Aufträgen mehrerer Projekte, zum Teil unter

⁶¹⁵ Regierungsbegründung zu dem Regierungsentwurf, BT- Druck. 265/71 S.23.

⁶¹⁶ Jüngst, Marktbeherrschungsbegriff „Überragende Marktstellung“ (§ 22 I Nr. 2 GWB) und Diversifikation, S. 125.

⁶¹⁷ WuW/E DE- V 187 – „MZO“.

⁶¹⁸ Bach, Der Marktbeherrschungsbegriff in der EG-Fusionskontrolle, auch im Vergleich zum deutschen Kartellrecht, S. 813.

⁶¹⁹ Vgl. WuW/E DE- V 190 – „MZO“.

⁶²⁰ Langen/Ruppelt, KartR (9 Aufl.), § 19 Rn. 55.

⁶²¹ WuW 1999, S.997. – „Heikamp“.

⁶²² Bechtold, GWB(2. Aufl.), § 19 Rn. 36.

⁶²³ Bechtold, GWB(2. Aufl.), § 19 Rn. 38.

⁶²⁴ Leo, Das Überlebensrisiko des § 22 Abs.1 Nr.2 GWB in einer „großen“ Reform dieses Gesetzes, S. 1013.

⁶²⁵ Möschel in Immenga/Mestmäcker § 19 Rn. 55.

⁶²⁶ WuW/E DE-V 273 – „Corning/RXS“.

Einbeziehung von Auslandsprojekten und der damit verbundenen Reduzierung der Anzahl der zu vergebenden Aufträge seitens der Nachfrager, verstärkt, da damit ein verschärfter Preiswettbewerb auf der Anbieterseite entsteht und zahlenmäßig sinkende Aufträge hervorgerufen werden⁶²⁷.

Auch ist der wirksame Wettbewerb zu gewährleisten, wenn der betroffene Markt aufgrund eines dauerhaft sinkenden Nachfragevolumens durch erhebliche Überkapazitäten gekennzeichnet ist. Allerdings bleibt es zugleich möglich, dass je höher die bei den Anbietern vorhandenen Kapazitätsreserven sind, es den Nachfragern umso leichter fallen wird, marktstrukturelle Überlegungen bei ihrer Auftragsvergabe zu berücksichtigen⁶²⁸.

Angesichts einer außergewöhnlich hohen Konzentration der Nachfrage reicht aber die Existenz von wenigstens zwei Anbietern mit einem vergleichbaren Angebotspotential in der Regel aus, um einen wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten⁶²⁹.

Darüber hinaus ist es für die Nachfragemacht erheblich, wenn sich ein Nachfrager bei seinen Bezügen von marktstrategischen Überlegungen leiten lässt, wie dies häufig im Verhältnis Zulieferer-Automobilindustrie der Fall ist⁶³⁰.

cc) Oligopol

Nach § 19 Abs. 2 S. 2 GWB sind zwei oder mehr Unternehmen marktbeherrschend, soweit zwischen ihnen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen kein wesentlicher Wettbewerb besteht und sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 S. 1 GWB erfüllen.

(1) Fehlen des wesentlichen Wettbewerbs

Das Fehlen des wesentlichen Wettbewerbs im Rahmen des § 19 Abs. 2 S. 2 GWB führt dazu, dass ein Unternehmen einerseits als ein marktbeherrschendes Unternehmen angesehen wird, andererseits aber als ein Mitglied der Oligopolmarktbeherrschung, wenn durch einen Zusammenschluss die Marktbeherrschung eines Unternehmens und mehrerer Unternehmen zugleich geschaffen werden kann⁶³¹.

Zu prüfen ist hier die Abgrenzung von einzel- und oligopolistischer Marktbeherrschung.

Nach der herrschenden Meinung in der Literatur wird vertreten⁶³², dass sich die Tatbestände des § 19 Abs. 2 S. 1 GWB und des § 19 Abs. 2 S. 2 GWB gegenseitig ausschließen, da auf einem Markt nur ein marktbeherrschendes Einzelunternehmen oder ein marktbeherrschendes Oligopol tätig sein kann⁶³³. Im Einzelfall muss daher geprüft werden, welcher Tatbestand als erfüllt anzusehen ist⁶³⁴.

An dieser Meinung hält die Rechtssprechung fest. So betont sie, dass sich die gesetzlichen Tatbestände der Einzelmarktbeherrschung und des marktbeherrschenden Oligopols ausschließen⁶³⁵.

Es scheint, dass sich die Tatbestände des § 19 Abs. 2 S. 1 GWB und des § 19 Abs. 2 S. 2 GWB gegenseitig ausschließen, obwohl die beiden Marktbeherrschungstatbestände die gleichen Voraussetzungen haben. Der Unterschied wird aber erst bei der Voraussetzung eines wirksamen Wettbewerbs sichtbar.

Grundsätzlich wird angenommen, dass zwischen den Oligopolmitgliedern keine Einzelmarktbeherrschung besteht, so dass keines von den Oligopolmitgliedern eine überragende Marktstellung hat⁶³⁶, die die Verhinderung des funktionsfähigen Wettbewerbs darstellt.

⁶²⁷ WuW/E DE-V 238 – „Dürr/Alstom“.

⁶²⁸ WuW 1999, S. 996. – „Heikamp“.

⁶²⁹ WuW 1999, S. 996. – „Heikamp“.

⁶³⁰ Möschel in Immenga/Mestmäcker § 19 Rn. 55.

⁶³¹ WuW/E Bkarta 1727, 1730, – „RWE-Energieversorgung Leverkusen“

⁶³² Langen/Ruppelt, KartR (9Aufl.), § 19 Rn. 60; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22 Rn. 191; Möschel in Immenga/Mestmäcker, § 19 Rn. 79.

⁶³³ Möschel in Immenga/Mestmäcker, § 19 Rn. 79.

⁶³⁴ Langen/Ruppelt, KartR (9Aufl.), § 19 Rn. 60.

⁶³⁵ WuW/E OLG 3765 Pillsbury/Sonnen-Bassermann“; WuW/E OLG 2234f.- „Tonolli/Blei- und Bassermann“.

⁶³⁶ Bechtold, Das neue Kartellrecht, S. 104.

Die Oligopolmarktbeherrschung im Rahmen des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB setzt sowohl das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs zwischen Oligopolisten als auch das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs im Verhältnis zu den übrigen Anbietern voraus.

(2) *Innenverhältnis*

Das Fehlen des wesentlichen Wettbewerbs im Innenverhältnis beim Oligopol, in dem die Marktstrukturen wenigstens wesentlichen Wettbewerb zuließen, beruht im Wesentlichen auf der Macht des Marktführers, wobei es um Marktstruktur, oder um Gleichförmigkeit des Marktverhaltens⁶³⁷. Für die Prüfung des wesentlichen Wettbewerbs im Innenverhältnis spielt der für das Außenverhältnis entwickelte Beurteilungsmaßstab eine sehr geringe Rolle⁶³⁸.

Wesentliches Kriterium für das Bestehen eines wirksamen Wettbewerbs im Innenverhältnis eines Oligopols ist in erster Linie der fehlende Preiswettbewerb⁶³⁹, so dass sich die Frage stellt, ob und unter welchen Umständen ein fehlender Preiswettbewerb allein das Tatbestandsmerkmal des Fehlens wesentlichen Wettbewerbs im Innenverhältnis eines Oligopols begründet⁶⁴⁰;

Wenn es das gleichförmige Preisverhalten gibt, dann wird das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs im Innenverhältnis eines Oligopols berücksichtigt; es besteht kein wirksamer Wettbewerb im Innenverhältnis eines Oligopols, wenn sich die Unternehmen grundsätzlich über einen längeren Zeitraum hinweg gleichförmig verhalten, vor allem wenn sich ihre Preise in gleichem Rhythmus und in gleichem Ausmaß erhöhen⁶⁴¹. Wenn der Preisspielraum der Unternehmen begrenzt bleibt⁶⁴², findet ein wirksamer, wenngleich auf Qualität, Forschung, Service und Beratung beschränkter Wettbewerb statt - typischerweise zum Abbau des überragenden Verhaltensspielraums des stärksten Unternehmens⁶⁴³.

Obwohl ein Preiswettbewerb eine herausragende Bedeutung für das Tatbestandsmerkmal wesentlichen Wettbewerbs hat, stößt er auf Kritik. Der Verdacht liegt nahe, dass für die Prüfung des wesentlichen Wettbewerbs im Innenverhältnis ein Preiswettbewerb wirtschaftlich ineffektiv sein kann⁶⁴⁴, da eine Preisgleichheit gerade das Ergebnis heftigen Preiswettbewerbs sein kann, so dass der Schluss von gleichförmigem Preisverhalten auf Oligopolmarktbeherrschung, also voreilig sein kann⁶⁴⁵.

Auch ist die Reaktionsverbundenheit ein entscheidendes Kriterium für das Fehlen des wesentlichen Wettbewerbs im Innenverhältnis beim Oligopol, wenn mehrere Unternehmen im Oligopol unter etwa gleichen Voraussetzungen auf einem transparenten Markt bleiben, wie sie sich aus der wechselseitigen Abhängigkeit von marktmächtigen Herstellern in vollem Bewusstsein ergibt⁶⁴⁶; jeder Oligopolist soll bei jeder marktstrategischen Maßnahme die Reaktionen der anderen etwa gleich starken Oligopolunternehmen berücksichtigen. So wird auf vorstoßenden Wettbewerb oft verzichtet, da die anderen Oligopolisten sofort nachziehen und damit den Erfolg zunichte machen würden.

Die Wahrscheinlichkeit einer Reaktionsverbundenheit wird insbesondere bei engen oligopolistischen Märkten berücksichtigt, das aus einer geringen Anzahl von Unternehmen besteht, da dabei die Gleichförmigkeit des Verhaltens über einen längeren Zeitraum hinweg besteht und damit eine langfristige Reaktionsverbundenheit möglich bleibt⁶⁴⁷. Je enger ein Oligopol ist, d.h. je höher sein kumulierter Marktanteil ist und je weniger es dem Außenwettbewerb ausgesetzt ist, desto wahrscheinlicher wird ein Parallelverhalten und damit der Ausschluss wesentlichen Wettbewerbs⁶⁴⁸.

⁶³⁷ Vgl. Langen/Ruppelt, KartR (9Aufl.), § 19 Rn. 60.

⁶³⁸ Regierungsbegründung zu dem Regierungsentwurf, BT-Druck. 265/71 S.23.

⁶³⁹ v. Gramm, Kartellrecht, § 22 Rn. 20; Sandrock, Otto, Grundbegriffe des GWB, München 1968, S. 385.

⁶⁴⁰ Paetow/Tonner, Fehlen wesentlichen Wettbewerbs und oligopolistische Marktbeherrschung, DB 1983, S. 700

⁶⁴¹ Regierungsbegründung zu dem Regierungsentwurf, BT-Druck. 265/71 S.23.

⁶⁴² WuW/E 1828 - „Blei- und Silberhütte Braubach“.

⁶⁴³ WuW/E BGH 1687 - „Valium II“.

⁶⁴⁴ WuW/E OLG 1645 - „Valium-II“.

⁶⁴⁵ Bechtold, Das neue Kartellrecht, S. 104.

⁶⁴⁶ Bechtold, Das neue Kartellrecht, S. 104; Baur, Das Tatbestandsmerkmal „Wettbewerb“, ZHR 134 (1970) 97, 145 ff.

⁶⁴⁷ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22 Rn. 203.

⁶⁴⁸ Commichau/Schwartz, Grundzüge des Kartellrechts, München 2002, Rn 528.

Im Gegensatz dazu findet im weiteren Oligopol keine Wahrscheinlichkeit einer Reaktionsverbundenheit, in dem eine größere Anzahl von Unternehmen besteht. Denn eine zunehmende Anzahl der am Oligopol beteiligten Unternehmen bringt die notwendigerweise geringeren Marktanteile der beteiligten Unternehmen mit sich⁶⁴⁹. So kann die Wahrscheinlichkeit für einen funktionsfähigen Wettbewerb gesteigert werden⁶⁵⁰.

Darüber hinaus kommen unterschiedliche Produktqualitäten oder Produktausstattungen für die Erfassung des wesentlichen Wettbewerbs im Innenverhältnis in Betracht. Die niedrigen technischen Marktzutrittsschranken, sowie die ständigen technischen Innovationen sprechen nicht für den wesentlichen Wettbewerb im Binnenverhältnis⁶⁵¹.

Der Prüfung des Fehlens des wesentlichen Wettbewerbs im Innenverhältnis liegt eine Gesamtbetrachtung zugrunde, wenn bei der Prüfung alle maßgebenden Umstände für tatsächliche Marktverhältnisse berücksichtigt werden können⁶⁵². Dabei ist nicht nur ein aktuelles Wettbewerbsverhalten zwischen den Oligopolisten zu ermitteln, sondern auch ein potentielles Wettbewerbsverhalten, z.B. wird das Kräfteverhältnis innerhalb des Oligopols durch die Fusion ausgeglichener, ohne dass sich das Oligopol selbst wesentlich verengt⁶⁵³.

(3) Außenverhältnis

Das Fehlen des wesentlichen Wettbewerbs im Außenverhältnis des Oligopols im Rahmen des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB bedeutet dass die Oligopolunternehmen „in ihrer Gesamtheit“ nicht wesentlichem Wettbewerb ausgesetzt sein dürfen oder insgesamt eine überragende Marktstellung innehaben müssen⁶⁵⁴.

Da bei dem wesentlichen Wettbewerb im Verhältnis zu den übrigen Anbietern die Oligopolunternehmen als ein einheitliches Unternehmen behandelt werden, stellt sich die Frage, wann ein wesentlicher Wettbewerb im Außenverhältnis des Oligopols im Rahmen des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB zustande kommt, der auf den Kriterien für die Monopolmarktbeherrschung im Rahmen des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB beruht.

So bleibt beim Oligopol der Wettbewerb möglich, wenn neben den oligopolistischen fünf Unternehmen noch eine Vielzahl weiterer Anbieter auf einem relativ kleinen Inlandsmarkt tätig ist⁶⁵⁵. Für einen Wettbewerb spricht auch, dass es in den letzten drei Jahren durchaus deutliche Verschiebungen bei den Marktanteilen zwischen den großen Anbietern gegeben hat⁶⁵⁶. Zudem macht die Zutrittmöglichkeit ausländischer Unternehmen den wesentlichen Wettbewerb aus⁶⁵⁷.

Ausschlaggebend für die überragende Rolle des Oligopols ist aber nicht die Tatsache, dass es aus kleinen oder mittleren Unternehmen besteht, die mit einem oder mehreren großen Konzernen in Konkurrenz stehen, die den Weltmarkt beherrschen, auch wenn sie gegenwärtig nicht oder nur in geringem Maße auf dem inländischen Markt tätig sind⁶⁵⁸.

c) Vermutungsklausel

Nach § 19 Abs. 3 GWB wird eine Marktbeherrschung vermutet, wenn ein Unternehmen einen Marktanteil von mindestens einem Drittel innehat (§ 19 Abs. 3 S.1 GWB), wenn drei oder weniger Unternehmen zusammen einen Marktanteil von 50 von Hundert (§ 19 Abs. 3 S. 2 Nr.1 GWB) und fünf oder weniger Unternehmen zusammen einen Marktanteil von zwei Dritteln erreichen (§ 19 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB). Die Vermutung kann widerlegt werden, wenn die Unternehmen nachweisen, dass die Wettbewerbsbedingungen zwischen ihnen wesentlichen Wettbe-

⁶⁴⁹ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22 Rn. 198.

⁶⁵⁰ WuW/E BkartA 1840 ff. – „Texaco/Zerssen“.; WuW/E KG 2666.

⁶⁵¹ WuW/E DE-V 330 – „Xerox/Tektronix“.

⁶⁵² Langen/Ruppelt, KartR (9Aufl.), § 19 Rn. 60; v. Gramm, Kartellrecht, § 22 Rn. 20; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22 Rn. 103.

⁶⁵³ Begründung zum Regierungsentwurf, BT- Drucksache 8/2136, WuW 1980, S.338.

⁶⁵⁴ Bechtold, Das neue Kartellrecht, S. 104.

⁶⁵⁵ WuW/E DE-V 334 – „Flowserve/Ingersoll-Dresser“.

⁶⁵⁶ WuW/E DE-V 334 – „Flowserve/Ingersoll-Dresser“.

⁶⁵⁷ WuW/E DE-V 269 – „Chipkarten“.

⁶⁵⁸ Langen/Ruppelt, KartR (9Aufl.), § 19 Rn. 63.

werb erwarten lassen oder die Gesamtheit der Unternehmen im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Marktstellung haben (hinter Satz des § 19 Abs. 3 S. 2 GWB).

aa) Marktanteil-Schwellenwerte

Die Marktanteil-Schwellenwerte im Rahmen des § 19 Abs. 3 GWB führen dazu, die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung ganz erheblich zu erleichtern⁶⁵⁹; in den Marktbeherrschungsvermutungen bestehen zwei Alternativen von Marktanteilsstrukturen: ein Dreier- und ein Fünferoligopol. § 19 Abs. 3 S. 1 GWB sieht eine Monopolvermutung vor, während die Ein-Drittel-Regel allein dazu dient, die Marktbeherrschung eines Unternehmens zu vermuten; nach § 19 Abs. 3 S. 2 GWB wird das Erreichen bestimmter gemeinsamer Mindestmarktanteile geprüft, um zu entscheiden, ob es sich um ein Oligopol handelt⁶⁶⁰.

Laut (der) Vermutungsklausel nach § 19 Abs. 3 GWB erfolgt die Bewährung der quantitativen Vermutungsregeln in der deutschen Zusammenschlusskontrolle⁶⁶¹. Die Marktbeherrschungsvermutungen des § 19 Abs. 3 GWB gehen auf die entsprechenden Regelungen in den §§ 22 Abs. 3 GWB und 23a Abs. 2 GWB a.F. zurück. § 22 Abs. 3 GWB a.F. war bereits durch die zweite Novelle von 1973 in das Gesetz eingefügt worden, während die ergänzende Regelung für die Zusammenschlusskontrolle in § 23a a.F. erst die vierte Novelle von 1980 gebracht hatte⁶⁶².

Ihre Bedeutung liegt vor allem in der Feststellung der Oligopolmarktbeherrschung, wenn wenige Unternehmen mit erheblichen Marktanteilen den Markt beherrschen und unter Umständen eine Anzahl weiterer kleinerer Marktteilnehmer neben den Großunternehmen unter Anpassung an deren Marktverhalten operiert⁶⁶³.

Welche Vermutungstatbestände in Betracht kommen, ist davon abhängig zu machen, wo der Schwerpunkt des Sachverhalts zu suchen ist⁶⁶⁴, wenn gleichzeitiges Vorliegen der Oligopolvermutung und der Monopolvermutung vorliegt, falls dem hohen Marktanteil eines Unternehmens und dessen großem Abstand vor seinen Konkurrenten nach der Struktur des Marktes das entscheidende Gewicht zukommt⁶⁶⁵.

Zwar bestehen hierbei Bedenken gegen die Anwendung der Oligopolvermutung, wenn zugleich die Monopolvermutung eingreift⁶⁶⁶, doch die beiden Vermutungstatbestände schließen sich nicht etwa gegenseitig aus. Denn die Überprüfung der Oligopolvermutung kann durchgeführt werden, wenn mehrere der beteiligten Unternehmen, namentlich wegen personeller oder kapitalmäßiger Verflechtungen, am Markt gemeinsam auftreten⁶⁶⁷.

bb) Widerlegung

Nach § 19 Abs. 3 S. 2 GWB kann die Vermutung der marktbeherrschenden Stellung widerlegt werden. Dabei geht es für die Kartellbehörde um die Feststellung, ob die Voraussetzungen der Vermutung gegeben sind, und für die Unternehmen geht es darum, Tatsachen darzulegen und zu beweisen, aus denen sich ergibt, dass der Tatbestand einer marktbeherrschenden Stellung trotz des Vorliegens der Vermutung nicht gegeben ist⁶⁶⁸.

Der entscheidende Punkt der Widerlegung ist nicht das Erreichen der Marktanteilsschwelle des § 19 Abs. 3 GWB, sondern die Existenz des wesentlichen Wettbewerbs zwischen den oligopolistischen Unternehmen und keine überragende Marktstellung im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern, wenn die Marktbeherrschung bedeutet, dass ein oder mehrere Unternehmen aufgrund des Marktanteils über einen vom Wettbewerb nicht hinreichend kon-

⁶⁵⁹ Baur, Rechtliche Fragen der Marktbeherrschung nach der zweiten Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 916.

⁶⁶⁰ Leo, Das Überlebensrisiko des § 22 Abs.1 Nr.2 GWB in einer „großen“ Reform dieses Gesetzes, S. 1013.

⁶⁶¹ Begründung zum Regierungsentwurf, BT- Drucksache 852/97, S. 44..

⁶⁶² Emmerich, Kartellrecht, S 194.

⁶⁶³ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22 Rn. 196.

⁶⁶⁴ Emmerich, Kartellrecht, S. 199.

⁶⁶⁵ Monopolkommission, 4. Hauptgrundlage, Tz. 585; BKartA, Die AG 1981, 294; Immenga/Schulte- Braucks, Zum Verhältnis der Monopol- und der Oligopolvermutung in § 22 III GWB, S. 149; WuW 1981, S. 108.

⁶⁶⁶ Mimmenga/Schulte-Braucks, Zum Verhältnis der Monopol- und der Oligopolvermutung in § 22 III GWB, BB 1981, S. 151.

⁶⁶⁷ KG, Die AG 1988, 306 = WuW/E OLG 4095.

⁶⁶⁸ Baur, Rechtliche Fragen der Marktbeherrschung nach der zweiten Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 916.

trollierten Verhaltensspielraum verfügen können⁶⁶⁹ 670. Es wird daher berücksichtigt, dass zwar die Marktanteilschwelle gemäß § 19 Abs. 3 GWB Vermutungsvoraussetzung ist, aber gleichzeitig auch nur ein Kriterium neben anderen ist, zur Beurteilung der Frage, ob die Vermutungsfolge, der Marktbeherrschung vorliegt⁶⁷¹. Auch dienen tatsächliche Wettbewerbsbedingungen dazu, dass der Verhaltensspielraum gesichert werden kann, der auf der marktbeherrschenden Stellung beruht.

Die tatsächlichen Wettbewerbsbedingungen beziehen sich auf wettbewerbliches Verhalten innerhalb des Oligopols. Wenn ein lebhafter Binnenwettbewerb innerhalb der Oligopolgruppe besteht⁶⁷², und wenn eine ausreichende Wettbewerbskontrolle seitens der „Außenseiter“ bleibt⁶⁷³, ist die Oligopolvermutung als widerlegt anzusehen. Wenn es auf dem Markt die Konkurrenzen gibt, die unabhängig von den Zusammenschlussbeteiligten agieren können, und damit eine echte Alternative zu den Diensten der Zusammenschlussbeteiligten vorliegt⁶⁷⁴, so wird wesentlicher Wettbewerb als möglich berücksichtigt.

Die Existenz des Wettbewerbs bezieht sich auch auf das Verhalten der Nachfrager⁶⁷⁵. In Fällen, dass auf der Nachfragerseite den Anbietern in nicht unerheblichem Umfang große und finanzkräftige Unternehmen gegenüberstehen⁶⁷⁶, wird von den Nachfragern ein scharfer Wettbewerb und ein starker Preisdruck konstatiert⁶⁷⁷. Seitens der Nachfrager wird das strategische Ziel verfolgt, neben den Oligopolisten mehrere andere Nachfrager am Markt zu haben, um den wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten⁶⁷⁸. Durch die große Nachfragemacht der Automobilindustrie gegenüber den vermuteten Oligopolisten bestehen für diese keine wettbewerblich unkontrollierten Verhaltensspielräume⁶⁷⁹. Das Interesse des einzigen Nachfragers militärtechnischer Produkte ist es, eine marktbeherrschende Stellung eines einzelnen Anbieters zu vermeiden und zugleich die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Rüstungsindustrie zu erhalten⁶⁸⁰.

Darüber hinaus sind Preissenkungen in der Vergangenheit sowie die Erwartung eines wachsenden Marktes und weiterer Markteintritte Voraussetzungen der Widerlegung der Oligopolvermutung⁶⁸¹. Die Widerlegung der Vermutung der Marktbeherrschung wird berücksichtigt, wenn der fragliche Markt strukturelle Besonderheiten aufweist⁶⁸².

cc) Rechtsnatur

Was unter der Rechtsnatur des Vermutungstatbestands im Rahmen des § 19 Abs. 3 GWB zu verstehen ist, ist nach wie vor unklar⁶⁸³. Es gibt hier einen Streit.

Der Vermutungstatbestand soll der Aufgreifstatbestand sein, wenn die Meinung des Wirtschaftsausschusses über die Rechtsnatur des Vermutungstatbestands in dem Bericht des Wirtschaftsausschuss⁶⁸⁴ berücksichtigt wird

„Der Bericht des Wirtschaftsausschusses verwies auf rechtsstaatliche Bedenken und deutete § 22 Abs. 3 GWB (§ 19 Abs. 3 GWB n. F.) im Gegensatz zu zivilrechtlichen Vermutungen eher als Aufgreifstatbestand, der die Kartellbehörde zur Einleitung eines Verfahrens veranlassen soll. Es könne nämlich mit hoher Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass schon bei den in § 22 Abs. 3 GWB (§ 19 Abs. 3 GWB n. F.) genannten Marktanteilen eine marktbeherrschende Stellung bestehe. Dem folgt der Hinweis auf die beherrschende Officialmaxime das Kartellverfahren und die Pflicht der Kartellbehörde, allen substantiierten Einwendungen gegen die vermutete Marktbeherr-

⁶⁶⁹ WuW/E DE- V 232 – „Cisco/IBM“.

⁶⁷⁰ Sieht S. 90

⁶⁷¹ WuW/E BGH 1749 – „ Klöckner/Becorit“.

⁶⁷² WuW/E DE-V 238 – „Dürr/Alstom“.

⁶⁷³ Leo, Das Überlebensrisiko des § 22 Abs.1 Nr.2 GWB in einer „großen“ Reform dieses Gesetzes, S. 1013.

⁶⁷⁴ WuW/E DE-V 125.- „WITASS“.

⁶⁷⁵ WuW/E DE-V 269 – „Chipkarten“.

⁶⁷⁶ WuW/E DE-V 334 – „Flowserve/Ingersoll-Dresser“.

⁶⁷⁷ WuW/E DE-V 269 – „Chipkarten“.

⁶⁷⁸ WuW/E DE-V 239 – „Dürr/Alstom“.

⁶⁷⁹ WuW/E DE-V 239 – „Dürr/Alstom“.

⁶⁸⁰ WuW/E DE-V 246 – „Reinmetall/KUKA“.

⁶⁸¹ WuW/E DE-V 267 – „Chipkarten“.

⁶⁸² WuW/E BkartA 1863, 1865, -“Gründer --Jahr --Zeit“

⁶⁸³ Bechtold, GWB, § 19 Rn. 49.

⁶⁸⁴ BT-Drucks. 7/696 (Antrag) und vor allem 7/765 (Unterrichtung) S.6. Dazu Bestätigung der in BT-Drucks. 8/3960 S. 26.

schung nachzugehen. Schließlich heißt es, dass Marktbeherrschung entsprechend der Vermutung zu bejahen sei, falls Amtsermittlungen keine Gegengründe feststellen könnten.“

Die Meinungen in der Literatur über die Rechtsnatur des Vermutungstatbestands sind unterschiedlich.

Einerseits sind die Vermutungen nicht mehr als bloße Aufgreifkriterien in Verbindung mit einer materiellen Beweislastregel⁶⁸⁵, wenn die Kartellbehörde in dem aufgrund der Vermutungen eingeleiteten Verfahren sämtliche Umstände, die für und gegen die Marktbeherrschung sprechen, von Amts wegen zu ermitteln ist. Nur kann die Vermutung widerlegt werden, wenn Unternehmen die Gegengründe nachweisen.

Diese Meinung stößt auf die Kritik⁶⁸⁶, dass sie nicht der Effektivität der Zusammenschlusskontrolle entspricht, die bei der Vermutungsklausel durch den Gesetzgeber bezweckt wird, da nach dieser Meinung die Kartellbehörden nicht etwa von der Würdigung des Marktanteils im Zusammenhang mit den übrigen jeweils relevanten Faktoren im Rahmen einer Gesamtbetrachtung befreit werden.

Andererseits wird in der Literatur die Meinung vertreten, dass es sich bei der Rechtsnatur der Vermutungstatbestände weniger um Vermutungen im zivilrechtlichen Sinne handelt, sondern um mehr als bloße verwaltungsrechtliche Aufgreifstatbestände⁶⁸⁷. Deswegen liegt der Vermutungstatbestand im Rahmen § 19 Abs. 3 GWB dann vor, wenn auch die Marktbeherrschung bejaht werden muss, falls zu dem Vermutungstatbestand keine weiteren Tatsachen hinzutreten, die den vermuteten Tatbestand ausschließen⁶⁸⁸. Der Nachweis der Gegengründe ist Aufgabe der Unternehmen, wobei es nicht um die unmittelbare Beweisführungslast oder formelle Beweislast handelt, sondern ausschließlich um die materielle Beweislast⁶⁸⁹. Die Meinung entspricht dem Bericht des Wirtschaftsausschusses. Daran hält die herrschende Meinung in der Literatur fest⁶⁹⁰.

d) Begründung oder Verstärkung der Marktbeherrschung

Nach § 36 Abs. 1 GWB ist ein Zusammenschluss zu untersagen, wenn von ihm erwartet wird, eine marktbeherrschende Stellung zu begründen oder zu verstärken.

Wenn nur die Begründung oder die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung als Untersagungstatbestand angesehen wird, ist die Marktbeherrschung kein Straf- oder Ordnungswidrigkeitstatbestand⁶⁹¹

aa) Prognose

Die Zusammenschlusskontrolle nach § 36 Abs. 1 GWB kann nur eingreifen, wenn bei der Prognose die Verschlechterung der Marktstruktur erfasst wird, die auf dem Zusammenschluss beruht.

Die Prognose ist dann notwendig, wenn sich der materielle Tatbestand nach § 36 Abs. 1 GWB auf die Erwartung der Begründung oder der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bezieht. Dabei wird die vermutliche weitere Entwicklung der Marktstrukturen infolge des Zusammenschlusses geprüft, um der zukünftigen Marktstellung der Zusammenschlussbeteiligten Rechnung zu tragen⁶⁹².

Da der Zusammenschluss die Entmachtung des Unternehmens impliziert⁶⁹³, handelt es sich bei der Prognose um die Verschlechterung der Marktstruktur, die auf einer Veränderung von Umständen durch den Zusammenschluss beruht, wenn aufgrund eines Vergleichs der Wettbewerbsbedingungen vor und nach dem Zusammenschluss die Einbe-

⁶⁸⁵ Kleinmann/Bechtold, § 22 Rn. 222ff..

⁶⁸⁶ Vgl. Emmerich, Kartellrecht, S. 183.

⁶⁸⁷ Bechold, GWB, §19 Rn. 50.

⁶⁸⁸ Steindorff, Wettbewerbliche Einheit und kartellrechtliche Vermutungen, S. 24.

⁶⁸⁹ Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, § 10 Rn. 34.

⁶⁹⁰ Baur, Rechtliche Fragen der Marktbeherrschung nach der zweiten Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 916 ff.; Von Gram, Kartellrecht, S. 199; Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkung, § 9 Rn. 534; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22 Rn. 222.

⁶⁹¹ Paetow/Tonner, Fehlen wesentlichen Wettbewerbs und oligopolistische Marktbeherrschung, S.704.

⁶⁹² Emmerich, Kartellrecht, S. 302.

⁶⁹³ Knöpfle, Ist es für die Beurteilung, ob ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung hat, notwendig, den relevanten Markt zu bestimmen?, S. 1386.

ziehung der zu erwartenden Entwicklung nach Maßgabe der vorhandenen Wettbewerbsvoraussetzungen durchgeführt wird.

Die zu berücksichtigende Verschlechterung der Marktstruktur in der Prognose ist eine spürbare Verschlechterung der Marktstruktur, wie sie sich mit hoher Wahrscheinlichkeit aus konkreten Umständen ergibt⁶⁹⁴, wenn es sich um die Veränderung wirklich marktrelevanter Strukturen handelt. Die Veränderung der Wettbewerbsbedingungen ist mit der stets erforderlichen Gesamtbetrachtung der maßgeblichen Umstände zu prüfen⁶⁹⁵. Hier ist in jedem Falle grundsätzlich die Marktstruktur, zusätzlich aber auch das Wettbewerbsverhalten zu ermitteln⁶⁹⁶.

Aus dem Umstand heraus, dass die Verschlechterung der Marktstruktur durch einen Zusammenschluss verursacht werden muss⁶⁹⁷, ist es notwendig, dass die Kausalität zwischen dem Zusammenschluss und der Verschlechterung der Marktstruktur bei der Prognose geprüft wird.

Für die Kausalität im Sinne des § 36 Abs. 1 GWB wird verlangt, dass der Zusammenschluss nur mitursächlich für die konkrete Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen ist⁶⁹⁸. Da es in den Fällen an der Kausalität fehlt, in denen ein Vergleich mit der hypothetischen Entwicklung ohne den Zusammenschluss ergeben hat, dass es zu derselben Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen gekommen wäre, scheidet also eine Untersagung des Zusammenschlusses aus⁶⁹⁹.

Mit der Prognose wird die Verschlechterung der Marktstruktur in Zukunft ermittelt, wobei es nicht nur auf die aktuellen, sondern auch auf die zukünftigen Wettbewerbsverhältnisse ankommt⁷⁰⁰, um den künftigen funktionsfähigen Wettbewerb zu ermitteln. Es ist deswegen zwar nicht unbedingt erforderlich, dass sich die Marktstruktur nachprüfbar bereits jetzt im Augenblick des Zusammenschlusses verändert⁷⁰¹, aber es werden für die Veränderung der Marktstruktur realistische Erwartungen verlangt. Die weitere Zukunft wird daher nur insoweit berücksichtigt, wie die Verschlechterung der Marktstruktur von der mit hoher Wahrscheinlichkeit alsbald eintretenden Wettbewerbsvoraussetzung ausgeht⁷⁰². Dies führt dazu, dass bei der Prognose eine kurz-, höchstens mittelfristige Vorschau berücksichtigt wird⁷⁰³. Obwohl der Prognosezeitraum auf den Besonderheiten des betroffenen Marktes beruht, kann er nicht länger als 5 Jahre betragen⁷⁰⁴.

bb) Begründung

Nach § 36 I GWB begründet der Zusammenschluss, um dessen Untersagung es sich handelt, eine marktbeherrschende Stellung. Das heißt, dass der Zusammenschluss einer Zusammenschlusskontrolle unterliegt, wenn dieser zu einer marktbeherrschenden Stellung führt, die vor dem Zusammenschluss nicht bestanden hat⁷⁰⁵.

Hierbei geht es um unmittelbare oder sicher zu erwartende, zukünftige Auswirkungen des Zusammenschlusses⁷⁰⁶, die sich auf eine spürbare Entstehung oder Vergrößerung des wettbewerblichen Verhaltensspielraums durch eine marktbeherrschende Stellung bezieht⁷⁰⁷. So bedeutet die Marktbeherrschung im Sinne des § 19 Abs. 2 und 3 GWB die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung. Die Marktbeherrschungsvermutungen sind nur aussagefähig für die Merkmale der Begründung einer marktbeherrschenden Stellung, nicht für die Verstärkung⁷⁰⁸.

⁶⁹⁴ Canenbley/ Moosecker, Fusionskontrolle, S. 297; Langen/Ruppelt, KartR (9Aufl.), § 36 Rn. 37.

⁶⁹⁵ BGH WuW/E BGH 3031 – „Backofenmarkt“

⁶⁹⁶ Bechtold, GWB, § 36 Rn. 3.

⁶⁹⁷ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 36 Rn. 130; Langen/Ruppelt, KartR (9 Aufl.), § 36 Rn. 40.

⁶⁹⁸ Emmerich, Kartellrecht, S. 304.

⁶⁹⁹ WuW/E OLG 4379 – „Flensburger Zeitungsverlag/SH Landeszeitung“

⁷⁰⁰ Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 24 Rn. 11.

⁷⁰¹ Emmerich, Kartellrecht, S. 302.

⁷⁰² WuW/E BGH 1507 ff. – „Kfz-Kupplungen“; WuW/E BGH 1766, – „bituminöses Mischgut“.

⁷⁰³ Bechtold, GWB, § 36 Rn. 3; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 24 Rn. 14.

⁷⁰⁴ Bechtold, GWB, § 36 Rn. 3; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 24 Rn. 15.

⁷⁰⁵ Bunte, Hermann-Josef, Kartellrecht, München 2003, S. 267.

⁷⁰⁶ Emmerich, Kartellrecht, S. 305.

⁷⁰⁷ Vgl. WuW/E OLG 1753; WuW/E BKartA 1628.

⁷⁰⁸ Bechtold, GWB, § 36 Rn. 6.

Typische Fälle der Begründung einer marktbeherrschenden Stellung beziehen sich darauf, dass es durch die Addition der Marktanteile der fusionierenden Unternehmen zu hohen Marktanteilen kommt, und zwar absolut und/oder relativ⁷⁰⁹. Ein kombinierter Marktanteil von mehr als 65% führt nicht zwingend zu dem Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung⁷¹⁰.

Eine marktbeherrschende Stellung kann auch in folgenden Fällen entstehen, z.B. durch die Verminderung der Zahl der Anbieter, es sei denn, dass es sich um eine sogenannte Aufholfusion in einem asymmetrischen Oligopol handelt⁷¹¹; a) dass aufgrund der tatsächlichen Verhältnissen der wettbewerbliche Vorsprung nach dem Zusammenschluss entsteht⁷¹²; b) dass es eine Veränderung von Umständen gibt, die eine Entmachtung des Unternehmens bewirken, die unter der Beschränkung des Verhaltensspielraumes zu verstehen ist⁷¹³; c) dass es die Möglichkeit unmittelbar finanzieller Unterstützung der Muttergesellschaft gibt⁷¹⁴.

cc) Verstärkung

Auch bezieht sich nach § 36 Abs. 1 GWB die Untersagung des Zusammenschlusses auf die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Sie soll daher ein selbständiger Untersagungstatbestand sein⁷¹⁵, dessen Zweck vor allem es ist, den noch vorhandenen Restwettbewerb auf dem bereits gefährdeten Markt zu schützen⁷¹⁶, wenn die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung dazu führt, aktuellen Wettbewerbern eine abschreckende Wirkung beizumessen⁷¹⁷ und die potentiellen Wettbewerber zu minimieren.⁷¹⁸

Denn die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung kann als die massive Erweiterung des Verhaltensspielraums der beteiligten Unternehmen gegenüber Wettbewerbern und dem Handel als Marktgegenseite angesehen werden⁷¹⁹, wobei eine schon bestehende marktbeherrschende Stellung eines der beteiligten Unternehmen abgesichert und weiter verstärkt wird. Dabei verändert sich die Marktmacht bestimmende Größe derart, dass die Macht auf einen bestimmten Markt neutralisierende Wirkung des Wettbewerbs im Wege der Änderung von markt- und unternehmensbezogenen Strukturen in noch höherem Maß einschränkt wird, als dies schon vor dem Zusammenschluss der Fall war⁷²⁰.

So bleibt es möglich, eine marktbeherrschende Stellung zu verstärken, wenn die strukturellen Voraussetzungen für oder gegen wettbewerbliches Verhalten innerhalb des Oligopols durch den Zusammenschluss in entscheidungserheblicher Weise verändert werden⁷²¹. Auf monopolisierten bzw. hochgradig konzentrierten Märkten reichen bereits verhältnismäßig geringfügige Vorteile für die Annahme einer Verstärkung im Sinne der Absicherung von Marktbeherrschung aus⁷²². Es liegt die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vor. Für die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung infolge eines Zusammenschlusses ist der verbleibende Spielraum entscheidend, sich gegen Preisoffensiven der Wettbewerber letztlich immer wieder zu behaupten⁷²³. Die Verstärkung einer Marktstellung kann dadurch aufgewogen werden, dass Aufträge nicht nach Leistung und Preis, sondern nach politischen Beziehungen vergeben werden⁷²⁴.

⁷⁰⁹ Bunte, Hermann-Josef, Kartellrecht, S. 267.

⁷¹⁰ WuW/E EU- V 400 – „BP/Amoco“.

⁷¹¹ Bunte, Hermann-Josef, Kartellrecht, S. 267.

⁷¹² WuW/E DE-V 193 – „Beck/Nomos“.

⁷¹³ Knöpfle, Ist es für die Beurteilung, ob ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung hat, notwendig, den relevanten Markt zu bestimmen?, S 1385.

⁷¹⁴ WuW/E OLG 2458 – „Münchner Wochenblatt“.

⁷¹⁵ Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker § 36 Rn. 182.

⁷¹⁶ Emmerich, Kartellrecht, S. 309.

⁷¹⁷ WuW/E DE-V 186 – „Henkel KGaA/Luhns GmbH“.

⁷¹⁸ WuW/E DE-V 199 – „Westfälische Ferngas“.

⁷¹⁹ WuW/E DE-V 184 – „Henkel KGaA/Luhns GmbH“.

⁷²⁰ WuW/E BGH 1859 – „Zeitungsmarkt München“

⁷²¹ WuW/E DE-V 201 – „Geißwalzdraht“.

⁷²² WuW/E DE-R371-„Dierichs/Kluthe“; WuW/E DE-R 29 - „Stromversorgung Aggertal, m.w.N“.

⁷²³ WuW/E DE-R 485 – „Herlitz/Landeré“.

⁷²⁴ WuW/E EU-V 421 – Preussag/Babcock/Celsius.

Aus dem tatsächlichen Wechsel der Gesellschafter kann auch die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung entstehen⁷²⁵; der Austausch der Mitglieder in einem rechnerischen Oligopol könnte aber nur dann zur Verstärkung der Marktposition des Oligopols führen, wenn das neue Oligopolmitglied zu einer stärkeren Innenbindung im Oligopol oder zu erhöhten Abschreckungseffekten gegenüber Dritten beitragen würde⁷²⁶.

dd) Einzelne Zusammenschlüsse

In mehrfacher Hinsicht wird die marktbeherrschende Marktstellung von Beteiligten abgesichert und verstärkt. Hier sind in erster Linie horizontale, vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse zu ermitteln, die hinsichtlich ihrer Negativwirkungen grundsätzlich einander gleichgestellt sind⁷²⁷.

(1) *Horizontaler Zusammenschluss*

In Bezug auf horizontale Zusammenschlüsse, welche zwischen den Wettbewerbern herrscht, beruht die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf einer Veränderung eines einzigen Strukturmerkmals im Rahmen des § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB⁷²⁸, soweit durch sie eine spürbare Erweiterung des ohnehin vorhandenen Verhaltensspielraums eines oder mehrerer der beteiligten Unternehmen in Betracht kommt⁷²⁹. Als wichtige Methode wird hier die Addition der Marktanteile angesehen.

Aus der Vergrößerung des Marktanteils ergibt sich die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Trotz der Erhöhung des geringen Marktanteils kann die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung in den Fällen betrachtet werden, in denen die Erhöhung des Marktanteils angesichts des hohen Ausgangsniveaus, bei dem schon eine bloße Stabilisierung durch anderweitige Effekte als Verstärkung gewertet werden könnte, durchaus nicht bedeutungslos ist, vor allem unter dem Gesichtspunkt einer nochmaligen Vergrößerung des Abstands zu den Mitbewerbern⁷³⁰.

Die „Abschmelzungseffekte“ aufgrund des Zusammenschlusses, die insbesondere dort zu erwarten sind, wo die Marktgegenseite zur Vermeidung von Abhängigkeiten auf die Belieferung mehrerer Abnehmer oder den Bezug von mehreren Lieferanten Wert legt⁷³¹, kann auch dazu führen, eine marktbeherrschende Stellung zu verstärken.

Angesichts der zunehmenden Internationalisierung und Erweiterung der Versicherungsmärkte ist es denkbar, dass trotz hoher Marktanteile das Entstehen oder die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nicht zu erwarten ist⁷³².

(2) *Vertikale Zusammenschlüsse*

Vertikale Zusammenschlüsse stellen eine vertikale Integration dar, wobei es nicht um die Addition von Marktanteile geht, sondern um die Ressourcenstärke des erwerbenden Unternehmens, wenn die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung Rechnung getragen wird. Sowohl vertikale als auch konglomerate Zusammenschlüsse sind über das Merkmal der überragenden Marktstellung grundsätzlich erfassbar⁷³³.

Vertikale Zusammenschlüssen führen zur marktbeherrschenden Stellung, wenn sich die beteiligten Unternehmen durch die Verbesserung des Zugangs zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten zusätzliche Verhaltensspielräume eröffnen⁷³⁴. Diesbezüglich kann geringere Ressourcenstärke des erwerbenden Unternehmens gegenüber dem veräußernden Unternehmen gegen die Annahme der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung sprechen⁷³⁵, da es dabei keine Verbesserung des Zugangs zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten gibt.

⁷²⁵ KG, AG 1992, S. 162 – „WAZ/IKZ“

⁷²⁶ WuW/E DE-V 273 – „Corning/RXS“.

⁷²⁷ Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucksache 8/2136, WuW 1980, S. 338.

⁷²⁸ Emmerich, Kartellrecht, S. 312.

⁷²⁹ NJW 1979, S. 918 – „Erdgas Schwaben“

⁷³⁰ WuW/E DE-V 184 – „Henkel KGaA/Luhns GmbH“.

⁷³¹ Bechtold, GWB, § 36 Rn. 13.

⁷³² EG-kommission, Entscheidung vom 19.5.1998, IV_M.1101-Hermes_Sampo_FCIC, WuW 1998, 905ff.

⁷³³ Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucksache 8/2136, WuW 1980, 339.

⁷³⁴ Bunte, Hermann-Josef, Kartellrecht, S. 246.

⁷³⁵ WuW/E DE-V 270 – „Corning/RXS“.

(3) Konglomerate Zusammenschlüsse

Konglomerate Zusammenschlüsse bedeuten konglomerate Konzentration. Zur rechtlichen Erfassung der Fälle konglomerater Konzentration stellt sich der Marktbeherrschungstatbestand des § 19 Abs. 1 Nr. 2 GWB als die entscheidende Vorschrift dar⁷³⁶.

Ein entscheidender Punkt von wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen bei konglomerierten Zusammenschlüssen ist die Verminderung des Substitutions- oder potentiellen Wettbewerbs, wenn diese zur Abschreckung tatsächlicher oder potentieller Wettbewerber führen, die davon ausgehen, dass sich aus der Sicht der Konkurrenten das Abwehr- und Abschreckungspotential der verbundenen Unternehmen erhöht⁷³⁷.

Vor allem der Zuwachs an Finanzkraft hat eine wichtige Bedeutung für rein konglomerierte Zusammenschlüsse⁷³⁸.

5. Abwägungsklausel

Nach § 36 Abs. 1 GWB ist ein Zusammenschluss nicht zu untersagen, wenn die beteiligten Unternehmen nachweisen, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten, und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen.

a) Wettbewerbspolitische Abwägung

Grundsätzlich unterscheidet sich die Abwägung bei § 36 Abs. 1 GWB von der Ministererlaubnis nach § 42 GWB, da bei der Abwägung bei § 36 Abs. 1 GWB in einem begrenzten Umfang eine Abwägung von wettbewerblichen Vor- und Nachteilen eines Zusammenschlusses gestattet wird und eine Einbeziehung anderer als wettbewerblicher Gesichtspunkte ausgeschlossen ist; sie sind nur im Erlaubnisverfahren zu berücksichtigen⁷³⁹, wobei es auf die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der Wettbewerbspolitik ankommt, wenn beispielsweise Arbeitsmarkt-, Struktur-, Regional- oder Medienpolitik sowie die Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der verbundenen Unternehmen berücksichtigt werden⁷⁴⁰.

Die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der Wettbewerbspolitik in der Ministererlaubnis führt dazu, dass bei der Ministererlaubnis die Verwirklichung der gesamtwirtschaftlichen Interessen vor dem wettbewerbspolitischen Ziel Vorrang hat⁷⁴¹.

Die Genehmigung ist also z. B. nur dann zu erteilen, wenn die voraussichtlichen gesamtwirtschaftlichen Produktivitätssteigerungen höher zu bewerten sind als die voraussichtliche Reduzierung der Wettbewerbsfunktionsfähigkeit⁷⁴², wenn ein Zusammenschluss bei zu erwartender Ausschöpfung der Rationalisierungsmöglichkeiten erheblichen Synergieeffekten hat und damit deutlich die „*economies of scale*“ bei Produktion, Beschaffung und Absatz verbessert⁷⁴³. Daran sind beispielweise alle Unternehmenszusammenschlüsse, Unternehmen mit bestimmtem Mindestmarktanteil und einer bestimmten absoluten Mindestgröße, beteiligt, die genehmigungspflichtig sein sollten, wenn ihre gesamtwirtschaftliche positive Wirkung ihre wettbewerbliche negative Wirkung überwiegt.

b) Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen

Der Nachweis für die Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen in der Abwägungsklausel des § 36 Abs. 1 GWB bezweckt mit der Zusammenschlusskontrolle, dass die Zusammenschlusskontrolle gewährleisten soll, dass eine beste-

⁷³⁶ Vgl. Jüngst, Marktbeherrschungsbegriff „Überragende Marktstellung“ (§ 22 I Nr. 2 GWB) und Diversifikation, S. 53.

⁷³⁷ WuW/E OLG 5885 – „WMF/Auerhahn“.

⁷³⁸ Bechtold, GWB, § 36 Rn. 15.

⁷³⁹ Langen/Ruppelt, KartR, § 36 Rn. 49.

⁷⁴⁰ KG, Die AG 1996, S. 271 = WuW/E OLG 5549 – „Fresenius/Schiwa“.

⁷⁴¹ Emmerich, Kartellrecht, S. 320.

⁷⁴² Kantzenbach, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, S. 147.

⁷⁴³ WuW/E DE-V 184 – „Henkel KGaA/Luhns GmbH“.

hende Wettbewerbsstruktur erhalten bleibt und damit der Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen und der Entstehung und Verstärkung marktbeherrschender Stellungen vorgebeugt wird⁷⁴⁴.

Hinsichtlich des Zwecks der Zusammenschlusskontrolle beziehen sich die zu berücksichtigenden Wettbewerbsbedingungen auf die wettbewerbliche Marktstruktur. Dabei sind grundsätzlich strukturelle, im Inland wettbewerbliche Faktoren zu berücksichtigen⁷⁴⁵, die für die wettbewerbliche Marktstruktur des relevanten Marktes notwendig sind.

Unberücksichtigt bleiben unternehmensinterne Vorteile des Zusammenschlusses (z.B. Rationalisierung), es sei denn, sie führen mittelbar zu einer strukturellen Verbesserung des Wettbewerbs⁷⁴⁶. Bei der Abwägung des § 36 Abs. 1 GWB sind auch die Verhaltensmerkmale nicht mit einbezogen, da sich bei der Prüfung der Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen das aktuelle oder zukünftige Verhalten der beteiligten Unternehmen nicht berücksichtigen lässt, da ohnehin keine Voraussage möglich ist⁷⁴⁷.

Die Verbesserungen sind nicht unbedingt sofort zu verwirklichen. Es reicht vielmehr aus, den Wettbewerb auf den von einem Zusammenschluss betroffenen Markt in der Zukunft sicherzustellen⁷⁴⁸, wenn sich aufgrund der gegebenen Umstände mit hoher Wahrscheinlichkeit sagen lässt, dass nach allgemeiner wirtschaftlicher Erfahrung ohne den Zusammenschluss vergleichbare Verbesserungen nicht in derselben Zeit zu erwarten wären⁷⁴⁹.

Den beteiligten Unternehmen obliegt der Beweis für die Abwägungsvoraussetzungen im Rahmen des § 36 Abs. 1 GWB - anders als für die Eingriffsvoraussetzungen⁷⁵⁰. Es geht dabei nicht nur um eine formelle, sondern auch um eine materielle Beweislast.

Gelingt dem Unternehmen der Nachweis deswegen nicht, da die fragliche Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen nur durch den Zusammenschluss zu erwarten ist, so bleibt es jedenfalls bei dem Eingriff⁷⁵¹.

c) Überwiegen der Vorteile

Die Vorteile der Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen gegenüber den Nachteilen der Marktbeherrschung im Rahmen der Abwägungsklausel werden unter einem Gesichtspunkt betrachtet⁷⁵². Alle Auswirkungen auf den Wettbewerb sind daher zu ermitteln, die sich auf den Zusammenschluss beziehen, wenn das Überwiegen von der Kartellbehörde bei der Behandlung von Einzelfällen behandelt wird.

Die Auswirkungen von Zusammenschlüssen sind auch nicht auf einen bestimmten Markt oder ein bestimmtes Wettbewerbsverhältnis beschränkt, sondern erstrecken sich auf verschiedene Märkte in Bezug auf den gesamten Prozess der Produktion, wenn die Auswirkungen auf verschiedene Märkte, die gesamtwirtschaftlich größere Bedeutung haben als die Auswirkungen, die nicht auf einen bestimmten Markt oder ein bestimmtes Wettbewerbsverhältnis beschränkt sind.

Wenn für die Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen die Freigabeentscheidungen mit Bedingungen und Auflagen im Rahmen des § 40 Abs. 3 GWB genügt, kann ein Zusammenschluss nicht untergesagt werden⁷⁵³. Auch hat sich das Bundeskartellamt im Fall „Westfälisches Ferngas“ wie folgt geäußert:

„Unter Berücksichtigung der Auflagen ist aber nicht mehr zu erwarten, dass die Zusammenschlussvorhaben zur Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen führen werden. Jedenfalls ist zu erwarten, dass durch die

⁷⁴⁴ BGH, 79-KVR 1/78 (KG) = NJW 79,2402.

⁷⁴⁵ Begründung zum Regierungsentwurf, DT-Druck VI/2520, S. 29.

⁷⁴⁶ Begründung zum Regierungsentwurf, DT-Druck VI/2520, S. 29.

⁷⁴⁷ Emmerich, Kartellrecht, S. 320.

⁷⁴⁸ WuW/E DE-R 451 – „Herlitz/Lander´e“

⁷⁴⁹ BGHZ 73, 65, 81ff. = NJW 1979, S. 918 – „Erdgas Schwaben“; WuW/E OLG 4379 = Die AG 1990, 163, 167 – „Flensburger Tageblatt/SH Landeszeitung“

⁷⁵⁰ Rittner, Einführung in das Wettbewerbs- und Kartellrecht, S.391; WuW/E EU-V 413 – „ReWe/Mein“L

⁷⁵¹ Vgl. BGHZ 73, 79 ff. „Erdgas Schwaben“.

⁷⁵² Rieger in Frankfurter Kommentar, § 36 Tz.72.

⁷⁵³ Bechtold, GWB, § 36 Rn. 29.

Zusammenschlussvorhaben unter Berücksichtigung der Auflagen auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten, die gegebenenfalls die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen⁷⁵⁴.

d) Kausalzusammenhang

Für § 36 Abs. 1 GWB ist es erforderlich, dass ein Kausalzusammenhang zwischen einem Zusammenschluss und der Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen stattfindet, wenn die abzuwägenden Voraussetzungen nachweislich durch den Zusammenschluss eintreten müssen⁷⁵⁵.

Wann die Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen als Abwägungsvoraussetzungen im Rahmen des § 36 Abs. 1 GWB gerade auf dem Zusammenschluss beruhen, bezieht sich auf die Frage, ob ein Zusammenschluss zur Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen oder zusätzlicher Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen dient. Dabei genügt Mitursächlichkeit für den Kausalzusammenhang⁷⁵⁶.

In der Sanierungsfusion findet der Kausalzusammenhang statt, wenn feststeht, dass das Zielunternehmen in absehbarer Zeit aus dem Markt gedrängt würde, dass der Erwerber den Marktanteil des übernommenen Unternehmens erlangt, wenn letzteres vom Markt verschwinden würde, und dass kein anderer Käufer am Markt vorhanden ist, der dem Wettbewerb weniger schadet⁷⁵⁷, so dass sie im Allgemeinen nicht zu einer Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur führt

Es besteht jedoch kein Kausalzusammenhang zwischen einem Zusammenschluss und der Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen, wenn sich aus einem Zusammenschluss zwar die Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen ergeben würden, trotzdem aber angenommen werden kann, dass diese Verbesserung durch eine andere Methode zu verwirklichen ist.

III. Fazit

Bei der deutschen Zusammenschlusskontrolle geht es darum, dass die Zusammenschlüsse verhindert werden, wenn sie zur Beschränkung des Wettbewerbs auf dem Markt führen können, die auf übermäßiger Unternehmenskonzentration beruht.

Das fusionszweckmäßige Verständnis der Begriffe hat eine große Bedeutung hierbei, so dass fusionsrechtliche und selbständige Definitionen der Begriffe als Mittel zur Begrenzung unnötiger Zusammenschlüsse eingesetzt werden, wenn der Kernpunkt des Begriffs der Beitrag zum Erhalten und Schutz des Wettbewerbs ist.

Um die übermäßige Unternehmenskonzentration zu erfassen, wird versucht, einerseits eine Einheit eines beteiligten Unternehmens zu bilden, und andererseits die Verbindung zwischen den beteiligten Unternehmen zu prüfen.

Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ist der entscheidende Punkt im fusionszweckmäßigen Verständnis, da sie dazu beiträgt, die tatsächliche Wirtschaftskraft der beteiligten Unternehmen zu erfassen, wenn es sich um die Unternehmenskonzentration handelt.

Auch wird es als notwendig angesehen, die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu ermitteln, um herauszufinden, ob die Unternehmenskonzentration wettbewerbswidrig ist.

Für das Wettbewerbsurteil wird geprüft, ob der Wettbewerb tatsächlich beschränkt wird, wobei alle Faktoren in Betracht kommen, wenn sie dafür als notwendig angesehen werden, den Wettbewerb zu schützen.

⁷⁵⁴ Bkarta, Freigabe- Beschluss vom 14. 10. 1999, B8-40200-u-141/99- Westfälische Ferngas, WuW 2/2000, S. 187.

⁷⁵⁵ Langen/Ruppelt, KartR (9 Aufl.), § 36 Rn. 57.

⁷⁵⁶ Emmerich, Kartellrecht, S. 321.

⁷⁵⁷ Entscheidung 94/449/EG der Kommission in der Sache IV/M.308 – „Kali & Salz/MdK/Treuhand“; Abl.L 186 vom 21.7.1994, S.38,Rn.71.

D. Wettbewerblich bedeutsamer Zusammenschluss im MRFTA

I. Wettbewerbspolitik in Korea

1. Ziel und Orientierung

Die Notwendigkeit und Nützlichkeit des Wettbewerbschutzes in der Marktwirtschaft führte dazu, dass der MONOPOLY REGULATION AND FAIR TRADE ACT (MRFTA) in Kraft trat. Im MRFTA bleibt daher eine unverzichtbare Funktion, den Wettbewerb als Motor der Marktwirtschaft anzukurbeln. Der Schutz des Wettbewerbs ist jedoch nicht das einzige Ziel des MRFTA. Eine große Bedeutung hat für ihn auch es, dass der MRFTA die Basis schaffen soll, das volkswirtschaftliche Ziel zu erreichen⁷⁵⁸. Denn das Ziel und die Orientierung des MRFTA lehnen sich an Art 119 der koreanischen Verfassung (KV) an, worin das Ziel und die Orientierung der koreanischen Wirtschaftspolitik geregelt sind.

Nach Art. 119 Abs. 1 KV orientiert sich die Republik Korea an einer freien Wirtschaftsordnung. Laut Art. 119 Abs. 2 KV kann der Staat die Wirtschaft lenken und kontrollieren, um ein ausgewogenes Wachstum der Volkswirtschaft, die Stabilität der Volkswirtschaft und die Gerechtigkeit der Einkommensverteilung aufrecht zu erhalten, um eine Marktbeherrschung und den Missbrauch wirtschaftlicher Macht zu verhindern und um die Wirtschaft durch Harmonisierung des Wirtschaftsvorkommens zu demokratisieren. Diesbezüglich hat nach § 1 MRFTA der MRFTA das Ziel, durch das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen und einer übermäßigen Konzentration wirtschaftlicher Macht sowie durch eine Kontrolle zur Erforschung unzulässiger Zusammenarbeit und unlauterer Geschäftspraktiken zu einem fairen und freien Wettbewerb zu ermutigen und dadurch kreative Geschäftsaktivitäten anzuregen, Verbraucher zu schützen sowie eine ausgeglichene Entwicklung der nationalen Wirtschaft zu fördern.

In diesem Zusammenhang versucht der MRFTA, den Wettbewerb zu schützen. Er hat jedoch darauf nicht verzichtet, dass Wettbewerbskonformität einer industriepolitisch erwünschten Förderung von technischem und wirtschaftlichem Fortschritt gefordert wird, um das volkswirtschaftliche Ziel zu erreichen.

2. Geschichte der Wettbewerbspolitik

Die Entwicklung der koreanischen Wettbewerbspolitik bezieht sich auf die koreanische wirtschaftliche Situation; sie stützt sich auf die Erfahrung mit historischen Bedingungen, z.B. Koreakrieg, Ölschock, Wirtschaftsgefahr in Bezug auf die Währungspolitik und Globalisierung.

Der Koreakrieg in den 1950er Jahre hatte das Land wirtschaftlich vollkommen ruiniert. Um eine ökonomische und soziale Basis zu schaffen, führte die Koreanische Regierung in den 60er und 70er Jahren eine stärkere Industriepolitik eingeführt, wobei es notwendig war, eine enge Zusammenarbeit der Wettbewerbspolitik mit der Wirtschaftspolitik zu verwirklichen. Das hieß, dass sich die Wettbewerbspolitik in besonderem Maße an der Volkswirtschaft orientierte.

Die staatliche Politik basierte sich darauf, dass einige Großunternehmen, z.B. in der Schwerindustrie, der Chemieindustrie, dem Schiffbau und der Eisen- u. Stahlindustrie, ihr Geschäft in begünstigenden wirtschaftspolitischen Rahmenbedingungen führen. Die koreanische sah diese Rahmenbedingungen als notwendig an, um als starker Akteur auf dem internationalen Wettbewerb mitzuspielen und um ein Größenwachstum des Binnenmarktes zu schaffen⁷⁵⁹. Dabei spielte die Wettbewerbspolitik im Binnenmarkt eine geringe Rolle, was zur Monopol- oder Oligopol- Bindung

⁷⁵⁸ Vgl. Bundesstelle für Außenhandelsinformation, Korea. Gesetz zur Monopolkontrolle und gegen unlauteren Wettbewerb sowie Durchführungsbestimmungen, 1987, Ausländisches Wirtschafts- und Steuerrecht Reihe A: Gesetzestexte und Erläuterungen, 1988, S.5.

⁷⁵⁹ Lee, Mun-Ji, Ob fairer und freier Wettbewerb der Zweck von MONOPOLY REGULATION AND FAIR TRADE ACT ist oder das Mittel, Sang-Sa-Bub-Yeon-Gu Nr. 30 (2) (1997), S. 616.

führte. Die Gefährdung des Wettbewerbs in Bezug auf die Industriepolitik entwickelte sich daher im Binnenmarkt. *Messen* beschreibt diese Industriepolitik wie folgt⁷⁶⁰:

„ In der Tat beschränkt und verzerrt Industriepolitik, die Subventionen verteilt, den Wettbewerb innerhalb von Industriezweigen oder zwischen Industriezweigen. Grundsätzlich weisen Industriepolitik und Wettbewerbsrecht in verschiedene Richtungen; der Staat überlässt die Auswahl von Gewinnern und Verlierern nicht der unsichtbaren Hand des Marktes, sondern maßt sich an, selbst zu erkennen, welche Industrien eine Zukunft haben oder zumindest überlebensfähig sind; die Instrumente der Fusionskontrolle sind auf Untersagung, Genehmigung und Genehmigung unter Auflagen beschränkt. Wenn eine Fusion, die aus industriepolitischen und wettbewerbsrechtlichen Gründen zu untersagen wäre, aus industriepolitischen Gründen genehmigt wird, so bedeutet dies eine Privilegierung gegenüber gleichgelagerten Fusionen, die untersagt oder unter Auflagen genehmigt werden. Die Genehmigung bedeutet jedoch nur ein Nichteinschreiten. Primär Handelnde sind die beteiligten Unternehmen. Fusionskontrolle ermächtigt nicht zu Zwangsfusionen.“

Inzwischen hat sich koreanische Wirtschaftssituation verändert. Seit den 80er Jahren wurden die internationale Wettbewerbsfähigkeit gesteigert und der Binnenmarkt ist stark gewachsen ist. Die koreanische Regierung berücksichtigte auch den Schutz des Wettbewerbs als notwendige Aufgabe, da die Nachteile der starken Industriepolitik schon als eines der größten Probleme in der Wirtschaftspraxis angesehen wurden. Die Regierung war bestrebt, eine effiziente Wettbewerbsordnung aufzubauen und die Orientierung ihrer Wirtschaftspolitik an der Industriepolitik zu korrigieren, um die durch den Staat veranlasste Wettbewerbsbeschränkung zu beseitigen. Die Bemühungen betrafen vor allem den Schutz der kleinen und mittelständigen Unternehmen.

Seit den 90er Jahren hat die koreanische Wirtschaft vor neuen Herausforderungen, insbesondere die Globalisierung der Wirtschaft. Die Regierung stellte sich als erste Aufgabe die Mobilisierung aller wettbewerbsfördernden Kräfte in der Wirtschaft. Denn ein hohes wettbewerbsliches Schutzniveau wird als notwendig und nützlich betrachtet, um eine zufriedenstellende Internationalisierung der zunehmenden Unternehmensaktivitäten und Unternehmensverflechtungen und die internationale Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden zu verwirklichen.

3. Geschichte der Zusammenschlusskontrolle

Nahezu unbemerkt von der Öffentlichkeit wurde der MRFTA am 31. 12. 1980 verabschiedet⁷⁶¹ und am 31. 3. 1981 wurde eine Durchführungsverordnung durch den Präsidenten erlassen⁷⁶², die nach ihrem § 1 die Aufgabe hat, die Angelegenheiten sorgfältig auszuarbeiten, die durch den MRFTA delegiert werden und für die Ausführung des MRFTA notwendige sind.

Wegen der damaligen Wirtschaftspolitik in Korea konnte die Wirksamkeit des MRFTA von 1980 nicht als besonders hoch veranschlagt werden. So wurden als Mittel zur Erreichung der gesetzlichen Ziele u. a. Kartell, die Verordnung „*Prohibition on Unfair Business Practices*“, gegen den Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung und wettbewerbsbeschränkender Zusammenschluss eingesetzt. Der MRFTA von 1980 hatte allerdings hinsichtlich der wettbewerbspolitischen Ansicht eine große Bedeutung, weil er nicht nur die deutlich spürbaren Bedrohungen der Wettbewerbsbeeinträchtigung durch das Marktverhalten abschwächte, sondern auch die Gefahr der wettbewerbslichen Marktstruktur überprüfte.

⁷⁶⁰ Messen, M. Karl, Industriepolitisch wirksamer Wettbewerb im EWG-Fusionskontrollrecht, FS für Gaedertz 1992, S. 417f.

⁷⁶¹ Seitdem der MONOPOLY REGULATION AND FAIR TRADE ACT am 31.12.1980 in Kraft getreten ist, hat das MRFTA in seiner 20-jährigen Geschichte bereits neun Novellen durchlaufen. Es wurde 1986, 1990, 1992, 1994, 1996, 1998, und 1999 (zwei mal) novelliert, und seine letzte Novelle ist erst am 16. 1. 2001 in Kraft getreten.

⁷⁶² „Enforce Decree of the Monopoly Regulation and fair Trade Act“ („Enforce Decree“ (Durchführungsverordnung), Verordnung des Präsidenten No. 10267, vom 1. April 1981, verbessert durch die Verordnung des Präsidenten No. 17176, 27. März 2001.

Sieben Jahren später trat am 1. 4. 1987 die erste Novelle des MRFTA in Kraft. Die Novelle stellt ein neues Gesetz zur Monopolkontrolle und gegen den unlauteren Wettbewerb dar und wurde durch das US-amerikanische Vorbild beeinflusst. Die Bundesstelle für Außenhandelsinformation äußerte sich wie folgt⁷⁶³:

„Bei genauerer Betrachtung lehnt sich das koreanische Wettbewerbsrecht eng an die Ergebnisse einer nunmehr fast 100jährigen amerikanischen Entwicklung an. Was in den Vereinigten Staaten, die im Vergleich zu allen Industrieländern das älteste Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen besitzen, in den letzten 100 Jahren unter dem Begriff „*common antitrust law*“ auf der Grundlage von drei, genauer gesagt vier, Gesetzen, nämlich dem *Sherman Act of 1890*, dem *Clayton Act of 1914*, ergänzt durch den *Robinson-Patman Act of 1936*, und dem *Federal Trade Commission Act of 1914* entstanden ist, fasst das koreanische Wettbewerbsrecht in seinen 1987 erlassenen Regelungen zusammen.“

Am 1.1.1996 trat in Korea die 5. MRFTA-Novelle in Kraft. Nach § 7 Abs. 1 MRFTA fand die koreanische Zusammenschlusskontrolle auf alle Zusammenschlüsse Anwendung, weil sie zu Gunsten der Erfassung der tatsächlichen Wettbewerbsgefahr auf die Größenkriterien verzichtete. Die 5. Novelle hat auch in § 7 Abs. 4 MRFTA die Vermutungsklausel eingeführt, um die Schwierigkeit zu eliminieren, die Wettbewerbsbeschränkung nachzuweisen.

Der MRFTA von 2001 sieht die Zusammenschlusskontrolle im dritten Gesetzesabschnitt vor. § 7 MRFTA sieht vor, wann ein Zusammenschluss unter der koreanischen Zusammenschlusskontrolle fällt, während es sich bei § 12 MRFTA um die Anzeigepflicht der beteiligten Unternehmen handelt. Nach § 16 I MRFTA erhält die KFTC die Befugnis, Maßnahmen zu treffen, um die Wettbewerbsbedingungen wieder zu verbessern.

II. Wettbewerbslich bedeutsamer Zusammenschluss i. S. v. § 7 MRFTA

1. Überblick

In § 7 Abs. 1 MRFTA wird geregelt, dass ein Zusammenschluss, den eine Person unmittelbar oder durch ihre „*Specially Related Person*“ vollzieht, verboten ist, wenn er ein Unternehmensverbindung im Rahmen des § 7 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 MRFTA ist und zur tatsächlichen Wettbewerbsbeschränkung führt.

Insbesondere können hier drei Punkte ermittelt werden. Zum einen stellt sich die Frage, wer den Zusammenschluss vollzieht. Zum anderen handelt es sich um die Definition des Zusammenschlussbegriffs. Als weitere Frage kommt in Betracht, wann der Wettbewerb durch den Zusammenschluss tatsächlich beschränkt wird.

§ 7 Abs. 2 MRFTA behandelt die Ausnahmen der Zusammenschlusskontrolle. § 7 Abs. 3 MRFTA verbietet die Durchführung eines Zusammenschlusses unter Zwang oder durch unfaire Maßnahmen. Nach § 7 Abs. 4 MRFTA kann eine Wettbewerbsbeschränkung, um die es bei der Zusammenschlusskontrolle geht, aufgrund des Marktanteils vermutet werden.

Nach § 7 Abs. 5 MRFTA kann die KFTC, die für die Zusammenschlusskontrolle zuständig ist, die Verwendungsrichtlinien für die Zusammenschlusskontrolle (Verwendungs-RL)⁷⁶⁴ erlassen, um die Bestimmungen aus dem Fusionsrecht und der Präsidentenverordnung genauer festzusetzen.

2. Anwendungsbereich

§ 7 Abs. 1 MRFTA findet in den Fällen Anwendung, in denen eine Person unmittelbar oder mittelbar durch ihre „*Specially Related Persons*“ einen Zusammenschluss vollzieht.

⁷⁶³ Bundesstelle für Außenhandelsinformation, Korea. Gesetz zur Monopolkontrolle und gegen unlauteren Wettbewerb sowie Durchführungsbestimmungen, 1987, S. 17.

⁷⁶⁴ NOTIFICATION ON M&A REVIEW GUIDELINES”(Verwendungsrichtlinien für den Zusammenschlusskontrolle) verkündet am 18. April 1999.

a) Verzicht einer bestimmten Unternehmensgröße

Nachdem im Jahre 1980 die Zusammenschlusskontrolle in das Kartellgesetz (MRFTA) aufgenommen wurde, wird zwischen den koreanischen Juristen die Wirksamkeit der Zusammenschlusskontrolle häufig diskutiert. Ein Streitpunkt war eine bestimmte Unternehmensgröße im Anwendungsbereich als Mittel zur Begrenzung des unnötigen Zusammenschlusses.

In der Literatur ist die Notwendigkeit und die Nützlichkeit einer bestimmten Unternehmensgröße im Anwendungsbereich von mehreren Stimmen in Zweifel gezogen worden. Sie betonen, dass jeder Zusammenschluss zur Beschränkung des Wettbewerbs führen kann, wobei das Einsetzen der Zusammenschlusskontrolle als nötig berücksichtigt wird. Wenn der Anwendungsbereich die bestimmten quantitativen Unternehmensgrößen voraussetzt, dann entspricht dies nicht dem Zweck der Zusammenschlusskontrolle, der sich auf den Schutz des Wettbewerbs durch die Verhinderung wettbewerbsfremder Zusammenschlüsse bezieht. Denn das Großkriterium, um das es bei dem Anwendungsbereich in der koreanischen Zusammenschlusskontrolle geht, bietet der zuständigen Behörde keine Möglichkeit, einen Zusammenschluss zu kontrollieren, der die gesetzlich bestimmte Unternehmensgröße nicht erreicht, jedoch wettbewerbsfremd ist. Zweckmäßig ist es daher, für die KFTC alle Möglichkeiten zur Ermittlung aller Zusammenschlüsse zu eröffnen. Diese Meinung wird vom Gesetzgeber bei der 5. MRFTA- Novelle bestätigt.

Der Gesetzgeber hat durch die 5. MRFTA- Novelle vom 30.12.1996 bewusst auf die festen Umsatzschwellen verzichtet. Der Anwendungsbereich in der koreanischen Zusammenschlusskontrolle liegt daher nicht von vornherein grundsätzlich fest, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, wenn die Zusammenschlüsse formelle Tatbestände erfüllen.

b) Adressaten

Als Adressaten der koreanischen Zusammenschlusskontrolle wird eine „Person“ definiert, die unmittelbar den Zusammenschluss vollzieht oder mittelbar durch deren „*Specially Related Persons*“.

aa) Adressaten im Rahmen des MRFTA

Was unter der Person im Rahmen des § 7 MRFTA zu verstehen ist, wird im MRFTA nicht geklärt, obwohl die Definition der Adressaten das entscheidende Kriterium für den Anwendungsbereich der koreanischen Zusammenschlusskontrolle sein kann. Dieser Umstand gibt zu erkennen, dass die Adressaten des MRFTA grundsätzlich als die Adressaten der Zusammenschlusskontrolle angesehen und dass die Adressaten der Zusammenschlusskontrolle ebenso weit wie die sonstigen Vorschriften im MRFTA auszulegen ist. Die einheitliche Meinung in der Literatur hält daran fest.

Als Adressaten des MRFTA wird das Unternehmen angesehen, denn nach § 1 MRFTA handelt es sich um ein Unternehmen, wenn es durch eine übermäßige Wirtschaftskraft den freien und fairen Wettbewerb bedroht. Nur die Transaktion eines Unternehmens oder einer Unternehmensgruppe, die als eine Organisation oder Vereinigung von Unternehmen charakterisiert wird, unterliegt mithin dem MRFTA⁷⁶⁵.

Der Unternehmensbegriff, um den es im MRFTA geht, wird in § 2 Nr. 1 MRFTA einheitlich bestimmt. Nach § 2 Nr. 1 MRFTA muss ein Unternehmen im Rahmen des MRFTA in der verarbeitenden Industrie, der Dienstleistungsbetrieb oder in sonstigen Wirtschaftszweigen tätig sein.

(1) Wirtschaftszweige

Nach § 2 Nr. 1 MRFTA können alle Wirtschaftszweige ohne Ausnahme unter die koreanischen Zusammenschlusskontrolle fallen, da der Ausdruck „sonstige Wirtschaftszweige“ alle Wirtschaftsbereiche bezeichnet, die nicht zur ver-

⁷⁶⁵ Lee, Nam-Gee, Wirtschaftsrecht, 2. Aufgabe, Hak-Yeon-Sa, Seoul 2000, S. 84.; Kwon, Oh-Seung, Monopoly Regulation and fair Trade Act, Bub-Mun-Sa, Seoul 1999, S. 136.

arbeitenden Industrie und Dienstleistungsbetrieb gehören⁷⁶⁶, während „Verarbeitende Industrie und Dienstleistungsbetrieb“ ein typischer Ausdruck für das Geschäft von Unternehmen sind⁷⁶⁷.

Vor der 7. MRFTA-Novelle lag dem Anwendungsbereich dem MRFTA ein volkswirtschaftspolitisches Ziel zugrunde, so dass dem MRFTA nur 12 Wirtschaftszweige unterlagen. Der MRFTA fand keine Anwendung auf 5 Wirtschaftszweige, z. B. Landwirtschaft, Fischerei, Bergbau, Verwaltung in Bezug auf Öffentlichkeit, Verteidigung und Sozialversicherung und internationale oder ausländische Anstalt, die die volkswirtschaftliche Bedeutung haben sollen.

Heftige Kritiken wurden hier ausgeübt, dass es ist sehr schwierig, eine gute Wettbewerbsfähigkeit im internationalen Markt und die Würdigung der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls zu verwirklichen, wenn die Ausnahme des Anwendungsbereichs bestünden. Der Anwendungsbereich des MRFTA wird daher mit der 7. Novelle neu bestimmt. Nach § 2 Nr. 1 MRFTA unterliegen ihm die verarbeitende Industrie, die Dienstleistungen und sonstige Wirtschaftszweige.

Die Monopolkommission hat den Begriff der Wirtschaftszweige definiert⁷⁶⁸. Danach werden die Wirtschaftszweige vorwiegend nach der technischen Verwandtschaft der Produktionsprozesse abgegrenzt. Innerhalb des Wirtschaftszweiges stehen die Unternehmen infolge einer gewissen Produktionsflexibilität, die es ihnen erlaubt, in andere Märkte derselben Branche zu diversifizieren, in potentielltem Wettbewerb, auch wenn sie nicht die gleichen Waren anbieten.

(2) *Begriff der Tätigkeit*

Nach § 2 Nr. 1 MRFTA muss ein Unternehmen im Wirtschaftsbereich „tätig“ sein, wenn es als Adressat der MRFTA angesehen wird. Wann es eine Tätigkeit im Rahmen des MRFTA gibt, muss mithin geprüft werden, um festzustellen, ob ein Zusammenschluss unter die Zusammenschlusskontrolle fällt.

Nach der Meinung der KFTC⁷⁶⁹ ist die zu berücksichtigende Tätigkeit eine wirtschaftliche Tätigkeit, die dauerhaft wiederholt durchgeführt wird. Ein wichtiges Indiz für wirtschaftliche Tätigkeit ist das Betreiben eines Unternehmens unter eigener Rechnung und eine wirtschaftliche Gegenleistung. Daran hält die Meinung in der Literatur fest⁷⁷⁰.

Hieraus folgt, dass rechtliche Formen von Unternehmen für den MRFTA nicht maßgeblich sein sollen⁷⁷¹. Der MRFTA findet daher nicht nur auf eine natürliche oder juristische Person Anwendung, sondern auch auf nicht-rechtsfähige Vereine⁷⁷². Dies betrifft somit auch wohlthätige Vereine und reine Stiftungen, die sich nur auf eine einmalige Tätigkeit beziehen⁷⁷³. Es kommt auch nicht auf die Frage an, ob unmittelbare Teilnahme am Hauptbetrieb stattfindet⁷⁷⁴. Weiterhin spielen die Gewinnerzielungsabsicht des Unternehmens sowie die Frage des öffentlichen Zwecks des Unternehmens keine Rolle⁷⁷⁵.

Aus dem Umstand, dass sich der Anwendungsbereich auf eine wirtschaftliche Tätigkeit bezieht, ist ersichtlich, dass der rein private Verbrauch aus dem Anwendungsbereich des MRFTA herauszuhalten ist. Hoheitliche Tätigkeiten des Staates unterliegen dem MRFTA, wenn sich der Staat als Subjekt der privaten Wirtschaft mit dem Handelsgeschäft beschäftigt⁷⁷⁶. Dies unterliegt (aber) regierender Gesetzgebung⁷⁷⁷. Das Vorliegen der Wirtschaftstätigkeit für den Unternehmensbegriff bringt es mit sich, dass der MRFTA auf den Arbeitsmarkt und den Verein für Verbraucher Anwendung finden kann, wenn es sich bei ihnen um ihre Wirtschaftstätigkeit handelt.

⁷⁶⁶ Lee, Nam-Gee, Wirtschaftsrecht (2. Aufl.), S. 84.; Kwon, Oh-Seung, Monopoly Regulation and fair Trade Act, S. 140.

⁷⁶⁷ Kwon, Jae-Yeol, Über die freie Berufe in Monopoly Regulation and fair Trade Act, in: Journal „Gong-Jeong-Geo-Lae“, S. 2

⁷⁶⁸ Monopolkommission, Hauptgutachten 1980/1981, Tz 34.

⁷⁶⁹ KFTC, Beschluss 87-1, 3. 25. 1987 -“ Daehan Architektverein“.

⁷⁷⁰ Lee, Nam-Gee, Wirtschaftsrecht (2. Aufl.), S. 86; Kwon, Oh-Seung, Monopoly Regulation and fair Trade Act, S. 137.

⁷⁷¹ Kwon, Oh-Sueng, Monopoly Regulation and fair Trade Act, S. 179.

⁷⁷² Lee, Nam-Gee, Wirtschaftsrecht (2. Aufl.), S. 86.; Kwon, Oh-Seung, Monopoly Regulation and fair Trade Act, S. 137

⁷⁷³ Kwon, Oh-Seung, Monopoly Regulation and fair Trade Act, S. 138.

⁷⁷⁴ Kwon, Jae-Yeol, Über die freie Berufe in Monopoly Regulation and fair Trade Act, in: Journal „Gong-Jeong-Geo-Lae“, S. 6.

⁷⁷⁵ KFTC 3. 25. 1987, Beschluss 87-1 -“ Daehan Architektverein“

⁷⁷⁶ Lee, Byung-Su, Auslegung von Monopoly Regulation and fair Trade Act – Anwendungsbereich-, S. 46.

⁷⁷⁷ KOGH 1990.11.23, 90 DaKa3659.

Umstritten ist, ob dem MRFTA freie Berufe unterliegen. Als freie Berufe werden z. B. wissenschaftliche Berufe, Sport und Kunst angesehen. Die Meinungen in der Literatur sprechen dafür, dass freie Berufe ein Unternehmen im Rahmen des MRFTA sein können, soweit sie eine wirtschaftliche Tätigkeit durchführen.

Die Meinungen betonen, dass wegen der verschiedenartigen freien Berufe die wirtschaftliche Tätigkeit anhand des Sinns und Zwecks des MRFTA konkret im Einzelnen geprüft werden soll⁷⁷⁸. Wenn freie Berufe die Eigenschaften eines Unternehmens vorweisen⁷⁷⁹, oder wenn die freien Berufe an wettbewerblichen Handlungen teilnehmen⁷⁸⁰, wird die wirtschaftliche Tätigkeit der freien Berufe angenommen. Sowohl im Wettbewerb zwischen freien Berufen⁷⁸¹, als auch im Wettbewerb zwischen freien Berufen und nichtfreien Berufen⁷⁸² ist eine wirtschaftliche Tätigkeit zu ermitteln. Nach der KFTC⁷⁸³ wird die Arbeit eines Architekten als wirtschaftliche Tätigkeit angesehen, weil Architekten den Entwurf oder die Beaufsichtigung eines Gebäudes dauerhaft und wiederholt bieten und dafür ein Honorar erhalten. Das gilt weiterhin für die Erziehungsanstalt, die medizinische Institution und für den professionellen Sport⁷⁸⁴.

Zu prüfen ist, ob dem MRFTA ausländische Unternehmen unterliegen können. Es handelt sich um Unternehmen, deren Geschäftstätigkeit in ausländischer Geschäftsstelle durchgeführt wird, oder deren Hauptwohrtort der Geschäftstätigkeit im Ausland liegt⁷⁸⁵. Der MRFTA hat diese Frage nicht beantwortet. Aber laut dem Ratschlag für die Novelle des MRFTA⁷⁸⁶ wird es als nötig erachtet, ausländische Unternehmen in der Praxis zu berücksichtigen, wenn sie einen Einfluss auf die inländische Wettbewerbssituation ausüben können. Die KFTC hat in Fälle „*The Gillette Company*“ (USA)⁷⁸⁷, „*Procter & Gamble GmbH*“ (Deutschland)⁷⁸⁸ und „*Delphinium Enterprise Pte. Ltd.*“ (Singapur)⁷⁸⁹ die ausländischen Unternehmen als Unternehmen im Rahmen von § 2 Nr.1 MRFTA angesehen, wenn ihre Tochtergesellschaften im Korea tätig sind.

bb) Fusionsrechtszweckmäßige Auslegung

In der Zusammenschlusskontrolle stellt sich schon die Frage, ob die Adressaten der Zusammenschlusskontrolle andere als in MRFTA verwendet werden kann, weil es nötig sein kann, ihre eigenständigen Adressaten zu definieren, um ihre spezifischen Interessenlagen widerzuspiegeln. Demgemäß wird im § 7 Abs. 1 MRFTA als Adressaten der koreanischen Zusammenschlusskontrolle eine Person angehen.

Die eigenständige, fusionsrechtszweckmäßige Auslegung der Adressaten bezieht sich auf die spezifische Aufgabe der Zusammenschlusskontrolle, die wettbewerbliche Marktstruktur zu schützen und zu erhalten. Zu dieser Aufgabe kann der Adressatenbegriff im Rahmen des Fusionsrechts noch einmal betrachtet werden. Dabei geht es nicht um eine wirtschaftliche Tätigkeit eines Unternehmens im Rahmen des MRFTA, sondern um den Zweck der Zusammenschlusskontrolle, wobei der Unternehmensbegriff des MRFTA kann eine geringe Rolle spielen.

Wichtige Voraussetzung der Adressaten im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle ist, dass sich ihre Wirtschaftsmacht verstärkt, wenn ein Zusammenschluss stattfindet. Es reicht daher aus, wenn die Beteiligung der Person dafür mittelbar oder unmittelbar eine wichtige Rolle spielt, die Unternehmenskonzentration zu erfassen, die zur Wettbewerbsbeschränkung führt. So können beispielsweise Nicht-Unternehmen der Zusammenschlusskontrolle unterliegen, wenn eine wettbewerbliche Bedeutung in Betracht kommt, obwohl sie im Unternehmensbegriff des MRFTA keine Bedeutung haben.

⁷⁷⁸ Shon, Ju-Chan, Wirtschaftsrecht (Neuer, Monopoly Regulation and fair Trade Act, Buk-Kyung Verlag, Seoul 1993, S. 336.

⁷⁷⁹ Kwon, Oh-Seung, Monopoly Regulation and fair Trade Act, S. 137.

⁷⁸⁰ Cha Seong-Min, Forschungsarbeit über den Begriff des Unternehmen in Monopoly Regulation and fair Trade Act, Seoul Uni., Diss., Seoul 200, S. 8.

⁷⁸¹ Lee, Ki-Su, Wirtschaftsrecht ,4. Auflage, Seo-Chang Verlag 2001, S. 74.

⁷⁸² Cha Sung-Min, Forschungsarbeit über den Begriff des Unternehmen in Monopoly Regulation and fair Trade Act, S. 8.

⁷⁸³ KFTC 3. 25. 1987, Beschluss. 87-1 -“ Daehan Architektenverein”.

⁷⁸⁴ Lee, Byung-Su, Auslegung von Monopoly Regulation and fair Trade Act – Anwendungsbereich-, in: Journal “Gong-Jeong-Geo-Lae” (12.1988), S. 45.

⁷⁸⁵ Shon, Ju-Chan, Wirtschaftsrecht, S. 328.

⁷⁸⁶ Der Ratschlag für die Novelle des MRFTA von 8. 1998, S. 2.

⁷⁸⁷ KFTC 8. 12. 1998, Beschluss 98-282 -„*The Gillette Company*”.

⁷⁸⁸ KFTC 23. 5. 1998, Beschluss 98-84 - „*Procter & Gamble GmbH*”.

⁷⁸⁹ KFTC 20. 11. 1998, Beschluss 98-269 -„*Delphinium Entpreise PTE Ltd*”

c) „Specially Related Persons“

Nach § 7 Abs. 1 MRFTA ist eine Person auch kontrollpflichtig, wenn ihre *“Specially Related Persons“* einen Zusammenschluss vollziehen. Nach § 11 Durchführungs-VO umfasst *“Specially Related Persons“* im Sinne von § 7 I MRFTA folgende Personen: eine Person, die das betroffene Unternehmen beherrscht (§ 11 Nr. 1 Durchführungs-VO), eine Person, die *„a Related Person“* ist (§ 11 Nr. 2 Durchführungs-VO), und eine Person, die sich am Zusammenschluss mit dem Zweck beteiligt, den Betrieb der Zielgesellschaft gemeinsam mit der kontrollpflichtigen Person zu kontrollieren (§ 11 Nr. 3 Durchführungs-VO).

aa) Wirtschaftliche Einheit

Die *“Specially Related Persons“* im Rahmen des § 7 Abs. 1 MRFTA stellen eine wirtschaftliche Einheit dar, die zwischen der kontrollpflichtigen Person und den ihr zu Verfügung stehenden Personen gebildet wird, wenn sie die Wirtschaftsmacht verstärken will.

Bei den *“Specially Related Persons“* handelt es sich um effektive Zusammenschlusskontrolle, wenn eine korrekte kontrollpflichtige Person erfasst wird, der die sich aus dem Zusammenschluss ergebenden Wettbewerbsimpulse zustehen. Für eine effektive Zusammenschlusskontrolle verlangt das koreanische Gesetz, dass solche Personen unter die Zusammenschlusskontrolle fallen, die den Zusammenschluss nicht durchführen, nach dem Zusammenschluss aber tatsächlich wettbewerbliche Auswirkungen des Zusammenschlusses genießen. Ein typisches Beispiel ist, dass eine Person, die Minderheitsaktienbesitzer ist, juristisch zwar die betroffene Aktiengesellschaft nicht beherrschen kann, sie faktisch aber beherrscht und damit über wirtschaftliche Ressourcen der Aktiengesellschaft verfügt, wenn mit ihr eine *Special Related Person* die Aktien erwirbt. Daher verstärkt sich ihre wirtschaftliche Macht.

Zu diesem Zweck spricht § 7 Abs. 1 MRFTA dafür, dass eine Person kontrollpflichtig ist, wenn ihre *“Specially Related Persons“* im Rahmen der § 11 Durchführungs-VO den Zusammenschluss vollziehen, die mit der kontrollpflichtigen Person eine wirtschaftliche Einheit bilden, wobei die Verstärkung der wirtschaftlichen Macht automatisch berücksichtigt werden kann.

In der Literatur ist die Notwendigkeit und Nützlichkeit von *“Specially Related Persons“* von einigen Meinungen in Zweifel gezogen worden⁷⁹⁰. Es geht hier darum, dass die formellen Kriterien nicht für die Erfassung der tatsächlichen wirtschaftlichen Einheit genügen⁷⁹¹. Es wird die Auffassung vertreten, dass es überflüssig ist, dass *“Specially Related Persons“* automatisch als eine wirtschaftliche Einheit behandelt werden, obwohl sie zwar keine wirtschaftliche Einheit mit der kontrollpflichtigen Person bilden. Eine wirtschaftliche Einheit soll aber jedenfalls verneint werden, wenn eine Person nicht zu den *“Specially Related Persons“* nach § 11 Durchführungs-VO gehört, obwohl ihre Zusammenschlüsse zur Verstärkung der kontrollpflichtigen Person dienen können. Die Kritik betrifft vor allem die Verwandtschaft nach § 3 Nr. 1 lit. a. Durchführungs-VO.

Jede Verwandtschaft im Rahmen des § 3 Nr. 1 lit. a. *„Durchführungs-VO“* hat als *“a Related Person“*, die eine *“Specially Related Person“* ist, zu behandeln. Zwischen der kontrollpflichtigen Person und der Verwandtschaft findet eine wirtschaftliche Einheit daher automatisch statt. Dabei wird die Meinung vertreten⁷⁹², dass die Feststellung dieser wirtschaftlichen Einheit zu überflüssiger Kontrolle führen kann, da aufgrund der Verwandtschaft eine wirtschaftliche Einheit ohne Ausnahme gebildet wird. Die Frage, ob die Verwandtschaft tatsächlich zur Verstärkung der Wirtschaftsmacht der kontrollpflichtigen Person dienen kann, spielt hierbei keine Rolle. Auch wird die frühere intensive Familienbeziehung heutzutage aufgrund die Tendenz zur Kernfamilie immer mehr geschwächt, so dass sich der Kreis der Verwandtschaft tatsächlich verengt⁷⁹³, die als eine wirtschaftliche Einheit im Sinne der Zusammenschlusskontrolle betrachtet werden soll.

Doch wird eine wirtschaftliche Einheit, die auf der Verwandtschaft beruht, für den Gesetzgeber als ein wichtiges Mittel berücksichtigt, die monopolistische oder oligopolistische Marktstruktur in Korea zu erfassen, um die koreani-

⁷⁹⁰ Jung, Jun-U, Die Überprüfung der Richtigkeit der Vorschrift *“Specially Related Person“* auf das Wirtschaftsrecht, in: Journal „Menschenrecht und Gerechtigkeit“ (10. 1999), S. 75; Oh, Jae-Chang, Rechtlich Kontrollinhalt über den Zusammenschluss in Monopoly Regulation and fair Trade Act, Business & Law No. 92 (11. 2001), S. 31.

⁷⁹¹ Vgl., Oh, Jae-Chang, Rechtlich Kontrollinhalt über den Zusammenschluss in Monopoly Regulation and fair Trade Act, S. 31.

⁷⁹² Gong, Byung-Ho, Ob es andere Kontrolle beginnt?, in Journal „Week Economics“ (21. 8. 1996), S. 30.

⁷⁹³ Jung, Jun-U, die Prüfung der Richtigkeit der Vorschrift *“Specially Related Person“* auf das Wirtschaftsrecht, S. 87.

sche Wirtschaftssituation widerzuspiegeln. Die Verwandtschaft wird mithin als Grundlage einer wirtschaftlichen Einheit geregelt.

bb) „a Related Person“

Nach § 11 Nr. 2 Durchführungs-VO soll „a Related Person“ eine „Specially Related Person“ im Rahmen des § 7 Abs. 1 MRFTA sein. Unternehmen, die in § 3-2 I MRFTA genannt sind, werden aber danach von „a Related Person“ ausgeschlossen.

(1) Bedeutung

„a Related Person“ im Rahmen von § 11 Nr. 2 Durchführungs-VO als Merkmal zur Erfassung von „Specially Related Persons“ bezieht sich das Grundkonzept, dass die kontrollpflichtige Person auf „a Related Person“ ein beherrschender Einfluss formell oder materiell ausübt, so dass „a Related Person“ als Mittel der Verstärkung der Wirtschaftsmacht benutzt werden kann.

Für die Ermittlung von „a Related Person“ im Rahmen von § 11 Nr. 2 Durchführungs-VO gilt § 3 Nr. 1 Durchführungs-VO. Danach werden als „a Related Person“ im Rahmen des § 3 Nr. 1 Durchführungs-VO besonders die Aspekte Verwandtschaft (lit. a), gemeinnützige Körperschaft oder Organisation (lit. b u. c), Unternehmen (lit. d) und „Employés“ (Angestellte) (lit. e) geregelt.

(2) Verwandtschaft

Nach § 3 Nr. 1 lit. a. Durchführungs-VO werden als „a Related Person“ Ehegatten, Verwandte bis zum achten Grad und Verschwägerter bis zum vierten Grad berücksichtigt.

Die Verwandtschaft als Merkmal für „a Related Person“ bezieht sich auf den Eindruck, dass die Familienbeziehung in der koreanischen Gesellschaft eine große Rolle spielt. Dies gilt auch für die Konzentration wirtschaftlicher Macht. Wettbewerblich ist daher notwendig, dass wirtschaftliche Vorteile in Bezug auf die Verwandtschaft geprüft werden, wenn es um die Zusammenschlusskontrolle geht.

Der zu berücksichtigende Verwandtschaftskreis lehnt sich an den Verwandtschaftskreis nach § 767 des koreanischen bürgerlichen Gesetzbuches (KBGB) an⁷⁹⁴. Letztlich können die Begriffe des Verwandtschaftskreises im KBGB auch im Tatbestand von „a Related Person“ im Rahmen des § 3 Nr. 1 lit. a. Durchführungs-VO verwendet werden.

Nach § 768 KBGB sind „Verwandte“ einer Person in gerader Linie die Personen, die mit ihr in gerader auf- und absteigender Linie verwandt sind; Verwandte einer Person in der Seitenlinie sind ihre Brüder und Schwestern, die Abkömmlinge der Brüder, die Brüder und Schwestern eines Verwandten in gerader aufsteigender Linie und die Abkömmlinge dieser Brüder in gerader Linie.

Nach § 769 KBGB sind „Verschwägerter“ einer Person der Ehegatte eines ihrer Verwandten, der Verwandte des Ehegatten ihrer Verwandten, der Verwandte ihres Ehegatten und der Ehegatte eines Verwandten ihres Ehegatten.

Die Berechnung des Verwandtschaftsgrades stammt aus dem römischen Recht. Der Begriff des Verwandtschaftsgrades wird in § 770 KBGB wie folgt definiert:

„(1) Der Grad der Verwandtschaft einer Person in gerader Linie bestimmt sich nach der Zahl der von ihr zu ihren Verwandten aufsteigenden und zu ihrem Abkömmling absteigenden Generationen.

(2) Der Grad der Verwandtschaft einer Person in der Seitenlinie wird bestimmt durch Zusammenrechnung der Anzahl der bis zum gemeinsamen Verwandten in gerader Linie aufsteigenden Generationen mit der Anzahl der absteigenden Generationen hinab zu demjenigen, dessen Verwandtschaftsgrad zu berechnen ist.“

Der Schwägerschaftsgrad wird in § 771 KBGB wie folgt berechnet:

„Der Grad der Schwägerschaft einer Person zu einem Verwandten ihres Ehegatten bestimmt sich nach dem Verwandtschaftsgrad des Ehegatten zu dessen Verwandten; für den Ehegatten des Verwandten bestimmt er sich nach dem zwischen ihr und dem Verwandten bestehenden Verwandtschaftsgrad; hinsichtlich des Abkömmlings eines

⁷⁹⁴ Jung, Jun-U, Die Überprüfung der Richtigkeit der Vorschrift „Specially Related Person“ auf das Wirtschaftsrecht, S. 87.

weiblichen Verwandten wird er durch Zusammenrechnung der Anzahl der Verwandtschaftsgrade zwischen ihr und dem Verwandten mit der von diesem zu dessen Abkömmling absteigenden Generationen bestimmt.“

(3) *Gemeinnützige Körperschaft oder Organisation*

Nach § 11 Nr. 2 Durchführungs-VO werden als *“a Related Person”* eine gemeinnützige Körperschaft und Organisation angesehen, soweit sie die Voraussetzungen erfüllt, die in § 3 Nr. 1 lit. b und c Durchführungs-VO genannt werden.

Nach § 3 Nr. 1 lit. b Durchführungs-VO ist eine gemeinnützige Körperschaft oder Organisation *“a Related Person”*, in der die kontrollpflichtige Person allein oder zusammen mit ihrer *“a Related Person”* die Schenkung (*donations*) von mehr als dreißig Prozent an der gemeinnützigen Körperschaft oder Organisation ausmacht und damit die größte Beitragsleistender (*the highest contributor*) ist, oder die kontrollpflichtige Person oder ihre *“a Related Person”* die gemeinnützige Körperschaft oder Organisation gegründet hat. Nach § 3 Nr. 1 lit. c Durchführungs-VO wird eine gemeinnützige Körperschaft oder Organisation als *“a Related Person”* behandelt, wenn z.B. auf die Zusammensetzung ihrer *„officer“* oder auf ihr Geschäftsbetrieb die kontrollpflichtige Person allein oder durch ihre *“a Related Person”* einen beherrschenden Einfluss ausübt.

Eine große Bedeutung in der gemeinnützige Körperschaft oder Organisation im Rahmen von § 3 Nr. 1 lit. b und c Durchführungs-VO hat der Beitrag zur Verstärkung wirtschaftlicher Macht der kontrollpflichtigen Person. Es ist hier nicht wichtig, was der Zweck der Körperschaft oder Organisation ist und auf welcher Grundlage sie gegründet werden.

Nach § 3 Nr. 1 lit. b und c Durchführungs-VO setzt eine wirtschaftliche Einheit zwischen der kontrollpflichtigen Person und der Körperschaft oder Organisation im Rahmen von § 3 Nr. 1 lit. b und c Durchführungs-VO einen beherrschenden Einfluss voraus, die auf der Beteiligung, der Zusammensetzung von *„officer“* und der Geschäftsbetrieb beruht, und den die kontrollpflichtige Person aufgrund auf diese Körperschaft oder Organisation ausüben kann.

Doch die Prüfung, ob es einen beherrschenden Einfluss gibt, lässt sich unter Berücksichtigung der anderen faktischen Grundlagen durchführen. Wenn es als die Hauptaufgabe von § 3 Nr. 1 lit. b und c Durchführungs-VO angesehen wird, die richtige kontrollpflichtige Person herauszufinden, können dann alle Faktoren berücksichtigt werden, welche zu der Bildung der wirtschaftlichen Einheit beitragen.

(4) *Unternehmen*

Nach § 3 Nr. 1 lit. d Durchführungs-VO werden Unternehmen im Rahmen der § 3 Nr. 1 oder 2 Durchführungs-VO als *“a Related Person”* berücksichtigt.

Nach § 3 Nr. 1 Durchführungs-VO liegt eine Geschäftsbeherrschung vor, wenn die kontrollpflichtige Person allein oder mit ihrer *“Specially Related Person”* dreißig Prozent und mehr der gesamten ausgegebenen Aktien des beherrschten Unternehmens inne hat und der größte Aktionär ist. Stimmrechtslose Aktien werden bei der Berechnung der Aktien nicht berücksichtigt.

Die Geschäftsbeherrschung im Rahmen der § 3 Nr. 2 Durchführungs-VO wird auch unter Berücksichtigung der folgenden Kriterien berücksichtigt

1. ob die kontrollpflichtige Person aufgrund der Vereinbarung oder des Vertrags mit anderen Hauptaktionären die oberste Führungsspitze des Unternehmens ernannt oder entlässt, oder mehr als die Hälfte der gesamten *„officer“* des Unternehmens⁷⁹⁵ ernannt oder ernennen kann (lit. a);
2. ob die kontrollpflichtige Person allein oder zusammen mit ihren *“Specially Related Persons”* auf wichtige geschäftliche Entscheidung oder die Geschäftsführung des Unternehmens einen beherrschenden Einfluss ausübt, z. B. Reorganisation oder Investition für neue Firmen (lit. b);
3. ob zwischen der kontrollpflichtigen Person und einem durch die kontrollpflichtige Person beherrschten Unternehmen - eingeschlossen die kontrollpflichtige Person, wenn sie ein Unternehmen ist - ein personeller Austausch stattfindet (lit. c);

⁷⁹⁵ Siehe S. 87

4. ob eine wirtschaftliche Einheit der kontrollpflichtigen Person oder ihrer „*Specially Related Persons*“ mit einem Unternehmen aufgrund der Sozialnorm („*social norm*“) angenommen wird. Als Grundlagen aus der Sozialnorm sind insbesondere überflüssiger Handel in Bezug z.B. auf Finanzen, Waren und Dienstleistungen sowie eine mögliche Abhängigkeit von Finanzen zu berücksichtigen (lit. d).

Personeller Austausch im Rahmen von § 3 Nr. 2 lit. c „*Durchführungs-VO*“ erfasst die folgenden Fälle:

1. Ein „*interlocking directorate*“ (Personalunion bei Verwaltungen verschiedener Gesellschaften, Schachtelaufsichtsrat) findet statt;
2. Der „*officer*“ oder „*employee*“ des durch die kontrollpflichtige Person beherrschten Unternehmens wurde als „*officer*“ des betroffenen Unternehmens ernannt. Diese „*officer*“ oder „*employee*“ werden nachher als „*officer*“ oder „*employee*“ von dem durch die kontrollpflichtige Person beherrschten Unternehmen wieder ernannt – einschließlich des Falls der Wiederernennung in den durch die kontrollpflichtige Person beherrschten anderen Unternehmen.;
3. Der „*officer*“ des betroffenen Unternehmens wurde als „*officer*“ oder „*employee*“ von dem durch die kontrollpflichtige Person beherrschten Unternehmen ernannt. Danach werden die „*officer*“ in dem betroffenen Unternehmen wieder ernannt.

Hierbei wird als Mittel zur Feststellung der kontrollpflichtigen Person die durch die kontrollpflichtige Person beherrschten Unternehmen angesehen. Dabei ist entscheidend, dass die kontrollpflichtige Person das Geschäft eines betroffenen Unternehmens beherrscht, wie sie sich aus kapitalmäßigen, organisatorischen und personellen Verbindungen ergibt. Wettbewerbslich sinnvoll ist, dass die Geschäftsbeherrschung unter umfassender Berücksichtigung aller Faktoren geprüft wird. In der Praxis wird eine Tochtergesellschaft besonders als typisches Unternehmen im Rahmen der § 3 Durchführungs-VO angesehen.

Die KFTC hat im Fall „*Procter & Gamble GmbH*“⁷⁹⁶ angenommen, dass „*P&G Korea (AG)*“ eine „*Specially Related Person*“ von „*The Procter & Gamble Company*“ von USA ist, und damit „*P&G Korea (AG)*“ der Zusammenschlusskontrolle unterliegt. Denn „*The Procter & Gamble Company*“ beherrscht „*Procter & Gamble GmbH*“, indem „*The Procter & Gamble Company*“ den Anteil von 49.3% von „*Procter & Gamble GmbH*“ besitzt, und die Tochtergesellschaft von „*The Procter & Gamble Company*“ den Anteil von 50.7% von „*Procter & Gamble GmbH*“ innehat. Die Tochtergesellschaft von „*The Procter & Gamble Company*“ – „*P&G Far East Inc*“ - besitzt die Aktien von 100% von „*P&G Korea (AG)*“, so dass „*The Procter & Gamble Company*“ „*P&G Korea (AG)*“ tatsächlich beherrscht. Hieraus folgt, dass „*Procter & Gamble GmbH*“ und „*P&G Korea (AG)*“ die Tochtergesellschaft im Sinne des § 2 Nr. 3 MRFTA sind, deren Geschäfte durch „*The Procter & Gamble Company*“ beherrscht werden. Das heißt, dass beim Aktienwerb von „*Sangyoung Paper*“ durch „*Procter & Gamble GmbH*“, „*P&G Korea*“ und „*Procter & Gamble GmbH*“ als einheitliches Unternehmen zu behandeln sind.

(5) *Employés*

Nach § 3 Nr. 1 lit. e. Durchführungs-VO soll „*A Related Person*“ im Rahmen von § 11 Nr. 2 Durchführungs-VO ein „*Employés*“ von der kontrollpflichtigen Person oder ihrer „*a Related Person*“ sein, die in § 3 Nr. 1 lit. b und d Durchführungs-VO genannt werden. Wenn die kontrollpflichtige Person oder ihre „*a Related Person*“ die Körperschaft sind, werden die „*Employés*“ als „*officer*“ der Körperschaft definiert. Wenn die kontrollpflichtige Person oder ihre „*a Related Person*“ eine Person („*individuals*“) ist, dann sollen die zu berücksichtigenden „*Employés*“ die Handelsangestellten („*commercial employees*“) oder *Employés* durch den Dienstvertrag sein.

Der Hauptpunkt in dieser Vorschrift ist, dass solche Personen, die in Bezug zu dem durch die Kontrollpflichtige Person beherrschte Unternehmen bestehen und damit der kontrollpflichtigen Person zur Verfügung stehen, fusionsrechtliche Bedeutung haben. Schließlich können sie zur Verstärkung der wirtschaftlichen Macht der kontrollpflichtigen Person beitragen, wenn sie einen Zusammenschluss vollziehen.

Eine besondere Bedeutung hat hierbei der „*officer*“. Nach § 2-5 MRFTA wird als „*officer*“ im Sinne des MRFTA „*a commercial employer*“ angesehen, der dazu bevollmächtigt wird, die gesamten Geschäfte (*general Business*) der Haupt- oder Zweigniederlassungen zu führen. Hier sind Vorstandsmitglieder („*director*“), „*representative director*“, Geschäftsführer mit unbeschränkter Haftung, Aufsichtsratsmitglieder („*auditor*“) oder Personen, die eine gleichberechtigte

⁷⁹⁶ KFTC, 23. 5. 1998, Beschluss 98-84 - „*Procter & Gamble GmbH*“

Stellung mit den vorigen dargestellten Stellungen haben, zu nennen. Darüber hinaus wird der Manager als „*officer*“ angesehen.

(6) *Ausnahmen*

Nach § 11 Nr. 2 „Durchführungs-VO“ wird ein Unternehmen im Rahmen von § 3-2 Abs. 1 „Durchführungs-VO“ nicht als „*a Related Person*“ angesehen.

(a) *Unabhängigkeit des Geschäfts*

Nach § 3-2 Abs. 1 Nr. 1 Durchführungs-VO ist das Unternehmen im Rahmen der § 3-2 Abs. 1 Durchführungs-VO ein wirtschaftlich selbständiges Unternehmen, dessen Geschäft aufgrund der Vereinbarung oder des Vertrags zwischen Kapitalanleger („*investors*“) nicht durch die folgenden Personen geführt wird: 1. eine Person, die durch „*a Related Person*“ ernannt wird (lit. a); 2. „*a Related Person*“ oder eine Person, die „*a Related Person*“ im Rahmen von § 3 Nr. 1 lit. a und e Durchführungs-VO ist (lit. b).

Trotz eines Unternehmens im Rahmen § 11 Nr. 2 Durchführungs-VO wird nach § 3-2 Abs. 1 Nr. 1 Durchführungs-VO eine wirtschaftliche Einheit des Unternehmens mit der kontrollpflichtigen Person verneint, wenn es das Geschäft tatsächlich selbständig führt. Danach bezieht die Unabhängigkeit der Geschäftsführung sich besonders auf die Unabhängigkeit des Geschäftsführers, wenn sie durch die Vereinbarung oder den Vertrag zwischen den Kapitalanlegern gesichert wird.

Zu prüfen ist hier die Rolle der sonstigen Grundlagen zur Gewährleistung der Geschäftsführungsunabhängigkeit. Es gibt keine Meinung in der Literatur. Die KFTC sagt darüber auch nichts aus. Doch wird die Prüfung als nötig berücksichtigt, wenn die korrekte wirtschaftliche Einheit im Rahmen der § 11 Nr. 2 „Durchführungs-VO“ betrachtet wird.

Der entscheidende Punkt im Sinne der § 3-2 Abs. 1 Durchführungs-VO ist die Auswahl eines Unternehmens, dessen Geschäft durch die kontrollpflichtige Person tatsächlich nicht beherrscht wird. Dabei besteht schon die Möglichkeit, dass die Abhängigkeit eines Unternehmens von der kontrollpflichtigen Person, wie sie sich aus kapitalmäßigen, personellen und organisatorischen Grundlagen ergibt, aufgrund der Gewährleistung der Geschäftsführungsunabhängigkeit schon verneint wird, wenn die Personen das Geschäft führen, auf die die kontrollpflichtige Person kaum einen Einfluss üben kann. Wettbewerblich ist sinnvoll, dass eine Überprüfung durchgeführt wird, ob die Geschäftsführungsunabhängigkeit durch andere faktische Grundlagen verwirklicht wird. Somit soll diese Vorschrift erfassen, dass die Geschäftsführungsunabhängigkeit zwischen der kontrollpflichtigen Person und eines Unternehmens tatsächlich bestehen bleiben, ohne dass sich die Berücksichtigung der Grundlagen auf die Vereinbarung oder den Vertrag zwischen den Kapitalanlegern beschränkt.

(b) *Verwandtschaftsunternehmen*

Nach § 3-2 Abs. 1 Nr. 2 Durchführungs-VO kommen selbständige Verwandtschaftsunternehmen nicht als „*a Related Person*“ in Betracht. Sie bildet die Voraussetzung der selbständigen Verwandtschaftsunternehmen auf die Aktienschwellenwerte im Rahmen der § 3-2 Abs. 1 Nr. 2 lit. a und b Durchführungs-VO, die Personidentität nach § 3-2 Abs. 1 Nr. 2 lit. c Durchführungs-VO und die finanzielle Verflechtung der § 3-2 Abs. 1 Nr. 2 lit. d Durchführungs-VO.

In § 3-2 Abs. 1 Nr. 2 Durchführungs-VO heißt es:

The total amount of each company's shares that is owned by the Person and Related Persons [excluding independent managers of Affiliates of Relatives (hereinafter, "Independent Manager") and those who, upon request of the Independent Managers, were excluded by the Fair Trade Commission from the scope of Related Persons] shall be less than three percent (3%) (less than ten percent (10%) for other than listed corporations or association-registered corporations) of the total amount of the outstanding shares of each company requesting exemption from the Business Group controlled by the Person (hereinafter, "Affiliates of Relatives") (lit. a) ;

The total amount of each of the Person-controlled companies' (referring to the Business Group controlled by the Person, excluding the Affiliates of Relatives; hereinafter, "Affiliates of the Person") shares owned by the Independent Manager and those related to the Independent Manager by any of the relationships outlined in Article 3 (Scope of Business Groups), Subparagraph 1 (excluding Related Persons of the Person, under the provisions of Item a) shall be less than three percent (3%)

of each company's total outstanding shares (less than fifteen percent (15%) for other than listed corporations or association-registered corporations) (lit. b);

Affiliates of the Person and Affiliates of Relatives shall not have an interlocking directorate (lit. c); and

Between the Affiliates of Relatives and the Affiliates of the Person, there shall be no debt guarantees or financial loans; provided, however, that debt guarantees and financial loans arising from the ordinary process of transaction shall be excluded (lit. d).

Hierbei handelt es sich um die wirtschaftliche Einheit in Bezug auf die Verwandtschaftsunternehmen, wenn sie nicht zur selbständigen Verwandtschaftsunternehmen im Rahmen des § 3-2 Abs. 1 Nr. 2 Durchführungs-VO gehören, weil sie rechtlich selbständig betrieben wird, jedoch die kontrollpflichtige Person tatsächlich auf ihren Betrieb einen beherrschenden Einfluss ausübt und ausüben kann⁷⁹⁷.

Da die selbständigen Verwandtschaftsunternehmen im Rahmen des § 3-2 Abs. 1 Nr. 2 Durchführungs-VO als Mittel zur Begrenzung der unnötigen Feststellung der kontrollpflichtigen Person benutzt wird, wird es deutlich, dass die selbständigen Verwandtschaftsunternehmen im Rahmen des § 3-2 Abs. 1 Nr. 2 Durchführungs-VO keine wettbewerbliche Bedeutung haben, weil sie schon als wirtschaftlich selbständige Unternehmen behandelt wird, wobei wirtschaftliche Einheit zwischen der kontrollpflichtigen Person und den Verwandtschaftsunternehmen nicht zu ermitteln ist. Im Gegenteil sollen die Verwandtschaftsunternehmen als wirtschaftlich abhängigen Unternehmen betrachtet werden und damit wettbewerblich sinnvoll sind, wenn sie nicht zu den Verwandtschaftsunternehmen nach § 3-2 Abs. 1 Nr. 2 Durchführungs-VO gehören.

Die entscheidende Bedeutung der § 3-2 Abs. 1 Nr. 2 Durchführungs-VO hat vor allem es, die Familienbeziehung zu berücksichtigen, die als Grundlage einer starken wirtschaftlichen Einheit in Korea tatsächlich darstellen kann, wenn es sich darum handelt, den Wettbewerb zu schützen.

Hierbei ist besonders „*chaebol*“ zu erwähnen⁷⁹⁸. Chang hat bereits bei der Erfassung einer wirtschaftlichen Einheit über die Probleme von „*chaebol*“ in Korea erklärt⁷⁹⁹:

„Korea offers an interesting setting for examining linkages between ownership and firm performance in business groups. Descendants of the individuals who founded Korean business groups, termed chaebols, control affiliated firms through both direct equity stakes and pyramids even though these affiliates are legally independent companies with their own shareholders and boards of directors. This ownership structure enabled chaebols to develop a governance structure like that of the multi-divisional organization, under which individual affiliates function as operating divisions that are controlled by group-level staff.“

Es zeigt sich z.B. bei “Ownership structure of SK Group”⁸⁰⁰:

“Figure 1 shows the equity stakes held by the Choi family and major affiliates in SK Group, the 5th largest group in Korea as of 1997. The ownership structure of SK Group shows signs of both “pyramid” and “cross-shareholding” structures. A “pyramid” denotes a hierarchical chain by which a family controls a firm, and cross-shareholding occurs when a controlled firm owns any shares in its controlling shareholder or in the firms along that chain of control. The Choi family owns equity in core affiliates (i.e., SK Global, SK Chemical, and SKC, which are all public companies). When SK Group acquired an oil refining business from the government in 1980, SK Global and SK Chemical took 13.8% and 2.7% equity stakes, respectively, in this venture, which was later renamed SK Corporation. SK Corporation later owned large equity holdings in Daehan City Gas, SK Gas, SK Energy Sales, and SK Oxy-Chemical, and also helped purchase SK Telecom from the government in 1994. SK Group’s affiliates also use cross-shareholding through circular investment. In Korea, cross-shareholding between two firms is forbidden, but it is legal when it involves more than two firms. For instance, SK Global owns 13.8% of SK Co., while SK Co. holds 18.5% in SK Telecom. SK Telecom in turn holds 4.1% of SK Global. In sum, major affiliates control smaller affiliates by owning them singly or jointly, and the chairman controls all these firms with only 14.1% of the SK Group’s total equity. Affiliates owned 30.1% of each others’ equity. Institutional investors, such as

⁷⁹⁷ Gong, Byung-Ho, Ob es andere Kontrolle beginnt? S. 30.

⁷⁹⁸ Chaebol bedeutet eine Unternehmensgruppe, in der das Betriebsrecht von “Affiliated Corporation” zu einer Person oder ihrer Verwandtschaft gehört.

⁷⁹⁹ Chang, Sea Jin, Ownership structure, Expropriation, and Performance of group-affiliated companies in Korea, S. 4.

⁸⁰⁰ Chang, Sae Jin, Ownership structure, Expropriation, and Performance of group-affiliated companies in Korea, S. 6.

securities firms, investment trusts, and insurance firms, and minority shareholders own the remainder of these affiliates. These institutional investors are often affiliated with the same business groups.”

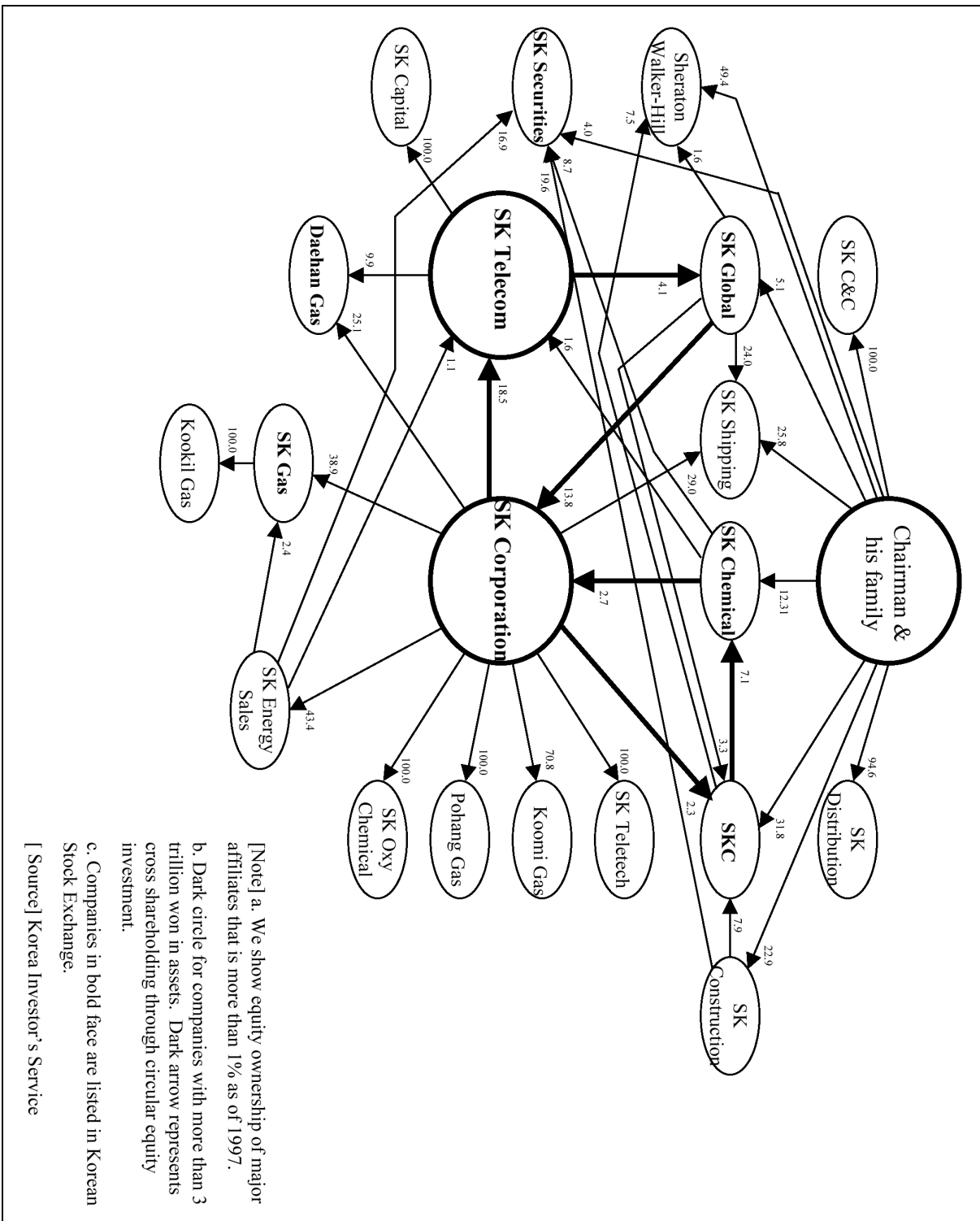


FIGURE 1: Ownership structure of SK Group

Für den Begriff „Verwandschaft“ gilt § 3 Nr. 1 lit. a. Durchführungs-VO. Grundsätzlich werden daher die Begriffe des Verwandtschaftskreises im KBGB auch als Tatbestand im Rahmen des § 3-2 Abs. 1 Nr. 2 Durchführungs-VO verwendet.

cc) Person im Sinne von § 11 Nr. 1 Durchführungs-VO

Nach § 11 Nr.1 Durchführungs-VO wird als „*Specially Related Persons*“ eine Person verstanden, die ein Unternehmen tatsächlich beherrscht. Wenn diese Person einen Zusammenschluss vollzieht, dann unterliegt das Unternehmen der Zusammenschlusskontrolle.

Aus dem Umstand, dass die Vorschrift als Mittel zur Erfassung des tatsächlichen kontrollpflichtigen Unternehmens eingesetzt wird, ist ersichtlich, dass das Kriterium der Ausübung eines beherrschenden Einfluss wichtig ist, um festzustellen, dass eine Person als „*Specially Related Persons*“ im Rahmen der § 11 Nr.1 Durchführungs-VO angesehen wird. Keine Rolle spielen hierbei die Fragen, ob ein beherrschender Einfluss mittelbar ausgeübt wird und ob es sich um einen beherrschenden Einfluss handelt, der tatsächlich durchgeführt werden kann.

Für die Ermittlung der Beherrschung im Sinne von § 11 Nr.1 Durchführungs-VO gilt § 3 Nr.1 Durchführungs-VO⁸⁰¹. Die Beherrschung im Rahmen von § 11 Nr.1 Durchführungs-VO beruht darauf, dass eine Person das Geschäft des kontrollpflichtigen Unternehmens beherrscht.

dd) Person im Sinne von § 11 Nr. 3 Durchführungs-VO

Nach § 11 Nr. 3 Durchführungs-VO werden Personen als „*Specially Related Persons*“ betrachtet, die an einem Zusammenschluss beteiligt sind, mit dem Zweck der gemeinsamen Beherrschungsausübung

Hierbei geht es um die Feststellung einer wirtschaftlichen Einheit zwischen den Beteiligten. Es wird hier berücksichtigt, dass eine beteiligte Person wegen ihrer Beziehung mit anderen beteiligten Personen den Zusammenschluss vollziehen kann, um die Wirtschaftsmacht der anderen Beteiligten zu verstärken.

Von der Vorschrift soll die richtige kontrollpflichtige Person in dem Fall erfasst werden, dass ein Unternehmen A mit einem anderen Unternehmen B den Vertrag abschließt, das Geschäft zu übernehmen. Unternehmen C, D und E haben die Vereinbarung, die Aktien des Unternehmens A zu erwerben.

Das Unternehmen A beherrscht das Unternehmen B. Das Unternehmen C, das nur die Minderheit der Aktien des Unternehmens A hat und damit das Unternehmen A nicht beherrscht, kann mit dem Unternehmen E, das die Mehrheit der Aktien des Unternehmens A hat, gemeinsam das Unternehmen A beherrschen. Hierbei besteht die Möglichkeit, dass das Unternehmen A „*Specially Related Persons*“ von dem Unternehmen C, um es in § 11 Nr. 3 Durchführungs-VO geht, ist, und damit das Unternehmen C als die kontrollpflichtige Person der Geschäftsübernahme angesehen wird, da der beiden Unternehmen schon den Zweck haben, Beherrschung gemeinsam auszuüben, wenn die Geschäftsübernahme stattfindet.

Der Zweck ist ermitteln, wenn zwischen ihnen Angebot und Nachfrage besteht und das Unternehmen C als Finanzquelle des Unternehmens A zu angesehen ist⁸⁰².

d) Großunternehmen

Das „*interlocking directorate*“ nach § 7 Abs. 1 Nr. 2 MRFTA (Personalunion bei Verwaltungen verschiedener Gesellschaften, Schachtaufsichtsrat) hat die fusionsrechtliche Bedeutung, wenn „Großunternehmen“ einen Zusammenschluss vollziehen.

aa) Bedeutung

Bei der Besonderheit von „*interlocking directorate*“ im Anwendungsbereich handelt es sich um das Grundkonzept, dass kleine und mittelständige Unternehmen geschützt werden müssen, um einen wettbewerblichen Markt zu erhalten⁸⁰³.

Das „*interlocking directorate*“ von Großunternehmen bedeutet in Korea insbesondere, zu ihnen noch mehrere Tochtergesellschaften gehören, so dass es verwirklicht wird, den Geschäftsbereich zu multiplizieren⁸⁰⁴. Der Eintritt

⁸⁰¹ Lee, Nam-Gee, Wirtschaftsrecht, S. 115.

⁸⁰² KFTC 26.4.2000, Beschluss 2000-70 – „Lotte Hotel“.

⁸⁰³ Vgl. Lee, Ki-Su, Antitrust and Consumer Law, S. 107.

⁸⁰⁴ Lee, Nam-Gee, Wirtschaftsrecht, S. 129.

von Großunternehmen auf dem Markt führt dazu, kleine und mittelständige Unternehmen aus dem betroffenen Markt zu verdrängen. Der Eintritt von Großunternehmen soll verhindert werden, wenn es um die wettbewerbliche Marktstruktur geht.

bb) Schwellenwerte

Das bei „*interlocking directiratorate*“ nach § 7 Abs. 1 Nr. 2 MRFTA zu berücksichtigende Großunternehmen ist ein Großunternehmen im Rahmen von §12-2 Durchführungs-VO, dessen gesamte Aktiva oder Umsatzerträge über *two trillion Won*⁸⁰⁵ überschreitet.

(1) *Quantitatives Kriterium*

Der Schwellenwert ist rein quantitativ. So findet „*interlocking directiratorate*“ nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 MRFTA nur in dem Fall Anwendung, dass der Zusammenschluss durch ein Großunternehmen durchgeführt wird, das den in §12-2 „*Durchführungs-VO* genannten Schwellenwert erreicht.

Der Schwellenwert ist also die entscheidende Voraussetzung, die zuerst geprüft werden muss, um festzustellen, ob „*interlocking directiratorate*“ vorliegt. In der Praxis wird als Mittel für die Ermittlung des Unternehmensgröße nur die Schwellenwerte angesehen⁸⁰⁶

Zur Frage ist, ob nur das bloße Überschreiten des Schwellenwertes die Voraussetzung des Großunternehmens im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 2 MRFTA ist⁸⁰⁷. Es geht um das wettbewerbliche Bedenken eines rein quantitativen Kriteriums.

Es scheint, dass die Frage mithilfe der Bedeutung der in § 7 Abs. 1 Nr. 2 MRFTA enthaltenen Bestimmung beantwortet werden soll. Wenn die Besonderheit des Adressatenbegriffs bedeutet, dass ein Großunternehmen mehr Wettbewerbsgefahr als kleine oder mittelständige Unternehmen darstellt, ist der Schwellenwert ein Merkmal zur Begrenzung einer unerheblichen Wettbewerbsgefahr. In diesem Zusammenhang ist fusionszweckmäßig, dass die Anwendung des § 7 Abs. 1 Nr. 2 MRFTA in dem Fall berücksichtigt wird, dass der Schwellenwert nicht erreicht wird, zusätzlich mit anderen faktischen Grundlagen aber zu einer erheblichen Wettbewerbsbedrohung führt. Das heißt, dass der Schwellenwert nicht das absolute, sondern relative Kriterium für die Feststellung eines Großunternehmens im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 2 MRFTA darstellen kann.

(2) *Begriff der gesamten Aktiva und Umsatzerträge*

Nach § 12 Abs. 1 Durchführungs-VO wird der Begriff der gesamten Aktiva anhand von zwei Kriterien unterschiedlich definiert. Zum einen gibt es eine allgemein bestimmte Definition für den Begriff der gesamten Aktiva. Nach § 12 Abs. 1 S. 1 Durchführungs-VO ist die gesamte Aktiva im Sinne des § 7 MRFTA die gesamte Aktiva in der Bilanz am Schlussstag des letzten Steuerjahres vor dem Zusammenschluss. Wenn die Ausgabe von jungen Aktien oder Schuldverschreibungen in dem Steuerjahr des Zusammenschlusses zum Ansteigen der gesamten Aktiva führt, dann kommt nach § 12 Abs. 2 Durchführungs-VO als gesamte Aktiva im Sinne des § 7 MRFTA die Addition der angestiegenen Summe zu der gesamten Aktiva im Sinne von § 12 Abs. 1 S. 1 Durchführungs-VO in Betracht.

Zum anderen handelt es sich um die Besonderheit der gesamten Aktiva in Bezug auf Banken- oder Versicherungsunternehmen. Nach § 12 Abs. 1 S. 2 Durchführungs-VO gilt bei Banken- oder Versicherungsunternehmen als gesamte Aktiva in Sinne des § 7 MRFTA das Eigenkapital oder das Grundkapital in der Bilanz in dem letzten Steuerjahr. Das Eigenkapital oder Grundkapital kann alternativ sein, dass eine größer ist als das andere.

Für die Ermittlung der Umsatzerträge im Sinne von § 7 Abs. 1 MRFTA gilt § 12 Abs. 3 Durchführungs-VO. Dabei unterscheidet sich der Begriff der Umsatzerträge bei Banken- oder Versicherungsunternehmen von dem bei allgemeinen Wirtschaftsbereichen. § 12 Abs. 3 Durchführungs-VO definiert als Umsatzerträge im Rahmen des § 7 MRFTA die Umsatzerträge in Gewinn- und Verlustrechnung vor dem Jahr des Zusammenschlusses. Bei Banken- oder Versi-

⁸⁰⁵ Koreanische Währungseinheit

⁸⁰⁶ KFTC 8.1.2002, Beschluss 2002-008 – „Yungjindakcom“; KFTC 23.3.2002, Beschluss 2002-046 – „Moganprofertiskoria GmBH“; KFTC 22.5.2002, Beschluss 2002-067 – „SinSuenggaebal“.

⁸⁰⁷ Jung, Jun-U, die Überprüfung der Richtigkeit der Vorschrift „*Specially Related Person*“ auf das Wirtschaftsrecht, S. 84.

cherungsunternehmen sind Betriebseinnahmen in Gewinn- und Verlustrechnung des vorhergehenden Steuerjahres zu ermitteln.

cc) Tochtergesellschaft

Bei der Berechnung der gesamten Aktiva oder Umsatzerträge hat nach § 7 Abs. 1 MRFTA die gesamte Aktiva oder Umsatzerträge der Tochtergesellschaften zusammenzurechnen.

Wenn mehr als zwei Unternehmen zu einer Unternehmensgruppe gehören, dann wird nach § 2 Nr. 3 MRFTA jedes Unternehmen als gegenseitige Tochtergesellschaft angesehen.

Nach § 2 Nr. 2 MRFTA wird als eine Unternehmensgruppe definiert, wenn eine Person mehr als zwei Unternehmen beherrscht, oder wenn ein Unternehmen mehr als ein anderes Unternehmen beherrscht. Für den Begriff der Beherrschung gilt § 3 Durchführungs-VO⁸⁰⁸. Dabei werden Unternehmen im Rahmen der § 3-2 Durchführungs-VO von der Unternehmensgruppe ausgeschlossen⁸⁰⁹.

Die Zusammenrechnung der gesamten Aktiva oder Umsatzerträge der Tochtergesellschaften impliziert die Berücksichtigung der wahren wirtschaftlichen Kraft des Großunternehmens. Hieraus ergibt sich, es keine Rolle spielt, wo die Tochtergesellschaft sitzt. Dann für die Berechnung der gesamten Aktiva oder Umsatzerträge wird nicht nur die Ermittlung der gesamten Aktiva oder Umsatzerträge im Inland, sondern auch im Ausland verlangt.

3. Zusammenschlussbegriff

In § 7 Abs. 1 MRFTA werden als Zusammenschlusstatbestände Aktienerwerb oder –besitz (§ 7 Abs. 1 Nr.1 MRFTA), „*interlocking directorate*“ (§ 7 Abs. 1 Nr.2 MRFTA), Verschmelzung (§ 7 Abs. 1 Nr.3 MRFTA), „*take over of business*“ (Geschäftsübernahme, § 7 Abs. 1 Nr.4 MRFTA) und die Teilnahme an der neu gegründeten Gesellschaft (§ 7 Abs. 1 Nr.5 MRFTA) geregelt.

a) Beteiligte Unternehmen

Den Begriff der am Zusammenschluss „beteiligten“ Unternehmen hat der MRFTA nicht definiert. Nach Verwendungs-RL V werden das erwerbende und das erworbene Unternehmen als ein beteiligtes Unternehmen angesehen. Dabei besteht die Möglichkeit, dass der Begriff des erwerbenden und erworbenen Unternehmens in jedem Zusammenschlusstatbestand zweckspezifisch bezeichnet wird. Das erwerbende und das erworbene Unternehmen im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle werden in der Verwendungs-RL II-3 und 4 definiert.

Beim Aktienerwerb oder –besitz nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 MRFTA ist das erwerbende Unternehmen das die Aktien erwerbende oder besitzende Unternehmen. Als erworbenes Unternehmen wird das die Aktien ausgegebene Unternehmen angesehen.

Bei „*interlocking directorate*“ nach § 7 Abs. 1 Nr. 2 MRFTA soll das erwerbende Unternehmen das Großunternehmen sein, dessen „*officers*“ oder Geschäftspersonal („*staffs*“) gleichzeitig als Geschäftsführende eines anderen Unternehmens nominiert werden. Das andere Unternehmen ist das erworbene Unternehmen.

Im Falle der Verschmelzung nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 MRFTA wird als erwerbendes Unternehmen ein nach der Verschmelzung noch verbleibendes Unternehmen angesehen. Das verschmolzene Unternehmen ist das erworbene Unternehmen.

Bei der Geschäftsübernahme im Rahmen des § 7 Abs. 1 Nr. 4 MRFTA ist als erwerbendes Unternehmen das übernehmende Unternehmen zu berücksichtigen, als erworbenes Unternehmen das übernommene Unternehmen.

Bei einer Teilnahme an der neu gegründeten Gesellschaft nach § 7 Abs. 1 Nr. 5 MRFTA – ausgenommen die Teilnahme an der gegründeten Gesellschaft i. S. v. § 7 Abs. 1 Nr.5 Lit. a und b MRFTA - handelt es sich um einen Anleger. Die neu gegründete Gesellschaft ist das erworbene Unternehmen.

⁸⁰⁸ Siehe S. 86

⁸⁰⁹ Siehe S. 88

b) Aktienerwerb oder -besitz

Nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 MRFTA liegt ein Zusammenschluss vor, wenn es sich um den Aktienerwerb oder -besitz handelt.

aa) Anwendungsbereich

Der Tatbestand im Rahmen des § 7 I Nr. Abs. 1 MRFTA bezieht sich ausdrücklich auf den Erwerb oder Besitz der Aktien. Das heißt aber nicht, dass Unternehmen, die andere gesetzliche Formen haben, von der Zusammenschlusskontrolle auszuschließen sind. Die Anwendbarkeit auf den Aktienerwerb oder -besitz hängt in erster Linie von seinem Inhalt ab.

Der Zusammenschlusstatbestand im Rahmen des § 7 Abs. 1 Nr. 1 MRFTA spiegelt nur die Wirtschaftssituation in Korea wider, wo Unternehmen meistens als Aktiengesellschaft tätig sind. Auch neue Unternehmen werden meistens als Form der Aktiengesellschaft gegründet. Zusammenschlüsse werden in den meisten Fällen zwischen den Aktiengesellschaften durchgeführt.

Grundsätzliche Bedeutung des Aktienerwerbs oder Aktienbesitzes in der Aktiengesellschaft ist die Erlangung der Rechtsstellung, die Gesellschafter in der Aktiengesellschaft haben, wobei das Erlangen eines Einflusses zu ermitteln ist, den ein Unternehmen auf unternehmerische Entscheidungen eines anderen Unternehmens ausüben kann⁸¹⁰. Das Erlangen der Rechtsstellung gilt auch für den Erwerb oder Besitz der Geschäftsanteile, der in anderen rechtförmigen Unternehmen vorkommt. Somit umfasst der Tatbestand im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 MRFTA der Erwerb der Geschäftsanteile⁸¹¹. In diesem Zusammenhang liegt der Aktienerwerb oder -besitz als Zusammenschlusstatbestand vor, wenn der Erwerb oder der Besitz der Geschäftsanteile stattfindet.

Dies entspricht dem Zweck der in § 7 Abs. 1 Nr. 1 MRFTA enthaltenen Bestimmungen⁸¹². Denn sie sollen sicherstellen, dass durch die Prüfung der Verbindung von Unternehmen die Unternehmenskonzentration erfasst wird, die auf dem wahren wirtschaftlichen Gewicht der beteiligten Unternehmen beruht, unabhängig davon, in welchen Rechtsformen ein Unternehmen einen Zusammenschluss vollzieht.

bb) Schwellenwerte

Nach Verwendungs-RL V-1-A gibt es eine Beherrschung, wenn die gesamten Aktien des Erwerbers und seiner "Specially Related Persons" die Anteil 50 vom Hundert überschritten haben.

(1) Bedeutung

Während der Tatbestand nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 MRFTA als solcher der Feststellung dient, die Unternehmensverbindung aus Aktienerwerb nicht von der Zusammenschlusskontrolle auszuschließen, wird durch den Aktien-Schwellenwert im Rahmen der Verwendungs-RL V-1-A unerheblicher Aktienerwerb begrenzt. Nur ein wettbewerblich bedeutsamer Aktienerwerb unterliegt der Zusammenschlusskontrolle, durch den eine Beherrschung zwischen Unternehmen geschaffen werden kann.

(2) Zurechnung

Für die Berechnung der Aktien, die im Rahmen des § 7 -2 MRFTA steht, sind die Aktien zusammenzuzählen, welche dem Erwerber tatsächlich zur Verfügung stehen.

Grundsätzlich sind für die Schwellenwerte im Rahmen des § 7-2 MRFTA auch die Aktien zu berücksichtigen, die tatsächlich zu den „Specially Related Persons“ gehören, weil nach Verwendungs-RL II-4 der Erwerber im Sinne des § 7-2 MRFTA seine "Specially Related Persons" umfasst. So können für die Schwellenwerte auch die Aktien zusammengezählt werden, die seine "Specially Related Persons" besitzen oder erwerben. In diesem Zusammenhang beherrscht der Erwerber die Zielgesellschaft, wenn die Aktien, die gerade erworben werden, allein oder zusammen mit sonstigen,

⁸¹⁰ Vgl. Paschke in Frankfurter Kommentar , § 23 Tz. 47.

⁸¹¹ Kwon, Oh-Sung, Monopoly Regulation and fair Trade Act., S. 182.

⁸¹² auch Kwon, Oh-Sung, Monopoly Regulation and fair Trade Act, S. 182.

dem Erwerber bereits oder tatsächlich zu den „*Specially Related Persons*“ gehörenden Aktien mehr als 50 % der Aktien der Zielgesellschaft erreichen.

Der Aktienbesitz bezeichnet die dem Erwerber bereits gehörenden Aktien, und der Aktienerwerb bedeutet die im Zusammenschluss kombinierten Aktien⁸¹³. Hieraus folgt, dass es sich für die Zurechnung um die Gesamtheit aller Aktien des Erwerbers handelt, die dem Erwerber tatsächlich gehören, unabhängig davon, wem die Aktien nominell (formell) gehören.

In der Praxis wird der Aktienerwerb in mehreren Schritten als einheitlicher Erwerbsvorgang betrachtet, so dass es sich dabei um die Aktien-Schwellenwerte angewendet werden soll⁸¹⁴.

cc) Aktienminderheit

Nach Verwendungs-RL V-1-B(1) hat ein Unternehmen die Beherrschung im Rahmen der Verwendungs-RL V-1-B, wenn es der größte Aktienbesitzer (der Zielgesellschaft) ist und wegen der Verteilung der Aktien tatsächlich die Zielgesellschaft beherrschen kann, obwohl es allein oder zusammen mit seinen „*Specially Related Persons*“ unter 50 % der Aktien hat. Nach Verwendungs-RL V-1-B(2) gilt dies auch für Unternehmen, wenn das erworbene Unternehmen den Großteil der Rohstoffe besorgt, auf deren Markt es die marktbeherrschende Stellung hat, und für das erworbene Unternehmen die wichtigste Bedeutung hat.

Das heißt, dass bei der koreanischen Zusammenschlusskontrolle neben den Aktien-Schwellenwerte auch zusätzliche faktische Grundlagen als wichtiges Kriterium berücksichtigt werden können, um festzustellen, dass die Beherrschung im Sinne der Verwendungs-RL V-1-A unterliegt. Besonders werden in der Verwendungs-RL V-1-B eine sichere Präsenzmehrheit und die Abhängigkeit zwischen Unternehmen in Bezug auf die Rohstoffe betont. Die KFTC hat dementsprechend bei ihrer Entscheidung vom 22.4.1996 „*Korea Kafrolagtam*“⁸¹⁵ erklärt, dass „*Oriental Nylon*“ „*Korea Kafrolagtam*“ tatsächlich beherrscht, weil „*Oriental Nylon*“ durch den Aktienerwerb den Anteil von 30.14% von „*Korea Kafrolagtam*“ besitzt und damit in der Hauptversammlung das Berufungsrecht für „*officer*“ ausgeübt hat.

Hierbei geht es darum, die Unternehmensverbindungen zu ermitteln, in denen der Aktienerwerb die Voraussetzung der Beherrschung im Sinne der Verwendungs-RL V-1-A nicht erfüllt, die aber mit zusätzlichen faktischen Grundlagen tatsächlich die Beherrschung ausüben. Die Voraussetzung der Unternehmensverbindung ist die Beherrschung.

Die Frage ist, ob die Beherrschung auf den anderen faktischen Grundlagen beruht, die in Verwendungs-RL V-1-B nicht genannt werden. Wenn der entscheidende Punkt, um den es in § 7 Abs. 1 Nr. 1 MRFTA geht, die lückenlose Erfassung der Unternehmenskonzentration ist, wie sie sich aus dem Beteiligungsvorgang ergibt, wird es wettbewerbslich als notwendig angesehen, dass für die lückenlose Erfassung der Unternehmenskonzentration verlangt wird, dass jede einzelne Grundlage in Betracht kommt, welche zur Feststellung der Beherrschung dienen kann. Dabei ist die Beherrschung zu ermitteln, die auf verschiedenen faktischen Grundlagen beruht, unabhängig davon, ob die Beherrschung von formellen Kriterien berührt wird. Es bleibt daher offen, ob die sonstigen anderen faktischen Grundlagen neben faktischen Grundlagen im Rahmen von der Verwendungs-RL V-1-B auch berücksichtigt werden, obwohl sie in der Verwendungs-RL V-1-B nicht genannt werden. Dies entspricht dem Zweck des § 7 Abs. 1 Nr. 1 MRFTA.

c) „interlocking directorate“

Nach § 7 Abs. 1 Nr. 2 MRFTA liegt ein Zusammenschluss vor, wenn „*officer*“ oder „*employee*“ (Angestellte) eines Großunternehmens gleichzeitig „*officer*“ einer anderen Gesellschaft ist.

aa) Personelle Verflechtung

Das „*interlocking directorate*“ im Rahmen des § 7 Abs. 1 Nr. 2 MRFTA (Personalunion bei Verwaltungen verschiedener Gesellschaften, Schachtelaufsichtsrat) stellt eine personelle Verflechtung dar.

⁸¹³ Park. Kil-Jun, Das koreanische „Fair Trade and Monopoly Regulation Act“, Sam-Young-Sa, Seoul 1983, S. 67.

⁸¹⁴ KFTC 5.23.1998, Beschluss 98-84 – „*Procter & Gamble GmbH*“

⁸¹⁵ KFTC 22. 4. 1996, Beschluss 96-51- „*Korea Kafrolagtam*“

In der Literatur wird über die Notwendigkeit und den Nutzen von „*interlocking directorate*“ als Zusammenschlusstatbestand diskutiert.

Nach der negativen Meinung⁸¹⁶, dass „*interlocking directorate*“ als selbständiger Zusammenschlusstatbestand behandelt wird, wird „*interlocking directorate*“ meistens mit anderen einzelnen Zusammenschlusstatbeständen kombiniert und dazu benutzt, die bereits gebildete Verbindung von Unternehmen zu verstärken. Deswegen spielt „*interlocking directorate*“ für die Aufgabe des Zusammenschluss eine sehr geringe Rolle, ein Mittel zur Unternehmensverbindung zu sein, womit die Beherrschung begründet wird.

Die allgemeine Meinung hält aber daran fest, dass „*interlocking directorate*“ für notwendig und nützlich gehalten wird, um die wahre Wettbewerbsstärke des Großunternehmens zu prüfen⁸¹⁷. Der Gesetzgeber stimmt in diesem Punkt zu. Daher bleibt „*interlocking directorate*“ bewusst ein Zusammenschlussmerkmal im MRFTA.

Bei „*interlocking directorate*“ scheint es sich um die wettbewerbspolitische Besonderheit des Unternehmens zu handeln, wobei die Größe des Unternehmens eine wichtige Rolle spielt. Die wettbewerbliche Bedeutung von Großunternehmen im Korea führt dazu, dass „*interlocking directorate*“ als selbständiger Zusammenschlusstatbestand nicht überflüssig wird.

Wenn versucht wird, den Wettbewerb auf dem Markt zu erhalten und zu schützen, wird die Konzentrationsbewegung von Großunternehmen als eines der größten Probleme in der Wirtschaftspraxis in Korea angesehen, wenn das Großunternehmen bestrebt ist, aufgrund einer personellen Verflechtung eine enge Zusammenarbeit der Geschäftspolitik mit der Zielgesellschaft durchzuführen. Das bedeutet, dass für den Schutz des Wettbewerbs die Verhinderung der Konzentrationsbewegung gefordert wird, und dass es ohne die Erfassung der Unternehmensverbindung aus der personellen Verflechtung unmöglich ist, den Wettbewerb zu schützen. In diesem Sinne kann „*interlocking directorate*“ nach § 7 Abs. 1 Nr. 2 MRFTA als ein Mittel zur Verhinderung der personellen Verflechtung verwendet werden, wenn diese personelle Verflechtung für die Unternehmensverbindung eine entscheidende Bedeutung hat.

„*interlocking directorate*“ nach § 7 Abs. 1 Nr. 2 MRFTA umfasst die Entsendung von „*officer*“ oder „*employee*“ an die Zielgesellschaft, die tatsächlich eine personelle Verflechtung mit sich bringt. Die Einrichtung des Zusammenschlussorgans, wie z.B. die Sitzung der Firmenchefs soll auch eine „*interlocking directorate*“ sein⁸¹⁸.

bb) Beherrschende Einflussnahme

Verwendungs-RL V-2 sieht zwei Voraussetzungen der beherrschenden Einflussnahme vor, wenn es um „*interlocking directorate*“ geht. Nach der Verwendungs-RL V-2-A liegt eine beherrschende Einflussnahme vor, wenn der „*Interlocking Director*“ (Mitglied des Schachtelaufsichtsrats), der als „*officer*“ oder „*employee*“ des erwerbenden Unternehmens gleichzeitig „*officer*“ des erworbenen Unternehmens ist, die ein Drittel der „*officer*“ des erworbenen Unternehmens bestellt. Nach der Verwendungs-RL V-2-B handelt es sich um eine beherrschende Einflussnahme, wenn eine „*Interlocking Director*“ eine Stellung im erworbenen Unternehmen z. B. *representative director* inne hat, die es ihm ermöglicht, einen Einfluss auszuüben, den das erwerbende Unternehmen auf das Geschäft des erworbenen Unternehmens durchführen kann.

Kernbedeutung hat hier die Personenidentität, die einen beherrschenden Einfluss ermöglicht, der sich auf das Geschäft des erworbenen Unternehmens bezieht.

Der *representative director* im Rahmen des § 7 Abs. 1 Nr. 2 MRFTA bedeutet, dass als Voraussetzung des § 7 Abs. 1 Nr. 2 MRFTA die Personenidentität und die Ausübung eines beherrschenden Einfluss behandelt werden. In diesem Zusammenhang hat die Ein-Drittel-Zahl der „*officer*“ des erworbenen Unternehmens nach der Verwendungs-RL V-2-A eine unerhebliche Bedeutung, weil die Ein-Drittel-Zahl der „*officer*“ zum Zweck des § 7 Abs. 1 Nr. 2 MRFTA nur als Indiz für die Ausübung eines beherrschenden Einflusses angesehen werden kann. So wird auch die Möglichkeit zur einer Prüfung eröffnet, ob die Stellung, die „*Interlocking Director*“ in der Zielgesellschaft hat, dafür geeignet und notwendig ist, einen Einfluss auf das Geschäft der Zielgesellschaft auszuüben.

⁸¹⁶ Lee, Kyu-Oug/Bahk, Byung-Hyong, die wirtschaftliche Auswirkung und Kontrolle des Zusammenschlusses, in: Journal „Han-Kuk-Gae-Bal Institute (1993), S.26.

⁸¹⁷ Vgl. Lee, Ki-Su, Antitrust and Cosumer Law, S. 107.

⁸¹⁸ Hwang, Suk-In/ Kwan Oh-Sung, Wirtschaftsrecht, 5 Auflage, Bub-Mun-Sa, Seoul 1996, S.125.

Für den „*officer*“ -Begriff im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 2 MRFTA gilt der „*officer*“ -Begriff im Rahmen des § 2-5 MRFTA. Der „*Employee*“ im Rahmen des § 7 Abs. 1 Nr. 2 MRFTA ist eine Person, die nicht „*officer*“ ist, sich aber regelmäßig mit dem Geschäft eines Unternehmens beschäftigt.

d) Verschmelzung

Nach § 7 Abs. 1 Nr.3 MRFTA liegt ein Zusammenschluss vor, wenn eine Fusion mit einer anderen Gesellschaft stattfindet.

Als der Zweck der Verschmelzung wird betont, die Rationalisierung des Betriebes durchzuführen⁸¹⁹, um sich der Änderung internationaler wirtschaftlicher Situationen und der Vergrößerung des Marktes anzupassen. Die horizontale Verschmelzung mit Konkurrenten führt insbesondere zur Wettbewerbsbedrohung⁸²⁰. Die Bewegung von Unternehmen soll daher verhindert werden, um den Wettbewerb auf dem Markt zu schützen. Dies ist das Ziel der in § 7 Abs. 1 Nr.3 MRFTA enthaltenen Bestimmung.

Nach der Verwendungs-RL V dient die Verschmelzung als solche als Mittel eines beherrschenden Einflusses. Findet eine Verschmelzung statt, liegt ein beherrschender Einfluss zwischen den Unternehmen vor.

Für die Ermittlung der Verschmelzung gilt § 174 des koreanischen Handelsgesetzbuches (KHGB). Danach wird die Verschmelzung als rechtliche Einheit definiert, die mit mehr als zwei Unternehmen gebildet wird. Bei der Verschmelzung unterscheidet sich die Verschmelzung durch Aufnahme, in der ein Unternehmen ein anderes Unternehmen erwirbt, von der Verschmelzung durch Neubildung, wenn eine neue Gesellschaft gegründet wird. Dieser Unterschied spielt aber für die Zusammenschlusskontrolle keine Rolle, weil hinsichtlich des fusionsrechtlichen Verständnisses sinnvoll ist, dass die Verschmelzung als ein Erwerb des Vermögens angesehen wird, wobei die Unternehmenskonzentration zu ermitteln ist, die die Verstärkung wirtschaftlicher Markt des erwerbenden Unternehmens mit sich bringt.

Zum Zweck des § 7 Abs. 1 Nr.3 MRFTA sollte das Vermögen im Sinne des § 7 I Nr.3 MRFTA einen wirtschaftlichen Wert widerspiegeln, so dass die Verschmelzung die Übertragung eines wirtschaftlichen Wertes darstellt. Hieraus folgt, dass § 7 I Nr.3 MRFTA in dem Fall Anwendung findet, wenn eine Übertragung des Vermögensteils zu ermitteln ist, welcher dazu beiträgt, einen beherrschenden Einfluss auszuüben.

e) Geschäftsübernahme

Nach § 7 Abs. 1 Nr. 4 MRFTA wird als ein gesetzlicher Zusammenschluss die Geschäftsübernahme berücksichtigt. Er erfasst die Übernahme oder Pacht des ganzen Geschäftes oder eines wesentlichen Geschäftes teils, die Übernahme der Unternehmensleitung und die Übernahme des Anlagevermögens für den Betrieb.

Die Geschäftsübernahme beruht auf einem Vertrag von Unternehmen. Nach dem Vertrag übt das den Betrieb übernehmende Unternehmen das Betriebsrecht aus⁸²¹. Nach der „*Notification on M&A Reporting Guidelines*“ vom 24.7.2001 wird für das zu berücksichtigende Betriebsrecht die Gesamtheit von Vermögensrechten berücksichtigt, die zum Erreichen des Geschäftsziels als eine systematische organische Einheit dient. Hier sind das Immaterialgüterrecht, z.B. Verkaufsrecht, Patentrecht oder Markenrecht zu berücksichtigen.

Das Verkaufsrecht umfasst beispielsweise die Organisation in Bezug auf den Verkauf, das Humankapital und das Vertragsverhältnis der Agenten. Daran hält die Meinung der Rechtsprechung auch fest⁸²². Die KFTC hat bei ihrer Entscheidung „*The Gillette Company*“ angenommen, dass eine Geschäftsübernahme im Sinne von § 7 I Nr. 4 MRFTA vorliegt, wenn das Markenrecht „*Rockert*“ und das Vermögen übernommen werden, das für den Absatz notwendig ist.

⁸¹⁹ Lee, Nam-Gee, Wirtschaftsrecht (2. Aufl.), S. 110.

⁸²⁰ Bahk, Byung-Houng, A Proposed Framework for Entry Analysis in Merger Regulation, in: Journal „Wirtschaftswissenschaft“ (6.2000), S. 169.

⁸²¹ Kwon, Jae-Yeol, Die Forschung über die Zusammenschlusskontrolle im MRFTA, in Sa-Bub-Haeng-Jung. 2000. 3, S. 12.

⁸²² KOGH 25. 11. 1977, 97Da35085; KOGH 25. 7. 1995, 95Da7987; KOGH 26. 12. 1989, 88DaGGa10128.

Die Geschäftsübernahme im Rahmen des § 7 Abs. 1 Nr. 4 MRFTA bedeutet, dass ein Unternehmen ganz oder zu einem Teil den Betrieb eines anderen Unternehmens übernimmt⁸²³. Grundsätzlich wird die Geschäftsübernahme durch eine Übertragung des Betriebs durchgeführt. Wenn der Betrieb die zum Betriebszweck organisierte Einheit des funktionellen Vermögens darstellt, reicht aber für die Geschäftsübernahme die Übertragung eines Betriebsteils aus, wenn durch sie der Betriebszweck erreicht werden kann und damit der Wettbewerb beschränkt werden kann⁸²⁴.

Nach der Verwendungs-RL V wird ein Beherrschungsverhältnis zwischen den beteiligten Unternehmen festgestellt, wenn die Geschäftsübernahme stattfindet.

f) Teilnahme an der neu gegründeten Gesellschaft

Nach § 7 Abs. 1 Nr. 5 MRFTA liegt ein Zusammenschluss vor, wenn eine Teilnahme an der neu gegründeten Gesellschaft vorliegt. § 7 Abs. 1 Nr. 5 MRFTA findet in dem Fall keine Anwendung, da die Teilnehmer nur die kontrollpflichtige Person oder ihre „*Specially Related Person*“ sind, die in § 11 Nr.1 und 2 Durchführungs-VO genannt werden (§ 7 Abs. 1 Nr. 5 lit. a. MRFTA) und es sich um eine Aufspaltung des Unternehmens nach § 530-2 KHGB handelt (§ 7 Abs. 1 Nr. 5 lit. b. MRFTA).

aa) Wettbewerbliche Bedeutung

Die Teilnahme an der neu gegründeten Gesellschaft nach § 7 Abs. 1 Nr. 5 MRFTA stellt eine Beteiligung am rechtlichen Verfahren bei der Gründung eines neuen Unternehmens dar⁸²⁵.

Diese Beteiligung wird als eine Gefahr für den Wettbewerb behandelt, weil sie zur Verstärkung der Wirtschaftsmacht der Muttergesellschaft dient und damit dazu führt, das Geschäft der Muttergesellschaft zu multiplizieren⁸²⁶, obwohl die Gründung einer neuen Gesellschaft das Anwachsen der Zahl der Mitwettbewerber mit sich bringt. Ein typisches Beispiel ist hier die Gründung der „*joint venture*“, um die Zusammenarbeit für die Beschaffung von Rohstoffen und bei den Herstellungsvorgängen zu verwirklichen⁸²⁷.

Für die Ermittlung der Beherrschung im Rahmen des § 7 Abs. 1 Nr. 5 MRFTA gelten nach der Verwendungs-RL V-3 die Kriterien für die Beherrschung bei Aktienbesitz nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 MRFTA. Das heißt, dass es dann die Beherrschung, um die es in des § 7 Abs. 1 Nr. 5 MRFTA geht, gibt, wenn ein Unternehmen mehr als 50% der Aktien der neu gegründeten Gesellschaft besitzt, oder wenn ein Unternehmen weniger als 50% der Aktien der neu gegründeten Gesellschaft besitzt, aber aufgrund von faktischen Grundlagen die neu gegründete Gesellschaft tatsächlich beherrscht.

bb) Ausnahmen

Die Ausnahmetatbestände, die § 7 Abs. 1 Nr. 5 MRFTA in lit. a. und b. vorsieht, verfolgen das Grundkonzept, dass sich der Zusammenschlussbegriff auf die Verstärkung der Wirtschaftsmacht der beteiligten Unternehmen bezieht, wenn sich ein Unternehmen mit „anderen Unternehmen“ zusammenschließt⁸²⁸.

Der entscheidende Punkt in § 7 Abs. 1 Nr. 5 lit. a MRFTA ist eine wirtschaftliche Einheit von der kontrollpflichtigen Person und „*Specially Related Persons*“. Wenn nur die kontrollpflichtige Person und ihre „*Specially Related Persons*“ an der neu gegründeten Gesellschaft teilnehmen, handelt es sich bei ihnen nur um eine Gesellschaft als wirtschaftliche Einheit. Dabei wird keine Verstärkung der Wirtschaftsmacht ermittelt. Doch stellt sich die Frage, ob bei der zu berücksichtigenden Gesellschaft überhaupt möglich ist, die Wirtschaftsmacht zu verstärken. Wenn die Verstärkung der Wirtschaftsmacht erfassbar ist, wird die Ausnahme als unnötig angesehen.

⁸²³ Lee, Nam-Gee, Wirtschaftsrecht, S. 109.

⁸²⁴ Hwang, Bo-Youn, Die Geschäftsübertragung der 100% Tochtergesellschaft, in: Journal „Business & Law NO. 64 (7. 1999), S. 108.

⁸²⁵ Lee, Nam-Gee, Wirtschaftsrecht, S. 109.

⁸²⁶ Lee, Nam-Gee, Wirtschaftsrecht, S. 110.

⁸²⁷ Kwon, Jae-Yul, Die Zusammenschlusskontrolle auf „ Fair Trade and Monopoly Regulation Act“ , S. 14.

⁸²⁸ Lee, Ki-Su, Antitrust and Cosumer Law, S. 108.

Der Ausnahmetatbestand im Rahmen des § 7 Abs. 1 Nr. 5 lit. b MRFTA bezieht sich auf die Aufspaltung des Unternehmens nach § 530-2 KHGB, wenn eine Spaltung in einem Unternehmen oder einer Unternehmensgruppe durchgeführt wird. So ist in diesem Fall keine neue Gründung der Gesellschaft zu ermitteln. Es ist deswegen nicht möglich, eine Verstärkung der wirtschaftlichen Macht der beteiligten Unternehmen festzustellen. Es wird berücksichtigt, dass diese Spaltung dem Zweck des § 7 Abs. 1 Nr. 5 MRFTA nicht entspricht. Allerdings unterliegt eine Zusammenschlusskontrolle der „*fusion-scission*“, die die gleichen Auswirkungen hat, um die es sich bei der Verschmelzung handelt⁸²⁹.

4. Materieller Tatbestand

Nach § 7 Abs. 1 MRFTA ist ein Zusammenschluss verboten, der den Wettbewerb auf einem bestimmten Markt tatsächlich beschränkt.

a) „Workable competition“

Was unter dem Wettbewerb im Rahmen der koreanischen Zusammenschlusskontrolle zu verstehen ist, ist eine entscheidende Frage zur Erfassung der kontrollpflichtigen Zusammenschlüsse, wenn diese zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führen.

Die herrschende Meinung in der koreanischen Literatur⁸³⁰ betont, dass der MRFTA darauf zielt, „*workable competition*“ aufrechtzuerhalten, so dass die Beschränkung des Wettbewerbs das Fehlen an der Möglichkeit darstellt, „*workable competition*“ durchzuführen⁸³¹. Daran hält die Meinung in der Rechtsprechung fest⁸³². Sie weist darauf hin, dass die Beschränkung des Wettbewerbs tatsächlich stattfindet, wenn „*workable competition*“ nicht zu erwarten ist. Die KFTC hat auch die Wettbewerbsbeurteilung auf „*workable competition*“ bezogen⁸³³. In diesem Sinne muss die koreanische Zusammenschlusskontrolle angewendet werden, wenn ein Zusammenschluss die Funktion des Wettbewerbs im Wesentlichen effektiv beschränkt, die der Kernpunkt von „*workable competition*“ ist⁸³⁴.

Das Funktionieren des Wettbewerbs ist insbesondere mithilfe struktureller Kriterien („*structural criteria*“) und Leistungskriterien („*performance criteria*“) zu ermitteln⁸³⁵.

Ein erheblicher Punkt in den strukturellen Kriterien ist die Berücksichtigung der Marktstruktur, in der viele Unternehmen auf dem Markt bestehen, die untereinander selbständig und wettbewerbsfähig sein und zwischen denen ein geringerer Unterschied bestehen sollen, und in der der Eintritt neuer Mitwettbewerber in diesem Markt ohne Schwierigkeit durchgeführt werden kann. Eine große Bedeutung der Leistungskriterien ist das Marktergebnis, wobei die folgenden Faktoren zu betrachten sind:

1. progressives Marktergebnis, wenn sich Unternehmen aktiv und effektiv an der Innovation der Produktion oder des Herstellungsprozesses beteiligen;
2. Herstellungskosten und Preis von Waren, wenn eine Herabsetzung von Arbeitslohn oder Rohstoffkosten oder eine Kostenersparnis aus technischer Innovation zu Preissenkungen führt;
3. Produktionsfähigkeit und Produktionsvolumen, wenn die Investitionen die Produktion überproportional übersteigen.

⁸²⁹ Lee, Ki-Su, Antitrust and Consumer Law, S. 108.

⁸³⁰ Kwon, Oh-Sung, Monopoly Regulation and Fair Trade Act, 191ff.; Lee, Mun-Ji, Ist der faire und freie Wettbewerb das Ziel oder das Mittel? – Die Frage nach der allgemeinen Meinung über das Ziel von MONOPOLY REGULATION AND FAIR TRADE ACT -, in: Journal „Sang-Sa-Bub-Young-Gu“ Nr. 16 (2) (1977), S. 616.

⁸³¹ Eum, Ki-Sub, Über die Anmeldung eines Zusammenschlusses in MONOPOLY REGULATION AND FAIR TRADE ACT, S. 77.

⁸³² KOGH 12. 5. 1995, 94Nu13794.

⁸³³ KFTC 10.12.1999, Beschluss 99-252 -, „*Jinro Corrs Berewing Co., Ltd*“.

⁸³⁴ Siehe 17f..

⁸³⁵ Park, Kil-Jun, die Beschränkung des Unternehmenszusammenschlusses, Sam-Joung-Sa, Seoul 1983, S. 64.

4. höhere Gewinne als in anderen Branchen, wenn er dauerhaft aus dem Umsatz, den Kosten, der Entwicklung der Technik usw. resultiert;

5. Verkaufskosten, wenn sie sich nicht aus Verbesserungen von Waren oder Service, sondern aus dem Wettbewerb ergeben.

Die Verwendungs-RL VII, in der die Kriterien der Wettbewerbsbeschränkung aufgezeigt werden, umfasst die strukturellen Kriterien und Leistungskriterien. In der Praxis werden die beiden Kriterientypen zur Prüfung der Wettbewerbsbeschränkung eingesetzt. Die strukturellen Kriterien sind dabei grundsätzlicher Natur, die Leistungskriterien kommen zusätzlich in Betracht⁸³⁶.

In der Literatur wird auch die Meinung vertreten⁸³⁷, es sei nützlich, zwei Kriterien in Kombination einzusetzen, um der Wettbewerbsbeschränkung Rechnung zu tragen, da anderenfalls die Ermittlung einer Wettbewerbsbeschränkung schwierig sei. Nach der Rechtsprechung soll die Frage einer Marktbeherrschung anhand der Produktionsstruktur, der Marktstruktur und der Wettbewerbssituation durchgeführt werden⁸³⁸.

b) Relevanter Markt

In der koreanischen Zusammenschlusskontrolle ist es notwendig, den relevanten Markt abzugrenzen, da sich nach § 7 Abs. 1 MRFTA die Beschränkung des Wettbewerbs „auf einen bestimmten Markt“ bezieht.

Den Begriff des Markts im Rahmen des § 7 Abs. 1 MRFTA definiert § 2 Nr. 8 MRFTA. Danach bezieht sich die Abgrenzung des Markts auf die sachliche, räumliche oder handelsstufige Relevanz. Darüber hinaus kommt in der Praxis für die Marktabgrenzung die Handelspartei in Betracht⁸³⁹.

aa) Sachlich relevanter Markt

Nach § 2 Nr. 8 MRFTA ist ein Kriterium für eine Wettbewerbsbeschränkung die sachliche Abgrenzung des relevanten Marktes.

(1) Warengruppe

In der Verwendungs-RL VI-1-A bezieht sich der sachlich relevante Markt auf eine Warengruppe, die eine Gesamtheit der Produkte ist, die die Hauptabnehmer (*major buyer*) für ein bestimmtes Produkt austauschen können, beispielsweise für den Fall, dass sich der Preis dieses Produkts nicht vorübergehend und signifikant erhöht.

Wenn die fusionsrelevante Eigenschaft eines Produkt ist, dass es einen wirtschaftlichen Wert darstellt, dann beschränkt sich diese Eigenschaft nicht auf materielle Gegenstände, sondern beinhaltet neben den Dienstleistungen auch Technologien, Immaterialgüterrecht, Vertriebsnetz und Handelseinrichtung⁸⁴⁰. Demnach umfasst der Begriff des Produkts nach der Verwendungs-RL VI-1-A auch die Dienstleistungen.

Kernpunkt in der Feststellung einer Warengruppe, also in der Abgrenzung des sachlich relevanten Markts, ist die Austauschbarkeit der Waren, abhängig von der Sicht der Hauptabnehmer und von deren Kenntnissen über die Warengruppen.

In der Praxis ist die Preiserhöhung als eine wichtige Voraussetzung der Austauschbarkeit zu bewerten, weil sich nach Verwendungs-RL VI-1-A das Austauschen des Einkaufs vor allem auf die Preiserhöhung bezieht; für die Austauschbarkeit soll die Preiserhöhung nicht vorübergehend und signifikant sein.

Sowohl der Ausdruck „nicht vorübergehend“, als auch „signifikant“ bezeichnet die Wahrscheinlichkeit, dass die Abnehmer bei Preiserhöhung eines Produkts eine Substitutionsmöglichkeit suchen. Die Wahrscheinlichkeit soll auf Basis anderer Grundlagen untersucht werden. Es sind daher jene Grundlagen, die für die Beurteilung der Austausch-

⁸³⁶ Kwon, Oh-Seung, Monopoly Regulation and fair Trade Act., S. 192.

⁸³⁷ Kwon, Jae-Youl, Über die Zusammenschlusskontrolle im MRFTA, S. 16; Kim, Jae-Keul/Kim, Won-Kyu, Wettbewerbsbeschränkende Zusammenschlüsse, San-Gyung-Youn-Gu 1997, S. 7.

⁸³⁸ KOGH 12. 5. 1995, 94Nu13794.

⁸³⁹ Verwendungs-RL VI VI-4.

⁸⁴⁰ Lee, Nam-Gee, Wirtschaftsrecht, S. 189.

barkeit dienlich sind, zu berücksichtigen. Hierbei ist eine geringfügige, jedoch signifikante Preiserhöhung ausreichend.

(2) *Abgrenzungsmerkmale*

Nach Verwendungs-RL VI-1-B soll die Zugehörigkeit eines Produkts zu einer Warengruppe unter Berücksichtigung der folgenden Merkmale geprüft werden: Ähnlichkeit in der Funktion und dem Gebrauch zwischen den Produkten (Verwendungs-RL VI-1-B-(1)), Ähnlichkeit der Preise der Produkte (Verwendungs-RL VI-1-B-(2)), Wahrnehmung der Käufer über die Austauschbarkeit der Produkte und Käuferverhalten (Verwendungs-RL VI-1-B-(3)), Wahrnehmung der Verkäufer über die Austauschbarkeit der Produkte und Geschäftsentscheidung (Verwendungs-RL VI-1-B-(4)) und die „*Korea Standard Industry Classification*“, die „*the director of the National Statistical Office*“ nach der „*Classification of Statistics Data*“ von § 17 I „*Statistics Act*“ veröffentlicht hat (Verwendungs-RL VI-1-B-(5)).

Nach Verwendungs-RL VI-1-B-(1) sind nicht nur funktionell identische Produkte, sondern auch funktionell ähnliche Produkte zur Abgrenzung des sachlich relevanten Markts als eine Warengruppe zu berücksichtigen. Dies gilt für Produkte, die ähnlich gebraucht werden. Eine Gruppe von Produkten, deren Preis ähnlich ist, kann nach Verwendungs-RL VI-1-B-(2) als sachlich relevanter Markt angesehen. Trotz des Unterschieds der Funktion, des Gebrauchs und des Preises von Produkten wird die Gleichartigkeit von Produkten als ein Merkmal für den sachlich relevanten Markt angesehen. Die subjektive Austauschbarkeit ist ein Kernpunkt in Verwendungs-RL VI-1-B-(3) und -(4). Sowohl die objektive, als auch die subjektive Austauschbarkeit kann bei der Festsetzung des sachlich relevanten Markts heran gezogen werden. Die Bedeutung des Marktes, in dem Nachfrage und Angebot zusammentreffen, schafft einen gegenseitigen Respekt zwischen Abnehmer und Verkäufer.

Jedes Merkmal im Rahmen der Verwendungs-RL VI-1-B spielt eine wichtige Rolle bei der Feststellung des sachlich relevanten Markts. So findet z. B. die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts statt, wenn zwischen den Produkten der Preis gleich ist, aber ihre Funktion oder ihr Gebrauch unterschiedlich ist.

Die KFTC hat in ihrer Entscheidung „*Dae-Lim Motors/Hyosung*“ beschlossen⁸⁴¹, dass die sachlich relevanten Märkte des Produkts Motorrad wegen auf Basis der unterschiedlichen Hubraumgrößen abgegrenzt werden können. Sie betont, dass bei der Wahl der Hubraumklasse seitens des Käufers eine Flexibilität besteht. Es gibt zwischen den einzelnen Hubraumklassen jedoch einen erheblichen Unterschied, der sich z.B. auf die Leistungsfähigkeit oder Nützlichkeit auswirkt. Der erhebliche Unterschied der Nützlichkeit beruht auf dem Kaufzweck des Verbrauchers. So werden Motorrädern die relevanten Märkte anhand des Hubraums wie folgt abgegrenzt: 50, 100 und 125 Kubikzentimeter.

Im Fall der Übernahme von „*Kia Motors*“ durch „*Hyun-Dae Motors*“ hat die KFTC die Annahme eines relevanten Markts von Personenkraftwagen, Bussen und Trucks, zwischen denen ein Wettbewerb bestehen kann, getroffen. Im Fall „*The Gillette Company*“⁸⁴² wird für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes auf die Austauschbarkeit der Nachfrage abgestellt, wie sie sich aus der Ähnlichkeit der Funktion, der Formen und der Nützlichkeit von Waren ergibt. Die KFTC hat im Fall „*Delpinium Enterprise PTE Ltd*“⁸⁴³ den relevanten Markt von Zeitungspapier abgegrenzt, wenn zwischen Unternehmen, die mit gleichen Waren handeln, Wettbewerb besteht.

Bei der Verwendungs-RL VI-1-B geht es um Abgrenzungsmerkmale, die zur Austauschbarkeit dienen können, weil sie zur Bewertung des tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisses beitragen, wenn es sich um die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts handelt. Es liegt demnach im Ermessen des Anwenders die weiteren Faktoren für die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts einzusetzen⁸⁴⁴, obwohl die KFTC für die Überprüfung des sachlich relevanten Markts lediglich vier Faktoren in der Verwendungs-RL VI-1-B beschreibt.

Es wird daher deutlich, dass die KFTC andere faktische Kriterien als Abgrenzungsmerkmale zu berücksichtigen versuchen kann, obwohl sie in Verwendungs-RL VI-1-B nicht explizit bestimmt werden, für die sachlich relevante Abgrenzung des Markts jedoch eine wichtige Rolle spielen, wenn der Zweck der koreanischen Zusammenschlusskontrolle berücksichtigt wird, den Wettbewerb auf dem Markt zu schützen.

⁸⁴¹ KFTC 9. 3. 1992, Beschluss 92-23 - „*Dae-Lim Motors/Hyosung*“

⁸⁴² KFTC 8. 12. 1998, Beschluss 98-282 - „*The Gillette Company*“.

⁸⁴³ KFTC 20. 11. 1998, Beschluss 98-269 - „*Delpinium Enterprise PTE Ltd*“.

⁸⁴⁴ Vgl. KFTC 31.9.2000, Beschluss 2000-161 - „*Incheunjechuel*“.

bb) Räumlich relevanter Markt

Nach § 2-8 MRFTA kann ein relevanter Markt durch eine geographische Abgrenzung bestimmt werden.

(1) Abgrenzung

Nach Verwendungs-RL VI-2-A lässt sich die geographische Relevanz des Marktes in dem Fall festsetzen, in dem sich der Preis eines bestimmten Produkts in einem Gebiet nicht vorübergehend signifikant erhöht, so dass Hauptabnehmer (*major buyer*) ihren Einkauf in anderen Gebiete verlegen könnten.

Grundsätzlich wird in der Auslegung der Abwanderungsmöglichkeit, um die es sich bei der Abgrenzung des räumlich relevanten Markts handelt, kaum ein Unterschied zu dem Verständnis der Austauschbarkeit im Rahmen des sachlich relevanten Markts gesehen. Für den Begriff „Produkt“, „Hauptabnehmer“, „nicht vorübergehend“ und „signifikant“ gelten deswegen die Begriffe des sachlich relevanten Markts.

Die KFTC hat mit ihren Erfahrungen alle Möglichkeiten berücksichtigt, um festzustellen, wann eine Abwanderung vorliegt.

Nach Verwendungs-RL VI-2-B sollen die in folgenden dargelegten Faktoren berücksichtigt werden, um festzustellen, ob es sich um einen räumlich relevanten Markt handelt; Charakter der Waren, z. B. Kurzlebigkeit und Austauschmöglichkeit, und die Geschäftsfähigkeit der Verkäufer, z. B. Fähigkeit zur Herstellung und zum Vertrieb der Waren (Verwendungs-RL VI-2-B-(1)); Abnehmerwahrnehmung über Abwanderungsmöglichkeiten zu anderen Einkaufsgebieten und ihr Abwanderungsverhalten (Verwendungs-RL VI-2-B-(2)); Wahrnehmung der Verkäufer über die Abwanderungsmöglichkeiten zu anderen Absatzgebieten und ihr Entscheidungsverhalten (Verwendungs-RL VI-2-B-(3)) und Wechselbarrieren bei der Abwanderung zu anderen Absatzgebieten in Bezug auf zeitliche, wirtschaftliche und rechtliche Aspekte (Verwendungs-RL VI-2-B-(4)).

Jedes Kriterium im Rahmen der Verwendungs-RL VI-2-B hat eine eigene Bedeutung, so dass es einen entscheidenden Einfluss haben kann. Die Berücksichtigung aller faktischen Faktoren gilt für die Feststellung des räumlich relevanten Markts ebenso wie für die Feststellung des sachlich relevanten Marktes. In diesem Zusammenhang kann die Prüfung der räumlichen Relevanz des Marktes ohne Einschränkung der Kriterien durchgeführt werden.

(2) Wirtschaftliche Ausdehnung des räumlich relevanten Marktes

Zu prüfen ist, ob die juristische Einschränkung des räumlich relevanten Markts bei der Zusammenschlusskontrolle befolgt werden soll, da Auslandszusammenschlüsse als ein wichtige Probleme berücksichtigt werden müssen, um die Wettbewerbsbeschränkung von Zusammenschlüsse richtig widerzuspiegeln.

Der MRFTA beinhaltet keine Vorschriften über den Geltungsbereich des MRFTA geregelt, so dass grundsätzlich der räumlich relevante Markt im MRFTA so groß wie der Staat ist, wenn als Zweck des MRFTA der Schutz des Wettbewerbs auf dem Gebiet des Koreas angesehen wird⁸⁴⁵.

Es besteht die Möglichkeit, den räumlich relevanten Markt noch enger als das Inland abzugrenzen, wenn berücksichtigt wird, dass geographische Nachteile zur Wettbewerbsbeschränkung führen. Die KFTC hat in ihren Entscheidungen⁸⁴⁶ einen räumlich relevanten Markt abgegrenzt, der innerhalb des Staats noch aufgespalten wird.

In Korea gibt es keine Vorschrift für Auslandszusammenschlüsse und keine Diskussion darüber, ob Auslandszusammenschlüsse der Zusammenschlusskontrolle unterliegen⁸⁴⁷. Vorstellbar ist hier, dass Auslandszusammenschlüsse aufgrund der juristischen Grenze nicht unter den MRFTA fallen, so dass ihre Berücksichtigung in der Zusammenschlusskontrolle als unnötig angesehen wird. In der Praxis werden nur ausländische Unternehmen berücksichtigt, wenn sie selbst oder durch ihre „*Specially Related Persons*“ den Zusammenschluss in Korea vollziehen, wobei oft der Marktanteil ausländischer Unternehmen aufaddiert wird.

⁸⁴⁵ KFTC 31.9.2000, Beschluss 2000-161 – „Incheunjechuel“

⁸⁴⁶ KFTC 20.7.1985, Beschluss 85-23 - „Youngnamsamgsa“ . KFTC 17.6.1992, Beschluss 92-78 - „Lemikon Herstellungsverein“; KFTC, 25.8.1993, Beschluss 93-169 - „Daelyuksangsa“.

⁸⁴⁷ KFTC, 8. 19.1999, Beschluss 99-130 -“ Hyun Dai electron/LG Semiconductor“; KFTC, 7.4.1999n Beschluss 99-43 - „Hyun Dai Motors/Kia Motors“

Doch es wächst die Zustimmung zu der Meinung⁸⁴⁸, dass für die Zusammenschlusskontrolle die wirtschaftliche Ausdehnung des räumlich relevanten Markts berücksichtigt werden muss, um dem Schutz des Wettbewerbs im Inland Rechnung zu tragen. Die KFTC hat auch die Notwendigkeit angenommen, dass Auslandszusammenschlüsse der koreanischen Zusammenschlusskontrolle unterliegen, wenn sie auf die Wettbewerbssituation im Inland Auswirkung haben können, obwohl diese Kontrolle in der Praxis eine schwierige Aufgabe darstellt⁸⁴⁹.

Es scheint, dass die koreanische Zusammenschlusskontrolle Auslandszusammenschlüsse behandelt, wenn diese für den Wettbewerb im Inland eine erhebliche Rolle spielen können.

Wenn der Geltungsbereich des MRFTA zum Schutz des inländischen Wettbewerbs nicht auf den Binnenmarkt eingeschränkt wird, dann kann die Einflussnahme auf die inländische Wettbewerbssituation durch die Unternehmen im Ausland, dass sich der internationale Handel auf das Inland auswirken kann und durch ihn der inländische Wettbewerb kausal beschränkt wird.

cc) Relevanter Markt nach unterschiedlichen Handelsstufen

Nach § 2-8 MRFTA kann die Abgrenzung des relevanten Markts aufgrund der Klassifizierung des Handels durchgeführt werden⁸⁵⁰. So spielen auch die Handelsstufen eine große Rolle bei der Abgrenzung des relevanten Markts.

Nach Verwendungs-RL VI-3 sind für die zu berücksichtigenden Handelsstufen die Herstellungsstufe, die Großhandelsstufe und die Einzelhandelsstufe zu ermitteln. Wenn das Vertriebsnetz jeder Handelsstufe unterschiedlich ist, so besteht zwischen ihnen kein Wettbewerb, obwohl sich sie auf dieselben oder ähnliche Waren beziehen⁸⁵¹.

dd) Relevanter Markt durch verschiedenartige Handelsparteien

Nach Verwendungs-RL VI-3 kann die Abgrenzung des relevanten Markts auf unterschiedliche Handelsparteien beruhen.

Die Rechtsprechung⁸⁵² besteht ein Unterschied zwischen dem „*Personal Computer* für die Verwaltungsbehörde“ und dem „*Personal Computer* für andere Nachfrager“ und damit ein separater relevanter Markt von „*Personal Computer* für die Verwaltungsbehörde“ definiert. Denn die Nachfrager von „*Personal Computer* für die Verwaltungsbehörde“ sind die Abteilungen der Regierung, in der der Standard von „*Personal Computer* für die Verwaltungsbehörde“ schon bestimmt worden ist. Darüber hinaus wird bei dem Angebotsprozess der Beschaffungsbehörde der Anschaffungspreis jedes Jahr tatsächlich neu entschieden, in allen Stufen vom bis zum Beschaffungsprozess fortbesteht.

c) Wettbewerbsbeschränkung

Nach § 7 Abs. 1 MRFTA wird als materieller Tatbestand der koreanischen Zusammenschlusskontrolle angesehen, dass ein Zusammenschluss dazu führt, dass der Wettbewerb wesentlich beschränkt wird.

aa) Definition

Nach Verwendungs-RL II-6 beschränkt ein Zusammenschluss den Wettbewerb tatsächlich in dem Fall, dass für ein bestimmtes Unternehmen oder eine bestimmte Unternehmensgruppe die Ausübung oder Fähigkeit zur Ausübung eines ungehinderten Einflusses auf Preis, Produktionsmenge, Qualität von Waren und Handelsbedingungen (*terms of trade*) begründet oder beträchtlich verstärkt wird, wenn durch den Zusammenschluss der Wettbewerb auf den relevanten Markt beeinträchtigt wird.

Es handelt sich hierbei um die Auswirkung der Marktbeherrschung, wenn ein Unternehmen oder eine Unternehmensgruppe einen Zusammenschluss auf dem betroffenen Markt durchführen kann, da sich die Wettbewerbsbeschränkung im Rahmen der Verwendungs-RL II-6 auf die Marktbeherrschung nach § 2 Nr. 1 S. 1 MRFTA bezieht,

⁸⁴⁸ Seo, Hyun-Je, Der Geltungsbereich des MRFTA, Journal of Commerce Law, Nr. 11 (1998), 17 f; Park, Se-Il, Law and Economics, Pak-Young-Sa 1994, S. 572.

⁸⁴⁹ KFTC, Weißbuch für "Fair Trade" 1999 (Vol. 2), S. 139.

⁸⁵⁰ Lee, Nam-Gee, Wirtschaftsrecht (2. Aufl.), S. 191.

⁸⁵¹ KFTC 1991.3.25, Beschluss 91-30- „Binggle“

⁸⁵² OLG Seoul 13. 2. 1996, 94Gu36751.

wonach ein Unternehmen marktbeherrschend ist, soweit es unter Bezug auf Angebot oder Nachfrage allein oder zusammen mit anderen Unternehmen den Preis, die Quantität, die Qualität und die Handlungsbedingungen von Waren oder gewerblichen Leistungen entscheiden, erhalten und ändern kann.

Nach Verwendungs-RL VII sollen horizontale, vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse geprüft werden, um festzustellen, ob der Wettbewerbsbeschränkung tatsächlich stattfindet.

bb) Horizontaler Zusammenschluss

Nach Verwendungs-RL II-7 bedeutet horizontaler Zusammenschluss ein Zusammenschluss zwischen Wettbewerbern auf dem Markt.

(1) Bedeutung

Eine typische wettbewerbliche Auswirkung horizontaler Zusammenschlüsse ist die Verschlechterung der Marktstruktur, die auf der Konzentration der Wettbewerber beruht, wobei die Entstehung oder Verstärkung der Wirtschaftsmacht der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen ohne Schwierigkeiten zu erkennen sind. Auf diesem Grund werden horizontale Zusammenschlüsse trotz ihres positiven Effekts z. B. „*economies of scale*“, von der KFTC als Unternehmensverbindung im Sinne der Zusammenschlusskontrolle angesehen.

So hat die KFTC im Hinblick auf die wettbewerbliche Marktstruktur in der Verwendungs-RL VII-1 die Kriterien für horizontale Zusammenschlüsse bestimmt, um festzustellen, ob eine übermäßige Wirtschaftsmacht der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen entsteht oder verstärkt wird; hierbei sind insbesondere der Marktkonzentrationsgrad vor und nach einem Zusammenschluss (Verwendungs-RL VII-1-A), die Existenz ausländischer Wettbewerber und internationale Wettbewerbsbedingungen (Verwendungs-RL VII-1-B), die Zugangsmöglichkeiten von potentiellen Marktteilnehmern (Verwendungs-RL VII-1-C), unerlaubte Verabredung zwischen den Konkurrenten (Verwendungs-RL VII-1-D) und die Existenz eines ähnlichen Produkts und benachbarten Marktes (Verwendungs-RL VII-1-E) zu berücksichtigen.

Die Erfassung der Verschlechterung der Marktstruktur führt auch dazu, dass die Wettbewerbsbeschränkung bei horizontalen Zusammenschlüssen unter Gesamtbetrachtung der Kriterien geprüft werden soll⁸⁵³.

Als Hauptkriterium wird grundsätzlich der Grad der Marktkonzentration angesehen, welcher durch die Berechnung des Marktanteils gemessen werden soll; das Erreichen der Marktanteil-Schwellenwerte, also die übermäßige Marktkonzentration, wird für die Erfassung der Marktbeherrschung als wichtig angesehen.

Zusätzlich wird vor der Feststellung einer Wettbewerbsbeschränkung eine Prüfung anhand der anderen Kriterien durchgeführt⁸⁵⁴; nach Verwendungs-RL VII-1 wird bei der Ermittlung einer Wettbewerbsbeschränkung neben dem Marktkonzentrationsgrad auch die Berücksichtigung weiterer Merkmale, welche eine wettbewerbliche Wirkung haben, verlangt; bei den anderen Merkmalen, die eine wettbewerbliche Bedeutung haben, ist die Intensität der Wettbewerbsbeschränkung zu berücksichtigen, vor allem die Einflussmerkmale für den potentiellen Wettbewerb und die Ausdehnung des relevanten Marktes.

Da sich die Kriterien, die in „Verwendungs-RL“ VII-1 genannt werden, auf bisherige Erfahrungen der KFTC in der Praxis beziehen, kann die Wettbewerbsbeschränkung nicht ausschließlich auf den genannten Kriterien beruhen. Das heißt, dass auch andere Faktoren zu berücksichtigen sind, die in „Verwendungs-RL“ VII-1 nicht genannt werden, aber zur Feststellung einer Wettbewerbsbeschränkung dienen. Dies entspricht dem Zweck der Zusammenschlusskontrolle und ist wettbewerblich sinnvoll.

(2) Marktkonzentration

Nach Verwendungs-RL VII-1-A wird der Marktkonzentrationsgrad ermittelt, um zu prüfen, ob ein horizontaler Zusammenschluss den Wettbewerb tatsächlich beschränkt. Für die wettbewerbsfremde Marktkonzentration verlangt die KFTC, dass die in Verwendungs-RL VII-1-A-(1) festgestellten Marktanteils-Schwellenwerte erreicht werden.

⁸⁵³ Verwendungs-RL VII-1

⁸⁵⁴ KFTC 31.9.2000, Beschluss 2000-161 – „Incheunjchuel“

(a) Begriff des Marktanteils

Für die Ermittlung des Marktanteils gilt Verwendungs-RL II-10. In Verwendungs-RL II-10 heißt es:

Der Marktanteil bezieht sich auf den Anteil des Marktvolumens, der durch die Gesamtsumme von Waren in dem relevanten Markt zugeteilt wird. Bei der Marktanteiberechnung wird die Verkaufssumme in letztem Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss betrachtet. Ist keine Verkaufssumme zu ermitteln, tritt an ihre Stelle die Verkaufssumme des Geschäftsvorjahres. Der Marktanteil muss wie folgt kalkuliert werden;

Verkaufssumme eines Unternehmens im Inland
(einschließlich der Verkaufssumme der Importwaren)

Marktanteil = -----

Verkaufssumme in Inland der betroffenen Waren
(einschließlich der Verkaufssumme der Importwaren)

Ist die Verkaufssumme für die Berechnung des Marktanteils schwierig zu ermitteln, ist behelfsmäßig die Herstellungssumme oder -kapazität zu kalkulieren.

Nach Verwendungs-RL VII-1-A-(1)-(a) ist der zu berücksichtigende Marktanteil die Gesamtheit von Marktanteilen der Unternehmen, zu denen das erwerbende Unternehmen und seine "*Specially Related Persons*" und das erworbene Unternehmen gehören. Das bedeutet, dass bei der Ermittlung des Marktkonzentrationsgrades die Marktanteile, die tatsächlich dem erwerbenden Unternehmen zur Verstärkung der Marktkonzentration zur Verfügung stehen, von der KFTC berücksichtigt werden sollen.

(b) Marktanteil-Schwellenwerte

Nach Verwendungs-RL VII-1-A-(1)-(a) ist als eine wettbewerbsfremde Marktkonzentration vorhanden, wenn die Gesamtheit der Marktanteile mehr als 50 von Hundert erreichen, oder wenn die Gesamtheit der Marktanteile mindestens die Drittgrößte ist und die drei Spitzenunternehmen insgesamt einen Marktanteil von mehr als 70 von Hundert haben.

Nach der KFTC werden als eine wettbewerbslich bedeutsame Marktkonzentration ein Monopol und ein Oligopol nach Marktanteilen angesehen, die zur Wettbewerbsbeschränkung führen soll. Dabei ist aus wettbewerbslicher Sicht irrelevant, was die Ursachen des Monopols oder des Oligopols sind.

Aus dem Umstand, dass für die KFTC die für die Zusammenschlusskontrolle qualifizierte Marktkonzentration auf den Schwellenwerten beruht, ist ersichtlich, dass eine Wettbewerbsbeschränkung grundsätzlich festgestellt werden kann, wenn die Marktanteile die absoluten Markt-Schwellenwerte im Rahmen der Verwendungs-RL VII-1-A-(1)-(a) erreichen.

Das bedeutet jedoch nicht, dass die Wettbewerbsbeschränkung in Bezug auf relative Markt-Schwellenwerte entfällt.

Wenn sich die Wettbewerbsfrage anhand des Minderheitsmarktanteils mit faktischen Grundlagen beantworten lässt, dann soll Verwendungs-RL VII-1-A verhindern, dass der Wettbewerb tatsächlich beschränkt wird. Deswegen kann ein Zusammenschluss, der nicht die Schwellenwerte erreicht, aufgrund seiner tatsächlichen Beschränkung des Wettbewerbs kontrollpflichtig sein.

(c) bedeutsamer Abstand

Die KFTC hat auf Basis faktischer Grundlagen die Entstehung oder Verstärkung der Marktstellung trotz Erreichung der Marktanteil-Schwellenwerte verneint.

Nach der Verwendungs-RL VII-1-A-(1)-(a) wird keine Wettbewerbsbeschränkung festgestellt, wenn die Gesamtheit der Marktanteile folgende Voraussetzungen erfüllen, obwohl sie die Marktanteil-Schwellenwerte im Rahmen der Verwendungs-RL VII-1-A-(1)-(a) erreichen:

1. Die Gesamtheit der zusammengeschlossenen Marktanteile bildet den zweitgrößten Marktanteil mit einer Größe von weniger als 30 von Hundert des Gesamtmarkts und einem bedeutsamen Abstand zum größten Marktanteil.

2. Die Gesamtheit der zusammengeschlossenen Marktanteile bildet den drittgrößten Marktanteil bei einem bedeutsamen Abstand zwischen dem größten und dem zweitgrößten Marktanteil und bei einem bedeutsamen Abstand zwischen dem zweit- und dem drittgrößten Marktanteil.

3. Es besteht ein unerheblicher Abstand zwischen dem größten und dem zweitgrößten Marktanteil, oder es besteht ein unerheblicher Abstand zwischen dem zweit- und dem drittgrößten Marktanteil. Darüber wird betrachtet, ob der viertgrößte Marktanteil einen unerheblichen Abstand zum drittgrößten hat.

Hierbei handelt es sich bei einem bedeutsamen Abstand um ein Oligopol im Rahmen der Verwendungs-RL VII-1-A-(1)-(a) als faktische Grundlage.

Nach Verwendungs-RL VII-1-A-(1)-(b) wird als bedeutsamer Abstand definiert, wenn die Gesamtheit der Marktanteile der Unternehmen im Rahmen der Verwendungs-RL VII-1-A-(1)-(a) weniger als 75 % der Marktanteile eines Unternehmens beträgt, das zunächst noch mehr Marktanteile innehatte als die Gesamtheit der Marktanteile der Unternehmen im Rahmen der Verwendungs-RL VII-1-A-(1)-(a).

Wenn der bedeutsame Abstand ein Kriterium für die Wettbewerbsbewertung darstellt, dann scheint es, dass der bedeutsame Abstand schließlich nicht auf dem Marktanteil-Schwellenwert nach Verwendungs-RL VII-1-A-(1)-(b) beruht. Sondern kann der bedeutsame Abstand auch dann im Einzelfall ermittelt werden, um der richtigen Wettbewerbsbeschränkung Rechnung zu tragen.

Weil das Anwachsen von Marktanteilen, die aus wettbewerblicher Sicht irrelevant sind, von der KFTC als unerhebliches Problem in der Zusammenschlusskontrolle angesehen wird, soll ein geringes Anwachsen des Marktanteils auch nach der Verwendungs-RL VII-1-A-(1)-(c) eine faktische Grundlage für die Verneinung der Wettbewerbsbeschränkung sein, wenn nach dem Zusammenschluss das Anwachsen der Marktanteile weniger als fünf Prozent erreicht.

(d) Nachfragemacht

Die KFTC hat angenommen, dass durch den stärksten Nachfrager die Wettbewerbsgefährdung verhindert werden kann, weil die Wettbewerbsbeschränkung im Angebot von der Nachfrage abhängen kann.

Nach Verwendungs-RL VII-1-A-(1)-(d) ist der Wettbewerb nicht beschränkt, wenn ein Großeinkäufer auf dem betroffenen Markt existiert, es sei denn, dass er und das erwerbende Unternehmen zu einer Unternehmensgruppe gehören und dass das erwerbende Unternehmen oder seine "*Specially Related Persons*" ein Großunternehmen, aber der Großeinkäufer nicht ein Großunternehmen ist. Als Großeinkäufer im Sinne der Verwendungs-RL VII-1-A-(1)-(d) wird definiert, wenn das Verhältnis der Einkaufssumme eines Unternehmen – einschließlich der "*Specially Related Persons*" - zur Gesamtsumme, die die gesamte inländische Verkaufssumme einschließlich der Importeinkaufssumme des betroffenen Produkts umfasst, die Marktanteil-Schwellenwerte nach der Verwendungs-RL VII-1-A-(1)-(a) erreicht.

(e) Veränderungstrend des Marktkonzentrationsgrads

Nach Verwendungs-RL VII-1-A-(2) soll der Veränderungstrend des Marktkonzentrationsgrads einiger abgelaufener Geschäftsjahre geprüft werden, um festzustellen, ob der Wettbewerb beschränkt wird.

Wenn ein beträchtlicher Anstieg des Marktkonzentrationsgrades in den abgelaufenen Jahren stattgefunden hat, kann ein Zusammenschluss durch das marktanteilstarke Unternehmen tatsächlich zu einer verstärkten Wettbewerbsbeschränkung führen. Hier sind Faktoren, z.B. die Entwicklung neuer Technologien und das Patentrecht, zu betrachten, die den Wettbewerb auf dem Markt erst mit großer zeitlicher Verzögerung verändern können.

(3) Potentieller Wettbewerbseinfluss

Nach Verwendungs-RL VII-1-B bezieht sich ein potentieller Wettbewerbseinfluss auf die Existenz ausländischer Wettbewerber und auf internationale Wettbewerbsbedingungen, um der Wettbewerbssituation Rechnung zu tragen.

Ist die Einfuhr ausländischer Produkte verhältnismäßig einfach oder liegt eine Einfuhrsteigerung auf dem relevanten Markt vor, so wird die Möglichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung durch einen Zusammenschluss als gering bewertet (Verwendungs-RL VII-1-B(1)). Die Prüfung, ob die Auslandskonkurrenz in dem Markt eintreten können, lässt sich anhand folgender Kriterien durchführen : Internationaler Preis und Status des Angebots und der Nachfrage des Produkts (Verwendungs-RL VII-1-B(1)-(a)); Öffnung des Binnenmarktes und Status des ausländischen Investment (Verwendungs-RL VII-1-B(1)-(b)); Existenz starker internationaler Konkurrenz (Verwendungs-RL VII-1-B(1)-(c));

Zolltarif und Plan der Zolltarifsenkung (Verwendungs-RL VII-1-B-(1)-(d)); und nicht tarifgebundene Handelshindernisse (Verwendungs-RL VII-1-B-(1)-(e)).

Im Falle, dass der Außenumsatzanteil eines Unternehmens im Vergleich zu seiner Absatzquote ziemlich groß ist und dass eine starke Konkurrenz im internationalen Markt existiert, ist es fraglich, ob der Wettbewerb beschränkt wird, obwohl ein Zusammenschluss auf dem betroffenen Markt stattfindet (Verwendungs-RL VII-1-B-(2)).

Nach Verwendungs-RL VII-1-C handelt es sich auch bei einem potentiellen Wettbewerbseinfluss um die Marktzutrittsmöglichkeiten eines Marktzutrittskandidaten.

Wenn neue Marktzutrittskandidaten ohne Mühe in naher Zukunft in den betroffenen Markt eintreten können, dann steigt die Zahl der Wettbewerber wieder, so dass die Möglichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung reduziert wird (Verwendungs-RL VII-1-C-(1)). Hier sind insbesondere die Anwesenheit oder Abwesenheit der rechtlichen oder institutionellen Hindernisse (Verwendungs-RL VII-1-C-(2)-(a)), das notwendige Mindestkapital (Verwendungs-RL VII-1-C-(2)-(b)), die Bedingungen für die Herstellungstechnik einschließlich des Patentrecht und der *intellectual property rights* (Verwendungs-RL VII-1-C-(2)-(c)), die Bedingungen des Standorts (Verwendungs-RL VII-1-C-(2)-(d)), die Einkaufsbedingungen der Rohstoffe (Verwendungs-RL VII-1-C-(2)-(e)), das Vertriebsnetz der Konkurrenz und die Stabilisierungskosten des Absatzwegs (Verwendungs-RL VII-1-C-(2)-(f)) und die Differenzierung des Produktionsstandes (Verwendungs-RL VII-1-C-(2)-(g)) zu berücksichtigen. In der Praxis spielt insbesondere die Finanzkraft eines Unternehmens, das den Eintritt in den betroffenen Markt beabsichtigt, eine erhebliche Rolle⁸⁵⁵.

Grundsätzlich wird der Eintritt des Marktzutrittskandidaten als problemlos angesehen, wenn ein Unternehmen existiert, das die Absicht und den Plan öffentlich bekannt gibt, in den Markt zu investieren und an dem Markt teilzunehmen. Es ist wahrscheinlich, dass der Marktzutrittskandidat auch ohne Schwierigkeiten auf dem betroffenen Markt eintreten kann, wenn ein Unternehmen existiert, das den Eintritt oder Austritt aus dem Markt ohne erhebliche Kostenbelastungen, z.B. mit einer leichten Umstellung der bestehenden Produktionsanlagen, in naher Zukunft durchführen kann, wenn eine nicht vorübergehende, signifikante Preiserhöhung auf dem Markt stattfindet (Verwendungs-RL VII-1-C-(3)).

Nach der Verwendungs-RL VII-1-D ist eine unerlaubte Verabredung zwischen den Konkurrenten ein Merkmal für einen potentiellen Wettbewerbseinfluss.

Das bedeutet, dass für die Ermittlung einer Wettbewerbsbeschränkung das Marktverhalten zu berücksichtigen ist; durch ausdrückliche oder stillschweigende unerlaubte Verabredungen zwischen den Wettbewerbern über Preise, Produktionsmengen oder Handelsbedingungen kann der Wettbewerb tatsächlich noch stark beschränkt werden. Um unerlaubte Verabredungen festzustellen ist zu ermitteln:

1. Ob der Preis des Produkts auf dem relevanten Markt erkennbar höher ist als der Durchschnittspreis eines ähnlichen Produkts, das nicht auf dem relevanten Markt verkauft wird (Verwendungs-RL VII-1-D-(1)).
2. Ob der Marktanteil des Unternehmens in den letzten Jahren aufgrund einer unelastischen Nachfrage nach dem Produkt auf dem relevanten Markt unverändert geblieben ist (Verwendungs-RL VII-1-D-(2)).
3. Ob die Homogenität zwischen den Produkten, die durch die konkurrierenden Unternehmen angeboten werden, sehr hoch ist und ob die Bedingungen der Herstellung und des Verkaufs zwischen der Konkurrenz sehr ähnlich sind (Verwendungs-RL VII-1-D-(3)).
4. Ob die Information über die Geschäftstätigkeit eines Unternehmens den Wettbewerbern leicht zugänglich ist (Verwendungs-RL VII-1-D-(4)).
5. Ob ein unzulässiges abgestimmtes Verhalten in der Vergangenheit vorgelegen hat (Verwendungs-RL VII-1-D-(5)).

⁸⁵⁵ KFTC 12. 1998, Beschluss 98-282 - „The Gillette Company“; KFTC 20. 11. 1998, Beschluss 98-269, „Delpinium Entpreise PTE Ltd“; KFTC 19. 8 1999, Beschluss - „Hyun Dai electron/LG Semiconductor“; KFTC, 8. 19.1999, Beschluss 99-130 - „Hyun Dai Motors/Kia Motors“; KFTC 23. 5. 1998, Beschluss 98-84 -“Procter & Camble GmbH“.

(4) *Ausdehnungsmöglichkeit des relevanten Markts*

Wenn die Marktbeherrschung eine Wettbewerbsbeschränkung auf dem Markt darstellt, hängt die Intensität der Wettbewerbsbeschränkung von der Feststellung des relevanten Markts ab. Deswegen verlangt die KFTC, dass die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung durch die Existenz eines ähnlichen Produkts oder eines benachbarten Marktes im Rahmen der Verwendungs-RL VII-1-E ermittelt werden.

Wenn sich trotz der Ähnlichkeit der Funktion oder der Nützlichkeit der Produkte eine unterschiedliche Relevanz des sachlichen Marktes aufgrund des Unterschiedes des Preises oder andere Grundlagen durchführen lässt, so kann eine Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes aufgrund des Preises oder andere Grundlagen erfolgen. In diesem Fall soll der Einfluss des ähnlichen Produkts auf den Wettbewerb auf diesem relevanten Markt, z. B. die Entwicklung der Herstellungstechnik oder die Ähnlichkeit des Vertriebsnetzes, berücksichtigt werden (Verwendungs-RL VII-1-E-(1)). Wenn Märkte auf Basis der geographischen Lage abgegrenzt werden, wird für die Feststellung einer Wettbewerbsbeschränkung die Berücksichtigung des näheren geographischen Markts verlangt (Verwendungs-RL VII-1-E-(2)).

(5) *Einzelfälle*

Die KFTC hat bei der Feststellung der Faktoren, die in Verwendungs-RL VII-1-B bestimmten wurden, ihre Erfahrungen in der Praxis berücksichtigt. Die Faktoren werden von der KFTC in Einzelfällen verfolgt und weiterentwickelt.

Im Fall des Zusammenschlusses von „*Hyun Dai electron*“ und „*LG Semiconductor*“ vom 19.8.1999⁸⁵⁶ beschloss die KFTC, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb tatsächlich nicht beschränkt, obwohl nach dem Zusammenschluss „*Hyun Dai electron*“ einen Marktanteil von 39.8% auf dem betroffenen Markt innehatte. Auf diesem Markt wies „*Samsung Digital*“ einen Marktanteil von 51% auf, so dass ein Oligopol vorlag. Die Ausnahme des Oligopols spielt hier keine Rolle, denn die Erhöhung des Marktanteils führte nicht zur Senkung des Preises im Inland, da viele Mitwettbewerber im Ausland existierten, die die betreffenden Waren herstellten, und da in Korea seit 1999 der Zolltarif für Import 0% betrug.

Die KFTC beschloss bei ihrer Entscheidung im Fall „*Korea Special Chemical Industry*“ von 12. 15. 1982⁸⁵⁷, dass die Bedrohung des Wettbewerbs durch den Zusammenschluss aus folgenden Gründen verstärkt worden wäre: Wegen der niedrigen Preise und der Belastung des hohen Zolls und einer Stabilisierung der Angebote im Land bestanden Zweifel an der Importmöglichkeit der Produkte. Auch wurden wegen der überflüssigen Herstellungsanlagen für die Produktion die Markteintrittsbarrieren für einen potentiellen Marktteilnehmer als hoch angesehen; nur 30% der Herstellungsanlagen werden für die Produktion eingesetzt.

Die KFTC beschloss bei ihrer Entscheidung im Fall „*Delpinium Enterprise PTE Ltd.*“⁸⁵⁸, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb beschränken könne. Der Grund dafür ist, dass wegen der Eigenschaft des Zeitungspapiers der schnelle Aufstieg der Einfuhr von Zeitungspapier nicht berücksichtigt werden dürfe. Bei der Einfuhr von Zeitungspapier fallen zusätzliche Kosten an, z.B. Kosten der Distribution, der Lagerung und der Aufbewahrung. Darüber hinaus sind die Höhe des Zolls zu ermitteln und anhand der Besorgungssituation im Inland festzustellen, ob der Preis von Zeitungspapier im Inland niedriger als der Preis von Zeitungspapier im Ausland ist, und ob das Angebot im Inland die Nachfrage übersteigt.

Im Fall von „*Delpinium Enterprise PTE Ltd.*“ zog die KFTC die Marktzugangsmöglichkeiten von potentiellen Marktteilnehmern in Zweifel, da der Eintritt in die Zeitungspapierindustrie eine große Finanzkraft in Bezug auf die Einrichtungskosten voraussetzte. So konnte der Wettbewerb durch den Zusammenschluss beschränkt werden.

Die KFTC erklärte auch im Fall des Aktienerwerbs von „*Kia Motors*“ durch „*Hyundai Motors*“ vom 7.4.1999⁸⁵⁹, dass keine Marktzugangsmöglichkeiten für potentielle Marktteilnehmer bestünden, da der Einstieg in die Autoindustrie sehr hohe Investitionen voraussetzte und außerdem das Angebot im Inland die Nachfrage überstiege. Allerdings gestattete die KFTC den Zusammenschluss, da in dem Markt von Personenkraftwagen und Bussen ein Wettbewerb bestand. da es Mitwettbewerber gab, die genügend Marktanteile innehatten, den Wettbewerb zu erhalten.

⁸⁵⁶ KFTC 8.19.1999, Beschluss 99-130 - „*Hyun Dai electron/LG Semiconductor*“

⁸⁵⁷ KFTC 12.15.1982, Beschluss 82-24 „*Korea Specialty Chemical Industrie*“

⁸⁵⁸ KFTC 20. 11. 1998, Beschluss 98-269 - „*Delpinium Entpreise PTE Ltd.*“

⁸⁵⁹ KFTC 7.4.1999, Beschluss 99-43 - „*Hyun Dai Motors/Kia Motors*“.

Im Fall des Aktienerwerbs von „*Jinro Corrs Brewing Co., Ltd*“ durch „*Oriental Brewing co., Ltd*“ vom 6. 9. 1999⁸⁶⁰ nahm die KFTC an, dass sich die Wettbewerbsbeschränkung verstärken würde. Die Marktzutrittsbarrieren bestanden zum einen in der Notwendigkeit einer großen Finanzkraft, die sich auf die Einrichtung und Verbraucherpräferenzen bezog, und zum anderen darin, dass internationale Wettbewerber für den Wettbewerb keine Rolle spielen konnten, da der Marktanteil von Importbier nur 0.19% erreichte.

Die KFTC nahm bei der Ermittlung von Wettbewerbsbeschränkungen im Fall „*The Gillette Company*“⁸⁶¹ Markteintrittsbarrieren an, da für die Übernahme eines Warenzeichens, von dem die Abhängigkeit des Absatzes auf dem betroffenen Markt sehr groß war, eine starke Finanzkraft als notwendig angesehen wurde. Darüber hinaus sind hohe Investitionen in Technologien und ihre Forschung und Entwicklung, das geringe Wachstum des betroffenen Marktes und die Beherrschung des Marktes durch ausländische Großunternehmen zu berücksichtigen. Die KFTC nahm auch einen schwierigen Anstieg des Imports an, da die Wettbewerbsfähigkeit der Wettbewerber im Ausland sehr schwach war, und der Preis der betroffenen Waren erheblich niedriger war als der Preis im Ausland.

cc) Vertikaler Zusammenschluss

Nach Verwendungs-RL II-8 wird als vertikaler Zusammenschluss ein Zusammenschluss von Unternehmen definiert, die in verschiedenen Stufen in Bezug auf die Herstellung und die Verteilung von Produkten – einschließlich der Dienstleistung – tätig sind.

(1) Bedeutung

Nach Verwendungs-RL II-8 können vertikale Zusammenschlüsse von Herstellern und Großhändlern oder Einzelhändlern berücksichtigt werden. Das heißt, dass im gesamten Produktionsprozess, der von der Herstellung von Rohstoffen bis zu der Herstellung und dem Verkauf der Produkte reicht⁸⁶², die Wettbewerbsbeschränkung durch vertikale Zusammenschlüsse betrachtet werden kann.

In der Praxis hat für die Erfassung der Wettbewerbsbeschränkungen durch vertikale Zusammenschlüsse insbesondere die Rohstoffabhängigkeit eine große Bedeutung.

Die KFTC stellte bei ihrer Entscheidung von 22.4.1996 im Fall „*Korea Kaproraktam*“⁸⁶³ die Annahme, dass *Oriental Nylon* das Product „*Nylon*“ herstellte, für das der Rohstoff „*Kaproratam*“ notwendig war. Hätte *Oriental Nylon* die Aktien von „*Korea Kaproraktam*“ erworben und damit einen beherrschenden Einfluss auf „*Korea Kaproraktam*“ ausübt, so wäre der Wettbewerb auf dem inländischen Markt, der für die Rohstoffe und Produktion von *Nylon* relevant ist, tatsächlich beschränkt worden.

(2) Marktsperreffekt

In der Praxis bezieht sich die Wettbewerbsbeschränkung durch einen vertikalen Zusammenschluss vor allem auf den Marktsperreffekt („*market blocking effect*“), der eine Markteintrittsbarriere darstellt⁸⁶⁴, z. B. wenn wegen vertikaler Zusammenschlüsse von Großunternehmen die benötigte Finanzkraft für einen Markteintritt beträchtlich ansteigt⁸⁶⁵.

Jedoch scheint es, dass es noch weitere sonstige faktische Grundlagen als Voraussetzungen für Wettbewerbsbeschränkungen in Betracht kommen können, wenn sie für das Wettbewerbsurteil als notwendig behandelt werden. Denn die Wettbewerbsbeschränkung beruht auf verschiedenen Grundlagen und soll in ihrer Gesamtheit betrachtet werden.

Ein vertikaler Zusammenschluss wird als wettbewerbswidrig angesehen, wenn an ihm die folgenden Unternehmen beteiligt sind und somit die Einkaufswege oder Vertriebswege der Wettbewerber behindern:

1. Ein Unternehmen, das als Rohstoffversorger die Marktanteil-Schwellenwerte der Verwendungs-RL 1-A-(1)-(a) erreicht⁸⁶⁶.

⁸⁶⁰ KFTC 10.12. 1999, Beschluss 99-252 – „*Jinro Corrs Brewing Co., Ltd*“

⁸⁶¹ KFTC 8. 12. 1998, Beschluss 98-282 - „*The Gillette Company*„.

⁸⁶² Verwendungs-RL II-8.

⁸⁶³ KFTC 22. 4. 1996, Beschluss 96-51- „*Korea Kaproraktam*“

⁸⁶⁴ Verwendungs-RL VII-2.

⁸⁶⁵ Verwendungs-RL VII-2-B.

2. Ein Unternehmen, das Rohstoffeinkäufer ist und dessen Verhältnis der gesamten Einkaufssumme zu der gesamten inländischen Versorgungssumme die Marktanteil-Schwellenwerte der Verwendungs-RL 1-A-(1)-(a) erreicht⁸⁶⁷.

Darüber hinaus stellen folgende Faktoren die Kriterien für den Marktsperreffekt dar: Der Zweck des Zusammenschlusses (Verwendungs-RL VII-2-A-(1)-(a)); die Sicherungsmöglichkeit des Ersatzwegs für die Versorgung und den Verkauf (Verwendungs-RL VII-2-A-(1)-(b)); der Grad der vertikalen Integration der Wettbewerber (Verwendungs-RL VII-2-A-(1)-(c)); die Wachstumschancen des relevanten Markts und der Geschäftsplan des betroffenen Unternehmens, z.B. Expansion der Anlagen (Verwendungs-RL VII-2-A-(1)-(d)); die Ausschaltung von Wettbewerbern durch unerlaubte Verabredungen (Verwendungs-RL VII-2-A-(1)-(e)); und die Situation oder der Effekt des Produkts auf dem Markt, das von dem im Zusammenschluss kombinierten Produkt rohstoffabhängig ist, und des Endprodukts (Verwendungs-RL VII-2-A-(1)-(f)).

dd) Konglomerat-Zusammenschluss

Nach *Verwendungs-RL* II-9 sind Konglomerat-Zusammenschlüsse solche, die weder horizontale noch vertikale Zusammenschlüsse darstellen.

(1) Bedeutung

Die Erfassung eines Konglomerat-Zusammenschlusses wird als eines der größten Probleme in der koreanischen Wettbewerbspolitik angesehen, da in Korea eine Reihe von Konglomerat-Zusammenschlüssen durchgeführt werden. Obwohl wegen der Forderungen nach gesunden Unternehmensstrukturen nach dem sogenannten koreanischen Wirtschaftskrieg seit 1998 horizontale Zusammenschlüsse großen Zuwachs erfahren haben, ist der Unterschied zwischen Konglomerat-Zusammenschlüssen und horizontalen oder vertikalen Zusammenschlüssen immer noch groß⁸⁶⁸.

In Korea war es ein Streitpunkt, wenn durch eine Konglomeratbildung von Unternehmen die wettbewerbliche Marktstruktur verschlechtert werden könnte, ob diese Unternehmensverbindung der Zusammenschlusskontrolle unterliegt. Heutzutage können nach einhelliger Meinung in der Literatur alle drei unterschiedlichen Arten des Zusammenschlusses bei der Zusammenschlusskontrolle geprüft werden⁸⁶⁹. Daran hält die Meinung der KFTC fest.

(2) Potentielle Wettbewerbsbeschränkung

Für die Feststellung von Wettbewerbsbeschränkung durch einen Konglomerat-Zusammenschluss ist relevant, ob durch ihn der potentielle Wettbewerb behindert wird⁸⁷⁰. Ein Konglomerat-Zusammenschluss soll einen potentiellen Wettbewerb tatsächlich beschränken, wenn durch ihn die folgenden Voraussetzungen erfüllt werden:

1. Das erwerbende Unternehmen ist ein Großunternehmen (Verwendungs-RL VII-3-A-(1)).
2. Das erwerbende Unternehmen ist ein potentieller Marktzutrittskandidat. Es ist wahrscheinlich, dass er sowohl durch den Zusammenschluss, als auch durch andere Mittel mit weniger Wettbewerbsbeschränkungseffekt in dem relevanten Markt eintreten kann, da er ein Produkt herstellt, dessen Herstellungstechnik, Absatzweg und Einkaufsstufe einem Produkt auf dem relevanten Markt ähnlich ist (Verwendungs-RL VII-3-A-(2)-(a)). Aufgrund der Existenz von *"Specially Related Persons"* kann es eventuell unmöglich sein, dass andere Unternehmen eine Marktbeherrschung auf dem relevanten Markt ausüben (Verwendungs-RL VII-3-A-(2)-(b)).
3. Der Marktanteil des erworbenen Unternehmens erreicht die Markt-Schwellenwerte im Rahmen der Verwendungs-RL VII-1-A-(1)-(a) (Verwendungs-RL VII-3-A-(3)).
4. Es gibt einen signifikanten Abstand bei Geschäftsgröße und Finanzkraft zwischen dem erwerbenden Unternehmen und den Wettbewerbern des erworbenen Unternehmens (Verwendungs-RL VII-3-A-(4)).

⁸⁶⁶ Verwendungs-RL VII-2-A-(1)-(a).

⁸⁶⁷ Verwendungs-RL VII-2-A-(1)-(b).

⁸⁶⁸ In 1999 haben sich konglomerate Zusammenschlüsse wieder erhöht. Die Grund dafür ist, dass der Eintritt ausländischer Unternehmen meistens durch konglomerate Zusammenschlüsse durchgeführt wird, Zitat in KFTC, Weißbuch für "Fair Trade" 1999 (Vol. 2), S. 121.

⁸⁶⁹ Park, Se-II, Law and Economics, S. 611.

⁸⁷⁰ Verwendungs-RL VII-3.

Sowohl die KFTC als auch die Literatur bietet keine Definition für den signifikanten Abstand im Rahmen der Verwendungs-RL VII-3-A-(4). Der Begriff des signifikanten Abstands wird aber in der Verwendungs-RL VII-1-A-(1)-(c) verwendet, doch in Bezug auf den Marktanteil gilt er nicht für die Verwendungs-RL VII-3-A-(4). Es soll vielmehr vorgehoben werden, dass durch den Abstand die Konkurrenten im Wettbewerb zurückgehalten werden oder aus dem Markt austreten können.

Darüber hinaus wird geprüft, ob durch einen Konglomerat-Zusammenschluss, sowie durch Preiserhöhungen oder durch gute Produktqualität, die Wettbewerber eliminiert werden können⁸⁷¹.

Hierbei wird ermittelt, ob der Konglomerat-Zusammenschluss zur erheblichen Steigerung seiner gesamten Geschäftsfähigkeit in Bezug auf die Mobilisierung von Kapital, die Beschaffungsfähigkeit von Rohstoffen, die Technik und die Verkaufskraft führt (Verwendungs-RL VII-3- B-(1)), oder ob durch den Konglomerat-Zusammenschluss die Markteintrittshemmnisse z.B. eine erhebliche Steigerung der benötigten Finanzkraft, verstärkt werden, so dass der Markteintritt für andere potentielle Wettbewerber erschwert wird. (Verwendungs-RL VII-3- B-(2)).

d) Vermutungsklausel

Nach § 7 IV MRFTA kann eine Wettbewerbsbeschränkung vermutet werden, wenn durch einen Zusammenschluss die in § 7 Abs. 4 Nr. 1 oder 2 MRFTA festgelegten Voraussetzungen erfüllt werden.

aa) Bedeutung

Schließlich soll die Vermutungsklausel nach § 7 Abs. 4 MRFTA dazu dienen, den Schutz der kleinen und mittelständigen Unternehmen vor den Großunternehmen - und daher volkswirtschaftliche Interessen - zu verwirklichen. Denn die Erwartung an die Klausel war, dass sie die Effektivität der Zusammenschlusskontrolle noch verstärkt, wenn verhindert wird, dass Großunternehmen, die ihr Geschäft zu multiplizieren beabsichtigen, durch Zusammenschlüsse in Märkte eintreten, in denen zumeist kleine und mittelständige Unternehmen tätig sind, und somit eine übermäßige Marktmacht auf den Märkten darstellen⁸⁷², wenn der Gesetzgeber die Klausel in der Novelle von 1996 eingeführt hat.

Weil nach der Vermutungsklausel wettbewerbswidrige horizontale, vertikale oder Konglomerat-Zusammenschlüsse der Großunternehmen mit weniger Mühe erfassbar waren, die den Wettbewerb im Augenblick nicht bedrohten, aber später den Wettbewerb beschränken konnten⁸⁷³, und damit nach § 7 I MRFTA selten überprüft wurden und in der Praxis keine einfachen Aufgaben darstellten⁸⁷⁴, wenn die Zusammenschlüsse, die die in § 7 Abs. 4 Nr. 1 oder 2 MRFTA genannten Marktanteil-Schwellenwerte erreichen, aufgrund der Wettbewerbsbeschränkung im Sinne der Vermutungsklausel als kontrollpflichtig angesehen werden sollen.

bb) Voraussetzungen

Der MRFTA verlangt in § 7 Abs. 4 Nr. 1 MRFTA, dass eine Beschränkung des Wettbewerbs vermutet wird, nur wenn alle Voraussetzungen im Rahmen des § 7 Abs. 4 Nr. 1 lit. a, b und c MRFTA erfüllt werden.

Somit ist für die Zusammenschlusskontrolle die Überprüfung erforderlich, ob die Gesamtheit der Marktanteile die für die Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung zu berücksichtigenden Markt-Schwellenwerte erreicht (§ 7 Abs. 4 Nr. 1 lit. a MRFTA), ob sie der größte Marktanteil ist (§ 7 Abs. 4 Nr. 1 lit. b MRFTA) und ob sie den Abstand von mehr als 25 von Hundert zu dem den nächstgrößten Marktanteil besitzenden Unternehmen hat (§ 7 Abs. 4 Nr. 1 lit. c MRFTA).

Der Vermutungstatbestand stößt auf die Kritik⁸⁷⁵, dass die strenge Voraussetzung nicht dem Zweck der Vermutungsklausel entspreche. Die Voraussetzung der Vermutungstatbestände sei so streng, dass sie zur Beurteilung der

⁸⁷¹ Verwendungs-RL VII-3- B.

⁸⁷² Lee, Mun-Ji, Der Zweck von "MONOPOLY REGULATION AND FAIR TRADE ACT", S. 662.

⁸⁷³ Lee, Nam-Gee, Wirtschaftsrecht (2. Aufl.), S. 194.

⁸⁷⁴ Lee, Ki-Su, Antitrust and Cosumer Law, S. 104; Kim, Seong-Eun, A Study on the Revised Fair Trade Act, Journal of Social Science Research Vol. 5, Chang-won University 1998, S. 388.

⁸⁷⁵ Kwon, Oh-Sung, Wirtschaftsrecht, S.230.

Wettbewerbsbeschränkung nur sehr wenig beitrage. Wettbewerbslich sinnvoller erscheint es, dass eine Wettbewerbsbeschränkung vermutet wird, wenn eine der drei Voraussetzungen im Rahmen des § 7 Abs. 4 Nr. 1 MRFTA erfüllt wird.

Doch die Notwendigkeit der strengen Voraussetzung wird angenommen, dass die Wettbewerbsbeschränkung festgestellt werden muss, wenn die Voraussetzung erfüllt wird, da die Vermutungsklausel eine Ausnahmeklausel ist, die nur auf dem Marktanteil, nicht auf der Marktsituation beruht.

(1) *Marktanteil-Schwellenwerte für die Marktbeherrschung*

Der Tatbestand des § 7 Abs. 4 Nr. 1 MRFTA bezieht die Marktanteil-Schwellenwerte im Rahmen des § 4 MRFTA auf die Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung im Rahmen des § 2 Nr. 1 S. 1 MRFTA. Nach § 4 Nr. 1 MRFTA wird vermutet, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es einen Marktanteil von 50 von Hundert erreicht. Nach § 4 Nr. 2 MRFTA wird eine marktbeherrschende Stellung von drei oder weniger Unternehmen vermutet, wenn sie jeweils mindestens den Marktanteil von mehr als 10 von Hundert haben und zusammen einen Marktanteil von mehr als 75 von Hundert erreichen.

Die Aufgabe des Vermutungstatbestandes des § 7 Abs. 4 Nr. 1 MRFTA ist nicht die Erfassung der wettbewerbslichen Marktstruktur. Vielmehr soll die Vermutungsklausel die Erwartung einer Wettbewerbsbeschränkung widerspiegeln. Deswegen hat der MRFTA die Marktanteils-Schwellenwerte als eine Voraussetzung des Vermutungstatbestands nach § 7 Abs. 4 Nr. 1 MRFTA angenommen, obwohl sich die Marktbeherrschung im Rahmen des § 2 Nr. 1 S. 1 MRFTA auf das Marktverhalten oder das Marktergebnis und nicht auf Marktstruktur bezieht⁸⁷⁶.

Die Marktanteil-Schwellenwerte stellen absolute Kriterien dar. Sowohl die relative Größe, als auch faktische Grundlagen spielen für den Vermutungstatbestand nach § 7 Abs. 4 Nr. 1 MRFTA keine Rolle. Das heißt, dass es sich nur dann um die Vermutungsklausel im Rahmen des § 7 IV Nr. 1 MRFTA handelt, wenn die in § 4 Nr. 1 MRFTA genannten Marktanteil-Schwellenwerte erreicht werden. Dies entspricht dem Zweck des § 4 Nr. 1 MRFTA. In dem Fall, dass es sich um die Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung handelt, hat die KFTC nur zu prüfen, ob die Schwellenwerte im Rahmen des § 4 Nr. 1 MRFTA erreicht werden⁸⁷⁷.

Weil sich der Tatbestand der Vermutungsklausel ausdrücklich auf die Gesamtheit des Marktanteils nach dem Zusammenschluss bezieht, spielt die Vermutungsklausel in dem Fall keine Rolle, dass der Marktanteil eines beteiligten Unternehmens bereits vor dem Zusammenschluss die Marktanteil-Schwellenwerte erreicht hat⁸⁷⁸.

(2) *Marktanteil-Schwellenwerte im Bezug auf den Wettbewerber*

Nach § 7 Abs. 4 Nr. 1 lit. b MRFTA wird auch für die Vermutung einer Wettbewerbsbeschränkung der Besitz des größten Marktanteils als notwendige Voraussetzung angesehen. Der § 7 Abs. 4 Nr. 1 lit. c MRFTA spricht auch dafür, dass ein bestimmter Abstand der Marktanteile zwischen den Wettbewerbern als notwendige Voraussetzung der Vermutungsklausel angesehen wird.

Wenn sich die Kriterien im Rahmen des § 7 Abs. 4 Nr. 1 MRFTA auf den Marktanteil beziehen und von ihnen die richtige Erfassung der Wettbewerbsbeschränkung zu erwarten sind, scheint es, dass als faktische Voraussetzungen auch die rein quantitative Marktanteilsquote im Rahmen des § 7 Abs. 4 Nr. 1 lit. b MRFTA und der wettbewerbswidrige Abstand des Marktanteils nach § 7 Abs. 4 Nr. 1 lit. c erforderlich sind, der im Verhältnis zu den Wettbewerbern festgestellt wird. Denn die Marktanteil-Schwellenwerten im Rahmen des § 7 Abs. 4 Nr. 1 lit. a MRFTA spielt eine geringe Rolle, um den tatsächlich Wettbewerbsbeschränkungen Rechnung zu tragen. Insbesondere dienen § 7 IV Nr. 1 lit. b und c MRFTA dazu, den Wettbewerb in einem Oligopol zu erhalten und schützen⁸⁷⁹.

⁸⁷⁶ Kwon, Oh-Sung, Monopoly Regulation and fair Trade Act, S. 161.

⁸⁷⁷ KFTC 1.2.1998, Beschluss 98-282 – "The Gillette Company"; KFTC 20. 11. 1998, Beschluss 98-269, „Delpinium Entpreise PTE Ltd“; KFTC 19. 8 1999, Beschluss - "Hyun Dai electron/LG Semiconductor"; KFTC, 8.19.1999, Beschluss 99-130 - „Hyun Dai Motors/Kia Motors“; KFTC 23. 5. 1998, Beschluss 98-84 - "Procter & Camble GmbH".

⁸⁷⁸ Lee, Bong-oui, Die Vermutungsklausel nach § 7 IV MRFTA und ihre Probleme, S. 164.

⁸⁷⁹ Lee, Bong-oui, Die Vermutungsklausel nach § 7 IV MRFTA und ihre Probleme, Justis, Nr. 65. S. 164.

In der Praxis hat nicht nur die Anwendung des § 7 Abs. 4 Nr. 1 MRFTA auf die Marktanteil-Schwellenwerte eine große Bedeutung, die in § 7 Abs. 4 Nr. 1 lit. a MRFTA genannt werden⁸⁸⁰, sondern auch die Voraussetzungen des § 7 Abs. 4 Nr. 1 lit. b und c MRFTA, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bewertet wird.

Die KFTC hat bei ihrer Entscheidung „*Delpinium Enterprise PTE Ltd.*“⁸⁸¹ beschlossen, dass der Zusammenschluss zur tatsächlichen Wettbewerbsbeschränkung führt, da nach dem Zusammenschluss die Gesamtheit der Marktanteile des erwerbenden Unternehmens einen Anteil von 56.2% am Gesamtmarkt erreicht, so dass das erwerbende Unternehmen der größte Marktanteilsbesitzer wird. Darüber hinaus hat die Gesamtheit der Marktanteile einen Abstand von 41% zum zweitgrößten Marktanteilsbesitzer.

Die KFTC hat auch im Fall „Aktienerwerb des „*Kia Motors*“ durch „*Hyundai Motors*“ vom 7. 4. 1999⁸⁸² erklärt, dass die Gesamtheit der Marktanteile die Voraussetzungen im Rahmen des § 7 IV Nr. 1 MRFTA erfüllt, und somit vermutet werden kann, dass dieser Zusammenschluss tatsächlich den Wettbewerb beschränkt. Denn die Gesamtheit der Marktanteile von „*Hyundai Motors*“ erreichte einen Anteil von 55.6% auf dem PKW-Markt, einen Anteil von 74.2 % auf dem Bus-Markt und einen Anteil von 94.6% auf dem LKW-Markt. Nach dem Zusammenschluss wurde „*Hyundai Motors*“ der größte Marktanteilsbesitzer und hatte auf dem PKW-Markt einen Abstand von 18.8% zum zweitgrößten Marktanteilsbesitzer, einen Abstand von 48.8% auf Bus-Markt und einen Abstand von 90.0% auf dem LKW-Markt.

cc) Großunternehmen

Nach § 7 Abs. 4 Nr. 2 MRFTA wird eine Wettbewerbsbeschränkung vermutet, wenn ein Großunternehmen allein oder durch seine „*Specially Related Persons*“ einen Zusammenschluss auf einem Markt vollzieht, in dem kleine und mittlere Unternehmen im Sinne von „*the Framework Act on Small and Medium Enterprises*“ einen Marktanteil von mehr als zwei Dritteln haben (§ 7 Abs. 4 Nr. 2 lit. a MRFTA) und in dem es nach dem Zusammenschluss einen Marktanteil von mehr als 5 von Hundert besitzt (§ 7 Abs. 4 Nr. 2 lit. b MRFTA).

Der Tatbestand im Rahmen des § 7 Abs. 4 Nr. 2 MRFTA hat besondere Bedeutung in vertikalen oder Konglomerat-Zusammenschlüssen, während die Bedeutung des § 7 Abs. 4 Nr. 1 MRFTA in horizontalen Zusammenschlüssen besteht.

Denn soll dieser Tatbestand den Vollzug von Zusammenschlüssen verhindern, von denen zu erwarten ist, dass ein Großunternehmen ein kleines oder mittelständiges Unternehmen erwirbt, um in einen Markt einzutreten, in dem meistens kleine und mittelständige Unternehmen tätig sind, und damit sichergestellt wird, dass die Zahl der kleinen und mittelständigen Unternehmen auf dem betroffenen Markt erhalten bleiben, wenn vertikale oder Konglomerat-Zusammenschlüsse dazu führen, den Wettbewerb zu bedrohen, wenn ein Großunternehmen mit einer übermäßigen Finanzkraft in den betroffenen Markt eintritt und damit im Verhältnis zu den kleinen und mittleren Unternehmen einen wettbewerbsmäßig großen Vorteil haben kann, und schließlich die kleinen und mittleren Unternehmen aus dem betroffenen Markt austreten müssen.

Für die Ermittlung des Begriffs des Großunternehmens gilt § 12-2 Durchführungs-VO.

Der Begriff des kleinen und mittleren Unternehmens im Rahmen von „*the Framework Act on Small and Medium Enterprises*“ von 28.2.1998 ist in § 2 „*the Framework Act on Small and Medium Enterprises*“ in Verbindung mit § 3 Durchführungs-VO für „*the Framework Act on Small and Medium Enterprises*“ von 27.12.2000 geregelt. Danach sind für die Einteilung die Eigenschaft des Geschäfts, die Zahl der Belegschaft, die gesamte Aktiva und die Umsatzerträge relevant. Tochtergesellschaften, die zu einer Großunternehmensgruppe gehören, werden nicht als kleine oder mittlere Unternehmen angesehen.

dd) Rechtsnatur

Es besteht eine Meinung in koreanischer Literatur⁸⁸³, dass sich die Rechtsnatur des Vermutungstatbestands auf den Aufgreifstatbestand bezieht, durch die die Kartellbehörde zu einem Einschreiten veranlasst werden soll.

⁸⁸⁰ KFTC, 6.18. 2002, Beschluss 2002-111 -, „*Hyun Dai Motors/Kia Motors*“.

⁸⁸¹ KFTC, 20. 11. 1998, Beschluss 98-269 -, „*Delpinium Enterprise PTE Ltd.*“.

⁸⁸² KFTC, 7.4.1999, Beschluss 99-43 -, „*Hyun Dai Motors/Kia Motors*“.

⁸⁸³ Kwon, Oh-Seung, Wirtschaftsrecht, S. 207.

Aber es scheint, dass bei der Betrachtung der Rolle der Vermutungsklausel in der Zusammenschlusskontrolle notwendig ist, dass der Vermutungstatbestand mehr als Aufgreifstatbestand verstanden wird, wobei die materielle Beweislast als notwendig angesehen wird.

Für die KFTC ist relevant, dass eine Wettbewerbsbeschränkung eines Zusammenschlusses festgestellt werden muss, so dass er im Rahmen des § 7 I MRFTA ist, wenn er den Vermutungstatbestand erfüllt. Denn die Vermutungsklausel dient dazu, die Schwierigkeiten bei der Ermittlung einer Wettbewerbsbeschränkung nur mit Hilfe der Höhe des Marktanteils auszulösen; die Frage, ob der Wettbewerb tatsächlich beschränkt wird, hängt schon von den Marktanteil-Schwellenwerten im Rahmen des § 7 Abs. 4 MRFTA ab. Die KFTC hat nur in dem Fall keinen Spielraum, in dem trotz des Zusammenschlusses Wettbewerb besteht.

Die Umkehr der Beweislast führt dazu, dass die Unternehmen die Pflicht zum Nachweis haben, dass keine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Somit ist der Zusammenschluss verboten, soweit die beteiligten Unternehmen nicht nachweisen, dass durch den Zusammenschluss der Wettbewerb nicht beschränkt wird⁸⁸⁴.

5. Ausnahme

Nach § 7 Abs. 2 MRFTA findet § 7 I MRFTA keine Anwendung auf Zusammenschlüsse, wenn die KFTC annimmt, dass diese die in § 7 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 MRFTA festgelegten Voraussetzungen erfüllen. Die beteiligten Unternehmen müssen hierbei nachweisen, dass sie die Voraussetzungen im Rahmen des § 7 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 MRFTA erfüllen.

a) „Effizienzsteigende Effekte“

Nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 MRFTA ist ein Zusammenschluss trotz der tatsächlichen Wettbewerbsbeschränkung erlaubt, wenn er zu „Effizienzsteigende Effekte“ führt, die die Nachteile der Wettbewerbsbeschränkung überwiegen.

aa) Bedeutung

Die Voraussetzungen von „Effizienzsteigende Effekte“ waren schon immer ein Streitpunkt, dass es sich als schwierig erwiesen hat, „Effizienzsteigende Effekte“ nachzuweisen.

Da sich im alten MRFTA die „Effizienzsteigende Effekte“ auf die Rationalisierung der betreffenden Industrie und die Verstärkung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit bezogen, soll die Auswirkung des Zusammenschlusses auf alle betroffenen Industrien geprüft werden, wenn es sich um die Annahme von „Effizienzsteigende Effekte“ handelt. Dies entspricht nicht dem Zweck des § 7 Abs. 2 MRFTA.

Nun wird in der Praxis auch geprüft, ob durch den Zusammenschluss „Effizienzsteigende Effekte“ eines einzelnen Unternehmens zu ermitteln sind, wobei am Ende das volkswirtschaftliche Interesse in Betracht gezogen wird.

bb) Kriterien

Um den Zusammenschluss im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 1 MRFTA festzustellen, müssen nach Verwendungs-RL VIII-1 durch ihn „Effizienzsteigende Effekte“ in Bezug auf z.B. Herstellung, Absatz und F&E (Forschung & Entwicklung) und auf das gesamte volkswirtschaftliche Interesse geschaffen werden,

Nach Verwendungs-RL VIII-1-A werden „Effizienzsteigende Effekte“ in Bezug auf z.B. Herstellung, Absatz und F&E (Forschung & Entwicklung) festgestellt, wenn ein Zusammenschluss in kurzer Zeit zu den folgenden Auswirkungen führt⁸⁸⁵:

1. Durch „*economies of scale*“, Integration von Produktionsanlagen und Rationalisierung von Herstellungsverfahren können Herstellungskosten reduziert werden (Verwendungs-RL VIII-1-A-(1)-(a)).

⁸⁸⁴ Lee, Nam-Gi/ Lee Sung-U, Wirtschaftsrecht, . 119f.; Soun, In-Ouk, Die Prinzipien des Verfahren des Zusammenschlusses, 2001, S. 162.

⁸⁸⁵ Verwendungs-RL VIII-1-A-(1).

2. Durch die Integration des Vertriebsnetzes oder durch Beteiligung an ihr werden Kostenreduktionen beim Absatz verwirklicht oder der Absatz bzw. der Export angeregt (Verwendungs-RL VIII-1-A-(1)-(b)).
3. Es werden Marktinformation verfügbar, die eine Anregung des Absatzes oder des Export ermöglichen (Verwendungs-RL VIII-1-A-(1)-(c)).
4. Logistikkosten können reduziert werden, da durch den Zusammenschluss die Nutzung von Verkehrsmitteln oder Lagern möglich wird (Verwendungs-RL VIII-1-A-(1)-(d));
5. Ein Zusammenschluss erzeugt Synergieeffekte bezüglich Belegschaft, Organisation und Kapital, welche sich positiv auf Forschung und Technologieentwicklung auswirken (Verwendungs-RL VIII-1-A-(1)-(e));
6. Der Zusammenschluss führt zur deutlichen Reduktion von sonstigen Kosten (Verwendungs-RL VIII-1-A-(1)-(f)).

Hierbei geht es um „Effizienzsteigende Effekte“ eines einzelnen Unternehmens, wenn es nach dem Zusammenschluss, die Herstellung, den Absatz und F&E zu verbessern kann. Dabei scheint es, die Möglichkeit zu stehen, dass die Kriterien der Verwendungs-RL VIII-1-A eine große Rolle spielt, doch andere Faktoren können auch berücksichtigt werden, wenn sie für „Effizienzsteigende Effekte“ im Rahmen der Verwendungs-RL VIII-1-A notwendig sind. Das gilt für die Definition der „sonstige Kosten“ im Rahmen von Verwendungs-RL VIII-1-A-(1)-(f)

So bezeichnet der Ausdruck „sonstige Kosten“ im Rahmen von Verwendungs-RL VIII-1-A-(1)-(f) die Gesamtheit aller Grundlagen, mit denen Kostenreduzierungen in Bezug auf die Herstellung, den Absatz und F&E, die nach dem Zusammenschluss erfolgen können, zu ermitteln sind. Die KFTC hat z.B. bei ihrer Entscheidung „*Oriental Chemical Industries*“ beschlossen⁸⁸⁶, dass Herstellungskosten reduziert werden können, wenn durch den Zusammenschluss die *Know-How*-Differenz die Geheimnispflicht von *Know-How* zwischen den Unternehmen beseitigt wird.

Nach der Verwendungs-RL VIII-1-A sollen die „Effizienzsteigende Effekte“ in kurzer Zeit Wirkung zeigen. Aber es gibt keine Diskussion. Die KFTC hat auch den Begriff „in kurzer Zeit“ nicht erläutert und kann ihn je nach Einzelfall auslegen.

Für „Effizienzsteigende Effekte“ in Bezug auf das gesamte volkswirtschaftliche Interesse werden nach Verwendungs-RL VIII-1-A-(2) die folgenden Auswirkungen verlangt: Entscheidender Beitrag bei der Schaffung von Arbeitsplätzen (-a)); entscheidende Verbesserung der regionalen Ökonomie(-b)); entscheidende Verbesserung des vor- und nachstufigen Marktes (-c)); Stabilisierung der Volkswirtschaft z.B. in Bezug auf ein stabiles Energieangebot (-d)); und die Verbesserung des Umweltschutzes (-e)).

cc) Notwendigkeit

Nach der Verwendungs-RL VIII-1-B wird für die „Effizienzsteigende Effekte“ verlangt, dass sie nur durch einen Zusammenschluss geschaffen werden können. Dabei werden die folgenden Punkt ermittelt:

1. Die Effizienzen können nur durch den Zusammenschluss gesteigert werden. Eine Effizienzsteigerung sind andere Methoden, z.B. die Expansion der Betriebseinrichtungen oder die Weiterentwicklungen in der Herstellungstechnologie kaum zu verwirklichen (Verwendungs-RL VIII-1-B-(1)).
2. Die einzige Möglichkeit für eine Kostensenkung besteht nur in einer wettbewerbsbeschränkenden Methode. Diese beruht nicht auf beispielsweise der Reduzierung der Herstellungsmengen oder einer niedrigen Qualität der Dienstleistung (Verwendungs-RL VIII-1-B-(2)).

Aus dem Umstand, dass die Verwendungs-RL VIII-1-B die Kausalität zwischen dem Zusammenschluss und „Effizienzsteigende Effekte“ auf eine einzige Möglichkeit für eine Effizienzsteigerung und für eine Kostensenkung beruht, wird deutlich, dass die beiden Voraussetzungen im Rahmen der Verwendungs-RL VIII-1-B erfüllt werden müssen, wenn es sich um „Effizienzsteigende Effekte“ handelt.

So ist die Notwendigkeit und Nützlichkeit des Zusammenschlusses z.B. in dem Fall in Zweifel zu ziehen, wenn ihre entscheidenden Ziele lediglich die Senkung des Exportpreises, die Reduzierung der Exportkosten und das Wachstum des Exportvolumens ist, um einen übermäßigen Exportwettbewerb zu überwinden.⁸⁸⁷

⁸⁸⁶ KFTC 1.13.1982, Beschluss 82-1 - „Oriental Chemical Industries“

⁸⁸⁷ KFTC 1.13.1982, Beschluss 82-1 - „Oriental Chemical Industries“

dd) Überwiegung der Vorteile

Nach der Verwendungs-RL VIII-1-C sollen die bei der Verwendungs-RL VIII-1 zu berücksichtigenden „Effizienzsteigernde Effekte“ die Nachteile des Zusammenschlusses überwiegen.

Ein Überwiegen wird von der KFTC bei der Behandlung von Einzelfällen bewertet. Dabei haben die Kriterien im Rahmen der Verwendungs-RL VIII-1 eine wichtige Bedeutung.

Die KFTC bezieht das Überwiegen auf die Verstärkung des internationalen Wettbewerbs, wie sie sich aus der gemeinsamen Nutzung von Technologien, aus der Zusammenarbeit im Exportmarketing und aus „*economies of scale*“ ergibt, welche eine Reduzierung der Herstellungskosten und „*logistic costs*“ mit sich bringen⁸⁸⁸.

Die KFTC betont auch, dass ein Überwiegen vorliegt, wenn ein Zusammenschluss zu folgenden Effekten führen kann: die Verhinderung von Doppelinvestitionen, die Vereinheitlichung der Produktion durch Standards, die Reduzierung von Personalaufwendungen, die Verwirklichung von „*economies of scale*“, der Verkauf von überflüssigen Einrichtungen, eine Effektivitätssteigerung von F&E-Investitionen und die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit in Beziehung stehenden Industrien.

Die KFTC nimmt jedoch kein Überwiegen an für den Fall, dass trotz des Zusammenschlusses immer noch Unterschiede in den Herstellungsmethoden der beteiligten Unternehmen bestehen, wobei keine „*economies of scale*“ zu ermitteln sind⁸⁸⁹.

b) „failing company“

Nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 MRFTA tritt die Zusammenschlusskontrolle nicht in Kraft, wenn eine „*failing company*“ (Nicht-entwicklungsfähiges Unternehmen) an einem Zusammenschluss beteiligt ist.

aa) Bedeutung

Ein wirtschaftlicher Vorteil, der sich auf „*failing company*“ des § 7 Abs. 2 Nr. 2 MRFTA bezieht, ist folglich, z.B. die Stabilisierung oder Schaffung von Arbeitsplätzen⁸⁹⁰, da durch den Zusammenschluss ein Marktaustritt der „*failing company*“ vermieden werden kann.

Die Ausnahme „*failing company*“ beruht auf „*The failing company doctrine*“ und „*The small company doctrine*“, welche von den Vereinigten Staaten von Amerika entwickelt worden sind⁸⁹¹.

Nach „*The failing company doctrine*“ ist es einer „*failing company*“ gestattet, sich mit einem anderen Unternehmen zusammenzuschließen, da es ohne den Zusammenschluss unmöglich ist das Vermögen der „*failing company*“ weiter zu benutzen. „*The small company doctrine*“ bezieht sich auf den Zusammenschluss von „*small companies*“, denen gestattet sein soll, einen wirksamen Wettbewerb gegen Großunternehmen zu führen⁸⁹².

bb) Begriff „failing company“

Nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 MRFTA bezieht sich „*failing company*“ im Rahmen des § 7 Abs. 2 Nr. 2 MRFTA auf ein Unternehmen, das als ein vor dem finanziellen Zusammenbruch stehendes Unternehmen definiert wird, wenn es wegen der Verschlechterung der Finanzlage in Zahlungsverzug ist, oder in naher sein kann.

Eine „*failing company*“ soll durch die folgenden Prüfungen erfasst werden⁸⁹³:

1. Ob in dem Unternehmen der Fall besteht, dass der Nettoanteil der Aktionäre in der Bilanz im Betrachtungszeitraum geringer ist als das Einlagekapital (Verwendungs-RL VIII-2-A-(1)).

⁸⁸⁸ KFTC 7.4.1999, Beschluss 99-43 - „Hyun Dai Motors/Kia Motors“.

⁸⁸⁹ KFTC 10.12.1999, Beschluss 99-252 -, „Jinro Corrs Berewing Co., Ltd“.

⁸⁹⁰ Hong, Dae-Sik, Zusammenschlusskontrolle im „MONOPOLY REGULATION AND FAIR TRADE ACT“, „Die Probleme des Wirtschaftsrechts“, Bubwondosegun 2000, S. 353.

⁸⁹¹ Kown, Jae-Yeol, Über die Zusammenschlusskontrolle im MRFTA, S. 18.

⁸⁹² Henry R. Cheeseman, Business Law (Prentice hall; 1995), 883f.

⁸⁹³ Verwendungs-RL VIII-2-A.

2. Ob das Unternehmen im Betrachtungszeitraum einen ständigen Verlust erleidet, da die Betriebseinnahmen geringer als die Zinslasten sind (Verwendungs-RL VIII-2-A-(2)).
3. Ob das Unternehmen eine Insolvenz im Rahmen des § 122 I oder § 123 I „*Bankruptcy Act*“ beantragt hat (Verwendungs-RL VIII-2-A-(3)).
4. Ob das Unternehmen ein Verfahren nach § 13 „*Composition Act*“ einleitet (Verwendungs-RL VIII-2-A-(4)).
5. Ob das Unternehmen ein Abwicklungsverfahren im Rahmen des § 30 „*Corporation Liquidation Act*“ beantragt hat (Verwendungs-RL VIII-2-A-(5)).
6. Ob das Geschäft des Unternehmens durch ein Gläubiger-Finanzinstitut geführt wird, da es mit diesen einen Vertrag zur Delegation der Geschäftsführung geschlossen hat, um Schuldverschreibungen zu veräußern (Verwendungs-RL VIII-2-A-(6)).

Nach § 12-4 Durchführungs-VO soll ein Zusammenschluss mit „*failing company*“ vorliegen, wenn ohne den Zusammenschluss die Produktionsanlagen der „*failing company*“ nicht weiter auf dem Markt verwendet werden können (§ 12-4 Nr. 1 Durchführungs-VO); ohne einen Zusammenschluss können z.B. die Herstellungsanlagen nicht benutzt werden (Verwendungs-RL VIII-2-B-(1)). Und ein Zusammenschluss muss die letzte Methode sein, um eine Wettbewerbsbeschränkung zu minimieren. (§ 12-4 Nr. 2 Durchführungs-VO); es gibt keinen anderen Zusammenschluss, deren Wettbewerbsbeschränkung geringer als die des betroffenen Zusammenschlusses ist (Verwendungs-RL VIII-2-B-(1)).

Die Notwendigkeit der strengen Voraussetzung in der Ausnahmeklausel führt dazu, dass die beiden Voraussetzungen nach § 12-4 Durchführungs-VO erfüllt werden müssen, wenn es sich um „*failing company*“ im Rahmen des § 7 II Nr. 2 MRFTA handelt.

Die KFTC hat im Fall „*Jinro Corrs Brewing Co., Ltd*“⁸⁹⁴ keine „*failing company*“ im Sinne des § 7 II Nr. 2 MRFTA angenommen, obwohl „*Jinro Corrs Brewing Co., Ltd*“ ein Unternehmen im Rahmen von *Verwendungs-RL* VIII-2-A ist. Denn die Voraussetzungen nach § 12-4 Nr. 2 Durchführungs-VO wurden nicht erfüllt, da *Corrs Brewing Co., Ltd* in der USA immer bestrebt, „*Jinro Corrs Brewing Co., Ltd*“ zu übernehmen, nachdem *Corrs Brewing Co., Ltd* in der USA an der ersten Angebotsausschreibung von *Corrs Brewing Co., Ltd* beteiligt war.

In der Praxis erweitert der Begriff „*failing company*“ auf instabilen (insolvente) Geschäftszweig.

Die KFTC hat beschlossen, dass § 7 II Nr. 2 MRFTA im Fall „*Korea Rolling Stock Technical corporation*“ auf den Geschäftszweig „*Rolling Stock*“ Anwendung findet, in dem Hanjin Heavy Industrie & Construction, Hyun Dai MOBIS und Daewoo heavy Industries & Machinery Ltd. tätig sind. Denn es war sehr wahrscheinlich, dass diese Unternehmen in dieser Finanzsituation zusammenbrechen würden. Ein Zusammenschluss wurde als notwendig angesehen, um Schwierigkeiten bei der Abschaffung überflüssiger Herstellungsanlagen zu beseitigen.

6. Zusammenschluss unter Zwang oder durch unfaire Maßnahme

Nach § 7 III MRFTA ist es verboten, einen Zusammenschluss unter Zwang oder durch unfaire Maßnahmen zu vollziehen.

Diese Art von Zusammenschluss ist nach Verwendungs-RL IX ein Zusammenschluss, dessen Methoden oder Verfahren deutlich gegen andere Gesetze verstößt oder im Wesen unfair ist. Dabei spielen die Formen des Zusammenschlusses und die Größe des Unternehmens keine Rolle⁸⁹⁵. Hier kommen die folgenden Fälle in Betracht:

1. Ein Unternehmen informiert ein anderes Unternehmen darüber, dass es unmittelbar oder mittelbar die Geschäfte des anderen Unternehmens schädigen kann. Danach führt es mit dem anderen Unternehmen einen Zusammenschluss durch (Verwendungs-RL IX-A).
2. Ein Unternehmen schädigt die Geschäfte eines anderen Unternehmens, indem es die Kunden des anderen beteiligten Unternehmens mit unfairen Mitteln lockt oder die Kreditwürdigkeit des anderen beteiligten Unternehmens

⁸⁹⁴ KFTC 10.12.1999, Beschluss 99-252 - „*Jinro Corrs Brewing Co., Ltd*“

⁸⁹⁵ Kwon, Oh-Sung, Monopoly Regulation and fair Trade Act, S. 266.

durch die Zirkulation falscher Informationen oder durch andere unfaire Methoden untergräbt. Danach schließt es sich mit dem anderen Unternehmen zusammen (*Verwendungs-RL* IX-B).

3. Ein Unternehmen verletzt bei dem Zusammenschluss die Pflicht der öffentlichen Bekanntmachung, die in „*the Securities and Exchange Act*“ bestimmt wird, oder verwendet bestehende Markennamen auf unrechtmäßige Weise (*Verwendungs-RL* IX-C).

4. Die Aktionäre des anderen Unternehmens werden gezwungen, bedroht, getäuscht und ungebührlich gelockt. Danach findet ein Zusammenschluss statt (*Verwendungs-RL* IX-D).

5. Ein Unternehmen besticht die „*officer*“ oder die Beamten des anderen Unternehmens. Danach findet ein Zusammenschluss statt (*Verwendungs-RL* IX-E);

6. Ein Zusammenschluss ergibt sich aus der Verfälschung von Finanzberichten, um ungebührliche, begünstigende Bedingungen zu schaffen (*Verwendungs-RL* IX-F).

Ein Zusammenschluss im Sinne von § 7 III MRFTA muss kausal mit dem Verhalten des beteiligten Unternehmens, das einen Zwang und eine unfaire Maßnahme impliziert, zusammenhängen⁸⁹⁶. Wenn diese Kausalität im Zusammenschlussvorgang besteht, ist der Zusammenschluss im Sinne des § 7 III MRFTA unbedingt verboten, unabhängig davon, ob er den Wettbewerb beschränkt. Dabei spielen auch Form und Größe des betroffenen Unternehmens keine Rolle.

7. Kriterien für die Zusammenschlusskontrolle durch die KFTC

MRFTA erteilt in § 7 V der KFTC die Erlaubnis, die Kriterien für den Zusammenschluss aufzustellen und diese öffentlich bekannt zu geben. Bei der Zusammenschlusskontrolle ist für die effektive Prüfung auf einen wettbewerbswidrigen Zusammenschluss auf alle denkbaren Kriterien abzustellen.

III. Fazit

Der MRFTA bezieht nach § 7 MRFTA die Voraussetzung des wettbewerblich bedeutsamen Zusammenschlusses in der koreanischen Zusammenschlusskontrolle auf den Inhalt des Gesetzes zur Zusammenschlusskontrolle, dass die Wettbewerbsbeschränkung auf dem Markt verhindert werden muss, wenn eine Unternehmensverbindung zur übermäßiger Wirtschaftsmacht führt, die auf der Verschlechterung der Marktstruktur beruht.

Somit wird der Versuch getätigt, die kontrollpflichtige Person festzustellen, der tatsächlich die Wirtschaftsmacht zur Verfügung steht, die nach dem Zusammenschluss verstärkt werden kann, wobei eine wirtschaftliche Einheit von „*Specially Related Persons*“ und die Existenz der Beherrschung bei der Unternehmensverbindung eine große Rolle spielen. Es wird verdeutlicht, dass die Zusammenschlusskontrolle eingesetzt werden kann, wenn der Wettbewerb „tatsächlich“ beschränkt wird, um die Effektivität der Zusammenschlusskontrolle zu verwirklichen.

⁸⁹⁶ Lee, Nam-Gee, Wirtschaftsrecht, S. 119.

E. Vergleich

1. Einleitung

Es ist schwierig, den wettbewerblich bedeutsamen Zusammenschluss im Rahmen des koreanischen Gesetzes mit dem im Rahmen des deutschen Gesetzes zu vergleichen, da bekannt ist, dass inhaltliche signifikante Unterschiede zwischen den beiden Zusammenschlusskontrollen sehr gering sind.

Handelt es sich hierbei um das materiellrechtliche Verständnis von Zusammenschlüssen, so beruht das fusionszweckmäßige Verständnis auf dem Zweck der Zusammenschlusskontrolle, obwohl in den beiden Gesetzen die formellen Kriterien für einen wettbewerblich bedeutsamen Zusammenschluss in den betroffenen Vorschriften ausdrücklich unterschiedlich geregelt werden.

In diesem Abschnitt soll verdeutlicht werden, unter welchen unterschiedlichen Voraussetzungen der wettbewerblich bedeutsame Zusammenschluss in den beiden Gesetzen festgestellt wird. Dabei wird im Bezug auf den Schutzzweck, den Anwendungsbereich, den Zusammenschlussbegriff und den materiellen Tatbestand der Zusammenschlusskontrolle geprüft, ob sich die Kriterien des koreanischen Gesetzes von denen des deutschen Gesetzes unterscheiden.

2. Schutzzweck

Vor allem der Schutzzweck der Zusammenschlusskontrolle wird in beiden Gesetzen als Begründung für eine Begrenzung unnötiger Zusammenschlüsse hervorgehoben. Das heißt, dass der MRFTA und das GWB Zusammenschlüsse nicht verbieten. Bei unzulässigen Zusammenschlüssen handelt es sich um die solche, die den Schutzzweck der Zusammenschlusskontrolle verletzen.

a) Aufrechterhaltung des Wettbewerbs

Wenn der Kernpunkt des GWB in der Sicherstellung des Wettbewerbs besteht, so hat der Zusammenschlusskontrolle als Mittel des GWB den Zweck, den Wettbewerb zu erhalten und zu schützen. Die deutsche Zusammenschlusskontrolle kann wegen ihres Zwecks nur in dem Fall eingreifen, dass durch einen Zusammenschluss der Wettbewerb auf dem Markt gefährdet wird.

Dieser Zweck des GWB gilt auch für den MRFTA. Denn § 1 MRFTA hat zum Inhalt, die Ausübung privater wirtschaftlicher Macht durch die Gewährleistung günstiger Wettbewerbsbedingungen zu schützen und zu fördern⁸⁹⁷. Um diesen Zweck des MRFTA zu erreichen, besagt § 7 Abs. 1 MRFTA, dass die koreanische Zusammenschlusskontrolle eingreift, wenn der Wettbewerb auf dem Markt beschränkt wird.

b) Materiellrechtliches Verständnis

Festzuhalten bleibt, dass der koreanischen und der deutschen Zusammenschlusskontrolle die materiellrechtliche Beurteilungsweise von Zusammenschlüssen zugrunde liegt, da es fusionszweckmäßig ist, alle faktischen denkbaren Faktoren zu ermitteln, welche für den Zweck der Zusammenschlusskontrolle nötig und nützlich sind.

Trotz der Notwendigkeit der formellen Kriterien in den fusionsrechtlichen Vorschriften, um der Klarheit, Transparenz und Rechtssicherheit Rechnung zu tragen, werden für die Zusammenschlusskontrolle nicht mehr die formellen Kriterien als absolutes Merkmal betrachtet, wenn es von den materiellen Kriterien zu erwarten ist, dass sie Fehlen beseitigen, die auf den formellen Kriterien beruht.

⁸⁹⁷ Vgl. Bundesstelle für Außenhandelsinformation, Korea. Gesetz zur Monopolkontrolle und gegen unlauteren Wettbewerb sowie Durchführungsbestimmungen, 1987, Ausländisches Wirtschafts- und Steuerrecht Reihe A: Gesetzestexte und Erläuterungen, 1988, S.17.

3. Anwendungsbereich

Die Zusammenschlusskontrolle hängt in erster Linie von ihrem Anwendungsbereich ab, da sich die Voraussetzung des Anwendungsbereichs in deutschen wie der koreanischen Zusammenschlusskontrolle auf wettbewerbliche Bedenken gegen einen Zusammenschluss bezieht. Somit muss der Anwendungsbereich geprüft werden, um zu ermitteln, welche Zusammenschlüsse kontrollpflichtig sind.

a) Unternehmensgröße

Nach § 35 Abs. 1 GWB setzt die deutsche Zusammenschlusskontrolle das Überschreiten bestimmter Umsatzgrenzen der beteiligten Unternehmen voraus, so dass Zusammenschlüsse von Unternehmen, welche weniger als die in § 35 Abs. 1 GWB genannten Umsatz-Schwellenwerte erzielen, überhaupt nicht in den Bereich der Zusammenschlusskontrolle fallen.

Die Unternehmensgröße als ein Kriterium zur Begrenzung von unnötigen Zusammenschlüssen bezieht sich vor allem auf das wettbewerbliche Bedenken, dass ein solcher Zusammenschluss als wettbewerbsfremd zu werten sei. Das heißt, dass wettbewerbliche Bedenken gegen einen Zusammenschluss durch eine niedrige Umsatzgröße entschärft wird, während ein Zusammenschluss, bei dem eine Überschreitung der Umsatzschwellenwerte vorliegt, nicht mehr als wettbewerbslich unerheblich betrachtet wird.

Im Gegensatz zum GWB kann die koreanische Zusammenschlusskontrolle nach § 7 Abs. 1 MRFTA eingreifen, wenn ein Zusammenschluss nach § 7 Abs. 1 Nr. 1, 3, 4 und 5 MRFTA vorliegt. Bei der koreanischen Zusammenschlusskontrolle handelt es sich um die Unternehmensgröße, nur wenn „*interlocking directorate*“ im Rahmen des § 7 Abs. 1 Nr. 2 MRFTA durchgeführt wird.

Hieraus folgt, dass der MRFTA grundsätzlich keine bestimmte Unternehmensgröße als Voraussetzung des Anwendungsbereichs für einen Eingriff der KFTC hat. Daher hängt der Spielraum der koreanischen Zusammenschlusskontrolle nicht von der Unternehmensgröße ab.

Es wird keine Unterscheidung zwischen einem wettbewerbswidrigen und einem wettbewerbskonformen Zusammenschluss auf Basis der Unternehmensgröße durchgeführt, so dass die Wettbewerbsgefahr jedes Zusammenschlusses als ohne Zweifel ermittelt werden kann. Für das wettbewerbliche Bedenken gegen einen Zusammenschluss ist deswegen die Frage entscheidend, ob ein Zusammenschluss stattfindet, nicht die Frage, wer einen Zusammenschluss vollzieht.

Die Ausnahme des Anwendungsbereichs führt dazu, dass die Unternehmensverbindung aus „*interlocking directorate*“ nur dann wettbewerbswidrig ist, wenn es sich um die Beteiligung von Großunternehmen, die die Wettbewerbsgefährdung automatisch impliziert, handelt.

b) Einheitliches Unternehmen

Das deutsche Gesetz hat nach § 36 Abs. 2 GWB für die Zusammenschlusskontrolle verbundene Unternehmen als ein einheitliches Unternehmen angesehen. Die verbundenen Unternehmen als einheitliches Unternehmen stellen die Erweiterung des Begriffs eines beteiligten Unternehmens dar.

Die verbundenen Unternehmen beziehen sich auf die Erfassung der wahren Wirtschaftskraft der beteiligten Unternehmen. Oft beeinflussen die verbundenen Unternehmen ob eine Zusammenschlusskontrolle durchgeführt wird, da es eine entscheidende Rolle spielt, ob die Umsatz-Schwellenwerte im Rahmen des § 35 Abs. 1 GWB erreicht werden.

Diese führen dazu, dass bei der Berechnung des Umsatzes nicht nur der Umsatz der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen, sondern auch die Umsätze der Unternehmen zusammengezählt werden, die tatsächlich als einheitliches Unternehmen mit den beteiligten Unternehmen angesehen werden. Schließlich dienen die Umsatz-Schwellenwerte zur Erfassung einer wettbewerbswidrigen Wirtschaftskraft der beteiligten Unternehmen.

Die entscheidende Bedeutung der verbundenen Unternehmen im Rahmen des § 36 Abs. 2 GWB hat eine wirtschaftliche Einheit, wenn es sich um die wahre wirtschaftliche Macht der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen handelt.

Die Bildung einer wirtschaftlichen Einheit der beteiligten Unternehmen führt dazu, dass die Abhängigkeit eines Unternehmens von einem anderen Unternehmen, um die es im § 17 AktG geht, eine wirtschaftliche Abhängigkeit

sein soll. Der Kernpunkt eines Konzernunternehmens im Rahmen des § 18 AktG bei einer Zusammenfassung mehrerer Unternehmen unter einer einheitlichen Leitung ist die Ausübung eines beherrschenden Einflusses zwischen den Unternehmen.

Im Gegenteil dazu ist nach § 7 Abs. 1 MRFTA eine Person kontrollpflichtig, wenn sie unmittelbar oder mittelbar durch ihre "*Specially Related Persons*" den Zusammenschluss vollzieht. Danach wird für die koreanische Zusammenschlusskontrolle eine Einheit zwischen der kontrollpflichtigen Person und ihrer "*Specially Related Persons*" gebildet, wenn sie oder ihr "*Specially Related Persons*" den Zusammenschluss vollziehen.

Die "*Specially Related Persons*" des MRFTA haben bezüglich der Zusammenschlusskontrolle eine andere Rolle im Vergleich zur Rolle der verbundenen Unternehmen im GWB, da im koreanischen Gesetz grundsätzlich die Umsatzschwennwerte im Anwendungsbereich fremd sind. Die Erfassung von "*Specially Related Persons*" ist vielmehr ein ausschlaggebender Punkt für die Frage, wer kontrollpflichtig ist, wenn eine kontrollpflichtige Person einen Zusammenschluss vollziehen kann, ohne dass sie unmittelbar an ihm beteiligt ist.

Nach § 11 Durchführungs-VO werden folgende Personen als "*Specially Related Persons*" definiert; die folgenden Personen: eine Person, die das betroffene Unternehmen beherrscht, die „*a Related Person*“ ist und die sich am Zusammenschluss mit dem Zweck beteiligt, den Betrieb der Zielgesellschaft gemeinsam mit der kontrollpflichtigen Person zu kontrollieren.

Der MRFTA hat bei der Festsetzung von "*Specially Related Persons*" eine wirtschaftliche Einheit der kontrollpflichtigen Unternehmen angenommen, da der entscheidende Punkt bei "*Specially Related Persons*" nach § 7 Abs. 1 MRFTA ist, dass sie den kontrollpflichtigen Unternehmen zur Verstärkung der Wirtschaftsmacht tatsächlich zur Verfügung stehen. Die wahre Wirtschaftskraft der kontrollpflichtigen Person kann nur dann ermittelt werden, wenn bei der Zusammenschlusskontrolle die "*Specially Related Persons*" geprüft werden.

Im MRFTA wird unter Berücksichtigung der starken koreanischen Familienbeziehungen die Verwandtschaft im Rahmen der § 3 Nr. 1 lit. a. Durchführungs-VO als "*Specially Related Persons*" der kontrollpflichtigen Person berücksichtigt.

Wegen dieser Besonderheit der "*Specially Related Persons*" im Vergleich zu den verbundenen Unternehmen im Rahmen des § 36 Abs. 2 GWB wird für die koreanische Zusammenschlusskontrolle automatisch eine Einheit von der kontrollpflichtigen Person und ihrer Verwandtschaft im Rahmen der § 3 Nr. 1 lit. a. Durchführungs-VO unterstellt, wenn die Verwandtschaft am Zusammenschluss beteiligt ist. Dies gilt nicht dafür, wenn es sich nur um ein selbständiges Verwandtschaftsunternehmen im Rahmen der § 3-2 Abs. 1 Nr. 2 Durchführungs-VO handelt.

c) **Besonderheit**

Trotz der Aufgreifschwelen nach § 35 Abs. 1 GWB ist für die deutsche Zusammenschlusskontrolle ein Zusammenschluss nicht kontrollpflichtig, wenn er durch kleine und mittelständige Unternehmen im Rahmen des § 35 Abs. 2 Nr. 1 GWB durchgeführt wird oder auf dem Markt nach § 35 Abs. 2 Nr. 2 GWB vollzogen wird.

Die Besonderheit im Anwendungsbereich nach § 35 Abs. 2 GWB bezieht sich auf die Mittelstandspolitik und volkswirtschaftlich unbedeutende Märkte.

Im MRFTA kann auch eine Besonderheit des Grundanwendungsbereichs der Zusammenschlusskontrolle festgestellt werden, da § 7 Abs. 1 Nr. 2 MRFTA nur auf Zusammenschlüsse von Großunternehmen Anwendung findet. Diese Besonderheit bezieht sich grundsätzlich auf die nationale Wirtschaftssituation, dass es als wichtiger Punkt der koreanischen Wettbewerbspolitik angesehen wird, kleine und mittelständige Unternehmen vor Großunternehmen zu schützen.

Die Feststellung der Aufgreifschwelle als Größenkriterium führt dazu, dass es verhindert wird, dass ein Großunternehmen in einem Markt eintritt, in dem meistens kleine und mittelständige Unternehmen tätig sind.

4. Zusammenschlussbegriff

Der entscheidende Punkt des Zusammenschlussbegriffs besteht darin, dass denkbare wettbewerbswidrige Unternehmensverbindungen, die der Zusammenschlusskontrolle unterliegen, erfasst werden sollen. Die Ausgestaltung des Zusammenschlusstatbestandes beruht auf einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers⁸⁹⁸.

a) Unternehmensverbindung im Rahmen des § 37 GWB

Nach § 37 Abs. 1 GWB umfasst der deutsche Zusammenschlussbegriff Vermögenserwerb (§ 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB), Anteilserwerb (§ 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB), Kontrollerwerb (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB) oder Erwerb eines wettbewerblich erheblichen Einflusses (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB).

Das bedeutet, dass der Gesetzgeber beschlossen hat, dass solche Unternehmensverbindungen unter der deutschen Zusammenschlusskontrolle fallen müssen, die sich auf die Übertragung des Vermögens, das Erlangen der Rechtstellung aus der Beteiligung, die Ausübung der Kontrolle und eines wettbewerblich erheblichen Einflusses beziehen,

aa) Entwicklung zum materiellen Zusammenschlussbegriff

Die Einführung des Kontrollerwerbs im GWB führt zur Entwicklung vom „formellen“ zum „materiellen“ Zusammenschlusstatbestand. Die Aufnahme des Tatbestandes des wettbewerblich erheblichen Einflusses dient insbesondere der Entwicklung vom „formellen“ zum „materiellen“ Zusammenschlusstatbestand. Das führt dazu, dass im GWB weitgehend ein Abschied des deutschen Rechts von der formellen Betrachtung verwirklicht wurde⁸⁹⁹.

Zu der Entwicklung des materiellen Zusammenschlussbegriffs führt das Fehlen einer lückenlosen Erfassung der lückenlosen Unternehmenskonzentrationsvorgänge, wenn die festen Schwellen nicht immer sachgerecht sind.

Es ist vorstellbar, dass die formellen Tatbestände die lückenhafte Erfassung der Unternehmensverbindungen nicht begünstigten, die für die effektive Zusammenschlusskontrolle vermieden werden sollen. Gleichzeitig war für die Unternehmen ein etwaiges Eingreifen der Zusammenschlusskontrolle leicht erkennbar an dem formellen Zusammenschlussbegriff, der als Voraussetzung lediglich die Erreichung von gewissen Schwellenwerten beinhaltet. Typisches Beispiel ist der Anteilserwerb des § 37 Abs. 1 Nr.3 GWB, bei dem die Anteils-Schwellenwerte relevant sind. Darüber hinaus kommt der Vermögenserwerb als formeller Zusammenschlussbegriff in Betracht.

Der materielle Zusammenschlussbegriff stellt ein rechts- und gesellschaftsformunabhängiges Kriterium für die Erfassung der Konzentrationsvorgänge dar⁹⁰⁰, unter dem möglichst alle Unternehmensverbindungen erfasst werden können, in denen ein Unternehmen auf ein anderes Unternehmen einen wettbewerblich relevanten Einfluss ausübt oder ausüben kann. Denn im materiellen Zusammenschlussbegriff wird als Voraussetzung für einen Zusammenschlusstatbestand die Möglichkeit berücksichtigt, dass ein Unternehmen auf ein anderes Unternehmen einen beherrschenden Einfluss tatsächlich ausübt.

Im GWB handelt es sich insbesondere bei der Ausübung der Kontrolle und der Ausübung des wettbewerblich erheblichen Einflusses darum, dass es lückenlos verhindert wird, dass wettbewerblich relevante und damit kontrollbedürftige Unternehmensverbindungen lückenlos geprüft.

bb) Tatsächliche beherrschende Einflussnahme

Da es sich im deutschen Zusammenschlussbegriff neben den formellen Tatbeständen um den materiellen Zusammenschlussbegriff handelt, beruht die Unternehmensverbindungen im Rahmen der deutschen Zusammenschlusskontrolle auch auf einem beherrschenden Einfluss aus faktischen Grundlagen.

Grundsätzlich setzt der Anteilserwerb als formeller Zusammenschlusstatbestand einen beherrschenden Einfluss aus der Beteiligung voraus, den ein Unternehmen auf ein anderes Unternehmen ausübt. Der Kontrollerwerb nach § 37

⁸⁹⁸ Dreichfuß, Der Zusammenschluss durch Anteilserwerb nach der 6. GWB-Novelle, S. 834.

⁸⁹⁹ Schulte, Änderungen der Fusionskontrolle durch die 6. GWB-Novelle, S. 303.

⁹⁰⁰ Langen, §23 Rn 33; Paschke, Zusammenschlussbegriff des Fusionskontrollrechts, S.22.

Abs. 1 Nr. 3 GWB führt aber dazu, dass solche Unternehmensverbindungen der Zusammenschlusskontrolle unterliegen, die die Voraussetzung des Anteilerwerbs noch nicht erfüllen, aber in denen die Kontrollausübung oder einen tatsächlich beherrschenden Einfluss impliziert. Nach § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB bleiben in dem Spielraum der Zusammenschlusskontrolle Unternehmensverbindungen, die nicht zu den Unternehmensverbindungen im Sinne des § 37 Abs. 1 Nrn. 1, 2 und 3 GWB gehören, die aber tatsächlich dazu dienen, dass ein Unternehmen auf ein anderes Unternehmen einen wettbewerblichen entscheidenden Einfluss ausüben kann.

cc) Gesamtberücksichtigung

Im GWB wird eine einheitliche Bezeichnung für die vier Tatbestände bzw. Tatbestandsgruppen des § 37 Abs. 1 GWB verwendet⁹⁰¹. Dabei schließen sich die einzelnen Tatbestände nicht gegenseitig aus. Die Gesamtberücksichtigung aller Zusammenschlussmerkmale wird vor allem durch den materiellen Zusammenschlussbegriff verstärkt. So wird zum Beispiel der Anteilerwerb mit dem Kontrollerwerb kombiniert.

b) Unternehmensverbindung nach § 7 I MRFTA

Als koreanische gesetzliche Zusammenschlusstatbestände werden Aktienerwerb oder –besitz (§ 7 Abs. 1 Nr.1 MRFTA), „*interlocking directorate*“ (§ 7 Abs. 1 Nr.2 MRFTA), Verschmelzung (§ 7 Abs. 1 Nr.3 MRFTA), Geschäftsübernahme (§ 7 Abs. 1 Nr.4 MRFTA) und die Teilnahme an der neu gegründeten Gesellschaft (§ 7 Abs. 1 Nr.5 MRFTA) bezeichnet.

Da sich die rechtstechnische Weise, die der MRFTA bei der Ausgestaltung der Zusammenschlusstatbestände eingesetzt, von der im GWB unterscheidet, unterscheidet sich der Zusammenschlussbegriff im MRFTA von dem im GWB.

aa) Formelle Tatbestände

Der MRFTA hat bei der Ausgestaltung der Zusammenschlusstatbestände das Aktiengesellschaftsrecht als Vorbild, wobei die kapitalmäßige, personelle oder organisatorische Verbindung im Vordergrund steht.

Die kapitalmäßige Verbindung von Unternehmen betrifft den Aktienerwerb oder –besitz im Rahmen des § 7 Abs. 1 Nr.1 MRFTA und die Teilnahme an der neu gegründeten Gesellschaft nach § 7 Abs. 1 Nr.5 MRFTA, wobei die Anteilerwerb im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB zu ermitteln ist. Besonders kann die Teilnahme an der neu gegründeten Gesellschaft tatsächlich mit dem Gemeinschaftsunternehmens im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr.3 S.3 GWB verglichen werden. Die Verschmelzung nach § 7 Abs. 1 Nr.3 MRFTA und die Geschäftsübernahme nach § 7 Abs. 1 Nr.4 MRFTA sind auch eine kapitalmäßige Unternehmensverbindung, wobei es sich um den Vermögenserwerb § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB handelt. Darüber hinaus kann „*interlocking directorate*“ im Rahmen des § 7 Abs. 1 Nr.2 MRFTA als eine personelle Verflechtung oder eine organisatorische Verflechtung von Unternehmen behandelt werden.

bb) Ausübung eines beherrschenden Einflusses

Es gibt keinen materiellen Zusammenschlussbegriff im koreanischen Recht, so dass nicht unter der koreanischen Zusammenschlusskontrolle solche Unternehmensverbindungen fallen, die der Kontrollmöglichkeit nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB und einem wettbewerblich erheblichen Einfluss im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB unterliegen. Dementsprechend sind nach der Verwendungs-RL IV als Voraussetzung für die § 7 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 MRFTA genannten Zusammenschlussmerkmale eine unbedingte Voraussetzung für die Feststellung eines beherrschenden Einflusses den das erwerbende Unternehmen auf das erworbene Unternehmen ausüben kann.

Grundsätzlich gibt es im koreanischen Recht kaum einen Unterschied bezüglich des Nutzens von faktischen Grundlagen im Vergleich zum deutschen Recht bei der Frage, wann ein beherrschender Einfluss im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle vorliegt.

⁹⁰¹ Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, S. 346.

Nach Meinungen in der koreanischen Literatur⁹⁰² wird der Zusammenschlussbegriff überwiegend als „Transaktion“ bezeichnet, wenn eine wirtschaftliche Abhängigkeit von Unternehmen zu ermitteln ist, die zu einer wirtschaftlichen Marktkonzentration führt. So soll der Zusammenschlussbegriff auch dazu dienen, eine lückenlose Erfassung der Unternehmensverbindungen, die wettbewerblich bedeutsam sind, durchzuführen⁹⁰³, wenn in Betracht kommt, dass ein beherrschender Einfluss tatsächlich ausgeübt wird.

Die KFTC hat auch entschieden, dass alle faktischen Grundlagen für die Ermittlung eines beherrschenden Einflusses eingesetzt werden sollen, wenn sie eine wettbewerbliche Bedeutung haben. Sowohl formelle als auch faktische Grundlagen sollen geprüft werden, um festzustellen, ob ein beherrschender Einfluss besteht.

Während es nach der Verwendungs-RL V-1-A für den Zusammenschluss im Rahmen des § 7 Abs. 1 Nr. 1 MRFTA auf die Aktien-Schwellenwerte ankommt, hat die KFTC auch die Überprüfung des beherrschenden Einflusses, die tatsächlich ausgeübt werden kann, als notwendig angesehen. Sie nimmt daher an, dass durch die Minderheitsbeteiligungen mit faktischen Grundlagen ein beherrschender Einfluss ausgeübt wird, die sich auf die Beherrschung der Rohstoffe beziehen. Die Berücksichtigung der Beherrschung mit faktischen Grundlagen gilt auch für andere Zusammenschlusstatbestände.

cc) Gesamtberücksichtigung

Die Gesamtberücksichtigung aller Zusammenschlussmerkmale gilt für das koreanische Recht ebenso wie für das deutsche Recht. Eine Kapitalbeteiligung gilt dabei in Korea als wichtiges Mittel, um Unternehmen zu verbinden, während die Unternehmensverbindung durch personelle oder organisatorische Verbindung zusätzlich verstärkt wird⁹⁰⁴.

Hierbei ist der Aktienerwerb oder –besitz ein Kernmittel des koreanischen Zusammenschlussbegriffs. Oft wird er als eine Voraussetzung anderer Zusammenschlusstatbestände der Aktienerwerb oder –besitz eingesetzt.

Der Aktienerwerb oder Aktienbesitz spielt z. B. für „*interlocking directorate*“ nach § 7 Abs. 1 Nr.2 MRFTA und für die Teilnahme an einer neu gegründeten Gesellschaft des § 7 Abs. 1 Nr.5 MRFTA eine wichtige Rolle. Die Großunternehmen haben die Möglichkeit, „*interlocking directorate*“ zu verwirklichen, wenn sie die Aktien der Zielgesellschaft erwerben oder besitzen. Nach der Verwendungs-RL V-3 erfolgt die Teilnahme an der neu gegründeten Gesellschaft, wenn ein Unternehmen durch den Aktienerwerb oder Aktienbesitz an der Gründung der neuen Gesellschaft beteiligt ist.

5. Materieller Tatbestand

Die Wettbewerbsbeschränkung eines Zusammenschlusses kann nur dann festgestellt werden und schließlich ist zu untersagen, wenn er die Voraussetzung des materiellen Tatbestandes erfüllt, weil die Zusammenschlusskontrolle ein Mittel zur Erhalten oder Schutz des Wettbewerbs ist, so dass das GWB und der MRFTA bei der Zusammenschlusskontrolle zur Wettbewerbsurteilung den materiellen Tatbestand geregelt haben.

a) Begriff des Wettbewerbs

Der Begriff des Wettbewerbs muss definiert werden, um festzustellen, ob ein Zusammenschluss im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle steht, weil die Beschränkung des Wettbewerbs von dem Begriff des Wettbewerbs abhängt.

⁹⁰² Lee, Ki-Su, Antitrust and Cosumer Law, S. 94.; Park, Kil-Jun, Das koreanische „Fair Trade and Monopoly Regulation Act“, S.61; Hwang, Suk-In/ Kwan Oh-Sung, Wirtschaftsrecht, S.121; Lee, Nam-Gee, Wirtschaftsrecht , S. 161; Jung Ju-Hawn, Koreanisches Wirtschaftsrecht, S. 64.

⁹⁰³ Kown, Jae-Youl, Über die Zusammenschlusskontrolle im MRFTA, S. 10;

⁹⁰⁴ Kim, Won-Kee, Mutter – Tochtergesellschaft in Aktiengesellschaften, S. 57.

Der Begriff „Wirksamer Wettbewerb“, dem das Konzept „*workable competition*“ als ordnungspolitischem Leitbild zugrund liegt⁹⁰⁵, wird im GWB durch die 2. GWB-Novelle verankert⁹⁰⁶. Nach § 36 Abs. 1 GWB greift die deutsche Zusammenschlusskontrolle ein, wenn von dem Zusammenschluss ist erwartet, dass eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, die tatsächlich zur Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs führt.

Trotz des wettbewerbspolitischen Leitbilds „Vollkommenen Wettbewerb“ wird der Begriff „*workable competition*“, wobei es auf die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs in Bezug auf ökonomische Ziele ankommt, von dem GWB als Nützlichkeit für die Effektivität des Wettbewerbs angesehen.

In dem koreanischen Gesetz spielt auch für den Schutzzweck der Wettbewerbsregeln „*workable competition*“ eine entscheidende Rolle. So soll die koreanische Zusammenschlusskontrolle verhindern, dass durch einen Zusammenschluss die Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs bedroht wird. In diesem Zusammenhang ist nach § 7 Abs. 1 MFTA ein Zusammenschluss verboten, wenn er tatsächlich den wirksamen Wettbewerb beschränkt.

b) Beschränkung des Wettbewerbs

Der materielle Tatbestand nach § 36 Abs. 1 GWB setzt die Begründung oder die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung voraus.

In fusionszweckmäßiger Hinsicht beziehen sich die Voraussetzungen des materiellen Tatbestandes auf die Erfassung der Verschlechterung wettbewerblicher Marktstruktur; wettbewerbliche Marktstruktur verschlechtert sich dann, wenn die Marktbeherrschung entsteht oder verstärkt wird.

Im Gegenteil von deutschem Gesetz hat das koreanische Gesetz geregelt, dass nach § 7 Abs. 1 MRFTA als Voraussetzung des materiellen Tatbestandes berücksichtigt, dass der Wettbewerb tatsächlich beschränkt werden kann. Formell unterscheiden wird zwar zwischen dem materiellen Tatbestand der koreanischen Zusammenschlusskontrolle und dem der deutschen Zusammenschlusskontrolle. Es muss allerdings die Erkenntnis durchgeführt werden, dass in den Voraussetzungen der beiden materiellen Tatbestände inhaltlich die Übereinstimmung besteht, weil die Prüfung der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung als notwendig angesehen wird, um zu ermitteln, ob sich wettbewerblicher Marktstruktur verschlechtert, die durch die Zusammenschlusskontrolle sichergestellt werden soll.

In der Praxis wird daher verlangt, für die Prüfung der Wettbewerbsbeschränkung die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmen oder mehrerer Unternehmen zu ermitteln.

In Folge dessen wird die Wettbewerbsbeschränkung in horizontalen, vertikalen und konglomeraten Zusammenschlüssen geprüft (Verwendungs-RL II-6). Als Schwerpunkt der Prüfung wird die Erfassung der Marktbeherrschung angesehen (Verwendungs-RL VII). Dabei wird die Abgrenzung des relevanten Markts als notwendiger Versuch bewertet, die Marktbeherrschung festzusetzen (Verwendungs-RL VI), weil für die Feststellung der Marktbeherrschung erforderlich ist, die Abgrenzung des relevanten Marktes und die Messung des Monopolgrades auf diesem Markt zu prüfen⁹⁰⁷.

aa) Abgrenzung des relevanten Markts

Es wird verlangt, dass für die Beurteilung der Marktbeherrschung der relevante Markt festgestellt wird⁹⁰⁸, weil Marktabgrenzung und Feststellung des Beherrschungsgrades nicht isoliert voneinander erfolgen können⁹⁰⁹. Für die

⁹⁰⁵ Ebenroth, Carsten-Thomas/ Hauschka, E Christoph, Zusammenschlusskontrolle nach der geplanten EG-Fusionskontrollverordnung, S. 64.

⁹⁰⁶ Autenrieth, Karlheinz, Die Erfassung von Oligopolatbeständen in der Fusionskontrolle, S. 582

⁹⁰⁷ Emmerich, Kartellrecht, S.179.; Bach, Der Marktbeherrschungsbegriff in der EG-Fusionskontrolle, auch im Vergleich zum deutschen Kartellrecht, S. 805.

⁹⁰⁸ Knöpfle, ist es für die Beurteilung, ob ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung hat, notwendig, den relevanten Markt zu bestimmen ?, S 1385.

⁹⁰⁹ Möschel in Immenga/Mestmäcker § 19 Rn. 20.

deutschen und koreanischen kartellrechtlichen Verwaltungspraxis und Rechtssprechung spielt daher die Abgrenzung des relevanten Marktes eine herausragende Rolle⁹¹⁰.

(1) Definition des relevanten Markts

Der Markt ist der Ort, wo sich Angebot und Nachfrage gegenüberstehen, und eine ökonomische Struktur, die der Rechtsanwender vorfindet⁹¹¹. Die Definition des relevanten Markts wäre entweder zu allgemein oder zu starr in ihren Festlegungen, gerade auch im Hinblick auf neue ökonomische Entwicklungen auf der einen oder anderen Marktseite⁹¹².

Das GWB verzichtet darauf, den Markt, also den Hauptgegenstand seiner Betrachtung, zu definieren oder zu beschreiben⁹¹³, obwohl der Begriff des Marktes wird als Voraussetzung für eine exakte Normanwendung des § 36 I GWB betrachtet.

In der deutschen Literatur und Rechtssprechung erklärt sich aber, dass der Markt, um den es in § 36 Abs. 1 GWB geht, ein relevanter Markt ist. Die Relevanz des Markts wird als ein wettbewerbsabhängiger Verhaltensspielraum dargestellt⁹¹⁴. Der relevante Markt soll daher das Indiz für die Qualifizierung der Wettbewerbsverhältnisse sein, also z.B. für die Feststellung darüber, wie der Wettbewerb intensiv ist, ob sich eine wettbewerbsbeschränkende Verhältnismasse spürbar auswirkt oder ob ein oder mehrere Unternehmen marktbeherrschend sind⁹¹⁵. In der kartellrechtlichen Praxis steht die Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Marktes im Vordergrund. Darüber hinaus ist noch der zeitlich relevanten Markt zu ermitteln.

Als Kriterium für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes im GWB spielt das Bedarfsmarktkonzept eine erhebliche Rolle, das nur als Instrument hierfür dient, also mit verabsolutiert werden darf⁹¹⁶ und dessen Hauptpunkt die funktionale Austauschbarkeit aus der Sicht der Abnehmer ist. Diesbezüglich kann der sachlich relevante Markt als die Summe der Austauschbeziehungen zwischen Anbietern und Nachfragern unter Einbeziehung der vernünftigerweise austauschfähigen Güter und gewerblichen Leistungen definiert werden. Die Austauschbeziehungen zwischen Anbietern und Nachfragern gilt auch für die Abgrenzung des räumlichen Marktes⁹¹⁷.

Der Begriff des Marktes wird auch als Voraussetzung für eine exakte Normanwendung des § 7 Abs. 1 MRFTA berücksichtigt. Deswegen verwendet der MRFTA – anders als deutsche Regelung - den Begriff des relevanten Markts. Nach § 2 Nr. 8 MRFTA wird der relevante Markt anhand von den sachliche, räumliche und handelsstufige Relevanz abgegrenzt, wobei der Wettbewerb zu ermitteln ist. Die Relevanz des Markts in Bezug auf die Nachfragergruppe wird in der Verwendungs-RL VI bestimmt.

Weil es im § 2 Nr. 8 MRFTA als Voraussetzung des relevanten Markts das Wettbewerbsverhältnis in betroffenem Markt in Betracht kommt, hat eine große Bedeutung in der Feststellung des relevanten Markts die Feststellung des wettbewerbsabhängigen Verhaltensspielraums, so dass für die Abgrenzung des relevanten Markts im MRFTA ebenso wie im GWB verlangt wird, der wettbewerbsabhängige Verhaltensspielraum erfasst werden kann.

Die KFTC stützt sich bei der Abgrenzung des relevanten Marktes auf ihre bisherigen Erfahrungen mit der Anwendung der Zusammenschlusskontrolle, so dass die in der Verwendungs-RL VI genannten Kriterien von der KFTC bei der Behandlung von Einzelfällen befolgt und weiterentwickelt. Sie hat daher vorgesehen, dass grundsätzlich sowohl für den sachlich als auch für den räumlich relevanten Markt die Austauschbarkeit der Sicht der Hauptabnehmer geprüft werden soll (Verwendungs-RL VI-1-A). Nach Verwendungs-RL VI-1-B spielt dabei die funktionale Austauschbarkeit eine wichtige Rolle. So spielt z. B. bei dem Angebotmarkt die Sicht des Nachfragers und bei dem Nachfragemarkt die Sicht des Anbieters für die Austauschbarkeit eine entscheidende Rolle.

⁹¹⁰ Bechtold, Rainer, Zur Abgrenzung des relevanten Marktes, S. 537.

⁹¹¹ Rosemarie, Internationaler Wettbewerb und Marktabgrenzung bei der Fusionskontrolle, S.608.

⁹¹² Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22 Rn 7..

⁹¹³ Werner, Rosemarie, Internationaler Wettbewerb und Marktabgrenzung bei der Fusionskontrolle, S.608.

⁹¹⁴ Knöpfle, ist es für die Beurteilung, ob ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung hat, notwendig, den relevanten Markt zu bestimmen ?, DB 1990, 1385(1386).

⁹¹⁵ Bechtold, Rainer, Zur Abgrenzung des relevanten Marktes, FS für Gram 1990, S. 537.

⁹¹⁶ WuW/E DE-V 180 – „Henkel KgaA/Luhns GmbH“.

⁹¹⁷ Klaue, Räumliche Marktabgrenzung und Geltungsbereich des Kartellgesetzes, S. 626.

Da die funktionelle Austauschbarkeit auch für das koreanische Gesetz gilt, sollen bei der Abgrenzung des relevanten Markts im MRFTA grundsätzlich alle Faktoren geprüft werden, welche für die Abgrenzung notwendig sind. In der koreanischen Zusammenschlusskontrolle sind zwar die in der Verwendungs-RL VI-1-B genannten Faktoren für die Abgrenzung des relevanten Markts als wichtige Kriterien anzusehen, doch bei der Feststellung des relevanten Marktes wird weiterhin die Berücksichtigung der faktischen Grundlagen als notwendig angesehen.

(2) Ökonomische Abgrenzung des räumlich relevanten Markts

Nach § 130 Abs. 2 GWB sind bei der Zusammenschlusskontrolle Auslandszusammenschlüsse mit Inlandswirkungen zu untersuchen. Laut Bundeskartellamt wird angenommen, dass der räumlich relevante Markt im Einzelfall größer als das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland sein kann⁹¹⁸.

Hierbei geht es um die Frage der wirtschaftlichen Ausdehnung von Märkten, wobei das wettbewerbliche Potenzial ausländischer Unternehmen berücksichtigt werden soll, während zumeist der Markt national abgrenzt wird und nur selten regional oder lokal⁹¹⁹. Es existierten keine räumlichen Märkte mehr, die sich an staatlichen Ländergrenzen orientierten. Vielmehr existierten von Ländergrenzen unabhängige räumliche Märkte, für einzelne Produkte seien beim heutigen Zustand der Weltwirtschaft sogar die Weltmärkte zuständig.⁹²⁰

Im Gegenteil dazu existieren im koreanischen Recht keine Vorschriften für Auslandszusammenschlüsse, obwohl die Erweiterung des räumlich relevanten Markts in der koreanischen Zusammenschlusskontrolle ein wichtiges Problem bleibt. So wird grundsätzlich der räumlich relevante Markt auf das Inland beschränkt.

In der Praxis wird lediglich der Versuch unternommen, ausländische Unternehmen der Zusammenschlusskontrolle zu unterziehen, wenn sie als *"Specially Related Persons"* auf die Wettbewerbssituation des inländischen Marktes Einfluss ausüben können⁹²¹.

bb) Marktbeherrschung

Sowohl im deutschen als auch im koreanischen Gesetz ist die Marktbeherrschung der entscheidende Punkt für die Prüfung, ob Wettbewerb auf einem Markt besteht, so dass es in der Gesetzesanwendung im MRFTA ebenso wie im GWB unausweichlich ist, die Marktbeherrschung zu erfassen.

Nach § 19 Abs. 2 GWB werden als Voraussetzung der Marktbeherrschung das Monopol, das Oligopol und die im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung erwähnt.

Der Kernpunkt der Marktbeherrschung ist das Fehlen eines wesentlichen Wettbewerbs. Dabei stellt die Entstehung oder die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung die Intensität des Fehlens eines wesentlichen Wettbewerbs dar bei der Prüfung von horizontalen, vertikalen und konglomeraten Zusammenschlüssen.

Die Bedeutung der überragenden Marktstellung besteht insbesondere darin, dass die Gefahr des Wettbewerbs aufgrund des Abstands zu den Mitwettbewerbern beurteilt wird. Das GWB versucht zwar in § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB die Beurteilungsmerkmale zu bestimmen, um eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung zu prüfen. Sie haben aber auch eine wichtige Bedeutung, dass sie auch geprüft werden, wenn es sich um alle drei Marktbeherrschungsmerkmale im Sinne des § 19 Abs. 2 GWB handelt.

Jedes Merkmal im Rahmen des § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB kann zwar das entscheidende Kriterium einer Marktbeherrschung darstellen, aber in der Praxis ist es schwierig, die Merkmale isoliert voneinander zu berücksichtigen. Vielmehr wird hierbei eine Gesamtbetrachtung dieser Merkmale durchgeführt.

Für die Bewertung eines wesentlichen Wettbewerbs ist auch auf die anderen faktischen Grundlagen abzustellen, die in § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB nicht genannt werden, die aber für die Prüfung der Marktbeherrschung notwendig sind, da zur Prüfung eines wesentlichen Wettbewerbs alle denkbaren Faktoren zu berücksichtigen sind.

⁹¹⁸ WuW/E DE-V 207 – „krautkrämer/Nutronik“; WuW/E DE-V 322 – „floeserve/Ingersoll-Dresser“.

⁹¹⁹ Röper, Kartelle und Konzentration, S. 277.

⁹²⁰ Klaue, Räumliche Marktabgrenzung und Geltungsbereich des Kartellgesetzes, S. 625.

⁹²¹ Siehe S. 151.

Die KFTC fordert, dass bei einem horizontalen, vertikalen und konglomeraten Zusammenschluss auf Marktbeherrschung geprüft wird, um ein wesentlicher Wettbewerb zu erfassen.

Insbesondere bei einem horizontalen Zusammenschluss wird auf eine Wettbewerbsbeschränkung durch ein Monopol oder ein Oligopol, deren Bestimmung auf Marktanteil-Schwellenwerten beruhen, geprüft. Auch wird der Abstand der Marktanteile zwischen den Wettbewerbern als Mittel zur Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung angewendet, wenn es sich um einen wesentlichen Wettbewerb handelt.

Die KFTC hat die Beurteilungsmerkmale genannt, die zu der Erfassung der Marktbeherrschung dienen. Dabei haben die in § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB genannten Beurteilungsmerkmale auch eine wichtige Bedeutung im koreanischen Recht.

Für das koreanische wie für das deutsche Recht dient der Marktanteil als Ausgangspunkt zur Ermittlung des Marktbeherrschungsgrades. Nach den *“M&A Review Guidelines”* II-7, in denen die Beurteilungskriterien für die Wettbewerbsbeschränkung bei einem horizontalen Zusammenschluss näher bestimmt werden, soll vor allem die Marktkonzentration geprüft werden um festzustellen, ob bei Betrachtung der Marktanteile der Unternehmen eine Marktbeherrschung vorliegt; bei einem Monopol und einem Oligopol, deren Bestimmung auf Marktanteil-Schwellenwerte beruht, kann sich eine Marktbeherrschung auch auf den Abstand der Marktanteile beziehen. Auch kann die Marktbeherrschung von der Nachfragemacht abhängen. Darüber hinaus sind bei einem horizontalen Zusammenschluss zusätzlich die faktischen Kriterien zu berücksichtigen.

Bei einem vertikalen Zusammenschluss wird der Marktsperreffekt als wichtiges Merkmal und die faktischen Kriterien als zusätzliche Merkmale bezeichnet. Bei einem konglomeraten Zusammenschluss wird in erster Linie die potentielle Wettbewerbsbeschränkung geprüft und andere Beurteilungsmerkmale zusätzlich ermittelt.

Die Gesamtbetrachtung der Beurteilungsmerkmale wird im koreanischen wie im deutschen Recht als notwendig angesehen. Dies hat die KFTC auch in der Verwendungs-RL VII betont.

6. Ausnahme

Die Abwägungsklausel im deutschen wie im koreanischen Recht unterscheidet einen Zusammenschluss mit positiver Auswirkung von einem mit negativer Auswirkung bei einer Vorteilsabwägung in Bezug auf die volkswirtschaftliche Politik.

a) Abwägungsvoraussetzung im Rahmen des § 36 Abs. 1 GWB

Nach der Abwägungsklausel im Rahmen des § 36 Abs. 1 GWB ist neben den wertungsabhängigen Eingriffskriterien, die sich auf die Marktmacht beziehen, auch die Vorteilsabwägung, die auf der Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen beruht, zu berücksichtigen.

Eine Voraussetzung der Zusammenschlusskontrolle weist darauf hin, dass die wirtschafts- und gesellschaftspolitisch bedeutsamen Zusammenschlüsse der Prüfung zu unterziehen und gegebenenfalls zu untersagen sind⁹²², wenn diese als ein Mittel der Wettbewerbspolitik in Betracht kommt. Dabei ist es notwendig, dass die Zusammenschlusskontrolle mit der Wirtschaftspolitik zu vereinbaren ist. Es besteht dabei die Möglichkeit, dass die wettbewerblichen Wirtschaftsziele mit den volkswirtschaftlichen kollidieren. In diesem Zusammenhang wird deutlich, dass die Wettbewerbsbeurteilung ein wichtiger Punkt in der Zusammenschlusskontrolle ist, aber nicht die einzige, ausschließliche Voraussetzung sein kann.

Im Rahmen der Abwägungsklausel nach § 36 Abs. 1 GWB wird ein Zusammenschluss, aus dem sich eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen ergibt, von einem Zusammenschluss, der zur Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen führt, unterschieden.

Für das Bundeskartellamt ist daher die Erfassung wettbewerbsverschlechternder Zusammenschlüsse relevant, bei der die „wettbewerblich“ positive Auswirkung von Zusammenschlüssen gegenüber einer anderweitigen Verschlechterung

⁹²² Begründung zum Regierungsentwurf, BT- Drucksache 8/2136, WuW 1980, S 339.

der Wettbewerbsbedingungen geprüft wird. Es spielt für das Bundeskartellamt keine Rolle, ob sonstige volkswirtschaftlich positive Auswirkungen des Zusammenschlusses vorliegen.

b) Abwägungsvoraussetzung nach § 7 Abs. 2 MRFTA

Im Gegensatz zum GWB beziehen sich die Ausnahmetatbestände nach § 7 Abs. 2 MRFTA auf „Effizienzsteigende Effekte“ und die Sanierungsfusion.

Es handelt sich um einen gesamtwirtschaftlichen Vorteil, wenn wirtschafts- und gesellschaftspolitisch bedeutsame Zusammenschlüsse durchgeführt werden. Dabei hat der wettbewerbspolitische Aspekt in der Zusammenschlusskontrolle überhaupt keinen Spielraum mehr, wenn sich ein Zusammenschluss auf ein volkswirtschaftliches Ziel bezieht, obwohl der Schutz des Wettbewerbs als ihr Hauptziel angesehen wird. Es werden wirtschafts- und gesellschaftspolitisch negative Zusammenschlüsse verhindert und gleichzeitig wirtschafts- und gesellschaftspolitisch positive Zusammenschlüsse gefördert werden, um ein volkswirtschaftliches Ziel zu erreichen.

Aus diesem Grund hat die KFTC die Pflicht, unter Gesamtbetrachtung aller Faktoren die Ausnahmen zu prüfen, die dazu dienen, ein wirtschaftliches und gesellschaftspolitisch positives Ergebnis zu schaffen. Die Rationalisierung und die Verstärkung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit sowohl der beteiligten Unternehmen, als auch der betreffenden Industrie werden auch vor der Untersagung von Zusammenschlüsse berücksichtigt. Sonstige Faktoren, z. B. Arbeits-, Struktur- und Umweltpolitik werden hier als wichtige Kriterien angesehen.

F. Zusammenfassung

Die Zusammenschlusskontrolle wird in Deutschland und in Korea als wichtiges Mittel der Erhaltung der wettbewerblichen Marktstruktur eingesetzt. Trotz unterschiedlicher rechtlicher Regelungen und Interessen in beiden Ländern ist der inhaltliche Unterschied bei der Betrachtung der entscheidenden Punkte der Zusammenschlusskontrolle sehr gering, da die beiden Gesetze zum Ziel haben, ein Verständnis für die Begriffe der Zusammenschlusskontrolle auf Grundlage ihres Sinns und Zwecks zu bilden.

Ist die Zusammenschlusskontrolle als effektives Mittel für den Schutz des Wettbewerbs einzusetzen? Für die Beantwortung muss die Frage im Bezug auf den Inhalt der Zusammenschlusskontrolle mitberücksichtigt werden, ob eine lückenlose Erfassung der Unternehmenskonzentration durchgeführt wird und ob für die Wettbewerbsbeurteilung die richtigen Maßnahmen eingesetzt werden. Die Frage, ob die koreanische Zusammenschlusskontrolle ihre grundsätzliche Aufgabe erfüllt, betrifft die Berücksichtigung der volkswirtschaftlichen Ziele. Im GWB und im MRFTA besteht der Grundansatzpunkt, dass für die Zusammenschlusskontrolle alle wichtigen Faktoren berücksichtigt werden sollen, welche eine wettbewerbliche Bedeutung haben und für die betroffene Frage nützlich sind.

I. Zur Frage, welche Unternehmen der Zusammenschlusskontrolle unterliegen, werden nicht nur im GWB, sondern auch im MRFTA vier wichtige Punkte berücksichtigt.

1. Der Unternehmensbegriff beruht auf dem Schutzzweck der Zusammenschlusskontrolle. Deswegen erweitern sich die Adressaten der Zusammenschlusskontrolle auf die Nicht-Unternehmen, obwohl sie in Hinsicht auf den hergebrachten Begriff des Unternehmens, bei dem die wirtschaftliche Tätigkeit eine wichtige Rolle spielt, nicht als Unternehmen angesehen werden.

So hat z.B. eine Person, die Nicht-Unternehmen darstellt, eine wettbewerblich hohe Bedeutung, wenn sie zur Unternehmenskonzentration dient.

2. Die bei der Zusammenschlusskontrolle zu berücksichtigende Unternehmenseinheit ist eine wirtschaftliche Einheit von Unternehmen.

Hierbei geht es darum, dass ein beherrschender Einfluss zwischen Unternehmen nicht nur auf formellen Grundlagen beruht, sondern auch auf faktischen. Die Voraussetzung der Unternehmenseinheit wird daher dann erfüllt, wenn die Ausübung eines beherrschenden Einfluss aufgrund faktischer Grundlagen festgestellt wird.

3. Grundsätzlich wird die Unternehmensgröße durch die Umsatzgröße beurteilt. Aufgrund der Eigenschaften eines Unternehmens müssen jedoch für eine genaue Analyse der Unternehmensgröße weitere Faktoren hinzugezogen werden, die anstelle des Umsatzes das entscheidende Kriterium für die Größenbemessung des jeweiligen Unternehmens sind.
4. Für die Ausnahme des Anwendungsbereichs spielt die volkswirtschaftliche Bedeutung eines Unternehmens eine wichtige Rolle. Besonders wird hierbei der Schutz der kleinen oder mittelständischen Unternehmen betont.

II. Bei der Frage, welche Unternehmensverbindungen im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle bestehen, kommt es auf zwei Punkte an. Der Anhaltspunkt ist hier die lückenlose Erfassung der Unternehmenskonzentration.

1. Als Unternehmensverbindungen im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle werden solche betrachtet, die zur Verstärkung der Unternehmenskonzentration dienen.

Im GWB wird sowohl der formelle als auch der materielle Zusammenschlussbegriff festgelegt, um richtige Unternehmensverbindungen zu ermitteln, die zur Unternehmenskonzentration führen können. Der materielle Zusammenschlussbegriff spielt zwar für die koreanische Zusammenschlusskontrolle keine Rolle, da sich der MRFTA nur an den formellen Tatbeständen orientiert. Die Forderung der effektiven Zusammenschlusskontrolle führt aber dazu, dass Verbindungen der Unternehmen in der koreanischen Praxis berücksichtigt werden, wenn sie notwendig ist, um der lückenlosen Erfassung der Unternehmenskonzentration Rechnung zu tragen.

2. Die Grundlage für eine Unternehmensverbindung ist ein beherrschender Einfluss, den ein Unternehmen auf ein anderes Unternehmen ausübt. Nicht nur das deutsche, sondern auch das koreanische Recht fordert, dass auf einen beherrschenden Einfluss geprüft wird, um festzustellen, ob es eine Unternehmensverbindung im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle besteht.

Bezüglich der Ausübung einer Kontrolle und eines wettbewerblich erheblichen Einflusses bezieht das deutsche Recht den beherrschenden Einfluss auch auf die Ausübung eines tatsächlichen beherrschenden Einflusses. Die Ausübung eines tatsächlichen beherrschenden Einflusses spielt für die koreanische Zusammenschlusskontrolle keine Rolle. Sie kann nur gegen die Feststellung eines beherrschenden Einflusses eingreifen.

- III. Die Frage, ob ein Zusammenschluss zu untersagen ist, bezieht sich auf die Wettbewerbsbeschränkung. Für die Wettbewerbsbeurteilung wird verlangt, dass zwei Punkte geprüft werden.

1. Zur Beurteilung der Marktbeherrschung wird der relevante Markt abgegrenzt. Eine besondere Bedeutung bei dem Marktbegriff hat die Existenz des Wettbewerbs, wenn sich die Abgrenzung des relevanten Markts nach unterschiedlichen Kriterien durchführen lässt, welche zur Feststellung einer Warengruppe beitragen.

Als grundsätzliche Aufgabe der Zusammenschlusskontrolle wird hier insbesondere die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes angesehen, der auf der funktionellen Austauschbarkeit beruht. Der räumlich relevante Markt, der sich aus geographischen Voraussetzungen ergibt, ist ein ökonomisch relevanter Markt, um den realen Wettbewerbsbedingungen und -verhältnissen Rechnung zu tragen.

2. Handelt es sich um eine Marktbeherrschung, so wird dann eine Prüfung auf Existenz eines Monopols oder Oligopols auf dem relevanten Markt durchgeführt, wenn ein wesentlicher Wettbewerb auf dem Markt nicht mehr vorhanden ist.

Die Ermittlung einer überragenden Marktstellung, die eine tatsächliche Marktbeherrschung darstellt und vor allem auf dem Abstand zu den Wettbewerbern beruht, ist ein notwendiges Kriterium für eine Zusammenschlusskontrolle. Sowohl der Marktanteil als auch andere faktische Merkmale, z. B. die Finanzkraft und die Nachfragermacht, können für die Feststellung einer Marktbeherrschung herangezogen werden.

- IV. Die Berücksichtigung eines wirtschaftspolitischen Ziels führt dazu, einen volkswirtschaftspolitisch bedeutsamen Zusammenschluss von der Zusammenschlusskontrolle auszuschließen.

Die Ausnahme bezieht sich auf die Abwägung der wirtschaftlichen Vorteile. Das koreanische Recht spricht dafür, dass bei der Zusammenschlusskontrolle eine außenwirtschaftliche Abwägung notwendig ist.

Vergleicht man die koreanische Zusammenschlusskontrolle mit der deutschen, so hat es den Anschein, dass sich zwar die Voraussetzungen der koreanischen Zusammenschlusskontrolle mit ihren eigenen Erfahrungen, die sich insbesondere auf die wirtschaftliche Situation im Korea beziehen, entwickeln, z. B. der Begriff der *“Specially Related Persons”* im Anwendungsbereich. Aber die Voraussetzungen der koreanischen Zusammenschlusskontrolle sollten vereinfacht und ein angemessenes fusionszweckmäßiges Verständnis noch mehr berücksichtigt werden. Dabei besteht die Chance, dass die koreanische Zusammenschlusskontrolle ein effektives Mittel für den Wettbewerbsschutz wird.

Danksagung

*Ich danke meiner Familie, insbesondere meinen Eltern,
darüber hinaus Frau Christa Becker und Familie Gumprecht
für die Unterstützung und Geduld, mit der sie die Entstehung
meiner Dissertation begleitet haben.*

Lebenslauf

Am 5. Mai 1961 wurde ich als erster Sohn des Bauunternehmers Jae Ho, Yi und seiner Ehefrau Byung Nun, Park in Daegu, Kyungsamgbukdo, Republik Korea, geboren.

In Daegu besuchte ich von 1968 bis 1974 die Volksschule und von 1974 bis 1976 die Youngnam-Mittelschule. Im März 1976 trat ich in die Nyungin-Oberschule ein, an der ich am 22. Februar 1980 die Abschlussprüfung ablegte.

Im Sommersemester 1980 immatrikulierte ich mich an der chemischen pädagogischen Fakultät der Universität in Daegu. Von 1983 bis 1984 leistete ich den Militärdienst. Das vierjährige Studium zum Chemie-Lehrer schloss ich am 15. Februar 1986 mit einem akademischen Grad „Bachelor of Science“ (LL.B.) ab. Im Sommersemester 1987 wurde ich an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Chungang-Universität in Seoul aufgenommen. Das zweijährige Jurastudium schloss ich am 24. Februar 1989 mit einem akademischen Grad „Bachelor of Laws“ (LL.B.) ab. Danach besuchte ich von September 1989 bis August 1991 den LL.M.-Kurs an der „Graduate School“ der Chungang-Universität, wo ich unter Betreuung von Herrn Professor Dr. jur. Jung Ho, Lim eine LL.M.-Arbeit mit dem Thema „Das Mitbestimmungsgesetz in Deutschland“ schrieb und am 24. August 1991 den akademischen Grad „Master of Law“ (LL.M.) erhielt. Seit September 1991 habe ich als Doktorand bei Herrn Professor Dr. Jur. Jung Ho Lim an der Chungang-Universität studiert.

Am 4. März 1995 bin ich nach Deutschland gekommen. Am 12. Februar 1998 habe ich die Prüfung zum Nachweis deutscher Sprachkenntnisse für ausländische Studienbewerber an der Kölner Universität bestanden. Zum Sommersemester 1998 immatrikulierte ich mich an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Köln. Am 19. Juni 1998 bin ich von Herrn Professor Dr. Jur. Jürgen F. Baur als Doktorand angenommen worden.

Seit Januar 1993 bin ich mit Tae Hyun, Ahn verheiratet und wir haben ein Tochter, Youn Ji, Yi.

Köln, den 15. April 2004

Yi, Kun Ho