

Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von Jürgen F. Baur

Johanna Hartog

Der Zusammenschlusstatbestand
des wettbewerblich
erheblichen Einflusses

Teil 1 Einführung

A. Gegenstand der Untersuchung

Gegenstand dieser Arbeit ist der in § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB geregelte Zusammenschlusstatbestand des wettbewerblich erheblichen Einflusses. Mit diesem Tatbestand werden von der deutschen Fusionskontrolle Unternehmenstransaktionen erfasst, bei denen ein gesellschaftsrechtlich vermittelter wettbewerblich erheblicher Einfluss auf ein anderes Unternehmen erworben wird. In der Praxis umfasst der Tatbestand vor allem den Erwerb von Gesellschaftsanteilen unter 25 %.

Der Zusammenschlusstatbestand des wettbewerblich erheblichen Einflusses wurde 1990 in das GWB aufgenommen. Die Einführung wurde seinerzeit kontrovers diskutiert. Insbesondere wurde kritisiert, dass der neue Tatbestand zu unbestimmt sei und damit zu einer Rechtsunsicherheit für Normanwender und Normadressaten führe¹. Darüber hinaus wurde kritisiert, dass der Tatbestand die Abgrenzung von formeller und materieller Fusionskontrolle² sowie von Fusionskontrolle und Kartellverbot³ verwische.

Mittlerweile sind seit der Einführung des Tatbestands 20 Jahre vergangen. Nach anfänglich eher zurückhaltender Anwendung des Zusammenschlusstatbestands durch das Bundeskartellamt, gibt es mittlerweile eine ansehnliche, wenn auch nicht üppige Entscheidungspraxis des Bundeskartellamts sowie einige Gerichtsentscheidungen. Gerade in den letzten Jahren sind einige Entscheidungen ergangen, die neue Impulse für die Auslegung des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB gebracht haben. Dabei ist auffällig, dass die meisten dieser Entscheidungen in den Bereichen der Energiewirtschaft und der Presse ergangen sind, also Bereichen, in denen anmeldepflichtige Zusammenschlüsse aufgrund der hohen Marktkonzentration häufig untersagt werden und eine Vermeidung der Anmeldepflicht daher aus Unternehmenssicht erstrebenswert ist.

Der Zusammenschlusstatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB ist nicht nur ein vergleichsweise junger Tatbestand. Er ist auch eine Besonderheit im europäischen Kontext. Die europäische Fusionskontrolle definiert den Zusammenschluss als „echte“ Fusion oder als den Erwerb von alleiniger oder gemeinsamer Kontrolle über ein anderes Unternehmen. Einen dem § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB vergleichbaren Auffangtatbestand gibt es nicht. Dies gilt auch für die meisten anderen europäischen Länder, die weitgehend ebenfalls auf den Kontrollbegriff abstellen.

Im Zentrum der Arbeit steht die Analyse der bisher ergangenen Fallpraxis. Zur Annäherung an den Zusammenschlusstatbestand wird zunächst seine Entstehungsgeschichte analysiert. Anschließend werden – bereits auf der Grundlage der bestehenden Entscheidungspraxis – die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 37 Abs. 1

1 Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 1985/86, S. 16; BDI, Verbändeanhörung, WuW 1989, S. 32, 34; Emmerich, WM 1988, S. 1773, 1776; Harms, Schwerpunkte des Kartellrechts 1987/88, S. 27, 46; Möschel, ZRP 1989, S. 371, 376; Gerlach, WRP 1989, S. 289, 295.

2 Paschke, S. 57.

3 Vgl. Harms, Schwerpunkte des Kartellrechts 1987/88, S. 27, 39; Gerlach, WRP 1989, S. 289, 295.

Nr. 4 GWB erörtert und dogmatisch eingeordnet. Sodann werden im Rahmen einer genauen Analyse der bisherigen Entscheidungspraxis die verschiedenen im Zusammenhang mit § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB diskutierten Fallkonstellationen behandelt. Hierbei wird ein besonderes Augenmerk auf praktische Probleme in der Anwendung des Zusammenschlusstatbestands gerichtet. Schließlich werden noch verfahrensrechtliche Fragen und die materielle Prüfung in Fällen des wettbewerbslich erheblichen Einflusses diskutiert. Die wettbewerbspolitische Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit des Tatbestands sind nicht Gegenstand dieser Arbeit.

B. Der Zusammenschlussbegriff des § 37 GWB im Fusionskontrollsystem des GWB

Die Regelungen zur Fusionskontrolle finden sich im 7. Abschnitt des GWB unter der Überschrift „Zusammenschlusskontrolle“. Sie umfassen zum einen Vorschriften über die formelle Fusionskontrolle, durch die der Anwendungsbereich der Fusionskontrolle festgelegt wird, und zum anderen Regelungen der materiellen Fusionskontrolle, die die inhaltlichen Beurteilungsgrundsätze von Zusammenschlüssen enthalten. Darüber hinaus finden sich im Abschnitt zur Fusionskontrolle Regelungen zum Fusionskontrollverfahren.

Nach den Vorschriften der formellen Zusammenschlusskontrolle muss eine Unternehmenstransaktion beim Bundeskartellamt angemeldet werden, wenn sie einen Zusammenschluss i.S.d. § 37 GWB darstellt und in den Geltungsbereich der Fusionskontrolle (§ 35 GWB) fällt.

Der Zusammenschlusstatbestand des § 37 GWB ist damit ein zentraler Bestandteil der Regelungen des GWB zur formellen Fusionskontrolle. Er definiert, welche Arten von Unternehmenstransaktionen in den Anwendungsbereich der Fusionskontrolle fallen. Es handelt sich bei dem Zusammenschlussbegriff demnach um ein Aufgreifkriterium der deutschen Fusionskontrolle. Die Bejahung oder Verneinung des Zusammenschlussbegriffs enthält dagegen noch keine Aussage über eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs.

Der Begriff des Zusammenschlusses ist in § 37 GWB abschließend definiert. Die Zusammenschlusstatbestände des § 37 Abs. 1 Nr. 1–4 GWB sind exakt umschriebene Einzeltatbestände. Sie umfassen den Erwerb des Vermögens eines anderen Unternehmens ganz oder zu einem wesentlichen Teil (Nr. 1), den Erwerb von alleiniger oder gemeinsamer Kontrolle über ein anderes Unternehmen (Nr. 2), den Erwerb einer 25%igen oder 50%igen Beteiligung (Nr. 3) und den Erwerb eines wettbewerbslich erheblichen Einflusses (Nr. 4). Der letztgenannte Zusammenschlusstatbestand ist Gegenstand dieser Arbeit.

Die Anwendung der Regelungen des GWB zur Fusionskontrolle wird weiterhin durch den in § 35 Abs. 1 GWB definierten Geltungsbereich bestimmt. Danach finden die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle Anwendung, wenn die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss insgesamt einen weltweiten Umsatz von mehr als € 500 Mio. erzielt haben (Nr. 1). Zusätzlich muss mindestens eines der beteiligten Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als € 25 Mio. und ein anderes beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse

von mehr als € 5 Mio. erzielt haben (Nr. 2). Ausnahmen hiervon sind in § 35 Abs. 2 GWB geregelt⁴.

Gemäß § 35 Abs. 3 GWB findet die Fusionskontrolle des GWB allerdings keine Anwendung, soweit die Kommission der Europäischen Gemeinschaften nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (FKVO) ausschließlich zuständig ist. Dies ist dann der Fall, wenn ein Zusammenschluss i.S.d. Art. 3 FKVO vorliegt und dieser gemäß Art. 1 FKVO eine gemeinschaftsweite Bedeutung hat⁵. Zu beachten ist, dass sich der Zusammenschlussbegriff der FKVO von dem des GWB unterscheidet. Als Zusammenschluss i.S.d. FKVO gilt zum einen die Fusion (Art. 3 Abs. 1a FKVO) und zum anderen die Erlangung der (alleinigen oder gemeinsamen) Kontrolle über ein Unternehmen (Art. 3 Abs. 1b FKVO). Der Erwerb einer Minderheitsbeteiligung erfüllt als solcher keinen Zusammenschlusstatbestand⁶. Insbesondere gibt es in der FKVO keinen § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB entsprechenden Zusammenschlusstatbestand. Dies kann dazu führen, dass der Erwerb einer Minderheitsbeteiligung trotz Erreichen der Umsatzschwellen der FKVO nicht in den Anwendungsbereich der europäischen Fusionskontrolle fällt, da er keinen Zusammenschluss i.S.d. Art. 3 FKVO darstellt. Wenn in einem solchen Fall ein Zusammenschluss nach § 37 GWB vorliegt, z.B. nach § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB, ist die deutsche Fusionskontrolle einschlägig.

C. Die Entstehungsgeschichte des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB

Der Zusammenschlusstatbestand des wettbewerblich erheblichen Einflusses wurde mit der 5. GWB-Novelle vom 30.5.1989 in das GWB eingeführt. Ein Rückblick auf die

-
- 4 Danach ist trotz Erreichens der Umsatzschwellen die Zusammenschlusskontrolle des GWB nicht anwendbar, wenn sich ein Unternehmen, das nicht im Sinne des § 36 Abs. 2 GWB abhängig ist und im letzten Geschäftsjahr weltweit Umsatzerlöse von weniger als € 10 Mio. erzielt hat, mit einem anderen Unternehmen zusammenschließt (Bagatellklausel) oder 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 Mio. umgesetzt wurden (Bagatellmarktklausel).
 - 5 Ein Zusammenschluss hat gemeinschaftsweite Bedeutung, wenn er die Umsatzschwellen des Art. 1 Abs. 2 oder des Art. 1 Abs. 3 FKVO erfüllt. Art. 1 Abs. 2 FKVO verlangt a) einen weltweiten Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen von mehr als € 5 Mrd. und b) einen gemeinschaftsweiten Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen von jeweils mehr als € 250 Mio. Werden diese Schwellen nicht erreicht, so ist gemäß Art. 1 Abs. 3 FKVO die gemeinschaftsweite Bedeutung zu bejahen, wenn folgende Umsätze erzielt werden: a) weltweiter Gesamtumsatz aller beteiligter Unternehmen von mehr als € 2,5 Mrd., b) Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen übersteigt in mindestens drei Mitgliedstaaten jeweils € 100 Mio., c) in jedem von mindestens drei von Buchstabe b) erfassten Mitgliedstaaten beträgt der Umsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils mehr als € 25 Mio. und d) der gemeinschaftsweite Umsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen übersteigt jeweils € 100 Mio. Trotz Erreichens eines dieser Schwellensätze liegt ein Zusammenschluss mit gemeinschaftsweiter Bedeutung dann nicht vor, wenn die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in einem und demselben Mitgliedstaat erzielen.
 - 6 Die Kommission diskutierte in ihrem Grünbuch zur Reform der FKVO u.a., ob Minderheitsbeteiligungen, insbesondere solche an konkurrierenden Unternehmen, der Zusammenschlusskontrolle unterstellt werden sollen. Im Ergebnis schien sie aber Art. 81 EG a.F. (Art. 101 AEUV) als Prüfungsmaßstab vorzuziehen. Vgl. Grünbuch über die Revision der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates, KOM (2001) 745/6 endg., S. 29 ff. und 40.

Entwicklung des Zusammenschlussbegriffs bis zu diesem Zeitpunkt lässt die gesetzgeberische Intention bei Einführung des Zusammenschlusstatbestands begreifen.

I. Die Entwicklung des Zusammenschlussbegriffs bis zur 4. GWB-Novelle

1. Der Zusammenschlussbegriff vor Einführung der Fusionskontrolle

In der ursprünglichen Fassung des GWB⁷ war lediglich eine Anzeigepflicht für Zusammenschlüsse vorgesehen. Ein Zusammenschluss war dem Bundeskartellamt anzuzeigen, wenn die beteiligten Unternehmen durch den Zusammenschluss einen Marktanteil von 20 % oder mehr erlangten oder eines der beteiligten Unternehmen bereits vor dem Zusammenschluss einen Marktanteil in dieser Höhe hatte.

Nach Eingang der Anzeige konnte die Kartellbehörde die beteiligten Unternehmen zu einer mündlichen Verhandlung oder zu einer schriftlichen Äußerung über den Zusammenschluss auffordern, wenn zu erwarten war, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entstehen oder verstärkt würde. Die Kartellbehörde war jedoch nicht befugt, Zusammenschlüsse zu untersagen.

Der Zusammenschlussbegriff umfasste in dieser Zeit klar umrissene typische Zusammenschlussformen: die Verschmelzung mit anderen Unternehmen, den Erwerb des Vermögens anderer Unternehmen, den Erwerb des Eigentums an Betriebsstätten anderer Unternehmen, Betriebsüberlassungsverträge und Betriebsführungsverträge über Betriebsstätten anderer Unternehmen, den Erwerb von Anteilsrechten jeder Art, sofern diese Anteilsrechte allein oder zusammen mit anderen den Unternehmen selbst oder einem Konzernunternehmen bereits zustehenden Anteilsrechten 25 % des stimmberechtigten Kapitals des anderen Unternehmens erreichten. Anteils-erwerbe von weniger als 25 % fielen nicht unter den Zusammenschlussbegriff und waren daher nicht Gegenstand der Anzeigepflicht.

Der Gesetzgeber hatte sich bewusst für diese formellen Aufgreifkriterien entschieden. Auf diese Weise sollte die Reichweite der Fusionskontrolle klar abgegrenzt und den betroffenen Unternehmen die erforderliche Rechtssicherheit gewährt werden⁸. Die ursprünglich im Regierungsentwurf vorgesehene Regelung, die auf die erworbene Einflussnahme abstellte, konnte sich nicht durchsetzen. Nach dieser Regelung hätte ein Zusammenschluss vorgelegen, wenn die erworbenen Anteile einen beherrschenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen gewährt hätten oder ausreichend Stimmrechte, um eine Satzungsänderung zu verhindern⁹.

Im Rahmen der 1. GWB-Novelle¹⁰ im Jahr 1965 wurden lediglich die marktanteilsbezogenen Aufgreifschwellen der Anzeigepflicht durch unternehmensbezogene absolute Kriterien wie Anzahl der Beschäftigten, Umsätze und

7 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27.7.1957, BGBl. I, 1081.

8 Heidenhain, WRP 1986, S. 317, 318.

9 Vgl. § 19 Ziffer 8 des Regierungsentwurfs von 1955, BT-Drucks. II/1158, S. 9. Die Voraussetzungen dieses Zusammenschlusstatbestands sollten insbesondere dann vorliegen, wenn der Erwerber der Anteilsrechte eine Sperrminorität hätte geltend machen können, vgl. Begr. BReg. zu § 19, BT-Drucks. II/1158, S. 26 f.

10 Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 15.9.1965, BGBl. I, S. 1363.

Bilanzsumme ergänzt. Zu einer Erweiterung des Zusammenschlussbegriffs kam es - trotz gegenteiliger Forderungen¹¹ - nicht.

2. Erweiterung des Zusammenschlussbegriffs im Rahmen der Einführung der Fusionskontrolle durch die 2. GWB-Novelle

Die präventive Fusionskontrolle wurde durch die 2. GWB-Novelle¹² vom 3.8.1973 eingeführt. Nunmehr waren Zusammenschlüsse, die bestimmte Umsatzschwellen überschritten, vor ihrem Vollzug beim Bundeskartellamt anzumelden. Der Vollzug anmeldepflichtiger Zusammenschlüsse war erst nach der Freigabe durch das Bundeskartellamt zulässig. Daneben blieb die Anzeigepflicht für bereits vollzogene Zusammenschlüsse in Hinblick auf Zusammenschlüsse mit einer geringeren Größenordnung bestehen.

Mit der Einführung der präventiven Fusionskontrolle wurde der Katalog der Zusammenschlusstatbestände erweitert. Der Regierungsentwurf begründete dies damit, dass es angesichts der Einführung der präventiven Fusionskontrolle, nicht mehr ausreiche, einige typische Zusammenschlussformen zu erfassen¹³. Der Bericht des Wirtschaftsausschusses äußerte sich sogar noch deutlicher dahingehend, dass der Zusammenschlussbegriff „alle Zusammenschlussformen lückenlos erfassen“ müsse¹⁴. Die „Maxime der lückenlosen Erfassung von Konzentrationsvorgängen“¹⁵ hatte damit Einzug in die deutsche Fusionskontrolle erhalten.

Im Einzelnen umfasste der Zusammenschlussbegriff nunmehr die folgenden Tatbestände:

- den Erwerb des Vermögens anderer Unternehmen ganz oder zu einem wesentlichen Teil durch Verschmelzung, Umwandlung oder in sonstiger Weise (§ 23 Abs. 2 Nr. 1 GWB a.F.),
- den Anteilserwerb, wobei das Gesetz nun drei Stufen vorsah, nämlich den Erwerb von 25 % (§ 23 Abs. 2 Nr. 2a GWB a.F.), den Erwerb von 50 % (§ 23 Abs. 2 Nr. 2b GWB a.F.) und den Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung i.S.v. § 16 Abs. 1 AktG (§ 23 Abs. 2 Nr. 2c GWB a.F.); daneben fingierte das Gesetz einen zusätzlichen (horizontalen) Zusammenschluss zwischen den Muttergesellschaften auf den Märkten des Gemeinschaftsunternehmens, wenn diese gleichzeitig oder nacheinander Anteile in Höhe von je 25 % oder mehr erwarben (§ 23 Abs. 2 Nr. 2 S. 3 GWB a.F.),
- Verträge mit anderen Unternehmen über die Bildung oder Erweiterung eines Konzerns, Betriebsführungs- und Gewinnabführungsverträge, Pachtverträge über Unternehmen und sonstige Betriebsüberlassungsverträge (§ 23 Abs. 2 Nr. 3 GWB a.F.),

11 Vgl. den Entwurf der SPD vom 10.6.1964, BT-Drucks. IV/2337, S. 1, 4.

12 Zweites Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 3.8.1973, BGBl. I, S. 919.

13 BT-Drucks. 6/2520, S. 25.

14 BT-Drucks. 7/765, S. 6.

15 Paschke, S. 18.

- Herbeiführung der Personengleichheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrats oder des Geschäftsführungsorgans von mindestens zwei Unternehmen (§ 23 Abs. 2 Nr. 4 GWB a.F.),
- jede sonstige Verbindung von Unternehmen, die einem Unternehmen einen beherrschenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen gibt (§ 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB a.F.).

Neben den typisierenden, formellen Zusammenschlusstatbeständen der Nummern 1 - 4 wurde mit der Nr. 5 erstmals ein einflussbezogener, materieller Tatbestand eingefügt¹⁶. Hiermit sollte ein Auffangtatbestand geschaffen werden, der sicherstellt, dass „alle denkbaren Gestaltungsformen von Zusammenschlüssen, durch die ein beherrschender Einfluss auf ein anderes Unternehmen begründet werden kann“, in den Zusammenschlussbegriff einbezogen werden¹⁷. Allerdings griff dieser Auffangtatbestand erst bei Überschreiten der Beherrschungsschwelle, während die 25%-Schwelle der Nr. 2 zeigt, dass nach der gesetzgeberischen Intention auch schon ein Anteilserwerb unterhalb der Beherrschungsschwelle einen Zusammenschluss begründen konnte. In diesen Fällen blieb es jedoch bei der rein formalen 25%-Grenze. Ein Auffangtatbestand wurde für die Fälle unterhalb der Beherrschungsschwelle nicht eingeführt.

3. Weitere Änderung des Zusammenschlusstatbestands durch die 4. GWB-Novelle

In der Praxis zeigten sich schnell Lücken des Zusammenschlussbegriffs. Diese traten insbesondere im Zuge des Zusammenschlussvorhabens *AEG/Zanussi* zutage. AEG hatte ursprünglich den Erwerb einer 25,01%-Beteiligung beim Bundeskartellamt angemeldet. Nachdem deutlich wurde, dass das Amt das Vorhaben untersagen würde, nahm AEG die Anmeldung zurück und reduzierte die Beteiligung auf 20 %. Zusätzlich zu dieser Beteiligung ließ sich AEG vertraglich die Rechte eines Minderheitsaktionärs und ein Viertel der Sitze im Aufsichtsrat einräumen. Obwohl das abgeänderte Vorhaben dem ursprünglichen Vorhaben wirtschaftlich gleichkam, verneinte das Bundeskartellamt eine Anmeldepflicht. Es sah weder den Zusammenschlusstatbestand des § 23 Abs. 2 Nr. 2a GWB a.F. noch einen beherrschenden Einfluss i.S.d. Auffangtatbestands des § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB a.F. für gegeben.

Die Monopolkommission sah in diesem Fall eine Gesetzesumgehung¹⁸. Im Hinblick auf § 23 Abs. 2 Nr. 2 GWB a.F. kritisierte sie, dass die quantitativ fixierten Grenzen für die Kontrollpflichtigkeit des Beteiligungserwerbs dazu führen können, dass Zusammenschlussvorhaben nicht erfasst würden, obwohl sie wirtschaftlich den gesetzlich geregelten Fällen gleichstehen. Denn ein Beteiligungserwerb und vertragliche Regelungen der Kooperation seien teilweise austauschbar. Die Monopolkommission stellte darüber hinaus fest, dass die Absicht des Gesetzgebers, mit § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB a.F. einen Auffangtatbestand zu schaffen, der Umgehungen ausschließt, nicht verwirklicht worden war. Sie machte daher einen Vorschlag für eine Neuformulierung des § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB a.F.:

16 Vgl. Stein, S. 68.

17 Begr. BReg., BT-Drucks. VI/2520, S. 27.

18 Monopolkommission, I. Hauptgutachten 1973/75, Tz. 880 f.

„Jede sonstige Verbindung von Unternehmen, aufgrund deren ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen Einfluß auf ein anderes Unternehmen oder einen wesentlichen Teil seiner Tätigkeit ausüben können, soweit dieser Einfluß den Tatbeständen des § 23 Abs. 2 Ziff. 1-4 wirtschaftlich gleichsteht.“¹⁹

In der Folgezeit änderte das Bundeskartellamt seine Entscheidungspraxis. Es wendete den Zusammenschlusstatbestand des Anteilserwerbs analog an, wenn dem Erwerber durch zusätzliche Abreden die gleiche gesellschaftliche Stellung eingeräumt wurde wie bei einem Erwerb von 25 %²⁰. Die analoge Anwendung war jedoch begrenzt²¹ und rechtlich ungesichert²².

Der Gesetzgeber nahm die Diskussion auf und erweiterte im Rahmen der 4. GWB-Novelle²³ den Anwendungsbereich des § 23 Abs. 2 Nr. 2 GWB a.F. Danach galt als Zusammenschluss nicht nur der Erwerb von 25 % des stimmberechtigten Kapitals eines anderen Unternehmens (so § 23 Abs. 2 Nr. 2a GWB a.F.), sondern auch

„der Erwerb von Anteilen, soweit dem Erwerber durch Vertrag, Satzung, Gesellschaftsvertrag oder Beschluß eine Rechtsstellung verschafft ist, die bei der Aktiengesellschaft ein Aktionär mit mehr als 25 vom Hundert des stimmberechtigten Kapitals innehat. Anteilen an einem Unternehmen stehen Stimmrechte gleich“.

Anders als der Vorschlag der Monopolkommission stellte der Gesetzgeber den Umgehungstatbestand damit in den Kontext des Anteilserwerbstatbestands und stellte damit rechtssystematisch einen Bezug zu § 23 Abs. 2 Nr. 2a GWB a.F. her²⁴. Zudem erfasste der neue Umgehungstatbestand nur Sperrminoritäten bei vertraglich abgesicherten Unternehmensverbindungen und dies auch nur dann, wenn sie die Einflussdichte des aktienrechtlichen Sperrminoritäs aufwiesen²⁵.

19 Monopolkommission, I. Hauptgutachten 1973/75, Tz. 884.

20 BKartA, Tätigkeitsbericht 1976, S. 19; Tätigkeitsbericht 1977, S. 19 f.; Tätigkeitsbericht 1978, S. 94 – *Ruhrgas AG/Saar Ferngas AG* (fallbezogen wurde eine analoge Anwendung jedoch verneint).

21 Vgl. Monopolkommission, III. Hauptgutachten 1978/79, Tz. 468 – *Philips/Grundig*; BKartA, Tätigkeitsbericht 1978, S. 94 – *Ruhrgas/Saar Ferngas*.

22 BGH, Beschluss vom 4.10.1983, KVR 2/82, BGHZ 88, S. 273, 281 – *Springer/Elbe Wochenblatt II*: In diesem 1982 zur Rechtslage des GWB von 1973 entschiedenen Fall hielt der BGH eine analoge Anwendung des § 23 Abs. 2 Nr. 2a GWB a.F. fallbezogen für nicht gegeben.

23 Viertes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26.4.1980, BGBl. I, 458.

24 Paschke, S. 21.

25 Heidenhain WRP 1986, S. 317, 318 kritisierte, die genaue Reichweite des Tatbestands bleibe offen, und vermutete, die neue Regelung sei nicht sorgfältig genug vorbereitet worden.