

Fälle zum Wettbewerbs- und Kartellrecht

von
Volker Emmerich, Prof. Dr. Olaf Sosnitza

6., neu bearbeitete Auflage

Fälle zum Wettbewerbs- und Kartellrecht – Emmerich / Sosnitza

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Unlauterer Wettbewerb



Verlag C.H. Beck München 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 62755 2

Nach dieser Vorschrift findet das GWB auch Anwendung auf Unternehmen, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden. Hieraus und aus dem weiten Unternehmensbegriff des Gesetzes wird heute allgemein der Schluss gezogen, dass das GWB auf die wirtschaftlichen Aktivitäten des Staates und seiner Gliederungen genauso anzuwenden ist wie auf wirtschaftliche Tätigkeiten von Privatleuten, wobei die Rechtsform, unter der sich der Staat am wirtschaftlichen Verkehr beteiligt, ebenso wenig eine Rolle spielt wie die von ihm verfolgten Zwecke; entscheidend ist vielmehr allein, ob der Staat im Wettbewerb mit anderen Unternehmen tätig wird.³

Speziell für die Fusionskontrolle wird dieses Ergebnis durch die Sonderregelung in § 36 II bestätigt, nach der für die Zwecke der Fusionskontrolle auch solche Personen und Personenvereinigungen als Unternehmen gelten, die an sich keine Unternehmen sind, denen aber eine Mehrheitsbeteiligung an einem Unternehmen zusteht. Diese Voraussetzungen werden vom Bund ebenfalls erfüllt, da er an zahlreichen großen Unternehmen mehrheitlich beteiligt ist. Im Ergebnis steht damit fest, dass der Erwerb bisher privater Unternehmen durch eine in- oder ausländische Gebietskörperschaft der Fusionskontrolle unterliegt, sofern die übrigen Voraussetzungen der §§ 35 ff. erfüllt sind.⁴ Dabei ist aus § 36 II noch der weitere Schluss zu ziehen, dass für die Ermittlung der verschiedenen Aufgreif- und Eingreiffkriterien in Fällen wie dem vorliegenden nicht etwa die Ressourcen des erworbenen Unternehmens mit denen der Gebietskörperschaft selbst, hier des Bundes, sondern mit denen der übrigen Bundesunternehmen zusammenzurechnen sind.⁵ Danach kann hier an der Anwendbarkeit der §§ 35 ff. kein Zweifel bestehen, da der Umsatz der GBAG und der zahlreichen anderen Bundeskonzerne die Milliardengrenze (weit) überschreitet (§ 35 I).

II. Prognose

Nach § 36 I ist ein Zusammenschluss in dem genannten Sinne (o. I.) grundsätzlich zu untersagen, wenn *zu erwarten ist*, dass er eine marktbeherrschende Stellung i. S. des § 19 II und III begründet oder verstärkt. Die negative Veränderung der Marktstruktur infolge des Zusammenschlusses, der die Fusionskontrolle begegnen soll, braucht also nicht sofort einzutreten; für die Anwendung des § 36 I genügt es vielmehr bereits, dass derartige Auswirkungen des Zusammenschlusses lediglich (ernsthaft) zu „erwarten“ sind. Das erste Problem bei der Anwendung des § 36 I ist daher die Frage, welche Anforderungen an die hiernach nötige Prognose über die Auswirkungen des Zusammenschlusses zu stellen sind.

Prognosen über die vermutliche Entwicklung von Märkten sind mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden, denen die Praxis durch eine zweistufige Vorgehensweise zu begegnen versucht. Bei der Anwendung des § 36 I muss danach zwischen denjenigen Wirkungen unterschieden werden, die der Zusammenschluss nachprüfbar bereits im Augenblick seines Vollzuges zur Folge haben wird, und den Wirkungen, die vermutlich erst in der Zukunft aufgrund weiterer Entwicklungen eintreten werden. Im Vordergrund der Betrachtung haben die sogleich mit dem Zusammenschluss eintretenden Wirkungen zu stehen. Insoweit ist ein Vergleich der Marktstruktur vor und nach dem Zusammenschluss erforderlich. § 36 I ist anwendbar, wenn sich hierbei eine Veränderung der Marktstruktur zeigt, die eine ernste Gefährdung des Wettbewerbs i. S. der §§ 36 I und 19 II erwarten lässt, wobei in erster Linie an die

³ Wegen der Einzelheiten s. *Emmerich*, in: IM-GWB, § 130 Rn. 1 ff.

⁴ S. *Emmerich*, in: IM-GWB, § 130 Rn. 101 ff.; *Bechtold/Bechtold*, § 130 Rn. 10; *Emmerich*, in: 2. FS Böhm, 1975, S. 119.

⁵ *Emmerich* (vorige FN).

Veränderung der die Marktstruktur prägenden Daten anzuknüpfen ist, während es auf das aktuelle oder zukünftige Verhalten der Unternehmen allenfalls am Rande ankommt.⁶

Die Betrachtung darf jedoch hierbei nicht stehen bleiben, sondern muss ergänzend die weitere Entwicklung der betroffenen Märkte aufgrund zusätzlicher Umstände berücksichtigen, wobei etwa an den Marktzutritt neuer Unternehmen, das Ausscheiden von Konkurrenten oder neue technische Entwicklungen zu denken ist. Gerade hinsichtlich solcher Faktoren sind jedoch durchweg einigermaßen gesicherte Voraussetzungen, selbst für einen begrenzten Zeitraum, nur mit größten Schwierigkeiten möglich. Sie werden deshalb nur berücksichtigt, wenn für sie eine hohe Wahrscheinlichkeit aufgrund konkret nachweisbarer Umstände besteht, wobei die Praxis durchweg darauf angewiesen ist, mit *Erfahrungssätzen* zu operieren.

Im Rahmen des § 36 I finden außerdem nur solche Veränderungen der die Marktstruktur prägenden Daten Berücksichtigung, die gerade *kausal* auf dem Zusammenschluss beruhen.⁷ Aus alledem folgt, dass hier als nächstes zu prüfen ist, ob eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass gerade durch den Erwerb der GBAG seitens des Bundes die marktbeherrschende Stellung eines der beteiligten Unternehmen i. S. des § 36 I begründet oder verstärkt wird.

III. Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen

Das Gesetz unterscheidet in § 36 I zwei Fälle, die Begründung und die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des § 19 II gerade durch den Zusammenschluss. Deshalb hat die Prüfung hier mit der Frage zu beginnen, ob durch den Zusammenschluss, d. h. durch den Erwerb der Mehrheitsbeteiligung des Bundes an der GBAG, auf einem deutschen Markt, der nicht unter § 35 II Nr. 2 fällt, eine marktbeherrschende Stellung des Bundes bzw. seiner Konzerne im Sinne des § 19 II begründet wurde.

1. Soweit es um die *Begründung* einer marktbeherrschenden Stellung durch einen Zusammenschluss im Sinne des § 36 I geht, ist in erster Linie zu untersuchen, ob durch den Zusammenschluss die Marktstruktur so nachhaltig verändert wird, dass fortan die Voraussetzungen für wesentlichen Wettbewerb mit großer Sicherheit entfallen (§ 19 II 1 Nr. 1) oder dass für die zusammengeschlossenen Unternehmen ein übermäßiger Verhaltensspielraum begründet wird (§ 19 II 1 Nr. 2). In der Praxis liegt das Schwergewicht der Prüfung hierbei eindeutig auf dem zweiten Fall, und zwar so sehr, dass in der Fusionskontrolle heute zwischen den beiden Fällen des § 19 II 1 de facto kaum noch unterschieden wird. An die Stelle ihrer getrennten Prüfung ist vielmehr weithin die einheitliche umfassende Untersuchung der Marktverhältnisse daraufhin getreten, ob mit dem Zusammenschluss eine derartige Verschlechterung der Marktstruktur verbunden ist, dass für die verbundenen Unternehmen ein übermäßiger, vom Wettbewerb nicht mehr hinreichend kontrollierter Verhaltensspielraum entsteht.⁸

Bei dieser Prüfung ist von einer langfristigen Betrachtungsweise auszugehen, die nicht bei einer bloßen Addition der Marktanteile stehen bleiben darf, sondern außerdem

⁶ Grdl. BGHZ 71, 102 (116 ff.) = GRUR 1978, 439 – Kfz. Kupplungen (Sachs/GKN) (dazu u. Fall 25); BGHZ 76, 55 (73) = GRUR 1980, 734 – Anzeigenmarkt; BGHZ 79, 62 (67) = GRUR 1981, 365 – Strebausbauanlagen (Klößner/Becorit); BGHZ 82, 1 (9) = GRUR 1982, 126 – Straßenverkaufszeitungen; BGHZ 88, 284 = NJW 1984, 2700; BGHZ 136, 268 (275 ff.) = NJW 1998, 2440; BGHZ 178, 285 = NJW-RR 2009, 264 (Rn. 39) – E.ON/Stadtwerke Eschwege.

⁷ Grdl. BGHZ 115, 354 (361 f.) = GRUR 1992, 339 – Stormarner Tageblatt.

⁸ BGHZ 79, 62 (67 ff.) = GRUR 1981, 365 – Strebausbauanlagen (Klößner/Becorit).

die anderen relevanten Faktoren wie den Abstand zu den Konkurrenten, die Zersplitterung des übrigen Angebots oder die Stärke der Substitutionskonkurrenz mit einbeziehen muss. Die Bedeutung der einzelnen Faktoren schwankt dabei naturgemäß von Fall zu Fall. Besonderes Gewicht kommt aber in aller Regel dem vermutlichen *Marktanteil* der zusammengeschlossenen Unternehmen zu; bei Marktanteilen von 40% und mehr wird deshalb meistens ohne Weiteres von der Anwendbarkeit des § 36 I ausgegangen. Daneben finden namentlich noch die Finanzkraft der beteiligten Unternehmen sowie ihr Abstand zu den nächsten Konkurrenten Berücksichtigung.⁹

2. Ein Zusammenschluss ist nach § 36 I außerdem zu untersagen, wenn zu erwarten ist, dass durch ihn eine schon *bestehende* marktbeherrschende Position eines der beteiligten Unternehmen weiter *verstärkt* wird. Dieser Tatbestand ist erfüllt, wenn der Zusammenschluss den auf dem bereits vermachteten Markt noch vorhandenen *Restwettbewerb gefährdet*. Deshalb liegt eine Verstärkung in jeder Veränderung der die Marktmacht bestimmenden Größen, die zur Folge hat, dass die die Macht neutralisierende Wirkung des Wettbewerbs in höherem Maße eingeschränkt wird als vor dem Zusammenschluss. Sie äußert sich vor allem in der vergrößerten Fähigkeit zur Abwehr des nachstoßenden Wettbewerbs durch Minderung des Wettbewerbsdruckes, der von aktuellen oder potentiellen Konkurrenten ausgeht. Der Restwettbewerb auf einem Markt ist dabei umso schutzwürdiger, je größer die schon bestehende Macht der beteiligten Unternehmen ist.

Eine Vergrößerung des Marktanteils des bereits marktbeherrschenden Unternehmens ist hingegen nicht erforderlich; es genügt vielmehr allein die weitere Vergrößerung seines Verhaltensspielraums durch eine Veränderung von Marktstrukturdaten infolge des Zusammenschlusses, insbesondere durch die Erhaltung und Absicherung der schon errungenen marktbeherrschenden Position gegen aktuelle oder potentielle Konkurrenz. Besonderes Gewicht haben dabei die von der Vergrößerung der Ressourcen der zusammengeschlossenen Unternehmen ausgehenden *Abschreckungs- und Entmutigungseffekte* für die Konkurrenten. Abzustellen ist hierbei allein auf die Sicht der jeweils betroffenen, aktuellen oder potentiellen *Konkurrenten*. Aus ihrer Sicht ist mithin zu entscheiden, ob von dem Zusammenschluss die befürchteten Abschreckungs- und Entmutigungseffekte ausgehen, die zu einer weiteren Erlahmung des Wettbewerbs führen müssen.¹⁰

3. Die GBAG ist ebenso wie die großen Bundeskonzerne ein Mehrproduktenunternehmen, das gleichzeitig auf zahlreichen Märkten und Marktstufen tätig ist. Auf einer ganzen Reihe dieser Märkte werden die Marktanteile des Bundes bzw. der mit ihm i. S. des § 36 II verbundenen Unternehmen, und namentlich der VEBA durch den Erwerb der GBAG, in einer Weise erhöht, dass die Voraussetzungen der §§ 36 I und 19 II erfüllt sind.¹¹ Die Betrachtung dieser Marktanteilsveränderungen *allein* sagt hier freilich nur wenig über die wirkliche Bedeutung des Zusammenschlusses aus. Diese erschließt sich vielmehr erst, wenn man prüft, wie sich die Position der GBAG *insgesamt* durch ihre Verbindung mit dem Bund auf ihren Märkten verbessert, da im

⁹ S. zuletzt BGHZ 131, 107 (117 ff.) = NJW 1996, 595 – Backofenmarkt (Krupp/Daub); BGH LM § 22 GWB Nr. 22 = NJW 1992, 2289 – Kaufhof/Saturn.

¹⁰ S. im Einzelnen u. Fälle 25 bis 27; grdl. BGHZ 71, 102 (125) = GRUR 1978, 439 – Kfz. Kupplungen (Sachs/GKN); BGHZ 119, 346 (363 ff.) = GRUR 1993, 141 – Pinneberger Tageblatt (Springer/Beig); BGHZ 136, 268 (277 ff.) = NJW 1998, 2440 – Stromversorgung Allertal (RWE/Aggerstrom); BGH LM § 23 GWB Nr. 20 = NJW 1998, 2444 – Stadtwerke Garbsen; zuletzt OLG Düsseldorf WuW/E DER 1501 (1503 f.) – G+J/RWA; 1639 (1642 ff.) = AG 2006, 503 – Mainova/AVG.

¹¹ S. BKartA (o. FN 1).

Rahmen der materiellen Fusionskontrolle auch solche marktübergreifenden Wirkungen zumal von Großfusionen berücksichtigt werden müssen.¹²

Das Wesen der überragenden Marktstellung eines Unternehmens besteht in seinem besonderen, vom Wettbewerb nicht mehr hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraum, beruhend auf seinen besonderen Ressourcen. Es kann nun aber nicht zweifelhaft sein, dass der – ohnehin schon erhebliche – Verhaltensspielraum selbst eines Großunternehmens wie der GBAG noch weiter spürbar vergrößert wird, wenn es durch die Übernahme seitens des Bundes Zugang zu den prinzipiell unbeschränkten Mitteln des Bundes erhält. Ein Großunternehmen, hinter dem der Bund mit seiner ganzen, überlegenen Macht steht, befindet sich im Grunde fortan in einer unangreifbaren Position. Die machtnutralisierende Wirkung des Wettbewerbs wird folglich durch einen derartigen Zusammenschluss weiter eingeschränkt, da aktuelle und potenzielle Konkurrenten noch mehr als bisher schon abgeschreckt werden. Allein dies rechtfertigt hier bereits die Anwendung des § 36 I.¹³

4. Selbst wenn die Voraussetzungen des § 36 I an sich vorliegen, unterbleibt ein Verbot des Zusammenschlusses doch, wenn die beteiligten Unternehmen nachweisen, dass durch den Zusammenschluss zugleich *Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen* eintreten, die die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen.¹⁴ Für die Anwendung dieser Abwägungsklausel ist hier indessen kein Raum, da der Erwerb der GBAG durch den Bund die Struktur der Märkte nirgends erkennbar verbessert hat.

IV. Ministererlaubnis

Wenn das BKartA einen Zusammenschluss untersagt hat, können die beteiligten Unternehmen dagegen entweder Beschwerde einlegen (§ 63) oder eine Ministererlaubnis nach § 42 beantragen, letzteres, sofern im Einzelfall die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen wird oder der Zusammenschluss durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist.¹⁵ Dies ist der Fall, wenn der Zusammenschluss durch staats-, wirtschafts- oder gesellschaftspolitische Gründe von großem Gewicht gerechtfertigt wird, die konkret nachgewiesen sind.¹⁶ Maßstab sind hierbei die von der Bundesregierung selbst formulierten Grundsätze der Wirtschaftspolitik. An Hand dieser Grundsätze muss der Minister folglich die Vor- und Nachteile der Fusion gegeneinander abwägen; überwiegen die Vorteile, so ist die Fusion zu erlauben.

Dringende und hochrangige, auf andere Weise nicht erreichbare Ziele der Energiepolitik wie die langfristige Sicherung der Mineralölversorgung Deutschlands können nach dem Gesagten im Einzelfall durchaus die Erlaubnis eines Zusammenschlusses rechtfertigen; dasselbe gilt für die Sicherstellung der nötigen Raffineriekapazitäten. Wie unsicher freilich die in diesem Zusammenhang unvermeidlichen Prognosen sind, zeigt sich daran, dass wenige Jahre nach der Erlaubnis des hier interessierenden Zusammenschlusses die Veräußerung der GBAG seitens der Veba an die BP vom BMWi umgekehrt mit der Notwendigkeit gerechtfertigt wurde, der Veba die Möglichkeit zu geben, sich wieder von ihren verlustbringenden Raffinerieüberkapazitäten

¹² *BKartA* WuW/E BKartA 2335 = AG 1989, 278 – Daimler Benz/MBB; WuW/E BKartA 2521 (2539 f.) = AG 1993, 478 – ZF Friedrichshafen/Allison; vgl. auch *BKartA* WuW/E DEV 1163 – Springer/Pro7 Sat.1.

¹³ S. *Emmerich*, in: 2. FS Böhm, S. 119 (129 f.); *ders.*, AG 1976, 226 (230 f.).

¹⁴ S. dazu u. Fall 27 VI.

¹⁵ S. Kartellrecht, § 35.

¹⁶ Grdl. KG AG 1978, 207 = WuW/E OLG 1937 – Thyssen/Hüller Hille.

zu trennen.¹⁷ Dieselben negativen Erfahrungen musste der Bundeswirtschaftsminister in einer ganzen Reihe weiterer Fusionsfälle machen.¹⁸ Zu dem vorliegenden Fall hat er deshalb schließlich resignierend festgestellt, dass sich die Verhältnisse auf den internationalen Energiemärkten schon kurze Zeit nach dem Zusammenschluss so grundlegend verändert hätten, dass die mit dem Zusammenschluss angestrebten gesamtwirtschaftlichen Vorteile irrelevant geworden waren und als einziges greifbares Ergebnis die weitere Verstärkung der ohnehin übermächtigen Position der VEBA auf zahlreichen Märkten übrig blieb. Die Folge ist, dass die Praxis des Bundeswirtschaftsministers bei der Erteilung der Ministererlaubnis nach § 42 heute ganz restriktiv ist, so dass eine Ministererlaubnis nur noch selten beantragt und noch seltener erteilt wird.

¹⁷ ZfE 1979, 131 – VEBA/BP (Ruhrgas).

¹⁸ S. BMWi, WuW 1986, 788; vgl. auch *ders.*, WuW 1992, 925; allgemein dazu *Gerhardt*, Die fusionsrechtliche Ministererlaubnis, 2006, S. 209 ff.

Fall 25. Der Sachs/GKN-Fall¹

Sachverhalt

Das britische Unternehmen GKN plc (vormals Guest, Keen and Nettlefolds) ist ein weltweit tätiger Konzern mit mehreren hundert Tochtergesellschaften. Seine Haupttätigkeitsbereiche sind die Herstellung von Teilen für die Kfz- und Luftfahrtindustrie sowie von Stahl-, Aluminium- und Bleiprodukten. GKN produziert außerdem Kupplungen für den englischen Markt. Der Umsatz von GKN belief sich 1975 auf 6,6 Mrd. DM. In Deutschland war GKN mehrheitlich an der Uni-Cardan AG in Lohmar und zu 25% an der Sachs AG beteiligt. Die Uni-Cardan AG war ebenfalls als Zulieferer für die Autoindustrie tätig.

Die Sachs AG war seinerzeit eine reine Verwaltungsholding, die Mehrheitsbeteiligungen an verschiedenen Unternehmen hielt; u. a. war sie zu 89,3% an der Fichtel und Sachs AG (FuS) in Schweinfurt beteiligt, deren Hauptprodukte Kupplungen und Kupplungsteile sind. FuS besitzt selbst wiederum Mehrheitsbeteiligungen an zahlreichen Unternehmen im In- und Ausland. Der Umsatz der in der Sachs AG zusammengefassten Unternehmen überstieg im Jahr 1975 die Milliardengrenze.

Kupplungen bestehen aus drei Teilen, nämlich aus Kupplungsdruckplatten, Kupplungsscheiben und Ausdrückern, die gesondert hergestellt und nachgefragt werden. Es handelt sich dabei um technologisch weitgehend ausgereifte Produkte mit hohen Marktzutrittschranken. Als Abnehmer von Kupplungen kommen sowohl Kraftfahrzeughersteller als auch selbstständige Teilehändler in Betracht. Zwischen den Herstellern von Kupplungen und der Autoindustrie bestehen gewöhnlich langfristige Abnahmeverträge, wobei es der Autoindustrie gelungen ist, weitgehende Rechte durchzusetzen.

Die Märkte für Kupplungen waren in Europa in den siebziger Jahren noch weitgehend voneinander getrennt. In Deutschland wurden Kupplungen im Wesentlichen nur von den Firmen FuS und LuK angeboten. In Preis und Qualität bestehen keine nennenswerten Unterschiede zwischen den verschiedenen Produkten. Die Marktanteile waren lange stabil. Sie betrugen 1974 für FuS bei Kupplungsdruckplatten und bei Kupplungsscheiben ungefähr 80%.

GKN wollte 1976 die restlichen 75% des Kapitals der Sachs AG von den Brüdern Sachs erwerben. Zu prüfen ist, ob dem Zusammenschluss aus heutiger Sicht § 36 I entgegensteht.

¹ Nach BGHZ 71, 102 = GRUR 1978, 439 – Kfz. Kupplungen (Sachs/GKN); Vorinstanzen: KG AG 1977, 136 = WuW/E OLG 1745; BKartA AG 1976, 188 = WuW/E BKartA 1625.

Lösung

- I. Zusammenschluss
- II. Marktbeherrschende Stellung von Sachs
- III. Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung

Der Sachs/GKN-Fall hat in der zweiten Hälfte der siebziger Jahre gespielt. Seitdem haben sich die wirtschaftlichen Verhältnisse völlig verändert, und zwar so sehr, dass das Bundeskartellamt (BKartA) bereits Ende der achtziger Jahre gegen die Übernahme von Sachs durch MAN nicht mehr eingeschritten ist.² Außerdem ist am 21. September 1990 die Europäische Fusionskontrollverordnung (FKVO; inzwischen ersetzt durch die FKVO vom 20. Januar 2004)³ in Kraft getreten, die hier vermutlich anwendbar gewesen wäre, wenn sich der Fall unter ihrer Geltung zugetragen hätte (s. Art. 1 II FKVO), so dass daneben für die Anwendung des GWB kein Raum mehr gewesen wäre (s. Art. 21 FKVO). Seinerzeit hat die Kommission hingegen den Zusammenschluss von Sachs und GKN – mangels Geltung der erst viel später in Kraft getretenen FKVO – nur gemäß Art. 66 EGKS⁴-Vertrag hinsichtlich seiner Auswirkungen auf den Montanbereich geprüft.⁵ Die Folge war, dass hinsichtlich der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die übrigen Märkte das GWB anwendbar blieb.⁶ Die folgenden Ausführungen können sich deshalb unbedenklich auf die Prüfung des Zusammenschlusses an Hand der §§ 35 ff. beschränken.

GKN ist ein englisches Unternehmen. Dies steht indessen der Anwendung der deutschen Fusionskontrollvorschriften nicht entgegen, da GKN die Mehrheit an einem deutschen Unternehmen erwerben will. Des Rückgriffs auf § 130 II bedarf es in diesem Fall nicht.

I. Zusammenschluss

Der beabsichtigte Mehrheitserwerb von GKN an der Sachs AG stellt einen Zusammenschluss im Sinne der Nrn. 2 und 3 des § 37 I dar, der die Schwellenwerte des § 35 I überschreitet, so dass Raum für die Prüfung des Zusammenschlusses nach § 36 I ist. Dem steht nicht entgegen, dass die Sachs AG eine reine Verwaltungsholding mit geringen Umsätzen ist, da ihr aufgrund der Verbundklausel des § 36 II 1 die Umsätze der mit ihr im Sinne der §§ 17 und 18 AktG verbundenen Unternehmen zugerechnet werden.

Der *Verbundklausel* des § 36 II S. 1 kommt in der Fusionskontrolle erhebliche Bedeutung zu. Durch sie wird sichergestellt, dass abhängige und herrschende Unternehmen sowie Konzernunternehmen in der Fusionskontrolle generell als wirtschaftliche Einheit behandelt werden, und zwar ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform, da die

² TB 1987/88, S. 62 f.

³ VO (EG) Nr. 139/2004 (ABl. EU 2004 Nr. L 24/1).

⁴ Der Vertrag über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl (sog. Montanunion) lief 2002 aus, nunmehr ist allein der AEUV einschlägig, vgl. hierzu *Strein*, Europarecht, 8. Aufl. (2008), Rn 17.

⁵ S. Kommission Entsch. v. 29. 7. 1976, Bulletin 1976-7/8, Tz. 2126 = 6. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1976, 1977, Tz. 110 ff.

⁶ Wegen der umstrittenen Einzelheiten s. *Emmerich*, in: IM-GWB, 3. Aufl. (2001), § 130 Rn. 95–103.

Anwendung der §§ 17 und 18 AktG im Rahmen des GWB nicht die Beteiligung einer AG erfordert. Das hat z. B. dazu geführt, dass in der Fusionskontrolle der bisher nur wenig erforschte Gleichordnungskonzern des § 18 II AktG eine unerwartete Aktualität erlangt hat.⁷ Für den vorliegenden Fall ergibt sich mithin, dass der von der Sachs AG geführte Konzern einschließlich namentlich der Firma FuS in jeder Hinsicht als eine Einheit zu behandeln ist, so dass im Folgenden unbedenklich abkürzend immer von „Sachs“ die Rede sein kann (§ 36 II 1).

II. Marktbeherrschende Stellung von Sachs

Ein Verbot des Zusammenschlusses zwischen GKN und Sachs (FuS) kommt nach § 36 I nur in Betracht, wenn zu erwarten ist, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung im Bundesgebiet begründet oder verstärkt wird. Dies bedeutet, dass hier allein die Position des Sachs-Konzerns ins Auge zu fassen ist, da sich GKN bislang noch überwiegend auf ausländischen Märkten betätigt, so dass die Prüfung mit einer Betrachtung der Marktposition von Sachs (FuS) vor dem Zusammenschluss beginnen muss, um anschließend die vermutlichen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf diese Marktposition beurteilen zu können.

1. Der Begriff der Marktbeherrschung ist in § 36 I derselbe wie in § 19 II und III, so dass am Anfang der Prüfung die Abgrenzung des relevanten Marktes in sachlicher und räumlicher Hinsicht stehen muss. In sachlicher Hinsicht gehören zu demselben Markt, wie schon ausgeführt, alle Güter, die nach dem Urteil des durchschnittlichen vernünftigen Abnehmers für ihn denselben Verwendungszweck zu befriedigen geeignet sind, vorausgesetzt, dass die Nachfrager von dieser Wahlmöglichkeit auch tatsächlich Gebrauch machen.⁸ Dabei ist von einem Abnehmer auszugehen, der sich bereits für eine bestimmte Warenart entschieden *hat* und dementsprechend lediglich zu fragen, welche Produkte für ihn ohne Weiteres, d. h. ohne große Überlegungen und ohne besondere Anpassungslasten austauschbar sind.⁹

Für den vorliegenden Fall folgt daraus, dass hinsichtlich der Druckplatten und der Druckscheiben für Kupplungen von verschiedenen Märkten auszugehen ist, da sie getrennt angeboten und nachgefragt werden und offenkundig nicht gegeneinander austauschbar sind. Außerdem muss man zwischen den Märkten für die Kraftfahrzeughersteller und für die Teihändler unterscheiden, weil für beide Abnehmergruppen ganz unterschiedliche Bedingungen gelten. Die beiden relevanten Märkte sind daher hier die Märkte, auf denen Kupplungsdruckplatten und Kupplungsscheiben für Kraftfahrzeughersteller angeboten und nachgefragt werden. Denn nur insoweit berühren sich die Produktionsprogramme von GKN und Sachs (FuS) zumindest teilweise, so dass es auch allein bei diesen Produkten zur Addition von Marktanteilen infolge des Zusammenschlusses kommen kann.

Der *räumlich* relevante Markt deckt sich mit dem Hauptabsatzgebiet von Sachs (FuS). Das ist hier das gesamte Bundesgebiet, nicht hingegen das Gebiet der Europäischen Union, da die Märkte für Kupplungsteile seinerzeit noch getrennt waren. Auslandsmärkte bilden nur dann einen Teil des räumlich relevanten Marktes, wenn In- und Ausland wie z. B. im Großanlagenbau oder im Schiffs- und Flugzeugbau tatsächlich bereits einen einheitlichen Wettbewerbsraum darstellen (s. § 19 II Nr. 2 Halbs. 2).

⁷ GrdLg. BGHZ 121, 137 (144 ff.) = GRUR 1993, 587 – Zurechnungsklausel (WAZ/IKZ); BGH LM § 24 GWB Nr. 30 = NZG 1999, 254 = AG 1999, 181 (182 ff.) – Pirmasenser Zeitung (Tukan/Deil).

⁸ S. o. Fall 12.

⁹ S. Kartellrecht, § 27 Rn. 13 ff.