

Krakowski, Michael

Article — Digitized Version

## Aktuelle Probleme der Fusionskontrolle

Wirtschaftsdienst

*Suggested Citation:* Krakowski, Michael (1986) : Aktuelle Probleme der Fusionskontrolle, Wirtschaftsdienst, ISSN 0043-6275, Verlag Weltarchiv, Hamburg, Vol. 66, Iss. 2, pp. 67-74

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/136127>

**Standard-Nutzungsbedingungen:**

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

**Terms of use:**

*Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.*

*You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.*

*If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.*

### Aktuelle Probleme der Fusionskontrolle

Michael Krakowski, Hamburg

**Spätestens seit Daimler-Benz beabsichtigt, den noch verbliebenen AEG-Restkonzern zu übernehmen, ist die Diskussion um den Konzentrationsprozeß in der Bundesrepublik Deutschland und vermeintliche oder tatsächliche Lücken im Wettbewerbsrecht wieder aufgeflammt<sup>1</sup>. Bedarf es einer Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)?**

Mitte Januar sind die neuesten Statistiken des Bundeskartellamtes über die Fusionen im Jahre 1985 der Öffentlichkeit vorgestellt worden; und diese liefern den Befürwortern einer Verschärfung der Fusionskontrolle durchaus Argumente. Sah es einige Jahre lang nämlich so aus, als wäre der Höhepunkt der Fusionswelle in der Bundesrepublik Deutschland überschritten (die Zahl der Zusammenschlüsse stagnierte oder ging sogar zurück), so weisen die Ergebnisse des letzten Jahres in eine ganz andere Richtung: Mit 709 Zusammenschlüssen ist die seit der Einführung der Fusionskontrolle im Jahre 1973 höchste Zahl erreicht worden (vgl. Tabelle 1). Damit ist die Fusionstätigkeit seit dem Tiefpunkt des Jahres 1983 wieder – und zwar kräftig – angestiegen. Der Zuwachs von 1984 auf 1985 beträgt immerhin knapp ein Viertel.

Ein großer Teil dieses Anstiegs von absolut 134 Fällen ist allerdings auf die deutliche Zunahme von Zusammenschlüssen zurückzuführen, die nach dem GWB nicht kontrollpflichtig sind, da sie unter verschiedene Ausnahmeregelungen fallen, etwa die Bagatellklausel (172 Fälle im Jahre 1985 gegenüber 118 im Jahre 1984). Aber auch die Zahl der der Fusionskontrolle unterworfenen Fälle ist deutlich gestiegen. Die wirtschaftliche Bedeutung der Zusammenschlüsse läßt sich am besten aus ihrer Aufschlüsselung nach Umsatzgrößenklassen ersehen (vgl. Tabelle 2). Danach haben sich bei der Verteilung auf die verschiedenen Größenklassen keine wichtigen Veränderungen ergeben. Nur der Anteil der Erwerbungen von Unternehmen mit mehr als 2 Mrd. DM Umsatz ist – auch relativ – merklich gestiegen.

Der deutschen Fusionskontrolle unterliegen auch Zusammenschlüsse im Ausland, falls von ihnen Inlands-

wirkungen ausgehen; sie sind daher auch in den Tabellen mit enthalten. Dabei werden nicht die Umsätze der deutschen Tochtergesellschaften, sondern der – in der Regel amerikanischen – Konzerne angegeben. So betreffen drei der vier Aufkäufe von Unternehmen mit einem Umsatz von mehr als 12 Mrd. DM in den Vereinigten Staaten vollzogene Zusammenschlüsse, deren Wirkung in der Bundesrepublik Deutschland von sehr viel geringerer Bedeutung ist, als die in Tabelle 2 angegebenen Umsätze auf den ersten Blick vermuten lassen. Bei dem vierten Fall handelt es sich um eine in der Bundesrepublik Deutschland vollzogene Fusion, die im ökonomischen Ergebnis aber eher dezentrativ als konzentrativ wirken dürfte. Hier hat ein Versicherungsunternehmen seine existierende Beteiligung an einem deutschen Großunternehmen erhöht, um die Anteile später allmählich an der Börse zu plazieren.

Der Anstieg der Fusionshäufigkeit läßt sich nicht auf eine einzige Ursache zurückführen, dafür sind die nach dem GWB als Zusammenschlüsse eingestuft wirtschaftlichen Vorgänge sowohl hinsichtlich ihrer Ursache als auch ihrer Bedeutung zu heterogen. Trotzdem ist sicherlich einer der Gründe die wirtschaftliche Erholung in der Bundesrepublik Deutschland. So sind nach dem Tiefpunkt im Jahre 1982 beispielsweise die eigenen Finanzierungsmittel der Unternehmen wieder deutlich gestiegen, die „Kriegskassen“ sind wieder gefüllt. Diese Mittel sind mit einer Voraussetzung für Beteiligungskäufe, jedenfalls solange in der Bundesrepublik Deutschland dafür viel seltener Fremdkapital aufgenommen wird als etwa in den Vereinigten Staaten.

Auch gehen viele Unternehmen den Weg der Umstrukturierung und Diversifizierung, um den Herausfor-

---

*Dr. Michael Krakowski, 33, ist Leiter der Forschungsgruppe Besondere Forschungsbereiche im HWWA-Institut für Wirtschaftsforschung-Hamburg.*

<sup>1</sup> Schon im Februar 1985 hatte die SPD-Fraktion einen Entschließungsantrag zur Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Bundestag eingebracht, und seit Herbst letzten Jahres mehrten sich die Stimmen sowohl aus dem Bundeswirtschaftsministerium als auch aus dem Bundeskartellamt, die eine Änderung des GWB befürworteten.

derungen der Zukunft besser gewachsen zu sein, nachdem sie sich in der Krise vor allem auf Rationalisierung und Konsolidierung ihrer Kernbereiche beschränkt hatten. Hier spielen auch grundsätzliche Umstrukturierungen von Märkten eine Rolle, auf denen nicht nur in der Bundesrepublik, sondern auch international eine Fusionswelle zu verzeichnen ist, wobei sich auch die mit den neuen amerikanischen Fusionsrichtlinien verbundene weniger strenge Anwendung der Anti-Trust-Gesetze auswirkt<sup>2</sup>. Zudem beeinflussen – wie gezeigt – Auslandszusammenschlüsse auch direkt die Fusionshäufigkeit in Deutschland.

Die Ergebnisse der Fusionsstatistik für das Jahr 1985 werden sicherlich der Diskussion um eine Änderung des GWB weiter Auftrieb geben, die bisher weniger durch die Tatsache eines Anstiegs der allgemeinen Fusionshäufigkeit bestimmt wurde als vielmehr von konkreten Problemfeldern, bei denen die existierenden Vorschriften nicht zu greifen scheinen. Neben der mit der Konzentration im Handel angewachsenen Nachfragemacht, die schon seit mehreren Jahren in der wettbewerbspolitischen Diskussion einen hohen Stellenwert einnimmt und bei der die hinreichende Anwendbarkeit der derzeit gültigen Fassung des GWB noch immer nicht höchstrichterlich ausreichend geklärt wurde, stehen angesichts der konkreten Fälle von Fusionen und Beteiligungserwerben insbesondere im Jahre 1985 zwei Bereiche im Mittelpunkt der Diskussion:

- Die sogenannten „24-Prozent-Beteiligungen“ und
- die konglomeraten Fusionen.

### Zwei Diskussionsebenen

Dabei sind zwei Diskussionsebenen auseinanderzuhalten. Einmal geht es um die Tragfähigkeit des GWB in der Fassung der 4. Novelle vom September 1980, also um die Frage, wie das Gesetz auszulegen und anzuwenden ist; diese Art der Diskussion wird in der juristischen Fachdiction als „de lege lata“ bezeichnet. Hier kann das Bundeskartellamt insbesondere dadurch zur Klärung beitragen, daß es Fälle von grundsätzlicher Bedeutung aufgreift und gegebenenfalls bis zur höchstrichterlichen Entscheidung durch den Bundesgerichtshof verfolgt.

Davon zu unterscheiden sind die für den Ökonomen in der Regel interessanteren Überlegungen „de lege ferenda“, bei denen es sich um die Auseinandersetzung mit der Frage handelt, wie das betrachtete Gesetz unter normativen Gesichtspunkten gestaltet bzw. geändert

werden sollte. Auslöser für derartige Debatten sind üblicherweise und auch hier Vorgänge in der Wirtschaft, die zwar dem „Geist“ der existierenden Gesetze zu widersprechen, aber von diesen nicht ausreichend erfaßt zu werden scheinen. Die aktuelle Diskussion um die Fusionskontrolle wird im folgenden unter dem Blickwinkel „de lege ferenda“ behandelt. Dabei muß auch auf die derzeitige Rechtslage eingegangen werden; es besteht aber nicht der Anspruch, die teilweise recht komplizierte Materie umfassend darzustellen, sondern vielmehr die typischen Schwierigkeiten zu erläutern.

Eine ganz andere Art von Problem ist die in letzter Zeit mehrfach aufgetretene aktive Unterstützung von Unternehmenszusammenschlüssen durch einzelne Gebietskörperschaften. Hier wird eine Änderung des GWB keine Abhilfe bringen können; gleichwohl handelt es sich um eine wichtige ordnungs- und wettbewerbspolitische Auseinandersetzung, auf die am Schluß dieses Aufsatzes eingegangen wird.

### Die „24-Prozent-Beteiligungen“

Im Rahmen der Fusionskontrolle muß das Kartellamt zuerst feststellen, ob es sich überhaupt um einen Zusammenschluß im Sinne des Gesetzes handelt. Nach dem derzeitigen Stand des GWB und der einschlägigen Entscheidungen der Gerichte ist dies der Fall, wenn ein Beteiligungserwerb mindestens 25 % des stimmberechtigten Kapitals umfaßt oder aber – bei einem Erwerb von weniger als 25 % – dem Erwerber durch Vertrag, Satzung, Gesellschaftsvertrag oder Beschluß eine Rechtsstellung zukommt, die ein Aktionär mit mehr als 25 % des stimmberechtigten Kapitals innehat, also mindestens die aktienrechtliche Sperrminorität von 25 % plus einer Stimme. Bei einer geringeren Beteiligung

Tabelle 1  
Vollzogene Zusammenschlüsse

Jahr	Zusammenschlüsse
1973	34
1974	294
1975	445
1976	453
1977	554
1978	558
1979	602
1980	635
1981	618
1982	603
1983	506
1984	575
1985	709

Quelle: Bundeskartellamt.

<sup>2</sup> Vgl. US-Fusionsrichtlinien 1984, in: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb (Hrsg.): FIW-Dokumentation, Bd. 6, Köln, Berlin, Bonn, München, 1985.

**Tabelle 2**  
**Zusammenschlüsse nach Umsatzgrößenklassen 1983, 1984 und 1985**

Umsatzgrößenklasse in Mill. DM	Zahl der Zusammenschlüsse mit einem								
	Gesamtumsatz aller jeweils beteiligten Unternehmen <sup>1</sup>			Umsatz des erworbenen Unternehmens			Umsatz des/der erwerben- den Unternehmen(s)		
	1983	1984	1985	1983	1984	1985	1983	1984	1985
bis 4 . . . . .	1	—	—	225 <sup>a</sup>	247 <sup>b</sup>	287 <sup>c</sup>	14	18	17
über 4 bis 50	3	3	4	160	200	254	26	35	48
über 50 bis 500	42	54	62	92	99	116	83	89	94
über 500 bis 1 000	46	51	70	13	15	17	59	59	84
über 1 000 bis 2 000	37	53	81	7	10	10	34	65	87
über 2 000 bis 12 000	202	203	229	9	4	21	218	222	261
über 12 000 . . . . .	175	211	263	—	—	4	165	212	253

<sup>1</sup> Bei Gemeinschaftsunternehmen einschließlich der bereits vor dem Zusammenschluß beteiligten Unternehmen.  
<sup>a</sup> Davon (69) Neugründungen (kein Umsatz); <sup>b</sup> davon (77) Neugründungen (kein Umsatz); <sup>c</sup> davon (84) Neugründungen (kein Umsatz).  
 Quelle: Bundeskartellamt.

handelt es sich kartellrechtlich nicht um einen Unternehmenszusammenschluß. Der Beteiligungserwerb wird weder in die Fusionsstatistik aufgenommen noch findet eine materielle Prüfung im Hinblick auf eine eventuelle Untersagung statt.

Interessant ist die Tatsache, daß im GWB nicht auf die aktienrechtliche Sperrminorität abgestellt wird. Vielmehr hat der Gesetzgeber die Schwelle schon bei 25 % gesetzt und sich damit offensichtlich an dem bei Einführung der Fusionskontrolle bestehenden steuerlichen Schachtelprivileg orientiert. Die steuerrechtlichen Voraussetzungen haben sich nach 1973 aber erheblich verändert. Seit der Körperschaftsteuerreform von 1977 ist das körperschaftsteuerliche Schachtelprivileg wegen der Aufhebung der Diskriminierung der Gewinnausschüttung gegenstandslos geworden. Beim gewerbesteuerlichen Schachtelprivileg wurde 1983 mit Wirkung vom 1. 1. 1984 der notwendige Anteilsbesitz von 25 % auf 10 % herabgesetzt. Somit muß heute ein Unternehmen keinerlei steuerlichen Nachteil in Kauf nehmen, wenn es einen unter der Schwelle der Fusionskontrolle liegenden Anteil von zumindest 10 % erwirbt. Die in letzter Zeit auffällige Häufung eines Beteiligungserwerbs von weniger als 25 % mag teilweise hiermit zusammenhängen.

Der ökonomische Hintergrund für die Einführung einer Grenze im Gesetz ist die Unterscheidung zwischen reinen Finanzanlagen und einem unternehmerischen Engagement. Keinem Unternehmen soll es verwehrt sein, bei anderen Firmen Finanzanlagen zu tätigen, denn dabei entsteht keine neue wirtschaftliche Einheit mit zentraler Führung und Marktpolitik. Praktikabel zu handhaben ist solch eine Trennung aber nur bei einer gesetzlichen Schwelle für den Anteilskauf, die sich zwar an der allgemeinen Rechtssystematik orientieren sollte, aber doch keineswegs zwingend zu quantifizieren ist.

Eine – völlig legale – Umgehung des Kartellgesetzes ist bei dem Erwerb einer 24-Prozent-Beteiligung zu vermuten, wenn dieselben ökonomischen Wirkungen angestrebt und erzielt werden, die mit einer kartellrechtlich relevanten höheren Beteiligung verbunden sind, insbesondere also die faktische industrielle Führerschaft in dem Beteiligungsunternehmen. Verschiedene Anzeichen sprechen dafür, daß dies zumindest bei einigen der in Tabelle 3 aufgeführten wichtigen Fälle von „24-Prozent-Beteiligungen“ zutrifft. Diese sind, das sei hier nochmals betont, bisher kartellrechtlich nicht relevant.

**Umgehung des Kartellrechts**

In allen im folgenden betrachteten Fällen hat das sich beteiligende Unternehmen explizit eine industrielle Führerschaft mit einer Beteiligung von mindestens 25 % angestrebt. Die Rückführung auf weniger als 25 % geschah jeweils aus rein kartellrechtlichen Gründen. Es gibt keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß sich die ökonomische Zielsetzung bei dieser Beschränkung auf weniger als 25 % geändert hat; vielmehr dürfte in diesen Fällen weiterhin ein unternehmerisches Engagement und nicht eine reine Finanzbeteiligung angestrebt worden sein. Die jeweiligen Miterwerber scheinen einer solchen faktischen industriellen Führerschaft zumindest nicht entgegenzustehen.

Im Falle der Beteiligungskäufe durch Metro, Kaufhof und Asko (erste Stufe) waren die Miterwerber Banken bzw. Versicherungsunternehmen. Die Schweizerische Bankgesellschaft steht der (schweizerischen) Metro zumindest nahe; die mit Asko als Käufer aufgetretenen Banken stehen mit dem Verkäufer, der VEBA, die schon länger nach einem Käufer für die deutsche SB-Kauf gesucht hatte, in enger Geschäftsbeziehung. Im Falle des Erwerbs einer Beteiligung an Springer durch Burda wurde diese nach der Ablehnung verschiedener ande-

rer Konzepte durch das Bundeskartellamt und der Ausichtslosigkeit einer Ministererlaubnis auf 24,9 % beschränkt. Die restlichen Aktien wurden, soweit sie nicht im Familienbesitz verblieben sind, weit gestreut und so ausgestattet, daß eine weitere Paketbildung ausgeschlossen ist. Bei weit gestreutem Besitz der restlichen Aktien dürfte auch eine Beteiligung von 24,9 % Burda langfristig einen bedeutenden Einfluß auf Springer sichern.

Ein anderer Fall scheint auf den ersten Blick bei dem Beteiligungserwerb von nur 12,49 % durch MBB an Krauss-Maffei vorzuliegen, sind doch mit Diehl und Buderus zwei andere industrielle Partner vertreten. Buderus jedoch gehörte zu diesem Zeitpunkt Flick, dem Verkäufer von Krauss-Maffei; diese Restbeteiligung dürfte eher der Erleichterung der Transaktion gedient haben als einen potentiellen Interessenkonflikt mit MBB in sich tragen. Ob eine Interessenkoalition mit Diehl möglich ist, wird abzuwarten bleiben; vorerst scheinen – soweit dies Presseberichten entnommen werden kann – Diehl und MBB sich eher als ideale Partner zu verstehen, die über den Erwerb von Krauss-Maffei hinausge-

<sup>3</sup> MBB und Diehl haben ihre jeweiligen Anteile in eine gemeinsame Vor-schaltgesellschaft eingebracht, die – da jeder Partner 12,49 % (indirekt) an MBB hält – weniger als 25 % der Anteile erreicht. Hätten Diehl und MBB größere Anteile erworben, wäre diese Konstruktion möglicherweise nicht genehmigt worden.

hende gemeinsame Pläne verfolgen<sup>3</sup>. Die industrielle Bedeutung der Verflechtung zwischen MBB und Krauss-Maffei jedenfalls wird dadurch deutlich, daß während der Verhandlungen seitens MBB immer auf ein großes gemeinsames Rationalisierungspotential hingewiesen wurde. Gerade dieser „24-Prozent-Fall“ hat die Diskussion um die 25-Prozent-Grenze stark belebt, denn es waren eine ganze Reihe von – jeweils untersagten – Beteiligungsvorhaben von MBB an Krauss-Maffei angemeldet worden, bevor die dann verwirklichte Konstruktion gefunden war, bei der die Berliner Kartellwächter aufgrund der gesetzlichen Regelung schließlich machtlos blieben.

**Direkte und indirekte Anteile**

Besonders deutlich werden die Schwächen der 25-Prozent-Regelung, wenn direkt und indirekt gehaltene Anteile deshalb nicht addiert werden können, weil sie jeweils nicht die kartellrechtlich relevante Grenze erreichen. So konnte die Bertelsmann Konzerntochter Gruner + Jahr eine Beteiligung von 24,9 % an der Zeitschrift manager magazin erwerben, obwohl Bertelsmann schon mit 24,9 % am Spiegel-Verlag beteiligt ist, der Muttergesellschaft des manager magazin. Die somit direkt und indirekt gehaltenen Anteile am manager magazin, die gemeinsam wesentlich mehr als 25 % aus-

**Tabelle 3**  
**Wichtige Beteiligungskäufe von weniger als 25 % 1980 bis 1985**

Jahr	Erwerber	Prozentsatz	Beteiligungsunternehmen	Miterwerber	Bemerkungen
1980	Metro	24,99	Kaufhof	Schweizerische Bankgesellschaft (26 %), inzwischen teilweise weiterveräußert.	Das Vorhaben, mehr als 25 % zu erwerben, war untersagt worden.
1982	Burda	24,9	Springer	Die restlichen Aktien wurden an der Börse so abgegeben, daß keine Pakete erworben werden können (26,1 % weiterhin bei der Familie).	Das Vorhaben, mehr als 25 % zu erwerben, war untersagt worden. Die breite Streuung an der Börse sichert Burda langfristig einen bedeutenden Einfluß.
1981-1984	Philip Morris	24,9	Rothmans	-----	Der 1981 erfolgte Beteiligungserwerb von (indirekt) 50 % wurde angesichts der Untersagung – auch der Probleme nach EG-Recht – vor Abschluß des Verfahrens beim BGH reduziert.
1985	MBB	12,49 (indirekt)	Krauss-Maffei	Diehl 12,49 (indirekt) Buderus 15 % Dresdner Bank 10-11 % Deutsche Bank 10-11 % Bayerische Vereinsbank 10-11 % Bayern (indirekt) 25,3 %	Gesellschafterkonstellation ist nach mehreren am BKartA gescheiterten Versuchen zustande gekommen. Vertreter Bayerns auch im MBB-Aufsichtsrat Mitglied.
1985	Kaufhof	17,5	Saturn	Fünf Versicherungsunternehmen.	Höherer Anteilserwerb scheiterte am BKartA. Kaufhof erwirbt auch Lizenz für den Namen Saturn.
1985	Gruner + Jahr	24,9	manager magazin	-----	Gruner + Jahr-Muttergesellschaft Bertelsmann hält ebenfalls 24,9 % an manager-magazin-Muttergesellschaft Spiegel-Verlag.
1985	Asko	24,9 (erste Stufe)	Deutsche SB-Kauf	Deutsche Genossenschaftsbank Norddeutsche LB Westdeutsche LB	Anteil wurde in einer zweiten Stufe auf Mehrheitsbeteiligung aufgestockt nach Genehmigung durch BKartA.
1985	BMW	23 direkt 8 indirekt	Loewe Opta	-----	Direkte und indirekte Beteiligung kartellrechtlich nicht addierbar.

Quelle: Eigene Zusammenstellung nach verschiedenen Zeitungsberichten.

machen, können kartellrechtlich aber nicht zusammengefaßt werden, da es sich – wegen der unter 25 % liegenden Beteiligung – beim Spiegel-Verlag rechtlich nicht um ein mit Bertelsmann verbundenes Unternehmen handelt. Gleichwohl hat Gruner + Jahr nach dem Anteilsverkauf das Projekt eines Konkurrenzmagazins zum manager magazin aufgegeben; die betroffenen Verlage scheinen somit aus den herrschenden Beteiligungsverhältnissen durchaus gleichgerichtete Interessen abzuleiten.

Auf die ursprüngliche Verbindung der Schwelle von 25 % im GWB mit dem Schachtelprivileg wurde schon hingewiesen. Die später erfolgte Veränderung der steuerlichen Vorschriften bedeutet, daß dieser Grund für die Festlegung der Grenze auf 25 % fortgefallen ist. Zusammen mit der Häufung der vermutlichen „Umgehungen“ des GWB durch den Erwerb kleinerer Anteile spricht dies für Überlegungen, die in Richtung auf ein Absenken dieser Schwelle zielen.

### **Zwei Vorschläge**

In der aktuellen wettbewerbspolitischen Diskussion werden zwei Vorschläge zu einer Verringerung der 25-Prozent-Schwelle unterbreitet.

Im Entschließungsantrag der SPD-Fraktion ist eine Verringerung auf 10 % vorgesehen; damit würde die Schwelle den neuen steuerrechtlichen Regelungen angepaßt. Zudem ist ab einer 10-%-Beteiligung mit einem Sitz im Aufsichtsrat zu rechnen. Es dürfte für Unternehmen kaum ein gangbarer Weg sein, mit einer unter 10 % liegenden Beteiligung eine industrielle Führerschaft anzustreben: Die Zahl der dann notwendigen Partner wäre wohl zu groß, und steuerliche Nachteile müßten in Kauf genommen werden. Eine Schwierigkeit bei einer derartigen Regelung dürfte in der im Verhältnis zur heutigen Situation ungleich größeren Zahl von Fällen liegen, die das Bundeskartellamt dann zu untersuchen hätte.

Einen anderen Weg hat der Staatssekretär im Bundeswirtschaftsministerium, Otto Schlecht, vorgeschlagen. Danach sollte ganz von einer quantifizierten Schwelle abgegangen und statt dessen eine Generalklausel eingeführt werden. Das Bundeskartellamt hätte jeweils zu prüfen, ob ein „maßgebender Einfluß“ auf das übernommene Unternehmen vorliegt. Dabei sollen etwaige Nebenabsprachen berücksichtigt und auch eventuelle „Querverbindungen“ über Aufsichtsratsmandate untersucht werden. Dies dürfte insbesondere bei den wie gezeigt häufig als Miterwerbern auftretenden Banken eine Rolle spielen. Ein wichtiger Nachteil einer Generalklausel liegt in der nach ihrer Einführung zu erwartenden erheblichen Rechtsunsicherheit, soweit nicht

schon in der Begründung der Gesetzesänderung oder im Gesetz selbst Kriterien festgelegt werden, die für die Feststellung eines „maßgeblichen Einflusses“ heranzuziehen sind.

Beide hier erwähnten Vorschläge zur Gesetzesänderung zeigen gangbare und sicherlich wirksame Wege auf, wie die legale Umgehung der Fusionskontrolle durch den Erwerb einer 24-Prozent-Beteiligung zukünftig verhindert werden könnte. Zumindest im Falle der Einführung einer 10-Prozent-Regel sollte der Vorschlag, generell die Zahl der Aufsichtsratsmandate von Banken zu begrenzen, erneut in die Überlegungen mit einbezogen werden.

### **Konglomerate Zusammenschlüsse**

Konglomerate Zusammenschlüsse können selbst dann Gefahren für den Wettbewerb in sich bergen, wenn sie nicht mit der Erhöhung eines Marktanteils auf einem Einzelmarkt verbunden sind. Dennoch ist die deutsche Fusionskontrolle an die Existenz von Marktbherrschaft gebunden, die konkret auf Einzelmärkten nachzuweisen ist: Eine Untersagung von Fusionsvorhaben ist nur dann möglich, wenn bei dem jeweiligen Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung entstehen oder verstärkt würde. Die mit der 4. Novelle eingeführten Vermutungskriterien für konglomerate Zusammenschlüsse haben hieran nichts geändert, weil sie die Beweislast nicht umkehren. Auch bei Vorliegen des im Gesetz genannten gemeinsamen Umsatzes von mindestens 12 Mrd. DM (§ 23a) muß das Berliner Amt die Frage der Marktbherrschaft auf Einzelmärkten prüfen.

Der manchmal geäußerte Eindruck, im GWB bestehe schon in der jetzigen Fassung eine absolute Größenkontrolle, ist somit unzutreffend. Rein konglomerate Fusionen, bei denen also keinerlei Berührungspunkte zwischen den Märkten der beiden sich zusammenschließenden Unternehmen existieren, können nur untersagt werden, wenn andere Gründe als die Zusammenfassung von Marktanteilen für die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung sprechen. Voraussetzung ist in aller Regel, daß das aufgekaufte Unternehmen schon vor dem Zusammenschluß auf Einzelmärkten marktbeherrschend war. Eine Untersagung ist dann möglich, wenn das erworbene Unternehmen durch die Fusion in seiner Finanzkraft deutlich gestärkt wird, in der Praxis also wesentlich geringere Umsätze erwirtschaftet als die – neue – Muttergesellschaft. Der Zuwachs an Finanzkraft dürfte etwaige potentielle neue Anbieter von einem Eintritt in die beherrschten Märkte abhalten und insofern die vorliegende marktbeherrschende Stellung des erworbenen Unternehmens verstärken<sup>4</sup>.

Bei konglomeraten Zusammenschlüssen ist nach der derzeitigen Rechtslage folglich zu prüfen,

- ob auf einzelnen Märkten beide Unternehmen anbieten; falls dies der Fall ist und dort eine marktbeherrschende Stellung entstehen oder verstärkt würde, wird das Amt den Zusammenschluß typischerweise nur mit der Auflage genehmigen, daß eines der beteiligten Unternehmen seine Aktivitäten auf dem betreffenden Markt ausgliedert bzw. an einen Dritten abgibt. Ein Beispiel ist etwa die bei der Genehmigung des Zusammenschlusses Philips/Grundig erlassene Auflage, den Diktiergerätebereich von Grundig zu verselbständigen;
- ob das aufgekaufte Unternehmen gegebenenfalls auf weiteren Märkten über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, und wenn das der Fall ist,
- ob diese durch den Zusammenschluß wegen eines Zuwachses an Finanzkraft oder anderer im Gesetz genannter – bisher in der Rechtsanwendung weniger relevanter – Punkte verstärkt würde.

#### Aktuelle Fälle

Die wichtigsten konglomeraten Zusammenschlüsse des Jahres 1985 sind neben dem schon in Tabelle 2 aufgeführten kartellrechtlich nicht relevanten Beteiligungserwerb von direkt und indirekt rund 30 % an Loewe Opta durch BMW die drei bedeutenden Käufe bzw. Kaufvorhaben der Daimler-Benz AG. Es handelt sich dabei um die Erhöhung der schon bestehenden Beteiligung an der MTU auf 100 %, den Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung bei Dornier von 65,5 % und das Vorhaben des Erwerbes zumindest einer Mehrheitsbeteiligung bei der AEG. Diese drei Unternehmen gehören jeweils zu den nach der Wertschöpfung gerechnet 100 größten Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland. In den Fällen MTU und Dornier hat das Kartellamt gemäß der oben erläuterten Rechtslage keinen Anhaltspunkt zur Intervention feststellen können. Im Falle AEG hat das Amt noch bis Ende Februar Zeit, um zu einer Entscheidung zu gelangen. Auch hier ist nicht mit einer Untersagung zu rechnen, allenfalls gewisse Auflagen scheinen möglich.

In der Öffentlichkeit hat gerade dieses Vorhaben für heftige Diskussionen gesorgt, denn es handelt sich hier um das größte Fusionsvorhaben in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland. Angesichts der Bedeutung dieses Vorhabens sind in der Presse auch alle die Argumente gegen eine solche Fusion wieder vorgetra-

gen worden, die allgemein gegen eine überragende absolute Größe von Unternehmen sprechen:

- Eine überragende absolute Größe verleiht Unternehmen auch politische Macht. Darin wird eine Gefahr für die Demokratie gesehen.
- Neben – teilweise auch wegen – der politischen Macht entsteht wirtschaftliche. Diese muß nicht im Sinne der Marktbeherrschung auf Einzelmärkte bezogen sein, kann aber gegebenenfalls auf einzelnen Märkten konzentriert eingesetzt werden.
- Bestimmte, wettbewerbspolitisch unerwünschte Verhaltensweisen sind bei großen Konglomeraten wahrscheinlich, etwa die interne Subventionierung des Angebots auf ausgewählten Märkten. Zwischen Konglomeraten sind Käufe auf Gegenseitigkeit und die gegenseitige Respektierung von Einflüßzonen wahrscheinlich.

Diese Argumente sprechen dafür, nicht nur die Stellung von Unternehmen auf einzelnen Märkten bei der Fusionskontrolle zu berücksichtigen, sondern auch dem absoluten externen Wachstum Schranken zu setzen. Dieses Wachstum ist mit den gegenwärtig existierenden Gesetzen nicht ausreichend kontrollierbar, wenn eine Großfusion wie Daimler-Benz/AEG nicht untersagt werden kann. Folgerichtig sind zwei – schon öfter vorgetragene – Ansätze für eine Gesetzesänderung in diesem Bereich erneut in die Diskussion eingebracht worden.

#### Verbot von Großfusionen?

Der eleganteste und klarste Weg zur Unterbindung von Großfusionen ist ein allgemeines Verbot von Zusammenschlüssen ab einer zu quantifizierenden bedeutenden Unternehmensgröße. Externes Wachstum wäre sehr großen Unternehmen dann im Prinzip untersagt. Sicherlich müßten in diesem Falle klar umgrenzte Ausnahmen definiert bzw. wie bei der heutigen Ministerlaubnis ein Weg offen gelassen werden, auf dem solche Fusionen, falls sie dem Gemeinwohl dienen, dennoch zugelassen werden können.

Ein anderer Vorschlag sieht vor, die Fusionskontrolle von der Marktbeherrschung abzukoppeln und statt dessen eine Generalklausel einzuführen, wonach ein Zusammenschluß untersagt werden muß, wenn dadurch eine „wesentliche Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen“ zu erwarten ist. Diese Abkoppelung wurde vom Bundeskartellamt und einer Minderheit der Monopolkommission schon bei den Beratungen zur 4. Novelle des GWB vertreten<sup>5</sup>. Sie ist auch wieder im Entschließungsantrag der SPD-Fraktion enthalten. We-

---

<sup>4</sup> Vgl. die Entscheidung des Bundesgerichtshofs im Fall Rheinmetall/WMF aus dem Jahre 1985.

<sup>5</sup> Vgl. Bundeskartellamt: Tätigkeitsbericht 1976, S. 20 und Monopolkommission: Hauptgutachten II, 1976/77, Baden-Baden 1978, S. 270 ff.

sentlichster Einwand ist hier der – zumindest anfangs – recht große Ermessensspielraum des Berliner Amtes, bevor dieser Spielraum im Laufe der Zeit durch Gerichtsurteile eingeschränkt wird. Die Argumentation entspricht hier derjenigen gegen eine Generalklausel für die Feststellung eines Zusammenschlusses.

Obwohl mit beiden Vorschlägen bedeutende konglomerate Fusionen untersagt werden können, ist die ökonomische Begründung doch recht unterschiedlich. Während bei der zweiten Formulierung noch auf die Wettbewerbsverhältnisse abgestellt wird, ist es bei der ersten nicht mehr nötig, diese in die Betrachtung mit einzubeziehen. Selbst wenn keinerlei wettbewerbliche Auswirkungen vorliegen sollten – was allerdings eher ein hypothetischer Fall sein dürfte –, müßte der geplante Zusammenschluß eines Großunternehmens verboten werden. Für eine solche Vorgehensweise sprechen gute ökonomische Gründe, aber auch die Rechtsklarheit. Mehrheiten für eine derartige Neugestaltung des Gesetzes sind im politischen Raum derzeit jedoch nicht auszumachen; auch in absehbarer Zukunft dürfte sich daran nichts ändern.

#### **Der staatliche Einfluß**

Bei der Politik des Staates gegenüber Unternehmenszusammenschlüssen lassen sich zwei unterschiedliche Entwicklungen feststellen. Der Bundeswirtschaftsminister hat sich in den letzten Jahren bei der Genehmigung von untersagten Fusionen mittels Ministererlaubnis große Zurückhaltung auferlegt. Hier war die – im nachhinein äußerst unglücklich erscheinende – Erlaubnis der Fusion IBH-Holding/Wibau-Maschinenfabrik im Jahre 1981 der letzte Fall<sup>6</sup>. Unternehmen im Bundesbesitz – in erster Linie die VEBA – waren im gleichen Zeitraum in großem Umfang an Fusionen beteiligt. Die den Aufsichtsgremien angehörenden Vertreter des Staates haben hier nicht mäßigend Einfluß genommen. Auch wenn Staatsunternehmen sich wie andere private Unternehmen im Rahmen der gesetzlichen Regelungen frei am Markt entfalten sollen, sollten die ordnungspolitischen Grundsätze hier doch stärker Berücksichtigung finden. In der Regel wäre jedoch eine Privatisierung solcher Unternehmen am besten mit eben diesen Grundsätzen vereinbar.

Besonders bedenklich ist allerdings das neuerdings besonders ausgeprägte industriepolitische Engagement von einzelnen Landesregierungen, die zur Förderung der Wirtschaftskraft ihrer jeweiligen Länder und um Arbeitsplätze zu erhalten oder neu zu schaffen gezielt eine Politik der Zusammenschlüsse betreiben. So ha-

ben die Regierungen von Bayern und Baden-Württemberg bei zwei wichtigen Zusammenschlüssen im letzten Jahr eine sehr aktive Rolle gespielt. Im Falle der Übernahme von Dornier durch Daimler-Benz hat der Ministerpräsident Späth die Verhandlungen mit in die Wege geleitet.

In diesem Fall scheint eine Fusion für das leistungsstarke Unternehmen Dornier keineswegs zwingend notwendig gewesen zu sein; der hauptsächlich Grund lag in der Unfähigkeit der Gesellschafter – der Familie Dornier –, sich auf eine gemeinsame Unternehmenspolitik zu verständigen. Hier wären freilich andere Lösungen, etwa die einer Familienstiftung, möglich gewesen, die auch unter den Gesellschaftern diskutiert wurden. Der Einfluß der Landesregierung wurde freilich nicht für einen solchen konzentrationsneutralen Weg genutzt, sondern der Zusammenschluß mit einem anderen, ebenfalls im gleichen Bundesland ansässigen Partner betrieben und zudem noch direkt ein Anteil vom Land erworben. Dabei war Daimler-Benz keineswegs der einzige Übernahmepolitiker. Die Konkurrenz anderer an Dornier interessierten Unternehmen war heftig. Da diese aber nicht im Lande Baden-Württemberg ansässig waren, hatten sie somit gegen den politischen Einfluß anzukämpfen.

#### **Große Gefahren**

Die negativen wettbewerblichen Wirkungen des anderen Falles sind noch ungleich größer. Als die Flick-Gruppe sich von dem vorwiegend auf die Produktion von Rüstungsgütern spezialisierten und in Bayern ansässigen Unternehmen Krauss-Maffei trennen wollte, wurde von der Bayerischen Landesregierung, und hier insbesondere vom Ministerpräsidenten, explizit die Politik verfolgt, das ebenfalls in München ansässige Unternehmen MBB mit Krauss-Maffei zu verbinden. Auch in diesem Falle existierten andere Interessenten, die allerdings wiederum nicht im selben Bundesland ihren Sitz hatten. Dieser anderen Lösung wurde sowohl von der Beschaffungsstelle der Bundeswehr als wichtigem Nachfrager von Rüstungsgütern als auch vom Berliner Amt aus wettbewerbpolitischen Gründen der Vorzug gegeben. Dennoch wurden mit Unterstützung der Landesregierung und von Franz Josef Strauß, der dem Aufsichtsrat von MBB angehört, mehrere Anläufe unternommen, die – wie bereits erwähnt – alle beim Kartellamt scheiterten, bevor eine wegen der 25-Prozent-Grenze nicht mehr untersagbare Konstruktion gefunden wurde.

Hier haben sich Vertreter einer Landesregierung direkt und aktiv an einem einhellig als wettbewerbspolitisch schädlich eingestuften „Zusammenschluß“ unter

<sup>6</sup> Unglücklich war diese Entscheidung vor allem deshalb, weil IBH kurze Zeit später zahlungsunfähig wurde.



Umgehung des GWB beteiligt. Gleichzeitig hat der Bayerische Staat über die Landesanstalt für Aufbaufinanzierung direkt 25,3 % an Krauss-Maffei übernommen, was ebenfalls im Gegensatz zu marktwirtschaftlichen Ordnungsvorstellungen steht. Schon leicht ins Groteske reicht das gleich daraufhin einsetzende Drängen des Bayerischen Ministerpräsidenten, BMW sollte nun MBB übernehmen, wobei der Vorstand vom BMW anfangs öffentlich sein Desinteresse an einer solchen Verbindung äußerte. Hier geht die staatliche Industriepolitik sogar so weit, zwei gesunde und potente Unternehmen in eine Fusion zwingen zu wollen.

Solche industriepolitischen Anwendungen bergen große Gefahren in sich, die weit über die negativen wettbewerblichen Folgen der einzelnen Zusammenschlüsse hinausgehen. Ein drastisches Beispiel sind hier die Erfahrungen im Nachbarland Frankreich, das gerade in diesem Bereich von den genannten Ministerpräsidenten – sicherlich unter Einschränkungen – bisweilen als Vorbild genannt wird. Die dort nach dem Wahlsieg der Sozialisten im Jahre 1981 einsetzenden Verstaatlichungen werden im Ausland, aber auch in Frankreich selbst, oft als ein Bruch, ein nach dem jeweiligen Standpunkt gut oder schlecht zu bewertender Neubeginn gewertet.

Eher den Tatsachen dürfte aber die These entsprechen, daß sie nur die logische Folge der schon vorher betriebenen Industriepolitik waren. Denn diese hatte mit zur Entstehung von solch ungelungenen und teilweise widersinnigen Konglomeraten geführt, so daß die jetzt vorgenommene Neuordnung unter direkter staatlicher Hoheit dringend notwendig war; insoweit wurde nur der vorher eingeschlagene Weg konsequent zu Ende gegangen und durch die Neuordnung letztlich sogar die Voraussetzung zu einer erfolgreichen Reprivatisierung geschaffen<sup>7</sup>.

Auch in der Bundesrepublik Deutschland ließe es sich wohl kaum vermeiden, daß nach staatlich betriebenen Zusammenschlüssen die jeweilige Regierung im Falle des Mißerfolges eine finanzielle Beteiligung an den Verlusten – auf welche Weise diese auch immer erfolgen mag – tragen müßte und somit eine immer engere und gefährlichere Verquickung von Staat und Wirtschaft die Folge wäre. Der funktionsfähige Wettbewerb würde dabei immer weiter auf der Strecke bleiben, und es würden erhebliche Gefahren für Wirtschaftsordnung und Demokratie entstehen. Beispiele für Firmenkäufe, die sich im nachhinein als große Belastung für das erwerbende Unternehmen erwiesen haben, gibt es reichlich. Es sei hier nur an den bekannten Fehlgriff von VW beim Kauf des Büromaschinenherstellers Triumph-Adler erinnert.

### Verschärfung der Fusionskontrolle

Eingriffe des Staates bei Fusionen bedeuten Interventionen auf dem Markt für Unternehmen. Diesem Markt wird die Funktionsfähigkeit genommen, wenn es nicht mehr den Firmen überlassen bleibt, sich ihre unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten besten Partner auszusuchen, bzw. dem Eigentümer, an den Meistbietenden zu verkaufen, soweit es kartellrechtlich erlaubt ist. Statt dessen wird nun mit Hilfe des politischen Einflusses ein neuer Gesichtspunkt eingeführt, und zwar der Standort des erwerbenden Unternehmens, der nach Möglichkeit im gleichen Bundesland liegen soll. Der politische Einfluß wirkt auch über Beteiligungen der jeweiligen Gebietskörperschaften. Somit ist zu befürchten, daß dieser wegen des Neuerwerbs von Anteilen durch Landesregierungen in Zukunft noch eher zu- als abnehmen wird.

Staatliche Einflußnahme ist nicht mit irgendwelchen Neufassungen des GWB zu unterbinden. Ihre Möglichkeiten würden aber im Falle einer konsequenten Privatisierung der von den verschiedenen Gebietskörperschaften gehaltenen Beteiligungen erheblich eingeschränkt. Diejenigen Politiker, die sich weiterhin industriepolitisch engagieren wollen, sind einer solchen Politik freilich abgeneigt, wie es sich letztes Jahr wieder bei den Bemühungen um eine Privatisierung der Lufthansa gezeigt hat.

Die ordnungspolitische Auseinandersetzung auch und gerade im Regierungslager wird wohl noch weiterhin hitzig geführt werden. Der äußerst polemische Schlagabtausch angesichts des „staatlichen Konzernschmiedens“ ist wohl nur die Spitze des Eisbergs. Ladenschlußgesetz, Privatisierung, Forschungspolitik und Subventionen sind weitere, nicht minder brisante Themen; und diese Liste ließe sich noch weiter fortführen.

Auch die nach Jahren der „Ruhe an der Kartellfront“ wieder in Gang gekommene wettbewerbspolitische Diskussion ist hier einzuordnen. Manchem, der die Meinung vertritt, die Konzerne in der Bundesrepublik Deutschland seien zu klein, um im internationalen Wettbewerb bestehen zu können, ist schon die Fusionskontrolle in der derzeitigen Ausgestaltung zu weitgehend. Soll aber eine Wettbewerbsordnung mit funktionsfähigen Märkten aufrechterhalten werden, so muß nicht nur die Fusionskontrolle beibehalten, sondern durch Gesetzesänderungen ihre zunehmende Aushöhlung verhindert werden. Und eine derartige Aushöhlung ist gegeben, wenn nicht zumindest den „24-Prozent-Fusionen“ ein Riegel vorgeschoben wird. Hier ist der Gesetzgeber gefordert.

<sup>7</sup> Vgl. Philippe Simonot: Les nationalisés saisis par le capitalisme, in: Express vom 13. 12. 1985, S. 44-52.