

Schriften zum Wirtschaftsrecht

---

Band 29

# Die Problematik der Fusionskontrolle bei Konglomeraten

Eine Untersuchung der rechtlichen Schwierigkeiten und  
ihrer wirtschaftlichen Grundlagen unter besonderer Berücksichtigung  
der Einzelmarkt Betrachtung und des Marktanteilskriteriums in den §§ 24, 22 GWB

Von

Heiner Maria Emrich



Duncker & Humblot · Berlin

**HEINER MARIA EMRICH**

**Die Problematik der Fusionskontrolle bei Konglomeraten**

**Schriften zum Wirtschaftsrecht**

**Band 29**

# Die Problematik der Fusionskontrolle bei Konglomeraten

Eine Untersuchung der rechtlichen Schwierigkeiten und ihrer  
wirtschaftlichen Grundlagen unter besonderer Berücksichtigung der  
Einzelmarkt Betrachtung und des Marktanteilkriteriums in den §§ 24, 22 GWB

Von

Dr. Heiner Maria Emrich



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

**Alle Rechte vorbehalten**  
**© 1978 Duncker & Humblot, Berlin 41**  
**Gedruckt 1978 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65**  
**Printed in Germany**  
**ISBN 3 428 04090 2**

## Vorwort

Die vorliegende Untersuchung ist als Beitrag zu den Bemühungen um eine bessere deutsche Fusionskontrolle gedacht. Sie stellt vorhandene Anwendungsmöglichkeiten dar, zeigt Schwächen auf und macht Vorschläge für eine Novellierung.

Dabei ergibt sich, daß selbst bei der marktunabhängigen Konzentrationsform des Konglomerats die heute vorgeschriebene Einzelmarkt-betrachtung zu richtigen Ergebnissen führen kann. Eine Veränderung des Prinzips und eine Hinwendung zum amerikanischen System ist deshalb nicht nötig. Allerdings muß eine Loslösung vom Begriff der „Marktbeherrschung“ erfolgen. Er verhindert die notwendige Erweiterung der Auslegung. Der von der Monopolkommission geäußerte Vorschlag, neue Vermutungstatbestände einzuführen, hätte demgegenüber den Nachteil, nur die aufgezählten Fälle zu erfassen, das Grundproblem aber nicht zu lösen.

Die Arbeit hat 1976 der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn als Dissertation vorgelegen und wurde danach nur noch geringfügig geändert. Sie entstand auf Anregung von Herrn *Prof. Dr. Peter Raisch*, dem ich auch für viele wertvolle Hinweise zu Dank verpflichtet bin.

München, im November 1977

*Heiner Emrich*



## Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	19
a) Die Untersuchungsproblematik .....	19
b) Das Ziel der Untersuchung .....	22
c) Die methodischen Schwierigkeiten der Untersuchung .....	25
d) Der Aufbau der Untersuchung .....	26

### Teil I

#### **Das Problem des Konglomerats, seine wirtschaftliche Bedeutung und die rechtliche Erfassung in Deutschland**

<i>A. Das Konglomerat als Sonderfall der Konzentration</i> .....	29
I. Die marktbezogenen Konzentrationsformen .....	30
1. Die horizontale Konzentration .....	30
2. Die vertikale Konzentration .....	30
II. Die nicht marktbezogene, konglomerate Konzentration .....	31
1. Die Abgrenzungstheorien .....	31
2. Die Diversifikation .....	33
3. Die „reine“ Konglomeration .....	35
a) Die Begriffsbestimmung .....	35
b) Die besondere Problematik .....	37
c) Die Frage der Marktmacht und des Marktanteils .....	40
d) Die Schwierigkeiten im Rahmen der Fusionskontrolle .....	41
<i>B. Die Bedeutung der konglomeraten Konzentration für die Wirtschaft</i> .....	43
I. Die Notwendigkeit einer Darstellung der Konglomerationsentwicklung .....	43



II. Die historische Entwicklung .....	45
1. Die Konzentrationsbewegung .....	45
a) Die frühe deutsche Konzentration in ihrem zeitlichen Ablauf .....	45
b) Die verschiedenen Stadien der Konzentration .....	47
2. Die frühe deutsche Konglomeration .....	49
a) Die Konzerngründer Stinnes, Sichel und Castiglioni .....	49
b) Die Viag und andere Konglomerate .....	51
c) Die sonstigen Diversifikationstendenzen der deutschen Wirtschaft .....	53
d) Das Konglomerat als Problem der Wissenschaft .....	54
III. Der heutige Trend .....	56
1. Die amerikanische Bewegung .....	56
a) Der Konzentrationsprozeß in den USA .....	56
b) Die Entwicklung zum „Konglomerations-Trend“ .....	57
2. Der Trend in Deutschland .....	59
a) Die neueren Konzentrationsvorgänge .....	59
b) Der deutsche Konzentrationsprozeß .....	61
c) Beispiele deutscher Konglomeration .....	63
d) Die Stärke der deutschen Konglomeration .....	65
IV. Die Konglomerationsmotive und ihre möglichen Wirkungen auf die zukünftige Entwicklung .....	67
1. Die wirtschaftlichen Motive der Konglomeration .....	67
2. Die Fusionskontrolle als Motiv der Konglomeration .....	69
3. Die mögliche Entwicklung in Deutschland .....	70
<i>C. Das Konglomerat in der deutschen Fusionskontrolle .....</i>	<i>71</i>
I. Die Entwicklung zur heutigen Fusionskontrolle .....	71
1. Die Notwendigkeit der historischen Betrachtung .....	71
2. Die Entwicklung bis zum Jahre 1965 .....	72
3. Der erste Referentenentwurf .....	74
II. Das Konglomerat im geltenden Recht .....	77
1. Der zweite Referentenentwurf, der Regierungsentwurf und die endgültige Formulierung des Gesetzes .....	77

2. Die überragende Marktstellung als neue Form der Marktbeherrschung .....	78
a) Die Marktbeherrschung als Grundlage der Fusionskontrolle .....	78
b) Das Verhältnis von Marktbeherrschung und überragender Marktstellung .....	80
c) Die Feststellung der überragenden Marktstellung anhand ihrer Kriterien .....	84
3. Die Bedeutung des Marktanteils .....	88
a) Der Gedanke der Ressourcen-Theorie .....	88
b) Der Marktanteil in Text und Begründung des Gesetzes ....	88
4. Die Auswirkungen der Marktbeherrschungsvermutungen .....	91
a) Die verfassungsrechtliche Problematik .....	91
b) Die verfassungskonforme Auslegung .....	93
c) Die möglichen Auswirkungen für die Erfassung von Konglomeraten .....	95
III. Die Erfahrungen im Antitrustrecht als Hinweis auf die praktische Möglichkeit der Kontrolle von Konglomeraten .....	97
1. Die amerikanische Praxis gegenüber horizontalen und vertikalen Zusammenschlüssen .....	97
2. Die Anwendung des Antitrustrechts auf Konglomerationen ..	99
a) Die Richtlinien des Justizministeriums .....	99
b) Die Bestrebungen in der Antitrustpolitik der F.T.C. ....	100
c) Die Praxis der amerikanischen Gerichte .....	102
3. Beispiele amerikanischer Verfahren gegen Konglomeration ....	103
a) Zusammenschlüsse mit wechselseitigen Lieferbeziehungen ..	103
b) Zusammenschlüsse mit Auswirkungen auf die potentielle Konkurrenz .....	105
c) Zusammenschlüsse, die die Marktmacht des einen Unternehmens verstärken .....	106
IV. Die Möglichkeit der Erfassung von Konglomeraten im Rahmen der deutschen Fusionskontrolle .....	107

## Teil II

### **Die Auswirkungen der Konglomeration auf den Wettbewerb**

<i>A. Die Wettbewerbsbeschränkung als Kriterium der Untersuchung ....</i>	109
I. Der Begriff des Wettbewerbs .....	109
1. Die Funktionen des Wettbewerbs .....	110

2. Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität .....	111
a) Die Thesen Kantzenbachs .....	111
b) Die Kritik Hoppmanns .....	113
3. Der Wettbewerbsprozeß .....	114
II. Die Wettbewerbsbeschränkung .....	116
III. Der Wettbewerb außerhalb des Marktes .....	117
IV. Zusammenfassung .....	119
<i>B. Die wirtschaftlichen Vorteile der Konglomeration .....</i>	<i>120</i>
I. Die Auswirkungen der Konglomeration auf den technischen Fortschritt .....	120
1. Die Forschungsausgaben .....	121
2. Das Ergebnis der Forschung .....	123
a) Die Forschungstätigkeit im Großlabor .....	123
b) Die Besonderheiten der Forschungstätigkeit im Konglomerat	125
3. Die Anwendung der Forschungsergebnisse .....	126
4. Zusammenfassung .....	128
II. Die „economies“ der konglomeraten Konzentration .....	129
1. Die Möglichkeiten der Rationalisierung und des Großeinkaufs	129
2. Die Vorteile bei der Werbung .....	130
a) Die Marken- und Massenwerbung .....	130
b) Die Schwerpunktbildung und ihre Folgen .....	131
3. Die organisatorischen Größenvorteile .....	133
a) Das Organisationsprinzip im Konglomerat .....	133
b) Die Führungsprobleme im Konglomerat .....	134
III. Die Strukturflexibilität des Konglomerats .....	136
1. Die Krisenfestigkeit .....	136
a) Das Standvermögen des Konglomerats .....	136
b) Die Möglichkeit des Verlustausgleichs .....	137
c) Die Kapitalbeschaffung im Großunternehmen .....	139
d) Die volkswirtschaftlichen Folgen der Risikominderung .....	140
2. Die Anpassungsgeschwindigkeit .....	142
a) Die Möglichkeit der flexiblen Reaktion .....	142
b) Die Anpassungsneigung .....	145
IV. Zusammenfassung .....	146

<b>C. Die Folgen der wirtschaftlichen Stärke konglomerater Unternehmen für den Wettbewerb</b> .....	147
<b>I. Die Stellung des Konglomerats gegenüber seinen Marktpartnern</b>	147
1. Das Problem der Abhängigkeit vom Großunternehmen .....	147
a) Die Gründe der Abhängigkeit .....	147
b) Die Folgen der Abhängigkeit .....	149
2. Die Verknüpfung verschiedenartiger Geschäftsbeziehungen ....	151
a) Die Möglichkeit von Kopplungs- und Gegengeschäften ....	151
b) Die Folgen wechselseitiger Lieferbeziehungen für die Volkswirtschaft .....	152
3. Die Reziprozität als Strategie .....	153
a) Die Durchführung einer Reziprozitätspolitik .....	153
b) Die Möglichkeit wechselseitiger Lieferbeziehungen ohne Anwendung von Druck .....	156
<b>II. Das Verhältnis des Konglomerats zu seinen Konkurrenten</b> .....	158
1. Der Verdrängungskampf .....	158
a) Die Machtmittel des Konglomerates .....	158
b) Der Preiskampf und die Mischkalkulation .....	160
2. Die Fähigkeit der Verdrängung als Wettbewerbsbeschränkung	162
a) Das Erfolgsrisiko des tatsächlichen Verdrängungskampfes ..	162
b) Die Auswirkungen der bloßen Möglichkeit zu aggressivem Verhalten .....	164
3. Die Wettbewerbserhöhung durch defensive Stärke .....	165
<b>III. Die Folgen der Konglomeration für die potentielle Konkurrenz</b> ..	167
1. Die Beziehung zwischen effektiver und potentieller Konkurrenz	167
2. Die Auswirkungen der Konglomeration auf fremde potentielle Konkurrenten .....	168
a) Die Bedeutung der Konglomeration für absolute Marktzutrittsschranken .....	169
b) Das Anwachsen der optimalen Unternehmensgröße durch Werbeanstrengungen des Konglomerats .....	170
c) Die Fähigkeit zum Preiskampf als Abschreckung potentieller Konkurrenten .....	171
3. Die Auswirkungen der Konglomeration auf die eigene potentielle Konkurrenz .....	173
a) Der Fortfall des Konglomerats als potentiellm Konkurrenten (wing-theory) .....	173
b) Der Fortfall des Konglomerats als künftigem newcomer (deconcentration-theory) .....	174

4. Die Verstärkung der potentiellen Konkurrenz durch Konglomerate .....	176
a) Die Theorie der multiplen Konkurrenz .....	176
b) Die Wettbewerbsverbesserung als Folge stärkerer effektiver Konkurrenz .....	177
IV. Zwischenergebnis .....	179

### Teil III

#### **Die wettbewerbsbeschränkende Macht von Konglomeraten und ihre Erfassung in der Fusionskontrolle**

A. Die Grundlage konglomerater Macht .....	181
I. Die möglichen Ursachen einer Machtverstärkung durch Konglomeration .....	181
1. Die Wealth-Theorie .....	182
a) Die Auswirkungen der Größe .....	182
b) Die Auswirkungen der Verflechtung .....	184
2. Die Marktstellung als Grundlage konglomerater Macht .....	186
II. Die Bedeutung der Marktmacht für die Fähigkeit zur Wettbewerbsbeeinflussung .....	187
1. Die Grundlagen reziproker Beziehungen .....	187
a) Die Reziprozität ohne Marktmacht .....	187
b) Die Reziprozität bei monopsonistischer Macht .....	189
2. Die Grundlage der Macht gegenüber Konkurrenten .....	190
a) Die Beeinflussung der effektiven Konkurrenz .....	190
b) Die Veränderung der Schranken gegenüber potentiellen Konkurrenten .....	192
3. Die Voraussetzungen einer Wettbewerbsbeschränkung durch den Fortfall eines potentiellen Konkurrenten .....	194
a) Die Eintrittsfähigkeit und das Eintrittsinteresse .....	194
b) Die Bedeutung des potentiellen Konkurrenten als Wettbewerber .....	196
III. Die Folgerungen für die Fusionskontrolle .....	197
1. Die Anforderungen des § 22 GWB an das Kriterium des Marktanteils .....	197
2. Die Möglichkeit positiver und negativer Folgen der konglomeraten Macht .....	199

<i>B. Die Abgrenzung von wettbewerbsschädigenden und wettbewerbsfördernden Konglomeraten</i> .....	202
I. Die Bedeutung von subjektiven und objektiven Faktoren für die Auswirkungen der Konglomeration .....	202
1. Die Motivation der Unternehmensleitung als Indiz für die Art der Wettbewerbsbeeinflussung .....	202
2. Die Bedeutung der Marktstruktur für die Richtung der Wettbewerbsbeeinflussung .....	203
II. Die möglichen Kriterien zur Bestimmung der Wettbewerbsbeeinflussung .....	205
1. Die Bedeutung der Marktphase .....	205
a) Die Gefahren der Konglomeration in der Expansionsphase	205
b) Die Gefahren der Konglomeration in der Rezessionsphase ..	206
2. Die Bedeutung der Marktform .....	208
3. Die Bedeutung der Rangstelle des übernommenen Unternehmens .....	210
a) Das Grundprinzip der Beurteilung von Konzentrationen anhand der Rangstelle .....	210
b) Die Theorie der „leading-firm acquisition“ .....	211
4. Die Bedeutung der relativen Höhe des Marktanteils beim übernommenen Unternehmen .....	213
a) Die Folgerungen aus den bisher untersuchten Theorien ....	213
b) Die eigene These .....	214
III. Die Auswirkungen konglomerater Zusammenschlüsse bei unterschiedlichem relativem Marktanteil des übernommenen Unternehmens .....	216
1. Das Verhältnis zur effektiven Konkurrenz .....	216
a) Die allgemeine Betrachtung .....	216
b) Die Übernahme eines relativ marktanteilsschwachen Unternehmens .....	218
c) Die Übernahme eines relativ marktanteilstarken Unternehmens .....	219
2. Die Wirkungen auf die potentielle Konkurrenz .....	222
a) Die Auswirkungen der relativen Höhe des Marktanteils auf die Marktzutrittsschranken .....	222
b) Der Fortfall des Konglomerats als potentiellem Konkurrenten bei unterschiedlicher relativer Höhe des Marktanteils	224
3. Die Bedeutung des Marktanteils für die Wettbewerbsbeschränkung durch reziproke Beziehungen .....	227
a) Die grundsätzliche Betrachtung .....	227
b) Die Abgrenzung der Wettbewerbsbeschränkung von einer möglichen Wettbewerbserhöhung .....	229

IV. Zwischenergebnis .....	231
<i>C. Die Anwendung der Fusionskontrolle bei konglomeraten Zusammen- schlüssen mit wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen .....</i>	<i>233</i>
I. Die im Rahmen der Fusionskontrolle bei Konglomeraten zu un- tersuchenden Kriterien .....	233
1. Die zur Erfassung der Wettbewerbsbeschränkungen durch Konglomeration notwendigen Kriterien .....	233
2. Der Vergleich mit den Kriterien des § 22 GWB .....	235
II. Die Anwendung der Fusionskontrolle der §§ 24, 22 GWB im kon- kreten Fall .....	237
1. Die Voraussetzungen für das Aufgreifen des Zusammenschlus- ses durch die Kartellbehörde .....	237
2. Die Eingriffsmöglichkeit bei Zusammenschlüssen mit Auswir- kungen auf die effektive Konkurrenz .....	239
a) Die Untersagungsvoraussetzungen .....	239
b) Die Anwendung in Beispielfällen aus der amerikanischen Praxis .....	241
3. Die Erfassung einer Beschränkung der potentiellen Konkurrenz 242	
a) Die Verhinderung der Erhöhung von Marktzutrittschancen und des Fortfalls eines potentiellen Konkurrenten .....	242
b) Die Anwendung in praktischen Beispielfällen .....	243
4. Die Verhinderung wechselseitiger Geschäftsbeziehungen .....	245
a) Die Eingriffsmöglichkeiten gegenüber Konglomerationen mit Reziprozitätspotential .....	245
b) Die Anwendung der §§ 24, 22 GWB in praktischen Beispiels- fällen .....	248
<b>Ergebnis und rechtspolitischer Ausblick .....</b>	<b>250</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>254</b>

## **Abkürzungsverzeichnis**

<b>AB</b>	<b>Antitrust Bulletin, New York</b>
<b>AER</b>	<b>American Economic Review</b>
<b>ALJ</b>	<b>Antitrust Law Journal</b>
<b>ASU</b>	<b>Arbeitsgemeinschaft selbständiger Unternehmer</b>
<b>AWD</b>	<b>Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters</b>
<b>BB</b>	<b>Der Betriebs-Berater</b>
<b>BGBI.</b>	<b>Bundesgesetzblatt</b>
<b>BGHZ</b>	<b>Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen</b>
<b>BKartA</b>	<b>Bundeskartellamt</b>
<b>BMW</b>	<b>Der Bundesminister für Wirtschaft</b>
<b>BMWF</b>	<b>Der Bundesminister für Wirtschaft und Finanzen</b>
<b>BMWI</b>	<b>Mitteilungen des Bundesministers für Wirtschaft</b>
<b>BRats-Drs.</b>	<b>Bundesratsdrucksache</b>
<b>BT-Drs.</b>	<b>Bundestagsdrucksache</b>
<b>CCH</b>	<b>Commerce Clearing House Inc.</b>
<b>CLR</b>	<b>California Law Review</b>
<b>CoLR</b>	<b>Columbia Law Review, New York</b>
<b>C.P.C.</b>	<b>Conservative Political Centre, 32 Smith Square, London SW 1</b>
<b>CR4</b>	<b>four-firm concentration ratio</b>
<b>DB</b>	<b>Der Betrieb</b>
<b>DIHT</b>	<b>Deutscher Industrie- und Handelstag</b>
<b>DII</b>	<b>Deutsches Industrie Institut</b>
<b>DJZ</b>	<b>Deutsche Juristen-Zeitung</b>
<b>FAZ</b>	<b>Frankfurter Allgemeine Zeitung</b>
<b>FIW</b>	<b>Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V., Köln</b>
<b>FR</b>	<b>Frankfurter Rundschau</b>
<b>FS</b>	<b>Festschrift</b>
<b>F.Supp.</b>	<b>Federal Supplement: Cases argued and determined in the District Courts of the United States</b>
<b>F.T.C.</b>	<b>Federal Trade Commission</b>
<b>F.T.C.</b>	<b>Federal Trade Commission Decisions, Findings, Orders and Stipulations</b>
<b>F. 2d</b>	<b>The Federal Reporter, Second Series: Cases argued and determined in the Circuit Courts of Appeals of the United States</b>



<b>GfK.</b>	Gesellschaft für Konsum-, Markt- und Absatzforschung e.V.
<b>GLJ</b>	Georgetown Law Journal
<b>GRUR</b>	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Zeitschrift der deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
<b>HB</b>	Handelsblatt
<b>HBR</b>	Harvard Business Review
<b>H.d.S.w.</b>	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
<b>HLR</b>	Harvard Law Review, Cambridge (Mass.)
<b>Hmb. Jb.</b>	Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik (Hrsg. H. D. Ortlieb), Tübingen
<b>Jb.N.St.</b>	Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, Stuttgart
<b>JfWS</b>	Schmollers Jahrbuch für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Berlin
<b>J Law &amp; Econ.</b>	The Journal of Law and Economics
<b>JuS</b>	Juristische Schulung
<b>JZ</b>	Juristenzeitung
<b>KVR</b>	Kraftverkehrsrecht
<b>Kyklos</b>	Internationale Zeitschrift für Sozialwissenschaften
<b>MichLR</b>	Michigan Law Review
<b>MSU Business Topics,</b>	Michigan State University Business Topics, East Lansing
<b>NJW</b>	Neue Juristische Wochenschrift
<b>NZZ</b>	Neue Zürcher Zeitung — Fernausgabe
<b>Ordo</b>	Ordo, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft. Begr. von Walter Eucken und Franz Böhm, Düsseldorf — München
<b>QJE</b>	The Quarterly Journal of Economics
<b>R&amp;D</b>	research and development
<b>1. RefE GWB</b>	Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 20. März 1970
<b>2. RefE GWB</b>	Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen — überarbeitete Fassung — vom 28. Okt. 1970
<b>RegE GWB</b>	Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. VI/2520 = BRats-Drs. 265/71
<b>RMC</b>	Revue du Marché Commun
<b>St.John's L.Rev.</b>	Saint John's Law Review
<b>SZ</b>	Süddeutsche Zeitung
<b>Trade Cases</b>	Commerce Clearing House Trade Cases; Texts of decisions rendered by federal and state courts throughout the United States in cases involving antitrust, Federal Trade Commission, and other trade regulation law problems

Trade Reg.Rep.	Commerce Clearing House Trade Regulation Reporter, Transfer Binder, Federal Trade Commission Complaints, Orders, Stipulations, Chicago — New York — Washington
U.S.	United States Supreme Court Reports: Cases argued and determined in the Supreme Court of the United States
v.	versus
WA	Weltwirtschaftliches Archiv, Zeitschrift des Instituts für Weltwirtschaft an der Universität Kiel
wif	Wettbewerbsinformationen
WK	Die Wirtschaftskurve, Frankfurt a. M.
Wpg	Die Wirtschaftsprüfung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb, Zeitschrift für Kartellrecht, Wettbewerbsrecht und Marktorganisation, Düsseldorf
WuW/E	WuW-Entscheidungssammlung im Kartellrecht
ZfbF	Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung, Köln — Opladen
ZfGSt	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZfhF	Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung
Z.f.N.	Zeitschrift für Nationalökonomie
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht



## Einleitung

### a) Die Untersuchungsproblematik

Die Fusionskontrolle und ihre Ausgestaltung stellen ein Problem dar, das Juristen und Wirtschaftler seit langer Zeit beschäftigt. Durch die Kartellgesetznovelle des Jahres 1973<sup>1</sup> und die dabei in § 24 eingeführte Fusionskontrolle hat der deutsche Gesetzgeber versucht, eine Lösung für alle großen Zusammenschlüsse zu finden<sup>2</sup>.

Ob ihm das allerdings gelungen ist, erscheint fraglich. Zwar ist der teilweise generelle Widerstand gegen die Fusionskontrolle<sup>3</sup> immer mehr einer zumindest vorsichtigen Zustimmung gewichen<sup>4</sup>, und auch die Art der Erfassung stellt bei horizontalen und vertikalen Zusammenschlüssen keinen prinzipiellen Streitpunkt mehr dar<sup>5</sup>, bei Konglomeraten jedoch konnte bisher weder hinsichtlich der Notwendigkeit einer Kontrolle noch hinsichtlich ihrer Ausformung eine einhellige Meinung erreicht werden.

Schon bei der Frage der Wettbewerbsgefährdung durch konglomerate Zusammenschlüsse zeigen sich extrem auseinanderfallende Ansichten<sup>6</sup>. Eine der Thesen geht dahin, daß Konglomerate wettbewerbs-

<sup>1</sup> Zweites Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BGBl. I v. 4. 8. 1973.

<sup>2</sup> „Der Entwurf rückt ... ausdrücklich von der nur horizontalen Betrachtung ... ab und bezieht die vertikale und diagonale Konzentration ... in die Beurteilung ein.“ Bundesregierung, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (im folgenden: RegE GWB), Begr. S. 30; vgl. Bundesregierung, Jahreswirtschaftsbericht 1970, Nr. 62, S. 23; Der Wissenschaftliche Beirat beim Bundeswirtschaftsministerium, Stellungnahme zu den Fragen der Einführung einer Fusionskontrolle (im folgenden: Wiss. Beirat, Stellungnahme), S. 1 f.

<sup>3</sup> Die allgemeine Befürwortung der Konzentration vgl. bei Salin, Soziologische Aspekte der Konzentration, S. 26: „Verstärkte Konzentration ist nicht nur unvermeidbar, sondern verstärkte Konzentration ist wünschbar, ist erforderlich.“ Ebenda, S. 7 und S. 13; Schumpeter, Der Unternehmer in der Volkswirtschaft von heute, S. 316; vgl. auch FAZ Nr. 36 v. 12. 2. 1971, S. 17.

<sup>4</sup> Vgl. z. B. die Stellungnahme des BDI: Bericht der FAZ Nr. 11 v. 13. 3. 1973, S. 19; Wirz, Einige Bemerkungen zur Fusionskontrolle, S. 251; vgl. auch allgemein Herrmann, Betriebsgröße und Unternehmenskonzentration, S. 103; Günther, Vorwort zu: Marktbeherrschung und Konzentration, S. 6; C.P.C., Monopole und das öffentliche Interesse, S. 81.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu unten Teil I, A. I.

<sup>6</sup> Vgl. die Darstellung von Rowe, in: National Institute On Conglomerates, S. 1; Celler, Corporation Mergers and the Antitrust Laws, S. 8; F.T.C., Conglomerate Merger Performance, S. 4 f.

unschädliche Unternehmen sind, die die privatwirtschaftlichen Vorteile des Großunternehmens mit den volkswirtschaftlichen Vorteilen kleiner Marktanteile verbinden<sup>7</sup>. Nach dieser Theorie dürfen Konglomerate nicht in ihrem Aufbau behindert werden. Solche „guten“ Gestaltungsarten der ansonsten schlechten Konzentration<sup>8</sup> sind vielmehr als „Unternehmensoptimierung“ erwünscht<sup>9</sup>.

Eine andere gegenüber Konglomeraten vertretene Ansicht sieht in ihnen die künftigen Machthaber der Wirtschaft. Sie erwartet, daß die hundert größten Unternehmen sich über alle Märkte ausbreiten und dadurch, obwohl sie nirgends hohe Marktanteile besitzen und auch keinen einzelnen Markt beherrschen, doch die Herrscher der Gesamtwirtschaft werden<sup>10</sup>. Demgemäß erkennt diese Theorie in Konglomeraten die neue, gefährliche Form der Konzentration und will sie verhindern<sup>11</sup>.

Ganz andere Thesen lassen sich aus den neueren statistischen Untersuchungen ableiten. Sie kommen zu dem Ergebnis, daß konglomerate Zusammenschlüsse weder positive noch negative Wirkungen auf den Wettbewerb haben<sup>12</sup>, und widersprechen damit allen bisherigen Meinungen. Konglomerate wären dementsprechend weder erwünscht noch gefährlich, sondern uninteressant<sup>13</sup>.

Solche extremen Ansichten zeigen, daß es bisher noch keine anerkannte Theorie gibt, die den Nachweis der Schädlichkeit oder des Nutzens von Konglomeraten für die Volkswirtschaft erbringt<sup>14</sup>. Folgt man

<sup>7</sup> Adelman, *The Anti-Merger Act*, S. 243, zit. bei: Narver, *Conglomerate Mergers and Market Competition*, S. 118; Kaysen, in: *Economic Concentration*, Part 2, S. 543; Hruska, *Bigness and Diversification*, S. 195.

<sup>8</sup> C.P.C., *Monopole und Unternehmenszusammenschlüsse*, S. 30; Kaysen, in: *Economic Concentration*, Part 2, S. 543.

<sup>9</sup> Sölter, *Das Mischunternehmen in der Wettbewerbsordnung*, S. 156; Neumann, *Konglomerate Konzentration und der industrielle Monopolisierungsgrad*, S. 670; Adelman, *Integration and Antitrust Policy*, S. 28; Stocking, *Comment of „Edwards, Conglomerate Bigness as a Source of Power“*, S. 354.

<sup>10</sup> Burck, *The Merger Movement Rides High*, S. 80; Engelen-Kefer, *Sumpflüten des Booms*, S. 32; vgl. Neumann, S. 668 ff.; Sölter, *Wider die nationale Fusionskontrolle*, S. 68.

<sup>11</sup> Vgl. Kartte, *Fusionskontrolle in der Marktwirtschaft*, S. 108; Huffschmid, *Die Politik des Kapitals*, S. 69; Mestmäcker, *Konzentration und Wettbewerb*, S. 13.

<sup>12</sup> Vgl. F.T.C., *Conglomerate Merger Performance*, S. 123 f., S. 127; Goldberg, *The Effect of Conglomerate Mergers on Competition*, S. 157 f.

<sup>13</sup> Die Untersuchungen haben allerdings den Nachteil, keineswegs repräsentativ zu sein. Sie beziehen sich bei der F.T.C. nur auf neun Konglomerate und bei Goldberg nur auf zufällig erreichbare Daten, wobei er sogar ausdrücklich betont, daß diese Daten gegenüber den nichterreichbaren nur einen Bruchteil ausmachen.

<sup>14</sup> Gutowski, *Konglomerate Unternehmensgröße und wirtschaftliche Macht*, S. 12; Markham, in: *Economic Concentration*, Part 3, S. 1270; *Stellungnahme des DIHT, zu §§ 23 und 24, III, b)*, abgedr. bei Raisch / Sölter / Kartte, *Fusionskontrolle — Für und Wider; Noncase Guidelines for Conglomerate*

trotzdem der Ansicht des Gesetzgebers und hält zumindest einen Teil der Konglomerationen für wettbewerbsbeschränkend<sup>15</sup>, so ergibt sich das nächste ungelöste Problem: Worauf beruht die Macht konglomerater Konzerne, oder — in der Diktion des Gesetzes — was führt bei ihnen zu einer Marktbeherrschung?

Ein Teil der Wissenschaftler nimmt an, daß Konglomerate ihre besondere Kraft allein aus der absoluten Größe und der Ausbreitung über eine Vielzahl von Märkten herleiten<sup>16</sup>. Hieraus soll sich eine derartige Beschränkung der Wettbewerbsfähigkeit konkurrierender Einproduktunternehmen ergeben, daß konglomerate Zusammenschlüsse von einer bestimmten Größe und Verzweigung an generell untersagt werden müssen.

Die Gegenmeinung<sup>17</sup> behauptet, auch bei der konglomeraten Konzentration komme es im Endeffekt auf die Kraft in einem einzelnen Markt an<sup>18</sup>. Bestehe dort Marktmacht, so könne sie auf andere Märkte übertragen werden, wodurch letztlich wie bei den übrigen Konzentrationsarten die Marktanteile entscheidendes Kriterium der Fusionskontrolle seien<sup>19</sup>.

Der Gesetzgeber hat sich in § 22 GWB für keine dieser gegensätzlichen Theorien entschieden. Er will statt dessen im Wege einer „Gesamtschau“ die Frage der Marktbeherrschung und damit der Fusionskontrolle lösen<sup>20</sup>. Zu diesem Zweck sollen nicht nur die ausdrücklich formulierten, sondern alle relevanten Kriterien geprüft werden, wobei allerdings ungeklärt bleibt, welche Kriterien relevant sind<sup>21</sup>.

Wie sich hieraus deutlich zeigt, besteht gegenüber Konglomeraten eine gewisse „Ratlosigkeit . . .“, weil die überlieferten Kriterien der

---

Mergers under Section 7 of the Clayton Act, S. 91: "The conglomerate merger is particularly troublesome because of the relative absence of data revealing its ultimate impact on the economy."

<sup>15</sup> Vgl. RegE GWB, Begr. S. 22 und 30.

<sup>16</sup> Vgl. Edwards, Conglomerate Bigness as a Source of Power, S. 334; Adams, in: Economic Concentration, Part 1, S. 249; Kartte, a.a.O. S. 118; vgl. auch Borchert, Wettbewerbspolitische Kriterien von diversifizierten Unternehmenszusammenschlüssen, S. 258.

<sup>17</sup> Es soll hier nur auf die beiden bedeutendsten Theorien hingewiesen werden. Eine genauere Darlegung der verschiedenen Ansichten erfolgt im Teil III dieser Arbeit.

<sup>18</sup> Vgl. Mueller, The Current Merger Movement, S. 647; Day, Conglomerate Mergers and „The Course of Bigness“, S. 539; Borchert, Konglomeration und Konzentration, S. 638.

<sup>19</sup> Vgl. Markham, in: Economic Concentration, Part 3, S. 1271; Kaysen, ebenda, Part 2, S. 550.

<sup>20</sup> RegE GWB, Begr., S. 22; BMWI, Tagesnachrichten Nr. 6761 v. 28. 6. 73, S. 4; SZ Nr. 25 v. 8. 3. 72, S. 25; Mayer-Wegelin, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, zu § 22, ee) S. 49.

<sup>21</sup> Vgl. hierz insb. Ausschuß für Wirtschaft, 7. Wahlper., 5. Sitzung, S. 10.