

- 230 Personenvereinigungen fallen unter § 36 Abs. 3, sofern sie gerade im Hinblick auf die betreffende Beteiligung gleichgerichtete Interessen verfolgen. Neben den unproblematischen Fällen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, der Erben- oder Gütergemeinschaft<sup>620</sup> können dies unter bestimmten Voraussetzungen auch Familienstämme sein. Denn die **familiäre Verbindung** kann als Indiz für eine weitergehende Interessengemeinschaft in Bezug auf die betreffende Beteiligung herangezogen werden.<sup>621</sup>
- 231 Ungeachtet seiner Stellung in den Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle **gilt § 36 Abs. 3 im gesamten GWB.**<sup>622</sup>
- 232 Speziell im Zusammenhang mit der Zusammenschlusskontrolle kann die Bestimmung des § 36 Abs. 3 überall eine Rolle spielen, wo vom Gesetz die Unternehmenseigenschaft verlangt wird. So zB bei den Zusammenschlusstatbeständen in § 37 Abs. 1, bei den Aufgreifschwelen des § 35, bei der Verbund- und Mehrmütterklausel des § 36 Abs. 2 und beim Katalog der Pflichtangaben für die Anmeldung nach § 39 Abs. 3. Bei § 37 Abs. 1 greift § 36 Abs. 3 ein, wenn der **Erwerber** den allgemeinen Unternehmensbegriff nicht erfüllt, aber wegen einer bereits bestehenden anderweitigen Mehrheitsbeteiligung als Unternehmen gilt. Ebenso wirkt die Fiktion des § 36 Abs. 3 in Fällen des GU-Tatbestands nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3, wenn die Person **passiver Beteiligter** ist. Entsprechend ist auch ein Heranziehen von § 36 Abs. 3 für den **Veräußerer** vorstellbar, solange dieser noch in relevantem Umfang am Veräußerungsobjekt beteiligt bleibt. Für die Umsatz- und Ressourcenbetrachtung liegt die Bedeutung des § 36 Abs. 3 darin, dass die Mehrheitsbeteiligung der Person und – unter den Voraussetzungen des § 36 Abs. 2 – ihre sonstigen Beteiligungen zu dem Zielobjekt hinzuzunehmen sind. Gleiches gilt auch für andere Marktbeteiligte, die bei der wettbewerblichen Prüfung eine Rolle spielen und die über eine Person ohne allgemeine Unternehmenseigenschaft mit weiteren Unternehmen verbunden sind.

### § 37 Zusammenschluss

(1) Ein Zusammenschluss liegt in folgenden Fällen vor:

1. Erwerb des Vermögens eines anderen Unternehmens ganz oder zu einem wesentlichen Teil;
2. Erwerb der unmittelbaren oder mittelbaren Kontrolle durch ein oder mehrere Unternehmen über die Gesamtheit oder Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen. Die Kontrolle wird durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründet, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen und rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben, insbesondere durch
  - a) Eigentums- oder Nutzungsrechte an einer Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens,
  - b) Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren;
3. Erwerb von Anteilen an einem anderen Unternehmen, wenn die Anteile allein oder zusammen mit sonstigen, dem Unternehmen bereits gehörenden Anteilen
  - a) 50 vom Hundert oder
  - b) 25 vom Hundert

des Kapitals oder der Stimmrechte des anderen Unternehmens erreichen. Zu den Anteilen, die dem Unternehmen gehören, rechnen auch die Anteile, die einem anderen für Rechnung dieses Unternehmens gehören und, wenn der Inhaber des Unternehmens ein Einzelkaufmann ist, auch die Anteile, die sonstiges Vermögen des Inhabers sind. Erwerben mehrere Unternehmen gleichzeitig oder nacheinander Anteile im vorbezeichneten Umfang an einem anderen Unternehmen, gilt dies

<sup>620</sup> Vgl. *Immenga/Mestmäcker/Mestmäcker/Veelken* § 36 RdNr. 21.

<sup>621</sup> Vgl. BGH WuW/E BGH 1608, 1611 – WAZ; WuW/E BGH 2882, 2886 – Zurechnungsklausel; *Immenga/Mestmäcker/Mestmäcker/Veelken* § 36 RdNr. 21; *Langen/Bunte/Ruppelt* § 36 RdNr. 78; *Bechtold* § 36 RdNr. 45; *Landsittel* BB 1994, 799, 801.

<sup>622</sup> Vgl. RE-Begr. Sechste GWB-Novelle, S. 57; *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Bauer* § 36 RdNr. 201; aA zur Vorgängervorschrift § 23 aF: *Kleinmann/Bechtold* § 23 RdNr. 263.

**hinsichtlich der Märkte, auf denen das andere Unternehmen tätig ist, auch als Zusammenschluss der sich beteiligenden Unternehmen untereinander;**

**4. jede sonstige Verbindung von Unternehmen, auf Grund deren ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben können.**

**(2) Ein Zusammenschluss liegt auch dann vor, wenn die beteiligten Unternehmen bereits vorher zusammengeschlossen waren, es sei denn, der Zusammenschluss führt nicht zu einer wesentlichen Verstärkung der bestehenden Unternehmensverbindung.**

**(3) <sup>1</sup>Erwerben Kreditinstitute, Finanzinstitute oder Versicherungsunternehmen Anteile an einem anderen Unternehmen zum Zwecke der Veräußerung, gilt dies nicht als Zusammenschluss, solange sie das Stimmrecht aus den Anteilen nicht ausüben und sofern die Veräußerung innerhalb eines Jahres erfolgt. <sup>2</sup>Diese Frist kann vom Bundeskartellamt auf Antrag verlängert werden, wenn glaubhaft gemacht wird, dass die Veräußerung innerhalb der Frist unzumutbar war.**

**Schrifttum:** *Bach*, Materielle Veränderungen der deutschen Fusionskontrolle durch die EWG-Fusionskontrolle, WuW 1992, 571; *Bechtold*, Das neue Kartellgesetz, NJW 1998, 2769 ff.; *ders.*, Zur Fusionskontrolle über Gemeinschaftsunternehmen, BB 1980, 344 ff.; *Buntscheck*, Der Gleichordnungskonzern – ein illegales Kartell?, WuW 2004, 374; *Däuper*, Neue Anforderungen an die Fusionskontrolle in der Energiewirtschaft, WuW 2002, 458; *Ebel*, Der Zusammenschlussbegriff der Fusionskontrolle, BB 1974, 749; *Emmerich*, Fusionskontrolle 2002/2003, AG 2003, 649; *ders.*, Fusionskontrolle 2003/2004, AG 2004, 629; *ders.*, Fusionskontrolle 2004/2005, AG 2005, 857 ff.; *Frisch*, Die Behandlung von Betriebsführungsverträgen in der Fusionskontrolle, AG 1995, 362; *Henschen/Ewen*, Erwerb eines wettbewerblich erheblichen Einflusses in der Entscheidungspraxis, WuW 1999, 941; *Herdzina*, Wettbewerbspolitik, 5. Aufl. 1999; *Hoffmann*, Kontrollerverb als neuer Zusammenschlusstatbestand des GWB, AG 1999, 538; *Huber*, Betriebsführungsverträge zwischen selbständigen Unternehmen, ZHR 152 (1988), 1; *ders.*, Gesellschafterkonten in der Personengesellschaft, ZGR 1988, 1; *ders.*, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts, 1970; *Immenga*, Kartellrechtliche Wirkungen von Aktienoptionen, FS Odersky, 1996, S. 975; *ders.*, Schwerpunkte der vierten Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 1980, 1417; *Kapp/v. Goldbeck/Morlock*, Immobilienakquisitionen eines offenen Immobilienfonds: Kartellrechtliche Zusammenschlusskontrolle?, DB 2004, 2567; *Karl*, Der Zusammenschlussbegriff in der Europäischen Fusionskontrollverordnung, 1996; *ders.*, Schwerpunkte der vierten Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 1980, 1417, 1419; *Klein*, Abgabenordnung, 8. Aufl. 2003; *Kleinmann/Josenhans*, „Blut ist dicker als Wasser“: Familiäre Verbundenheit als Zurechnungsgrund in der deutschen Fusionskontrolle, BB 2003, 141; *Knöpfle*, Zur Unterscheidung zwischen konzentrativen und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen bei der kartellrechtlichen Beurteilung von Gemeinschaftsgründungen, BB 1980, 654; *Lenz*, Pflicht zur Harmonisierung des Kartellrechts in der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere für die Mitgliedsstaaten?, Schwerpunkte 1992/1993, S. 25; *Montag/Doms*, Minderheitsbeteiligungen im deutschen und EG-Kartellrecht, WuW 1993, 5; *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1983; *Pape/Hossenfelder/Töllner*, Kartellrechtspraxis und Kartellrechtsprechung, 2002/2003, 18. Aufl. 2003; *Pohlmann*, GWB-Novelle, Der neue Zusammenschlusstatbestand des Fusionskontrollrechts, DZWIR 1998, 397; *Polley/Grave*, Die Erweiterung eines bestehenden Gemeinschaftsunternehmens als Zusammenschluss, WuW 2003, 1010; *Rehmann*, Arzneimittelgesetz Kommentar, 2. Aufl. 2003; *Reischauer/Kleinhans*, Kreditwesengesetz, Loseblatt, Stand 10/05; *Riesenkampff*, Treuhandverhältnisse in der Fusionskontrolle und die Zurechnungsklausel des § 23 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 GWB, WuW 1996, 5; *Rittner*, Die Tatbestände des Zusammenschlusses nach § 23 Abs. 2 GWB, DB 1975, 581; *Röhling*, Die Fusionskontrolle nach dem neuen Kartellgesetz, DB 1973, 1585; *Säcker*, Angleichung der deutschen Fusionskontrolle an Art. 2 Abs. 3 FKVO, WuW 2004, 1038; *ders.*, Die wettbewerbliche Beurteilung von Netzkooperationen, Beteiligungen an Netzgesellschaften, Netzpacht und Betriebsführungsverträgen, ZNER 2005, 270; *Säcker/Boesche*, Vertikale Fusionen im Energiesektor gefährden den Wettbewerb, BB 2001, 2329; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht 4. Aufl. 2002; *Schmidt-Preuß*, Fusionskontrolle beim Erwerb einer Sperrminorität an einer Aktiengesellschaft, BB 1982, Beilage 12, S. 1; *Schulte* (Hrsg.), Handbuch Fusionskontrolle, 2005; *Sonnenschein*, Anzeigepflicht und Kontrolle des weiteren Zusammenschlusses einer Unternehmensverbindung, ZGR 1977, 35; *Stein*, Der wettbewerblich erhebliche Einfluss in der Fusionskontrolle, 1994; *K. Stephan*, Die Anwendung des Zusammenschlussbegriffs auf Personengesellschaften, 1989; *Thurnher*, Zurechnung des Treugutes in der Fusionskontrolle, WuW 1994, 303; *Traugott*, Die neue deutsche Fusionskontrolle, WRP 1999, 621; *Ulshöfer*, Kontrollerverb in der Fusionskontrolle, 2003; *Werner*, Freistellung von fusionsrechtlicher Kontrolle bei einem Anteilserwerb durch ein Kreditinstitut, WuW 1996, 463; *Wiedemann*, Personengesellschaften in der Fusionskontrolle, ZHR 146 (1982), 296 ff.; *Wirtz*, Der Stimmrechtspool als kartellrechtlicher Zusammenschlusstatbestand, AG 1999, 114; *Zubrod*, Unterliegen Anlageentscheidungen von Immobilienfonds der kartellrechtlichen Zusammenschlusskontrolle? WM 2004, 1023.

## Übersicht

	RdNr.		RdNr.
<b>I. Normzweck, Systematik</b> .....	1–6	5. Zurechnungen .....	79–92
<b>II. Entstehungsgeschichte</b> .....	7	a) Verbundklausel .....	80–84
<b>III. Vermögenserwerb (§ 37 Abs. 1 Nr. 1)</b> .....	8–32	b) Mittelbarer Erwerb .....	85
1. Vermögen .....	8–10	c) Für Rechnung eines Unternehmens .....	86–91
2. Erwerb .....	11–21	d) Sonstiges Vermögen eines Einzelkaufmanns .....	92
3. Ganz oder zu einem wesentlichen Teil .....	22–32	6. Fingierte Mütterfusion .....	93–101
<b>IV. Kontrollerwerb (§ 37 Abs. 1 Nr. 2)</b> .....	33–45	<b>VI. Wettbewerbslich erheblicher Einfluss (§ 37 Abs. 1 Nr. 4)</b> .....	102–138
1. Normzweck .....	33	1. Normzweck .....	102–106
2. Übernahme des europäischen Kontrollerwerbsbegriffs .....	34, 35	2. Normstruktur .....	107
3. Abweichungen vom europäischen Kontrollerwerbstatbestand .....	36–39	3. Gesellschaftsrechtliche Vermittlung der Unternehmensverbindung .....	108–113
a) Erwerber der Kontrolle .....	36, 37	4. Möglichkeit der Einflussnahme .....	114–125
b) Mittel des Kontrollerwerbs .....	38	5. Wettbewerbsbezug .....	126–128
c) Dauerhafte Veränderung der Kontrolle .....	39	6. Einzelfragen im Bereich der leitungsgebundenen Energieversorgung .....	129–136
4. Bedeutung des Kontrollerwerbstatbestands im deutschen Recht .....	40–45	7. Rechtsfolgen .....	137, 138
a) Kontrolle über Unternehmensteile ..	41	<b>VII. Einschränkung des Zusammenschlussbegriffs bei bestehender Unternehmensverbindung (§ 37 Abs. 2)</b> .....	139–149
b) Kontrollerwerb durch Anteilserwerb .....	42	1. Normzweck .....	139–141
c) Kontrollerwerb durch Kontrollwechsel .....	43	2. Wesentliche Verstärkung .....	142–149
d) Kontrollerwerb über Unternehmensverträge .....	44	<b>VIII. Einschränkung des Zusammenschlussbegriffs bei Anteilserwerb durch Kreditinstitute, Finanzinstitute und Versicherungsunternehmen (§ 37 Abs. 3)</b> .....	150–161
e) Bildung eines Gleichordnungskonzerns .....	45	1. Normzweck .....	150
<b>V. Anteilserwerb (§ 37 Abs. 1 Nr. 3)</b> .....	46–101	2. Privilegierte Unternehmen .....	151, 152
1. Zweck und Bedeutung .....	46–49	3. Anteile an einem anderen Unternehmen .....	153, 154
2. Anteile an einem Unternehmen .....	50–57	4. Erwerb zum Zweck der Veräußerung .....	155–157
3. Erwerb .....	58–68	5. Veräußerungsfrist .....	158
4. Beteiligungsstufen .....	69–78	6. Verbot der Stimmrechtsausübung .....	159
a) Stufensystem .....	69–72	7. Wegfall der Voraussetzungen .....	160, 161
b) Anteil am Kapital .....	73–76		
c) Stimmrechte .....	77, 78		

## I. Normzweck, Systematik

- 1 § 37 regelt, wann ein Zusammenschluss vorliegt. Er enthält einzelne **Zusammenschlusstatbestände** und regelt damit diejenigen Vorgänge, die als Zusammenschluss ihrem Typus nach der Fusionskontrolle unterfallen. Die Norm enthält mit dem Merkmal des Zusammenschlusses neben den Vorschriften über den Geltungsbereich (§ 35) die zweite Voraussetzung für die Anwendung der Fusionskontrolle. Sie ist Teil der Normen über die formelle Fusionskontrolle.
- 2 § 37 enthält in Abs. 1 Nr. 1 bis 4 eine abschließende Regelung der einzelnen Zusammenschlusstatbestände. Dabei handelt es sich um Einzeltatbestände. Für die **Auslegung** einzelner Merkmale kann daher nicht auf andere Zusammenschlusstatbestände zurückgegriffen werden. Grundsätzlich gelten die allgemeinen Auslegungsprinzipien des GWB,<sup>1</sup> allerdings stellt der Wortlaut die Grenze der Auslegung dar. Dies ergibt sich schon daraus, dass der Begriff des Zusammenschlusses Tatbestandsmerkmal der Bußgeldvorschrift in § 81 Abs. 2 Nr. 3 GWB ist.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Immenga/Mestmäcker/Mestmäcker/Veelken § 37 RdNr. 3.

<sup>2</sup> Bechtold § 37 RdNr. 2.