

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 50

Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Konzernen

Von

Volker Klippert



Duncker & Humblot · Berlin

VOLKER KLIPPERT

Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Konzernen

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 50

Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Konzernen

Von

Dr. Volker Klippert



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Klippert, Volker:

Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Konzernen /
von Volker Klippert. —

Berlin: Duncker und Humblot, 1984.

(Schriften zum Wirtschaftsrecht; Bd. 50)

ISBN 3-428-05627-2

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten
© 1984 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1984 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3-428-05627-2

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
 <i>Erster Teil</i>	
 Konzernbildung	
§ 1 Bildung faktischer Unterordnungskonzerne	17
A. Unternehmen	18
B. Vertrag oder Beschuß	20
I. Übernahme der Anteilsmehrheit bei Gründung einer neuen Gesellschaft	20
II. Erwerb der Mehrheit an einer bereits bestehenden Gesellschaft	20
III. Bildung eines Stimmen-Pools	20
C. Gemeinsamer Zweck	20
I. Übernahme der Anteilsmehrheit bei Gründung einer neuen Gesellschaft	21
II. Erwerb der Mehrheit an einer bestehenden Gesellschaft	21
III. Bildung eines Stimmen-Pools	21
D. Wettbewerbsbeschränkung	22
I. Übernahme der Anteilsmehrheit bei Gründung einer Gesellschaft	32
II. Bildung eines Stimmen-Pools	33
§ 2 Bildung faktischer Gleichordnungskonzerne	34
§ 3 Bildung vertraglicher Unterordnungskonzerne	36
A. Beherrschungsvertrag	36
I. Gemeinsamer Zweck	36
II. Vorgelagerte Abrede	36
III. Keine Gesellschaftsverträge	37

IV. Verlust wirtschaftlicher Selbständigkeit	38
1. Eigene Interessenverfolgung	39
2. Gegenläufige Interessen	39
B. Eingliederung	39
I. Beschlüsse einer Vereinigung von Unternehmen	39
1. Eingliederung gem. § 319 AktG	40
2. Eingliederung gem. § 320 AktG	40
II. Wettbewerbsbeschränkung	41
§ 4 Bildung vertraglicher Gleichordnungskonzerne	42
A. Gemeinsamer Zweck	43
B. Wettbewerbsbeschränkung	43
§ 5 Zwischenergebnis	45
§ 6 Uneingeschränkte Anwendung von § 1 auf Konzernbildungen	47
A. Vergleich der von § 1 erfaßten und der nicht erfaßten Konzernierungsformen	47
I. Schutzzweck des § 1	48
II. Verletzung dieses Schutzzweckes durch die von § 1 nicht erfaßten Fälle	48
1. Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung	48
2. Abhängigkeitsbegründung durch Abschluß eines Stimmen-Pools	49
3. Die Bildung faktischer Gleichordnungskonzerne	49
4. Bildung vertraglicher Unterordnungskonzerne	50
a) Der Beherrschungsvertrag	50
b) Die Eingliederung gem. § 319 AktG	51
III. Verletzung des Schutzzweckes von § 1 durch die erfaßten Sachverhalte	51
1. Die Eingliederung gem. § 320 AktG	51
2. Der vertragliche Gleichordnungskonzern	52
B. Freistellungsgründe für Konzernbildungen vom Kartellverbot des § 1	52
I. Vorrang des Aktiengesetzes	52
II. Freistellung aus Gründen des Unternehmensbegriffs	54
III. Freistellung von § 1 als Konzentrationsvorgang	56
1. Konzentrationsvorgang	56
2. Normanwendung	57
3. Konzentrationsprivileg	59
4. Anwendung auf den vertraglichen Gleichordnungskonzern	75

5. Anwendung auf die Eingliederung gem. § 320 AktG	83
a) Organisation der Eingliederung	83
b) Leitung der eingegliederten Gesellschaft	83
c) Fusionsähnlichkeit der Eingliederung	84

*Zweiter Teil***Kartellrechtliche Zulässigkeit
konzerninterner Wettbewerbsbeschränkungen**

§ 1 Meinungsstand	86
A. Volle Anwendung des Kartellverbots	86
B. Eingeschränkte Anwendung des Kartellverbots	87
I. Unternehmen	87
II. Kein Wettbewerb zwischen Konzerngesellschaften	88
C. Keine Anwendung des Kartellverbotes bei bestimmten Konzernformen	89
D. Umfassende Nichtanwendung des Kartellverbots	91
§ 2 Die Unternehmenseigenschaft des Konzerns	92
A. Unternehmenseigenschaft des Gesamtkonzerns	92
I. Wirtschaftswissenschaftliche Bestimmung des Unternehmensbegriffs	93
1. Begriffsbestimmung	93
2. Verwendbarkeit der wirtschaftswissenschaftlichen Begriffsbestimmung	94
II. Verwendung des Begriffes „Konzern“ in anderen Gesetzen als dem GWB	95
1. Aktienrecht	96
2. Mitbestimmungsgesetze	96
3. Steuerrecht	97
4. Wertung	100
III. Die Verwendung des Begriffes „Konzern“ im GWB	100
1. Zusammenschlußfiktion § 23 III 3, 4	100
2. Zusammenrechnung von Anzeigepflichtkriterien	101
3. Anzeigepflicht und Auskunftsrecht	101
4. Anzeigepflichtige Unternehmen	101
5. § 22 VI	102
6. § 23 II Nr. 3 a	102
7. Wertung	102
IV. Konzern als Unternehmen im Sinne § 1	103
B. Unternehmenseigenschaft der Konzerngesellschaften	105

§ 3 Konzerninterne Wettbewerbsbeschränkungen in faktischen Unterordnungskonzernen	108
A. Wettbewerbsbeschränkungen durch Weisungen	108
I. Kartellrechtliche Zulässigkeit von Weisungen	108
1. Verstoß gegen § 25 II	108
2. Verstoß gegen § 25 III	111
3. Verstoß gegen § 38 I Nr. 10, 11, 12	112
4. Verstoß gegen § 25 I	114
B. Verträge als Mittel der Wettbewerbsbeschränkung	115
I. Vertragsbegriff	115
II. Von § 1 werden nur Verträge zu einem gemeinsamen Zweck erfaßt	116
III. Wettbewerbsbeschränkung	118
C. Empfehlungen zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten	120
D. Informationsaustausch	121
§ 4 Konzerninterne Wettbewerbsbeschränkungen in vertraglichen Unterordnungskonzernen	122
A. Wettbewerbsbeschränkungen durch Weisungen	122
I. Verstoß gegen § 25 II	122
II. Verstoß gegen § 25 III	122
III. Verstoß gegen das Empfehlungsverbot gem. § 38 I Nr. 10, 11, 12	123
B. Wettbewerbsbeschränkungen durch Verträge	124
I. Vertragsbegriff	124
II. Gemeinsamer Zweck	125
C. Wettbewerbsbeschränkungen durch Empfehlungen und bloßen Informationsaustausch	126
I. Weisungen verstößen nicht gegen das Empfehlungsverbot	126
II. Kein Verstoß gegen § 25 I	127
§ 5 Konzerninterne Wettbewerbsbeschränkungen in faktischen Gleichordnungskonzernen	128
A. Wettbewerbsbeschränkungen durch Verträge	128
I. Gemeinsamer Zweck	128
II. Wettbewerbsbeschränkung	129
B. Wettbewerbsbeschränkungen durch Empfehlungen	130
C. Wettbewerbsbeschränkungen durch abgestimmtes Verhalten gem. § 25 I	130

§ 6 Konzerninterne Wettbewerbsbeschränkungen in vertraglichen Gleichordnungskonzernen	133
A. Wettbewerbsbeschränkungen durch Verträge	133
I. Gemeinsamer Zweck	133
1. Fehlende gesetzliche Weisungsmacht	133
2. Keine vertragliche Begründung der Weisungsmacht	133
II. Wettbewerbsbeschränkung	133
B. Wettbewerbsbeschränkung durch Weisung	134
I. Verstoß gegen § 25 II	134
II. Verstoß gegen § 25 III	134
C. Wettbewerbsbeschränkungen durch Empfehlungen	134
D. Wettbewerbsbeschränkungen durch abgestimmtes Verhalten gem. § 25 I	135
I. Gemeinsames Leitungsorgan	135
II. Dezentrale Leitung	135
§ 7 Besondere Freistellungsgründe	137
A. Wesen des Konzentrationsprivileges	137
B. Der faktische Unterordnungskonzern	137
Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens	138
1. Anerkennung des faktischen Unterordnungskonzerns ge- mäß § 311 AktG	138
2. Vorrang des Schutzes außenstehender Aktionäre	139
3. Ergebnis	140
C. Der faktische Gleichordnungskonzern	140
Möglichkeiten der Nachteilszufügung	140
1. Aktienrechtliche Haftung des Vorstandes gemäß § 93 AktG	141
2. Wahrscheinlichkeit der Geltendmachung der Ansprüche aus § 93 AktG	141
3. Ergebnis	141
D. Der vertragliche Gleichordnungskonzern	141
I. Konzernrechtliche Weisungsbefugnis	141
1. Keine gesetzlich begründete Weisungsbefugnis	141
2. Keine vertraglich begründbare Weisungsbefugnis	142
II. Ergebnis	146
Zusammenfassung	147
Literaturverzeichnis	150

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
allg.	allgemein
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
bezgl.	bezüglich
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BT-Drucksache	Bundestagsdrucksache
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
d. h.	das heißt
DStR	Deutsches Steuerrecht
ebd.	ebenda
EGKS-V	Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft f. Kohle und Stahl vom 18. 4. 1959
EWG-V	Vertrag zur Gründung Europäischer Wirtschaftsgemeinschaft vom 20. 3. 57
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FN	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
grds.	grundätzlich
Großkomm.	Großkommentar
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
insbes.	insbesondere
JurA	Juristische Analysen
JurJb.	Juristen-Jahrbuch
JuS	Juristische Schulung
KartVO	Kartellverordnung
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KStG	Körperschaftssteuergesetz
lit.	Buchstaben
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
OVGE	Amtliche Sammlung des Preussischen Oberverwaltungsgerichts
Reg-Beg.	Regierungs-Begründung
RegE	Regierungs-Entwurf
RFH	Reichsfinanzhof
RGZ	Entscheidungen des Rechtsgerichts in Zivilsachen
RSpr.	Rechtssprechung
RStBl.	Reichssteuerblatt
Sp.	Spalte
sog.	sogenannt
StuW	Steuer und Wirtschaft
TB	Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts
Tz.	Textziffer
UFITA	Archiv für Urheber-Film-, Funk- und Theaterrecht
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb/Entscheidungssammlung
z. B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZVN	Zementverkaufsstelle Niedersachsen

Einleitung

Seit dem 2. Weltkrieg hat die deutsche Wirtschaft einen Aufschwung genommen, der sich nicht zuletzt in einem ausgeprägten Wachstum der Unternehmen niedergeschlagen hat. Dabei hat sich das Wachstum der Unternehmen in großem Umfang als sogenanntes „externes“ Wachstum vollzogen. Dieses externe Wachstum vollzog und vollzieht sich durch Maßnahmen wie Verschmelzungen zweier oder mehrerer Unternehmen, die Eingliederung eines Unternehmens in ein anderes sowie in den verschiedenen Formen der Konzernierung von Unternehmen. Ganz allgemein kann dieses Phänomen der Wirtschaftsentwicklung als Drang zu immer wenigeren und immer größeren Unternehmen beschrieben werden. Die gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen der Konzentration der Wirtschaft werden bis heute nicht einheitlich beurteilt. Die Meinungen reichen vom entschiedenen Eintreten für die Konzentration, „weil nur durch die Schaffung von Großunternehmen und Konzernen aus dem technischen Fortschritt der optimale Nutzen gezogen werden kann, weil nur durch konzentrierte Massenproduktion dem emporschließenden Bevölkerungszuwachs Genüge getan und schließlich auch der Beweis erbracht werden kann, daß die freie Wirtschaft des Westens ebenso leistungsfähig ist wie die Planwirtschaft des Ostens;“¹ bis zur äußersten Ablehnung der Konzentration als der „eigentlichen Sozialkrankheit unserer Zeit“, wobei „Kollektivismus und Totalitarismus . . . lediglich als der äußerste und tödliche Grad dieser Krankheit“ erscheinen.² Ohne daß hier die gesamte Konzentrationsdiskussion aufgearbeitet werden soll,³ läßt sich zur gesetzlichen Regelung des Konzentrationsproblems grundsätzlich feststellen, daß auf organisationsrechtlicher Ebene das interne Unternehmenswachstum überhaupt nicht erfaßt wird⁴ und für das externe Unternehmenswachstum ausdrückliche gesetzliche Regeln nur für die AG⁵ bestehen, für andere Gesellschaftsformen, insbesondere die GmbH, ganz fehlen und diese Lücke auch nur teilweise in analoger An-

¹ So die Thesen von *Edgar Salin* in seinem Referat zur Tagung des Vereins für Socialpolitik 1960, wie sie *Krüger*, in „Die Zeit“ vom 19. 5. 1961 zusammengefaßt hat; zitiert nach *Lenel*, Vom Stand der Konzentrationsdebatte, in *Barnikel*, Hrsg. Probleme der wirtschaftlichen Konzentration, S. 145.

² *Röpke*, Jenseits von Angebot und Nachfrage, S. 55.

³ Vgl. dazu *Arndt*, Die Konzentration in der Wirtschaft.

⁴ Sieht man von den Regelungen der §§ 4 und 2 HGB ab, die Größenordnungen betreffen, die weit unterhalb der hier behandelten Problematik liegen.

⁵ §§ 15—22, 291—338 AktG vom 6. September 1965 (BGBI. I S. 1089).

wendung der aktienrechtlichen Vorschriften⁶ gefüllt werden kann. Die rechtlichen Regelungen im AktG beschränken sich darauf, „die Unternehmensverbindungen rechtlich zu erfassen, sie durch Publizitätsvorschriften durchsichtig zu machen und Schutzvorschriften für die außenstehenden Aktionäre und die Gläubiger der verbundenen Unternehmen zu treffen“, weil der „Konzern, dessen Verbot ernstlich nicht in Betracht gezogen werden kann, als eine gegebene Erscheinungsform unseres Wirtschaftslebens“ hingenommen werden muß und das Aktiengesetz nicht entscheiden kann, „ob eine Unternehmensverflechtung im Einzelfall aus technischen, volkswirtschaftlichen oder sonstigen anzuerkennenden Gründen erwünscht oder etwa wegen der Gefahr einer Beschränkung des Wettbewerbs oder einer übermäßigen Machtzusammenballung unerwünscht ist.“⁷ Bleiben die organisationsrechtlichen Bestimmungen des Aktiengesetzes den Problemen der wirtschaftlichen Konzentration gegenüber insoweit neutral, als sie über eine Regelung der Form externen Unternehmenswachstums und der sich daraus ergebenden gesellschaftlichen Binnenprobleme nicht hinausgehen, gibt es Normen, die sich mit der gesamtwirtschaftlichen, insbesondere der wettbewerbspolitischen Problematik dieser Erscheinung befassen.

Diese gewissermaßen materiellen Konzentrationsnormen finden sich im GWB. Im folgenden soll daher untersucht werden, inwieweit die materiellen Normen des GWB auf die im Aktiengesetz beschriebenen Konzentrationsformen Anwendung finden. Die Untersuchung ist dabei auf die Erfassung von Konzernen gem. § 18 AktG beschränkt, in anderer Weise verbundene Unternehmen bleiben also außer Betracht. Die eminente wettbewerbspolitische Bedeutung der Unternehmenskonzentration legt den Gedanken nahe, alle Mittel, die das GWB zur Verfügung stellt, gegen diese Gefährdung des Wettbewerbs zum Einsatz zu bringen. Die schärfste Waffe, die das GWB bereithält, ist wegen der unmittelbaren Anordnung der Unwirksamkeit und des in § 38 I Nr. 1, IV⁸ mit empfindlichen Bußgeldern bedrohten Verbotes, sich über diese Unwirksamkeit hinwegzusetzen, das Kartellverbot des § 1. Sofern Konzerne von § 1 erfaßt werden könnten, stünde ein wesentlich schärferes wettbewerbsrechtliches Instrument zur Verfügung, als die Untersagungs-Verfügung gem. § 24 II 1 es sein kann.

Eine Untersuchung, ob neben §§ 23, 24 auch andere Normen des GWB auf Konzerne Anwendung finden, muß dabei zwei Problembereiche unterscheiden. Es ist einmal zu untersuchen, ob der Vorgang der Konzerngründung oder -erweiterung von § 1 erfaßt wird und weiter, ob

⁶ Vgl. Emmerich, Das GmbH-Konzernrecht, in „Der GmbH-Konzern“, S. 8 f.

⁷ Begründung des RegE des Aktiengesetzes, Kropff, S. 16.

⁸ Vorschriften ohne Gesetzesangabe sind solche des GWB in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. September 1980 (BGBl. I, S. 1761).

durch wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen innerhalb bestehender Konzerne gegen das Kartellverbot des § 1⁹ verstößen wird. Soweit diese Fragen bisher behandelt worden sind, ist dabei von „dem Konzern“ als Untersuchungsgegenstand ausgegangen worden. Der Begriff „Konzern“ wurde dabei gleichgesetzt mit seiner häufigsten Erscheinungsform, dem Unterordnungskonzern. Viele Aussagen in der bisherigen wissenschaftlichen Auseinandersetzung haben ihre Berechtigung daher nur für diese spezielle Konzernform, ohne daß deutlich gemacht würde, daß der Begriff „Konzern“ einen weitergehenden Inhalt hat. Allen Konzernen gemeinsam ist die Zusammenfassung der verschiedenen rechtlich selbständigen Unternehmen unter einheitlicher Leitung.¹⁰ Nach § 18 AktG ist es dieses Merkmal, das die Zusammenfassung mehrerer rechtlich selbständiger Unternehmen im Rahmen der in sonstiger Weise verbundenen Unternehmen zu einem Konzern qualifiziert.¹¹ § 18 AktG zeigt bereits, daß dieses Merkmal in verschiedener Art und Weise zum Ausdruck kommen kann. Besteht zwischen den beteiligten Unternehmen ein Beherrschungsvertrag oder ist eines sogar in ein anderes eingegliedert, so sind diese Unternehmen kraft Gesetzes gem. § 18 I 2 AktG als unter einheitlicher Leitung stehend anzusehen. Besteht zwischen den Unternehmen ein Abhängigkeitsverhältnis in sonstiger Weise, so wird das Bestehen eines Konzernes gem. § 18 I 3 AktG vermutet, kann aber von den Unternehmen widerlegt werden. Der Begriff der Abhängigkeit erweist sich also für die Konzerne nach § 18 I AktG als weiterer Zentralbegriff. Schon die Gesetzesfassung macht deutlich, daß die Abhängigkeit als Grundlage der einheitlichen Leitung einmal auf vertraglicher Grundlage beruhen kann, bei Beherrschungsvertrag bzw. Eingliederung, daß die vertragliche Basis aber auch fehlen und ein Unternehmen rein faktisch von einem anderen abhängig sein kann. Im Gleichordnungskonzern (§ 18 II AktG) fehlt die Abhängigkeit als Grundlage der einheitlichen Leitung. Diese beruht dort auf einer Verständigung zwischen den beteiligten Unternehmen,¹² und kann wie die Abhängigkeit auf vertraglicher oder tatsächlicher Grundlage begründet sein. Damit zeigt die

⁹ Ein unmittelbares Kartellverbot ist in § 1 nicht enthalten. Das Verbot der Praktizierung von Kartellen ergibt sich vielmehr erst aus einem relativ komplizierten Zusammenwirken von § 1 und § 38 I, Nr. I und IV.

§ 38 I, Nr. 1 belegt das Hinwegsetzen über die Unwirksamkeit einer Kartellvereinbarung mit dem Verdikt der Ordnungswidrigkeit, für die in § 38 IV eine Strafdrohung ausgesprochen ist.

Da sich für § 1 allerdings der Begriff des Kartellverbots eingebürgert hat, wird auch hier das Kartellverbot verkürzt durch § 1 gekennzeichnet.

¹⁰ Biedenkopff / Kloppensteiner in Kölner Kommentar zum AktG § 18, Anm. 5 a. E.

¹¹ Emmerich / Sonnenschein, S. 36.

¹² Geßler in Geßler / Hefermehl / Eckardt / Kropff, § 18, Anm. 69; Würdinger in Großkomm. AktG § 18, Anm. 13; Huber, ZHR 131, 193, 200.