

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 & HUMBLLOT / 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

<b>Einleitung</b> .....	13
-------------------------	----

## *Erster Teil*

### **Konzernbildung**

<b>§ 1 Bildung faktischer Unterordnungskonzerne</b> .....	17
A. Unternehmen .....	18
B. Vertrag oder Beschluß .....	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
<b>§ 2 Bildung faktischer Gleichordnungskonzerne</b> .....	34
<b>§ 3 Bildung vertraglicher Unterordnungskonzerne</b> .....	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 <i>Bildung vertraglicher Gleichordnungskonzerne</i> .....	42
A. Gemeinsamer Zweck .....	43
B. Wettbewerbsbeschränkung .....	43
§ 5 <i>Zwischenergebnis</i> .....	45
§ 6 <i>Uneingeschränkte Anwendung von § 1 auf Konzernbildungen</i> .....	47
A. Vergleich der von § 1 erfaßten und der nicht erfaßten Konzernie- rungsformen .....	47
I. Schutzzweck des § 1 .....	48
II. Verletzung dieses Schutzzweckes durch die von § 1 nicht er- faßten 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**

<b>§ 1 Meinungsstand .....</b>	<b>86</b>
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 Konzern- formen .....	89
D. Umfassende Nichtanwendung des Kartellverbots .....	91
<b>§ 2 Die Unternehmenseigenschaft des Konzerns .....</b>	<b>92</b>
A. Unternehmenseigenschaft des Gesamtkonzerns .....	92
I. Wirtschaftswissenschaftliche Bestimmung des Unternehmens- begriffs .....	93
1. Begriffsbestimmung .....	93
2. Verwendbarkeit der wirtschaftswissenschaftlichen Begriffs- bestimmung .....	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



<b>§ 3 Konzerninterne Wettbewerbsbeschränkungen in faktischen Unterordnungskonzernen</b> .....	<b>108</b>
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
<b>§ 4 Konzerninterne Wettbewerbsbeschränkungen in vertraglichen Unterordnungskonzernen</b> .....	<b>122</b>
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 verstoßen nicht gegen das Empfehlungsverbot ...	126
II. Kein Verstoß gegen § 25 I .....	127
<b>§ 5 Konzerninterne Wettbewerbsbeschränkungen in faktischen Gleichordnungskonzernen</b> .....	<b>128</b>
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

<b>§ 6 Konzerninterne Wettbewerbsbeschränkungen in vertraglichen Gleichordnungskonzernen</b> .....	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
<b>§ 7 Besondere Freistellungsgründe</b> .....	137
A. Wesen des Konzentrationsprivileges .....	137
B. Der faktische Unterordnungskonzern .....	137
Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens .....	138
1. Anerkennung des faktischen Unterordnungskonzerns gemäß § 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
<b>Zusammenfassung</b> .....	147
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	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
BGBI.	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 Wirtschaftsgemein- schaft vom 20. 3. 57
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FN	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
grds.	grundsätzlich
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 Reichsgerichts 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 weniger 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 emporschießenden 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;“<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> Ohne daß hier die gesamte Konzentrationsdiskussion aufgearbeitet werden soll,<sup>3</sup> läßt sich zur gesetzlichen Regelung des Konzentrationsproblems grundsätzlich feststellen, daß auf organisationsrechtlicher Ebene das interne Unternehmenswachstum überhaupt nicht erfaßt wird<sup>4</sup> und für das externe Unternehmenswachstum ausdrückliche gesetzliche Regeln nur für die AG<sup>5</sup> bestehen, für andere Gesellschaftsformen, insbesondere die GmbH, ganz fehlen und diese Lücke auch nur teilweise in analoger An-

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> *Röpke*, Jenseits von Angebot und Nachfrage, S. 55.

<sup>3</sup> Vgl. dazu *Arndt*, Die Konzentration in der Wirtschaft.

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

<sup>5</sup> §§ 15—22, 291—338 AktG vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089).

wendung der aktienrechtlichen Vorschriften<sup>6</sup> 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.“<sup>7</sup> 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 gesellschaftsrechtlichen 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, IV<sup>8</sup> 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

<sup>6</sup> Vgl. *Emmerich*, Das GmbH-Konzernrecht, in „Der GmbH-Konzern“, S. 8 f.

<sup>7</sup> Begründung des RegE des Aktiengesetzes, *Kropff*, S. 16.

<sup>8</sup> 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 § 1<sup>9</sup> verstoßen 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.<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup> § 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,<sup>12</sup> und kann wie die Abhängigkeit auf vertraglicher oder tatsächlicher Grundlage begründet sein. Damit zeigt die

---

<sup>9</sup> 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.

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

<sup>11</sup> *Emmerich / Sonnenschein*, S. 36.

<sup>12</sup> *Geßler* in *Geßler / Hefermehl / Eckardt / Kropff*, § 18, Anm. 69; *Würding* in *Großkomm. AktG* § 18, Anm. 13; *Huber*, ZHR 131, 193, 200.