

**Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht**

Band 250

**Fehlerhafte Gesellschaft
und kartellrechtswidrige
Gemeinschaftsunternehmen**

Von

Till Kowalski



Duncker & Humblot · Berlin

TILL KOWALSKI

Fehlerhafte Gesellschaft und
kartellrechtswidrige Gemeinschaftsunternehmen

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Jens Koch, Köln

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler †

Band 250

Fehlerhafte Gesellschaft und kartellrechtswidrige Gemeinschaftsunternehmen

Von

Till Kowalski



Duncker & Humblot · Berlin

Die Law School der EBS Universität für Wirtschaft und Recht in Wiesbaden
hat diese Arbeit im Jahr 2024 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2025 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpau
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 1614-7626
ISBN 978-3-428-19329-5 (Print)
ISBN 9978-3-428-59329-3 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2024 von der Law School der EBS Universität für Wirtschaft und Recht in Wiesbaden als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis Juli 2024 berücksichtigt werden.

Zuvorderst gebührt mein Dank für die makellose Betreuung des Entstehens dieser Arbeit meiner verehrten Doktormutter Frau Prof. Dr. Julia Lübke. Für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens danke ich Herrn Prof. Dr. Florian Wagner-von Papp.

Stellvertretend für den Kreis der Kolleginnen und Kollegen der Sozietät Hengeler Mueller danke ich Herrn Rechtsanwalt Dr. Martin Ulbrich für die persönliche Förderung und Unterstützung, die ich während meiner Zeit im Düsseldorfer Büro der Kanzlei sowie darüber hinaus habe erfahren dürfen. Diese für mich persönlich wie fachlich äußerst bereichernde und prägende Zeit werde ich in bester Erinnerung behalten.

Für die mühevolle und sorgfältige Durchsicht des Manuskripts danke ich meinen lieben Freunden Herrn Rechtsanwalt Dr. Grigory Bekritsky, Herrn Rechtsanwalt Dr. Moritz Koch, Herrn Fabian Schütte und Herrn Dominik Pschadka.

Zuletzt gilt mein aufrichtiger und inniger Dank meiner Familie, allen voran meinen Eltern Frau Rita Buskamp-Stork und Herrn Peter Kowalski sowie meiner Schwester Frau Tabea Kowalski. Alles, was ich in meinem Leben geschafft habe, wäre ohne ihren bedingungslosen Rückhalt und ihre liebevolle Unterstützung nicht möglich gewesen. Ihnen sei diese Arbeit in Liebe und Dankbarkeit gewidmet.

Düsseldorf, im August 2024

Till Kowalski

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Einleitung	21
A. Untersuchungsgegenstand	21
B. Gang der Untersuchung	29

Zweiter Teil

Kartellrechtliche Grundlagen zu Gemeinschaftsunternehmen	32
A. Allgemeines zu Gemeinschaftsunternehmen	34
I. Gründe für die Errichtung eines Gemeinschaftsunternehmens	34
II. Terminologische Differenzierung	35
1. Horizontale und vertikale Gemeinschaftsunternehmen	35
2. Vollfunktions- und Teilverfunktionsgemeinschaftsunternehmen	36
3. Konzitative und kooperative Gemeinschaftsunternehmen	36
III. Praktische Relevanz von Gemeinschaftsunternehmen	38
B. Kartellrechtliche Vorgaben bei der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen	38
I. Funktion und Bedeutung des Kartellrechts	39
1. Wirtschaftspolitische und gesellschaftspolitische Funktionen des Wettbewerbs	40
2. Das Schutzzug des Kartellrechts	41
3. Die Bedeutung des freien Wettbewerbs	44
II. Die Abgrenzung von Fusionskontrolle und Kartellverbot bei der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen	45
III. Die Beschränkung des Wettbewerbs durch die Gründung eines Gemeinschafts- unternehmens	49
1. Gruppeneffekte zwischen den Gründerunternehmen	50
a) Theoretische Grundlagen zu Gruppeneffekten	50
b) Praktische Anwendungsfälle	53
aa) Gruppeneffekte in der nationalen Rechtsprechung	54
(1) BGH – Ost-Fleisch	54
(2) BGH – Nord-KS/Xella	55
(3) Bewertung der nationalen Rechtsprechung zu Gruppeneffekten	56

bb) Gruppeneffekte in der Praxis des Bundeskartellamts	59
(1) Sektoruntersuchungen des Bundeskartellamts	59
(2) Bewertung der Praxis des Bundeskartellamts zu Gruppeneffekten	60
cc) Gruppeneffekte in der Praxis der Europäischen Kommission	61
2. Das Gemeinschaftsunternehmen als Kartellierungsgremium	64
a) Kartellrechtliche Grundlagen zur Instrumentalisierung eines Gemeinschaftsunternehmens	64
b) Praktische Anwendungsfälle	65
aa) BGH – Zementverkauf Niedersachsen II	65
bb) BGH – Transportbetonvertrieb II	66
cc) BGH – Mischwerke	67
dd) BGH – Nassauische Landeszeitung	68
3. Nebenabreden	69
IV. Fazit zu kartellrechtsrelevanten Konstellationen der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens	71

Dritter Teil

Gesellschaftsrechtlicher Umgang mit verbotsgesetzeswidrigen Personengesellschaften	74
A. Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft bei nichtigen Gesellschaftsverträgen ...	74
I. Historische Entwicklung	77
II. Dogmatische Begründung einer Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft	78
1. Entwicklung der dogmatischen Begründung	79
2. Die Doppelnatur des Gesellschaftsvertrags: Zwischen organisations- und vertragsrechtlichem Element	81
III. Voraussetzungen der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft	84
1. Fehlerhafter Vertragsschluss	85
a) Erfordernis eines gesamtnichtigen Gesellschaftsvertrags	85
b) Kartellrechtliche Nichtigkeit von Gesellschaftsverträgen	86
aa) Nichtigkeit von Gesellschaftsverträgen nach § 134 BGB i. V. m. § 1 GWB	87
(1) Abweichender Beurteilungsrahmen wegen der Existenz eines organisationsrechtlichen Elements	88
(a) Postulierte Kartellrechtsneutralität eines organisationsrechtlichen Elements	88
(b) Berücksichtigungsfähigkeit eines organisationsrechtlichen Elements auf rechtsgeschäftlicher Ebene	89
(2) Rechtsfolge, § 139 BGB	94
bb) Nichtigkeit von Gesellschaftsverträgen nach Art. 101 Abs. 2 AEUV	95

cc) Ergebnis zur kartellrechtlichen Gesamtnichtigkeit von Gesellschaftsverträgen	96
2. Vollzug der Gesellschaft	96
3. Die Negativvoraussetzung: Keine vorrangig schutzwürdigen Individual- oder Allgemeininteressen	99
a) Einführung	99
b) Entwicklungsstufen der Negativvoraussetzung vorrangiger Allgemeininteressen	100
4. Rechtsfolge der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft	105
B. Generelle Beurteilung der Negativvoraussetzung vorrangiger Allgemeininteressen ..	106
I. Grundsätzliche Ablehnung in der Literatur	107
1. Kein ausreichender Verkehrsschutz bei ex tunc Nichtigkeit vollzogener Gesellschaften	108
a) Inhaltliche Unzulänglichkeiten der Rechtsscheintatbestände	109
aa) Haftung der Scheingesellschafter analog § 179 BGB und nach den Grundsätzen des unternehmensbezogenen Geschäfts	109
bb) Haftung der Scheingesellschafter über § 15 Abs. 3 HGB	110
(1) Akzessorische Haftung ohne Hauptverbindlichkeit bei Nichtigkeit der Gesellschaft	111
(2) Die Anwendung von § 127 HGB n.F. über § 15 Abs. 3 HGB	115
(a) Schutzwürdiges Vertrauen Dritter in die Rechtsscheinhaftung neu beigetretener Gesellschafter	115
(b) Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister als Angelegenheit neu beigetretener Gesellschafter	118
(3) Rechtsscheinhaftung bei gesetzlichen Ansprüchen	120
cc) Haftung der vermeintlichen Gesellschafter nach den Grundsätzen der allgemeinen Rechtsscheinhaftung	121
b) Verlust der vollstreckungsrechtlichen Privilegierung der Gesellschaftsgläubiger	122
c) Kein unzureichender Gläubigerschutz als Konsequenz der Nichtigkeit der Gesellschaft	125
2. Bestandsschutzrechtliche Ungleichbehandlung von Personen- und Kapitalgesellschaften	128
a) Bloße Auflösbarkeit von Kapitalgesellschaften nach Eintragung	129
b) Rechtfertigung durch die Systematik des Kapitalgesellschaftsrechts	131
aa) Beeinträchtigung von Verkehrsinteressen durch den Ausschluss der persönlichen Gesellschafterhaftung	131
bb) Schutz des Rechtsverkehrs durch Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften	133
(1) Der Grundsatz bestehenden Garantiekapitals	133
(2) Haftungsausschluss ohne Kapitalgrundlage in der UG	135

(3) Bestandsschutz bei unwirksamem GmbH-Beitritt nach § 16 Abs. 1 GmbHG	138
(4) Folgerung: Besonderes Bestandsbedürfnis wegen der Kapitalverfas- sung im Recht der Kapitalgesellschaften	140
cc) Registergerichtliches Gründungsverfahren bei Kapitalgesellschaften ..	141
(1) Vorsorgende Rechtspflege im Kapitalgesellschaftsrecht	141
(2) Abweichender Prüfungsumfang des Registergerichts bei Kapital- und Personengesellschaften	142
(3) Konstitutivwirkung der Eintragung von Kapitalgesellschaften ..	144
(4) Folgerung: Besonderer Drittschutz durch das Gründungsverfahren im Kapitalgesellschaftsrecht	144
dd) Übertragbarkeit der kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestandsschutzvor- schriften	150
(1) Austariertes System zwischen Gründungsverfahren, Haftungsver- fassung und Bestandsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht	150
(2) Rechtfertigung der Rechtsfähigkeit der Vorgesellschaft durch die Handelnden- und Unterbilanzhaftung	152
(3) Besonderes Vertrauen des Rechtsverkehrs durch die hoheitliche Gewährleistung einer Mindestkapitalverfassung	155
(4) Systemwidrigkeit der anfänglichen Nichtigkeit zu den Kapitalerhal- tungsvorschriften	156
(5) Verselbstständigung der Körperschaft gegenüber dem rechtswidri- gen Wirken ihrer Gründer	157
(6) Weitergehende rechtliche Verselbstständigung der Personengesell- schaften durch das MoPeG	159
(7) Wertungswidersprüchlichkeit bei Verzicht auf die personengesell- schaftsrechtliche Negativvoraussetzung	161
(8) Zwischenergebnis	162
ee) Kapitalgesellschaftsrechtlicher Bestandsschutz durch die Gesellschafts- rechtrichtlinie	162
c) Ergebnis	166
II. Rechtfertigung der personengesellschaftsrechtlichen Negativvoraussetzung ..	167
1. Ständige Rechtsprechung: Die Einheit der Rechtsordnung	168
a) Grundsätzliche Ablehnung der Argumentationsfigur der Einheit der Rechtsordnung	169
b) Kapitalgesellschaftsrechtlicher Bestandsschutz rechtswidriger Gesellschaf- ten als Nachweis der Widerspruchsfreiheit	170
c) Widerspruchsfreiheit der bestandsschutzrechtlichen Anerkennung wegen der Doppelnatur des Gesellschaftsvertrags	172
aa) Verbots gesetzliche Differenzierung zwischen Innen- und Außenverhält- nis	173
bb) Originär gesellschaftsrechtlicher Charakter der organisationsrechtlichen Beurteilung	174

cc) Der Teleologievorbehalt des § 134 Hs. 2 BGB	174
dd) Gesellschaftsrechtlicher Bestandsschutz als Ergebnis einer normativen Rangfolge	176
d) Rückausnahme von der Negativvoraussetzung in der Rechtsprechung des BGH	176
2. Positive Begründung der Negativvoraussetzung	177
a) Rechtsgeschäftliche Begründung	178
aa) Systematische und normative Grenzen durch § 134 BGB	178
bb) Folgerung: Zweiteilung der Teleologieprüfung des § 134 Hs. 2 BGB	184
b) Gesellschaftsrechtliche Begründung	185
aa) Der vertragsrechtliche Gehalt der Personengesellschaft	186
(1) Personalistische Prägung und Gesellschaftsvertrag	186
(2) Folgerung: Die Negativvoraussetzung als Ausfluss des gesellschaftsvertraglichen Fundaments der Gesellschaft	195
bb) Rechtsgeschäftlicher Gehalt des Vollzugs-/Organisationsakts	197
cc) Systemwidrigkeit einer verbotsgesetzesbedingten Teilwirksamkeit der Gesellschaft	199
(1) Organisationsrechtlicher Bestand ohne Gesellschaftszweck	200
(2) Organisationsrechtlicher Bestand ohne Innenverhältnis	204
c) Verbotsgesetzliche Begründung	206
aa) Keine zwingende verbotsgesetzliche Neutralität des organisationsrechtlichen Elements bei Kartellverstößen	207
(1) Schutzzweck des Kartellverbots und organisationsrechtliches Element des Gesellschaftsvertrags	207
(2) Kartellrechtliche Schutzlücken bei Gruppeneffekten ohne Berücksichtigung des organisationsrechtlichen Elements	212
(3) Kartellrechtliche Totalnichtigkeit eines Prozessvergleichs trotz Doppelnatur	213
(4) Zwischenergebnis	215
bb) Verkehrsschutzvorbehalt der Nichtigkeitsfolge	215
d) Dogmatische Widersprüchlichkeit einer Rückausnahme zur Handhabung sonstiger Fehlerquellen	218
3. Ergebnis	220
III. Einzelfallspezifische Anwendung der Negativvoraussetzung	222
1. Die Abwägung von Allgemein- und Bestandsinteressen i. R. d. Negativvoraussetzung	223
a) „Vorrangige Allgemeininteressen“ in der Rechtsprechung des BGH	223
b) Einzelfallabwägung aufgrund methodischer Grundsätze	225
c) Einzelfallabwägung aufgrund verfassungsrechtlicher Vorgaben	228
aa) Der verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht	228

bb) Folgerungen für die Negativvoraussetzung	231
(1) Verfassungsrechtliche Implikationen im Innenverhältnis	231
(2) Verfassungsrechtliche Implikationen im Außenverhältnis	232
(3) Zwischenergebnis	235
d) Variabilität der widerstreitenden Interessen auf vertrags- und organisationsrechtlicher Ebene	235
2. Abwägungserhebliche Interessen	237
a) Die Interessen der Gesellschafter	237
b) Die Interessen des Rechtverkehrs	241
aa) Allgemeines	241
bb) Keine weitergehende Schutzbedürftigkeit von Arbeitnehmern	242
c) Die Interessen der Allgemeinheit bei Verstoß gegen das Kartellverbot	243
aa) Abstrakter Bedeutungsgehalt der Verbotsinteressen	244
bb) Schwere und Dauer der Zu widerhandlung als maßgebliche Einzelfallkriterien	244
(1) Die Unbeachtlichkeit subjektiver Kriterien	244
(2) Tatbezogene Konkretisierung der Gesichtspunkte „Schwere“ und „Dauer“	248
cc) Das „Bezwecken“ einer Wettbewerbsbeschränkung	250
dd) Generalisierende Gewichtung anhand kartellrechtswidriger Gemeinschaftsunternehmen	251
d) Abwägung der widerstreitenden Interessen	252
3. Dogmatische Inkongruenz eines Erwachsens in ex tunc Wirksamkeit	253
IV. Ergebnis	255

Vierter Teil

Die Implikation der Negativvoraussetzung bei kartellrechtswidrigen Gemeinschaftsunternehmen

A. Teleologische Erforderlichkeit der Nichtigkeit im kartellrechtlichen Sanktionssystem	259
I. Prävention als Medium des kartellrechtlichen Sanktionssystems zum Schutz des Wettbewerbs	259
II. Präventivwirkungen im kartellrechtlichen Sanktionssystem	261
III. Die notwendige Komplementärfunktion der Nichtigkeitsfolge	265
1. Geeignetheit: Präventivwirkungen der Nichtigkeit kartellrechtswidriger Personengesellschaften	266
a) Effizienzeinbußen bei einzelgegenständlicher Rückabwicklung	266
b) Die prozessuale Parteiunfähigkeit der Gesellschaft	267
aa) Allgemeines zur Parteiunfähigkeit	267
bb) Abschreckung bei paralleler aktiver und passiver Parteiunfähigkeit	268

c) Entfall zentraler gesellschaftsrechtlicher Bestimmungen im Innenverhältnis	270
d) Die haftungsrechtliche Wahlmöglichkeit der Gläubiger	272
e) Der Verlust rechtsgeschäftlich begründeter Ansprüche	273
f) Die abweichende Berechtigung am faktisch vorhandenen Gesellschaftsvermögen	274
g) Ergebnis zur Abschreckung durch Nichtigkeit	277
2. Erforderlichkeit: Der eigenständige Bedeutungsgehalt der Nichtigkeitsfolge	278
a) Verbleibender Bedeutungsgehalt relativ zum kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch	280
aa) Bestehen schadensersatzrechtlicher Durchsetzungsdefizite	280
(1) Schadensersatzrechtliche Nachweisschwierigkeiten	280
(2) Mangelnde Klageanreize	283
bb) Kompensation durch die Nichtigkeitsfolge	284
(1) Defensiver Einwand der Nichtigkeit	284
(2) Unabhängigkeit der Nichtigkeitsfolge von subjektiven Interessen	284
(3) Systematisch-extensiver Gleichlauf zwischen Nichtigkeit und Schadensersatz	286
cc) Folgerung: Partielle Kompensation schadensersatzrechtlicher Defizite	288
b) Verbleibender Bedeutungsgehalt relativ zur öffentlich-rechtlichen Kartellrechtsdurchsetzung	288
aa) Bestehen öffentlicher Durchsetzungsdefizite	288
(1) Begrenzte behördliche Ermittlungsressourcen	289
(2) Ermessensabhängigkeit der behördlichen Kartellverfolgung	289
(3) Empirisch feststellbares öffentliches Underenforcement	291
bb) Kompensation durch die Nichtigkeitsfolge	292
cc) Systemgrenzen bei der Festsetzung von Geldbußen	293
dd) Folgerung: Kein ausreichendes öffentliches Enforcement	296
c) Eigene kartellrechtssystematische Funktionsweise der Nichtigkeitsfolge	297
aa) Die Absolutheit der Nichtigkeit	297
bb) Die Wirkungsweise <i>ipso iure</i>	298
cc) Der Vorrang gegenüber fundamentalen rechtsgeschäftlichen Wertungen	299
dd) Die Rechtsschutzverweigerung	300
(1) Präventive Dimension	300
(2) Zusätzliche normative Dimension	302
d) Ergebnis zum eigenständigen Bedeutungsgehalt	303
IV. Kartellrechtssystematische und -praktische Defizite bei der Nichtigkeit vollzogener Gesellschaften	305
1. Systematische Defizite im Vergleich zu Geldbuße und Schadensersatz	305
a) Disproportionalität zwischen Nichtigkeitsfolge und Schwere des Verstoßes	305
b) Keine Berücksichtigung von Verschulden	309
c) Unterlaufen der Verhältnismäßigkeitsvorgaben des § 32 Abs. 2 S. 2 GWB	314

d) Ex nunc Wirkung einer vermögensrechtlichen Entflechtung trotz ex tunc Nichtigkeit der Gesellschaft	317
2. Praktische Defizite	320
a) Untauglichkeit der Nichtigkeit im einstweiligen Rechtsschutz	320
b) Wettbewerbsbeschränkung durch Vernichtung eines Wettbewerbers	321
c) Praktisches Leerlaufen des Nichtigkeitseinwands wegen drohender Repressalien	323
d) Unlautere Motivation des Nichtigkeitseinwands	324
e) Irreversibilität eingetretener Wettbewerbsbeschränkungen	325
V. Gesamtergebnis	327
B. Unionsprimärrechtliches Erfordernis einer <i>ex tunc</i> Nichtigkeit nach Art. 101 Abs. 2 AEUV	328
I. Zweck und Bedeutung des Art. 101 Abs. 2 AEUV	329
II. Einschränkung von Art. 101 Abs. 2 AEUV durch die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft	330
III. Generelle Einschränkbarkeit der Nichtigkeitsfolge des Art. 101 Abs. 2 AEUV ..	332
1. Einschränkung in der kartellrechtlichen Rechtsprechung des EuGH	332
2. Einschränkung durch den Zweck des Verbots	333
3. Mangelnder Rechtsschutz bei uneingeschränkter Nichtigkeit	335
IV. Rechtfertigung einer Einschränkung von Art. 101 Abs. 2 AEUV	336
1. Durch die Gesellschaftsrechtstrichtlinie	336
2. Durch das primäre Unionsrecht	339
a) Der Grundsatz der Rechtssicherheit	341
b) Der Grundsatz des Vertrauensschutzes	346
c) Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	348
aa) Generelle Einschränkbarkeit von Primärrecht durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	349
bb) Generelle Einschränkbarkeit von Art. 101 Abs. 2 AEUV durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	352
3. Verhältnismäßigkeit der Nichtigkeit vollzogener Gesellschaften nach Art. 101 Abs. 2 AEUV im Einzelfall	355
a) Zulässigkeit einer Abwägung i.R.v. Art. 101 Abs. 2 AEUV	355
b) Berücksichtigungsfähige Interessen	356
c) Abwägung der widerstreitenden Interessen	359
aa) Kein Harmonisierungsbedürfnis im Personengesellschaftsrecht	360
bb) Harmonisierungsbedürfnis im Unionskartellrecht	361
cc) Systematische Betrachtung: Abstraktes Gewicht der Nichtigkeitsfolge des Art. 101 Abs. 2 AEUV	362
dd) Abwägungsergebnis	364
4. Urteil des EuGH in der Rechtssache E. Friz GmbH/Carsten von der Heyden ..	364
5. Urteil des EuGH in der Rechtssache Hirmann	368

C. Gesamtergebnis	370
-------------------------	-----

Fünfter Teil

Schlussbetrachtung	372
---------------------------	-----

A. Ausblick: Praktischer Umgang mit der <i>ex tunc</i> Nichtigkeit vollzogener Gesellschaften	372
I. Die Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht	372
II. Die Praxis der Entflechtungsverfahren des Bundeskartellamts	373
B. Ergebnis und Zusammenfassung in Thesen	375
I. Ergebnis	375
II. Zusammenfassung in Thesen	377

Literaturverzeichnis	386
-----------------------------------	-----

Sachwortverzeichnis	427
----------------------------------	-----

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft/Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ApothG	Gesetz über das Apothekenwesen
ArchBürgR	Archiv für bürgerliches Recht
Art.	Artikel
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Betriebs-Berater
BeckOGK	beck-online.GROSSKOMMENTAR
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Begr.	Begründer
Beil.	Beilage
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB AT	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BNotO	Bundesnotarordnung
BT-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundestags
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts

bzw.	beziehungsweise
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CMLR	Common Market Law Review
d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/dieselben
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DStR	Deutsches Steuerrecht
EBV	Eigentümer-Besitzer-Verhältnis
ECLR	European Competition Law Review
ECN+-RiLi	ECN+-Richtlinie (Richtlinie (EU) 2019/1 v. 11.12.2018, ABl. L 11/3 v. 14.01.2019)
EG	Europäische Gemeinschaft
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Entsch.	Entscheidung
ErfK	Erfurter Kommentar
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
f./ff.	folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FCLI	Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V.
FK	Frankfurter Kommentar
FKVO	Fusionskontrollverordnung (Verordnung (EG) 139/2004 v. 20.01.2004, ABl. L 24 v. 29.01.2004)
Fn.	Fußnote
Fortf.	Fortführung
FS	Festschrift
GA/GAin	Generalanwalt/Generalanwältin
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
Gesamthrsg.	Gesamtherausgeber
GesRRiLi	Gesellschaftsrechtrichtlinie (Richtlinie (EU) 2017/1132 v. 14.06.2017, ABl. L 169/46 v. 30.06.2017)

GewArch	Gewerbeearchiv
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil
GU	Gemeinschaftsunternehmen
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
h.M.	herrschende Meinung
HCL	Habersack/Casper/Löbbecke
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. E.	im Ergebnis
i. Ü.	im Übrigen
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
i. R. d.	im Rahmen des/im Rahmen der
i. S. d.	im Sinne des/im Sinne der
i. V. m.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau
JuMiKo	Justizministerkonferenz
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	JuristenZeitung
KartSE-RiLi	Kartellschadensersatz-Richtlinie (Richtlinie 2014/104/EU v. 26. 11. 2014, ABl. L 349/1 v. 05. 12. 2014)
KG	Kommanditgesellschaft/Kammergericht
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KK	Kölner Kommentar
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
lit.	litera
LM	Lindenmaier-Möhring – Kommentierte BGH-Rechtsprechung
LMRKM	Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mio.	Millionen
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MoPeG	Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts
MüKo	Münchener Kommentar

m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NK	NomosKommentar
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PublizitätsRiLi	Publizitätsrichtlinie (Richtlinie 2009/101/EG v. 16.09.2009, ABl. L 258/11 v. 01.10.2009)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RBerG	Rechtsberatungsgesetz
RdA	Recht der Arbeit
Red.	Redakteur/Redakteurin
RefE	Referentenentwurf
RegE	Gesetzentwurf der Bundesregierung
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
RPflG	Rechtspflegergesetz
Rs.	Rechtssache
RW	Rechtswissenschaft – Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung
S.	Satz/Seite
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
sog.	sogenannte/sogenannten/sogenannter
u. a.	unter anderem/und andere
UAbs.	Unterabsatz
Überbl.	Überblick
UG	Unternehmergeellschaft
Ursprüngliche	Ursprüngliche Publizitätsrichtlinie (Richtlinie 68/151/EWG v. 09.03.1968, ABl. L 65/8 v. 14.03.1968)
PublizitätsRiLi	
Urt.	Urteil
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom
Var.	Variante
vgl.	vergleiche
VGR	Wissenschaftliche Vereinigung für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht e. V.

VO	Verordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WK	Wolters Kluwer
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WPR	Wertpapierrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	WuW-Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEuS	Zeitschrift für europarechtliche Studien
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Erster Teil

Einleitung

A. Untersuchungsgegenstand

Gründen zwei im Wettbewerb zueinanderstehende Unternehmen eine gemeinsame Tochtergesellschaft, ein Gemeinschaftsunternehmen,¹ kann der Gesellschaftsvertrag dieses Gemeinschaftsunternehmens gegen das Kartellverbot verstößen. Er kann dann nach § 134 BGB i. V. m. § 1 GWB beziehungsweise nach Art. 101 Abs. 2 AEUV nichtig sein. Im Personengesellschaftsrecht² wäre die Konsequenz, dass die Gesellschaft nach allgemeinen Grundsätzen nicht wirksam entstanden wäre und ihre Rechtsverhältnisse rückabzuwickeln wären.³ Hat die Gesellschaft trotz ihrer rechtlichen Inexistenz ihre Tätigkeit aufgenommen, stellt sich die Frage, wer hinter den von ihr begründeten Rechtverhältnissen steht. So kann die Gesellschaft etwa Kundenbeziehungen begründet oder Arbeitnehmer beschäftigt haben.⁴ Das Problem der rechtlichen Inexistenz stellt sich im Besonderen dort, wo die Gesellschaft über lange Zeit tätig gewesen ist, wodurch eine Vielzahl Dritter von dem plötzlichen Fortfall der Gesellschaft betroffen sein kann.⁵ An diesem Punkt setzt das Rechtsinstitut der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft an. Die Lehre fingiert das rückwirkend wirksame Bestehen einer Gesellschaft, deren Gesellschaftsvertrag nach

¹ *Schwindt*, in: Schulte/Schwindt/Kuhn, Joint Ventures, § 6 Rn. 3; *Schulte/Pohl*, Joint-Venture-Gesellschaften, Rn. 4; zur genauen Begriffsbestimmung des Gemeinschaftsunternehmens sogleich unten, S. 32 ff.

² Im Kapitalgesellschaftsrecht gelten mit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister abweichende Bestimmungen. Nach den §§ 75 ff. GmbHG und §§ 275 ff. AktG kann die Gesellschaft nur noch mit Wirkung für die Zukunft für nichtig erklärt werden (dazu eingehend unten, S. 128 ff.). Diese Vorschriften werden zum Teil als spezialgesetzliche Ausprägung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft verstanden. Siehe dazu: *Schäfer*, in: Mü-KoBGB, BGB § 705, Rn. 306; eingehend: *Schäfer*, Fehlerhafter Verband, S. 137 ff.

³ So bereits: Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Recht der Schuldverhältnisse, S. 595 = *Mugdan*, Materialien zum BGB, Band 2, S. 333; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 6 I 1 a, S. 136 f.; zu den Rechtsfolgen der Nichtigkeit einer Personengesellschaft generell: *Wiesner*, Fehlerhafte Gesellschaft, S. 60 ff.

⁴ *K. Schmidt*, in: FS Säcker, 2011, S. 949 (959): „Die Gesellschaft wird als Arbeitgeberin [und] Vertragspartnerin [...] gebraucht“.

⁵ Zur Dauerhaftigkeit nur: BGH, Urt. v. 29.06.1970, Az. II ZR 158/69, BGHZ 55, 5 (8); *Habermeier*, in: Staudinger, BGB § 705 (2003), Rn. 63.

allgemeinen rechtsgeschäftlichen Grundsätzen unwirksam ist.⁶ Über das Bestehen eines unwirksamen Gesellschaftsvertrags hinaus setzt die Lehre zweitens voraus, dass die Gesellschaft in Vollzug gesetzt worden ist. Das bedeutet, dass die Gesellschaft ihre Tätigkeit aufgenommen haben muss.⁷ Als dritte – negative⁸ – Voraussetzung dürfen einer gesellschaftsrechtlichen Anerkennung der Gesellschaft keine vorrangigen Allgemeininteressen entgegenstehen.⁹ Die Untersuchung vollzieht sich anhand dieser dritten Voraussetzung. Es stellt sich die Frage, ob der gesellschaftsrechtlichen Anerkennung eines unter Verstoß gegen das Kartellverbot gegründeten Gemeinschaftsunternehmens in der Rechtsform einer Personengesellschaft derartige vorrangige Allgemeininteressen entgegenstehen. Diese könnten insbesondere in Form kartellrechtlicher Schutzinteressen bestehen.

In ständiger Rechtsprechung geht der BGH davon aus, dass eine Anerkennung als fehlerhafte Gesellschaft wegen vorrangiger Allgemeininteressen ausscheidet, wenn der Gesellschaftsvertrag wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgebot nach § 134 BGB nichtig ist.¹⁰ Konsequenterweise entschied das Gericht zuletzt im Jahr 2008 in der Rechtssache Nord-KS/Xella gegen die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auf ein kartellrechtswidriges Gemeinschaftsunternehmen.¹¹ In der Rechtssache Nassauische Landeszeitung führte der BGH dazu aus,

„daß die Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft dort ihre Grenze findet, wo vorrangige Interessen der Allgemeinheit entgegenstehen. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages – hier nach § 1 GWB – darauf beruht, dass gegen ein

⁶ Schäfer, Fehlerhafter Verband, S. 203, 213 ff.; Schäfer, in: MüKoBGB, BGB § 705, Rn. 311 f.; Fleischer, in: MüKoHGB, HGB § 105, Rn. 488.

⁷ BGH, Urt. v. 10.04.1978, Az. II ZR 61/77, NJW 1978, 2505 (2506), wonach der Vollzug voraussetzt, dass die Gesellschafter derart viele Vollzugshandlungen vorgenommen haben, dass diese nicht ohne Weiteres ungeschehen gemacht werden können; Schäfer, Fehlerhafter Verband, S. 157 ff., 160 ff.; Schäfer, in: MüKoBGB, BGB § 705, Rn. 315; K. Schmidt, AcP 186 (1986), 421 (441); Hadding/Kießling, in: Soergel, BGB § 705, Rn. 75; Habermeier, in: Staudinger, BGB § 705 (2003), Rn. 66.

⁸ Den Begriff der „negativen Voraussetzung“ verwenden insbesondere: Schäfer, in: MüKoBGB, BGB § 705, Rn. 309; Vetter, Altschuldenhaftung auf fehlerhafter Vertragsgrundlage, S. 199, spricht von einem „negativen Tatbestandsmerkma[ll]“.

⁹ So die ständige Rechtsprechung: BGH, Urt. v. 24.10.1951, Az. II ZR 18/51, BGHZ 3, 285 (288); vgl. dazu auch die Urteilsanmerkung von Benke, JZ 1952, 305 (307); BGH, Urt. v. 12.05.1954, Az. II ZR 167/53, BGHZ 13, 320 (323); BGH, Urt. v. 06.02.1958, Az. II ZR 210/56, BGHZ 26, 330 (334 f.); BGH, Urt. v. 29.06.1970, Az. II ZR 158/69, BGHZ 55, 5 (9); BGH, Urt. v. 25.03.1974, Az. II ZR 63/72, BGHZ 62, 234 (241); BGH, Urt. v. 19.12.2013, Az. II ZR 383/12, BGHZ 199, 104 (109), Rn. 12.

¹⁰ BGH, Urt. v. 25.03.1974, Az. II ZR 63/72, BGHZ 62, 234 (241); BGH, Urt. v. 24.09.1979, Az. II ZR 95/78, BGHZ 75, 214 (217 f.) und BGH, Urt. v. 20.03.1986, Az. II ZR 75/85, BGHZ 97, 243 (250 f.); BGH, Urt. v. 18.07.2013, Az. IX ZR 198/10, NZG 2013, 1187 (1189), Rn. 14 f.; OLG Hamm, Beschl. v. 13.03.1986, Az. 4 W 43/86, WuW/E OLG 3748 (3749).

¹¹ BGH, Beschl. v. 04.03.2008, Az. KVZ 55/07, WuW/E DE-R 2361 (2362), Rn. 16 – Nord-KS/Xella.

im öffentlichen Interesse zur institutionellen Sicherung der Wettbewerbsfreiheit erlassenes Gesetz verstoßen worden ist.“¹²

Am prominentesten ist Karsten Schmidt dieser Rechtsprechung in den vergangenen Jahrzehnten wiederholt entgegentreten.¹³ Seine Auffassung, zum Schutze des Rechtsverkehrs von der Wirksamkeit der vollzogenen Gesellschaft auszugehen, findet insbesondere in der jüngeren Literatur vermehrt Zuspruch.¹⁴ Doch die insoweit maßgeblichen Rechtsfragen gehen weit über den Anwendungsfall kartellrechtswidriger Gemeinschaftsunternehmen hinaus. Heute versteht man kartellrechtswidrige Gemeinschaftsunternehmen als „Testfall der Doktrin“¹⁵ der anfänglichen Nichtigkeit verbotsgesetzeswidriger Gesellschaften. Carsten Schäfer vertritt im Einklang mit der ablehnenden Literaturauffassung die Existenz einer zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften rechtsformübergreifenden Lehre vom fehlerhaften Verband.¹⁶ Er tritt damit ausdrücklich der Rechtsprechung des BGH entgegen, der betont:

„Die Rechtsordnung kann nicht ein von ihr verbotenes und für nichtig erklärtes Rechtsverhältnis anerkennen, das laufend neue Rechte und Pflichten begründet. Hier verdient die fehlerhafte Gesellschaft grundsätzlich keinen Bestandsschutz; das Interesse der Gesellschafter an der Anerkennung des von ihnen gewollten und tatsächlich begründeten Zustandes muß gegenüber den entgegenstehenden Belangen der Allgemeinheit zurücktreten.“¹⁷

¹² BGH, Urt. v. 13.11.1990, Az. KZR 2/89, WuW/E BGH 2675 (2677f.) – Nassauische Landeszeitung; siehe auch: OLG Hamm, Beschl. v. 07.07.1987, Az. 4 W 11/87, WuW/E OLG 4033 (4036 f.) – Gemeinsamer Zeitungsverlag: „[Es kann und darf] nicht sein, daß ein eigens nur zur Wettbewerbsbeschränkung gegründetes, also bereits in seinem Bestand von Grund auf rechtswidriges Unternehmen weiter werbend tätig ist.“

¹³ K. Schmidt, AcP 186 (1986), 421 (446 ff.); K. Schmidt, Urteilsanmerkung zu OLG Hamm, Beschl. v. 13.03.1986, Az. 4 W 43/86, WuW/E OLG 3748 (3751); K. Schmidt, WuW 1988, 5 (7); K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 6 III 3 c, S. 151; K. Schmidt, in: FS Mestmäcker, 1996, S. 763 (768, 770); K. Schmidt, in: FS Säcker, 2011, S. 949 (958 ff.); K. Schmidt, BB 2014, 515; K. Schmidt, ZIP 2014, 863.

¹⁴ Wiesner, in: FS G. Wiedemann, 2020, S. 197 (203 f.); Lohse, in: FS Wank, 2014, S. 299 (312); Lohse, in: FS Säcker, 2011, S. 827 (835); W.-H. Roth, in: FS Hopt, 2010, Band 2, S. 2881 (2898); Schäfer, Fehlerhafter Verband, S. 261 ff.; Pörnig, Fehlerhafte Gesellschaft, S. 223 ff., insb. S. 228; Grunewald, Gesellschaftsrecht, § 1 Rn. 182; Tröger, in: Westermann/Wertenbruch, Handbuch Personengesellschaftsrecht, Teil 1 § 8, 82. Lieferung, Januar 2022, Rn. 224b; Wertenbruch, in: Ebenroth/Boujoung, HGB § 105, Rn. 570 ff.; Lieder, in: Erman, BGB § 705, Rn. 171; Fleischer, in: MüKoHGB, HGB § 105, Rn. 495; Spiering/Hacker, RNotZ 2014, 349; Palzer, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1, § 81 Rn. 23; Palzer, ZGR 2012, 631; für den Fall kartellrechtswidriger Gesellschaften ähnlich: Domcke, Unionskartellrechtswidrige Gesellschaftsverträge, S. 223; i.E. auch: Bautsch, Fehlerhafte Gesellschaft, S. 178; Benner, Kartellrechtliche Unwirksamkeit, S. 91 f.; Wertenbruch, Doppelkontrolle, S. 59 ff.; Schwintowski, NJW 1988, 937 (942); G. Wiedemann, Gemeinschaftsunternehmen, S. 203 f.; eingehend: Barth, Öffentliche Interessen, S. 59 ff.

¹⁵ K. Schmidt, BB 2014, 515 (516).

¹⁶ Schäfer, Fehlerhafter Verband.

¹⁷ BGH, Urt. v. 25.03.1974, Az. II ZR 63/72, BGHZ 62, 234 (241).