

Inhaltsverzeichnis

<i>Erster Teil</i>	
Einleitung	21
A. Untersuchungsgegenstand	21
B. Gang der Untersuchung	29
<i>Zweiter Teil</i>	
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 Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen	36
3. Konzentратiv 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) Verbotsgeetzliche 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 Doppelnatr	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 Zuwiderhandlung 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 257

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 Gesellschaftsrechtsrichtlinie	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

Inhaltsverzeichnis	15
C. Gesamtergebnis	370
<i>Fünfter Teil</i>	
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