

# Inhaltsverzeichnis

## *Erster Teil*

<b>Einleitung</b>	21
A. Untersuchungsgegenstand .....	21
B. Gang der Untersuchung .....	29

## *Zweiter Teil*

<b>Kartellrechtliche Grundlagen zu Gemeinschaftsunternehmen</b>	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. Konzentration 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 Schutzgut 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 Gemeinschaftsunternehmens .....	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 Gesellschafts- verträgen .....	96
2. Vollzug der Gesellschaft .....	96
3. Die Negativvoraussetzung: Keine vorrangig schutzwürdigen Individual- oder Allgemeininteressen .....	99
a) Einführung .....	99
b) Entwicklungsstufen der Negativvoraussetzung vorrangiger Allgemeininter- essen .....	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 Ge- sellschaften .....	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 Angele- genheit 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 Gesellschaftsgläu- biger .....	122
c) Kein unzureichender Gläubigerschutz als Konsequenz der Nichtigkeit der Gesellschaft .....	125
2. Bestandsschutzrechtliche Ungleichbehandlung von Personen- und Kapitalgesell- schaften .....	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 Kapitaler- haltungsvorschriften .....	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 Kapitalverfassung 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 Bestandsschutzvorschriften .....	150
(1) Austariertes System zwischen Gründungsverfahren, Haftungsverfassung 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 Kapitalerhaltungsvorschriften .....	156
(5) Verselbstständigung der Körperschaft gegenüber dem rechtswidrigen Wirken ihrer Gründer .....	157
(6) Weitergehende rechtliche Verselbstständigung der Personengesellschaften durch das MoPeG .....	159
(7) Wertungswidersprüchlichkeit bei Verzicht auf die personengesellschaftsrechtliche Negativvoraussetzung .....	161
(8) Zwischenergebnis .....	162
ee) Kapitalgesellschaftsrechtlicher Bestandsschutz durch die Gesellschaftsrechtrichtlinie .....	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 Gesellschaften als Nachweis der Widerspruchsfreiheit .....	170
c) Widerspruchsfreiheit der bestandsschutzrechtlichen Anerkennung wegen der Doppelnatur des Gesellschaftsvertrags .....	172
aa) Verbotsgesetzliche Differenzierung zwischen Innen- und Außenverhältnis .....	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 gesell- schaftsvertraglichen 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 organisationsrecht- lichen Elements bei Kartellverstößen .....	207
(1) Schutzzweck des Kartellverbots und organisationsrechtliches Ele- ment des Gesellschaftsvertrags .....	207
(2) Kartellrechtliche Schutzlücken bei Gruppeneffekten ohne Berück- sichtigung 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. Negativvoraus- setzung .....	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 Pri- vatrecht .....	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 Erwachens 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 Repres- salien .....	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 Einschränkung 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 Gesellschaftsrechtrichtlinie .....	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 Einschränkung von Primärrecht durch den Verhältnismä- Bigkeitsgrundsatz .....	349
bb) Generelle Einschränkung 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>	
<b>Schlussbetrachtung</b>	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
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	386
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	427