

Melanie Moser

Konzernhaftung bei Kartellrechtsverstößen

Haftet eine Muttergesellschaft auch zivilrechtlich für
ihre Töchter?



Nomos

Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik

herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ernst-Joachim Mestmäcker

Prof. Dr. Heike Schweitzer, LL.M. (Yale) und

Prof. Dr. Florian Bien, Maître en Droit (Aix-Marseille III)

Band 292

Melanie Moser

Konzernhaftung bei Kartellrechtsverstößen

Haftet eine Muttergesellschaft auch zivilrechtlich für
ihre Töchter?



Nomos

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

Zugl.: Würzburg, Univ., Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4573-9 (Print)

ISBN 978-3-8452-8824-6 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde vom Promotionsausschuss der Juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg im Wintersemester 2017 als Dissertation angenommen.

Für mich war die Erstellung dieser Arbeit eine Herausforderung und persönlich bereichernde Erfahrung zugleich. Den zahlreichen Personen, die mich in so vielfältiger Art und Weise dabei unterstützt und mir Rückhalt gegeben haben, möchte ich an dieser Stelle ganz herzlich danken.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Oliver Remien, für seine Unterstützung und sein persönliches Engagement bei der Betreuung dieser Arbeit. Durch seine konstruktiven Anregungen sowie seine jederzeitige Diskussionsbereitschaft hat er entscheidend zum Gelingen meiner Arbeit beigetragen. Ebenfalls bedanken möchte ich mich bei Herrn Prof. Dr. Florian Bien für die freundliche Übernahme des Zweitgutachtens. Diesem, Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ernst-Joachim Mestmäcker und Frau Prof. Dr. Heike Schweitzer, LL.M. (Yale) danke ich zudem für die Ermöglichung der Aufnahme meiner Dissertation in diese renommierte Schriftenreihe.

Weiterhin möchte ich mich ganz herzlich bei meinen Promotionskollegen und Freunden für die unermüdliche moralische Unterstützung, die Geduld mit mir und die unzähligen Aufheiterungen während der gesamten Zeit bedanken. Mein größter Dank gilt an dieser Stelle meinen Eltern, die mir meine Ausbildung ermöglicht und mich während meines gesamten juristischen Werdegangs immer unterstützt haben.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
Einleitung	25
A. Erkenntnisinteresse	25
B. Gang der Bearbeitung	27
C. Vorüberlegungen und Begriffsbestimmungen	29
I. Betrachtung des Konzerns in der Betriebswirtschaftslehre	29
1. Betriebswirtschaftliche Konzernorganisationsformen	30
2. Vorkommen in der Praxis	32
II. Konzernverständnis im deutschen Gesellschaftsrecht	32
1. Allgemein zum Konzern im Gesellschaftsrecht	32
2. Grundarten von Konzernen	33
a) Der Unterordnungskonzern	33
aa) Unterschiedliches Konzernverständnis	34
bb) Begründung von Unterordnungskonzernen	35
b) Der Gleichordnungskonzern	35
aa) Erscheinungsformen	36
bb) Verbreitung von Gleichordnungskonzernen	37
cc) Rechtsnatur des Gleichordnungskonzerns	37
3. Unterscheidung nach der Konzernierungsart	38
4. Resümee zur Konzernstruktur	39
III. Unternehmensbegriff des europäischen Kartellrechts	39
1. Teleologisch-funktionaler Unternehmensbegriff	39
2. Entwicklungen des Verständnisses der wirtschaftlichen Einheit	41
a) Das frühere europäische Kartellrecht: reines Zurechnungskonzept	41
b) Der Übergang zum „modernen“ Kartellrecht: weiter Unternehmensbegriff	43
3. Unterschiedliche Funktionen des Begriffs	45
a) Funktion zur Ermittlung des Konzernprivilegs	46
b) Erfordernis für extraterritoriale Durchsetzung des EU-Kartellrechts	46

c) Lösung von Unternehmensumstrukturierungen	47
d) Grundlage für die Frage der „Zurechnung“ von Kartellrechtsverstößen	47
e) Zwischenergebnis	48
IV. Zurechnung und Haftung	48
1. Zurechnung	49
a) Allgemeines zur Zurechnung	49
b) Grenzen der Zurechnung	50
2. Haftung	52
a) Haftungsbegriff	52
b) Haftungsnorm	53
3. Durchgriffshaftung	53
a) Allgemein zur Begrifflichkeit	53
b) Haftungsdurchgriff wegen Unterkapitalisierung	54
c) Zurechnungsdurchgriff im Kartelldeliktsrecht	55
d) Konzeption der wirtschaftlichen Einheit	57
4. Konzernvertrauenshaftung	58
Kapitel 1: Konzernhaftung nach europäischem Kartellbußgeldrecht	60
D. Sanktionssystem des Europäischen Kartellbußgeldrechts	60
I. Sanktionsmaßnahmen des Europäischen Kartellrechts	60
1. Allgemeines zum europäischen Sanktionssystem	60
2. Verwaltungsrechtliche Sanktionen	62
II. Sanktionsadressaten im Kartellbußgeldrecht	63
1. Unternehmen als Sanktionsadressaten	63
a) Verhaltensweisen der Vertreter in Bezug zum Unternehmen	63
b) Voraussetzungen für die Zurechnung einer kartellrechtswidrigen Handlung	64
2. Adressat der Sanktionsverfügung	65
III. Bußgeldbemessung	67
1. Bußgeldleitlinien der Kommission	67
a) Grundbetrag ermitteln	68
b) Grundbetrag anpassen	68
2. Bemessung am Konzernumsatz und deren Auswirkungen	69
a) Obergrenze von 10 % des Konzernumsatzes	70
b) Abschreckende Wirkung durch Aufschlag	70

c) Ermittlung der Schwere des Verstoßes	71
d) Annahme einer Wiederholungstäterschaft	72
E. Voraussetzungen für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit	73
I. Intensität der Einflussnahme der Mutter	73
1. Indirekter Einfluss auf das Wettbewerbsverhalten der Tochter	74
2. Genereller Einfluss auf die Geschäftspolitik der Tochter	74
II. Vermutung der wirtschaftlichen Einheit	75
1. Rechtsprechung des EuGH zur 100 %-Beteiligung	75
2. „100 % plus x“-Regel	76
III. „Akzo-Rechtsprechung“ des EuGH	77
1. Kurze Darstellung des Sachverhalts	78
2. Klage vor dem EuG	80
3. Klage vor dem EuGH	82
a) Akzo-Vermutung	82
aa) Verteidigung von Akzo Nobel	82
bb) Argumente der Kommission und EuGH	
Entscheidung	83
b) Geschäftspolitik	84
c) Zusammenfassende Aussage der Akzo-Vermutung	85
IV. Haftung für ein Gemeinschaftsunternehmen	85
1. Begriff des Gemeinschaftsunternehmens	85
2. Zurechnung des Kartellverstoßes	86
V. Haftungszurechnung zwischen Schwestergesellschaften	88
1. Aristrain-Rechtsprechung	88
2. Ausnahmekonstellation der Knauf-Rechtsprechung	89
3. Ergebnis	90
F. Kritik an der Rechtsprechung des EuGH zur Konzeption der wirtschaftlichen Einheit	91
I. Verstoß gegen rechtsstaatliche Grundsätze	91
1. „nulla poena sine lege“	91
2. „nulla poena sine culpa“ und „in dubio pro reo“	92
a) Anwendbarkeit der strafrechtlichen Grundsätze auf das Bußgeldrecht	93
b) Vorwürfe in der Literatur	95
c) Verletzung des Schuldgrundsatzes	97
aa) Grundsätzliche Zustimmung	98
bb) Effektivitätsgrundsatz als Gegenargument	98

d) Unschuldssatz und die Widerlegbarkeit der Akzo-Vermutung	99
aa) L'Air liquide-Entscheidung des EuG	100
bb) General Química-Entscheidung des EuGH	102
cc) Elf Aquitaine SA-Entscheidung des EuGH	103
dd) ENI-Urteil des EuGH	105
ee) Zusammenfassende Gedanken zur Rechtsprechung	106
3. Fazit	106
II. Durchbrechung des Trennungsprinzips	108
1. Zustandshaftung vs. gesellschaftsrechtliches Trennungsprinzip	108
2. Versuch der Rechtfertigung durch Parallele zum Personengesellschaftsrecht	109
a) Kerstings Ansicht von der Außen-GbR	109
b) Gegenargumente zur Ansicht von Kersting	111
3. Zwischenergebnis	113
III. Logischer Fehlschluss im Rahmen der Haftungszurechnung?	114
1. Vorwurf des logischen Fehlschlusses	114
2. Haftet letztendlich wirklich immer (auch) B?	115
a) Praxis der Kommission	115
b) Relevanz der Kritik	117
c) Gesamtschuldnerausgleich nach Veräußerung der Tochter	117
aa) Pflicht der Kommission zur Quotenfestlegung?	118
bb) Pflicht der nationalen Gerichte zur Quotenfestlegung	119
cc) Anwendung nationalen Rechts bei Haftungsverteilung	120
3. Zwischenergebnis	121
IV. Zusammenfassende Gedanken zur Rechtsprechung des EuGH	122
Kapitel 2: Bußgeldrechtliche Konzernhaftung nach deutschem Recht	124
G. Grundzüge der öffentlichen Durchsetzung des Kartellrechts	124
I. Verhältnis zwischen europäischem und deutschem Kartellrecht	124

II. Durchsetzung des deutschen Kartellrechts	127
1. Die nationalen Kartellbehörden	127
2. Sanktionsmöglichkeiten	128
a) Verwaltungsverfahren	128
b) Bußgeldverfahren mit neuen Bußgeldleitlinien des BKartA	129
H. Analyse des deutschen Kartellordnungswidrigkeitenrechts	131
I. Allgemeines zur bußgeldrechtlichen Haftung	131
1. Materiell-rechtlicher Adressat der Kartellrechtsregelungen	131
a) Natürliche Personen als Adressaten des Ordnungswidrigkeitenrechts	132
b) Anknüpfungstat und Organzurechnung nach § 30 OWiG	133
c) Aufsichtspflichtverletzung gem. § 130 OWiG	134
2. Formell-rechtliche Adressaten der Sanktionsverfügung	136
II. Bewertung von Konzernsachverhalten im deutschen Bußgeldrecht	137
1. Unterschiede zum europäischen Recht durch Rechtsträgerprinzip	137
a) Rechtsnachfolgeproblematik im deutschen Bußgeldrecht	138
b) Gewünschter Lösungsansatz des BKartA	140
c) Klare Absage der Rechtsprechung an dieses Rechtsverständnis	141
d) Begrenzung der Diskrepanz durch die 8. GWB-Novelle	142
e) Darstellung der bestehenden Regelungslücke (sog. „Wurstlücke“)	143
f) Schließung der sog. „Wurstlücke“ durch die 9. GWB-Novelle	144
2. Entscheidungspraxis des BKartA zur Aufsichtspflicht	147
3. Eigene aktive Teilnahme der Muttergesellschaft	149
a) Einheitstäterbegriff des Kartellordnungswidrigkeitenrechts	149
b) Täterschaft der Muttergesellschaft	150
c) Fazit für die Praxis	150

4. Teilnahme durch Unterlassen der Muttergesellschaft	151
a) Mangelnde Relevanz der unechten Unterlassungstäterschaft in der Praxis	151
b) Literaturansichten zur Begründung einer Garantenstellung der Konzernobergesellschaft	153
aa) Garantenstellung kraft ausgeübter Leitungsmacht	153
bb) Garantenstellung wegen kapitalmäßiger Beteiligung	155
cc) Garantenstellung durch Pflichtenübernahme	156
c) Eigene Einschätzung zur Garantenstellung	158
5. Fazit zur Bewertung von Konzernsachverhalten	159
 Kapitel 3: Zivilrechtliche Haftung der Konzernmutter bei Kartellrechtsverstößen	 161
I. Rechtlicher Rahmen für die zivilrechtliche Haftung bei Kartellverstößen	162
I. Zusammenspiel von behördlicher und privater Rechtsdurchsetzung	163
II. Europarechtlicher Schadensersatzanspruch oder unionsrechtliche Kontrolle der nationalen Regelungen?	165
1. Unmittelbare Wirksamkeit der Art. 101, 102 AEUV	165
2. Kurze Darstellung der unterschiedlichen Ansichten	166
a) Europarechtliche Anspruchsgrundlage	167
b) Nationaler Anspruch unter unionsrechtlicher Kontrolle	168
3. Zwischenergebnis	170
III. EuGH als „Motor für die Entwicklung des privaten Schadensersatzes im Kartellrecht“	171
1. Courage/Crehan-Rechtsprechung	171
2. Manfredi-Rechtsprechung	173
3. Kone-Rechtsprechung	174
IV. Reform des europäischen Kartellrechts	176
1. Reform durch Kartellverfahrens-VO	177
2. Kartellschadensersatzrichtlinie	177

J. Normative Grundlagen des Kartelldeliktsrechts im nationalen Recht	178
I. Entwicklung des Kartelldeliktsrechts in Deutschland	179
1. Abkehr von der Schutzgesetzkonzeption	179
2. Kartellrecht als Sonderdeliktsrecht	180
3. Funktion des kartellrechtlichen Schadensersatzes	183
a) Prävention als Zielfunktion	183
b) Kompensation als Hauptziel	185
II. Anspruchsgrundlagen im deutschen Kartelldeliktsrecht	188
1. Kartellschadensersatzanspruch nach § 33 a Abs. 1 GWB 2017	188
a) Kreis der Ersatzberechtigten	188
b) Kausaler Schaden und Ermittlung der Schadenshöhe	189
c) Verschuldenserfordernis	191
aa) Vorsatz und Fahrlässigkeit	191
bb) Verschuldenserfordernis mit Effektivitätsgrundsatz vereinbar?	193
cc) Eigenverschulden der Muttergesellschaft	195
d) Passivlegitimation	196
2. Anwendbarkeit der §§ 823 ff. BGB	197
a) Keine umfassende Sperrwirkung	197
b) „Rechtsgutverletzung“ i.S.d. §§ 823 ff. BGB bei Kartellverstößen	199
3. Zwischenergebnis	202
K. Haftung aufgrund des Unternehmensbegriffs	202
I. Verwendung des Begriffs im deutschen Recht	203
II. Problematik der Konzeption der wirtschaftlichen Einheit	206
1. Originärer Verstoß der Konzernobergesellschaft	206
2. Entwertung des Verschuldenserfordernisses	208
III. Argumente für Übernahme des Unternehmensbegriffs	208
1. Verstoß gegen Effektivitätsgrundsatz	209
a) Argument des effektiven Haftungssystems	209
b) Gegenargumente	209
aa) Keine Notwendigkeit der Passivlegitimation der Muttergesellschaft	209
bb) Keine Rechtsnachfolgeproblematik im Zivilrecht	210

cc) Unterkapitalisierung und „geschickte“ Vermögensverschiebungen als generelles Problem	211
2. Einheit der Rechtsordnung	214
a) Gleichlauf der Kartellrechtsbereiche	214
b) Gegenargumente	215
aa) Abschreckung vs. Kompensation	215
bb) Keine Einheit im Deliktsrecht	216
3. Zwischenergebnis	217
IV. Vorgaben der Kartellschadensersatzrichtlinie bezüglich des Unternehmensbegriffs	217
1. Zwang zur Übernahme des Unternehmensbegriffs?	217
2. Keine Vollharmonisierung des Unternehmensbegriffs	220
3. Zwischenergebnis	221
V. Lösung durch eingeschränkte Übernahme des Unternehmensbegriffs	222
1. Keine blinde Übernahme der Konzeption der wirtschaftlichen Einheit	222
2. Lösungsmöglichkeit von Wurmnest	223
a) Darstellung der sog. doppelten Vermutungslösung	223
b) Eigene Einschätzung	224
3. Beibehaltung des Verschuldenserfordernisses	225
4. Zusammenfassende Analyse	226
VI. Funktionsaufteilung im Konzern	226
1. Wissenszurechnung im Konzern	227
a) Lösung des LG Berlin	227
b) Eigene Einschätzung zur Anwendbarkeit der Verbundklausel	228
2. Anwendung des weiten Unternehmensbegriffs	230
3. Europarechtskonforme Auslegung des Fahrlässigkeitsvorwurfs	232
L. Gleichlauf der zivilrechtlichen Haftung aufgrund der Bindungswirkung	233
I. Analyse der Verfassungsmäßigkeit	233
II. Bindungswirkung nach Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003	235
III. Analyse der Bindungswirkung nach § 33 b S. 1 GWB 2017	236
1. Dogmatische Hintergründe der Bindungswirkung des § 33 b S. 1 GWB 2017	236

2. „Tatbestandswirkung“ der behördlichen Entscheidungen	238
3. Umfang der Bindungswirkung	240
a) Bindungswirkung auf Einordnung des Verhaltens als Kartellverstoß beschränkt	241
b) Bindungswirkung bezüglich der Verantwortlichkeit der Bußgeldadressaten	242
c) Bindungswirkung hinsichtlich Verschuldensfeststellung	243
d) Eigene Einschätzung	244
4. Ergebnis zur Analyse der Reichweite der Bindungswirkung	247
M. Haftung der Konzernmutter aufgrund einer Zurechnungsnorm	248
I. Analyse der spezialgesetzlichen Zurechnungsnormen	249
1. Differenzierung zwischen § 8 Abs. 2 UWG und § 14 Abs. 7 MarkenG	249
2. Beauftragter auch selbständiges Unternehmen	250
3. Voraussetzungen für Zurechnung im Konzern	251
II. Analoge Anwendung des § 14 Abs. 7 MarkenG?	252
III. Fazit zur Haftung aufgrund einer Zurechnungsnorm	254
N. Haftung der Konzernmutter wegen eigenen Kartellverstoßes	255
I. Mangelnde Relevanz aufgrund der Rechtspraxis	255
II. Haftung der Mutter wegen eigener aktiver Handlung	256
1. Zurechnung des Handelns der natürlichen Personen im Kartelldeliktsrecht	257
2. Gesamtschuldnerische Haftung nach §§ 830, 840 BGB	258
3. Teilnahme der Konzernobergesellschaft	259
a) Weisungen der Muttergesellschaft	259
b) Kenntnis und Billigung des Verstoßes	260
4. Eigener Verstoß durch personelle Verflechtungen	261
III. Zwischenergebnis	265
O. Haftung der Konzernmutter wegen Compliance-Pflichtverletzung	265
I. Vorüberlegungen zum Compliance-Begriff	267
II. Haftung der Mutter wegen Aufsichtspflichtverletzung nach § 831 BGB?	269
1. Haftung für Angestellte der Tochtergesellschaft	269

2. Tochtergesellschaft als Verrichtungsgehilfe	270
a) Ablehnende Literaturstimmen	271
b) Rechtsprechung zur Verrichtungsgehilfenstellung der Tochter	272
c) Eigene Einschätzung	274
3. Fazit zur Haftung nach § 831 BGB	276
III. Haftung der Mutter wegen Kartellcompliance-Pflichtverletzung	277
1. Anwendbarkeit des § 130 OWiG auf Konzernsachverhalte	277
a) Bußgeldrechtliche Praxis und Rechtsprechung	277
b) Meinungsstand in der Literatur	279
aa) Argumente gegen eine Inhaberschaft der Mutter	281
bb) Argumente für die Anwendbarkeit auf Konzernsachverhalte	281
c) Eigene Einschätzung	283
d) Aufsichtsmöglichkeit als Voraussetzung	286
aa) Aufsichtsmöglichkeit im vertraglichen Aktienkonzern	286
bb) Keine Weisungsrechte im faktischen Aktienkonzern	288
cc) Aufsichtsmöglichkeit im GmbH-Konzern	289
2. Ausstrahlungswirkung der Aufsichtspflicht ins Zivilrecht	291
a) Zurechnung der Aufsichtspflichtverletzung	291
b) Schutzgesetzcharakter des § 130 OWiG	292
c) Europarechtliche Konformität	295
3. Ergebnis zur Kartellcompliance-Pflicht	297
P. Compliance-Defence im Konzern	297
I. Compliance-Defence im Bußgeldrecht	298
1. Berücksichtigung von Compliance-Programmen bei der Bußgeldbemessung	298
a) Handhabung in der Praxis	298
aa) Praxis der Unionsorgane	298
bb) Praxis in Deutschland	302
b) Rechtsvergleichende Analyse zur Berücksichtigung bei der Bußgeldbemessung	303

c) Eigene Einschätzung zur Berücksichtigungsfähigkeit bei der Bußgeldbemessung	305
2. Sanktionsvereitelnde Wirkung von Compliance- Programmen	309
II. Compliance-Defence im Zivilrecht	310
1. Berücksichtigung vom Compliance-Programmen im Kartelldeliktsrecht	310
2. Ausgestaltung der Compliance-Maßnahme	311
3. Fazit zur Compliance-Defence im Zivilrecht	315
Kapitel 4: Schluss mit abschließenden Thesen	316
Literaturverzeichnis	320
Entscheidungsverzeichnis	341

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.F.	alte Fassung
Abl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft / Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
Anh.	Anhang
Anl.	Anlage
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
Begr.	Begründer / Begründung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BR	Deutscher Bundesrat
BR-Drucks.	Drucksache(n) des deutschen Bundesrates
BT	Deutscher Bundestag
BT-Drucks.	Drucksache(n) des deutschen Bundestages
bzw.	beziehungsweise
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
C.M.L.R	Common Market Law Review

Abkürzungsverzeichnis

d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb Zeitschrift
ders.	derselbe
dieselb.	dieselben
Drucks.	Drucksache
DStR	Deutsches Steuerrecht Zeitschrift
ECLR	European Competition Law Review
EG	Europäische Gemeinschaft(en); Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung des Vertrags von Amsterdam
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung des Vertrags von Maastricht
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EL Rev.	European Law Review
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
Entw.	Entwurf
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
GA	Generalanwalt / Generalanwältin

GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffende die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
grds.	grundsätzlich
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht Zeitschrift
HGB	Handelsgesetzbuch
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
i.H.v.	in Höhe von
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S	im weiteren Sinne
insbes.	insbesondere
Jura	Juristische Ausbildung Zeitschrift
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
Kap.	Kapitel
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
lit.	littera
Münch-Komm	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

Abkürzungsverzeichnis

Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
RAW	Zeitschrift Recht Automobil Wirtschaft
Reg.Begr.	Regierungsbegründung
RiL	Richtlinie
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer(n)
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannte/er/es
StGB	Strafgesetzbuch
u.a.	unter anderem / und andere
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom
verb. Rs.	verbundene Rechtssachen
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung(en)
vs.	versus
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WM	Wertpapier-Mitteilungen

WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Zeitschrift für Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb – Entscheidungssammlungen zum Kartellrecht
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäischen Privatrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZLR	Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Einleitung

A. Erkenntnisinteresse

An Baustellen oder Spielplätzen in Deutschland kann man oftmals den juristisch schwer haltbaren Satz „Eltern haften für ihre Kinder“ lesen. Was hier unstreitig nicht den Gegebenheiten im deutschen Rechtssystem entspricht – da Eltern nicht für das Verhalten ihrer Kinder bzw. für das Verschulden ihrer Kinder haften, sondern in einigen Fällen lediglich für ihr ureigenes Verschulden, welches mit mangelnder Aufsichtspflicht begründet wird – findet allerdings in der Bebußungspraxis bei Kartellrechtsverstößen von Konzerngesellschaften in Europa regen Anklang.¹ So haftet im Europäischen Kartellbußgeldrecht oftmals die Muttergesellschaft für das Verhalten ihrer Töchter am Markt, unabhängig von ihrem eigenen Verschuldensbeitrag.² Die Problematik der bußgeldrechtlichen Haftung für Kartellrechtsverstöße in Konzernen beschäftigt die Unionsorgane und die nationalen Kartellbehörden schon viele Jahre. Die Bedeutung dieses Themenbereichs, sowohl für die Praxis als auch für die Rechtswissenschaft, erklärt sich bereits daraus, dass bei den Aktiengesellschaften inzwischen rund drei Viertel mit über 90 % des Kapitals in Konzerne eingebunden sind und in etwa die Hälfte der GmbHs in Konzernen organisiert ist.³ Von der europäischen Rechtsprechung wurde hinlänglich deutlich gemacht, dass die Muttergesellschaft im Kartellbußgeldrecht für die Absprachen und Vergehen der Tochtergesellschaft einzustehen hat, wenn diese eine *wirtschaftliche Einheit* bilden.⁴

1 Zu diesem Vergleich auch schon *Mäger* im gleichnamigen Aufsatz „Eltern haften für ihre Kinder?!“, NZKart 2015, 329, 329.

2 Vgl nur EuGH, v. 10.9.2009, Rs. C-97/08 P, Slg. 2009, I-8237 – *Akzo Nobel*.

3 *Görting*, AG 1993, 538, 542 ff.; *Altmeyden*, in: MünchKomm AktG, Einl. Drittes Buch, Rn. 19; andere Zahlen aber ähnliche Relevanz bei *Theisen*, Der Konzern, S. 21.

4 U.a. EuGH, v. 23.4.1991, Rs. S-41/90, Slg. 1991, I-1979, Tz. 21 – *Höfner und Elser*; EuGH, v. 28.6.2005, verb. Rs. C-189, C-202, C-205 bis C-208 und C-213/02 P, Slg. 2005, I-5425 – *Dansk Rørindustri*; EuGH, v. 10.9.2009, Rs. C-97/08 P, Slg. 2009, I-8237 – *Akzo Nobel*.

Eine hiermit verbundene Thematik ist die Frage nach der zivilrechtlichen Haftung der Muttergesellschaft für Schadensersatzansprüche der durch die Kartellrechtsverstöße ihrer Tochtergesellschaften Geschädigten.⁵ Diese Thematik beansprucht höchste Aktualität, da es nunmehr gilt, die Richtlinie über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union⁶ umzusetzen und sich damit die Frage nach der europarechtlichen Determinierung des deutschen Schadensersatzrechts im Kartellrecht nachdrücklich stellt.

Besonders relevant erscheint die Haftung der Konzernmutter für Schadensersatzansprüche aus Kartellrechtsverletzungen ihrer Tochtergesellschaft, wenn die Konzerntochter der Insolvenz nahe steht und eine erfolgreiche Durchsetzung der meist hohen Schadensersatzansprüche der Geschädigten daher nicht erfolgversprechend erscheint. Eine Konzernhaftung kann auch in Konstellationen der Funktionsaufteilung relevant werden, d.h. wenn eine Muttergesellschaft eine kartellrechtswidrige Absprache vorgenommen hat und die gutgläubige Tochter diese am Markt umsetzt. Geschädigten kommt es in diesen Fällen aus verschiedenen Gründen entgegen, wenn sie sich bei den kartellrechtlichen Schadensersatzklagen an diejenige Gesellschaft im Konzern halten können mit der sie vertragliche Beziehungen unterhalten. Hier spielen vor allem Überlegungen zur Beweisführung eine entscheidende Rolle. Je näher der Geschädigte dem Kartellanten steht, desto leichter werden ihm der Nachweis des kartellrechtswidrigen Verhaltens und die Bezifferung des Schadens im Einzelfall fallen. Die Bedeutung dieser prozessualen Aspekte ist umso größer, wenn es sich um einen multinationalen Konzern handelt. Eine zivilrechtliche Konzernhaftung für Kartellverstöße würde häufig auch eine Eröffnung zusätzlicher internationaler Gerichtsstände ermöglichen.⁷

5 Zu dieser Thematik soweit ersichtlich bislang *Leffrang*, Die Passivlegitimation im kartellrechtlichen Schadensersatzprozess, 2014; *Klotz*, Wirtschaftliche Einheit und Konzernhaftung im Kartellzivilrecht, 2016.

6 RICHTLINIE 2014/104/EU DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, EU ABl. L 349/1 vom 5.12.2014 (im Folgenden: RiL oder Kartellschadensersatzrichtlinie genannt).

7 *Leffrang*, Die Passivlegitimation im kartellrechtlichen Schadensersatzprozess, S. 4.

Es stellen sich bei der Frage nach der Schadensersatzverantwortlichkeit im Konzern einige entscheidende Grundfragen. Kann bzw. muss die Rechtsprechung des EuGH, die für das Kartellbußgeldrecht schon seit Jahren gefestigt ist und den weiten Unternehmensbegriff im europäischen Kartellrecht geprägt und konturiert hat, auch ohne Bedenken auf die zivilrechtliche Haftung im Konzern übertragen werden (*Kapitel 3, K.*)? Oder bedarf es einer solchen Übertragung aufgrund der Bindungswirkung der Kartellbehördenentscheidungen auf die zivilrechtlichen Schadensersatzklagen entfalten überhaupt zumindest für sog. follow-on Klagen⁸ nicht mehr (*Kapitel 3, L.*)?

Kann es sinnvoll sein, dass ein Kartelldeliktsgeschädigter sich bei der Annahme einer Konzernhaftung im Vorteil gegenüber anderen Deliktsgeschädigten sieht? Oder liegen die Kartellsachverhalte anders und liegt daher auch eine gerechtfertigte Sonderstellung des Kartelldeliktsrechts vor (*Kapitel 3, K. III. 2.; O. III.*)?

B. Gang der Bearbeitung

Zunächst werden für die Bearbeitung der hier in Frage stehenden Probleme einige Vorüberlegungen angestellt und anschließend werden die für die Arbeit wichtigsten Begrifflichkeiten erläutert und voneinander abgegrenzt, wobei dabei unter anderem der Begriff des Konzerns an sich dargestellt und bereits kurz auf die Rolle des Konzerns im europäischen Kartellrecht eingegangen wird. Hierbei wird die herausragende Bedeutung des Unternehmensbegriffs der *wirtschaftlichen Einheit* für das europäische Kartellrecht und für den weiteren Gang der Arbeit geklärt.

Im ersten Kapitel wird die Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Konzernhaftung im Kartellbußgeldrecht und die verschieden ausgestalteten Meinungen in der Literatur zur sog. *economic entity doctrine*⁹ kritisch analysiert und hinterfragt. Dabei wird den kritischen Stimmen in der Literatur oftmals zugestimmt werden müssen, allerdings wird dennoch eine differenziertere Realität ausgemacht werden.¹⁰

8 Schadensersatzklagen, welche sich an ein abgeschlossenes Bußgeldverfahren anschließen.

9 Begriff für wirtschaftliche Einheit.

10 Kapitel 1, F.

Das zweite Kapitel der Arbeit wird sodann der Frage gewidmet, wie das nationale Kartellbußgeldrecht im Gegensatz zum europäischen Kartellrecht hinsichtlich der Möglichkeit der Konzernhaftung ausgestaltet ist. Dabei werden zunächst das Verhältnis des europäischen zum deutschen Kartellbußgeldrecht dargestellt und die unterschiedlichen Zuständigkeitsbereiche erörtert. Weiter wird die Rechtsnachfolgeproblematik im Konzern, welche sich aktuell aufgrund der Divergenz zwischen deutschem und europäischem Kartellbußgeldrecht in diesem Bereich noch ergibt, dargestellt. Dabei wird auch auf die Übernahme der europäischen Konzernhaftung ins deutsche Kartellbußgeldrecht im Rahmen der 9. GWB-Novelle eingegangen.¹¹ Des Weiteren wird sich mit der Frage befasst, wie das BKartA in seiner Entscheidungspraxis bereits vor der Normierung der Konzernhaftung im GWB zu einer Haftung der Muttergesellschaft im Kartellordnungswidrigkeitenrecht gelangt ist.

Im Hauptteil der Arbeit, dem dritten Kapitel, geht es um die eigentliche Frage: Die Haftung der Konzernmutter für Kartellrechtsverstöße ihrer Tochtergesellschaft im Zivilrecht. Zunächst werden dabei die rechtlichen Rahmenbedingungen des Schadensersatzanspruchs im Kartelldeliktsrecht erläutert. Dabei wird der EuGH als Motor der Entwicklung des privaten Schadensersatzes im Kartellrecht ausgemacht und auf die Vorgaben der Kartellschadensersatzrichtlinie eingegangen. Es wird weiter analysiert, ob es schon zu einer Haftung der Konzernmutter für das kartellrechtswidrige Verhalten der Tochter aufgrund des Unternehmensbegriffs des europäischen Kartellrechts kommt bzw. kommen muss, wobei insbesondere auf die Sonderstellung der Konzeption der *wirtschaftlichen Einheit* eingegangen wird. In diesem Zusammenhang wird auch geprüft, ob es durch die Kartellschadensersatzrichtlinie zu einer Totalharmonisierung des weiten Unternehmensbegriffs *de lege ferenda* kommen muss.

Daraufhin wird herausgearbeitet, ob man durch die europarechtlich vorgegebene Bindungswirkung zumindest für follow-on Klagen schon zu einer Lösung der Frage der Haftung der Muttergesellschaft im Kartellrecht kommen kann. Weiter wird die Möglichkeit der analogen Anwendung einer spezialgesetzlichen Zurechnungsnorm im Konzern untersucht und auch kurz auf die Fälle des eigenen Verstoßes der Muttergesellschaft als Tatbeteiligte am kartellrechtswidrigen Verhalten der Tochtergesellschaft eingegangen.

11 Kapitel 2, H., II. 1.

Abschließend wird auf die Haftung der Muttergesellschaft wegen eines eigenen Verstoßes gegen eine bestehende konzernweite Aufsichts- bzw. Compliance-Pflicht im Außenverhältnis eingegangen. Dabei wird analysiert, ob es eine konzernweite Compliance-Pflicht schon gibt oder geben sollte und ob daraus auch zivilrechtliche Ansprüche Dritter wegen Aufsichtspflichtverletzungen gegen die Muttergesellschaft bei Kartellrechtsverstößen der Tochtergesellschaft zu entwickeln sind.

Zum Schluss des dritten Kapitels wird auf die Frage nach einer Compliance-Defence sowohl im Bußgeldrecht als auch im Kartelldeliktsrecht eingegangen. Dabei werden die bestehende Praxis der Kartellbehörden und Gerichte und die damit verbundenen Probleme für die Unternehmen erörtert. Im Zuge einer eigenen Einschätzung zur Berücksichtigungsfähigkeit von Compliance-Maßnahmen bei der Bußgeldbemessung im Kartellrecht wird zur Lösung dieser Frage eine rechtsvergleichende Analyse vorangestellt.

Im vierten Kapitel werden die gefundenen Ergebnisse in abschließenden Thesen zusammengefasst, ein Schlussfazit für die Frage der Haftung der Muttergesellschaft im Kartelldeliktsrecht bei Rechtsverstößen der Tochtergesellschaft gezogen und eine allgemeine Stellungnahme zur Konzernhaftung im Kartellrecht abgegeben.

C. Vorüberlegungen und Begriffsbestimmungen

I. Betrachtung des Konzerns in der Betriebswirtschaftslehre

Der Konzern und die damit zusammenhängenden Besonderheiten für die verbundenen Unternehmen beschäftigen seit jeher sowohl die Rechts- als auch die Wirtschaftswissenschaft.¹² Von den Wirtschaftswissenschaftlern wird der Konzern vor allem als *wirtschaftliche Einheit* betrachtet, d.h. der Konzern wird als ein einheitliches Unternehmen angesehen, in dem die unternehmerische Planung ohne Rücksicht auf die rechtliche Selbstständigkeit der einzelnen Konzernglieder, der einzelnen juristischen Personen für den gesamten Konzern und nicht gesondert für die einzelnen Konzern-

¹² Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 18, Rn. 5.

gesellschaften erfolgt.¹³ *Theisen* definiert den Konzern nach seinen Hauptmerkmalen aus betriebswirtschaftlicher Sicht wie folgt:

- „Die Organisation als eine wirtschaftliche Entscheidungs- und Handlungseinheit
- Die Beibehaltung der rechtlichen Selbständigkeit der einzelnen Konzerngesellschaften
- Die faktische und/oder vertragliche Zuordnung aller Konzernunternehmen und -betriebe unter einheitlicher Leitung
- Die Einschränkung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit an den Spitzen der einzelnen Konzernunternehmen.“¹⁴

Bei der betriebswirtschaftlichen Herangehensweise an den Konzernbegriff werden somit der Aspekt der *wirtschaftlichen Einheit* und die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit der Tochtergesellschaften in den Vordergrund gerückt.¹⁵

1. Betriebswirtschaftliche Konzernorganisationsformen

Aus betriebswirtschaftlicher Sicht sind einige Konzernorganisationsformen zu unterscheiden. Zentrale und dezentrale Konzerne unterscheiden sich je nach Funktion der Konzernspitze. Je mehr Führungskompetenz die Konzernspitze an sich gezogen hat, desto zentralistischer ist der Konzern aufgebaut.¹⁶ Zu den zentralisierten Organisationsformen gehört der Stammhauskonzern (operative Holding),¹⁷ welcher nach den Grundfunktionen der Betriebswirtschaft wie Produktion, Absatz, Personal, Finanzen, Forschung und Entwicklung zentral gegliedert ist.¹⁸ Hier beschränkt sich die Konzernspitze nicht darauf, den Konzern zu führen oder lediglich die Mehrheitsbeteiligungen zu halten, sondern nimmt Funktionen des operativen Geschäfts wahr, was dazu führt, dass die Ziele der Muttergesellschaft den gesamten Konzern dominieren.¹⁹ Charakteristisch für den Stamm-

13 *Theisen*, Der Konzern, S. 15 ff.; ausführlich aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht, *Binder*, Beteiligungsführung in der Konzernunternehmung, 1994.

14 *Theisen*, Der Konzern, S. 15.

15 *Mellewig*, Konzernorganisation und Konzernführung, S. 13.

16 *Menz*, Wirtschaftliche Einheit und Kartellverbot, S. 27.

17 *Kajüter*, Risikomanagement im Konzern, S. 13.

18 *Limmer*, Die Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns, S. 248; *Theisen*, Der Konzern, S. 169.

19 *Menz*, Wirtschaftliche Einheit und Kartellverbot, S. 27 f.

hauskonzern ist, dass die Tochtergesellschaften wesentlich kleiner sind als die herrschende Gesellschaft und für das Geschäft oftmals lediglich eine unterstützende Funktion wahrnehmen.²⁰

Der Divisionalkonzern ist ein Unterfall der Geschäftsbereichsorganisation, bei der nicht mehr die Funktionen zentral organisiert sind, sondern als Sparten gegliederte Organisationseinheiten durch die Zentralisation von Produkten, Kunden und Märkten entstehen.²¹ Auch bei dieser Konzernform kann die wirtschaftliche Organisation in Widerspruch zur rechtlichen stehen, da die Gliederung nach einzelnen Geschäftsbereichen häufig ohne Rücksicht auf die rechtliche Selbständigkeit der Einzelunternehmen erfolgt.²² Allerdings ist hier die Entscheidungszuständigkeit eher dezentral organisiert. Der Sinn und Zweck dieser Art von Konzern ist die möglichst selbstständige Führung der einzelnen Sparten, wenn auch unter dem gemeinsamen Dach der Konzernmuttergesellschaft (sog. Matrixorganisation).²³

Wenn die gesamten Geschäftsbereiche verselbständigt und ausgegliedert sind und die Konzernspitze das Gesamtgeschehen nur noch strategisch steuert, spricht man von einer Managementholding (strategische Holding, Führungsholding, geschäftsleitende Holding).²⁴ Bei einer solchen sind die Entscheidungskompetenzen primär bei den Tochtergesellschaften angesiedelt, sodass sich hier die Rechtswirklichkeit und die Organisationsstruktur decken.²⁵

Zieht sich das herrschende Unternehmen noch weiter aus der Konzernleitung zurück, bleibt eine reine Finanzholding übrig, bei der die Konzernleitung auch die Verantwortung für strategische Aufgaben abgegeben hat.²⁶ Die Konzernspitze nimmt hier keine Führungsaufgaben mehr wahr,

20 *Kajüter*, Risikomanagement im Konzern, S. 11.

21 *Limmer*, Die Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns, S. 248.

22 *Limmer*, Die Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns, S. 252; *Theisen*, Der Konzern, S. 170.

23 *Menz*, Wirtschaftliche Einheit und Kartellverbot, S. 28.

24 *Kajüter*, Risikomanagement im Konzern, S. 13 f.; *Theisen*, Der Konzern, S. 181.

25 *Menz*, Wirtschaftliche Einheit und Kartellverbot, S. 28; *Limmer*, Die Haftungsverfassung des faktischen GmbH-Konzerns, S. 254 f.; *Theisen*, Der Konzern, S. 181.

26 Zur Finanzholding *Theisen*, Der Konzern, S. 177 f.; *Kajüter*, Risikomanagement im Konzern, S. 14.

sondern verwaltet ihre Beteiligungen und übt ihre Beteiligungsrechte aus.²⁷ Die Tochtergesellschaften agieren also selbständig am Markt.

2. Vorkommen in der Praxis

Durch empirische Forschungen wurde ermittelt, dass der Stammhauskonzern mit rund 70 % die dominierende Konzernorganisationsform bei den in Deutschland notierten Börsenunternehmen ist.²⁸ Bei den verbleibenden 30 % handelt es sich überwiegend um Managementholdings bzw. strategische Holdingkonzerne²⁹, wohingegen Finanzholdings die geringste Verbreitung in Deutschland aufweisen. Bei alledem ist allerdings zu beachten, dass die Grenzen zwischen den idealtypischen Konzernorganisationen in der Praxis als fließend zu bezeichnen sind.³⁰ Außerdem muss beachtet werden, dass gerade bei kleineren Konzernen, welche nicht börsennotiert sind, die Finanzholding durchaus von Bedeutung ist. Auch in kleinen und mittelständischen Betrieben spielen Kartellrechtsverstöße eine nicht zu unterschätzende Rolle, weshalb auch auf diese Formen der Konzernierung bei der Betrachtung der zivilrechtlichen Konzernhaftung einzugehen sein wird.

II. Konzernverständnis im deutschen Gesellschaftsrecht

1. Allgemein zum Konzern im Gesellschaftsrecht

Im deutschen Recht handelt das dritte Buch des AktG von den verbundenen Unternehmen, dem Konzern. Es versteht darunter Unternehmen, die zwar rechtlich selbständig sind, auf der Grundlage bestimmter „gesellschaftsrechtlicher Instrumentarien“ aber in irgendeiner Weise miteinander verbunden sind.³¹ Modellhaft ist der Begriff des Konzerns mit dem Er-

27 *Menz*, Wirtschaftliche Einheit und Kartellverbot, S. 29; *Theisen*, Der Konzern, S. 178.

28 *Mellewig*, Konzernorganisation und Konzernführung, S. 159.

29 *Ebenda*.

30 *Kajüter*, Risikomanagement im Konzern, S. 15.

31 *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Einl., Rn. 1.

werb einer Mehrheitsbeteiligung an einer Gesellschaft durch ein anderes Unternehmen zu bezeichnen.³² Das Recht der verbundenen Unternehmen wird in der deutschen Rechtswissenschaft größtenteils als „Konzernrecht“ bezeichnet, so soll dies auch im Folgenden gehandhabt werden.

In der deutschen Rechtswissenschaft ist nach dem ersten Weltkrieg ebenso partiell die Auffassung vertreten worden, der Konzern müsse als eine Einheit wahrgenommen und behandelt werden.³³ Diese Einheitstheorie hat sich allerdings nie durchsetzen können, sodass das Augenmerk bei der Betrachtung von Konzernen heute in der deutschen Rechtswissenschaft auf den einzelnen rechtlich selbstständigen Unternehmen und den daraus resultierenden Problemen bei ihrer gesellschaftlichen Verknüpfung liegt.³⁴ Im deutschen Konzernrecht gilt demnach das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip. Danach sind die einzelnen Konzerngesellschaften als einzelne, rechtlich selbständige Gesellschaften zu betrachten.³⁵

2. Grundarten von Konzernen

Im Gesetz werden zwei Grundarten von Konzernen unterschieden, für die sich die Bezeichnungen Unterordnungskonzern und Gleichordnungskonzern durchgesetzt haben.³⁶

a) Der Unterordnungskonzern

Unterordnungskonzerne umfassen allgemein nach der Art ihrer Begründung Vertragskonzerne, Eingliederungskonzerne und „faktische Konzerne“.³⁷ Der Unterordnungskonzern ist in § 18 Abs. 1 S. 1 AktG als ein verbundenes Unternehmen definiert, in dem „ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter einer einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst“ sind. Bei den in der Praxis

32 Ebenda.

33 RGZ 108, 41, 43; aufgegeben durch RGZ 115, 246, 253; RGZ 249, 305, 311.

34 *Schneider*, ZGR 1975, 253, 259 ff.; *K. Schmidt*, in: FS Lutter, 2000, S. 1167, 1170 ff.

35 Einl. C., IV. 3 a; Kapitel 1, F., II. 1.

36 *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, § 4, Rn. 1.

37 Detaillierter zum „faktischen Konzern“, Einl. C., II. 2 a) bb), cc).

am häufigsten auftretenden Unterordnungskonzernen nimmt das herrschende Unternehmen gegenüber einem oder mehreren abhängigen Unternehmen die Führung des Konzerns wahr.³⁸

aa) Unterschiedliches Konzernverständnis

Was genau unter der Führung des Konzerns bzw. unter einheitlicher Leitung zu verstehen ist, ist umstritten.³⁹ Dies hängt von der vorgelagerten Frage ab, was man genau unter einem Konzern bei Berücksichtigung der wirtschaftlichen Komponente versteht.⁴⁰ Die vertretenen Auffassungen lassen sich in zwei Lager aufteilen. Beim engen Konzernbegriff⁴¹ wird der Konzern, ähnlich wie in der Betriebswirtschaftslehre, als *wirtschaftliche Einheit* betrachtet. Die einheitliche Leitung setzt demzufolge voraus, dass die Konzernspitze für die zentralen unternehmerischen Bereiche in ihrer Gesamtheit eine einheitliche Planung aufstellt und diese bei den Konzerngliedern ohne Rücksicht auf deren rechtliche Selbstständigkeit durchsetzt.⁴² Zu den zentralen unternehmerischen Bereichen in diesem Sinne wird vor allem das Finanzwesen gezählt, sodass danach ein Konzern hauptsächlich nur dann angenommen werden kann, wenn für die verbundenen Unternehmen einheitlich bestimmt wird, welchen Beitrag jedes einzelne Unternehmen zum Konzernerfolg leisten muss, über welche Mittel es verfügen darf und wie diese aufzubringen sind (zentrales Cash-Management)⁴³.

Die Vertreter des weiten Konzernbegriffs⁴⁴ begnügen sich stattdessen für die Annahme eines Konzerns auch mit der einheitlichen Leitung (Planung, Durchführung und Kontrolle) in einem der anderen wichtigen Un-

38 K.Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 31 II 3 c aa; Menz, Wirtschaftliche Einheit und Kartellverbot, S. 37.

39 Ausführlich zum Meinungsstand Milde, Der Gleichordnungskonzern im Gesellschaftsrecht, S. 70 ff.

40 Kuhlmann/Ahnis, Konzern- und Umwandlungsrecht, § 2 IV, Rn. 82; Hüffer, AktG, § 18, Rn. 9.

41 Hüffer, AktG, § 18, Rn. 10.

42 Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 4, Rn. 13.

43 Detailliert zu Cash-Management-Systemen im Konzern Ammelung/Kaeser, DStR 2003, 655, 655 ff.

44 Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 4, Rn. 17; Hommelhoff, Konzernleitungspflicht, S. 220 ff.; Bayer, in: MünchKomm AktG, § 18, Rn. 33 m.w.N.

ternehmensbereiche wie etwa Produktion, Einkauf, Personalwesen oder Verkauf.⁴⁵ Erfolgt allerdings die Finanzplanung zentral für die gesamten konzernierten Unternehmen, handelt es sich nach jeder Meinung um einen Konzern im Rechtssinne.⁴⁶ Auch die Rechtsprechung folgt, soweit ersichtlich, bis dato ebenfalls dem weiten Konzernverständnis – in den wenigen Entscheidungen, in denen es auf den Konzernbegriff ankommt.⁴⁷

bb) Begründung von Unterordnungskonzernen

Nach § 18 Abs. 1 S. 2 AktG ist das konzernbegründende Merkmal der einheitlichen Leitung als gegeben anzusehen, wenn ein Beherrschungsvertrag gem. § 291 Abs. 1 S. 1, 1. Alt AktG besteht oder eine Eingliederung nach §§ 319 ff. AktG erfolgt ist (sog. „Vertragskonzern“).

Unterordnungskonzerne, die auf einem der anderen Unternehmensverträge des § 292 AktG beruhen, zählen dagegen zu den „faktischen Konzernen“.⁴⁸ Der Begriff „faktischer Konzern“ ist im Gesetz nicht definiert. Allerdings ist allgemein anerkannt, dass von einem „faktischen Konzern“ dann auszugehen ist, wenn ein Unternehmensverbund unter die Vorschrift des §§ 311 ff. AktG fällt, wenn also ein Abhängigkeitsverhältnis vorliegt und ein Fehlen eines Beherrschungsvertrags oder einer Eingliederung zu verzeichnen ist. Grundlage für die Einflussnahme des herrschenden Unternehmens bildet dabei im „faktischen Konzern“ eine Mehrheitsbeteiligung, also die Kapital- und/oder Stimmenmehrheit.⁴⁹

b) Der Gleichordnungskonzern

Der *Gleichordnungskonzern* ist in § 18 Abs. 2 AktG legaldefiniert, als ein verbundenes Unternehmen in dem „rechtlich selbständige Unternehmen,

45 Kuhlmann/Ahnis, Konzern- und Umwandlungsrecht, § 2 IV, Rn. 83.

46 Scholz/Emmerich, GmbHG, Anhang § 13, Rn. 33; Bayer, in: MünchKomm AktG, § 18, Rn. 31.

47 Scholz/Emmerich, GmbHG, Anhang § 13, Rn. 33 a. m.w.N.

48 Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 18, Rn. 3.

49 Vogt, Die Verbandsgeldbuße gegen eine herrschende Konzerngesellschaft, S. 28; Kuhlmann/Ahnis, Konzern- und Umwandlungsrecht, § 3 I, Rn. 102.