JULIAN DOMPKE

Unionskartellrechtswidrige Gesellschaftsverträge

Beiträge zum Kartellrecht
20

Mohr Siebeck

Beiträge zum Kartellrecht

herausgegeben von
Michael Kling und Stefan Thomas

20

Julian Dompke

Unionskartellrechtswidrige Gesellschaftsverträge

Untersuchung der vertraglichen und organisationsbezogenen Nichtigkeitsfolgen eines Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV im europäischen und deutschen Gesellschaftsrecht

Mohr Siebeck

Julian Dompke, geboren 1985, Studium der Rechtswissenschaft in Bonn; Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht der Universität Bonn; Referendariat in Bonn; 2017-21 Rechtsanwalt im Kartellrecht in Berlin und Düsseldorf; 2021 Promotion; seit 2021 Richter am Verwaltungsgericht Köln.

ISBN 978-3-16-161574-0 / eISBN 978-3-16-161575-7
DOI 10.1628/978-3-16-161575-7

ISSN 2626-773X / eISSN 2626-7748 (Beiträge zum Kartellrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über *http://dnb.dnb.de* abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und dort gebunden.

Printed in Germany.

Meinen Eltern

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Wintersemester 2021/2022 unter dem Titel „Die Auswirkungen unionskartellrechtlicher Verstöße in Gesellschaftsverträgen“ von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation angenommen. Rechtspraxis und Literatur wurden für die Druckfassung bis Februar 2022 berücksichtigt.

Mein ganz herzlicher Dank gilt an erster Stelle meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Daniel Zimmer, LL.M., der mein kartellrechtliches Interesse geweckt und meine kartellrechtliche Ausbildung geprägt hat, mir zu jeder Zeit als interessierter und in allen Belangen kompetenter Gesprächspartner zur Seite stand und mir zugleich größtmöglichen Freiraum bei der Anfertigung dieser Arbeit ermöglicht hat.

Herzlich danke ich zudem Herrn Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, LL.M., für die zügige Erstellung des konstruktiven Zweitgutachtens.

Darüber hinaus bedanke ich mich bei der Studienstiftung des deutschen Volkes für die Förderung dieser Arbeit und meiner Person sowie bei den Herausgebern, Herrn Prof. Dr. Michael Kling und Herrn Prof. Dr. Stefan Thomas, für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Beiträge zum Kartellrecht“.

Großer Dank gilt auch meiner Familie, meinen Freundinnen und Freunden sowie Kolleginnen und Kollegen, die mich während meines Projekts Dissertation begleitet und vielfältig unterstützt haben. Neben vielen weiteren danke ich namentlich Frau Bettina Kampshoff für die mühsame Durchsicht des Manuskripts und Beratung in sämtlichen Belangen, Herrn Dr. Max Schulz für die vielen hilfreichen Diskussionen und Gespräche sowie Frau Dr. Corinna Bringmann, Frau Anne Sehrbrock und Herrn Dr. Dominik Theisen für ihre langjährige freundschaftliche Begleitung. Hervorzuheben sind weiter die (ehemaligen) Kolleginnen und Kollegen bei Glade Michel Wirtz, die es mir durch Gewährung weitreichender Flexibilität und Unterstützung ermöglicht haben, diese Arbeit berufsbegleitend zum Abschluss zu bringen.

Schließlich gilt mein ganz besonderer Dank meinen Eltern für ihren stets bedingungslosen Rückhalt sowie die allumfassende und liebevolle Unterstützung seit meiner Geburt. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Köln, im Mai 2022 Julian Dompke

Inhaltsverzeichnis

Vorwort VII

Abkürzungsverzeichnis XV

Kapitel 1
Einleitung

A. Einleitung 1

I. Untersuchungsgegenstand 1
II. Inhalt und Gang der Untersuchung 5

B. Identifikation eines potenziellen Zielkonflikts 9

I. Vorüberlegung 9
II. Der Schutz des Wettbewerbs im Unionsrecht 10
1. „Wettbewerbsschutz" als Zielbestimmung der EU-Verträge 10
2. Wettbewerbskonzept des Unionskartellrechts 12
a) Wettbewerbskonzept des Gerichtshofs der Europäischen Union 13
b) Wettbewerbskonzept der Europäischen Kommission 18
3. Zusammenfassung 21
III. Gesellschaftsrechtliche Ziele der Lehre vom fehlerhaften Verband 22
1. Einführung 22
2. Die (nationale) Lehre vom fehlerhaften Verband 23
a) Vorüberlegung: Keine kartellrechtlich gebotene Differenzierung zwischen anfänglicher und nachträglicher Mangelhaftigkeit 24
b) Überblick und dogmatische Grundlage 26
c) Entwicklung der kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestandswahrung 28
d) Rezeption im Recht der Personengesellschaften 33
e) Zusammenfassung 37
IV. Ergebnis: Bestehen eines potenziellen Zielkonflikts 38

C. Exemplarischer Anwendungsfall: Gemeinschaftsunternehmen 38

I. Gemeinschaftsunternehmen 38
II. Wettbewerbliche Risiken von Gemeinschaftsunternehmen 41
1. Einführung 41
2. Konkretisierung: Die Sektoruntersuchungen Walzasphalt und Zement und Transportbeton des Bundeskartellamts 43
III. Die kartellverfahrensrechtliche Prüfung von Gemeinschaftsunternehmen 48
1. Gemeinschaftsunternehmen als (materiell-rechtlicher) Anwendungsfall von Art. 101 Abs. 1 AEUV 48
2. Das (verfahrensrechtliche) Alternativverhältnis von VO 1/2003 und FKVO 50
3. Verfahrensrechtliche Unabhängigkeit der zivilrechtlichen Wirkung von Art. 101 Abs. 2 AEUV 56
IV. Zusammenfassung 62

Kapitel 2
Unionskartellrechtlicher Rechtsrahmen

A. Rechtsfolgenbestimmung bei unionsrechtlichem Kartellverbotsverstoß .. 63

I. Einleitung 63
II. Vorüberlegung: Lehre vom fehlerhaften Verband als nationale Rechtsfolge 64
III. Bestimmung der Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das europäische Kartellverbot 65
IV. Berücksichtigung weiteren Unionsrechts bei der Kartellrechtsanwendung 70
1. Die (primärrechtliche) Geltung allgemeiner Rechtsgrundsätze des Unionsrechts 72
2. Entwicklung der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts 74
3. Erforderlichkeit der Berücksichtigung der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts 76
V. Zusammenfassung 77

B. Rechtsfolgenbestimmung bei unionskartellverbotswidrigen Gesellschaftsverträgen 78

I. Einleitung 78
II. Voraussetzung: Gesamtnichtigkeit von Gesellschaftsverträgen (gegenständliche Reichweite der Nichtigkeit nach Art. 101 Abs. 2 AEUV) 79

1. Hintergrund: Kartellverbotsrechtliche Gesamtnichtigkeit von Verträgen 79
2. Gesamtnichtigkeit von Gesellschaftsverträgen 82
III. Materielle Reichweite und Funktionen der Nichtigkeit nach Art. 101 Abs. 2 AEUV 85
1. Vorab: Dogmatik zur Bestimmung der materiellen Reichweite der Nichtigkeit nach Art. 101 Abs. 2 AEUV 86
2. Art. 101 Abs. 2 AEUV als grundsätzlicher Ausschluss der gesellschaftsrechtlichen Bestandswahrung? 88

Kapitel 3
Kartellverbotswidrige Gesellschaften

A. Kartellverbotswidrige Kapitalgesellschaften 91

I. Grundsatz: Kapitalgesellschaftsrechtliche Bestandswahrung im Europäischen Gesellschaftsrecht und deren Umsetzung in Deutschland 92
1. Vorab: Das Europäische Gesellschaftsrecht 92
2. Kapitalgesellschaftsrechtliche Bestandswahrung im Europäischen Gesellschaftsrecht 93
a) Hintergrund: Entstehung der konsolidierenden GesellschaftsRRL 93
b) Die publizitätsbezogenen Regelungen der GesellschaftsRRL 95
3. Umsetzung und Konkretisierung im nationalen Kapitalgesellschaftsrecht 96
II. Übertragbarkeit auf gemäß Art. 101 Abs. 2 AEUV nichtige Kapitalgesellschaften 99
1. Keine Bereichsausnahme der bestandswahrenden Vorgaben der GesellschaftsRRL für kartellrechtswidrige Gesellschaften 102
2. Das materielle Verhältnis zwischen Art. 101 Abs. 2 AEUV und der GesellschaftsRRL sowie die Bedeutung für das nationale Recht 104
a) Ausgangspunkt: (Eingeschränkter) Unionsrechtlicher Prüfungsmaßstab 105
b) Die vorläufigen Bestandswahrung von Kapitalgesellschaften . . 107
aa) Keine Primärrechtliche Legitimierung auf Grundlage der Grundsätze des Vertrauensschutzes/der Rechtssicherheit … 107
(1) Die allgemeinen Grundsätze des Vertrauensschutzes/ der Rechtssicherheit als (unpassende) Grundlage der kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestandswahrung 108
(2) Privatrechtliches Verständnis 111

bb) Primärrechtliche Legitimierung auf Grundlage der Niederlassungsfreiheit 113
(1) Vorab: Gesellschaftsrechtliches Trennungsprinzip als Hintergrund der bestandswahrenden Regelungen in der GesellschaftsRRL 114
(2) Die von der GesellschaftsRRL angeordnete Bestandswahrung im Lichte der Niederlassungsfreiheit 116
cc) Zwischenergebnis zur vorläufigen Bestandswahrung 120
c) Die Einschränkung der Nichtigkeits- bzw. Auflösungsgründe .. 121
aa) Beschränkte Auflösungsmöglichkeit bei (unionsrechtlichem) Kartellverbotsverstoß 122
bb) Entgegenstehen der unionskartellrechtlichen Nichtigkeit ... 125
cc) Folge: Primärrechtskonforme Auslegung von Art. 11 S. 1 lit. b), S. 2 GesellschaftsRRL 128
dd) Bedeutung für die Anwendung des nationalen Rechts 130
(1) Klage auf Feststellung der materiellen Nichtigkeit 132
(2) Löschung der Gesellschaft durch das Registergericht .. 133
(3) Gefahrenabwehrrechtliche Auflösung der Gesellschaft durch die Verwaltungsbehörde 136
(4) Zivilrechtliche Auflösungsmöglichkeiten außerhalb der Nichtigkeitsklage 141
(5) Zusammenfassung und Schlussfolgerung für die Anwendung des nationalen Rechts 142
3. Ergänzung: Heilung der Nichtigkeit und Begrenzung der Frist zur Erhebung einer Nichtigkeitsklage 145
a) Heilung von Mängeln der Satzung/des Gesellschaftsvertrags ... 145
aa) Heilungsmöglichkeit bei kartellverbotswidrigem Unternehmensgegenstand, § 276 AktG und § 76 GmbHG 146
bb) Exkurs: Erweiterte Heilungsmöglichkeit für kartellverbotswidrige Kapitalgesellschaften 148
cc) Aufforderung zur Heilung von heilbaren Satzungsmängeln, § 275 Abs. 2 AktG 150
b) Verfristung, § 275 Abs. 3 S. 1 AktG 151
4. Zusammenfassung: Unionskartellrechtliche Nichtigkeitsklage und Folgen für die nationale Rechtsanwendung 153

B. Kartellverbotswidrige Personengesellschaften 157

I. Unionsrechtlicher Rechtsrahmen 157
1. Keine rechtsformübergreifende Lehre vom fehlerhaften Verband auf Grundlage der GesellschaftsRRL 158
a) Personengesellschaften im Anwendungsbereich der GesellschaftsRRL? 158

b) Die GesellschaftsRRL als Grundlage bzw. Ausprägung eines allgemeinen Grundsatzes gesellschaftsrechtlicher Bestandswahrung? ... 162
c) Zusammenfassung und Schlussfolgerung ... 165
2. Keine Lehre vom fehlerhaften Verband in der EuGH-Judikatur ... 166
a) Vorüberlegung ... 166
b) Die E. Friz-Entscheidung des EuGH ... 170
c) Konkretisierende Aussagen des EuGH im Rahmen der Entscheidung Hirmann ... 173
d) Interpretation der Aussagen des EuGH ... 175
e) Zwischenergebnis ... 176
II. Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft bei einem Kartellverbotsverstoß in der nationalen Rechtspraxis ... 177
1. Ausschluss der nationalen Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft bei (kartell-)verbotswidrigen Personengesellschaften? ... 177
a) Nationale Rechtsprechungspraxis ... 180
b) Exkurs und Ergänzung: Rechtsfolgenbetrachtung in den Sektoruntersuchungen Walzasphalt sowie Zement und Transportbeton ... 187
c) Rezeption in der Literatur und Diskussion ... 191
aa) Vorab: Bedeutung der Entwicklung der Rechtsprechungspraxis ... 191
bb) Weitgehende Zustimmung in der Literatur ... 193
cc) Gegenansicht: Vergleichende Betrachtung mit dem Kapitalgesellschaftsrecht ... 200
d) Nationales Ergebnis für die Rechtsfolgenbestimmung bei Verstößen gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV ... 204
2. (Kein) Entgegenstehen der von Art. 101 Abs. 1 AEUV geschützten und durch Art. 101 Abs. 2 AEUV abgesicherten Interessen ... 208
a) Repressive Funktion der Nichtigkeit ... 209
aa) Der bloße Übergang in ein Abwicklungsverfahren ... 211
bb) Das Erfordernis der Einleitung des Abwicklungsverfahrens durch die Gesellschafter ... 214
(1) Unmittelbare Einwirkungsmöglichkeiten auf den Bestand kartellverbotswidriger Gesellschaften ... 215
(2) Mittelbare Einwirkungsmöglichkeiten auf den Bestand kartellverbotswidriger (Personen-)Gesellschaften ... 220
(3) Zusammenfassung ... 221
b) Präventive Nichtigkeitsfunktion ... 222
c) Ergebnis ... 224

Kapitel 4
Ergebnis und Thesen

A. Ergebnis 225
B. Zusammenfassende Thesen 226

Literaturverzeichnis.....233

Sachregister.....247

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft/Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
AktG-1937	Aktiengesetz in der Fassung vom 30. Januar 1937 (in Kraft getreten am 1. Oktober 1937)
AktG-1966	Aktiengesetz in der Fassung vom 6. September 1965 (in Kraft getreten am 1. Januar 1966)
ÄndG	Änderungsgesetz
Anh.	Anhang
ArchBürgR	Archiv für bürgerliches Recht (Zeitschrift)
Art.	Artikel
BB	Betriebs Berater
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeiter
bearb.	bearbeitet
Begr.	Begründer
begr.	begründet
Beil.	Beilage
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank und Kapitalmarktrecht (Zeitschrift)
BR-Drs.	Bundesregierungs-Drucksache
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
bzw.	beziehungsweise
d. h.	das heißt
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/dieselben
Diss.	Dissertation
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift (Zeitschrift)

Drs.	Drucksache
DStR	Das deutsche Steuerrecht (Zeitschrift)
E.C.L.R.	European Competition Law Review (Zeitschrift)
EGKSV	Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
ErwG	Erwägungsgrund
EStG	Einkommensteuergesetz
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Zeitschrift Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft von 1957
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
ex-Art.	ehemaliger Artikel
f.	folgend
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
ff.	folgende
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FKVO	Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
FKVO-1989	Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
Fn.	Fußnote
Frankfurt a.M.	Frankfurt am Main
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
GAin	Generalanwältin
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GenG	Genossenschaftsgesetz
GesellschaftsRRL	Richtlinie 2017/1132 des europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	Die GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GmbHs	Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GU	Gemeinschaftsunternehmen
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
h. M.	herrschende Meinung

Halbbd.	Halbband
Hervorh.	Hervorhebung
HGB	Handelsgesetzbuch
HGB-1897	Handelsgesetzbuch in der Fassung vom 10. Mai 1897
hrsg.	herausgegeben
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. E.	im Ergebnis
i. R. d.	im Rahmen des/im Rahmen der
i. V. m.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
JBl.	Juristische Blätter (Zeitschrift)
JECLAP	Journal of European Competition Law & Practice (Zeitschrift)
JURA	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	JuristenZeitung (Zeitschrift)
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
LG	Landgericht
lit.	litera
LM	Lindenmaier-Möhring – Kommentierte BGH-Rechtsprechung
Ls	Leitsatz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (Zeitschrift)
NJW-Spezial	Neue Juristische Wochenschrift Spezial (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht (Zeitschrift)
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft (Zeitschrift)
PublizitätsRL-1968	Erste Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9. März 1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten
PublizitätsRL-2009	Richtlinie 2009/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 48 Absatz 2 des Vertrags im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Zeitschrift)
RegE	Regierungsentwurf

resp.	respektive
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
s. o.	siehe oben
SchadensersatzRL	Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union
scil.	scilicet
SIEC	significant impediment of effective competition
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
Spiegelstr.	Spiegelstrich
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
u. a.	und andere/unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
UmwG	Umwandlungsgesetz
USA	Vereinigten Staaten von Amerika
v.	von
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VO 1/2003	Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln
VO 17/62	Verordnung Nr. 17: Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages
Vorb.	Vorbemerkung
VuR	Verbraucher und Recht (Zeitschrift)
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (Zeitschrift)
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb – Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (Zeitschrift)
ZHR	Zeitschrift für das Gesamte Handels und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
zit.	zitiert
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium (Zeitschrift)

ZPO	Zivilprozessordnung
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht (Zeitschrift)

Kapitel 1

Einleitung

A. Einleitung

I. Untersuchungsgegenstand

„Welche Auswirkungen hat die unionsrechtlich angeordnete Nichtigkeit bei Verstößen gegen das Kartellverbot auf den Bestand einer von dieser Nichtigkeit erfassten Gesellschaft?"

Anhand dieser Fragestellung untersucht die vorliegende Arbeit das Verhältnis zwischen kartellverbotsrechtlicher Nichtigkeit gemäß Art. 101 Abs. 2 AEUV und gesellschaftsrechtlicher Bestandswahrung von in den Rechtsverkehr getretenen Kapital- sowie Personengesellschaften nach der rechtsformübergreifenden *Lehre vom fehlerhaften Verband*.[1]

Die grundsätzliche Frage nach dem Verhältnis und dem Bestehen eines Konflikts zwischen kartellverbotsrechtlicher Nichtigkeit und gesellschaftsrechtlicher Bestandswahrung ist nicht neu und ruft bei flüchtiger Betrachtung keinen vertieften Erörterungsbedarf (mehr) hervor: Für das Kapitalgesellschaftsrecht hat der Gesetzgeber die umfassende Bestandswahrung sämtlicher mangelbehafteter Gesellschaften bereits vor langer Zeit gesetzlich festgeschrieben. Auch die parallele Fragestellung im Recht der Personengesellschaften, das keine entsprechende gesetzliche Regelung kennt, war wiederholt Gegenstand der Auseinandersetzung sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur. Jedenfalls aus rechtspraktischer Sicht scheint geklärt, dass kartellverbotswidrige Personengesellschaften keiner gesellschaftsrechtlichen Bestandswahrung unterliegen, wie sie grundsätzlich in Form der *Lehre von der fehlerhaften (Personen-)Gesellschaft* auch für mangelbehaftete Personengesellschaften anerkannt ist. Dieses Verständnis wurde in der „jüngeren" Vergangenheit verschiedentlich bestätigt, nachdem die Frage nach dem Bestand von und dem Umgang mit kartellverbotswidrigen Personengesellschaften in der deutschen Rechtspraxis in den Kartellverwaltungsverfahren *Nord-*

[1] Zur rechtsformübergreifenden *Lehre vom fehlerhaften Verband*, die sowohl die gesellschaftsrechtliche Bestandswahrung von Kapitalgesellschaften als auch von Personengesellschaften (dieser Teilbereich wird auch als *Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft* bezeichnet) umfasst, siehe unten, Kapitel 1 B.III.; insgesamt auch *Schäfer*, Fehlerhafter Verband.

KS/Xella[2] (2006) und *Chemikalienhandel II*[3] (2012) sowie im Rahmen der vom Bundeskartellamt durchgeführten Sektoruntersuchungen in den Bereichen *Walzasphalt*[4] (2012) sowie *Zement und Transportbeton*[5] (2017) wieder in den Fokus gerückt ist und dadurch ihre – zuvor häufig abgesprochene – praktische Relevanz bestätigt wurde.[6]

In seiner Entscheidung zu dem Verfahren *Nord-KS/Xella* negierte der BGH[7] die Existenz eines gegen § 1 GWB verstoßenden Gemeinschaftsunternehmens in Form einer GmbH & Co. KG und lehnte übereinstimmend mit dem OLG Düsseldorf[8] sowie dem Bundeskartellamt eine Anwendung der bestandswahrenden *Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft* ab.[9] Im Rahmen seiner anschließenden Entscheidung zum Verfahren *Chemikalienhandel II* betonte das Bundeskartellamt erneut die Nichtexistenz der streitgegenständlichen, gegen das Kartellverbot verstoßenden GmbH & Co. KG. In den vom Bundeskartellamt durchgeführten Sektoruntersuchungen *Walzasphalt* sowie *Zement und Transportbeton* stellte das Bundeskartellamt eine Vielzahl kartellrechtlich verbotener Verflechtungen im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen auf den betroffenen Märkten fest, die die kartellrechtlich ausgelöste Nichtigkeit und damit Inexistenz der betroffenen Gesellschaften zur Folge haben sollten. Infolgedessen führte das Bundeskartellamt im Bereich Walzasphalt 104 Entflechtungsverfahren durch, die zu mindestens 80 Entflechtungen führten.[10]

---

[2] Bundeskartellamt, Beschluss vom 9. August 2006, B1-116/04, WuW/E DE-V 1277–1288 – *Nord-KS/Xella*.

[3] Bundeskartellamt, Beschluss vom 12. November 2012, B3-19/08 – *Chemikalienhandel II;* anschließend OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Juli 2013, VI-Kart 9/12 (V) – *Chemikalienhandel II*.

[4] Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung *Walzasphalt* sowie Bundeskartellamt, Entflechtungsbericht *Walzasphalt*.

[5] Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung *Zement und Transportbeton*.

[6] Zur rechtspraktischen Bedeutung der Fragestellung auch *Spiering/Hacker*, RNotZ 2014, 349, 350; jüngst auch *Bautsch*, Fehlerhafte Gesellschaft und Kartellverbot, S. 25.

[7] BGH, Beschluss vom 4. März 2008, KVZ 55/07, WuW/E DE-R 2361–2363 – *Nord-KS/Xella*.

[8] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. Juni 2007, VI-Kart 14/06, WuW/E DE-R 2146–2153 – *Nord-KS/Xella*.

[9] Der BGH wiederholte dabei lediglich die Aussage des OLG Düsseldorf über die „mangels eines wirksamen Gesellschaftsvertrages nicht existente[]“ Gesellschaft sowie, dass „das Beschwerdegericht die [Gesellschaft] mangels eines wirksamen Gesellschaftsvertrages [als] nicht (auch nicht als fehlerhafte Gesellschaft) existent angesehen ha[be]“ und führt aus, dass „diese Begründung […] keine Fragen auf[werfe], die die Zulassung der Rechtsbeschwerde erforder[te]n“, vgl. BGH, Beschluss vom 4. März 2008, KVZ 55/07, WuW/E DE-R 2361, Rn. 11 – *Nord-KS/Xella*; zur darin zu sehenden (inzidenten) Ablehnung einer Anwendung der *Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft* auch *Wiesner* in: FS Wiedemann, S. 197, 199.

[10] Siehe Bundeskartellamt, Entflechtungsbericht *Walzasphalt*, S. 4; näher hierzu a. a. O. Rn. 2, Rn. 14 ff.

Die hiermit neu gewonnene Aktualität des Umgangs mit kartellverbotswidrigen Gesellschaften führte zu einem Aufflammen der Diskussion im Schrifttum.[11] Eine breite Strömung trat und tritt der gefundenen Lösung des Bundeskartellamts und der Gerichte seit jeher entgegen und votiert energisch für eine vorläufige Bestandswahrung auch kartellverbotswidrig gegründeter Personengesellschaften. Insbesondere *Karsten Schmidt* hat dieser Frage wiederholt breite Aufmerksamkeit gewidmet und für das deutsche Recht leidenschaftlich für eine Bestandswahrung auch kartellverbotswidriger Personengesellschaften gekämpft.[12] Man könnte sich daher auf den Standpunkt stellen, dass die vorhandenen Argumente ausgetauscht sind, die Rechtslage erschöpfend diskutiert und außerdem für die Praxis geklärt ist.

Ein solcher Befund würde indes die originär unionsrechtliche Dimension der Fragestellung außer Acht lassen, die eine Verselbstständigung von der nationalen Diskussion erfordert. Aus rechtspraktischer Sicht war ein unionsrechtlicher Blickwinkel lange Zeit nicht erforderlich, weil stets über Sachverhalte im ausschließlichen Anwendungsbereich des nationalen Kartellverbots zu befinden war. So stellte z. B. das OLG Düsseldorf im Verfahren *Nord-KS/Xella* explizit die fehlende Zwischenstaatlichkeit und damit die alleinige Anwendung von § 1 GWB fest.[13] Im Verfahren *Chemikalienhandel II* nahm das Bundeskartellamt jedoch mit späterer Billigung durch das OLG Düsseldorf neben einem Verstoß gegen § 1 GWB schließlich auch eine Verletzung des unionsrechtlichen Kartellverbots gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV an.[14] Dabei übertrug es die für das nationale Recht bekannten Ergebnisse ohne nähere Auseinandersetzung auch auf Sachverhalte im Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 AEUV. Entsprechendes gilt für die wissenschaftliche Diskussion. Diese bezieht sich weitgehend auf Verstöße gegen das nationale Kartellverbot. Teilweise werden die gefundenen Ergebnisse mit dem Hinweis auf ei-

[11] Siehe die Nachweise in den folgenden Fußnoten sowie jüngst umfassend auch *Bautsch*, Fehlerhafte Gesellschaft und Kartellverbot.

[12] Zuletzt *K. Schmidt*, BB 2014, 515 ff. sowie *ders.*, ZIP 2014, 863 ff.; zuvor bereits *ders.*, AcP 186 (1986), 421 ff.; *ders.*, AG 1987, 333 ff.; *ders.*, WuW 1988, 5 ff.; *ders.* in: FS Mestmäcker, S. 763 ff.

[13] Siehe dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. Juni 2007, VI-Kart 14/06, WuW/E DE-R 2146, 2151, Rn. 42 ff. – *Nord-KS/Xella* sowie bereits OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. Oktober 2006, VI-Kart 14/06 (V), WuW/E DE-R 2081, 2084 f. – *Nord-KS/Xella*; anders noch Bundeskartellamt, Beschluss vom 9. August 2006, B1-116/04, WuW/E DE-V 1277, 1282 f. – *Nord-KS/Xella*; *Bautsch*, Fehlerhafte Gesellschaft und Kartellverbot, S. 232, nimmt für Personengesellschaften an, dass ein zwischenstaatlicher Bezug und damit die tatbestandlichen Voraussetzungen des unionsrechtlichen Kartellverbots auch heute regelmäßig nicht vorlägen.

[14] Bundeskartellamt, Beschluss vom 12. November 2012, B3-19/08, Rn. 115 – *Chemikalienhandel II*; anschließend OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Juli 2013, VI-Kart 9/12 (V), Rn. 20 – *Chemikalienhandel II*.

nen Gleichlauf bei Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV auch auf das Unionsrecht übertragen.[15]

Die mit der Gründung der Europäischen Gemeinschaft geschaffene, von den Mitgliedstaaten zu beachtende Rechtsordnung[16] bedingt jedoch die Notwendigkeit einer näheren Auseinandersetzung mit der europarechtlichen bzw. unionsrechtlichen[17] Dimension der Fragestellung. Es ist insbesondere *Karsten Schmidt*[18] und *Wulf-Henning Roth*[19] zu verdanken, dass auch diese originär unionsrechtliche Dimension zuletzt vermehrt Beachtung gefunden hat.[20] Hiermit geht nicht nur eine Akzentverschiebung der bisher für das nationale Recht geführten Diskussion einher; vielmehr wird dadurch an vermeintlichen Grundfesten gerüttelt. Denn nicht nur überlagert die unionsrechtliche Nichtigkeit aus Art. 101 Abs. 2 AEUV die Diskussion um die Anwendung der *Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft*, also die (vorläufige) Bestandswahrung kartellverbotswidriger Personengesellschaften. Auch die Anwendung der in der Vergangenheit nicht in Frage gestellten Regelungen der kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestandswahrung erscheinen mit Blick auf den Anwendungsvorrang des unionsrechtlichen Kartellverbots[21] nicht mehr sicher.

Die vorliegende Untersuchung arbeitet vor diesem Hintergrund das einleitend skizzierte Verhältnis von Kartell- und Gesellschaftsrecht aus einem unionsrechtlichen Blickwinkel auf und analysiert den originär unionskartellrechtlichen Einfluss auf den Bestand von gemäß Art. 101 Abs. 2 AEUV nichtigen Kapital- und Personengesellschaften.

---

[15] Vgl. *K. Schmidt* in: FS Säcker, S. 949–967, der unter Verweis auf die Konvergenz des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts eine weitgehende Übertragbarkeit der für das nationale Recht gefundenen Ergebnisse betont, a. a. O. S. 967; vgl. aber Fn. 18.

[16] EuGH, Urteil vom 15. Juli 1964, 6/64, EU:C:1964:66, Slg. 1964, 1253, 1269 – *Costa./.E.N.E.L.*; siehe außerdem EuGH, Urteil vom 13. Februar 1969, 14/68, EU:C:1969:4, Rn. 6 – *Walt Wilhelm/Bundeskartellamt* („Der EWGV hat eine eigenständige Rechtsordnung geschaffen, die in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten aufgenommen worden und von ihren Gerichten anzuwenden ist."); vgl. auch EuGH, Urteil vom 19. November 1991, C-6/90 und C-9/90, EU:C:1991:428, Rn. 31 – *Francovich u. a.*

[17] Die Begriffe „europarechtlich" und „unionsrechtlich" werden im Folgenden synonym verwendet.

[18] *K. Schmidt* in: FS Mestmäcker, S. 763–774.

[19] *Roth* in: FS Hopt, Bd. 2, S. 2881–2900; im Anschluss auch *Palzer*, ZGR 2012, 631, 654 ff.

[20] Zuvor jedoch auch bereits *Benner*, Kartellrechtliche Unwirksamkeit.

[21] Siehe dazu nur EuGH, Urteil vom 13. Juli 2006, C-295/04 bis C-298/04, EU:C:2006:461, Rn. 39 – *Manfredi u. a.* („Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts verlangt, dass jede nationale Rechtsvorschrift, die einer Gemeinschaftsvorschrift entgegensteht, unangewendet bleibt, unabhängig davon, ob sie älter oder jünger ist als diese").

II. Inhalt und Gang der Untersuchung

„Die nach diesem Artikel [*scil.* Art. 101 AEUV] verbotenen Vereinbarungen oder Beschlüsse sind nichtig".

Mit dieser Anordnung bestimmt Art. 101 Abs. 2 AEUV primärrechtlich die unmittelbare Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das unionsrechtliche Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV. Entsprechendes gilt gemäß § 1 GWB i. V. m. § 134 BGB bei einen Verstoß gegen das nationale Kartellverbot in § 1 GWB.[22] Die kartellrechtliche Nichtigkeit gerät jedoch in gesellschaftsvertraglichen Sachverhalten in Konflikt mit dem Bestreben nach Bestandswahrung von in den Rechtsverkehr getretenen Gesellschaften, wie sie im deutschen Recht rechtsformübergreifend unter der Bezeichnung der *Lehre vom fehlerhaften Verband* diskutiert wird. Danach führt die (anfängliche) Mangelhaftigkeit eines Gesellschaftsvertrags grundsätzlich nicht zur *ex tunc* Nichtigkeit einer nach außen getretenen Kapital- oder Personengesellschaft. Vielmehr begründet die Mangelhaftigkeit lediglich die Möglichkeit einer Auflösung der Gesellschaft *ex nunc*.

Die im Rahmen dieser Arbeit zu untersuchende Bestandswahrung unionskartellrechtswidriger Gesellschaften betrifft einen Schnittstellenbereich grundsätzlich autonomer Rechtsgebiete (Kartell- sowie Gesellschaftsrecht) und Rechtsordnungen (nationales Recht sowie Unionsrecht), die bei etwaigen Konflikten in Ausgleich zu bringen sind:[23] Zunächst gehört die beschriebene Fragestellung sowohl dem Gesellschaftsrecht als auch dem Kartellrecht an, die als Rechtsbereiche grundsätzlich gleichrangig nebeneinander stehen.[24] Diese – in der Vergangenheit bereits weithin diskutierte – Problemstellung wird durch das Hinzutreten der unionsrechtlichen Dimension erweitert. Denn der Verbotstatbestand in Art. 101 Abs. 1 AEUV und die durch einen Verstoß ausgelöste Nichtigkeitsfolge gemäß Art. 101 Abs. 2 AEUV entspringen (bei einem zwischenstaatlich relevanten, d. h. zur spürbaren[25] Beeinträchtigung

---

[22] Siehe nur *Grave/Nyberg* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann KartR, Vorb. §§ 1 bis 3 GWB Rn. 28 sowie die weiteren Nachweise in Kapitel 2 Fn. 71.

[23] *K. Schmidt* in: FS Mestmäcker, S. 763, 764, betont, dass das Gesellschaftsrecht als Organisationsrecht und das Kartellrecht als Marktordnungsrecht in einem „natürlichen Spannungsverhältnis" zueinander stehen; ähnliche Fragen können sich auch für das Verhältnis von gesellschaftsrechtlicher Bestandswahrung und Steuerrecht stellen, siehe hierzu zusammenfassend *Miras* in: MünchHdb. GesR, Bd. 1, § 100 Rn. 17.

[24] Vgl. auch *Säcker* in: MünchKomm WettbR, Bd. 1, Art. 101 AEUV Rn. 883; siehe zum Ursprung des Kartellrechts als Kartellgesellschaftsrecht sowie zur historischen Entwicklung die Übersicht bei *Burrichter* in: FS Hoffmann-Becking, S. 191 ff.

[25] Vgl. dazu z. B. *Grave/Nyberg* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann KartR, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 295 ff.; umfassend Europäische Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags (ABl. C 101 vom 27. April 2004, S. 81) Rn. 44 ff.; siehe zur ebenfalls erforderlichen Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung

des zwischenstaatlichen Handels geeignetem Kartellverbotsverstoß) dem Unionsrecht und sind daher im Grundsatz unionsrechtlich auszulegen und anzuwenden. Die *Lehre vom fehlerhaften Verband* als (mögliche) gesellschaftsrechtliche Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das (unionsrechtliche) Kartellverbot entspringt jedoch dem nationalen (Gesellschafts-)Recht. Gleichzeitig bestehen insoweit partiell gesellschaftsrechtliche Vorgaben des Unionsrechts, die bei der Auslegung und Anwendung des nationalen Rechts zu berücksichtigen sind.

Die Arbeit nähert sich den zu untersuchenden Fragen ausgehend von allgemeinen Überlegungen, die den jeweiligen Untersuchungsrahmen für die anschließende konkretisierende Prüfung bilden, und arbeitet sich so vom „Allgemeinen zum Besonderen" vor. Zusammenfassend lässt sich der gewählte Prüfungsaufbau anhand der folgenden Fragestellungen erfassen, wobei im Detail Überschneidungen bestehen:

1. Schritt: Inwieweit besteht ein potenzieller Zielkonflikt zwischen der unionskartellrechtlichen Nichtigkeit gemäß Art. 101 Abs. 2 AEUV und der (nationalen) gesellschaftsrechtlichen Bestandswahrung nach der *Lehre vom fehlerhaften Verband*, der eine nähere Untersuchung rechtfertigt?

2. Schritt: Inwieweit steht das Kartellverbot gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV tatbestandlich in einem Konflikt mit dem Ent- bzw. Bestehen einer (Personen- oder Kapital-)Gesellschaft, der rechtsfolgenseitig eine Gesamtnichtigkeit des Gesellschaftsvertrags und damit einen grundsätzlichen Anwendungsfall für die *Lehre vom fehlerhaften Verband* begründet?

3. Schritt: Inwieweit ist die *Lehre vom fehlerhaften Verband* in den gefundenen Fällen kartellverbotswidriger Kapital- sowie Personengesellschaften vor dem Hintergrund des identifizierten potenziellen Zielkonflikts und etwaiger sonstiger (kartellrechtsfremder) Vorgaben des Unionsrechts anwendbar?

Hierzu im Einzelnen: Das Verhältnis von unionskartellrechtlicher Nichtigkeit gemäß Art. 101 Abs. 2 AEUV und (nationaler) gesellschaftsrechtlicher Bestandswahrung nach der *Lehre vom fehlerhaften Verband* wird ausgehend von der Identifikation eines (potenziellen) Zielkonflikts (hierzu B.) erörtert. Nur soweit ein solcher überhaupt anzunehmen ist, stellen sich die konkretisierenden Fragen. Zur Erörterung eines potenziellen Zielkonflikts werden zunächst die Ziele des Unionskartellrechts auf Grundlage der primärrechtlichen Verträge sowie der Rechtspraxis der europäischen Gerichte und der Europäischen Kommission skizziert. Anschließend werden die gesellschaftsrechtlichen Hintergründe der *Lehre vom fehlerhaften Verband* beginnend mit der Entwicklung im Kapitalgesellschaftsrecht über die partielle Verankerung im sekundären Unionsrecht bis zur späteren Rezeption im Recht der Personenge-

---

Europäische Kommission, Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken (*De-minimis-Bekanntmachung*) (ABl. C 291 vom 30. August 2014, S. 1) Rn. 1.