

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 74

**Kartellrechtliche Unwirksamkeit
bei verfaßten Verbänden**

Von

Dr. Klaus Benner



Duncker & Humblot · Berlin

KLAUS BENNER

Kartellrechtliche Unwirksamkeit bei verfaßten Verbänden

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 74

Kartellrechtliche Unwirksamkeit bei verfaßten Verbänden

Von

Dr. Klaus Benner



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Benner, Klaus:

**Kartellrechtliche Unwirksamkeit bei verfassten Verbänden /
von Klaus Benner. – Berlin : Duncker und Humblot, 1993
(Schriften zum Wirtschaftsrecht ; Bd. 74)**

Zugl.: Freiburg (Breisgau), Univ., Diss., 1992

ISBN 3-428-07646-X

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1993 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin 65

Printed in Germany

ISSN 0582-026X

ISBN 3-428-07646-X

Vorwort

Die Arbeit hat im Sommersemester 1992 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau als Dissertation vorgelegen. Das Manuskript habe ich im Oktober 1991 abgeschlossen. Bis Mitte Oktober 1992 veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur habe ich nachgetragen.

Besonderen Dank schulde ich Frau Professor Dr. Christine Windbichler, die die Arbeit angeregt und den Fortgang der Untersuchung stets mit Interesse verfolgt und mit weiterführendem Rat gefördert hat. Mein Dank gilt auch Herrn Professor Dr. Joachim Stolterfoht für die Mühen des konstruktiven Zweitgutachtens.

Freiburg, im Oktober 1992

Klaus Benner

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
A. Einführung in die Problemstellung	13
B. Gegenstand und Gang der Untersuchung	15

Erster Teil

Kartellrechtliche Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen (GU) am Maßstab von § 1 GWB und Art. 85 EWGV

Erstes Kapitel: Beurteilung nach § 1 GWB	19
A. Begriffsklärung und Vorüberlegungen	19
B. Das Kartellverbot als möglicher Prüfungsmaßstab	22
I. Dogmatische Grundlagen	22
II. Auswertung der jüngeren Kartellrechtspraxis	24
C. Konkretes Lösungskonzept für § 1 GWB als Prüfungsmaßstab für GU-Sachverhalte	25
I. Ausgangspunkt: § 1 GWB als umstrittener Tatbestand	25
II. Vertretene Konzeptionen	26
1. Traditionelle Auffassung	26
2. Alternativkonzeption (heute wohl h.M.)	27
III. Fazit und Stellungnahme	27
IV. Tatbestandsmerkmale von § 1 GWB	30
1. Vertrag zwischen Unternehmen	30
2. Gemeinsamer Zweck	31
3. Wettbewerbsbeschränkung	34
4. Eignung zur Marktbeeinflussung	34
5. Verhältnis von Wettbewerbsbeschränkung und Vertrag (Zurechnung)	35
D. Anwendung von § 1 GWB auf "typische" kooperative GU-Sachverhalte	37
I. Vorbemerkung	37
II. "Gemeinsamer Zweck" im Sinne eines (aktuellen oder potentiellen) Wettbewerbsverhältnisses	39

III. Charakteristische (mögliche) Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von § 1 GWB im Zusammenhang mit GU	41
1. Wettbewerbsverhältnis als Beurteilungsgrundlage	41
a) Vorüberlegung	41
b) Wettbewerbsverhältnis zwischen den Gesellschafterunternehmen	41
c) Wettbewerbsverhältnis zwischen GU und Gesellschafterunternehmen	42
d) Stellungnahme und Ergebnis	43
2. "Typische" Wettbewerbsbeschränkungen im Zusammenhang mit GU	44
a) Vorüberlegung	44
b) GU als Kartellsurrogat beziehungsweise Kartellierungsinstrument	44
c) Gruppeneffekt	45
d) Sonstige Beschränkungen	48
IV. Zurechnungszusammenhang	50
1. "Rationalitätsprinzip" als Entscheidungsgrundlage	50
2. Problemfall Gruppeneffekt	51
V. Unwirksamkeitssanktion als Abgrenzbarkeitsproblem	52
1. Grundkonzeption	52
2. Anwendbarkeit und Anwendungsprobleme bei GU-Sachverhalten	55
3. Ergebnis	58
VI. Fallgruppenbildung als Ergebnis der kartellrechtlichen Beurteilung	59
1. Fälle mit Zugang zur Teilunwirksamkeitsproblematik	59
2. Von Gesamtnwirksamkeit betroffene GU-Sachverhalte	59
E. Legalisierungsmöglichkeiten	59
F. Zusammenfassung und Zwischenergebnis	60
 Zweites Kapitel: Beurteilung nach Art. 85 EWGV	 63
A. Art. 85 EWGV als möglicher Prüfungsmaßstab	63
I. Dogmatische Grundlagen und Kommissionspraxis bis zum Inkrafttreten der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen(FKVO)	63
II. Rechtslage mit Inkrafttreten der FKVO und Ausblick	64
B. Art. 85 EWGV in der Anwendung auf kooperative GU-Sachverhalte	66
I. Allgemeines zu Art. 85 I EWGV und Vergleich mit § 1 GWB	66
II. Konkrete Anwendung von Art. 85 I EWGV auf "typische" GU-Konstellationen	68
III. Freistellungsmöglichkeiten	69
1. Gruppenfreistellungsverordnungen	69
2. Einzelfreistellung gemäß Art. 85 III EWGV	70
IV. Nichtigkeitssanktion	72
1. Ratio und Grundkonzeption	72
2. Anwendung auf GU-Sachverhalte	73
C. Zwischenergebnis	74

Zweiter Teil

Zivil- und gesellschaftsrechtliche Auswirkungen von Kartellverbotsverstößen

Erstes Kapitel: Von Gesamtnunwirksamkeit betroffene GU-Sachverhalte	75
Vorbemerkung	75
A. Auswirkungen auf den Bestand des Rechtsträgers (Außenverhältnis)	75
I. Vorüberlegungen	75
II. Vorgaben des historischen Gesetzgebers	77
III. Zum Verhältnis von Gesellschafts- und Kartellrecht im allgemeinen	77
IV. Zivilrechtliche Unwirksamkeit nach § 1 GWB und Verbandsrecht im besonderen	79
1. Ausgangspunkt: Gesellschaftsrechtlicher Bestandsschutz als de facto-Reduktion des Nichtigkeitstatbestandes	79
2. Begründbarkeit der Reduktion	81
a) Grundkonzeption des § 1 GWB und Funktionsweise neben den §§ 15ff., 25 I GWB	81
b) Unwirksamkeitssanktion des § 1 GWB	82
aa) Telos	82
bb) Zusammenspiel mit den übrigen Sanktionen des Kartellverbots	83
c) Allgemein zur Systematik der GWB-Sanktionen	85
aa) Im Recht der Zusammenschlußkontrolle	85
bb) Sonstige Regelungen	86
cc) Ergebnis	88
d) Gebot verfassungskonformer Auslegung als Konsequenz des Verhältnis- mäßigkeitssatzes	88
e) Vereinbarkeit mit Schutzzwecken des Kartellverbots	89
3. Zusammenfassung der kartellrechtlichen Vorgaben für die verbandsrechtliche Folgeuntersuchung	91
V. Körperschaften	92
1. Grenzen der Anerkennung der fehlerhaften Korporation?	92
2. Externes, auf Auflösung des Rechtsträgers gerichtetes Instrumentarium (als ultima ratio)	96
a) Amtslöschungsverfahren im Handelsregisterrecht	96
b) Auflösungsermächtigungen	102
3. Ergebnis	103
VI. Personengesellschaften	104
1. Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft	104
2. Nichtanerkennung als fehlerhafte Gesellschaft wegen entgegenstehender höher- rangiger Allgemeininteressen?	105
a) Zum Streitstand	105
b) Einordnung der Rechtsprechung des BGH	106
c) Argumentationsbewertung	108
3. Begründungsansätze für eine Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Ge- sellschaft	108
a) Abwägung als Methode der Entscheidungsfindung	108
b) Möglichkeit der systematisch-teleologischen Reduktion der Unwirksamkeits- sanktion des § 1 GWB bei Gesellschaftsverträgen	109
c) Verkehrsschutzinteresse der Gesellschaftsgläubiger	111

d) § 1 GWB als rechtsformneutraler Verbotstatbestand	115
e) Verständnis des Phänomens fehlerhafter Verbände als Sanktionsproblem . .	117
4. Ergebnis und Rechtsfolgen	118
5. Fehlendes externes Instrumentarium?	119
VII. Zusammenfassung	121
B. Auswirkungen im Innenverhältnis	122
I. Internes, auf Auflösung des Rechtsträgers gerichtetes Instrumentarium	122
1. Körperschaften	122
a) Nichtigkeitsklagen	122
b) Auflösungsklage im GmbH-Recht	123
2. Personenhandelsgesellschaften	125
II. Auf die Beendigung von Einzelmitgliedschaften gerichtete verbandsrechtliche Instrumente	127
1. Vorbemerkung	127
2. Ausschließung eines Gesellschafters	129
a) GmbH	129
b) Personenhandelsgesellschaft	132
3. Austritt eines Gesellschafters	133
a) GmbH	133
b) Andere Rechtsformen	135
4. Kündigung gemäß § 13 I GWB analog	135
5. Zusammenfassende Bewertung und Rangfolge	138
III. Weitere Alternativen für die beteiligten Unternehmen	140
1. Nachträgliche Maßnahmen	140
2. Rechtsgestaltende Vorsorge	142
C. Ergebnis	143
Zweites Kapitel: Fälle mit Zugang zur Teilunwirksamkeitsproblematik	145
A. Grundkonzeption und Grundsätzliches zur Behandlung teilschuldiger Rechtsgeschäfte	145
B. Rechtslage bei Gesellschaftsverträgen und GU-Vertragswerken	147
I. Abgrenzungsfragen	147
II. Auswirkungen des kartellrechtlichen Vertragsmangels auf den Bestand der Gesellschaft (Außenverhältnis)	148
1. Körperschaften	148
a) Kartellverbotswidrige Regelung als Satzungsbestandteil	148
b) Beanstandete Regelung als selbständige Nebenabrede beziehungsweise rein schuldrechtliche Vereinbarung	151
2. Personengesellschaften	152
a) Unvereinbarkeit einzelner gesellschaftsvertraglicher Regelungen mit § 1 GWB	152
b) Unwirksame Regelung in selbständigen Nebenabreden beziehungsweise rein schuldrechtlichen Vereinbarungen	154
3. Ergebnis	154

Inhaltsverzeichnis	11
III. Auswirkungen im Innenverhältnis zwischen den Gesellschaftern	155
1. Vorüberlegung	155
2. Einvernehmliche interne Problembewältigung	156
3. Verbandsrechtliches Reaktionsinstrumentarium im Konfliktfall	157
C. Fazit	157
Drittes Kapitel: Ergänzende Bemerkungen zur Auswirkungsproblematik bei Verstoß gegen Art. 85 I EWGV	159
A. Grundsätzliche Übernahme der kartellrechtlichen Vorgaben entsprechend dem deutschen Recht	159
B. Komplettierung des verbandsrechtlichen Reaktionsinstrumentariums im weiteren Sinn durch weitergehende kartellbehördliche Maßnahmen	161
Schlußwort	164
Literaturverzeichnis	165

Einleitung

A. Einführung in die Problemstellung

§ 1 GWB belegt Verträge, die zur Grundlage für wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen im Sinne der Vorschrift gemacht werden, mit zivilrechtlicher Unwirksamkeit. Für den Fall, daß der Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft beziehungsweise die Satzung einer juristischen Person von dieser Unwirksamkeitssanktion teilweise oder gar insgesamt erfaßt wird, gilt es seit jeher die keineswegs neue Frage zu beantworten, wie sich ein derart sanktionierter Kartellverstoß auf den Rechtsträger Gesamthandsgemeinschaft beziehungsweise juristische Person auswirkt. In der gängigen kartellrechtlichen Literatur finden sich dazu fast durchweg nur wenige, knappe Bemerkungen¹; in der Regierungsbegründung zum GWB heißt es hierzu:

" Die Frage, wie sich die Unwirksamkeit der kartellmäßigen Bindungen auf die übrigen vereins- oder gesellschaftsrechtlichen Rechte und Pflichten und - falls das Kartell als juristische Person organisiert war - auf den Bestand der juristischen Person auswirkt, ist der Rechtsprechung zu überlassen."²

Eine gewisse Aktualität und eine andere Dimension hinsichtlich ihrer praktischen Bedeutung hat die rechtsgebietsübergreifende Problemstellung jedoch durch einige neuere obergerichtliche Entscheidungen³ erhalten, die auch in der wirtschaftsrechtlichen Literatur ein durchaus beachtenswertes und zum Teil recht kritisches Echo gefunden haben⁴.

¹ Vgl. etwa *Emmerich*, Kartellrecht, S. 81f; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, § 1 Rn. 399ff.; *Langen*, § 1 Rn. 120; *Rittner*, Wirtschaftsrecht, § 15 Rn. 50, S. 298.

² *BegrRegE BT-Drucks. II/1158*, S. 31 r. Sp. 5.; an dieser Stelle wird darüberhinaus der Hinweis gegeben, daß sich die Gerichte bereits unter der Geltung der KVO von 1923 mit der Frage beschäftigt haben; eine Übersicht über die damalige, auf die Rechtslage seit Geltung des GWB nur bedingt übertragbare Rechtsprechung findet sich bei *Wünsche*, *Unwirksame Kartellvereinbarung*, S. 36f.

³ OLG Hamm WuW/E OLG 3748; 4033 "Gemeinsamer Zeitungsverlag"; auch OLG Frankfurt WuW/E OLG 3498; 4323 "Nassauische Landeszeitung", wengleich hier kein Rechtsträger betroffen war; inzwischen bestätigt von BGH WuW/E BGH 2675.

⁴ Vgl. v.a. *K. Schmidt*, WuW/E OLG 3750ff., Urteilsanmerkung zu OLG Hamm WuW/E OLG 3748; *ders.*, AcP 186 (1986), 421, 449ff; *ders.*, in: *Wettbewerbspolitik und -recht*, 1987, 19, 23;

Diese - sogleich näher darzustellende - Entscheidungspraxis ist ein geradezu klassisches Beispiel für eine Fragestellung, die wohl unbewußt aus dem Bemühen von Lehre und insbesondere Rechtsprechung resultiert, die sich aus mancherlei Ungereimtheiten hinsichtlich Wortlaut und Systematik bestimmter Kartellrechtsvorschriften⁵ ergebenden Anwendungslücken durch eine ständige Erweiterung des Anwendungsbereichs derselben zu kompensieren; in concreto geht es hier um die weitgehende Überprüfung von Gemeinschaftsunternehmen (GU) am Maßstab des Kartellverbots⁶.

Im ähnlichen Sachverhalt zweier veröffentlichter Beschlüsse des OLG Hamm⁷ klagte eine Zeitungsverlags-GmbH&Co KG gegen eine Verlagsgesellschaft aus § 1 UWG. Im Prozeß wird darüber gestritten, ob die Klägerin als ein sogenanntes kooperatives GU überhaupt parteifähig oder ob sie wegen Verstoßes gegen § 1 GWB unwirksam gegründet und deshalb unfähig sei, Partei eines Zivilprozesses zu sein. Das Landgericht hatte den Prozeß nach § 96 II GWB zur Klärung dieser, seiner Ansicht nach kartellrechtlichen Vorfrage ausgesetzt; das OLG bestätigte jeweils die landgerichtlichen Aussetzungsbeschlüsse. Mit zunächst durchaus konsequent erscheinender Begründung wird der Gesellschaftsvertrag der Klägerin (insgesamt) als Grundlage einer gegen das Kartellverbot verstößenden Kooperation von der Unwirksamkeitssanktion des § 1 GWB erfaßt, und die Anwendung der Grundsätze zur fehlerhaften Gesellschaft scheidet an den hier durch das Kartellverbot "verkörpert", entgegenstehenden höherrangigen Allgemeininteressen, nämlich dem Schutz der Allgemeinheit vor Beschränkungen des Wettbewerbs⁸.

ders., WuW 1988, 5ff.; *ders.*, Gesellschaftsrecht, § 6 III 3, S. 134; *Schwintowski*, NJW 1988, 937ff; ferner kritisch: *Benisch*, in: Gemeinschaftsunternehmen, FIW H. 122, 51f.; *Immenga*, in: *Immenga/Mestmäcker*, § 1 Rn. 401; *Niederleithinger*, Kartellrechtspraxis 1988/89, S. 35; *Pfeiffer*, in: FS *Benisch*, 1989, 313, 320 Fn. 33; *Rittner*, Wettbewerbsrecht, S. 236 Fn. 12; dagegen zustimmend *Emmerich*, Kartellrecht, S. 81f.

⁵ Dazu v.a. *K. Schmidt*, Kartellverfahrensrecht, S. 19ff.; *ders.*, Kartellverbot, S. 15ff.

⁶ Wegweisend hierfür BGHZ 96, 69 = WuW/E BGH 2169 = AG 1986, 194 "Mischwerke".

⁷ WuW/E OLG 3748; 4033 "Gemeinsamer Zeitungsverlag"; nach *K. Schmidt*, WuW 1988, 5, sind die beiden Beschlüsse nur Teil einer (gefestigten) Beschlußpraxis dieses Gerichts.

⁸ Die Nichtanerkennung fehlerhafter Personengesellschaften bei Verstoß gegen ein dem Schutz vorrangiger Allgemeininteressen dienendes Verbotsgesetz entspricht seit BGHZ 3, 285, 288 = NJW 1952, 97 ständiger Rechtsprechung (jüngst wieder BGH WuW/E BGH 2675, 2678 "Nassauische Landeszeitung") und findet weitgehend Zustimmung in der Lehre, vgl. etwa *Heymann/Emmerich*, HGB, § 105 Rn. 83ff.; *R. Fischer*, NJW 1955, 849, 850; *ders.*, NJW 1958, 969, 970; *ders.*, in *Großkommentar HGB* (3. Aufl.), § 105 Anm. 95ff.; *Flume*, Personengesellschaft, § 2 III,

Damit liegen erstmals obergerichtliche Entscheidungen vor, die einer in Vollzug gesetzten, im Außenverhältnis unternehmerisch tätigen Gesellschaft die rechtliche Anerkennung als fehlerhafte, gleichwohl aber wirksame Gesellschaft verweigern⁹. Praktische Konsequenz dieser sich aus Rechtsgründen ergebenden rechtlichen Inexistenz eines unternehmenstragenden Rechtsträgers wäre unter anderem, daß er als Vertragspartner eines Dauerschuldverhältnisses, insbesondere auch als Arbeitgeber von Anfang an nicht in Betracht käme, obwohl alle Beteiligten unter Umständen seit Jahren davon ausgingen; der inexistente Rechtsträger bräuchte sich nicht an die Regelungen des Wettbewerbsrechts zu halten, obwohl er ein faktisch am Rechtsverkehr teilnehmendes Wirtschaftssubjekt ist (im umgekehrten Fall des Sachverhalts hätte sich etwa die Beklagte dann zu ihrem Vorteil auf ihre Inexistenz berufen können); er käme zudem als Maßnahmeadressat für den Bereich des GWB nicht in Betracht.

Diese hypothetischen Überlegungen geben Anlaß, das scheinbar durch jeweils gesicherte BGH-Rechtsprechung zufriedenstellend gelöste Zusammenspiel zwischen GWB und Gesellschaftsrecht einer tiefergehenden, möglichst allen in Rede stehenden Interessen betroffener Beteiligter Rechnung tragenden Untersuchung zu unterziehen.

B. Gegenstand und Gang der Untersuchung

Ausgangspunkt und damit "Hauptgegenstand" der Untersuchung ist, ob sich die Unwirksamkeitssanktion des § 1 GWB tatsächlich in der eben geschilderten Art und Weise auf den Bestand einer gesellschaftsrechtlichen Organisationseinheit auswirken kann oder möglicherweise sogar muß.

Gepprüft werden soll im einzelnen, ob die denselben Sachverhalt treffenden Rechtsfolgen des Kartell- und Gesellschaftsrechts immer harmonisieren oder sich

S. 19; Soergel/*Hadding* (11. Aufl.), § 705 Rn. 81; *Hopt/Hehl*, Gesellschaftsrecht Rn.325; *Ulmer*, in Großkommentar HGB, § 105 Rn. 355f.; grds. zustimmend, aber mit Tendenz zur Einengung vergangenheitsrelevanter Mängel, *H. Wiedemann*, WM-Beilage 8/1990, S. 26f.

⁹ Die bisherigen, die Grenzen für die Anerkennung fehlerhafter Gesellschaften markierenden BGH-Entscheidungen betrafen ausschließlich sog. Innengesellschaften, vgl. etwa aus jüngerer Zeit BGHZ 62, 234 = NJW 1974, 1201; BGHZ 75, 214 = NJW 1980, 638 ; BGHZ 97, 243 = DB 1986, 1389; BGH WuW/E BGH 2675, 2678 "Nassauische Landeszeitung"; vertiefende Rechtsprechungsauswertung bei *K. Schmidt*, AcP 186 (1986), 421, 446ff.