

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Band 70

Die Auflösung von Unternehmenszusammenschlüssen nach § 41 Abs. 3 GWB

Unter Berücksichtigung der Auflösung des Erwerbs
von Anteilen über die Börse nach der aktuellen Rechtslage
und nach Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle

Von

Sabine Sabir



Duncker & Humblot · Berlin

SABINE SABIR

Die Auflösung von Unternehmenszusammenschlüssen
nach § 41 Abs. 3 GWB

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Band 70

Die Auflösung von Unternehmenszusammenschlüssen nach § 41 Abs. 3 GWB

Unter Berücksichtigung der Auflösung des Erwerbs
von Anteilen über die Börse nach der aktuellen Rechtslage
und nach Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle

Von

Sabine Sabir



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf
hat diese Arbeit im Jahre 2012 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

D61

Alle Rechte vorbehalten

© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 1614-7626

ISBN 978-3-428-14074-9 (Print)

ISBN 978-3-428-54074-7 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84074-8 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2012 von der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf als Dissertation angenommen. Für die Veröffentlichung wurden Literatur und Rechtsprechung bis einschließlich März 2013 berücksichtigt. Die in dieser Arbeit vertretenen Ansichten sind rein persönlicher Natur.

Mein herzlicher Dank gilt meinem verehrten Doktorvater Herrn Professor Dr. *Christian Kersting*, der wertvolle Anregungen zu dieser Arbeit beigesteuert und mich während der Zeit ihrer Erstellung in jeglicher Hinsicht hervorragend unterstützt hat. Herrn Professor Dr. *Jan Busche* danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Mein Dank gilt ferner all denjenigen, die zum Entstehen, Gelingen sowie der Vollendung dieser Arbeit beigetragen haben. Insoweit danke ich zunächst Herrn Rechtsanwalt Dr. *Tobias Kloze* sowie Herrn Rechtsanwalt Dr. *Christian Horstkotte*, die mich auf das Thema dieser Arbeit brachten und mir insbesondere im Anfangsstadium wertvolle Unterstützung zukommen ließen. Dank gebührt auch meinen ehemaligen Lehrstuhlkollegen Frau *Sarah Groh*, Frau *Ute König*, Herrn *Daniel Benrath* und Herrn Dr. *Jan Heskamp* sowie Herrn *Dominik Fanatico*, Frau *Nina Messinger* und allen weiteren Kollegen und Freunden, die ich an dieser Stelle nicht alle erwähnen kann. Sie haben mir während der Promotionszeit sowohl auf persönlicher wie auch auf fachlicher Ebene mit Rat und Tat zur Seite gestanden. Frau *Monika Scheithauer* danke ich für die kontinuierliche Motivation, ihr jederzeit offenes Ohr und die Schaffung der bestmöglichen Arbeitsbedingungen.

Besonderen Dank schulde ich schließlich meiner Familie, insbesondere meinen Eltern, da sie mir die juristische Ausbildung ermöglicht und mich in all meinen Entscheidungen unterstützt haben, sowie meinem Mann Dr. *Hemmen Sabir* für seinen Ansporn, die vielfältige Unterstützung und seine wertvollen Korrekturarbeiten. Ohne meine Familie wäre diese Arbeit nicht entstanden, ihr ist sie gewidmet.

Düsseldorf, im April 2013

Sabine Sabir

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	23
I. Einführung in den Gegenstand der Untersuchung.....	23
II. Gang der Untersuchung.....	25
<i>Teil 1</i>	
Die der Auflösung nach § 41 Abs. 3 unterliegenden Zusammenschlüsse	32
A. Vollzogener Unternehmenszusammenschluss	32
I. Unternehmen	32
II. Vollzogener Zusammenschluss	33
1. Vermögens- und Anteilserwerb	34
a) Der Vermögenserwerb nach § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB	34
b) Der Anteilserwerb nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB.....	37
c) Vollendung von Anteils- und Vermögenserwerb	39
aa) Vollendung des Vermögenserwerbs.....	40
(1) Fortführung des Unternehmens als solches.....	40
(2) Vermögenserwerb durch Umwandlung	41
(3) Erwerb des Vermögens zu einem wesentlichen Teil	42
bb) Vollendung des Anteilserwerbs	42
(1) Verbriefte Anteile	44
(a) Anteile in Sonderverwahrung.....	45
(b) Anteile in Sammelverwahrung.....	49
(c) Anteile in einer Sammelurkunde/Globalurkunde....	54
(d) Der Sonderfall der Dauerglobalurkunde	55
(e) Zusammenfassung	59
(2) Unverbriefte Anteile.....	59
(3) Sukzessive Anteilserwerbe	60
(4) Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens	61
(a) Gesellschaft bürgerlichen Rechts.....	62
(b) Die Offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft.....	62
(c) Juristische Personen	63
(d) Ergebnis.....	64
2. Kontrollerwerb oder wettbewerblich erheblicher Einfluss.....	64

a) Der Kontrollerwerb nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB	64
aa) Rechtliche Kontrolle	65
bb) Faktische Kontrolle	66
b) Wettbewerblich erheblicher Einfluss gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB	68
c) Vollendung des Kontrollerwerbs/wettbewerblich erheblichen Einflusses	70
aa) Erwerb einer rechtlich begründeten Einflussmöglichkeit	71
bb) Erlangen von faktischem Einfluss aufgrund Erlangens der Scheingesellschafterstellung	71
III. Zwischenergebnis	71
B. Überschreiten der Umsatzschwellen des § 35 GWB	73
C. „Illegalität“ des Zusammenschlusses	74
I. Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB	74
II. Kein Verstoß gegen das Vollzugsverbot erforderlich	75
III. Keine Untersagung vor Auflösung erforderlich	75
D. Kein Auflösungshindernis	76
I. Kein Auflösungshindernis durch Befreiung vom Vollzugsverbot	76
II. Antragstellung zur Erteilung einer Einzelfallerlaubnis durch den Bundesminister für Wirtschaft und Technologie gemäß § 42 GWB	77
III. Wirksame vorherige Freigabe	78
1. Aufhebungs- und Abweichungsverbot	78
2. Beseitigung der Freigabe	79
a) Der Widerruf nach § 40 Abs. 3a GWB	80
b) Rücknahme und Widerruf nach §§ 48, 49 VwVfG	80
c) Aufhebung durch das Gericht	82
IV. Ergebnis	83
E. Zusammenfassung	83

Teil 2

Die zivilrechtliche Risikoverteilung bei Unternehmenszusammenschlüssen, die der Auflösung unterliegen 86

A. Der formell illegal vollzogene Unternehmenszusammenschluss	87
I. Die Auswirkungen der Unwirksamkeit nach § 41 Abs. 1 S. 2 GWB auf den Vollzug der einzelnen Unternehmenszusammenschlüsse	87
1. Die gegen das Vollzugsverbot verstoßenden Rechtsgeschäfte	89
a) „Rechtsgeschäft“	89
b) Verstoß gegen das Vollzugsverbot	89
aa) Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäfte	91
bb) Kaufpreiszahlung	93

cc) Umwandlungsvorgänge	93
dd) Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens	95
2. Bedeutung der Unwirksamkeitsfolge für die Zusammenschlussstatbestände des § 37 Abs. 1 GWB.....	96
a) Anteils- und Vermögenserwerb	96
aa) Grundsätzliche Verhinderung des Anteils- oder Vermögenserwerbs	96
bb) Keine Anwendbarkeit der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auf die Übertragung von Gesellschaftsanteilen	97
b) Kontrollerwerb und wettbewerblich erheblicher Einfluss	100
c) Zusammenschlüsse im Sinne des § 41 Abs. 1 S. 3 GWB	101
aa) Die Ausnahmen nach § 41 Abs. 1 S. 3 GWB in der Fassung bis Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle	101
bb) Die Ausnahmen nach § 41 Abs. 1 S. 3 GWB in der Fassung des Gesetzesentwurfs zur 8. GWB-Novelle	102
cc) Die Bedeutung der Ausnahmen des § 41 Abs. 1 S. 3 GWB für die hier untersuchten Fälle.....	103
(1) Umwandlungsvorgänge	103
(2) Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens	104
d) Die Auswirkung der Unwirksamkeit auf Gesellschaften, die (noch) nicht unter § 41 Abs. 1 S. 3 GWB fallen	104
aa) Personengesellschaften.....	104
bb) Kapitalgesellschaften	107
e) Zusammenfassung.....	108
3. Ergebnis.....	109
II. Die zivilrechtliche Risikoverteilung.....	110
1. Wirksames Verpflichtungsgeschäft, unwirksame Übertragung.....	111
a) Die Leistungsgefahr	111
aa) Die Verteilung der Leistungsgefahr	112
bb) Die Leistungsgefahr bei Unternehmens- und Beteiligungserwerb	112
cc) Bedeutung der Leistungsgefahr bei Untersagung eines Zusammenschlusses	113
dd) Erlöschen auch des Besitzverschaffungsanspruchs?.....	113
b) Die Preis- oder Gegenleistungsgefahr	114
aa) Grundsätzlich: Verkäufer trägt die Preisgefahr	114
bb) Ausnahme: Verlagerung der Preisgefahr auf den Erwerber ..	114
(1) Übergang der Preisgefahr gemäß § 326 Abs. 2 BGB ...	115
(a) Verantwortlichkeit des Gläubigers im Sinne des § 326 Abs. 2 S. 1 BGB	115
(b) Die Anrechnung des infolge der Leistungsbefreiung Ersparten/Erlangten.....	121
(2) Übergang der Preisgefahr nach § 446 S. 1 BGB	122

(3) Kein Rückfall der Preisgefahr an den Veräußerer durch Rücktritt	124
cc) Zusammenfassung	124
c) Das Verwendungsrisiko	125
d) Ergebnis zur Risikoverteilung bei wirksamem Verpflichtungs- und unwirksamem Erfüllungsgeschäft.	126
2. Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts und der Übertragung	126
a) Anwendungsfälle	126
aa) Verträge nach § 41 Abs. 1 S. 3 GWB	126
bb) Ersitzung	127
cc) Verbindung/Vermischung	128
b) Rechtsfolge	129
aa) Grundstückserwerb	129
bb) Umwandlungsvorgänge	130
cc) Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens	130
3. Unwirksames Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft	131
a) Die Rückabwicklung nach §§ 985 ff. BGB	132
aa) Herausgabe des Vertragsgegenstands	133
(1) Vindikationsfähigkeit einer Beteiligung	133
(2) Vindikationsfähigkeit eines Unternehmens	133
(3) Besitz an unwirksam übertragenen, verbrieften Anteilen?	135
(4) Kein Recht zum Besitz	137
bb) Herausgabe/Rückzahlung des Kaufpreises	139
cc) Zuweisung des Risikos bei Wertminderung	140
b) Die Risikoverteilung im Rahmen der §§ 812 ff. BGB	141
aa) Anwendungsbereich	141
bb) Anspruch auf Herausgabe des Zusammenschlussobjekts	143
(1) Anspruchsgrundlage	143
(2) Das Erlangte	144
(3) Kein Konditionsausschluss	146
(4) Der Umfang des Herausgabeanspruchs	147
cc) Kaufpreis	148
dd) Zuweisung des Risikos bei Wertveränderungen	150
(1) Marktbedingte Wertverluste	153
(2) Von dem Erwerber zu vertretende Wertminderung	154
(a) Verschärfte Haftung nach § 819 Abs. 2 BGB	156
(b) Verschärfte Haftung nach § 820 Abs. 1 BGB	156
(aa) Verschärfte Haftung bei auflösend bedingtem Verpflichtungsgeschäft	157
(bb) Verschärfte Haftung bei aufschiebend bedingtem Verpflichtungsgeschäft?	158

(cc) Verschärfte Haftung bei Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts ex tunc	162
(c) Zwischenergebnis	163
(3) Der Ausgleich von Wertsteigerungen	164
c) Ergebnis zur Risikoverteilung bei Unwirksamkeit von Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft	164
4. Unwirksames Verpflichtungsgeschäft, wirksame Übertragung	166
a) Ansprüche des Verkäufers	166
b) Ansprüche des Käufers	167
c) Ergebnis zur Risikoverteilung bei unwirksamem Verpflichtungsgeschäft und wirksamem Erfüllungsgeschäft	167
III. Gegenüberstellung der Risikoverteilung, Stellungnahme und Ergebnis	167
1. Gegenüberstellung der Risikoverteilung	167
2. Bewertung	169
3. Ergebnis	170
B. Der im Zeitpunkt seines Vollzugs formell legale Unternehmens- zusammenschluss	171
I. Wirksames Verpflichtungsgeschäft	173
II. Unwirksames Verpflichtungsgeschäft	173
1. Aufschiebend bedingtes Verpflichtungsgeschäft	173
2. Auflösend bedingtes Verpflichtungsgeschäft	174
III. Zusammenfassung	174
C. Zusammenfassung der Ergebnisse des 2. Teils	176

Teil 3

**Die Berücksichtigung der zivilrechtlichen Risikoverteilung
im Auflösungsverfahren** 178

A. Die Auflösung eines formell illegal vollzogenen Zusammenschlusses bei persönlichem Vertragsschluss zwischen den Vertragsparteien	180
I. Adressaten der Auflösungsverfügung	180
1. Besondere Voraussetzungen der Adressatenschaft im Rahmen des § 41 Abs. 3 GWB	182
a) Mitwirkung am Zusammenschluss	182
aa) Zurechenbare Förderung der Vollendung durch den Käufer ..	182
bb) Zurechenbare Förderung der Vollendung durch den Verkäufer	182
cc) Zurechenbare Förderung der Vollendung durch sonstige Personen	183
b) Erforderlichkeit der Mitwirkung an der Auflösung	184
aa) Erforderlichkeit der Mitwirkung des Käufers	184
bb) Erforderlichkeit der Mitwirkung des Verkäufers	185

cc) Erforderlichkeit der Mitwirkung weiterer Personen	186
c) Zusammenfassung	187
2. Heranziehung der ordnungsrechtlichen Grundsätze über die Störerhaftung	187
a) Wettbewerbsbeschränkung als Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung	189
b) Die Adressaten nach der ordnungsrechtlichen Störerhaftung	190
aa) Zustandsstörer	190
(1) Das marktbeherrschende Unternehmen als Zustandsstörer	191
(2) Organe und Gesellschafter als Zustandsstörer	191
(3) Der Veräußerer als Zustandsstörer	193
(4) Zustandsstörerhaftung im Gemeinschaftsunternehmen	193
(5) Die Zielgesellschaft als Zustandsstörer	194
bb) Verhaltensstörer	194
(1) Unmittelbare Verursachung einer Gefahr für den Wettbewerb	195
(2) Legitimation des Zusammenschlusses durch Freigabe oder Ministererlaubnis	197
(3) Organe und Gesellschafter als Verhaltensstörer?	197
cc) Die Inanspruchnahme des Nichtstörers	199
c) Zusammenfassung	199
3. Stellungnahme und Ergebnis	200
II. Die Auswahl der verhältnismäßigen Auflösungsmaßnahme	201
1. Geeignete Maßnahmen	201
a) Wiederherstellung des vorherigen Zustands (Restitution)	202
aa) Kein grundsätzlicher Vorrang der Restitution	203
bb) Restitution bei Unmöglichkeit der Rückgabe des Unternehmens bzw. der Beteiligung?	204
cc) Keine Restitution bei Unfähigkeit oder Unwilligkeit des Veräußerers zur Fortführung des Unternehmens	207
dd) Restitution trotz Unmöglichkeit der Kaufpreiszahlung	208
ee) Ausstattung des Unternehmens mit seiner vorherigen Wettbewerbsfähigkeit	209
ff) Restitution nach Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens	210
b) Verkaufslösungen	211
aa) Pro rata-Entflechtung	214
bb) Keine Anordnung von Verkaufslösungen im Fall der Unmöglichkeit der Herauslösung des Unternehmens oder Unternehmensteils	215
cc) Sonstige tatsächliche oder rechtliche Hindernisse des Verkaufs an einen Dritten	215
dd) Verkauf zu einem Mindestpreis?	217

ee) Verbindung mit der Einsetzung eines Verwaltungstreuhänders.....	217
c) Teilauflösung	218
d) Kompensationsmaßnahmen.....	219
e) „Züchtung“ eines neuen Unternehmens.....	220
2. Erforderlichkeit	222
a) Bestimmung der durch die Auflösungsmaßnahme betroffenen geschützten Rechtsgüter.....	223
aa) Restitution.....	223
(1) Wirksames Verpflichtungsgeschäft, unwirksame Übertragung.....	224
(a) Eingriff in geschützte Rechte des Veräußerers bei Beteiligungserwerb	224
(b) Eingriff in geschützte Rechte des Veräußerers im Fall des Unternehmenserwerbs.....	227
(c) Eingriff in geschützte Rechte des Erwerbers	228
(2) Wirksames Verpflichtungsgeschäft und wirksame Übertragung des Zusammenschlussobjekts	231
(a) Eingriff in geschützte Rechte der am Zusammenschluss Beteiligten bei Beteiligungserwerb.....	231
(b) Eingriff in geschützte Rechte des übertragenden Rechtsträgers bzw. der Anteilsinhaber bei Vermögenserwerb.....	233
(c) Eingriff in geschützte Rechte des übernehmenden Rechtsträgers bei Vermögenserwerb	234
(d) Eingriff in geschützte Rechte Dritter	235
(3) Unwirksames Verpflichtungsgeschäft und unwirksame Übertragung	235
(4) Unwirksames Verpflichtungsgeschäft, wirksame Übertragung.....	236
(5) Zusammenfassung.....	236
bb) Verkaufslösungen	237
(1) Eingriff in geschützte Rechtspositionen des Verkäufers	237
(2) Eingriff in geschützte Rechtspositionen des Erwerbers..	238
cc) Kompensation	239
dd) Züchtung eines neuen Unternehmens.....	239
b) Milderer Mittel	239
aa) Wirksames Verpflichtungsgeschäft, unwirksame Übertragung	240
(1) Teilrestitution oder vollständige Restitution.....	240
(2) Verkaufslösungen oder Restitution?	243
(a) Grundsätzlicher Vorrang der Restitution	243
(b) Vorrang der Verkaufslösung wegen Wertgewinns oder -verlusts	244
(c) Gründe für die Anordnung von Verkaufslösungen ..	245

(d) Verkauf durch den Erwerber oder durch den Ver- äußerer	249
(e) Teilweiser Verkauf an einen Dritten	250
(3) Kompensation statt Restitution oder Verkaufslösung	252
(4) Züchtung eines neuen Unternehmens statt Restitution, Verkaufslösungen oder Kompensationslösungen	253
(5) Die Auflösung fehlerhafter Gesellschaften	254
(6) Zusammenfassung	254
bb) Wirksames Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft	255
cc) Unwirksames Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft	257
dd) Unwirksames Verpflichtungs-, wirksames Erfüllungsgeschäft	258
c) Zusammenfassung	259
3. Angemessenheit	260
a) Zivilrechtliches Rückabwicklungsrisiko keine absolute Belastungsgrenze	260
b) Keine Unzumutbarkeit der Restitution wegen Wertveränderungen	261
c) Keine Entschädigungspflicht	261
III. Folgen für das Auflösungsverfahren	262
IV. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	264
B. Die Auflösung der formell legal erworbenen Beteiligung bei persön- lichem Vertragsschluss zwischen den Vertragsparteien	266
I. Adressaten der Auflösungsverfügung	267
1. Zustandsstörer	267
2. Verhaltensstörer	267
a) Verhaltensstörer bei Widerruf der Freigabe	268
b) Verhaltensstörer bei Befreiung vom Vollzugsverbot	269
c) Verhaltensstörer im Fall der gesetzlichen Ausnahme vom Voll- zugsverbot	270
3. Nichtstörer	270
4. Zusammenfassung	271
II. Die Wahl der Auflösungsmaßnahme	272
1. Geeignetheit	272
2. Erforderlichkeit	272
a) Wirksames Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft	273
aa) Bestimmung der durch die Maßnahme betroffenen geschütz- ten Rechtsgüter	273
(1) Restitution	273
(2) Verkaufslösungen	273
(3) Kompensation und Züchtung eines neuen Unternehmens	274
bb) Bestimmung der mildesten Maßnahme	274
cc) Keine generelle Berücksichtigung der Interessen des Verkäu- fers	276
b) Unwirksames Verpflichtungsgeschäft, wirksame Übertragung	276

aa) Bestimmung der betroffenen Rechtsgüter	276
(1) Restitution	276
(2) Verkaufslösungen	277
(3) Kompensationslösungen und Züchtung eines neuen Unternehmens	277
bb) Bestimmung der mildesten Maßnahme	278
c) Zusammenfassung	278
3. Angemessenheit	279
III. Folgen für das Auflösungsverfahren	280
IV. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	281
C. Die Auflösung bei formell illegalem Erwerb von Anteilen über die Börse	282
I. Die zivilrechtliche Lage	285
1. Der Abschluss des Kaufvertrags an der Börse	286
a) Kaufvertrag an Börsen ohne Einsatz einer zentralen Gegenpartei	287
aa) Kaufvertragsschluss über Skontroführer	287
bb) Elektronischer Vertragsschluss	287
cc) Information der Parteien	288
b) Kaufvertrag an Börsen unter Einsatz einer zentralen Gegenpartei	289
c) Zusammenfassung	291
2. Die Übereignung der Anteile	292
a) Rechtsgeschäftliche Übereignung	293
aa) Eigentumsübergang bei Vertragsschluss über die Börse ohne Einsatz einer zentralen Gegenpartei	293
(1) Direkterwerb oder Durchgangserwerb des Kommissio- närs	294
(a) Herrschende Auffassung: Übereignung an den, den es angeht	294
(b) Kritik an der Annahme einer Gleichgültigkeit des Übertragenden im Hinblick auf den Empfänger	294
(c) Ergänzende Vertragsauslegung unter ökonomischen Gesichtspunkten	296
(2) Dingliche Einigung	298
(3) Übergabe	299
(4) Zusammenfassung	301
bb) Eigentumsübertragung bei Börsen mit einer zentralen Ge- genpartei	301
cc) Zusammenfassung	302
b) Folgen der Unwirksamkeit des § 41 Abs. 1 S. 2 GWB für die rechtsgeschäftliche Übereignung	303
aa) Lösung bei Annahme von Durchgangserwerb	304
bb) Lösung bei Annahme von Direkterwerb	304
c) Gesetzlicher Eigentumserwerb	305
3. Zusammenfassung	307
II. Adressaten der Auflösungsverfügung	308

1. Zustandsstörer	308
2. Verhaltensstörer	308
III. Die Wahl der Auflösungsmaßnahme	310
1. Geeignete Maßnahmen	310
a) Wiederherstellung des vorherigen Zustands	311
b) Verkaufslösungen	312
c) Kompensationslösungen und die Züchtung eines neuen Unternehmens	313
2. Erforderlichkeit	313
a) Störerauswahl	313
b) Bestimmung der mildesten Maßnahme	313
3. Angemessenheit	315
4. Zusammenfassung	315
IV. Ergebnis	316
D. Die Auflösung bei formell legalem Erwerb von Anteilen über die Börse	316
E. Die Behandlung des Erwerbs von Anteilen im Rahmen eines öffentlichen Übernahmeangebots	319
F. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	319

Teil 4

**Überblick über die Auflösung von Zusammenschlüssen
im Anwendungsbereich der FKVO** 322

A. Die der Auflösung nach Art. 8 Abs. 4 FKVO unterliegenden Zusammenschlüsse	323
I. Vollzogener Unternehmenszusammenschluss	323
1. Fusion	323
2. Kontrollerwerb	324
3. Vollzug	325
II. Überschreiten der Umsatzschwellen oder Verweisung	325
1. Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung	325
2. Verweisung auf Grundlage des Art. 4 Abs. 5 FKVO	326
III. Für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärt	326
IV. Kein Auflösungshindernis	326
V. Zusammenfassung	327
B. Die Auflösung vollzogener Unternehmenszusammenschlüsse	328
I. Formell illegal vollzogene Zusammenschlüsse	329
1. Umfang des Vollzugsverbots	329
2. Das für die Folgen der Unwirksamkeit anzuwendende nationale Recht	331
3. Die Auflösung des Zusammenschlusses durch die Kommission	332

a) Eingriff in geschützte Rechte der Adressaten	333
aa) Charta der Grundrechte der EU.....	333
bb) Die durch die Grundrechtecharta gewährleisteten Grundrechte	333
cc) Schranken und Schranken-Schranken der Grundrechte nach der Grundrechtecharta	335
b) Die Wahl der Auflösungsmaßnahme	336
aa) Wirksames Verpflichtungsgeschäft, unwirksame Übertragung.....	337
bb) Wirksames Verpflichtungsgeschäft und wirksame Übertragung.....	338
cc) Unwirksames Verpflichtungsgeschäft und unwirksame Übertragung.....	340
dd) Unwirksames Verpflichtungsgeschäft und wirksame Übertragung.....	341
II. Formell legal vollzogener Zusammenschluss.....	341
III. Zusammenfassung.....	343

Teil 5

Zusammenfassung der Thesen	344
Literaturverzeichnis	349
Stichwortverzeichnis	369

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht, Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle juristische Praxis
allg.	allgemein
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Bd.	Band
BegrRegE	Begründung des Regierungsentwurfs
Bem.	Bemerkung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BT	Besonderer Teil
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CCP	Central Counterparty
CM	Clearing-Mitglied
DepotG	Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FKVO	Fusionskontrollverordnung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FWB	Frankfurter Wertpapierbörse
GG	Grundgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWB-E	GWB in der Fassung des Gesetzesentwurfs zur 8. GWB-Novelle
HGB	Handelsgesetzbuch

Hrsg.	Herausgeber
i. d. F.	in der Fassung
JuS	Juristische Schulung
LG	Landgericht
Mio.	Millionen
Mrd.	Milliarden
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NCM	Nicht-Clearing-Mitglied
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport – Zivilrecht
Nr.	Nummer
Nrn.	Nummern
OLG	Oberlandesgericht
Rdnr.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
S.	Satz, Seite
u. a.	unter anderem
UmwG	Umwandlungsgesetz
Urt.	Urteil
v.	vom, von
vgl.	vergleiche
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WM	Wertpapiermitteilungen
Xetra	Exchange Electronic Trading
z. B.	zum Beispiel
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Ergänzend wird verwiesen auf: *Kirchner, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache*, 6. Auflage, Berlin 2008.

Einleitung

I. Einführung in den Gegenstand der Untersuchung

Unternehmenszusammenschlüsse können eine Gefahr für den funktionierenden Wettbewerb darstellen. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) sieht daher unter bestimmten Voraussetzungen die vorherige Anmeldung solcher Zusammenschlüsse vor. Ohne eine Freigabe durch das Bundeskartellamt dürfen sie nicht vollzogen werden. Bereits vollzogene Unternehmenszusammenschlüsse, die den Wettbewerb beschränken und die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB erfüllen, sind gemäß § 41 Abs. 3 GWB aufzulösen.

Die Auflösung bereits vollzogener Unternehmenszusammenschlüsse war insbesondere in den 80er Jahren ein in der Literatur verbreitetes Thema. Nach Möschel (1979 und 1982)¹ setzten sich auch Baumhauer (1985)² und Kerber (1987)³ monographisch mit der Entflechtung vollzogener Unternehmenszusammenschlüsse auseinander. Immer wieder wurden insbesondere die Fragen nach dem Verhältnis der Wiederherstellung des vorherigen Zustands zu sonstigen Auflösungsmaßnahmen, dem Umfang der Auflösungsverpflichtung und der Pflicht des Verkäufers, das Zusammenschlussobjekt zurückzunehmen, aufgeworfen. Zwar wurde auch damals schon der zivilrechtlichen Risikoverteilung Bedeutung beigemessen, jedoch ohne diese Feststellung zu vertiefen⁴.

Das Interesse an den mit der Auflösung von Unternehmenszusammenschlüssen verbundenen Rechtsfragen nahm spätestens mit Inkrafttreten der 6. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen⁵ (GWB) zum 1. Januar 1999 ab. Das deutsche Recht übernahm nun, nach dem europäi-

¹ *Möschel*, Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (1979); *ders.*, Die Auflösung vollzogener Unternehmenszusammenschlüsse nach dem GWB im Spannungsverhältnis zum Bürgerlichen Recht und zum Gesellschaftsrecht (1982).

² *Baumhauer*, Die Auflösung von vollzogenen Unternehmenszusammenschlüssen im Recht der Zusammenschlusskontrolle (1985).

³ *Kerber*, Die Unternehmensentflechtung nach dem GWB (1987).

⁴ *Möschel*, Auflösung, S. 21, 29; *Baumhauer*, S. 92 f.; siehe auch *Mestmäcker/Veelken*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB⁴, § 41 Rdnr. 50.

⁵ BGBl. I-1998, S. 2546.

schen Vorbild, die generell präventive Fusionskontrolle, die vorher nur in Ausnahmefällen galt. Seitdem ist jeder Unternehmenszusammenschluss, der unter die Anmeldepflicht des GWB fällt, vor seinem Vollzug anzumelden. Das Bundeskartellamt entscheidet sodann über die Zulässigkeit des Zusammenschlusses. Bis zur Entscheidung über den Zusammenschluss gilt ein Vollzugsverbot, § 41 Abs. 1 S. 1 GWB. Ein schuldhafter Verstoß gegen das Vollzugsverbot kann gemäß § 81 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4 S. 2 GWB mit einem Bußgeld in Höhe von bis zu 10% des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes der jeweiligen Gesellschaften geahndet werden. Zudem sind die den Zusammenschluss vollziehenden Rechtsgeschäfte gemäß § 41 Abs. 1 S. 2 GWB zivilrechtlich⁶ „unwirksam“. Insbesondere aufgrund der hohen Geldbuße kommt es heute nur selten vor, dass das Bundeskartellamt die Auflösung nach § 41 Abs. 3 GWB anordnen muss. Die letzten Auflösungsanordnungen ergingen jeweils im Februar 2007 (*Sulzer/Kelmix/Werfo*⁷) und 2008 (*A-TEC/Norddeutsche Affinerie*⁸). In beiden Fällen wurden die Parteien aufgefordert, den Zusammenschluss aufzulösen, entweder durch Rückabwicklung oder durch Verkauf der Anteile an einen Dritten.

Dass die von Möschel, Baumhauer und Kerber im Zusammenhang mit der Entflechtung aufgeworfenen Fragen auch nach dem heutigen Recht noch von Relevanz und klärungsbedürftig sind, hat insbesondere der Fall *A-TEC/Norddeutsche Affinerie* verdeutlicht. Die *A-TEC Industries AG* (im Folgenden: *A-TEC*) hatte in mehreren Schritten, teilweise im Paket, teilweise über die Börse, Anteile im Gesamtumfang von 15,1% an der *Norddeutschen Affinerie AG* (im Folgenden: *N.A.*) erworben, ohne dies gemäß § 39 Abs. 1 GWB vor dem Vollzug bei dem Bundeskartellamt anzumelden und damit auch ohne mit dem Vollzug, wie durch § 41 Abs. 1 S. 1 GWB vorgeschrieben, zu warten, bis eine Freigabe durch das Bundeskartellamt vorlag. Infolge einer Kapitalerhöhung verwässerten sich die Anteile später auf 13,75%. Das Bundeskartellamt verpflichtete *A-TEC* dazu, sämtliche Anteile, die *A-TEC* an der *N.A.* erworben hatte, zu veräußern oder, soweit es sich um ein von der Bank erworbenes Aktienpaket handelte, dieses an den Verkäufer zurückzuübertragen. Neben den bereits eingangs erwähnten Rechtsfragen kam hier noch hinzu, dass das Bundeskartellamt in dem vollzogenen Anteilserwerb von lediglich 13,75% einen Verstoß gegen das fusionskontrollrechtliche Vollzugsverbot sah, da es den Zusammenschlusstat-

⁶ BKartA, Beschluss vom 27.02.2008, B 5-198/07, WuW/E DE/V 1553 – „A-TEC/Norddeutsche Affinerie“.

⁷ BKartA, Beschluss vom 14.02.2007, B 5-10/07, WuW/E DE-V 1340 – „Sulzer/Kelmix“.

⁸ BKartA, Beschluss vom 27.02.2008, B 5-198/07, WuW/E DE/V 1553 – „A-TEC/Norddeutsche Affinerie“.

bestand des wettbewerblich erheblichen Einflusses bejahte⁹. Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit des § 41 Abs. 1 S. 2 GWB galt damit für die gesamte erworbene Beteiligung, also sowohl für das Aktienpaket als auch für die über die Börse erworbenen Anteile.¹⁰ Der Erwerber wurde jedenfalls im Hinblick auf die über die Börse erworbenen Anteile zum Verkauf an einen unbeteiligten Dritten verpflichtet.¹¹ Dies überrascht auf den ersten Blick jedenfalls dann, wenn die zivilrechtliche Unwirksamkeitsfolge die dingliche Übereignung erfasst. Dann wäre nämlich der bisherige Eigentümer weiterhin an dem Zusammenschlussobjekt berechtigt und der Erwerber könnte hierüber nicht ohne weiteres verfügen. Das Zusammenspiel zwischen dem Zivilrecht, insbesondere der zivilrechtlichen Unwirksamkeitsfolge des § 41 Abs. 1 S. 2 GWB und der hoheitlichen Anordnung zur Auflösung eines Unternehmenszusammenschlusses bildet daher den Schwerpunkt der vorliegenden Untersuchung.

II. Gang der Untersuchung

Im Geltungsbereich des Grundgesetzes wird die privatrechtliche Freiheit von Unternehmen und Unternehmern, sich zusammenzuschließen bzw. Unternehmen und Anteile an Unternehmen zu erwerben oder zu verkaufen, grundsätzlich gewährleistet. Der Schutz wird insbesondere über die Grundrechte der Zusammenschlussfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG), der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) und der Eigentumsfreiheit (Art. 14 GG) entfaltet. Diese Grundrechte stehen gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auch inländischen juristischen Personen, also insbesondere Unternehmen zu, soweit sie ihrem Wesen nach auf die juristische Person anwendbar sind.

Die Grundrechte werden jedoch nicht unbeschränkt gewährt. Sie stehen insbesondere unter dem Vorbehalt der Grundrechte Dritter.¹² Ferner können die meisten Grundrechte durch das Gesetz beschränkt werden. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GWB sieht beispielsweise vor, dass „Inhalt und Schranken“ des Eigentums „durch die Gesetze“ bestimmt werden. Alle verfassungsmäßigen Gesetze des Zivil- und öffentlichen Rechts können demnach grundsätzlich die Eigentumsfreiheit ausgestalten und beschränken.¹³ Ferner lässt Art. 14

⁹ BKartA, Beschluss vom 27.02.2008, B 5-198/07, WuW/E DE/V 1553 (1556 ff.) – „A-TEC/Norddeutsche Affinerie“.

¹⁰ BKartA, Beschluss vom 27.02.2008, B 5-198/07, WuW/E DE/V 1553 (1566) – „A-TEC/Norddeutsche Affinerie“.

¹¹ BKartA, Beschluss vom 27.02.2008, B 5-198/07, WuW/E DE/V 1553 Tenor II – „A-TEC/Norddeutsche Affinerie“.

¹² Vgl. *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 43.

¹³ BVerfG, Beschluss vom 10.07.1958, 1 BvF 1/58, BVerfGE 8, 71 (79); BVerfG, Beschluss vom 15.07.1981, 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300 (335 f.) – „NaBauskie-