

Wirtschaftliche Einheit und Kartellverbot

Die Stellung des Konzerns im Rahmen
des Kartellverbots nach deutschem, europäischem
und US-amerikanischem Recht

Von

Michael Menz



Duncker & Humblot · Berlin

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	17
1. Der Konzern – Chancen und Risiken	17
2. Das Problem der rechtlichen Erfassung des Konzerns	21
3. Gegenstand der Untersuchung	23
II. Der Konzern als Normadressat und Zurechnungsgrund im Kartellrecht	25
1. Einführung	25
a) Der Gegenstand der Untersuchung: Der Konzern im Kartellrecht	25
aa) Bedeutung des Konzernverständnisses für die Untersuchung	25
bb) Konzernerscheinungsformen aus betriebswirtschaftlicher Sicht	26
(1) Konzernverständnis der Betriebswirtschaftslehre	26
(2) Zentrale, dezentrale und divisionale Konzerne	27
(3) Horizontale, vertikale und konglomerate Konzerne	29
b) Der Konzern als Adressat kartellrechtlicher Normen und im Rahmen der Zurechnung	30
2. Rechtslage in Deutschland	34
a) Konzernverständnis	34
aa) Konzernphänomenologie des deutschen Konzernrechts	34
(1) Der Konzernbegriff, § 18 AktG	34
(2) Unterordnungskonzern und Gleichordnungskonzern	37
(a) Der Unterordnungskonzern	37
(b) Der Gleichordnungskonzern	38
(3) Vertragskonzern und faktischer Konzern	39
(a) Der Vertragskonzern	39
(aa) Der Vertragskonzern im Aktienrecht	39
(bb) Der Vertragskonzern im GmbH-Recht	40
(b) Der faktische Konzern	41
(aa) Der einfache faktische AG-Konzern	41
(bb) Der einfache faktische GmbH-Konzern	41
(cc) Der qualifiziert faktische Konzern	42
(dd) Der qualifiziert faktische GmbH-Konzern	44
(ee) Der qualifiziert faktische Aktienkonzern	44
(4) Konzerne unter Beteiligung von Personengesellschaften	45
(a) Personengesellschaft als herrschendes Unternehmen	45
(b) Personengesellschaft als abhängiges Unternehmen	45
bb) Wettbewerbsrechtliches Konzernverständnis	46
(1) Regelungszwecke von Konzern- und Kartellrecht	47

(a) Konzernrecht als Schutz- und Organisationsrecht	47
(b) Regelungsziel des Kartellrechts: Schutz des Wettbewerbs ..	48
(c) Ergebnis: Verschiedenheit der Ansatzpunkte und der Regelungsziele	49
(2) Zur Eigenständigkeit der kartellrechtlichen Begriffsbildung ...	49
(3) Kartellrechtlicher Konzernbegriff?	50
(a) Übernahme des aktienrechtlichen Konzernbegriffs	50
(b) Eigenständiger wettbewerbsrechtlicher Konzernbegriff	51
(c) Lösung von der Funktion des Konzernbegriffs her	52
(4) Ergebnis	54
b) Normadressat und Zurechnung	54
aa) Verhältnis von Unternehmenseigenschaft und Zurechnung	54
bb) Unternehmenseigenschaft des Konzerns	56
(1) Eigenständige Begriffsbildung im Kartellrecht	56
(2) Zum Unternehmensbegriff im GWB	57
(3) Ausdrückliche Regelungen des Konzerns im GWB	59
(4) Alternativität der möglichen Unternehmen	62
(5) Rechtliche Selbständigkeit	64
(a) Der Konzern als Gesellschaft bürgerlichen Rechts	64
(b) Polykorporatives Unternehmen als Rechtsform des Konzerns?	65
(c) Lösung über das Erfordernis rechtlicher Selbständigkeit ..	66
(d) Kritik am Kriterium der rechtlichen Selbständigkeit	66
(6) Funktionaler Unternehmensbegriff: Möglichkeit zur Marktteilnahme als Anforderung an ein Unternehmen	68
(a) Das Erfordernis der Teilnahme am Markt	68
(b) Konzern als Einheit im Rahmen wirtschaftlicher Vorgänge	69
(c) Marktteilnahme aufgrund einheitlicher Leitung	70
(d) Bedenken	71
(e) Zwischenergebnis	71
(7) Zuordnungsfunktion des Unternehmensbegriffs	72
(a) Die Bestimmung eines Zuordnungssubjekts als Aufgabe des Unternehmensbegriffs	72
(b) Anforderungen an das Zuordnungssubjekt	72
(c) Unternehmenseigenschaft aufgrund des Verhaltens im Einzelfall?	73
(8) Wirtschaftliche Einheit	75
(a) Lösung über das Kriterium der wirtschaftlichen Einheit ..	75
(b) Annäherung an die Anforderungen an eine wirtschaftliche Einheit	75
(c) Zwischenergebnis	76

(9) Grundsätzliche Einwände gegen die Unternehmenseigenschaft des Konzerns	77
(a) Wettbewerb innerhalb eines Unternehmens?	77
(b) Fehlende Handlungsfähigkeit als Hindernis?	78
(10) Behandlung der wirtschaftlichen Einheit im Verfahren	78
(11) Behandlung der wirtschaftlichen Einheit in den §§ 2 ff. GWB	80
cc) Zurechnung	80
dd) Ergebnis	82
3. Rechtslage im Europarecht	84
a) Europarechtliches Konzernverständnis	84
aa) Europäisches Konzernrecht und Recht der Mitgliedstaaten	84
bb) Verbundtatbestände in Richtlinien	85
(1) Gesellschafts- und Bilanzrecht	86
(2) Bank- und Versicherungsrecht	87
(3) Börsen-, Steuer-, Arbeits- und Vergaberecht	88
(4) Fazit und Verwendbarkeit im Wettbewerbsrecht	89
cc) Vorschläge des Forum Europaeum Konzernrecht	90
dd) Formulierung eines europarechtlichen Konzernbegriffs	92
(1) Kartellrechtliche Anforderungen an das Konzernverständnis ..	92
(2) Europäisches Konzernverständnis	92
(3) Vergleich mit dem deutschen Konzernverständnis und Erweiterung	93
(4) Insbesondere zum Beherrschungsvertrag	96
(5) Ergebnis	97
b) Europarechtliches Konzernverständnis und konzernrelevante Regelungen im Wettbewerbsrecht	98
aa) Kontrolle in Art. 3 II FKVO	98
bb) Verbundklauseln	98
(1) Verbreitung und Inhalt	99
(2) Vergleich mit dem Konzernverständnis	100
c) Der Konzern als Normadressat und die Frage der Zurechnung	102
aa) Rechtsfolgen und Zweck der Verbundklauseln	102
bb) Zum Unternehmensbegriff der Artt. 81, 82 EGV	104
cc) Einfluss der Verbundklauseln auf den Unternehmensbegriff	106
dd) Rechtliche Selbständigkeit	106
(1) Anwendung auf den Konzern	107
(2) Kritik am Kriterium der rechtlichen Selbständigkeit	108
(3) Gegenposition	110
ee) Alternativität der möglichen Unternehmen	110
ff) Das Kriterium der wirtschaftlichen Einheit	111
(1) Konzern als Unternehmen?	111
(2) Abgrenzung und Zuordnung als Aufgaben des Unternehmensbegriffs	112

(3) Gegenstand der Zuordnung	112
(4) Wirtschaftliche Einheit als Voraussetzung der Unternehmens- eigenschaft	116
(5) Rechtfertigung für die Behandlung des Konzerns als Unter- nehmen	117
(6) Zwischenergebnis	119
(7) Wettbewerbsminderung durch Zurechnung?	119
(8) Anforderungen an eine wirtschaftliche Einheit	120
gg) Vergleich mit der Gemeinschaftspraxis	122
(1) Entscheidungen der Kommission	122
(a) Wirtschaftliche Einheit als Unternehmen	122
(b) Rechtsträger als Adressat	123
(c) Divergierende Entscheidungen	127
(d) Fazit zur Kommissionspraxis	128
(2) Entscheidungen des EuG	128
(3) Entscheidungen des EuGH	130
(4) Entscheidungen im Rahmen des Art. 82 EGV	132
(a) Gemeinschaftspraxis	132
(b) Bewertung	133
hh) Ergebnis	135
4. Rechtslage in den USA	137
a) Zum Sinn des Rechtsvergleichs	137
b) Konzern, Durchgriffshaftung und Zurechnung	138
aa) Zum Konzernverständnis im US-amerikanischen Recht	138
bb) Zurechnungsfragen und Konzern	139
cc) Wirtschaftliche Einheit und gesellschaftsrechtlicher Haftungsdurch- griff	140
dd) Zurechnung und wirtschaftliche Einheit	144
(1) Ablehnende Entscheidungen	144
(2) Berücksichtigung verbundener Unternehmen im Antitrust- recht	146
(3) Fazit	147
ee) Ergebnis	148
III. Kartellrechtliche Beurteilung konzerninterner Verhaltenskoordination ...	149
1. Einführung	149
2. Möglichkeiten der Verhaltenskoordination im Konzern	151
a) Das Bedürfnis nach Verhaltenskoordination	151
b) Instrumente der Verhaltenskoordination	152
aa) Weisung	153
bb) Informelle Einflussnahme	154
cc) Personelle Verflechtungen	155
dd) Bevollmächtigung	156
ee) Vertrag	157

c) Die Weisung als Beispiel eines Lenkungsinstruments	157
aa) Umfang des Weisungsrechts	158
(1) Gegenstand des Weisungsrechts	158
(2) Nachteilige Weisungen	159
bb) Schranken des Weisungsrechts bei Bestehen eines Beherrschungs- vertrages	160
(1) Vertragliche Beschränkungen	160
(2) Satzung	161
(3) Gesetz	161
(4) Überlebensfähigkeit der abhängigen Gesellschaft	162
cc) Folgepflicht	163
dd) Fazit	164
d) Konzernrechtlich zulässige Lenkungsmittel in einzelnen Konzerntypen	164
aa) Im Vertrags- und Eingliederungskonzern	164
bb) Im faktischen Aktienkonzern	166
cc) Im faktischen GmbH-Konzern	168
dd) Im qualifiziert faktischen Konzern	170
ee) Im Gleichordnungskonzern	170
e) Verhaltenskoordination im Konzern auf europäischer Ebene	171
aa) Zur Konzernleitung im französischen Recht	171
bb) Zur Konzernleitung im englischen Recht	172
cc) Zwischenergebnis	172
f) Verhaltenskoordination im Konzern im US-amerikanischen Recht	173
g) Ergebnis	177
3. Kartellrechtliche Beurteilung konzerninternen Verhaltens nach deutschem Recht	178
a) Rechtsprechung und Kartellbehörden	178
b) Uneingeschränkte Anwendung des Kartellverbots	179
c) Lösung im Rahmen des Unternehmensbegriffs	181
aa) Ausgangspunkt	181
bb) Konzernunternehmen keine Unternehmen im konzerninternen Be- reich	181
cc) Mängel der Lösung über den Unternehmensbegriff	183
dd) Zum dogmatischen Anknüpfungspunkt	186
ee) Ergebnis	188
d) Ansätze außerhalb des Tatbestands des Kartellverbots zur generellen Privilegierung konzerninterner Verhaltensweisen	188
aa) Privilegierung aufgrund der Gesetzessystematik	188
bb) Privilegierung aufgrund aktienrechtlicher Zulässigkeit	190
e) Form der Vereinbarung/Verhältnis zwischen den Beteiligten	191
aa) Vereinbarung/Aufeinander abgestimmte Verhaltensweise	191
bb) Miteinander im Wettbewerb stehende Unternehmen	196
f) Lösung im Rahmen des Merkmals Wettbewerbsbeschränkung	198

aa) Wettbewerb	198
bb) Wettbewerbsbeschränkung	200
(1) Allgemein	200
(2) Schutz des Geheimwettbewerbs	201
cc) Fehlende Handlungsfreiheit als Anknüpfungspunkt für die Erfassung des Konzerns	202
dd) Voraussetzungen für die Freistellung des Konzerns	205
(1) Keine weitergehenden Voraussetzungen	206
(2) Einheitliche Leitung	207
(3) Rückgriff auf die Konzerntypologie	207
(a) Vertraglicher Unterordnungskonzern	207
(b) Faktischer Unterordnungskonzern	208
(c) Gleichordnungskonzern	211
(aa) Die Nähe zum Kartell	211
(bb) Gründung vertraglicher Gleichordnungskonzerne	212
(cc) Verhaltenskoordination im vertraglichen Gleichordnungskonzern	214
(dd) Verhaltenskoordination im faktischen Gleichordnungskonzern	215
(ee) Fazit	215
(d) Privilegierung „fusionsähnlicher“ Tatbestände	216
(e) Zwischenergebnis	217
(4) Weisungsrecht	218
(5) Konzerninterner Wettbewerb	220
(6) Erfordernis einer wirtschaftlichen Einheit	220
ee) Ergebnis	222
g) Das Diskriminierungsverbot	222
4. Kartellrechtliche Beurteilung konzerninternen Verhaltens im Europarecht	225
a) Lösung im Rahmen des Unternehmensbegriffs	225
b) Vereinbarung oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweise	228
c) Lösung im Rahmen des Merkmals Wettbewerbsbeschränkung	230
d) Vergleich mit der Gemeinschaftspraxis	233
aa) Entscheidungen der Kommission	233
bb) Entscheidungen des EuG	236
cc) Entscheidungen des EuGH	237
dd) Die <i>Viho</i> -Entscheidung	239
5. Kartellrechtliche Beurteilung konzerninternen Verhaltens im US-amerikanischen Recht	242
a) Gesetzliche Grundlagen und systematische Einordnung des Problems ..	242
aa) Erfordernis einer Mehrzahl von Beteiligten	242
bb) Die Differenzierung zwischen section 1 und section 2 Sherman Act	244
cc) <i>Intracorporate</i> - und <i>Intra-enterprise-conspiracy</i> -Doktrin	247

(1) <i>Intracorporate-conspiracy</i> -Doktrin	248
(2) <i>Intra-enterprise-conspiracy</i> -Doktrin	250
b) Entwicklung der <i>Intra-enterprise-conspiracy</i> -Doktrin in der Rechtsprechung des Supreme Courts	251
aa) <i>Yellow Cab</i>	251
bb) <i>Kiefer-Stewart</i>	254
cc) <i>Timken</i>	255
dd) <i>Perma Life</i>	257
ee) <i>Sunkist</i>	258
ff) <i>Citizens & Southern</i>	259
gg) Zwischenergebnis	260
c) Die Wende in der Rechtsprechung und ihre Gründe	263
aa) <i>Copperweld</i>	263
(1) Sachverhalt der Entscheidung	264
(2) Mehrheitsmeinung	264
(3) Minderheitsmeinung	266
bb) Die Gründe für die Ablehnung der <i>Intra-enterprise-conspiracy</i> -Theorie	267
(1) Form vs. Substanz	267
(2) Historische Auslegung des Sherman Acts	268
(3) Die Auswirkungen der <i>Intra-enterprise-conspiracy</i> -Doktrin ...	270
(4) Absprache zwischen Mehreren und Wettbewerbsbeschränkung	271
(5) Verhältnis zwischen rechtlicher Untergliederung und Wettbewerbsbeschränkung	273
(6) Lücke im Wettbewerbsschutz	276
(7) Ergebnis der Analyse	282
d) Die Entwicklung seitdem: Erstreckungen von <i>Copperweld</i> und die offene Frage nach den Anforderungen an eine wirtschaftliche Einheit ...	283
aa) Schwestergesellschaften	285
bb) Mehrstufige Konzerne	286
cc) Gemeinsame Kontrolle und gemeinsames Eigentum	287
dd) Antitrustgesetze der Bundesstaaten	288
ee) Bundesrechtliche Normen	291
ff) Unzulässigkeit des ursprünglichen Zusammenschlusses als Grenze der Freistellung	294
gg) Offene Folgefragen: Die Anforderungen an eine wirtschaftliche Einheit	295
(1) Nichthundertprozentige Tochtergesellschaften in der Rechtsprechung	296
(a) <i>De-minimis</i> -Standard	296
(b) <i>Forced-merger</i> -Test	297
(c) Auf Kontrolle basierender Test	298

(d) Weitere Entscheidungen und Kriterien	300
(e) Zwischenergebnis	302
(2) Freistellung einzelner vertraglicher Beziehungen durch die Rechtsprechung	303
(3) Ein Beispiel aus der Literatur	305
e) Ergebnis	306
6. Zwischenergebnis	307
7. Voraussetzungen der kartellrechtlichen Privilegierung des Konzerns	308
a) Zur Ausgestaltung der wirtschaftlichen Einheit	308
aa) Die wirtschaftliche Einheit in der kartellrechtlichen Gemeinschafts- praxis	309
(1) Entscheidungen von EuGH und EuG	310
(a) Annahme einer wirtschaftlichen Einheit/Zurechnung	310
(b) Keine wirtschaftliche Einheit/Zurechnung	312
(c) Insbesondere hundertprozentige Tochtergesellschaften	313
(2) Entscheidungen der Kommission	316
(a) Annahme einer wirtschaftlichen Einheit/Zurechnung	316
(b) Keine wirtschaftliche Einheit/Zurechnung	320
(3) Interpretation der Gemeinschaftspraxis	322
bb) Ansätze in der Literatur zur Konkretisierung der wirtschaftlichen Einheit	323
cc) Fehlende Entscheidungsautonomie und Beherrschungsmöglichkeit ..	324
dd) Strukturelle Voraussetzungen einer wirtschaftlichen Einheit	326
(1) Kontrolle	326
(a) Kontrolle aufgrund von Mehrheitsbesitz	326
(b) Widerlegbare Vermutungen nach Anteilsbesitz	331
(c) Abweichendes Kontrollverständnis	335
(d) Die Vermutung zugunsten einer wirtschaftlichen Einheit und ihre Widerlegung	338
(e) Die Vermutung gegen eine wirtschaftliche Einheit und ihre Widerlegung	344
(f) Zwischenergebnis	348
(g) Mögliche Kritik	348
(2) Notwendigkeit einer strukturellen Verbindung	350
ee) Zum Erfordernis tatsächlicher Ausübung bestehender Einflussmög- lichkeiten	352
(1) Ausgangspunkt	352
(2) Konzerninterner Wettbewerb	353
(3) Fragestellung	354
(4) Rechtsprechung und Kartellbehörden	354
(5) Tatsächlich ausgeübte Kontrolle	356
(6) Kontrollmöglichkeit	358
(7) Ergebnis: Relevanz tatsächlicher Einflussnahme als Indiz	367

b) Begrenzung über das Merkmal der Drittwirkung/Erfordernis einer internen Aufgabenverteilung?	368
aa) Verfechter einer Begrenzung der Freistellung	369
bb) Standpunkt der Rechtsprechung	371
cc) Ungeeignetheit des Merkmals	373
dd) Ergebnis	375
ee) Der <i>Effet-utile</i> -Gedanke	376
c) Begrenzung über das äußere Erscheinungsbild: Auftreten als Wettbewerber?	378
d) Reichweite der wirtschaftlichen Einheit	381
aa) In zeitlicher Hinsicht	381
bb) Hinsichtlich der erfassten Unternehmen	383
cc) Im Vergleich zur deutschen Konzerntypologie	384
(1) Unterordnungskonzern	384
(2) Gleichordnungskonzern	385
e) Absicherung des Ergebnisses und Folgen	387
aa) Organisationsstruktur des Unternehmens und wettbewerbliche Effizienz	388
bb) Einheitliche Behandlung des Konzerns im Wettbewerbsrecht	391
cc) Wettbewerbsrechtliche Kontrolle der wirtschaftlichen Einheit	392
IV. Ergebnis und Thesen	394
1. Resümee	394
2. Thesen	396
Literaturverzeichnis	398
Verzeichnis der zitierten Entscheidungen	422
Sachregister	448