

Dr. Markus C. Kerber

Die Unternehmensentflechtung nach dem GWB

Ein Beitrag zur Dogmatik von § 24 VI, VII GWB
aus wettbewerbs-, gesellschafts- und
verfassungsrechtlicher Sicht

B 45 487

Juristische Gesamtbibliothek
der Technischen Hochschule
Darmstadt



Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden

Inhaltsverzeichnis

Einführung	7
Vorwort	11
§ 1 Problemstellung und Gegenstand der Untersuchung	25
A. Entflechtungen nach dem GWB	25
B. Das Vollzugsdefizit der kartellbehördlichen Entflechtungspraxis	28
C. Das Untersuchungsziel	31
<i>Erster Teil:</i>	
Rechtliche Grundlagen und Grenzen der Unternehmensentflechtung	33
§ 2 Kartellrechtliche Grundlagen	35
A. Das Ziel der Entflechtung	35
I. Restitution als Primärziel?	35
II. Die Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung ohne Restitution	37
1. Überblick über die verschiedenen Fallgruppen	37
2. Insbesondere: Die Beseitigung des Zusammenschlußtatbestands	39
III. Die Restitutionsbefugnis des BKartA und das Teilentflechtungsprivileg der entflechtungspflichtigen Unternehmen	43
B. Die Entflechtungsverpflichtung gem. § 24 II 5 GWB	46
I. Die verfahrensrechtliche Wirkung der Entflechtungs-	
	13

verpflichtung gegenüber den Unternehmen und dem BKartA	47
II. Entflechtungspflichtige und Dritte i. S. d. § 24 VI S. 3 GWB	48
1. Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Schrifttum	49
2. Die Bestimmung des Kreises der Entflechtungspflichtigen nach Sinn und Zweck des § 24 II 5 GWB	50
III. Entflechtungsverpflichtung und Privatrechtslage	51
1. Quasi-Suspensiveffekt	51
2. Wechselwirkungen zwischen Kartellrechts- und Privatrechtslage	55
a) Privatrechtslage und rechtliche Unmöglichkeit	55
b) Mittelbare Wirkungen der Kartellrechtslage	56
C. Die Bedeutung einstweiliger Anordnungen gem. § 56 Nr. 3 GWB	57
I. Der Regelungsbedarf	57
II. Die Eingriffsvoraussetzungen	58
1. Der Zeitpunkt des Eingriffs	58
2. Die materiellen Anforderungen	60
a) Die kammergerichtliche Auslegung von § 56 Nr. 3 GWB	60
b) Die Amtspraxis zu § 56 Nr. 3 GWB	62
c) Auslegung der Norm nach der Politik des Gesetzes	63
III. Inhalt und Rechtsfolgen der einstweiligen Anordnung	64
§ 3 Entflechtung und verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz	66
A. Art. 14 GG und Entschädigungsansprüche	69
B. Die Vereinbarkeit von § 24 VI VII GWB mit Art. 14 GG	72
I. Inhaltsbestimmung, Schranken und Sozialbindung des entflechtungspflichtigen Eigentums	72
1. Die durch anzeigepflichtigen Zusammenschluß erworbenen Eigentumsrechte im Verhältnis zum Eigentumsbegriff des Art. 14 GG	72

2. Eigentum als Element individueller Freiheitssicherung	74
3. Sozialer Bezug und Eigenart des entflechtungspflichtigen Eigentums	76
a) Die entflechtungspflichtigen Eigentumsrechte als Störereigentum im ordnungsrechtlichen Sinn	76
b) Entflechtungsverpflichtung und Marktbeherrschung	80
(1) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Verhältnis zwischen der Eigenart des Eigentumsrechts und seiner Einschränkung	80
(2) Die Bedeutung von Art. 74 Nr. 16 GG für die Eigenart und den sozialen Bezug der entflechtungspflichtigen Eigentumsrechte und das Ausmaß ihrer Einschränkung	83
(3) Zweckdienlichkeit der Gesetzesregelung und Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers	86
(4) Die eigentumsrechtliche Zulässigkeit des »nachträglichen« Charakters der Fusionskontrolle	87
II. Die Verfassungsmäßigkeit des Drittschutzes	89
1. Das Fehlen eines »kartellrechtlichen« Drittschutzes	90
2. Der verfassungsrechtlich gebotene Drittschutz	92
C. Die Verfassungsmäßigkeit der Entflechtungsanordnung	94
I. Die Verhältnismäßigkeit der Entflechtungsanordnung im Einzelfall	95
1. Geeignetheit	95
2. Zumutbarkeit	96
a) Die freiwillige Anmeldung gem. § 24 a I 1 GWB als Obliegenheit	96
b) Verfassungsrechtlich gebotene Befreiungstatbestände von der Obliegenheit der Anmeldung	99
II. Drittschutz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei Sauerungsfusionen	102
1. Drittschutz	102
2. Verhältnismäßigkeit	103
a) Geeignetheit der Entflechtung	103
b) Zumutbarkeit	105

Zweiter Teil:

Die Entflechtungsmaßnahmen im einzelnen 109

§ 4 Zusammenschlüsse gem. § 23 II Nr. 1 GWB (Erwerb des Unternehmensvermögens)	111
A. Der Regelfall: Erwerb des Vermögens eines anderen Unternehmens durch Verkehrsgeschäft	111
I. Wiederherstellung des früheren Zustands	111
1. Rechtliche Unmöglichkeit der Rückabwicklung für den Erwerber und mittelbare Wirkung der Kartellrechtslage auf die privatrechtlichen Beziehungen zwischen Erwerber und Veräußerer	111
2. Die kartellverwaltungsrechtliche Rückerwerbspflicht des Veräußerers	114
a) Entflechtungsverpflichtung und Rückerwerbspflicht	115
b) Der Wegfall der Rückerwerbspflicht	116
(1) Zwischenzeitliche Liquidation oder Weiterveräußerung	117
(2) Zwischenzeitliche Umgestaltung des Zusammenschlußobjekts und eigentumsrechtliche Schranken	117
(3) Die Bedeutung von § 24 VII Nr. 3 2. HS.	118
II. Die Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung auf sonstige Weise	119
1. Die Ausgründung eines Unternehmens und die Verteilung seiner Anteile an die Gesellschafter (pro rata-Entflechtung)	119
a) Anforderungen an den Gründungsvorgang	120
(1) AG als ausgegründetes Unternehmen	120
(2) GmbH als ausgegründetes Unternehmen	121
(3) Personengesellschaft als ausgegründetes Unternehmen	121
b) Wirksamkeit und Zulässigkeit als Geschäftsführungsmaßnahme	122
(1) AG als ausgründendes Unternehmen	122
(2) GmbH als ausgründendes Unternehmen	125

(3) Personengesellschaft als ausgründendes Unternehmen	126
c) Die Verteilung der Anteile des ausgegründeten Unternehmens an die Gesellschafter des ausgründenden Unternehmens	126
(1) Die AG als ausgründendes Unternehmen	127
(2) Die GmbH als ausgründendes Unternehmen	131
(3) Personengesellschaft als ausgründendes Unternehmen	134
2. Die Beseitigung des Zusammenschlußtatbestands	135
a) Unterschreiten der »Wesentlichkeitsschwelle«	135
b) Gebrauchsüberlassung und Nießbrauch statt Eigentumserwerb	136
B. Sonderfälle des Vermögenserwerbs	138
I. Vermögenserwerb durch Verschmelzung und vermögensübertragende Umwandlung	138
1. Unmöglichkeit und Unzulässigkeit der Restitution	138
2. Aufspaltung und Liquidationsvorschriften	140
II. Erwerb eines wesentlichen Vermögensteils	144
1. Der Fall »Zementmahanlage«	144
2. Der Erwerb von gewerblichen Schutzrechten und Know-how	148
3. Die Besonderheiten des Erwerbs von Anzeigenblättern	151
a) Die Bewältigung des Liquidationsproblems durch die Verwaltungspraxis des BKartA	152
b) Offene Fragen des Liquidationsproblems	155
c) Entflechtung durch Neugründung	156
d) Einstweilige Anordnungen als Liquidationsprophylaxe	158
§ 5 Zusammenschlüsse gem. § 23 II Nr. 2 GWB (Anteilserwerb)	160
A. Der Regelfall: Erwerb einer 25 %igen, 50 %igen oder mehrheitlichen Beteiligung	160
I. Die Wiederherstellung des früheren Zustands	160
II. Die Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung auf sonstige Weise	162

1. Veräußerung der Anteile an Dritte	162
a) Veräußerungserlös und Art. 14 GG	162
b) Die Bedeutung von § 23 II Nr. 2 S. 2 2. Alt. GWB (Zurechnungsklausel) für die Gestaltung der Beziehungen zwischen entflechtungspflichtigem Anteilserwerber und Dritterwerber	166
(1) Die Probleme auf Grund des Metro-Falls	166
(2) Verwaltungsrechte und Weisungsbefugnis	167
(3) Die »Risikoträgerschaft« als Anknüpfungspunkt der Verwaltungspraxis des BKartA	169
2. Die Beseitigung des Zusammenschlußtatbestands durch gesellschaftsvertragliche Stimmrechtsregelungen	174
a) Stimmrechtsverzicht	175
b) Legitimationsübertragung	177
c) Stimmrechtsbeschränkungen	177
(1) AG	178
(2) GmbH	184
(3) Personengesellschaften	185
d) Mehrstimmrechte	187
(1) AG	188
(2) GmbH	192
(3) Personengesellschaft	193
e) Einräumung von Drittstimmrechten	194
f) Umwandlung in stimmrechtslose Anteile	195
(1) AG	195
(2) GmbH	199
(3) Personengesellschaft	200
3. Die Beachtung des Umgehungstatbestands gem. § 23 II Nr. 2 S. 4 GWB	201
a) Die Rechte des qualifizierten Minderheitsaktionärs nach dem AktG	201
b) Die rechtsformunabhängige Bestimmung der Rechtsstellung i. S. d. § 23 II Nr. 2 S. 4 GWB	204
(1) Die Verwaltungspraxis des BKartA	204
(2) Die Rechtsprechung des KG	206
(3) Die Reichweite des Zusammenschlußtatbestands nach der Politik des Gesetzes	208
c) Die Bedeutung des Umgehungstatbestands für die Entflechtung von Beteiligungen an einer AG	215

d) Die Bedeutung des Umgehungstatbestands für die Entflechtung von Beteiligungen an einer GmbH	217
e) Die Bedeutung des Umgehungstatbestands für die Entflechtung von Beteiligungen an einer Personengesellschaft	223
4. Entflechtung durch weniger eingriffsintensive Maßnahmen als die Beseitigung des Zusammenschlußtatbestands, insbesondere durch Entherrschungsverträge	226
a) Möglichkeiten zur Beseitigung der Zusammenschlußwirkungen	226
b) Zum Begriff des Entherrschungsvertrages	228
c) Entherrschungsverträge in der kartellrechtlichen Praxis	231
d) Entherrschungsverträge im Spannungsfeld zwischen gesellschaftsrechtlicher Zulässigkeit und entflechtungsrechtlicher Tauglichkeit	236
(1) Gesellschaftsrechtliche Schranken	236
(2) Die entflechtungsrechtliche Relevanz von Entherrschungsverträgen	239
(3) Inhaltliche Anforderungen an den Entherrschungsvertrag	242
 B. Anteilserwerb an Gemeinschaftsunternehmen (§ 23 II Nr. 2 S. 3 und § 23 II Nr. 5 GWB)	245
I. Die Bedeutung der gemeinsamen Beherrschung	245
II. Wiederherstellung des früheren Zustands	247
III. Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung auf sonstige Weise	249
1. Anteilsveräußerung und Abspaltung	249
a) Abspaltung bei der AG	250
b) Abspaltung bei der GmbH	251
c) Abspaltung bei der KG	253
2. Die Beseitigung der zusammenschlußbedingten Wettbewerbsbeschränkungen durch Entherrschungsverträge	253

§ 6 Zusammenschlüsse gem. § 23 II Nr. 3 GWB (Verträge mit einem anderen Unternehmen)	256
A. Zusammenschlußtatbestand und Wettbewerbsbeschränkungen	256
I. Unterordnung und Gleichordnung durch Unternehmensverträge	256
1. Vertragliche Unterordnungskonzerne und ähnliche Unternehmensverbindungen	256
2. Vertragliche Gleichordnungskonzerne	257
II. Typische Wettbewerbsbeschränkungen von Unternehmensverträgen	257
B. Unternehmensverträge zur Bildung oder Erweiterung eines Unterordnungskonzerns	259
I. Die Wiederherstellung des früheren Zustandes und die Grenzen der Restitutionsbefugnis	259
II. Die Beendigung des Unternehmensvertrages	260
1. Die Aufhebung des Unternehmensvertrages	260
a) Die Aufhebungsfrist gem. § 296 I S. 1 AktG	261
b) Das Erfordernis des Sonderbeschlusses gem. § 296 II AktG	263
2. Die fristlose Kündigung des Unternehmensvertrages gem. § 297 I AktG	264
3. Zustimmung des Aufsichtsrats	264
III. Ergänzende Entflechtungsmaßnahmen	266
1. Die Rückübertragung von Vermögen und gleichwertigen Maßnahmen	266
2. Wiedereintritt abgefundener Aktionäre oder die Beteiligung Dritter	268
3. Rückzahlung des abgeführten Gewinns	269
C. Verträge zur Bildung oder Erweiterung eines Gleichordnungskonzerns gem. § 23 II Nr. 3 a GWB	272
I. Die Entflechtung von Gleichordnungskonzernen ohne Kapitalverflechtung	272
II. Die Entflechtung von Gleichordnungskonzernen mit Kapitalverflechtung: Der Fall Hoesch/Hoogovens	273

§ 7 Zusammenschlüsse gem. § 23 II Nr. 4 GWB (personelle Verflechtung)	276
A. Zusammenschlußtatbestand und Inhalt der Entflechtungsmaßnahmen	276
I. Die Reichweite des Zusammenschlußtatbestandes	276
1. Die zusammenschlußrelevanten Organe	276
2. Das Ausmaß der personellen Verflechtung	277
II. Der Inhalt der Entflechtungsmaßnahmen	279
1. Wiederherstellung des früheren Zustands als Regelfall	279
2. Die Entflechtung auf sonstige Weise, insbesondere unter Ausnutzung des Fehlens einer Verbundklausel	280
B. Die privatrechtliche Erfüllung der Entflechtungsanordnung	282
I. Die Beendigung der Organmitgliedschaft	282
1. Adressat der Entflechtungsanordnung	282
2. Die Abberufung der Organmitglieder	284
a) Mitglieder der Geschäftsführungsorgane	284
(1) Aktiengesellschaft	284
(2) GmbH	285
(3) Personengesellschaft	286
b) Mitglieder des Aufsichtsrats und vergleichbarer Organe	287
(1) Aktiengesellschaft	287
(2) GmbH	288
(3) Personengesellschaft	289
3. Amtsniederlegung durch das Organmitglied	289
a) Geschäftsführungsorgane	289
(1) Aktiengesellschaft	289
(2) GmbH	290
(3) Personengesellschaft	290
b) Aufsichtsorgane und Beiräte	290
II. Die Beendigung des Anstellungsvertrages	291

Dritter Teil:

Die zwangsweise Durchsetzung der Entflechtung insbesondere mit Hilfe des Entflechtungstreuhänders 293

§ 8 Die Regelungssystematik des § 24 VII Nr. 1-4 GWB 295

A. Das Verbot der Stimmrechtsausübung 296

B. Die Unwirksamkeitserklärung 297

C. Zwangsgeldanordnung und Treuhändereinsetzung 300

§ 9 Der Treuhänder als wichtigstes Zwangsmittel zur Unternehmensentflechtung 303

A. Problemstellung und Anknüpfungspunkte 303

I. Die zu untersuchenden Rechtsfragen 303

II. Verwandte Rechtsinstitute der deutschen Rechtsordnung 305

1. Entflechtungstreuhänder im Rahmen der besatzungsrechtlichen Neuordnung der Montanindustrie 305

2. Der Custodian nach dem Gesetz Nr. 52 der Militärregierung 306

3. Doppeltreuhänder 308

4. Gesetzliche Vermögensverwalter 309

III. Entflechtungstreuhänder im U.S. Anti Trust-Recht 309

1. Die Praxis der Trustee Orders 310

a) Bestellung des Trustee 311

b) Rechtliche Zuordnung des Trustee 312

c) Trustee und gesellschaftsrechtliche Binnenstruktur 312

d) Haftung des Trustee und Rechtsschutz der Unternehmen 313

2. Die Relevanz der U.S. amerikanischen Rechtspraxis für das deutsche Kartellrecht 314

a) Der verfassungsrechtliche Rahmen der Antitrust Gesetze 315

b) Die Eigenart der proceedings in equity 316

B.	Bestellung des Treuhänders	317
I.	Die Begründung des Rechtsverhältnisses zwischen BKartA und Treuhänder	317
II.	Die Begründung des Rechtsverhältnisses zwischen Treuhänder und Unternehmen	320
C.	Die rechtliche Zuordnung des Treuhänders	322
I.	Das entscheidende Zuordnungskriterium: Die Verweisung auf §§ 664, 666–670 BGB	322
1.	Rechtsverhältnis Treuhänder – Unternehmen	323
2.	Rechtsverhältnis BKartA – Treuhänder	323
3.	Das Verhältnis von kartellbehördlichem Weisungsrecht und treuhänderischer Sorgfaltspflicht	324
II.	Das Recht des Treuhänders, von kartellbehördlichen Weisungen abzuweichen	325
D.	Treuhänderische Rechtsmacht und Privatrechtsordnung	327
I.	Treuhänderische Rechtsmacht und gesellschaftsrechtliche Binnenstruktur	327
1.	Zustimmungserfordernisse	327
2.	Das Verhältnis zwischen Treuhänder und Gesellschaftsorganen	328
a)	Zusammenschlüsse gem. § 23 II Nr. 1–3/5 GWB	328
b)	Personelle Entflechtung	331
II.	Treuhänderische Stimmrechtsausübung und gesellschaftsrechtliche Grenzen des Fremdeinflusses	332
III.	Insichgeschäft und Stimmrechtsausschluß	335
E.	Rechtsschutz und Schadensersatzansprüche der Unternehmen	336
I.	Der Schutz der Unternehmen gegen rechtswidriges Treuhänderhandeln	336
1.	Die Vornahme der angeordneten Handlungen	337
2.	Die Festsetzung des Zwangsmittels und die Treuhändereinsatzung	338
II.	Haftung für das Handeln des Treuhänders	339
1.	Haftung des Treuhänders	340
a)	Haftung gem. §§ 664, 666–670 BGB analog	340

b) Deliktsrechtliche Haftung	342
2. Haftung des BKartA	342
§ 10 Die Vollstreckung von Entflechtungsverträgen	344
A. Die Zulässigkeit von Entflechtungsverträgen	344
I. Handlungsformverbot für Entflechtungsverträge	344
1. § 24 VI 2 GWB als Vertragsformverbot	344
2. Entflechtungsspezifische Zulässigkeitskriterien	346
II. Zulässigkeitsanforderungen in der Verwaltungspraxis des BKartA	348
B. Sofortige Vollstreckbarkeit mit den Zwangsmitteln des § 24 VII GWB	350
§ 11 Zusammenfassung und Ausblick	353
Literaturverzeichnis	359
Register	367