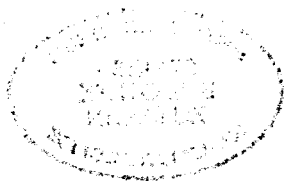


# Wirtschaftliche Einheit und Kartellverbot

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

Von

Michael Menz



Duncker & Humblot · Berlin

# Inhaltsverzeichnis

<b>I. Einleitung</b> .....	17
1. Der Konzern – Chancen und Risiken .....	17
2. Das Problem der rechtlichen Erfassung des Konzerns .....	21
3. Gegenstand der Untersuchung .....	23
<b>II. Der Konzern als Normadressat und Zurechnungsgrund im Kartellrecht</b> ..	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 Regelungenziele .....	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 Zuordnungsobjekts als Aufgabe des Unternehmensbegriffs .....	72
(b)	Anforderungen an das Zuordnungsobjekt .....	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 Haftungs- 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
<b>III. Kartellrechtliche Beurteilung konzerninterner Verhaltenskoordination ...</b>	<b>149</b>
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>Vihø</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 &amp; 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) <i>Form vs. Substanz</i> .....	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
<b>IV. Ergebnis und Thesen</b> .....	<b>394</b>
1. Resümee .....	394
2. Thesen .....	396
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>398</b>
<b>Verzeichnis der zitierten Entscheidungen</b> .....	<b>422</b>
<b>Sachregister</b> .....	<b>448</b>