



Peer Philip Wagner

Das Wettbewerbsverbot im Verbands- und Kartellrecht

Eine rechtsformübergreifende Untersuchung
unter besonderer Berücksichtigung
von Gemeinschaftsunternehmen

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel: Einleitung	1
A. Zielsetzung der Arbeit.....	1
B. Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes.....	2
C. Gang der Untersuchung.....	3
2. Kapitel: Das geschriebene gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbot.....	5
A. Personenhandelsgesellschaften	5
I. Der § 112 HGB als Grundlage des Wettbewerbsverbots.....	5
1. Normzweck.....	5
a) Historische Entwicklung.....	5
b) Sinn und Zweck des § 112 Abs. 1 HGB.....	6
2. Rechtsnatur und Geltungsgrund	8
3. Abgrenzung des maßgebenden Handelszweigs.....	8
4. Weitere Tatbestandsvoraussetzungen	9
a) Geschäfte i.S.d. § 112 Abs. 1 Alt. 1 HGB.....	9
b) Beteiligung mit persönlicher Haftung i.S.d. § 112 Abs. 1 Alt. 2 HGB.....	10
c) Fehlende Einwilligung der Mitgesellschafter	11
5. Befreiung vom Wettbewerbsverbot.....	13
6. Einschränkung des § 112 Abs. 1 HGB bei atypischen Vertragsgestaltungen.....	13
a) Von der Geschäftsführung ausgeschlossene OHG-Gesellschafter	13
b) Komplementär-GmbH in der GmbH & Co. KG	14
II. Rechtsfolgen bei Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot	16
1. Rechtsfolgen des § 113 HGB.....	16
2. Sonstige Rechtsfolgen bei Verletzung des Wettbewerbsverbots	16
III. Privatautonome Vereinbarung als Grundlage des Wettbewerbsverbots.....	18
1. Vereinbarung als autonomer Geltungsgrund	18
2. Vereinbarung neben § 112 HGB.....	18
B. Kapitalgesellschaften	18
1. Gesellschaft mit beschränkter Haftung.....	18
2. Aktiengesellschaft.....	19

3. Kapitel: Ungeschriebene Wettbewerbsverbote im Gesellschaftsrecht	21
A. Normative Anknüpfung des ungeschriebenen Wettbewerbsverbots	21
I. Die gesellschaftsrechtliche Treupflicht	21
1. Allgemeine verbandsrechtliche Grundlagen.....	22
2. Treupflicht im Personengesellschaftsrecht	23
3. Treupflicht im Kapitalgesellschaftsrecht	24
a) Vertikale Treupflicht.....	24
b) Horizontale Treupflicht.....	25
aa) Anerkennung im Recht der GmbH.....	25
bb) Anerkennung im Recht der Aktiengesellschaft.....	26
4. Die verschiedenen Konzeptionen der Treupflicht.....	27
II. Wettbewerbsverbot und Treupflicht	28
1. Rechtsgrundlage des ungeschriebenen Wettbewerbsverbots	28
a) Treupflicht und § 112 HGB	28
b) Einschränkung im Recht der Kapitalgesellschaften?.....	29
2. Wettbewerbsverbot als Ausdruck vertikaler oder horizontaler Treupflicht?	31
3. Voraussetzungen und Rechtsfolgen des ungeschriebenen Wettbewerbsverbots	34
B. Wettbewerbsverbot und „Geschäftschancenlehre“	36
I. Grundlagen	37
II. Zurechenbarkeit einer Geschäftschance zum Unternehmen	37
III. Fälle der „Geschäftschancenlehre“	38
IV. Unterschiede zwischen Wettbewerbsverbot und „Geschäftschancenlehre“	39
1. Unterschiede im Anwendungsbereich.....	39
2. Unterschiede in der zeitlichen Geltung	39
3. Unterschiede in Rechtsfolgen und Beweisfragen	40
4. Fazit	41
C. Ungeschriebene Wettbewerbsverbote im Recht der Personenhandelsgesellschaft	42
I. Wettbewerbsverbot aufgrund vertraglich eingeräumter Geschäftsführungsbefugnis.....	42
II. Wettbewerbsverbot aufgrund erweiterter Informationsrechte	43
1. Das Informationsrecht des § 118 HGB.....	43
2. Schranken des Informationsrechts.....	44
3. Bedeutung für die Annahme eines Wettbewerbsverbots	45
III. Wettbewerbsverbot zulasten des Mehrheitsgesellschafters.....	46

1.	Die <i>Werbeagentur</i> -Entscheidung des <i>Bundesgerichtshofs</i>	46
2.	Rezeption durch die Literatur	48
3.	Stellungnahme.....	49
4.	Kraft Vollmacht vermittelte Mehrheitsgesellschafterstellung?	50
IV.	Wettbewerbsverbot zulasten des Minderheitsgesellschafters	51
V.	Befreiung vom Wettbewerbsverbot	51
D.	Ungeschriebenes Wettbewerbsverbot im Recht der GmbH	52
I.	Wettbewerbsverbot zulasten des GmbH-Geschäftsführers	52
II.	Wettbewerbsverbot zulasten des Mehrheitsgesellschafters.....	53
1.	Begründung des Wettbewerbsverbots	53
2.	Maßgeblichkeit der Gesellschaftsstruktur	55
a)	Begriffsbestimmung.....	55
b)	„Personalistische“ Struktur erforderlich	56
c)	Gesellschaftsstruktur nicht maßgebend.....	56
d)	Stellungnahme.....	57
III.	Wettbewerbsverbot bei 50 %-Beteiligung.....	58
IV.	Wettbewerbsverbot zulasten von Minderheitsgesellschaftern	58
1.	Gesetzestypische Gesellschafterstellung	59
a)	Begründung mit § 51a GmbHG?.....	59
b)	Begründung mit „personalistischer“ Struktur?	61
2.	Gesellschafter mit Sonderrechten.....	62
a)	Recht auf Bestellung und Abberufung der Geschäftsführung.....	62
b)	Mehrfachstimmrechte.....	63
V.	Alleingesellschafter.....	63
VI.	Befreiung vom Wettbewerbsverbot	65
1.	Formelle Anforderungen	65
2.	Materielle Anforderungen?	67
E.	Besondere Ausgestaltungen der GmbH & Co. KG.....	68
I.	Beteiligungsidentische GmbH & Co. KG.....	69
II.	Einheits-GmbH & Co. KG	70
F.	Ungeschriebenes Wettbewerbsverbot in der Aktiengesellschaft	71
I.	Ungeschriebenes Wettbewerbsverbot zulasten des herrschenden Gesellschafters	71
1.	Maßgebende konzernrechtliche Regelungen	71
a)	Begriff des „herrschenden Gesellschafters“	71
b)	Gefährdungslage im Konzern	72
c)	Ausgleichsmodell der §§ 311 ff. AktG und qualifiziert faktische Abhängigkeit	73
2.	Begrenzung der Diskussion?	75

a)	Begrenzung auf Aufnahme der Konkurrenz­­tätigkeit nach Mehrheitserwerb	75
b)	Argumente gegen die Begrenzung der Diskussion	76
3.	Überblick über den Meinungsstand.....	78
a)	Vereinbarkeit mit den Regelungen des Konzernrechts.....	78
aa)	Die konzernrechtliche Problematik.....	78
bb)	Entgegenstehendes Regelungskonzept der §§ 311 ff. AktG.....	79
cc)	Die §§ 311 ff. AktG stehen einem Wettbewerbsverbot nicht entgegen.....	80
b)	Ausschluss dauerhafter Nebenverpflichtungen, § 55 AktG	81
c)	Rückschluss aus den Regelungen des WpÜG.....	82
d)	Keine „faktische Geschäftsführung“ in der Aktiengesellschaft	83
aa)	Ausgangslage.....	83
bb)	Strukturunterschiede zwischen GmbH und AG.....	84
(1)	Rechtliche Möglichkeiten der Einflussnahme.....	84
(2)	Informationsrechte	85
cc)	Bedeutung der Strukturunterschiede für die Annahme eines Wettbewerbsverbots	86
4.	Stellungnahme.....	87
a)	Vereinbarkeit eines Wettbewerbsverbots mit den §§ 311 ff. AktG	87
aa)	Treupflicht und konzernrechtliches Ausgleichsmodell	87
bb)	Vermutung der nicht ausgleichsfähigen Einflussnahme	90
cc)	Vorzüge des Wettbewerbsverbots	93
dd)	Zwischenergebnis.....	95
b)	„Faktische Geschäftsführung“ in der Aktiengesellschaft.....	95
c)	Berücksichtigung anderer gesetzlicher Wertungen.....	96
aa)	Rückschluss aus § 55 AktG	96
bb)	Rückschluss aus den Regelungen des WpÜG.....	97
cc)	Rückschluss aus kartellrechtlichen Regelungen.....	97
(1)	Fusionskontrolle.....	97
(2)	Geltung des Kartellverbotstatbestands im faktischen Konzern.....	98
5.	Befreiungsmöglichkeit	99
II.	Ergebnis	100

4. Kapitel: Gesellschaftsrechtliches Wettbewerbsverbot und Kartellverbot	101
A. Unmittelbare Anwendbarkeit des § 112 HGB	102
I. Spannungsverhältnis zwischen Gesellschaftsrecht und Kartellverbot	102
1. Historische Entwicklung des GWB.....	102
2. Zweifel am Bestehen eines Normkonflikts	104
a) Unternehmenseigenschaft des Gesellschafters i.S.d. Kartellverbotstatbestands.....	104
b) Das Vorliegen einer Vereinbarung i.S.d. Kartellverbotstatbestands.....	105
c) Fehlender wettbewerbsbeschränkender Charakter des § 112 HGB.....	107
d) Unanwendbarkeit des Kartellverbotstatbestands auf unlauteren Wettbewerb	109
e) Zwischenergebnis.....	109
II. Auflösung des Spannungsverhältnisses	109
1. Lösung zugunsten des Wettbewerbsverbots	110
a) Vertretene Ansätze	110
aa) Genereller Vorrang des Gesellschaftsrechts vor dem Kartellrecht	110
bb) Konkreter Vorrang des § 112 HGB vor § 1 GWB.....	112
cc) § 1 GWB als kartellrechtlicher Typus.....	113
dd) Weitere Lösungsvorschläge.....	113
ee) Zwischenergebnis.....	115
b) Immanenztheorie.....	115
aa) Entwicklung in der Literatur	115
bb) Anwendung durch die deutsche Rechtsprechung	116
cc) Methodische Begründung im deutschen Recht.....	118
dd) Begründung im europäischen Recht	119
ee) Zwischenergebnis.....	121
2. Lösung zulasten des Wettbewerbsverbots	122
a) Deutsche Ebene, § 1 GWB.....	122
aa) Genereller Vorrang des GWB.....	123
bb) Lösungsvorschläge in Rechtsprechung und Literatur	123
cc) Auswertung der Lösungsvorschläge	124
dd) Eigener Ansatz.....	125
(1) Ausgangsüberlegung	125
(2) Teleologische Reduktion des § 112 HGB.....	126
(a) Methodische Voraussetzungen	126

(b) Wettbewerbsfreiheit als rechtsethisches Prinzip	127
(c) Nachträgliches Entstehen der ergänzungsbedürftigen Unvollständigkeit	128
(d) Zwischenergebnis	128
b) Europäische Ebene, Art. 101 AEUV	129
3. Ergebnis.....	131
B. Keine unmittelbare Anwendbarkeit des § 112 Abs. 1 HGB	131
C. Kartellrechtliche Zulässigkeit gesellschaftsrechtlicher Wettbewerbsverbote	133
I. Kartellrechtsneutrale Gesellschaft.....	134
II. Funktionsnotwendigkeit in der Personenhandels-gesellschaft.....	134
1. Gesetzestypische Ausgestaltung.....	134
2. Von der Geschäftsführung ausgeschlossene OHG-Gesellschafter	134
III. Funktionsnotwendigkeit in der GmbH.....	135
1. Mehrheitsgesellschafter.....	136
2. Minderheitsgesellschafter	136
a) Minderheitsgesellschafter mit Blockademöglichkeit	137
aa) Auffassung der Oberlandesgerichte.....	137
bb) Auffassung des Bundesgerichtshofs.....	138
cc) Stellungnahme	139
(1) Was sind „strategisch wichtige Unternehmensentscheidungen“?	139
(2) Kriterien zur Bestimmung eines „maßgeblichen Einflusses“	140
(a) Beherrschung im Konzernrecht	140
(b) Kontrollbegriff in der Fusionskontrolle.....	141
(c) Bedeutung für die kartellrechtliche Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten.....	142
(3) Argumente gegen Beherrschung durch Blockademöglichkeit	145
(a) Treupflicht bei der Stimmabgabe als „milderes Mittel“	145
(b) Anforderungen an die Begründung eines ungeschriebenen Wettbewerbsverbots	148
(4) Ergebnis.....	150
b) Minderheitsgesellschafter mit „wettbewerblich erheblichem“ Einfluss	150
c) Minderheitsgesellschafter ohne Sonderrechte oder sonstige Einflussmöglichkeit	151

IV. Funktionsnotwendigkeit in der Aktiengesellschaft	151
V. Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung.....	152
1. Allgemeine Grundsätze	152
2. Bedeutung für die kartellrechtliche Beurteilung von Wettbewerbsverboten	153
VI. Rechtsfolgen bei Kartellrechtswidrigkeit	154
1. Nichtigkeit des Wettbewerbsverbots und Anwendung des § 139 BGB.....	154
2. Nichtigkeit des gesamten Verbands	156
a) Kapitalgesellschaften	156
b) Personenhandelsgesellschaften	157
5. Kapitel: Wettbewerbsverbot und Gemeinschaftsunternehmen (GU).....	163
A. Einführung	163
I. Begriff und Charakterisierung des Gemeinschaftsunternehmens.....	163
II. Typen von Gemeinschaftsunternehmen	165
III. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes.....	165
B. Anwendbarkeit des Kartellverbots neben der Fusionskontrolle.....	166
I. Regelungen der Fusionskontrolle.....	166
1. Europäisches Recht.....	166
2. Deutsches Recht.....	168
II. Verhältnis von Kartellverbot zur Fusionskontrolle.....	169
1. Europäisches Recht.....	169
2. Deutsches Recht.....	173
C. Kartellrechtsneutrale Gesellschaft	174
D. Funktionsnotwendigkeit	176
I. Gesteigerte Treupflicht im Gemeinschaftsunternehmen	177
II. Wettbewerbsverbot aufgrund des Unternehmenskaufgedankens	177
1. Allgemeines zum Unternehmenskaufgedanken.....	178
a) Ungeschriebenes Wettbewerbsverbot bei Unternehmenskauf	178
b) Wettbewerbsverbot bei Unternehmenskauf im Kartellrecht	179
2. Anwendung des Unternehmenskaufgedankens auf Gemeinschaftsunternehmen	180
a) Maßgeblichkeit der Stellung in der Gesellschaft.....	180
b) Zeitliche Begrenzung des Wettbewerbsverbots	182

c)	Bestimmung des erforderlichen „unternehmerischen Potenzials“	182
d)	Begründung eines ungeschriebenen Wettbewerbsverbots?.....	184
III.	Schutz des konzentrativen GU vor Zerstörung.....	185
1.	Der Ansatz von <i>Kapp/Schumacher</i>	185
2.	Auseinandersetzung mit dem Ansatz von <i>Kapp/Schumacher</i>	186
a)	Rechtsfolgen der „Umwandlung“ eines konzentrativen in ein kooperatives GU	186
aa)	Rechtsfolgen bei Anwendung des deutschen Rechts.....	187
bb)	Rechtsfolgen bei Anwendung des europäischen Rechts.....	190
b)	Ergebnis.....	191
IV.	Eigener Ansatz: Rechtfertigung über das Konzernprivileg.....	191
1.	Vorüberlegungen	191
2.	Grundlagen des Konzernprivilegs.....	192
a)	Einschränkung der wettbewerblichen Selbständigkeit	193
aa)	Meinungsstand zum europäischen Recht	193
bb)	Meinungsstand zum deutschen Recht.....	195
(1)	Vertraglicher Unterordnungskonzern.....	196
(2)	Faktischer Unterordnungskonzern.....	197
(3)	Verbundklausel des § 36 Abs. 2 S. 1 GWB	198
cc)	Tatsächlicher Gebrauch der Einflussmöglichkeiten erforderlich?.....	199
b)	Methodische Begründung	200
3.	Anwendung des Konzernprivilegs auf Gemeinschaftsunternehmen	202
a)	Standpunkt von Rechtsprechung und Europäischer Kommission.....	202
b)	Ermittlung des geeigneten Maßstabs für die Anwendung des Konzernprivilegs	204
aa)	Konzernrechtliche Abhängigkeit bei Mehrmütterherrschaft	204
bb)	Gemeinsame Kontrolle im Fusionskontrollrecht.....	206
(1)	Europäisches Recht.....	206
(2)	Deutsches Recht.....	208
cc)	Folgerungen für die Anwendung des Konzernprivilegs auf GU	209
4.	Bedeutung für die kartellrechtliche Beurteilung von Wettbewerbsverboten	212
a)	Wettbewerbsverbot als Beschränkung der GU-Mütter	212

b) Wettbewerbsverbot als Beschränkung der jeweils <i>einzelnen</i> GU-Mutter	215
c) Vereinbarung des Wettbewerbsverbots bei Gründung des GU.....	216
d) Ergebnis.....	217
6. Kapitel: Zusammenfassung in Thesen.....	219