

Einheit und Vielheit im Unternehmensrecht
Festschrift für Uwe Blaurock





Steve Rasmussen

Einheit und Vielheit im Unternehmensrecht

Festschrift für Uwe Blaurock zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von

Peter Jung, Philipp Lamprecht, Katrin Blasek
und Martin Schmidt-Kessel

Mohr Siebeck

ISBN 978-3-16-152445-5

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2013 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort der Herausgeber

Uwe Blaurock vollendet am 4. Februar 2013 sein siebzigstes Lebensjahr. Zu seinem 68. Geburtstag fand aus Anlass seiner Pensionierung an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg ein Symposium zum Thema „Das Unternehmensrecht im Lichte der wirtschaftsrechtlichen Teilgebiete“ statt. Die vorliegende Festschrift enthält die damals gehaltenen Vorträge. Ihr Gegenstand ist aber weiter: Sie umfasst nunmehr das Unternehmensrecht in seiner ganzen Breite und Tiefe.

Gerade ein solcher weiter, für neue Entwicklungen höchst empfindsamer Blick auf das Privatrecht zeichnet das wissenschaftliche Werk von Uwe Blaurock aus. Nach dem Studium der Rechtswissenschaften an den Universitäten Würzburg und Freiburg wandte sich Uwe Blaurock zunächst dem Recht des Geistigen Eigentums zu. 1970 wurde er mit einer Arbeit zur Schutzrechtsverwarnung bei Hans Thieme promoviert. Es folgte eine Assistentenzeit bei Ernst von Caemmerer. Den Verschränkungen zwischen Bürgerlichem Recht, Gesellschaftsrecht und Steuerrecht war seine Schrift „Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen“ gewidmet, aufgrund derer er 1977 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für die Fächer Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Steuerrecht habilitiert wurde. Ein Jahr später nahm Uwe Blaurock einen Ruf an die Universität Gießen an, 1983 wechselte er an die Universität Göttingen, 1995 folgte er einem Ruf zurück an die Universität Freiburg. Seinem weiten Blick auf das Privatrecht blieb er während all dieser Jahre treu: So veröffentlichte er im Weiteren Abhandlungen zum Bürgerlichen Recht, zum Bank-, Gesellschafts- und Wettbewerbsrecht, zum Recht der freien Berufe, zum Recht und zur Rechtsvereinheitlichung in Europa und zunehmend zu Fragen der Regulierung ganzer Wirtschaftsbereiche. Das von ihm übernommene Handbuch der Stillen Gesellschaft erschien 2010 in 7. Auflage. Seine besondere Aufmerksamkeit galt zudem stets der Rechtsvergleichung. Von 1978 bis 1996 war Uwe Blaurock Generalsekretär der Gesellschaft für Rechtsvergleichung und von 1998 bis 2005 Vorsitzender ihres Vorstandes. Seit 1998 ist er Mitglied der Internationalen Akademie für Rechtsvergleichung in Paris, deren nord- und mitteleuropäischer Ländergruppe er seit 2007 als Präsident vorsteht. Besondere Verdienste erwarb sich Uwe Blaurock um die deutsch-französische sowie die deutsch-schwedische Rechtsvergleichung. In Paris versah er über mehr als ein Jahrzehnt eine Gastprofessur. Viele seiner Veröffentlichungen sind rechtsvergleichenden Themen gewidmet; kaum eine Publikation enthält nicht zumindest auch eine rechtsvergleichende Perspektive.

Das Verbindende bei der Behandlung all dieser unterschiedlichen Themen ist die Herangehensweise von Uwe Blaurock. Sie ist von der rechtsvergleichenden Schule von Ernst von Caemmerer und Ernst Rabel geprägt und zeichnet sich in hohem Maß durch Offenheit und Interesse an Neuem aus. Die Gefahr, dass beim Eindringen in fremde Dickichte – wie einst Ernst Rabel zu den Gefahren der Rechtsvergleichung formulierte – „unter jedem Busch ein Eingeborener mit einem Pfeil lauert“, wird dabei bewusst in Kauf genommen. Der Ertrag dieser Herangehensweise ist erstaunlich und zeigt sich daran, dass Uwe Blaurock ganze neue Gebiete und Bereiche der Privatrechtswissenschaft mit aus der Taufe gehoben hat. Insbesondere hat er den Rechtsdialog mit China angestoßen und auch in schwierigen Zeiten fortgeführt. Als Direktor stand Uwe Blaurock dem Deutsch-Chinesischen Institut für Wirtschaftsrecht an der Universität Nanjing von 1988 bis 1995 vor. Von 1985 bis 2001 war er Vizepräsident der Deutsch-Chinesischen Juristenvereinigung, seit 2002 ist er ihr Präsident. Aber nicht nur in der Ferne entdeckte Uwe Blaurock Neues. Auch in der Heimat wies er frühzeitig auf mächtige neue Entwicklungen hin. 1993 hat er deswegen die „Zeitschrift für Europäisches Privatrecht“ mit gegründet und damit publizistischen Raum für ein Rechtsgebiet geschaffen, das heute ganz im Zentrum des Interesses der Privatrechtswissenschaft steht.

Lassen sich Breite und Tiefe bei der wissenschaftlichen Bearbeitung des Privatrechts vereinbaren? Wer Uwe Blaurock als akademischen Lehrer kennengelernt hat, hat erfahren, dass in beidem kein Gegensatz liegt – jedenfalls dann nicht, wenn wie bei ihm die Bereitschaft und Fähigkeit besteht, sich in die Besonderheiten einzelner Rechtsgebiete und Rechtsfragen einzudenken. Eine gewisse Distanz und die Kenntnis der Rechtslage in anderen Rechtsgebieten und Rechtsordnungen schärfen dann vielmehr den Blick für die grundlegende Fragestellung, weisen auf, dass das Spektrum möglicher Antworten häufig viel größer ist als angenommen, und geben sichere Hilfe bei der Entscheidung zugunsten einer Lösung. Auf dieser Grundlage hat Uwe Blaurock etwa bereits im Jahr 2007 – und damit vor dem Ausbruch der weltweiten Finanzkrise – auf die rechtliche Problematik des Wirkens von Rating-Agenturen hingewiesen.

Wichtig ist Uwe Blaurock seit jeher die akademische Lehre. An den Grundlagen orientiert und den Rechtsstoff in seiner Breite klar darstellend, vermag er das Interesse der Studenten für das Unternehmensrecht in seiner ganzen Vielfalt zu wecken. Entsprechend große Zustimmung fanden seine Lehrveranstaltungen bei den Studenten. Nicht weniger zeugt die hohe Anzahl der von Uwe Blaurock betreuten Magister- und Promotionsarbeiten von seinem Einsatz für den juristischen Nachwuchs.

Werk und Person lassen sich bei Uwe Blaurock nicht trennen. Die zahllosen Kontakte ins Ausland, die Fähigkeit, einen rechtlichen Dialog in den 80er-Jahren mit dem damals noch weithin verschlossenen China zu führen, wären ohne seine aufgeschlossene Persönlichkeit, ohne sein Taktgefühl und ohne sein aus-

gleichendes, stets auch die erforderliche Distanz wahrendes Wesen nicht vorstellbar. Verlässlichkeit, diplomatisches Geschick und Pragmatismus werden auch im Inland an Uwe Blaurock von all jenen geschätzt, die mit ihm zusammenarbeiten. Wer ihn näher kennenlernt, erfährt dabei, dass hinter diesem öffentlichen Auftreten auch privat eine höchst empfindsame und vielseitig interessierte Person steht – unterstützt in all den Jahren von seiner überaus fürsorglichen Ehefrau. Unvergessen sind die zahllosen fröhlichen und äußerst gastfreundlichen Abende bei ihnen zu Hause.

Als akademischer Lehrer gewährte Uwe Blaurock seinen Schülern große wissenschaftliche Freiheit und stand doch stets mit Meinung, Rat und Hilfe zur Seite, wann immer dies erforderlich war. Hierfür möchten wir von Herzen Dank sagen und dem Jubilar auch für die Zukunft wünschen, dass er mit seinem weiten und offenen Blick weiterhin so aufmerksam und produktiv bleibe wie bislang – privat wie wissenschaftlich.

Für großzügig gewährte finanzielle Förderung danken wir der Adolf-und-Margot-Krebs-Stiftung, dem Frankreich-Zentrum der Universität Freiburg sowie dessen Förderverein. Ebenso gilt unser Dank auch allen anderen, die mit ihren wissenschaftlichen Beiträgen oder durch ihren tatkräftigen Einsatz die Durchführung des Symposions im Jahre 2011 sowie das Erscheinen dieser Festschrift ermöglicht haben.

Peter Jung Philipp Lamprecht Katrin Blasek Martin Schmidt-Kessel

Inhaltsverzeichnis

Vorwort der Herausgeber	V
<i>Jürgen Basedow</i> Kartellrecht als Unternehmensrecht	1
<i>Axel Beater</i> Das Unternehmen im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb	15
<i>Katrin Blasek</i> Forschung und Entwicklung (F&E) in China	27
<i>Joachim Bornkamm</i> Der Unternehmensbegriff im europäischen und deutschen Kartellrecht – „FENIN“ Revisited	41
<i>Alexander Bruns</i> Stand und Reform des Privatversicherungsrechts	59
<i>BU Yuanshi</i> Einheit und Vielheit des chinesischen Unternehmensrechts	75
<i>Andreas Fuchs</i> Der Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr – Überlegungen zur normzweckkonformen Konkretisierung des „Aushandelns“ i. S. d. § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB	91
<i>Maximilian Haedicke</i> Organhaftung für Patentverletzungen als mittelbare Schutzrechtsverletzung	105
<i>Günter Hager</i> Die Reichweite der Haftung des Geschäftsherrn für seine Gehilfen im englischen Recht – Zugleich ein Beitrag zur Haftung der Kirche bei sexuellem Missbrauch von Jugendlichen durch Priester	119

<i>Norbert Horn</i>	
Bürgerschaft und Gesellschaftsrecht	131
<i>Peter Jung</i>	
Der Einzelunternehmer mit beschränkter Haftung – Eine Studie zur Einheit und Vielheit der Vermögenshaftung	143
<i>Eva-Maria Kieninger</i>	
AGB-Kontrolle von grenzüberschreitenden Geschäften im unternehmerischen Verkehr	177
<i>Ursula Kölbl</i>	
Zu „Markt und Wettbewerb“ in der sozialen Daseinsvorsorge	189
<i>Katharina von Koppenfels-Spies</i>	
Der allgemeine Unterlassungsanspruch gegen den Betriebsrat vor dem Aus?	213
<i>Achim Krämer</i>	
Zum Anspruch auf Offenlegung der Identität von Mitgesellschaftern	225
<i>Sebastian Krebber</i>	
Der rechtliche Spielraum eines Verbots der Altersdiskriminierung im Umgang mit Altersgrenzen bei der Beendigung der Erwerbstätigkeit	237
<i>Karl Kreuzer</i>	
Kirchenbanken in Deutschland	253
<i>Philipp Lamprecht</i>	
Verschänkungen zwischen Unternehmensrecht und Unternehmens- steuerrecht – Zur Einheit der Rechtsordnung und dem Verhältnis beider Rechtsgebiete zueinander	291
<i>Manfred Löwisch / Frank Wertheimer</i>	
Die Herstellung umsatzsteuerlicher Organschaft durch den Einsatz leitender Mitarbeiter des Organträgers	303
<i>Hanno Merkt</i>	
Einheit und Vielfalt im Europäischen Unternehmensrecht: Die Perspektive des Gesellschaftsrechts	311

MI Jian

Rechtsvergleichung – Jus Commune – Weltbürgertum 337

*Falk Mylich*Steuerrechtliche Einordnung einer zusätzlichen stillen Beteiligung des
GmbH-Gesellschafters und Konsequenzen für den GmbH-Anteil . . . 355*Boris P. Paal*

Vermarktung von Übertragungsrechten zwischen Einheit und Vielheit 369

*Thomas Raiser*Die Reichweite des Richterrechts am Beispiel des Rechts
der Gründung einer GmbH 385*Martin Schmidt-Kessel*Die Sprache (oder die Sprachen?) des Europäischen Privatrechts –
ein Plädoyer für einen Binnenmarkt der Privatrechtsdogmatiken 401*Joachim N. Stolterfoht*Wettbewerbsverbote in Unternehmenskaufverträgen
aus steuerlicher Sicht 417*Rolf Stürmer*

Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im europäischen Zivilprozess 435

*Eiji Takahashi*Rezeption und Fortbildung der Lehre „Handelsrecht als Unternehmens-
recht“ in Japan – Zur Modernisierung des japanischen Handelsgesetzes 449*Hans Claudius Taschner*

Societas europaea oder nationale Kapitalgesellschaft? 459

Gerhard Wagner

Die Haftung von Ratingagenturen gegenüber dem Anlegerpublikum . . 467

Marc-Philippe Weller

Unternehmensmobilität im Binnenmarkt 497

Harm Peter Westermann

Der überforderte Gesellschafter 527

Claude Witz

Propersonnalité ou entreprise individuelle à responsabilité limitée?

Deux voies concurrentes pour déroger à l'unité du patrimoine

en droit français 549

Verzeichnis der Schriften von Uwe Blaurock 569

Autorenverzeichnis 583

Kartellrecht als Unternehmensrecht

*Jürgen Basedow**

I. Einleitung

Das Kartellrecht, in einem weiteren Sinne hier verstanden als die Gesamtheit der Regeln gegen Beschränkungen des Wettbewerbs, und das Unternehmensrecht scheinen auf den ersten Blick wenig gemein zu haben. Das Kartellrecht hat das Verhalten von Unternehmen auf Märkten und seine Wirkungen auf diese Märkte zum Gegenstand, es geht also um Handlungen der Unternehmen nach außen, gegenüber Dritten. Das Unternehmensrecht soll dagegen die Interessen der verschiedenen an einem Unternehmen beteiligten Gruppen – der Eigentümer, der Arbeitnehmer, der Unternehmensleitung und der Aufsicht über sie – austarieren. Sein Gegenstand sind die Struktur und die Machtverhältnisse innerhalb des Unternehmens. Es scheint also so, als würden Kartellrecht und Unternehmensrecht sich geradezu gegenseitig ergänzen, so dass der Titel dieses Beitrags – Kartellrecht als Unternehmensrecht – geradezu als *contradictio in adiecto* erscheint.

Ein näherer Blick belehrt uns indessen eines Besseren. Die Grenze zwischen beiden Rechtsgebieten ist keineswegs so messerscharf, wie es auf den ersten Blick erscheinen mag. Das Unternehmensrecht selbst ist nicht beschränkt auf die rein unternehmensinternen Rechtsbeziehungen. Wer an die Eigentümer denkt, wird die Fremdkapitalgeber nicht unberücksichtigt lassen können und den Blick damit auf das Kapitalmarktrecht ausweiten müssen. Auch andere Gläubiger können je nach ihrem wirtschaftlichen Einfluss eine sehr bedeutende Funktion wahrnehmen, zum Beispiel in der *corporate governance*. Erinnerung sei auch an die Charakterisierung des gesamten Handelsrechts als „Außenprivatrecht des Unternehmens“ durch *Karsten Schmidt*.¹ Darin klingt schon ein sehr viel weiterer Begriff des Unternehmensrechts an, das sich auch auf die Marktbeziehungen der Unternehmen erstreckt. Umgekehrt ist das Kartellrecht keineswegs auf diese Marktbeziehungen beschränkt. Dies zeigt schon ein Blick auf die Fusionskontrolle. Im Interesse der Bewahrung einer bestimmten Marktstruk-

* Die ursprüngliche Fassung dieses Beitrags war Gegenstand eines Vortrags auf einem Symposium zu Ehren von *Uwe Blaurock* an der Universität Freiburg im Breisgau im Februar 2011; das Manuskript ist für die Festschrift nur leicht überarbeitet und auf den neuesten Stand gebracht worden.

¹ *Karsten Schmidt*, Handelsrecht, 5. Aufl., Köln 1999, S. 9.

tur vor Beschränkungen des Wettbewerbs zieht sie einer Veränderung der Unternehmensstrukturen durch Zusammenschluss Grenzen. In ihrer funktionalen Bedeutung für das Wirtschaftsleben überlappen sich Unternehmensrecht und Kartellrecht also in einem erheblichen Umfang.

Die folgenden Überlegungen sollen diese funktionale Interdependenz näher beleuchten. Am Anfang steht dabei ein Blick auf die ökonomische Theorie des Unternehmens als ein Komplementärinstitut zum Markt (unten II.). Es schließen sich Überlegungen zum externen Wachstum des Unternehmens und seinen kartellrechtlichen Grenzen an (unten III.). Den Abschluss bilden Gedanken zum internen Wachstum von Unternehmen und der aktuellen wettbewerbspolitischen Frage, ob ihm das Wettbewerbsrecht mit neuen Instrumenten, insbesondere dem der Entflechtung, begegnen sollte (unten IV.). Gewidmet sind diese Ausführungen in kollegialer Freundschaft *Uwe Blaurock*, der wie nur wenige das Handels- und Wirtschaftsrecht stets in seiner ganzen Breite bearbeitet und wissenschaftlich gepflegt hat. In zwanzig Jahren gemeinsamer Arbeit für die Zeitschrift für Europäisches Privatrecht habe ich immer wieder sein fundiertes und ausgewogenes Urteil ebenso schätzen gelernt wie seine verbindende und noble Wesensart. Für die wertvollen Beiträge, die er zu unserem gemeinsamen Projekt geleistet hat, bin ich ihm tief verbunden und möchte dies mit den folgenden Überlegungen zum Ausdruck bringen.

II. Hierarchische und konsensuale Organisation des Wirtschaftslebens

Die Wirkungszusammenhänge, die im modernen Wirtschaftsleben schließlich zur Befriedigung der Nachfrage führen, sind äußerst komplex. Zwar gibt es einige hochintegrierte Wirtschaftszweige, wie etwa die Versorgung mit Erdgas, wo sich mit der Erzeugung, Beförderung, Kompression, Lagerung und Verteilung an die Endverbraucher häufig gleich mehrere Wertschöpfungsstufen in einer Hand befinden. Selbst hier bedarf es aber der Zulieferung von Explorationsgeräten, Röhren, Pumpen und anderer industrieller Erzeugnisse sowie von Dienstleistungen der technischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Beratung durch dritte Unternehmen. In anderen Bereichen ist der Grad der Arbeitsteiligkeit sehr viel höher; man denke nur an die vielfältigen Verarbeitungsstufen, die von der Gewinnung von Kupfererz in einem chilenischen Bergwerk bis hin zur Verwendung von Kupferkabeln in den Geräten der Unterhaltungselektronik und Informationstechnologie führen. In die Abfolge der Verarbeitungsstufen sind jeweils Transportvorgänge, Lagerungen, Qualitätsbegutachtungen, Versicherungsabschlüsse, Finanzierungsregelungen und anderes mehr ein- und zwischengeschaltet. Nur ganz ausnahmsweise erbringt ein einziger Akteur diese Leistungen, üblicherweise werden sie auf dem jeweiligen Markt eingekauft. Auf

ihm treffen Angebot und Nachfrage aufeinander, und aus ihrem Verhältnis zueinander ergibt sich der Preis. Steigende Preise vermitteln Anreize zur Angebotsausweitung sowie zur Reduktion oder Substitution der Nachfrage, fallende Preise veranlassen dagegen die Anbieter zur Einschränkung ihres Angebots, während die Nachfrage im Allgemeinen steigt. Der Preismechanismus funktioniert als Knappheitsindikator umso besser, je vollständiger der Wettbewerb auf dem betreffenden Markt ist. Er führt zu einer selbsttätigen Anpassung der Erzeugung an den Verbrauch, des Angebots an die Nachfrage, also gleichsam in den Worten von *Hayeks* zu einer spontanen Ordnung.²

Offensichtlich werden aber nicht alle Bedürfnisse wirtschaftlicher Akteure auf diese Weise über den Markt mit seinen selbsttätigen Mechanismen befriedigt. Wie *Ronald Coase* 1937 in seinem grundlegenden Aufsatz über „The nature of the firm“ festgestellt hat, vermittelt das Bild des selbsttätigen Preismechanismus nur ein sehr unvollständiges Bild des Wirtschaftslebens:

“Within a firm the description does not fit at all. For instance, in economic theory we find that the allocation of factors of production between different uses is determined by the price mechanism. ... Yet in the real world, we find that there are many areas where this does not apply. If a workman moves from department Y to department X, he does not go because of a change in relative prices, but because he is ordered to do so. ... Within a firm, these market transactions are eliminated and in place of the complicated market structure with exchange transactions is substituted the entrepreneur-co-ordinator who directs production. It is clear that these are alternative methods of co-ordinating production.”³

Während das Grundmodell des Marktes den Abschluss von Verträgen über den jeweiligen Leistungsaustausch vorsieht, ist das Unternehmen gekennzeichnet durch Subordinationsverhältnisse von Arbeitgebern und Arbeitnehmern.⁴ Zwar ist auch die Erbringung der Arbeitsleistung auf Vertrag gestützt, aber eben auf einen einzigen Vertrag; über den Produktionsfaktor Arbeit werden nicht von Tag zu Tag, von Stunde zu Stunde, von Aufgabe zu Aufgabe neue Verträge abgeschlossen, die den Einsatz der Arbeitskraft und die Vergütung dafür sowie sonstige Fragen regeln.

“A factor of production (or the owner thereof) does not have to make a series of contracts with the factors with whom he is co-operating within the firm, as would be necessary, of course, if this co-operation were as a direct result of the working of the price mechanism. For this series of contracts is substituted one. ... The contract is one whereby the factor, for a certain remuneration (which may be fixed or fluctuating), agrees to obey the directions of an entrepreneur *within certain limits*.”⁵

² Zuerst beschrieben von *F. A. Hayek*, *The use of knowledge in society*, *The American Economic Review* 35 (1945) 519–530 (526–528).

³ *R. H. Coase*, *The nature of the firm*, *Economica* N. S. 4 (1937) 386–405 (387–388).

⁴ *Coase*, oben Fn. 3, S. 403.

⁵ *Coase*, oben Fn. 3, S. 391.

Hier klingt an, was oft genug in Vergessenheit gerät: Die Entfaltung von Markt und Wettbewerb verursacht Kosten. Damit wird auch die Antwort auf die Frage gegeben, warum die Organisationsform des integrierten Unternehmens manchmal vorteilhaft sein kann verglichen mit dem Leistungsaustausch über den Markt:

“The main reason why it is profitable to establish a firm would seem to be that there is a cost of using the price mechanism. The most obvious cost of „organising“ production through the price mechanism is that of discovering what the relevant prices are. ... The costs of negotiating and concluding a separate contract for each exchange transaction which takes place on a market must also be taken into account.”⁶

Die hier genannten Kosten der Suche und Vertragsverhandlung sind in den nachfolgenden Jahrzehnten unter der übergreifenden Bezeichnung der Transaktionskosten in den Mittelpunkt gerückt und zum Gegenstand einer intensiven Debatte in der Disziplin der *Industrial Organisation* geworden. *Oliver Williamson*, einer der führenden Vertreter dieser Richtung, hebt im Rückblick auf jahrzehntelange Untersuchungen zu diesen Fragen hervor,

“that the costs of operating competitive markets are not zero, as is usually assumed by our theoretical analysis.”⁷

Er beschreibt in seiner Untersuchung die spezifischen Vor- und Nachteile von hierarchisch strukturierten Unternehmen einerseits und nach dem Konsensprinzip funktionierenden Märkten andererseits; beide hätten ihre spezifischen Stärken und Schwächen. Im Ergebnis gebe es in der Organisation des Wirtschaftslebens einen Platz für beide, und man könne voraussagen, dass die organisatorische Ausgestaltung, die Wahl zwischen Markt und Hierarchie das Ziel einer Minimierung der Transaktionskosten verfolge.⁸

Während die Untersuchung von *Coase* noch ganz auf die Analyse bestehender Wirtschaftsformen gerichtet war, tritt bei *Williamson*, der selbst einige Jahre lang als ökonomischer Berater der *Antitrust Division* des amerikanischen Justizministeriums tätig war, die normative Funktion einer so verstandenen Transaktionskostenanalyse deutlicher hervor. Insbesondere die vertikale Integration verschiedener Wertschöpfungsstufen in einem Unternehmen, die sogenannte *Make-or-buy*-Entscheidung, rückt in den Mittelpunkt des Interesses.⁹

Vertikale Integration kann durch endogenes Wachstum erfolgen, indem ein Unternehmen eine eigene Abteilung für bestimmte vorgeschaltete oder nachfolgende Leistungen seines eigenen Produkts aufbaut. Sehr viel häufiger ist aber die vertikale Integration durch exogenes Wachstum anzutreffen; hier über-

⁶ *Coase*, oben Fn. 3, S. 390–391.

⁷ *Oliver E. Williamson*, The economics of governance, *The American Economic Review* 95 (2005) 1–18 (4).

⁸ *Williamson*, oben Fn. 7, S. 6.

⁹ *Williamson*, oben Fn. 7, S. 5–11.

nimmt das Unternehmen den schon vorhandenen Lieferanten von vor- oder nachgelagerten Leistungen. Man denke beispielsweise an den Erwerb einer Druckerei durch einen Verlag, eines Kabelnetzes durch einen Filmverleih oder einer Versicherungsagentur durch ein Unternehmen der Assekuranz. Solche Übernahmen können den Wettbewerb auf vorgelagerten oder nachgelagerten Märkten spürbar beschränken und stellen deshalb auch für die Wettbewerbsordnung ein Problem dar. Der in der *Industrial Organisation* propagierte Vergleich der Transaktionskosten dient dann potenziell nicht nur den beteiligten Unternehmen als ein Instrument der Optimierung, sondern ist möglicherweise auch bei der Anwendung der Wettbewerbsgesetze zu berücksichtigen. Dies soll im Folgenden zunächst für das exogene Wachstum von Unternehmen durch Zusammenschluss geschehen.

III. Exogenes Unternehmenswachstum und Zusammenschlusskontrolle

Das Kartellrecht ist historisch aus der Kontrolle von Monopolen und kollusiven Vereinbarungen entstanden. Zwar finden sich heute in den meisten Kartellgesetzen auch Vorschriften über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, doch sind diese Kontrollbefugnisse der Kartellbehörden in allen entwickelten Kartellrechten erst im Abstand etlicher Jahre zur ursprünglichen Gesetzgebung eingeführt worden.¹⁰ Der Ansatzpunkt der Rechtspolitik war dabei regelmäßig die Einsicht in die begrenzte Wirkung, die dem Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen zukommt. Die Anwendung des Missbrauchsverbots wird nicht nur durch sehr unscharfe Konturen erschwert, es setzte sich auch allmählich die Erkenntnis durch, dass der Missbrauch des Marktbeherrschers nicht Zeugnis einer verwerflichen Gesinnung ist, sondern sich folgerichtig aus dem Gewinnstreben des Marktbeherrschers und den fehlenden wettbewerblichen Machtbegrenzungen ergibt. Insofern muss Wettbewerbspolitik, die nicht nur die Symptome kuriert, darauf ausgerichtet sein, die Begründung und jedenfalls die Verstärkung marktbeherrschender Stellungen zu verhindern, wie dies auch in dem Eingriffskriterium des § 36 GWB verwirklicht ist.

Auch nach der ersten europäischen Fusionskontrollverordnung 4064/89 waren Zusammenschlüsse zu untersagen, die eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, vorausgesetzt, dass durch sie wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich be-

¹⁰ Siehe Jürgen Basedow/Stefan Pankoke, General report, in: Jürgen Basedow, ed., Limits and control of competition with a view to international harmonisation, The Hague 2002, S. 1 (42).

hindert würde.¹¹ Die Fusionskontrollverordnung von 1989 ist freilich im Jahre 2004 durch die Verordnung 139/2004 ersetzt worden.¹² Diese hat den früheren Marktbeherrschungstest durch einen neuen Test ersetzt, der in der englischen Fassung nach einem *substantial impediment of economic competition* fragt und deshalb als SIEC-Test bezeichnet wird. In der Neufassung des Art. 2 Abs. 3 sind die beiden zuvor genannten Elemente des Eingreifkriteriums gleichsam umgekehrt worden. Für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären sind nunmehr Zusammenschlüsse,

- durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde,
- insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung.

Während bislang beide Kriterien formal gleichen Rang hatten, stand die Frage nach der Marktbeherrschung praktisch im Vordergrund; aus der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung wurde im Allgemeinen ohne weiteres auf die Behinderung wirksamen Wettbewerbs geschlossen. Nunmehr ist die Marktbeherrschung aber nur noch ein Regelbeispiel für die übergeordnete Frage nach der Behinderung wirksamen Wettbewerbs.

Es liegt auf der Hand, dass die Zusammenschlusskontrolle unabhängig von der Ausgestaltung des Eingreifkriteriums schon als solche Auswirkungen auf Unternehmensstrukturen hat. Sie schlagen sich nicht so sehr in Untersagungsentscheidungen nieder, sondern in Bedingungen und Auflagen, mit denen eine Freigabe verbunden werden kann.¹³ Mit diesen Gestaltungsmöglichkeiten üben die Kartellbehörden in der Praxis nicht selten einen spürbaren Einfluss auf Unternehmensstrukturen in bestimmten Märkten aus. Auch wenn den Wettbewerbsbehörden diese Befugnisse im Interesse des Wettbewerbs verliehen wurden, drängt sich bei längerer Beobachtung der Praxis der Eindruck auf, dass sie sich gelegentlich auch von anderweitigen Beweggründen leiten lassen, etwa solchen der Industriepolitik.

Verglichen mit der Bedingungs- und Auflagenpraxis kommt dem Eingreifkriterium selbst nur eine relativ geringe Bedeutung für die Einflussnahme auf

¹¹ Siehe Art. 2 Abs. 3 der Verordnung Nr. 4064/89 des Rates vom 21. 12. 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 1989 L 395/1.

¹² Verordnung Nr. 139/2004 des Rates vom 20. 1. 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2004 L 24/1.

¹³ Siehe Art. 8 Abs. 2 Unterabs. 2 VO 139/2004; §§ 40 Abs. 3, 42 Abs. 2 GWB. Die deutsche und die europäische Regelung unterscheiden sich darin, dass das Bundeskartellamt bei der Fusionskontrolle nach deutschem Recht die Freigabe unmittelbar an bestimmte strukturbezogene Auflagen oder Bedingungen knüpfen kann, während die europäische Regelung den Unternehmen die Initiative zu entsprechenden Zusagen einräumt; die Auflagen oder Bedingungen sind dann lediglich auf die Einhaltung solcher Zusagen gerichtet, vgl. *Torsten Körber*, in: *Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker*, Hrsg., Wettbewerbsrecht Bd. 1. EU/Teil 2 – Kommentar zum europäischen Kartellrecht, 5. Aufl. München 2012, Art. 8 FKVO Rn. 97–99.

Unternehmensstrukturen zu. Dies hängt damit zusammen, dass der Marktbherrschungstest und der SIEC-Test in der praktischen Anwendung fast immer zu demselben Ergebnis führen, auch wenn die Begründungen der Kartellbehörden sich in der Diktion durchaus unterscheiden.¹⁴ Der Regierungsentwurf für eine 8. GWB-Novelle hat nun im Einklang mit Äußerungen in der Literatur die Übernahme des SIEC-Tests in das deutsche Recht vorgeschlagen.¹⁵ Trotz einiger Bedenken¹⁶ hat sich auch die Monopolkommission für diese Anpassung an das europäische Recht ausgesprochen, um neuen ökonomischen Einsichten den Eingang in die Fusionskontrollpraxis zu erleichtern.¹⁷ Seine Rezeption im GWB ist danach wahrscheinlich, dürfte aber für die Gestaltung von Unternehmen keine wesentlichen Veränderungen bringen.

Für den vorliegenden Zusammenhang von Interesse ist dagegen die Einführung der Effizienzeinrede durch die Neufassung der europäischen Fusionskontrollverordnung. Sie ergibt sich aus Erwägungsgrund 29:

„Um die Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt bestimmen zu können, sollte begründeten und wahrscheinlichen Effizienzvorteilen Rechnung getragen werden, die von den beteiligten Unternehmen dargelegt werden. Es ist möglich, dass die durch einen Zusammenschluss bewirkten Effizienzvorteile die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb, insbesondere den möglichen Schaden für die Verbraucher, ausgleichen, sodass durch den Zusammenschluss wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben, insbesondere durch Begründung oder Stärkung einer beherrschenden Stellung, nicht erheblich behindert würde. Die Kommission sollte Leitlinien veröffentlichen, in denen sie die Bedingungen darlegt, unter denen sie Effizienzvorteile bei der Prüfung eines Zusammenschlusses berücksichtigen kann.“

Damit hat der europäische Gesetzgeber ein Einfallstor für Überlegungen markiert, wie sie in der Lehre der *Industrial Organisation* entwickelt und oben

¹⁴ *Monopolkommission*, Weniger Staat, mehr Wettbewerb – XVII. Hauptgutachten 2006/2007, Baden-Baden 2008, Tz. 668, 671.

¹⁵ § 36 Abs. 1 in der Fassung des Entwurfs eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG) BT-Drs. 17/9852 vom 31. 5. 2012; vgl. auch Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Pressemitteilung „Rösler: Wettbewerbsrahmen zügig modernisieren“ vom 10. 11. 2011 mit Download des Referentenentwurfs: http://www.bmwi.de_Presse_Pressemitteilungen; siehe zuvor schon die positive Stellungnahme von *Franz Jürgen Säcker*, Entwicklung der europäischen Praxis aus deutscher Sicht und Bindungswirkung der europäischen Praxis bei Übernahme des SIEC-Tests in deutsches Recht, WuW 2010, 370–377 mit vielen Nachweisen zur Diskussion.

¹⁶ Siehe *Jürgen Basedow*, Marktbeherrschung und SIEC-Test, in: *Börries Ahrens/Peter Behrens/Philipp v. Dietze*, Hrsg., Marktmacht und Missbrauch – Forum Wissenschaft und Praxis zum internationalen Wirtschaftsrecht / Hamburger Forum Kartellrecht, Baden-Baden 2007, 27–36.

¹⁷ *Monopolkommission*, Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Sondergutachten 63 von 2012, bislang nur veröffentlicht auf der website http://www.monopolkommission.de/aktuell_sg63.html, Tz. 14–28.

skizziert wurden. Die Europäische Kommission hat Leitlinien zur Bewertung nicht-horizontaler Zusammenschlüsse erlassen, in denen mögliche Effizienzgewinne insbesondere für vertikale Fusionen eingehend erörtert werden.¹⁸ Als möglichen Effizienzgewinn einer vertikalen Fusion nennen die Leitlinien die bessere Koordinierung von vor- und nachgelagerter Produktionsstufe mit der Folge geringerer Lagerhaltungskosten sowie die Vermeidung doppelter Handelsspannen, die in Gestalt einer Preissenkung an die Kunden der nachgelagerten Produktionsstufe weitergegeben werden kann.

Allerdings stehen solchen Effizienzgewinnen oft auch Beschränkungen des Wettbewerbs gegenüber. Wenn etwa ein Unternehmen A einer nachgelagerten Produktionsstufe den Lieferanten B von Vorprodukten übernimmt, werden auf Grund dieses Zusammenschlusses – je nach den Gegebenheiten des Marktes – die Wettbewerber von A bei dem Bezug der Vorprodukte von B potenziell diskriminiert, sodass möglicherweise auch der Wettbewerb auf dem Absatzmarkt der nachgelagerten Produktionsstufe beschränkt wird. Ob es zu solchen Diskriminierungen kommt, will die Kommission im Hinblick auf die Anreize für ein solches Verhalten, insbesondere seine Profitabilität, prüfen, dabei aber auch die Faktoren berücksichtigen, die zu einer Schwächung oder sogar Beseitigung derartiger Anreize führen.

Nach Auffassung der Kommission zählt zu diesen Minusfaktoren auch die Prognose, dass ein diskriminierendes Verhalten der fusionierten Einheit gegen nationales oder europäisches Recht verstößt und beispielsweise ein Verfahren der Missbrauchsaufsicht auslöst.¹⁹ Eine solche Prognose dürfte freilich zum Zeitpunkt der Durchführung des Fusionskontrollverfahrens ganz unpraktikabel sein.²⁰ Deshalb hat sich auch der Europäische Gerichtshof dagegen ausgesprochen, im Fusionskontrollverfahren die Möglichkeit künftiger Missbrauchsverfahren gegen allfällige, von der fusionierten Einheit ausgehende Missbräuche in Erwägung zu ziehen.²¹

Die Berücksichtigung der Effizienzgewinne im Fusionskontrollverfahren ist in der Theorie gleichsam die Schaltstelle, an der die Frage „*make or buy*“, Markt oder Unternehmen im Sinne der *Industrial Organisation* zu entscheiden ist. Für eine praktische Handhabung fehlt es aber offenbar bislang an Fallerschaft, sodass die Leitlinien ihre eigentliche Funktion, der Unternehmenspraxis Hinweise auf künftige Entscheidungen der Kommission zu geben, weitgehend ver-

¹⁸ Leitlinien zur Bewertung nicht-horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2008 C 265/6, siehe Tz. 13ff., 52ff.

¹⁹ Leitlinien, oben Fn. 18, Tz. 46.

²⁰ *Monopolkommission*, XVII. Hauptgutachten, oben Fn. 14, Tz. 791; ebenso *Monopolkommission*, Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen – XVIII. Hauptgutachten 2008/2009, Baden-Baden 2010, Tz. 718.

²¹ EuGH 15.2. 2005, Rs. C-12/03 P (*Kommission ./. Tetra Laval B. V.*), Slg. 2005 I-1113, Tz. 75.

fehlen. In den Worten der Monopolkommission lassen „die oft recht offenen Formulierungen der Leitlinien ... Zweifel aufkommen, wie die Europäische Kommission im konkreten Fall argumentieren und entscheiden wird.“²²

Dies liegt zusätzlich auch daran, dass sich bislang weder aus den Leitlinien noch aus der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission entnehmen lässt, wie eine Abwägung von wettbewerbsbeschränkenden Effekten und wettbewerbsfördernden Auswirkungen, wie sie mit Effizienzgewinnen verbunden sein können, im Einzelfall erfolgen soll.²³ Hier geht es zum einen um die Festlegung von kompatiblen Zeithorizonten, für die Prognosen bezüglich der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen, aber auch der Effizienzgewinne einigermaßen realistisch anzustellen sind. Es geht aber auch darum, für die an sich inkommensurablen Größen von Wettbewerbsbeschränkung und wettbewerbsförderndem Effizienzgewinn Orientierungspunkte zu finden, die eine Abwägung ermöglichen. Im Ergebnis überwiegen die Bedenken gegen die Effizienzrede. Mit Recht sieht der Regierungsentwurf für die 8. GWB-Novelle daher von einer Übernahme in das deutsche Recht ab; die vorhandenen Instrumente des GWB genügen und bieten durch größere Präzision höhere Rechtssicherheit.²⁴

IV. Endogenes Wachstum und Entflechtung

Das Kartellrecht richtet sich gegen *Beschränkungen* des Wettbewerbs, es bietet aber in Deutschland und der Europäischen Union keine Handhabe zu *seiner Intensivierung*.²⁵ Wo Monopolisten oder marktmächtige Unternehmen Märkte beherrschen, kann zwar ihr Verhalten im Wege der Missbrauchsaufsicht gemäß § 19 GWB oder Art. 102 AEUV einer Kontrolle unterzogen und sanktioniert werden. Dies ändert jedoch nichts an der Marktstruktur; der Marktbeherrscher behält seine Stellung und damit die Möglichkeit zu missbräuchlichem Verhalten.

²² *Monopolkommission*, XVII. Hauptgutachten, oben Fn. 14, Tz. 789.

²³ *Monopolkommission*, XVII. Hauptgutachten, oben Fn. 14, Tz. 793.

²⁴ Siehe zum Referentenentwurf den Nachweis oben in Fn. 15; siehe dazu auch die eingehende und letztlich ablehnende Stellungnahme der *Monopolkommission*, Sondergutachten 63, oben Fn. 17, Tz. 29–43, vor allem Tz. 36.

²⁵ Die Unterscheidung zwischen beiden mag aus ökonomischer Sicht nicht immer ganz einfach sein, wie *Dieter Schmidtchen*, Zur Diskussion um neue Instrumente im GWB, WuW 2010, 1215, hervorhebt; sect. 2 des amerikanischen *Sherman Act* richtet sich nach dem Wortlaut nicht nur gegen Missbräuche marktbeherrschender Stellungen, sondern gegen „*monopolization*“ und erlaubt insofern theoretisch auch Eingriffe zur Schaffung intensiveren Wettbewerbs. Die Vorschriften des deutschen und europäischen Kartellrechts knüpfen aber an den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung an; sie setzen diese damit voraus.

Von den besatzungsrechtlichen Dekartellierungs- und Entflechtungsmaßnahmen der unmittelbaren Nachkriegszeit einmal abgesehen,²⁶ bietet das Recht der Wettbewerbsbeschränkung keine Handhabe zur Entflechtung von Unternehmen. Getragen wird diese Selbstbeschränkung von der Erwägung, dass der Wettbewerb, den das Kartellrecht ja schützen soll, den Leistungsfähigen durch die Steigerung seines Marktanteils belohnt; eine Entflechtung würde ihn demgegenüber gleichsam für seine überlegene Effizienz bestrafen und ihm vielleicht auch den Anreiz zu weiterer Effizienzsteigerung nehmen.²⁷ Dieser zutreffenden Überlegung liegt freilich unausgesprochen die Annahme zugrunde, dass eine marktbeherrschende Stellung stets überlegener Effizienz des betreffenden Unternehmens zuzuschreiben ist. Das muss nicht immer so sein.

Für eine Entflechtung bedarf es, wenn man von dem genannten Grundsatz ausgeht, besonderer Gründe und spezieller Eingriffe des Gesetzgebers. Im Zusammenhang mit der Umgestaltung der Energiewirtschaft sind in den letzten Jahren Zweifel aufgekommen, ob diese Grenze des Kartellrechts noch Bestand haben kann. Im Strom- und Gasbereich sind überall in Europa vertikal integrierte Unternehmen anzutreffen, die von der Erzeugung bis hin zur Verteilung an den Letztverbraucher sämtliche Wertschöpfungsstufen beherrschen und vielfach sogar monopolisiert haben. Die Deregulierung der Energiemärkte in den 90er Jahren hat keine nachhaltigen Änderungen bewirkt und nur vorübergehend zu den erwarteten Preissenkungen geführt; noch 2009 hat die Monopolkommission „die großen Wettbewerbsdefizite auf den Märkten für leitungsgebundene Energien“ beklagt.²⁸

Die Europäische Kommission hat deshalb seit mehreren Jahren auf eine Aufspaltung vertikal integrierter Energieunternehmen hingewirkt, und dies sowohl mit Gesetzgebungsvorschlägen wie auch unter Anwendung des geltenden Wettbewerbsrechts. Die Legislativvorschläge des Jahres 2007 sahen eine umfassende, auch eigentumsrechtliche Entflechtung vertikal integrierter Unternehmen vor. Sie stießen sogleich auf erhebliche Einwände, und dies nicht nur von interessierter Seite.²⁹ Im Ergebnis sehen die Richtlinien des dritten Legislativ-

²⁶ Siehe für die amerikanische Besatzungszone Gesetz Nr. 56 – Verbot der übermäßigen Konzentration deutscher Wirtschaftskraft – vom 28. 1. 1947, gesetzliche Vorschriften der amerikanischen Militärregierung in Deutschland – autorisierter Nachdruck des Amtsblattes der Militärregierung Deutschland, Ausgabe C vom 1. 4. 1947, S. 2; für die britische Besatzungszone siehe Verordnung Nr. 78 – Verbot der übermäßigen Konzentration deutscher Wirtschaftskraft vom 12. 2. 1947, Amtsblatt der Militärregierung Deutschland – Britisches Kontrollgebiet no. 16, S. 412; für die französische Besatzungszone Verordnung Nr. 96 zur Verhinderung übermäßiger Machtanhäufung in der deutschen Wirtschaft vom 9. 6. 1947, Journal Officiel du Commandement en Chef Français en Allemagne 1947, 784.

²⁷ Vgl. *Ulrich Ebricke*, Eine missbrauchsunabhängige Entflechtung ist nicht mit Grundprinzipien des Wettbewerbsrechts vereinbar!, WuW 2011, 3.

²⁸ *Monopolkommission*, Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb. Sondergutachten 54, Baden-Baden 2009, Tz. 495.

²⁹ *Monopolkommission*, XVII. Hauptgutachten, oben Fn. 14, Tz. 19–37.

pakets zwar ein weiteres operationelles *Unbundling* vor, aber keine zwingende eigentumsrechtliche Entflechtung.³⁰ Im Hinblick auf den erwarteten politischen Widerstand hat die Kommission zeitgleich Missbrauchsverfahren gegen eine Reihe europäischer Verbundunternehmen eingeleitet. So wurde im Gasbereich RWE und in der Stromwirtschaft E.ON vorgeworfen, Wettbewerbern den Zugang zu den eigenen Übertragungsnetzen mit missbräuchlichen Praktiken zu erschweren oder zu versperren. Um Bußgeldern in dreistelliger Millionenhöhe zu entgehen, haben die beiden Unternehmen unter massivem Druck der Europäischen Kommission eine Veräußerung ihrer Übertragungsnetze zugesichert; diese Zusagen wurden durch Kommissionsentscheidungen sodann für verbindlich erklärt.³¹

Nach dem Grundsatz *volenti non fit iniuria* mag man ein solches Vorgehen billigen, es ist auch in der vergleichenden Geschichte des Kartellrechts keineswegs die Ausnahme. Doch hat die Kommission mit dem Ansinnen, die Unternehmen sollten ihre Struktur verändern, die Grenzen der Missbrauchsaufsicht zweifellos überschritten. Art. 102 AEUV ist gegen Missbräuche einer marktbeherrschenden Stellung gerichtet, nicht gegen die marktbeherrschende Stellung als solche. Die Kommission hat sich auf einen Machtpoker mit den betroffenen Unternehmen eingelassen und den Weg des Rechts verlassen; dies ist für die zentrale Institution der Europäischen Union, einer Rechtsgemeinschaft, ein beispielloser Schritt.

Diese Kritik ändert freilich nichts an der grundlegenden Erwägung, dass nur eine Entflechtung von Erzeugung sowie Handel einerseits und Übertragung und Verteilung andererseits das Übel des mangelnden Wettbewerbs im Energiesektor an der Wurzel packen kann. Demgemäß ist in Deutschland schon 2007 die Einführung einer Entflechtungsregelung im GWB vorgeschlagen worden.³² Aus dem Bundesministerium für Wirtschaft ist dann im Jahre 2010 ein Vorentwurf für die Einführung einer Entflechtungsregelung im GWB bekanntgeworden.³³ Massiver Widerstand namentlich aus der Energiewirtschaft sowie die Turbulenzen der deutschen Energiepolitik nach dem Reaktorunglück von Fukushima dürften dazu geführt haben, dass der Referentenentwurf die Entflech-

³⁰ Siehe die Artikel 9, 13 und 14 der Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.7. 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, ABl. 2009 L 211/55; siehe auch die Artikel 9, 14 und 15 der Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.7. 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG, ABl. 2009 L 211/94.

³¹ *Monopolkommission*, Sondergutachten 54, oben Fn. 28, Tz. 489–494.

³² So vom Hessischen Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung und von der damals oppositionellen FDP-Bundestagsfraktion, vgl. näher: *Monopolkommission*, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, Sondergutachten 58, Baden-Baden 2010, Tz. 21.

³³ Abgedruckt in: *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, oben Fn. 32, S. 59f.

tungsregelung nicht übernommen hat.³⁴ Die folgenden Überlegungen haben zwar insofern an Aktualität verloren, mögen aber doch für eine spätere Renaissance von Entflechtungsbestrebungen hilfreich sein.

Der Vorentwurf aus dem Bundeswirtschaftsministerium sah zwei Arten der Entflechtung vor: eine als *subjektiv* bezeichnete Entflechtung als Reaktion auf einen ermittelten Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und eine *objektive* Entflechtung, die allein an bestimmte Marktverhältnisse anknüpft. Im Gegensatz zu den zuvor erwähnten Bestrebungen der Europäischen Kommission war der Vorentwurf dabei nicht auf den Energiebereich beschränkt. Mehr noch: Gemäß dem vorgeschlagenen § 41a Abs. 2 Satz 2 GWB sollte sich eine Veräußerungsanordnung nicht auf Vermögensteile beziehen, für die sektorspezifisches Regulierungsrecht Regeln enthält. Obwohl keines der speziellen Regulierungsgesetze der Netzwirtschaften eine eigentumsrechtliche Entflechtung vorsieht,³⁵ wurde dieser Passus von der Monopolkommission dahin ausgelegt, dass die Entflechtungsbefugnisse nach dem Vorentwurf nicht auf regulierte Branchen wie Telekommunikation, Bahn, Post, Strom und Gas erstreckt werden.³⁶

Die Argumente für die Ansicht der Monopolkommission sind schwach. Dass das Bundeskartellamt als Entflechtungsbehörde die Verwaltungspraxis anderer Behörden, insbesondere der Bundesnetzagentur, nicht überprüfen dürfe, ist eher eine *petitio principii*. Im Übrigen steht dieses Argument indirekt auch im Widerspruch zu der Empfehlung der Monopolkommission, dass das Bundeskartellamt die Befugnis erhalten möge, zu jedem Gesetzesentwurf aus wettbewerbspolitischer Sicht Stellung zu nehmen; in regulierten Bereichen setzt eine solche Stellungnahme notwendig die Würdigung der Verwaltungspraxis anderer Behörden voraus.³⁷

Vor allem verkennt der Ausschluss der regulierten Sektoren aber den eigentlichen Anlass für die gesamte Diskussion. Die Forderungen nach einer Entflechtung vertikal integrierter Unternehmen sind gerade in den Netzwirtschaften laut geworden, wo sich aufgrund jahrzehntelanger Staatsintervention und Regulierung verkrustete monopolistische Unternehmensstrukturen herausgebildet haben, die auch nach einer Deregulierung der Entfaltung von Wettbewerb im Wege stehen. Da sich diese Unternehmensstrukturen gerade nicht aufgrund überlegener Effizienz unter Wettbewerbsbedingungen herausgebildet haben, kann man aus ihrer Existenz auch nicht auf Effizienzvorteile schließen, die mit der vertikalen Integration verbunden sind und die nach den Lehren der *Industrial Organization* die Integration rechtfertigen. Wenn überhaupt, so ist

³⁴ Siehe zum Referentenentwurf den Nachweis oben in Fn. 15.

³⁵ *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, oben Fn. 28, Tz. 25.

³⁶ *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, oben Fn. 32, Tz. 36.

³⁷ *Monopolkommission*, Sondergutachten 58, oben Fn. 32, Tz. 132–134; *id.*, Sondergutachten 63, oben Fn. 17, Tz. 143.

eine wettbewerbspolitisch veranlasste Veränderung der Unternehmensstrukturen gerade in diesen Bereichen angebracht. Wenn man sie ausschließt, drängt sich die Frage auf, wo sonst ein Bedarf für eigentumsrechtliche Entflechtung bestehen sollte. In den Diskussionen der vergangenen Jahre sind dafür keine praktischen Beispiele genannt worden, weder in den Vorentwürfen der letzten Legislaturperiode noch in dem erwähnten Vorentwurf der Bundesregierung noch vom Bundeskartellamt oder der Monopolkommission.

Eine Stütze findet der Gedanke der Entflechtung danach vor allem in marktstrukturellen Überlegungen, gleichsam als Gegenstück zur Zusammenschlusskontrolle für den Fall des endogenen Wachstums. Wenn dies aber der eigentliche Grund für die Einführung eines objektiven Entflechtungstatbestandes ist, so muss dieser Tatbestand auch im Grundsatz auf sämtliche Wirtschaftszweige bezogen sein, was nicht ausschließt, dass bei seiner Anwendung Besonderheiten wie etwa der Existenz natürlicher Monopole Rechnung getragen wird.

V. Schluss

Das Wirtschaftsleben ist zum Teil marktbezogen nach dem Prinzip des konsensualen Leistungsaustausches organisiert, zum Teil dagegen in hierarchischen Strukturen, wie sie Unternehmen darstellen. Welche Organisationsform sich wo durchsetzt, ist einerseits eine Frage der spezifischen Transaktionskosten, die mit der Organisation von Marktprozessen bzw. dem Aufbau von Unternehmensstrukturen verbunden sind. Während die spezifischen Transaktionskostenvorteile sich immer nur für eine sehr begrenzte Zeit voraussagen lassen und sich die Prognosen auch häufig genug noch als fehlerhaft erweisen, sind die Folgen von Organisationsentscheidungen von sehr langfristiger Natur. Wo wettbewerbliche Marktprozesse durch Unternehmenszusammenschlüsse erst einmal beseitigt worden sind, lassen sie sich vielfach nur mit politischem Brachialaufwand wiederherstellen. Insofern ist das Kartellrecht auch zum Schutz wettbewerblicher Prozesse gegen Unternehmenszusammenschlüsse aufgerufen, von denen die Beteiligten Effizienzgewinne erwarten, deren Ausmaß aber weder sicher noch dauerhaft noch fusionspezifisch ist. Eine eigentumsrechtliche Entflechtung als Gegenstück zur Zusammenschlusskontrolle ist im Prinzip akzeptabel, dies jedoch nur, wenn sie sich auf diejenigen Wirtschaftszweige bezieht, in denen eine Neuordnung der Unternehmensstrukturen nach jahrzehntelanger Regulierung besonders nötig und von den Marktkräften nicht unbedingt zu erwarten ist, nämlich die Netzwirtschaften.

Das Unternehmen im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb

Axel Beater

I. Einleitung

Wer als Unternehmensrechtler in das deutsche Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) sieht, erlebt eine herbe Enttäuschung. Der Begriff des „Unternehmens“ scheint in diesem Gebiet nur eine sehr untergeordnete Bedeutung zu haben. Immerhin definiert das Gesetz den Begriff des Unternehmens. Die entsprechende Regelung findet sich freilich an einer ziemlich versteckten Stelle, nämlich in § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG. Sie taucht erst auf, nachdem Begriffe wie etwa „Nachricht“ oder „Verhaltenskodex“ definiert worden sind. Im Übrigen wird der Ausdruck „Unternehmen“ im UWG nur vereinzelt gebraucht. In den zentralen Vorschriften des Gesetzes findet er sich nicht. Im wettbewerbsrechtlichen Schrifttum wird er ebenso nur selten thematisiert.¹

Richtet man den Blick auf die Vorgänger der heutigen Regelung, das UWG 1896 und das UWG 1909, so zeigt sich ein eher noch zurückhaltender Befund. Die beiden früheren Gesetze kannten den Begriff des Unternehmens überhaupt nicht. Sie sprachen allerdings von Gewerbetreibenden² und das UWG 1909 auch vom Inhaber eines Betriebs³. Diese Begriffe hatten aber eine sehr begrenzte Bedeutung. Sie wurden nur vereinzelt benutzt und betrafen allein die zivilrechtliche Aktivlegitimation und die strafrechtliche Verantwortlichkeit.

Diese Reserviertheit gegenüber dem Unternehmensbegriff als dogmatisches Konstrukt ist keine Besonderheit des deutschen Wettbewerbsrechts. Das österreichische UWG ist noch zurückhaltender. Es enthält keine Legaldefinition. Der Ausdruck „Unternehmen“ findet sich nur in einem sehr begrenzten Zusammenhang in § 18 öUWG. Außerdem taucht er im Anhang zum öUWG auf. Die Formulierung der Anhangsregeln geht freilich nur bedingt auf den österreichischen, sondern hauptsächlich auf den europäischen Normgeber zurück. Die österreichische Literatur bestätigt dieses Bild. Sie beschäftigt sich gar nicht⁴

¹ Siehe aber *Köhler*, Der „Unternehmer“ im Lauterkeitsrecht, FS Hopt 2010 Bd. 2, 2825 ff.

² §§ 1 UWG 1896, 13 Abs. 1 UWG 1909.

³ § 4 Abs. 2 UWG 1909.

⁴ *Wiebe/Kodek* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Wien 2009.

Autorenverzeichnis

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jürgen Basedow, LL.M. (Harvard)

Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht und Professor an der Universität Hamburg

Prof. Dr. Axel Beater

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Medienrecht, Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald

Prof. Dr. Katrin Blasek

Professorin für Wirtschaftsprivatrecht, Gewerblichen Rechtsschutz und Chinesisches Recht, Technische Hochschule Wildau

Prof. Dr. Joachim Bornkamm

Vorsitzender Richter am BGH; Honorarprofessor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Prof. Dr. Alexander Bruns, LL.M. (Duke Univ.)

Direktor des Instituts für Deutsches und Ausländisches Zivilprozessrecht, Abt. II, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Prof. Dr. BU Yuanshi, LL.M. (Harvard)

Professorin für Internationales Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Ostasien, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Prof. Dr. Andreas Fuchs, LL.M. (Michigan)

Geschäftsführender Direktor des Instituts für Handels- und Wirtschaftsrecht, Universität Osnabrück; Richter am Oberlandesgericht Celle

Prof. Dr. Maximilian Haedicke, LL.M. (Georgetown)

Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht, Arbeits- und Sozialrecht, Abt. IV: Recht des Geistigen Eigentums, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Prof. em. Dr. Günter Hager

em. Professor und Direktor des Instituts für Ausländisches und Internationales Privatrecht, Abt. I, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Prof. em. Dr. Norbert Horn

em. Professor für Zivilrecht, deutsches und internationales Handels-, Wirtschafts- und Bankrecht sowie Rechtsphilosophie, Universität Köln; Direktor em. des Instituts für Bankrecht, Universität Köln

Prof. Dr. Peter Jung, Maître en droit

Ordinarius für Privatrecht, Universität Basel

Prof. Dr. Eva-Maria Kieninger

Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Privatrecht und Internationales Privatrecht, Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Prof. em. Dr. Ursula Köbl

em. Professorin und Direktorin des Instituts für Wirtschaftsrecht, Arbeits- und Sozialrecht, Abt. III: Sozialrecht, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Prof. Dr. Katharina von Koppenfels-Spies

Direktorin des Instituts für Wirtschaftsrecht, Arbeits- und Sozialrecht, Abt. III: Sozialrecht, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Prof. Dr. Achim Krämer

Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof; Honorarprofessor an der Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Dr. Sebastian Krebber, LL.M. (Georgetown)

Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht, Arbeits- und Sozialrecht, Abt. II: Arbeitsrecht, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Prof. em. Dr. iur. utr. Karl F. Kreuzer

em. Professor für Rechtsvergleichung, Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Handelsrecht; Vorstand em. des Instituts für Rechtsvergleichung, Julius-Maximilians-Universität Würzburg

PD Dr. Philipp Lamprecht

Institut für Wirtschaftsrecht, Arbeits- und Sozialrecht, Abt. I: Wirtschaftsrecht, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Prof. em. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch

Leiter der Forschungsstelle für Hochschularbeitsrecht, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Prof. Dr. Hanno Merkt, LL.M. (Chicago)

Direktor des Instituts für Ausländisches und Internationales Privatrecht, Abt. II, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Prof. Dr. h.c. MI Jian

ehem. Direktor des Chinesisch-Deutschen Instituts für Rechtswissenschaft an der China-Universität für Politik und Recht in Peking; derzeit Chefberater der Regierung der Sonderverwaltungszone Macao

Dr. Falk Mylich

Wissenschaftlicher Assistent und Habilitand am Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht, Abt. II, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Prof. Dr. Boris P. Paal, M.Jur. (Oxford)

Direktor des Instituts für Medien- und Informationsrecht, Abt. I: Privatrecht, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Prof. em. Dr. Thomas Raiser

ehem. Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Unternehmens- und Wirtschaftsrecht, Rechtssoziologie und Bürgerliches Recht, Humboldt-Universität zu Berlin

Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel

Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Verbraucherrecht und Privatrecht sowie Rechtsvergleichung sowie Direktor der Forschungsstelle für Verbraucherrecht, Universität Bayreuth

Prof. Dr. Joachim N. Stolterfoht

Rechtsanwalt und Steuerberater; Honorarprofessor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Prof. em. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner

Institut für Deutsches und Ausländisches Zivilprozessrecht, Abt. I, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Prof. Dr. Dr. Eiji Takahashi

Professor für Handels- und Gesellschaftsrecht an der Juristischen Fakultät/ Law School der Osaka City University

Prof. Dr. Hans Claudius Taschner, M.J.C. (New York)

Direktor Europäische Kommission a.D., Brüssel; Honorarprofessor an der Universität des Saarlandes, Saarbrücken

Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M. (Chicago)

Professor für Deutsches und Europäisches Privat- und Prozessrecht, Geschäftsführender Direktor des Instituts für Deutsches und Internationales Zivilprozessrecht sowie Konfliktmanagement, Universität Bonn

Prof. Dr. Marc-Philippe Weller, Licencié en droit

Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht, Arbeits- und Sozialrecht, Abt. I: Wirtschaftsrecht, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Dr. Frank Wertheimer

Rechtsanwalt, Lahr/Schwarzwald

Prof. em. Dr. Dres. h.c. Harm Peter Westermann

ehem. Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung, Eberhard Karls Universität Tübingen

Prof. Dr. Dr. h.c. Claude Witz

Agrégé des Facultés de droit, Kodirektor des Centre Juridique Franco-Allemand an der Universität des Saarlandes, Saarbrücken