

LUCIA OEGEL

# Kartellrechtliche Grenzen von Gesellschafterrechten im Gemeinschaftsunternehmen

*Beiträge zum Kartellrecht*

---

**Mohr Siebeck**

# Beiträge zum Kartellrecht

herausgegeben von

Michael Kling und Stefan Thomas

30





Lucia Oegel

# Kartellrechtliche Grenzen von Gesellschafterrechten im Gemeinschaftsunternehmen

Konzentrations-, Konzern- und Gesellschaftsrechts-  
privileg bei Rechtswahrnehmung der  
minderheitlich beteiligten Mutter?

Mohr Siebeck

*Lucia Oegel*, geboren 1992; Studium der Rechtswissenschaften an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz; 2018 Erstes Juristisches Staatsexamen; Rechtsreferendariat im Bezirk des Oberlandesgerichts Koblenz; 2020 Zweites Juristisches Staatsexamen; 2020–2024 Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Europarecht, Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz; 2024 Promotion; Rechtsanwältin in Frankfurt am Main.

ISBN 978-3-16-164473-3 / eISBN 978-3-16-164474-0

DOI 10.1628/978-3-16-164474-0

ISSN 2626-773X / eISSN 2626-7748 (Beiträge zum Kartellrecht)

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

© 2025 Mohr Siebeck Tübingen.

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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland  
[www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com), [info@mohrsiebeck.com](mailto:info@mohrsiebeck.com)

*Für meine Eltern und meinen Ehemann*



## Vorwort

Der Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz hat die vorliegende Arbeit im Juli 2024 unter dem Haupttitel „Kartellrechtliche Grenzen der Wahrnehmung von Gesellschafterrechten im Gemeinschaftsunternehmen“ als Dissertation angenommen. Für die Drucklegung fanden Entwicklungen in Literatur und Rechtsprechung bis einschließlich Dezember 2024 Berücksichtigung.

Mein herzlicher Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Meinrad Dreher. Nachdem ich bereits während meines Studiums als Hilfskraft an seinem Lehrstuhl tätig war, durfte ich diese Arbeit als Lehrstuhlmitarbeiterin verfassen. Er war mir stets ein guter Lehrer, hat mich unterstützt und stand mir mit klugen Ratschlägen zur Seite. Die Lehrstuhl­tätigkeit war für mich aus persönlichen und wissenschaftlichen Gesichtspunkten sehr wertvoll.

Danken möchte ich zudem Herrn Professor Dr. Jürgen Oechsler für das ausführlich und schnell erstellte Zweitgutachten, dem Vorsitzenden der Prüfungskommission der Disputation, Herrn Professor Dr. Urs Peter Gruber, sowie Herrn Professor Dr. Michael Kling und Herrn Professor Dr. Stefan Thomas für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe „Beiträge zum Kartellrecht“.

Darüber hinaus bin ich dankbar für die finanzielle Förderung bei der Drucklegung dieser Arbeit durch die Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung und das Kartellrechtsforum Frankfurt am Main e.V.

Meinen ehemaligen Kolleginnen Marie Eckstein, Svenja Huemer und Lisa Potrikus sowie meinen ehemaligen Kollegen Jona Schwabach und Dr. Dennis Fritz danke ich für den fachlichen Austausch und die schöne Zeit am Lehrstuhl, die mir immer positiv in Erinnerung bleibt.

Der größte Dank gilt meinen Eltern Anita und Wolfgang Oegel und meinem Ehemann Marvin Oegel – ohne sie wäre diese Arbeit nicht entstanden; ihnen ist sie gewidmet. Meine Eltern haben mich immer bedingungslos und liebevoll unterstützt und mich darin bestärkt, meine Ziele zu verfolgen. Marvin hat mir stets den nötigen Rückhalt gegeben und ist mir seit über 15 Jahren in jeder Lebenslage ein wundervoller Partner.

Mainz, im Juni 2025

Lucia Oegel



# Inhaltsübersicht

Vorwort.....	VII
Inhaltsverzeichnis.....	XIII
Abkürzungsverzeichnis .....	XXXI
<i>Einleitung</i> .....	1
A. Problemstellung und Zielsetzung dieser Arbeit .....	1
B. Gang der Untersuchung.....	5
<i>Teil 1: Gemeinschaftsunternehmen in der Kartellverbots- und Zusammenschlussprüfung</i> .....	9
<i>Kapitel 1: Kartellbedenken im gegründeten Gemeinschaftsunternehmen</i> .....	11
A. Gemeinschaftsunternehmen – zwischen Kartell und Zusammenschluss ..	11
B. Gesellschaftereinflüsse im Prüfungsprogramm des Art. 101 AEUV .....	16
C. Ergebnis.....	29
<i>Kapitel 2: Grenzen der Freistellung von Art. 101 AEUV im Gemeinschaftsunternehmen i. S. d. FKVO</i> .....	31
A. (Doppeltes) Privileg innerhalb des Vollfunktionsgemeinschafts- unternehmens .....	31
B. Rechtfertigung eines verbleibenden Anwendungsbereichs für die Kartellverbotskontrolle bei Betrieb des Gemeinschafts- unternehmens <i>ex post</i> .....	68
C. Reichweite der Immunität gegenüber Art. 101 AEUV zwischen kontrollierendem Minderheitsgesellschafter und Gemeinschafts- unternehmen i. S. d. FKVO .....	93
D. Ergebnis.....	133

<i>Kapitel 3: Gemeinschaftsunternehmen im nationalen Kartellrecht und Kartellverbot</i> .....	135
A. Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens außerhalb des Anwendungsbereichs der FKVO.....	135
B. Verhältnis zur Kartellverbotsprüfung .....	139
C. Ergebnis.....	145
 <i>Teil 2: Gemeinschaftsunternehmen und wirtschaftliche Einheit</i> .....	147
 <i>Kapitel 1: Heterogenität des Terminus ‚wirtschaftliche Einheit‘</i> .....	149
A. Zweifel an der Existenz ‚der‘ wirtschaftlichen Einheit .....	149
B. Konzernhaftung, Konzernprivileg und die Allegorie einer Medaille.....	152
C. Ergebnis.....	165
 <i>Kapitel 2: Wirtschaftliche (Haftungs-)Einheit im Gemeinschaftsunternehmen</i> .....	167
A. Wirtschaftliche (Bußgeld-)Einheit im Gemeinschaftsunternehmen .....	167
B. Wirtschaftliche (Schadenersatz-)Einheit im Gemeinschaftsunternehmen .....	187
C. Ergebnis.....	188
 <i>Kapitel 3: Konzernprivileg im Gemeinschaftsunternehmen</i> .....	189
A. Grundlagen .....	189
B. Konzernprivileg im Verhältnis Mutter/Gemeinschaftsunternehmen .....	197
C. Ergebnis.....	233
 <i>Kapitel 4: Wirtschaftliche Einheit im Gemeinschaftsunternehmen in conclusio</i> .....	235
A. Auswertung in der Retrospektive .....	235
B. Ergebnis.....	248

<i>Teil 3: Ausübung einzelner Gesellschafterrechte im Gemeinschaftsunternehmen und Kartellverbot</i> .....	251
<i>Kapitel 1: Gemeinschaftsunternehmen in der Rechtsform der GmbH</i> .....	253
A. GmbH und kartellverbotsrechtliche Schranken .....	253
B. Grenzen einzelner Gesellschaftereinflüsse .....	254
C. Besonderheiten des Gemeinschaftsunternehmens in der Rechtsform der AG .....	300
D. Ergebnis .....	317
<i>Kapitel 2: Kartellrechtliche Schranken und Schranken-Schranken</i> .....	319
A. Schranken des Kartellrechts für Gesellschafterrechte .....	319
B. Schranken für die kartellrechtlichen Schranken? .....	337
C. Ergebnis .....	345
<i>Kapitel 3: Wahrung kartellrechtlicher Grenzen in praxi</i> .....	347
A. Maßnahmen im Vorfeld der Gründung des Gemeinschafts- unternehmens .....	347
B. Maßnahmen im Zuge der Gründung des Gemeinschafts- unternehmens .....	348
C. Maßnahmen bei Betrieb des Gemeinschaftsunternehmens .....	351
D. Ergebnis .....	355
<i>Zusammenfassung in Thesen</i> .....	357
A. Teil 1: Gemeinschaftsunternehmen in der Kartellverbots- und Zusammenschlussprüfung .....	357
B. Teil 2: Gemeinschaftsunternehmen und wirtschaftliche Einheit .....	362
C. Teil 3: Ausübung einzelner Gesellschaftereinflüsse im Gemeinschaftsunternehmen und Kartellverbot .....	366
Literaturverzeichnis .....	373
Stichwortverzeichnis .....	395



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Inhaltsübersicht .....	IX
Abkürzungsverzeichnis .....	XXXI
Einleitung.....	1
<i>A. Problemstellung und Zielsetzung dieser Arbeit</i> .....	1
<i>B. Gang der Untersuchung</i> .....	5
Teil 1: Gemeinschaftsunternehmen in der Kartellverbots- und Zusammenschlussprüfung .....	9
Kapitel 1: Kartellbedenken im gegründeten Gemeinschaftsunternehmen .....	11
<i>A. Gemeinschaftsunternehmen – zwischen Kartell und Zusammenschluss</i> .	11
I. Begriff .....	11
II. Motive und Risiken.....	12
III. Wettbewerbliche Stoßrichtung des Gemeinschaftsunternehmens .....	14
<i>B. Gesellschaftereinflüsse im Prüfungsprogramm des Art. 101 AEUV</i> .....	16
I. Kartellverbot als Prüfungsmaßstab.....	16
1. Grundlagen .....	16
2. Verhältnis Mutter/Gemeinschaftsunternehmen als Untersuchungsgegenstand.....	16
a) Vier Kernfragen .....	16
b) Jüngere Judikate .....	17
aa) Urteil des österreichischen Obersten Gerichtshofs vom 19.12.2019 .....	17

bb) Beschluss des österreichischen Obersten Gerichtshofs vom 20.2.2020 .....	19
II. Probleme innerhalb der tatbestandlichen Voraussetzungen des Kartellverbots .....	20
1. Wettbewerbsbeschränkung zwischen Unternehmen .....	20
2. Kartellrechtlich verbotenes Verhalten .....	22
a) Anknüpfungspunkte .....	22
aa) Austausch wettbewerbsrelevanter Informationen .....	22
bb) Ausübung weiterer Gesellschafterrechte .....	24
b) Bedürfnis nach einer Gesamtbewertung .....	24
3. Befund und Folgerungen .....	28
C. Ergebnis .....	29

## Kapitel 2: Grenzen der Freistellung von Art. 101 AEUV im Gemeinschaftsunternehmen i. S. d. FKVO .....

31

A. ( <i>Doppeltes</i> ) Privileg innerhalb des Vollfunktionsgemeinschafts- unternehmens .....	31
I. Konzentrationsprivileg <i>versus</i> Konzernprivileg .....	31
1. Termini .....	31
2. Bedürfnis nach einer Differenzierung .....	32
a) Andersartigkeit der Privilege .....	32
b) Gegenstand von „Freistellungswirkung“ bzw. Konzentrationsprivileg .....	35
3. Bedeutung des Konzentrationsprivilegs für Gesellschaftereinflüsse ..	37
II. Rechtsrahmen für die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens <i>de lege lata</i> .....	37
1. Minderheitsgesellschafterin als Mutter eines Gemeinschafts- unternehmens .....	37
a) Begriff der Minderheitsbeteiligung .....	37
b) Kartellrechtliche (Vorab-)Eingruppierung und wettbewerbliche Bedenken .....	38
2. Erfordernis einer Differenzierung: Gründung <i>versus</i> Betrieb des Gemeinschaftsunternehmens .....	40
a) Divergierende Anknüpfungzeitpunkte .....	40
b) Konzentrationsprivileg als Ausfluss der Zweiteilung .....	41
3. Prüfungsprogramm der FKVO .....	41
a) Aufgreifkriterien und Eingriffsvoraussetzungen .....	41
b) Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens als Zusammenschluss .....	42

aa) Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen.....	42
(1) Gemeinsame Kontrolle .....	42
(a) Begriff .....	42
(b) Rechtliche Begründung gemeinsamer Kontrolle.....	44
(c) Faktische Begründung gemeinsamer Kontrolle .....	46
(2) Selbstständigkeit und Dauerhaftigkeit .....	46
bb) Gründung nach der FKVO .....	47
c) Beurteilung von Zusammenschlüssen gemäß Art. 2 FKVO .....	47
d) Materiell- und verfahrensrechtliche Vorteile .....	49
4. Art. 101 AEUV außerhalb von Art. 2 Abs. 4 und Abs. 5 FKVO	
bei Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens i. S. d. FKVO.....	50
a) Zeitlicher und inhaltlicher Rahmen.....	50
b) Art. 101 AEUV und der Zusammenschluss .....	52
aa) Meinungsstand.....	52
bb) Folgerungen.....	56
c) Ausnahme für das Verhältnis Mutter/Gemeinschafts-	
unternehmen? .....	57
aa) Meinungsstand.....	57
bb) Folgerungen.....	61
d) Ausnahme für die Geltendmachung durch Dritte	
vor Zivilgerichten? .....	65
aa) Meinungsstand.....	65
bb) Folgerungen.....	67
e) Bedürfnis nach Bestimmung des Umfangs des	
Konzentrationsprivilegs.....	68
B. <i>Rechtfertigung eines verbleibenden Anwendungsbereichs für</i>	
<i>die Kartellverbotskontrolle bei Betrieb des Gemeinschafts-</i>	
<i>unternehmens ex post.....</i>	68
I. Erforderlichkeit einer Differenzierung: ‚Ob‘ und ‚Wie‘	
der Sperrwirkung .....	68
II. Bedenken: FKVO als alleiniger Prüfungsmaßstab, Gründung des	
Gemeinschaftsunternehmens als alleiniger Prüfungszeitpunkt .....	69
1. Untauglichkeit einer stetigen Kartellverbotskontrolle <i>in praxi</i> .....	69
2. Abschließender Charakter der FKVO-Prüfung .....	70
a) <i>Telos</i> von Art. 21 Abs. 1 FKVO und Art. 2 Abs. 4,	
Abs. 5 FKVO .....	70
aa) Argumentation .....	70
bb) Bewertung.....	70
b) Gebot der Rechtssicherheit .....	73
aa) Argumentation .....	73
bb) Bewertung.....	73

c) Doppelbewertung des Sachverhalts gemäß Struktur- und Verhaltenskontrolle .....	74
aa) Argumentation .....	74
bb) Bewertung.....	75
d) Widerspruch zur Kontrollprüfung i. S. v. Art. 3 Abs. 4, Abs. 1 lit. b) FKVO, da Rechtsausübung im Kontrollerwerb „angelegt“ .....	77
aa) Argumentation .....	77
bb) Bewertung.....	77
e) Folgerungen .....	79
III. Erkenntnis: Keine absolute, unbegrenzte Freizeichnung von Art. 101 AEUV .....	80
1. Ablehnung der Extreme .....	80
a) Keine Pauschalimmunitisierung gegenüber dem Kartellverbot .....	80
aa) „Defizite“ der Entscheidung i. S. d. FKVO .....	80
(1) Zeitliche Dimension: Prognoseentscheidung <i>ex ante</i> .....	80
(2) Inhaltliche Dimension: Wettbewerbliche Wirkungen im Verhältnis Mutter/Gemeinschaftsunternehmen nur partiell erfasst.....	82
bb) Missverhältnis zwischen Prüfungsprogramm und Freistellungswirkung.....	82
cc) Grundsätzliche Anwendbarkeit des Kartellverbots <i>ex post</i> .....	83
b) Keine bedingungslose Anwendbarkeit des Kartellverbots .....	85
2. Vereinbarkeit mit neueren europäischen Entwicklungen.....	86
a) Europäisches Kartellverbot.....	86
b) Europäisches Missbrauchsverbot.....	87
3. Vereinbarkeit mit der „Bindung“ für künftige Zusammenschlussentscheidungen.....	89
a) Ausschluss einer nachträglichen Strukturkontrolle .....	89
aa) Europäische Zusammenschlusskontrolle .....	89
bb) Deutsche Zusammenschlusskontrolle.....	90
b) Abweichung bei einer Verhaltenskontrolle <i>ex post</i> .....	91
aa) Grundfall: Nachträgliche strukturelle Veränderungen bleiben aus.....	91
bb) Sonderfall: Nachträgliche strukturelle Veränderungen lösen keine Zusammenschlusskontrolle aus.....	91
IV. Folgerungen und Anforderungen an einen Lösungsansatz.....	91
 C. Reichweite der Immunität gegenüber Art. 101 AEUV zwischen kontrollierendem Minderheitsgesellschafter und Gemeinschafts- unternehmen i. S. d. FKVO .....	93
I. Bestandsaufnahme .....	93

1. Rahmenbestimmung .....	93
2. Einzelne Lösungsansätze .....	94
a) Art der (Kern-)Beschränkung .....	94
b) Innen- und Außenverhältnis .....	94
c) Immunität für die Kontrollwahrnehmung .....	95
d) Gesellschaftereinflüsse als (Neben-)Abrede .....	96
e) Schranke der Notwendigkeit für die effektive Rechtswahrnehmung .....	97
f) Immanenz- und Akzessorietätsgedanke .....	99
g) Funktionsfähigkeit des Gemeinschaftsunternehmens als äußerste Grenze .....	101
h) Maßgeblichkeit einer Gesellschaftereinigung .....	103
3. Folgerungen .....	104
II. Vorschlag eines kombinierten Ansatzes .....	104
1. Fallgruppenbildung .....	104
a) Unmittelbarkeit <i>versus</i> Trennbarkeit .....	104
b) Differenzierung nach den jeweiligen Gesellschafterrechten .....	107
aa) Ausklammern von nach der Gründung erworbenen oder erheblich geänderten Gesellschafterrechten .....	107
bb) Bei Gründung „angelegte“ Gesellschafterrechte als Problemfall .....	107
cc) Eingruppierung der Gesellschafterrechte .....	107
(1) Fallgruppen <i>in abstracto</i> .....	107
(a) Gesellschaftereinflüsse angelegt und abschließend determiniert .....	107
(b) Gesellschaftereinflüsse angelegt und nicht abschließend determiniert .....	108
(2) Fallgruppen <i>in concreto</i> .....	108
2. Regelungslücke <i>de lege lata</i> und Korrekturbedürfnis <i>de lege ferenda</i> ? .....	110
a) FKVO .....	110
b) VO 1/2003 .....	111
3. Wettbewerbsverbot zugunsten des Gemeinschaftsunternehmens als Parallele .....	113
a) Gesellschaftsrechtliche Grundlagen .....	113
b) Kartellrechtlicher Rahmen für Wettbewerbsverbote .....	115
aa) Wettbewerbsverbote und Gemeinschaftsunternehmen .....	115
bb) Vertragliche Wettbewerbsverbote zugunsten des Gemeinschaftsunternehmens .....	116
c) Wettbewerbsverbote und Konzentrationsprivileg bei der Wahrnehmung von Gesellschaftereinflüssen im Gemeinschaftsunternehmen .....	119

d) Rückschluss aus der Existenz eines wirksamen Wettbewerbs- verbots zulasten der minderheitlich beteiligten Mutter .....	123
4. Immunität bei angelegten und nicht abschließend determinierten Gesellschafterrechten.....	125
a) „Drei-Stufen-Modell“ als Quintessenz des Konzentrationsprivilegs.....	125
aa) Erste Stufe .....	125
(1) Gegenstand: Ein- und Abgrenzung .....	125
(2) (Positiv-)Kriterien: Kausalität und Unmittelbarkeit .....	125
(3) (Negativ-)Kriterien: Kontrollerwerb und Finalität .....	126
(4) Folgerung: Anwendbarkeit des Kartellverbots bei der Wahrnehmung „wertungsoffener“ und nicht allein kontrollbegründender Gesellschaftereinflüsse .....	126
bb) Zweite Stufe.....	128
(1) Gegenstand: Einfluss des Prüfungsprogramms der FKVO.....	128
(2) Kriterium: „Defizite“ der Fusionskontrollprüfung .....	128
(3) Folgerung: Anwendbarkeit des Kartellverbots und Prüfung der FKVO .....	129
(a) Ausgangspunkt: Prüfungsmaßstab bei Gründung des Gemeinschaftsunternehmens zeichnet maximale Sperrwirkung vor .....	129
(b) Ansatz: Implementierung eines Fristenplans .....	130
cc) Dritte Stufe .....	131
(1) Gegenstand: Auslotung der äußersten kartellrechtlichen Grenze.....	131
(2) Kriterium: Funktionsfähigkeit des Gemeinschafts- unternehmens, Notwendigkeit und Immanenz .....	131
(3) Folgerung: Anwendbarkeit und Grenzen des Kartellverbots.....	131
b) Wahrung der Rechtssicherheit als zentrale Aufgabe <i>de lege ferenda</i> .....	132
 D. Ergebnis.....	 133
 Kapitel 3: Gemeinschaftsunternehmen im nationalen Kartellrecht und Kartellverbot.....	 135
 A. Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens außerhalb des Anwendungsbereichs der FKVO .....	 135
I. Anforderungen der FKVO nicht gewahrt .....	135

II. Rechtsrahmen bei Gründung des Gemeinschaftsunternehmens .....	135
1. Fallgruppen .....	135
a) Fehlen der Zusammenschlussvoraussetzungen des Art. 3 FKVO .....	135
aa) Nichtkontrollierende Minderheit im Gemeinschafts- unternehmen .....	135
bb) Kontrollierende Minderheit im Teilfunktionsgemeinschafts- unternehmen .....	136
b) Kontrollierende Minderheit im Vollfunktionsgemeinschafts- unternehmen unterhalb der Schwellenwerte der FKVO .....	137
2. Rechtsrahmen für das Gemeinschaftsunternehmen i. S. d. GWB ....	137
a) Doppelkontrolle als Ausgangspunkt .....	137
b) Aufgreifkriterien und Eingriffsvoraussetzungen .....	138
 B. Verhältnis zur Kartellverbotsprüfung.....	139
I. Kartellverbot <i>ex ante</i> bei Gründung des Gemeinschaftsunternehmens.	139
1. Gemeinschaftsunternehmen i. S. d. FKVO und nationales Kartellverbot.....	139
2. Gemeinschaftsunternehmen i. S. d. GWB und nationales Kartellverbot.....	139
II. Kartellverbot <i>ex post</i> bei Betrieb des Gemeinschaftsunternehmens ....	140
1. Kartellverbotsrechtliche Bedenken im gegründeten Gemeinschaftsunternehmen .....	140
2. Anwendbarkeit des Kartellverbots .....	142
a) Gemeinschaftsunternehmen i. S. d. GWB und Kartellverbot .....	142
b) Gemeinschaftsunternehmen ohne Zusammenschlussprüfung und Kartellverbot .....	143
3. Verhältnis zu § 40 Abs. 3 S. 2 GWB.....	144
 C. Ergebnis.....	145

Teil 2: Gemeinschaftsunternehmen und wirtschaftliche Einheit .....	147
---	-----

Kapitel 1: Heterogenität des Terminus ‚wirtschaftliche Einheit‘ .....	149
--	-----

A. Zweifel an der Existenz ‚der‘ wirtschaftlichen Einheit.....	149
I. Grundlagen .....	149

II. Willkürliche Begriffswahl und fehlende Trennschärfe – der Dreiklang: wirtschaftliche Einheit, Konzernhaftung und Konzernprivileg .....	151
<i>B. Konzernhaftung, Konzernprivileg und die Allegorie einer Medaille....</i>	152
I. Zweifel an Synonymität und Per-se-Schluss .....	152
1. Interpretationsmöglichkeiten .....	152
2. Rechtsprechung der Unionsgerichte und Einordnung.....	153
3. Meinungsstand in der Literatur und Einordnung .....	154
a) Breite des Spektrums.....	154
b) Argumentationsansätze.....	155
aa) ‚Eine‘ wirtschaftliche Einheit.....	155
bb) ‚Ein‘ Unternehmen .....	156
cc) ‚Ein‘ Marktakteur.....	156
dd) Rechtssicherheit.....	157
ee) Gegenseitiger Ausgleich von Vor- und Nachteilen.....	157
ff) Widerspruch zwischen bestimmendem Einfluss und anwendbarem Kartellverbot .....	159
4. Bewertung und Folgerung.....	159
II. Neuausrichtung aufgrund der Horizontal-Leitlinien (2023)? .....	160
<i>C. Ergebnis.....</i>	165

## Kapitel 2: Wirtschaftliche (Haftungs-)Einheit im Gemeinschaftsunternehmen .....

167

<i>A. Wirtschaftliche (Bußgeld-)Einheit im Gemeinschaftsunternehmen .....</i>	167
I. Grundlagen .....	167
1. Gegenstand und Dogmatik.....	167
2. Rechtsstaatliche und gesellschaftsrechtliche Bedenken.....	171
II. Voraussetzungen im Verhältnis Mutter/Gemeinschaftsunternehmen ...	172
1. Anforderungen <i>in abstracto</i> .....	172
a) Verhältnis Mutter/Gemeinschaftsunternehmen als Maßstab .....	172
b) Verhältnis Mutter/Tochter im Konzern als Ausgangspunkt .....	173
aa) Möglichkeit und tatsächliche Ausübung bestimmenden Einflusses.....	173
bb) Akzo-Vermutung: Beteiligung der Mutter mit (nahezu) 100%.....	175
(1) Anforderungen an die Vermutung .....	175
(2) Widerlegung der Vermutung und praktische Schwierigkeiten.....	177

(3) Bedeutung von Compliance .....	179
2. Anforderungen und Grenzen <i>in concreto</i> .....	181
a) Unanwendbarkeit der Akzo-Vermutung .....	181
b) Beteiligung am Gemeinschaftsunternehmen .....	182
aa) Paritätische Beteiligung .....	182
bb) Disparitätische Beteiligung .....	183
c) Anforderungen an die tatsächliche Ausübung bestimmenden Einflusses .....	183
<i>B. Wirtschaftliche (Schadenersatz-)Einheit im Gemeinschafts-</i> <i>unternehmen</i> .....	187
I. Verhältnis zur wirtschaftlichen (Bußgeld-)Einheit in jüngeren Entscheidungen .....	187
II. Verhältnis zum Konzernprivileg .....	188
<i>C. Ergebnis</i> .....	188
<b>Kapitel 3: Konzernprivileg im Gemeinschaftsunternehmen</b> .....	189
<i>A. Grundlagen</i> .....	189
I. Gegenstand .....	189
II. (Geheim-)Wettbewerb und Selbstständigkeitspostulat als Voraussetzung der Kartellverbotskontrolle .....	190
III. Konzernprivileg als Frage des Unternehmensbegriffs? .....	191
1. Konzern und Unternehmen .....	191
2. Anknüpfung des Konzernprivilegs in der Kartellverbotsprüfung ....	192
a) Streitfrage und Meinungsbild .....	192
b) Stellungnahme .....	194
<i>B. Konzernprivileg im Verhältnis Mutter/Gemeinschaftsunternehmen</i> .....	197
I. Anforderungen <i>in abstracto</i> .....	197
1. Grundlegendes im Verhältnis Mutter/Tochter .....	197
a) Fehlen wettbewerblicher Autonomie der Tochter .....	197
b) Fehlende Autonomie infolge bestimmenden Einflusses der Mutter .....	198
aa) Meinungsstand: Möglichkeit und/oder Ausübung .....	198
bb) Stellungnahme .....	199
c) Unanwendbarkeit der Akzo-Vermutung .....	200
d) Keine zusätzlichen Anforderungen an den Vereinbarungszweck	201
2. Kriterien im Verhältnis Mutter/Gemeinschaftsunternehmen .....	202

a)	Eigenart des Gemeinschaftsunternehmens .....	202
b)	Kriterium der Marktbezogenheit .....	203
aa)	Vorschlag einer Neubewertung .....	203
bb)	Stellungnahme .....	204
c)	Maßgeblichkeit von Effizienzgewinnen .....	205
aa)	Vorschlag eines „more realistic approach“ .....	205
bb)	Stellungnahme .....	205
d)	Prüfungsprogramm .....	206
aa)	Potentielle Modifikationen .....	206
bb)	Fehlende Autonomie infolge bestimmenden Einflusses .....	206
(1)	Gegenstand: strategisch <i>versus</i> operativ .....	206
(2)	Richtung: negativ <i>versus</i> positiv .....	208
cc)	Möglichkeit und Ausübung .....	210
II.	Anforderungen und Grenzen <i>in concreto</i> .....	211
1.	Zweifel am Konzernprivileg dem Grunde nach .....	211
a)	Meinungsstand: Konzernprivileg zu keiner Mutter? .....	211
b)	Stellungnahme .....	215
2.	Zweifel am Konzernprivileg dem Umfang nach .....	218
a)	Beteiligte der wirtschaftlichen Einheit .....	218
aa)	Meinungsstand: Wirtschaftliche Einheit mit (jeweils) nur einer Mutter oder sämtlichen (mit-)kontrollierenden Müttern? .....	218
bb)	Stellungnahme .....	220
b)	Beteiligte des kartellverbotswidrigen Verhaltens .....	222
aa)	Meinungsstand: Kartellverbot bei Abrede mit nur einer Mutter? .....	222
bb)	Stellungnahme .....	222
3.	Konstellationen im Gemeinschaftsunternehmen <i>in praxi</i> .....	223
a)	Konzernprivileg bei paritätischer Beteiligung .....	223
aa)	Vergemeinschaftung als vorgeschlagenes Kriterium .....	223
bb)	Stellungnahme .....	224
b)	Konzernprivileg bei disparitätischer Beteiligung .....	225
aa)	Koordinierter Einfluss der Mütter als Maßstab .....	225
bb)	Negativ mitkontrollierende und minderheitlich beteiligte Mutter .....	227
c)	Konzernprivileg in Sonderfällen .....	227
aa)	Fallgruppe eins: Industrielle Führerschaft .....	227
bb)	Fallgruppe zwei: Divergierende Kompetenzsphären .....	228
cc)	Fallgruppe drei: Konkrete Alleinverantwortung .....	229
4.	Autonomie des Gemeinschaftsunternehmens als Anwendungs- voraussetzung des Kartellverbots .....	230
a)	Kriterium des österreichischen Obersten Gerichtshofs: „eigenständiger Handlungsbereich der Geschäftsführung“ .....	230

aa) Ausführungen in der Entscheidung .....	230
bb) Interpretationen.....	230
(1) Als „salomonische Lösung“? .....	230
(2) Als „relativer Unternehmensbegriff“? .....	230
(3) Als konzernpolitische Maßnahme? .....	231
b) Einordnung: Konformität mit der Forderung einer operativen Selbstständigkeit .....	232
C. <i>Ergebnis</i> .....	233

## Kapitel 4: Wirtschaftliche Einheit im Gemeinschafts- unternehmen *in conclusio* .....

235

### A. *Auswertung in der Retrospektive*.....

235

I. Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen nach Art. 3 Abs. 4, Abs. 1 lit. b) FKVO und wirtschaftliche Einheit .....	235
1. Gemeinsamer bestimmender Einfluss und gemeinsame Kontrolle ..	235
2. Gemeinsamer bestimmender Einfluss und Selbstständigkeit.....	239
II. Wirtschaftliche Einheit, Konzernprivileg und Konzernhaftung .....	242
III. Konzernprivileg in Abgrenzung zum Konzentrationsprivileg.....	243
IV. Einordnung der EuGH-Entscheidung in <i>Morris-Rothmans</i> .....	245

### B. *Ergebnis*.....

248

## Teil 3: Ausübung einzelner Gesellschafterrechte im Gemeinschaftsunternehmen und Kartellverbot .....

251

## Kapitel 1: Gemeinschaftsunternehmen in der Rechtsform der GmbH .....

253

### A. *GmbH und kartellverbotsrechtliche Schranken* .....

253

I. Gesellschafter innerhalb der Gesellschaft.....	253
II. Relevanz des Kartellverbots.....	254

### B. *Grenzen einzelner Gesellschaftereinflüsse* .....

254

I. Kollisionsszenarien .....	254
1. <i>De facto</i> : Gesellschafter- und Gesellschaftsinteressen .....	254

2. <i>De iure</i> : Kartell- und Gesellschaftsrecht.....	255
a) Widerspruch und Abweichung zwischen Erlaubtem und Untersagtem .....	255
b) Verhältnis zum Konzentrations- und Konzernprivileg .....	256
II. Position des Gesellschafters und Rechte <i>ipso iure</i> .....	256
1. Auskunfts- und Einsichtsrecht gemäß § 51a GmbHG .....	256
a) Gegenstand.....	256
b) Grenzen.....	258
aa) Gesellschaftsrecht und sonstige Schranken .....	258
(1) Besorgnis der Verwendung zu gesellschaftsfremden Zwecken und Nachteilszufügung, § 51a Abs. 2 S. 1 GmbHG.....	258
(2) Weitere Verweigerungsgründe .....	259
bb) Kartellverbot.....	260
c) Auskunfts- und Einsichtsrecht der konkurrierenden Mutter .....	260
aa) Informationsrecht und Kartellrecht .....	260
(1) Informationsrecht innerhalb der Zusammenschluss- prüfung.....	260
(2) Einfluss des Informationsrechts auf wettbewerbs- erhebliche Umstände .....	261
bb) Folgerungen aus dem Kartellrecht für die Rechtswahrnehmung.....	262
(1) Gesellschaftsrechtliche Schranken als kartellrechtliches Einfallstor .....	262
(2) Kartellrechtliche Schranken anhand des Marktinformationsverfahrens .....	264
(3) Gleichlauf kartellrechtlicher und gesellschaftsrechtlicher Schranken im Falle einer gesellschaftsfeindlichen Inter- essenlage .....	265
(a) Wertungsparallele .....	265
(b) Anforderungen an die zu verweigernden Informationen .....	266
(c) Treuhänderische Rechtswahrnehmung als Sonderfall .....	268
(4) Informationsverweigerung und Gesellschafter- beschluss .....	269
(5) Vereinbarkeit kartellrechtlicher Schranken mit dem zwingenden Charakter des Informationsrechts gemäß § 51a Abs. 3 GmbHG.....	270
2. Teilnahmerecht gemäß § 48 GmbHG.....	270
a) Gegenstand.....	270
aa) Teilnahme an der Gesellschafterversammlung .....	270
bb) Rede- und Antragsrecht .....	271

b) Grenzen.....	271
aa) Gesellschaftsrecht.....	271
bb) Kartellverbot.....	272
cc) Teilnahmerecht der konkurrierenden Mutter.....	273
3. Stimmrecht gemäß § 47 GmbHG.....	273
a) Gegenstand.....	273
b) Grenzen.....	274
aa) Gesellschaftsrecht.....	274
(1) Stimmverbot, § 47 Abs. 4 GmbHG.....	274
(2) Stimmrechtsmissbrauch und treuwidrige Stimmabgabe.....	275
bb) Kartellverbot.....	275
cc) Stimmrecht der konkurrierenden Mutter.....	276
(1) Stimmabgabe als Kartellverbotsverstoß.....	276
(2) Stimmrechtsbindung als Alternative.....	276
(3) Stimmrechtsausschluss als kartell- und gesellschafts- rechtliche Lösung.....	277
(a) Analoge Anwendung des § 47 Abs. 4 GmbHG.....	277
(b) Sozialakte als gesellschaftsrechtlicher Sonderfall....	280
4. Gesellschafter und Gesellschafterversammlung im Übrigen.....	281
a) Einflüsse kraft Gesellschafterstellung.....	281
aa) Kollektives Informationsrecht und Informationspflicht.....	281
bb) Begleitumstände für eine effektive Teilnahme.....	281
(1) Form und Frist der Einberufung.....	281
(2) Zwingende inhaltliche Anforderungen an die Einberufung.....	282
(3) Zuleitung der Tagesordnung.....	282
(4) Ort und Zeit der Versammlung.....	282
cc) Auskunft über und Einsicht in das Protokoll.....	283
b) Kartellverbotsrechtliche Schranken.....	283
5. Einfluss auf das Geschäftsführungs- und das Aufsichtsorgan.....	284
a) Gesellschafter und Geschäftsführung.....	284
aa) Geschäftsführung in der GmbH.....	284
bb) Anknüpfung der Einflussnahme.....	285
(1) Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer.....	285
(2) Gesellschafter als Geschäftsführer.....	285
(3) Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung.....	286
b) Gesellschafter und Aufsichtsrat.....	286
aa) Aufsichtsrat in der GmbH.....	286
(1) Fakultativer Aufsichtsrat.....	286
(2) Obligatorischer Aufsichtsrat.....	288
(3) Kompetenzen und Spannungen.....	288
bb) Anknüpfung der Einflussnahme.....	289
c) Kartellverbotsrechtliche Schranken.....	289

aa) Adressaten .....	289
(1) Begrenzung der Gesellschafterrechte als Ausgangspunkt .....	289
(2) Begrenzung der Geschäftsführerkompetenzen .....	290
bb) Gegenstand und Umfang .....	292
(1) Verhältnis zum Konzentrations- und Konzernprivileg ...	292
(2) Folgerungen für Gesellschafter und Geschäftsführer .....	293
III. Interdependenz der Gesellschaftereinflüsse .....	294
1. Informationsrecht und seine „dienende Funktion“ .....	294
2. Teilnahme und Stimmabgabe ohne Information .....	295
IV. Anknüpfung und Rechtsfolge kartellverbotswidriger Rechtswahrnehmung im gesellschaftsrechtlichen Kontext .....	297
1. Kartellrechtliche Folge des verbotenen Verhaltens .....	297
2. Gesellschaftsrechtliche Einordnung von kartellverbotswidriger Stimmabgabe und Beschlussfassung .....	298
a) Fallgruppen .....	298
b) Nichtigkeit „kartellrechtlich infizierter Beschlüsse“ .....	299
 C. <i>Besonderheiten des Gemeinschaftsunternehmens     in der Rechtsform der AG</i> .....	 300
I. AG und Bedeutung kartellverbotswidriger Schranken .....	300
1. Aktionär innerhalb der AG .....	300
2. Relevanz des Kartellverbots .....	301
II. Grenzen einzelner Aktionärsinflüsse .....	301
1. Orientierung an der GmbH? .....	301
2. Aktionärsinflüsse im gesetzlichen Regelfall .....	302
a) Mitverwaltungsrechte .....	302
aa) Gegenstand .....	302
(1) Auskunftsrecht gemäß § 131 AktG .....	302
(2) Teilnahmerecht gemäß § 118 AktG .....	303
(3) Stimmrecht gemäß §§ 12, 134 AktG .....	303
bb) Kartellverbotswidrige Grenzen .....	304
b) Einflüsse auf das Geschäftsführungs- und das Aufsichtsorgan ...	304
aa) Aktionär und Aufsichtsrat .....	304
(1) Aufsichtsrat in der AG .....	304
(2) Anknüpfungspunkte der Einflussnahme .....	305
(a) Bestellung und Abberufung der Aufsichtsrats- mitglieder .....	305
(b) Aktionär als Aufsichtsratsmitglied .....	306
bb) Aktionär und Geschäftsführung .....	307
(1) Geschäftsführung in der AG .....	307
(2) Anknüpfungspunkte der Einflussnahme .....	307

(a) Bestellung und Abberufung der Vorstands- mitglieder.....	307
(b) Aktionär als Vorstandsmitglied.....	307
cc) Kartellverbotsrechtliche Schranken.....	308
(1) Adressaten.....	308
(a) Begrenzung von Aktionärsrechten als Ausgangspunkt .....	308
(b) Begrenzung der Kompetenz von Aufsichtsrats- mitgliedern.....	309
(c) Begrenzung der Kompetenz von Vorstands- mitgliedern.....	314
(2) Folgerungen für Aktionäre, Aufsichtsrats- und Vorstandsmitglieder .....	315
<i>D. Ergebnis.....</i>	317

## Kapitel 2: Kartellrechtliche Schranken und Schranken-Schranken ..... 319

<i>A. Schranken des Kartellrechts für Gesellschafterrechte .....</i>	319
I. Unterschiede von Kartell- und Gesellschaftsrecht.....	319
1. Regelungsgehalt und Regelungsanliegen .....	319
2. Divergenzen <i>in concreto</i> .....	320
II. Verhältnis von Kartell- und Gesellschaftsrecht bei Widerspruch.....	321
1. Nationales Gesellschaftsrecht und Art. 101 AEUV .....	321
2. Nationales Gesellschaftsrecht und § 1 GWB.....	322
a) Problemstellung.....	322
aa) Rechtliche Ausgangslage und Methodik .....	322
bb) Bedenken bei pauschalem Kartell- oder Gesellschaftsrechtsprivileg .....	324
b) Vorschläge zur Lösung einer Kollision.....	325
aa) Allgemeine Kollisionsregeln.....	325
bb) Kollisionsregeln aus anderem Kontext.....	326
(1) Internationales Privatrecht .....	326
(2) Praktische Konkordanz.....	326
c) Einheit der Rechtsordnung .....	327
aa) Auslegung, Abwägung und teleologische Reduktion .....	327
bb) Gesamtbetrachtung .....	327
(1) Wertentscheidung des Kartellrechts.....	327
(2) Wertentscheidung des Gesellschaftsrechts.....	329

d) Rechtswahrnehmung allein innerhalb kartellrechtlicher Grenzen.....	330
aa) Beschränkbarkeit der Privatautonomie als Voraussetzung effektiven Kartellrechts und gesellschaftsrechtlich anerkanntes Faktum .....	330
bb) Wettbewerbsverbot und kartellrechtliche Schranken.....	332
cc) Folgerungen.....	334
<i>B. Schranken für die kartellrechtlichen Schranken? .....</i>	<i>337</i>
I. Unentziehbarkeit bestimmter Gesellschafterrechte? .....	337
1. Zweifel an den unbegrenzten Schranken des Kartellverbots .....	337
2. Begründungsversuche.....	337
a) Gesellschafterstellung als leere Hülle trotz grundrechtlichem Schutz .....	337
b) Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht und Wertung des § 242 BGB .....	338
c) Rechtserhalt wegen Treu und Glauben .....	339
3. Versagung eines absolut gewährten Kerns an Gesellschaftereinflüssen .....	340
II. Schranken-Schranke für das Kartellverbot bei Rechtswahrnehmung... ..	340
1. Wettbewerbsverbot als Begründung für Schranken kartellrechtlicher Schranken .....	340
2. Kriterien des Immanenzgedanken als Ausgangspunkt.....	341
3. Wechselwirkung zwischen kartellverbotsrechtlichen Grenzen der Rechtswahrnehmung und kartellrechtlicher Zulässigkeit des Wettbewerbsverbots .....	342
<i>C. Ergebnis.....</i>	<i>345</i>
Kapitel 3: Wahrung kartellrechtlicher Grenzen <i>in praxi</i> .....	347
A. Maßnahmen im Vorfeld der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens .....	347
B. Maßnahmen im Zuge der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens .....	348
I. Katalogartige Auflistung kartellrechtlich unzulässigen Verhaltens in der Satzung .....	348
II. Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots .....	349
III. Limitierter Einfluss auf Geschäftsführungs- und/oder Aufsichtsorgan.....	349

C. Maßnahmen bei Betrieb des Gemeinschaftsunternehmens.....	351
I. Compliance.....	351
II. Informatorische und personelle Trennung in Anlehnung an Chinese Walls oder dauerhafte Clean Teams.....	352
III. Katalogartige Auflistung kartellrechtlich unzulässigen Verhaltens im Beschluss.....	354
IV. Einzelfallprüfung.....	354
D. Ergebnis.....	355
Zusammenfassung in Thesen.....	357
A. Teil 1: Gemeinschaftsunternehmen in der Kartellverbots- und Zusammenschlussprüfung.....	357
B. Teil 2: Gemeinschaftsunternehmen und wirtschaftliche Einheit.....	362
C. Teil 3: Ausübung einzelner Gesellschaftereinflüsse im Gemeinschaftsunternehmen und Kartellverbot.....	366
Literaturverzeichnis.....	373
Stichwortverzeichnis.....	395



## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. E.	am Ende
a. F.	alte/-n Fassung/-en
ABl.	Amtsblatt
abl.	ablehnend/-en
Abs.	Absatz
abw.	abweichend/-e/-en/-er
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft, Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
ähnl.	ähnlich/-e
AktG	Aktiengesetz
allg.	allgemein/-en
Antitrust L.J.	Antitrust Law Journal (Zeitschrift)
arg.	argumentierend
Art.	Artikel
ARUG II	Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeiter/-in
BeckOGK	beck-online.GROSSKOMMENTAR
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
befürw.	befürworten/-d
begr. v.	begründet von
Bekanntmachung Nebenabreden (2005)	Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. 2005 C 56/24 v. 5.3.2005
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
Bsp.	Beispiel/-e/-en
bspw.	beispielsweise

BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BWB	Bundeswettbewerbsbehörde (Österreich)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CML Rev.	Common Market Law Review (Zeitschrift)
CoRe	European Competition and Regulatory Law Review (Zeitschrift)
d. h.	das heißt
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/-n
diff.	differenzieren/-d
DrittelbG	Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
dt.	deutsche/-n/-m
EBLR	European Business Law Review (Zeitschrift)
ECJ	European Competition Journal (Zeitschrift)
ECLI	European Case Law Identifier
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
eG	eingetragene Genossenschaft
EG	Erwägungsgrund, Europäische Gemeinschaft, Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungslieferung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	endgültig
Entsch.	Entscheidung/-en
EU	Europäische/-n Union
EuG	Europäisches Gericht
EuGH	Europäischer Gerichtshof
europ.	europäische/-m/-n/-r
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
f., ff.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FIW	Schriftenreihe des Forschungsinstituts für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb
FK	Frankfurter Kommentar
FKVO	Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2004, L 24/1 v. 29.1.2004

Fn.	Fußnote
fortgef. v.	fortgeführt von
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt, Generalanwältin
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GD	Gedenkschrift
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GES	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und angrenzendes Steuerrecht
gesellschaftsr.	gesellschaftsrechtlich/-e/-er/-en
GesR	Gesellschaftsrecht
GesRZ	Der Gesellschafter – Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
ggü.	gegenüber
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
grds.	grundsätzlich/-en
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GU	Gemeinschaftsunternehmen/-s
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
h. M.	herrschende Meinung
HCL	Habersack/Casper/Löbbe
Hdb.	Handbuch
Herv.	Hervorhebung/-en
HGB	Handelsgesetzbuch
HLL	Horizontal-Leitlinien
Horizontal- Leitlinien (2011)	Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 v. 14.1.2011
Horizontal- Leitlinien (2023)	Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2023 C 259/1 v. 21.7.2023
Hrsg.	Herausgeber
hrsg. v.	herausgegeben von
Hs.	Halbsatz
i. d. S.	in dem Sinne
i. E.	im Ergebnis
i. e. S.	im engeren Sinne
i. R. d.	im Rahmen der/des
i. R. v.	im Rahmen von
i. S. d.	im Sinne der/des
i. S. e.	im Sinne einer
i. S. v.	im Sinne von
i. S.	im Sinne

i. V. m.	in Verbindung mit
i. Z. m.	im Zusammenhang mit
insb.	insbesondere
insg.	insgesamt
IPR	Internationales Privatrecht
JECLAP	Journal of European Competition Law & Practice (Zeitschrift)
JZ	JuristenZeitung (Zeitschrift)
KartellR	Kartellrecht
kartellr.	kartellrechtliche/-n/-r
KG	Kommanditgesellschaft
Konsolidierte Mitteilung zu Zuständigkeits- fragen	Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen) gemäß der Verordnung (EG Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2008C 95/1, berichtet in ABl. 2009 C 43/10 v. 21.2.2009
krit.	kritisch/-er
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
Leitlinien zur Bewertung Horizontaler Zusammenschlüsse (2004)	Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2004 C 31/5 v. 5.2.2004
Leitlinien zur Bewertung Nicht- horizontaler Zusammenschlüsse (2008)	Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2008 C 265/6 v. 18.10.2008
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
lit.	littera (lateinisch: Buchstabe)
Lit.	Literatur
LMRKM	Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann
M&A	Merger & Acquisitions
m. w. N.	mit weiterem Nachweis, mit weiteren Nachweisen
m. zahlr. w. N.	mit zahlreichen weiteren Nachweisen
MAH	Münchener Anwaltshandbuch
MHdB GesR	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
MHLS	Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt
MitbestErgG	Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer
Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktions- Gemeinschafts- unternehmens	Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 1998 C 66/1 v. 2.3.1998

MontanMitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie
MüKo	Münchener Kommentar
N.V.	naamloze vennootschap (Niederlande)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (Zeitschrift)
Nr.	Nummer/-n
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
NZ	Österreichische Notariats-Zeitung (Zeitschrift)
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
öGmbHG	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Österreich)
OHG, oHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
österr.	österreichische/-m/-n
ÖZK	Österreichische Zeitschrift für Kartellrecht
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
Rn.	Randnummer/-n
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz, Seite
Sec.	Section
SIEC	Significant Impediment to Effective Competition
sog.	sogenannte/-n/-r/-s
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StPO	Strafprozessordnung
str.	strittig/-en
SWK	Steuer- und WirtschaftsKartei (Zeitschrift)
SZW-RSDA	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht/ Revue suisse de droit des affaires et du marché financier/Swiss Review of Business and Financial Market Law
TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union
u. a.	und andere, unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
Urt.	Urteil
US	United States (of America)
v.	vom, von
Vertikal-GVO	Verordnung (EU) 2022/720 der Kommission vom 10. Mai 2022 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. 2022 L 134/4 v. 11.5.2022

vgl.	vergleiche
VGR	Gesellschaftsrechtliche Vereinigung
VO	Verordnung
VO 1/2003	Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 L 1/1 v. 4.1.2003
Vorb.	Vorbemerkung
vs.	versus
w. N.	weitere/-n Nachweise/-n
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter – Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht
wettb.	wettbewerbliche/-n
WettbR	Wettbewerbsrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
z. B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
zust.	zustimmend
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

# Einleitung

## A. Problemstellung und Zielsetzung dieser Arbeit

„Von der Fusion in die Konfusion“

– so charakterisiert ein Aphoristiker das Joint Venture.<sup>1</sup> Konfusion meint zum einen „Verworrenheit“ oder „Unklarheit“.<sup>2</sup> Zum anderen bedeutet der Terminus im Rechtssinne das Erlöschen eines Schuldverhältnisses durch Zusammenfallen von Schuld und Forderung infolge der Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge.<sup>3</sup> Zur Annäherung an den Gegenstand dieser Arbeit – die kartellrechtlichen Grenzen bei Rechtswahrnehmung von Gesellschaftern im Gemeinschaftsunternehmen (im Folgenden: GU) – ist beides ergiebig. Unklarheit, also Konfusion im Sinne einer (Rechts-)Unsicherheit, besteht bei der Beurteilung des GU – „dem unbekanntem Wesen“<sup>4</sup> im Allgemeinen und der hier interessierenden Frage im Besonderen<sup>5</sup>. Entsprechendes gilt für kontrollierende und nichtkontrollierende Minderheitsbeteiligungen.<sup>6</sup> Eine Parallele zur schuldrechtlichen Konfusion ist opportun, reduziert man die Wertung auf ihren Kern: Bei Konfusion fehlt eine zwischenparteiliche Beziehung aufgrund der Identität von Gläubiger und Schuldner, also einer Doppelrolle. Mit dem Zusammenschluss geht die Frage einher, ob im Verhältnis der Mutter – der als Gesellschafterin und Wettbewer-

---

<sup>1</sup> So *Quadbeck-Seeger*, Im Labyrinth der Gedanken, S. 94, obwohl die Gründung keine Fusion i. e. S. ist.

<sup>2</sup> <https://www.duden.de/node/81863/revision/602120> (sämtliche Links zuletzt abgerufen am: 26.1.2025), Bedeutungen Nr. 1 b). *Duden*, Die deutsche Rechtschreibung, S. 688 beschreibt den Begriff u. a. als „Verwirrung, Durcheinander“.

<sup>3</sup> Statt vieler z. B. und m. w. N. *Fetzer*, in: MüKo BGB Bd. 3, Vor § 362 BGB Rn. 4.

<sup>4</sup> So *Kapp/Wegner*, CCZ 2015, 198.

<sup>5</sup> Vgl. etwa *Walch*, NZ 2020, 71, der in Besprechung von OGH, Urt. v. 19.12.2019, 6 Ob 105/19p, ECLI:AT:OGH0002:2019:0060OB00105.19P.1219.000 (im Folgenden ohne ECLI) auf die Unklarheiten verweist, die das Urt. nicht ausräumen konnte. Ähnl. *Wollmann*, in: FS Wiedemann, S. 207, der es hinsichtlich des OGH-Urteils in Sachen *dm* für „verblüffend“ hält, „dass [...] bis heute wesentliche, auch im Tagesgeschäft wichtige Grundsatzfragen des europäischen Kartellrechts nicht abschließend geklärt sind“. Zur Frage, inwiefern eine Koordination infolge eines legitimierten Zusammenschlusses an Art. 101 AEUV zu messen ist, *Pohlmann*, in: MüKo WettbR Bd. 1/1, Art. 101 AEUV Rn. 681 m. w. N.

<sup>6</sup> Zum Fehlen klarer Strukturen insoweit *Wirtz/Dompke*, JECLAP 2021, 604.

berin ebenfalls zwei Funktionen zukommen – zum GU eine wirtschaftliche Einheit ohne wettbewerbserhebliches Außenverhältnis entsteht.

Bei Beteiligungen von Wettbewerbern an Kapitalgesellschaften geht es häufig um Wettbewerbsverbote.<sup>7</sup> Gegenstand dieser Untersuchung ist das Kartellverbot – konkret: das Ob und bejahendenfalls das Wie seiner Anwendung – zwischen GU und einer mit ihm konkurrierenden Mutter bei Wahrnehmung von Gesellschaftereinflüssen<sup>8</sup>. Möglicherweise greifen für die Rechtswahrnehmung kartellverbotsrechtliche Schranken, denen wiederum Schranken zu setzen sind.<sup>9</sup> Zweifel an der Anwendbarkeit des Kartellverbots folgen aus der fusionskontrollrechtlichen Freigabe infolge der Strukturveränderung und der etwaig gebildeten Einheit, die eine bestimmte Gesellschaftsform hat. Die Frage ist: Können Gesellschafter ihre im Zuge des Zusammenschlusses kartellrechtlich legitim erworbenen Einflüsse unbegrenzt ausüben? Nur ein „Nein“ erlaubt Folgeüberlegungen zum Wahrnehmungsumfang.

Grenzen des Kartellverbots bei der Wahrnehmung von Gesellschaftereinflüssen im GU sind aus verschiedenen Erwägungen heraus problematisch. Erstens können dem GU *a priori* wettbewerbliche Risiken inhärent sein. Im Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung *Walzasphalt* bewertete das BKartA rund 80% der analysierten GU als „nach der ersten Beurteilung kartellrechtlich problematisch“.<sup>10</sup> Im GU, teils bezeichnet als „Chamäleon“<sup>11</sup> oder Gebilde mit „Zwitternatur“<sup>12</sup>, sind meist verschiedene Stoßrichtungen vereint – hin zum Kartell sowie zum Zusammenschluss.<sup>13</sup> Die Bedenken können den gesamten

<sup>7</sup> Zur gesellschaftsr. Einordnung *Rüffler*, GES 2019, 272; zum kartellr. Rahmen Teil 1: Kapitel 2:C.II.3.b) (Querverweise inkludieren stets die Nachweise am Verweisungsziel). Das Wettbewerbsverbot kann auch vorliegend bedeutsam sein, vgl. Teil 3: Kapitel 2:A.II.2.d)bb).

<sup>8</sup> Soweit nicht näher diff., sind „Einflüsse“ und „Rechte“ im Folgenden synonym zu verstehen.

<sup>9</sup> Zur Wortwahl – „nicht schrankenlos“ bzw. „Schranken“ – BWB, Standpunkt zu Fragen der Anwendbarkeit des kartellrechtlichen Konzernprivilegs (Mai 2020), S. 3, 11, abrufbar unter: <https://www.bwb.gv.at/recht-publikationen/standpunkte> (im Folgenden ohne Link) sowie i. Z. m. OGH, Urt. v. 19.12.2019, 6 Ob 105/19p etwa *Wollmann*, in: FS Wiedemann, S. 207, 211. Hierzu auch *Rüffler*, GES 2019, 272. Vgl. primär aus gesellschaftsr. Sicht *Otte*, NZG 2014, 521 ff. und zu „kartellrechtlichen Schranken“, insb. für Minderheitsgesellschafter bei § 51a Abs. 1 GmbHG und § 131 Abs. 1 AktG, *Schmidt/Schreiber*, BB 2002, 1921, 1924 ff. Schranken und Schranken-Schranken sind u. a. aus der grundrechtlichen Dogmatik bekannt, vgl. z. B. *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Vorb. vor Art. 1 GG Rn. 14 m. w. N. oder zu Grundfreiheiten *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 51 GRCh Rn. 19 ff. Hier und im Folgenden verstehen sie sich untechnisch.

<sup>10</sup> BKartA, Sektoruntersuchung *Walzasphalt* (September 2012) – abrufbar unter: <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung%20Walzasphalt%20-%20Abschlussbericht.html> (im Folgenden ohne Link) – Rn. 234 und hierzu *Ulshöfer*, NZKart 2018, 246.

<sup>11</sup> *Ritter*, in: FS Ulmer, S. 955.

<sup>12</sup> *Bien*, NZKart 2014, 214, 215 m. w. N.

<sup>13</sup> Vgl. z. B. und je m. w. N. *ders.*, NZKart 2014, 214, 215; *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR Bd. 2, § 1 GWB Rn. 172 ff. Zum Doppelcharakter Teil 1: Kapitel 1:A.

Lebenszyklus des GU begleiten, sich wandeln und unternehmerische Prozesse lähmen.<sup>14</sup> Brisant ist das aufgrund der erheblichen Bedeutung von GU *in praxi*.<sup>15</sup> Zweitens besteht – trotz Konkretisierung in den aktuellen Horizontal-Leitlinien – noch immer Unsicherheit, wann und unter welchen Voraussetzungen das Konzernprivileg im GU greift.<sup>16</sup> Schwierigkeiten bereitet die Selbsteinschätzung nach dem in der VO 1/2003 geltenden System der Legalausnahme.<sup>17</sup> Drittens tritt strukturell erschwerend hinzu, dass es nicht um eine isolierte Kartellabsprache, sondern darum geht, ob die Rechtsausübung als solche ein kartellverbotswidriges Verhalten darstellt. Hier schwingen fusionskontrollrechtliche und gesellschaftsrechtliche Erwägungen mit. Unter den Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 4 FKVO bedeutet die Gründung eines GU einen Zusammenschluss gemäß dem Kontrolltatbestand des Abs. 1 lit. b). Das nationale Recht fingiert bei Anteilserwerb mehrerer gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB für den Markt des GU nach S. 3 auch einen Zusammenschluss der Mütter.<sup>18</sup> Im Anwendungsbereich von FKVO und GWB entsteht mit GU-Gründung ein kartellrechtlich gestattetes Gebilde, das mit den Müttern mehr oder weniger intensiv verflochten ist. Bei einem Wettbewerbsverhältnis zwischen Mutter und GU ergeben sich Besonderheiten: Die Mutter eines Vollfunktions-GU i. S. d. FKVO kontrolliert das GU mit, ist zugleich jedoch konkurrierender Marktakteur. Einerseits erlangt sie häufig sensible Informationen und nimmt potentiell Einfluss auf die Marktausrichtung des GU, andererseits kann das Verhalten – zwischen schlichten Wettbewerbern gedacht – kartellrechtlich bedenklich sein. Das gesellschaftsrechtlich Zugesicherte kollidiert möglicherweise mit dem kartellrechtlich Untersagten.

Die Problematik ist aktuell und nicht allein theoretischer Natur. Das zeigen jüngere Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofs (im Folgenden: OGH), der sich zur Anwendbarkeit des Kartellverbots zwischen minder-

---

<sup>14</sup> Ausf. zu Bedenken in den „Lebensabschnitten“ *Kapp/Wegner*, CCZ 2015, 198 ff. Ob das GU eine „Black Box für Kartellabsprachen“ bildet, untersuchen *BönilWassmer*, WuW 2014, 681 ff.

<sup>15</sup> Vgl. zur Bedeutung je m. w. N. *BönilWassmer*, WuW 2014, 681; *Thomas*, ZWeR 2005, 236, 238. Vgl. etwa *Jungermann*, in: Schulte, Hdb. Fusionskontrolle, Rn. 1686; *Kersting*, in: LMRKM, 2. Teil. GU Rn. 3; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 27 Rn. 2. Grund hierfür sind die mit der GU-Gründung verbundenen bzw. erwarteten Effizienzen, hierzu Teil 1: Kapitel 1:A.II.

<sup>16</sup> Zu den Horizontal-Leitlinien Teil 2: Kapitel 1:B.II.; zu Unsicherheiten bereits *Thomas*, ZWeR 2005, 236 ff.

<sup>17</sup> Vgl. *ders.*, ZWeR 2005, 236, 238, der in Fn. 9 klarstellt, dass es – anders als bei Nebenabreden – nicht darum geht, dass eine Übereinkunft i. S. d. FKVO „als genehmigt“ gilt, sondern, dass das konzerninterne Verhältnis *per se* nicht unter das Kartellverbot fällt. Zu Irrtümern i. R. d. VO 1/2003 *Dreher/Thomas*, WuW 2004, 8 ff.

<sup>18</sup> Zu dieser „Teilfusion“ *Kersting*, in: LMRKM, § 37 GWB Rn. 55.

heitlich beteiligter Mutter und GU bei Stimmrechtsausübung<sup>19</sup> und Geltendmachung eines Informationsbegehrens<sup>20</sup> positionierte. Die Entscheidungen stehen geradezu plastisch für die Rechtsunsicherheit, die in diesem Bereich herrscht.<sup>21</sup> Zahlreiche Fragen sind nicht final geklärt.<sup>22</sup> Mit ihnen beschäftigte sich die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde (im Folgenden: BWB) zweimal – im Vorfeld und Nachgang zu den Entscheidungen des OGH.<sup>23</sup> Ob der Wahrnehmung von Gesellschafterrechten kartellrechtliche Grenzen gesetzt sind, war in Österreich – so ein Literaturvertreter – eine „kaum behandelte Frage“.<sup>24</sup> Auch die Unionsgerichte haben sie nicht unmittelbar adressiert.<sup>25</sup> Auf die gegenwärtige Bedeutung der hier diskutierten Aspekte weisen zwei weitere Entwicklungen hin. Zum einen zeigte der EuGH 2023 in *Towercast*<sup>26</sup> die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Struktur- und Verhaltenskontrolle auf. Damit thematisiert der Gerichtshof eine Kernfrage dieser Arbeit, wenn auch in anderem Kontext. Zum anderen hat sich die Kommission in den Horizontal-Leitlinien jüngst mit der Anwendbarkeit des Kartellverbots zwischen Mutter und GU befasst.<sup>27</sup> In der öffentlichen Konsultation<sup>28</sup> verwies die Studienvereinigung Kartellrecht auf die Unsicherheiten hinsichtlich des Anwendungsbereichs des Art. 101 AEUV im GU.<sup>29</sup>

<sup>19</sup> OGH, Urt. v. 19.12.2019, 6 Ob 105/19p. Während *Wollmann*, in: FS Wiedemann, S. 207, 214 der Entscheidung bzgl. des relativen Unternehmensbegriffs „Neuigkeitscharakter“ zuspricht, geht *Hummer*, ÖZK 2020, 65, 71 i. E. von einem Bruch mit Art. 273 Abs. 3 AEUV aus. Nach *Schuhmacher*, wbl 2020, 171, 172 dient sie der Rechtssicherheit.

<sup>20</sup> OGH, Beschl. v. 20.2.2020, 6 Ob 166/19h, ECLI:AT:OGH0002:2020:0060OB00166. 19H.0220.000 (im Folgenden ohne ECLI).

<sup>21</sup> So auch *Kühmert*, CoRe 2020, 108: „The case illustrates the uncertainty which currently prevails regarding the application of Article 101 TFEU to the relationship between a joint venture and its parent companies.“

<sup>22</sup> I. d. S. *Reidlinger/Stenitzer*, GesRZ 2020, 137 und *Walch*, NZ 2020, 71.

<sup>23</sup> BWB, Standpunkt zu Fragen der Anwendbarkeit des kartellrechtlichen Konzernprivilegs (Mai 2020) aktualisierte das Papier aus Dezember 2019; hierzu BWB, Tätigkeitsbericht 2020 (Juni 2021), S. 27, abrufbar – wie sämtliche angegebenen Tätigkeitsberichte der BWB – unter: <https://www.bwb.gv.at/recht-publicationen/taetigkeitsberichte-der-bundeswettbewerb-behoerde> (im Folgenden – für alle Berichte – ohne Link).

<sup>24</sup> *Rüffler*, GES 2019, 272, welcher in der untersuchten Fragestellung w. N. nennt.

<sup>25</sup> Insb. zu den Fragen hinsichtlich des Konzernprivilegs *Reidlinger/Stenitzer*, GesRZ 2020, 137.

<sup>26</sup> EuGH, Urt. v. 16.3.2023, C-449/21, ECLI:EU:C:2023:207 – *Towercast*.

<sup>27</sup> Horizontal-Leitlinien (2023), Rn. 12 m. w. N., wobei sie nach Rn. 46 nicht für die Gründung eines Vollfunktions-GU im Anwendungsbereich der FKVO gelten; dazu und den verbleibenden Unsicherheiten Teil 2: Kapitel 1: B. II. Die aktuellen Leitlinien haben die Horizontal-Leitlinien (2011) abgelöst.

<sup>28</sup> Siehe hierzu [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip\\_22\\_1371](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_1371).

<sup>29</sup> Studienvereinigung Kartellrecht, Öffentliche Konsultation der Europäischen Kommission zu den Regeln des EU-Kartellrechts für horizontale Vereinbarungen, Stellungnahme v. 26.2.2020, abrufbar unter: <https://www.studienvereinigung.de/publikationen/stellungnahmen#:~:text=Studienvereinigung%20Kartellrecht%20e.-,V.,,M%C3%A4rz%202022> – im Fol-

Ziel dieser Arbeit ist es, das Spannungsdreieck – bestehend aus Kartellverbot, Zusammenschlusskontrolle und Gesellschafts- bzw. Gesellschafterrecht – aufzulösen. Hierfür sind kartellverbotsrechtliche Bedenken bei Ausübung von Gesellschaftereinflüssen im gegründeten GU aufzuzeigen, die Anwendbarkeit des Kartellverbots – einschließlich seiner Wechselwirkung zur Strukturveränderung und zu gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen – zu prüfen, ihre Reichweite zu bestimmen und praktische Konsequenzen für einzelne Gesellschafterrechte<sup>30</sup> zu analysieren. Das kann den unternehmerischen Fokus korrigieren: Greifen kartellrechtliche Schranken bei Betrieb des GU, sind sie – soweit möglich – vor Gründung auszuloten und bei der Sinnhaftigkeit des Zusammenschlusses zu evaluieren. Jedes finanzielle, personelle oder sonstige Engagement ist abzuwägen, wenn das Kartellverbot die Rechtswahrnehmung begrenzt oder untersagt. Das gilt umso mehr, je weiter das Kartellverbot gesellschaftsrechtliche Befugnisse zurückdrängt und damit die Gesellschafterstellung faktisch aushöhlt. Gegenstand ist die Beziehung von Mutter und GU, wobei sich die relevanten Fragen vorrangig bei negativ mitkontrollierender Minderheitsbeteiligung stellen.<sup>31</sup> Konkret geht es um die Rechtswahrnehmung zum Nachteil des GU und zugunsten der konkurrierenden Mutter. Wenngleich nationale Bestimmungen nicht außenvor bleiben, ist das europäische Kartellrecht, besonders Art. 101 AEUV und das im Anwendungsbereich der FKVO gegründete GU, primärer Prüfungsmaßstab.

## B. Gang der Untersuchung

*Teil I* zeigt den Zwiespalt des GU zwischen Kartell und Zusammenschluss auf. Ausgangspunkt ist die Darstellung kartellverbotsrechtlicher Bedenken im gegründeten GU [Kapitel 1]. Im Vordergrund steht der Austausch wettbewerbsrelevanter Informationen sowie der mögliche Einfluss der Mutter auf das Marktverhalten des GU aufgrund gesellschaftsrechtlicher, im Zuge der GU-Gründung eingeräumter Befugnisse. Beides muss sich am Kartellverbot messen lassen – vorausgesetzt es gilt. Vor diesem Hintergrund ist die Anwendbarkeit des Art. 101 AEUV im Nachgang zur Strukturveränderung, etwa infolge fusionskontrollrechtlicher Freigabe, zu beantworten [Kapitel 2]. Verneint man sie, sind der Rechtswahrnehmung *per se* keine kartellverbotsrechtlichen Grenzen gesetzt. Es geht um das (Spannungs-)Verhältnis zweier Regelungsanliegen: Mit dem Kartellverbot träte zur Strukturkontrolle bei Gründung *ex ante* eine Verhaltenskon-

---

genden ohne Link und bezeichnet als: Stellungnahme v. 26.2.2020 –, Rn. 6. Vgl. hierzu *Kühnert*, CoRe 2020, 108, 110 Fn. 23.

<sup>30</sup> Fehlt eine Differenzierung, meint „Gesellschafter“ im Folgenden den GmbH-Gesellschafter und den Aktionär.

<sup>31</sup> Vgl. dazu, dass das Kartellverbot im Verhältnis zur mehrheitlich beteiligten Mutter regelmäßig ausscheidet, *Riffler*, GES 2019, 272, 275, 276 ff., der dies auf das Konzernprivileg sowie die Wertung der FKVO stützt.

trolle bei Betrieb des GU *ex post* hinzu.<sup>32</sup> Ein (ähnlicher?) Sachverhalt wäre erneut Prüfungsgegenstand.<sup>33</sup> Gleichzeitig intendieren die straffen Fristen für FKVO-Entscheidungen Rechtssicherheit durch ein beschleunigtes, wirksames Verfahren.<sup>34</sup> Dies scheint konterkariert, könnte das Kartellverbot die Ausübung fusionskontrollrechtlich legitim erworbener Gesellschaftereinflüsse vereiteln. Das Gegenteil, die absolute und unbegrenzte Kartellrechtsimmunität, ist ebenso zweifelhaft. Entscheidend ist: Zeichnet die Zusammenschlussprüfung jede – der Strukturveränderung mehr oder weniger immanente – Wettbewerbskoordination zwischen Mutter und GU frei?<sup>35</sup> Das Judiz gerät spätestens ins Wanken, bezieht man die zeitliche Komponente ein. Ein GU kann über Jahrzehnte bestehen. Unternehmensinterne und unternehmensexterne Faktoren können auf lange Sicht die Marktrealität derart verändern, dass vormals kartellrechtlich Unbedenkliches in anderem Licht erscheint.<sup>36</sup> Demnach sind Inhalt und Umfang von der „Freistellungswirkung“<sup>37</sup> bzw. dem „Konzentrationsprivileg“<sup>38</sup> zu bestimmen<sup>39</sup> und die gegenüber dem Konzernprivileg eigenständige Bedeutung ist herauszustellen. Systematisch ist das Fundament des Konzentrationsprivilegs, das Prüfungsprogramm bei GU-Gründung, dem Konzernprivileg vorgelagert. Sodann ist der Rechtsrahmen bei Betrieb des GU außerhalb des Anwendungsbereichs der FKVO fraglich [Kapitel 3].

*Teil 2* der Untersuchung behandelt eine originär kartellrechtliche Problematik, das GU und die wirtschaftliche Einheit. Sind die Voraussetzungen der wirtschaftlichen Einheit – konkret: des Konzernprivilegs – gegeben, ist für das Kartellverbot, mithin auch für daraus resultierende Grenzen der Rechtsausübung, kein Raum. Ausgehend vom Selbstständigkeitspostulat muss der Marktakteur nur bei unternehmerischer Autonomie dem Konkurrenzdruck begegnen, dann entfaltet der Wettbewerb seine Positivimpulse.<sup>40</sup> Anders ist es, wenn Mutter und GU ein Ganzes bilden.<sup>41</sup> Aufgrund der Heterogenität des Begriffs der wirtschaft-

<sup>32</sup> Vgl. zu Struktur- und Verhaltenskontrolle im GU z. B. *Scherf*, AG 1992, 245 ff.

<sup>33</sup> Das legt OGH, Urt. v. 19.12.2019, 6 Ob 105/19p, Rn. 10.4. m. w. N. nahe; dazu Teil 1: Kapitel 2: B.II.2.c).

<sup>34</sup> Beschl. des Präsidenten des EuG v. 15.12.1992, T-96/92, ECLI:EU:T:1992:118 Rn. 30 – CCE de la Société générale des grandes sources u. a./Kommission; EuG, Urt. v. 27.11.1997, T-290/94, ECLI:EU:T:1997:186 Rn. 143 – Kaysersberg/Kommission; *Hirsbrunner/König*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 10 FKVO Rn. 1 m. w. N.

<sup>35</sup> Vgl. *Wirtz/Dompke*, JECLAP 2021, 604, 615, die die Frage ähnl. formulieren. Hierzu Teil 1: Kapitel 2: A.I.3.

<sup>36</sup> Vgl. dazu, dass sich wettb. Wirkungen wandeln können, *dies.*, JECLAP 2021, 604, 608.

<sup>37</sup> OGH, Urt. v. 19.12.2019, 6 Ob 105/19p, Rn. 10.4. m. w. N. Zur Entscheidung Teil 1: Kapitel 1: B.I.2.b)aa).

<sup>38</sup> Zum Begriff i. R. v. Nebenabreden und m. w. N. *Wagemann*, in: Wiedemann, Hdb. KartellR, § 16 Rn. 204.

<sup>39</sup> Zu den Termini *Wollmann*, in: FS Wiedemann, S. 207 ff. m. w. N.

<sup>40</sup> Zum Selbstständigkeitspostulat Teil 2: Kapitel 3: A.II.

<sup>41</sup> Zur Anknüpfung des Konzernprivilegs Teil 2: Kapitel 3: A.III.2.

lichen Einheit ist es erforderlich, die Trias – wirtschaftliche Einheit, Konzernhaftung und Konzernprivileg – terminologisch ein- und abzugrenzen [Kapitel 1]. Wirtschaftliche Einheit und Haftungseinheit im „Unternehmensverbund“<sup>42</sup> sind eng miteinander verflochten. Unklar ist das Verhältnis von Konzernprivileg und Konzernhaftung. Beide knüpfen an die wirtschaftliche Einheit an. Ob die wirtschaftliche Einheit mit stets kongruenten Voraussetzungen existiert, ist ebenso zweifelhaft wie die Allegorie einer „Kehrseite der Medaille“<sup>43</sup> für Privileg und Haftung. Während die Unionsgerichte – zumindest für die Haftungseinheit – im Verhältnis Mutter/Tochter eine weitgehend klare Linie vorgeben, sind in der Beziehung Mutter/GU zahlreiche Fragen offen [Kapitel 2]. Darauf baut die Erörterung des Konzernprivilegs im GU auf [Kapitel 3]. Nach dogmatischer Einordnung sind die Anforderungen, insbesondere für die mitkontrollierende, minderheitlich beteiligte Mutter, abzustecken und die einzubeziehenden Akteure zu bestimmen; sprich: Kann nur *eine* wirtschaftliche Einheit i. S. d. Konzernprivilegs existieren? Dem folgt retrospektiv eine Konklusion zur wirtschaftlichen Einheit im GU [Kapitel 4].

*Teil 3* formuliert den kartellverbotsrechtlichen Rahmen für die Wahrnehmung einzelner Gesellschafterrechte. Den Schwerpunkt bildet die GmbH, auch in Abgrenzung zur AG [Kapitel 1]. Das GU – als kartellrechtliches Gebilde – entsteht in einer Rechtsform, einschließlich der damit korrespondierenden Stellung des Gesellschafters.<sup>44</sup> Je nach Gesellschaftsform differieren Inhalt und Umfang der Rechte. Damit variiert die Angriffsfläche des Kartellverbots. Konsens besteht, wenn gesellschaftsrechtliche Bestimmungen den Umfang von Gesellschaftereinflüssen im Einklang mit dem Kartellrecht determinieren. Problematisch ist es, wenn das Kartellrecht verbietet, was das Gesellschaftsrecht erlaubt. Verschärft präsentiert sich der Konflikt im nationalen Recht, in der Relation von Kartellverbot zu zwingenden Gesellschafterrechten. Die Tragweite dieser Frage ist immens: Unterliegen Gesellschafterrechte bei Ausübung kartellrechtlicher Grenzen, könnten sie *de facto* auf Null beschränkt sein. Die nach gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen einflussreiche Mutter des GU wäre ein zahnloser Tiger; ihre Rechte wären eine leere Hülle. Dieses Ergebnis unterliegt einer prüfenden Kontrolle [Kapitel 2]. Den Schranken des Kartellrechts könnten ihrerseits

---

<sup>42</sup> Vgl. zum „Unternehmensverbund“ z. B. insg. *Pohlmann*, Der Unternehmensverbund im Europäischen Kartellrecht, zum begrifflichen Ausgangspunkt insb. S. 65 f. und dem Verhältnis zur wirtschaftlichen Einheit S. 74 ff. Vgl. auch *Koppensteiner*, in: FS Mailänder, S. 125 ff. und zur Haftung *ders.*, wbl 2019, 1 ff.

<sup>43</sup> So etwa *Kersting*, Der Konzern 2011, 445, 446 Fn. 6 m. w. N. und *Kokott/Dittert*, WuW 2012, 670, 672. Krit. zur Annahme zweier Seiten *Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, Rn. 803 m. w. N. Die „zwei Seiten derselben Medaille“ der „Kehrseitentheorie“ gegenüberstellend, *Feyhl*, Konzernverantwortlichkeit und Konzernprivileg im EU-Kartellrecht, S. 19 ff. m. w. N. Ausf. noch Teil 2: Kapitel 1: B.I.1.

<sup>44</sup> Vgl. zur Bedeutung der Gesellschaftsform, insb. zur praktischen Relevanz der GmbH, etwa *Lohse*, Kartellfreie Gemeinschaftsunternehmen im europäischen Wettbewerbsrecht, S. 6 f. m. w. N.

Schranken zu setzen sein. Betroffen ist das Verhältnis von Kartell- zu Gesellschaftsrecht, zunächst im Allgemeinen und für die Rechtswahrnehmung im GU im Besonderen. Zu untersuchen ist schließlich, wie das Risiko von Kartellrechtsverstößen im GU *in praxi* einzudämmen ist [Kapitel 3].

Abschließend folgt eine Zusammenfassung in *Thesen*.

*Teil I*

**Gemeinschaftsunternehmen in der Kartellverbots-  
und Zusammenschlussprüfung**

## Kapitel I

# Kartellbedenken im gegründeten Gemeinschaftsunternehmen

## A. Gemeinschaftsunternehmen – zwischen Kartell und Zusammenschluss

### I. Begriff

Die FKVO setzt den Begriff des GU voraus. Aus dem GWB folgt ebenfalls keine Legaldefinition.<sup>1</sup> Der Geltungsbereich der FKVO erstreckt sich gemäß Art. 1 Abs. 1, unbeschadet Art. 4 Abs. 5 und Art. 22 FKVO, auf Zusammenschlüsse mit unionsweiter Bedeutung i. S. v. Art. 1 Abs. 2 und Abs. 3 FKVO. Nach Art. 3 Abs. 4 FKVO ist die Gründung eines GU, „das auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt“, ein Zusammenschluss gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. b) FKVO. Von Zusammenschlüssen sind nach EG 20 S. 1 FKVO „Vorgänge erfasst, die zu einer dauerhaften Veränderung der Kontrolle an den beteiligten Unternehmen und damit an der Marktstruktur führen.“ An einer Definition des GU versuchen sich viele.<sup>2</sup> Dabei taugen enge Begriffsvorgaben wenig.<sup>3</sup> Dennoch bewegt sich eine funktionale Annäherung nicht im luftleeren Raum. Das GU meint ein Gebilde, innerhalb dessen die unternehmerische

---

<sup>1</sup> Um zu verdeutlichen, dass die Beteiligung an einem GU durch Anteils- und Kontrollerwerb möglich ist, wurde eine solche zum 1.1.1999 aus der Altfassung nicht übernommen, vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 13/9720, 57 und hierauf verweisend, *Kersting*, in: LMRKM, § 37 GWB Rn. 48 m. w. N. Dagegen nimmt *Bien*, NZKart 2014, 214 Fn. 1 m. w. N. an, dass § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB – trotz des seit 1999 fehlenden Klammerzusatzes – eine Legaldefinition formuliert. Den Meinungsstand darstellend, eine Legaldefinition i. E. abl., *Jungermann*, in: Schulte, Hdb. Fusionskontrolle, Rn. 1682. Herausstellend, dass insg. eine etablierte Definition fehlt *Bönil/Wassmer*, WuW 2014, 681. Zur gesellschaftsr. Abgrenzung des Equity vom Contractual Joint Venture, das nicht eigenständig nach außen agiert, *Volkmann*, BB 2023, 771 m. w. N.

<sup>2</sup> *Lohse*, Kartellfreie Gemeinschaftsunternehmen im europäischen Wettbewerbsrecht, S. 5 m. zahlr. w. N. in Fn. 29. Erschwerend kann der Terminus in anderem (Rechts-)Rahmen abw. zu verstehen sein, vgl. *Kliebisch*, Das Gemeinschaftsunternehmen im Kartell- und Konzernrecht, S. 29 und *Koppensteiner*, wbl 2020, 241 ff.

<sup>3</sup> Vgl. zur Orientierung am kartellr. Schutzzweck *Lohse*, Kartellfreie Gemeinschaftsunternehmen im europäischen Wettbewerbsrecht, S. 6.

## Stichwortverzeichnis

- abschließender Charakter der FKVO-Prüfung
- Defizite der FKVO-Entscheidung  
*siehe* dort
- Doppelbewertung gemäß Struktur- und Verhaltenskontrolle 74–76, 359
- Gebot der Rechtssicherheit 73–74, 359
- Missverhältnis zwischen Prüfung und Freistellung 82–83, 133, 360
- *Telos* von Art. 21 Abs. 1 FKVO und Art. 2 Abs. 4, Abs. 5 FKVO 70–72
- Widerspruch zur Kontrollprüfung 77–79, 359
- AG
- Aktionär *siehe* dort
- Aktionärsrechte *siehe* dort
- Relevanz des Kartellverbots 301
- Aktionär
- ~ als Aufsichtsratsmitglied 306–307, 368
- ~ als Vorstandsmitglied 307–308, 368
- ~ und Aufsichtsrat 304–307, 368–369
- ~ und Geschäftsführung 307–308, 368–369
- Aktionärsrechte *siehe* dort
- Einfluss auf das Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgan *siehe* dort
- Stellung 300, 366
- Aktionärsrechte
- Annäherung an die GmbH 301–302, 368
- Auskunftsrecht gemäß § 131 AktG 302, 368
- Einfluss auf das Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgan *siehe* dort
- kartellverbotsrechtliche Grenzen 304, 308–317, 368–369
- Mitverwaltungsrechte 302–304
- Stimmrecht gemäß §§ 12, 134 AktG 303, 368
- Teilnahmerecht gemäß § 118 AktG 303, 368
- Akzo-Vermutung
- ~ im Verhältnis Mutter/GU 181, 200–201
- ~ im Verhältnis Mutter/Tochter 175–180
- Anforderungen 175–177
- Compliance *siehe* dort
- Konzernprivileg *siehe* dort
- Schwierigkeiten 177–179
- Widerlegung 177–179
- Aufgreifkriterien
- FKVO-Prüfung 41–42
- GWB-Prüfung 138
- Aufsichtsrat
- ~ in der AG 304–305, 368–369
- ~ in der GmbH 286–289
- ~ und Aktionär 304–307, 368–369
- Begrenzung der Kompetenzen 288–289, 309–317, 368–369
- Bestellung und Abberufung 305, 368
- fakultativ 285–288
- obligatorisch 288–289
- Auskunfts- und Einsichtsrecht gemäß § 51a GmbHG
- ~ der konkurrierenden Mutter 260–270
- dienende Funktion 294–295, 368
- Gegenstand 256–258
- Gesellschafterbeschluss 256, 259, 269–270
- gesellschaftsfeindliche Interessenlage 265–269, 366
- Gleichlauf von Kartell- und Gesellschaftsrecht 265–269, 366
- Grenzen 258–260, 366

- Informationspflicht *siehe* dort
- Informationsverweigerung 256, 258–260, 262, 265–270, 278–279, 296–297
- kollektives Informationsrecht *siehe* dort
- Treuhänder 268–269, 366
- uninformierte Teilnahme und Stimmabgabe 295–296, 368
- zwingender Charakter 255–256, 270, 322, 348
- Austria-Asphalt-Entscheidung* 54–55, 57–58, 83–84, 86
- bestimmender Einfluss
  - gemeinsamer ~ und gemeinsame Kontrolle 235–239, 362, 364
  - gemeinsamer ~ und Selbstständigkeit 239–241, 364
  - Möglichkeit und Ausübung 43, 71, 78, 163, 173–175, 177, 179–180, 182–186, 188, 198–204, 206–211, 218–219, 225, 232–233, 237–238, 242, 362, 364
  - negativer ~ 182, 206, 208–210, 218, 237–239, 242, 248, 362–364
  - positiver ~ 182, 200, 206, 208–211, 217–218, 220, 224, 228–229, 233, 237–239, 248, 362–364
  - strategisch *versus* operativ 47, 95–96, 186, 206–208, 227, 232–233, 237–238, 240, 362–364
- Beteiligung, disparitatische *siehe* disparitatische Beteiligung
- Beteiligung, paritätische *siehe* paritätische Beteiligung
- Bußgeldeinheit
  - ~ im Konzernverhältnis Mutter/Tochter 173–180, 362
  - ~ im Verhältnis Mutter/GU 172–186, 362
  - Akzo-Vermutung *siehe* dort
  - Bedenken 171–172, 362
  - bestimmender Einfluss *siehe* dort
  - disparitatische Beteiligung *siehe* dort
  - Gegenstand 167–170
  - paritätische Beteiligung *siehe* dort
  - Verhältnis zur Schadenersatzeneinheit 187–188
- Charakter der FKVO-Prüfung, abschließender *siehe* abschließender Charakter der FKVO-Prüfung
- Chinese Walls 352–353, 370
- Clean Teams 50–51, 347, 352–353, 370
- Compliance
  - ~ und Akzo-Vermutung 179–180
  - ~ und bestimmender Einfluss 183–184
  - ~ zur Wahrung kartellrechtlicher Grenzen *in praxi* 347, 351–352, 370
- Dauerhaftigkeit des GU 42, 46–47, 71
- Defizite der FKVO-Entscheidung
  - inhaltliche Dimension 82, 128–129, 133, 360–361
  - zeitliche Dimension 80–81, 128–129, 133, 360–361
- disparitatische Beteiligung
  - Bußgeldeinheit 183
  - Kontrolle 44–45
  - Konzernprivileg 216, 225–227, 233, 363
- Doppelkontrolle 15, 18, 76, 110, 137–138, 140, 142–143, 292, 357, 361
- effet utile* 57, 75, 83, 107, 133, 207, 362
- Einfluss auf das Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgan
  - ~ in der AG 304–317, 368–370
  - ~ in der GmbH 284–294, 367–368, 370
- Einfluss, bestimmender *siehe* bestimmender Einfluss
- Eingriffsvoraussetzungen
  - FKVO-Prüfung 41–42
  - GWB-Prüfung 138
- Einheit der Rechtsordnung 327–330, 345, 369
- Einheit, wirtschaftliche *siehe* wirtschaftliche Einheit
- FKVO-Prüfung
  - abschließender Charakter der ~ *siehe* dort
  - Aufgreifkriterien *siehe* dort
  - Beurteilung gemäß Art. 2 FKVO 47–49
  - Dauerhaftigkeit des GU *siehe* dort

- Defizite der FKVO-Entscheidung  
*siehe* dort
- Eingriffsvoraussetzungen *siehe* dort
- gemeinsame Kontrolle *siehe* dort
- Gründung eines GU *siehe* dort
- materiell- und verfahrensrechtliche Vorteile 49–50, 358
- Missverhältnis zwischen Prüfung und Freistellung 82–83, 133, 360
- Selbstständigkeit des GU *siehe* dort
- Vollfunktions-GU *siehe* dort
- Frestellungswirkung *siehe* Konzentrationsprivileg
- Führerschaft, industrielle *siehe* industrielle Führerschaft
  
- gemeinsame Kontrolle
  - ~ und gemeinsamer bestimmender Einfluss 235–239, 362, 364
  - Begriff 42–44
  - faktische Begründung 46
  - rechtliche Begründung 44–46
- Geschäftsführer
  - Begrenzung der Kompetenzen 290–292, 367–368
  - Bestellung und Abberufung 103, 245, 280–281, 284–285, 289–293, 330–331, 344, 348, 350, 367
  - Gesellschafter als ~ 285–286, 367
- Gesellschafter
  - ~ als Geschäftsführer 285–286, 367
  - ~ und Aufsichtsrat 286–289
  - ~ und Geschäftsführung 284–286, 366–368
  - Einfluss auf das Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgan *siehe* dort
  - Gesellschafterrechte *siehe* dort
  - Gesellschafterversammlung *siehe* dort
  - Interessen 254–255, 366
  - Stellung 253–254, 366
- Gesellschafterrechte
  - ~ im Prüfungsprogramm des Art. 101 AEUV 16–28
  - ~ in der AG *siehe* Aktionärsrechte
  - ~ in der GmbH *ipso iure* 256–294
  - angelegte, abschließend determinierte ~ 107–108, 360–361
  - angelegte, nicht abschließend determinierte ~ 108, 125–133, 360–361
  - Auskunfts- und Einsichtsrecht gemäß § 51a GmbHG *siehe* dort
  - Einfluss auf das Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgan *siehe* dort
  - kollektives Informationsrecht *siehe* dort
  - Stimmrecht gemäß § 47 GmbHG *siehe* dort
  - Teilnahmerecht gemäß § 48 GmbHG *siehe* dort
  - Unentziehbarkeit 337–340
  - wertungsoffene ~ 108–109, 126–128, 130, 143, 256
  - zwingender Charakter 255–256, 270, 302, 322, 348
- Gesellschafterversammlung
  - effektive Teilnahme 281–283
  - Einberufung 281–282
  - Informationspflicht *siehe* dort
  - kollektives Informationsrecht *siehe* dort
  - Protokoll 141, 283–284, 295–296
  - Tagesordnung 23–24, 76, 257, 273, 275, 282–284, 295–296, 354
  - Weisungsrecht 286–287
- Gesellschaftsrecht
  - Regelungsgehalt und -anliegen 319–320, 369
  - Unterschiede zum Kartellrecht 319–321, 369
  - Wertentscheidung *siehe* dort
  - Widerspruch zum Kartellrecht 321–336, 369–370
- GmbH
  - Aufsichtsrat *siehe* dort
  - Geschäftsführung allgemein 284
  - Gesellschafter *siehe* dort
  - Gesellschafterrechte *siehe* dort
  - Interessen von Gesellschafter und Gesellschaft 254–255, 366
  - Relevanz des Kartellverbots 254, 366
- Gründung eines GU
  - ~ i. S. d. FKVO 47
  - Gründung *versus* Betrieb des GU *siehe* dort
  - Gründung *versus* Betrieb des GU
    - Anknüpfungszeitpunkte 40–41
    - Erfordernis einer Differenzierung 40–41, 358

- Konzentrationsprivileg 41, 358
- GU
- ~ außerhalb der FKVO 39, 135–138
- ~ ohne Zusammenschlussprüfung und Kartellverbot 143–144
- Begriff 11–12, 357
- Doppelkontrolle *siehe* dort
- FKVO-Prüfung *siehe* dort
- Funktionsfähigkeit des ~ 101–102, 131
- gemeinsame Kontrolle *siehe* dort
- Gründung als Zusammenschluss 42–47
- Gründung eines ~ *siehe* dort
- Gründung *versus* Betrieb des ~ *siehe* dort
- Gründungsmotive 12–14, 357
- Gründungsrisiken 12–14, 357
- kontrollierende Minderheit im Teilfunktions-GU 39, 136–137
- kontrollierende Minderheit im Vollfunktions-GU unterhalb der FKVO-Schwelle 39, 137
- Minderheitsgesellschafterin *siehe* dort
- nichtkontrollierende Minderheit 37–40, 67, 115, 118–119, 133, 135–136
- Rechtsrahmen bei Gründung i. S. d. FKVO 37–68, 358
- Rechtsrahmen i. S. d. GWB 135–138
- Teilfunktions-GU *siehe* dort
- Verhältnis zur Mutter als Untersuchungsgegenstand 16–20
- Vollfunktions-GU *siehe* dort
- wettbewerbliche Stoßrichtung 14–15, 357
- Zweischrankenprüfung *siehe* Doppelkontrolle
- zwischen Kartell und Zusammenschluss 11–15
- Gun-Jumping 50–51
- Horizontal-Leitlinien (2023) 3–4, 22, 152, 160–165, 189, 192, 201, 211, 218, 220, 224, 235, 362–363
- Illumina*-Entscheidung 73
- Immanenz 35, 86, 94, 99–101, 103–104, 131, 161, 214–215, 243, 326, 332, 341–342, 345, 361, 370
- industrielle Führerschaft 227–228, 233, 363
- Informationsaustausch
  - ~ als verbotenes Verhalten 22–24, 26, 50–51, 86, 261, 264, 266, 297, 357, 366, 368
- Informationspflicht 281–283, 367
- Informationsrecht
  - ~ des GmbH-Gesellschafters *siehe* Auskunfts- und Einsichtsrecht gemäß § 51a GmbHG
  - kollektives ~ *siehe* dort
- Informationsrecht, kollektives *siehe* kollektives Informationsrecht
- IPR 326, 369
- Kartellverbot
  - ~ als Prüfungsmaßstab 16–20
  - ~ bei Betrieb des GU *ex post* *siehe* dort
  - ~ bei Gründung eines GU i. S. d. FKVO *siehe* dort
  - ~ im GU außerhalb der FKVO *siehe* dort
  - Anwendbarkeit beim Zusammenschluss 52–57, 358
  - Grundlagen 16
  - Informationsaustausch *siehe* dort
  - Nichtigkeit von Beschlüssen 297–300, 317, 368
  - tatbestandliche Voraussetzungen 20–29, 96, 143, 208, 216, 264, 291–292, 334, 343, 350
  - verbotenes Verhalten *siehe* dort
  - Wettbewerbsbeschränkung *siehe* dort
  - ~ bei Betrieb des GU *ex post* *siehe* dort
  - ~ bei Gründung eines GU i. S. d. FKVO *siehe* dort
  - ~ im GU außerhalb der FKVO *siehe* dort
- Kartellverbot bei Betrieb des GU *ex post*
  - abschließender Charakter der FKVO-Prüfung 70–80, 133, 360
  - Bedenken 69–80, 359
  - Konzentrationsprivileg *siehe* dort
  - Ob und Wie der Sperrwirkung 68–69, 360
  - Untauglichkeit stetiger Kartellverbotskontrolle 69–70, 359

- Kartellverbot bei Gründung eines GU
  - i. S. d. FKVO
  - Anwendbarkeit im Verhältnis Mutter/GU 57–65, 358–359
  - Anwendbarkeit bei Geltendmachung durch Dritte vor Zivilgerichten 65–68, 359
  - zeitlicher und inhaltlicher Rahmen 50–51
- Kartellverbot im GU außerhalb der FKVO
  - bei Betrieb 140–145, 361
  - bei Gründung 139–140, 361
  - Doppelkontrolle *siehe* dort
- Kehrseite der Medaille
  - Argumentationsansätze 155–159
  - Horizontal-Leitlinien (2023) *siehe* dort
  - Interpretationsmöglichkeiten 152–153
  - Meinungsstand in der Literatur 154–159
  - Rechtsprechung 153–154
- kollektives Informationsrecht 257, 281, 283, 367
- Kollisionsregeln
  - allgemeine ~ 325
  - IPR *siehe* dort
  - praktische Konkordanz *siehe* dort
- Konkordanz, praktische *siehe* praktische Konkordanz
- Kontrolle
  - gemeinsame ~ *siehe* dort
  - negative ~ 5, 18, 33–34, 42–43, 45, 83, 118, 121–122, 126, 159, 163, 182, 216, 220, 227, 229–230, 233, 237–239, 242, 245, 247–248, 362–364
  - positive ~ 43, 118, 126, 182, 220, 233, 237–239, 248, 363–364
- Kontrolle, gemeinsame *siehe* gemeinsame Kontrolle
- Konzentrationsprivileg
  - ~ als Ausfluss der Zweiteilung zwischen Gründung und Betrieb 41, 358
  - Abgrenzung zum Konzernprivileg 32–36, 243–245, 249, 357–358, 364–365
  - Ablehnung einer Pauschalimmunisierung 79–85, 133, 204, 360
  - Bedeutung für Gesellschaftereinflüsse 37
  - Bedürfnis nach Bestimmung des Umfangs 68
  - Begriff 31–32, 357–358
  - Bindung künftiger Zusammenschlussesentscheidungen 89–91, 360
  - Gegenstand 35–36, 357–358
  - Kartellverbotskontrolle bei Betrieb des GU *ex post* 68–92, 133, 359–361
  - Missverhältnis zwischen Prüfung und Freistellung 82–83, 133, 360
  - Umfang der Immunität *siehe* Umfang des Konzentrationsprivilegs
  - Umfang des Konzentrationsprivilegs *siehe* dort
- Konzern
  - ~ und Unternehmen 191–192
- Konzernhaftung
  - Bußgeldeinheit *siehe* dort
  - Kehrseite der Medaille *siehe* dort
  - Schadenersatzeinheit *siehe* dort
- Konzernprivileg
  - ~ im Konzernverhältnis Mutter/Tochter 197–202, 362–363
  - ~ im Verhältnis Mutter/GU 202–233, 362–365
  - ~ und Akzo-Vermutung 200–201
  - ~ und Autonomieverlust 159–160, 190, 192–201, 205–215, 217, 221–223, 226–229, 232, 239, 241, 362–364
  - ~ und Unternehmen 192–197, 358
  - ~ und Wettbewerbsbeschränkung 192–197, 358
  - Abgrenzung zum Konzentrationsprivileg 32–36, 243–245, 249, 357–358, 364–365
  - Anknüpfung 192–197, 358
  - Begriff 31–32, 357–358
  - bestimmender Einfluss *siehe* dort
  - disparitätische Beteiligung *siehe* dort
  - divergierende Kompetenzsphären 228–229, 363
  - Effizienzgewinne 205–206
  - Eigenart des GU 202, 207
  - eigenständiger Handlungsbereich der Geschäftsführung 18, 230–233
  - Gegenstand 189, 357–358
  - Geheimwettbewerb *siehe* Selbstständigkeitspostulat

- Horizontal-Leitlinien (2023) *siehe* dort
- industrielle Führerschaft *siehe* dort
- Kehrseite der Medaille *siehe* dort
- konkrete Alleinverantwortung 229, 363–364
- koordinierter Einfluss 223–227, 232–233, 239, 242–243, 363–364
- Marktbezogenheit 203–205, 219
- operative Selbstständigkeit 232–233, 241, 364
- paritätische Beteiligung *siehe* dort
- Selbstständigkeitspostulat *siehe* dort
- Sonderfälle 227–229, 363–364
- Vereinbarungszweck 201–202
- Vergemeinschaftung 223–227
- Zweifel 211–222, 363
  
- Marktinformationsverfahren 264, 267, 272, 366
- Minderheitsbeteiligung *siehe* Minderheitsgesellschafterin
- Minderheitsgesellschafterin
  - ~ als Mutter eines GU 37–40
  - Arten der Minderheitsbeteiligung 38–40
  - Begriff 37–38
  - kontrollierende ~ im Teilfunktions-GU 39, 136–137
  - kontrollierende ~ im Vollfunktions-GU unterhalb der FKVO-Schwellen 39, 137
  - nichtkontrollierende ~ 1, 37–40, 67, 115, 118–119, 133, 135–136
  - wettbewerbliche Bedenken 38–40
- Mitkontrolle *siehe* gemeinsame Kontrolle
- more economic approach 69
- more realistic approach 205
- Morris-Rothmans*-Entscheidung 52–53, 74–75, 104–105, 245–249
  
- Nebenabrede 31, 36, 39, 47, 51, 64, 82–83, 93, 96–100, 116, 118, 122, 124, 126, 142, 144–145, 189, 214, 223–224, 324, 349
  
- OGH-Entscheidungen in Sachen *dm*
  - Gegenstand des Beschlusses vom 20.2.2020 19–20
  - Gegenstand des Urteils vom 19.12.2019 17–19
- paritätische Beteiligung
  - Bußgeldeinheit 182, 184–185
  - Kontrolle 44, 153
  - Konzernprivileg 163, 212, 214, 216, 223–225, 363
- praktische Konkordanz 326–327, 338, 369
- Privatautonomie 328, 330–333, 345, 369
  
- Rechtssicherheit 6, 50, 55, 73–74, 77, 79, 88, 90, 92, 110–112, 124, 129–132, 143, 157, 220, 244, 277–278, 312, 348–349, 359–361, 365
- Rule-of-reason-Gedanke 205, 337
  
- Schadenersatzeinheit
  - *Skanska*-Entscheidung *siehe* dort
  - *Sumal*-Entscheidung *siehe* dort
  - Verhältnis zum Konzernprivileg 188
  - Verhältnis zur Bußgeldeinheit 187–188
- Schranken-Schranken
  - gesellschaftsrechtliche Treuepflicht 338–339
  - Immanenz als Ausgangspunkt 341–342, 370
  - Treu und Glauben 339–340
  - Wettbewerbsverbot als Begründung 340–345, 370
- Sektoruntersuchung *Walzasphalt* 2, 140–141, 143, 266, 322, 338
- Selbstständigkeit des GU 46–47, 212–214, 222–224, 226, 232–233, 239–241, 249, 364
- Selbstständigkeitspostulat 6, 26, 29, 190–191, 195, 206, 215, 224, 226, 232, 357, 362–363, 366
- Skanska*-Entscheidung 172, 187
- Stakebuilding 89–90
- Stimmrecht gemäß § 47 GmbHG
  - Analogie zu § 47 Abs. 4 GmbHG 277–280, 293, 298, 315, 321, 341, 367
  - Gegenstand 273
  - Grenzen 274–281
  - Sozialakte 280–281, 285, 367

- Stimmrechtsbindung 276–277, 366–367
- Stimmrechtsmissbrauch 275–277, 279, 366
- Stimmverbot 17, 272, 274, 277–281, 285–286, 294, 297–299, 334, 339, 341, 367
- treuwidrige Stimmabgabe 17, 275–277
- Strukturkontrolle 4–6, 19–21, 31–32, 34–35, 40–41, 57, 68, 70, 74–76, 79, 81, 85, 87–91, 94, 101, 104, 106–107, 110, 125–126, 128–133, 143, 236–238, 241, 243, 245, 247–249, 261, 357–361, 364–365
- Sumal-Entscheidung 187–188, 220
- Teilfunktions-GU 32, 39, 42, 47, 136–137
- Teilnahmerecht gemäß § 48 GmbHG
  - Gegenstand 270–271
  - Grenzen 271–273
  - Rede- und Antragsrecht 271, 366
- Towercast-Entscheidung 4, 55–56, 65, 73, 84–85, 87–88, 130, 139
- Umfang des Konzentrationsprivilegs
  - angelegte, abschließend determinierte Gesellschafterrechte 107–108, 360–361
  - angelegte, nicht abschließend determinierte Gesellschafterrechte 108, 125–133, 360–361
  - Differenzierung nach Gesellschafterrechten 107–109, 360
  - Drei-Stufen-Modell 125–133, 360–361
  - Fallgruppen 104–109, 360
  - Fristenplan 130–131, 361
  - Funktionsfähigkeit des GU 101–102, 131
  - Gesellschaftereinflüsse als (Neben-)Abrede 96–97
  - Gesellschaftereinigung 103–104
  - Immanenz- und Akzessorietätsgedanke 99–101
  - Innen- und Außenverhältnis 94–95
  - (Kern-)Beschränkung 94
  - kombinierter Ansatz 104–133
  - Kontrollwahrnehmung 95–96
  - Korrekturbedürfnis *de lege ferenda* 110–112, 360
  - Notwendigkeit für die effektive Rechtswahrnehmung 97–99
  - Regelungslücke *de lege lata* 110–112, 360
  - Unmittelbarkeit *versus* Trennbarkeit 104–106, 360
  - Wettbewerbsverbot als Parallele 113–125, 360
- Unternehmen
  - ~ und Konzern 191–192
  - Wettbewerbsbeschränkung zwischen ~ 20–22, 365
- verbotenes Verhalten
  - Anknüpfung an Rechtsausübung 22–28, 297–298, 357
  - Erfordernis einer Gesamtbewertung 24–28
  - Informationsaustausch *siehe* dort
- Verhalten, verbotenes *siehe* verbotenes Verhalten
- Verhaltenskontrolle 4–6, 68, 72, 74–76, 79, 81–83, 87–88, 91, 94, 101, 103–104, 106, 109, 111, 122, 125, 127, 129–131, 133, 142–145, 211, 233, 236, 241, 243–245, 247–249, 261, 291–292, 357–361, 363–365
- Vollfunktions-GU
  - Dauerhaftigkeit des GU *siehe* dort
  - FKVO-Prüfung *siehe* dort
  - gemeinsame Kontrolle *siehe* dort
  - Gründung 47
  - Selbstständigkeit des GU *siehe* dort
  - Voraussetzungen 42–47
- Wahrung kartellrechtlicher Grenzen *in praxi*
  - ~ bei Betrieb 351–355, 370–371
  - ~ im Zuge der Gründung 348–351, 370
  - ~ vor Gründung 347, 370
- Wertentscheidung
  - ~ des Gesellschaftsrechts 329–330, 345, 369
  - ~ des Kartellrechts 327–329, 345, 369

- Wettbewerbsbeschränkung  
– ~ zwischen Unternehmen 20–22, 365
- Wettbewerbsverbot  
– ~ und kartellrechtliche Schranken 332–334  
– ~ und kartellrechtliche Schranken-Schranken 340–345, 370  
– gesellschaftsrechtliche Grundlagen 113–115  
– kartellrechtlicher Rahmen 115–119, 360  
– ~ und Konzentrationsprivileg 119–123
- wirtschaftliche Einheit  
– Bußgeldeinheit *siehe* dort  
– Grundlagen 149–151  
– Kehrseite der Medaille *siehe* dort  
– Schadenersatzeinheit *siehe* dort  
– Verhältnis zu Konzernhaftung und Konzernprivileg 151–152, 242–243, 249, 362, 364  
– willkürliche Begriffswahl 151–152
- Zweischrankenprinzip *siehe* Doppelkontrolle