Kölner Schriften zum Europarecht 69

Marcel Marques

Das Verhältnis der Nahezu-100%-Vermutung aus dem EU-Kartellrecht zur Weisungsfreiheit des Vorstands einer Aktiengesellschaft

Nomos

https://www.nomos-shop.de/isbn/978-3-8487-8358-8

Kölner Schriften zum Europarecht

herausgegeben vom
Institut für Europäisches Wirtschaftsrecht
an der Universität zu Köln
vertreten durch den Direktor Prof. Dr. Ulrich Ehricke

Band 69

© NOMOS Verlagsgesellschaft. Alle Rechte vorbehalten.

https://www.nomos-shop.de/isbn/978-3-8487-8358-8

Marcel Marques

Das Verhältnis der Nahezu-100%-Vermutung aus dem EU-Kartellrecht zur Weisungsfreiheit des Vorstands einer Aktiengesellschaft



Nomos

© NOMOS Verlagsgesellschaft. Alle Rechte vorbehalten.

https://www.nomos-shop.de/isbn/978-3-8487-8358-8



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-8358-8 (Print)
ISBN 978-3-7489-2744-0 (ePDF)

Die Bände 1-64 der Schriftenreihe sind im Carl Heymanns Verlag erschienen.

1. Auflage 2021
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

© NOMOS Verlagsgesellschaft. Alle Rechte vorbehalten.

https://www.nomos-shop.de/isbn/978-3-8487-8358-8

Für meine Eltern

© NOMOS Verlagsgesellschaft. Alle Rechte vorbehalten.

https://www.nomos-shop.de/isbn/978-3-8487-8358-8

© NOMOS Verlagsgesellschaft. Alle Rechte vorbehalten.

https://www.nomos-shop.de/isbn/978-3-8487-8358-8

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2021 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Sie entstand während meiner Tätigkeit am Institut für Europäisches Wettbewerbsrecht. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Mitte März 2021 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Ulrich Ehricke, LL.M, M.A., der mir die Anregung zu diesem Thema gab und mich in vielfältiger Weise gefördert hat. Bedanken möchte ich mich für den stetigen Zuspruch und auch für die Aufnahme in diese Schriftenreihe. Herrn Prof. Dr. Körber, LL.M., danke ich für die zügige Erstellung des Korreferats sowie ebenfalls für seine Unterstützung.

Ich möchte zudem Herrn Prof. Dr. Jürgen Kühnen meinen Dank aussprechen. Die anregenden Diskussionen haben mich sehr bereichert.

Weiterhin gebührt ein herzlicher Dank meinen Institutskollegen, insbesondere Herrn PD. Dr. Daniel Könen LL.M., Herrn David Krüger und Frau Maria Sieben, die mein Dissertationsvorhaben während meiner Tätigkeit am Institut begleitet haben. Die freundschaftliche Arbeitsatmosphäre, die kritischen Anregungen und die stetige Hilfsbereitschaft haben wesentlich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen.

Auch meinen Großeltern sowie meinen Freunden möchte ich herzlich für ihre Unterstützung danken.

Mein größter Dank gilt an dieser Stelle meinen Eltern, Yvonne und Joaquim Marques, die mich während meiner juristischen Ausbildung in jeder Lebenslage unterstützt und mir Rückhalt gegeben haben. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Köln, im Juli 2021 Marcel Marques

© NOMOS Verlagsgesellschaft. Alle Rechte vorbehalten.

https://www.nomos-shop.de/isbn/978-3-8487-8358-8

© NOMOS Verlagsgesellschaft. Alle Rechte vorbehalten.

https://www.nomos-shop.de/isbn/978-3-8487-8358-8

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1: Einführung 19

A. Einleitung und Problemstellung 19

B. Stand der Forschung 23

C. Gang der Darstellung 25

Kapitel 2: Die Bestimmung der wirtschaftlichen Einheit und der Nahezu-100 %-Vermutung 27

A. Entwicklung der wirtschaftlichen Einheit 27

I. Erste Entwicklungsphase: die wirtschaftliche Einheit zur Erfassung extraterritorialer Sachverhalte 27

1. Verhaltenszurechnung im Farbstoffkartell 27
2. Anwendung der wirtschaftlichen Einheit im Rahmen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung 30
3. Nichtanwendbarkeit der Kartellrechtsnormen (sog. Konzernprivileg) infolge des Bestehens einer wirtschaftlichen Einheit 31
4. Zusammenfassung 31

II. Zweite Entwicklungsphase: Verhaltenszurechnung durch Anknüpfung an den Unternehmensbegriff 32

1. Zurechnung unabhängig von möglichen Jurisdiktionsfragen 32
2. Verknüpfung der wirtschaftlichen Einheit mit dem Unternehmensbegriff 33
3. Zurechnung infolge der Beeinflussung der Geschäftspolitik 34
4. Relatives Verständnis der wirtschaftlichen Einheit 37
5. Vermeintliche Doppelfunktion der wirtschaftlichen Einheit 38
6. Wirtschaftliche Einheit zur Bestimmung der Zugehörigkeit von Rechtsubjekten im Unternehmen 41
7. Zwischenergebnis 41

© NOMOS Verlagsgesellschaft. Alle Rechte vorbehalten.

https://www.nomos-shop.de/isbn/978-3-8487-8358-8

III. Dritte Entwicklungsphase: Schaffung der Nahezu-100 %-Vermutung 43
1. Vollständige Gesellschaftsbeteiligung als widerlegbare Vermutung des Bestehens einer wirtschaftlichen Einheit 43
2. Mehrstufige wirtschaftliche Einheiten als Konsequenz der Anknüpfung an den Unternehmensbegriff 46
3. Quantitative Erweiterung der 100 %-Vermutung zur Nahezu-100 %-Vermutung 48
4. Personelle Verflechtung als Möglichkeit der Einflussnahme 50
5. Zusammenfassung 51
IV. Vierte Entwicklungsphase: Konkretisierung der Definition der wirtschaftlichen Einheit 52
1. Anforderungen an das fehlende autonome Verhalten des Rechtssubjekts innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit 52
2. Gesamtschuldnerische Haftung für die Zahlung der Geldbuße als Ausdruck einer von Rechts wegen eintretenden Wirkung des Unternehmensbegriffs 55
3. Widerlegungsvoraussetzungen der Nahezu-100 %-Vermutung 56
V. Zusammenfassung 58

B. Untersuchung der Mindestanforderungen für die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit 60
I. Auslegungsgrundsätze im Unionsrecht 61
1. Grammatikalische Auslegung 62
a. Wortlaut nach dem deutschen Verständnis 63
b. Wortlaut im Vergleich mit anderen Sprachen 65
2. Systematische Auslegung 65
a. Vergleichende Betrachtung mit dem Fusionskontrollrecht 66
aa. Selbständigkeit eines Gemeinschaftsunternehmens gem. Art. 3 Abs. 4 FKVO 66
bb. Kontrollbegriff gem. Art. 3 Abs. 2 FKVO 68
cc. Verbundklausel gem. Art. 5 Abs. 4 lit. b FKVO 71
dd. Zwischenergebnis 73
b. Konzernprivileg als Begründung für die Nichtanwendbarkeit des Art. 101 AEUV 74
c. Vergleich mit der Zurechnung im Innenverhältnis einer juristischen Person 76

© NOMOS Verlagsgesellschaft. Alle Rechte vorbehalten.

https://www.nomos-shop.de/isbn/978-3-8487-8358-8

3. Auslegung nach Sinn und Zweck 80
a. Herleitung des Telos aus dem Unionsrecht unter Berücksichtigung der Rechtsprechung und der Literatur 80
b. Auswirkungen auf die Bestimmung des fehlenden autonomen Verhaltens einer Gesellschaft innerhalb der wirtschaftlichen Einheit 84
II. Rechtliche Einflussnahme und innerer Zusammenhang als Mindestvoraussetzung der wirtschaftlichen Einheit 88
III. Zusammenfassung 90

C. Der Nachweis einer nahezu gesamten Beteiligung an einer (Aktien-) Gesellschaft als Vermutung des fehlenden autonomen Verhaltens (Nahezu-100 %-Vermutung) 91
I. Kontext und Reichweite der Nahezu-100 %-Vermutung 91
1. Nahezu-100 %-Vermutung als Beweiserleichterung zum Nachweis der wirtschaftlichen Einheit 91
2. Inhaltlicher Bezugspunkt der Vermutungsfolge 93
3. Zusammenfassung 96
II. Sinn und Zweck der Nahezu-100 %-Vermutung 96
1. Nahezu-100 %-Vermutung als Ausdruck einer Wahrscheinlichkeitsaussage 97
2. Nahezu 100 %-Vermutung als Ergebnis von Zweckmäßigkeitserwägungen 98
3. Zusammenfassung 100
III. Dogmatische Einordnung der Nahezu-100 %-Vermutung 101
1. Darstellung des Beweisrechts im Europäischen (Wettbewerbs-)Recht 102
a. Beweislast 104
b. Beweismaß 107
c. Beweiswürdigung 108
aa. Indizienbeweis als mittelbarer Nachweis einer Tatsache 109
(1) Deutsches Recht 110
(2) Unionsrecht 111
bb. Anscheinsbeweis als typisierte Form des Indizienbeweises 112
(1) Deutsches Recht 112
(2) Unionsrecht 113

© NOMOS Verlagsgesellschaft. Alle Rechte vorbehalten.

https://www.nomos-shop.de/isbn/978-3-8487-8358-8

d. Anwendungsbereiche der Vermutungen 114
aa. Deutsches Recht 114
(1) Beweislastregelung und Umkehr der Beweislast 115
(a) Gesetzliche Vermutungen 115
(b) Richterrechtliche Beweislastumkehr 117
(2) Tatsächliche Vermutungen 117
(3) Unwiderlegbare Vermutungen 120
bb. Unionsrecht 120
(1) Beweislastregelung und Umkehr der Beweislast 121
(a) Gesetzliche normierte Regelungen der Beweislast 121
(b) Vermutungen mit eigens geschaffenen Widerlegungsanforderungen 122
(2) (Tatsächliche) Vermutungen im Rahmen der Beweiswürdigung 123
(3) Unwiderlegbare Vermutungen 125
e. Die Besonderheiten des Beweisrechts im Bußgeldverfahren 126
aa. Deutsches Bußgeldrecht 126
bb. Europäisches Bußgeldrecht 127
f. Zwischenergebnis 129
2. Einordnung der Nahezu-100 %-Vermutung in das Beweisrecht der Union 130
a. Nahezu-100 %-Vermutung als Vermutung im Rahmen der Beweiswürdigung 130
aa. Indizienbeweis 130
bb. Anscheinsbeweis 133
(1) Bestätigung durch GA *Kokott* und Kommission 133
(2) Sichtweise des EuGH 136
(3) Zusammenfassung 141
b. Nahezu-100 %-Vermutung als Beweislastumkehr 141
c. Zusammenfassung 144
3. Methodische Grundlage zur Schaffung der Nahezu-100 %-Vermutung 144
a. Auslegung und richterrechtliche Rechtsfortbildung 144
b. Nahezu 100 %-Vermutung als Ergebnis richterrechtlicher Auslegung 145

© NOMOS Verlagsgesellschaft. Alle Rechte vorbehalten.

https://www.nomos-shop.de/isbn/978-3-8487-8358-8

IV. Untersuchung der Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Vermutung im Bußgeldverfahren 147
1. Bestimmung der Zulässigkeitsvoraussetzungen 148
2. Vergleichbarkeit des den jeweiligen Vermutungen unterliegenden Sachverhalts 148
3. Übertragbarkeit der Zulässigkeitsvoraussetzungen auf die Nahezu-100 %-Vermutung 149
V. Zulässigkeitsprüfung der Nahezu-100 %-Vermutung 151
1. Möglichkeit des Beweises des Gegenteils (Widerlegbarkeit) 152
2. Wahrung der Verteidigungsrechte 154
3. Angemessenheit des mit der Vermutung verfolgten Ziels 156
4. Zusammenfassung 161

D. Kritik und Gegenargumente 162
I. Gesetzlichkeitsprinzip aus Art. 49 Abs. 1 GRCh 162
1. Anknüpfung an Gesellschaftsbeteiligung als vermeintlicher Verstoß gegen das Gesetzlichkeitsprinzip 163
2. Gesellschaftsbeteiligung als Mittel der Beweisführung 164
II. Der Unternehmensbegriff als Instrument der Verhaltenszurechnung im Rahmen der wirtschaftlichen Einheit 166
1. Kritik aus der Literatur 166
2. Stellungnahme 168
III. Wertung des effet utile des Kartellverbots 170
1. Entgegengesetztes Interesse an einer ausgewogenen Risikoverteilung 170
a. Trennungsprinzip bzw. Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen 170
b. Ausnahmen des Trennungsprinzips im deutschen Aktiengesetz 173
2. Beeinträchtigung des Ziels der effektiven Kartellbekämpfung durch die Schaffung eines Anreizes zur zentralistischen Unternehmensführung 175
3. Interessensabwägung 177
IV. Verstoß gegen die Unschuldsvermutung gemäß Art. 48 Abs. 1 GRCh 180
V. Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz gemäß Art. 49 Abs. 1 GRCh 181
VI. Zusammenfassung 183

© NOMOS Verlagsgesellschaft. Alle Rechte vorbehalten.

https://www.nomos-shop.de/isbn/978-3-8487-8358-8

Kapitel 3: Verhältnis der Nahezu-100 %-Vermutung zum deutschen Aktiengesetz 184

A. Bedeutung der Eigenständigkeit des Vorstands in der Aktiengesellschaft 184
I. Weisungsfreie Leitung der Gesellschaft als zentrale Wertung des Aktiengesetzes 185
1. Eigenverantwortliche Leitung durch den Vorstand 185
2. Reichweite und Bedeutung der Eigenverantwortung 186
3. Leitungstätigkeit als Ermessensaufgabe 188
4. Bestimmung des Begriffs der Leitung 190
a. Normative Leitungsaufgaben 190
b. Grundlegende Führungsaufgaben zum Erhalt des Unternehmens 191
aa. Planung und Koordinierung des aktienrechtlichen Unternehmens 191
bb. Marktverhalten (Geschäftspolitik im weiteren Sinne) 192
(1) Investitionen und Finanzausstattung 193
(2) Führungspostenbesetzung 193
cc. Legalitätskontrolle 194
c. Zwischenergebnis 195
5. Mitleitungsfunktion des Aufsichtsrats 195
II. Geschäftsführung durch den Vorstand 196
1. Die Geschäftsführung als übergeordneter Begriff jeglichen Handels des Vorstands 196
2. Modifikationsmöglichkeiten 197
a. Funktionale Aufgabenverteilung 198
b. Spartenbezogene Aufteilung 198
c. Gestaltungsgrenzen 198
3. Subsidiäre Geschäftsführungskompetenz gem. § 119 Abs. 2 AktG 199
III. Einflussnahme auf den Vorstand durch Kompetenzen der Hauptversammlung 200
1. Beschlussfähigkeit in jeglichem der Hauptversammlung zustehenden Kompetenzbereich 201
2. Gesetzliche und rechtsgeschäftliche Besonderheiten 201
a. Gesetzliche Besonderheiten 201
b. Stimmrechtsbindungsverträge 202

© NOMOS Verlagsgesellschaft. Alle Rechte vorbehalten.

https://www.nomos-shop.de/isbn/978-3-8487-8358-8

3. Kompetenzen im Einzelnen 203
a. Mittelbarer Bezug zum Verhalten der Gesellschaft durch die Kompetenz zu wiederkehrenden Maßnahmen 204
aa. Bestellung der Mitglieder des Aufsichtsrats gem. §§ 119 Abs. 1 Nr. 1, 101 Abs. 1 S. 1 AktG 204
bb. Verwendung des Bilanzgewinns gem. §§ 119 Abs. 1 Nr. 2, 174 AktG 204
cc. Entlastung der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats gem. §§ 119 Abs. 1 Nr. 4, 120 AktG 205
dd. Bestellung eines Abschlussprüfers gem. § 119 Abs. 1 Nr. 5 AktG, § 318 HGB 206
b. Mittelbare Einflussnahme auf das Verhalten der Gesellschaft durch die Kompetenz zu strukturbezogenen Maßnahmen 207
aa. Satzungsänderungen gem. §§ 119 Abs. 1 Nr. 6, 179 Abs. 1 AktG als Einschränkung des § 76 Abs. 1 AktG 207
bb. Auflösung der Gesellschaft gem. §§ 119 Abs. 1 Nr. 9, 262 Abs. 1 Nr. 1, 2 AktG 209
cc. Kompetenz zur Erlangung der Möglichkeit der Einflussnahme durch die außerhalb der Enumeration von § 119 Abs. 1 AktG befindlichen strukturbezogen Kompetenzen 210
(1) Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens gem. § 179a AktG 210
(2) Zustimmung und Änderung eines Unternehmensvertrags gem. §§ 293, 295 AktG 211
(3) Eingliederungsbeschluss gem. § 319 AktG 211
(4) Übertragung von Aktien gegen Barabfindung gem. § 327a AktG 212
(5) Verschmelzungsbeschluss gem. § 65 UmwG 212
(6) Zwischenergebnis 212
c. Persönliche Abhängigkeit des Vorstands von der Hauptversammlung durch sonstige Kompetenzen 213
aa. Vertrauensentzug gegenüber dem Vorstand gem. § 84 Abs. 3 S. 2 AktG 213
bb. Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern gem. § 103 Abs. 1 AktG 214

© NOMOS Verlagsgesellschaft. Alle Rechte vorbehalten.

https://www.nomos-shop.de/isbn/978-3-8487-8358-8

cc. Festsetzung der Aufsichtsratsvergütung gem. § 113 Abs. 1 AktG 214
d. Zwischenergebnis 215

B. Die Eigenständigkeit des Vorstands als vermeintlicher Widerspruch zur Nahezu-100 %-Vermutung 215
I. Berücksichtigung der gesellschaftsrechtlichen Wertungen 216
1. Anwendungsvorrang im Unionsrecht 216
2. Berücksichtigung der Wertungen des nationalen Gesellschaftsrechts mangels Bestehens einer Kollisionslage 216
II. Aktienrechtliche Grundlage der Nahezu-100 %-Vermutung 218
1. Kompetenzen der Hauptversammlung 219
a. Die Wahl des Aufsichtsrats als Grundlage der Nahezu-100 %-Vermutung 219
aa. Beeinflussung der Zusammensetzung der Vorstandsmitglieder 220
(1) Kausale Verkettung zwischen Bestellung des Aufsichtsrats und Bestellung des Vorstands 220
(2) Einschränkungen der Möglichkeit der Beeinflussung der Vorstandszusammensetzung 222
(a) Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes 223
(b) Mindestmaß an persönlicher Unabhängigkeit des Vorstands 224
(3) Zwischenergebnis 225
bb. Auswirkungen einer Anerkennung der Möglichkeit zur Beeinflussung des Vorstands auf die Nahezu-100 %-Vermutung 226
(1) Bedeutung der Möglichkeit zur Beeinflussung der Zusammensetzung des Vorstands 226
(a) Anerkennung der mittelbaren Einflussnahme beim Kontrollerwerb gem. Art. 3 Abs. 2 FKVO 227
(b) Erfüllung des Merkmals der personellen Verflechtung im Steuerrecht beim Rechtsinstitut der Betriebsaufspaltung 227

© NOMOS Verlagsgesellschaft. Alle Rechte vorbehalten.

https://www.nomos-shop.de/isbn/978-3-8487-8358-8

(c) Kein hinreichendes Indiz für die tatsächliche Ausübung eines bestimmenden Einflusses im Rahmen der wirtschaftlichen Einheit 229
(d) Zwischenergebnis 231
(2) Beeinflussung der Zusammensetzung des Vorstands als unzureichende Grundlage der Nahezu-100 %-Vermutung 231
b. Aktienrechtliche Grundlage der Nahezu-100 %-Vermutung durch Gesamtschau einzelner Kompetenzen der Hauptversammlung 233
aa. Gesamtschau einzelner der Hauptversammlung zukommender Rechte 233
bb. Bewertung der einzelnen Rechte 236
2. Aktienrechtliche Wertungen bei verbundenen Unternehmen 238
a. Weisungsrecht nach § 308 AktG und § 323 Abs. 1 AktG als Grundlage der Nahezu-100 %-Vermutung 238
b. § 311 AktG als Anknüpfungspunkt einer aktienrechtlichen Grundlage der Nahezu-100 %-Vermutung 239
c. Die Beweiserleichterung aus §§ 311, 317 AktG als Bestätigung der Nahezu-100 %-Vermutung 246
aa. Beweiserleichterung nach §§ 311, 317 AktG 246
bb. Übertragung auf die Nahezu-100 %-Vermutung 248
3. Zusammenfassung 249
III. Fehlender Widerspruch infolge unterschiedlicher Regelungsinhalte 250
1. Allgemeine Anwendbarkeit der Nahezu-100 %-Vermutung infolge der Widerlegbarkeit 250
2. Keine Widerlegungsmöglichkeit durch nationales Gesellschaftsrecht 253
a. Berücksichtigung sämtlicher wirtschaftlicher, organisatorischer und rechtlicher Verbindungen zwischen den Gesellschaften 253
b. Verbotsnorm als fehlender Nachweis des jeweils verbotenen Verhaltens 258
3. Zusammenfassung 261

© NOMOS Verlagsgesellschaft. Alle Rechte vorbehalten.

https://www.nomos-shop.de/isbn/978-3-8487-8358-8

Kapitel 4: Ergebnis in Thesenform 262

Literaturverzeichnis 269

© NOMOS Verlagsgesellschaft. Alle Rechte vorbehalten.