

Marcel Marques

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



Kölner Schriften zum Europarecht

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

Band 69

Marcel Marques

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



**Nomos**



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.

*Für meine Eltern*

## 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

## 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 Rechtssubjekten im Unternehmen	41
7. Zwischenergebnis	41

*Inhaltsverzeichnis*

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



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

*Inhaltsverzeichnis*

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 <i>Kokott</i> 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

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 <i>effet utile</i> 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

*Inhaltsverzeichnis*

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

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 strukturbezogenen 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

*Inhaltsverzeichnis*

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

(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

*Inhaltsverzeichnis*

Kapitel 4: Ergebnis in Thesenform 262

Literaturverzeichnis 269