

LEON BURKHART

Kartellrechtliche
Vermutungen
bei Art. 101 AEUV

Beiträge zum Kartellrecht

22

Mohr Siebeck

Beiträge zum Kartellrecht

herausgegeben von
Michael Kling und Stefan Thomas

22



Leon Burkhardt

Kartellrechtliche Vermutungen bei Art. 101 AEUV

Beginn und Ende der Beteiligung
an einem Kartell

Mohr Siebeck

Leon Burkhardt, geboren 1993; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Mainz; 2018 Erstes Juristisches Staatsexamen; 2019 LL.M. (University of Glasgow); Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Europarecht, Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung der Universität Mainz; 2022 Promotion; Referendar im Landgerichtsbezirk Düsseldorf.
orcid.org/0000-0001-8978-1218

ISBN 978-3-16-161849-9 / eISBN 978-3-16-161916-8
DOI 10.1628/978-3-16-161916-8

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

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

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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 und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und dort gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Der Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz hat die vorliegende Arbeit im März 2022 als Dissertation angenommen. Für die Drucklegung fanden Literatur und Rechtsprechung bis einschließlich Juni 2022 Berücksichtigung.

Mein herzlicher Dank gilt zunächst meinem verehrten Lehrer und Doktorvater, Herrn Professor Dr. Meinrad Dreher. Ich durfte diese Arbeit nicht nur als Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl verfassen, sondern er begleitet mich bereits seit meinen frühen Studienjahren. Während dieser Zeit hat er mich immer unterstützt, mir vieles ermöglicht und stand mir mit ehrlichem Rat zur Seite. Ich habe ihm viel zu verdanken; er hat mich maßgeblich geprägt. Danken möchte ich außerdem Herrn Dir. b. BKartA Professor Dr. Carsten Becker für sein sehr gründliches und zügig erstelltes Zweitgutachten sowie Herrn Professor Dr. Stefan Thomas und Herrn Professor Dr. Michael Kling für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe „Beiträge zum Kartellrecht“. Dankbar bin ich ferner für die finanzielle Förderung bei der Drucklegung aus dem Programm „Arbeitskreis Wirtschaft und Recht“ des Stifterverbandes für die Deutsche Wissenschaft.

Meiner Frau Janin sowie meinen Eltern Eva, Richard, Werner und Petra danke ich von ganzem Herzen. Sie haben mich seit jeher bedingungslos unterstützt. Ohne meine Familie wäre diese Arbeit nicht entstanden, ihr ist sie gewidmet. Zu guter Letzt danke ich Herrn Dr. Lasse Engel für die schöne Zeit am Lehrstuhl. Er war nicht nur ein toller Arbeitskollege, sondern ist mir bis heute ein enger Freund.

Düsseldorf, im Juli 2022

Leon Burkhart

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Einführung	1
<i>A. Der Gegenstand der Untersuchung</i>	1
<i>B. Der Gang der Untersuchung</i>	5
1. Teil: Die Beweislastverteilung und der Vermutungsbegriff im europäischen Kartellrecht	7
<i>A. Die Verteilung der objektiven Beweislast unter der Verordnung 1/2003</i>	7
<i>B. Der Nachweis der Beteiligung an wettbewerbsbeschränkendem Verhalten und ihrer Dauer</i>	8
<i>C. Die Verschiebung der konkreten Beweisführungs- und Behauptungslast</i>	11
<i>D. Der Vermutungsbegriff</i>	15
<i>E. Zusammenfassung</i>	52
2. Teil: Die Beteiligungsvermutungen	55
<i>A. Die Anwendung der Beteiligungsvermutungen im Hinblick auf die Begehungsformen einer Zuwiderhandlung</i>	55
<i>B. Die Koordinierungsvermutung</i>	56
<i>C. Die Kausalitätsvermutung („Anic-Vermutung“)</i>	115
<i>D. Die Fortführungsvermutung</i>	151

<i>E. Die Wechselwirkungen zwischen den Beteiligungsvermutungen</i> . . .	191
<i>F. Zusammenfassung</i>	199
3. Teil: Die Widerlegung der Beteiligungsvermutungen	207
<i>A. Die Geltendmachung der Widerlegungsgründe</i>	207
<i>B. Die offene Distanzierung</i>	208
<i>C. Die Selbstanzeige bei den Kartellbehörden</i>	242
<i>D. Der Nachweis eines unabhängigen Marktverhaltens als Widerlegungsform</i>	254
<i>E. Die Vorlage sogenannter „anderer Beweise“ als Widerlegungsform</i>	268
<i>F. Zusammenfassung</i>	278
Literaturverzeichnis	283
Stichwortregister	291

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Einführung	1
<i>A. Der Gegenstand der Untersuchung</i>	1
<i>B. Der Gang der Untersuchung</i>	5
1. Teil: Die Beweislastverteilung und der Vermutungsbegriff im europäischen Kartellrecht	7
<i>A. Die Verteilung der objektiven Beweislast unter der Verordnung 1/2003</i>	7
<i>B. Der Nachweis der Beteiligung an wettbewerbsbeschränkendem Verhalten und ihrer Dauer</i>	8
I. Die Beteiligung an einer Zuwiderhandlung	8
II. Die Dauer der Beteiligung	10
<i>C. Die Verschiebung der konkreten Beweisführungs- und Behauptungslast</i>	11
<i>D. Der Vermutungsbegriff</i>	15
I. Die Notwendigkeit einer dogmatischen Qualifizierung von Vermutungen	15
II. Die Beweiserleichterungen im deutschen Recht	17
1. Die Dichotomie der Beweiserleichterungen	17
2. Der Indizienbeweis	19
3. Der Anscheinsbeweis	21
4. Die tatsächliche Vermutung	25
5. Die widerlegbare gesetzliche Vermutung	28
a) Die Abgrenzung zu den erfahrungsbasierten Beweiserleichterungen	28

b)	Die Beweislastnorm und ihre Ermittlung	29
c)	Die widerlegbare gesetzliche Vermutung im Besonderen	30
6.	Die Beweislastumkehr auf der Grundlage von Sachgründen und die erfahrungsbasierte Beweiserleichterung	32
7.	Die unwiderlegbare gesetzliche Vermutung und die Fiktion	36
III.	Die Unterscheidung von tatsächlichen und normativen Vermutungen im europäischen Kartellrecht	37
1.	Das Fehlen einer umfassenden und differenzierenden Dogmatik	37
2.	Die tatsächliche Vermutung	39
a)	Die Begriffsbestimmung	39
b)	Die unzulässige Vermengung mit Sachgründen	42
c)	Die überschießende erfahrungsbasierte Beweiserleichterung	45
3.	Die normative Vermutung	47
a)	Die Begriffsbestimmung	47
b)	Die Sachgründe im Kartellrecht	48
c)	Die Exemplifikation	49
E.	<i>Zusammenfassung</i>	52
2. Teil:	Die Beteiligungsvermutungen	55
A.	<i>Die Anwendung der Beteiligungsvermutungen im Hinblick auf die Begehungsformen einer Zuwiderhandlung</i>	55
B.	<i>Die Koordinierungsvermutung</i>	56
I.	Die Entstehungsgeschichte und der Gegenstand	56
1.	Die Entwicklung der Vermutung	56
2.	Die Entwicklung der Widerlegungsmöglichkeiten	61
II.	Der Anwendungsbereich	62
1.	Die Vereinbarung	62
2.	Die abgestimmte Verhaltensweise	64
a)	Das Wesen der abgestimmten Verhaltensweise	64
b)	Der Anknüpfungspunkt der Koordinierungsvermutung	66
3.	Der Beschluss einer Unternehmensvereinigung	67
III.	Die Rechtsnatur und Wirkungsweise	69
1.	Die Qualifikation als eine tatsächliche Vermutung	69
2.	Die Verschiebung der konkreten Beweisführungs- und Behauptungslast und der Gegenbeweis	71
3.	Die passive Beteiligung als ein eigenständiger Begehungstatbestand	73
IV.	Die Anwendungsvoraussetzungen	74

1. Die Ermittlung der Anwendungsvoraussetzungen	74
2. Die Anforderungen an die kartellrechtswidrigen Sitzungen	75
a) Die Begründung einer erstmaligen Verantwortlichkeit und die Fortführung einer einheitlichen Zuwiderhandlung ...	75
b) Der kartellrechtswidrige Gegenstand	76
c) Die offensichtliche Wettbewerbsbeschränkung	77
3. Die Anforderungen an die Sitzungsteilnahme	79
a) Die innere Tatseite bei der Teilnahme	79
b) Die aktive und die passive Teilnahme	82
c) Die Teilnahme eines Unternehmensvertreters	83
4. Die Erstreckung der Koordinierungsvermutung auf einseitige Unterrichtungen durch die Eturas-Entscheidung	83
a) Die bisherige Rechtsprechung zu einseitigen Unterrichtungen	83
b) Die Eturas-Entscheidung und ihr Aussagegehalt für die Koordinierungsvermutung	86
aa) Der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens und die Vorlagefrage	86
bb) Das Urteil des EuGH	88
cc) Die Bedeutung für die Koordinierungsvermutung ...	89
(1) Die besonderen Sachverhaltsumstände der Entscheidung und ihre Abstrahierungsfähigkeit	89
(2) Die Schlussfolgerungen für die Anwendung der Koordinierungsvermutung auf Sachverhalte ohne Sitzungsteilnahme	91
V. Die Rechtfertigung	93
1. Die Existenz und die Reichweite des Erfahrungssatzes	93
a) Das Vorhandensein eines entsprechenden Erfahrungssatzes	93
b) Die Grenzen der Koordinierungsvermutung	100
c) Die Legitimationsfreiheit von tatsächlichen Vermutungen	101
2. Der Einfluss auf die Beweislastverteilung	104
a) Die Beweislastverteilung infolge der Teilnahme an einer Sitzung	104
aa) Die tatsächliche Vermutung und die Beweislastverteilung in Art. 2 Satz 1 VO 1/2003	104
bb) Die tatsächliche Vermutung und die Unschuldsvermutung	105
b) Die überschießende erfahrungsbasierte Beweiserleichterung bei einseitigen Unterrichtungen außerhalb von Sitzungen	109

aa) Die richterliche Rechtsfortbildung von Art. 2 Satz 1 VO 1/2003	109
bb) Die Vereinbarkeit mit der Unschuldsvermutung	111
VI. Die Widerlegung	112
1. Die Abwendung der erstmaligen Begehung einer Zuwiderhandlung	112
a) Die Widerlegungsmöglichkeiten infolge der Teilnahme an einer Sitzung	112
b) Der Gegenbeweis bei einseitigen Unterrichtungen außerhalb von Sitzungen	114
2. Die Beendigung oder Unterbrechung der Beteiligung an einer einheitlichen Zuwiderhandlung	115
3. Die Selbstanzeige bei den Kartellbehörden	115
C. <i>Die Kausalitätsvermutung („Anic-Vermutung“)</i>	115
I. Die Entstehungsgeschichte und der Gegenstand	115
II. Der Anwendungsbereich	118
III. Die Rechtsnatur und Wirkungsweise	122
1. Die Vermutung als ein integraler Bestandteil der abgestimmten Verhaltensweise	122
a) Die Ansicht des EuGH	122
b) Die Unbestimmbarkeit von Rechtsnatur und Wirkung nach der Ansicht des EuGH	124
2. Die Qualifikation als eine tatsächliche Vermutung	127
3. Die Verschiebung der konkreten Beweisführungs- und Behauptungslast und der Gegenbeweis	130
IV. Die Anwendungsvoraussetzungen	133
1. Die Abstimmung zwischen Wettbewerbern	133
a) Die Verringerung der Ungewissheit des Wettbewerbs	133
b) Der Grad der Abnahme der Ungewissheit des Wettbewerbs	136
2. Das der Abstimmung anschließende Marktverhalten	138
V. Die Rechtfertigung	139
1. Die Existenz und die Reichweite des Erfahrungssatzes	139
2. Der Einfluss auf die Beweislastverteilung	143
a) Die Anerkennung eines Gegenbeweises	143
b) Die unzulässige Beweislastumkehr beim Beweis des Gegenteils	145
VI. Die Widerlegung	147
1. Der Nachweis eines unabhängigen Marktverhaltens	147
2. Die Erschütterung der gerichtlichen Überzeugung beim Gegenbeweis	148

3. Die sonstigen Widerlegungsgründe	150
<i>D. Die Fortführungsvermutung</i>	151
I. Die Entstehungsgeschichte und der Gegenstand	151
II. Die Beteiligung an einer einheitlichen Zuwiderhandlung	156
1. Die einheitliche Zuwiderhandlung	156
2. Der Nachweis einer einheitlichen Zuwiderhandlung und ihrer Dauer	162
3. Die erstmalige Beteiligung an einer einheitlichen Zuwiderhandlung	164
III. Der Anwendungsbereich	166
IV. Die Rechtsnatur und Wirkungsweise	168
V. Die Anwendungsvoraussetzungen	170
1. Die Gesamtbetrachtung der Einzelfallumstände als Grundsatz	170
2. Die weiteren Beweise für eine anhaltende Beteiligung	174
3. Die Beweiskraft der unterlassenen offenen Distanzierung für den Nachweis einer fortgeführten Beteiligung	177
a) Die grundsätzliche Beweiskraft	177
b) Die Abwesenheit bei Sitzungen im fraglichen Zeitraum	179
c) Die regelmäßige Teilnahme an Sitzungen im fraglichen Zeitraum	180
d) Die Schlussfolgerungen für weitere Sachverhaltskonstellationen	183
VI. Die Rechtfertigung	184
VII. Die Widerlegung	187
<i>E. Die Wechselwirkungen zwischen den Beteiligungsvermutungen ...</i>	191
I. Das Ineinandergreifen der Koordinierungs- und der Kausalitätsvermutung bei abgestimmten Verhaltensweisen	191
II. Das gemeinsame Erfahrungswissen der Fortführungs- und der Koordinierungsvermutung bei einheitlichen Zuwiderhandlungen	194
III. Die Kausalitäts- und die Fortführungsvermutung: das Fortwirken kartellrechtswidriger Kontakte	195
<i>F. Zusammenfassung</i>	199
3. Teil: Die Widerlegung der Beteiligungsvermutungen	207
<i>A. Die Geltendmachung der Widerlegungsgründe</i>	207
<i>B. Die offene Distanzierung</i>	208
I. Das Wesen	208

1. Die materiellrechtliche Seite: die Abwendung der Tatbestandsverwirklichung	208
2. Die verfahrensrechtliche Seite: die Führung eines Gegenbeweises	209
II. Der Anwendungsbereich	210
III. Der Rechts- oder Tatsachencharakter	212
1. Die Problemstellung	212
2. Die Rechtsprechung des BGH	214
3. Die Schlussfolgerungen für die Voraussetzungen der offenen Distanzierung und die Zuständigkeitsverteilung zwischen EuGH und EuG	216
IV. Die Voraussetzungen	218
1. Die Methodik zur Ermittlung der Voraussetzungen	218
2. Die fehlende wettbewerbswidrige Einstellung und ihre Kundgabe gegenüber den Wettbewerbern	219
3. Die weitere Konkretisierung der Beweisanforderungen des EuGH	221
a) Der Inhalt der offenen Distanzierung	221
b) Die Adressaten der offenen Distanzierung	225
c) Die Form der offenen Distanzierung	227
d) Der Zeitpunkt der offenen Distanzierung	230
aa) Die Abwendung einer erstmaligen Verantwortlichkeit	230
bb) Die Beendigung der Kartellmitgliedschaft	234
e) Das Handeln im Anschluss an die offene Distanzierung	234
aa) Das widersprüchliche Handeln	234
bb) Das parallele oder unveränderte Marktverhalten	235
cc) Das Fortwirken von erlangten Informationen	237
dd) Das Fortwirken von preisgegebenen Informationen	241
C. <i>Die Selbstanzeige bei den Kartellbehörden</i>	242
I. Der Anwendungsbereich und das Wesen	242
II. Die Abgrenzung zur Stellung eines Kronzeugenantrags	247
III. Die Anforderungen an eine taugliche Selbstanzeige	250
D. <i>Der Nachweis eines unabhängigen Marktverhaltens als Widerlegungsform</i>	254
I. Der Anwendungsbereich	254
1. Die Widerlegung der Kausalitätsvermutung	254
2. Die Bedeutung für die Widerlegung der Koordinierungsvermutung	255
3. Die Widerlegung der Fortführungsvermutung und die materiell-rechtliche Beendigung einer Kartellbeteiligung	256

4. Die Beseitigung von Fortwirkungen einer Verhaltenskooperation	258
5. Zwischenfazit	258
II. Das Verhältnis zu den Tatbestandsmerkmalen der bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung	259
III. Die Anforderungen an die Widerlegung der Kausalitätsvermutung	261
1. Der Nachweis eines unabhängigen Marktverhaltens	261
2. Die unzureichenden Widerlegungsgründe beim Beweis des Gegenteils	265
3. Die Erschütterung der Überzeugung des Gerichts beim Gegenbeweis	267
<i>E. Die Vorlage sogenannter „anderer Beweise“ als Widerlegungsform</i>	268
I. Die anderen Beweise zur Widerlegung der Fortführungsvermutung	268
1. Der Anwendungsbereich	268
2. Die Beispiele für andere Beweise	271
II. Die anderen Beweise zur Widerlegung der Koordinierungsvermutung	275
1. Der Anwendungsbereich	275
2. Die Exemplifikation anhand der Eturas-Entscheidung	277
<i>F. Zusammenfassung</i>	278
Literaturverzeichnis	283
Stichwortregister	291

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. E.	am Ende
a. M.	allgemeine Meinung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union oder der Europäischen Gemeinschaft
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
Az.	Aktenzeichen
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BReg	Bundesregierung
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestags
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CMLRev.	Common Market Law Review (Zeitschrift)
CompLRev.	Competition Law Review (Zeitschrift)
CoRe	European Competition and Regulatory Law Review (Zeitschrift)
d. h.	das heißt
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/dieselben
ECJ	European Competition Journal (Zeitschrift)
ECLR	European Competition Law Review (Zeitschrift)
ECN	European Competition Network
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	endgültig
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union

EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
f., ff.	folgende
FK	Frankfurter Kommentar
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt, Generalanwältin
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggfs.	gegebenenfalls
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung/-en
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review (Zeitschrift)
Hdb.	Handbuch
HK	Handkommentar
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
i. H. v.	in Höhe von
i. E.	im Ergebnis
i. R. d.	im Rahmen der
i. R. v.	im Rahmen von
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
ibid.	ebenda
insbes.	insbesondere
J. Antitrust Enforc.	Journal of Antitrust Enforcement (Zeitschrift)
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JECLAP	Journal of European Competition Law & Practice (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
KK	Kölner Kommentar
KOM	Europäische Kommission
lit.	littera
m. a. W.	mit anderen Worten
m. w. Nachw.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
MüKo	Münchener Kommentar
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung

OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
RegE	Regierungsentwurf
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs und des Gerichts der Europäischen Union
sog.	sogenannte/-r/-n
std. Rspr.	ständige Rechtsprechung
Tz.	Textziffer
u. a.	unter anderem
u. U.	unter Umständen
Unterabs.	Unterabsatz
v.	vom
v. a.	vor allem
verb. Rs.	verbundene Rechtssache
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vor	Vorbemerkung vor
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WettbR	Wettbewerbsrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
YARS	Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies (Zeitschrift)
z. B.	zum Beispiel
zahlr.	zahlreichen
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Einführung

A. Der Gegenstand der Untersuchung

Wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen i. S. v. Art. 101 AEUV zwischen tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerbern, die nachfolgend als Kartelle zu bezeichnen sind, können verschiedenste Formen annehmen. Sie reichen von einem einmaligen, unverbindlichen Gespräch zwischen zwei Geschäftsführern am Rande eines Verbandstreffens bis zu einer Jahrzehnte andauernden und marktübergreifenden Zuwiderhandlung mehrerer Wettbewerber, die sich in regelmäßigen Abständen in Sitzungen oder über Fernkommunikationsmittel absprechen und ausgefeilte Überwachungs- und Sanktionsmechanismen etabliert haben. In allen Fällen hat die Europäische Kommission¹ die Aufgabe, das nur einseitige von dem tatbestandsmäßigen mehrseitigen Verhalten der Unternehmen² abzugrenzen. In den drei Begehungsformen der Zuwiderhandlung – der Vereinbarung, dem Beschluss einer Unternehmensvereinigung und der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise –³ kommt die wettbewerbliche Zielsetzung von Art. 101 AEUV besonders zum Ausdruck: Unbedenklich ist das selbständige Handeln eines Unternehmens, das wegen der Ungewissheit des Wettbewerbs durch ein Vor und Zurück die Grenzen des eigenen ökonomischen Handlungsspielraums ausstetet. Kontakte zwischen Marktteilnehmern sind nicht per se verboten. Sie unterliegen aber einer Prüfung nach Art. 101 AEUV, wenn sie die Unsicherheit des Wettbewerbs reduzieren. Die unterschiedlichen Formen des konspirativen Handelns sollen die drei Begehungsformen der Zuwiderhandlung erfassen.

Unternehmen bilden Kartelle regelmäßig im Verborgenen. Sie versuchen, die Beweismittel gering zu halten, die auf ihre Tat hindeuten. Im Mittelpunkt vieler Auseinandersetzungen vor den Unionsgerichten steht daher die Frage, ob die Kommission ihrer Beweislast für den Nachweis einer kartellrechtlichen Zuwiderhandlung Genüge getan hat. Problematisch ist immer wieder

¹ Nachfolgend nur als Kommission bezeichnet.

² Tatbestandsmäßig können außerdem Absprachen zwischen Unternehmensvereinigungen sein, vgl. *Bellamy/Child*, EU Competition Law, Rn. 2.115; sie sind nachfolgend mitumfasst.

³ Letztere ist in dieser Arbeit nur als abgestimmte Verhaltensweise bezeichnet.

die Anwendung von Vermutungen. Sie sind Beweiserleichterungen, da sie eine Tatsache oder Rechtsposition annehmen, ohne dass sie zu beweisen ist. Die Kommission macht von ihnen häufig bei dem Nachweis der kooperativen Verhaltensweise Gebrauch. Das liegt zum einen daran, dass die Begehungsformen der Zuwiderhandlung in hohem Maße beweisintensiv sind: Was haben die Unternehmen bei der Zusammenkunft besprochen? Wer war anwesend und hat den wettbewerbsbeschränkenden Anliegen zumindest konkludent zugestimmt? Haben die Kartellanten an den Folgetreffen teilgenommen und die Absprachen umgesetzt? Bis zu welchem Zeitpunkt waren sie beteiligt, und wie sind die Zeiträume ohne Kontakte zwischen den Mitgliedern zu interpretieren? Zum anderen sind die Tatbestandsmerkmale verantwortungsbegründend und zugleich -begrenzend, sodass die genaue Feststellung des relevanten Tatsachengeschehens äußerst bedeutsam ist. Die Voraussetzungen entscheiden sowohl darüber, ob ein Unternehmen an einem Kartellrechtsverstoß überhaupt mitgewirkt hat, als auch an welchen Teilen einer marktübergreifenden Zuwiderhandlung, in welcher Intensität und ob es seine Mitgliedschaft unterbrochen oder vorzeitig beendet hat. Das bedeutet für die Kommission, regelmäßig einen komplexen Sachverhalt bei einer schwachen Beweisbasis aufzuklären. Die Heranziehung von Beweiserleichterungen ist in diesem Zusammenhang geboten, da nicht jeder Sachverhalts-umstand aufklärbar ist. Gleichzeitig sind das Ob und Wie der Kartellbeteiligung bußgeld- und schadenersatzwirksam, sodass die Nutzung einer Vermutung für das Unternehmen in der Regel nachteilige Folgen hat. Außerdem besteht die Gefahr, dass die Kommission zu seinem Nachteil Umstände entgegen der Lebenswirklichkeit annimmt.

Die Anwendung von Vermutungen steht daher in einem Spannungsverhältnis. Auf der einen Seite fördern Beweiserleichterungen die effektive Kartellrechtsdurchsetzung, die häufig an der Geheimheit von Kartellen und ihrer hohen Beweisintensität krankt. Auf der anderen Seite stehen sie mit etablierten Verfahrensgrundsätzen wie dem Amtsermittlungsgrundsatz und der Unschuldsumutung in Konflikt.⁴ Mit jeder weiteren Vermutung, von der die Kommission Gebrauch macht, rückt die Aufklärung des Sachverhalts weiter in den Schatten der effektiven Kartellrechtsverfolgung, da sie einen beweiserheblichen Umstand nicht unmittelbar feststellt, sondern nur annimmt. Das geschieht vor dem Hintergrund, dass die Unionsgerichte kontinuierlich neue Beweiserleichterungen beschreiben und anerkennen, aber das dogmatische Rüstzeug fehlt, um ihren Anwendungsbereich, ihre Widerlegung und Rechtfertigung rechtssicher zu bestimmen. Sie nutzen miteinander verwandte Termini wie „Vermutung“⁵, „Erfahrungssatz“⁶, „Prima-facie-Beweis“⁷, „An-

⁴ Dreher/Vollkammer, ZWeR 2021, 121, 122.

⁵ EuGH 4.6.2009, Rs. C-8/08, Slg. 2009, I-4529 – *T-Mobile Netherlands*, Rn. 51.

⁶ EuGH 19.12.2013, verb. Rs. C-239/11 P u. a. – *Siemens*, Rn. 40.

⁷ EuG 7.11.2019, Rs. T-240/17 – *Campine and Campine Recycling*, Rn. 95; EuG 2.2.2022, Rs. T-799/17 – *Scania*, Rn. 179.

nahme“⁸, „Indiz“⁹, „Umkehr der Beweislast“¹⁰, „Gegenbeweis“¹¹ und „Beweis des Gegenteils“¹². Soweit erkennbar, ist die Begriffsverwendung aber weder stringent noch beruht sie auf einer umfassenden und differenzierenden Dogmatik von Beweiserleichterungen und der damit verbundenen Beweislastverteilung im europäischen Kartellrecht.¹³ Auch in der Literatur bildet sich nur langsam ein einheitliches Begriffsverständnis, wenn auch verstärkt in jüngerer Zeit.¹⁴ Neben der nicht stringenten und differenzierenden Begriffsverwendung durch die Unionsgerichte sind weitere Quellen für Missverständnisse Beiträge aus der Literatur und Schlussanträge von Generalanwälten, die durch verschiedene Rechtstraditionen geprägt sind und die ihr nationales Begriffsverständnis auf das europäische Recht ohne eingehende Problematik übertragen.¹⁵

Die vorliegende Arbeit untersucht drei Vermutungen, die den Nachweis erleichtern, dass sich ein Unternehmen an einer kartellrechtlichen Zuwiderhandlung i. S. v. Art. 101 AEUV beteiligt hat. Das ist zunächst die Koordinierungsvermutung, der zufolge ein Unternehmen mit seiner Anwesenheit bei einem Treffen mit Wettbewerbern zumindest konkludent den dort besprochenen kartellrechtswidrigen Inhalten zugestimmt oder an einer Fühlungnahme mitgewirkt hat. Die Kommission kann von der bloßen Teilnahme an der Sitzung auf eine Vereinbarung oder eine Abstimmung, die Voraussetzung für eine abgestimmte Verhaltensweise ist, mit den anderen Anwesenden schließen. Nach der Kausalitätsvermutung ist eine Fühlungnahme mit Wettbewerbern mitursächlich für das anschließende Marktverhalten des Unternehmens. Es ist anzunehmen, dass es die bei der Abstimmung erlangten In-

⁸ EuGH 26.1.2017, Rs. C-609/13 P – *Duravit*, Rn. 60.

⁹ EuGH 7.1.2004, verb. Rs. C-204/00 P u. a., Slg. 2004, I-123 – *Aalborg Portland*, Rn. 57.

¹⁰ EuGH 21.9.2006, Rs. C-105/04 P, Slg. 2006, I-8725 – *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied*, Rn. 181.

¹¹ EuGH 4.6.2009, Rs. C-8/08, Slg. 2009, I-4529 – *T-Mobile Netherlands*, Rn. 21.

¹² EuGH 22.11.2012, Rs. C-89/11 P – *E.ON Energie*, Rn. 98.

¹³ So auch *Dreher/Vollkammer*, ZWeR 2021, 121, 161 ff. und *Zierke*, Darlegungs- und Beweislast vor dem EuGH, S. 29.

¹⁴ *Kalintiri*, Evidence Standards, S. 142 f.; vgl. die unterschiedlichen Ansätze bei *Bailey*, 31 ECLR 20, 21 ff. (2010); *Castillo de la Torre/Gippini Fournier*, Evidence, Proof and Judicial Review, Rn. 2.069 f.; *Kirst*, 16 ECJ 97, 108 ff. (2020); OECD, Roundtable on Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law, Note by the European Union v. 5.12.2017, DAF/COMP/WD(2017)64, S. 3 ff.; *Ritter*, 6 J. Antitrust Enforc. 189, 190 ff. (2018).

¹⁵ Ebenso *Parret*, 4 ECJ 169, 175 f. (2008); *Ritter*, 6 J. Antitrust Enforc., 189 (2018); *Zierke*, Darlegungs- und Beweislast vor dem EuGH, S. 9, die zusätzlich Übersetzungsfehler zwischen den Sprachfassungen eines Urteils nennt (S. 19–21); ähnlich *Vilsmeier*, Tatsachenkontrolle im EU-Kartellrecht, S. 106 f. und *Weber*, in: Schulte/Just, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 4.

formationen berücksichtigen wird, wenn es sein Vorgehen am Markt bestimmt. Die Fortführungsvermutung erleichtert für bestimmte Zeiträume den Nachweis, dass die Kartellbeteiligung ununterbrochen angedauert oder nicht vorzeitig geendet hat. Die Beweiserleichterung ist bedeutsam, wenn die Kommission für einzelne Episoden eines länger andauernden Kartells keine unmittelbaren Beweise hat, dass ein Unternehmen weiterhin Kontakt mit den Wettbewerbern hatte, durch bestimmte Handlungen die Absprachen umsetzte oder seine Mitgliedschaft in der Zeit fortwirkte.

Die drei Rechtssätze sind als Beteiligungsvermutungen zu bezeichnen. Sie haben gemeinsam, dass sie ihren Ursprung in den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts haben, seitdem Gegenstand zahlreicher behördlicher und gerichtlicher Verfahren vor der Kommission und den Unionsgerichten waren sowie teilweise auf übereinstimmenden Annahmen beruhen. Vor allem sind aber ihr Anwendungsbereich, ihre Rechtsnatur, ihre Widerlegung und ihre Rechtfertigung zu großen Teilen ungeklärt. Einzelne Zweifelsfragen hat der EuGH in den Rechtssachen *Total Marketing Services*¹⁶ und *Eturas*¹⁷ aus den Jahren 2015 und 2016 geklärt, zugleich aber neue aufgeworfen.

Der Anwendungsbereich, die Widerlegung und die Rechtfertigung der Beteiligungsvermutungen können erst geklärt werden, nachdem ihre Rechtsnatur bestimmt ist. Zwar existiert bislang keine umfassende und differenzierende Dogmatik von Beweiserleichterungen im europäischen Kartellrecht. In dieser Arbeit ist aber eine grundlegende Unterscheidung von Vermutungen vorzunehmen: Das sind zum einen tatsächliche, denen ein Indizien-schluss oder ein Erfahrungssatz zugrunde liegt, und zum anderen normative, die auf Sachgründen beruhen. Die tatsächliche Vermutung ist eine erfahrungsbasierte Beweiserleichterung, die die Beweiswürdigung durch das Tatgericht unterstützt. Sie verhilft dem Gericht zu einer tatsächlichen Überzeugung über das Geschehen. Dies gilt nicht für eine normative Vermutung. Sie nimmt stattdessen eine Risikoverteilung über die Aufklärbarkeit des Sachverhalts vor. Der Rechtsetzer verfolgt mit ihrer Bildung Sachgründe und privilegiert daher eine Partei des Rechtsstreits, um ihre Interessen, die eines Dritten oder die der Allgemeinheit zu fördern. Je nachdem, ob eine Vermutung tatsächlicher oder normativer Natur ist, ergeben sich unterschiedliche Folgerungen für ihren Anwendungsbereich, ihre Widerlegung und ihre Rechtfertigung.

Prütting zufolge hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass „ohne eine saubere Trennung all der Phänomene, die unter dem Begriff ‚Beweislast‘ verstanden werden, klare Ergebnisse nicht zu erzielen sind.“¹⁸ Das gilt auch

¹⁶ EuGH 17.9.2015, Rs. C-634/13 P – *Total Marketing Services*.

¹⁷ EuGH 21.1.2016, Rs. C-74/14 – *Eturas*.

¹⁸ *Prütting*, Beweislast, S. 5.

für die Untersuchung von Vermutungen. Es ist klärungsbedürftig, welche Erscheinungsformen der Beweislast im europäischen Kartellrecht existieren, wie sie auf den Parteien des Rechtsstreits lasten und welchen Veränderungen ihre Verteilung im gerichtlichen Verfahren unterliegt. In einer deutschsprachigen Arbeit über Vermutungen und damit verbunden über Fragen der Beweislast sind Begrifflichkeiten unvermeidbar, die im deutschen Verfahrensrecht eine feststehende Bedeutung haben. Terminologie und Gehalt sind nicht ohne Weiteres auf das europäische Recht übertragbar, das zu einer autonomen Begriffsbestimmung verpflichtet. Nichtsdestotrotz ist darzulegen, dass die Dogmatik des deutschen Verfahrensrechts eine geeignete Grundlage darstellt, um von ihr ausgehend die Formen der Beweislast und die Unterscheidung von tatsächlichen und normativen Vermutungen im europäischen Kartellrecht zu beschreiben.

Nachfolgend sind die Unionsgerichte und die Kommission zu betrachten, wenn sie von den Beweislastvermutungen Gebrauch machen. Auszuklammern ist ihre Anwendung durch die nationalen Gerichte und Kartellbehörden. Das gilt auch für die Durchsetzung von zivilrechtlichen Kartellschadenersatzansprüchen, die sich nach dem Recht der Mitgliedstaaten richtet. Dies bedingt den begrenzten Umfang dieser Arbeit, da die Übertragung von Vermutungen der Unionsgerichte auf die mitgliedstaatlichen Verfahren eigene Rechtsfragen aufwirft. Im Übrigen beruht eine große Zahl der gerichtlich geltend gemachten Kartellschadenersatzansprüche auf einer bestandskräftigen Entscheidung der Kommission (sog. Follow-on-Klagen). Das hat zur Folge, dass die Anwendung der Beweislastvermutungen in den zivilgerichtlichen Verfahren nicht mehr strittig ist.

Es können noch weitere Rechtssätze als Beweislastvermutungen bezeichnet werden. Sie sind aber allenfalls am Rande anzusprechen. Das gilt zum Beispiel für den Schluss von einem Parallelverhalten von Wettbewerbern auf eine vorhergehende Abstimmung, sofern das gleichgerichtete Handeln nur durch eine Fühlungnahme erklärbar ist.¹⁹

B. Der Gang der Untersuchung

Vor dem Hintergrund ist im ersten Teil dieser Arbeit eine Grundlegung zu den Phänomenen der Beweislast und Vermutung im europäischen Kartellrecht vorzunehmen. Zu Beginn ist die Verteilung der objektiven Beweislast bei der Anwendung von Art. 101 AEUV zu erläutern. Es ist an der Kommission, sowohl die Beteiligung eines Unternehmens an einer Zuwiderhandlung als auch die Dauer der Tat nachzuweisen. Wie zu zeigen ist, beruht die

¹⁹ Siehe dazu insbes. 2. Teil. C. II. und VI. 2. sowie 2. Teil. E. III.

objektive Beweislast grundsätzlich unveränderlich auf der Kommission, während ihr Vorbringen im gerichtlichen Verfahren das Unternehmen in die Lage bringen kann, das eigene Verhalten rechtfertigen zu müssen. Fraglich ist daher, inwiefern das europäische Kartellrecht den Unternehmen eine konkrete Beweisführungs- und Behauptungslast auferlegt. Anschließend ist sich dem Vermutungsbegriff im europäischen Kartellrecht zu nähern. Zunächst sind in Kürze die verschiedenen Beweiserleichterungen des deutschen Verfahrensrechts darzustellen, bevor davon ausgehend die Unterscheidung von tatsächlichen und normativen Vermutungen im europäischen Kartellrecht zu begründen ist.

Im zweiten Teil sind die Koordinierungs-, Kausalitäts- und Fortführungsvermutungen ausführlich darzustellen. Dazu sind jeweils die Entstehungsgeschichte, der Anwendungsbereich, die Rechtsnatur und Wirkungsweise, die Voraussetzungen ihrer Anwendung und die Rechtfertigung zu erläutern. Außerdem sind in Kürze die Möglichkeiten ihrer Widerlegung zu nennen. Dem folgt eine Untersuchung, inwiefern Wechselwirkungen zwischen den Beteiligungsvermutungen existieren. Daraus sind insbesondere Schlüsse für die Frage zu ziehen, wie lange die Kommission in zeitlicher Hinsicht vermuten darf, dass das Marktverhalten eines Unternehmens von der Abstimmung mit den Wettbewerbern beeinflusst ist und die Zuwiderhandlung daher fortwirkt.

Die Widerlegung der Beteiligungsvermutungen ist Gegenstand des dritten Teils. Die Widerlegungsgründe sind getrennt zu erläutern, da sie teilweise in der Lage sind, mehrere Vermutungen zu entkräften. Notwendig ist eine ausführliche Untersuchung der offenen Distanzierung gegenüber den Wettbewerbern, der Selbstanzeige bei den Kartellbehörden, des Nachweises eines unabhängigen Marktverhaltens und der Vorlage sogenannter „anderer Beweise“. Im Wesentlichen ist jeweils zu klären, welche Annahmen die Widerlegungsgründe entkräften, welche Rechtsnatur die Verteidigungsmöglichkeiten haben und welche Voraussetzungen von den vermutungsbelasteten Unternehmen zu erfüllen sind.

1. Teil

Die Beweislastverteilung und der Vermutungsbegriff im europäischen Kartellrecht

A. Die Verteilung der objektiven Beweislast unter der Verordnung 1/2003

Nach Art. 2 Satz 1 der Verordnung 1/2003 (Kartellverfahrensverordnung)¹ obliegt

„[i]n allen einzelstaatlichen und gemeinschaftlichen Verfahren zur Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags [...] die Beweislast für eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 81 Absatz 1 oder Artikel 82 des Vertrags der Partei oder der Behörde, die diesen Vorwurf erhebt.“

Die Norm verschriftlicht die bis dahin geltende Rechtsprechung des EuGH.² Nach zutreffender und ganz herrschender Auffassung regelt der Tatbestand die objektive Beweislast (legal burden of proof).³ Die auch als Feststellungslast oder materielle Beweislast bezeichnete Begrifflichkeit betrifft die Frage, zu wessen Nachteil es geht, wenn das Vorhandensein bzw. Nichtvorhandensein einer entscheidungserheblichen Tatsache ungeklärt bleibt (sog. non liquet).⁴ Sie ist erst relevant, wenn die Beweiswürdigung nach Ausschöpfung aller vorhandenen Beweismittel nicht zu einem Ergebnis gelangt, also die Beweisführung der beweisbelasteten Partei scheitert.⁵ Kann sich das Gericht

¹ 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. Nr. L 1 v. 4.1.2003, S. 1 ff.

² Vgl. z. B. EuGH 17.12.1998, Rs. C-185/95 P, Slg. 1998, I-8417 – *Baustahlgewebe*, Rn. 58 und dazu *Bardong*, in: MüKoWettbR, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 1.

³ *Bailey*, 31 ECLR 20 ff. (2010); *Bardong*, in: MüKoWettbR, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 6; *Castillo de la Torre/Gippini Fournier*, Evidence, Proof and Judicial Review, Rn. 2.005 f., 2.009; *Kalintiri*, Evidence Standards, S. 237; nur bzgl. behördlicher Verfahren: *Schmidt*, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 3; *Schütz*, in: KK-KartellR, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 1; *Sura*, in: Langen/Bunte, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 5; *Vilsmeier*, Tatsachenkontrolle im EU-Kartellrecht, S. 112; *Zuber*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, VerfVO, Art. 2 Rn. 13; a. A. *de Bronett*, in: Europäisches Kartellverfahrensrecht, Art. 2 Rn. 1, dem zufolge der Tatbestand nur die Beweisführungslast regeln soll.

⁴ *Laumen*, in: Baumgärtel, Hdb. Beweislast, Bd. 1, Kap. 9 Rn. 10.

⁵ *Rosenberg*, Beweislast, S. 62 f.

weder von dem Bestehen noch von dem Nichtbestehen eines Sachverhalts überzeugen, entscheidet es nach der Verteilung der objektiven Beweislast.

Aus Art. 2 Satz 1 VO 1/2003 spricht insofern der zivilprozessuale Grundsatz der Beweislastverteilung, wonach jede Streitpartei die für sie günstigen Tatsachen zu beweisen hat.⁶ Nach dem Kommissionsvorschlag für die VO 1/2003 gilt er in einer Mehrheit der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen.⁷ Einher geht mit dieser Verteilung die Pflicht der Kommission, den Beweis für alle Tatbestandsmerkmale in Art. 101 Abs. 1 AEUV zu führen. Der Tatbestand ist verwirklicht, wenn ein kollusives Verhalten von mindestens zwei Unternehmen (Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise) oder ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung vorliegt, diese Handlung eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt und der Sachverhalt einen zwischenstaatlichen Bezug aufweist.

Die objektive Beweislast ist gemäß Art. 2 Satz 2 VO 1/2003 zulasten des Unternehmens umgekehrt, wenn es sich auf den Ausnahmetatbestand in Art. 101 Abs. 3 AEUV beruft.

B. Der Nachweis der Beteiligung an wettbewerbsbeschränkendem Verhalten und ihrer Dauer

I. Die Beteiligung an einer Zuwiderhandlung

Mit der objektiven Beweislast der Kommission, die Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale von Art. 101 Abs. 1 AEUV zu belegen, geht ihre Pflicht einher, die Beteiligung eines Unternehmens an einer Zuwiderhandlung und die Dauer der Mitgliedschaft nachzuweisen.⁸

Gedanklich lässt sich ein Zweischnitt nachvollziehen: Zunächst stellt die Kartellbehörde eine Zuwiderhandlung fest und anschließend die Mitwirkung des fraglichen Unternehmens daran. Sichtbar ist diese Zweiteilung bei dem nachträglichen Eintreten in ein bestehendes Kartell. Unselbständig ist der Beteiligungsakt, wenn das Unternehmen bereits an der Gründungshandlung teilnimmt. Dies gilt erst recht, wenn lediglich zwei Subjekte handeln.

⁶ Dazu ausf. 1. Teil D. II. 5.

⁷ Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag niedergelegten Wettbewerbsregeln und zur Änderung der Verordnungen (EWG) Nr. 1017/68, (EWG) Nr. 2988/74, (EWG) Nr. 4056/86 und (EWG) Nr. 3975/87, KOM(2000) 582 endg., ABl. Nr. C 365 E v. 19.12.2000, S. 284 ff., Begründung, Gliederungspunkt IV., Art. 2.

⁸ Siehe z. B. EuG 7.7.1994, Rs. T-43/92, Slg. 1994, II-441 – *Dunlop Slazenger*, Rn. 79 und EuG 3.3.2011, Rs. T-110/07, Slg. 2011, II-477 – *Siemens*, Rn. 174.

Ein Unternehmen ist an einer Tat beteiligt, wenn es den Tatbestand einer der Verhaltensweisen in Art. 101 Abs. 1 AEUV verwirklicht. Bei einer Vereinbarung muss es am Willensbildungsprozess mitwirken. Bei einer abgestimmten Verhaltensweise ist eine Fühlungnahme mit den anderen Wettbewerbern und ein davon beeinflusstes Marktverhalten erforderlich. Steht der Beschluss einer Unternehmensvereinigung im Raum, ist der Adressat des Normbefehls zunächst die Vereinigung. Wenn sie nicht rechtsfähig ist, haften die Mitglieder an ihrer Stelle für die Geldbuße. Davon zu trennen ist die Frage, ob die einzelnen Mitglieder durch die Beschlussfassung untereinander den Tatbestand der Vereinbarung oder der abgestimmten Verhaltensweise verwirklichen.⁹ Erhöhten Anforderungen unterliegt der Nachweis, ein Unternehmen sei Teil einer einheitlichen Zuwiderhandlung. Die Rechtsfigur der einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung fasst ein mehraktiges, häufig über einen längeren Zeitraum andauerndes Verhalten zu einer Tat i. S. v. Art. 101 Abs. 1 AEUV zusammen. Beteiligt am Gesamtkartell ist nur, wer einen Beitrag zum gemeinsamen Ziel leistet, von den Verhaltensweisen der Mitkartellanten, die zur Erreichung desselben Ziels dienen, wusste oder hätte wissen müssen und bereit war, die daraus erwachsenden Gefahren zu tragen.¹⁰

Da es üblich ist,

„dass die Tätigkeiten, mit denen diese Verhaltensweisen und Vereinbarungen verbunden sind, insgeheim ablaufen, dass die Zusammenkünfte heimlich stattfinden, meist in einem Drittland, und dass die Unterlagen darüber auf ein Minimum reduziert werden“,¹¹

erkennt der EuGH die Möglichkeit der Kommission an,

„das Vorliegen einer wettbewerbswidrigen Verhaltensweise oder Vereinbarung aus einer Reihe von Koinzidenzen und Indizien [abzuleiten], die bei einer Gesamtbetrachtung mangels einer anderen schlüssigen Erklärung den Beweis für eine Verletzung der Wettbewerbsregeln darstellen können“.¹²

Es steht der Kartellbehörde offen, nicht nur die Zuwiderhandlung als solche, sondern auch die Beteiligung eines Unternehmens daran durch direkte Beweise oder Indizien zu belegen.¹³ Sie muss aussagekräftige und übereinstimmende Beweise beibringen, die die feste Überzeugung des Tatgerichts von

⁹ Siehe zu den drei Verhaltensweisen insbes. 2. Teil B. II.

¹⁰ Siehe zur Rechtsfigur sowie der Beteiligung an einer einheitlichen Zuwiderhandlung 2. Teil D. II.

¹¹ EuGH 7.1.2004, verb. Rs. C-204/00 P u. a., Slg. 2004, I-123 – *Aalborg Portland*, Rn. 55.

¹² EuGH 7.1.2004, verb. Rs. C-204/00 P u. a., Slg. 2004, I-123 – *Aalborg Portland*, Rn. 57.

¹³ Siehe z. B. EuG 30.11.2011, Rs. T-208/06, Slg. 2011, II-7953 – *Quinn Barlo*, Rn. 31 ff., 46 f. und dazu *Castillo de la Torre/Gippini Fournier*, Evidence, Proof and Judicial Review, Rn. 4.007 f.

dem Vorliegen der erheblichen Tatsachen begründen. Das EuG erklärte in diesem Zusammenhang wiederholt, dass nicht jedes Beweismittel notwendigerweise diesen Kriterien entsprechen müsse, sondern es genüge, wenn das Bündel von Indizien im Ganzen betrachtet diese Erfordernisse erfüllt.¹⁴ Die Tatsachen sind also nicht einzeln, sondern in ihrer Gesamtheit zu würdigen.¹⁵ Insbesondere abgestimmte Verhaltensweisen kann die Kartellbehörde häufig nur mit Hilfe von Indizien nachweisen.¹⁶

II. Die Dauer der Beteiligung

Des Weiteren hat die Kommission für jeden Täter individuell den Beginn und das Ende, also die Dauer seiner Beteiligung, nachzuweisen.¹⁷ Dies ist insbesondere bei einheitlichen Zuwiderhandlungen relevant, die eine Vielzahl von Verhaltensweisen zu einer Tat zusammenfassen. Die Unternehmen wirken häufig nicht über die gesamte Dauer des Geschehens mit, sondern ihre Mitgliedschaft beginnt später oder endet früher als das Gesamtkartell.¹⁸ Von dieser Beweislast eingeschlossen ist die Pflicht der Kartellbehörde, die ununterbrochene Teilnahme nachzuweisen.¹⁹ Die objektive Beweislast der Kommission, den genauen Beteiligungszeitraum zu belegen, bleibt von dem Umstand unberührt, dass eine vorzeitige Beendigung oder Unterbrechung der Mitwirkung für das Unternehmen vorteilhafte Umstände sind, da sie sich zum Beispiel bußgeldmindernd auswirken oder die Verjährungsfrist verkür-

¹⁴ EuG 27.9.2006, verb. Rs. T-44/02 OP u. a., Slg. 2006, II-3567 – *Dresdner Bank AG*, Rn. 62 f.; EuG 3.3.2011, Rs. T-110/07, Slg. 2011, II-477 – *Siemens*, Rn. 46 f.; EuG 12.12.2014, Rs. T-558/08 – *Eni*, Rn. 34.

¹⁵ EuG 8.7.2008, Rs. T-53/03, Slg. 2008, II-1333 – *BPB*, Rn. 185; EuG 12.12.2014, Rs. T-558/08 – *Eni*, Rn. 35.

¹⁶ *Blattmann*, Informationsaustausch, S. 181 f.; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, 5. Aufl. 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 83.

¹⁷ EuG 5.12.2006, Rs. T-303/02, Slg. 2006, II-4567 – *Westfalen Gassen Nederland*, Rn. 135 ff.; EuG 24.3.2011, Rs. T-382/06, Slg. 2011, II-1157 – *Tomkins*, Rn. 49; EuG 17.5.2013, verb. Rs. T-147/09 u. a. – *Trelleborg Industrie*, Rn. 53; EuG 12.7.2018, Rs. T-448/14 – *Hitachi Metals*, Rn. 122; implizit EuGH 18.3.2021, Rs. C-440/19 P – *Pometon*, Rn. 108 ff.

¹⁸ Dies war z. B. Gegenstand der Entscheidung EuG 5.4.2006, Rs. T-279/02, Slg. 2006, II-897 – *Degussa*; EuG 24.3.2011, Rs. T-377/06, Slg. 2011, II-1115 – *Comap*; EuG 29.6.2012, Rs. T-360/09 – *E.ON Ruhrgas und E.ON*; EuG 12.7.2018, Rs. T-422/14 – *Viscas*.

¹⁹ Vgl. z. B. EuG 17.12.1991, Rs. T-6/89, Slg. 1991, II-1623 – *Enichem Anic*, Rn. 178; EuG 19.5.2010, Rs. T-18/05, Slg. 2010, II-1769 – *IMI*, Rn. 88 f.; EuG 24.3.2011, Rs. T-377/06, Slg. 2011, II-1115 – *Comap*, Rn. 93 ff.; EuG 27.6.2012, Rs. T-439/07 – *Coats Holdings*, Rn. 150.

Stichwortregister

Die Angaben beziehen sich auf die Seiten innerhalb des Buchs.

- abgestimmte Verhaltensweise
 - Abstimmung 66 f., 134 f.
 - Anknüpfung der Koordinierungsvermutung 66 f.
 - Fortwirken 195–199, 235–237, 258
 - Fühlungnahme 64 f.; *siehe auch* Abstimmung
 - Kausalität 121
 - Marktverhalten 119–121, 138 f.
 - Mitverursachung 121
 - Tatbestand 64 f., 116 f., 119–122
- Akzo-Vermutung 40, 45, 108 f., 216
- Amtsermittlungsgrundsatz 2, 14 f., 31, 103 f., 142, 147, 187, 208, 210
- Analogieverbot 111
- andere Beweise, *siehe* Vorlage anderer Beweise
- Anic-Vermutung, *siehe* Kausalitätsvermutung
- Anscheinsbeweis
 - Bedeutung in der Beweiswürdigung 101 f.
 - Bildung 94–97
 - im deutschen Recht 21–25, 93 f.
 - im europäischen Recht 39 f., 94–99, 139–142, 182, 184–187
 - Irgendwie-Feststellung 70, 81, 82, 140
 - Verhältnis zum Indizienbeweis 102, 107
 - Widerlegung 23, 113
- aufeinander abgestimmte Verhaltensweise, *siehe* abgestimmte Verhaltensweise
- Aufforderung zu kartellrechtswidrigem Verhalten, *siehe* einseitige Unterrichtungen
- autonome Begriffsbestimmung im Unionsrecht 5
- Behauptungslast 11 f., 14 f., 30 f., 71 f., 124, 130–133
- Beibringungsgrundsatz 11 f., 13 f., 23, 29 f.
- Beschluss einer Unternehmensvereinigung 9, 67 f.
- Beteiligung an einer Zuwiderhandlung
 - Beweislastverteilung 7–15
 - erstmalige Beteiligung an einheitlicher Zuwiderhandlung 164–166
 - Grundsätze 8–11
 - passive Beteiligung 165, 170–172, 185
- Beweis des Gegenteils
 - im deutschen Recht 23, 30
 - im europäischen Recht 125 f.
- Beweiserleichterung
 - erfahrungsbasierte ~, *siehe dort*
 - im deutschen Recht 17–36, 214 f.
 - im europäischen Recht 37–52
 - normative ~, *siehe dort*
- Beweisführungslast
 - abstrakte ~ 11 f., 30
 - im deutschen Recht 11–13, 20, 23, 27
 - im europäischen Recht 13–15, 40, 71–73, 130–133, 169 f.
 - konkrete ~ 12
 - Verhältnis zur objektiven Beweislast 12, 23, 30, 101 f.

- Verhältnis zur Unschuldsvermutung 105–109
- Beweislastnorm 28–31, 73, 124–126, 145 f.
- Beweisthema 52
- Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung 120 f., 259–261

- cartel cheating 229, 256–258, 273 f.

- Darlegungslast, *siehe* Behauptungslast
- Dauerdelikt 195
- De-minimis-Bekanntmachung 50 f.

- Effektivitätsgrundsatz 123, 128 f.
- Empfängerhorizont, *siehe* Maßgeblichkeit des Empfängerhorizonts
- einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlung, *siehe* einheitliche Zuwiderhandlung
- einheitliche Zuwiderhandlung
 - *siehe auch* Fortführungsvermutung
 - Anknüpfung der Koordinierungsvermutung 165 f., 194
 - Ausdrucksformen der Kartellzugehörigkeit 166–168, 170, 174–177
 - Begrifflichkeiten 157, 163
 - Beweiserleichterungen 159 f., 162–164
 - Beweislastverteilung 8–11
 - Bildung 156–164
 - Dauer 162–164
 - einheitlicher Charakter der Verhaltensweisen 159
 - Entstehungsgeschichte 115 f., 151, 157
 - erstmalige Beteiligung 164–166
 - Gesamtplan 157 f.
 - Höhe der Geldbuße 152, 153, 161 f.
 - Komplementaritätsverhältnis 158
 - Mittäterschaft 151, 160 f.
 - passive Beteiligung 165, 170–173, 185
 - Qualifizierung von Gesamtkartell und Einzelhandlungen 159 f.
 - Rechtsfolgen 151 f., 160–162
 - Unterbrechung der Mitgliedschaft 151 f., 161 f., 162–164, 207
 - Verjährung 151, 153, 161, 163 f.
- vorzeitige Beendigung der Mitgliedschaft 153
- einseitige Preisgabe wettbewerbsrelevanter Informationen, *siehe* einseitige Unterrichtungen
- einseitige Unterrichtungen
 - Anwendung der Kausalitätsvermutung 141
 - Anwendung der Koordinierungsvermutung 85 f., 91–93, 100 f., 109–112, 114
 - Begriff 84
 - Verwirklichung eines Kooperationsstatbestands 83–85
- erfahrungsbasierte Beweiserleichterung
 - Begriff 18 f., 38
 - Bewertung derselben 32 f.
 - überschießende ~, *siehe dort*
- Erfahrungssatz
 - *siehe auch* erfahrungsbasierte Beweiserleichterung
 - Bildung 94–97, 212–218
 - einfacher ~ 94, 100 f., 185–187
 - Erfahrungsgrundsatz 94, 139–142, 184 f.
 - im deutschen Recht 21–28
 - im europäischen Kartellrecht 39–42
 - Legitimationsfreiheit 101–104
 - Natur-, Denk- und Erfahrungsgesetz 93 f.
 - Rechtsfolgen 23, 27
 - Wahrscheinlichkeitsaussage und Beweiskraft 24 f., 95, 103 f., 214–216
- Eturas-Entscheidung
 - Bedeutung für die Kausalitätsvermutung 123, 131–133, 143
 - Bedeutung für die Koordinierungsvermutung 91–93, 276–278
 - Bedeutung für die offene Distanzierung 225, 233, 238
 - Sachverhalt und wesentliche Entscheidungsgründe 86–89
- Feststellungslast, *siehe* objektive Beweislast
- Fiktion 36
- Follow-on-Klagen 5, 249
- formelle Beweislast, *siehe* Beweisführungslast

- Fortführungsvermutung
- *siehe auch* einheitliche Zuwiderhandlung
 - Abwesenheit einer offenen Distanzierung 153–156, 169 f., 167 f., 177–184
 - Ausdrucksformen der Kartellzugehörigkeit 166 f., 170 f., 174–177
 - Beweiskraft 169 f., 173, 177–184
 - bzgl. des gesamten Kartells 162 f., 168
 - Erfahrungssatz 184–187
 - Fortwirken der Mitgliedschaft, *siehe* Fortwirken einer Zuwiderhandlung
 - Funktionsweise des Kartells 171 f., 175
 - Kontakte zwischen Kartellanten 170, 174 f.
 - Länge des Zeitraums ohne Beweise 171 f.
 - Marktverhalten 176 f., 273–275
 - passive Beteiligung 165, 170, 185
 - Regelmäßigkeit der Kontakte 171
 - Unterbrechung der Mitgliedschaft 162 f., 207
 - Verhältnis zur Kausalitätsvermutung 195–199
 - Verhältnis zur Koordinierungsvermutung 194
 - vorzeitige Beendigung der Mitgliedschaft 153
 - Wortlaut der Unionsgerichte 152
- Fortwirken einer Zuwiderhandlung 176, 189, 195–199, 237–241, 254, 258
- Gegenbeweis
- im deutschen Recht 20, 23
 - im europäischen Recht 40, 71 f., 113, 148–150, 188–190, 209
- Gruppenfreistellungsverordnungen 49 f.
- Indizienbeweis
- Bildung 19
 - im deutschen Recht 19–21
 - im europäischen Recht 9 f., 39, 174
 - Widerlegung 20
- Informationsaustausch 83–86, 91–93, 133–138
- Kartell (Begriff) 1
- Kartellschadenersatzrichtlinie 51
- Kausalitätsvermutung
- abgestimmte Verhaltensweise, *siehe dort*
 - Bedeutung für Vereinbarungstatbestand 191
 - Bedeutung von Sachgründen 145 f.
 - bei einseitiger Unterrichtung 141
 - Beweis des Gegenteils 125, 130, 262
 - Beweiskraft 127 f., 136–138
 - Erfahrungssatz 139–142
 - Gegenbeweis 130–133, 143–145; 148–150, 267 f.
 - Informationsaustausch 133–138
 - objektive Beweislast 124–126, 145–147
 - unabhängiges Marktverhalten, *siehe* Nachweis eines unabhängigen Marktverhaltens
 - unternehmensinterne Vorgänge 139
 - Verhältnis zur Fortführungsvermutung 195–199
 - Verhältnis zur Koordinierungsvermutung 191–194
 - Wortlaut des EuGH 117
 - zeitliche Dimension 195–199
 - Zeitraum des beeinflussten Marktverhaltens 195–199
- Koordinierungsvermutung
- Bedeutung von Sachgründen 103, 110
 - bei einheitlicher Zuwiderhandlung 59, 75, 165 f., 194
 - bei einseitiger Unterrichtung 85 f., 91–93, 100 f., 109–112, 114
 - bei punktueller Zuwiderhandlung 59
 - Erfahrungssatz 94–99
 - erstmalige Begründung einer Verantwortlichkeit 75
 - Fortführung der Kartellbeteiligung 75
 - Gegenbeweis 113
 - materiellrechtliche Bedeutung 73 f.
 - Sitzungsergebnis 77, 81
 - Sitzungsinhalt 76–79
 - überraschende Zuwiderhandlung 79 f.
 - Verhältnis zur Fortführungsvermutung 194

- Verhältnis zur Kausalitätsvermutung 191–194
- Wortlaut des EuGH 58
- Marktanteilsschwellen 50 f.
- Maßgeblichkeit des Empfängerhorizonts 60, 66, 78–82
- materielle Beweislast, *siehe* objektive Beweislast
- Nachweis eines unabhängigen Marktverhaltens
 - Abwendung erstmaliger Verantwortlichkeit 254
 - Beweis des Gegenteils 130, 262, 265 f.
 - Fortwirken einer Zuwiderhandlung 258
 - Gegenbeweis 130–133, 267 f.
 - im bestehenden Kartell 255, 256 f.
- normative Beweiserleichterung 18, 28 f., 36, 38; *siehe auch* normative Vermutung
- normative Vermutung
 - Begriff 4, 36, 38, 45 f.
 - Rechtfertigung 42–45, 109–112
 - Sachgründe, *siehe dort*
 - Verhältnis zur Unschuldsvermutung 105–109, 111 f.
- objektive Beweislast
 - Begriff 7 f.
 - Beweis des Gegenteils 124 f., 130 f., 145–147
 - Grundsätze der Verteilung 11–13, 28 f.
 - Umkehr 33 f., 41, 43 f., 109–112, 124 f., 145–147
 - Verhältnis zur Unschuldsvermutung 105–109, 146 f.
 - Verteilung im europäischen Kartellrecht 7–11
 - Vorwirkungen 30
- offene Distanzierung
 - Begriff 57, 227
 - Doppelfunktion 210 f.
 - durch abredewidriges Marktverhalten 229 f., 256
 - Empfängerhorizont 220 f., 223–230
- Entstehungsgeschichte 57, 61 f.
- Erklärungsgehalt 66 f., 72, 208 f., 221–224
- Gegenbeweis 71 f., 209 f.
- Kenntnisnahme 225–227, 234
- konkludent 228–230
- restriktive Auslegung 217 f.
- teilweise Abwendung von Verantwortlichkeit 223
- Unsicherheit des Wettbewerbs 240 f., 241 f.
- passive Beteiligung an Zuwiderhandlung 73, 82, 165, 185
- Polypropylen-Kartell 56 f., 115–117
- Prima-facie-Beweis, *siehe* Anscheinsbeweis
- richterliche Rechtsfortbildung 29, 46, 47, 53, 109–111, 145–157, 160, 244
- Sachgründe 34 f., 36, 42–44, 48 f., 103, 110
- Schadensvermutung 26 f., 48
- Selbstanzeige bei Kartellbehörden
 - Bedeutung als Gegenbeweis 245 f., 250
 - erlangte Informationen 253 f.
 - materiellrechtliche Bedeutung 244
 - Verhalten nach Selbstanzeige 253 f.
 - Zeitpunkt 253
 - zuständige Behörde 250 f.
- stillschweigende Zustimmung 60, 62–64, 77–79, 82, 91–93
- subjektive Beweislast, *siehe* Beweisführungslast
- Substantiierungslast, *siehe* Behauptungslast
- tatsächliche Vermutungen im deutschen Recht 25–28
- tatsächliche Vermutungen im europäischen Recht
 - Bedeutung von Sachgründen 42–45, 193, 110 f., 145 f.
 - Begriff 4, 39–42
 - Bindung des Gerichts 128 f.
 - Legitimationsfreiheit 101–104
 - Rechtfertigung 40 ff., 101–104

- Rechts- oder Tatsachenfrage 212–218
- Verhältnis zu Art. 2 VO 1/2003 104 f.
- Verhältnis zur Unschuldsvermutung 105–109
- Widerlegung 40, 112–113, 130 f., 148 f.
- Zuständigkeitsverteilung zwischen EuGH und EuG 212–218
- T-Mobile Netherlands-Entscheidung 118, 122–124, 127, 136 f.
- Total Marketing Services-Entscheidung 153, 156, 177–181, 189

- überschießende erfahrungsbasierte Beweiserleichterungen 45 f., 109–111
- unabhängiges Marktverhalten, *siehe* Nachweis eines unabhängigen Marktverhaltens
- Unschuldsvermutung 2, 11, 23 f., 105–109, 111 f., 145–147, 179 f.
- Unternehmensvereinigungen 1
- Untersuchungsgrundsatz 13, 24, 142; *siehe auch* Amtsermittlungsgrundsatz
- unwiderlegbare Vermutung
 - im deutschen Recht 36
 - im europäischen Recht 47, 49 f.

- Vereinbarung
 - Anknüpfung der Koordinierungsvermutung 62–64
 - Fortwirken 195–199
 - Tatbestand 62 f.
- Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten 123 f., 129
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 106–109, 111, 144
- Vermutung einer andauernden Zuwiderhandlung 195 f.
- Vorlage anderer Beweise
 - allgemein 189 f., 268–278
 - Bewertung durch Gericht 271
 - Empfängerhorizont 273
 - Entstehungsgeschichte 62
 - Handeln einer Kartellbehörde 272 f.
 - Kontakte 269, 271 f.
 - Marktveränderungen 272
 - Meinungsverschiedenheiten 272
 - offene Distanzierung eines anderen Kartellanten 272
 - unabhängiges oder abredewidriges Marktverhalten 273–275, 277 f.

- widerlegbare Vermutung
 - im deutschen Recht 28–32
 - im europäischen Recht 51 f.

- Zellstoff-Vermutung 119, 149 f., 197, 240 f.