

Michael de Toma

# Die Evolution der „einheitlichen und fortdauernden Zuwiderhandlung“ gegen das europäische Kartellverbot

Zur Legitimation neuer Rechtsfiguren  
im europäischen Kartellrecht



Berliner  
Wissenschafts-Verlag

## Vorwort

Die vorliegende Studie entstand im Rahmen meiner Tätigkeit als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Immaterialgüter- und Wirtschaftsrecht der Universität Bayreuth. Sie wurde durch die Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Universität Bayreuth im Sommersemester 2018 als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis einschließlich März 2018 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem verehrten Doktorvater Herrn Prof. Dr. Rupprecht Podszun, der mit der „Evolutionären Rechtstheorie“ mein Verständnis des Rechts nachhaltig prägte und mir – fachlich wie menschlich – stets Vorbild war. Danken möchte ich ferner Frau Prof. Dr. Eva Julia Lohse, LL.M. für die Erstellung des Zweitgutachtens, Frau Prof. Dr. Nina Nestler für die Übernahme des Prüfungsvorsitzes und nicht zuletzt Herrn Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel, der früh meine wissenschaftliche Neugierde weckte.

Ich widme diese Arbeit meiner Frau Laura, die stets an mich glaubte – selbst dann, wenn ich es nicht tat.

Bayreuth, im November 2018

Dr. Michael de Toma

# Inhaltsverzeichnis

|  |           |
|--|-----------|
| <b>Einführung</b> .....  | <b>1</b>  |
| <b>A. Problemstellung und Forschungsstand</b> .....              | <b>1</b>  |
| <b>B. Forschungsfrage</b> .....                                  | <b>3</b>  |
| <b>C. Methodik der Untersuchung</b> .....                        | <b>4</b>  |
| <b>D. Gang der Untersuchung</b> .....                            | <b>5</b>  |
| <br>   |           |
| <b>Erstes Kapitel: Das Legitimationsbedürfnis des SCCI</b> ..... | <b>7</b>  |
| <br>   |           |
| <b>A. Das komplexe Kartell</b> .....                             | <b>7</b>  |
| I. Das Zuwiderhandlungskonzept des Kartellverbots.....           | 8         |
| II. Komplexität und ihre Folgen.....                             | 10        |
| 1. Komplexitätsfaktoren.....                                     | 12        |
| a) Pluralität der Verhaltensweisen.....                          | 12        |
| b) Zeitliche Ausdehnung des Kartells.....                        | 13        |
| c) Pluralität beteiligter Unternehmen.....                       | 13        |
| d) Räumliche und sachliche Ausdehnung des Kartells.....          | 14        |
| e) Fragilität des Kartells.....                                  | 15        |
| f) Unterschiedliche Rollen der Beteiligten.....                  | 16        |
| g) Zwischenergebnis.....   | 17        |
| 2. Verfolgungs- und Ahndungerschwernisse.....                    | 18        |
| III. Ergebnis.....   | 21        |
| <br>   |           |
| <b>B. Die Einführung und Fortentwicklung des SCCI</b> .....      | <b>22</b> |
| I. Behandlung komplexer Kartelle vor <i>Polypropylen</i> .....   | 22        |
| 1. Die Entscheidung Internationales Chininkartell.....           | 22        |
| 2. Die Entscheidung Farbstoffe.....                              | 23        |
| 3. Die Entscheidungen Flachglas und Peroxyd-Produkte.....        | 24        |
| 4. Die Entscheidung Zellstoff.....                               | 25        |
| 5. Zwischenergebnis.....   | 26        |
| II. Die Grundform des SCCI.....                                  | 27        |
| 1. Der Sachverhalt der Polypropylen-Entscheidung.....            | 27        |
| 2. Das „single, complex and continuous infringement“.....        | 27        |
| a) Die Einheitlichkeit der Zuwiderhandlung.....                  | 27        |
| b) Voraussetzungen.....  | 29        |
| c) Rechtsfolgen.....   | 30        |
| III. Die Weiterentwicklung des SCCI.....                         | 31        |

## Inhaltsverzeichnis

---

|   |           |
|---|-----------|
| 1. Sach-/raumübergreifendes SCCI .....  | 32        |
| 2. Vertikales SCCI .....  | 35        |
| 3. Kartellgehilfen-SCCI .....   | 37        |
| 4. Exkurs: Einheitliche Zuwiderhandlung und Marktmachtmissbrauch .....        | 39        |
| IV. Ergebnis .....  | 41        |
| <b>C. Legitimationsbedürfnis des SCCI .....</b>                               | <b>41</b> |
| I. Begrifflichkeiten .....  | 41        |
| 1. Legitimität .....  | 42        |
| 2. Akzeptanz .....  | 43        |
| 3. Legitimation .....   | 44        |
| 4. Zwischenergebnis .....   | 45        |
| II. Legitimitäts- und Akzeptanzbedürfnis des SCCI .....                       | 46        |
| 1. Einführung und Fortentwicklung des SCCI .....                              | 46        |
| a) Grundform .....  | 46        |
| aa) Entscheidungspraxis .....   | 46        |
| bb) Wissenschaftlicher Diskurs .....  | 49        |
| cc) Würdigung .....   | 52        |
| dd) Zwischenergebnis .....  | 54        |
| b) Die weiteren Entwicklungsstufen .....                                      | 55        |
| aa) Sach-/raumübergreifendes SCCI .....                                       | 55        |
| bb) Vertikales SCCI .....   | 58        |
| cc) Kartellgehilfen-SCCI .....  | 58        |
| dd) Zwischenergebnis .....  | 59        |
| c) Legitimitäts- und Akzeptanzbedürfnis .....                                 | 60        |
| 2. Anwendung/Nichtanwendung im Einzelfall .....                               | 62        |
| a) Problem des Nachweises eines gemeinsamen Plans .....                       | 63        |
| b) Konkretisierung durch die Entscheidungspraxis .....                        | 64        |
| c) Legitimitäts- und Akzeptanzbedürfnis .....                                 | 67        |
| <b>D. Ergebnisse .....</b>  | <b>68</b> |
| <b>Zweites Kapitel: Legitimationsmechanismen .....</b>                        | <b>71</b> |
| <b>A. Untersuchungsperspektive und Auswahl der Legitimationsmechanismen .</b> | <b>71</b> |
| I. Rechtsstaatliche Untersuchungsperspektive .....                            | 71        |
| II. Auswahl der Legitimationsmechanismen .....                                | 74        |
| 1. Vorhersehbarkeit des Verwaltungshandelns .....                             | 75        |
| 2. Gewährleistung effektiver gerichtlicher Kontrolle .....                    | 76        |
| 3. Begründungspflicht .....   | 77        |
| III. Ergebnis .....   | 78        |

---

|  |           |
|--|-----------|
| <b>B. Legitimation durch Vorhersehbarkeit des Verwaltungshandelns.....</b>       | <b>78</b> |
| I. Der Grundsatz der Vorhersehbarkeit des Verwaltungshandelns .....              | 78        |
| II. Legitimität und Akzeptanz durch Vorhersehbarkeit .....                       | 81        |
| III. Ergebnis.....   | 82        |
| <b>C. Legitimation durch gerichtliche Kontrolle .....</b>                        | <b>83</b> |
| I. Prüfungszuständigkeit und -gegenstand .....                                   | 83        |
| II. Legitimität und Akzeptanz durch gerichtliche Kontrolle .....                 | 84        |
| 1. Mittelbare und unmittelbare Legitimationswirkung .....                        | 84        |
| 2. Korrelation von Legitimationswirkung und Kontrollumfang .....                 | 86        |
| a) Relevanz des Umfangs gerichtlicher Kontrolle .....                            | 86        |
| b) Bestimmung des Kontrollumfangs.....   | 88        |
| III. Ergebnis.....   | 91        |
| <b>D. Legitimation durch „gute Begründung“ .....</b>                             | <b>91</b> |
| I. Legitimationsfunktion der Entscheidungsbegründung .....                       | 92        |
| 1. Funktionen in Rechtsprechung und Literatur .....                              | 92        |
| a) Kontrollfunktion .....  | 93        |
| aa) Externe Kontrolle .....  | 93        |
| bb) Gerichtliche Kontrolle .....   | 94        |
| cc) Selbstkontrolle .....  | 95        |
| b) Ermöglichungs- und Indikatorfunktion .....                                    | 96        |
| c) Konkretisierungs-, Stabilisierungs- und Effizienzfunktion .....               | 96        |
| d) Informations- und Kommunikationsfunktion .....                                | 98        |
| e) Überzeugungs- und Befriedigungsfunktion .....                                 | 99        |
| f) Würdigung .....   | 99        |
| 2. Legitimationsfunktion der Begründungspflicht .....                            | 101       |
| a) Legitimität und Akzeptanz durch Rationalität .....                            | 102       |
| b) Legitimität und Akzeptanz durch Vorhersehbarkeit .....                        | 104       |
| c) Legitimität und Akzeptanz durch Kontrollierbarkeit und<br>Kontrolle 105 ..... |           |
| d) Legitimität und Akzeptanz durch Information und<br>Kommunikation .....        | 106       |
| 3. Zwischenergebnis .....  | 107       |
| II. Anforderungen an eine „gute Begründung“ .....                                | 108       |
| 1. Ausformung der Begründungspflicht in der Rechtsprechung .....                 | 108       |
| a) Inhalt der Begründung .....   | 108       |
| aa) Mindestanforderungen .....   | 108       |
| bb) Begrenzung des Begründungsinhalts .....                                      | 110       |
| aaa) Keine Darlegung sämtlicher Gründe .....                                     | 110       |
| bbb) Darlegung nur der Auffassung der Kommission .....                           | 111       |

|   |            |
|---|------------|
| ccc) Begründung mittels Verweises und vorgefertigten Begründungselements .....                  | 113        |
| ddd) Begründung in knapper Sprache .....  | 114        |
| b) Umfang der Begründung .....  | 114        |
| c) Würdigung .....  | 116        |
| 2. Anforderungen an eine „gute Begründung“ .....  | 118        |
| a) Offenlegung des Entscheidungsprozesses .....   | 118        |
| b) Reflexivität der Begründung .....  | 121        |
| c) Transparenz durch sprachliche Gestaltung .....   | 123        |
| 3. Zwischenergebnis .....   | 124        |
| <b>E. Ergebnisse .....</b>  | <b>125</b> |
| <b>Drittes Kapitel: Evolutionäre Strukturierung des Fallmaterials .....</b>                     | <b>127</b> |
| <b>A. Erkenntnisgewinn der evolutionären Rechtstheorie .....</b>                                | <b>127</b> |
| I. Biologische Evolutionstheorie als Ausgangspunkt .....  | 127        |
| II. Nutzung evolutionsbiologischer Erkenntnisse für das Recht .....                             | 129        |
| III. Übertragung des Variations-Selektions-Stabilisations-Schemas auf die Rechtsevolution ..... | 132        |
| 1. Variation .....  | 133        |
| 2. Selektion .....  | 134        |
| 3. Stabilisation .....  | 135        |
| IV. Erkenntnisinteresse der evolutionären Rechtstheorie .....                                   | 136        |
| <b>B. Evolutionäre Strukturierung des Fallmaterials .....</b>                                   | <b>138</b> |
| I. Innovationspunkte .....  | 138        |
| 1. Die Entscheidung Polypropylen .....  | 138        |
| 2. Die Entscheidung Griechische Fährschiffe .....   | 140        |
| 3. Die Entscheidung Nintendo .....  | 142        |
| 4. Die Entscheidung Organische Peroxide .....   | 143        |
| 5. Zwischenergebnis .....   | 145        |
| II. Stabilisationsphasen .....  | 145        |
| 1. Grundform .....  | 145        |
| 2. Sach-/raumübergreifendes SCCI .....  | 151        |
| 3. Vertikales SCCI .....  | 158        |
| 4. Kartellgehilfen-SCCI .....   | 159        |
| <b>C. Ergebnisse .....</b>  | <b>161</b> |

**Viertes Kapitel: Legitimation durch Vorhersehbarkeit..... 163**

**A. Vorhersehbarkeit der Einführung und Fortentwicklung des SCCI..... 163**

|   |     |
|---|-----|
| I. Grundform des SCCI nach <i>Polypropylen</i> .....                        | 164 |
| II. Sach-/raumübergreifendes SCCI nach <i>Griechische Fährschiffe</i> ..... | 167 |
| III. Vertikales SCCI nach <i>Nintendo</i> .....                             | 169 |
| IV. Kartellgehilfen-SCCI nach <i>Organische Peroxide</i> .....              | 170 |
| V. Ergebnis.....  | 173 |

**B. Vorhersehbarkeit der Anwendung des SCCI in den Stabilisierungsphasen..... 173**

|  |     |
|--|-----|
| I. Grundform des SCCI.....   | 174 |
| 1. Herangezogene Indizien .....  | 175 |
| 2. Existenz eines objektiven Testverfahrens .....                        | 178 |
| a) Objektiv-subjektiver Test?.....                                       | 179 |
| b) Spezieller Komplementaritätstest?.....                                | 180 |
| 3. Gewichtung einzelner Indizien oder einer Indiziengruppe .....         | 181 |
| 4. Bestimmtheit und Wertungsfreiheit der Indizien.....                   | 182 |
| 5. Widerspruchsfreiheit der Entscheidungspraxis.....                     | 184 |
| 6. Zwischenergebnis .....  | 185 |
| II. Sach-/raumübergreifendes SCCI.....                                   | 186 |
| 1. Herangezogene Indizien .....  | 186 |
| 2. Existenz eines objektiven Testverfahrens .....                        | 187 |
| a) Objektiv-subjektiver Test oder spezieller Komplementaritätstest?..... | 187 |
| b) Kohärenztest?.....  | 187 |
| 3. Gewichtung einzelner Indizien oder einer Indiziengruppe .....         | 188 |
| 4. Bestimmtheit und Wertungsfreiheit der Indizien.....                   | 189 |
| 5. Widerspruchsfreiheit der Entscheidungspraxis.....                     | 190 |
| 6. Zwischenergebnis .....  | 193 |
| III. Vertikales SCCI .....   | 194 |
| IV. Kartellgehilfen-SCCI .....   | 195 |

**C. Ergebnisse..... 197**

**Fünftes Kapitel: Legitimation durch gerichtliche Kontrolle ..... 199**

**A. Kontrolle der Einführung und Fortentwicklung des SCCI..... 199**

|  |     |
|--|-----|
| I. Grundform des SCCI nach <i>Polypropylen</i> ..... | 199 |
| 1. Einheitlichkeit der Zuwiderhandlung .....         | 200 |
| a) Gerichtliche Überprüfung .....                    | 200 |
| b) Bewertung der Kontrolldichte.....                 | 203 |

|   |            |
|---|------------|
| 2. Qualifikation des Gesamtkartells und der Einzelakte .....                              | 204        |
| a) Gerichtliche Überprüfung .....   | 204        |
| b) Bewertung der Kontrolldichte.....  | 206        |
| 3. Individuelle Verantwortlichkeit für kollektives Verhalten .....                        | 207        |
| a) Gerichtliche Überprüfung .....   | 207        |
| b) Bewertung der Kontrolldichte.....  | 209        |
| II. Sach-/raumübergreifendes SCCI nach <i>Griechische Fährschiffe</i> .....               | 210        |
| 1. Bestimmung des Zuwiderhandlungsumfangs .....   | 210        |
| 2. Umfang der individuellen Verantwortlichkeit .....                                      | 212        |
| 3. Bewertung der Kontrolldichte .....   | 214        |
| III. Vertikales SCCI nach <i>Nintendo</i> .....   | 214        |
| IV. Kartellgehilfen-SCCI nach <i>Organische Peroxide</i> .....                            | 215        |
| 1. Kartellgehilfe als „Vertragspartner“ der Vereinbarung .....                            | 215        |
| 2. Erfordernis einer Tätigkeit auf dem kartellierten Markt.....                           | 217        |
| 3. Bewertung der Kontrolldichte .....   | 219        |
| V. Ergebnis.....  | 220        |
| <b>B. Kontrolle der Anwendung des SCCI in den Stabilisationsphasen.....</b>               | <b>220</b> |
| I. Grundform des SCCI.....  | 221        |
| 1. Die Entscheidung Auslandsumzüge .....  | 221        |
| a) Kommissionsentscheidung und Rügen .....  | 221        |
| b) Gerichtliche Überprüfung .....   | 223        |
| c) Bewertung der Kontrolldichte.....  | 225        |
| 2. Die Entscheidung Bananen.....  | 226        |
| a) Kommissionsentscheidung und Rügen .....  | 226        |
| b) Gerichtliche Überprüfung .....   | 227        |
| c) Bewertung der Kontrolldichte.....  | 229        |
| II. Sach-/raumübergreifendes SCCI.....  | 230        |
| 1. Die Entscheidungen Zitronensäure, Spezialgraphit und<br>Kupfer-Installationsrohre..... | 230        |
| a) Kommissionsentscheidungen und Rügen.....   | 230        |
| b) Gerichtliche Überprüfung .....   | 232        |
| c) Bewertung der Kontrolldichte.....  | 234        |
| 2. Entscheidung Garne.....  | 234        |
| a) Kommissionsentscheidung und Rügen .....  | 234        |
| b) Gerichtliche Überprüfung .....   | 236        |
| c) Bewertung der Kontrolldichte.....  | 237        |
| 3. Die Entscheidung Badezimmerausstattungen.....  | 237        |
| a) Kommissionsentscheidung und Rügen .....  | 237        |
| b) Gerichtliche Überprüfung .....   | 238        |
| c) Bewertung der Kontrolldichte.....  | 239        |



|   |            |
|---|------------|
| III. Vertikales SCCI und Kartellgehilfen-SCCI .....                         | 240        |
| <b>C. Ergebnisse.....</b>   | <b>241</b> |
| <b>Sechstes Kapitel: Legitimation durch gute Begründung.....</b>            | <b>243</b> |
| <b>A. Gute Begründung der Einführung und Fortentwicklung des SCCI .....</b> | <b>243</b> |
| I. Grundform des SCCI nach <i>Polypropylen</i> .....                        | 243        |
| 1. Begründung der rechtlichen Innovation.....                               | 243        |
| 2. Bewertung.....   | 245        |
| a) Offenlegung des Entscheidungsprozesses.....                              | 245        |
| b) Reflexivität der Begründung .....  | 246        |
| c) Transparenz durch sprachliche Gestaltung .....                           | 247        |
| d) Ergebnis .....   | 249        |
| II. Sach-/raumübergreifendes SCCI nach <i>Griechische Fährschiffe</i> ..... | 249        |
| 1. Begründung der rechtlichen Innovation.....                               | 249        |
| 2. Bewertung.....   | 250        |
| a) Offenlegung des Entscheidungsprozesses.....                              | 250        |
| b) Reflexivität der Begründung .....  | 252        |
| c) Transparenz durch sprachliche Gestaltung .....                           | 253        |
| d) Ergebnis .....   | 253        |
| III. Vertikales SCCI nach <i>Nintendo</i> .....                             | 254        |
| 1. Begründung der rechtlichen Innovation.....                               | 254        |
| 2. Bewertung.....   | 256        |
| a) Offenlegung des Entscheidungsprozesses.....                              | 256        |
| b) Reflexivität der Begründung .....  | 256        |
| c) Transparenz durch sprachliche Gestaltung .....                           | 258        |
| d) Ergebnis .....   | 258        |
| IV. Kartellgehilfen-SCCI nach <i>Organische Peroxide</i> .....              | 259        |
| 1. Begründung der rechtlichen Innovation.....                               | 259        |
| 2. Bewertung.....   | 261        |
| a) Offenlegung des Entscheidungsprozesses.....                              | 261        |
| b) Reflexivität der Begründung .....  | 263        |
| c) Transparenz durch sprachliche Gestaltung .....                           | 263        |
| d) Ergebnis .....   | 264        |
| V. Ergebnis.....  | 264        |

|   |            |
|---|------------|
| <b>B. Gute Begründung der Anwendung des SCCI in den Stabilisationsphasen.....</b> | <b>264</b> |
| I. Die Entscheidung <i>Auslandsunzüge</i> (Grundform) .....                       | 265        |
| 1. Begründung .....   | 265        |
| 2. Bewertung.....   | 268        |
| a) Offenlegung des Entscheidungsprozesses .....                                   | 268        |
| b) Reflexivität und sprachliche Gestaltung .....                                  | 269        |
| c) Ergebnis .....   | 270        |
| II. Die Entscheidung <i>Garne</i> (Sach-/raumübergreifendes SCCI).....            | 270        |
| 1. Begründung .....   | 270        |
| 2. Bewertung.....   | 273        |
| a) Offenlegung des Entscheidungsprozesses .....                                   | 273        |
| b) Reflexivität und sprachliche Gestaltung .....                                  | 276        |
| c) Ergebnis .....   | 276        |
| III. Die Entscheidung <i>Souris-Topps</i> (Vertikales SCCI) .....                 | 276        |
| 1. Begründung .....   | 277        |
| 2. Bewertung.....   | 278        |
| a) Offenlegung des Entscheidungsprozesses .....                                   | 278        |
| b) Reflexivität der Begründung .....  | 279        |
| c) Transparenz durch sprachliche Gestaltung .....                                 | 280        |
| d) Ergebnis .....   | 280        |
| IV. Die Entscheidung <i>Wärmestabilisatoren</i> (Kartellgehilfen-SCCI) .....      | 281        |
| 1. Begründung .....   | 281        |
| 2. Bewertung.....   | 282        |
| a) Offenlegung des Entscheidungsprozesses .....                                   | 282        |
| b) Reflexivität und sprachliche Gestaltung .....                                  | 284        |
| c) Ergebnis .....   | 285        |
| <b>C. Ergebnisse.....</b>   | <b>286</b> |
| <b>Beantwortung der Forschungsfrage und Schlussbetrachtung.....</b>               | <b>287</b> |
| <b>Literaturverzeichnis .....</b>   | <b>295</b> |
| <b>Anhang .....</b>   | <b>319</b> |

# Einführung

## A. Problemstellung und Forschungsstand

„Kein Risiko!“ – dies sei nach *Arthur Kaufmann* das Motto der meisten Juristen, die die Unfertigkeit des Gesetzes als Mangel empfänden.<sup>1</sup> Sie wollten lieber an den „strengen, nackten Buchstaben des Gesetzes“ gebunden sein, statt in einem offenen System Eigenverantwortung zu übernehmen.<sup>2</sup> Damit beschrieb er ein Spannungsverhältnis, das auch das europäische Wettbewerbsrecht prägt: Wettbewerbsrechtliche Eingriffsermächtigungen müssen zukunfts offen formuliert sein, um einen effektiven und effizienten Wettbewerbsschutz zu ermöglichen. Zugleich ist ihre Anwendung durch rechtsstaatliche Gewährleistungen einzuhegen. Diese sollen nicht nur *Arthur Kaufmanns* risikoscheuem Juristen bei der Anwendung dieser Rechtsnormen Sicherheit bieten. Sie sollen zugleich eingriffsintensive Hoheitsakte wie Kartellbußgeldentscheidungen legitimieren und akzeptanzfähig machen.

Im Bereich der Sanktionierung von Wettbewerbsverstößen wird jedoch eine sich zunehmend verselbständigende, von rechtsstaatlichen Fundamentalgarantien ablösende Rechtsentwicklung beobachtet.<sup>3</sup> Demnach werden immer weitergreifende Haftungs- und Zurechnungskonzepte entwickelt, denen eine klare normative Grundlage fehle.<sup>4</sup> Ein solches weitgreifendes Haftungs- und Zurechnungskonzept ist die sogenannte „einheitliche, komplexe und fortdauernde Zuwiderhandlung“ („single, complex and continuous infringement“, im Folgenden „SCCI“). In der *Polypropylen*-Entscheidung<sup>5</sup> aus dem Jahre 1986 fasste die Europäische Kommission (im Folgenden „Kommission“) erstmals mehrere wettbewerbsrelevante Verhaltensweisen innerhalb eines komplexen, mehrjährigen Kartells zu einem einzigen Verstoß gegen ex-Art. 85 EWGV zusammen. Indem sich die Unternehmen zu einem gemeinsamen Plan verbanden, die Preise und den Absatz auf dem Polypropylenmarkt zu regeln, beteiligten sie sich an einer umfassenden Rahmenvereinbarung, in der ihre einzelnen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen aufgingen. Dies hatte für die Entscheidungsadressaten etwa mit Blick auf die Bußgeldhöhe, den Verjährungsbeginn und den Bezugspunkt der Beweislast der Kom-

1 Vgl. *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1997, S. 55 f.

2 Vgl. *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1997, S. 55 f.

3 Vgl. *Thomas*, JZ 2011, S. 485, 486.

4 Vgl. *Thomas*, JZ 2011, S. 485, 486.

5 KOM, 23.4.1986, IV/31.149, ABl. EG 1986 Nr. L 230/1 – Polypropylen.

mission negative Folgen. Vor allem aber war ein Unternehmen für die ganze Zeit seiner Beteiligung auch für das Verhalten verantwortlich, das andere Unternehmen im Rahmen der Zuwiderhandlung an den Tag gelegt hatten.

Um eine einheitliche Zuwiderhandlung feststellen und ein Unternehmen für seine Beteiligung daran belangen zu können, müssen nach ständiger Entscheidungspraxis von Kommission und Gerichten folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- Einfügen der einzelnen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen der Kartellanten in einen gemeinsamen Plan zur Beschränkung des Wettbewerbs
- Objektiver Beitrag des Unternehmens zu dem Kartell, durch den es subjektiv zur Erreichung des gemeinsamen Plans beitragen wollte
- Kenntnis des Unternehmens von dem rechtswidrigen Verhalten der anderen Beteiligten und Bereitschaft, die daraus erwachsende Gefahr auf sich zu nehmen

Das Konzept wurde im Lauf der Zeit allmählich auf weitere Konstellationen ausgedehnt. So erfasst das SCCI nun auch Kartelle, die sich auf mehrere Produkte, Dienstleistungen oder Regionen erstrecken, die vertikale Verhaltensweisen zum Gegenstand haben oder aber die Tätigkeit von nicht auf dem kartellierten Markt tätigen Kartelldienstleistern. In den letzten 30 Jahren entwickelte sich die Annahme einer solchen einheitlichen Zuwiderhandlung durch die Kommission zum Regelfall der Anwendung des Kartellverbots.<sup>6</sup>

Das SCCI sieht sich jedoch grundlegender Kritik ausgesetzt, die sich insbesondere auf die Verletzung von drei rechtsstaatlichen Fundamentalgarantien stützt: Des Grundsatzes der Vorhersehbarkeit des Verwaltungshandelns, der Gewährleistung effektiver gerichtlicher Kontrolle und der Pflicht der Kommission zur Begründung belastender Kartellbußgeldentscheidungen. Demnach leiden die Einführung, Fortentwicklung und wiederholte Anwendung dieses Konzepts an einem rechtsstaatlichen Defizit, da sie unvorhersehbar, nur eingeschränkt kontrolliert und unzureichend begründet sind.

Werden zentrale rechtsstaatliche Garantien bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts durch die Kommission missachtet, droht ein Legitimationsdefizit ihrer Entscheidungen. Legitimität und Akzeptanz durch tatsächlich und potentiell Betroffene sind jedoch wesentliche Voraussetzungen der erfolgreichen und dauerhaften Implementation rechtlicher Innovationen – wie der verschiedenen Entwicklungsstufen des SCCI – in die Rechtsordnung. Das dem SCCI attestierte rechtsstaatliche Defizit birgt somit die Gefahr eines Legitimitäts- und Akzeptanzdefizits. Dies gefährdet letztlich den effektiven und effizienten Wettbewerbsschutz, der auf Legitimität und Akzeptanz solcher Haftungs- und Zurechnungskonzepte angewiesen ist.

Wenngleich schwere Vorwürfe gegen die Rechtsstaatlichkeit der Einführung, Fortentwicklung und wiederholten Anwendung des SCCI erhoben wurden, unter-

6 Vgl. Dreher, ZWeR 2007, S. 276, 280.

blieb eine Untersuchung unter dem Blickwinkel eines Legitimationsdefizits bislang. Ein Teil der wissenschaftlichen Beiträge, die das SCCI behandeln, blendet rechtsstaatliche und legitimatorische Erwägungen gänzlich aus.<sup>7</sup> Zahlreiche weitere Beiträge befassen sich mit möglichen rechtsstaatlichen Defiziten des Konzepts, Schlussfolgerungen hinsichtlich seiner Legitimation werden dort jedoch nicht gezogen.<sup>8</sup> *Seifert* widmete sich in einer grundlegenden Arbeit zum SCCI zwar der Frage, ob bei der Entwicklung und Anwendung dieses Rechtsinstituts die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts beachtet wurden (und werden).<sup>9</sup> Eine Untersuchung des Legitimationspotentials der herangezogenen Gewährleistungen (Wortlautgrenze, Vorhersehbarkeit des Verwaltungshandelns, Unschuldvermutung) unterblieb aber ebenso, wie eine Analyse der Legitimität und Akzeptanzfähigkeit des Handelns der Kommission. Die daraus resultierende Lücke soll durch die vorliegende Studie geschlossen werden.

## B. Forschungsfrage

Der Untersuchung liegt die Forschungsfrage zugrunde, welchen Beitrag ausgewählte rechtsstaatliche Gewährleistungen zur Legitimation einer rechtlichen Innovation wie des SCCI gegenüber den Rechtsunterworfenen leisten können. Die Beantwortung dieser Forschungsfrage gebietet zweierlei: Zum einen ist die Auswahl der konkreten Gewährleistungen zu rechtfertigen und herauszuarbeiten, welches Legitimationspotential ihnen innewohnt. Zum anderen ist das SCCI an den so erzielten Erkenntnissen zu messen. Dabei ist zwischen seiner Einführung und Fortentwicklung einerseits, und seiner Einzelfallanwendung andererseits zu unterscheiden: Wie sich zei-

7 Vgl. *Schwartz*, Kartellgehilfen im europäischen Kartellrecht, 2015, S. 41 ff.; *Harding/Joshua*, *Regulating Cartels in Europe*, 2. Aufl. 2010, S. 166 ff.; *Meyring*, WuW 2010, S. 157; *Joshua*, 5 ECJ (2009), S. 451; *Joshua/Jordan*, 24 Nw. J. Int'l L. & Bus. (2004), S. 647; *Lianos*, RTD Eur. 2000, 239; *Joshua*, 22 Fordham Corp. L. I. (1995), S. 101, 117 f.

8 Vgl. *Brei*, NZKart 2017, S. 211, 215 ff.; *Zierke*, *Steuerungswirkung*, 2015, S. 342 ff., 350; *Otto*, *Der Kartellgehilfe als Bußgeldadressat*, 2015, S. 279, 286 ff.; *D. Riley*, 37 World Competition (2014), S. 293, 300; *Bailey*, 47 CML Rev. (2010), S. 473, 483 f.; *Dreher*, ZWeR 2007, S. 276, 287 f.; *Harding*, 12 Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just. (2004), S. 275, 285, 295; *Wessely*, 31 CML Rev. (2001), S. 739, 759, 762.

9 Vgl. *Seifert*, *Einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlung*, 2013, S. 283 ff.; außerdem *ders.*, 29 ECLR (2008), S. 546, 553 ff.

gen wird, werfen die Einführung rechtlicher Innovationen und ihre wiederholte Anwendung unterschiedliche Probleme auf.

Daraus ergeben sich die folgenden Unterforschungsfragen:

- Welches Legitimationspotential wohnt den ausgewählten rechtsstaatlichen Gewährleistungen inne?
- Welchen Beitrag leisteten bzw. leisten sie zur Legitimation der Einführung, Fortentwicklung und Einzelfallanwendung des SCCI?

Durch die Beantwortung der aufgeworfenen Forschungsfrage kann nicht nur die am SCCI geübte Kritik auf ihre Berechtigung überprüft und auf eine wissenschaftlich gesicherte Grundlage gestellt werden. Sie ermöglicht es ferner, konkrete Anforderungen an die Ausschöpfung des Legitimationspotentials der rechtsstaatlichen Gewährleistungen zu formulieren. Auf diese Weise können der Kommission Hilfsmittel an die Hand gegeben werden, mit denen sie die Fortentwicklung und Anwendung zukunftsöffener Eingriffsermächtigungen legitim und akzeptanzfähig gestalten kann.

### **C. Methodik der Untersuchung**

Diese Unterforschungsfragen geben das Untersuchungsprogramm dieser Studie vor. In ihrem ersten Teil erfolgt eine theoretische Grundlegung, in der das spezifische Legitimationsbedürfnis des SCCI aufgedeckt, die Auswahl der zu untersuchenden rechtsstaatlichen Gewährleistungen gerechtfertigt und ihr Legitimationspotential herausgearbeitet wird. Dabei wird für jede dieser Gewährleistungen identifiziert, unter welchen Voraussetzungen ihr legitimatorisches Potential ausgeschöpft wird.

Im zweiten Teil der Untersuchung werden die Einführung, Fortentwicklung und Einzelfallanwendung des SCCI an den gewonnenen Erkenntnissen gemessen. Dieser Studie liegt ein Untersuchungszeitraum zugrunde, der sich von der *Polypropylen-*Entscheidung vom 23.4.1986 bis zum 31.12.2015 erstreckt. In diesem Zeitraum wandte die Kommission die Rechtsfigur des SCCI soweit ersichtlich in 103 Kartellbußgeldentscheidungen<sup>10</sup> an. Der Untersuchungszeitraum von knapp 30 Jahren ermöglicht es, Entwicklung und Legitimationsbedürfnis des SCCI in ihrer Gänze zu erfassen. Die Grenzen, die der vorliegenden Untersuchung gesetzt sind, machen jedoch eine Strukturierung des umfangreichen Fallmaterials und eine Auswahl ein-

10 Siehe dazu die Tabelle im Anhang; obwohl Art. 288 Abs. 4 AEUV von „Beschluss“ spricht, während Art. 249 Abs. 4 EGV den Begriff „Entscheidung“ verwendete, wird in dieser Untersuchung aus Gründen einer einheitlichen Terminologie durchgehend von *Kommissionsentscheidungen* gesprochen.

zelter oder mehrerer Entscheidungen erforderlich, um die Forschungsfrage beantworten zu können. Zwar verliert die Studie auf diese Weise ihren Anspruch auf Vollständigkeit. Indem jedoch die Auswahlkriterien nachvollziehbar gemacht werden, können die erzielten Ergebnisse auf ihre Berechtigung überprüft werden.

Die Untersuchung bedient sich einer als „evolutionäre Rechtstheorie“ bezeichneten Methodik. Sie macht das evolutionsbiologische Paradigma von Variation, Selektion und Stabilisation für die Entwicklung des Rechts, hier eines konkreten Rechtsinstituts, fruchtbar. Die SCCI-Entscheidungen innerhalb des Untersuchungszeitraums sind demnach keine Solitäre, sondern Glieder einer Kette verbundener Entscheidungen. Die Einnahme einer evolutionären Perspektive ermöglicht es, die Entwicklung des SCCI im Untersuchungszeitraum abzubilden und transparent zu machen. Ihr Erkenntnisinteresse liegt in der Identifikation von Punkten des Wandels und Phasen der Stabilität in der Entwicklung des SCCI. Diesen Innovationspunkten und Stabilitätsphasen können konkrete Kommissionsentscheidungen zugeordnet werden. Aus diesen Entscheidungen kann nach näher zu bestimmenden Kriterien eine Auswahl getroffen werden, um die Legitimationswirkung des Vorhersehbarkeitsgrundsatzes, der gerichtlichen Kontrolle und der Begründungspflicht zu bewerten.

### D. Gang der Untersuchung

Den beiden Unterforschungsfragen entsprechend, gliedert sich diese Studie in zwei Teile und insgesamt sechs Kapitel.

Im **Ersten Teil**, der die Kapitel 1 und 2 umfasst, wird die theoretische Grundlage zur Beantwortung der Forschungsfrage erarbeitet.

**Kapitel 1** widmet sich dem spezifischen Legitimationsbedürfnis des SCCI und deckt so das der Untersuchung zugrundeliegende Problem auf. Zunächst wird dargelegt, welche Verfolgungs- und Ahndungerschwernisse komplexe Kartelle aufwerfen. Auf dieser Grundlage werden die Behandlung komplexer Kartelle vor *Polypropylen*, die Einführung sowie die Weiterentwicklung des SCCI untersucht. Ausgehend von einer Definition der Begriffe Legitimität, Akzeptanz und Legitimation wird anschließend das spezifische Legitimationsbedürfnis der Einführung, Fortentwicklung und der wiederholten Anwendung des SCCI herausgearbeitet.

**Kapitel 2** befasst sich mit dem Legitimationspotential ausgewählter rechtsstaatlicher Gewährleistungen. Zunächst wird die rechtsstaatliche Untersuchungsperspektive offengelegt und die Auswahl der konkreten Legitimationsmechanismen gerechtfertigt. Anschließend werden der Grundsatz der Vorhersehbarkeit des Verwaltungshandelns, die Gewährleistung effektiver gerichtlicher Kontrolle und die Begrün-

dungspflicht der Kommission nach ihrem Legitimationspotential untersucht. Dabei wird jeweils identifiziert, unter welchen Voraussetzungen das Legitimationspotential dieser Gewährleistungen gehoben werden kann.

Im **Zweiten Teil**, der die Kapitel 3 bis 6 umfasst, werden die Einführung, Fortentwicklung und Einzelfallanwendung des SCCI an den zuvor erarbeiteten Legitimationsmechanismen gemessen.

**Kapitel 3** erläutert die evolutionäre Perspektive, die die Untersuchung in ihrem analytischen Teil einnimmt. In einem ersten Schritt werden die Grundlagen der evolutionären Rechtstheorie und ihr Erkenntnisinteresse dargestellt. Mit Hilfe des Variations-Selektions-Stabilisations-Schemas wird das Fallmaterial des Untersuchungszeitraums anschließend in Innovationspunkte und Stabilisationsphasen strukturiert: Zunächst werden zentrale innovative Entscheidungen in der Entwicklung des SCCI identifiziert. Anschließend werden solche Entscheidungen identifiziert, in denen sich die eingeführten Innovationen im Zeitverlauf stabilisierten.

**Kapitel 4** erörtert, welchen Beitrag der Grundsatz der Vorhersehbarkeit des Verwaltungshandelns zur Legitimität und Akzeptanzfähigkeit des SCCI leisten konnte. Zum einen wird untersucht, ob die mittels der evolutionären Methodik identifizierten innovativen Kommissionsentscheidungen vorhersehbar waren. Zum anderen wird untersucht, ob die Feststellung oder Ablehnung einer einheitlichen Zuwiderhandlung in den jeweiligen Stabilisationsphasen aufgrund konkretisierender und konsistenter Entscheidungspraxis vorhersehbar waren.

**Kapitel 5** befasst sich mit dem Beitrag, den die gerichtliche Kontrolle zur Legitimität und Akzeptanzfähigkeit ausgewählter SCCI-Entscheidungen leisten konnte. Zum einen wird untersucht, ob EuG und EuGH die innovative Auslegung und Anwendung des Kartellverbots in den identifizierten Entscheidungen vollumfänglich überprüften, oder ob der Kommission ein Beurteilungsspielraum eingeräumt wurde. Zum anderen wird untersucht, ob sich in den jeweiligen Stabilisationsphasen SCCI-Entscheidungen fanden, hinsichtlich derer die Gerichte der Kommission bei der Feststellung oder Ablehnung einer einheitlichen Zuwiderhandlung einen Beurteilungsspielraum beließen.

**Kapitel 6** widmet sich schließlich der Legitimationswirkung, die die Begründung verschiedener SCCI-Entscheidungen durch die Kommission entfalten konnte. Es wird untersucht, ob die Kommission im Rahmen der identifizierten innovativen Entscheidungen das Legitimationspotential der Entscheidungsbegründung ausschöpfte, oder ob sie es ungenutzt ließ. Ebenso wird für ausgewählte Entscheidungen aus den Stabilisierungsphasen verfahren.

Abschließend erfolgt eine **Beantwortung der Forschungsfrage**, die zugleich eine Zusammenfassung der wesentlichen Untersuchungsergebnisse beinhaltet.