

„Eltern haften für ihre Kinder“

Im Blickpunkt: Erhöhte Haftungsrisiken für Konzerne nach der 9. GWB-Novelle

Von Kaan Gürer, LL.M.

Die Bundesregierung hat am 28.09.2016 den vom Bundesminister für Wirtschaft und Energie vorgelegten Gesetzentwurf für eine 9. GWB-Novelle beschlossen. Anlass der Novelle ist vor allem die Umsetzung der EU-Schadensersatzrichtlinie. Zudem soll das Kartellrecht an das „digitale Zeitalter“ angepasst werden – Netzwerk- und Skaleneffekte sowie der Zugang zu Daten sollen fortan bei der Prüfung von Marktbeherrschung berücksichtigt und die Fusionskontrolle um eine kaufpreisbasierte Aufgreifschwelle erweitert werden. Ein weiteres Ziel der Novelle ist es, die sogenannte „Wurstlücke“ zu schließen, die ihren Namen dem Fleischfabrikanten und Aufsichtsratschef von Schalke 04, Clemens Tönnies, verdankt. Er hatte sein Unternehmen einst derart umstrukturiert, dass das Bundeskartellamt Kartellbußgelder in dreistelliger Millionenhöhe nicht Beitreiben konnte und das Bußgeldverfahren letztlich einstellen musste (siehe Pressemitteilung des Bundeskartellamts vom 19.10.2016). Durch eine umfassende Erweiterung der Haftung für Kartellverstöße nach unionsrechtlichem Vorbild soll ein „Wegstrukturieren“ durch Bußgeldverantwortliche künftig nicht mehr möglich sein. Die Haftungsrisiken für Konzerne erhöhen sich dadurch erheblich – mit Folgen sowohl für die Ausgestaltung von Complianceprogrammen als auch für M&A-Transaktionen. ▶

Hat eine Muttergesellschaft bestimmenden Einfluss auf die Tochtergesellschaft, so haftet sie auch für den Tochterkonzern.



Norm- und Sanktionsadressat im Bußgeldrecht

Materiellrechtlicher Normadressat des Kartellverbots ist sowohl nach Unionsrecht als auch nach deutschem Recht das „Unternehmen“. Der kartellrechtliche Unternehmensbegriff ist nicht formaljuristisch, sondern funktional auszulegen, wobei die dem Kartellverbot zugrundeliegenden Schutzzwecke und gesetzgeberischen Zielvorgaben als maßgebliche Richtschnur zu berücksichtigen sind. Entscheidend sind das Ausüben einer wirtschaftlichen Tätigkeit und das wettbewerblich erhebliche Auftreten am Markt als sogenannte „wirtschaftliche Einheit“. Vom Normadressaten zu unterscheiden ist der Sanktionsadressat, den die Rechtsfolgen eines etwaigen Kartellrechtsverstößes treffen und gegen den letztlich ein Bußgeld verhängt wird.

Nach Unionsrecht fallen Norm- und Sanktionsadressat regelmäßig zusammen. Wird innerhalb eines Konzerns gegen Kartellrecht verstoßen, haftet eine Konzernmutter nach ständiger Rechtsprechung der Unionsgerichte nicht nur für eigenes Verschulden, sondern – sofern eine wirtschaftliche Einheit vorliegt – auch für das Fehlverhalten ihrer Tochtergesellschaften (vgl. EuGH, Urteil vom 10.09.2009, C-97/08 – „Akzo Nobel“). Voraussetzung dafür ist, dass die Muttergesellschaft bestimmenden Einfluss auf das Verhalten ihrer Tochtergesellschaften ausübt. Dann wird der Konzern als ein und dasselbe „Unternehmen“ im kartellrechtlichen Sinn bewertet. Hält die Muttergesellschaft eine Beteiligung von (nahezu) 100% an der Tochter, wird das Bestehen einer „wirtschaftlichen Einheit“ sogar vermutet.

In Deutschland können nach geltendem Recht Norm- und Sanktionsadressat im Fall von Konzernen auseinanderfallen. Der deutsche Gesetzgeber hat Kartellverstöße als Ordnungswidrigkeiten eingestuft und sie damit in die Nähe des Strafrechts gerückt, weshalb bei ihrer Auslegung strenge verfassungsrechtliche und strafprozessuale Grundsätze zu beachten sind. Dazu gehören insbesondere der Bestimmtheits- und Schulgrundsatz sowie das Rückwirkungs- und Analogieverbot.

Konzernhaftung in Deutschland

In ihrer historischen Konzeption richten sich Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht in Deutschland primär gegen natürliche Personen, ein Unternehmensstrafrecht gibt es nicht („No soul to damn, no body to kick“). Gemäß § 30 OWiG kann eine juristische Person aber originärer Adressat einer Geldbuße sein – durch die Vorschrift wird das Fehlverhalten einer natürlichen Person (die sogenannte „Anknüpfungstat“) derjenigen juristischen Person zugerechnet, für die sie verantwortlich gehandelt hat. De lege lata folgt die Norm strikt dem Rechtsträgerprinzip. Begeht ein Verantwortlicher einer juristischen Person einen Kartellverstoß, kann ein Bußgeld nach dem Wortlaut des § 30 Abs. 1 OWiG nur gegen „diese“ juristische Person verhängt werden. In einem Konzerngefüge kann daher nur die Gesellschaft bebußt werden, in der der Kartellverstoß tatsächlich begangen wurde – eine (verschuldensunabhängige) Haftung der Konzernmutter gibt es in Deutschland bislang nicht. Eine Ahndung anderer Konzerngesellschaften als der Tätergesellschaft kommt allenfalls über § 130 OWiG in Betracht, wenn eine

vorwerfbare Aufsichtspflichtverletzung nachgewiesen werden kann.

Die 9. GWB-Novelle sieht nun mit der Einführung des § 81 Abs. 3a GWB-E eine Konzernhaftung nach unionsrechtlichem Vorbild vor. Hat ein Verantwortlicher einer juristischen Person einen Kartellverstoß begangen, so soll „auch gegen weitere juristische Personen“ eine Geldbuße festgesetzt werden können, wenn diese zum Zeitpunkt der Tatbegehung „das Unternehmen [...] gebildet“ und „unmittelbar oder mittelbar einen bestimmten Einfluss“ auf die Tätergesellschaft ausgeübt haben. Damit erreicht das deutsche Recht einen Gleichlauf mit dem unionsrechtlichen Konzept der „wirtschaftlichen Einheit“ auch auf der Ebene des Sanktionsadressaten. Der Unternehmensbegriff soll dabei laut der Begründung des Regierungsentwurfs nach der Unionsrechtsprechung ausgelegt werden.

Rechtsnachfolge und wirtschaftliche Kontinuität

Bereits mit der 8. GWB-Novelle, die am 30.06.2013 in Kraft getreten ist, hatte der Gesetzgeber auf vermeintliche Sanktionslücken reagiert, um eine Umgehung von Geldbußen durch Umstrukturierungsmaßnahmen zu verhindern. So haftet seit Einführung des § 30 Abs. 2a OWiG bei Vermögensverschiebungen und Umstrukturierungen, die bestimmte Tatbestände der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge erfüllen, auch der übernehmende Rechtsträger für Geldbußen der wegstrukturierten Tätergesellschaft. Gemäß § 30 Abs. 2a Satz 2 OWiG ist die



Haftung des Rechtsnachfolgers allerdings begrenzt auf das Vermögen des übernommenen Rechtsträgers.

Die Rechtsnachfolgerhaftung wird durch die 9. GWB-Novelle in zweierlei Hinsicht verschärft: Zum einen nimmt § 81 Abs. 3b GWB-E Bezug auf die vorgesehene Einführung der Konzernhaftung – der (partielle) Gesamtrechtsnachfolger soll damit nicht nur für das Fehlverhalten der eigentlichen Tätergesellschaft haften, sondern auch für das gegen den gesamten Konzern als „wirtschaftliche Einheit“ festgesetzte Bußgeld. Hinzu kommt, dass die im OWiG geregelte Haftungsbegrenzung auf den Wert des übernommenen Vermögens ersatzlos entfallen soll. Im Ergebnis kann die „geerbte“ Bußgeldhaftung des (partiellen) Gesamtrechtsnachfolgers im Einzelfall den Vermögenswert der erworbenen Gesellschaft um ein Vielfaches übersteigen, da sich die Bemessung des Bußgelds künftig an der Finanz- und Ertragssituation des gesamten Konzerns orientieren kann.

Um sämtliche Fälle von (konzerninternen und -externen) Vermögensverschiebungen zu erfassen, sieht der Regierungsentwurf nach § 81 Abs. 3c GWB-E zudem die Einführung einer Haftung in Fällen der „wirtschaftlichen Kontinuität“ vor. Basierend auf unionsrechtlichen Grundsätzen, soll ein Erwerber auch dann für Kartellgeldbußen haften, wenn er kartellbefangene Geschäftsbereiche im Wege der Einzelrechtsnachfolge (sogenannter Assetdeal) übernommen hat. Voraussetzung ist, dass die Geschäftstätigkeit im Wesentlichen fortgeführt wird, wenn also – bei rein wirtschaftlicher Betrachtung – der kartellbefangene Geschäftsteil beim Erwerber fortbesteht. Dabei dürfte es sich um eine gesetzliche Festschreibung

der Rechtsprechung des BGH zur „Nahezu-Identität“ handeln, wonach ein Rechtsnachfolger schon bisher für Kartellverstöße des Vorgängers haftete, wenn (i) der Erwerber das übernommene Geschäft fortführte, (ii) die erworbene Gesellschaft rechtlich wegfiel und (iii) das übernommene Geschäft den wesentlichen Teil des Vermögens und der Aktivitäten der Erwerbergesellschaft ausmachte (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 10.08.2011, KRB 55/10 – „Versicherungsfusion“).

Ausfallhaftung im Übergangszeitraum

Schließlich sieht die Novelle die Einführung eines „neuartigen“ Rechtsinstruments vor – einer sogenannten „Ausfallhaftung“. Wegen des Rückwirkungsverbots des Artikels 103 Abs. 2 GG würden die mit der 9. GWB-Novelle einhergehenden Gesetzesänderungen nicht für Kartellverstöße gelten, die bei Inkrafttreten der Novelle bereits beendet sind. Allerdings soll für einen Übergangszeitraum, also „bis zur vollen Wirksamkeit der Neuregelung“, auch für bei Inkrafttreten beendete Verstöße eine umfassende Haftung möglich sein, wenn bereits vor einer Vermögensverschiebung oder Umstrukturierung ein Bußgeldverfahren wegen dieser Verstöße eingeleitet worden war und die Vermögensverschiebung oder Umstrukturierung nach Inkrafttreten der Novelle abgeschlossen wird. In diesen Fällen soll mittels eines „Haftungsbetrags“ oder einer monetären Zahlungspflicht das Bußgeld beigetrieben werden können bei (i) dem Unternehmen, also der „wirtschaftlichen Einheit“, dem die „wegstrukturierte“ Tätergesellschaft zum Zeitpunkt der Einleitung des Bußgeldverfahrens angehörte, oder

(ii) dem Rechtsnachfolger oder wirtschaftlichen Nachfolger nach den Grundsätzen des § 81 Abs. 3b und 3c GWB-E.

Rechtsgrund für die Anordnung einer derartigen Ausfallhaftung soll dann nicht die Ordnungswidrigkeit sein, sondern das „Wegstrukturieren“ der verantwortlichen Tätergesellschaft nach Einleitung eines Bußgeldverfahrens – die Ausfallhaftung greift damit unabhängig von einem ordnungswidrigkeitenrechtlichen Vorwurf. Als Hintergrund wird in der Begründung des Regierungsentwurfs die „zum Teil erhebliche Dauer umfangreicher Kartellbußgeldverfahren“ angeführt, die auch in laufenden Untersuchungen dazu führen könnte, dass die Beitreibung eines Bußgelds verhindert wird.

Fazit

Für Konzerne erhöhen sich die Haftungsrisiken und damit die Anforderungen an die Compliance durch die vorgesehenen Gesetzesänderungen ganz erheblich. Die verschuldensunabhängige Haftung von Konzernobergesellschaften für alle Tochtergesellschaften, die sie kontrolliert, kann gerade Großkonzerne mit einer Vielzahl an Untergesellschaften vor die Herausforderung stellen, die Einhaltung von Kartellrechtsvorschriften im gesamten Konzern deutlich strenger und kleinmaschiger überwachen zu müssen. Die bereits vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Praxis bestehende Diskussion, wonach eine konzernweite Compliance möglicherweise sogar als mitbegründend für die Haftung angesehen werden könnte, wenn diese als Indiz für die Ausübung eines bestimmenden Einflusses bewertet würde, wird auch ▶

in Deutschland an Bedeutung gewinnen. Die vorgesehene, sehr weitgehende Haftung für Rechtsnachfolger und wirtschaftliche Nachfolger selbst bei externen Vermögensverschiebungen bringt zudem auch ein signifikantes Risikopotential bei M&A-Transaktionen mit sich. Für Due-Diligence-Prüfungen bedeutet dies eine deutliche Mehrbelastung. Sollte die Berechnung von Geldbußen außerdem fortan stets auf einer Konzernbetrachtung beruhen, könnte dies zu Diskussionen hinsichtlich ihrer Verhältnismäßigkeit führen, insbesondere vor dem Hintergrund der nur geringen Anforderungen an die „wirtschaftliche Einheit“ in der bisherigen Unionspraxis. ◀



Kaan Gürer, LL.M.,
Rechtsanwalt/Associate, Competition/
Antitrust, Linklaters LLP, Düsseldorf

kaan.guerer@linklaters.com
www.linklaters.com

www.businesslaw-magazine.com

Current Issue:
November 24, 2016

Made in Germany

BusinessLawMagazine

Subscribe for free: www.businesslaw-magazine.com

The Business Law Magazine reports quarterly on all important questions related to German corporate, commercial, tax, labor, compliance and IP/IT law. Featuring articles written with real-world legal practice in mind, the online English-language magazine primarily targets company lawyers, managing directors, judges, prosecutors and attorneys in Germany's leading trade partners.



Published by



Strategic Partners

CLIFFORD
CHANCE

C/M/S
Law, Tax

DLA PIPER

GIBSON DUNN

pwc

WHITE & CASE

Contact: FRANKFURT BUSINESS MEDIA, Karin Gangl, Telephone: +49 (0) 69-75 91-22 17, karin.gangl@frankfurt-bm.com