

# Bußgeldverantwortlichkeit im Konzern nach der 9. GWB-Novelle

---

Studienvereinigung Kartellrecht – Arbeitssitzung der Regionalgruppe Rheinland  
am 7. November 2017

Kaan Gürer, LL.M.

## Überblick

---

- > Das neue **Haftungssystem**
  - > Konzernhaftung
  - > Rechtsnachfolgehaftung
  - > Ausfallhaftung
- > **Verfassungsrechtliche** Bedenken
- > Unterschiede zum **Unionsrecht**
- > Ausufernde Kartellverantwortlichkeit
- > Auswirkung auf **M&A-Transaktionen**
- > Folgen für die **Compliance-Praxis**

# Das neue Haftungssystem

## Die wesentlichen Neuregelungen im Überblick

---

- > § 81 Abs. 3a GWB: Einführung einer **Konzernhaftung**
- > § 81 Abs. 3b GWB: Erweiterung der bisherigen **Rechtsnachfolge**
- > § 81 Abs. 3c GWB: Erstmalige Haftung des **wirtschaftlichen Nachfolgers**
- > § 81 Abs. 4a GWB: Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse bei **Bußgeldzumessung**
- > § 81a GWB: **Ausfallhaftung**

## Konzernhaftung - § 81 Abs. 3a GWB

---

*„Hat jemand als Leitungsperson im Sinne des § 30 Absatz 1 Nummer 1 bis 5 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten eine Ordnungswidrigkeit nach den Absätzen 1 bis 3 begangen, durch die Pflichten, welche das Unternehmen treffen, verletzt worden sind oder das Unternehmen bereichert worden ist oder werden sollte, so kann auch gegen weitere juristische Personen oder Personenvereinigungen, die das Unternehmen zum Zeitpunkt der Begehung der Ordnungswidrigkeit gebildet haben und die auf die juristische Person oder Personenvereinigung, deren Leitungsperson die Ordnungswidrigkeit begangen hat, unmittelbar oder mittelbar einen bestimmenden Einfluss ausgeübt haben, eine Geldbuße festgesetzt werden.“*

## Konzernhaftung

---

- > Erweiterung der Verbandshaftung des § 30 OWiG auf die **Konzernmutter**
  - > Schuldhaftes Handeln einer natürlichen Person, die Leitungsperson sein muss
  - > Unternehmensbegriff → wirtschaftliche Einheit (aber: **nur juristische Personen**)
  - > Haftungsgrund = „**bestimmender Einfluss**“
  - > Im Ergebnis: **verschuldensunabhängige Haftung** der Konzernmutter
- > Keine Übernahme der Akzo-Vermutung
  - > Freie **tatrichterliche Überzeugung** unter Heranziehung von Erfahrungssätzen
  - > BGH in *Grauzement*: wirtschaftliche Einheit bei 100%iger bzw. 89%iger Beteiligung

## Rechtsnachfolgehaftung - § 81 Abs. 3b GWB

---

*„Im Falle einer Gesamtrechtsnachfolge oder einer partiellen Gesamtrechtsnachfolge durch Aufspaltung (§ 123 Absatz 1 des Umwandlungsgesetzes) kann die Geldbuße nach Absatz 3a auch gegen den oder die Rechtsnachfolger festgesetzt werden. Im Bußgeldverfahren tritt der Rechtsnachfolger oder treten die Rechtsnachfolger in die Verfahrensstellung ein, in der sich der Rechtsvorgänger zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Rechtsnachfolge befunden hat. § 30 Absatz 2a Satz 2 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten findet insoweit keine Anwendung. Satz 3 gilt auch für die Rechtsnachfolge nach § 30 Absatz 2a Satz 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten, soweit eine Ordnungswidrigkeit nach § 81 Absatz 1 bis 3 zugrunde liegt.“*

## Rechtsnachfolgehaftung

---

- > Erweiterung der Haftung des **Gesamtrechtsnachfolgers**
  - > Erste Verschärfung durch 8. GWB-Novelle durch § 30 Abs. 2a OWiG
  - > 9. GWB-Novelle erstreckt bisherige Regelung auf die neue Konzernhaftung
- > **Aufhebung der Haftungsbegrenzung** des § 30 Abs. 2a S. 2 OWiG
  - > Früher: Begrenzung der Haftung auf „den Wert“ des untergegangenen Rechtsträgers
  - > Jetzt: Gesamtrechtsnachfolger haftet der Höhe nach praktisch unbegrenzt

## Haftung des wirtschaftlichen Nachfolgers - § 81 Abs. 3c GWB

---

*„Die Geldbuße nach § 30 Absatz 1 und 2 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten sowie nach Absatz 3a kann **auch gegen die juristischen Personen** oder Personenvereinigungen festgesetzt werden, **die das Unternehmen in wirtschaftlicher Kontinuität fortführen** (wirtschaftliche Nachfolge). Für das Verfahren gilt Absatz 3b Satz 2 entsprechend.“*

## Haftung des wirtschaftlichen Nachfolgers

---

- > Ziel: Schließen der sog. „**Wurstlücke**“ (→ Wurden alle Schlupflöcher gestopft?)
- > Einführung einer Haftung bei Fortführung in **wirtschaftlicher Kontinuität**
- > Vermögensübertragungen im Rahmen der Einzelrechtsnachfolge (**Asset Deals**)
- > Haftung bei rechtlichem oder **rein wirtschaftlichem Fortfall** der Tätergesellschaft
- > Regierungsbegründung: sowohl bei konzerninternen als auch bei **konzernexternen** Vermögensübertragungen
  - > Möglichkeit des unerkannten Kaufs von „**tainted assets**“?
  - > Erhebliches Haftungsrisiko bei M&A-Transaktionen

## Ausfallhaftung - § 81a GWB

---

„Erlischt die nach § 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten verantwortliche juristische Person oder Personenvereinigung **nach der Bekanntgabe der Einleitung des Bußgeldverfahrens** oder wird Vermögen verschoben mit der Folge, dass ihr oder ihrem Rechtsnachfolger gegenüber eine nach § 81 Absatz 4 und 5 in Bezug auf das Unternehmen angemessene Geldbuße nicht festgesetzt oder voraussichtlich nicht vollstreckt werden kann, so kann gegen juristische Personen oder Personenvereinigungen, die **zum Zeitpunkt der Bekanntgabe der Einleitung des Bußgeldverfahrens das Unternehmen gebildet** und auf die verantwortliche juristische Person oder Personenvereinigung oder ihren Rechtsnachfolger unmittelbar oder mittelbar einen bestimmenden Einfluss ausgeübt haben oder die nach der Bekanntgabe der Einleitung des Bußgeldverfahrens Rechtsnachfolger im Sinne des § 81 Absatz 3b oder wirtschaftlicher Nachfolger im Sinne des § 81 Absatz 3c werden, ein **Haftungsbetrag** in Höhe der nach § 81 Absatz 4 und 5 in Bezug auf das Unternehmen angemessenen Geldbuße festgesetzt werden.“

## Ausfallhaftung

---

- > Problem: § 81 Abs. 3a bis c wegen des Rückwirkungsverbots gem. Art. 103 Abs. 2 GG nicht auf Tathandlungen anwendbar, die bei Inkrafttreten der Neuregelungen schon beendet waren
- > (Vermeintliche) Lösung: Einführung des **neuartigen Rechtsinstruments** der „Ausfallhaftung“
- > Haftungsvoraussetzungen:
  - > Bekanntgabe der Einleitung eines Bußgeldverfahrens
  - > Einleitung Umstrukturierungsmaßnahme → Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle vor Abschluss
  - > Vermögensverschiebung/Erlöschen der Tätergesellschaft → Geldbuße nicht vollstreckbar
  - > Dann: **Festsetzung eines Haftungsbetrags** gg. Konzernmutter bzw. (Rechts-)Nachfolger
  - > **Haftungsgrund**: nicht Kartellverstoß, sondern **Umstrukturierungsmaßnahme**

## Bußgeldzumessung - § 81 Abs. 4a GWB

---

*„Bei der Zumessung der Geldbuße sind die **wirtschaftlichen Verhältnisse** des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung maßgeblich. Haben sich diese **während oder nach der Tat infolge des Erwerbs durch einen Dritten verändert**, so ist eine **geringere Höhe** der gegenüber dem Unternehmen oder der Unternehmensvereinigung zuvor angemessenen Geldbuße zu berücksichtigen.“*

## Bußgeldhöhe

---

- > Allgemeine **Bußgeldobergrenze: 10 %** des im der Bußgeldentscheidung vorausgegangenen Geschäftsjahrs erzielten weltweiten Gesamtumsatzes der wirtschaftlichen Einheit
- > Bei **externen Erwerbsvorgängen**: Haftungsbegrenzung im Rahmen der Bußgeldzumessung
  - > Bußgeldmindernde Berücksichtigung bei Verkauf an Unternehmen mit geringerem Umsatz
  - > Keine grundsätzliche Begünstigung des kartellunbeteiligten Erwerbers
- > **Unklarer Wortlaut**:
  - > Erwerb durch vollständig unbeteiligten Dritten nach Beendigung der Tathandlung mit höheren Umsätzen als wirtschaftliche Einheit der Tätergesellschaft bei Tatbegehung?
  - > Tatbegehung von verschiedenen wirtschaftlichen Einheiten heraus?
  - > Veräußerung von reinen *tainted assets*?

# Verfassungsrechtliche Bedenken

## Systemfremdes Haftungskonzept

---

- > Systematik des OWiG erfordert zwingend einen **Anknüpfungstäter**
  - > Kein Unternehmensstrafrecht in Deutschland („*No body to kick, no soul to damn.*“)
  - > OWiG-Recht: „*wohlerzogene kleine Schwester des Strafrechts*“
  - > Schuldhaftes Handeln einer natürlichen Person → Zurechnung zur juristischen Person
  - > Grenzen der **Zurechnung und Verantwortlichkeit**?
- > Verhaltens- und v.a. verschuldensunabhängige Haftung unvereinbar mit **Schuldprinzip** (*nulla poena sine culpa*)
- > Wirtschaftliche Kontinuität: **Haftung** des Erwerbers **trotz Fortbestehens der Tätergesellschaft**

## In dubio pro EU?

---

- > Im OWiG-Recht gelten Fundamentalgarantien des Art. 103 Abs. 2 GG
- > Geldbußen aufgrund von Vermutungen widersprechen dem *in dubio pro reo*-Grundsatz
- > Regierungsentwurf: Akzo-Vermutung ist im deutschen Recht nicht anwendbar
  - > Stattdessen: freie *tatrichterliche Überzeugung* auf Grundlage von Erfahrungssätzen
  - > Ausdrücklicher Verweis auf *Grauzement*-Rspr. des BGH
  - > *Faktische Anwendung* von Vermutungsregeln?

## Man muss nur ganz fest daran glauben!

---

- > § 3 OWiG: „*Eine Handlung kann als Ordnungswidrigkeit nur geahndet werden, wenn die Möglichkeit der Ahndung gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde.*“
- > Ausfallhaftung verstößt gegen das **Rückwirkungsverbot** des Art. 103 Abs. 2 GG
  - > **Echte Rückwirkung** = Rechtsfolgen eines neuen Gesetzes gelten für einen vor Inkrafttreten des neuen Gesetzes beendeten Tatbestand
  - > **Ausfallhaftung** = Festsetzung einer Geldbuße für eine vor Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle beendete Kartelltat im Rahmen der neu eingeführten Konzern-/Nachfolgehaftung

## Unterschiede zum Unionsrecht

## Harmonisierung mit dem Unionsrecht?

Europäisches Recht	Deutsches Recht nach der 9. GWB-Novelle
<ul style="list-style-type: none"> <li>Keine persönlichen Geldbußen</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Möglichkeit <b>persönlicher Geldbußen</b> gegen verantwortliche Leitungsperson</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>Kein Anknüpfungstäter erforderlich</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Verstoß durch <b>Leitungsorgan</b> der Tätergesellschaft</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>Verschuldensunabhängige Konzernhaftung (Unternehmen = <b>jur. + nat. Personen</b>)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Verschuldensunabhängige Konzernhaftung (Unternehmen = <b>nur jur. Personen</b>)</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li><b>Bestimmender Einfluss</b> = Haftungsverbund auch mit <b>Schwestergesellschaften</b></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>unmittelbarer/mittelbarer Einfluss auf <b>Tätergesellschaft</b> = Haftungsverbund <b>nur mit Konzernmutter?</b></li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li><b>Akzo-Vermutung</b> bei (nahezu) 100 % der Anteile</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Volle <b>tatrichterliche Überzeugung</b> (BGH-Rspr.)</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>Wirtschaftliche Nachfolge: Merkmal der <b>strukturellen Verbindung</b></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Wirtschaftliche Nachfolge auch bei <b>konzernexternen Übertragungen</b></li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>Bußgeldhöhe bei Erwerbsvorgängen angepasst (keine Berücksichtigung <b>unbeteiligter Dritter</b>)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li><b>Bußgeldhöhe bei Erwerbsvorgängen</b> unklar (ggf. Berücksichtigung bei Bußgeldzumessung)</li> </ul>

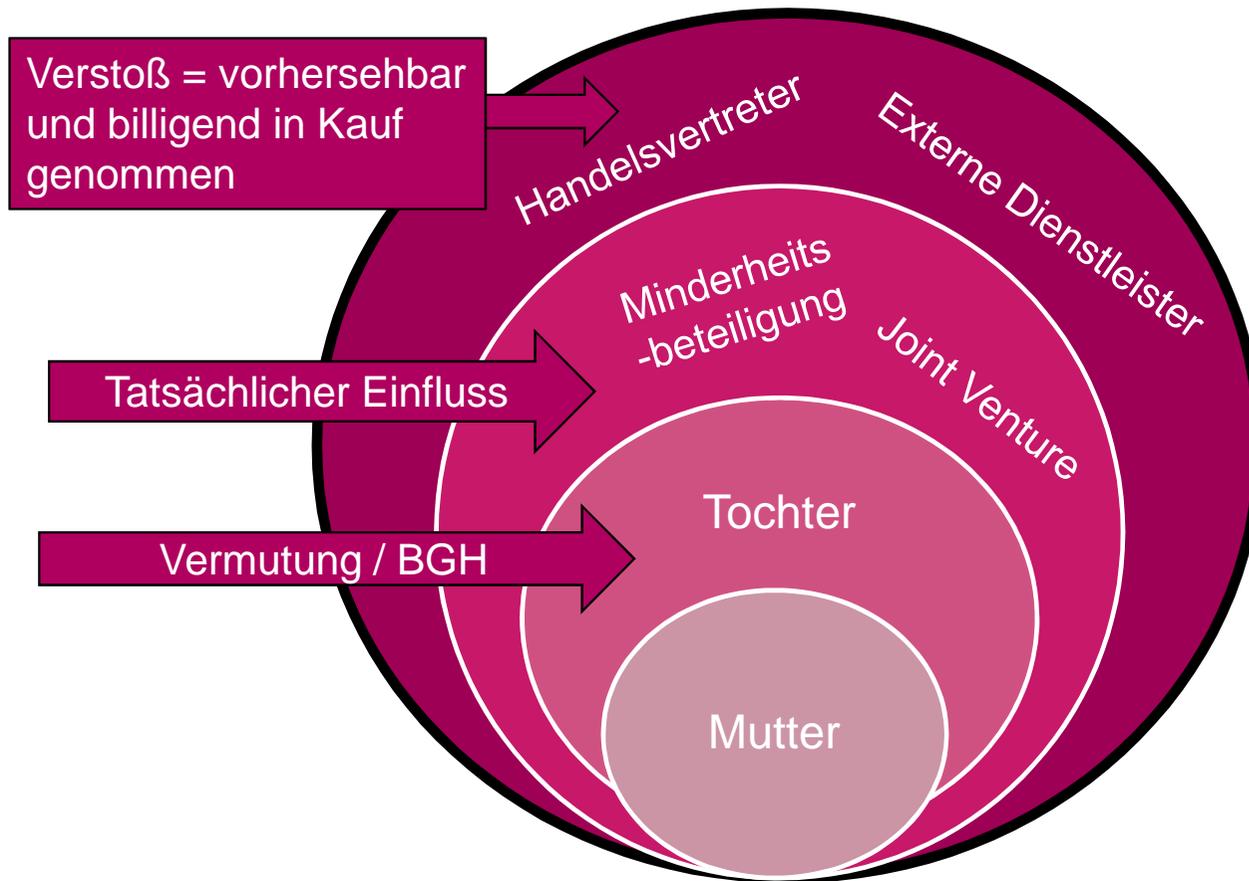
## ECN+ Richtlinie – Nach der Novelle ist vor der Novelle?

---

- > Art. 12 RL fordert eine **Harmonisierung der Sanktionsmechanismen**
- > Art. 12 Abs. 3 RL: *„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass für die Zwecke der Verhängung von Geldbußen gegen Muttergesellschaften sowie rechtliche und wirtschaftliche Nachfolger von Unternehmen der Begriff des Unternehmens angewandt wird.“*
- > Art. 2 Nr. 8 RL: *„‘Unternehmen‘ im Sinne der Artikel 101 und 102 AEUV gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“*
- > Durch 9. GWB-Novelle trotz verbliebener Unterschiede erfüllt?
- > Vollständige Harmonisierung mit bestehendem Sanktionssystem im deutschen Recht erreichbar?
- > Handelt es sich beim OWiG-Verfahren um ein „**Verwaltungsverfahren**“ oder ein „**nichtstrafrechtliches Gerichtsverfahren**“ i.S.d. RL?

# Ausufernde Kartellverantwortlichkeit

# Wo hört das Unternehmen auf?



## Ausfernde Haftungserweiterungen durch die Unionsrechtsprechung

---

- > Haftung bei **Minderheitsbeteiligung** am GU (**EuGH, 18.1.2017, C-623/15P – Toshiba**):
  - > GU mit Minderheitsbeteiligung von Toshiba (35,5 %)
  - > Besitz von Vetorechten reicht für Vermutung, dass die Mutter tatsächlich einen bestimmenden Einfluss auf das GU ausgeübt hat
- > Haftung für **Handelsvertreter** (**EuG, 15.7.2015, T-418/10 – voestalpine**):
  - > Handelsvertreter als verlängerter Arm (wirtschaftliche Einheit)
  - > Mehrere Auftraggeber irrelevant
- > Haftung für **(unabhängige) Dritte**
  - > **EuGH, 21.7.2016, C-542/14 – VM Remonts**: Haftung für Dienstleister bereits dann, wenn Kartellrechtsverstoß für Unternehmen vorhersehbar war und Unternehmen Risiko billigend in Kauf genommen hat
  - > **EuGH, 22.10.2015, C-194/14P – AC Treuhand**: „Komplizenschaft“ von AC Treuhand wegen (i) Organisation von Treffen der Kartellmitglieder und (ii) „aktiver“ Beteiligung, z.B. Erfassen von Liefermengen, Moderation

# Auswirkung auf M&A-Transaktionen

## Unkontrollierbare Haftungsrisiken

---

- > Nachfolgetatbestände nicht beschränkt auf konzerninterne Umstrukturierungen
  - > **Verschmelzungen** aus dem Konzern heraus
  - > Erwerb von *tainted assets*
- > Erhebliches Risiko bei **Due Diligence**-Prüfungen
- > **Keine Haftungsbeschränkung** bei Gesamtrechtsnachfolge
- > Erwerbsvorgänge: sehr unklare Regelung des § 81 Abs. 4a GWB
- > Bei **konzernexternen Umstrukturierungen** schärfere Haftung als im Unionsrecht?

# Folgen für die Compliance-Praxis

## Mehrbelastung für Compliance-Abteilungen

---

- > **Konzernweite** Compliance-Maßnahmen
  - > Zentrale Steuerung, Monitoring, Reporting
  - > Berücksichtigung regionaler Besonderheiten
- > Klares **Bekenntnis** und Vorbildfunktion der **Unternehmensleitung**
- > „**Geschäftspartner**“-Compliance
  - > Due Diligence der Vertragspartner vor Aufnahme der Beziehungen
  - > Absicherung durch Vertragsklauseln
  - > Ausweitung von Schulungen und Richtlinien
  - > Vorbild Korruptionsprävention

## Compliance: Fluch oder Segen?

---

- > **Haftungsbegründung** aufgrund der Einführung eines konzernweiten Compliance-Programms?
- > **Abmilderung der Haftungsverschärfung** durch bußgeldmindernde Berücksichtigung?
- > Ernsthafte Compliance-Bemühungen der Muttergesellschaft als **Exkulpationstatbestand**
- > Bedeutung von Compliance bei der Bußgeldbemessung steigt:
  - > **BGH** weist im Urteil vom 9.5.2017 **im Bereich des Steuerstrafrechts** daraufhin, dass bei der Bemessung der Geldbuße auch ein „*effizientes Compliance-Management*“ eine Rolle spielt
  - > **Bundeskartellamt** bewertet in der **LEGO-Entscheidung** vom 21.1.2016 Compliance als zumessungsrelevantes Nachtatverhalten
  - > Das mit Gesetz vom 29.7.2017 eingeführte **Wettbewerbsregister** enthält Regelungen zur Selbstreinigung, zu deren Voraussetzungen wirksame Compliance gehört

Fragen?

---



## Linklaters LLP

---

Kaan Gürer, LL.M.

[kaan.guerer@linklaters.com](mailto:kaan.guerer@linklaters.com)

Königsallee 49-51

40212 Düsseldorf

Tel: (+49) 211 22977-309

Fax: (+49) 211 22977-89309