

Strafrechtliche Sanktionen bei Kartellverstößen

Sondergutachten 72

Sondergutachten der Monopolkommission
gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB

2015

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	1
Kurzfassung	2
Kapitel 1	
Neuere Entwicklungen	3
Kapitel 2	
Systematik des deutschen Kartellbußgeldrechts	5
Kapitel 3	
Systematik des europäischen Kartellbußgeldrechts	9
3.1 Wirtschaftliche Einheit als allgemeiner Maßstab	9
3.2 Wirtschaftliche Identität bei Rechtsnachfolge als Maßstab	13
3.3 Verteidigungsrechte im Bußgeldverfahren	16
3.4 Keine Verletzung fundamentaler Rechtsgrundsätze	17
Kapitel 4	
Bisherige Nichterfüllung der Anforderungen des EU-Rechts	33
Kapitel 5	
Geplante Rechtsänderungen und Empfehlungen der Monopolkommission	38
5.1 Haftungsverschärfung durch Angleichung an das europäische Recht	38
5.2 Problem: Weiterhin keine ausreichende Kartellprävention	41
5.3 Empfehlung: Ergänzende Kriminalisierung schwerer Kartellverstöße	46

Tabellenverzeichnis

Tabelle 5.1: Bußgeldentscheidung in Deutschland	42
Tabelle 5.2: Bußgeldentscheidungen der Europäischen Kommission	43

Vorwort

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie bereitet zurzeit federführend einen Referentenentwurf für eine Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vor. Diese Gesetzesnovelle dient der Umsetzung mehrerer europäischer Richtlinien in das deutsche Recht. Das Bundesministerium plant ferner eine Anpassung der bußgeldrechtlichen Vorschriften in § 81 GWB an das europäische Recht.

Die 86. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister hat am 17./18. Juni 2015 einen Beschluss gefasst, wonach geprüft werden solle, ob besonders wettbewerbsschädliche Kartellabsprachen (sogenannte *Hardcore*-Kartelle) zukünftig in bestimmtem Umfang auch durch Straftatbestände erfasst werden sollten und ob es einer spezifisch kartellrechtlichen Kronzeugenregelung im Strafrecht bedarf.

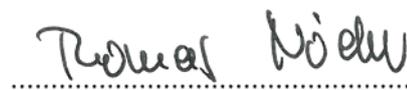
Zu einer Reihe der im Rahmen der geplanten GWB-Novelle relevanten Themen hat die Monopolkommission bereits in ihrem XX. Hauptgutachten Stellung genommen. Sie hat sich jedoch entschlossen, zu der geplanten Änderung von § 81 GWB ein eigenes Sondergutachten zu erstatten, da diese Änderung aus ihrer Sicht an eine Grundsatzfrage der Wettbewerbspolitik rührt. Es geht darum, ob eine Erweiterung der bußgeldrechtlichen Haftung von Unternehmen für Kartellverstöße voraussichtlich zur – wettbewerbsspolitisch gebotenen – Verringerung der Zahl von Kartellverstößen führen wird oder ob hierfür nicht vielmehr die Kriminalisierung von Kartellen erforderlich ist; wie dies bereits im XX. Hauptgutachten der Monopolkommission nahegelegt worden ist.

Die Monopolkommission bedankt sich bei ihrem wissenschaftlichen Mitarbeiter Herrn Dr. Thomas Weck, der die vorliegende Stellungnahme federführend betreut hat. Sie behält sich vor, sich zu weiteren Fragen des aktuellen Gesetzgebungsverfahrens an anderer Stelle zu äußern.

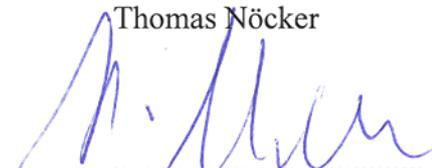
Bonn, den 27. Oktober 2015


Daniel Zimmer


Dagmar Kollmann


Thomas Nöcker


Achim Wambach


Angelika Westerwelle

Kurzfassung

K1. Das deutsche Recht unterscheidet bei Kartellordnungswidrigkeiten (z. B. nach § 1 GWB) zwischen der Zuwiderhandlung (Tatbestand) und der Haftung (Rechtsfolge). Der persönliche Haftungsumfang – d. h., welche Unternehmensteile für die Kartellzuwiderhandlung in Anspruch genommen werden können – ist im Ordnungswidrigkeitengesetz geregelt. Danach ist die Haftung einzelnen Rechtsträgern zugewiesen (z. B. Konzerngesellschaften).

K2. Das europäische Kartellrecht geht dagegen von der persönlichen Verantwortlichkeit des Unternehmens als wirtschaftlicher Einheit aus (z. B. im Rahmen von Art. 101 AEUV). Eine Unterscheidung zwischen Zuwiderhandlung und Haftung findet insofern nicht statt. Deshalb ist auch die Haftung dem – gesamten – Unternehmen zugewiesen; einzelne Rechtsträger sind nur als formelle Entscheidungsadressaten relevant.

K3. Die Vorgaben zur Haftung nach dem europäischen Recht werden im deutschen Kartellbußgeld- und Ordnungswidrigkeitenrecht unvollständig umgesetzt. Das gilt trotz § 81 Abs. 4 GWB, nach dem einzelnen Rechtsträgern eine Geldbuße auferlegt werden kann, die sich nach dem Gesamtumsatz des Unternehmens als wirtschaftlicher Einheit bemisst. Denn die Inanspruchnahme einzelner Unternehmensteile bleibt lediglich unter Beachtung der restriktiven Voraussetzungen von §§ 30, 130, 14 OWiG möglich. Abgesehen von den zuvor angesprochenen rechtlichen Defiziten erscheint deshalb die Annahme vertretbar, dass in der kartellbehördlichen Praxis auch Durchsetzungsdefizite bestehen.

K4. Die geplante Angleichung von § 81 GWB an die Vorgaben des europäischen Rechts wird die bestehenden Regelungslücken beseitigen, voraussichtlich aber auch zu einer Verschärfung der kartellrechtlichen Haftung führen. Soweit dies in der Praxis eine weitere effektive Steigerung der gegenüber Unternehmen verhängten Geldbußen bedeutet, hält die Monopolkommission es für möglich, dass zusätzliche Behördenressourcen gebunden werden, ohne dass mit den Bußen eine hinreichend zielgenaue Sanktionswirkung einhergeht. Sie regt deshalb an, ergänzend zu der nötigen Angleichung ans EU-Recht, die zur Haftungsverschärfung für Unternehmen führt, auch eine Neueinführung von Kriminalsanktionen zur Verschärfung der persönlichen Haftung zu prüfen. Hierzu macht sie konkrete Vorschläge.

Kapitel 1

Neuere Entwicklungen

1. Im Sommer 2014 ahndete das Bundeskartellamt Verstöße gegen deutsches und europäisches Kartellrecht im sogenannten Wurstkartell. Das Bundeskartellamt setzte wegen illegaler Preisabsprachen Geldbußen in Höhe von insgesamt rund EUR 338 Mio. gegen 21 Wursthersteller sowie gegen 33 verantwortlich handelnde Personen fest.¹ Rechtsmittel gegen die Entscheidung sind anhängig. Nach Pressemeldungen versuchte sich ein Unternehmen darüber hinaus der Bußgeldhaftung zu entziehen, indem es die kartellbefangenen Gesellschaften aus dem Handelsregister löschen ließ.² Die Löschung solcher Gesellschaften aus dem Handelsregister kann in bestimmten Fällen dazu führen, dass eine nach deutschem Bußgeldrecht festgesetzte Geldbuße gegenüber einem Unternehmen nicht mehr eingetrieben werden kann.

2. Der Präsident des Bundeskartellamtes rief die Politik auf, bestehende Regelungslücken unbedingt zu schließen.³ Der Gesetzgeber hatte zwar in der 8. GWB-Novelle eine Regelung in das Ordnungswidrigkeitengesetz aufgenommen, wonach eine Geldbuße im Falle einer Gesamtrechtsnachfolge oder einer partiellen Gesamtrechtsnachfolge durch Aufspaltung gegen den oder die Rechtsnachfolger festgesetzt werden kann (§ 30 Abs. 2a OWiG). Diese Regelung erfasst allerdings nur bestimmte Formen der Rechtsnachfolge und nicht die im Wurstkartell gewählte Lösung. Das Bundeskartellamt hat inzwischen vorgeschlagen, das deutsche Kartellbußgeldrecht in Anlehnung an das europäische Recht zu überarbeiten.⁴ Das Bundeswirtschaftsministerium plant, noch im Verlauf dieses Jahres einen Entwurf für eine Regelung zur Angleichung von § 81 GWB an das europäische Recht vorzulegen. Dieses Vorhaben wird nach Presseberichten bereits jetzt von Verbandsseite kritisiert.⁵

3. Die beschriebene Problematik ist von grundlegender Bedeutung. Das Bundeskartellamt hat nach eigenem Bekunden auch in anderen Verfahren verhängte Geldbußen in Millionenhöhe nicht durchsetzen können.⁶ Die betreffenden Fälle zeigen, dass es faktisch zu einer Enthftung eines kartellbeteiligten Konzerns kommen kann, wenn eine an der Zuwiderhandlung unmittelbar beteiligte Tochtergesellschaft durch Umstrukturierung wegfällt. Dies gilt ungeachtet der Tatsache, dass Zuwiderhandelnder gegen die Kartellverbote in Art. 101 AEUV und § 1 GWB der gesamte Konzern und nicht nur eine einzelne Gesellschaft ist. Die Monopolkommission hatte bereits im XX. Hauptgutachten festgestellt, dass klarzustellen sei, dass das deutsche Recht einer Haftungszurechnung nach Art. 101 AEUV nicht entgegenstehe.⁷

4. Die Problematik einer Haftungsumgehung stellt sich bisher nur in Kartellfällen. Ähnliche Probleme können sich grundsätzlich aber auch bei anderen Wettbewerbsverstößen von Unternehmen – insbesondere bei sogenannten vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen und in Missbrauchsfällen – stellen, da die relevanten Vorschriften für die bußgeldrechtliche Haftung dieselben sind.

5. Abgesehen von den angesprochenen Regelungsdefiziten gibt es Anhaltspunkte dafür, dass in Deutschland auch Defizite in der Durchsetzung des europäischen Kartellrechts bestehen. Diese Defizite sind freilich ihrerseits auf Regelungsdefizite in der Ausgestaltung des deutschen Ordnungswidrigkeitenrechts zurückzuführen. Die gesetzlichen Regelungen gestatten es den Kartellbehörden nicht ohne Weiteres, Zuwiderhandlungen allen Teilen eines Unternehmens zuzurechnen. Insbesondere ist es nicht möglich, Kartellverstöße auch solchen Unternehmensgesellschaften zuzurechnen, die keine Aufsichtsfunktion ausüben und ohne aktive Beteiligung am Kartell von den dort getroffenen Absprachen profitieren. Außerdem können sich Unternehmen auch durch interne Vermögensverschiebungen der Haftung entziehen. Die

¹ Bundeskartellamt, Pressemeldung vom 15. Juli 2014.

² Bündler/Grossarth, Wurstfabrikant Tönnies führt das Kartellamt vor, FAZ vom 3. Februar 2015.

³ Brück/Schumacher, Fleischkonzern umgeht Kartellstrafe, Wirtschaftswoche vom 31. Januar 2015.

⁴ o. A., Behörde fordert EU-Kartellrecht, dpa/Handelsblatt vom 22. Juni 2015.

⁵ Schumacher/Goebel, Sigmar Gabriel will Gesetz gegen flüchtige Kartellsünder, Wirtschaftswoche online vom 30. Juli 2015.

⁶ o. A., Behörde fordert EU-Kartellrecht, dpa/Handelsblatt vom 22. Juni 2015.

⁷ Monopolkommission, XX. Hauptgutachten 2012/2013, Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, Baden-Baden 2014, Tz. 951.

genannten Defizite beeinträchtigen die präventive Funktion der Kartellverbote und sind wettbewerbspolitisch daher problematisch.

6. Die Koalition von CDU/CSU und SPD hat in ihrem Koalitionsvertrag im November 2013 vereinbart, „weitere Schritte zur Straffung des behördlichen und gerichtlichen Verfahrens bei Kartellverstößen [zu] prüfen“ und sich „für eine Stärkung der Kartellrechtsdurchsetzung“ einzusetzen.⁸ Die Fraktion von Bündnis 90/Die Grünen hat im Mai 2015 einen Gesetzgebungsantrag gestellt, um Bußgeldumgehungen bei Kartellbußen zu verhindern und die bestehenden Gesetzeslücken zu schließen.⁹ Abgeordnete der Fraktion Die Linke hatten bereits im Rahmen der 8. GWB-Novelle bezweifelt, dass die deutschen Regelungen zur Kartellrechtsdurchsetzung eine hinreichende Abschreckungswirkung entfalten.¹⁰ Es besteht also offenbar ein parteiübergreifender Konsens, dass die Kartellrechtsdurchsetzung auf Basis des deutschen Ordnungswidrigkeitenrechts reformbedürftig ist.

7. Die Monopolkommission sieht deshalb Anlass, die Problematik der kartellrechtlichen Bußgeldhaftung in diesem Gutachten erneut aufzugreifen. Anders als das Bundeskartellamt legt die Monopolkommission ihr Augenmerk insofern nicht auf die im Einzelfall bestehenden praktischen Schwierigkeiten der Kartellrechtsdurchsetzung, sondern nimmt eine umfassende rechtliche Untersuchung ausgehend vom bestehenden Regelungsrahmen vor. Die kartellbehördliche Praxis ist dabei für sie allerdings insofern relevant, als sich aus dem Regelungsrahmen wie gesagt auch praktische Durchsetzungsdefizite ergeben können.

8. Aus Sicht der Monopolkommission bestehen zu schließende Regelungslücken, soweit das deutsche Recht:

- erstens entgegen Art. 3 VO 1/2003 keine in jeder Hinsicht effektive und diskriminierungsfreie Durchsetzung von Art. 101 AEUV gewährleistet und
- zweitens infolgedessen, entgegen Art. 5 VO 1/2003, keine subjektiven Haftungsvoraussetzungen vorgibt, die mindestens genauso streng sind wie die im europäischen Verfahrensrecht (vgl. Art. 23 VO 1/2003).

Aus den genannten Vorschriften sowie dem Grundsatz der Unionstreue (Art. 4 Abs. 3 EUV) folgt eine Pflicht für den deutschen Gesetzgeber, eine umfassende Durchsetzung des europäischen Kartellverbots durch die nationalen Behörden und Gerichte sicherzustellen.¹¹

9. Zur Begründung dieser Einschätzung der Monopolkommission werden nachfolgend die Systematik des deutschen Kartellbußgeldrechts (Kapitel 2) und die Systematik des EU-Rechts (Kapitel 3) dargestellt. Anschließend wird herausgearbeitet, inwieweit der Regelungsrahmen des deutschen Rechts im Vergleich hinter den Anforderungen des EU-Rechts zurückbleibt und inwieweit dies einer effektiven und diskriminierungsfreien Durchsetzung des EU-Rechts entgegensteht (Kapitel 4). Zuletzt macht die Monopolkommission Empfehlungen zur Schließung der von ihr identifizierten Regelungslücken (Kapitel 5).

⁸ CDU, CSU und SPD, Koalitionsvertrag, 18. Legislaturperiode, veröffentlicht am 27. November 2013, S. 13.

⁹ Bündnis 90/Die Grünen, Antrag vom 6. Mai 2015, BT-Drs. 18/4817.

¹⁰ Abgeordnete Lötzer, Rede im Deutschen Bundestag, 185. Sitzung am 15. Juni 2012, Stenographischer Bericht, Plenarprotokoll 17/185, S. 22202; vgl. auch Abgeordnete Lay, ebenda, S. 22209 (insb. zu Verbrauchernachteilen).

¹¹ Vgl. EuGH, Urteil vom 18. Juni 2013, C-681/11 – Schenker, ECLI:EU:C:2013:404; Rz. 36; BGH, Urteil vom 16. Dezember 2014, KRB 47/13 – Silostellgebühren II, Rz. 33 zu Art. 5 VO 1/2003. Siehe auch Kahl in: Callies/Ruffert, EUV, AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 4 EUV, Rz. 34 ff. zum Grundsatz der Unionstreue.

Kapitel 2

Systematik des deutschen Kartellbußgeldrechts

10. Die Bildung von Kartellen ist ein ökonomischer Sachverhalt. Die Erfassung dieses Sachverhalts durch das deutsche Ordnungswidrigkeitenrecht bereitet Probleme. Kartelle werden durch Unternehmen gebildet, die als wirtschaftliche Einheiten am Markt agieren. Eine solche „wirtschaftliche Einheit“ kann aus mehreren juristischen Personen bestehen, also z. B. aus Mutter-, Tochter- und Schwestergesellschaften. Die Ahndung von Kartellen durch das Ordnungswidrigkeitenrecht soll dem Umstand Rechnung tragen, dass Kartelle ihren Mitgliedern die Erzielung von Gewinnen zum Nachteil anderer Marktteilnehmer ermöglichen können.

11. Das Bundeskartellamt ahndet Kartelle durch die Festsetzung von Bußgeldern (§ 2 OWiG i. V. m. § 81 GWB). Danach haftet allerdings nicht die wirtschaftliche Einheit, die den Kartellverstoß begangen hat (vgl. §§ 1, 22 Abs. 1 GWB, Art. 101 AEUV). Diese ist lediglich hinsichtlich des Haftungsumfangs maßgeblich (§ 81 Abs. 4 GWB). Statt dessen haften die juristische Person oder Personenvereinigung, für die ein Leitungsverantwortlicher (§ 30 OWiG) oder sonstiger Mitarbeiter (§ 14 OWiG) in zurechenbar Weise gehandelt hat (dazu auch §§ 9, 130 OWiG). Dies gilt für juristische Personen sowohl als Täter wie auch als Teilnehmer eines Kartellverstoßes (vgl. erneut § 14 OWiG).¹²

12. Aus der geschilderten Systematik des deutschen Bußgeldrechts folgt, dass nach deutschem Recht zwischen dem Verstoß als Haftungsgrund (z. B. Art. 101 AEUV, § 1 GWB) auf der Tatbestandsseite und der Bestimmung des Haftungsumfangs (z. B. § 81 GWB) und des Haftungsadressaten (z. B. § 30 OWiG) auf der Rechtsfolgenreihe zu trennen ist.¹³

13. Das deutsche Ordnungswidrigkeitengesetz gilt nicht nur bei Kartellordnungswidrigkeiten, sondern setzt einen allgemeinen Rahmen für alle Arten von Ordnungswidrigkeiten (auch z. B. Verkehrsordnungswidrigkeiten, umweltrechtliche Verstöße).

14. Dennoch ist das deutsche Recht für Kartellfälle an das EU-Recht angeglichen. Dies ist zumindest hinsichtlich der Frage der Fall, anhand welcher Maßstäbe – und damit auch: auf Basis welcher Umsätze – eine Kartellgeldbuße zu bemessen ist (sachlicher Haftungsumfang). Danach gilt, dass bei der Bußgeldbemessung gegenüber einem aus mehreren Teilen bestehenden Unternehmen oder einer Unternehmensvereinigung die Umsätze des gesamten Unternehmens bzw. der Unternehmensvereinigung (wirtschaftliche Einheit) einbezogen werden können (§ 81 Abs. 4 GWB; siehe schon Tz. 11).

15. Daneben enthält das Recht aber auch Vorschriften dazu, welche Unternehmensteile haften (persönlicher Haftungsumfang). Diese Frage zerfällt indessen in zwei Teilfragen, nämlich die Frage, wer als Haftungsadressat in Anspruch genommen werden kann (materieller Haftungsadressat) und der Frage, an wen die Bußgeldentscheidung zu richten ist, um die Durchsetzung der Haftung verfahrensmäßig sicherzustellen (formeller Haftungsadressat). Das deutsche Recht stellt insofern einheitlich auf die Rechtsträger ab, aus denen die betreffende wirtschaftliche Einheit besteht (sogenanntes Rechtsträgerprinzip; vgl. §§ 9, 30 OWiG).¹⁴

16. Probleme bereiten seit jeher Fälle der Rechtsnachfolge, da hier der Haftungsadressat entfällt. Eine Änderung der Firma oder der Wechsel der Rechtsform sind auf die Verantwortlichkeit nach § 30 OWiG ohne Einfluss, weil sie die Iden-

¹² Kartellverstoß in diesem Sinne kann allerdings auch eine bloße Aufsichtspflichtverletzung (z. B. bei einer Konzernmuttergesellschaft) sein; vgl. Gürtler in: Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, 16. Aufl., München 2012, § 30 Rz. 17; zur Haftung natürlicher bzw. juristischer Personen als Teilnehmer nach § 14 OWiG siehe Gürtler in: ebenda, § 14 Rz. 1, 10a und Achenbach in: Frankfurter Kommentar Kartellrecht, Lfg. 82 vom November 2014, § 81 GWB 2013, Rz. 73 ff. Im Bereich der Teilnahme siehe auch § 116 OWiG.

¹³ Dies gilt, wenn man rechtssystematisch vom Kartellverbot ausgeht und bußgeldrechtliche und privatrechtliche Haftung als Rechtsfolgen betrachtet. Alternativ lässt sich ausgehend vom bußgeldrechtlichen Haftungstatbestand unterscheiden zwischen den Regeln zur Haftung dem Grunde (Tatbestand; Art. 101 AEUV i. V. m. § 30 OWiG) und der Höhe nach (Rechtsfolge; § 81 GWB); so z. B. BGH, Beschluss vom 16. Dezember 2013, KRB 47/13 – Silostellgebühren III.

¹⁴ Anders das europäische Recht, siehe unten Tz. 25 ff., 56.

tität des Rechtsträgers nicht berühren.¹⁵ Im Fall einer Umwandlung oder Liquidierung des Unternehmensteils, an den der Bußgeldbescheid gerichtet ist, kommt zumindest seit der 8. GWB-Novelle eine Haftung nach § 30 Abs. 2a OWiG in Betracht.

17. Ansonsten ist eine haftungsrechtliche Rechtsnachfolge nach der deutschen Rechtsprechung jedoch nur in engen Grenzen möglich. Der betreffende Vorgang muss danach einem Wechsel der Firma oder Rechtsform vergleichbar sein¹⁶, weil „das Vermögen der ursprünglich haftenden juristischen Person einen wesentlichen Teil des Gesamtvermögens [einer] neuen juristischen Person ausmacht“.¹⁷ Die Gerichte prüfen mithin zwei Voraussetzungen: (1) juristisch, dass die betreffende juristische Person Gesamtrechtsnachfolgerin der Organisation ist, deren Organ die Tat begangen hat; (2) wirtschaftlich, dass zwischen der früheren und der neuen Vermögensverbindung nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise nahezu Identität besteht.¹⁸ Eine Ersatzhaftung anderer Konzerngesellschaften (Schwester- bzw. Muttergesellschaften) kommt nicht in Betracht.¹⁹

18. Das Ordnungswidrigkeitenrecht hat Verfassungsvorgaben Rechnung zu tragen, insbesondere dem strafrechtlichen Gesetzesvorbehalt (Art. 103 Abs. 2 GG) und dem Schuldgrundsatz (Art. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG). Auf diese Verfassungsvorgaben können sich unter Umständen auch rechts- oder teilrechtsfähige Personenmehrheiten berufen, allerdings nur, soweit sich in Anbetracht ihres personalen Substrats eine grundrechtstypische Gefährdungslage ergeben kann (Art. 19 Abs. 3 GG).²⁰

19. Zu den im vorliegenden Kontext relevanten Verfassungsvorgaben zählt insbesondere der strafrechtliche Gesetzesvorbehalt (Art. 103 Abs. 2 GG). Danach kann eine Person nur dann mit einer Strafe (Sanktion) belegt werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Das beinhaltet die Vorgabe, dass es aus dem Gesetz hinreichend erkennbar sein muss, dass ein bestimmtes Verhalten die gesetzliche Sanktion auslöst.²¹ Außerdem ist das „Ob“ und „Wie“ der Sanktionsverhängung zu bestimmen, und zwar noch bevor die relevante Tat begangen wurde.²² Das schließt die Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe nicht aus (so z. B. in §§ 240 Abs. 2, 266 StGB)²³. Doch muss die anwendbare Sanktionsnorm umso präziser sein, je schärfer die angedrohte Sanktion ausfällt.²⁴ Eine Anwendung auf

¹⁵ BGH, Beschluss vom 10. August 2011, KBR 2/10 – Transportbeton Elskes, Rz. 14.

¹⁶ BGH, Beschluss vom 10. August 2011, KBR 2/10 – Transportbeton Elskes, Rz. 14; BGH, Beschluss vom 10. August 2011, KBR 55/10 – Versicherungsfusion, Rz. 18.

¹⁷ BGH, Beschluss vom 10. August 2011, KBR 2/10 – Transportbeton Elskes, Rz. 13; ähnlich BGH, Beschluss vom 10. August 2011, KBR 55/10 – Versicherungsfusion, Rz. 12.

¹⁸ BGH, Beschluss vom 10. August 2011, KBR 55/10 – Versicherungsfusion, Rz. 16; Beschluss vom 27. Januar 2015, KBR 39/14 – Kaffeeröster, Rz. 2 f. Erforderlich ist nach der zweiten Voraussetzung, dass das haftende Vermögen weiterhin vom Vermögen des gemäß § 30 OWiG Verantwortlichen getrennt, in gleicher oder in ähnlicher Weise wie bisher eingesetzt wird und in der neuen juristischen Person einen wesentlichen Teil des Gesamtvermögens ausmacht.

¹⁹ BGH, Beschluss vom 10. August 2011, KBR 2/10 – Transportbeton Elskes, Rz. 16, 18-20.

²⁰ BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2007, 1 BvR 1550/03 u. a. – Kontenabfrage, BVerfGE 118, 168 (203); Beschluss vom 26. Februar 1997, 1 BvR 2172/96 – Aufzeichnungspflicht, BVerfGE 95, 220 (242); Beschluss vom 25. Oktober 1966, 2 BvR 506/63 – nulla poena sine culpa, BVerfGE 20, 323 (335 f.); ebenso VerfGH Rh.-P., Urteil vom 13. Mai 2014, VGH B 35/12, Rz. 47 ff. (zit. nach Juris).

²¹ BVerfG, Urteil vom 11. November 1986, 1 BvR 713/83 u. a. – Sitzblockade I, BVerfGE 73, 206, (234 f.); Beschluss vom 6. Mai 1987, 2 BvL 11/85, BVerfGE 75, 329, (340-342); Beschluss vom 22. Juni 1988, 2 BvR 234/87 u. a., BVerfGE 78, 374 (381 f.); Urteil vom 20. März 2002, 2 BvR 794/95 – Vermögensstrafe, BVerfGE 105, 135 (152 f., 155).

²² BVerfG, Urteil vom 20. März 2002, 2 BvR 794/95 – Vermögensstrafe, BVerfGE 105, 135 (152 f., 154 f.).

²³ BVerfG, Urteil vom 11. November 1986, 1 BvR 713/83 u. a. – Sitzblockade I, BVerfGE 73, 206 (237-239); Beschluss vom 23. Juni 2010, 2 BvR 2559/08 u. a. – Untreue Landowsky, BVerfGE 126, 170.

²⁴ BVerfG, Beschluss vom 11. Februar 1976, 2 BvL 2/73, BVerfGE 41, 314, Rz. 21 (zit. nach Juris); Beschluss vom 6. Mai 1987, 2 BvL 11/85, BVerfGE 75, 329 (342 f.); Urteil vom 20. März 2002, 2 BvR 794/95 – Vermögensstrafe, BVerfGE 105, 135 (155 f.).

lediglich vergleichbare Fälle ist unzulässig (Analogieverbot).²⁵ Diese Grundsätze gelten auch in Ordnungswidrigkeitenverfahren.²⁶

20. Die Geltung des strafrechtlichen Gesetzesvorbehalts zugunsten von juristischen Personen ist anerkannt.²⁷ Der Bundesgerichtshof sieht in der Entscheidung für das Rechtsträgerprinzip eine gesetzgeberische Entscheidung, die bei der Auslegung ordnungswidrigkeitenrechtlicher Vorschriften zu beachten ist und eine nicht überschreitbare Grenze für die Haftungszurechnung durch richterliche Rechtsfortbildung zieht.²⁸ Die Ahndung sei folglich auf diejenige juristische Person zu begrenzen, für die der Täter gehandelt hat.²⁹

21. Ein weiter bedeutsamer Grundsatz ist der Schuldgrundsatz, der vom Bundesverfassungsgericht aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG hergeleitet wird.³⁰ Materieller Bestandteil ist das Prinzip, dass eine Strafe nur bei nachgewiesener Schuld verhängt werden darf (*nulla poena sine culpa*). Darüber hinaus wird die Unschuld des Beschuldigten vermutet, weshalb der Schuldgrundsatz verfahrensrechtlich durch Verbot eines Zwangs zur Selbstbelastung ergänzt wird (*nemo tenetur se ipsum accusare*).³¹ Der Schuldgrundsatz schließt somit nicht lediglich eine Haftung für fremdes Verschulden aus, sondern greift weiter. Der Grundsatz gilt nach ständiger Rechtsprechung auch in Ordnungswidrigkeitenverfahren.³²

22. Hinsichtlich der Anwendung des Schuldgrundsatzes auf juristische Personen ist jedoch zu differenzieren. Auch juristische Personen können sich auf den materiellen Schuldgrundsatz berufen.³³ Dagegen bleibt ihnen nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung eine Berufung auf das verfahrensrechtliche Verbot eines Zwangs zur Selbstbelastung verwehrt. Das Bundesverfassungsgericht begründet dies in einer Entscheidung betreffend § 30 Abs. 1 OWiG damit, dass eine juristische Person grundrechtlich nach Art. 19 Abs. 3 GG nur eingeschränkt als „bloßes Zweckgebilde der Rechtsordnung“ geschützt sei. Das Selbstbelastungsverbot leite sich vor allem aus der Menschenwürde ab und sei insoweit nicht wesensmäßig auf juristische Personen anwendbar. Davon abgesehen sei bei Ordnungswidrigkeiten allein der Organwaller Täter, während gegen die juristische Person nach § 30 Abs. 1 OWiG eine Buße festgesetzt werden könne, ohne dass diese einen Schuldvorwurf oder eine ethische Missbilligung enthalte.³⁴

²⁵ BVerfG, Beschluss vom 23. Oktober 1985, 1 BvR 1053/82 – Anti-Atomkraftplakette, BVerfGE 71, 108 (115).

²⁶ BVerfG, Beschluss vom 22. Juni 1988, 2 BvR 234/87 u. a., BVerfGE 38, 348 (371 f.); BVerfG, Beschluss vom 23. Oktober 1985, 1 BvR 1053/82 – Anti-Atomkraftplakette, BVerfGE 71, 108 (114); BVerfGE 81, 132 (135); im einfachen Recht vgl. § 3 OWiG. Dazu auch Monopolkommission, XX. Hauptgutachten (Fn. 7), Tz. 931-934 m. w. N. (zu Kartellvergleichsverfahren).

²⁷ BVerfG, Beschluss vom 19. Dezember 2012, 1 BvL 18/11 – Kartellgeldbuße, BVerfGE 133, 1, Rz. 92 ff. (zit. nach Juris).

²⁸ Vgl. BGH, Beschluss vom 10. August 2011, KRB 2/10 – Transportbeton Elskes, Rz. 11, 16; BGH, Beschluss vom 10. August 2011, KBR 55/10 – Versicherungsfusion, Rz. 15.

²⁹ BGH, Beschluss vom 10. August 2011, KBR 55/10 – Versicherungsfusion, Rz. 17.

³⁰ BVerfG, Beschluss vom 4. Februar 1959, 1 BvR 197/53 – Wirtschaftsstrafgesetz, BVerfGE 9, 167 (169); Beschluss vom 25. Oktober 1966, 2 BvR 506/63, BVerfGE 20, 323 (333).

³¹ Zur verfahrensrechtlichen Bedeutung des Selbstbelastungsverbots vgl. BVerfG, Beschluss vom 23. April 1991, 1 BvR 1443/87, BVerfGE 84, 82, Rz. 18 (zit. nach Juris): „Aufgabe [...], das Schuldprinzip zu sichern“; dazu auch von Freier, ZStW 2010, 117 (138).

³² BVerfG, Beschluss vom 4. Februar 1959, 1 BvR 197/53 – Wirtschaftsstrafgesetz, BVerfGE 9, 167 (169).

³³ BVerfG, Beschluss vom 25. Oktober 1966, 2 BvR 506/63, BVerfGE 20, 323; siehe auch Rz. 23, 27 BGHSt 20, 333, Rz. 23 (zit. nach Juris).

³⁴ BVerfG, Beschluss vom 26. Februar 1997, 1 BvR 2172/96 – Aufzeichnungspflicht, BVerfGE 95, 220 (241 f.). Soweit im Schrifttum auf eine angebl. andere Auffassung des BVerfG in Rs. 840/74, BB 1975, 1315 verwiesen wird, dürfte ein Fehlverständnis vorliegen. Die Entscheidung nahm auf einfachgesetzliche Regelungen Bezug.

23. Im Schrifttum, insbesondere von anwaltlicher Seite, wird indes überwiegend angenommen, dass der Schuldgrundsatz umfassend zugunsten juristischer Personen gelte, einschließlich des Schutzes durch das Selbstbelastungsverbot (*Nemo-tenetur*-Grundsatz).³⁵ Dabei bleibt häufig offen, auf welche Aspekte des Schuldgrundsatzes sich die Autoren im Einzelfall beziehen.

24. Die Monopolkommission musste sich in ihren Gutachten zu dieser Streitfrage nicht festlegen und ist deshalb einstweilen von der uneingeschränkten Anwendung des Schuldgrundsatzes ausgegangen.³⁶ Die Frage bedarf auch im vorliegenden Zusammenhang keiner Entscheidung, da sie sich auf das Ergebnis dieser Untersuchung nicht auswirkt.

³⁵ Schuler, JR 2003, S. 265 (268 ff.); ferner für das kartellrechtliche Schrifttum Brettel/Thomas, ZWR 2009, S. 25 (61); Deselaers, WuW 2006, S. 122; Heuking/von Coelln, BB 2014, S. 3016 (3022); Thiele, WRP 2006, S. 999 (1001); dagegen aus strafrechtlicher Sicht dem BVerfG zustimmend Freier, ZStW 2010, S. 117 (121) m. w. N.

³⁶ Zuletzt Monopolkommission, XX. Hauptgutachten (Fn. 7), Tz. 180 f.

Kapitel 3

Systematik des europäischen Kartellbußgeldrechts

25. Das europäische Recht weist hinsichtlich der Ahndung von Kartellverstößen eine völlig andere Struktur als das deutsche Recht auf. Die Vorschrift des Art. 101 AEUV umfasst den gesamten Sachverhalt eines Kartellverstoßes. Die wirtschaftliche Einheit, die durch die Kartellbeteiligung Gewinne zum Nachteil anderer Marktteilnehmer erzielt, ist danach zugleich der bußgeldrechtliche Haftungsadressat.³⁷ Es gilt somit ein „Funktionsträgerprinzip“ und nicht das Rechtsträgerprinzip.³⁸ Anders als im deutschen Recht erfolgt zudem keine Trennung zwischen dem Verstoß (Tatbestandsseite) und der Frage des materiellrechtlichen Haftungsadressaten (Rechtsfolgenseite).³⁹ Schließlich wird zwischen der materiellen Haftung für die Kartellzuwiderhandlung und der formellen Haftung aufgrund einer kartellbehördlichen Entscheidung unterschieden.⁴⁰

26. Die unterschiedliche Struktur von deutschem und europäischem Recht führt zu Spannungen. Nachfolgend wird aufgezeigt, welche Grundsätze die europäische Rechtsprechung zur Haftung der wirtschaftlichen Einheit entwickelt hat (Abschn. 3.1), welche Grundsätze speziell für das Problem der Rechtsnachfolge gelten (Abschn. 3.2) und welche Verteidigungsrechte diese materiellrechtlichen Haftungsgrundsätze auf Verfahrensseite ergänzen (Abschn. 3.3). Abschließend wird in Anbetracht teils heftiger Kritik von Teilen des deutschen Schrifttums untersucht, inwiefern die europäische Rechtsprechung mit höherrangigem Recht (d. h. fundamentalen Rechtsgrundsätzen) vereinbar ist (Abschn. 3.4).

3.1 Wirtschaftliche Einheit als allgemeiner Maßstab

27. Auf der Basis von Art. 101 AEUV liegt die (materielle) Haftung für Kartellverstöße bei einem „Unternehmen“ und damit bei einer wirtschaftlichen Einheit. Im vorigen Jahr hat der Europäische Gerichtshof in Fortentwicklung der früheren europäischen Rechtsprechung klargestellt, dass die wirtschaftliche Einheit selbst für die Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot haftet. Der Europäische Gerichtshof begründet dies wie folgt:

„Um den Urheber einer Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht zu bestimmen, dem gemäß Art. [101 und 102 AEUV] eine Sanktion auferlegt werden kann, haben sich die Verfasser der Verträge dafür entschieden, den Unternehmensbegriff zu verwenden [...] Nach ständiger Rechtsprechung bezeichnet der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung. [...] Verstößt eine solche wirtschaftliche Einheit gegen die Wettbewerbsregeln, so hat sie nach dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit für diese Zuwiderhandlung einzustehen.“⁴¹

28. Das Verständnis des Unternehmens als wirtschaftlicher Einheit liegt der europäischen Rechtsprechung bereits seit langem zugrunde. Es hat zunächst zur Folge, dass der Begriff des Unternehmens im Sinne der Wettbewerbsbestimmungen nach der Rechtsprechung nicht voraussetzt, dass die betreffende wirtschaftliche Einheit Rechtspersönlichkeit hat.⁴²

29. Eine weitere Folge ist, dass auch eine Mehrheit von natürlichen oder juristischen Personen eine wirtschaftliche Einheit bilden kann.⁴³ Dies gilt selbst dann, wenn einzelne Teile dieser wirtschaftlichen Einheit selbst nicht unternehmerisch am Markt tätig sind.⁴⁴

³⁷ EuGH, Urteil vom 10. April 2014, C-231/11 P bis C-233/11 P – Siemens Österreich, ECLI:EU:C:2014:256, Rz. 44.

³⁸ Vgl. Hengst in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Band 2. Europäisches Kartellrecht, 12. Aufl., Köln 2014, Art. 101 AEUV, Rz. 30 ff.; Braun/Kellerbauer, NZKart 2015, S. 175 (175 f.); Kellerbauer, WuW 2014, S. 1173 (1174 f.); Kersting, WuW 2014, S. 1156 (1158); Kokott/Dittert, WuW 2012, S. 670 (672).

³⁹ Monopolkommission, XX. Hauptgutachten (Fn. 7), Tz. 951.

⁴⁰ Das deutsche Recht unterscheidet insofern nicht; siehe oben Tz. 15.

⁴¹ EuGH, Urteil vom 10. April 2014, C-231/11 P bis C-233/11 P – Siemens Österreich, ECLI:EU:C:2014:256, Rz. 42-44; siehe auch EuG, Urteil vom 3. März 2011, T-117/07 u. a. – Areva, ECLI:EU:T:2011:69, Slg. 2011, II-633, Rz. 63 m. w. N.

⁴² EuGH, Urteil vom 28. Juni 2005, C-189/02 P u. a. – Dansk Rørindustri, Slg. 2005, I-5425, ECLI:EU:C:2005:408, Rz. 113.

30. Danach können die Kartellbehörden auch solche Konzerngesellschaften zur Haftung heranziehen, die Teil einer wirtschaftlichen Einheit sind, ohne selbst den verfolgten Wettbewerbsverstoß begangen zu haben.⁴⁵ Der Europäische Gerichtshof hatte insbesondere bereits früh entschieden, dass die eigene Rechtspersönlichkeit einer Tochtergesellschaft es nicht auszuschließen vermag, dass ihr Verhalten der Muttergesellschaft zugerechnet werden und damit auch deren Inanspruchnahme rechtfertigen kann, sofern die Tochtergesellschaft ihr Marktverhalten nicht wirklich autonom bestimmen kann.⁴⁶

31. Das setzt voraus, dass die Muttergesellschaft im Kartellzeitraum die Vertriebs- und Preispolitik ihrer Tochtergesellschaft entscheidend beeinflussen konnte und von dieser Möglichkeit tatsächlich Gebrauch gemacht hat.⁴⁷ Dabei ist aber nicht die Rechtsstruktur der Gruppe entscheidend, sondern deren tatsächliche Arbeitsweise und wirkliche Organisation.⁴⁸ Insofern sind sämtliche im Zusammenhang mit den wirtschaftlichen, organisatorischen und rechtlichen Verbindungen zur Muttergesellschaft relevanten Gesichtspunkte zu berücksichtigen.⁴⁹ Dagegen ist es nicht erforderlich, dass sich die Einflussnahme der Muttergesellschaft gerade auf das kartellrechtswidrige Verhalten der Tochtergesellschaft bezogen hat oder dass die Muttergesellschaft auch nur Kenntnis von diesem Verhalten hatte.⁵⁰

32. Einer Zurechnung steht es auch nicht entgegen, wenn die Muttergesellschaft lediglich als Holding fungiert und selbst nicht unternehmerisch tätig ist. Denn entscheidend ist allein, dass die ihrem bestimmenden Einfluss⁵¹ unterliegende Tochtergesellschaft unternehmerisch tätig ist.⁵²

33. In einer Reihe von Urteilen entschied der Europäische Gerichtshof, dass in dem speziellen Fall, dass eine Muttergesellschaft 100 Prozent des Kapitals ihrer Tochtergesellschaft hält, eine widerlegliche Vermutung dafür bestehe, dass die Muttergesellschaft tatsächlich einen bestimmenden Einfluss auf das Verhalten der Tochtergesellschaft ausübt.⁵³ Die

⁴³ EuGH, Urteil vom 10. April 2014, C-231/11 P bis C-233/11 P – Siemens Österreich, ECLI:EU:C:2014:256, Rz. 43; Urteil vom 18. Juli 2013, C-501/11 P – Schindler, ECLI:EU:C:2013:522, Rz. 103; Urteil vom 12. Juli 1984, 170/83 – Hydroterm, ECLI:EU:C:1984:271, Slg. 1984, 2999, Rz. 11 (st. Rspr.).

⁴⁴ EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2007, C-280/06 – Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato/ETI u.a., ECLI:EU:C:2007:775, Slg. 2007, I-10893, Rz. 49 f. (staatliches Eigentum); Urteil vom 20. Januar 2011, C-90/09 P – General Química, ECLI:EU:C:2011:21, Slg. 2011, I-1, Rz. 86 f. (Holdinggesellschaft); siehe auch EuG, Urteil vom 20. März 2002, T-9/99 – HFB Holding, ECLI:EU:T:2002:70, Slg. 2002, II-1487, Rz. 54 ff. (Kontrolle durch natürliche Personen).

⁴⁵ Vgl. EuGH, Urteil vom 10. September 2009, C-97/08 P – Akzo Nobel, ECLI:EU:C:2009:536, Slg. 2009, I-8237, Rz. 59; ferner EuGH, Urteil vom 11. Juli 2013, C-440/11 P – Stichting, ECLI:EU:C:2013:514, Rz. 44.

⁴⁶ EuGH, Urteil vom 14. Juli 1972, 48/69 – ICI, ECLI:EU:C:1972:70, Slg. 1972, 619, Rz. 132/135.

⁴⁷ EuGH, Urteil vom 25. Oktober 1983, 107/82 – AEG, ECLI:EU:C:1983:293, Slg. 1983, 3151, Rz. 49-53; Urteil vom 14. Juli 1972, 52/69 – Geigy, ECLI:EU:C:1972:73, Slg. 1972, 787, Rz. 44 f.; Urteil vom 14. Juli 1972, 48/69 – ICI, ECLI:EU:C:1972:70, Slg. 1972, 619, Rz. 136/141.

⁴⁸ EuGH, Urteil vom 1. Juli 2010, C-407/08 P – Knauf Gips, ECLI:EU:C:2010:389, Slg. 2010, I-6375, Rz. 108.

⁴⁹ EuGH, Urteil vom 10. September 2009, C-97/08 P – Akzo Nobel, ECLI:EU:C:2009:536, Slg. 2009, I-8237, Rz. 74; Urteil vom 11. Juli 2013, C-440/11 P – Stichting, ECLI:EU:C:2013:514, Rz. 60 ff.; speziell zum Fall einer Mehrheitsbeteiligung unterhalb von 100 Prozent auch EuGH, Urteil vom 6. März 1974, 6 u. 7/73 – Commercial Solvents, ECLI:EU:C:1974:18, Slg. 1974, 223, Rz. 6, 37, 39 ff. (zu Art. 85 EWGV = Art. 102 AEUV); zum Fall einer Minderheitsbeteiligung ferner EuG, Urteil vom 12. Juli 2011, T-132/07 – Fujii, ECLI:EU:T:2011:344, Slg. 2011, II-2011, Rz. 119.

⁵⁰ Vgl. EuGH, Urteil vom 16. November 2000, C-286/98 P – Stora Kopparbergs Bergslags, ECLI:EU:C:2000:630, Slg. 2000, I-9925, Rz. 29, wonach es sogar genügen soll, dass sich die Muttergesellschaft im Verwaltungsverfahren als alleinige Gesprächspartnerin der EU-Kommission präsentiert hat.

⁵¹ Der Begriff hat in den deutschen Urteilsfassungen in der jüngeren Rechtsprechung die geringfügig abweichende frühere Formulierung („entscheidend beeinflussen“) ersetzt, ohne dass sich diese Änderung auch in den anderen Sprachfassungen niederschlagen hätte.

⁵² EuGH, Urteil vom 11. Juli 2013, C-440/11 P – Stichting, ECLI:EU:C:2013:514, Rz. 42 f.; siehe auch Urteil vom 29. September 2011, C-520/09 – Arkema, ECLI:EU:C:2011:619, Slg. 2011, I-8901, Rz. 46 ff.

⁵³ EuGH, Urteil vom 25. Oktober 1983, 107/82 – AEG, ECLI:EU:C:1983:293, Slg. 1983, 3151, Rz. 50; siehe auch EuGH, Urteil vom 10. September 2009, C-97/08 P – Akzo Nobel, ECLI:EU:C:2009:536, Slg. 2009, I-8237, Rz. 60-63, wonach neben der 100 Prozent-Beteiligung keine weiteren Beweise für die Einflussausübung angeführt werden müssen; anders noch EuG, Urteil vom 26. April 2007, T-109/02 u. a. – Bolloré, ECLI:EU:T:2007:115, Slg. 2007, II-947, Rz. 132. Siehe bestätigend ferner EuGH, Urteil vom 20. Janu-

Vermutung gilt auch dann, wenn die Beteiligung über eine oder mehrere zwischengeschaltete und ihrerseits einheitlich kontrollierte Tochtergesellschaften erfolgt.⁵⁴

34. Diese Vermutung greift bei einer 100-prozentigen Beteiligung aus Gleichbehandlungsgründen zwar dann nicht ein, wenn die Kartellbehörde die Haftung einer von mehreren Muttergesellschaften nicht allein auf die Vermutung stützt, sondern die Ausübung eines bestimmenden Einflusses darüber hinaus tatsächlich nachzuweisen sucht.⁵⁵ Im Übrigen scheidet eine Haftung aber nur dann aus, wenn die kartellbefangene Tochter selbständig, eigenverantwortlich und weisungsfrei handelte.⁵⁶ Dies ist vom Rechtsmittelführer nachzuweisen, wofür hohe Anforderungen gelten.⁵⁷ Sofern die Kartellbehörde neben der Vermutung aufgrund einer 100 Prozent-Beteiligung zusätzliche Argumente für die Ausübung eines bestimmenden Einflusses anführt, sind auch diese Argumente vom Rechtsmittelführer alle zu widerlegen.⁵⁸

35. Eine Zurechnung ist nicht nur innerhalb von Mutter-Tochter-Beziehungen möglich, sondern kann auch zwischen anderen Konzerngesellschaften erfolgen. Denn es ist ein allgemeiner Grundsatz, dass alle Teile derselben wirtschaftlichen Einheit gesamtschuldnerisch zur Haftung herangezogen werden können.⁵⁹

36. Allerdings kann auch in sonstigen Beziehungen innerhalb einer Unternehmensgruppe das wettbewerbswidrige Verhalten einer Einheit einer anderen Einheit nur dann zugerechnet werden, wenn die erstgenannte Einheit ihr Marktverhalten nicht selbständig bestimmt, sondern vor allem wegen der wirtschaftlichen und rechtlichen Bindungen zwischen ihnen im Wesentlichen die Weisungen der letztgenannten Einheit befolgt hat.⁶⁰ Insofern soll auch ein gemeinsames Auftreten am Markt ausreichen können.⁶¹ Dagegen ist es nicht ausreichend, wenn sich gar nicht ermitteln lässt, wo die unternehmerische Leitung liegt, wenn also die Verhältnisse schlichtweg unklar sind.⁶²

37. Demgemäß ist auch bei Schwestergesellschaften keine wechselseitige Zurechnung unternehmerischen Verhaltens ohne die vorherige Feststellung möglich, dass die betreffenden Gesellschaften beide zu derselben wirtschaftlichen Einheit gehören.⁶³ Im Fall des Nachweises einer wirtschaftlichen Einheit ist ein Haftungsdurchgriff aber auch zwischen

ar 2011, C-90/09 P – General Química, ECLI:EU:C:2011:21, Slg. 2011, I-1, Rz. 39-42; ebenso EuGH, Urteil vom 29. September 2011, C-521/09 P – Elf Aquitaine, ECLI:EU:C:2011:620, Slg. 2011, I-8947, Rz. 63, 95; Urteil vom 8. Mai 2013, C-508/11 P – Eni, ECLI:EU:C:2013:289, Rz. 49; Urteil vom 3. Mai 2012, C-289/11 P – Legris Industries, ECLI:EU:C:2012:270, Rz. 48; Urteil vom 29. September 2011, C-521/09 P – Elf Aquitaine, ECLI:EU:C:2011:620, Slg. 2011, I-8947, Rz. 63, 95 bei geringfügig unterhalb von 100 Prozent liegenden Beteiligungshöhen. Abweichend LG Berlin, Urteil vom 6. August 2013, 16 O 193/11, Rz. 79 ff. (zit. nach Juris).

⁵⁴ EuGH, Urteil vom 20. Januar 2011, C- 90/09 P – General Química, ECLI:EU:C:2011:21, Slg. 2011, I-1, Rz. 86 f.; EuG, Urteil vom 27. September 2012, T-343/06 – Shell Petroleum, ECLI:EU:T:2012:478, Rz. 47 ff., insb. Rz. 52.

⁵⁵ EuGH, Urteil vom 19. Juli 2012, C-628/10 und C-14/11 P – Alliance One, ECLI:EU:C:2012:479, Rz. 57 ff. Die Europäische Kommission ist aber nicht verpflichtet, bei Eingreifen der Vermutung die diese stützenden Beweismittel zu verwenden; EuGH, Urteil vom 29. September 2011, C-521/09 P – Elf Aquitaine, ECLI:EU:C:2011:620, Slg. 2011, I-8947, Rz. 97.

⁵⁶ So zumindest EU-Kommission, Entscheidung vom 11. Juni 2002, 36.571 – Österreichische Banken, ABL. L 56 vom 24. Februar 2004, S. 1, Tz. 479; vgl. auch EuGH, Urteil vom 8. Mai 2013, C-508/11 P – Eni, ECLI:EU:C:2013:289, Rz. 64 ff. (Notwendigkeit eines auch auf finanzieller Ebene unabhängigen Verhaltens).

⁵⁷ EuGH, Urteil vom 11. Juli 2013, C-440/11 P – Stichting, ECLI:EU:C:2013:514, Rz. 41 und die dort zitierte Rechtsprechung; ferner EuGH, Urteil vom 8. Mai 2013, C-508/11 P – Eni, ECLI:EU:C:2013:289, Rz. 68; Urteil vom 29. September 2011, C-521/09 P – Elf Aquitaine, ECLI:EU:C:2011:620, Slg. 2011, I-8947, Rz. 65, zum Einwand der Unwiderlegbarkeit.

⁵⁸ EuGH, Urteil vom 26. November 2013, C-50/12 P – Kendrion, ECLI:EU:C:2013:771, Rz. 32 ff.

⁵⁹ EuGH, Urteil vom 10. April 2014, C-247/11 P u. C-253/11 P – Areva, ECLI:EU:C:2014:257, Rz. 122; Urteil vom 11. Juli 2013, C-440/11 P – Stichting, ECLI:EU:C:2013:514, Rz. 44.

⁶⁰ EuGH, Urteil vom 16. November 2000, C-294/98 P – Metsä-Serla, ECLI:EU:C:2000:632, Slg. 2000, I-10065, Rz. 27; Urteil vom 2. Oktober 2003, C-196/99 P – Aristrain, ECLI:EU:C:2003:529, Slg. 2003, I-11005, Rz. 96.

⁶¹ EuG, Urteil vom 20. März 2002, T-9/99 – HFB Holding, ECLI:EU:T:2002:70, Slg. 2002, II-1487, Rz. 63, 66.

⁶² EuGH, Urteil vom 2. Oktober 2003, C-196/99 P – Aristrain, ECLI:EU:C:2003:529, Slg. 2003, I-11005, Rz. 99.

⁶³ EuGH, Urteil vom 2. Oktober 2003, C-196/99 P – Aristrain, ECLI:EU:C:2003:529, Slg. 2003, I-11005, Rz. 91 ff., insb. 98 f. Dazu gehört nicht nur, dass dieselbe Person das Gesellschaftskapital hält, sondern auch, dass sie Einfluss ausübt.

Schwestergesellschaften grundsätzlich zulässig.⁶⁴ Ein Haftungsdurchgriff kommt zwischen Schwestergesellschaften somit in Betracht, wenn eine Gesellschaft gegenüber der anderen Gesellschaft weisungsbefugt ist oder Koordinierungsfunktionen für diese übernimmt.⁶⁵

38. Bei Gemeinschaftsunternehmen ist im Schrifttum die Möglichkeit einer wirtschaftlichen Einheit für einige Fallkonstellationen bestritten worden. So ist vertreten worden, ein Gemeinschaftsunternehmen, das selbst alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (sogenannte Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen; vgl. Art. 3 Abs. 4 VO 139/2004), könne nicht zugleich mit seinen Müttern eine wirtschaftliche Einheit bilden.⁶⁶ Ebenso reiche die passive Kontrolle einer Mutter durch Vetorechte nicht aus, um ihr das Verhalten eines Gemeinschaftsunternehmens zuzurechnen.⁶⁷

39. Die europäische Rechtsprechung hat jedoch zwischenzeitlich klargestellt, dass auch bei einem Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen nicht ausgeschlossen ist, dass es mit seinen Müttern eine wirtschaftliche Einheit bildet. Der Europäische Gerichtshof hat darauf hingewiesen, dass Autonomie im Sinne von Art. 3 Abs. 4 VO 139/2004 nicht so zu verstehen sei, dass das Gemeinschaftsunternehmen auch in Hinblick auf strategische Entscheidungen autonom und frei vom bestimmenden Einfluss der Mütter sein müsse.⁶⁸ Ein bestimmender Einfluss kann im Übrigen zumindest nach Auffassung des Gerichts auch über ein Gemeinschaftsunternehmen ausgeübt werden, das nicht vollfunktionsfähig ist.⁶⁹

40. Die Rechtsprechung hat allerdings darüber hinaus weitere Grundsätze zum persönlichen und sachlichen Umfang des über ein Gemeinschaftsunternehmen auszuübenden Einflusses entwickelt. Hinsichtlich des persönlichen Umfangs gilt der Grundsatz, dass ein Gemeinschaftsunternehmen nur insoweit eine wirtschaftliche Einheit mit den Müttern bildet, wie die Situation mit der einer 100-prozentigen Alleinkontrolle vergleichbar ist.⁷⁰ Das bedeutet, dass grundsätzlich für jede Mutter zu prüfen ist, ob eine Möglichkeit zur bestimmenden Einflussnahme bestand und ob sie einen solchen Einfluss auch tatsächlich ausgeübt hat.⁷¹

41. Für den Nachweis einer wirtschaftlichen Einheit des Gemeinschaftsunternehmens und seiner Mütter ist somit erforderlich, dass beide Mütter gleichermaßen einen bestimmenden Einfluss über das Gemeinschaftsunternehmen ausüben. Die Voraussetzungen sind dabei für paritätische Gemeinschaftsunternehmen (50/50)⁷² und nicht-paritätische Gemeinschaftsunternehmen (z. B. 60/40, 50/30/20)⁷³ dieselben. Es spielt auch keine Rolle, ob es sich bei den Müttern des Gemeinschaftsunternehmens um unbeschränkt haftende Gesellschafter oder um Kommanditisten handelt.⁷⁴ Bei

⁶⁴ EuGH, Urteil vom 28. Juni 2005, C-189/02 P u. a. – Dansk Rørindustri, ECLI:EU:C:2005:408, Slg. 2005, I-5425, Rz. 119 ff.

⁶⁵ EuG, Urteil vom 27. September 2006, T-43/02 – Jungbunzlauer, ECLI:EU:T:2006:270, Slg. 2006, II-3435, Rz. 129; Urteil vom 10. März 1992, T-11/89 – Shell, ECLI:EU:T:1992:33, Slg. 1992, II-757, Rz. 312.

⁶⁶ Zimmer/Paul, WuW 2007, S. 970 (974) unter Verweis auf EU-Kommission, Entscheidung vom 21. Dezember 2005, 38.443 – Kautschukchemikalien, Tz. 263.

⁶⁷ Meyring, WuW 2010, S. 157 (168); dazu vgl. unten Tz. 43.

⁶⁸ EuGH, Urteil vom 26. September 2013, C-172/12 P – El du Pont de Nemours, ECLI:EU:C:2013:601, Rz. 52; Urteil vom 26. September 2013, C-179/12 P – The Dow Chemical Company, ECLI:EU:C:2013:605, Rz. 64 f.

⁶⁹ EuG, Urteil vom 27. September 2006, T-314/01 – Avebe, ECLI:EU:T:2006:266, Slg. 2006, II-3085, Rz. 90, 137 f.; siehe auch EuG, Urteil vom 12. Juli 2011, T-132/07, Fuji, ECLI:EU:T:2011:344, Slg. 2011, II-4091, Rz. 184.

⁷⁰ EuGH, Urteil vom 16. November 2000, C-294/98 P – Metsä-Serla, Slg. 2000, I-10065, Rz. 6, 26 ff., 34; EuG, Urteil vom 27. September 2006, T-314/01 – Avebe, ECLI:EU:T:2006:266, Slg. 2006, II-3085, Rz. 138; Urteil vom 27. September 2012, T-343/06 – Shell Petroleum, ECLI:EU:T:2012:478, Rz. 45.

⁷¹ EuGH, Urteil vom 26. September 2013, C-172/12 P – El Du Pont de Nemours, ECLI:EU:C:2013:601, Rz. 47.; strenger etwa Kling, WRP 510, S. 506 (514): zwingend auch Bewertung der Bindungen zwischen den Müttern erforderlich.

⁷² EuGH 26. September 2013, C-179/12 P – Dow Chemical, ECLI:EU:C:2013:605, Rz. 49 ff.; EuG, Urteil vom 27. September 2006, T-314/01 – Avebe, ECLI:EU:T:2006:266, Slg. 2006, II-3085, Rz. 138, 141.

⁷³ EuG, Urteil vom 27. September 2012, T-343/06 – Shell Petroleum, ECLI:EU:T:2012:478, Rz. 36, 47-52; Urteil vom 12. Juli 2011, T-132/07 – Fuji, ECLI:EU:T:2011:344, Slg. 2011, II-2011, Rz. 184, 197 ff.

⁷⁴ Vgl. EuG, Urteil vom 14. März 2013, T-587/08 – Del Monte, ECLI:EU:T:2013:129, Rz. 92-118, 132 ff.

bestimmendem Einfluss nur einer Mutter besteht eine wirtschaftliche Einheit dagegen nur zwischen der betreffenden Mutter und dem Gemeinschaftsunternehmen.⁷⁵

42. Die Vermutung, dass eine Mutter, welche 100 Prozent der Anteile an einer Tochter hält, im Vertikalverhältnis zu dieser Tochter tatsächlich einen bestimmenden Einfluss ausübt, ist bei gemeinsamer Kontrolle durch mehrere Mütter nicht anwendbar. Es ist vielmehr im Einzelnen zu prüfen, ob das Gemeinschaftsunternehmen so organisiert ist, dass eine gemeinsame Leitung durch die Gesellschafter tatsächlich sichergestellt ist.⁷⁶

43. Eine gemeinsame Einflussausübung ist danach insbesondere anzunehmen, wenn die Muttergesellschaften die Leitung aufgrund einer Vereinbarung oder über andere Mittel auf horizontaler Ebene koordinieren.⁷⁷ Insofern können auch Vetorechte berücksichtigt werden, wenn dadurch eine gemeinsame Leitung des Gemeinschaftsunternehmens erzwungen wird.⁷⁸ Ein passives Verhalten kann aber allenfalls ausreichen, wenn die betreffende Mutter die Zuwiderhandlung des Gemeinschaftsunternehmens kannte und billigte.⁷⁹

44. Hinsichtlich des sachlichen Umfangs des bestimmenden Einflusses hat das Gericht ferner präzisiert, dass der Einfluss auch seiner Art nach dem Einfluss einer Muttergesellschaft mit Alleinkontrolle gleichkommen müsse. Das bedeute, dass der Einfluss sich auf die operative Geschäftsführung beziehen müsse, was von der Kartellbehörde nachzuweisen sei.⁸⁰ Eine Klärung dieser Frage durch den Europäischen Gerichtshof steht noch aus.

3.2 Wirtschaftliche Identität bei Rechtsnachfolge als Maßstab

45. Schwierigkeiten wirft die Feststellung der haftenden wirtschaftlichen Einheit auf, wenn es nach der Zuwiderhandlung in der betreffenden Unternehmensgruppe zu Änderungen in der Rechtsstruktur oder Geschäftstätigkeit kommt. Insoweit handelt es sich um ähnliche Probleme wie im deutschen Recht. Zwar ist anerkannt, dass ein Unternehmen sich nicht durch Umstrukturierung der Verantwortung für Verstöße gegen das EU-Wettbewerbsrecht entziehen kann.⁸¹ Allerdings können Umstrukturierungen zur Folge haben, dass es zu einem Auseinanderfallen von den in Anspruch genommenen Rechtsträgern und der ursprünglich an der Zuwiderhandlung beteiligten wirtschaftlichen Einheit kommt. Die persönliche Verantwortlichkeit von nicht an der Zuwiderhandlung beteiligten Rechtsträgern setzt dann voraus, dass eine wirtschaftliche Identität zwischen dem handelnden und dem zur Haftung herangezogenen Rechtsträger nachweisbar ist (Grundsatz der wirtschaftlichen Kontinuität).⁸² Im Einzelnen sind mehrere Fallgruppen zu unterscheiden.

⁷⁵ EuG, Urteil vom 27. Oktober 2010, T-24/05 – Alliance One, ECLI:EU:T:2010:453, Slg. 2010, II-5329, Rz. 165.

⁷⁶ EuGH, Urteil vom 26. September 2013, C-172/12 P – El Du Pont de Nemours, ECLI:EU:C:2013:601, Rz. 45, 47; Urteil vom 26. September 2013, C-179/12 P – The Dow Chemical Company, ECLI:EU:T:2012:47, Rz. 56, 58; missverständlich EuG, Urteil vom 27. September 2006, T-314/01 – Avebe, ECLI:EU:T:2006:266, Slg. 2006, II-3085, Rz. 138 f.

⁷⁷ EuG, Urteil vom 27. September 2006, T-314/01 – Avebe, ECLI:EU:T:2006:266, Slg. 2006, II-3085, Rz. 136-139, insb. Rz. 138 f.; EuG, Urteil vom 2. Februar 2012, T-77/08 – Dow Chemical, ECLI:EU:T:2012:47, Rz. 41, 81, 83-87; Urteil vom 2. Februar 2012, T-76/08 – El Du Pont de Nemours, ECLI:EU:T:2012:46, Rz. 66, 69-72.

⁷⁸ EuG, Urteil vom 2. Februar 2012, T-76/08 – El Du Pont de Nemours, ECLI:EU:T:2012:46, Rz. 66; EuG, Urteil vom 2. Februar 2012, T-77/08 – Dow Chemical, ECLI:EU:T:2012:47, Rz. 81.

⁷⁹ EuG, Urteil vom 14. Dezember 2006, T-259/02 – Raiffeisen Zentralbank Österreich, ECLI:EU:T:2006:396, Slg. 2006, II-5169, Rz. 330; Urteil vom 27. Oktober 2010, T-24/05 – Alliance One, ECLI:EU:T:2010:453, Slg. 2010, II-5329, Rz. 190.

⁸⁰ EuG, Urteil vom 11. Juli 2014, T-541/08 – Sasol, ECLI:EU:T:2014:628, Rz. 108 ff.; anders für den Fall der Alleinkontrolle allerdings zuvor EuG, Urteil vom 12. Dezember 2007, T-112/05 – Akzo, Slg. 2007, II-5049, Rz. 62 ff. Zum Vergleich zwischen Alleinkontrolle und gemeinsamer Kontrolle vgl. auch schon EuGH, Urteil vom 16. November 2000, C-294/98 P – Metsä-Serla, ECLI:EU:C:2000:632, Slg. 2000, I-10065, Rz. 6, 26 ff., 34; EuG, Urteil vom 27. September 2006, T-314/01 – Avebe, Slg. 2006, II-3085, Rz. 138; Urteil vom 27. September 2012, T-343/06 – Shell Petroleum, ECLI:EU:T:2012:478, Rz. 45.

⁸¹ EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2007, C-280/06 – Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato/ETI u.a., ECLI:EU:C:2007:775, Slg. 2007, I-10893, Rz. 41; EuG, Urteil vom 11. März 1999, T-134/94 – NMH Stahlwerke, ECLI:EU:T:1999:44, Slg. 1999, II-239, Ls. 2/Rz. 37; EU-Kommission, Entscheidung vom 13. Juli 1994, 33.833 – Karton, ABl. L 243 vom 19. September 1994, S. 1, Tz. 144.

⁸² EuGH, Urteil vom 28. März 1984, 29/83 – CRAM und Rheinzink, ECLI:EU:C:1984:130, Slg. 1984, 1679, Rz. 9; Urteil vom 11. Dezember 2007, C-280/06 – Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato/ETI u.a., ECLI:EU:C:2007:775, Slg. 2007, I-10893, Rz. 42; Urteil vom 24. September 2009, C-125/07 P – Erste Group Bank, ECLI:EU:C:2009:576, Slg. 2009, I-1843, Rz. 79.

46. Zunächst bleibt es beim Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit der wirtschaftlichen Einheit, wenn es bei dieser im Anschluss an die Zuwiderhandlung zu lediglich rechtlichen Änderungen ohne Auswirkungen auf die eigentliche Geschäftstätigkeit kommt. In diesem Falle haften weiterhin die Gesellschaften, bei denen derartige Veränderungen stattgefunden haben; etwa Namensänderungen⁸³ oder ein Rechtsformwechsel.⁸⁴ Auf den Grundsatz der wirtschaftlichen Kontinuität kommt es insoweit nicht an.⁸⁵

47. Problematischer ist die Situation, wenn bei einer unmittelbar tatbeteiligten Tochtergesellschaft deren Wirtschaftstätigkeit anschließend auf ein neues Rechtssubjekt übertragen wurde oder wenn sie ihre Wirtschaftstätigkeit zwischenzeitlich eingestellt hat. Insofern ist zwischen der Frage nach der Haftung der Tochtergesellschaft und der Frage einer eventuellen Haftungszurechnung zu unterscheiden.

48. Eine dem Art. 101 AEUV zuwiderhandelnde Tochtergesellschaft, die rechtlich fortbesteht, bleibt trotz der Übertragung auf eine andere Unternehmensgruppe Bußgeldadressat.⁸⁶ Wenn die Tochtergesellschaft dagegen nicht mehr existiert, ist zu ermitteln, wer als nachfolgende rechtliche Ausprägung desselben Unternehmens anzusehen ist, weil er als Nachfolger die wirtschaftliche Tätigkeit des untergegangenen Rechtsträgers fortführt.⁸⁷ In diesen Fällen geht die Haftung somit auf den Rechtsnachfolger über (Grundsatz der wirtschaftlichen Kontinuität). Auf die Strukturierung der Rechtsnachfolge als Anteils- oder Vermögensübernahme (*share deal/asset deal*) kommt es dabei nicht an.⁸⁸

49. Neben einer fortbestehenden Tochtergesellschaft haftet die frühere Muttergesellschaft, wenn sie zurzeit der Zuwiderhandlung mit der früheren Tochter eine wirtschaftliche Einheit bildete.⁸⁹ Das gilt auch dann, wenn sie den kartellbefangenen Unternehmensbereich insgesamt veräußert hat.⁹⁰ Die ehemalige Muttergesellschaft haftet auch dann, wenn der veräußerte Geschäftsbereich erst später Rechtspersönlichkeit erlangt.⁹¹ Die Haftung geht in den genannten Fällen nicht auf die neue Muttergesellschaft über.⁹²

50. Eine Zurechnung zur neuen Muttergesellschaft kommt erst ab dem Zeitpunkt der Übernahme der an der Zuwiderhandlung beteiligten Tochtergesellschaft und grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn die neue Mutter den Verstoß

⁸³ EuGH, Urteil vom 16. November 2000, C-297/98 P – SCA Holding, ECLI:EU:C:2000:633, Slg. 2000, I-10101, Rz. 29.

⁸⁴ EuGH, Urteil vom 28. März 1984, 29/83 u. a. – CRAM und Rheinzink, ECLI:EU:C:1984:130, Slg. 1984, 1679, Rz. 8 f.; Urteil vom 7. Januar 2004, C-204/00 P u. a. – Aalborg Portland, ECLI:EU:C:2004:6, Slg. 2004, I-123, Rz. 59.

⁸⁵ EuGH, Urteil vom 8. Juli 1999, C-49/92 P – Anic Partecipazioni, ECLI:EU:C:1999:356, Slg. 1999, I-4125, Rz. 145.

⁸⁶ EuGH, Urteil vom 16. November 2000, C-279/98 – Cascades, ECLI:EU:C:2000:626, Slg. 2000, I-9693, Rz. 78 f.

⁸⁷ EuGH, Urteil vom 16. Dezember 1975, 40/73 u. a. – Suiker Unie, ECLI:EU:C:1975:174, Slg. 1975, 1663, Rz. 84/87; Urteil vom 28. März 1984, 29/83 u. a. – CRAM und Rheinzink, Slg. 1984, 1679, Rz. 8 f.

⁸⁸ Siehe die in der vorigen Fußnote zitierten Entscheidungen sowie EuGH, Urteil vom 24. September 2009, C-125/07 P – Erste Group Bank, ECLI:EU:C:2009:576, Slg. 2009, I-1843, Rz. 78 f.; EuG, Urteil vom 17. Dezember 1991, T-6/89 – Enichem Anic, ECLI:EU:T:1991:74, Slg. 1991, II-1623, Rz. 237, 239, bestätigt durch EuGH, Urteil vom 8. Juli 1999, C-49/92 P – Anic Partecipazioni, ECLI:EU:C:1999:356, Slg. 1999, I-4125, Rz. 145.

⁸⁹ EuGH, Urteil vom 16. November 2000, C-286/98 P – Stora Kopparbergs Bergslags, ECLI:EU:C:2000:630, Slg. 2000, I-9925, Rz. 37-39; EuG, Urteil vom 17. Dezember 1991, T-6/89 – Enichem Anic, ECLI:EU:T:1991:74, Slg. 1991, II-1623, Slg. 1991, II-1623, Rz. 235 ff.; bestätigt durch EuGH, Urteil vom 8. Juli 1999, C-49/92 P – Anic Partecipazioni, ECLI:EU:C:1999:356, Slg. 1999, I-4125, Rz. 145.

⁹⁰ EuGH, Urteil vom 8. Juli 1999, C-49/92 P – Anic Partecipazioni, ECLI:EU:C:1999:356, Slg. 1999, I-4125, Rz. 145.

⁹¹ EuG, Urteil vom 14. Mai 1998, T-327/94 – SCA Holding, ECLI:EU:T:1998:96, Slg. 1998, II-1373, Rz. 61-69, bestätigt durch EuGH, Urteil vom 16. November 2000, C-297/98 P – SCA Holding, ECLI:EU:C:2000:633, Slg. 2000, I-10101, Rz. 23-32; zum umgekehrten Fall siehe EuG, Urteil vom 3. März 2011, T-122/07 – Siemens, ECLI:EU:T:2011:70, Slg. 2011, II-793, Rz. 139 ff.

⁹² EuGH, Urteil vom 16. November 2000, C-279/98 P – Cascades, ECLI:EU:C:2000:626, Slg. 2000, I-9693, Rz. 75 ff.; EuGH, Urteil vom 16. November 2000, C-297/98 P – SCA Holding, ECLI:EU:C:2000:633, Slg. 2000, I-10101, Rz. 27-29. Die EU-Kommission hat Ermessen, ob sie neben der Tochtergesellschaft ihre ehemalige Mutter zur Haftung heranzieht; vgl. EuGH, C-125/07 P – Erste Group Bank, ECLI:EU:C:2009:576, Slg. 2009, I-1843, Rz. 81 f.

fortsetzt.⁹³ Wenn die neue Muttergesellschaft den Verstoß nicht fortsetzt, findet eine Zurechnung grundsätzlich nicht statt, und zwar auch dann nicht, wenn die neue Mutter den Verstoß der übernommenen Gesellschaft kannte.⁹⁴

51. Eine Zurechnung nach dem Grundsatz der wirtschaftlichen Kontinuität ist aber auch zu einer neuen Muttergesellschaft möglich, wenn die Tochtergesellschaft, welche die Zuwiderhandlung begangen hat, rechtlich oder wirtschaftlich nicht mehr besteht (vgl. oben Tz. 48).⁹⁵ Voraussetzung ist dafür jedoch grundsätzlich, dass zwischen der an der Zuwiderhandlung beteiligten wirtschaftlichen Tochtergesellschaft und ihrem wirtschaftlichem Nachfolger eine strukturelle Verbindung fortbesteht.⁹⁶ Diese muss nach dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit die Annahme zulassen, dass die beiden Gesellschaften ein einheitliches Unternehmen bilden.⁹⁷ Dazu hat der Europäische Gerichtshof im vorigen Jahr klargestellt, dass der Zeitpunkt, zu dem die strukturelle Verbindung zwischen dem übertragenden und dem übernehmenden Unternehmen bestehen muss, der Zeitpunkt der Übertragung selbst ist.⁹⁸

52. Daneben ist eine Zurechnung in der Vergangenheit nur in eng auszulegenden Ausnahmefällen bejaht worden.⁹⁹ Eine solche Zurechnung erfolgte z. B. infolge einer Haftungsübernahmerklärung des Erwerbers, allerdings unter Betonung der besonderen Umstände des Einzelfalls.¹⁰⁰ Sie mag ferner in Betracht kommen, wenn Vermögenswerte durch Machenschaften mit dem besonderen Ziel übertragen werden, sich der Haftung wegen eines Verstoßes gegen die Wettbewerbsregeln zu entziehen.¹⁰¹

53. In einer Situation, in der sich die Haftung der ehemaligen und der jetzigen Muttergesellschaft vollständig von der Haftung der Tochtergesellschaft ableitet, gilt im Übrigen, dass die Gesamtsumme der gegen die Muttergesellschaften festgesetzten Geldbuße nicht den Betrag übersteigen darf, der gegen die Tochtergesellschaft festgesetzt wird.¹⁰² Der Grund hierfür ist, dass die Inanspruchnahme der Muttergesellschaft abgeleitet und akzessorisch zu der der Tochtergesellschaft ist.¹⁰³ Hinsichtlich der Zu- und Abschläge beim Bußgeld, die zu Ahndungs- oder Abschreckungszwecken erfolgen, kann zudem zwischen den belangten Unternehmensteilen zu differenzieren sein.¹⁰⁴

54. Bei der Bestimmung des Grundbetrags für die Geldbuße, die einer Muttergesellschaft eines Gemeinschaftsunternehmens auferlegt wird, können die Umsätze zwischen diesen beiden Gesellschaften jedenfalls dann berücksichtigt

⁹³ EuG, Urteil vom 11. März 1999 – T-134/94 – NMH Stahlwerke, ECLI:EU:T:1999:44, Slg. 1999, II-239, Rz. 34.

⁹⁴ EuGH, Urteil vom 16. November 2000, C-186/98 P – Stora Kopparbergs Bergslags, ECLI:EU:C:2000:630, Slg. 2000, I-9925, Rz. 39.

⁹⁵ EuGH, Urteil vom 18. Dezember 2014, C-434/13 P – Parker Hannifin, ECLI:EU:C:2014:2456, Rz. 40 ff. (wo allgemeiner von „Einrichtungen“ als von Tochtergesellschaften gesprochen wird); siehe auch EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2007, C-280/06 – Autorità Garante della Concorrenza/ETI u. a., ECLI:EU:C:2007:775, Slg. 2007, I-10893, Rz. 40-42.

⁹⁶ EuGH, Urteil vom 7. Januar 2004, C-204/00 P u. a. – Aalborg Portland, ECLI:EU:C:2004:6, Slg. 2004, I-123, Rz. 344, 355 ff. (gesellschaftsrechtliche Verflechtung); Urteil vom 11. Dezember 2007, C-280/06 – Autorità Garante della Concorrenza/ETI u. a., ECLI:EU:C:2007:775, Slg. 2007, I-10893, Rz. 48 f. (gleiche staatliche Kontrolle); ferner EuG, Urteil vom 11. März 1999, T-134/94 – NMH Stahlwerke, ECLI:EU:T:1999:44, Slg. 1999, II-239, Rz. 5, 8, 36 ff. (gleiche Gesellschafter).

⁹⁷ EuGH, Urteil vom 18. Dezember 2014, C-434/13 P – Parker Hannifin, ECLI:EU:C:2014:2456, Rz. 51.

⁹⁸ EuGH, Urteil vom 18. Dezember 2014, C-434/13 P – Parker Hannifin, ECLI:EU:C:2014:2456, Rz. 49 f.

⁹⁹ Zur engen Anwendung von Ausnahmen EuG, Urteil vom 13. Dezember 2001, T-45/98 – Krupp Thyssen Stainless, ECLI:EU:T:2001:288, Slg. 2001, II-3757, Rz. 63, bestätigt durch EuGH, C-65/02, Rz. 82.

¹⁰⁰ EuGH, Urte. v. 29. 3. 2011 – C-352/09 P – Thyssen Krupp Nirosta, Slg. Slg. 2011, I-2359, Rz. 143-153; Urteil vom 14. Juli 2005, C-65/02 P u. a. – ThyssenKrupp Stainless, ECLI:EU:C:2005:454, Slg. 2005, I-6773, Rz. 81 f.

¹⁰¹ Offen EuGH, Urteil vom 8. Juli 1999, C-49/92 – Anic Partecipazioni, ECLI:EU:C:1999:356, Slg. 1999, I-4125, Rz. 146; siehe auch EuG, Urteil vom 20. März 2002, T-9/99 – HFB, ECLI:EU:T:2002:70, Slg. 2002, II-1487, Rz. 107.

¹⁰² EuGH, Urteil vom 10. April 2014, C-247/11 P – Areva, ECLI:EU:C:2014:257, Rz. 137 f.; anders außerhalb von Fällen der Rechtsnachfolge, vgl. EuGH, Urteil vom 26. November 2013, C-50/12 P – Kendrion, ECLI:EU:C:2013:771, Rz. 56, 58; EuGH, Urteil vom 19. Juni 2014, C-243/12 P – FLS Plast, ECLI:EU:C:2014:2006, Rz. 106 f.

¹⁰³ EuGH, Urteil vom 22. Januar 2013, C-286/11 P – Tomkins, ECLI:EU:C:2013:29, Rz. 33 ff., insb. Rz. 39; Urteil vom 17. September 2015, C-597/13 P – Total, ECLI:EU:C:2015:613, Rz. 38 ff.

¹⁰⁴ EuGH, Urteil vom 4. September 2014, C-408/12 P – YKK, ECLI:EU:C:2014:2153, Rz. 60 ff., 84 ff., insb. Rz. 89 ff.

werden, wenn die Mutter und das Gemeinschaftsunternehmen keine wirtschaftliche Einheit bilden. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Preise für Lieferungen an die Mutter kartellbedingt überhöht waren.¹⁰⁵

55. Eine weitere Komplikation stellt es für die Haftungszuweisung dar, wenn in Fällen der Rechtsnachfolge über den bußgelderhöhenden Umstand einer Wiederholungstäterschaft zu entscheiden ist. Nach der Rechtsprechung ist es insofern möglich, die Verstöße verschiedener Tochtergesellschaften, die durch dieselbe Muttergesellschaft kontrolliert werden, derselben wirtschaftlichen Einheit zuzurechnen.¹⁰⁶ Dagegen kommt eine Bußgelderhöhung wegen Wiederholungstäterschaft grundsätzlich nicht in Betracht, wenn eine in anderem Zusammenhang sanktionierte Muttergesellschaft die Kontrolle über eine Tochtergesellschaft erlangt, die ihre Zuwiderhandlung zur Zeit des Erwerbs nicht länger fortsetzt.¹⁰⁷

3.3 Verteidigungsrechte im Bußgeldverfahren

56. Die materielle Haftung der wirtschaftlichen Einheit nach dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit wird im Verfahren durch ein Bündel von Verteidigungsrechten ergänzt. Dabei handelt es sich jedoch nicht um Rechte der wirtschaftlichen Einheit, sondern um Rechte, die mit Verfahrenseröffnung für die juristischen Personen (z. B. Konzerngesellschaften) entstehen, die von der Europäischen Kommission nach Art. 23 VO 1/2003 als Adressaten einer Bußgeldentscheidung bestimmt worden sind.

57. Als Grundlage dieser Verteidigungsrechte werden von der europäischen Rechtsprechung allgemeine Rechtsgrundsätze wie der Grundsatz individueller Verantwortlichkeit, das Rechtsstaatsprinzip und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz herangezogen.¹⁰⁸ Die Verteidigungsrechte umfassen beispielsweise den Schutz gegen unverhältnismäßige und willkürliche Eingriffe, die Grundsätze der Waffengleichheit und der individuellen Straf- und Sanktionsfestsetzung, die Unschuldsvermutung in ihrer verfahrensrechtlichen Ausprägung (Selbstbelastungsverbot) und einen allgemeinen Grundsatz der Aussagefreiheit.¹⁰⁹

58. Nach diesen Grundsätzen hat ein wegen eines Kartellverstoßes in Anspruch genommener Unternehmensteil jedoch nur ein beschränktes Aussageverweigerungsrecht im Verfahren. So darf die Kartellbehörde ihm zwar nicht die Verpflichtung auferlegen, Antworten zu erteilen, durch die es das Vorliegen einer von der Behörde nachzuweisenden Zuwiderhandlung eingestehen müsste. Allerdings ist die Behörde befugt, das Unternehmen zu verpflichten, sonstige Auskünfte zu erteilen und alle erforderlichen Schriftstücke, die in seinem Besitz sind und sich auf relevante Tatsachen beziehen, zu übermitteln.¹¹⁰

¹⁰⁵ EuGH, Urteil vom 23. April 2015, C-227/14 P – LG Display, ECLI:EU:C:2015:258, Rz. 55-64, insb. Rz. 60 f.

¹⁰⁶ EuGH, Urteil vom 5. März 2015, C-93/13 P und C-123/13 P – Versalis und Eni, ECLI:EU:C:2015:150, Rz. 92 ff.; EuG, Urteil vom 30. September 2003, T-203/01 – Michelin, Slg. 2003, II-4071, Rz. 290.

¹⁰⁷ EuG, Urteil vom 30. September 2009, T-168/05 – Arkema, ECLI:EU:T:2009:367, Slg. 2009, II-180, Rz. 198 ff., bestätigt durch EuGH, Urteil vom 29. September 2011, C-520/09 – Arkema, ECLI:EU:C:2011:619, Slg. 2011, I-8901.

¹⁰⁸ EuGH, Urteil vom 10. April 2014, C-247/11 P – Areva, ECLI:EU:C:2014:257, Rz. 126-131; Urteil vom 10. April 2014, C-231/11 P bis C-233/11 P – Siemens Österreich, ECLI:EU:C:2014:256, Rz. 52 – dazu auch EuG, Urteil vom 3. März 2011, T-122 bis 124/07 – Siemens Österreich, ECLI:EU:T:2011:70, Slg. 2011, II-793, Rz. 122 ff.; EuGH, Urteil vom 18. Oktober 1989, 374/87 – Orkem, ECLI:EU:C:1989:387, Slg. 1989, 3283, Rz. 30-35; Urteil vom 8. Juli 1999, C-49/92 P – Anic Partecipazioni, ECLI:EU:C:1999:356, Slg. 1999, I-4125, Rz. 93, 96 f.; siehe auch EuGH, Urteil vom 18. Juni 1991, C-260/89 – ERT, ECLI:EU:C:1991:254, Slg. 1991, I-2925, Rz. 41; C-199/92 P – Hüls, ECLI:EU:C:1999:358, Slg. 1999, I-4287, Rz. 149 f.; Urteil vom 22. Oktober 2002, C-94/00 – Roquette Frères, ECLI:EU:C:2002:603, Slg. 2002, I-9011, Rz. 22 ff.; EuG, Urteil vom 12. Oktober 2007, T-474/04 – Pergan, ECLI:EU:T:2007:306, Slg. 2007, II-4225, Rz. 76.

¹⁰⁹ EuGH, Urteil vom 21. September 1989, 46/87 – Farbwerke Hoechst, ECLI:EU:C:1989:337, Slg. 1989, 2859, Rz. 19 (Schutz gegen willkürliche/unverhältnismäßige Eingriffe); Urteil vom 18. Juli 2013, C-501/11 P – Schindler, ECLI:EU:C:2013:522, Rz. 108 (Waffengleichheit); Urteil vom 10. April 2014, C-231/11 P bis C-233/11 P – Siemens Österreich, ECLI:EU:C:2014:256, Rz. 52 (individuelle Straf- und Sanktionsfestsetzung); Urteil vom 16. November 2000, C-294/98 P – Metsä-Serla, ECLI:EU:C:2000:632, Slg. 2000, I-10065, Rz. 27-29 (Unschuldsvermutung); Urteil vom 18. Oktober 1989, 374/87 – Orkem, ECLI:EU:C:1989:387, Slg. 1989, 3283, Rz. 30-35 (Aussagefreiheit).

¹¹⁰ EuGH, Urteil vom 18. Oktober 1989, 374/87 – Orkem, ECLI:EU:C:1989:387, Slg. 1989, 3283, Rz. 34 f.; Urteil vom 29. Juni 2006, C-301/04 P – SGL Carbon, ECLI:EU:C:2006:432, Slg. 2006, I-5915, Rz. 33 ff.; siehe auch Schuler, JR 2003, S. 265 (269) mit Verweis auf die weitere relevante EU- und EGMR-Rechtsprechung.

59. Andererseits ist das Vorbringen verschiedener Rechtsträger, die zu derselben wirtschaftlichen Einheit gehören, diesen Rechtsträgern zur Unterstützung ihrer Verteidigung vor Gericht wechselseitig zurechenbar. Dies gilt aber nur, wenn sie jeweils zulässige Klage erhoben hatten.¹¹¹

60. Bei der Zurechnung von Kronzeugenanträgen zur Muttergesellschaft soll es nach Ansicht der Europäischen Kommission hingegen darauf ankommen, ob die Muttergesellschaft selbst am Kartell beteiligt war. In diesem Fall muss sie einen eigenen Antrag stellen oder dem Antrag der Tochter zumindest beitreten.¹¹² Wenn die Mutter nicht beteiligt war, genügt dagegen ein Antrag der Mutter oder Tochter; letzterer jedenfalls, wenn die Mutter 100 Prozent der Anteile hält.¹¹³ Ähnliche Grundsätze gelten für die Mütter eines Gemeinschaftsunternehmens.¹¹⁴ Im Übrigen können mehrere konzernverbundene Gesellschaften einen Antrag auch gemeinsam stellen.¹¹⁵ In Fällen der Rechtsnachfolge differenziert die Europäische Kommission danach, ob die betreffenden Gesellschaften kooperieren und in welchem Umfang sie haften.¹¹⁶

61. In Fällen der Rechtsnachfolge und einer möglichen Wiederholungstäterschaft ist schließlich sicherzustellen, dass die in Anspruch genommene Gesellschaft zumindest in dem Verfahren wegen der Wiederholungstat ihre Verteidigungsrechte in Bezug auf das Bestehen einer wirtschaftlichen Einheit zur Zeit der Vortat wahrnehmen kann.¹¹⁷ Die Kartellbehörde muss zudem in ihrer Entscheidung darlegen, in welcher Eigenschaft und in welchem Umfang eine in Anspruch genommene Muttergesellschaft an der vorausgegangenen Zuwiderhandlung beteiligt war.¹¹⁸

3.4 Keine Verletzung fundamentaler Rechtsgrundsätze

62. Die Bestimmung des persönlichen Haftungsumfangs nach dem europäischen Recht ist von Seiten des Schrifttums und der anwaltlichen Praxis in Deutschland seit langem Einwänden ausgesetzt.¹¹⁹ Diese sind aus Sicht der Monopolkommission jedoch unbegründet.

63. Die erhobenen Einwände lassen sich wie folgt zusammenfassen: Der Europäischen Kommission und den europäischen Gerichten wird vorgeworfen, bei der Auferlegung von Kartellbußen bzw. bei der Verurteilung von Rechtsträgern wegen ihnen zugerechneter Kartellzuwiderhandlungen elementare Rechtsgrundsätze zu verletzen, namentlich rechtsstaatliche Grundsätze (insb. die Prinzipien der Gesetzlichkeit, der Rechtsklarheit und den Schuldgrundsatz) und das „gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip“. Zumindest genügten die Kommissionspraxis und die Rechtsprechung nicht

¹¹¹ EuGH, Urteil vom 22. Januar 2013, C-286/11 – Tomkins, ECLI:EU:C:2013:29, Rz. 43 ff.

¹¹² EU-Kommission, Entscheidung vom 17. Dezember 2002, 37.667 – Spezialgraphit, Rz. 85, 87, 536; siehe dazu EuGH, Urteil vom 10. Mai 2007, C-328/05 – SKL Carbon, ECLI:EU:C:2007:277, Slg. 2007, I-3921.

¹¹³ EU-Kommission, Entscheidung vom 5. Dezember 2001, Luxemburgische Brauereien, ABl. L 253 vom 21. September 2002, S. 21, Rz. 102 ff. (Antrag der Mutter); EU-Kommission, Entscheidung vom 19. Januar 2005, 37.773 – MCE, Rz. 332; Entscheidung vom 10. Dezember 2003, 37.857 – Organische Peroxide, Rz. 513; Entscheidung vom 31. Mai 2006, 38.645 – Acrylgas, Rz. 276 (Antrag der Tochter).

¹¹⁴ Vgl. z. B. EU-Kommission, Entscheidung vom 21. Dezember 2005, 38.443 – Kautschukchemikalien, Tz. 46, 352 ff.

¹¹⁵ EU-Kommission, Entscheidung vom 3. September 2004, 38.069 – Kupfer-Installationsrohre, Rz. 88, 799; Entscheidung vom 20. Dezember 2006, 39.234 – Legierungszuschlag, Rz. 11 f.; Entscheidung vom 21. Dezember 2005, 38.443 – Kautschukchemikalien, Rz. 46, 352 ff.

¹¹⁶ Ausführlich Zimmer/Paul, WuW 2007, S. 970 (978 ff.), mit Nachweisen.

¹¹⁷ EuGH, Urteil vom 5. März 2015, C-93/13 P und C-123/13 P – Versalis und Eni, ECLI:EU:C:2015:150, Rz. 93, 97.

¹¹⁸ EuG, Urteil vom 13. Juli 2011, T-59/07 – Polimeri Europa, ECLI:EU:T:2011:361, Slg. 2011, II-4687, Rz. 298 ff.; siehe aber auch EuGH, Urteil vom 13. Juni 2013, C-511/11 P – Versalis, ECLI:EU:C:2013:386, Rz. 39 ff.

¹¹⁹ Beispielsweise Achenbach, ZWeR 2009, S. 3 (8 f.); Kling, WRP 2010, S. 505 (510 f.); Voet van Vormidzeele, WuW 2010, S. 1008 (1018 ff.); Steinle, EWS 2004, S. 118 (123); Schwarze/Bechtold/Bosch, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft, Gutachten vom September 2008, http://ec.europa.eu/competition/consultations/2008_regulation_1_2003/gleiss_lutz_de.pdf, Abruf am 22. Oktober 2015, insb. S. 48 ff.; Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, 3. Aufl., München 2014, Art. 101 AEUV, Rz. 39; Stockenhuber in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Band II, EL 47 (April 2012), Art. 101 AEUV Rz. 78; Dannecker/Biermann in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 2, 5. Aufl., München 2012, Vor Art. 23 VO 1/2003, Rz. 80, 99, 105; Kindhäuser/Meyer in: Frankfurter Kommentar Kartellrecht, FK Lfg. 77 (Oktober 2012), AEUV Art. 101 Bußgeldrechtliche Folgen, Rz. 170 f., 173, 175.

den Anforderungen von Rechtsstaatlichkeit und schuldangemessener Strafe nach deutscher Prägung. Diese Einwände werden nicht selten im Zusammenhang mit einer allgemeinen Kritik an der europäischen Entscheidungspraxis zum sachlichen Haftungsumfang (Bußgeldbemessung) erhoben, einer freilich zu trennenden und hier nicht geprüften Problematik.¹²⁰

64. Allerdings liegen Defizite bezüglich elementarer Rechtsgrundsätze nicht schon deshalb vor, weil die Grundsätze zur Kartellhaftung im EU-Recht von denen des deutschen Rechts abweichen. Die erhobenen Einwände basieren zumeist nicht auf einer eigenständigen Auslegung des EU-Rechts, sondern gehen vom deutschen Rechtsverständnis aus, insbesondere von der Prämisse, dass für die Haftung wegen einer Kartellzuwiderhandlung gemäß Art. 101 AEUV ein durch das nationale Recht bestimmter Rechtsträger anstelle der wirtschaftlichen Einheit (Funktionsträger) maßgeblich sein müsse.

65. Eine vom deutschen Rechtsverständnis ausgehende Einordnung der europäischen Entscheidungspraxis ist jedoch verfehlt.¹²¹ Das EU-Recht ist eine autonome Rechtsordnung.¹²² Ein Gleichlauf von europäischen und nationalen Rechtsprinzipien kann daher nicht von vornherein unterstellt werden.

66. Das europäische Recht unterscheidet sich nach den Ausführungen in den obigen Abschnitten vom deutschen Recht vor allem im dogmatischen Ansatz:

- Die europäischen Gerichte gehen in materieller Hinsicht zunächst von der Haftung eines Unternehmens als (tatsächlicher) wirtschaftlicher Einheit aus und leiten dessen (rechtliche) Verantwortung aus dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit ab. Dem entspricht dann der Schutz der wirtschaftlichen Einheit vor einer Haftung für ihr nicht zurechenbare Zuwiderhandlungen. Hinzu tritt ein Schutz der Verteidigungsrechte der Adressaten einer Bußgeldentscheidung im Verfahren.
- Das deutsche Recht geht hingegen zunächst vom Schutz der Grundrechtsträger gegen Rechtseingriffe aus. Dieser Schutz gilt auch zugunsten juristischer Personen (Art. 19 Abs. 3 GG). Als Gegenstück zu dem rechtlichen Schutz wird auch die (rechtliche) Verantwortung den juristischen Personen zugewiesen, aus denen eine (tatsächliche) wirtschaftliche Einheit besteht. Parallel hierzu sind die juristischen Personen im Verfahren geschützt.

Das europäische Recht geht somit von der Haftung aus und anerkennt einen Schutz wesentlicher Rechte, der letztlich den hinter dem Unternehmen stehenden natürlichen Personen zukommt. Das deutsche Recht geht insoweit den umgekehrten Weg. Aus diesen dogmatischen Unterschieden folgt aber noch nicht, dass der europäische Ansatz zu einer ungerechtfertigten Haftung oder gravierenden Rechtsschutzdefiziten führen muss.

67. Die erhobenen Einwände beziehen sich primär auf die von der europäischen Rechtsprechung entwickelte Auslegung des Unternehmens als wirtschaftlicher Einheit, ohne Berücksichtigung seiner rechtlichen Organisation. Diese rechtliche Organisation beruht indessen auf dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten. Eine einfache Übernahme solcher nationalen Rechtsprinzipien würde die einheitliche und gleiche Wirksamkeit des EU-Rechts beeinträchtigen.¹²³ Für die autonome Auslegung des europäischen Rechts können sich etwaige Grenzen aus dem deutschen Recht allenfalls ergeben, soweit der Kernbereich verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgrundsätze berührt ist. Dies kann jedoch bei Abweichungen des EU-Rechts vom deutschen Recht nicht ohne Weiteres unterstellt werden.

¹²⁰ Siehe hierzu aber noch unten Tz. 164 ff. Speziell zur Bußgeldbemessung Schwarze, WuW 2009, S. 6; Bürger, WuW 2011, S. 130 (135). Zu weiteren Streitfragen im Rahmen des Kartellbußgeldrechts, die über die Problematik des persönlichen Haftungsumfangs hinausgehen, siehe etwa Schwarze, a. a. O., S. 10, und Schwarze/Bechtold/Bosch (Fn. 119), S. 6, 26 f. (beschränkte Überprüfung von Kommissionsentscheidungen); Möschel, WuW 2010, S. 869 und in: Kronberger Kreis, Reform der Geldbußen im Kartellrecht überfällig, Heft 54, Berlin 2012, S. 12 ff. (Gewaltenteilung/gesetzlicher Richter; dazu auch EGMR, Entscheidung vom 21. Februar 1984, 8544/79 – Öztürk/Deutschland, Z. 56; Entscheidung vom 2. September 1998, 5/1998/908/1120 – Kadubec/Slowakei, Z. 57).

¹²¹ Problematisch daher etwa Steinle, EWS 2004, S. 118 (123).

¹²² EuGH, Urteil vom 15. Juli 1964, 6/64 – Costa/ENEL, ECLI:EU:C:1964:34, Slg. 1964, 1251 (1269 f.).

¹²³ Vgl. EuGH, Urteil vom 17. Dezember 1970, 11/70 – Internationale Handelsgesellschaft mbH, ECLI:EU:C:1970:114, Slg. 1970, 1125, Rz. 9 und Urteil vom 13. Dezember 1979, 44/79 – Hauer, ECLI:EU:C:1979:290, Slg. 1979, 3727, Rz. 14.

68. Anders als im deutschen Recht gibt es im übernationalen – und damit auch im europäischen Recht – keine einheitlichen juristischen Grundsätze zur Zuweisung wirtschaftlicher Verantwortlichkeiten.¹²⁴ Das ist auch hinsichtlich der Haftung für Kartellverstöße nicht der Fall. Die europäischen Gerichte haben die Haftung für Kartellverstöße nach Art. 101 AEUV vielmehr aus dem in dieser Vorschrift verwendeten Begriff des „Unternehmens“ entwickelt. Aus dieser Auslegung von Art. 101 AEUV ergibt sich ein Gleichklang zwischen Zuwiderhandlung (Tatbestand) und Haftung (Rechtsfolge).

69. Dass der Unternehmensbegriff in Schrifttum und Anwaltschaft aus dem deutschen Recht abgeleitet wird, lässt sich auf ein verbreitetes Fehlverständnis der europäischen Rechtsprechung zurückführen. Diese Rechtsprechung wurde in den letzten Jahren nicht selten so aufgefasst, dass im Rahmen der materiellen Haftung zwischen dem Verstoß gegen Art. 101 AEUV und dessen Zurechnung zu trennen sei.¹²⁵ Das Konzept des „Unternehmens“ als einer wirtschaftlichen Einheit betreffe nur den Adressaten des Kartellverbots (Tatbestand) und nicht die regelmäßig in Art. 23 VO 1/2003 vertortete Haftungszurechnung (Rechtsfolge).¹²⁶ Soweit Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 das Handeln eines Unternehmens verlange, könne nichts anderes als ein bestimmter Rechtsträger gemeint sein, d. h. eine juristische Person.¹²⁷

70. Bei dieser Rechtsauffassung blieb allerdings offen, warum bei Anwendung von Art. 101 AEUV überhaupt im vorbeschriebenen Sinne zwischen Tatbestand und Rechtsfolge zu trennen sein sollte. Außerdem blieb offen, weshalb nur ein Rechtsträger im Sinne des nationalen Rechts materiell – und losgelöst von der formalen Verfahrensstellung – haftungsverantwortlich sein könne.

71. Die europäische Rechtsprechung ist in der Vergangenheit tatsächlich missverständlich gewesen, nicht zuletzt aufgrund des uneinheitlichen Gebrauchs der Begriffe „Gesellschaft“ und „Unternehmen“.¹²⁸ Darüber hinaus blieb lange unklar, was mit der vom Europäischen Gerichtshof gewählten Formulierung gemeint sei, das Verhalten einer Tochtergesellschaft sei ihrer Mutter „zuzurechnen“, was dann zur Haftung der Mutter führe.¹²⁹ Die voneinander abweichenden Formulierungen in Entscheidungen der Gerichte und der Europäischen Kommission führten schließlich sogar zu der Annahme, die Unionsorgane verträten unterschiedliche Ansätze.¹³⁰ Hierbei wurden offenbar jedoch die Gemeinsamkeiten der Entscheidungen übersehen.

72. Der Europäische Gerichtshof hat im vorigen Jahr nunmehr klargestellt, dass der Begriff des „Unternehmens“ als wirtschaftlicher Einheit einheitlich für die Frage der Zuwiderhandlung und für die Haftungszuweisung gilt.¹³¹ Damit bleibt kein Raum für die Annahme, es komme für die Frage der Haftung auf den Rechtsträger im Sinne des nationalen Rechts an.

73. Dem steht auch nicht entgegen, dass auch nach der europäischen Rechtsprechung eine „Zurechnung“ zu einzelnen Rechtsträgern (z. B. Muttergesellschaften) erfolgt. Denn hierbei geht es nur darum zu bestimmen, ob eine Gesellschaft zur wirtschaftlichen Einheit gehört und nicht darum, ob sie eigenständig – z. B. als Anstifter oder Teilnehmer – haftet.

¹²⁴ Kindhäuser/Meyer in: Frankfurter Kommentar Kartellrecht, FK Lfg. 77 (Oktober 2012), AEUV Art. 101 Bußgeldrechtliche Folgen, Rz. 20.

¹²⁵ So immer noch Roth/Ackermann in: Frankfurter Kommentar Kartellrecht, FK Lfg. 67 (Januar 2009), Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG, Rz. 109, 23. Teilweise wird nun angenommen, der EuGH habe seine Rechtsprechung geändert; Kindhäuser/Meyer in: Frankfurter Kommentar Kartellrecht, FK Lfg. 77 (Oktober 2012), AEUV Art. 101 Bußgeldrechtliche Folgen, Art. 162 f.

¹²⁶ Vgl. Achenbach, ZWeR 2009, S. 3 (8); genau umgekehrt jedoch Steinle, EWS 2004, S. 118 (121: wirtschaftliche Einheit sei nur Zurechnungsgrund und habe nichts mit dem Unternehmensbegriff zu tun).

¹²⁷ Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, 3. Aufl., München 2014, Art. 101 AEUV, Rz. 39.

¹²⁸ So richtig Braun/Kellerbauer, NZKart 2015, S. 175 (176).

¹²⁹ Vgl. nur EuGH, Urteil vom 10. April 2014, C-231/11 P u. C-233/11 P – Siemens Österreich, ECLI:EU:C:2014:256, Rz. 46; Urteil vom 8. Mai 2013, C-508/11 P – Eni, ECLI:EU:C:2013:289, Rz. 46; Urteil vom 3. Mai 2012, C-289/11 P – Legris Industries, ECLI:EU:C:2012:270, Rz. 45; Urteil vom 29. September 2011, C-521/09 P – Elf Aquitaine, ECLI:EU:C:2011:620, Slg. 2011, I-8947, Rz. 54 f.; Urteil vom 20. Januar 2011, C-90/09 P – General Química, ECLI:EU:C:2011:21, Slg. 2011, I-1, Rz. 37; Urteil vom 10. September 2009, C-97/08 P – Akzo Nobel, ECLI:EU:C:2009:536, Slg. 2009, I-8237, Rz. 58.

¹³⁰ So etwa Koch, ZHR 171, S. 554 (556 ff.) (2007); Kling, WRP 2010, S. 506 (509 ff.); Meyring, WuW 2010, S. 157 (165 f.).

¹³¹ Siehe oben Tz. 27.

Deshalb wird auch nur das Verhalten und nicht die Verantwortlichkeit für die Zuwiderhandlung zugerechnet.¹³² Präziser gesprochen wird ohnehin nur das Verhalten der Mitarbeiter zugerechnet, denn eine Gesellschaft bzw. ein Unternehmen kann nicht handeln.¹³³

74. Ebenso wenig ist ein rechtlicher Unternehmensbegriff nach Maßgabe des nationalen Rechts erforderlich, um konzerninterne und -externe Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen von Art. 101 AEUV konsistent behandeln zu können. So soll die wirtschaftliche Selbstständigkeit des Unternehmensträgers nach angeblich herrschender Meinung gar kein konstitutives Merkmal des Unternehmensbegriffs sein. Dies sei der Grund dafür, dass auch wirtschaftlich unselbstständige Konzerngesellschaften als wirtschaftliche Einheiten angesehen werden könnten.¹³⁴ Der Europäische Gerichtshof hat eine vergleichbare Rechtsauslegung des Gerichts allerdings bereits mit Hinweis darauf verworfen, dass es allein ausschlaggebend sei, ob die betreffenden Rechtsträger ein einziges Unternehmen im Sinne von Art. 101 AEUV bilden oder nicht.¹³⁵ Das heißt, auch bei konzerninternen Wettbewerbsbeschränkungen kommt es letztlich darauf an, ob die Konzerngesellschaften auf dem Markt als wirtschaftliche Einheit agieren.

75. Es ist auch nicht aufgrund des bisweilen angeführten „gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzips“ erforderlich, die Rechtsträger, aus denen ein Unternehmen besteht, bei der Bestimmung der haftenden Unternehmensteile zu berücksichtigen. Das genannte Trennungsprinzip soll eine Haftung nur für die im Außenverhältnis unmittelbar verantwortliche juristische Person vorsehen.¹³⁶

76. Das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip ist nach Stimmen im Schrifttum auch auf EU-Ebene anerkannt.¹³⁷ Die vom Gesellschaftsrecht gewährte Organisationsautonomie soll insofern ein Grundprinzip des Gesellschaftsrechts darstellen. Das Fehlen einer Durchgriffshaftung sei ein kennzeichnendes Merkmal der meisten Gesellschaftsrechtsordnungen in den Mitgliedstaaten. Das gesellschaftsrechtliche Interesse an der Möglichkeit zur Risikobegrenzung im Konzern könne nicht mittels des Kartellrechts überspielt werden und setze sich somit auch gegenüber dem Interesse an einer effektiven Kartellverfolgung durch.¹³⁸

77. Die dargestellte Argumentation stellt maßgeblich auf die Zugehörigkeit von rechtlich selbstständigen Gesellschaften zu einem Konzern ab. Sie tut dies jedoch nicht, um die kartellrechtliche Haftung der Gesellschaften als Unternehmensteile zu begründen, sondern vielmehr um im Gegenteil zu begründen, weshalb eine Haftung der betreffenden Gesellschaften gerade nicht in Betracht kommen soll.

78. Eine solche Argumentation steht und fällt freilich ebenfalls mit der Annahme, das europäische Kartellrecht gehe vom Rechtsträgerprinzip aus. Die kartellrechtliche Verantwortlichkeit nach Art. 101 AEUV trifft nach dem Wortlaut des Ver-

¹³² EuGH, Urteil vom 10. September 2009, C-97/08 P – Akzo Nobel, ECLI:EU:C:2009:536, Slg. 2009, I-8237, Rz. 57 f., 77.

¹³³ Dazu EuGH, Urteil vom 7. Juni 1983, 100-103/80 – Musique Diffusion Francaise, ECLI:EU:C:1983:158, Slg. 1983, 1825, Rz. 97 f.; EuG, Urteil vom 8. September 2010, T-29/05 – Deltafina, ECLI:EU:T:2010:355, Slg. 2010, II-4077, Rz. 140 ff.; Urteil vom 29. April 2004, T-236/01 u. a. – Tokai Carbon, ECLI:EU:T:2004:118, Slg. 2004, II-1181, Rz. 308; ferner EuGH, Urteil vom 16. September 2002, C-22/98 – Becu, ECLI:EU:C:1999:419, Slg. 1999, I-5665, Rz. 26 (aus grundfreiheitenrechtlicher Sicht).

¹³⁴ Stockenhuber in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, April 2012 EL 47, Art. 101 AEUV, Rz. 62; Hermann in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., München 2015, Einl. Rz. 1004.

¹³⁵ EuGH, Urteil vom 11. Juli 2013, 72. C-440/11 P – Stichting, ECLI:EU:C:2013:514, Rz. 44 f. unter Zurückweisung des Prüfungsansatzes in EuG, Urteil vom 16. Juni 2011, T-208/08 – Gosselin und Stichting, ECLI:EU:T:2011:287, Slg. 2011, II-3639, ECLI:EU:T:2011:287, Rz. 39 ff. Zur Anwendung von Art. 101 AEUV auf konzerninterne Wettbewerbsbeschränkungen siehe weiter EuGH, Urteil vom 31. Oktober 1974, 15/74 – Centrafarm, ECLI:EU:C:1974:114, Slg. 1974, 1147, Rz. 41; anders Urteil vom 24. Oktober 1996, C-73/95 P – Viho, ECLI:EU:C:1996:405, Slg. 1996, I-5457, Rz. 15-17.

¹³⁶ Dannecker/Biermann in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 2, 5. Aufl., München 2012, Vor Art. 23 VO 1/2003, Rz. 105; Voet van Vormizeele, WuW 2010, S. 1008 (1014 ff., insb. 1018 ff.); von Hülsen/Kasten, NZKart 2015, S. 296 (302).

¹³⁷ Voet van Vormizeele, WuW 2010, S. 1008 (1015), unter Verweis auf Art. 1 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 2157/01 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. L 294 vom 10. November 2001, S. 1; Art. 3 Abs. 1 lit. b des Vorschlags vom 25. Juni 2008 für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft, KOM(2008) 396 endg.

¹³⁸ Voet van Vormizeele, WuW 2010, S. 1008 (1008, 1014 ff.); ähnlich Schwarze/Bechtold/Bosch (Fn. 119), S. 49, 81 und Bosch, ZWeR 2012, S. 368 (374 f.: Mitgliedstaaten bestimmen über Durchgriffshaftung).

trags jedoch das „Unternehmen“. Eine Durchbrechung des Trennungsprinzips läge in Bezug auf die durch Entscheidung als Haftungsadressaten bezeichneten Rechtsträger außerdem nur vor, wenn diese aus demselben Rechtsgrund haftbar gemacht werden. Das ist bei genauerer Betrachtung der verfahrensbeendenden Bußgeldentscheidung allerdings nicht der Fall. Denn die Adressaten werden zwar durch eine einheitliche Behördenentscheidung zur Verantwortung gezogen, diese Entscheidung löst aber für jeden Adressaten eine individuelle Haftung aus.

79. Daneben dürfte es zwar – wie das Schrifttum betont – zutreffen, dass die nationale Gesetzgebung über Freiräume in Bezug auf die zivilrechtliche Haftung von Konzerngesellschaften aufgrund von Verträgen und unerlaubten Handlungen (= zivilrechtlichen Delikten) verfügt. Das heißt jedoch nicht, dass sich diese Freiräume auch auf die aus Art. 101 AEUV abzuleitende bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens als wirtschaftlicher Einheit beziehen.

80. Diesem Befund entspricht es, dass der Europäische Gerichtshof auf Ebene des Unionsrechts bisher keinerlei Konkordanzproblem zwischen dem gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzip und der kartellrechtlichen Haftung des Unternehmens als wirtschaftlicher Einheit sieht.¹³⁹ Eine Notwendigkeit zur Beachtung des gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzips könnte sich für die Rechtsprechung auch allenfalls ergeben, soweit Art. 101 AEUV keine abschließende Regelung enthält. So können beispielsweise Ausnahmen vom Beihilfeverbot unter Umständen durch nationale Politiken gerechtfertigt werden (Art. 107 AEUV).¹⁴⁰ Das Kartellverbot in Art. 101 AEUV stellt jedoch eine abschließende Regelung dar.

81. Schließlich überzeugt es auch aus wettbewerbspolitischer Perspektive nicht, das Interesse der Gesellschafter an einer haftungsvereitelnden Konzernorganisation als Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung von Konzernen und Einzelgesellschaften heranzuziehen. Konzerne haben Einzelgesellschaften im Wirtschaftsverkehr als vorherrschende Organisationsform abgelöst.¹⁴¹ Die Beliebtheit von Konzernen unter den Marktteilnehmern ist aber kein Grund, die Durchsetzung berechtigter staatlicher Sanktionsinteressen gegenüber konzernzugehörigen Unternehmensteilen zurückzustellen.

82. Damit bleibt zu prüfen, ob und inwieweit fundamentale Rechtsschutzgarantien es erfordern, bei der Bestimmung des Umfangs der persönlichen Haftung das im nationalen Recht geltende Rechtsträgerprinzip zu berücksichtigen. Die europäische Rechtsprechung bezieht solche Rechtsschutzgarantien, soweit es um die Haftung nach Art. 101 AEUV geht, erneut auf das Unternehmen und nicht auf die ihm angehörenden Rechtspersonen. Das bedeutet in der Praxis, dass sich ein Unternehmen z. B. nicht ohne weiteres auf die Unverhältnismäßigkeit einer Geldbuße berufen kann, weil es insofern nicht auf die Belastung des in Anspruch genommenen Unternehmensteils, sondern auf die der ganzen wirtschaftlichen Einheit ankommt.¹⁴² Einzelne Unternehmensteile können sich als Entscheidungsadressaten effektiv auf die Rechtsschutzgarantien nur berufen, soweit es um Aspekte geht, die von ihrer Haftung für den Kartellverstoß losgelöst sind. Das betrifft namentlich den Schutz ihrer Verteidigungsrechte im Verfahren.¹⁴³

83. Der Ansatz der europäischen Rechtsprechung erscheint auf den ersten Blick nicht unbillig. Denn es ist zu bedenken, dass ein Unternehmen weder als Funktionsträger noch als Gesamtheit von Rechtsträgern handlungsfähig ist und dass es insoweit stets einer Zurechnung des Verhaltens von Unternehmensangehörigen bedarf. Dann erscheint es wegen der Trennung zwischen materieller Haftung und Vollstreckungshaftung nicht ohne Weiteres zwingend, die materielle Haftung für die Kartellzuwiderhandlung anstelle des Funktionsträgers einem oder mehreren Rechtsträgern zuzuweisen.

¹³⁹ Vgl. EuGH, Urteil vom 18. Juli 2013, C-501/11 P – Schindler, ECLI:EU:C:2013:522, Rz. 102.

¹⁴⁰ Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 25. November 2014, C(2014) 8786 final, SA.33995 (2013/C) (ex 2013/NN) – Deutschland (EEG), Tz. 174, 185, 215 und, speziell zur Abgrenzung der Kompetenzen, Tz. 234 (dort freilich zu Grundfreiheiten); vgl. auch Monopolkommission, XX. Hauptgutachten (Fn. 7), Tz. 107-110.

¹⁴¹ Voet van Vormizeele, WuW 2010, S. 1008 (1008).

¹⁴² EuGH, Urteil vom 18. Juli 2013, C-501/11 P – Schindler, ECLI:EU:C:2013:522, Rz. 167 ff., Urteil vom 21. September 2006, C-113/04 P – Technische Unie, ECLI:EU:C:2006:593, Slg. 2006, I-8873, Rz. 197 f.

¹⁴³ Siehe z. B. EuGH, Urteil vom 29. September 2011, C-521/09 P – Elf Aquitaine, ECLI:EU:C:2011:620, Slg. 2011, I-8947, Rz. 112 ff.

84. Andererseits ist jedoch anerkannt, dass die fundamentalen Rechtsschutzgarantien in Art. 47 ff. GRC und Art. 6 Abs. 1 und 2 EMRK auch einzelnen juristischen Personen zugutekommen.¹⁴⁴ Daher erscheint es ebenso wenig fernliegend zu argumentieren, dass die Behörden und Gerichte die Entscheidung, in der eine Kartellgeldbuße gegenüber einzelnen Rechtsträgern festgesetzt wird, eigenständig und umfassend an den jeweils einschlägigen Rechtsschutzgarantien zu messen haben.¹⁴⁵

85. Die europäischen Gerichte haben die Bedeutung der Unterscheidung zwischen Funktions- und Rechtsträgern bisher vor allem mit Blick auf die Zurechnung des Verhaltens zwischen unternehmenszugehörigen Gesellschaften geprüft. Diesbezüglich hat der Europäische Gerichtshof schon früh die Annahme zurückgewiesen, die Verschiedenheit der Rechtspersönlichkeiten könne verhindern, dass das Verhalten dieser Gesellschaften auf dem Markt für die Anwendung der Wettbewerbsregeln als Einheit angesehen werde.¹⁴⁶ Wenn die Zuwiderhandlung einer Tochtergesellschaft ihrer Muttergesellschaft zuzurechnen ist, kann man auch nach neuerer Rechtsprechung der europäischen Gerichte davon ausgehen, dass diese Gesellschaften während der Dauer der Zuwiderhandlung Teil derselben wirtschaftlichen Einheit waren und damit ein einziges Unternehmen im Sinne des EU-Wettbewerbsrechts gebildet haben.¹⁴⁷

86. Die Zurechnung des Verhaltens erfolgt somit, um festzustellen, ob einzelne Rechtsträger Teil des nach Art. 101 AEUV verantwortlichen Unternehmens sind. Sie erfolgt dagegen nicht zur Begründung der Haftung für eine Kartellzuwiderhandlung. Denn es ergibt sich wie gesagt schon unmittelbar aus Art. 101 AEUV, dass alle Teile des Unternehmens als wirtschaftlicher Einheit für die Zuwiderhandlung persönlich verantwortlich sind und dafür einzustehen haben.¹⁴⁸

87. Allerdings wird durchaus umgekehrt vom verantwortlichen Unternehmen die Haftung der einzelnen, in der kartellbehördlichen Entscheidung in Anspruch genommenen Rechtsträger abgeleitet. In diesem Zusammenhang prüfen die Gerichte, gegenüber welchen dem Unternehmen zugehörigen Adressaten die Bußgeldentscheidung nach Art. 23 VO 1/2003 einen vollstreckbaren Titel darstellt.¹⁴⁹

88. Die Haftungszuweisung zu einzelnen Rechtsträgern als Entscheidungsadressaten ist erforderlich, weil die Bußgeldentscheidung nach Art. 23 VO 1/2003 wegen der Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten nach mitgliedstaatlichem Recht vollstreckt wird. Eine Bußgeldentscheidung ist grundsätzlich nur dann als Titel auf mitgliedstaatlicher Ebene vollstreckbar, wenn sie an eine Rechtsperson gerichtet ist (vgl. Art. 299 Abs. 1 AEUV).¹⁵⁰

89. Die kartellbehördliche Entscheidung ist als Vollstreckungstitel jedoch zugleich ein eigenständiger Haftungsgrund. Das erklärt, weshalb die Entscheidungsadressaten sich auf ihre Verteidigungsrechte berufen können müssen, und zwar einschließlich der durch Art. 47 ff. GRC und Art. 6 Abs. 1 und 2 EMRK geschützten Rechte.¹⁵¹ Auch die Beschwerdepunkte

¹⁴⁴ Dazu siehe z. B. EuGH, Urteil vom 10. Juli 2003, C-20/00 und C-64/00 – Booker Aquaculture und Hydro Seafood, ECLI:EU:C:2003:397, Slg. 2003, I-7411, Rz. 65 ff.

¹⁴⁵ Vgl. Sura in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Band 2, 12. Aufl., Köln 2014, Art. 23 VO 1/2003, Rz. 11, wonach persönliche Verantwortlichkeit voraussetze, dass das Kartellvergehen natürlichen oder juristischen Person zuzurechnen sei.

¹⁴⁶ EuGH, Urteil vom 14. Juli 1972, 52/69 – Geigy, ECLI:EU:C:1972:73, Slg. 1972, 787, Rz. 45.

¹⁴⁷ EuGH, Urteil vom 10. April 2014, C-247/11 P – Areva, ECLI:EU:C:2014:257, Rz. 49 (wo allerdings missverständlich von „Unternehmen“ statt „Gesellschaften“ gesprochen wird).

¹⁴⁸ Siehe oben Tz. 27; ferner EuGH, Urteil vom 10. September 2009, C-97/08 P – Akzo Nobel, ECLI:EU:C:2009:536, Slg. 2009, I-8237, Rz. 56, 59 (nicht Zurechnung begründet Haftung, sondern Zugehörigkeit zur wirtschaftlichen Einheit); ähnlich Urteil vom 20. Januar 2011, C-90/09 P – General Química, ECLI:EU:C:2011:21, Slg. 2011, I-1, Rz. 38.

¹⁴⁹ EuGH, Urteil vom 10. September 2009, C-97/08 P – Akzo Nobel, ECLI:EU:C:2009:536, Slg. 2009, I-8237, Rz. 57; Urteil vom 10. April 2014, C-231/11 P u. C-233/11 P – Siemens Österreich, ECLI:EU:C:2014:256, Rz. 48, 51.

¹⁵⁰ Dazu EuG, Urteil vom 20. April 1999, T-305/94 u. a. – Limburgse Vinyl Maatschappij, Slg. 1999, II-931, Rz. 978. Es liegt jedoch im Ermessen der EU-Kommission, an welchen Haftungsadressaten sie die Entscheidung richtet; vgl. oben Fn. 92 und EuG, Urteil vom 1. April 1993, T-65/89 – BPB, ECLI:EU:T:1993:31, Slg. 1993, II-389 Rz. 154.

¹⁵¹ Siehe die Rechtsprechung in Fn. 144.

wegen einer möglichen Kartellzuwiderhandlung sind an diese Rechtsperson zu adressieren, um ihr eine Einlassung zu ermöglichen.¹⁵²

90. Demgegenüber setzt die betreffende Entscheidung nach europäischem Recht, um vollstreckbar zu sein, eine Zugehörigkeit zum kartellbefangenen Unternehmen nicht voraus. Sie setzt nicht einmal eine schuldhaftige Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV voraus.¹⁵³ Ebenso wenig ist dies nach deutschem Recht der Fall, soweit nationales Recht für die Durchführung der Vollstreckung maßgeblich ist.¹⁵⁴

91. Der Europäische Gerichtshof hat im vorigen Jahr infolgedessen – in Übereinstimmung mit dem oben Ausgeführten – herausgearbeitet, dass die persönliche Verantwortlichkeit des Unternehmens von den Fragen der Haftungszuweisung zu einer Rechtsperson abzugrenzen ist. Als Ausgangspunkt hat er wiederholt, dass ein Unternehmen als wirtschaftliche Einheit, wenn es gegen die Wettbewerbsregeln verstößt, nach dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit für diese Zuwiderhandlung einzustehen hat.¹⁵⁵ Eine derartige wirtschaftliche Einheit könne aus mehreren juristischen Personen bestehen, wie z. B. Tochter- und Muttergesellschaft, bei denen das Verhalten der Tochter ihrer Mutter zugerechnet werden könne.¹⁵⁶ In diesem Fall lägen Umstände vor, aufgrund derer:

„einer juristischen Person, die nicht Urheberin einer Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht ist, dennoch Sanktionen für die Zuwiderhandlung einer anderen juristischen Person auferlegt werden können [...]“¹⁵⁷

Im Einzelnen ist nach dieser Rechtsprechung aber zu unterscheiden: Einerseits gelte, dass die wirtschaftliche Einheit für die Zuwiderhandlung einzustehen hat.¹⁵⁸ Andererseits könne die Europäische Kommission innerhalb dieses Rahmens gemäß Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 der Muttergesellschaft die Haftung für die Zahlung der gegen ihre Tochtergesellschaft verhängten Geldbuße zuweisen.¹⁵⁹ Dabei ist es die Einheitlichkeit bzw. wechselseitige Abstimmung des Marktverhaltens der Gesellschaften, die es rechtfertige, jene Rechtssubjekte, die persönlich haftbar gemacht werden können, als Gesamtschuldner heranzuziehen.¹⁶⁰ Die Tatsache, dass die Entscheidung der Europäischen Kommission an die juristischen Personen zu richten ist, aus denen ein Unternehmen besteht, soll als „rein praktisches Erfordernis“ jedoch nicht bedeuten, dass:

„die Regeln und Grundsätze des Wettbewerbsrechts der Union nicht nur für das betreffende Unternehmen gelten, sondern auch für die juristischen Personen, aus denen es besteht.“¹⁶¹

Hinsichtlich dieser Haftung für die Zuwiderhandlung bleibe es vielmehr dabei, dass die Regeln des Wettbewerbsrechts der Union:

„nur das Unternehmen als solches und nicht die ihm angehörenden natürlichen oder juristischen Personen betreffen.“¹⁶²

¹⁵² EuGH, Urteil vom 7. Januar 2004, C-204/00 P u. a. – Aalborg Portland, ECLI:EU:C:2004:6, Slg. 2004, I-123, Rz. 60; Urteil vom 3. September 2009, C-322/07 P u. a. – Papierfabrik August Koehler, ECLI:EU:C:2009:500, Slg. 2009, I-7191, Rz. 38; Urteil vom 10. September 2009, C-97/08 P – Akzo Nobel, ECLI:EU:C:2009:536, Slg. 2009, I-8237, Rz. 57.

¹⁵³ Geismann in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Baden-Baden, 7. Aufl. 2015, Artikel 299 AEUV, Rz. 2-4.

¹⁵⁴ Vgl. Stöber in: Zöller, Zivilprozessordnung, 30. Auflage, Köln 2014, Vor § 704, Rz. 3, mit Verweis auf BVerfG, Beschluss vom 28. Januar 1970, 1 BvR 719/68 – Augstein, BVerfGE 28, 1 (8). Dort heißt es: „Die Art der Zwangsvollstreckung richtet sich, wie das Oberlandesgericht zu Recht ausgeführt hat, nach dem Inhalt des Titels und ist im übrigen von der materiellen Rechtmäßigkeit des vollstreckbaren Anspruchs gelöst.“

¹⁵⁵ EuGH, Urteil vom 10. April 2014, C-231/11 P u. C-233/11 P – Siemens Österreich, ECLI:EU:C:2014:256, Rz. 44.

¹⁵⁶ EuGH, Urteil vom 10. April 2014, C-231/11 P u. C-233/11 P – Siemens Österreich, ECLI:EU:C:2014:256, Rz. 45 f.

¹⁵⁷ EuGH, Urteil vom 10. April 2014, C-231/11 P u. C-233/11 P – Siemens Österreich, ECLI:EU:C:2014:256, Rz. 45.

¹⁵⁸ EuGH, Urteil vom 10. April 2014, C-231/11 P u. C-233/11 P – Siemens Österreich, ECLI:EU:C:2014:256, Rz. 44.

¹⁵⁹ EuGH, Urteil vom 10. April 2014, C-231/11 P u. C-233/11 P – Siemens Österreich, ECLI:EU:C:2014:256, Rz. 47 f.; vgl. auch Rz. 51.

¹⁶⁰ EuGH, Urteil vom 10. April 2014, C-247/11 P u. C-253/11 P – Areva, ECLI:EU:C:2014:257, Rz. 122; EuG, Urteil vom 16. September 2003, T-373/10 u.a. – Villeroy & Boch, ECLI:EU:T:2013:455, Rz. 322-329.

¹⁶¹ EuGH, Urteil vom 10. April 2014, C-231/11 P u. C-233/11 P – Siemens Österreich, ECLI:EU:C:2014:256, Rz. 55; vgl. auch schon EuGH, Urteil vom 13. Juli 1966, 56/64 – Consten & Grundig, Slg. 1966, 299, 388.

92. Dieser Rechtsprechung ist zuzustimmen. Wenn ein Unternehmen sich durch seine Kartellbeteiligung Wettbewerbsvorteile verschafft hat und deshalb für einen Kartellverstoß haftet, erscheint es nicht sachgerecht, diese (materielle) Haftung davon abhängig zu machen, wie der Titel die haftenden Unternehmensteile zu Vollstreckungszwecken bezeichnet. Das spricht dafür, dass dem Unternehmen jedenfalls im Umfang seiner Haftung auch die fundamentalen Rechtsschutzgarantien zugutekommen müssen. Dagegen bedarf es in materieller Hinsicht keines hierüber hinaus gehenden Schutzes. Ebenso kann dann aber auch eine Bezeichnung des Entscheidungsadressaten zu Vollstreckungszwecken den Schutz durch die zentralen Rechtsschutzgarantien nicht erweitern.

93. Etwas anderes dürfte auch nicht daraus folgen, dass die europäischen Gerichte den Umfang der (materiellen) persönlichen Haftung in der Vergangenheit wahlweise im Rahmen von Art. 101 AEUV oder Art. 23 VO 1 /2003 geprüft haben. Denn dies wirkt sich unter der Annahme, dass alle Unternehmensteile als Täter der Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV zugleich potenzielle Haftungsadressaten sind, an welche die Kartellbehörde ihre Bußgeldentscheidung richten kann, nicht weiter aus.¹⁶³

94. Die vorstehenden Überlegungen sind bei der Prüfung der einzelnen Rechtsschutzgarantien zu berücksichtigen. Dies gilt zunächst in Bezug auf den Gesetzlichkeitsgrundsatz (Legalitätsprinzip). Der Gesetzlichkeitsgrundsatz ist in der EU – wie in Deutschland – im Sinne eines strafrechtlichen Gesetzesvorbehalts anerkannt (Art. 49 Abs. 1 GRC; siehe auch Art. 7 Abs. 1 EMRK i. V. m. Art. 52 Abs. 3 GRC).

95. Der Gesetzlichkeitsgrundsatz ist ferner in der europäischen Rechtsprechung als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt. Eine Ausprägung dieses Grundsatzes ist das Prinzip der Rechtsklarheit.¹⁶⁴ Eine andere Ausprägung ist das Prinzip der Rechtssicherheit bzw. Vorhersehbarkeit.¹⁶⁵

96. Das Prinzip der Vorhersehbarkeit gilt insbesondere mit Blick auf Sanktionen.¹⁶⁶ Der Rechtsunterworfenen muss anhand des Wortlauts der einschlägigen Bestimmung und nötigenfalls mit Hilfe ihre Auslegung durch Gerichte erkennen können, welche Handlungen oder Unterlassungen eine strafrechtliche Verantwortung begründen.¹⁶⁷ Das schließt die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe auf Tatbestands- und Rechtsfolgeenseite sowie ihre Präzisierung durch die Rechtsprechung nicht aus.¹⁶⁸ Die Vorgaben erscheinen denen des deutschen Rechts vergleichbar.

97. Dagegen lässt sich der europäische Gesetzlichkeitsgrundsatz nicht im Sinne eines allgemeinen Wesentlichkeitsvorbehalts auffassen, wonach der Gesetzgeber alle wesentlichen Regelungen selbst zu treffen hat. Ein solcher Vorbehalt ist im EU-Recht nämlich nicht auf die europäischen Verträge bezogen formuliert (Primärrecht), sondern nur in Bezug auf die Gesetzgebung der EU-Organe (Sekundärrecht; Art. 290 Abs. 1 AEUV).¹⁶⁹ Deshalb entbehrt auch die Annahme einer

¹⁶² EuGH, Urteil vom 10. April 2014, C-231/11 P u. C-233/11 P – Siemens Österreich, ECLI:EU:C:2014:256, Rz. 56.

¹⁶³ Vgl. EuGH, Urteil vom 2. Oktober 2003, C-196/99 P – Aristrain, ECLI:EU:C:2003:529, Slg. 2003, I-11005, Rz. 91 ff.; Urteil vom 16. November 2000, C-294/98 P – Metsä-Serla, ECLI:EU:C:2000:632, Slg. 2000, I-10065, Rz. 27 f.; EuG, Urteil vom 20. März 2002, T-9/99 – HFB Holding, ECLI:EU:T:2002:70, Slg. 2002, II-1487, Rz. 527 ff.

¹⁶⁴ EuGH, Urteil vom 22. Mai 2008, C-266/06 P – Evonik Degussa, ECLI:EU:C:2008:295, Slg. 2008, I-81, Rz. 39 f. (Herleitung aus Art. 7 EMRK); Urteil vom 7. Juni 2007, C-76/06 P – Britannia Alloys, ECLI:EU:C:2007:326, Slg. 2007, I-4405, Rz. 79 f. (Herleitung aus Grundsatz der Rechtssicherheit).

¹⁶⁵ EuGH, Urteil vom 22. Mai 2008, C-266/06 P – Evonik Degussa, ECLI:EU:C:2008:295, Slg. 2008, I-81, Rz. 43 (Rechtssicherheit); Urteil vom 7. Juni 2007, C-76/06 P – Britannia Alloys, ECLI:EU:C:2007:326, Slg. 2007, I-4405, Rz. 79 f. (Rechtssicherheit/Vorhersehbarkeit); Urteil vom 22. Februar 1984, 70/83 – Kloppenburg, ECLI:EU:C:1984:71, Slg. 1984, 1075, Rz. 11 (Vorhersehbarkeit).

¹⁶⁶ EuGH, Urteil vom 22. Mai 2008, C-266/06 P – Evonik Degussa, ECLI:EU:C:2008:295, Slg. 2008, I-81, Rz. 38 f., 43; EuGH, Urteil vom 22. Oktober 2015, C-194/14 P – AC-Treuhand, ECLI:EU:C:2015:717, Rz. 40 ff.; ebenso EuG, Urteil vom 8. Juli 2008, T-99/04 – AC-Treuhand I, ECLI:EU:T:2008:256, Slg. 2008, II-1501, Rz. 113, 139 ff.

¹⁶⁷ EuGH, Urteil vom 3. Mai 2007, C-303/05 – Advocaten voor de Wereld, ECLI:EU:C:2007:261, Slg. 2007, I-3633, Rz. 50 unter Verweis auf EGMR, 22. Juni 2000, Nr. 32492/96 u. a. – Coëme u. a./Belgien; näher Braun/Kellerbauer, NZKart, 2015, S. 211 (212).

¹⁶⁸ EuGH, Urteil vom 22. Mai 2008, C-266/06 P – Evonik Degussa, ECLI:EU:C:2008:295, Slg. 2008, I-81, Rz. 39 f.; siehe auch EGMR, Urteil vom 27. September 1995, Beschwerde 15312/89 – G./Frankreich, Z. 25.

¹⁶⁹ EuGH, Urteil vom 18. Juli 2013, C-501/11 P – Schindler, ECLI:EU:C:2013:522, Rz. 56; Urteil vom 29. März 2011, C-352/09 P – ThyssenKrupp Nirosta, ECLI:EU:C:2011:191, Slg. 2011, I-2359, Rz. 72 f.; siehe ferner EuGH, Urteil vom 28. März 1984, 29/83 – CRAM

Grundlage, aufgrund des europäischen Gesetzlichkeitsgrundsatzes erforderten aus nationaler Perspektive schwerwiegende Rechtsfolgen wie die Mithaftung der Muttergesellschaft eine gesetzliche Bestimmung der Haftung.¹⁷⁰

98. Die europäische Rechtsprechung hat angebliche Verstöße gegen den europäischen Gesetzlichkeitsgrundsatz bei der Bestimmung der persönlichen Haftung für Kartellzuwiderhandlungen bisher auch stets zurückgewiesen.¹⁷¹ Die Rechtsprechung ist bindend (Art. 264 AEUV).¹⁷² Dieser Umstand hat das deutsche Schrifttum bisher freilich nicht davon abgehalten, trotzdem Verstöße gegen das Legalitätsprinzip zu postulieren.¹⁷³

99. Ein Verstoß der europäischen Haftungsregeln gegen den Gesetzlichkeitsgrundsatz ist jedoch in der Sache nicht erkennbar. Art. 101 AEUV weist die gesamte kartellrechtliche Verantwortlichkeit unmissverständlich dem „Unternehmen“ zu.¹⁷⁴ Die Vorschrift wird einerseits hinsichtlich des Unternehmens als Täter einer Kartellzuwiderhandlung (Tatbestandsseite) nicht als unbestimmt angesehen. Andererseits ist dann nicht zu erkennen, weshalb eine Anknüpfung an den Unternehmensbegriff zur Bestimmung des Haftungsadressaten für einen Kartellverstoß (Rechtsfolgenrechte) unbestimmt sein sollte. Insoweit ist auch zu bedenken, dass eine effektive und diskriminierungsfreie Durchsetzung des Kartellverbots zu gewährleisten ist.¹⁷⁵

100. Ein Verstoß gegen den Gesetzlichkeitsgrundsatz ergibt sich weiterhin, entgegen mancherlei Äußerungen im Schrifttum, nicht daraus, dass der Unternehmensbegriff im Wettbewerbsrecht je nach dem konkreten Zusammenhang – angeblich – unterschiedlich ausgelegt wird.¹⁷⁶ Diesbezüglich wird vorgebracht, es fehle angesichts einer in sich widersprüchlichen Rechtsprechung an einer hinreichend klaren Bestimmung des persönlichen Haftungsumfangs.¹⁷⁷ Die Entscheidungspraxis der Unionsorgane sei uneinheitlich und einzelfallabhängig.¹⁷⁸

101. Insofern ist hervorzuheben, dass die im vorigen Abschnitt beschriebene Rechtsprechung – von wenigen noch offenen Fragen abgesehen – in sich konsistent und widerspruchsfrei ist. Insbesondere wird der Unternehmensbegriff in Art. 101 AEUV und in der Verfahrensnorm des Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 einheitlich ausgelegt.¹⁷⁹ Dass die Rechtsprechung zugegebenermaßen stark ausdifferenziert ist, liegt am komplexen Sachverhalt der bei einem Kartellverstoß relevanten rechtlichen und wirtschaftlichen Beziehungen. Davon abgesehen ist festzuhalten, dass die europäische Recht-

und Rheinzink, ECLI:EU:C:1984:130, Slg. 1984, 1679, Rz. 8 f. („kein neues Unternehmen“); allgemein zu Art. 290 AEUV siehe EuGH, Urteil vom 13. Juli 1995, C-156/93 – Europäisches Parlament/Kommission, Slg. 1995, I-2019, ECLI:EU:C:1995:238, Rz. 18.

¹⁷⁰ Anders Schwarze/Bechtold/Bosch, (Fn. 119), S. 49.

¹⁷¹ Insb. EuGH, Urteil vom 22. Mai 2008, C-266/06 P – Evonik Degussa, ECLI:EU:C:2008:295, Slg. 2008, I-81, Rz. 36 ff. (zu Art. 15 VO Nr. 17); nicht selten wird der Einwand auch ohne ausreichende Begründung erhoben, vgl. auch EuGH, Urteil vom 30. April 2014, C-238/12 P – FLSmidth, ECLI:EU:C:2014:284, Rz. 45, 58 (kein Vortrag).

¹⁷² Dazu EuGH, Urteil vom 14. September 1999, C-310/97 P – AssiDomän, ECLI:EU:C:1999:407, Slg. 1999, I-5363, Rz. 54 f., wonach die Verbindlichkeit die „tragenden Gründe“ der Entscheidung umfasst. Dagegen Mäger, NZKart 2015, S. 329 (330): Für „eine Harmonisierung des Unternehmensbegriffes“ bestehe weder „Pflicht noch [...] Anlass“.

¹⁷³ So z. B. Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, 3. Aufl., München 2014, Art. 101 AEUV, Rz. 39; Kling, WRP 2010, S. 506 (510); Schwarze, WuW 2009, 6 (8 f.).

¹⁷⁴ Kellerbauer, WuW 2014, S. 1173 (1178).

¹⁷⁵ Siehe Art. 4 Abs. 3 EUV; aus der Rechtsprechung allgemein EuGH, Urteil vom 21. September 1989, 68/88 – EU-Kommission/Griechenland, ECLI:EU:C:1989:339, Slg. 1989, 2965, Rz. 24 f.; sowie EuGH, Urteil vom 12. November 2009, C-564/08 P – SGL Carbon, ECLI:EU:C:2009:703, Slg. 2009, I-191, Rz. 43 zur Durchsetzung des Kartellverbots.

¹⁷⁶ Buntscheck, WuW 2008, S. 941 (947).

¹⁷⁷ Dannecker/Biermann in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 2, 5. Aufl., München 2012, Vor Art. 23 VO 1/2003, Rz. 105; Kling, WRP 2010, 506 ff.

¹⁷⁸ Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, 3. Aufl., München 2014, Art. 101 AEUV, Rz. 39 (Unvereinbarkeit mit rechtsstaatlichen Grundvorstellungen); Achenbach, ZWeR 2009, 3 (8) m. w. N.; kritisch auch Kindhäuser/Meyer in: Frankfurter Kommentar Kartellrecht, FK Lfg. 77 (Oktober 2012), AEUV Art. 101 Bußgeldrechtliche Folgen, Rz. 170 f.

¹⁷⁹ Hengst in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Band 2. Europäisches Kartellrecht, 12. Aufl., Köln 2014, Art. 101 AEUV, Rz. 40.

sprechung seit Jahrzehnten dieselben Prüfungsschritte vornimmt und die Prüfung auf diese Weise Schritt für Schritt weiterentwickelt.¹⁸⁰

102. Das schließt zwar nicht aus, dass der kartellrechtliche Unternehmensbegriff in bestimmten Zusammenhängen einer besonderen Auslegung unterliegt. Eine solche besondere Auslegung erfolgt aber nach den Ausführungen zur europäischen Rechtsprechung im vorigen Abschnitt in weniger Fällen, als in Teilen des Schrifttums angenommen wird. Sie beruht dann auch auf nachvollziehbaren rechtlichen Wertungen.

103. Vor allem in Bezug auf Gemeinschaftsunternehmen gelten keine Besonderheiten. Die Rechtsprechung ist vielmehr mit der Behandlung von Gemeinschaftsunternehmen in der Fusionskontrolle vereinbar. Bei der Fusionskontrolle handelt es sich um eine Strukturkontrolle, weshalb es hier konsequenterweise des Nachweises einer Ausübung bestimmenden Einflusses nicht bedarf. Das Kartellverbot erfordert dagegen eine Verhaltenskontrolle, weshalb es zu rechtfertigen ist, innerhalb von Unternehmensgruppen grundsätzlich die nachweisbare Ausübung eines bestimmenden Einflusses zu verlangen.

104. Ebenso ist die Haftungserweiterung für Unternehmen nach dem Prinzip der wirtschaftlichen Kontinuität zu rechtfertigen. Auf dieses Prinzip wird nur in Ausnahmefällen zurückgegriffen, in denen zwar das Unternehmen als Marktteilnehmer untergeht, in denen aber ausreichende Verbindungen zwischen dem alten und dem neuen Rechtsträger bestehen und in denen die wirtschaftliche Einheit noch als schlichte Haftungsmasse verbleibt. Das Prinzip der wirtschaftlichen Kontinuität verhindert, dass eine Ahndung dadurch vereitelt wird, dass sie nicht unmittelbar auf den Kartellverstoß folgt, sondern erst mit zeitlicher Verzögerung. Unter engeren Voraussetzung ist eine solche Nachhaftung auch nach nationalem Recht von der deutschen Rechtsprechung gebilligt worden.¹⁸¹ Die Sicherung einer lückenlosen Ahndung mag auch bei Insolvenzen die Heranziehung von Minderheitsgesellschaften rechtfertigen (*Inability-to-pay*-Grundsätze).¹⁸²

105. Ferner wird im Schrifttum bisweilen auf die Grundsätze zu Handelsvertretern und zu konzerninternen Wettbewerbsbeschränkungen verwiesen.¹⁸³ Zwar mag es zutreffen, dass die einschlägigen Grundsätze mit Wertungen angereichert sind.¹⁸⁴ Die Marktstätigkeit von Handelsvertretern kann im Innenverhältnis unter bestimmten Voraussetzungen dem Prinzipal zugerechnet werden.¹⁸⁵ Ebenso nimmt die Rechtsprechung an, dass das Kartellverbot unter bestimmten Voraussetzungen konzerninterne Wettbewerbsbeschränkungen erfasst.¹⁸⁶ Daraus ergibt sich jedoch nichts für die hier relevanten Grundsätze zur Außenhaftung für Kartellverstöße, da es sich insofern um einen anders gelagerten Sachverhalt handelt.

106. Davon abgesehen dürften sich die Grundsätze zur Innen- und Außenhaftung nach Art. 101 AEUV miteinander vereinbaren lassen. Denn ein Handelsvertreter ist in Übereinstimmung mit der allgemeinen Auslegung des Unternehmensbegriffs zumindest hinsichtlich des Abschlusses des Handelsvertretervertrags ein separates Unternehmen.¹⁸⁷ Besonder-

¹⁸⁰ Ebenso Kokott/Dittert, WuW 2012, S. 670 (676); Kellerbauer, WuW 2014, S. 1173 (1178).

¹⁸¹ BGH, Urteil vom 10. August 2011, KRB 55/10 – Versicherungsfusion; Urteil vom 10. August 2011 KRB 2/10 – Transportbeton Elskes; dazu schon oben Tz. 17.

¹⁸² EU-Kommission, Information Note: Inability to pay under paragraph 35 of the 2006 Fining Guidelines and payment conditions pre- and post-decision finding an infringement and imposing fines, Rz. 7. Diese Grundsätze sind der EU-Rechtsprechung zur Aussetzung einer Geldbuße nachgebildet; dazu EuGH, Urteil vom 11. Juli 2013, C-439/11 P – Ziegler, ECLI:EU:C:2013:513, Rz. 173 f.; Beschluss vom 14. Dezember 1999, C-335/99 P(R) – HFB, ECLI:EU:C:1999:608, Slg. 1999, I-8705, Rz. 61 ff.; Beschluss vom 16. Dezember 2010, C-373/10 P(R) – Almamet, ECLI:EU:C:2010:792, Slg. 2010, I-171, Rz. 14 ff.; Beschluss vom 23. März 2001, C-7/01 P(R) – FEG, ECLI:EU:C:2001:183, Slg. 2001, I-2559, Rz. 17.

¹⁸³ Zimmer/Paul, WuW 2007, S. 970 (972); Roth/Ackermann in: Frankfurter Kommentar Kartellrecht, FK Lfg. 67 (Januar 2009), Art. 81 EG Grundfragen, Rz. 112 f.

¹⁸⁴ Siehe zu Handelsvertretern z. B. EuGH, Urteil vom 14. Dezember 2006, C-217/05 – CEPESA, ECLI:EU:C:2006:784, Slg. 2006, I-11987, Rz. 42 ff.; Urteil vom 13. Juli 1966, 32/65 – Italien/EU-Kommission, ECLI:EU:C:1966:42, Slg. 1966, 457 (485); ferner siehe zu konzerninternen Wettbewerbsbeschränkungen die in Fn. 135 genannte Rechtsprechung.

¹⁸⁵ Der Begriff des Prinzipals wird hier im Sinne der kartellrechtlichen Praxis verwendet; siehe z. B. EU-Kommission, Entscheidung vom 10. Oktober 2001, 36.264 – Mercedes-Benz, ABl. L 257 vom 25. September 2002, S. 1, Tz. 167.

¹⁸⁶ EuGH, Urteil vom 24. Oktober 1996, C-73/95 P – Viho, ECLI:EU:C:1996:405, Slg. 1996, I-5457, Rz. 15-17.

¹⁸⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 13. Juli 1966, 32/65 – Italien/EU-Kommission, ECLI:EU:C:1966:42, Slg. 1966, 457 (485).

heiten gelten nur für die Frage, ob es gerechtfertigt ist, seine Tätigkeit als Handelsvertreter wirtschaftlich dem Prinzipal zuzurechnen.¹⁸⁸

107. In Bezug auf konzerninterne Wettbewerbsbeschränkungen lässt sich des Weiteren die europäische Rechtsprechung trotz gewisser Unschärfen so auffassen, dass eine Einflussausübung für die Annahme einer – das Kartellverbot ausschließenden – wirtschaftlichen Einheit zwar erforderlich ist, dass eine solche Einflussnahme aber, wie sonst, vermutet werden kann.¹⁸⁹ Im Übrigen ist zu bedenken, dass die Verfolgungswürdigkeit von konzerninternen Wettbewerbsbeschränkungen, die eine Mutter trotz ihrer Möglichkeiten zur Abstellung durch interne Weisung zulässt, zu hinterfragen sein dürfte.

108. Die meisten in Schrifttum und Anwaltschaft erhobenen Einwände beruhen jedoch auf dem Schuldgrundsatz. Diese Einwände werden im Folgenden näher geprüft. Sie werden allerdings nur teilweise auf den Schuldgrundsatz nach europäischem Recht gestützt; zum Teil wird unter Verstoß gegen europäische Normenhierarchie auch unmittelbar der deutsche Schuldgrundsatz herangezogen.¹⁹⁰

109. Der Schuldgrundsatz ist als Bestandteil des EU-Rechts anerkannt. Seine Grundlage findet er in 47 ff. GRC (einschl. der Unschuldsvermutung in Art. 48 GRC) und in von Art. 6 Abs. 1, 2 EMRK abgeleiteten allgemeinen Rechtsgrundsätzen.¹⁹¹ Art. 6 EMRK lässt sich allgemein als Auslegungsgrundlage für die Unionsgrundrechte heranziehen (Art. 52 Abs. 3 GRC).¹⁹² Allerdings verbleiben gewisse Unsicherheiten angesichts des Umstands, dass die EU der Europäischen Menschenrechtskonvention noch nicht als Vertragspartei beigetreten ist.¹⁹³ Die Berufung auf den Schuldgrundsatz in Schrifttum und Anwaltschaft kontrastiert demzufolge auffällig damit, dass zur Reichweite des Schuldgrundsatzes im Kartellrecht weitaus weniger Rechtsprechung existiert als zum Grundsatz der Haftung aufgrund persönlicher Verantwortlichkeit.

110. Auf Basis der Rechtsprechung des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofs (EGMR) ist Art. 6 EMRK auch bei Ordnungswidrigkeiten anwendbar.¹⁹⁴ Der Grundsatz gilt deshalb auch, soweit juristischen Personen eine kartellrechtliche Sanktion auferlegt wird.¹⁹⁵ Nicht geklärt ist bisher, ob Art. 6 EMRK über einen verfahrensrechtlichen Schutz hinaus

¹⁸⁸ EuGH, Urteil vom 16. Dezember 1975, 40/73 – Suiker Unie, ECLI:EU:C:1975:174, Slg. 1975, 1663, Rz. 476/477, 478/481; Urteil vom 14. Dezember 2006, C-217/05 – CEPSA, ECLI:EU:C:2006:784, Slg. 2006, I-11987, Rz. 62.

¹⁸⁹ EuG, Urteil vom 12. Dezember 2007, T-112/05 – Akzo, Slg. 2007, II-5049, Rz. 64, ebenso Urteil vom 12. Juli 2011, T-132/07 – Fujii, ECLI:EU:T:2011:344, Slg. 2011, II-2011, Rz. 180; Urteil vom 3. März 2011, T-117/07 u. a. – Areva, ECLI:EU:T:2011:69, Slg. 2011, II-633, Rz. 85. Zu dieser Frage auch Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 1, 5. Aufl., München 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rz. 49 Fn. 154 und Rz. 53; Stockenhuber in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, April 2012 EL 47, Art. 101 AEUV, Rz. 78; Schroeder, ebenda (Grabitz/Hilf), Rz. 809 mit Verweis auf den abweichenden Ansatz der EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 11 vom 14. Januar 2011, Tz. 11.

¹⁹⁰ So etwa Bechtold/Bosch, ZWeR 2011, S. 160 (166 ff.); Voet van Vormizeele, WuW 2010, S. 1008 (1013) (jew. mit Verweis auf die Rechtsprechung des BVerfG); Steinle, EWS 2004, S. 118 (123: „unvereinbar mit dem Schuldgrundsatz deutscher Prägung“). In anderen Fällen betreffen die Einwände die Übernahme der EU-Rechtsgrundsätze zum sachlichen Haftungsumfang durch § 81 Abs. 4 GWB ins nationale Recht; so etwa Brettel/Thomas, ZWeR 2009, S. 25 (62); Deselaers, WuW 2006, S. 118 (123). Zu § 81 Abs. 4 GWB siehe noch unten Tz. 164 ff.

¹⁹¹ EuGH, Urteil vom 19. Juni 2014, C-243/12 P – FLS Plast, ECLI:EU:C:2014:2006, Rz. 27; Urteil vom 26. November 2013, C-40/12 P – Gascogne Sack Deutschland, ECLI:EU:C:2013:768, Rz. 30; Urteil vom 2. Oktober 2003, C-195/99 P – Krupp Hoesch, ECLI:EU:C:2003:528, Slg. 2003, I-10937, Rz. 98 ff. (zu Art. 65 EGKS).

¹⁹² Vgl. EuGH, Urteil vom 18. Juni 2015, C-583/13 P – Deutsche Bahn, ECLI:EU:C:2015:404, Rz. 46 f. (zu Art. 6 Abs. 1 EMRK); Urteil vom 30. April 2014, C-238/12 P – FLSmidth, ECLI:EU:C:2014:284, Rz. 25 (zu Art. 6 Abs. 2 EMRK); siehe auch Ratspräsidium, Vermerk vom 11. Oktober 2000 (18.10.), Text der Erklärungen zum vollständigen Text der Grundrechte-Charta, CHARTE 4473/00, CONVENT 49, S. 40 ff.

¹⁹³ Vgl. Art. 6 Abs. 2 EUV, dazu EuGH, Gutachten 2/13 vom 18. Dezember 2014, ECLI:EU:C:2014:2454.

¹⁹⁴ EGMR, Entscheidung vom 21. Februar 1984, 8544/79 – Öztürk/Deutschland, Z. 56; ferner EGMR, Entscheidung vom 2. September 1998, 4/1998/907/1119 – Lauko/Slowakei, Z. 51 ff.

¹⁹⁵ EGMR, Urteil vom 27. September 2011, Nr. 43509/08 – Menarini Diagnostics/Italien, Z. 57 ff.; Urteil vom 23. November 2006, Nr. 73053/01 – Jusila/Finnland, Z. 43 (*obiter dictum*).

materielle Bedeutung hat.¹⁹⁶ Dies kann hier jedoch offen bleiben, da sich die Annahme eines materiellen Schutzgehalts im Ergebnis nicht auswirkt.

111. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist zwar zwischen strafrechtlichen und kartellrechtlichen Sanktionen zu unterscheiden (siehe auch Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003).¹⁹⁷ Danach ahnden Kartellbußen ein Verwaltungsrecht und haben keinen strafrechtlichen Charakter.¹⁹⁸ Dennoch ist anerkannt, dass Kartellbußen zumindest strafrechtsähnliche Sanktionen darstellen und einen entsprechenden Schutz der Verfahrensbeteiligten erfordern.¹⁹⁹ Daneben geht der Europäische Gerichtshof davon aus, dass auch Art. 6 EMRK im Kontext eines Kartellverfahrens relevant ist. Der Gerichtshof hat bisher aber keine abschließende Entscheidung zum Umfang des Schutzes durch diese Vorschrift getroffen.²⁰⁰

112. In jedem Fall ist nicht erkennbar, dass der Schuldgrundsatz durch die einschlägige europäische Rechtsprechung nicht gewahrt wäre. Die Unionsgerichte gehen im Zusammenhang der Wettbewerbsregeln vom – hier sogenannten – Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit aus. Dieser Grundsatz bildet auch die Grundlage und Grenze der Haftung von Unternehmen nach Art. 101 AEUV.²⁰¹

113. Der Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit hat die Funktion, ein Gleichgewicht herzustellen zwischen einerseits der Bedeutung des Ziels, Zuwiderhandlungen gegen die Wettbewerbsregeln zu unterbinden und ihre Wiederholung zu verhindern, und andererseits den Anforderungen aufgrund der Unschuldsvermutung, der individuellen Zumessung von Strafen und der Rechtssicherheit sowie der Verteidigungsrechte, einschließlich des Grundsatzes der Waffengleichheit.²⁰²

114. Der Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit bedeutet somit, dass jedes Unternehmen aufgrund der Wettbewerbsregeln nur für seinen eigenen Beitrag zu der Gesamtzuwiderhandlung verantwortlich ist.²⁰³ Daneben gelten, wie gesagt, auch zugunsten von Unternehmen die Unschuldsvermutung²⁰⁴ und ein aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen (insb. dem Gesetzlichkeitsgrundsatz) abgeleitetes Analogieverbot²⁰⁵. Außerdem ist in Bezug auf die Verteidigungsrechte

¹⁹⁶ Kindhäuser/Meyer in: Frankfurter Kommentar Kartellrecht, FK Lfg. 77 (Oktober 2012), AEUV Art. 101 Bußgeldrechtliche Folgen, Rz. 247; zur Unschuldsvermutung vgl. auch EGMR, Urteil vom 5. Juli 2001, 41087/98 – Philips/Großbritannien, Z. 40; zum Grundsatz des fairen Verfahrens vor einem unabhängigen Gericht siehe EGMR, Urteil vom 4. März 2014, Grande Stevens/Italien, 18640/10, Z. 116 ff., 132 ff.

¹⁹⁷ EuGH, Urteil vom 15. Juli 1970, 41/69 – Chemiefarma, ECLI:EU:C:1970:71, Slg. 1970, 661, Rz. 170 ff.; Urteil vom 7. Januar 2004, C-204/00 P u. a. – Aalborg Portland, ECLI:EU:C:2004:6, Slg. 2004, I-123, Rz. 200; Urteil vom 6. Oktober 1994, T-83/91 – Tetra Pak, ECLI:EU:T:1994:246, Slg. 1994, II-755, Rz. 235, bestätigt durch Urteil vom 14. November 1996, C-333/94 P – Tetra Pak, ECLI:EU:C:1996:436, Slg. 1996, I-5951; ferner Urteil vom 23. Oktober 2007, C-440/05 – Kommission/Rat, ECLI:EU:C:2007:625, Slg. 2007, I-909, Rz. 66 (im strafrechtlichen Kontext).

¹⁹⁸ EuGH, Urteil vom 22. Mai 2008, C-266/06 P – Evonik Degussa, ECLI:EU:C:2008:295, Slg. 2008, I-81, Rz. 38; Urteil vom 15. Juli 1970, 41/69 – Chemiefarma, ECLI:EU:C:1970:71, Slg. 1970, 661, Rz. 172/176: Zweck der Geldbuße ist Ahndung und die Vorbeugung einer Wiederholung.

¹⁹⁹ Siehe die Rechtsprechung in Fn. 191.

²⁰⁰ Siehe insb. EuGH Urteil vom 18. Oktober 1989, 374/87 – Orkem, ECLI:EU:C:1989:387, Slg. 1989, 3283, Rz. 30.

²⁰¹ Siehe EuGH, Urteil vom 18. Dezember 2014, C-434/13 P – Parker Hannifin, ECLI:EU:C:2014:2456, Rz. 39 ff.; Urteil vom 19. März 2015, C-286/13 P – Dole Food, ECLI:EU:C:2015:184, Rz. 140 ff.; Urteil vom 10. September 2009, C-97/08 P – Akzo Nobel, ECLI:EU:C:2009:536, Slg. 2009, I-8237, Rz. 56 ff., und die in Tz. 27 ff. zitierte Rechtsprechung.

²⁰² EuGH, Urteil vom 18. Juli 2013, C-501/11 P – Schindler, ECLI:EU:C:2013:522, Rz. 108; Urteil vom 29. September 2011, C-521/09 P – Elf Aquitaine, ECLI:EU:C:2011:620, Slg. 2011, I-8947, Rz. 59; Urteil vom 8. Mai 2013, C-508/11 P – Eni, ECLI:EU:C:2013:289, Rz. 50.

²⁰³ EuGH, Urteil vom 8. Juli 1999, C-49/92 – Anic Partecipazioni, ECLI:EU:C:1999:356, Slg. 1999, I-4125, Rz. 80 (zum Nachweis der Kartellteilnahme).

²⁰⁴ Art. 6 Abs. 2 EMRK, Art. 48 Abs. 1 GRC; dazu die in Fn. 191 zitierte Rechtsprechung; ferner EuG, Urteil vom 12. Oktober 2007, T-474/04 – Pergan Hilfsstoffe, ECLI:EU:T:2007:306, Slg. 2007, II-4225, Rz. 75 ff.; Urteil vom 5. April 2006, T-279/02 – Degussa, ECLI:EU:T:2006:103, Rz. 115.

²⁰⁵ EuGH, Urteil vom 29. März 2011, C-352/09 P – ThyssenKrupp Nirosta, ECLI:EU:C:2011:191, Slg. 2011, I-2359, Rz. 80 ff. (vgl. Rz. 43, 52); EuG, Urteil vom 8. Juli 2008, T-99/04 – AC-Treuhand I, ECLI:EU:T:2008:256, Slg. 2008, II-1501, Rz. 140.

von Unternehmen anerkannt, dass das Verfahren unter Beachtung der individuellen Verantwortlichkeit des betroffenen Unternehmens zu führen ist.²⁰⁶ Dies bedeutet nicht zuletzt, dass bei der Festsetzung einer Geldbuße das Prinzip einer individuellen Straf- und Sanktionsfestsetzung zu beachten ist.²⁰⁷

115. Hervorzuheben ist, dass der Grundsatz persönlicher Verantwortlichkeit zwar persönlicher Natur ist.²⁰⁸ Dennoch kommt es aber nicht darauf an, ob der Zuwiderhandlung des Unternehmens ein Handeln oder Unterlassen seiner Vertreter und Angestellten zugrunde liegt.²⁰⁹ Denn anders als im deutschen Recht gilt auch der Grundsatz der persönlichen Verantwortung – einschließlich der individuellen Straf- und Sanktionszumessung – für das Unternehmen als solches und nicht für die ihm angehörenden natürlichen oder juristischen Personen.²¹⁰ Einer Zurechnung persönlichen Verschuldens bedarf es insoweit nicht.

116. Der Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit wird im Rahmen der Kritik von Schrifttum und Anwaltschaft in der Regel nicht als gleichbedeutend mit dem Schuldgrundsatz angesehen.²¹¹ Ein Verstoß gegen den Schuldgrundsatz wird im Schrifttum und in der Anwaltschaft insbesondere wegen der Verhaltenszurechnung zwischen Konzerngesellschaften angenommen, die zur Festsetzung einer gesamtschuldnerischen Haftung auf Grundlage von Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 führt. Dies bedeute eine Haftung für fremde Schuld (Zustandshaftung) oder gehe zumindest in eine solche Richtung.²¹²

117. Davon abgesehen verstoße auch die Verhaltenszurechnung aufgrund vermuteter Einflussnahme bei (annähernd) 100-prozentigen Beteiligungen gegen das Schuldprinzip, die Unschuldvermutung und den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit von Strafen.²¹³ Diese Annahme dürfte darauf beruhen, dass der Beweis zur Widerlegung der Vermutung nach häufiger Einschätzung sehr schwer zu führen ist.²¹⁴

118. Erneut sind die erhobenen Einwände aber nur auf Grundlage des Rechtsträgerprinzips stichhaltig, das im Rahmen von Art. 101 AEUV nicht gilt. Denn in materieller Hinsicht haftet für den Kartellverstoß das Unternehmen als wirtschaft-

²⁰⁶ EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2002, C-238/99 P u. a. – Limburgse Vinyl Maatschappij, ECLI:EU:C:2002:582, Slg. 2002, I-8375, Rz. 512 ff.; Urteil vom 13. Juni 2013, C-511/11 P – Versalis, ECLI:EU:C:2013:386, Rz. 39 ff.; EuG, Urteil vom 3. März 2011, T-122/07 – Siemens, ECLI:EU:T:2011:70, Slg. 2011, II-793, Rz. 122 ff. (zur individuellen Straf- und Sanktionszumessung); bestätigt durch EuGH, Urteil vom 10. April 2014, C-231/11 P bis C-233/11 P – Siemens Österreich, ECLI:EU:C:2014:256, Rz. 52. Siehe auch schon Tz. 57.

²⁰⁷ EuGH, Urteil vom 10. April 2014, C-231/11 P bis C-233/11 P – Siemens Österreich, ECLI:EU:C:2014:256, Rz. 52.

²⁰⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 8. Juli 1999, C-49/92 – Anic Participazioni, ECLI:EU:C:1999:356, Slg. 1999, I-4125, Rz. 78-08 (zum Grundsatz persönlicher Verantwortlichkeit).

²⁰⁹ Vgl. EuGH, Urteil vom 18. September 2003, C-338/00 P – Volkswagen, ECLI:EU:C:2003:473, Slg. 2003, I-9189, Rz. 98; für Organisationsverschulden z. B. Schroeder in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, April 2012 EL 47, Art. 101 AEUV Rz. 806; Dück/Schulte, WM 2013, 9 (10); anders Köhler, WRP 2011, 277 (281 f.: mittelbare Täterschaft der Muttergesellschaft; insoweit offenbar aber immer noch ausgehend vom Rechtsträgerprinzip).

²¹⁰ EuGH, Urteil vom 10. April 2014, C-231/11 P u. C-233/11 P – Siemens Österreich, ECLI:EU:C:2014:256, Rz. 44, 56. Schon früher wurde der Grundsatz der pers. Verantwortlichkeit auf das Unternehmen i. S. v. Art. 101 AEUV bezogen, siehe z. B. EuGH, Urteil vom 29. März 2011, C-201/09 P u. C-216/09 P – Arcelor Mittal, ECLI:EU:C:2011:190, Slg. 2011, I-2239, Rz. 95; Urteil vom 10. September 2009, C-97/08 P – Akzo Nobel, ECLI:EU:C:2009:536, Slg. 2009, I-8237, Rz. 56, 77; Urteil vom 8. Mai 2013, C-508/11 P – Eni, ECLI:EU:C:2013:289, Rz. 82.

²¹¹ Vgl. z. B. Kling, WRP 2010, S. 506 (Fn. 77): Der „In dubio“-Grundsatz spiele in der EU-Rechtsprechung „traditionell nur eine untergeordnete Rolle“.

²¹² Kling, WRP 2010, S. 506 (510); Steinle, EWS 2004, S. 118 (123 mit Verweis auf das „Schuldprinzip deutscher Prägung“); ebenso Mäger, NZKart 2015, 329 (330) zu den aktuellen deutschen Reformüberlegungen. Zurückhaltend hinsichtlich der Anforderungen außerhalb des Kernstrafrechts allerdings BVerfGE 84, 82, Rz. 19.

²¹³ So z. B. Kling, WRP 2010, S. 506 (510); Bosch, ZWeR 2012, S. 368 (373); für eine einschränkende Auslegung der Grundsätze europ. Praxis auch Temple Lang, 37 Fordham Int'l L. J. (2014), S. 1481 (1497 ff.).

²¹⁴ Voet van Vormizeele, WuW 2010, S. 1008 (1013), allerdings unter Anwendung des deutschen Schuldgrundsatzes; ebenso Brettel/Thomas, ZWeR 2009, S. 25 (62) (zu *in dubio*); Deselaers, WuW 2006, S. 118 (123) für den Fall einer Übernahme einer solchen Vermutung ins deutsche Recht. Skeptisch zur Widerlegbarkeit auch Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1 EU/Teil 1, 5. Aufl. 2012, Art. 101 AEUV Rz. 48; Hermann in: Münch. Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 1, 2. Aufl., München 2015, Einl. Rz. 1008; ähnlich Achenbach, ZWeR 2009, S. 3 (8) unter Verweis auf den allgemeinen *in-dubio*-Grundsatz und Art. 6 Abs. 2 EMRK (Verstoß liege zumindest nahe).

liche Einheit, ungeachtet der in der Entscheidung festgelegten gesamtschuldnerischen Haftung. Einer Verhaltenszurechnung aufgrund eines ausgeübten bestimmenden Einflusses bedarf es wie gesagt (Tz. 73) nur, um das Vorliegen eines Unternehmens als Normadressaten nachzuweisen, dem die Verantwortlichkeit für die Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot zuzurechnen ist.²¹⁵ Dagegen wird nach der Rechtsprechung zwischen den einzelnen Rechtsträgern kein Verschulden zugerechnet.

119. Dass die Zurechnung eines kartellrechtswidrigen Verhaltens bei (annähernd) 100-prozentigen Beteiligungen im Regelfall möglich ist und zur Erstreckung der Haftung für den Kartellverstoß auf die Muttergesellschaft führt, ist im Übrigen auch nicht unbillig. Es erscheint gerechtfertigt, von einer Muttergesellschaft, die generell über das Verhalten der Tochter bestimmt, zu erwarten, dass sie erklären kann, warum sie dies zurzeit der Zuwiderhandlung nicht getan hat.²¹⁶

120. Die Vermutung bei 100-prozentigen Beteiligungen ist ferner widerlegbar, auch wenn dies schwierig ist.²¹⁷ Ein in Anspruch genommener Rechtsträger hat somit die Möglichkeit, seine Nichtzugehörigkeit zum haftenden Unternehmen nachzuweisen. Widerlegbare Vermutungen sind im Zusammenhang mit Sanktionsregelungen aber weder aus menschen- noch aus grundrechtlicher Sicht unzulässig; dasselbe gilt im deutschen Recht (vgl. z. B. § 186 StGB: „wenn nicht...“).²¹⁸ Aus diesen Gründen lehnt die europäische Rechtsprechung hinsichtlich der Vermutung bei 100-prozentigen Beteiligungen einen Verstoß gegen elementare Rechtsgrundsätze auch ab.²¹⁹ Ebenso hat der Bundesgerichtshof die Vermutung im Rahmen von § 81 Abs. 4 GWB angewendet, ohne auf die Bedenken zu ihrer Vereinbarkeit mit dem Schuldgrundsatz einzugehen.²²⁰

121. Im vorliegenden Zusammenhang (vgl. oben Tz. 27) kommt es auf die Zulässigkeit der 100 Prozent-Vermutung letztlich indes gar nicht an. Denn selbst wenn diese Vermutung mit dem Schuldgrundsatz unvereinbar sein sollte, spricht dies nicht gegen den Grundsatz in Art. 101 AEUV als solchen, dass das gesamte Unternehmen die persönliche Verantwortung für Kartellverstöße trägt.²²¹ Es kann demnach auch offenbleiben, ob eine derartige Vermutung als bloßer Erfahrungssatz zulässig sein könnte.²²²

122. Eine Verletzung des Schuldgrundsatzes könnte allenfalls in Betracht kommen, soweit die europäische Rechtsprechung über den Grundsatz der persönlichen Verantwortung hinaus die Haftung auf Rechtsnachfolger nach dem Grundsatz der wirtschaftlichen Kontinuität erstreckt. In der Tat wird kritisiert, dass in diesen Fällen den Erwerber keine individuelle Verantwortlichkeit treffe und er nur wegen des Erwerbs hafte.²²³

²¹⁵ Hengst in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Band 2. Europäisches Kartellrecht, 12. Aufl., Köln 2014, Art. 101 AEUV, Rz. 48; Ackermann, ZWeR 2010, S. 329 (346); siehe auch Kokott/Dittert, WuW 2012, S. 670 (675), nach denen es sich bei der Vermutung nur um eine Regelung zur Beweiswürdigung handele.

²¹⁶ So zutreffend Kellerbauer, WuW 2010, S. 1171 (1180).

²¹⁷ EuGH, Urteil vom 29. September 2011, C-521/09 P – Elf Aquitaine, ECLI:EU:C:2011:620, Slg. 2011, I-8947, Rz. 59, 62; vgl. Kindhäuser/Meyer in: Frankfurter Kommentar Kartellrecht, FK Lfg. 77 (Oktober 2012), AEUV Art. 101 Bußgeldrechtliche Folgen, Rz. 249.

²¹⁸ Zur Zulässigkeit widerlegbarer Vermutungen nach der Menschenrechtskonvention siehe EGMR, Urteil vom 23. Juli 2002, 34619/97 – Janosevic/Schweden, Z. 101 f. (Gegenbeweis muss grds. möglich bleiben); Urteil vom 7. Oktober 1988, 10519/83 – Salabiaku/Frankreich, Z. 28; Urteil vom 25. März 1983, 8660/79 – Minelli/Schweiz, Z. 34 f., 37; Urteil vom 18. März 2010, 13201/05 – Krumpholz/Österreich, Z. 30 ff.

²¹⁹ EuGH, Urteil vom 30. April 2014, C-238/12 P – FLSmidth, ECLI:EU:C:2014:284, Rz. 45, 62 ff. (zur allg. Verhältnismäßigkeit); ferner EuGH, Urteil vom 18. Juli 2013, C-501/11 P – Schindler, ECLI:EU:C:2013:522, Rz. 107 ff. (bzgl. persönlicher Verantwortlichkeit). Speziell mit Blick auf die Verteidigungsrechte des verfahrensbetroffenen Unternehmens siehe auch EuGH, Urteil vom 16. November 2000, C-294/98 P – Metsä-Serla, ECLI:EU:C:2000:632, Slg. 2000, I-10065, Rz. 27-29, insb. Rz. 28.

²²⁰ BGH, Urteil vom 26. Februar 2013, KRB 20/12 – Grauzement, Rz. 71.

²²¹ Ackermann, ZWeR 2010, S. 329 (347 f.).

²²² Hengst in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Band 2. Europäisches Kartellrecht, 12. Aufl., Köln 2014, Art. 101 AEUV Rz. 50; Seitz in: Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, 16. Aufl., München 2012, § 77 Rz. 3; Ackermann, ZWeR 2010, S. 329 (347); vgl. auch BVerfG; Beschluss vom 23. April 1991, 1 BvR 1443/87, BVerfGE 84, 82, Rz. 19 (zit. nach Juris).

²²³ Dannecker/Biermann in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 2, 5. Aufl., München 2012, Vor Art. 23 VO 1/2003, Rz. 114.

123. Dennoch ist eine Verletzung des Schuldgrundsatzes auch hier abzulehnen. Das Prinzip der wirtschaftlichen Kontinuität greift grundsätzlich nur dann ein, wenn strukturelle Verbindungen zwischen dem alten und dem neuen Rechtsträger die Annahme zulassen, dass die beiden Gesellschaften ein einheitliches Unternehmen bilden. Ansonsten kommt eine Haftung des Erwerbers nur in besonders gelagerten Ausnahmesituationen wie bei einer missbräuchlichen Übertragung von Vermögenswerten oder im Fall einer Haftungsübernahmeerklärung in Betracht. In diesen Fällen setzt der Rechtsnachfolger durch eigenes Verhalten den Grund für seine Haftung.

124. Eine Verletzung fundamentaler Rechtsgrundsätze ist über eine Verletzung des Schuldgrundsatzes hinaus denkbar, soweit eine wirtschaftliche Einheit erst bei Ahndung eines Wiederholungsfalles festgestellt werden kann. Dies dürfte jedoch ohne Verstoß gegen höherrangiges Recht zulässig sein. Denn zwar findet auch in Kartellsachen das rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot (Art. 49 Abs. 1 GRC, Art. 7 Abs. 1 EMRK) Anwendung.²²⁴ Doch liegt keine Rückwirkung vor, wenn in einem späteren Verfahren lediglich der Umfang einer wirtschaftlichen Einheit bestimmt wird, die bei der Vortat tatsächlich schon bestand.²²⁵ Allerdings ist dem betroffenen Unternehmen im späteren Verfahren, wie schon gesagt, ein ausreichender Schutz seiner Verteidigungsrechte hinsichtlich der Vortat einzuräumen.²²⁶

125. Die Haftung des ganzen Unternehmens für Kartellzuwiderhandlungen ist nach dem Gesagten zumindest mit den fundamentalen Rechtsgrundsätzen des europäischen Rechts vereinbar. Eine solche Haftung aller Unternehmensteile könnte folglich lediglich dann noch ausgeschlossen sein, wenn eine Bejahung dieser Haftung den unveränderlichen Kernbereich deutscher Verfassungsprinzipien berühren würde und mit den Vorgaben des Grundgesetzes unvereinbar wäre.²²⁷ Dieser Maßstab folgt aus der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes.²²⁸

126. Die Monopolkommission ist zwar nur zur wettbewerbspolitischen Begutachtung der sich stellenden Haftungsprobleme zuständig und hat nicht die Aufgabe, über die sich stellenden verfassungsrechtlichen Fragen zu urteilen. Aus ihrer Sicht drängt sich ein Verstoß gegen wesentliche deutsche Verfassungsprinzipien aber zumindest nicht auf.

127. Bei dieser Einschätzung berücksichtigt die Monopolkommission, dass die Einwände gegen die europäische Rechtsprechung auf Rechtsprinzipien aufbauen, welche die europäische Rechtsprechung als allgemeine Rechtsprinzipien unter anderem aus den Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten ableitet.²²⁹ Aus der europäischen Rechtsprechung ergeben sich jedoch keine Hinweise darauf, dass einzelne Mitgliedstaaten (und insbesondere Deutschland) ein erheblich abweichendes Verständnis von den vorliegend relevanten Prinzipien hätten. Der europäische Unternehmensbegriff ist demgemäß auch bereits in mehreren Mitgliedstaaten als Grundsatz für den persönlichen Haftungsumfang in das dort geltende Haftungsrecht übernommen worden, etwa in Österreich²³⁰, Frankreich²³¹, Italien²³² und im Vereinigten König-

²²⁴ EuGH, 28. Juni 2005, C-189/02 P – Dansk Rørindustri, ECLI:EU:C:2005:408, Slg. 2005, I-5425, Rz. 214 ff. (zu den EU-Bußgeldleitlinien).

²²⁵ Dück/Schultes, WM 2013, S. 9 (10: als Fall der tatbestandlichen Rückanknüpfung).

²²⁶ Dazu siehe schon oben Tz. 61; ferner EuG, Urteil vom 13. Dezember 2001, T-45/98 – Krupp Thyssen Stainless, ECLI:EU:T:2001:288, Slg. 2001, II-3757, Rz. 65 ff.

²²⁷ Dazu siehe schon Monopolkommission, Sondergutachten 28, Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union?, Baden-Baden 1999, Tz. 19.

²²⁸ Vgl. Präambel und Art. 23 Abs. 1 GG; ferner BVerfG, Urteil vom 30. Juni 2009, 2 BvE 2/08 u. a. – Lissabon, BVerfGE 123, 267 (344 f.), wonach die „deutsche Verfassung [...] auf Öffnung der staatlichen Herrschaftsordnung für das friedliche Zusammenwirken der Nationen und die europäische Integration gerichtet [ist]“.

²²⁹ EuGH, Urteil vom 22. Oktober 2002, C-94/00 – Roquette Frères, ECLI:EU:C:2002:603, Slg. 2002, I-9011, Rz. 22 ff.; Urteil vom 25. Januar 2007, C-411/04 P – Salzgitter Mannesmann, ECLI:EU:C:2007:54, Slg. 2007, I-959, Rz. 40 f., Urteil vom 15. Oktober 2002, C-238/99 P u. a. – Limburgse Vinyl Maatschappij, ECLI:EU:C:2002:582, Slg. 2002, I-8375, Rz. 166 ff.

²³⁰ § 29 Ziff. 1 KartG, wonach Geldbußen gegen Unternehmer oder Unternehmensvereinigungen als Zuwiderhandelnde i. S. des § 1 KartG zu verhängen sind; siehe ferner § 36 Abs. 1a KartG und § 2 Abs. 1 Nr. 3 AußStrG zur Adressatenbezeichnung.

²³¹ Art. L.420-1 i. V. m. Art. L.465-1 und -2 des Code de Commerce.

²³² § 2 Abs. 1 i. V. m. § 15 Abs. 1 Gesetz Nr. 287 vom 10. Oktober 1990.

reich²³³. Eine sich aus der Verfassung ergebende Unvereinbarkeit einer Angleichung der Kartellrechtsgrundsätze zur Unternehmenshaftung an das europäische Recht erscheint folglich als spezifisch deutsches Problem.

128. Im Übrigen ist die Monopolkommission der Auffassung, dass eine Angleichung – selbst bei Berührung des Kernbereiches deutscher Verfassungsprinzipien – zumindest auf der Basis der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken führen dürfte. Aus Sicht der Monopolkommission kommt es folglich auf die Frage, ob der verfassungsrechtliche Kernbereich berührt ist, letztlich nicht an. Eine solche Berührung wird vom Schrifttum, sofern es verfassungsrechtliche Bedenken erhebt, ohne weitere Prüfung unterstellt.

129. Das Bundesverfassungsgericht legt seiner Auslegung des Grundgesetzes und insbesondere von Art. 19 Abs. 3 GG weder das Prinzip des Funktionsträgers im Sinne von Art. 101 AEUV noch das Rechtsträgerprinzip des deutschen Ordnungswidrigkeitenrechts zugrunde. Vielmehr legt es den Begriff der „juristischen Person“, wie er im Grundgesetz verwendet wird, autonom aus.

130. In Bezug auf einzelne Grundrechte prüft das Bundesverfassungsgericht nach Art. 19 Abs. 3 GG, ob diese ihrem Wesen nach auf eine juristische Person anwendbar sind. Zwar anerkennt es insofern, dass juristischen Personen auch aufgrund einer entsprechenden gesetzlichen Regelung auch strafrechtliche Schuld zugeschrieben werden kann.²³⁴ Allerdings genießt eine juristische Person grundrechtlichen Schutz gleichwohl nur als „bloßes Zweckgebilde der Rechtsordnung“. Der Grundrechtsschutz für die juristische Person (z. B. Personen- oder Kapitalgesellschaft) leitet sich somit vom Schutz der dahinterstehenden natürlichen Personen (Menschen) ab.²³⁵ Daraus dürfte folgen, dass eine natürliche Person den ihr zukommenden Grundrechtsschutz nicht dadurch künstlich erweitern kann, dass sie bei ihren Handlungen im Wettbewerb eine juristische Person zwischenschaltet.

131. Ein solcher weiterreichender Schutz wird durch das relevante Schrifttum aber offenbar angestrebt. Denn während eine natürliche Person als Unternehmensinhaber für kartellrechtliche Zuwiderhandlungen unmittelbar haftet, soll es bei der Zwischenschaltung juristischer Personen aus Verfassungsgründen nur zu einer Haftung in dem Umfang kommen können, in dem die kartellrechtswidrige Handlung einer Unternehmensgesellschaft als eigene Zuwiderhandlung zurechenbar war. Dagegen soll eine Haftung ausscheiden, soweit eine Zurechnung zu Konzerngesellschaften erfolgen müsste, denen keine konkrete Handlung zurechenbar ist. Auf diese Weise würden Inhaber von Konzernen gegenüber den Inhabern von Einzelgesellschaften oder Einzelkaufleuten begünstigt. Das überzeugt nicht (vgl. den Gleichheitsgrundsatz, Art. 3 Abs. 1 GG).

132. Die Monopolkommission hält es allenfalls für geboten, dass bei Zwischenschaltung juristischer Personen strenge Nachweisvoraussetzungen gelten, um zu verhindern, dass Kartellverstöße einer juristischen Person ungerechtfertigt zugerechnet werden und sich die Haftung der dahinterstehenden natürlichen Personen entsprechend erweitert.²³⁶ Diese Erwägung steht einer Übernahme des Prinzips der wirtschaftlichen Einheit ins deutsche Recht für die Frage der Haftungszurechnung aber nicht entgegen.

²³³ Sec. 2(1) i. V. m. Sec. 36(1) des Competition Act 1998.

²³⁴ BVerfG, Beschluss vom 25. Oktober 1966, 2 BvR 506/63, BVerfGE 20, 336; dazu auch Danecker/Biermann in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 2, 5. Aufl., München 2012, Vor Art. 23 VO 1/2003, Rz. 183.

²³⁵ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 1. Juni 1977, 1 BvR 108, 424/73 und 226/74, BVerfGE 45, 63 (79): Staatliche Gebietskörperschaften verfolgen „nicht individuelle Rechte der hinter ihnen stehenden natürlichen Personen gegenüber der öffentlichen Gewalt und stehen dem Staat nicht in der gleichen 'grundrechtstypischen Gefährdungslage' gegenüber wie der einzelne Eigentümer.“

²³⁶ Siehe dazu auch Tz. 170.

Kapitel 4

Bisherige Nichterfüllung der Anforderungen des EU-Rechts

133. Die Haftung aller Unternehmensteile nach den Grundsätzen des EU-Rechts ergibt sich nach dem zuvor Ausgeführten unmittelbar aus Art. 101 Abs. 1 AEUV. Diese Vorschrift hat Anwendungsvorrang vor dem entgegenstehenden deutschen Recht.²³⁷ Dies gilt auch in Bezug auf die §§ 30, 14, 130 Abs. 1 OWiG, soweit diese Vorschriften eine aus Sicht des EU-Rechts materiellrechtliche Frage regeln, indem sie Vorgaben zum persönlichen Haftungsumfang für Kartellverstöße treffen. Allerdings fehlt im deutschen Recht zugleich eine unionsrechtskonforme Regelung zur Bestimmung lediglich des formellen Haftungsadressaten in Kartellfällen. Das deutsche Recht enthält in dieser Hinsicht keine Regelung wie Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003.

134. Das hat zur Folge, dass Unternehmen nicht in jedem Fall für Kartellverstöße gemäß ihrer persönlichen Verantwortlichkeit in Anspruch genommen werden können. Insofern ist nach Art. 101 AEUV erforderlich, dass die Kartellbehörden auf alle Unternehmensteile, aus denen die betreffende wirtschaftliche Einheit besteht (persönlicher Haftungsumfang), und auf deren gesamten Vermögenswerte als Haftungsmasse (sachlicher Haftungsumfang) zugreifen können. Dieser Zugriff muss nach der europäischen Rechtsprechung trotz einer Rechtsnachfolge möglich sein, solange die wirtschaftliche Identität des Unternehmens fortbesteht.²³⁸

135. Eine Anpassung an das EU-Recht ist bisher nur hinsichtlich der Definition der kartellrechtlichen Zuwiderhandlung (§ 1 GWB) und hinsichtlich des sachlichen Haftungsumfangs – d. h. der Frage der Bußgeldbemessung – erfolgt (vgl. § 81 Abs. 4 GWB). Nach dem gegenwärtigen Recht kann eine Geldbuße nach dem Gesamtumsatz eines Unternehmens im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit bemessen werden. Dies gilt ungeachtet der Tatsache, dass die Geldbuße weiter nur nach Maßgaben von §§ 30, 130, 14 OWiG und damit nicht gegenüber allen Unternehmensteilen festgesetzt werden darf.

136. Eine Übernahme der EU-Rechtsgrundsätze zum persönlichen Haftungsumfang erscheint im Rahmen des bestehenden deutschen Rechts nicht ohne Weiteres möglich. Zwar hat der deutsche Gesetzgeber bei Einführung von § 81 Abs. 4 GWB als Ziel formuliert:²³⁹

„Um der dezentralen Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts praktische Wirksamkeit („effet utile“) zu verschaffen, wird die Bußgeldbemessung nach deutschem Recht der europäischen Regelung [in Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003] angepasst.“

Dennoch wird eine Übernahme der europäischen Grundsätze zum persönlichen Haftungsumfang angesichts der Struktur des deutschen Rechts ganz überwiegend abgelehnt.²⁴⁰ Das Bundeskartellamt hat zwar bei Haftungshindernissen in Einzelverfahren unmittelbar auf Artikel 101 AEUV zurückgegriffen, eine gerichtliche Bestätigung dieser Praxis bleibt jedoch noch abzuwarten.²⁴¹

137. Den Kartellbehörden kommt auf Basis der jeweils geltenden Regelungen zum persönlichen Haftungsumfang ein Auswahlermessen dahin gehend zu, welche Konzerngesellschaften sie zur Haftung heranziehen. Das bedeutet, dass sich eine unvollständige Umsetzung der Haftungsvorgaben des Art. 101 AEUV ins deutsche Recht nicht auswirkt, sofern die deutsche kartellbehördliche Praxis bei der Inanspruchnahme von Unternehmen wegen Kartellverstößen nicht hinter dem Vorgehen der Europäischen Kommission zurückbleibt. Es gibt aber Hinweise darauf, dass dies der Fall ist.

²³⁷ EuGH, Urteil vom 15. Juli 1964, 6/64 – Costa/ENEL, ECLI:EU:C:1964:34, Slg. 1964, 1251 (1269 f.).

²³⁸ Siehe oben Tz. 45 ff.

²³⁹ Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit, Bericht vom 9. März 2005, BT-Drs. 15/5049, S. 50.

²⁴⁰ BGH, Urteil vom 16. Dezember 2014, KRB 47/13 – Silostellgebühren II, Rz. 13; im Schrifttum siehe z. B. Koch, ZHR 171, S. 554 (562) (2007); Kersting, WuW 2014, S. 1156 (1169) (jeweils zu § 81 Abs. 4 GWB).

²⁴¹ Vgl. OLG Düsseldorf, ehem. VI-4 Kart 2-6/10 (Owi) – Flüssiggas (Tyczka Energie/Gase); dazu BKartA, Pressemitteilung vom 16. April 2013; BKartA, B11-17/06 – Drogerieartikel; dazu Monopolkommission, XX. Hauptgutachten (Fn. 7), Tz. 844; ebenso bereits zuvor in den in Tz. 17 genannten Fällen.

138. Die Europäische Kommission setzt, um eine ausreichende Haftung sicherzustellen, Geldbußen nicht allein gegenüber den Konzerngesellschaften fest, deren Angehörige sich konkret am kartellrechtswidrigen Verhalten beteiligt haben. Vielmehr nimmt sie regelmäßig auch die Konzernmutter in Anspruch, außerdem bei Bedarf Schwestergesellschaften und andere Konzernteile.²⁴² Die Heranziehung einer Muttergesellschaft erlaubt nach der Kommissionspraxis eine Zugrundelegung des Gesamtumsatzes eines Konzerns mit den kartellbefangenen Produkten als Tatumsatz (selbst bei einer Holdinggesellschaft).²⁴³ In Einzelfällen hat sie auch Unternehmen als bloßen Teilnehmern eines Kartellverstoßes Geldbußen auferlegt.²⁴⁴

139. Die Europäische Kommission geht ferner nach Maßgabe der in der EU-Rechtsprechung entwickelten Grundsätze gegen Rechtsnachfolger vor.²⁴⁵ Maßgebend ist insofern der Fortbestand des Unternehmens als wirtschaftlicher Einheit und nicht der Fortbestand einzelner Konzerngesellschaften.²⁴⁶ Anders als nach der deutschen Rechtsprechung genügt außerdem zur Annahme wirtschaftlicher Kontinuität bei Vermögensübernahme die Übernahme und Fortführung der Geschäftstätigkeit. Dagegen ist der Einsatz des Vermögens der ursprünglich haftenden juristischen Person in gleicher oder ähnlicher Weise wie bisher nicht nötig.²⁴⁷

140. Das Bundeskartellamt setzt Kartellbußen primär gegenüber den Konzerngesellschaften fest, deren Vertreter oder Mitarbeiter nach §§ 9, 30, 14 OWiG zurechenbar für sie gehandelt haben; außerdem gegenüber kartellbeteiligten natürlichen Personen. Daneben nimmt das Amt vereinzelt die Konzernmutter über § 130 OWiG für Aufsichtspflichtverletzungen in Anspruch, und zwar selbst wenn der Kartellverstoß allein von Mitarbeitern der Tochtergesellschaft begangen wurde.²⁴⁸ Dagegen dürfte eine Inanspruchnahme reiner Holdinggesellschaften ohne Aufsichtsfunktionen aus Rechtsgründen ausscheiden. Ebenso geht das Bundeskartellamt gegen andere Konzerngesellschaften grundsätzlich nicht vor, etwa gegen Schwestergesellschaften oder Unternehmen, bei denen es sich um bloße Teilnehmer einer Kartelltat handelt (d. h. um Anstifter oder Gehilfe)²⁴⁹.

141. Einer Inanspruchnahme von Rechtsnachfolgern sind nach deutschem Recht enge Grenzen gesetzt.²⁵⁰ Deswegen hat das Bundeskartellamt in Einzelfällen versucht, für Unternehmensteile, die nach § 1 GWB i. V. m. §§ 30, 130 OWiG

²⁴² Siehe oben Tz. 30 ff. Zur Zweckmäßigkeit der Inanspruchnahme einer Konzernmutter bei mehreren an der Zuwiderhandlung beteiligten Konzernunternehmen siehe auch EuG, Urteil vom 14. Mai 1998, T-352/94 – Mo och Domsjö, ECLI:EU:T:1998:103, Slg. 1998, II-1989, Rz. 95.

²⁴³ Vgl. EuG, Urteil vom 15. März 2000, T-25/95 u. a. – Cimenteries CBR, ECLI:EU:T:2000:77, Slg. 2000, II-491, Rz. 5040; insoweit bestätigt durch EuGH, Urteil vom 7. Januar 2004 – C-204/00 P u. a. – Aalborg Portland, ECLI:EU:T:2000:77, Slg. 2004, I-123, Rz. 354 ff.

²⁴⁴ Dazu EuG, Urteil vom 8. Juli 2008, T-99/04 – AC-Treuhand, ECLI:EU:T:2008:256, Slg. 2008, II-1501; Urteil vom 6. Februar 2014, T-27/10 – AC-Treuhand, ECLI:EU:T:2014:59; bestätigt durch EuGH, Urteil vom 22. Oktober 2015, C-194/14 P – AC-Treuhand, ECLI:EU:C:2015:717, Rz. 26 ff.

²⁴⁵ Dazu siehe oben Tz. 45 ff.

²⁴⁶ Vgl. kritisch Dück/Schultes, WM 2013, S. 9 (14) (zum deutschen Recht).

²⁴⁷ Vgl. Urteil vom 11. Dezember 2007, C-280/06 – Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato/ETI u.a., ECLI:EU:C:2007:775, Slg. 2007, I-10893, Rz. 42 f.; EuG, Urteil vom 14. Dezember 2006, T-259/02 u. a. – Raiffeisen Zentralbank Österreich, ECLI:EU:T:2006:396, Slg. 2006, II-5169, Rz. 326 ff.; bestätigt durch EuGH, Urteil vom 24. September 2009, C-125/07 P – Erste Group Bank, ECLI:EU:C:2009:576, Slg. 2009, I-8681, Rz. 76 ff.

²⁴⁸ BKartA, Entscheidung vom 13. November 1998, B2-21/96 – Preisetiketten, WuW/E DE-V 85 (88 f.); Entscheidung vom 9. Februar 2009, B1-200/06 – Tondachziegel, Fallbericht, Tz. 5; Entscheidung vom 19. Oktober 2011, B12 – 15/08 – Spanplatten; ebenso nun OLG München, Beschluss vom 23. September 2014, 3 Ws 599/14, 3 Ws 600/14, Rz. 16 (zit. nach Juris). Die Rechtmäßigkeit dieser Auslegung von § 130 OWiG ist umstritten, siehe eingehend Muders, Die Haftung im Konzern für die Verletzung des Bußgeldtatbestandes des § 130 OWiG, Baden-Baden 2014, insb. S. 120 ff.; kritisch z. B. Kling, WRP 2010, S. 506 (512); Koch, ZHR 171, S. 554 (570) (2007) unter Verweis auf BGH, Beschluss vom 1. Dezember 1981, KRB 3/79 – Transportbeton-Vertrieb, WuW/E BGH 1871 (1876); ihm folgend Brettel/Thomas, ZWeR 2009, S. 25 (58); zustimmend dagegen Bürger, WuW 2011, S. 130 (135).

²⁴⁹ Vgl. § 28 Abs. 1 StGB; zum Begriff des Beteiligten §§ 28 Abs. 2 StGB, 14 OWiG.

²⁵⁰ § 30 Abs. 2a OWiG; BGH, Urteil vom 10. August 2011, KRB 55/10 – Versicherungsfusion; 10. August 2011, KRB 2/10 – Transportbeton Elskes; dazu siehe oben Tz. 17. Siehe schon kritisch Monopolkommission, Sondergutachten 63, Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Baden-Baden 2012, Tz. 126 ff.; XIX. Hauptgutachten 2010/2011, Stärkung des Wettbewerbs bei

nicht hafteten, eine Haftung aus Art. 101 AEUV i. V. m. §§ 30, 130 OWiG herzuleiten.²⁵¹ Dabei handelte es sich stets um Fälle, in denen sich Unternehmen durch Umstrukturierung der Haftung für einen Kartellverstoß zu entziehen versucht hatten. Die Möglichkeit zu einer Haftungsherleitung aus Art. 101 AEUV i. V. m. §§ 30, 130 OWiG in solchen Fällen ist aber noch nicht gerichtlich geklärt.²⁵²

142. Demnach haben kartellbeteiligte Unternehmen ein unterschiedliches Haftungsrisiko, je nachdem, ob die Europäische Kommission oder das Bundeskartellamt gegen sie vorgeht. Dieses unterschiedliche Haftungsrisiko erklärt sich in Teilen aus der bestehenden Rechtslage. Die europäischen Vorschriften (Art. 101 AEUV i. V. m. Art. 23 VO 1/2003) ermöglichen der Europäischen Kommission im Allgemeinen eine weitergehende Inanspruchnahme von konzernzugehörigen Gesellschaften und Rechtsnachfolgern als dem Bundeskartellamt, was auch tatsächlich in der Praxis zu einer ungleichen Haftung führt.

143. Ein Potenzial für wettbewerbspolitisch problematische Ungleichbehandlungen ergibt sich allerdings auch bei einer isolierten Betrachtung des deutschen Rechts. Die Rechtslage begünstigt eine Verfolgungspraxis, die mit einer Ungleichbehandlung von Konzerngesellschaften gegenüber Einzelunternehmen einhergeht. Denn während ein Einzelunternehmen für die Kartellabsprache stets umfassend haftet, ist dies für konzernmäßig organisierte Unternehmen nicht zwingend der Fall.

144. Dabei dürften insbesondere die Nachweisvoraussetzungen im Rahmen von §§ 130, 14 OWiG einen Rückgriff auf diese Vorschriften behindern, der mit dem Ziel erfolgt, eine umfassende Haftung des Unternehmens sicherzustellen. Das Bundeskartellamt geht – nachvollziehbar – wegen der schwierigen Handhabbarkeit der §§ 130, 14 OWiG normalerweise nur gegen direkt kartellbeteiligte Gesellschaften vor. Allerdings bedeutet dies in Fällen, in denen nur eine gering kapitalisierte Konzerngesellschaft direkt kartellbeteiligt war, dass eine hohe Geldbuße möglicherweise wegen Kapitalmangels des gewählten Haftungsadressaten nicht beigetrieben werden kann.²⁵³ Davon abgesehen verbleiben trotz der Einfügung von § 30 Abs. 2a OWiG Lücken bei Umstrukturierungen, insbesondere in Fällen der wirtschaftlichen Gesamtrechtsnachfolge (*asset deals*), und bei Vermögensverschiebungen innerhalb eines Konzerns. Auf diese Lücken hatte das Bundeskartellamt bereits im Rahmen der 8. GWB-Novelle hingewiesen.²⁵⁴

145. Durch die wegen des behördlichen Ausübungsermessens bestehenden Freiräume wird zudem verdeckt, dass kartellbeteiligten Unternehmen in Deutschland auch Möglichkeiten zur Umgehung einer Haftung mit Blick auf solche Unternehmensteile verbleiben, die ohne direkte Beteiligung von dem Kartell profitiert haben. Derartige Unternehmensteile sind üblicherweise von vornherein nicht Gegenstand der Ermittlungen (z. B. Töchter, die das kartellbefangene Produkt weiterverarbeiten). Dies kann die Unternehmen in die Lage versetzen, den Kartellbehörden Informationen zu für die Bußgeldberechnung möglicherweise relevanten Umsätzen vorzuenthalten (z. B. Umsätzen mit dem weiterverarbeiteten Produkt).²⁵⁵

146. Die Defizite der bisherigen Rechtslage werden im Schrifttum und in den Behörden gesehen und haben zu verschiedenen Lösungsvorschlägen geführt. Aus Sicht der Monopolkommission sind diese Lösungsvorschläge aber nicht ausreichend bzw. überzeugend.

147. Dies gilt insbesondere für die Überlegung, das europäische Recht angelehnt an die Aussagen im Gesetzgebungsverfahren zur Neuregelung des sachlichen Haftungsumfangs in §§ 1, 81 Abs. 4 GWB „hineinzulesen“.²⁵⁶ § 1 GWB entspricht

Handel und Dienstleistungen, Baden-Baden 2012, Tz. 170; siehe aber auch Tz. 173 (wo die Erschwerung einer Bußgeldumgehung durch § 30 Abs. 2a OWiG begrüßt wird).

²⁵¹ Siehe oben Fn. 241.

²⁵² Siehe oben Tz. 136.

²⁵³ Vgl. zu diesem Problem schon Thiele, WRP 2006, S. 999 (1001).

²⁵⁴ BKartA, Stellungnahme vom 25. Mai 2012 zum Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz zur Regelung der Rechtsnachfolge in die Bußgeldhaftung, S. 5; siehe nunmehr allerdings auch § 17 Abs. 6 OWiG; zum EU-Recht siehe schon Tz. 48.

²⁵⁵ Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 8. Dezember 2010, 39.309 – LCD (Liquid Crystal Displays), Tz. 394 ff.

²⁵⁶ Ost, NZKart 2013, S. 25 (26 Fn. 6) m. w. N. (zu § 81 Abs. 4 GWB).

Art. 101 AEUV zwar hinsichtlich der Frage der kartellrechtlichen Zuwiderhandlung, doch erlaubt die Gesetzessystematik (§ 81 GWB; §§ 30, 130 OWiG) innerhalb des bestehenden Systems keine Auslegung der Vorschrift in Bezug auf den Haftungsadressaten (persönlicher Haftungsumfang). Ebenso wenig hat sich die Auffassung durchgesetzt, § 81 Abs. 4 GWB sei als Spezialvorschrift gegenüber den Haftungsnormen des Ordnungswidrigkeitengesetzes aufzufassen. Denn es ist anerkannt, dass diese Vorschrift nur die Bußgeldbemessung zum Gegenstand hat (sachlicher Haftungsumfang).²⁵⁷

148. Zweifelhaft erscheint weiter ein Rückgriff auf die sogenannte Verbundklausel (§ 36 Abs. 2 GWB). Zwar entspricht es der herrschenden Meinung, dass der Anwendungsbereich der Vorschrift nicht auf die Fusionskontrolle beschränkt ist.²⁵⁸ Sie mag es auch erlauben, abhängigen Unternehmen die Kenntnisse von Mutter- bzw. Schwestergesellschaften anzulasten.²⁵⁹ Allerdings kann sie nur dort eine Rolle spielen, wo das Gesetz überhaupt an den Begriff des „Unternehmens“ anknüpft, also nicht im Rahmen der §§ 30, 130 OWiG.²⁶⁰ Außerdem erscheint es – jedenfalls bei einer Ablehnung von Vermutungstatbeständen im bußgeldrechtlichen Kontext – nicht unproblematisch, dass die Klausel auf § 17 Abs. 2 AktG verweist.²⁶¹

149. Nicht tragfähig erscheint der Vorschlag, die kartellbefangene wirtschaftliche Einheit als Personenvereinigung (gemäß § 30 Abs. 1 Nr. 3 OWiG) in der Form einer Außen-GbR aufzufassen, weil die konzernzugehörigen Gesellschaften gemeinsam auf dem Markt agieren.²⁶² Dem steht schon entgegen, dass der erforderliche gemeinsame Zweck einer solchen Außen-GbR in einer kartellrechtswidrigen Marktstätigkeit liegt und die GbR zumindest in Bezug auf den Kartellverstoß nicht wirksam wäre (§§ 134, 139 i. V. m. §§ 705 ff. BGB).²⁶³ Auch aus der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft dürfte nichts anderes folgen, schon weil diese nur dem Schutz des zivilrechtlichen Rechtsverkehrs dient, nicht dem Schutz staatlicher Ahndungsinteressen.

150. Schließlich wurde vereinzelt erwogen, eine Vorschrift der EU-Kartellverordnung (Art. 5 S. 2 Spstr. 4 VO 1/2003) als unmittelbare Befugnisnorm fruchtbar zu machen.²⁶⁴ Diese Vorschrift äußert sich, worauf im vorigen Jahr auch der Bundesgerichtshof hingewiesen hat, aber gerade nicht dazu, gegenüber welchem Haftungsadressaten die mitgliedstaatlichen Behörden eine Geldbuße festsetzen können.²⁶⁵

151. Das Bundeskartellamt hat gewarnt, dass es möglicherweise Fälle an die Europäische Kommission abgeben müsse, um eine wirksame Kartellverfolgung sicherzustellen.²⁶⁶ Allerdings wäre auch diese verfahrenstechnische Lösung vermutlich nicht geeignet, die bestehenden Durchsetzungsdefizite zu beseitigen. Denn es ist nicht möglich, Verfahren abzuge-

²⁵⁷ BGH, Urteil vom 16. Dezember 2014, KRB 47/13 – Silostellgebühren II, Rz. 13, 19 ff.; Beschluss vom 10. August 2011, KBR 2/10 – Transportbeton Elskes, Rz. 17.

²⁵⁸ BGH, Urteil vom 23. Juni 2009, KZR 21/08 – Entega, WuW/E DE-R 2739, Ls. 2 u. Rz. 15; ebenso schon zuvor LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 3.8.2005, 4 HK O 6645/04 – Schuh-Einzelhandel, WuW/E DE-R 1659 (1661).

²⁵⁹ Vgl. Dück/Schultes, WM 2013, S. 9 (11) mit Verweis auf BGH, Urteil vom 23. Juni 2009, KZR 21/08 – Entega, WuW/E DE-R 2739.

²⁶⁰ Koch, ZHR 171, S. 554 (563 f.) (2007); ähnlich Brettel/Thomas, ZWeR 2009, 25 (27): § 36 Abs. 2 GWB bilde wirtschaftliche Realitäten ab, § 30 OWiG ordne dagegen eine spezifische Sanktionsfolge an.

²⁶¹ So Kling, WRP 2010, S. 506 (513); Brettel/Thomas, ZWeR 2009, S. 25 (57). § 17 Abs. 2 AktG lautet: „Von einem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen wird vermutet, daß es von dem an ihm mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist.“

²⁶² Kersting, WuW 2014, S. 1156 (1170 f.).

²⁶³ Dies dürfte auch gelten, wenn die Außen-GbR in Vollzug gesetzt wurde; vgl. BGH, Beschluss vom 4. März 2008, KVZ 55/07 – Nord/KS, Rz. 16. Siehe auch von Hülsen/Kasten, NZKart 2015, S. 296 (304 f.) zu weiteren Bedenken gegen die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 705 ff. BGB.

²⁶⁴ Dafür Bundeskartellamt und Generalstaatsanwaltschaft, wie zitiert in BGH, Urteil vom 16. Dezember 2014, KRB 47/13 – Silostellgebühren II, Rz. 26; offen zuvor BKartA, Stellungnahme, S. 4; a. A. OLG Düsseldorf, Urteil vom 17. Februar 2012, V-1-Kart 7/12 (Owi) – Silostellgebühren II, NZKart 2013, 166, 167 ff. m. w. N.

²⁶⁵ BGH, Urteil vom 16. Dezember 2014, KRB 47/13 – Silostellgebühren II, Rz. 24 ff.; im Schrifttum vgl. Bürger, WuW 2011, S. 130 (134: „keine Ermächtigungsgrundlage“); siehe ferner EU-Kommission, Bekanntmachung über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl. vom 27. April 2004, C 101/03, Tz. 2.

²⁶⁶ BKartA, Stellungnahme zum Diskussionsentwurf des BMJ zur Regelung der Rechtsnachfolge in die Bußgeldhaftung, 4 f.; ebenso der Präsident des BKartA Mundt, wie zitiert in: Agra Europe/Deter, Mundt fordert Schließung von Regelungslücken im Kartellrecht, topagraronline vom 14. Juli 2015.

ben, die nach deutschem Recht schon nicht eröffnet werden können (z. B. gegen eine Muttergesellschaft bei Nachweisproblemen i. R. von § 130 OWiG). Eine Verfahrensabgabe wegen der Gefahr einer Umstrukturierung zur Haftungsumgehung wäre zumindest als vorsorgliche Maßnahme nicht praktikabel, da im Vorhinein kaum abschätzbar ist, in welchen Fällen eine Umstrukturierung zur Bußgeldvermeidung wahrscheinlich erfolgen wird.

152. Die bestehenden Unstimmigkeiten zwischen europäischem und deutschem Recht dürften sich durch die geplante Umsetzung der europäischen Schadenersatzrichtlinie verschärfen.²⁶⁷ Denn nach deren Art. 1 Abs. 1 sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, Geschädigte in die Lage zu versetzen, gegenüber „Unternehmen“ Schadenersatz geltend zu machen. Die Bundesregierung plant deshalb, den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff des EU-Rechts für Zivilklagen ins deutsche Recht zu übernehmen. In diesem Fall würden jedoch alle Rechtsträger eines Unternehmens wegen Kartellverstößen auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden können. Damit würde sich z. B. die Frage stellen, ob die Feststellungen in einer Bundeskartellamtsentscheidung auch hinsichtlich solcher Unternehmensteile bindend wären, die keine Entscheidungsadressaten waren und lediglich Beklagte sind. Außerdem könnte es zu einer unangemessenen Besserstellung von Konzerngesellschaften kommen, wenn nur einzelne Gesellschaften eines Konzerns als Kronzeugen kooperiert haben, aber andere Konzerngesellschaften auf Schadenersatz verklagt werden und sich auf die Kronzeugenprivilegierung nach Art. 11 Abs. 4 der Richtlinie berufen.

²⁶⁷ Richtlinie 2014/104/EU über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. L 349 vom 5. Dezember 2014, S. 1.

Kapitel 5

Geplante Rechtsänderungen und Empfehlungen der Monopolkommission

153. Die Monopolkommission begrüßt den Willen der Bundesregierung, das deutsche Recht zu novellieren, um die bisherigen Defizite in der Durchsetzung des europäischen Kartellrechts zu beseitigen. Die Bundesregierung plant, § 81 GWB in Anlehnung an Art. 101 AEUV zu ändern, um so eine Umgehung der Kartellhaftung durch Umstrukturierungen auszuschließen.²⁶⁸ Hierauf werden sich die Folgen der geplanten Rechtsänderung voraussichtlich jedoch nicht beschränken. Das legt es aus Sicht der Monopolkommission nahe, eine weitergehende Neuordnung des Kartellsanktionsrechts ins Auge zu fassen.

154. Die bisherige Nichterfüllung der Anforderungen des EU-Rechts zum persönlichen Haftungsumfang bei Kartellverstößen ist mit Blick auf die Verpflichtungen Deutschlands nach Art. 3 und 5 VO 1/2003, aber auch nach Art. 120 AEUV und aufgrund des Grundsatzes der Unionstreue problematisch.²⁶⁹ Sie ist daneben auch wettbewerbspolitisch zu kritisieren, da sie das Signal an den Markt sendet, dass Konzerne sich einer Kartellhaftung entziehen können, wohingegen diese Haftung konzernunabhängige Gesellschaften und Einzelunternehmer mit voller Härte trifft.

155. Auch aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit erscheint eine Überarbeitung der gesetzlichen Regelungen geboten. Bereits während der Arbeiten an der 8. GWB-Novelle wurde diskutiert, ob eine umfassende, an das europäische Recht angelehnte Regelung des Kartellbußgeldverfahrens erforderlich sei oder ob Einzeländerungen im GWB und im Ordnungswidrigkeitengesetz genügen würden. Der Gesetzgeber hatte es damals bei Einzeländerungen belassen.

156. Die geplante Neuregelung sollte sich aus Sicht der Monopolkommission jedenfalls nicht auf die Behebung von Einzelproblemen beschränken. Die geplante Änderung von § 81 GWB wird die bestehenden Regelungslücken schließen, die sich daraus ergeben, dass die bestehenden kartellbußgeldrechtlichen Regelungen keine Haftungszuweisung vorsehen, bei welcher die tatbestandlichen Voraussetzungen von §§ 30, 130, 14 OWiG einer Inanspruchnahme von Unternehmensteilen nicht entgegenstehen könnten. Die Neuregelung dürfte in diesen Fällen eine Übernahme der europäischen Haftungsgrundsätze ermöglichen und ist vor diesem Hintergrund zu begrüßen.

5.1 Haftungsverschärfung durch Angleichung an das europäische Recht

157. Die Monopolkommission hält es freilich für angezeigt hervorzuheben, dass die geplante Neuregelung grundsätzlich auch zu einer erheblichen Haftungsverschärfung für Unternehmen führen dürfte. Dies folgt von vornherein schon daraus, dass mehr Unternehmensteile als bisher für einen Kartellverstoß in Anspruch genommen werden können. Eine Haftungsverschärfung ist aber auch hinsichtlich einzelner Aspekte der Bußgeldbemessung zu erwarten.

158. Den Zielen der Rechtsänderung gemäß wird eine Angleichung von § 81 GWB an die Vorgaben aus Art. 101 AEUV es ermöglichen, weitere Konzerngesellschaften für die Kartellzuwiderhandlung als unter der gegenwärtigen Rechtslage in Anspruch zu nehmen. So werden die Kartellbehörden neben der Gesellschaft, welche an den Kartelltreffen teilgenommen hat, unter Umständen Konzerngesellschaften in Anspruch nehmen können, bei denen ausschließlich der Kartellgewinn angefallen ist. Daneben wird es Unternehmensgruppen erschwert werden, sich durch organisatorische Maßnahmen der Kartellhaftung zu entziehen. Damit reduziert sich die Ungleichbehandlung, die für Unternehmen bisher in Abhängigkeit davon besteht, welche Kartellbehörde den Fall aufgreift.

159. Dessen ungeachtet ist hinzunehmen, dass die Neuregelung voraussichtlich keine Lösung für bereits unter der derzeitigen Rechtslage erfolgte Haftungsumgehungen durch Umstrukturierung bieten kann. Für solche Fälle gilt, dass die Haftung aller Unternehmensteile für die materielle Zuwiderhandlung zwar ebenfalls unmittelbar aus Art. 101 AEUV folgt. Allerdings fehlt im deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht derzeit, wie gesagt, eine unionsrechtskonforme Regelung zur Bestimmung des Entscheidungsadressaten in Kartellverfahren. Bei Einfügung einer solchen Norm wäre das geltende

²⁶⁸ Siehe oben Tz. 2.

²⁶⁹ Siehe schon oben Tz. 8.

Rückwirkungsgebot zu beachten (§ 3 OWiG)²⁷⁰. Es ist gleichwohl wichtig, dass die bestehenden Regelungslücken zumindest für die Zukunft geschlossen werden.

160. Die Neuregelung wird voraussichtlich aber auch in Bezug auf einzelne Aspekte der Bußgeldbemessung zu einer weiteren Haftungsverschärfung führen.²⁷¹ Dies gilt ungeachtet des Umstands, dass Geldbußen bereits nach dem geltenden deutschen Recht auf Basis des Gesamtumsatzes zu bemessen sind und – wie im europäischen Recht – als Gesamtumsatz der weltweite Umsatz des Unternehmens als wirtschaftlicher Einheit zugrunde zu legen ist (§ 81 Abs. 4 S. 2, 3 GWB). Denn zwischen dem Vorgehen der Europäischen Kommission und dem des Bundeskartellamtes bestehen zumindest in der Praxis Unterschiede, die im vorliegenden Zusammenhang relevant sind.

161. Die Europäische Kommission bemisst Geldbußen ausgehend vom tatbezogenen Umsatz des gesamten Unternehmens und bezieht in die Umsatzberechnung auch Umsätze nicht unmittelbar kartellbeteiligter Konzerngesellschaften eines Unternehmens mit den kartellbetroffenen Waren und Dienstleistungen ein.²⁷² Dabei berücksichtigt sie auch konzerninterne Lieferungen, soweit diese sich letztlich in Außenumsätzen mit dem Endprodukt niedergeschlagen haben.²⁷³ Außerdem kann sie es bei der Ermittlung des tatbezogenen Umsatzes im Falle weltweiter Kartelle unter Umständen bußgelderhöhend berücksichtigen, wenn sich aus den außerhalb des EWR erzielten Umsätzen ergibt, dass der innerhalb des EWR erzielte Umsatz das Gewicht der wirtschaftlichen Einheit bei der Zuwiderhandlung nicht angemessen wiedergibt.²⁷⁴ In Fällen der Rechtsnachfolge kann schließlich eine Zusammenrechnung von Umsätzen für den Zeitraum erfolgen, der für die Bestimmung des Grundbetrags der Geldbuße maßgeblich ist.²⁷⁵

162. Das Bundeskartellamt bemisst dagegen Geldbußen bisher ausgehend von einem Anteil des tatbezogenen Umsatzes der jeweiligen kartellbeteiligten Gesellschaft und zieht den Gesamtumsatz grundsätzlich nur als Grenze des im konkreten Fall anwendbaren Bußgeldrahmens heran. Dabei leitet es aus dem tatbezogenen Umsatz das kartellbedingte Gewinn- und Schadenspotenzial der Tat ab, während der Gesamtumsatz die „Ahndungsempfindlichkeit“ der wirtschaftlichen Einheit bezeichnen soll.²⁷⁶ Die Umsätze der tatbeteiligten Gesellschaft mit anderen Konzernunternehmen werden im Rahmen der Bußgeldbemessung jedoch nicht berücksichtigt. Als tatbezogener Umsatz wird außerdem nur der Inlandsumsatz berücksichtigt.²⁷⁷ Im Fall der Rechtsnachfolge findet eine Zusammenrechnung von Umsätzen ebenfalls nicht in derselben Weise wie auf der europäischen Ebene statt.

163. Das Bundeskartellamt kann seine Bußgeldpraxis insgesamt zwar nur in gewissen Grenzen an das Vorgehen der Europäischen Kommission anpassen. Denn diese bemisst die Geldbuße vergleichsweise frei und kappt sie bei 10 Prozent des Gesamtumsatzes. Dagegen legt das Bundeskartellamt die 10 Prozent-Grenze in § 81 Abs. 4 S. 1 GWB als Obergrenze

²⁷⁰ Dagegen ist zweifelhaft, ob auch das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG einschlägig wäre, da der Gesetzgeber keine Regelung zum haftenden Unternehmen (Art. 101 AEUV), sondern nur eine Regelung zum verfahrensrechtlichen Adressaten (§ 81 GWB n. F.) zu treffen hätte. Art. 103 Abs. 2 GG betrifft kein rückwirkendes Verfahrensrecht; vgl. Schmidt-Aßmann in: Maunz-Dürig, Grundgesetz, Lfg. 30, Dezember 1992, Art. 103 Abs. II, Rz. 238, 245.

²⁷¹ Zur bisherigen Entwicklung vgl. schon Monopolkommission, Sondergutachten 41, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, Baden-Baden 2004, Tz. 26; Sondergutachten 28 (Fn. 227), Tz. 37 am Ende (in Bezug auf frühere Rechtsänderungen).

²⁷² Dazu vgl. EuG, Urteil vom 15. März 2000, T-25/95 – Cimenteries CBR, Slg. 2000, II-491, ECLI:EU:T:2000:77, Rz. 5022 f.

²⁷³ EU-Kommission, Entscheidung vom 8. Dezember 2010, 39.309 – LCD (Liquid Crystal Displays), Tz. 380, 394 ff.; bestätigt durch EuGH, Urteil vom 23. April 2015, C-227/14 P – LG Display, ECLI:EU:C:2015:258, Rz. 60 f.

²⁷⁴ EU-Kommission, Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. C 210 vom 1. September 2006, S. 2, Tz. 18; dazu auch EuG, Urteil vom 9. Juli 2003, T-220/00 – Cheil Jedang, Slg. 2003, II-2473, ECLI:EU:T:2003:193, Rz. 91 ff.

²⁷⁵ Siehe z. B. EU-Kommission, Entscheidung vom 19. September 2007, 39.168 – Hartkurzwaren: Verschlüsse, Tz. 23, 525.

²⁷⁶ BKartA, Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren, 25. Juni 2013, Tz. 4 f., 8 ff. Der gesetzliche Bußgeldrahmen bezeichnet somit grundsätzlich nur die äußeren Grenzen des im konkreten Fall maßgeblichen Bußgeldrahmens (siehe ebenda, Tz. 7). Siehe Monopolkommission, XX. Hauptgutachten (Fn. 7), Tz. 924 ff., zu den diesbezüglich bestehenden Bedenken.

²⁷⁷ BKartA, Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren, 25. Juni 2013, Tz. 4, 11.

aus, an der die Bußgeldbemessung auszurichten ist.²⁷⁸ Der anwendbare Bußgeldrahmen ist für die europäischen und deutschen Kartellbehörden somit unterschiedlich. Dies ist jedoch losgelöst von der in den vorigen Textziffern relevanten Frage, welchen tatbezogenen Umsatz die Behörden in der Praxis ihrer Bußgeldbemessung zugrunde legen.

164. Einer weiteren Angleichung der deutschen Praxis zur Bußgeldbemessung an das Vorgehen der Europäischen Kommission werden auf der Basis des gegenwärtigen § 81 Abs. 4 GWB verfassungsrechtlich begründete Einwände entgegengehalten. Bereits der bestehende § 81 Abs. 4 GWB verstoße gegen den aus dem Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG) ableitbaren Bestimmtheitsgrundsatz, unter anderem wegen des Fehlens eindeutiger Bewertungsgrundsätze für die erfassten Unternehmensverbindungen.²⁷⁹ Außerdem verletze es das Rechtsstaatsprinzip und den Gleichheitsgrundsatz, wenn Kartellgeldbußen gegen Unternehmensträger in keinem angemessenen Verhältnis zum Höchstmaß für Geldbußen außerhalb des Kartellrechts oder zu Geldbußen und -strafen für natürliche Personen stehen.²⁸⁰ Ebenso verletze es den deutschen Schuldgrundsatz und das rechtsstaatliche Übermaßverbot, soweit Geldbußen nach § 81 Abs. 4 GWB auf Basis des Gesamtumsatzes des an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmens zu berechnen sind.²⁸¹

165. Diese Argumente sind freilich nur auf Basis des Rechtsträgerprinzips haltbar und fallen unter Geltung des Funktionsträgerprinzips in sich zusammen. Bei Anwendung der Grundsätze zu Art. 101 AEUV trifft die Haftung alle Rechtsträger, die Teil des für die Zuwiderhandlung verantwortlichen Unternehmens sind, sodass dem Bestimmtheitsgrundsatz und auch dem Schuldgrundsatz (Haftung für die eigene Schuld) Rechnung getragen ist. Bei Haftung des Unternehmens können zudem auch solche Geldbußen als verhältnismäßig erscheinen, deren Festsetzung gegenüber einzelnen Rechtsträgern unangemessen wäre. Dies gilt selbst dann, wenn unternehmenszugehörige Gesellschaften aufgrund einer solchen Buße in die Insolvenz fallen.

166. Darüber hinaus wird zwar die Verfassungsmäßigkeit weiterer Aspekte des Bußgeldverfahrens angezweifelt. Die Monopolkommission selbst hat bereits darauf hingewiesen, dass sich schwierige Fragen in Bezug auf den in § 81 Abs. 4 GWB festgelegten wandernden Bußgeldrahmen ohne feste Obergrenze stellen.²⁸² Daneben werden Bedenken zu dem weiten Verfahrensermessen der Kartellbehörden im Rahmen des gegenwärtigen Bußgeldverfahrens vorgebracht.²⁸³ Diese Bedenken sind jedoch von einer Ausgestaltung des Bußgeldrechts auf Basis des Funktionsträgerprinzips anstelle des Rechtsträgerprinzips unabhängig und gehen über den Gegenstand dieses Gutachtens hinaus.

167. Eine etwaige Verschärfung der deutschen Bußgeldpraxis aufgrund einer Übernahme der europäischen Grundsätze zum Umfang der persönlichen Haftung dürfte sich nicht ohne Weiteres durch andere Gesetzesvorgaben abfedern lassen, beispielsweise durch eine ausdrückliche Vorschrift zur haftungsmindernden Berücksichtigung von *Compliance*-Maßnahmen. Eine solche Besserstellung von Unternehmen, bei denen es dennoch zu einem Kartellverstoß gekommen ist, liegt zwar im Ermessen der Behörden, dürfte mangels eines entsprechenden Rechtsgrundsatzes aber keiner gesetzli-

²⁷⁸ BKartA, Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren, 25. Juni 2013, Tz. 2. Die Auslegung des Bundeskartellamts beruht auf BGH, Beschluss vom 26. Februar 2013, KRB 20/12 – Grauzementkartell; siehe hierzu Monopolkommission, XX. Hauptgutachten (Fn. 7), Tz. 922 ff.

²⁷⁹ So etwa Brettel/Thomas, ZWeR 2009, S. 25 (59 f.); Thiele, WRP 2006, S. 999 (1001 f.); Koch, ZHR 171, S. 554 (2007) (566 f.); ähnlich Buntscheck, WuW 2008, S. 941 (949 f.: „von Haftungsfragen losgelöste Umsatzzurechnung“).

²⁸⁰ König in: Göhler, OWiG, Ordnungswidrigkeitengesetz, 16. Aufl., München 2012, § 17 Rz. 48c; Dannecker/Biermann in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB/Teil 1, 5. Aufl., München 2014, § 81 Rz. 369 ff.; Thiele, WRP 2006, S. 999 (1006 f.).

²⁸¹ Achenbach, ZWeR 2009, S. 3 (18, 24: Überschreitung des „Maß[es] an Fühlbarkeit und Empfindlichkeit [...] einer vergleichbaren strafrechtlichen Sanktion); Heinichen, WRP 2012, 159 (164: Zurechnung fremder Schuld); Brettel/Thomas, ZWeR 2009, S. 25 (Leistungsfähigkeit Dritter als Ahndungsmaßstab); Steinle, EWS 2004, S. 118 (123; allerdings mit Blick auf die Praxis der EU-Kommission). Zum EU-Recht siehe dagegen EuGH, Urteil vom 10. April 2014, C-247/11 P – Areva, ECLI:EU:C:2014:257, Rz. 137 f.: Haftungsdeckelung bei dem Betrag, welcher der handelnden Tochter auferlegt wurde.

²⁸² Monopolkommission, XX. Hauptgutachten (Fn. 7), Tz. 924 ff.; mit Blick auf die (zweifelhafte) hinreichende Bestimmtheit von § 81 Abs. 4 GWB siehe auch Achenbach, ZWeR 2009, S. 3 (17 ff.); Brettel/Thomas, ZWeR 2009, S. 25 (31 ff.); Heinichen, WRP 2012, S. 159 (163 f.); Thiele, WRP 2006, S. 999 (1002-1005); Koch, ZHR 171, S. 554 (2007) (566 f.); Bechtold, NZKart 2015, S. 331 (333; auch mit Blick auf einen mögl. Verstoß gegen Art. 5 VO 1/2003).

²⁸³ Siehe z. B. Dannecker/Biermann in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB/Teil 1, 5. Aufl., München 2014, Vor § 81, Rz. 241 f., 247; § 81 Rz. 538 f., 556, 611 f.

chen Regelung zugänglich sein. Die europäische Rechtsprechung lehnt eine haftungsmindernde Berücksichtigung von *Compliance*-Maßnahmen ab.²⁸⁴ Ihre Kodifizierung dürfte folglich nur zu neuen Defiziten in der wirksamen Durchsetzung des Kartellverbots in Art. 101 AEUV führen und daher mit europäischem Recht unvereinbar sein.

5.2 Problem: Weiterhin keine ausreichende Kartellprävention

168. Die Monopolkommission hält aus wettbewerbspolitischer Sicht die wahrscheinliche Erhöhung der Bußgelder, die mit der Schließung der Regelungslücken im deutschen Recht und einer entsprechenden Anpassung der Kartellamtspraxis einhergeht, für nicht uneingeschränkt begrüßenswert. Dem steht nicht entgegen, dass eine Anpassung des deutschen Ordnungswidrigkeitensystems an die Vorgaben des europäischen Rechts und eine weitere Erhöhung der Abschreckungswirkung von Kartellsanktionen erforderlich sind.²⁸⁵

169. Die Monopolkommission hält auch eine weitere Angleichung der Bußgeldpraxis des Bundeskartellamtes an die Praxis der Europäischen Kommission für sinnvoll, soweit sich hierdurch die jetzigen Ungleichheiten bei der Ahndung reduzieren. Sie begrüßt die Entschlossenheit des Bundeskartellamtes, die schon zurzeit bestehenden Spielräume zu nutzen und insbesondere die Möglichkeit gerichtlich zu testen, für Unternehmensteile, die nach § 1 GWB i. V. m. §§ 30, 130 OWiG nicht haften, eine Haftung aus Art. 101 AEUV i. V. m. §§ 30, 130 OWiG herzuleiten.²⁸⁶ Zur Klarstellung gegenüber den Unternehmen und zur Abschreckung regt sie an, dass das Bundeskartellamt künftig in Fällen, in denen sich unter Umständen auch eine Zuständigkeit der Europäischen Kommission begründen ließe, auf die unterschiedlichen Grundsätze zur Bußgeldfestsetzung hinweist, sofern diese sich im konkreten Einzelfall auswirken würden.

170. In Bezug auf die Wahrung der Verteidigungsrechte der von der Rechtsänderung zukünftig betroffenen Unternehmen ist außerdem darauf hinzuweisen, dass ergänzende Regelungen zum Schutz der Verteidigungsrechte solcher Unternehmensteile, die von den Kartellbehörden lediglich aufgrund der Zurechnung eines kartellrechtswidrigen Verhaltens in Anspruch genommen werden, erforderlich sein könnten.²⁸⁷ Die verfahrensrechtlichen Einzelfragen gehen über den Gegenstand dieses Gutachtens allerdings hinaus.

171. In Hinblick auf die general- und spezialpräventiven Ziele des Kartellsanktionssystems ist aus Sicht der Monopolkommission allerdings zweifelhaft, ob selbst eine drastische weitere Erhöhung der verhängten Geldbußen zu einem ausreichend tief greifenden Bewusstseinswandel führen wird. Aus Sicht der Monopolkommission ist nicht unbedingt zu erwarten, dass Unternehmen durch höhere Geldbußen als Hauptsanktion von Kartellverstößen stärker abgeschreckt werden (Generalprävention). Für den Einzelfall gibt es bisher von vornherein kaum empirische Erkenntnisse hinsichtlich der Abschreckungswirkung von Kartellgeldbußen (Spezialprävention).²⁸⁸

172. Die rechtspolitische Diskussion um die Weiterentwicklung des Kartellsanktionssystems geht vielfach von der Annahme aus, dass bereits das gegenwärtige System eine ausreichende Abschreckungswirkung gegenüber Unternehmen ebenso wie direkt kartellbeteiligten Mitarbeitern habe. Die verfügbaren statistischen Angaben der Kartellbehörden lassen allerdings nur eingeschränkt Rückschlüsse auf die Abschreckungswirkung von Geldbußen zu. Die Zahl der verfolgten Kartelle wird durch verschiedene Faktoren wie z. B. durch die gesamtwirtschaftliche Entwicklung beeinflusst. So können

²⁸⁴ Siehe EuGH, Urteil vom 28. Juni 2005, C-189/02 P u. a. – Dansk Rørindustri, ECLI:EU:C:2005:408, Slg. 2005, I-5425, Rz. 373; EuG, Urteil vom 14. Mai 2014, T-406/09 – Donau Chemie, ECLI:EU:T:2014:254, Rz. 167 ff.; Urteil vom 24. März 2011, T-384/06 – IPB, ECLI:EU:T:2011:113, Slg. 2011, II-1177, Rz. 83; Urteil vom 7. Juni 2011, T-217/06 – Arkema France, ECLI:EU:T:2011:251, Slg. 2011, II-2593, Rz. 236; Urteil vom 16. September 2013, T-375/10 – Hansa Metallwerke, ECLI:EU:T:2013:475, Rz. 196.

²⁸⁵ Siehe oben Tz. 5, 133 ff.; zu letzterem auch schon Monopolkommission, XX. Hauptgutachten (Fn. 7), Tz. 140 ff.

²⁸⁶ Das Bundeskartellamt kann in seinen Entscheidungen im Übrigen jedenfalls einen Verstoß des deutschen Rechts gegen europäische Vorgaben festzustellen, auch wenn dieser gegenüber dem Entscheidungsadressaten nicht verfolgbar ist; dazu schon XX. Hauptgutachten (Fn. 7), Tz. 1997.

²⁸⁷ Vgl. die sich in den europäischen Kartellverfahren stellenden Probleme; dazu oben Tz. 56 ff.

²⁸⁸ Siehe Monopolkommission, XX. Hauptgutachten (Fn. 7), Tz. 1090 ff., zu den Schwierigkeiten von Ex-post-Evaluationen der Kartellrechtsdurchsetzung.

etwa ein dauerhaftes Wegbrechen der Nachfrage und die dadurch bedingten Überkapazitäten ein Strukturproblem darstellen, das ein möglicher Grund für die Bildung von Kartellen sein kann.²⁸⁹

173. Ein weiterer Faktor, der sich auf die Kartellverfolgung auswirkt, sind die von den Behörden angewendeten Leitlinien für Kronzeugen²⁹⁰, zu Vergleichen (sogenannte *Settlements*)²⁹¹ und zur Bußgeldbemessung²⁹², die in den vergangenen Jahren eingeführt und mehrfach überarbeitet worden sind. Dadurch hat sich in Deutschland – ebenso wie auf der EU-Ebene – das behördliche Vorgehen gegen Kartellverstöße in den letzten zehn bis fünfzehn Jahren immer mehr verschärft.

174. Bei derart verschärfter Kartellverfolgung ist ein Rückgang der Zahl aufgegriffener bzw. entschiedener Fälle nicht ohne Weiteres zu erwarten, insbesondere weil sich die Zahl der verfolgten Fälle erhöht hat. Ebenso wenig liegt ein Rückgang der Fallzahlen nahe, sofern die Behörden aus Kapazitätsgründen nicht alle Kartellverstöße aufgreifen. Ein Nichtrückgang könnte unter solchen Umständen allerdings darauf hinweisen, dass die Ahndung von Kartellen lückenhaft ist und dass das System möglicherweise von vornherein keine hinreichende Abschreckungswirkung hatte.

175. Unter den genannten Vorbehalten können Veränderungen in den ausgewiesenen Fallzahlen eventuell als Indiz für oder gegen eine Abschreckungswirkung angesehen werden. Anhand der vom Bundeskartellamt veröffentlichten Fallzahlen ist eine Abschreckungswirkung der behördlichen Bußgeldpraxis allerdings nicht zu belegen. Das Bundeskartellamt hat in den Tätigkeitsberichten der letzten zehn Jahre zu den Bußgeldentscheidungen der deutschen Behörden wegen schwerer Kartellverstöße (sogenannte *Hardcore*-Kartelle) die folgenden statistischen Angaben gemacht:

Tabelle 5.1: Bußgeldentscheidung in Deutschland

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
BKartA	3	2	0	3	2	7	13	12	10	7
LKartB	6	2	0	4	5	2	2	2	3	6
Gesamt	9	4	0	7	7	9	15	14	13	13

Quelle: Bundeskartellamt, Tätigkeitsberichte 2001/2002, 2003/2004, 2005/2006, 2007/2008, 2009/2010, 2011/2012, 2013/2014, Übersichten zu weiteren Verfahren, Einträge *Hardcore*-Kartelle: Abschluss durch Bußgeldbescheid (Bundeskartellamt sowie Landeskartellbehörden); eigene Darstellung. Die Tabelle weist Verfahren aus, die gegen mehrere Unternehmen gerichtet gewesen sein können

Die Zahl der vom Bundeskartellamt und den Landeskartellbehörden aufgegriffenen *Hardcore*-Fälle hat nach den Jahren 2005/2006 zugenommen und lag seitdem in den meisten Jahren um ein Mehrfaches über der Zahl der durch Bußgeld-

²⁸⁹ Aus diesem Grund bestand früher eine Möglichkeit zur Freistellung vom deutschen Kartellverbot für sogenannte Strukturkrisenkartelle (§ 6 GWB a. F.).

²⁹⁰ EU-Kommission, Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 298 vom 8. Dezember 2006, S. 11; zuvor dies., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 45 vom 19. Februar 2002, S. 3; Mitteilung über die Nichtfestsetzung oder die niedrigere Festsetzung von Geldbußen in Kartellsachen C 207 vom 18. Juli 1996, S. 4; Bundeskartellamt, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen – Bonusregelung – vom 7. März 2006, BAnz. Nr. 52 vom 15. März 2006, S. 1667; zuvor Bekanntmachung Nr. 68/2000 über Richtlinien des Bundeskartellamtes für die Festsetzung von Geldbußen vom 17. April 2000, BAnz. Nr. 84 vom 4. Mai 2000.

²⁹¹ EU-Kommission, Mitteilung über die Durchführung von Vergleichsverfahren bei dem Erlass von Entscheidungen nach Artikel 7 und Artikel 23 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates in Kartellfällen, ABl. C 167 vom 2. Juli 2008, S. 1; Bundeskartellamt, Merkblatt – Das Settlement-Verfahren des Bundeskartellamtes in Bußgeldsachen, 23. Dezember 2013.

²⁹² EU-Kommission, Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäß Artikel 65 Absatz 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden, ABl. C 9 vom 14. Januar 1998, S. 3, und die in Fn. 274 genannten Leitlinien; Bundeskartellamt, Bekanntmachung Nr. 38/2006 über die Festsetzung von Geldbußen nach § 81 Abs. 4 S. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen – Bußgeldleitlinien – vom 15. September 2006, BAnz. Nr. 182 vom 26. September 2006, S. 6499 f., und die in Fn. 276 genannten Leitlinien.

bescheid abgeschlossenen Verfahren.²⁹³ Ein effektiver Rückgang von Kartellen lässt sich aus den Fallzahlen jeweils nicht ableiten. Dies gilt, obwohl Unternehmen für Kartellverstöße im relevanten Zeitraum hohe – und tendenziell steigende – Geldbußen befürchten mussten.

176. Die Zahl der mit Bußgeldbescheid auf der EU-Ebene abgeschlossenen Verfahren ist insgesamt geringer als in Deutschland, wobei die Zahlen stärker schwanken:²⁹⁴

Tabelle 5.2: Bußgeldentscheidungen der Europäischen Kommission

	2005-2009	2010	2011	2012	2013	2014
EU-KOM	33	7	4	5	4	10

Quelle: Europäische Kommission, *Cartel Statistics*, Tabellen 1.9 und 1.10, Stand: 15. Juli 2015; eigene Darstellung. Die Tabelle weist ebenfalls Verfahren aus, die gegen mehrere Unternehmen gerichtet gewesen sein können

Die geringere Anzahl an Bußgeldentscheidungen auf der europäischen Ebene ist vermutlich darauf zurückzuführen, dass sich die Europäische Kommission seit einigen Jahren auf äußerst gravierende Verstöße konzentriert.²⁹⁵ Ein Grund hierfür dürfte sein, dass europäische Kartellverfahren sehr aufwendig sind, insbesondere aufgrund einer hohen Bereitschaft der betroffenen Unternehmen zur Anfechtung der Bußen und der daraus folgenden Anforderungen an die Verfahrensführung. Daten zu den neu eröffneten Verfahren werden von der Europäischen Kommission nicht veröffentlicht. Eine Abnahme der Kartellverstöße lässt sich aber auch den europäischen Fallzahlen nicht entnehmen.

177. Das durch die reinen Zahlen zur Fallpraxis gewonnene Bild ändert sich bei einer genaueren Durchsicht der behördlichen Berichterstattung nicht wesentlich. Zwar ist tatsächlich in einzelnen Branchen ein Rückgang der Kartellverstöße zu vermuten, vor allem dort, wo eine rigorose Kartellverfolgung stattfindet. Allerdings lassen sich in Branchen, in denen kaum oder erstmals ermittelt wird, weiterhin immer wieder seit langem verkrustete Kartellstrukturen ausmachen.²⁹⁶ Ebenso lassen sich in den Fällen, in denen die Kartellbehörden Ermittlungen wegen schwerer Kartellverstöße einleiten, häufig auch tatsächlich solche Verstöße nachweisen.²⁹⁷ Die von den deutschen Behörden in jüngerer Zeit aufgegriffenen Fälle betrafen dabei nicht nur staatlich ausgeschriebene Leistungen und Industrieprodukte, sondern auch ganz alltägliche Verbrauchsgüter wie Wurst, Milch, Zucker, Mehl, Bier, Kaffee und Süßwaren.²⁹⁸

178. Wenn man zusätzlich Unternehmensstellungen und Presseberichte berücksichtigt, liegt die Vermutung nahe, dass sowohl in der EU als auch in Deutschland die Verhängung hoher Kartellgeldbußen auf die Dauer immerhin einen Beitrag zur Zunahme der *Compliance*-Bemühungen von Unternehmen leistet. Es gibt abgesehen von der behördlichen Kartellverfolgung mehr zivilrechtlich geltend gemachte Schadenersatzforderungen und eine zunehmend kritische Öff-

²⁹³ Siehe Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2005/2006, BT-Drs. 16/5710, S. 230 ff.; Tätigkeitsbericht 2007/2008, BT-Drs. 16/13500, S. 184 ff.; Tätigkeitsbericht 2009/2010, BT-Drs. 17/6640, S. 164 ff.; Tätigkeitsbericht 2011/2012, BT-Drs. 17/13675, S. 132 ff.; Tätigkeitsbericht 2013/2014, BT-Drs. 18/5210, S. 138 ff.

²⁹⁴ Zur Entwicklung der EU-Fallpraxis siehe auch schon Monopolkommission, XX. Hauptgutachten (Fn. 7), Tz. 136.

²⁹⁵ Dies gilt trotz des Umstands, dass die EU-Kommission im Durchschnitt alle zwei Monate einen Antrag auf Anwendung der Kronzeugenregelung (Erlass bzw. Ermäßigung der Geldbuße) wegen möglichen Kartellverstöße erhält, zusätzlich zu etwaigen Beschwerden; vgl. dies., Begleitunterlage vom 4. Juni 2015 zum Bericht über die Wettbewerbspolitik 2014, SWD(2015) 113 final, 25.

²⁹⁶ Vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten (Fn. 7), Tz. 864 ff., und Bundeskartellamt, Entflechtung von Gemeinschaftsunternehmen im Bereich Walzasphalt, Bericht vom 15. Juli 2015 zu den Verfahren B 1- 100/12 nach der Sektoruntersuchung Walzasphalt, sowie Pressemeldung vom 11. September 2014 (Baustoffe); Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 15. Juli 2015 (Rundholzvermarktung in Baden-Württemberg); aber auch Europäische Kommission, Pressemitteilungen IP/15/5214 vom 17. Juni 2015, IP/14/280 vom 19. März 2014 und IP/13/673 vom 10. Juli 2013 (Autoteile u. a. aus deutscher Produktion).

²⁹⁷ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2013/2014, S. 138 ff.

²⁹⁸ BKartA, Tätigkeitsbericht 2013/2014, S. 50 ff. (Zucker, Bier, Wurst, Mehl, Kaffee, Süßwaren); B2-19/08 – Sektoruntersuchung Milch, Endbericht Januar 2012, Tz. 235 ff., 373 (Milch, Käse).

fentlichkeit. Diese Faktoren schlagen sich bislang aber eben nicht in einer sichtbaren Abnahme der Kartellverstöße nieder.

179. Mehrere Umstände sprechen aus Sicht der Monopolkommission mit Blick auf die zukünftige Entwicklung dafür, dass sich die von außen sichtbare Abschreckungswirkung der behördlichen Kartellverfolgung trotz Erhöhung der Geldbußen nicht wesentlich erhöhen wird. Es gibt vielmehr Gründe für die Annahme, dass die bußgeldbasierte Kartellverfolgung auf mittel- oder längerfristige Sicht zunehmend an ihre Grenzen stoßen wird, ohne dass zugleich die Verbreitung von Kartellen in einer wettbewerbspolitisch zufriedenstellenden Weise abnehmen dürfte.

180. Zum einen bindet die schärfere Kartellverfolgung bei den zuständigen Behörden Ressourcen, die benötigt werden, um den mit höheren Sanktionen typischerweise verbundenen erhöhten Ermittlungsaufwand zu bewältigen. So dürften das Bundeskartellamt und die Landeskartellbehörden in Deutschland bereits jetzt alle verfügbaren Ressourcen zur Kartellrechtsdurchsetzung verwenden. Dann fehlen jedoch Ressourcen, um zugleich den Verfolgungsdruck durch eine unveränderte Zahl aufgegriffener Kartellverstöße aufrecht zu erhalten. Entsprechendes ist auf der Ebene der Europäischen Kommission schon jetzt deutlich ersichtlich und wird nicht zuletzt durch die obigen Zahlen (Tz. 176) konkret belegt.

181. Zum anderen dürften auf der Ebene der am Markt tätigen Unternehmen die mit hohen Geldbußen verbundenen Anreize zu Maßnahmen zur Sicherstellung rechtskonformen Verhaltens nur bedingt Wirksamkeit entfalten. Insofern ist zu bedenken, dass Kartelle den beteiligten Unternehmen bzw. den handelnden Personen zunächst zugute kommen. Außerdem ist nicht von vornherein auszuschließen, dass die mit einer Kartellbuße verbundenen Nachteile – abhängig von der Marktsituation – zumindest teilweise auf andere Marktteilnehmer wie z. B. Zulieferer, Verbraucher und im Einzelfall selbst die eigenen Arbeitnehmer übergewälzt werden.

182. Hinsichtlich des erstgenannten Aspekts ist anzunehmen, dass Geldbußen, sofern sie die kartellbedingten Vorteile nicht oder nur teilweise aufwiegen, von vornherein nur eine geringe Abschreckungswirkung entfalten dürften.²⁹⁹ Aus Sicht der Unternehmen ist hinsichtlich jeder Kartellbeteiligung grundsätzlich eine Abwägungsentscheidung zu treffen. Dabei sind die Vorteile einer Beteiligung gegen das Risiko der Aufdeckung des Kartells und einer gegen das Unternehmen verhängten Sanktion abzuwägen.³⁰⁰

183. Die Monopolkommission hatte weiterhin bereits darauf hingewiesen, dass auch Geldbußen, die gegenüber einem Unternehmen verhängt werden, keine unmittelbaren Auswirkungen auf direkt kartellbeteiligte Unternehmensangehörige haben, weshalb Anreize zu rechtskonformem Verhalten für letztere nicht in demselben Maße wie für das Unternehmen bestehen (sogenanntes *Principal-Agent-Problem*).³⁰¹ So kann es z. B. für Vertriebsmitarbeiter mit persönlichen Vorteilen verbunden sein, sich ohne Wissen der Unternehmensführung an einem Kartell zu beteiligen, etwa weil ihre Abteilung aufgrund der erzielten Kartellgewinne als besonders erfolgreich erscheint. Dagegen brauchen sie bei einer Aufdeckung des Kartells nicht unbedingt Nachteile zu befürchten, etwa wenn der Verstoß nicht von vornherein eindeutig war oder wenn sie inzwischen auf eine andere Position innerhalb oder außerhalb des Unternehmens gewechselt sind.³⁰²

184. Am Bestehen hinreichender individueller Anreize zu rechtskonformem Verhalten dürfte es auch nichts ändern, dass die deutschen Kartellbehörden (anders als die Europäische Kommission) Individualgeldbußen gegenüber Unternehmensangehörigen festsetzen können. Die Verfolgungswahrscheinlichkeit ist trotz solcher Bußen für Einzelpersonen ungleich geringer als für kartellbeteiligte Unternehmen.³⁰³ Auch in der öffentlichen Wahrnehmung treten Individualgeldbußen gegenüber den Unternehmensbußen völlig in den Hintergrund.

185. Derartige *Principal-Agent-Probleme* dürften umso mehr zum Tragen kommen, wenn Kartellgeldbußen wegen behördlicher Überlastung erst mit großer zeitlicher Distanz verhängt werden. Auf Ebene der Europäischen Kommission ist

²⁹⁹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 41 (Fn. 271), Tz. 76 f. (zu mehrfachem Schadenersatz).

³⁰⁰ Dazu vgl. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten (Fn. 7), Tz. 213 f. (zur Unternehmensstrafe).

³⁰¹ Monopolkommission, XX. Hauptgutachten (Fn. 7), Tz. 160.

³⁰² Der Vermeidung von Nachteilen steht es gleich, wenn Unternehmen die Zahlung einer verhängten Individualgeldbuße übernehmen; dazu Monopolkommission, XX. Hauptgutachten (Fn. 7), Tz. 152, 159.

³⁰³ Monopolkommission, XX. Hauptgutachten (Fn. 7), Tz. 151.

in vielen Fällen, in denen schon vor Jahren Ermittlungen aufgenommen wurden, noch gar nicht absehbar, ob es überhaupt und – wenn ja – wann es zu einer Entscheidung kommen wird. In diesen Fällen werden Sanktionen möglicherweise erst festgesetzt, nachdem die verantwortlichen Mitarbeiter schon seit einiger Zeit in anderen Positionen oder im Ruhestand sind. Eine Abschreckung lässt sich dann allenfalls über die Höhe der Geldbußen erreichen.

186. Hinsichtlich des weiteren Aspekts einer möglichen Überwälzung von Kartellgeldbußen wird in der Öffentlichkeit zuweilen beklagt, dass eine solche Abwälzung zu einer Schädigung von Verbrauchern führe (so etwa hinsichtlich des kürzlich geahndeten Bierkartells).³⁰⁴ Aus Sicht der ökonomischen Theorie sollte eine nachträgliche Abwälzung verhängter Kartellbußen indessen normalerweise ausscheiden, da Geldbußen als einmaliger Kostenfaktor (versunkene Kosten) von den Unternehmen bei einer optimalen Preissetzung nicht berücksichtigt werden. Ausnahmen sind denkbar, beispielsweise wenn es infolge einer Bußgeldentscheidung zu einem (implizit) koordinierten Verhalten der bebußten Kartelltäter kommt oder wenn nicht bebußte Unternehmen die Kartelltäter bei hohen Preisen zur Abwälzung der Bußen nicht unterbieten können (z. B. weil sie ihr Angebot aus Kapazitätsgründen nicht steigern können).³⁰⁵

187. In jedem Fall bleibt festzuhalten, dass eine etwaige Abwälzung von Kartellbußen den gesetzlichen Sanktionszweck der Kartellgeldbußen unterläuft. Sie ließe sich mit dem bestehenden Instrumentarium aber auch kaum verhindern, denn sie findet im Anschluss an das Kartellverfahren statt.

188. In Anbetracht der schon angesprochenen *Principal-Agent*-Problematik (Tz. 183) und der zumindest nicht gänzlich auszuschließenden Möglichkeiten zur Abwälzung von Kartellgeldbußen auf andere Marktteilnehmer erscheint es naheliegend, dass auch das Unrechtsbewusstsein für Kartellverstöße bei den Verantwortlichen in Deutschland weiterhin unterentwickelt ist. Damit bestehen – trotz der Stärkung von Kartellschadenersatzklagen und der daraus folgenden Möglichkeit zur Einforderung eines finanziellen Ausgleichs für Kartellschäden – Hindernisse dafür, dass sich marktbasierete Strategien zur Sanktionierung und Abschreckung von Kartellen entwickeln und dass die Verbraucher somit auch durch den Markt selbst geschützt werden.

189. Für die Feststellung eines unterentwickelten Unrechtsbewusstseins in Bezug auf Kartellverstöße gibt es konkrete Anhaltspunkte. Die aufgedeckten Kartelltatens sind im Gegensatz zu manchen sonstigen Ordnungswidrigkeiten (z. B. Verkehrsverstößen, manchen Gewerbeordnungswidrigkeiten) fast immer vorsätzlich – d. h. bewusst und nicht selten sogar absichtlich – begangene Taten.³⁰⁶ Dagegen sind die Kartellbeteiligten zu einer freiwilligen Kompensation geschädigter Marktteilnehmer – insbesondere auf Verbraucherebene – regelmäßig nicht bereit. Diesen Aspekten trägt das Kartellsanktionsrecht aus Sicht der Monopolkommission nur wenig Rechnung.³⁰⁷

190. Zuletzt können rechtsdogmatische Bedenken gegen das Kartellsanktionsrecht in seiner bestehenden Form vorgebracht werden. Im deutschen Recht gilt – abgeleitet aus dem Schuldgrundsatz – die Regel, dass einem Täter Strafen und Bußen nach der individuellen Schuld auferlegt werden (vgl. §§ 29 StGB; 1, 8 ff. OWiG). Die individuelle Schuld muss auch dann im Vordergrund stehen, wenn die Sanktion aus bestimmten Gründen nicht oder nicht allein einem Menschen auferlegt wird, sondern (auch) einem Verband (hier: Unternehmen).³⁰⁸ Diese Regel erscheint nicht mehr ohne Weiteres

³⁰⁴ Vgl. Kwasniewski, Kartellamtsstrafe lässt Bierpreise steigen, Spiegel Online vom 19. Januar 2014; o. A., Brauer-Kartell lässt Biertrinker die Strafe zahlen, Die Welt/AFP/dpa/pos vom 19. Januar 2014; sowie Schlüter, Ist das die Rache für die Bier-Kartell-Strafe?, Bild Online vom 22. Januar 2014.

³⁰⁵ Zur ökonomischen Theorie siehe z. B. Belleflamme/Peitz, *Industrial Organization: Markets and Strategies*, Cambridge 2010, S. 15; ferner Motta, *On Cartel Deterrence and Fines in the European Union*, ECLR 2008, S. 209 (217 f.); zu den möglichen Ausnahmefällen vgl. Bos, I./Harrington, J. E., *Endogenous Cartel Formation with Heterogeneous Firms*, RAND Journal of Economics, 41 (1), 2010, S. 92 ff.; Inderst, R./Maier-Rigaud, F. P./Schwalbe, U., *Umbrella Effects*, Journal of Competition Law and Economics 10(3), 2014, S. 739 (zum vergleichbaren Problem von nicht den gesamten Markt abdeckenden Kartellabsprachen).

³⁰⁶ Vorsatz liegt vor allem bei *Hardcore*-Kartellen nahe, die den Hauptgegenstand der Verfolgungspraxis zu horizontalen Absprachen bilden; vgl. EuGH, Urteil vom 18. September 2003, C-338/00 P – Volkswagen, ECLI:EU:C:2003:473, Slg. 2003, I-9189, Rz. 94 f.

³⁰⁷ Die Position der Monopolkommission in Sondergutachten 28 (Fn. 227), Tz. 40 (S. 32), wird insoweit nicht aufrecht erhalten.

³⁰⁸ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 25. Oktober 1966, 2 BvR 506/63 – *nulla poena sine culpa*, BVerfGE 20, 323 (334 f.): Schuld der verantwortlichen natürlichen Person aus verfassungsrechtlicher Sicht „maßgebend“.

gewahrt, wenn das Sanktionssystem vor allem auf Bußen gegenüber Verbänden aufbaut und nicht auf Sanktionen gegenüber individuellen Tätern.

5.3 Empfehlung: Ergänzende Kriminalisierung schwerer Kartellverstöße

191. Anstelle der gegenwärtig abzusehenden Tendenz zur alleinigen Erhöhung der Kartellgeldbußen gegenüber Unternehmen könnte eine ergänzende Verschärfung der Haftung für die handelnden natürlichen Personen bedenkenswert sein. Diesbezüglich ist daran zu erinnern, dass die Monopolkommission bereits im XX. Hauptgutachten die Frage einer Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen untersucht hat.³⁰⁹

192. Eine strafrechtliche Ahndung von Kartellverstößen ist zum Teil bereits nach geltendem Recht möglich. So sind wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen als Betrug (§ 263 StGB) und nach § 298 StGB strafbar.³¹⁰ Die Beteiligung an Kartellabsprachen, mit denen ein Gefährdungsschaden wegen der möglichen kartellbehördlichen Verhängung von Sanktionen einhergeht, mag zudem als Untreue zu qualifizieren sein (§ 266 StGB).³¹¹ Je nach Fallkonstellation ist eine Strafbarkeit wegen weiterer Vergehen denkbar (z. B. Bestechungs-/Urkundendelikte). Allerdings bestehen insbesondere hinsichtlich der Reichweite der §§ 263, 266 StGB im kartellrechtlichen Kontext Unsicherheiten.³¹²

193. In die Untersuchung der Monopolkommission im XX. Hauptgutachten waren die zentralen Argumente in der Diskussion für und gegen eine weitergehende Kriminalisierung von Kartellverstößen eingegangen. Die Monopolkommission hatte auch die bisherigen Erfahrungen mit § 298 StGB berücksichtigt.³¹³ Im Anschluss an das Hauptgutachten ist die Monopolkommission von den Kartellbehörden und Marktteilnehmern nicht auf weitere Aspekte hingewiesen worden, welche zu einer Neubeurteilung Anlass geben.

194. Die Monopolkommission hatte als Ergebnis ihrer Untersuchung festgehalten, dass die Abschreckungswirkung des kartellrechtlichen Sanktionensystems insgesamt gesteigert werden sollte und dass insofern in erster Linie eine – über den Submissionsbetrug hinausgehende – strafrechtliche Verfolgung von sogenannte Kernbeschränkungen (*Hardcore*-Kartellen) in Betracht gezogen werden könnte. Angesichts der andauernden Entwicklung – sowohl was die rechtlichen Rahmenbedingungen als auch was die Anwendungspraxis betrifft – hatte die Monopolkommission trotzdem zunächst auf konkrete Empfehlungen verzichtet.³¹⁴

195. Die Justizministerkonferenz hat im Juni 2015 ihren Strafrechtsausschuss damit beauftragt, sich der Thematik anzunehmen und die Möglichkeiten für eine Fortentwicklung des Sanktionsrechts bei Kartellabsprachen auszuloten.³¹⁵ Bislang gibt es aber noch keine Hinweise auf eine inhaltliche Festlegung.

196. Die Ergebnisse des vorliegenden Gutachtens hinsichtlich der mit der Bußgelderhöhung einhergehenden Probleme sprechen aus Sicht der Monopolkommission dafür, eine strafrechtliche Regelung als mögliche Ergänzung des gegenwärtigen Regelungsrahmens zu empfehlen. Dies gilt sowohl hinsichtlich der absehbaren Verknappung der Behördenressourcen für das Aufgreifen neuer Fälle (Problem der Verfolgungsdichte) als auch hinsichtlich der Schwierigkeiten, im

³⁰⁹ Monopolkommission, XX. Hauptgutachten (Fn. 7), Tz. 118 ff.

³¹⁰ BGH, Beschluss vom 17. Oktober 2013, 3 StR 167/13, BGHSt 59, 34; Urteil vom 11. Juli 2001, 1 StR 576/00, BGHSt 47, 83; Urteil vom 21. November 2000, 1 StR 300/00; Beschluss vom 31. August 1994, 2 StR 256/94, WuW/E BGH 2945; Urteil vom 8. Januar 1992, 2 StR 102/91, BGHSt 38, 186. Im Einzelfall mag ein Betrug auch außerhalb von Submissionsabsprachen in Betracht kommen können; vgl. BGH, Urteil vom 4. Mai 1993, VI ZR 81/92 (zu § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB); hierzu Deutsch, VersR 2004, S. 137 ff.

³¹¹ Schünemann in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl. 2012, § 266, Rz. 184, unter Verweis auf BGH, Urteil vom 18. Oktober 2006, 2 StR 499/05, BGHSt 51, 100; siehe ferner KG, Beschluss vom 23. März 1992, Kart 10/91, WuW/E OLG 4983 (4985 f.).

³¹² Siehe Lange, ZWeR 2003, S. 352 (365 f.; zu § 263 StGB). Zu den ferner bestehenden Nachweisprobleme siehe schon Monopolkommission, XX. Hauptgutachten (Fn. 7), Tz. 132.

³¹³ Siehe auch Biermann, ZWeR 2007, S. 1 (42) zu der dieser Regelung vorausgehenden Debatte.

³¹⁴ Monopolkommission, XX. Hauptgutachten (Fn. 7), Tz. 215 f.

³¹⁵ 86. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister am 17./18. Juni 2015, Beschluss zu TOP II.5.

Rahmen der bußgeldbasierten Kartellverfolgung eine Sanktions- bzw. Anreizwirkung gegenüber den tatsächlich handelnden Personen zu erzeugen (Problem der Verfolgungstiefe).

197. Hinsichtlich des Problems der Verfolgungsdichte ist anzunehmen, dass eine stärkere Einbindung der Staatsanwaltschaften zum weiteren Aufbau kartellstrafrechtlicher Expertise bei diesen Behörden führen und es ihnen ermöglichen kann, die Kartellbehörden bei den Ermittlungen zu entlasten. Die gegen eine stärkere Einbindung von Staatsanwaltschaften in die Kartellverfolgung sprechenden Aspekte sind vor allem verfahrenstechnischer Natur. Die Monopolkommission hatte insoweit bereits Vorschläge gemacht.³¹⁶ Sie beschränkt sich an dieser Stelle auf den Hinweis, dass durch eine stärkere Verzahnung von behördlicher Kartellverfolgung und Strafverfolgung insbesondere keine Gefährdung der kartellbehördlichen Kronzeugensysteme zu erwarten ist, sofern die Strafverfolgung durch einen automatischen Straferlass für Kronzeugen, denen die Kartellbehörden die Geldbuße erlassen, ergänzt wird.³¹⁷

198. Hinsichtlich des Problems der Verfolgungstiefe ist anzunehmen, dass eine strafrechtliche Sanktionierung von Kartellverstößen zu einer deutlichen Erhöhung des Unrechtsbewusstseins bei den kartellbeteiligten Unternehmensangehörigen beitragen würde. Daneben ist hervorzuheben, dass strafrechtliche Sanktionen unmittelbar gegenüber den handelnden Unternehmensangehörigen nicht ohne Weiteres abwählbar sind. Dies gilt insbesondere hinsichtlich des Makels der strafrechtlichen Missbilligung. Außerdem wäre eine strafrechtliche Sanktionierung in dem Sinne zielgenauer, dass nur handelnde Unternehmensangehörige und keine sonstigen Personen betroffen würden, die nicht durch eigenes Tun zu dem Kartellverstoß beigetragen haben (z. B. Arbeitnehmer, Kapitalgeber).

199. Einer lediglich ergänzenden Verhängung von Individualstrafen dürften auch keine verfassungsrechtlichen Gesichtspunkte entgegenstehen. Insbesondere das Verbot der Doppelbestrafung ist wegen des beschränkten Anwendungsbezugs von Art. 103 Abs. 3 GG im Verhältnis von Unternehmensgeldbußen und Individualstrafen nicht anwendbar.³¹⁸ Eine ergänzende Strafbarkeit dürfte auch mit den Vorgaben von Art. 5 VO 1/2003 vereinbar sein.³¹⁹ Insofern dürfte für eine neu eingeführte Strafbarkeit dasselbe gelten wie bisher für die Strafbarkeit von Submissionskartellen nach § 298 StGB.

200. Die Monopolkommission weist darauf hin, dass eine Kriminalisierung von Kartellverstößen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen von vornherein niemals ausgeschlossen war, sondern dass sich der Gesetzgeber des ursprünglichen GWB ausdrücklich nur vorläufig für die Einführung von bußgeldbewehrten Ordnungswidrigkeiten entschied, mit der Bemerkung:

„Spätere Zeiten, in denen der Gedanke des freien Wettbewerbs lebendiger und werterfüllter scheinen wird, als das heute schon der Fall ist, mögen [...] die Ordnungswidrigkeiten zu echten Straftaten verschärfen.“³²⁰

Angesichts der – trotz langjähriger Praxiserfahrungen – offenbar immer noch begrenzten Abschreckungswirkung des ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktionssystems erscheint die Annahme vertretbar, dass dieser vom ursprünglichen Gesetzgeber ins Auge gefasste Zeitpunkt mittlerweile gekommen ist. Deshalb macht die Monopolkommission nachfolgend Empfehlungen für konkrete Straftatbestände, um so eine konkrete Diskussionsgrundlage für eine mögliche Kriminalisierung von Kartellzuwiderhandlungen zu schaffen.

201. Eine strafrechtliche Sanktionsvorschrift zur Ahndung von Kartellverstößen sollte aus Gründen der Bestimmtheit und angesichts des herkömmlichen Fehlens strafrechtlicher Sanktionen für allgemeine Kartellabsprachen zunächst auf

³¹⁶ Monopolkommission, XX. Hauptgutachten (Fn. 7), Tz. 172 ff., hinsichtlich speziell der Behördenzusammenarbeit siehe insb. Tz. 188 ff.; hinsichtlich der Behandlung von Kronzeugenfällen Tz. 175 ff. Diesbezüglich ist auch zu berücksichtigen, dass ein erheblicher Aufwand zur Wahrung der Beschuldigtenrechte bereits im derzeitigen deutschen Kartellsanktionssystem anfällt, soweit die Kartellbehörden in diesem System Individualbußen verhängen, vgl. § 81 Abs. 4 S. 1 GWB.

³¹⁷ Monopolkommission, XX. Hauptgutachten (Fn. 7), Tz. 176.

³¹⁸ Siehe BVerfG, Beschluss vom 9. November 1976, 2 BvL 1/76, BVerfGE 43, 101, Rz. 24 (zit. nach Juris): „Unter den 'allgemeinen Strafgesetzen' im Sinne dieser Verfassungsnorm sind die Kriminalstrafgesetze zu verstehen (BVerfGE 21, 378 (383f)), nicht das Dienststrafrecht, Ordnungsstrafrecht und Polizeistrafrecht“.

³¹⁹ Vgl. Frenz, WRP 2014, S. 367 ff.

³²⁰ Vgl. Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 02/1158, Anlage 1, S. 28. Siehe hierzu schon Biermann, ZWeR 2007, S. 1 (47 f.).

Kartellvereinbarungen und kartellrechtswidrige Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen beschränkt werden, mit denen im Sinne von Art. 101 AEUV und § 1 GWB eine unmittelbare oder mittelbare Festsetzung von Preisen oder Geschäftsbedingungen, Mengenbeschränkung oder Marktaufteilung (vgl. Art. 101 Abs. 1 lit. a, b, c AEUV) bezweckt wird. Die Kernbeschränkung der kartellbedingten Diskriminierung (Art. 101 Abs. 1 lit. d AEUV) spielt in der Praxis nur eine untergeordnete Rolle, der ökonomische Schaden durch Kopplungsbeschränkungen (Art. 101 Abs. 1 lit. e AEUV) kann im Einzelfall nur schwer einzuschätzen sein. Diese Wettbewerbsbeschränkungen sollten in Hinblick auf eine mögliche Strafbarkeit deshalb außer Betracht bleiben.

202. Dagegen hält die Monopolkommission es für geboten, den Tatbestand der neuen Strafvorschrift als ein auch von allen Angestellten eines Unternehmens und nicht lediglich als ein von den Tätern des § 9 OWiG verübbares Sonderdelikt auszugestalten. Es sollte der Grundsatz gelten, dass der Handelnde eines Kartellverstoßes auch haftet. Andernfalls bestünde das Risiko, dass es zu Haftungsumgehungen kommt.

203. Problematisch erscheint bei einer neu eingeführten Strafvorschrift zur Ahndung von Kartellverstößen insbesondere das Strafmaß. Das bisherige Fehlen strafrechtlicher Sanktionen für allgemeine Kartellabsprachen spricht tendenziell dagegen, über das Strafmaß von § 298 StGB hinauszugehen, auch wenn sich angesichts der breiter gestreuten Schäden grundsätzlich eine strengere Regelung empfehlen würde.

204. Die neu einzuführende Vorschrift könnte in Anlehnung an Art. 101 Abs. 1 AEUV somit wie folgt ausgestaltet werden:

Wer sich

- 1. als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs,*
- 2. als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft,*
- 3. als gesetzlicher Vertreter oder*
- 4. als Angestellter*

an Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 AEUV oder § 1 GWB beteiligt, die

- a) die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen,*
- b) die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen oder*
- c) die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen,*

bezwecken, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.³²¹

Die Monopolkommission bevorzugt hierbei eine Ausgestaltung als stets zu verfolgendes Officialdelikt. Wenn jedoch verfahrenstechnische Schwierigkeiten hinsichtlich der Zusammenarbeit von Kartellbehörden und Staatsanwaltschaften erwartet werden, könnte die Verfolgung alternativ von einer Bejahung des öffentlichen Interesses oder einem Antrag z. B. von Schadenersatzberechtigten (§ 77 StGB) abhängig gemacht werden. Dies dürfte das mit dem Straftatbestand verbundene Unwerturteil nicht wesentlich schmälern. Der Lauf der Antragsfrist sollte im Fall kartellbehördlicher Verfahren allerdings abweichend von § 77b Abs. 2 StGB erst mit Erlass der kartellbehördlichen Entscheidung beginnen.

205. Zu dem Zweck, dass eine Durchsetzung von Geldbußen nicht durch die Verlagerung von Vermögenswerten vereitelt oder erschwert wird, empfiehlt die Monopolkommission ferner die Einführung einer strafbewehrten Pflicht zur Kapitalerhaltung bei Gesellschaften, gegen welche die Kartellbehörde ein Bußgeldverfahren eingeleitet hat. Dies lässt sich damit begründen, dass eine Verletzung gesellschaftsrechtlicher Verlustanzeigepflichten zum Schutz der Vermögens-

³²¹ Die Vorschrift könnte durch weitere Regelungen zu ergänzen sein, etwa für den Fall einer wettbewerblichen Rechtfertigung (Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 Abs. 1 GWB).

interessen von Mitgesellchaftern bereits derzeit unter Strafe steht. Dagegen setzen die Behörden Geldbußen im Allgemeininteresse an einem unverfälschten Wettbewerb fest. In den letztgenannten Fällen besteht also ein über private Interessen hinausgehendes Interesse an einer Verlusten vorbeugenden Kapitalerhaltung.

206. Die eigentliche Kapitalerhaltungspflicht könnte in Anlehnung an §§ 21, 26 ff. GmbHG ausgestaltet werden. Zur Vermeidung unbilliger Härten sollte der Kartellbehörde die Befugnis zur Genehmigung von Ausnahmen übertragen werden:

(1) Das Vermögen einer Gesellschaft, gegen die die Kartellbehörde ein Verfahren nach § 81 GWB eingeleitet hat, darf an die Gesellschafter nicht ausgezahlt oder auf eine andere Gesellschaft übertragen werden, die Teil desselben Unternehmens ist. Satz 1 gilt nicht bei Leistungen, die bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags (§ 291 des Aktiengesetzes) erfolgen oder durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt sind.

(2) Bei Verfahrenseröffnung ausstehende Einlagen sind unverzüglich einzuzahlen. Im Fall verzögerter Einzahlung gilt § 21 GmbHG mit der Maßgabe, dass der säumige Gesellschafter auch gegenüber dem Bundeskartellamt auf die Einzahlung haftet.

(3) Die Kartellbehörde kann auf Antrag Ausnahmen von den nach Absatz 1 und 2 bestehenden Pflichten zulassen.

207. Hinsichtlich der Strafbewehrung könnte der Gesetzgeber sich an § 84 GmbHG orientieren, der die Verletzung gesellschaftsrechtlicher Verlustanzeigepflichten unter Strafe stellt. Zur Klarstellung, dass eine solche Strafbewehrung nicht für Fälle gilt, in denen die Kartellbehörde eine Ausnahme von den Kapitalerhaltungspflichten zulassen könnte, sollte die Strafbewehrung von einer Aufforderung abhängig gemacht werden. Der persönliche Anwendungsbereich der Strafvorschrift sollte in Anlehnung an § 9 OWiG begrenzt werden, da die Sicherstellung von Maßnahmen zur Erfüllung der Kapitalerhaltungspflicht Vertretungsmacht voraussetzt. Eine mögliche Gesetzesformulierung lautet demgemäß wie folgt:

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer es

1. als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs,

2. als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft oder

3. als gesetzlicher Vertreter,

trotz Aufforderung der Kartellbehörde unterlässt, die in § [...] festgelegten Pflichten innerhalb der vom Bundeskartellamt festgesetzten Frist zu erfüllen.

(2) Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe.

Eine Ausgestaltung als stets zu verfolgendes Officialdelikt ist bei der strafbewehrten Pflicht zur Kapitalerhaltung nicht zwingend geboten, da diese Pflicht nicht unmittelbar dem Wettbewerbsschutz, sondern der Durchsetzbarkeit kartellbehördlich festgesetzter Geldbußen dient. Es dürfte daher genügen, wenn die Tat bei Bejahung des öffentlichen Interesses oder auf Antrag (hier: der Kartellbehörde)³²² verfolgbar ist.

208. Als ergänzende Sanktion käme bei Verstößen gegen die vorstehend vorgeschlagenen Straftatbestände die Verhängung eines Berufsverbots in Betracht. Die Monopolkommission hat auch hierzu bereits Erwägungen angestellt.³²³ Eine eigenständige gesetzliche Regelung wäre insofern allerdings nicht erforderlich. Der schon vorhandene § 70 StGB erscheint ausreichend.

209. Die Einführung weiterer Straftatbestände zur Verfolgung von Kartellverstößen erfordert insbesondere Verfahrensregelungen für die Zusammenarbeit zwischen Kartellbehörden und Staatsanwaltschaften. Insofern erscheint eine Orien-

³²² Derart beschränkte Antragsrechte sind nicht ungewöhnlich; vgl. z. B. §§ 145a, 355 Abs. 3 StGB.

³²³ Monopolkommission, XX. Hauptgutachten (Fn. 7), Tz. 193 ff.

tierung an den Regeln für die Steuerstrafverfolgung naheliegend.³²⁴ Die Monopolkommission regt deshalb an, eine Stellungnahme der betroffenen Stellen einzuholen.

210. Zum Schutz der Bonusregelung des Bundeskartellamtes erinnert die Monopolkommission daran, dass sie im XX. Hauptgutachten eine Orientierung an den Regelungen der §§ 371 AO, 261 Abs. 9, 266a Abs. 6 S. 2, 298 Abs. 3 StGB angeregt hatte.³²⁵ Eine strafbefreiende Wirkung der Kooperation von Kartellbeteiligten sollte von Gesetzes wegen zumindest dann eintreten, wenn die Voraussetzungen der kartellbehördlichen Bonusregelung für einen Erlass der Geldbuße erfüllt sind.³²⁶ In Anlehnung an die zuvor genannten Regelungen und ihre Ausführungen im XX. Hauptgutachten empfiehlt die Monopolkommission deshalb folgende Ergänzung der in Tz. 204 und 207 empfohlenen Strafvorschriften:

Der Täter wird nicht nach [den in Tz. 204 und 207 empfohlenen Vorschriften] bestraft, wenn die Kartellbehörde dem Unternehmen die nach § 81 GWB wegen eines Verstoßes gegen Artikel 101 AEUV oder § 1 GWB festgesetzte Geldbuße erlässt. Straffreiheit tritt nicht ein, wenn das Unternehmen alleiniger Anführer des Verstoßes war oder andere zur Teilnahme an dem Verstoß gezwungen hat.

Demgegenüber erscheint in Fällen, in denen nach der Bonusregelung des Bundeskartellamtes nur eine Bußgeldreduktion in Betracht kommt, eine automatische strafbefreiende Wirkung zu weit zu gehen.³²⁷ Aus Sicht der Monopolkommission dürften für Fälle der Bußgeldreduktion die schon bestehenden einzelfallbezogenen Regelungen der §§ 46b StGB, 153 ff. StPO ausreichen. Die Monopolkommission regt an, zu dieser Frage eine Stellungnahme der Kartellbehörden einzuholen.

211. In Bezug auf Kartellvergleiche (*Settlements*) regt die Monopolkommission an zu prüfen, ob den Angehörigen vergleichsbereiter Unternehmen eine gesetzliche Strafmilderung gewährt werden sollte. Sie gibt zu bedenken, dass Kartellvergleichsverfahren nicht der Aufdeckung von Kartellverstößen, sondern einer Entlastung der Kartellbehörde im laufenden Verfahren dienen. Deshalb erscheint eine Strafmilderung aus Sicht der Monopolkommission nicht zwingend. Für den Fall, dass sie dennoch in Betracht gezogen wird, schlägt die Monopolkommission die folgende weitere Ergänzung der in Tz. 204 und 207 empfohlenen Strafvorschriften vor:

Die Strafe kann nach § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden, wenn das Unternehmen, dem der Täter im Zeitpunkt des Verstoßes gegen Artikel 101 AEUV oder § 1 GWB angehörte, eine Reduktion der nach § 81 GWB festgesetzten Geldbuße aufgrund der Teilnahme an einem Kartellvergleichsverfahren erhalten hat.

³²⁴ Dazu Monopolkommission, XX. Hauptgutachten (Fn. 7), Tz. 190 f.

³²⁵ Monopolkommission, XX. Hauptgutachten (Fn. 7), Tz. 177 ff.

³²⁶ Vgl. Bundeskartellamt, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen – Bonusregelung – vom 7. März 2006, Tz. 3 f. Entsprechend den Empfehlungen der Monopolkommission im XX. Hauptgutachten (Fn. 7), Tz. 180, kommt danach ein Bußgelderlass für einen alleinigen Kartellanführer oder denjenigen, der andere zur Teilnahme am Kartell gezwungen hat, nicht in Betracht.

³²⁷ Vgl. Bundeskartellamt, Bonusregelung vom 7. März 2006 (Fn. 290), Tz. 5.