Bonn, den 25. Mai 2012

Stellungnahme des Bundeskartellamts
zum Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz
zur Regelung der Rechtsnachfolge in die Bußgeldhaftung

I. Zusammenfassung

Das Bundeskartellamt begrüßt, dass das Bundesministerium der Justiz einen Entwurf zur Regelung der Rechtsnachfolge in die Bußgeldhaftung vorgelegt hat. Dabei handelt es sich um eines der dringendsten Probleme der Kartellverfolgung. Kartellbeteiligte Gesellschaften können sich derzeit relativ einfach durch Umstrukturierung einem Bußgeld entziehen oder dieses wesentlich reduzieren. Wirksame Kartellverfolgung erfordert aber die Verhängung und die effektive Durchsetzung abschreckend hoher Bußgelder. Zudem führt die gesetzliche Lücke dazu, dass Bußgelder in Millionenhöhe für den Bundeshaushalt ausfallen. Eine wirksame Kartellverfolgung ist aber nicht nur wünschenswert, sondern aufgrund europarechtlicher Vorgaben sogar zwingend erforderlich. Der Diskussionsentwurf regelt wichtige Rechtsnachfolgetatbestände, belässt aber weitgehende Umgehungsmöglichkeiten.

II. Im Einzelnen

1. Aktuelle Sachlage

a) Aktuelle Rechtsprechung des BGH

Nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes[1] weist das deutsche Kartellordnungswidrigkeitenrecht eine Lücke auf, durch die sich eine kartellbeteiligte Gesellschaft einer Kartellbuße entziehen kann: Sie kann eine Rechtsnachfolge herbeiführen, sei es gezielt, um einem Bußgeld zu entgehen, sei es im Rahmen einer Um-

[1] BGH, Beschlüsse vom 10. August 2011, KRB 2/10 und 55/10, NJW 2012, 164 ff.

strukturierung aus anderen Gründen. Auch bei Veräußerung des kartellbeteiligten Unternehmens kann ein Bußgeld dadurch vermieden werden, dass die Form der Übertragung geschickt gewählt wird. Das Bußgeld droht nach bisheriger Rechtslage selbst dann zu entfallen, wenn zwei kartellbeteiligte Gesellschaften miteinander verschmelzen.

b) Regelungsumfang des Diskussionsentwurfs

Der Diskussionsentwurf zur Rechtsnachfolge in die Bußgeldhaftung ist ein richtiger Schritt, der aber nicht ausreicht, um die aufgezeigte Problematik befriedigend zu lösen. Die vorgeschlagene Regelung erfasst lediglich einen Teil der Fälle möglicher Umstrukturierungen, die ein Bußgeld entfallen lassen oder erheblich vermindern. Von der Gesamtrechtsnachfolge sind lediglich die Verschmelzung und die Aufspaltung, nicht aber die Abspaltung und die Ausgliederung erfasst. Die Einzelrechtsnachfolge ist gar nicht erfasst.

- Von einer Rechtsnachfolge durch *Gesamtrechtsnachfolge* in Gestalt einer *Verschmelzung* oder einer *Aufspaltung* unterscheidet sich eine solche in Gestalt einer *Abspaltung* oder einer *Ausgliederung* dadurch, dass der Rechtsvorgänger bestehen bleibt. Die Möglichkeit, ein Bußgeld gegen den fortbestehenden Rechtsvorgänger zu verhängen, beseitigt aber nicht die Notwendigkeit, ein Bußgeld auch gegen den Rechtsnachfolger verhängen zu können. Denn eine Abspaltung und eine Ausgliederung können mit einer erheblichen Vermögensverschiebung vom Rechtsvorgänger zum Rechtsnachfolger verbunden sein, die zu einer deutlichen Bußgeldreduzierung zwingen würde.
- Das gleiche Ergebnis wie bei einer Gesamtrechtsnachfolge kann auch durch eine *Einzelrechtsnachfolge* herbeigeführt werden. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Veräußerung einer Gesellschaft nicht als share deal (Übertragung der Gesellschaftsanteile), sondern als asset deal (Übertragung des Gesamtbetriebes durch sachenrechtliche Geschäfte ohne Übertragung der Gesellschaftshülle) ausgestaltet wird. Darüber hinaus stellt sich das Problem der *Einzelrechts-*

nachfolge, wenn sich eine Gesellschaft entreichert, indem sie sich einzelner Vermögensgegenstände entäußert.

c) Rechtstatsächlicher Befund

Dass kartellbeteiligte Unternehmen Bußgelder durch Umstrukturierung auch tatsächlich vermeiden oder erheblich vermindern werden, ist aus Gründen der Wirtschaftlichkeit naheliegend. Dabei dürften gleichermaßen Veräußerungen der kartellbeteiligten Gesellschaft oder des kartellbeteiligten Geschäftsbereichs wie auch Veräußerungen wesentlicher Vermögensteile vorkommen. Das gilt auch für Konstellationen, die von der vorgeschlagenen Regelung nicht erfasst werden: Eine Ausgliederung mit anschließender Veräußerung ist in einem von der europäischen Kommission entschiedenen Fall, der derzeit beim Europäischen Gerichtshof anhängig ist, vorgenommen worden.[2] Und eine Übertragung des gesamten Geschäfts einer Gesellschaft auf eine andere Konzerngesellschaft im Wege der Einzelrechtsnachfolge mit anschließender Liquidation der kartellbeteiligten Gesellschaft ist in einem vom Bundeskartellamt entschiedenen Fall vorgekommen.

d) Lösungsansatz des europäischen Rechts

Die Möglichkeiten zur Umgehung eines Bußgelds, die sich im deutschen Recht auch nach der Regelung des Diskussionsentwurfs bieten, bestehen im europäischen Recht nicht. Dafür sind mehrere Faktoren maßgeblich. Erstens haftet im europäischen Recht nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ein Rechtsnachfolger auch dann, wenn der Rechtsvorgänger zwar noch rechtlich, aber nicht mehr wirtschaftlich besteht, also keine wirtschaftliche Tätigkeit mehr betreibt.[3] Zweitens ist davon auszugehen, dass ausgegliederte oder abgespaltene Unternehmensteile auch nach europäischem Recht weiter haften. Drittens – und das ist ein ganz wesentlicher Unterschied

---

[2] *Sauer, Ralf* in: Schulte, Josef / Just, Christoph, Kartellrecht, Kommentar, 1. Aufl. 2012, Art. 23 VO 1/2001, Rn. 18 zum Fall KOM, COMP/39406 – *Marineschläuche*.

[3] EuGH, C-280/06, Slg. 2007, I, 10925, Tz. 40, 45 und 48 – *ETI*; EuGH, C-204/00, Slg. 2004, I-403, Tz. 359 i.V.m. Tz. 355 ff. – *Aalborg Portland*; EuG, T-134/94, Slg. 1999, II-241, Tz. 135 ff. – *NMH Stahlwerke*.

zwischen dem deutschen und dem europäischen Kartellrecht – besteht eine sehr weitgehende Haftung innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit: Regelmäßig haftet die Konzernmutter für das Bußgeld einer kartellbeteiligten Konzerntochter gesamtschuldnerisch mit.[4] Insofern „lohnt“ eine Vermögensverschiebung nicht.

2. Weiterer Handlungsbedarf

a) Allgemein

Grundsätzlich ist ein weitgehender Gleichlauf zwischen deutschem und europäischem Recht hinsichtlich Rechtsnachfolge und Konzernhaftung erforderlich. Das europarechtliche Effektivitätsgebot (effet utile) (Art. 197 AEUV) erfordert, dass das europäische Kartellrecht der Art. 101 und 102 AEUV von den nationalen Kartellbehörden effektiv durchsetzt wird.

- Ob sich ein Gleichlauf schon unmittelbar aus Art. 5 VO 1/2003 ergibt, wird derzeit diskutiert, ist aber bislang noch nicht von einem europäischen Gericht entschieden.
- Jedenfalls ist es in einem System paralleler Zuständigkeiten für den Rechtsunterworfenen kaum nachvollziehbar, warum unterschiedliche Regelungen für Behörden gelten, die grundsätzlich beide für den Fall zuständig sind und die Fallbearbeitung auch noch in einem späten Stadium an die jeweils andere Behörde abgeben können.
- Vor diesem Hintergrund wird derzeit diskutiert, ob nicht gerade in Fällen, in denen eine Rechtsnachfolge eine „Enthaftung“ von kartellbeteiligten Unternehmen ermöglicht, aufgrund der europarechtlichen Pflicht zur effektiven Bebußung von

[4] Noch weitergehend EuGH, C-204/00, Slg. 2004, I-403, Tz. 359 i.V.m. Tz. 344 – *Aalborg Portland* (es genügen „strukturelle Verbindungen“ zwischen Rechtsvorgänger und Rechtsnachfolger; im entschiedenen Fall war der Rechtsvorgänger eine von zwei Müttern eines paritätischen Gemeinschaftsunternehmens, das Rechtsnachfolger war); EuG, C-407/08 P, Slg. 2010, I-6375, Tz. 106 ff – *Knauf* (Rechtsnachfolge in die Bußgeldhaftung auch im Verhältnis zweier Schwestergesellschaften in einem Fall, in dem das Verhalten der einen Schwester von der anderen Schwester bestimmt wurde).

Unternehmen eine Abgabe vom deutschen Bundeskartellamt an die Europäische Kommission angezeigt ist.

Eine umfassende Regelung der Rechtsnachfolge in die Bußgeldhaftung erscheint dabei besonders dringlich, solange auch im Bereich der Konzernhaftung keine weitgehende Übereinstimmung mit der europäischen Rechtslage besteht. Jedenfalls bislang wurde im deutschen Recht nicht von einer Haftung der Konzernmutter bei Verstößen einer Konzerntochter ausgegangen und eine solche nur unter den Voraussetzungen des § 130 OWiG angenommen.

b) Gesamtrechtsnachfolge

Die vom Diskussionsentwurf nicht erfassten Konstellationen der Abspaltung und der Aufspaltung müssen von einer Regelung der Rechtsnachfolge in die Bußgeldhaftung erfasst werden, soll diese nicht de facto ins Leere laufen.

c) Einzelrechtsnachfolge

Im Bereich der Einzelrechtsnachfolge sollte eine Regelung insbesondere zwei Konstellationen erfassen: Regelungsbedürftig sind zum einen insbesondere solche Fälle der Einzelrechtsnachfolge, die durch Übertragung eines weit überwiegenden Anteils am Vermögen im Ergebnis einer Gesamtrechtsnachfolge entsprechen („wirtschaftliche Gesamtrechtsnachfolge“). Zum anderen sollten darüber hinaus auch weitgehend Vermögensverschiebungen innerhalb eines Konzerns als Fälle der Rechtsnachfolge erfasst werden. Dies ist gerechtfertigt, da der Konzern als Unternehmen Normadressat des materiellen Kartellrechts ist und zudem durch Umgehungsabsicht motivierte Vermögensverschiebungen im Konzern naheliegend sind.

Solange eine solche materielle Regelung nicht besteht, sollten aber zumindest im Bereich der Einzelrechtsnachfolge vollstreckungsrechtliche Vereinfachungen eingeführt

werden, indem die Vollstreckung in veräußerte Vermögensgegenstände erleichtert wird.[5]

d) Verhältnis der Haftung von Rechtsvorgänger und Rechtsnachfolger

Für den vom Diskussionsentwurf erfassten Fall der Gesamtrechtsnachfolge durch Verschmelzung und durch Aufspaltung fehlt eine Regelung dazu, in welchem Verhältnis die Haftung jeweils des Rechtsvorgängers und des (ggf. Teil-)Rechtsnachfolgers stehen. Hier ist eine der gesamtschuldnerischen Haftung ähnliche Regelung sachgerecht. Wenn die Haftung des Rechtsnachfolgers auch auf Fälle der Gesamtrechtsnachfolge durch Abspaltung und Ausgliederung und auf Fälle der (ggf. nur konzerninternen) Einzelrechtsnachfolge erweitert würde, müsste auch in diesen Fällen eine solche (quasi-)gesamtschuldnerische Haftung des Rechtsvorgängers und -nachfolgers bestehen. Dass eine gesamtschuldnerische Festsetzung von Kartellbußen möglich ist, zeigt das europäische Kartellrecht; die danach festgesetzten gesamtschuldnerischen Geldbußen können auch in Deutschland vollstreckt werden.

e) Arrest

Für die Fälle der Rechtsnachfolge, in denen der Rechtsvorgänger bestehen bleibt, ist die im Diskussionsentwurf vorgeschlagene Erleichterung der Anordnung eines Arrests– bereits ab Erlass eines Bußgeldbescheids und nicht erst ab Erlass eines Gerichtsurteils – nicht ausreichend: Erstens ist ein Arrest lediglich eine Sicherung einer bestehenden Forderung. Da sich aber das Bußgeld u.a. nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit bestimmt, kann diese infolge der Vermögensverschiebung so sehr vermindert sein, dass eine Bußgeldforderung schon gar nicht oder lediglich in erheblich verringerter Höhe entsteht. Zweitens ist die Anordnung eines Arrests nur dann möglich, wenn der Schuldner – hier die Kartellbehörde – von der bevorstehenden Vermögensverschiebung überhaupt erfährt; das ist regelmäßig nicht der Fall. Und drittens erfasst die im Diskus-

[5] Z.B. durch eine erleichterte Durchsetzung der Ansprüche nach dem AnfG in Anlehnung an die Regelungen in § 191 AO oder § 10 LVwVG für Nordrhein-Westfalen.

sionsentwurf vorgeschlagene Regelung Vermögensverschiebungen erst nach, nicht aber vor Erlass des Bußgeldbescheids. Angesichts der Dauer von Kartellbußgeldverfahren, die oft einige Jahre beträgt, verbleibt einer kartellbeteiligten Gesellschaft ausreichend Zeit für Vermögensverschiebungen bereits vor Erlass des Bußgeldbescheids.

III. Anmerkung

Anlass, zu dem im Diskussionsentwurf ebenfalls enthaltenen Vorschlag der Erhöhung des Bußgeldrahmens im OWiG Stellung zu nehmen, besteht für das Bundeskartellamt nicht. Denn dieser betrifft Bußgelder für Kartellverstöße nicht: Für diese gilt weder § 30 Abs. 2 Satz 1 OWiG, noch wird der vorgeschlagene § 30 Abs. 3 Satz 3 OWiG (n.F.) oder § 130 Abs. 3 Satz 3 OWiG (n.F.) gelten. Vielmehr gilt für kartellrechtliche Bußgelder nach dem bisherigen Satz 2 bzw. künftigen Satz 3 des § 30 Abs. 2 OWiG und § 130 Abs. 3 Satz 2 OWiG der besondere Bußgeldrahmen des § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB.