

Thesen zum Thema
„Kartellverstoss des Tochterunternehmens – Haftet die Konzernmutter?“

1. Konturenlosigkeit des EU-kartellrechtlichen Haftungskonzepts: Stetige Ausweitung des Gedankens einer „wirtschaftlichen Einheit“

Der EU-kartellrechtliche „funktionale“ Unternehmensbegriff ist von Rechtsprechung und Behördenpraxis durch stete Ausweitung überstrapaziert und damit konturenlos geworden. Das heute praktizierte Haftungskonzept im Sinne der *Akzo*- und *General Quimica*-Rechtsprechung des EuGH versteht das „Unternehmen“ als Synonym zum Begriff der „wirtschaftlichen Einheit“. Es hat sich damit von seinen Anfängen denkbar weit entfernt. Am Beginn der Rechtsprechungsentwicklung stand das nachvollziehbare Bemühen, kartellrechtliches Fehlverhalten, das von der *Muttergesellschaft* *initiiert* und über Weisungen an die Tochtergesellschaft von dieser am Markt durchgesetzt wurde, bussgeldrechtlich auch bei der Mutter zu erfassen (z.B. Sache *Farbstoff-Kartell*, 1972). Mittlerweile sind diese Haftungsgrundsätze bis in ihr Gegenteil verkehrt worden:¹ Eltern sollen heute kartellrechtlich auch und *gerade dann* haften, wenn sie – insbesondere durch ein *von ihnen implementiertes* umfängliches, bestmögliches Compliance-System – alles ihnen Mögliche getan haben, um Verstösse durch Mitarbeiter/Organe ihrer Tochtergesellschaften zu *verhindern*.²

Die derzeitige kartellrechtliche Konzernverantwortung nach Art einer Sippenhaftung trifft nicht nur Elterngesellschaften von (nahezu) 100%-Tochtergesellschaften. Die Rechtsprechung hat die Haftung auch auf verschiedene JV-Sachverhalte ausgedehnt.³ Auch die inhaltlichen Kriterien zur Haftungsbestimmung scheinen zunehmend beliebig: Während das EuG im Fall *Dow Chemical* zur Begründung der Haftung einer 50%-Anteilseignerin u.a. darauf verwies, diese hätte unzureichende Compliance-Massnahmen in ihrem JV unternommen,⁴ stellte das Gericht für die Haftung der zweiten 50%-Anteilseignerin darauf ab, dass diese umfangreiche Compliance-Massnahmen im JV implementiert, deshalb bestimmenden Einfluss auf das JV-Marktverhalten gehabt hätte und (bereits) deshalb haften müsse.⁵ Der aus anderen Zusammenhängen (insb. Bestechungsrecht) bekannte Gedanke einer *Compliance Defense* wird hierdurch ad absurdum geführt. Die Generalanwältin am EuGH *Kokott* hat allerdings hervorgehoben, dass es aus heutiger Sicht völlig offen sei, wie sich der EuGH zur Frage einer Berücksichtigung von Compliance-Programmen positionieren werde.⁶

Die problematischen Haftungsmaßstäbe haben auch in das Schweizer Kartellrecht Eingang gefunden, besonders im Urteil des BGer in Sachen *PubliGroupe*.⁷

2. Keine Strafe ohne Schuld: In einem verschuldensabhängigen Kartellsanktionsrecht ist der weite, EU-kartellrechtlich geprägte Unternehmensbegriff für die Haftungsbestimmung von Elterngesellschaften ungeeignet

Ein „funktionaler“ Unternehmensbegriff hat im *materiellen* Kartell- und Fusionskontrollrecht eine Berechtigung. Die ihm zugrunde liegende wirtschaftliche Betrachtungsweise ist etwa für eine

¹ Deziert kritisch mit eingehender Analyse der Rechtsentwicklung auch der ehemalige Abteilungsleiter in der Generaldirektion Wettbewerb der EU-Kommission *de Bronett*, EWS 2012, 113 ff. m.w.N.

² S. etwa EuG, 13.7.2011, Rs. T-138/07, Tz. 88 – *Schindler*; EuG, 2.2.2012, Rs. T-76/08, Tz. 73 f. – *EI du Pont de Nemours*.

³ Z.B. für ein 75/25-JV: EuGH, 15.6.2012, Rs. C-493/11 – *UTC*; für ein 60/40-JV: EuG, 27.9.2012, Rs. T-343/06 – *Shell Petroleum*; für ein 50/50-JV: EuG, 2.2.2012, Rs. T-77/08 – *Dow Chemical*.

⁴ EuG, *Dow Chemical*, a.a.O., Tz. 101.

⁵ EuG, *EI du Pont de Nemours*, a.a.O., Tz. 73 f.

⁶ *Kokott/Dittert*, WuW 2012, 670, 678.

⁷ BGer 29.6.2012, 2C_484/2010 E. 3.1 ff. – *PubliGroupe*.

sachgerechte Erfassung von Fragen der materiellen Marktbeurteilung von Bedeutung (z.B. durch die Miteinbeziehung finanzieller Ressourcen der Konzernmuttergesellschaft).

Demgegenüber ist im Kartellsanktionsrecht das heute praktizierte Konzept einer quasi-automatischen „wirtschaftlichen Einheit“ zwischen Eltern- und Tochtergesellschaft (bzw. Müttern und JV) im Sinne eines (vermuteten) bestimmenden Einflusses⁸ hoch problematisch. Denn ein Zusammenhang zwischen bestimmendem Einfluss der Mutter und Verstoß der Tochter im Sinne eines kausalen und zurechenbaren Zusammenhangs ist derzeit nicht mehr erforderlich. Wenn Muttergesellschaften aber unabhängig vom Verschulden eigener Organe/Mitarbeiter für das Fehlverhalten in den Tochtergesellschaften haftbar gemacht werden,⁹ widerspricht dies dem *Verschuldensprinzip* (Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003, Art. 12 Abs. 1, 333 Abs. 7 StGB) und der *Unschuldsvermutung* (Art. 48 Abs. 1 GRC, Art. 6 Abs. 2 EMRK).

Der Grundsatz „*nulla poena sine culpa*“ in Bezug auf Strafen und strafähnliche Sanktionen ist eine *rechtskulturelle Errungenschaft*, die nicht leichtfertig aufgegeben werden darf. Etwa im deutschen Recht hat das Schuldprinzip den Rang eines im Rechtsstaatsprinzip verankerten *Verfassungsgrundsatzes*, der ausdrücklich auch für juristische Personen gilt.¹⁰ Das Kartellrecht muss diese verfassungsrechtlichen Vorgaben einhalten. Es kann nicht die Grundrechtsträgereigenschaft von Elterngesellschaften durch eine gerichtliche (Um-) Interpretation des Unternehmensbegriffs aufheben, die dazu führt, dass einer juristischen Person ohne Betrachtung des eigenen Organisationsversagens quasi-automatisch auch Zuwiderhandlungen zugerechnet werden, die in anderen Unternehmensrechtsträgern begangen wurden.¹¹

3. Faktische Unwiderleglichkeit der Haftung bzw. Haftungsvermutung

Die (EU-) kartellrechtliche Haftungsvermutung begründet faktisch einen Haftungsautomatismus für Muttergesellschaften bei Kartellverstößen von Mitarbeitern/Organen ihrer Tochtergesellschaften oder JVs. Die Vermutung kann nach derzeitiger Praxis – ggf. mit der Ausnahme reiner Finanzbeteiligungen – *de facto* nicht widerlegt werden. Vgl. hierzu der heutige Präsident des deutschen Bundeskartellamts, *Andreas Mundt*: „[H]insichtlich der tatsächlichen Einflussnahme gilt eine Vermutungsregel, die *in der Praxis kaum zu widerlegen* ist, so dass es *nicht falsch* ist, von einer *unwiderleglichen Vermutungsregel* – mit Ausnahme von reinen Finanzbeteiligungen – *zu sprechen*“.¹² Dies wird belegt durch die jüngste Gerichtspraxis, nach der auch nachgewiesene umfängliche Compliance-Anstrengungen von Elterngesellschaften mit dem klaren Ziel, Kartellrechtsverstöße in ihren Tochter- oder JV-Gesellschaften zu verhindern, die Haftung nicht zu ändern vermögen.¹³

4. Verletzung des gesellschaftsrechtlichen Haftungstrennungsprinzips

Die Konstruktion einer unwiderlegbaren Kollektivschuld-, „Vermutung“ für Anteilseigner hinsichtlich der in ihren Beteiligungsgesellschaften begangenen Kartellverstöße missachtet das gesellschaftsrechtliche Haftungstrennungsprinzip.¹⁴ Dieses besagt, dass Investoren bei Errichtung von (oder Beteiligungen an) haftungsbeschränkten Tochter- / JV-Gesellschaften für deren Fehlverhalten nicht haften, sofern die gesellschaftsrechtlichen Spielregeln eingehalten werden. Dieser kapitalgesellschaftsrechtliche Grundsatz hat eine wichtige ökonomische Funktion: Es sollen wirtschaftliche Aktivitäten nicht aus Angst vor unbeschränkter Haftung unterbleiben. Eine Durchbrechung dieses Prinzips – bzw. ein „*piercing of the corporate veil*“ – lässt das Gesellschaftsrecht nur in besonderen Ausnahmefällen zu (z.B. bei vorsätzlich sittenwidriger Gläubigerschädigung, Vermögensvermischung etc.).

⁸ Siehe oben 1.

⁹ So im Ergebnis EuGH, 10.9.2009, Rs. C-97/08 P – Akzo, Tz. 77; EuGH, 20.1.2011 – Rs. C-90/09 P – *General Química*, Tz. 38.

¹⁰ So bereits BVerfG, 25.10.1966, 2 BvR 506/63, BVerfGE 2, 323, 331 ff.

¹¹ Näher zu alledem *Thomas*, JZ 2011, 485, 493 f. m.w.N.

¹² *Mundt*, WuW 2007, 458, 468.

¹³ S. oben 1.

¹⁴ Vgl. etwa Art. 620 Abs. 1 OR.

Dass die gesellschaftsrechtliche Rechtskultur der EU-Mitgliedstaaten nicht einfach durch europarechtliche *effet utile*-Erwägungen über Bord geworfen werden darf, hat etwa der deutsche Bundesgerichtshof festgehalten: „Für die **Annahme einer bußgeldrechtlichen ‚Konzernhaftung‘** lässt das **geltende Recht keinen Raum**. Die einzelnen konzernabhängigen Schwestergesellschaften sind im Verhältnis zueinander ebenso selbständige juristische Personen wie in ihrem Verhältnis zur Muttergesellschaft.“¹⁵ Wenn dem gegenüber das EU-Kartellrecht als *Regelfall* die Haftungstrennung in den Wind schlägt, unterläuft dies den gesellschaftsrechtlichen **Investitionsschutz**.

Problematisch ist auch das Zusammenspiel mit dem „**Konzernprivileg**“: Wenn die EU-Kommission im Verhältnis zwischen JV und Elterngesellschaften das materielle Kartellrecht voll anwenden möchte, müsste denklogisch gefolgert werden, dass eine bestimmende Einflussnahme auf das JV und damit bei Kartellverstößen des JV ein Haftungsautomatismus zu Lasten der Eltern ausscheidet.¹⁶

5. Unter Präventionsgesichtspunkten ist das derzeitige Kollektivhaftungs-Konzept funktional sinnwidrig

Die EU-kartellrechtliche Elternhaftung kann auch nicht funktional mit dem Effektivitätsgebot im Hinblick auf Kartellprävention gerechtfertigt werden. Im Gegenteil: Weil die Elterngesellschaften quasi-automatisch und gerade auch bei nachweislich maximalen Compliance-Anstrengungen zur Verhinderung der Verstöße in den Tochtergesellschaften haften (s. oben 1. und 3.), werden **dysfunktionale Anreize** für eine *optimale Compliance-Organisation durch Muttergesellschaften* gesetzt. Vor allem sollte eine Rechtfertigung der Elternhaftung mit präventiven Erwägungen dann ausgeschlossen sein, wenn die organisatorischen Massnahmen der Elterngesellschaft zur Kartellverhinderung bereits nachweislich optimal waren (siehe oben 1.). In solchen Fällen kann eine Busse keine nochmals verbesserten Verhinderungs-Anstrengungen bewirken. Es sollte stattdessen auf die Strafe für die Eltern verzichtet bzw. die Busse den Compliance-Anstrengungen angepasst werden. Eine solche Feinjustierung der Unternehmensgeldbussen würde zwangsläufig zu maximalen Investitionen in wünschenswerte Kartellvermeidung führen.¹⁷

6. Keine Rechtfertigung durch „Gerechtigkeits-“ bzw. „Fairness-“Gedanken des EuG

Soweit das EuG neuerdings darauf verweist, die in die Haftung genommenen Anteilseigner hätten Gewinne aus dem illegalen Verhalten von Tochter- bzw. JV-Gesellschaften gezogen, so dass es nur „gerecht“ sei, sie zu bestrafen,¹⁸ ist dies aus mehreren Gründen keine überzeugende Rechtfertigung für eine Elternhaftung unter Aufgabe des Schuld- und Trennungsprinzips.¹⁹

- Die EU-Kommission hat bislang (besonders auch zur Frage der steuerlichen Abzugsfähigkeit) den Standpunkt vertreten, dass die von ihr verhängten Geldbussen keinen Abschöpfungsanteil beinhalten, sondern *ausschliesslich Strafcharakter* hätten.
- Die *Kompensation* von Kartellopfern ist bereits Gegenstand des Instrumentariums *privatrechtlicher Schadensersatzklagen*, welches die EU-Kommission derzeit noch stark forcieren möchte. Eine Kompensation (auch) durch Geldbussen müsste in einem rationalen Sanktionssystem zu einem Wegfall bzw. einer „Reduktion“ der Privat-Schadensersatzklagen führen, oder die Wechselwirkung zwischen hoheitlicher Sanktion und Schadensersatzklage müsste durch eine Reduktion der Bussgeldhöhe hergestellt werden (wie künftig in der Schweiz vorgesehen).²⁰ Die EU-Kommission lehnt dies jedoch bisher strikt ab.
- Der vom EuG bemühte „Fairness“-Gedanke ist kein Argument für die Haftung gerade von (nahezu) 100%-Muttergesellschaften bzw. (mit)beherrschende Eltern von JV-Gesellschaften. Denn auch (nicht mitbeherrschende) Minderheitsaktionäre von kartellierenden Gesellschaften

¹⁵ BGH, 10.8.2011, KRB 55/10, WuW/E DE-R 3455, 3459 – *Versicherungsfusion*.

¹⁶ Vgl. zu alledem *Gehring/Kasten/Mäger*, CCZ 2013, 1, 4 ff. m.w.N.

¹⁷ Näher zu allem *Gehring/Kasten/Mäger*, CCZ 2013, 1, 3 f., 11 m.w.N.

¹⁸ So ausdrücklich EuG, 2.2.2012, *Dow Chemical*, a.a.O., Tz. 101.

¹⁹ S. oben 2. und 4.

²⁰ Art. 49a Abs. 6 E-KG in der Fassung der bundesrätlichen Botschaft vom 22.2.2012 (BBl 2012 3905).

könnten möglicherweise finanzielle Vorteile erlangt haben. Solche Investoren werden aber EU-Bussgeldrechtlich nicht in die Haftung genommen.

- Ein diffuses „Gerechtigkeits“-Argument ist keine Rechtfertigung dafür, gerade im Kartellrecht vom Schuldgrundsatz und dem Trennungsprinzip abzusehen und eine Haftungsbegründung für bestimmte Investoren auf einen Kompensationsgedanken zu stützen. Es ist nicht erklärbar, weshalb dann z.B. im Produkthaftungsrecht oder im Umweltrecht das Haftungstrennungsprinzip weiter gilt. Denn auch dort ist denkbar, dass Investoren ggf. Vorteile aus Regelverstößen in ihren Gesellschaften zufließen.

7. Zivilrechtliche Kartellschadensersatzklagen

Die problematischen EU-bussgeldrechtlichen Konzernhaftungsmassstäbe sind von den nationalen Gerichten im Rahmen des *private enforcement* nicht anzuwenden. Stattdessen finden die nationalen Haftungsgrundsätze des allgemeinen Zivil- bzw. Deliktsrechts Anwendung.

Vgl. skeptisch zu einer Übernahme der EU-kartellbussgeldrechtlichen Eltern-Haftungsmassstäbe in das niederländische Schadensersatzrecht Generalanwalt *Keus* am niederländischen Obersten Gericht (*Hoge Raad*): Dies widerspräche der bestehenden Rechtspraxis zum *piercing the corporate veil*.²¹

8. Verbesserungsbedarf und Ausblick

Elterngesellschaften sollten künftig nur dann für Kartellrechtsverstöße in ihren Tochter- oder JV-Gesellschaften haftbar gemacht werden, wenn die Eltern selbst für die Verstöße verantwortlich sind. Eine solche Verantwortlichkeit ist gegeben

- bei *eigenen Zuwiderhandlungen von Organen* der Elterngesellschaft und
- wenn der *Elterngesellschaft Organisationsdefizite* im Hinblick auf die Ausgestaltung ihrer Massnahmen zur Vermeidung von Zuwiderhandlungen bei der Tochtergesellschaft vorzuwerfen sind.

Die kartellrechtliche Konzernhaftung sollte mit anderen Worten dort ansetzen, wo Elterngesellschaften überhaupt *Steuerungsmöglichkeiten* besitzen, nämlich bei der Ausgestaltung ihrer Compliance-Organisation. Durch ein solches Haftungskonzept würde eine wirksamere Kartellprävention erreicht (Tz. 4 der EU-Bussgelderleitlinien 2006) und auch das Schuld- und das Haftungstrennungsprinzip wieder eingehalten.

Das heutige EU-Konzernhaftungskonzept sollte entsprechend angepasst werden. Dies könnte durch eine einfache Klarstellung bzw. Korrektur der Rechtsprechung geschehen (besonders durch Anerkennung einer *Compliance Defense* im Rahmen der Elternhaftung). Dass dies praktisch möglich sein sollte, zeigt sich daran, dass die Luxemburger Gerichte in der Vergangenheit die früher von der EU-Kommission geübte positive Berücksichtigung von Compliance-Massnahmen abgesehen hatten. Wünschenswert wäre im Interesse der Rechtsklarheit und -sicherheit zugleich eine ausdrückliche Regelung des EU-Kartellhaftungsrechts in einer revidierten Kartellverfahrens-VO.

Die EU-Haftungsregeln sollten nicht (weiter) in das Schweizer Kartellrecht übernommen werden. Das auch im KG geltende Schuldprinzip, das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip und besonders die vom Bundesrat vorgeschlagene *Compliance Defense*²² bieten sinnvolle, praktikable Ansatzpunkte dafür, nachgewiesene robuste Compliance-Anstrengungen von Elterngesellschaften als Schlüssel zur Haftungsbestimmung zu berücksichtigen.

²¹ Advisory Opinion GA Keus, 29.6.2012 zur *Hoge Raad*-Entscheidung vom 21.12.2012, Az. 11/02606; dazu *Kortmann*, *Global Competition Review* 2013, i.E.

²² Art. 49a Abs. 2 Satz 2 E-KG in der Variante der bundesrätlichen Botschaft vom 22.2.2012 (BBl 2012 3905).