

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 298

Kartellrechtliche Konzernhaftung

Von

Christoph von Laufenberg



Duncker & Humblot · Berlin

CHRISTOPH VON LAUFENBERG

Kartellrechtliche Konzernhaftung

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 298

Kartellrechtliche Konzernhaftung

Von

Christoph von Laufenberg



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Passau hat diese Arbeit
im Jahre 2017 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-026X
ISBN 978-3-428-15329-9 (Print)
ISBN 978-3-428-55329-7 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85329-8 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

parentibus et fratribus

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht der Universität Passau sowie während eines Forschungsaufenthaltes an der University of Oxford. Sie wurde von der Juristischen Fakultät der Universität Passau im Juli 2017 als Dissertation angenommen.

Danken möchte ich an dieser Stelle zunächst meiner Doktormutter Frau Professorin Dr. Dörte Poelzig, M.jur. (Oxon.), die mich stets mit anregender Kritik unterstützt hat und mir die nötige Freiheit für die Erstellung dieser Arbeit eingeräumt hat. Zudem gilt mein Dank Herrn Professor Dr. Stefan Enchelmaier, LL.M. (Edinburgh), M.A. (Oxon.), der mich während meiner Zeit in Oxford betreut hat. Ebenfalls bedanken möchte ich mich bei Herrn Professor Dr. Holger Altmeyen für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie bei Herrn Professor Dr. Holm Putzke, LL.M., für sein Mitwirken im Prüfungsausschuss.

Ein herzlicher Dank gebührt weiterhin meinen Kollegen und Freunden, durch die ich meine Promotionszeit in schöner Erinnerung behalten werde. Ein besonderer Dank gilt dabei Frau Charlotte Baumanns. Mit ihr werde ich stets glückliche Erinnerungen an die Lehrstuhlzeit verbinden. Sie stand mir mit freundschaftlichem und fachlichem Rat zur Seite und hat durch konstruktive Diskussionen sowie Korrekturlesen zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Zudem danken möchte ich Frau Antonia Degen für die Hilfe bei der Drucklegung der Arbeit.

Meine Eltern haben mir stets alle akademischen und außercurricularen Wege eröffnet und damit das Fundament für meine persönliche und berufliche Entwicklung gelegt – dafür vielen Dank!

Widmen möchte ich diese Arbeit zwei Personen: Meiner Großmutter und meinem Patenkind. Meine Großmutter war für mich stets Vorbild und Ideal und in allen Lebenslagen Hilfe und Ratgeberin. Ich hoffe, dass ich meinem Patenkind ein ebenso gutes Beispiel sein kann.

München, Oktober 2017

Christoph P. von Laufenberg

Inhaltsübersicht

Einleitung	23
------------------	----

Teil 1

Konzerne im Kartellrecht	28
---------------------------------	----

§ 1 Allgemeiner Konzernbegriff	28
§ 2 Kartellrechtlicher Konzernbegriff	34
§ 3 Allgemeine Haftungsgrundsätze	46

Teil 2

Bußgeldhaftung des Konzerns im Außenverhältnis	51
---	----

§ 1 Haftungsgrundlagen	51
§ 2 Außenhaftung des Konzerns	65
§ 3 Enthftungsmöglichkeiten	161
§ 4 Zusammenfassung	218

Teil 3

Gesamtschuldnerinnenausgleich im Konzern bei einer Geldbuße	220
--	-----

§ 1 Anwendbares Recht	220
§ 2 Zuständigkeit für die Festlegung der Ausgleichskriterien	239
§ 3 Ausgleichskriterien	241
§ 4 Zusammenfassung	286

Teil 4

Gesamtschuldnerinnenausgleich im Konzern bei einem kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch	288
§ 1 Grundlagen	289
§ 2 Gesamtschuldnerinnenausgleich nach deutschem Recht	291
§ 3 Gesamtschuldnerinnenausgleich im Vereinigten Königreich und in den USA bei einem Schadensersatzanspruch	307
§ 4 Verhältnis von „zivilrechtlichem“ und „bußgeldrechtlichem“ Gesamtschuldnerinnenausgleich	320
§ 5 Zusammenfassung	323
Schlussbetrachtung	324
Literaturverzeichnis	327
Sachverzeichnis	346

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	23
A. Ausgangspunkt	23
B. Fragestellung und Zielsetzung	24
C. Gang der Untersuchung	25

Teil I

Konzerne im Kartellrecht	28
§ 1 Allgemeiner Konzernbegriff	28
A. Historische Entwicklung	28
B. Struktur	29
I. Beherrschung zwischen Unternehmen	30
1. Einflussnahme	30
2. Abhängigkeit	30
3. Vermutung der Abhängigkeit	31
4. Ergebnis	31
II. Unterordnungskonzern	31
1. Einheitliche Leitung	32
2. Vertraglicher und faktischer Unterordnungskonzern	32
3. Konzernvermutung	33
4. Ergebnis	33
III. Gleichordnungskonzern	33
§ 2 Kartellrechtlicher Konzernbegriff	34
A. Rechtslage nach Unionsrecht	34
I. Unternehmensbegriff	34
II. Wirtschaftliche Einheit	35
1. Einflussnahme und Einflussmöglichkeit	35
2. Definitionshoheit	37
III. Unternehmensprivileg	38
IV. Ergebnis	38

B. Rechtslage nach deutschem Recht	39
I. Zurechnungskriterien	40
1. Verbundklausel (§ 36 Abs. 2 S. 1 GWB)	40
2. Mehrmütterklausel (§ 36 Abs. 2 S. 2 GWB)	41
II. Wirtschaftliche Einheit gemäß § 81 Abs. 4 GWB	41
III. Konzernprivileg	41
IV. Neuerungen durch die 9. GWB-Novelle	42
V. Ergebnis	43
C. Vergleich des Konzernbegriffs im deutschen Recht und im Unionsrecht	43
I. Konzern und Unternehmensverständnis	44
II. Vermutungen	45
III. Konzernprivileg	45
§ 3 Allgemeine Haftungsgrundsätze	46
A. Unionsrechtliche Konzernhaftung	46
B. Deutsche Konzernhaftung	46
I. Trennungsprinzip	47
II. Verschuldensprinzip	48
III. Zurechnung von Kartellverstößen	48
C. Spannungsfelder	49
D. Ergebnis	50

Teil 2

Bußgeldhaftung des Konzerns im Außenverhältnis	51
§ 1 Haftungsgrundlagen	51
A. Natur des Bußgeldes	51
B. Unionsrechtliche Haftungsgrundlage (Art. 23 VO (EG) Nr. 1/2003)	53
I. Historischer Zusammenhang	53
II. Tatbestand	54
1. Allgemeines	54
2. Normadressat	54
3. Tatbestandsmerkmale	55
III. Bußgeldhöhe	56
IV. Verfahren	57
C. Deutsche Haftungsgrundlagen	57
I. Grundlagen	58
II. Haftung gemäß § 81 GWB	58
1. Historischer Zusammenhang	58

2. Tatbestand	59
a) § 81 Abs. 1 und 2 GWB	59
b) Bußgeldhöhe (§ 81 Abs. 4 GWB)	60
aa) Allgemeines	60
bb) Kriterien bei der Bußgeldbemessung	60
cc) Bußgeldobergrenze	61
c) Verfahren	61
III. Neuerungen durch die 9. GWB-Novelle	62
1. Neue Bußgeldtatbestände	62
2. Bußgeldhöhe	63
IV. Haftung nach dem OWiG	63
1. § 130 Abs. 1 OWiG	64
2. § 30 Abs. 1 OWiG	64
3. § 9 OWiG	65
4. Ergebnis	65
§ 2 Außenhaftung des Konzerns	65
A. Haftung der Muttergesellschaft bei Zuwiderhandlung durch eine Tochter- gesellschaft	66
I. Rechtslage nach Unionsrecht	66
1. Haftungszurechnung im Konzern	66
a) Muttergesellschaft als Beteiligte	66
b) Organisationsverschulden	67
c) Fremdverschulden	68
d) Unternehmensbegriff	68
2. Haftungsausformung	69
3. Haftungsvermutung	69
a) Vermutung für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit	70
aa) 100 %ige Beteiligung	70
(1) Plusfaktoren	71
(2) Begründung der Vermutung	72
(3) Beweislast für den Gegenbeweis	72
(4) Zwischenergebnis	73
bb) Unter 100 %ige Beteiligung	73
(1) Teleologische Begründung der Vermutung	73
(2) Entscheidung <i>Commercial Solvents</i>	74
(3) Zwischenergebnis	75
b) Widerlegbarkeit	75
aa) Berufung auf das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip	76
bb) Vertraglicher Verzicht auf Einflussrechte	77
cc) Berufung auf Unkenntnis	77

dd) Nicht ausgeführte Weisungen	78
ee) Dauer der Beteiligung	78
ff) Form der Beteiligung	79
gg) Geschäfte „at arm’s length“	80
hh) Compliance-Programm	80
(1) Begriffserklärung	80
(2) Tauglichkeit als Beweis gegen die tatsächliche Einflussnahme	81
ii) Zwischenergebnis	81
4. Kritik an der Haftungspraxis	82
a) Vereinbarkeit mit rechtsstaatlichen und gesetzlichen Grundsätzen ...	82
aa) Ne bis in idem	82
(1) Allgemein	83
(2) Gewährleistungsumfang	83
(a) Problemaufriss	83
(b) Einheit der Rechtsordnung und Telos des Doppelbestra-	
fungsverbots	84
(c) Vergleich mit der EMRK	85
(d) Rechtsgutsidentität	86
(e) Zwischenergebnis	86
(3) Sanktionierung durch verschiedene Behörden	87
(a) Allgemeines	87
(b) Globale Kartelle	88
(c) Europäische Kartelle	89
(d) Zwischenergebnis	90
bb) Schuldprinzip und Unschuldsvermutung	90
(1) Grundlagen	90
(2) Vereinbarkeit	91
(3) Unvereinbarkeit	92
(4) Stellungnahme	94
(5) Zwischenergebnis	96
cc) Gesetzmäßigkeit der Strafe und Bestimmtheitsgebot	96
(1) Grundlagen	97
(2) Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot	98
(a) Bußgeldbemessung	98
(b) Unternehmensbegriff und Beteiligungsvermutung	100
(3) Bußgeldleitlinien und Wesentlichkeitsvorbehalt	101
(4) Zwischenergebnis	102
dd) Trennungsprinzip	103
(1) Unvereinbarkeit	103
(2) Vereinbarkeit	104

(3) Stellungnahme	104
(a) Normhierarchie	105
(b) Effektive Normdurchsetzung	106
(4) Zwischenergebnis	108
ee) Zwischenergebnis	109
b) Widerlegbarkeit der Beteiligungsvermutung	109
aa) <i>Rohtabak Spanien</i>	110
bb) <i>Kautschukchemikalien</i>	110
(1) Sachverhalt	110
(2) Vortrag	111
(3) Bewertung	111
(a) Tagesgeschäft, Geschäftsführung und Protokolle	111
(b) Personelle Verflechtung, Aufgabenteilung und Abschluss- berichte	112
(c) Unabhängige Preisbestimmung	113
(d) Zwischenergebnis	114
cc) <i>MCAA</i>	114
(1) Sachverhalt	114
(2) Vortrag	114
(3) Bewertung	115
(a) Vorgehen der Kommission	115
(b) Eigenes Mitwirken	116
(c) Unabhängigkeit	116
(d) Holdingstruktur	116
(e) 98%-Beteiligung	117
(4) Zwischenergebnis	117
dd) <i>Cholinchlorid</i>	117
ee) Zwischenergebnis	118
5. Zwischenergebnis	119
II. Rechtslage nach deutschem Recht	119
1. Kein eigenes Fehlverhalten der Muttergesellschaft	120
a) Haftung gemäß § 36 Abs. 2 S. 1 GWB	120
b) Haftung gemäß § 81 Abs. 4 GWB	121
aa) Rechtsstaatliche Bedenken	121
bb) Haftung	122
c) Zwischenergebnis	123
2. Fehlverhalten der Tochtergesellschaft und zusätzliches Fehlverhalten der Muttergesellschaft	123
a) Aktive Beteiligung	124

b) Haftung gemäß § 130 Abs. 1 OWiG	124
aa) Grundlagen	124
bb) Konzernmutter als Unternehmensinhaberin mit Aufsichtspflicht	126
cc) Keine Unternehmensinhaberin und keine Aufsichtspflicht	127
dd) Stellungnahme	129
ee) Zwischenergebnis	131
c) Haftung gemäß § 30 Abs. 1 OWiG	131
aa) Haftung aufgrund Handeln in Personalunion	131
(1) Interessentheorie	132
(2) Funktionstheorie	133
(3) Parallelität zu § 31 BGB	134
(4) Zwischenergebnis	135
bb) Haftung als faktisches Organ der Tochtergesellschaft	135
(1) Grundlagen	135
(2) Juristische Person als faktisches Organ	137
(a) Ansicht des BGH	137
(b) Bewertung	137
(aa) Stellungnahme zum BGH	137
(bb) Gesellschaftsrechtliches Trennungsprinzip	138
(3) Zwischenergebnis	139
cc) Haftungsbegründung durch Analogie	139
dd) Zwischenergebnis	139
d) Haftung aufgrund Unterlassens	139
aa) Unterlassen	140
bb) Garantenstellung	140
(1) § 130 Abs. 1 OWiG	141
(2) Gesellschaftsrechtliche Normen	141
(3) § 831 BGB	142
(4) Faktischer Einfluss der Konzernmutter	143
(5) Ingerenz	144
(a) Umstrukturierung und Konzernierung	144
(b) Nichteinführung eines Compliance-Programms	144
cc) Zwischenergebnis	146
e) Zwischenergebnis	146
3. Neuerungen durch die 9. GWB-Novelle	146
a) Rechtmäßigkeit der Neuregelung	147
aa) Vereinbarkeit mit dem gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzip	147
bb) Vereinbarkeit mit dem Schuldgrundsatz	147
cc) Vereinbarkeit mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	148

b) Rechtswidrigkeit der Neuregelung	148
aa) Vereinbarkeit mit dem gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzip	149
bb) Vereinbarkeit mit dem Schuldgrundsatz	149
cc) Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgrundsatz	150
c) Bewertung	150
aa) Vereinbarkeit mit dem gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzip	150
bb) Vereinbarkeit mit dem Schuldgrundsatz	151
(1) Anwendbarkeit	151
(2) Verstoß	153
(3) Rechtfertigung	154
cc) Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgrundsatz	156
d) Zwischenergebnis	156
B. Haftung der Tochtergesellschaft bei Verstoß durch die Muttergesellschaft	157
I. Rechtslage nach Unionsrecht	157
II. Rechtslage nach deutschem Recht	159
1. Fehlverhalten der Muttergesellschaft und zusätzliches Fehlverhalten der Tochtergesellschaft	159
2. Kein zusätzliches Fehlverhalten der Tochtergesellschaft	159
III. Zwischenergebnis	160
C. Ergebnis	160
§ 3 Enthaftungsmöglichkeiten	161
A. Leniency-Programme	162
I. Hintergrund	162
II. Rechtslage nach Unionsrecht	163
1. Entwicklung	163
2. Allgemeines	164
3. Probleme in Konzernsachverhalten	164
a) Antrag der Muttergesellschaft	164
aa) Wirkung	164
bb) Antragsbefugnis	166
b) Antrag der Tochtergesellschaft	167
aa) Wirkung	167
bb) Antragsbefugnis	169
c) Antrag von Mutter- und Tochtergesellschaft	169
aa) Zulässigkeit	169
bb) Divergierende Entscheidungen der Kommission	170
cc) Zeitpunkt des Antrags	171
dd) Rangwirkung	172
4. Zwischenergebnis	174

III. Rechtslage nach deutschem Recht	175
1. Grundlagen	175
2. Unterschiede zum Kronzeugenprogramm	176
3. Probleme in Konzernsachverhalten	177
B. Vergleichsverfahren	178
I. Hintergrund	178
II. Verfahren	179
1. Grundlagen	179
2. Überblick	179
3. Zusammenhang mit der Kronzeugenmitteilung	180
III. Probleme in Konzernsachverhalten	181
1. Zulässigkeit mehrerer Anträge	181
2. Unternehmensverständnis	181
3. Wirkung	182
C. Umstrukturierungen	182
I. Rechtslage nach Unionsrecht	182
1. Firmen- oder Rechtsformänderung	183
2. Veräußerung	183
a) Grundlagen	183
b) Unterscheidung nach den Veräußerungsarten	184
aa) Anteilsverkauf (Share Deal)	184
bb) Vermögensverkauf (Asset Deal)	185
3. Verschmelzung	186
4. Spaltung	186
5. Enthaltende Umstrukturierungen	187
6. Zwischenergebnis	187
II. Rechtslage nach deutschem Recht	188
1. Grundlagen	189
2. Alte Rechtslage	189
a) Ausgangslage	189
b) Wirtschaftliche Identität	190
c) Europarechtlicher Einfluss	191
d) Enthaltende Umstrukturierungen	192
3. Rechtslage bis zum Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle	193
a) Grundlagen	193
b) Haftung gemäß § 30 Abs. 2a OWiG	193
c) Regelungslücken	194
d) Enthaltende Umstrukturierungen	195
e) Bewertung	197

4. Neuerungen durch die 9. GWB-Novelle	199
a) Bußgeldvorschriften (§§ 81 Abs. 3a, 3b, 3c GWB n.F.)	199
aa) Neuregelungen	199
(1) § 81 Abs. 3a GWB n.F.	199
(2) § 81 Abs. 3b GWB n.F.	199
(3) § 81 Abs. 3c GWB n.F.	200
bb) Bewertung	200
cc) Zwischenergebnis	201
b) Ausfallhaftung im Übergangszeitraum (§ 81a Abs. 1 GWB n.F.)	201
aa) Neuregelung	201
bb) Bewertung	202
(1) Rückwirkungsverbot	202
(2) Wissenszurechnung	203
(3) Zweck der Geldbuße	204
cc) Zwischenergebnis	205
5. Zwischenergebnis	205
D. Compliance-Programme	206
I. Rechtslage nach Unionsrecht	206
1. Bußgelderlass	206
2. Bußgeldbemessung	207
a) Entwicklung	207
b) Bewertung	208
aa) Präventive Funktion	208
bb) Wertungswiderspruch mit dem Kronzeugenprogramm	210
cc) Nachteile im Rahmen des Kronzeugenprogramms	211
dd) Nachteile im Rahmen des Unternehmensbegriffs	212
ee) Vereinbarkeit mit den Bußgeldleitlinien	212
c) Zwischenergebnis	213
II. Rechtslage nach deutschem Recht	213
1. Bußgelderlass	213
a) Zuwiderhandlung der Tochtergesellschaft	213
b) Beteiligung der Konzernmutter	214
aa) Verschulden	214
bb) Aufsichtspflichtverletzung	214
2. Bußgeldbemessung	215
a) Grundlagen	215
b) Bemessung gemäß § 81 Abs. 4 GWB	216
c) Bemessung gemäß §§ 81 Abs. 4 S. 6 GWB, 17 Abs. 3 OWiG	216
d) Vereinbarkeit mit dem Telos der Geldbuße	216
e) Vereinbarkeit mit der Bonusregelung	217

f) Zwischenergebnis	217
E. Ergebnis	217
§ 4 Zusammenfassung	218

Teil 3

Gesamtschuldnerinnenausgleich im Konzern bei einer Geldbuße	220
§ 1 Anwendbares Recht	220
A. Unionsrecht	221
B. Bestimmung des anwendbaren nationalen Rechts durch die Rom II-VO	222
I. Anwendungsbereich der Rom II-VO	222
1. Außervertragliches Schuldverhältnis	222
2. Zivil- und Handelssache	224
3. Sachlicher und räumlicher Anwendungsbereich	225
4. Ausnahme aufgrund gesellschaftsrechtlicher Anknüpfung (Art. 1 Abs. 2 lit. d) Rom II-VO)	225
5. Zwischenergebnis	227
II. Mehrfache Haftung (Art. 20 Rom II-VO)	228
III. Ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 10 Rom II-VO)	228
IV. Den freien Wettbewerb einschränkendes Verhalten (Art. 6 Abs. 3 Rom I-VO)	229
1. Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 3 lit. a) Rom II-VO	229
a) Systematik und Wortlaut	229
b) Teleologischer Vergleich	230
aa) Ziel des Art. 6 Abs. 3 lit. a) Rom II-VO	230
bb) Ziel des Gesamtschuldnerinnenausgleichs	231
cc) Schadensersatz und Gesamtschuldnerinnenausgleich	233
(1) Vergleichbarkeit	233
(2) Übertragbarkeit der Rechtsprechung	234
(3) Zwischenergebnis	235
dd) Zwischenergebnis	235
2. Anwendung des Art. 6 Abs. 3 lit. a) Rom II-VO	235
3. Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 3 lit. b) Rom II-VO	237
4. Zwischenergebnis	237
V. Rechtswahl (Art. 14 Rom II-VO)	238
C. Ergebnis	239
§ 2 Zuständigkeit für die Festlegung der Ausgleichskriterien	239
A. Europäische Kommission	239

B. Nationale Gerichte 240

C. Stellungnahme 240

§ 3 Ausgleichskriterien 241

 A. Spannungsverhältnis 242

 B. Vorgaben durch die Unionsgerichte 242

 I. Vorgaben durch das EuG 243

 II. Vorgaben durch den EuGH 243

 III. Zwischenergebnis 244

 C. Bekannte Ausgleichskriterien im Sinne des § 426 Abs. 1 BGB 244

 I. Anwendbarkeit des § 426 Abs. 1 BGB 245

 II. Zulässigkeit einer Einzelfallbetrachtung 246

 1. Pauschalisierte Betrachtung 246

 a) Pro-Kopf-Aufteilung 246

 b) Alleinhaltung der Muttergesellschaft 246

 2. Einzelfallbetrachtung 247

 3. Stellungnahme 248

 a) Effektive Durchsetzung des Kartellverbots 248

 b) Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht und der gesamtschuldnerischen Haftung 249

 c) Umgehungsgefahr 249

 d) Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaften 250

 e) Zwischenergebnis 251

 III. Vertragliche Vereinbarungen 252

 1. Grundlagen 252

 2. Gewinnabführungsvertrag 253

 3. Sonstige vertragliche Ausgleichsregelungen 254

 IV. Gesetzliche Sonderregelung gemäß §§ 840 Abs. 2, 831 BGB analog 255

 1. Grundlagen 255

 2. Analogie 255

 3. Effektive Normdurchsetzung 256

 4. Zwischenergebnis 257

 V. Gesetzliche Sonderregelung gemäß Art. 23 Abs. 4 UAbs. 4 VO (EG) Nr. 1/2003 analog 257

 VI. Gesetzliche Sonderregelungen gemäß § 254 BGB analog 258

 1. Grundlagen 258

 2. Anwendbarkeit auf den kartellrechtlichen Innenausgleich 258

 a) Stimmen gegen die Anwendbarkeit 258

 b) Stimmen für die Anwendbarkeit 260

 c) Stellungnahme 260

 aa) Zurechnung fremden Verhaltens 260

bb) Effektive Normdurchsetzung	260
cc) Schaden und Schadensersatz	261
3. Zwischenergebnis	261
VII. Anderweitige Bestimmungen aus der Natur der Sache: erwirtschafteter Gewinn	262
1. Grundlagen	262
2. Effektive Normdurchsetzung	263
3. Exklusivität des Ausgleichskriteriums	264
4. Anwendungsschwierigkeiten	265
5. Zwischenergebnis	266
VIII. Haftungseinheit	266
1. Grundlagen	266
2. Anwendbarkeit beim kartellrechtlichen Innenausgleich	267
3. Zwischenergebnis	267
IX. Zwischenergebnis	267
D. Weitere vom BGH in der Entscheidung <i>Calciumcarbid II</i> verwendete Ausgleichskriterien	268
I. Art der Tatbeiträge	268
II. An die Bußgeldbemessung der Kommission angelehnte Ausgleichskriterien	270
1. Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und tatbefangene Umsätze	270
a) Allgemeines	270
b) Effektive Normdurchsetzung	271
c) Zwischenergebnis	272
2. Verhältnis der Umsätze und die jeweilige wirtschaftliche Bedeutung der einzelnen Gesamtschuldner für den Binnenmarkt	272
a) Anwendungsprobleme	273
b) Effektive Normdurchsetzung	273
c) Zwischenergebnis	274
3. Beiträge der einzelnen Gesamtschuldner zum Umfang der relevanten Markt- beteiligung des Unternehmens	274
III. Gleichlauf von Außen- und Innenverhältnis	275
IV. Zwischenergebnis	276
E. Neue Kriterien für den Innenausgleich	276
I. Bußgeldleitlinien der Kommission	277
1. Grundlagen	277
2. Tauglichkeit für den Innenausgleich	278
a) Allgemeine Umstände	278
b) Erschwerende Umstände	278
c) Mildernde Umstände	279
d) Sonstiges	280
e) Zwischenergebnis	280

II. Leitlinien des Bundeskartellamts	281
III. Bußgeldbemessungskriterien der US-Gerichte	282
1. Bußgeldbemessungskriterien	282
a) Erwirtschaftete Vorteile	282
b) Größe des Unternehmens	282
c) Vor- und Nachtatverhalten	283
d) Weitere Kriterien	283
2. Erkenntnisse für die deutsche Rechtslage	284
IV. Zwischenergebnis	284
F. Neuerungen durch die 9. GWB-Novelle	285
G. Ergebnis	286
§ 4 Zusammenfassung	286

Teil 4

**Gesamtschuldnerinnenausgleich im Konzern
bei einem kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch** 288

§ 1 Grundlagen	289
A. Ausgangslage	289
B. Zulässigkeit des Gesamtschuldnerinnenausgleichs	289
§ 2 Gesamtschuldnerinnenausgleich nach deutschem Recht	291
A. Verhältnis von Schadensersatz und Bußgeld	291
I. Kartellrechtlicher Schadensersatzanspruch und Bußgeld	292
II. Erkenntnisse für den Gesamtschuldnerinnenausgleich bei einem kartell- rechtlichen Schadensersatzanspruch	294
B. Ausgleichskriterien	295
I. Vertragliche Vereinbarungen	295
II. Verursachungs- und Verschuldensbeiträge	295
III. Erwirtschaftete Vorteile	296
IV. Marktanteile	297
V. Rolle der Beteiligten	298
VI. Dauer der Beteiligung	299
VII. Bußgeldhöhe	299
VIII. Organisationsgrad	300
IX. Vor- und Nachtatverhalten	300
X. Zwischenergebnis	301

C. Verhältnis der Ausgleichskriterien	302
I. Verhältnis unter Berücksichtigung der Art des Kartells	302
1. Horizontale Preisabsprachen	302
2. Vertikale Preisabsprachen	303
3. Submissionsabsprachen	303
4. Quotenkartelle	303
5. Markt- und Kundenaufteilungen	304
II. Verhältnis unter Berücksichtigung besonderer Schadensarten	304
1. Preisschirmeffekte	304
2. Entgangene Gewinne	305
3. Zinsschäden	305
III. Zwischenergebnis	306
D. Ergebnis	306
§ 3 Gesamtschuldnerinnenausgleich im Vereinigten Königreich und in den USA bei einem Schadensersatzanspruch	307
A. Rechtslage im Vereinigten Königreich	307
I. Grundlagen	307
1. Geschichte des Innenausgleichs	307
2. Innenausgleich de lege lata	308
II. Ausgleichskriterien	309
1. Vertragliche Vereinbarungen	309
2. Verursachungsbeiträge	309
3. Schuldhaftigkeit	310
4. Vorteilsabschöpfung	311
5. Pro-Kopf-Aufteilung	312
6. Verhältnis der Ausgleichskriterien	312
III. Gesamtschuldnerausgleich bei einem kartellrechtlichen Schadensersatz- anspruch	313
1. Grundlagen	314
2. Vertragliche Vereinbarungen	314
3. Erwirtschaftete Vorteile	314
4. Verursachungsbeiträge und Schuldhaftigkeit	315
5. Vor- und Nachtatverhalten	316
6. Unternehmensgröße und Marktanteil	316
7. Verhältnis der Ausgleichskriterien	317
IV. Zwischenergebnis	317
B. Rechtslage in den USA	317
I. Grundlagen	318
II. Vorgeschlagene Ausgleichskriterien	318

C. Übertragbarkeit der Ergebnisse	319
I. Ausgleichskriterien	320
II. Verhältnis der Ausgleichskriterien	320
§ 4 Verhältnis von „zivilrechtlichem“ und „bußgeldrechtlichem“ Gesamtschuldnerinnen- ausgleich	320
A. Erkenntnisse für den „zivilrechtlichen“ Gesamtschuldnerinnenausgleich	321
B. Erkenntnisse für den „bußgeldrechtlichen“ Gesamtschuldnerinnenausgleich	322
§ 5 Zusammenfassung	323
Schlussbetrachtung	324
A. Unionsrechtliche Außenhaftung des Konzerns	324
B. Außenhaftung des Konzerns nach deutschem Recht	324
C. Enthftungsmöglichkeiten	325
D. Gesamtschuldnerinnenausgleich im Konzern bei einer Geldbuße	325
E. Gesamtschuldnerinnenausgleich im Konzern bei einem Schadensersatzanspruch	326
Literaturverzeichnis	327
Sachverzeichnis	346

Einleitung

A. Ausgangspunkt

Die juristische Auseinandersetzung mit der kartellrechtlichen Konzernhaftung ist zweifellos schon seit längerem in den Blickpunkt der Literatur gerückt.¹ Zudem steigen die Bußgelder der Kartellbehörden von Jahr zu Jahr und haben ihren Höhepunkt zuletzt 2016 mit fast vier Mrd. Euro erreicht.² Die höchste an ein einzelnes Unternehmen gerichtete Kartellgeldbuße wurde im selben Jahr im Rahmen des LKW-Kartells an Daimler verhängt. Sie betrug mehr als eine Mrd. Euro.³ Entsprechend bedeutsam ist nicht nur die Bußgeldhaftung selbst, sondern auch immer mehr die Frage, wie gesamtschuldnerische Geldbußen im Innenverhältnis aufgeteilt werden können. Viele Probleme sind gleichwohl ungeklärt oder umstritten. So besteht bereits Uneinigkeit darüber, ob der Unternehmensbegriff, der das kartellrechtliche Haftungssubjekt im Unionsrecht beschreibt, mit elementaren rechtsstaatlichen Grundsätzen wie dem Schuldprinzip vereinbar ist. Geht es um die Frage, wie eine einmal verhängte Geldbuße unter mehreren Gesamtschuldern aufzuteilen ist, begibt man sich in juristisch sehr dünn besiedeltes Gebiet. Kommt man schließlich zu der Frage, wie ein kartellrechtlicher Schadensersatzanspruch zwischen Gesamtschuldern aufzuteilen ist, betritt man juristisches Niemandsland. Indes zeigen bereits die enormen wirtschaftlichen Auswirkungen, wie wichtig eine fundierte rechtliche Grundlage für die Kartellhaftung ist.

Im Fokus dieser Arbeit stehen dabei Konzerne. Diese stellen die dominierende Organisationsform der globalisierten Ökonomie dar,⁴ was sie bereits aus praktischen Gründen als Forschungsobjekt qualifiziert. Die Dominanz hängt insbesondere damit

¹ Statt aller: *Braun/Kellerbauer*, NZKart 2015, 175; *Braun/Kellerbauer*, NZKart 2015, 211; *Verse/Wirsch*, ZWeR 2015, 21; *Böhlke*, EuZW 2011, 781; *Gänswein*, NZKart 2016, 50; *Jüchser*, WuW 2012, 1048; *Kellerbauer/Weber*, EuZW 2011, 666; *Bodenstein*, NZKart 2015, 141; *Bürger*, WuW 2011, 130; *Schnelle*, WuW 2015, 332; *Weinhold*, Der Gesamtschuldnerausgleich zwischen den Kartellmitgliedern; *Bosch*, ZWeR 2012, 368; *Dreher*, in: FS Möschel, S. 149; *Heinichen*, Unternehmensbegriff und Haftungsnachfolge im Europäischen Kartellrecht; *Kling*, WRP 2010, 506; *Mansdörfer/Timmerbeil*, WM 2004, 363; *Riesenkampff*, in: FS Loewenheim, S. 529; *Krüger*, Kartellregress.

² Kommission, Kartellstatistik, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>, zuletzt geprüft am 06.02.2017.

³ Kommission, Kartellstatistik, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>, zuletzt geprüft am 06.02.2017.

⁴ *Voet van Vormizeele*, WuW 2010, 1008; *Menz*, Wirtschaftliche Einheit und Kartellverbot, S. 17.

zusammen, dass es Konzernstrukturen ermöglichen, Haftungsrisiken effektiv zu minimieren. Im Idealfall werden so risikobehaftete, aber trotzdem wirtschaftlich sinnvolle Geschäfte ermöglicht und die allgemeine Prosperität genährt. Wie die oben angeführten Zahlen verdeutlichen, wird jedoch nicht immer im Sinne des Gemeinwohls gehandelt. Da im Kartellrecht regelmäßig eine wirtschaftliche Betrachtung vorgenommen wird, die diese Haftungsminimierung im Konzern im Ergebnis häufig außer Acht lässt, sind Konzerne auch aus rechtlicher Sicht als Forschungsobjekte geeignet.

Dies wirft die umfassende Frage auf, wie sich die kartellrechtliche Haftung von Konzernen im Außen- und Innenverhältnis darstellt.

B. Fragestellung und Zielsetzung

Konzerne werden durch unionsrechtliche Kartellnormen als ein einziges Unternehmen behandelt. Die dafür notwendigen Voraussetzungen können unter Umständen vermutet werden. Hiermit ist eine Vielzahl an zu beantwortenden Fragestellungen verbunden. So ist zum einen zu untersuchen, wie und ob die sogenannte Beteiligungsvermutung in Theorie und Praxis widerlegt werden kann. Zudem ist zu prüfen, ob die mit ihr und dem Unternehmensbegriff verbundene Haftungserweiterung rechtsstaatlichen und gesetzlichen Grundprinzipien standhält. Virulent wird dies insbesondere im Zusammenhang mit dem gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzip und dem Schuldgrundsatz. Diese Fragestellungen sind auch auf die künftige deutsche Rechtslage zu übertragen, da hier durch die 9. GWB-Novelle eine an die unionsrechtliche Unternehmenshaftung angelehnte Konzernhaftung eingeführt werden soll.⁵ Indes wird so nicht abschließend die Frage beantwortet, ob spezielle kartelldeliktsrechtliche oder allgemeine ordnungswidrigkeitenrechtliche Normen eine Haftungszurechnung im Konzern ermöglichen. Auf sie muss also eine Antwort gefunden werden.

Neben der weitreichenden Haftungs begründung steht eine Vielzahl an normativen und praktischen Möglichkeiten zur Verfügung, um die Bußgeldhaftung abzumildern. In Deutschland konnten ca. 94 Mio. Euro an Bußgeldern, die zwischen 2001 und 2015 verhängt wurden, etwa infolge von Umstrukturierungen oder anderen Rechtsnachfolgekonstellationen nicht durchgesetzt werden. Im Rahmen dieser Enthftungsmöglichkeiten sind insbesondere konzernrechtliche Problemstellungen ungeklärt. Dies verlangt eine genaue Untersuchung.

Die Fragen im Rahmen der Konzernaußenhaftung setzen sich bei der Innenhaftung fort. Soll eine gesamtschuldnerische Geldbuße nach Zahlung einer Konzerngesellschaft zwischen den anderen Konzerngesellschaften im Innenverhältnis aufgeteilt werden, muss zunächst beantwortet werden, welche Rechtsordnung auf den

⁵ Die 9. GWB-Novelle durchlief den Bundesrat am 31.03.2017 ohne Einspruch und trat am 09.06.2017 in Kraft, vgl. BR-Drs. 207/17.

Innenregress angewendet werden kann. Anschließend ist zu untersuchen, wie sachgerechte Haftungsquoten ermittelt werden können. Bei diesem zwischen Privaten vorgenommenen Innenausgleich spielt die effektive Durchsetzung des Kartellverbots eine herausragende Rolle. Das Kartellverbot würde seinen Geltungsanspruch verlieren, wenn seine marktschützende Funktion durch den Innenregress ausgehebelt würde. Folglich stellt der immer wichtiger werdende Komplex des Private Enforcement auch bei dieser Fragestellung einen wesentlichen Bestandteil der Untersuchungen dar.

Im letzten Teil der Arbeit wird der Fokus geweitet und werden die Fragen des Innenregresses auf den Fall übertragen, in dem kein Bußgeld vorangegangen ist, sondern ein kartellrechtlicher Schadensersatzanspruch nach § 33 Abs. 3 GWB bzw. § 33a GWB n.F.⁶ Fraglich ist hier insbesondere, ob die Rechtsnatur von „zivilrechtlichem“ und „bußgeldrechtlichem“ Gesamtschuldnerinnenausgleich eine Übertragung der Erkenntnisse auf den jeweils anderen Bereich zulässt. Auch hier ist die private Rechtsdurchsetzung von maßgeblicher Bedeutung.

Ziel dieser Arbeit ist schließlich, Antworten auf die strittigen Fragen zu finden und neue Lösungsansätze aufzuzeigen, die eine effektive Durchsetzung des Kartellverbots sicherstellen.

C. Gang der Untersuchung

Der Gang der Untersuchungen orientiert sich an dem praktischen Ablauf nach einer kartellrechtlichen Zuwiderhandlung durch einen Konzern bzw. eine Konzerngesellschaft. Zu Beginn wird auf die Frage der Bußgeldhaftung eingegangen und anschließend untersucht, welche verfahrens- und gestaltungsrechtlichen Möglichkeiten bestehen, um diese zu reduzieren. Sollte eine vollständige Reduktion nicht möglich und deshalb die Bußgeldforderung beglichen worden sein, schließt sich der Innenregress an: Wie also kann die vollständig zahlende Gesellschaft bei einer Gesamtschuld den von ihr über die eigene Verantwortung hinausgehenden Haftungsanteil im Innenverhältnis zurückerlangen? Auf ein Bußgeldverfahren folgen regelmäßig zivilrechtliche Schadensersatzklagen, in Deutschland nach § 33 Abs. 3 GWB bzw. § 33a GWB n.F. In diesem Zusammenhang wird ebenfalls der Innenregress behandelt. Die Untersuchungen gehen vor allem auf Besonderheiten in Konzernsachverhalten ein.

Um ein Grundverständnis herzustellen, konzentrieren sich die Darstellungen im *ersten Teil* der Arbeit auf Konzerne und deren Haftung sowohl allgemein als auch in einem kartellrechtlichen Kontext. Dies wird jeweils im unionsrechtlichen und im deutschen Rechtskreis dargestellt. Eine Gegenüberstellung der Ergebnisse zeigt

⁶ Die durch die 9. GWB-Novelle eingeführte Vorschrift soll rückwirkend zum 27. 12. 2016 in Kraft treten, vgl. BT-Drs. 18/11446, S. 11, 34. Sie entspricht dem § 33 Abs. 3 GWB, vgl. BT-Drs. 18/10207, S. 55 f.