

BB-Kommentar

„Verbandsgeldbuße gegen Gesamtrechtsnachfolger: BGH bestätigt strenge Anforderungen an die Nahezu-Identität“

PROBLEM

Der BGH hatte darüber zu entscheiden, ob im Kartellordnungswidrigkeitenverfahren gegen den Geschäftsführer der M GmbH eine Verbandsgeldbuße zu verhängen war. Die M war zuvor auf die Nebenbetroffene verschmolzen worden. Sach- und Finanzanlagen, Mitarbeiterzahl und Produktionsstandorte der M waren vor der Verschmelzung bedeutend höher als die der Nebenbetroffenen – das Verhältnis lag bei etwa 2:1. Lediglich ihr Eigenkapital betrug im Verhältnis nur 25 %. Das OLG Düsseldorf hatte die Voraussetzungen des § 30 OWiG verneint und die Nebenbetroffene freigesprochen. Die Beschwerde von Generalstaatsanwaltschaft und Bundeskartellamt blieb erfolglos.

ZUSAMMENFASSUNG

Der *Kartellsenat* des BGH hat die Entscheidung des OLG in Fortsetzung seiner ständigen Rechtsprechung zu den Voraussetzungen einer Verbandsgeldbuße bestätigt.

Die Verhängung einer Geldbuße nach § 30 OWiG a.F. setzt danach eine unmittelbare Beziehung zwischen dem Täter und der juristischen Person voraus, für die er gehandelt hat. In Fällen der Gesamtrechtsnachfolge durch Verschmelzung entfällt diese Beziehung mit der Wirksamkeit der Verschmelzung, weil die verschmolzene juristische Person ab diesem Zeitpunkt erloschen ist. Damit entfällt wegen des Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG) die Möglichkeit der Bebußung der Rechtsnachfolgerin, es sei denn, zwischen der früheren und der neuen Vermögensverbindung bestehe nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise nahezu Identität. Eine solche sei allerdings nur gegeben, wenn das „haftende Vermögen“ weiterhin vom Vermögen des gemäß § 30 OWiG Verantwortlichen getrennt ist, in gleicher oder ähnlicher Weise wie bisher eingesetzt wird und in der neuen juristischen Person einen wesentlichen Teil des Gesamtvermögens ausmacht.

Der BGH erkannte zwar ein deutliches Übergewicht der M nach den genannten wirtschaftlichen Parametern. Dieses reichte aber nicht aus, um eine Nahezu-Identität des ursprünglichen Vermögens der M und dem der Nebenbetroffenen nach der Verschmelzung anzunehmen. Auch eine Gesamtbetrachtung habe nicht ergeben, dass die M als unternehmerischer Vermögenswert nach der Verschmelzung die Nebenbetroffene so maßgeblich geprägt hätte, dass von einem (nahezu) einheitlichen Vermögenswert ausgegangen werden könnte. Dass die Nebenbetroffene zwar schon vor der Übernahme alle Geschäftsanteile der M gehalten hatte, nicht aber zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung, erachtete der *Senat* richtigerweise für unbeachtlich.

Der Ansicht des Bundeskartellamts, dass § 81 Abs. 4 S. 2 GWB 2005 eine Sanktionierung ermögliche, ist der *Senat* zu Recht entgegengetreten. Denn diese Vorschrift konstituiert keine eigenständige Sanktionsgrundlage, sondern betrifft allein die Rechtsfolgenseite. Die Frage, ob eine juristische Person überhaupt aufgrund des Handelns ihrer Leitungsperson mit einem Bußgeld belegt werden darf, wird – wie der BGH klarstellt – allein durch § 30 OWiG bestimmt.

Auch aus dem Grundsatz der effektiven Durchsetzung des Wettbewerbsrechts der Union, demzufolge das nationale Recht wirksame und hinreichend abschreckende Sanktionen bereithalten muss, ergibt sich – so der *Senat* – nichts anderes: Zwar müssten die mitgliedstaatlichen Gerichte das einzelstaatliche Recht im Sinne dieses Grundsatzes auslegen. Dies dürfe (mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG erst recht im Strafrecht) aber nicht *contra legem*, also entgegen den nach dem nationalen Recht zulässigen Methoden richterlicher Rechtsfortbildung erfolgen. Da

§ 30 Abs. 1 OWiG in der zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung geltenden Fassung eine Sanktionierung des Gesamtrechtsnachfolgers aber nicht vorsah und auch eine die Sanktionierung ausnahmsweise ermöglichende Nahezu-Identität zu verneinen war, durfte auch eine unionsrechtskonforme Auslegung nicht zur Bebußung der Nebenbetroffenen führen.

Der BGH lehnt auch die Bebußung der Nebenbetroffene aufgrund europarechtlicher Vorschriften ab: Eine solche sei zwar aufgrund Art. 23 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1/2003, der sich anders als § 30 OWiG nicht an den Rechtsträger, sondern – insoweit extensiver – an das Unternehmen wendet, möglich. Die Befugnis zur Bebußung habe aber allein die Kommission, nicht die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten. Aus Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1/2003 folge nichts anderes. Diese Vorschrift stelle keine eigenständige Rechtsgrundlage für die Verhängung unionsrechtlicher Geldbußen dar. Schließlich hält der BGH es für nicht erforderlich, insbesondere die Frage nach der Anwendung von Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1/2003 dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen. Die richtige Anwendung des Unionsrechts durch die Vorinstanz sei gemessen an bisherigen Entscheidungen des EuGH und von Gerichten der Mitgliedstaaten derart offenkundig, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibe.

PRAXISFOLGEN

Dem BGH ist in allen Punkten zuzustimmen. Er begrenzt die sich in den Anträgen der Generalstaatsanwaltschaft und des Bundeskartellamts widerspiegelnde Bestrebung zu sanktionieren, wo dies bloß wünschenswert oder zur Durchsetzung europäischen Rechts erforderlich erscheint, nicht aber von der *lex lata* gedeckt ist.

Der Beschluss reicht über das Kartellrecht hinaus: Denn die Verbandsgeldbuße findet auch dann Anwendung, wenn Leitungspersonen andere betriebsbezogene Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten begehen, in der Praxis kommen hier insbesondere etwa Korruptionsdelikte, Sozialversicherungsbruch, Steuerstraftaten oder wertpapierhandelsrechtliche Pflichtverstöße in Betracht.

Der *Kartellsenat* hat mit seiner Entscheidung die Voraussetzungen der Nahezu-Identität als Voraussetzung der Verhängung gegen den Rechtsnachfolger einer juristischen Person nach § 30 OWiG a.F. geschärft. Freilich hat er sich ohne nähere Begründung auf die Feststellung beschränkt, dass der nicht zu verkennende wirtschaftliche Einfluss der M im konkreten Fall nicht ausreichte für die Verhängung einer Verbandsgeldbuße. Mit Blick auf die bisherige Rechtsprechung des BGH erkennt man aber, dass die Rechtsnachfolgerin das Unternehmen nahezu unverändert fortführen muss; dabei müssen die Vermögenswerte der übernommenen juristischen Person aber weitgehend in den Hintergrund treten. Die Fusion zweier annähernd gleich starker Unternehmen reicht danach nicht aus. Der BGH ging damit trotz des Verhältnisses von 2:1 zulasten der Nebenbetroffenen in wesentlichen wirtschaftlichen Kennzahlen nicht davon aus, dass diese strengen Voraussetzungen hier vorliegen.

Seit der 8. GWB-Novelle existiert mit § 30 Abs. 2a S. 1 OWiG zwar eine für aktuelle Fälle anwendbare Rechtsgrundlage für die Sanktionierung des Rechtsnachfolgers bei Gesamt- bzw. partieller Gesamtrechtsnachfolge. Diese Vorschrift war wegen des Rückwirkungsverbots auf den hiesigen Fall nicht anwendbar, wird aber in Zukunft erhebliche Praxisrelevanz entfalten.

Dr. André-M. Szesny, LL.M., ist Rechtsanwalt und Partner der Wirtschaftskanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek und Lehrbeauftragter an der Hochschule Fresenius für Wirtschaft und Medien. Er ist als Strafverteidiger in Wirtschaftsstrafsachen tätig und berät Unternehmen und Einzelpersonen in Fragen der Compliance und des Unternehmensstrafrechts.

