

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 302

Die Haftung der Obergesellschaft in der wirtschaftlichen Einheit

Eine Untersuchung der Haftung nach Art. 23 VO (EG)
Nr. 1/2003 sowie der zivilrechtlichen und
der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Haftung
im deutschen Recht

Von

Jochen Thieme



Duncker & Humblot · Berlin

JOCHEN THIEME

Die Haftung der Obergesellschaft
in der wirtschaftlichen Einheit

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 302

Die Haftung der Obergesellschaft in der wirtschaftlichen Einheit

Eine Untersuchung der Haftung nach Art. 23 VO (EG)
Nr. 1/2003 sowie der zivilrechtlichen und
der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Haftung
im deutschen Recht

Von

Jochen Thieme



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Augsburg hat diese Arbeit
im Jahre 2018 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.

D384

Alle Rechte vorbehalten

© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: 3w+p GmbH, Ochsenfurt-Hohestadt

Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach

Printed in Germany

ISSN 0582-026X

ISBN 978-3-428-15588-0 (Print)

ISBN 978-3-428-55588-8 (E-Book)

ISBN 978-3-428-85588-9 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2018 von der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Februar 2018 berücksichtigt und einzelne bedeutsame Entscheidungen noch bis Juli 2018 ergänzt werden.

Herzlich danken möchte ich an dieser Stelle zuvorderst meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Philipp Maume, S.J.D. (La Trobe), der mich mit anregender Kritik unterstützt und mir die nötige Freiheit für die Erstellung dieser Arbeit eingeräumt hat. Herrn Professor Dr. Michael Kort gilt mein Dank für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Bedanken möchte ich mich überdies bei Herrn Professor Dr. Raphael Koch, LL.M. (Cambridge), EMBA und Herrn Professor Dr. Christoph Ann, LL.M. (Duke University), für ihre Mitwirkung in der Prüfungskommission.

Meinen Eltern bin ich für ihren Zuspruch und ihren steten Rückhalt während meines Studiums und der Entstehung dieser Arbeit sehr dankbar. Besonderer Dank gilt schließlich meiner Frau – ihre liebevolle Unterstützung, ihr Verständnis und ihr offenes Ohr haben wesentlich zu dem Gelingen dieser Arbeit beigetragen.

Berlin, im Juli 2018

Jochen Thieme

Inhaltsverzeichnis

Teil 1

Einleitung	17
§ 1 Einführung	17
§ 2 Zentrale Fragestellung und Untersuchungsgegenstand	19
A. Das europäische Konzept der wirtschaftlichen Einheit	20
B. Ordnungswidrigkeitenrechtliche Ahndung von Wettbewerbsverstößen durch das Bundeskartellamt	21
C. Schadensersatz bei Verstößen gegen europäisches Wettbewerbsrecht	22
§ 3 Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands	24
§ 4 Gang der Untersuchung	25

Teil 2

Das europäische Konzept der wirtschaftlichen Einheit	28
§ 1 Die Begriffe des Unternehmens und der wirtschaftlichen Einheit in Art. 101 AEUV	28
A. Die Entwicklung der Unionspraxis bis zu dem Urteil <i>Akzo Nobel</i>	30
I. Berücksichtigung der wirtschaftlichen Auswirkungen durch den EuGH	30
II. Berücksichtigung der wirtschaftlichen Auswirkungen durch die Kommission	32
III. Berücksichtigung der wirtschaftlichen Auswirkungen durch das EuG	33
B. Aktuelle Unionspraxis seit dem Urteil <i>Akzo Nobel</i>	34
§ 2 Wirtschaftliche Einheit als Sanktionsadressat	37
§ 3 Rechtsträger der wirtschaftlichen Einheit als Adressaten der Geldbuße	39
§ 4 Die Entstehung der wirtschaftlichen Einheit im europäischen Kartellrecht	40
A. Weitergehende praktische Bedeutung	41
B. Konstellationen der wirtschaftlichen Einheit	42
C. Grundlegende Voraussetzungen der wirtschaftlichen Einheit	43
I. Allgemeine Möglichkeit der Einflussnahme	44
II. Tatsächliche Einflussnahme	45

D. Wirtschaftliche Einheit zwischen Schwestergesellschaften	46
E. Gemeinschaftlich kontrollierte Gesellschaften	48
F. Wirtschaftliche Einheit bei (nahezu) 100-%-Beteiligung	49
I. Widerlegung der Vermutung	50
II. Keine feste Grenze für die Geltung der Vermutungsregel	51
G. Wirtschaftliche Einheit aus mehreren Teilen	52
H. Zusammenfassung und Schlussfolgerung	53
§ 5 Die Haftung auf Grundlage des europäischen Konzepts der wirtschaftlichen Einheit	54
A. Rechts- und Handlungsfähigkeit der wirtschaftlichen Einheit	55
I. Ansätze der Literatur	55
II. Auswertung der gegenwärtigen Unionspraxis und Stellungnahme	57
1. Rechtsfähigkeit	57
2. Handlungsfähigkeit	58
III. Kritische Würdigung der Unionspraxis	60
IV. Wirtschaftliche Einheit als Zurechnungsmodell	62
B. Die dogmatische Begründung der Unionsorgane für die Haftung der Rechtsträger der wirtschaftlichen Einheit	63
I. Systematik der Analyse der Unionspraxis	64
II. Haftungsgrund der handelnden Gesellschaft	65
III. Haftungsgrund der Obergesellschaft	67
1. Tatsächliche Einflussnahme als Beteiligungshandlung bzw. als Verzicht auf den Nachweis einer eigenen Beteiligungshandlung	68
2. Aufsichtspflichtverletzung	71
3. Haftung aufgrund der Zugehörigkeit zu einem einheitlichen Unternehmen	73
a) Frühere Lösungsansätze in der Unionspraxis	73
b) Widersprüchlicher Lösungsansatz nach der Übernahme des funktionalen Unternehmensbegriffs	74
aa) Stand der Literatur	76
bb) Auslegung und eigene Deutung der Unionspraxis	77
IV. Ergebnis	80
C. Täterschaft der Rechtsträger	81
I. Deutungsansätze im Schrifttum	81
II. Stellungnahme	82
D. Adressaten als Täterausswahl der Kommission	84
E. Verschulden der wirtschaftlichen Einheit und der einzelnen Rechtsträger	86
F. Ergebnis und kritische Würdigung	91
§ 6 Keine Haftung der Tochter- für die Muttergesellschaft und keine allgemeine Haftung zwischen Schwestergesellschaften	94
§ 7 Untersuchungsansatz und Ausblick	98

*Teil 3***Bußgeldrechtliche und zivilrechtliche Haftung für Verstöße gegen Art. 101****Abs. 1 AEUV auf Grundlage des deutschen Rechts**

100

§ 1 Vorbemerkungen	100
A. Tatsächliche Konstellationen der wirtschaftlichen Einheit	100
B. Zeitliche Anwendbarkeit	101
§ 2 Die Haftung in Deutschland vor der 9. GWB-Novelle	103
A. Bußgeldrechtliche Haftung in Deutschland vor der 9. GWB-Novelle	103
I. Grundlagen der Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts	103
1. System der dezentralen Durchsetzung	103
2. Anwendung des Art. 101 AEUV nach nationalem Recht	104
3. Einschränkungen durch den Umfang der parallelen Anwendung	106
4. Art. 5 Abs. 1 S. 2, 4. Spiegelstrich VO Nr. 1/2003 als Befugnisnorm	109
II. Ordnungswidrigkeitenrechtliche Verantwortlichkeit der Obergesellschaft	112
1. Mittelbare Täterschaft	113
2. Fahrlässige Nebentäterschaft durch Unterlassen	114
a) Garantenstellung	114
aa) Einzelunternehmen	115
bb) Unternehmensverbund	116
b) Stellungnahme	117
aa) Garantenstellung aufgrund des betrieblichen Autoritätsverhältnisses	118
bb) Garantenstellung des Geschäftsherrn für die Gefahrenquelle „Betrieb“	119
cc) Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit	120
dd) Garantenstellung bei Gefahrschaffung	120
ee) Schlussfolgerung	121
3. Aufsichtspflichtverletzung gemäß § 130 Abs. 1 S. 1 OWiG	122
a) Obergesellschaft als Inhaberin des „Unternehmens“ im Sinne des Unternehmensverbunds	124
b) Obergesellschaft als Inhaberin der handelnden Gesellschaft	125
c) Stellungnahme	126
aa) Einwände gegen die Grundannahme der faktischen Betrachtungsweise	127
bb) Teleologische Einwände gegen eine faktische Betrachtungsweise	128
cc) Kein Anwendungsfall des § 130 OWiG	129
dd) Einwände gegen eine Auslegung des Unternehmens im Sinne eines Unternehmensverbunds	131
ee) Einwände gegen eine doppelte Inhaberschaft	132
ff) Ergebnis	134

4. Faktische Organschaft	135
5. Wirtschaftliche Einheit als kartellrechtliche Außen-GbR	136
a) Die Qualifikation des Konzerns als GbR	137
b) Die wirtschaftliche Einheit ist keine Außengesellschaft	138
6. Zwischenergebnis	140
III. Ahndung auf Grundlage des GWB	141
1. Die Verbundklausel, § 36 Abs. 2 GWB	141
a) Inhalt der Verbundklausel	141
b) Keine Haftung auf Grundlage der Verbundklausel	142
2. § 81 Abs. 4 S. 2 GWB	144
3. Zwischenergebnis	146
IV. Einwirkungen des Unionsrechts	146
1. Einschränkungen nach dem allgemeinen Vorranggrundsatz des Unionsrechts	146
2. Einschränkungen durch den Effektivitätsgrundsatz	148
a) Stellungnahme	150
b) Neuer Maßstab nach <i>Schenker</i> ?	153
V. Ergebnis	155
B. Zivilrechtliche Haftung in Deutschland vor der 9. GWB-Novelle	156
I. Grundlagen	157
1. Privatrechtliche Relevanz des Unionsrechts	157
2. Unionsrechtlich begründetes Recht auf Schadensersatz	158
3. Kein originär unionsrechtlicher Schadensersatzanspruch	159
4. Primärrechtlicher Anwendungsvorrang des Unionsrechts	161
5. Anwendungsvorrang nach Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO Nr. 1/2003	162
6. Verfahrensautonomie	162
II. Nationale Anspruchsgrundlage und Grundfragen der Passivlegitimation ..	163
III. Die Haftung des Unternehmensträgers	166
1. Einheitliche Zurechnung nach Unionsrecht	166
a) Zurechnung auf Grundlage der Verbundklauseln	166
b) Zurechnung auf Grundlage des Art. 101 AEUV	167
c) Stellungnahme	169
d) Distanzierungsobliegenheit	172
2. Zurechnung nach nationalen Vorschriften	173
a) Organe und leitende Angestellte	173
b) Sonstige Mitarbeiter	175
c) Zwischenergebnis	176
3. Zurechnung über die Verbundklausel	176
a) Telos der Verbundklausel	177
b) Urteil <i>Entega</i> des Bundesgerichtshofes	179

IV. Konzernbezogene Haftungstatbestände	180
1. Auswahl- und Überwachungsverschulden	180
a) Anwendung auf juristische Personen	181
b) Voraussetzungen der Verrichtungsgeliffeneigenschaft	182
c) Stellungnahme	185
2. Organisationsverschulden der Obergesellschaft	187
3. Aufsichtspflichtverletzung in der Obergesellschaft	190
4. Einstandspflicht aufgrund der Konzernverbundenheit	191
a) Begrifflichkeiten	191
b) Haftung der Konzernobergesellschaft	192
V. Zwischenergebnis und Wirkung des Trennungsgrundsatzes	194
VI. Durchbrechung des Trennungsgrundsatzes	196
1. Dogmatische Konzepte und Rechtsprechung	196
2. Anerkannte Durchgriffskonstellationen	197
3. Schlussfolgerung	198
VII. Zwischenergebnis	199
VIII. Europäische Vorgaben und die Einwirkungen auf das nationale Recht ...	200
1. Äquivalenzgrundsatz	200
2. Effektivitätsgrundsatz	202
a) Meinungsstand in der Literatur in Bezug auf die Passivlegitimation	203
b) Nationale Rechtsprechung	206
c) Maßgebliche Entscheidungen des EuGH	207
aa) <i>Courage</i>	208
bb) <i>Manfredi</i>	209
cc) <i>Kone</i>	211
d) Stellungnahme	212
aa) Die allgemeinen Vorgaben des <i>effet utile</i> für die Passivlegitimation	213
bb) Primäre Haftung der handelnden Gesellschaft	216
cc) Sekundäre Haftung der Obergesellschaft	217
(1) Erfordernis der Betrachtung des Einzelfalls	218
(2) Allgemeines Insolvenzrisiko	219
(3) Haftungstrennung als allgemeiner Grundsatz	220
(4) <i>Effet utile</i> gebietet Durchgriff auf die Obergesellschaft	221
3. Zusammenfassung	222
IX. Umsetzung der europäischen Vorgaben im Zivilprozess	223
1. <i>Follow-on</i> -Klagen	224
a) Persönliche Reichweite der Bindungswirkung	226
b) Sachliche Reichweite der Bindungswirkung	227
aa) Verstoß und Zuordnung zu den einzelnen Rechtsträgern	227
bb) Verschulden	229

c) Zusammenfassung und Auflösung des Widerspruchs zwischen dem Verschuldenserfordernis und den Vorgaben des Effektivitätsgrundsatzes	232
2. <i>Stand-alone</i> -Klagen	233
a) Analoge Anwendung des § 31 BGB	234
b) Gesamtanalogie	237
c) Vermutungslösung	238
d) Art. 101 Abs. 1 AEUV	240
e) Durchgriffshaftung	242
3. Ergebnis	246
X. Zusammenfassung	247
XI. Stand der Rechtsprechung in den weiteren Mitgliedstaaten	247
1. Vereinigtes Königreich	248
2. Niederlande	251
3. Bewertung und Einordnung	252
§ 3 Die Haftung in Deutschland nach der 9. GWB-Novelle	253
A. Bußgeldrechtliche Haftung in Deutschland nach der 9. GWB-Novelle	253
I. Einleitung	253
II. Zurechnung über § 81 Abs. 3a GWB	255
III. Vergleich mit der Praxis der Unionsorgane und Bewertung	256
IV. Einheitliche Sanktionsadressaten	258
V. Ergebnis	259
B. Zivilrechtliche Haftung in Deutschland nach der 9. GWB-Novelle	259
I. Änderungen durch die 9. GWB-Novelle	260
1. Bezugnahme auf den Rechtsverletzer in § 33 Abs. 1 GWB	260
2. Anwendung des § 81 Abs. 3a GWB im Zivilrecht	261
3. Zwischenergebnis und aktueller Stand	262
II. Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU	263
1. Meinungsstand in der Literatur	264
2. Stellungnahme	267
a) Richtlinie schreibt kein bestimmtes Haftungsmodell vor	268
b) Keine Passivlegitimation des Unternehmens im Sinne der wirtschaftlichen Einheit	269
c) Mindestvorgaben für ein nationales Haftungsmodell der Mitgliedstaaten	270
3. Zwischenergebnis	274
III. Zusammenfassung und Schlussfolgerung	274

Teil 4

Untersuchungsergebnisse	275
§ 1 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	275
A. Das europäische Konzept der wirtschaftlichen Einheit	275
B. Die Haftung der Obergesellschaft für Geldbußen auf Grundlage des deutschen Ordnungswidrigkeitenrechts für Verstöße gegen Art. 101 AEUV	277
C. Zivilrechtliche Haftung der Obergesellschaft im Hinblick auf Verstöße gegen Art. 101 AEUV	279
§ 2 Ausblick	283
Literaturverzeichnis	285
Stichwortverzeichnis	306

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Auffassung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AG	Die Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
Begr.	Begründer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BLJ	Bucerius Law Journal
BT	Besonderer Teil
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CML Rev	Common Market Law Review
DB	Der Betrieb
d. h.	das heißt
EBOR	European Business Organization Law Review
ECJ	European Competition Journal
ECLR	European Competition Law Review
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EG-Vertrag	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EL Rev	European Law Review
et al.	et alii
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof

EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG-Vertrag	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f.	folgende
ff.	folgende (Plural)
FKVO	Fusionskontrollverordnung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt/Generalanwältin
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GesRZ	Der Gesellschafter
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i.d.S.	in diesem Sinne
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
JECLP	Journal of European Competition Law and Practice
JPIL	Journal of Private International Law
JZ	JuristenZeitung
KG	Kommanditgesellschaft
KOME	Entscheidungen/Beschlüsse der Kommission
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
LG	Landgericht
lit.	litera
LS	Leitsatz
Mio.	Million/Millionen
Mrd.	Milliarde/Milliarden
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
NZWSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht

OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
RegE	Regierungsentwurf
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
S.	Seite/Satz
Slg.	Sammlung
st.	ständige
StGB	Strafgesetzbuch
u. a.	und andere
UAbs.	Unterabsatz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom
verb.	verbundene
vgl.	vergleiche
vs.	versus
VO	Verordnung
Vor.	Vorbemerkung
Vorb.	Vorbemerkung
VuR	Verbraucher und Recht
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WM	Wertpapier-Mitteilungen
wrp	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZweR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Teil 1

Einleitung*

§ 1 Einführung

Das europäische Wettbewerbsrecht schützt den freien Wettbewerb vor Verfälschungen.¹ Freier Wettbewerb beruht maßgeblich auf der freien Entfaltung unternehmerischer Tätigkeit.

Im Teilbereich des Kartellrechts wird der freie Wettbewerb überwiegend von Konzernen² bedroht. Zwar werden die wettbewerbswidrigen Absprachen von einzelnen Gesellschaften getroffen und umgesetzt. Tatsächlich stehen diese jedoch meist in rechtlichen und wirtschaftlichen Beziehungen zu zahlreichen anderen Gesellschaften eines Konzerns. Die von der Europäischen Kommission geahndeten Kartelle betreffen nahezu jeden Lebensbereich. Aufgedeckt wurden Absprachen über Lebensmittel,³ TV- und Computer-Bildschirme,⁴ Zinsderivate,⁵ Vitamine,⁶

* Alle verwendeten Internetquellen waren bei Abgabe der Arbeit an den Verlag am 15. Juli 2018 abrufbar.

Nachfolgend werden Entscheidungen und Beschlüsse der Kommission einheitlich als Entscheidungen bezeichnet, auch wenn diese Rechtshandlungen seit dem Vertrag von Lissabon als Beschlüsse bezeichnet werden, vgl. Art. 288 Abs. 4 AEUV und Art. 249 Abs. 5 EG. Die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG 2003 Nr. L 1/1 (Kartellverfahrensordnung) ist bislang nicht angepasst worden, sodass in dem Zusammenhang mit dem Erlass von Geldbußen die Rechtshandlungen der Kommission weiterhin als „Entscheidung“ bezeichnet werden. Sofern es sich bei diesen einheitlich als KOMe zitierten Entscheidungen um unveröffentlichte Informationsversionen handelt, sind diese unter Angabe der Fallnummer sämtlich unter www.ec.europa.eu/competition abrufbar.

¹ Vgl. ursprünglich im Katalog der Tätigkeiten der Gemeinschaft (Art. 3 Abs. 1 lit. g EG), nunmehr seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon als Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb dem Vertrag über die Europäische Union und dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union beigelegt.

² Die im Nachfolgenden verwendeten Begriffe „Konzern“, „Konzerngesellschaften“ bzw. „konzernierte Gesellschaften“ sind nicht im Sinne des § 18 AktG zu verstehen. Sie werden untechnisch für wirtschaftlich verbundene Rechtsträger und entsprechende Zusammenschlüsse verwendet, da im Unionsrecht und speziell im Wettbewerbsrecht keine eindeutige Definition und Abgrenzung der Begriffe existiert.

³ KOMe v. 27. 11. 2013, C(2013) 8286 final, AT.39633 – Garnelen; KOMe v. 25. 06. 2014, C(2014) 4227 final, AT.39965 – Mushrooms.

⁴ KOMe v. 5. 12. 2012, C(2012) 8839 final, AT.39437 – TV and computer monitor tubes.

⁵ KOMe v. 21. 10. 2014, C(2014) 7605, AT.39924 – Swiss Franc interest rate derivatives.

Tierfutter,⁷ Polyurethanschaum⁸ und Stahl-Strahlmittel⁹. In den in der deutschen Presse als „Aufzugskartell“ bekannt gewordenen Absprachen teilten verschiedene Tochtergesellschaften diverser Konzerne jeweils in Deutschland, Holland, Belgien und Luxemburg unter anderem den Absatz und Einbau von Aufzügen und Fahrtruppen über einen Zeitraum von bis zu acht Jahren untereinander auf.¹⁰

Derart weitreichende Kartelle kommen erst aufgrund der Marktmacht des Gesamtkonzerns zustande; es entsteht ein erheblicher wirtschaftlicher Schaden. Nach einer Studie der OECD betrafen die wettbewerbswidrigen Absprachen teilweise über 50 % des gesamten Handels und führten zu einer durchschnittlichen Erhöhung der Preise um 15 % bis 20 %.¹¹ Von den Gewinnen und Vorteilen aus dem Wettbewerbsverstoß profitieren nicht nur der Kartellant, sondern auch die übrigen konzernzugehörigen Gesellschaften.

Aus wirtschaftlicher Perspektive erscheinen Konzerne regelmäßig als Einheit. Entsprechend wird der Konzern in den Wirtschaftswissenschaften oftmals als ein einheitliches Unternehmen betrachtet.¹² In der Rechtswissenschaft hingegen liegt der Akzent traditionell auf der rechtlichen Selbstständigkeit der einzelnen Konzerngesellschaften.¹³ Wird jede Gesellschaft als rechtlich selbstständige juristische Person für den von ihr begangenen Verstoß sanktioniert, bleibt die Sanktion wirtschaftlich betrachtet jedoch regelmäßig weit hinter dem Ausmaß des Schadens zurück, den die Gesellschaften in ihrer Gesamtheit als Konzern verursacht haben. Aus der Perspektive des Unternehmensverbunds überwiegen die wirtschaftlichen Vorteile der Absprache die Sanktion. Der Sanktionszweck der Wettbewerbsregeln wird nicht erreicht.

Die Herausforderung bei der wirksamen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts liegt mithin darin, die Verbindungen zwischen den rechtlich selbstständigen Gesellschaften zu berücksichtigen, sodass kein Sanktionsdefizit entsteht.

Die Unionsorgane begegnen dieser Problematik mit einem funktionalen Verständnis des Unternehmens. Adressat der europäischen Wettbewerbsregeln und

⁶ KOME v. 22.11.2001, C(2001) 3695, L:2003:006:TOC – Vitamine.

⁷ KOME v. 20.07.2010, C(2010) 5004, AT.38866 – Animal Feed Phosphates.

⁸ KOME v. 29.01.2014, C(2014) 238 final, AT.39801 – Polyurethane Foam.

⁹ KOME v. 2.12.2014, C(2014) 2074 final, AT.39792 – Steel abrasives.

¹⁰ KOME v. 21.02.2007, C(2007) 512 final, AT.38823 – Elevators and Escalators.

¹¹ Der tatsächliche wirtschaftliche Schaden eines Kartells lässt sich nur schwer ermitteln und genau beziffern. Genaue Zahlen der Europäischen Kommission liegen nicht vor. Entsprechend kann die Studie der OECD nur beispielhaft herangezogen werden. Die Untersuchung der OECD betraf neben europäischen Kartellen auch solche aus weiteren OECD-Mitgliedstaaten, die sich an der Umfrage beteiligten, vgl. OECD Studie v. 09.04.2002, abrufbar unter <http://www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf>.

¹² *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 8. Aufl. 2016, § 18 AktG Rn. 5.

¹³ *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 8. Aufl. 2016, § 18 AktG Rn. 6.

zentraler Begriff in der Praxis des EuGH, des EuG und der Kommission ist das „Unternehmen“ in Art. 101 Abs. 1 AEUV. Dieser Begriff wird extensiv ausgelegt; verschiedene Konzerngesellschaften werden als „wirtschaftliche Einheit“ zu einem einzigen „Unternehmen“ zusammengefasst. Eine solche Zusammenfassung erfolgt zum einen, wenn sämtliche Gesellschaften an dem Verstoß zusammengewirkt haben. In einer Vielzahl von Fällen wird jedoch die handelnde¹⁴ Gesellschaft mit ihrer gesellschaftsrechtlichen Obergesellschaft zu einem Unternehmen zusammengefasst, ohne dass letztere an den Verstößen mitgewirkt hat oder von diesen Kenntnis hatte. Dieses aus mehreren Rechtsträgern bestehende „Unternehmen“ – die wirtschaftliche Einheit – verstößt gegen die Wettbewerbsregeln. Da sich die Geldbußen an dem Jahresumsatz des zuwiderhandelnden Unternehmens orientieren, führt die extensive Auslegung zu einer empfindlichen Erhöhung der Sanktionen.¹⁵ In der Folge sind die verhängten Geldbußen in den letzten Jahren erheblich gestiegen und haben ihren vorläufigen Zenit in dem Verfahren *Trucks* erreicht. Dort wurden gegen vier Unternehmen Geldbußen in Höhe von insgesamt 2,9 Milliarden Euro verhängt.¹⁶ Tatsächliche Schuldner dieser Geldbuße sind wiederum die einzelnen Rechtsträger; die Rechtsträger werden „stellvertretend“ für das „Unternehmen“ als Bußgeldschuldner herangezogen. Im Ergebnis haften daher auch rein tatsächlich unbeteiligte Konzerngesellschaften für Wettbewerbsverstöße, die von Mitarbeitern anderer Rechtsträger desselben Unternehmens begangen worden sind.

§ 2 Zentrale Fragestellung und Untersuchungsgegenstand

Der freie Wettbewerb in Europa wird nicht allein durch die Unionsorgane gewahrt. Mit Inkrafttreten der Kartellverfahrensordnung (VO Nr. 1/2003¹⁷) am 1. Mai 2004 ist die Durchsetzung des Kartellrechts dezentralisiert worden. In Deutschland ahndet auch das Bundeskartellamt Verstöße gegen Art. 101 AEUV. Bereits 2001 hatte der EuGH in der Entscheidung *Courage* zudem aus Art. 101 Abs. 1 AEUV ein subjektives Recht auf Schadensersatz desjenigen abgeleitet, der durch einen Wettbewerbsverstoß geschädigt worden ist.¹⁸ Neben das *public enforcement* des Art. 101

¹⁴ Im Nachfolgenden wird die Formulierung „handelnde Gesellschaft“ aus rein sprachlichen Gründen für die Anstellungskörperschaft verwendet, deren Mitarbeiter die wettbewerbswidrigen Handlungen begangen haben.

¹⁵ Vgl. Art. 23 Abs. 2 Unterabs. 2 VO Nr. 1/2003.

¹⁶ KOME v. 19. 07. 2016, C(2016)4673 final, AT.39824 – Trucks. Vgl. auch die Statistik der höchsten durch die Kommission verhängten Kartellgeldbußen, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.

¹⁷ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG 2003 Nr. L 1/1.

¹⁸ EuGH, Urt. v. 20. 09. 2001, Rs. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 – *Courage* und *Crehan*, Rn. 26.