

COMPLIANCE KOMMENTIERT

Thema des Monats:

ANMERKUNGEN ZUR 9. GWB-NOVELLE

Ein Kommentar von Professor Dr. Dr. h.c. Uwe H. Schneider und Dr. Tobias Brouwer



Professor Dr. Dr. h.c. Uwe H. Schneider

Mitglied des Wissenschaftlichen Beirats des BCM und
Direktor des Instituts für deutsches und internationales
Recht des Spar-, Giro- und Kreditwesens an der
Johannes Gutenberg-Universität Mainz

Das neue Kartellbußgeldrecht: Abschied vom gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzip

Am 9. März 2017 hat der Bundestag die 9. Kartellrechtsnovelle in 2. und 3. Lesung verabschiedet. Auslöser für die GWB-Reform war die EU-Kartellschadensersatz-Richtlinie (2014/104/EU), die von den Mitgliedstaaten bis zum 27. Dezember 2016 in nationales Recht umzusetzen war. Obgleich von der Richtlinie nicht gefordert, hat der deutsche Gesetzgeber die Reform zum Anlass genommen, auch das Kartell-Bußgeldrecht neu zu regeln. Herausgekommen ist eine verschuldensunabhängige Bußgeldverantwortlichkeit sowohl der Muttergesellschaft für Kartellverstöße ihrer Tochterunternehmen als auch des rechtlichen oder wirtschaftlichen Nachfolgers eines Share- oder Asset-Deals, der für Kartellverstöße des Rechtsvorgängers bebußt werden kann (§ 81 Abs. 3a – e GWB n.F.).

Für das Gesellschaftsrecht bedeutet diese konzernweite Bußgeldhaftung einen weitreichenden Systembruch mit dem konzernrechtlichen Trennungsprinzip: Rechtliche Grenzen der einzelnen juristischen Personen werden aufgelöst zugunsten der europarechtlichen Rechtsprechung im Kartellrecht, nämlich den Konzern als wirtschaftliche Einheit zu begreifen. Darauf, dass die Muttergesellschaft an dem Kartellverstoß in irgendeiner Form beteiligt war oder ihr zumindest vorgeworfen werden kann, eine Aufsichtspflicht gegenüber ihrer Tochter schuldhaft verletzt zu haben, kommt es nicht an. Damit einhergehende verfassungsrechtliche Bedenken nimmt der Gesetzgeber bewusst in Kauf.

Es liegt damit an den Gerichten, diese wie auch zahlreiche weitere Fragen zu beantworten. Unklar ist beispielsweise die Beweislastverteilung, wenn es um die Frage geht, ob die Muttergesellschaft tatsächlich bestimmenden Einfluss auf die Tochtergesellschaft zum Zeitpunkt des Kartellverstoßes ausgeübt hat. Der Hinweis in der Gesetzesbegründung, die tatrichterliche Überzeugung könne unter Heranziehung von Erfahrungssätzen und Wahrscheinlichkeitsaussagen gebildet werden, lässt schon erahnen, dass die Hürden für die Beweisführung der Kartellbehörden nicht allzu hoch angesetzt werden dürften. Im Zweifel wird die Beweislast ungeachtet des klaren Wortlauts bereits aufgrund einer Mehrheitsbeteiligung zulasten der Muttergesellschaft umgekehrt.

Unklar ist weiter, ob es eine Rolle spielt, wenn etwa bei einem Konglomeratenkonzern völlig unterschiedliche Unternehmen im Markt auftreten (z. B. Möbel und Süßwaren). Das mag besonders für den externen Erwerb einer Unternehmenssparte relevant sein, wenn die übernommene Sparte selbst vom Kartellverstoß überhaupt nicht betroffen war. Auch hier droht dem Erwerber eine verschuldensunabhängige Bußgeldhaftung, vorausgesetzt, er führt das Unternehmen in „wirtschaftlicher Kontinuität“ fort. Dass der Nachfolger für das erworbene Unternehmen einen angemessenen Marktpreis bezahlt hat, es insoweit also an einer Vollstreckungslücke auf Seiten des Kartellanten fehlt, spielt nach dem neuen Bußgeldrecht keine Rolle.

Bedenkt man, dass dem Kartellrecht seit jeher eine Vorreiterrolle bei der Fortentwicklung der Compliance- und Rechtslandschaft zukommt, lässt die 9. GWB-Novelle nichts Gutes erwarten. Schon jetzt wird gefordert, das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip auch für das Kartellzivilrecht ad acta zu legen. Und warum soll Selbiges nicht auch für das Steuerrecht, das Produkthaftungsrecht, das Umweltrecht usw. gelten? Vollstreckungs- und Wurstlücken hätte der Gesetzgeber dagegen auch auf sensiblere, nämlich zielgenauere Art schließen können, ohne mit bewährten Rechtsprinzipien zu brechen. Eine gute Entwicklung ist das gewiss nicht.

Die Unternehmenspraxis wird sich nunmehr verstärkt überlegen müssen, mit welchen rechtlichen und faktischen Mitteln die Muttergesellschaft die konzernweite Informationsversorgung sicherstellt und Compliance-Weisungen durchsetzen kann. Unternehmenserwerber wiederum müssen nach zusätzlichen Wegen suchen, wie sie ihre „fremden“ Bußgeldrisiken minimieren können.

COMPLIANCE KOMMENTIERT

Thema des Monats:

ANMERKUNGEN ZUR 9. GWB-NOVELLE

Ein Kommentar von Professor Dr. Dr. h.c. Uwe H. Schneider und Dr. Tobias Brouwer



Dr. Tobias Brouwer

Mitglied des BCM-Präsidiums

Fehlende Berücksichtigung von Compliance-Programmen ist Stand von vorgestern

Wer das Gesetzgebungsverfahren zur 9. GWB-Novelle näher verfolgt hat, konnte nur staunen, wie schnell gesellschaftsrechtliche Grundprinzipien über Bord geworfen und verfassungsrechtliche Einwände gegen die verschuldensunabhängige Konzernhaftung beiseite geschoben wurden. Im Zentrum standen vor allem die einseitigen Interessen der Kartellbehörden an weiteren Vollstreckungsmöglichkeiten. Das Kartellrecht dient aber nicht der Staatsfinanzierung.

Die Monopolkommission wie auch die überwiegende kartellrechtliche Wissenschaft sahen Deutschland geradezu in der Pflicht, den weiten Unternehmensbegriff des EU-Kartellrechts zu übernehmen – obgleich bei Lichte betrachtet ein kartellrechtliches Vollzugsdefizit gar nicht besteht. Im Gegenteil, droht nach deutschem Kartellrecht doch auch den Leitungspersonen persönlich die Bußgeldhaftung für Kartellverstöße. Eine durchgreifende Sanktion, die das EU-Kartellrecht nicht kennt.

Eine vertiefte Auseinandersetzung mit den gesellschafts- und nachfolgerechtlichen Fragen und Folgewirkungen der neuen Bußgeldhaftung fand dagegen allenfalls am Rande statt. In der Sachverständigenanhörung erhielten die Bedenken und Alternativvorschläge aus der Wirtschaft kaum Raum und kein Gehör.

Das galt auch für das berechtigte Anliegen, bei der Bußgeldverhängung Compliance-Programme in angemessener Weise zu berücksichtigen. Auch dieser Vorschlag stieß auf taube Ohren. Denn – so die schlichte Begründung – ein begangener Kartellverstoß belege, dass die Compliance-Programme nicht wirksam seien und folglich nicht berücksichtigt werden könnten.

Im internationalen Vergleich befindet sich der deutsche Gesetzgeber damit im Ab-seits. Die USA haben es demgegenüber verstanden, klare Anreize zur Schaffung von Compliance-Programmen zu setzen. Die sog. „Filip Factors“ – Evaluation of Corporate Compliance Programs enthalten beispielsweise einen Kriterienkatalog, der die Erwartungshaltung

des U.S. Department of Justice an ein angemessenes Compliance-Programm wiedergibt. In Großbritannien finden sich ähnliche Vorbilder, so etwa die Guidance zum UK Bribery Act, die „Definitive Guideline for Fraud, Bribery and Money Laundering Offences“ oder – für das Wettbewerbsrecht – die „Office of Fair Trading guidance as to the appropriate amount of penalty“ (OFT423) aus September 2012. Dabei handelt es sich jeweils nicht etwa um ein Entgegenkommen gegenüber den Unternehmen. Die Anforderungen an die sog. Compliance-Defence können im Detail überaus anspruchsvoll und mit viel Aufwand verbunden sein. Der entscheidende Punkt ist aber, dass sich der betriebene Aufwand mit Blick auf die Guidelines und die Aussicht auf ein geringeres Bußgeld gegenüber der Geschäftsführung rechtfertigen lässt.

Und in Deutschland? Die Rechtfertigung für ein kostenintensives Compliance-Programm fußt auf dünnem Eis, wenn ein nicht erkannter und daher auch nicht verhinderter Kartellverstoß im Ergebnis dazu führt, so behandelt zu werden, als habe es überhaupt keine Compliance-Anstrengungen gegeben. Im Extremfall wird dem Unternehmen noch bußgeldverschärfend vorgeworfen, gegen die eigenen Compliance-Regeln verstoßen zu haben.

Eine Politik, die zu Recht eine Compliance-Kultur in Unternehmen verlangt, sollte indessen auch ein rechtliches Umfeld schaffen, das zu Engagement einlädt und nicht zu Rechtfertigungsdruck in den Compliance-Abteilungen führt. Wegen der immer höheren Komplexität Compliance-relevanter Rechtsvorgaben sollte der deutsche Gesetzgeber daher das Abseits schnell verlassen und bei der sanktionsmindernden Berücksichtigung von Compliance-Systemen den Anschluss an die internationale Compliance-Entwicklung suchen.