

# Kartellbußgeldhaftung des Rechtsnachfolgers im Lichte des Analogieverbots

## Zugleich Anmerkungen zu BGH, Beschl. v. 10.8.2011 – KRB 55/10 (Versicherungsfusion) und BGH, Beschl. v. 10.8.2011 – KRB 2/10 (Transportbeton)

Von Dr. Christian Heinichen, München\*

*Vor dem Hintergrund der beiden Beschlüsse des Bundesgerichtshofs vom 10.8.2011 beschäftigt sich dieser Beitrag mit der Vereinbarkeit einer wirtschaftlichen Interpretation des Begriffs der juristischen Person in § 30 Abs. 1 OWiG mit dem Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG. Dabei geht er der Frage nach, ob ein (nicht kartellbeteiligter) Gesamtrechtsnachfolger innerhalb der Grenze des noch möglichen Wortsinns als diejenige juristische Person bezeichnet werden kann, deren Organe eine Kartellordnungswidrigkeit begangen haben, die zur Festsetzung einer Verbandsgeldbuße gemäß § 30 Abs. 1 OWiG ermächtigt.*

### I. Einleitung

Erlischt der staatliche Sanktionsanspruch zur Festsetzung einer Verbandsgeldbuße, wenn die juristische Person, deren Organe eine Kartellordnungswidrigkeit begangen haben, rechtlich nicht mehr existiert, etwa, weil sie auf eine andere juristische Person verschmolzen wurde? Oder kann die Bußgeldhaftung auf den Rechtsnachfolger erstreckt werden? Hat der Erwerber eines kartellbeteiligten Unternehmens für Kartellverstöße, die vor dem Erwerbszeitpunkt begangen wurden, bußgeldrechtlich einstehen? Kann sich ein Unternehmen durch eine gezielte gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung seiner bußgeldrechtlichen Verantwortung für einen Kartellverstoß entziehen? Antworten auf diese Fragen geben zwei BGH-Entscheidungen jüngeren Datums, die im folgenden Beitrag aus dem Blickwinkel des Analogieverbots<sup>1</sup> näher analysiert werden sollen.

### II. Rechtsgrundlage kartellrechtlicher Verbandsgeldbußen

Ordnungswidrig handelt gemäß § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB, wer vorsätzlich oder fahrlässig gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen oder abgestimmter Verhaltensweisen (§ 1 GWB) verstößt. In diesen Fällen kann nicht nur gegen den Täter als natürliche Person, sondern auch gegen den Verband, in dessen Interesse der Täter gehandelt hat, ein Bußgeld festgesetzt werden. Wer Sanktionsadressat einer solchen Verbandsgeldbuße ist, ergibt sich aus § 30 Abs. 1 OWiG. Hat jemand als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person<sup>2</sup> eine Ordnungswidrigkeit begangen, durch

die Pflichten, welche die juristische Person treffen, verletzt worden sind oder die juristische Person bereichert worden ist oder bereichert werden sollte, so kann gegen diese juristische Person eine Geldbuße festgesetzt werden. Regelungen zur Bemessung der kartellrechtlichen Verbandsgeldbuße finden sich in § 81 Abs. 4, 5 GWB i.V.m. § 17 Abs. 4 OWiG.

### III. BGH, Beschl. v. 10.8.2011 – KRB 55/10 (Versicherungsfusion)

Das Bundeskartellamt setzte 2005 ein Bußgeld gegen den Versicherer GKA fest. Es sanktionierte damit wettbewerbsbeschränkende Absprachen im Bereich der Industrieversicherungen, die im Zeitraum zwischen 1999 und 2002 getroffen wurden. Ausweislich des Bußgeldbescheids waren an ihnen ein Vorstand und ein leitender Mitarbeiter von GKA beteiligt. Nach Einspruchseinlegung und Abgabe des Verfahrens an die Generalstaatsanwaltschaft wurde GKA im Jahr 2007 von einem anderen Versicherungskonzern im Wege des Anteilserwerbs übernommen und anschließend auf eine Konzerntochter HGI verschmolzen. Das Kartellordnungswidrigkeitenverfahren richtete sich nunmehr gegen HGI als Gesamtrechtsnachfolgerin von GKA. Das OLG Düsseldorf hat HGI freigesprochen und eine Erstreckung der Bußgeldhaftung auf HGI abgelehnt.<sup>3</sup>

Der BGH bestätigte diesen Freispruch im Rechtsbeschwerdeverfahren.<sup>4</sup> Ihm zufolge kann ein Bußgeld auch gegen den Gesamtrechtsnachfolger<sup>5</sup> der Organisation festgesetzt werden, deren Organ die Tat begangen hat; dies allerdings nur in den engen Grenzen, die der BGH bereits 1986 in seiner ersten Entscheidung zur kartellrechtlichen Bußgeldhaftung des Gesamtrechtsnachfolgers<sup>6</sup> gezogen hat. Eine Haftungserstreckung auf den Gesamtrechtsnachfolger setzt demnach voraus, dass zwischen der früheren und der neuen Vermögensverbindung nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise nahezu Identität be-

mächtigte, Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte oder sonstige Personen, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens einer juristischen Person oder Personenvereinigung verantwortlich handeln. Aus Vereinfachungsgründen beschränkt sich die nachfolgende Darstellung jedoch auf juristische Personen und deren Organe.

<sup>3</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R, 2932 (HDI Gerling).

<sup>4</sup> BGH WuW/E DE-R, 3455 (Versicherungsfusion).

<sup>5</sup> Eine Haftungserstreckung auf den Einzelrechtsnachfolger wurde vom BGH ausdrücklich abgelehnt. In seiner Entscheidung nicht verlesener Handelsregisterauszug (BGH NJW 2005, 1381 [1383]) erklärte der BGH, dass es auf das Kriterium der wirtschaftlichen Identität erst und nur dann ankomme, wenn überhaupt eine Gesamtrechtsnachfolge festgestellt wurde. A.A. Vollmer, in: Hirsch/Montag/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Bd. 2, 2008, § 81 Rn. 54.

<sup>6</sup> BGH WuW/E BGH, 2265 (Bußgeldhaftung).

\* Der Autor ist Rechtsanwalt bei Beiten Burkhardt, München.

<sup>1</sup> Zu den Grenzen, die einer Erstreckung der Bußgeldhaftung auf den Gesamtrechtsnachfolger durch den Bestimmtheitsgrundsatz, das Schuldprinzip und den Gleichbehandlungsgrundsatz gesetzt sind, vgl. Heinichen, WRP 2012, 159 (163 ff.).

<sup>2</sup> Verbandsgeldbußen können nicht nur gegen juristische Personen, sondern auch gegen ihnen gleichgestellte Personenvereinigungen verhängt werden. Denkbare Anknüpfungstäter einer Verbandsgeldbuße sind nicht nur Organe, sondern auch vertretungsberechtigte Gesellschafter, Generalbevoll-

steht. Eine solche wirtschaftliche Identität ist nach Auffassung des BGH gegeben, wenn das „haftende Vermögen“ weiterhin vom Vermögen des gemäß § 30 OWiG Verantwortlichen getrennt, in gleicher oder ähnlicher Weise wie bisher eingesetzt wird und in der neuen juristischen Person einen wesentlichen Teil des Gesamtvermögens ausmacht.<sup>7</sup> Nur bei wirtschaftlicher Identität kann, so der BGH, in einem bußgeldrechtlichen Sinne davon gesprochen werden, dass aus der gesellschaftsrechtlichen Umgestaltung wieder dieselbe juristische Person hervorgegangen ist.<sup>8</sup> Im Falle von GKA und HGI fehlte es an einer solchen wirtschaftlichen Identität, da zwei etwa gleich große Unternehmen miteinander verschmolzen wurden.<sup>9</sup> Eine weitergehende Erstreckung der Bußgeldhaftung lehnte der BGH ab. Angesichts der klaren Fassung des § 30 Abs. 1 OWiG („dieser“) stehe ihr das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG entgegen.<sup>10</sup>

#### IV. BGH, Beschl. v. 10.8.2011 – KRB 2/10 (Transportbeton)

Mit einer Bußgeldentscheidung, die sich unter anderem gegen die T GmbH & Co. KG, Duisburg, richtete, sanktionierte das Bundeskartellamt im Jahr 2007 Quotenabsprachen in der Transportbetonbranche. Die T GmbH & Co. KG, Duisburg, wurde dabei als Gesamtrechtsnachfolgerin ihrer vormaligen Tochtergesellschaft T GmbH zur Verantwortung gezogen. An der von 1996 bis Mitte 1999 andauernden Quotenabsprache war seitens des T-Konzerns lediglich ein Geschäftsführer der T GmbH beteiligt. Nach Zuwiderhandlungsende wurden zwei Transportbetonwerke der T GmbH stillgelegt. Unter ihnen befand sich das Transportbetonwerk, auf das sich die Quotenabsprache erstreckt hatte. Anschließend übertrug die T GmbH ihre verbleibenden vier Transportbetonwerke an eine Konzernschwester, die T GmbH & Co. KG, Magdeburg. Schlussendlich wurde die T GmbH auf die gemeinsame Konzernmutter, die T GmbH & Co. KG, Duisburg, verschmolzen.<sup>11</sup>

Das OLG Düsseldorf verurteilte die T GmbH & Co. KG, Duisburg, als Gesamtrechtsnachfolgerin der ursprünglich haftenden T GmbH. Zwischen beiden Gesellschaften bestehe wirtschaftlich nahezu Identität. Das haftende Vermögen der T GmbH werde zwar nicht unmittelbar von der Gesamtrechtsnachfolgerin T GmbH & Co. KG, Duisburg, eingesetzt. Als alleinige Gesellschafterin der T GmbH & Co. KG, Magdeburg, sei diese indes rechtlich und wirtschaftlich in der Lage, die Verwendung des haftenden Vermögens zu kontrollieren. Nach der vom BGH geforderten wirtschaftlichen Betrachtungsweise

müsse sie sich deshalb das haftende Vermögen ihrer Tochtergesellschaft T GmbH & Co. KG, Magdeburg, zurechnen lassen. Jede andere Rechtsauffassung würde dazu führen, dass der Haftung für Ordnungswidrigkeiten durch ein gewolltes Auseinanderfallen von Rechtsnachfolge und Vermögensübernahme begegnet werden könne.<sup>12</sup>

Der BGH hob diese erstinstanzliche Entscheidung wieder auf und sprach die T GmbH & Co. KG, Duisburg, frei. Eine Haftungserstreckung auf den Gesamtrechtsnachfolger sei zwar grundsätzlich möglich, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass der Gesamtrechtsnachfolger als solcher bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise mit der eigentlich haftenden juristischen Person identisch oder zumindest nahezu identisch ist.<sup>13</sup> Mit einer Zurechnung von Vermögensgegenständen konzernverbundener Gesellschaften könne eine wirtschaftliche Identität nicht begründet werden. Für die Annahme einer bußgeldrechtlichen Konzernhaftung lasse das geltende Kartellordnungswidrigkeitenrecht keinen Raum.<sup>14</sup>

#### V. Verstoß gegen das Analogieverbot

##### 1. Der Sanktionscharakter kartellrechtlicher Verbandsgeldbußen

Die erste Entscheidung des BGH zur kartellrechtlichen Bußgeldhaftung des Gesamtrechtsnachfolgers von 1986<sup>15</sup> war noch deutlich vom ursprünglichen Verständnis der Verbandsgeldbuße des § 30 OWiG als bloßer wertneutraler Nebenfolge einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit geprägt (sog. Nebenfolgelösung).<sup>16</sup> Der Nebenfolgecharakter der Verbandsgeldbuße in ihrer damaligen Ausgestaltung ergab sich bereits aus dem Wortlaut des § 30 OWiG i.d.F. von 1975. Er bezeichnete die Verbandsgeldbuße ausdrücklich als „Nebenfolge der Straftat oder Ordnungswidrigkeit“. Dementsprechend konstatierte auch der BGH, dass die Nebenfolge des § 30 OWiG „keine originäre Sanktion als Antwort auf eine eigene Pflichtwidrigkeit dieser Mitglieder [der juristischen Person] ist und auch keine spezialpräventive, auf Mitglieder einer bestimmten juristischen Person zielende Maßnahme sein kann.“<sup>17</sup> Konsequenz sprach das Gericht anschließend vom „haftenden Vermögen“<sup>18</sup> der juristischen Person, das es in der neuen juristischen Person des Gesamtrechtsnachfolgers wiederzufinden gelte. Basierend auf dieser dogmatischen Grundlage entwickelte der BGH das – in den Entscheidungen Versicherungsfusion und Transportbeton nunmehr gefestigte – Kriterium der wirtschaftlichen Identität, bei dessen Vorliegen

<sup>7</sup> BGH WuW/E DE-R, 3455 (3458) – Versicherungsfusion. Ebenso BGH WuW/E BGH, 2265 (2267) – Bußgeldhaftung; BGH NJW 2005, 1381 (1383) – Nicht verlesener Handelsregisterauszug; BGH NJW 2007, 3652 (3653) – Akteneinsichtsgesuch.

<sup>8</sup> BGH WuW/E DE-R, 3455, (3459) – Versicherungsfusion.

<sup>9</sup> BGH WuW/E DE-R, 3455, (3460) – Versicherungsfusion.

<sup>10</sup> BGH WuW/E DE-R, 3455, (3460) – Versicherungsfusion.

<sup>11</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.3.2009 – VI-2 Kart 10/08 O-Wi, Rn. 4 ff. (juris). Vgl. auch BGH, Beschl. v. 10.8.2011 – KRB 2/10, Rn. 7 (Transportbeton).

<sup>12</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.3.2009 – VI-2 Kart 10/08 O-Wi, Rn. 103 f. (juris).

<sup>13</sup> BGH, Beschl. v. 10.8.2011 – KRB 2/10, Rn. 7 (Transportbeton).

<sup>14</sup> BGH, Beschl. v. 10.8.2011 – KRB 2/10, Rn. 7 (Transportbeton). Ebenso BGH WuW/E DE-R, 3455 (3459) – Versicherungsfusion.

<sup>15</sup> BGH WuW/E BGH, 2265 (Bußgeldhaftung).

<sup>16</sup> Tiedemann, NJW 1988, 1169 (1170 f.) m.w.N.

<sup>17</sup> BGH WuW/E BGH, 2265 (2266 f.) – Bußgeldhaftung.

<sup>18</sup> BGH WuW/E BGH, 2265 (2267) – Bußgeldhaftung.

er eine Erstreckung der Bußgeldhaftung auf den Gesamtrechtsnachfolger für zulässig erachtet.<sup>19</sup>

Unter dem Eindruck einer zunehmenden Wirtschaftskriminalität und infolge eines veränderten kriminalpolitischen Verständnisses hat der Gesetzgeber diese ursprüngliche Nebenfolgelösung zunehmend gelockert und schließlich ganz aufgegeben. Zunächst wurde die Bezeichnung der Verbandsgeldbuße als Nebenfolge in § 30 OWiG gestrichen und anschließend § 33 Abs. 1 S. 2 OWiG dahingehend geändert, dass er nunmehr zwischen der Anordnung einer Nebenfolge und der Festsetzung einer Verbandsgeldbuße unterscheidet. Ausweislich der Gesetzesbegründung wurden die Änderungen vorgenommen, um „auch durch den Wortlaut dieser Vorschrift klarzustellen, dass die Verbandsgeldbuße als selbständige Sanktion anzusehen ist.“<sup>20</sup> Verbleibende Unklarheiten zur intendierten dogmatischen Ausgestaltung der Verbandsgeldbuße bereinigte der Gesetzgeber im Jahr 2002, indem er die Überschrift des Achten Abschnitts des OWiG in „Verfahren bei der Anordnung einer Nebenfolge oder der Festsetzung einer Geldbuße gegen eine juristische Person“ änderte. Damit hat der Gesetzgeber die letzten Reste der vormaligen Nebenfolgelösung beseitigt.<sup>21</sup>

Infolge dieser Gesetzesänderungen ist die Verbandsgeldbuße des heutigen § 30 OWiG nicht mehr nur als bloße unselbstständige Nebenfolge, sondern als selbstständige Sanktion ausgestaltet.<sup>22</sup> Sie kann gegen juristische Personen und ihnen gleichgestellte Personenvereinigungen verhängt werden, denen das ordnungswidrige Verhalten ihrer Organe und sonstigen Leitungspersonen als eigene Zuwiderhandlung zugerechnet wird.<sup>23</sup> Aufgrund ihrer Selbstständigkeit dient die Verbandsgeldbuße sowohl der repressiven Ahndung begangenen Unrechts als auch eigenständigen, gegenüber dem Verband verfolgten präventiven Sanktionszwecken.<sup>24</sup> Sie ist eine echte Sanktion.

Diese Qualifizierung der Verbandsgeldbuße des § 30 OWiG als echte Sanktion hat Auswirkungen auf die Anwendbarkeit der straf- und strafverfahrensrechtlichen Fundamentalgarantien des Art. 103 Abs. 2 GG. Sie offenbart zudem, dass es sich bei der bußgeldrechtlichen Inanspruchnahme des Gesamtrechtsnachfolgers entgegen der geläufigen Terminologie des BGH und der Instanzengerichte nicht um die Ausweitung einer wertneutralen „Haftung“ handelt, sondern um die Erstreckung der mit einem Vorwurf verbundenen „Ahndung“.<sup>25</sup>

## 2. Garantiegehalt des Analogieverbots

Art. 103 Abs. 2 GG garantiert das Prinzip der Gesetzesbestimmtheit. Es verpflichtet den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass sich Anwendungsbereich und Tragweite der Straftatbestände bereits aus dem Wortlaut ergeben oder jedenfalls durch Auslegung ermitteln lassen.<sup>26</sup> Diese gesetzgeberische Verpflichtung dient zwei Zielen: Durch sie soll einerseits sichergestellt werden, dass die Normadressaten erkennen können, welches Verhalten verboten und unter Strafe gestellt ist.<sup>27</sup> Andererseits gewährleistet sie, dass die Entscheidung über die Strafwürdigkeit eines Verhaltens sowie die Art und Höhe der auf einen Normverstoß folgenden Sanktion im Voraus vom Gesetzgeber und nicht erst nachträglich durch die rechtsprechende oder vollziehende Gewalt getroffen wird.<sup>28</sup>

Für die Rechtsprechung folgt aus dem Gebot der Gesetzesbestimmtheit ein Verbot analoger Strafbegründung und -verschärfung (*nullum crimen sine lege stricta*).<sup>29</sup> Das Analogieverbot untersagt jede Rechtsanwendung, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht.<sup>30</sup> Da Gegenstand der Anwendung und Auslegung gesetzlicher Bestimmungen immer nur deren Gesetzestext sein kann, erweist

<sup>19</sup> BGH WuW/E BGH, 2265 (2267) – Bußgeldhaftung.

<sup>20</sup> BT-Drs. 12/192, S. 33.

<sup>21</sup> Rogall, in: Senge (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 3. Aufl. 2006, § 30 Rn. 2b m.w.N.

<sup>22</sup> Einhellige Auffassung, vgl. nur Rogall (Fn. 21), § 30 Rn. 26 ff.; Förster, in: Rebmann/Roth/Herrmann (Hrsg.), *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, Kommentar, 16. Lieferung, Stand: März 2011, Vor § 30 Rn. 11; Gürtler, in: Göhler, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, Kommentar, 15. Aufl. 2009, Vor § 29a Rn. 14; Dannecker/Biermann, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht GWB*, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, Bd. 2, 4. Aufl. 2007, Vor § 81 GWB Rn. 97; Achenbach, in: Jaeger u.a. (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Bd. 6, 75. Lieferung, Stand: November 2011, Vorbem. § 81 GWB 2005 Rn. 102; ders., JuS 1990, 601 (605); Schroth, *wistra* 1986, 158 (162 ff.); Deruyck, *ZStW* 103 (1991), 705 (715 f.).

<sup>23</sup> Dannecker/Biermann (Fn. 22), Vor § 81 Rn. 99; Rogall (Fn. 21), § 30 Rn. 8 m.w.N.

<sup>24</sup> Pohl-Sichtermann, *Geldbuße gegen Verbände: § 30 OWiG*, 1974, S. 53; Förster (Fn. 22), Vor § 30 Rn. 8; Rogall

(Fn. 21), § 30 Rn. 16; Gürtler (Fn. 22), Vor § 29a Rn. 8 ff.; Eidam, *wistra* 2003, 447 (448).

<sup>25</sup> Insoweit ist der häufig – aufgrund seiner Prägnanz auch in der Überschrift des vorliegenden Beitrags – verwendete Begriff „Haftungserstreckung auf den Rechtsnachfolger“ missverständlich. Als „Haftung“ wird regelmäßig das wertneutrale Verpflichtetsein oder Einstehenmüssen des Schuldners bezeichnet (Grüneberg, in: Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Kommentar, 71. Aufl. 2012, Einl. v § 241 Rn. 11; Kramer, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 2, 5. Aufl. 2007, Einl. § 241 Rn. 46). Im Gegensatz dazu ist mit der Verbandsgeldbuße, die gegen den Gesamtrechtsnachfolger festgesetzt wird, ein Vorwurf verbunden (§ 1 OWiG).

<sup>26</sup> St. Rspr.: BVerfGE 47, 109 (120); 48, 48 (56 f.); 71, 108 (114); 73, 206 (234); 75, 329 (340 f.); 78, 374 (381 f.); 92, 1 (12); 105, 135 (152 f.); BVerfG NJW 2004, 3768 (3769).

<sup>27</sup> BVerfGE 75, 329 (341); BVerfG NJW 2004, 3768 (3769); NJW 2007, 1666; BVerfG NStZ 2009, 83 (84).

<sup>28</sup> BVerfGE 75, 329 (341); 105, 135 (153).

<sup>29</sup> BVerfGE 14, 174 (185); 73, 206 (234); 75, 329 (340); 126, 170 (194).

<sup>30</sup> BVerfGE 71, 108 (114 f.); 73, 206 (234 ff.); 82, 236 (269).

sich dieser als insoweit maßgebendes Kriterium.<sup>31</sup> Der noch mögliche Wortsinn markiert die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Norminterpretation.<sup>32</sup> Würde erst eine Auslegung, die über den erkennbaren Wortsinn der Sanktionsnorm hinausgeht, zur Strafbarkeit eines Verhaltens führen, müssen die Gerichte freisprechen.<sup>33</sup> Dies gilt selbst dann, wenn es sich um einen Sachverhalt handelt, der ähnlich strafwürdig erscheint wie das pönalisierte Verhalten.<sup>34</sup> Auch ein missbräuchliches, auf die gezielte Umgehung der Sanktionsnorm abzielendes Verhalten rechtfertigt keine tatbestandsausweitung, über die Grenze des Wortsinns hinausgehende Normanwendung.<sup>35</sup> Die Entscheidung, eine Strafbarkeitslücke zu schließen oder bestehen zu lassen, liegt allein beim Gesetzgeber.<sup>36</sup>

Da Art. 103 Abs. 2 GG die Vorhersehbarkeit der Strafandrohung für den Normadressaten garantiert, ist die Grenze des noch möglichen Wortsinns aus dessen Sicht zu bestimmen.<sup>37</sup> Dies hat zur Folge, dass der noch mögliche Wortsinn im Ausgangspunkt alltagssprachlich zu ermitteln und zu begrenzen ist.<sup>38</sup> Existiert indes ein spezifischer Sprachgebrauch der juristischen Fachsprache, so genießt er Vorrang.<sup>39</sup>

<sup>31</sup> BVerfG NJW 2004, 3768 (3769).

<sup>32</sup> St. Rspr.: BVerfGE 64, 389 (393 f.); 71, 108 (114 ff.); 92, 1 (12); BVerfG NJW 2004, 3768 (3769); BVerfG NJW 2005, 2140 (2141); BVerfG NJW 2007, 1666; BGHSt 39, 112 (114 f.); 40, 272 (279); 42, 291; 43, 237 (238 f.).

<sup>33</sup> BVerfGE 47, 109 (124); 62, 389 (393); 64, 389 (393); 71, 108 (116); 126, 170 (197).

<sup>34</sup> BVerfG NJW 2007, 1666.

<sup>35</sup> Schmitz, in: Joecks/Miesbach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 1 Rn. 59; Dannecker, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2006, § 1 Rn. 263 ff., Rudolphi, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 128. Lieferung, Stand: Juni 2011, § 1 Rn. 23.

<sup>36</sup> BVerfGE 92, 1 (13); 126, 170 (197).

<sup>37</sup> St. Rspr.: BVerfGE 71, 108 (115); 82, 236 (269); 92, 1 (12); 126, 170 (197); BVerfG NJW 2007, 1666.

<sup>38</sup> BVerfGE 73, 206 (244f.); 87, 209 (224); 92, 1 (13); 105, 135 (157); Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 103 Rn. 70; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 63. Aufl. 2011, Art. 103 Rn. 227; Eser/Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 1 Rn. 54; Satzger, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, § 1 Rn. 39; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 1 Rn. 6; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 1 Rn. 12; Herzberg, JuS 2005, 1 (2); Laschewski, NZV 2007, 444 (446).

<sup>39</sup> BVerfG NJW 2007, 1666 (1667); Simon, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005, S. 111 ff.; Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 439; Vogel, Juristische Methodik, 1998, S. 114 f.; Rogall (Fn. 21), § 3 Rn. 55; Dannecker (Fn. 35), § 1 Rn. 303; Schmitz (Fn. 35), § 1 Rn. 68; Laschewski, NZV 2007, 444 (446). Vgl.

Dies gilt jedenfalls dann, solange der juristische Sprachgebrauch mit dem allgemeinsprachlichen noch vereinbar ist.<sup>40</sup> Insoweit hat der allgemeinsprachliche Wortsinn eine begrenzte Auffangfunktion. Er bildet die äußerst mögliche Auslegungsgrenze. Ist der fachsprachliche Wortsinn indes enger als der allgemeinsprachliche, hat der Normadressat einen Anspruch darauf, dass von einer solchen fachsprachlichen Bedeutung nicht zu seinen Lasten abgewichen wird.<sup>41</sup> Gesetzssystematische und teleologische Überlegungen können zur Bestimmung der Grenze des noch möglichen Wortsinns ergänzend und bestätigend herangezogen werden.<sup>42</sup> Dies ist jedoch nur möglich, wenn und soweit sich diese Überlegungen im Gesetzeswortlaut wiederfinden.<sup>43</sup>

Das Analogieverbot gilt auch für Bußgeldtatbestände<sup>44</sup> und damit auch im Kartellordnungswidrigkeitenrecht.<sup>45</sup> Es erstreckt sich ebenso auf den Allgemeinen Teil des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts.<sup>46</sup> Dementsprechend muss eine Auslegung von § 30 Abs. 1 OWiG, der sich mit der Zurechnung ordnungswidrigen Verhaltens natürlicher Personen sowie der Frage nach dem Zurechnungs- und damit Sanktionsadressaten der Verbandsgeldbuße befasst, die durch das Analogieverbot gezogene Grenze beachten.<sup>47</sup> Das Analogieverbot hat unabhängig davon, ob die Interpretation einer kriminalstrafrechtlichen oder einer kartellbußgeldrechtlichen Norm in Frage steht, den gleichen Garantiegehalt.<sup>48</sup> Die Aus-

auch Küper, NStZ 2008, 597 (600); Brining, ZIS 2007, 317 (319).

<sup>40</sup> BVerfGE 92, 1 (18 f.); BGHSt 14, 116 (118); Schmitz (Fn. 35), § 1 Rn. 68; Dannecker (Fn. 35), § 1 Rn. 303.

<sup>41</sup> Simon, NStZ 2009, 85.

<sup>42</sup> BVerfG 3, 302 (303 ff.); 9, 420 (421 ff.); 10, 442 (447 ff.); 14, 177 (182 ff.); BVerfG NJW 2011, 3778 (3779). A.A. Koch/Wirth, ZJS 2009, 90 (92). Vgl. hierzu auch Küper, NStZ 2008, 597 (600).

<sup>43</sup> Schmidt-Aßmann (Fn. 38), Art. 103 Rn. 228; Fischer (Fn. 38), § 1 Rn. 11.

<sup>44</sup> St. Rspr.: BVerfGE 38, 348 (371); 71, 108 (114); 81, 132 (135); 87, 399 (411). Vgl. auch Degenhart (Fn. 38), Art. 103 Rn. 59; Schmidt-Aßmann (Fn. 38), Art. 103 Rn. 197.

<sup>45</sup> BVerfGE 25, 269 (285); 38, 348 (371); BGH WuW/E BGH, 2265 (2266) – Bußgeldhaftung; BGH WuW/E DE-R, 3455 (3456 f.) – Versicherungsfusion; BGH, Beschl. v. 10.8.2011 – KRB 2/10, Rn. 10 (Transportbeton).

<sup>46</sup> BGHSt 42, 158 (161); Dannecker (Fn. 35), § 1 Rn. 260; Rogall (Fn. 21), § 3 Rn. 62; Satzger (Fn. 38), § 1 Rn. 36; Dannecker, in: Dannecker u.a. (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1.4.2007, 2007, S. 33 f.

<sup>47</sup> BGH, Beschl. v. 10.8.2011 – KRB 2/10, Rn. 10 (Transportbeton); Rogall (Fn. 21), § 3 Rn. 62; Gürtler (Fn. 22), § 3 Rn. 9. Selbst wenn man in der Verbandsgeldbuße des Kartellordnungswidrigkeitenrechts keine selbstständige Sanktion, sondern – mit dem historischen Gesetzgeber – eine bloße unselfständige Nebenfolge der Individualtat sieht, unterliegt § 30 OWiG als Rechtsfolgenanordnung dem Analogieverbot.

<sup>48</sup> BVerfGE 45, 272 (288); Rogall (Fn. 21), § 3 Rn. 2; Dannecker/Biermann (Fn. 22), Vor § 81 Rn. 41; Achenbach (Fn. 22), Vorbem. § 81 GWB 2005 Rn. 28. Vgl. auch BVerf-

legungsgrenze des noch möglichen Wortsinns ist kriminalstrafrechtlich nicht anders zu bestimmen als ordnungswidrigkeitenrechtlich. Geringere Anforderungen an das Analogieverbot lassen sich insbesondere nicht aus dem „nur“ bußgeldrechtlichen Charakter der Verbandsgeldbuße des § 30 Abs. 1 OWiG ableiten. Kriminalstrafe und Geldbuße weisen zwar Unterschiede in der Intensität des Schuldvorwurfs auf. Bei beiden handelt es sich jedoch um missbilligende staatliche Reaktionen auf ein vorwerfbar normverletzendes Verhalten.<sup>49</sup> Insbesondere das Kartellordnungswidrigkeitenrecht erfordert eine strenge Anwendung des Analogieverbots. Gemäß § 81 Abs. 4 S. 2 GWB können kartellrechtliche Verbandsgeldbußen bis zu einer Höhe von zehn Prozent des weltweiten Gesamtumsatzes des Sanktionsadressaten im letzten Geschäftsjahr vor Erlass der Bußgeldentscheidung verhängt werden. Hohe zweistellige Millionenbeträge sind keine Seltenheit.<sup>50</sup> Die Eingriffsintensität kartellrechtlicher Geldbußen geht damit deutlich über das Maß hinaus, das mit einer Ordnungswidrigkeit üblicherweise verbunden ist.<sup>51</sup> Hinzu kommt, dass beide Funktionen des Analogieverbots – die Vorhersehbarkeit staatlicher Sanktionen und die Kompetenzverteilung zwischen Gesetzgeber und Richter – in gleichem Maße sowohl für das Kernstrafrecht als auch für das Ordnungswidrigkeitenrecht Gültigkeit beanspruchen.

In seiner ersten Entscheidung zur kartellrechtlichen Bußgeldhaftung des Gesamtrechtsnachfolgers<sup>52</sup> stützte sich der BGH noch auf eine zusätzliche Überlegung, um die Vereinbarkeit der Haftungserstreckung auf den Rechtsnachfolger mit dem Analogieverbot zu begründen. Die Entscheidung darüber, ob die Haftung nach § 30 OWiG mit der rechtlichen Selbstständigkeit der bisherigen Nebenbetroffenen erlischt oder auf deren Gesamtrechtsnachfolger übergeht, berühre, so der BGH, in erster Linie nur die Frage, wie lange die Haftung besteht. Die Dauer einer Haftung für ordnungswidriges Verhalten müsse aber nicht in gleicher Weise aus dem Wortlaut des Gesetzes selbst feststellbar sein wie das „Ob“ der Haftung. Den Beleg für diese These meinte der BGH in BVer-

fGE 25, 269 (286) zu finden.<sup>53</sup> Dies überzeugt nicht. In der zitierten Entscheidung setzte sich das BVerfG mit der Frage auseinander, ob Art. 103 Abs. 2 GG auf die Vorschriften der Verfolgungsverjährung anwendbar ist und hat diese Frage verneint. Art. 103 Abs. 2 GG besage nichts über die Dauer des Zeitraums, während dessen eine in verfassungsmäßiger Weise für strafbar erklärte Tat verfolgt und durch Verhängung der angedrohten Strafe geahndet werden darf. Die Norm verhalte sich nur über das „Von wann an“, nicht aber über das „Wie lange“ der Strafverfolgung.<sup>54</sup> Die Entscheidung des BVerfG lässt sich indes in mehrfacher Hinsicht nicht als Beleg für eine nur eingeschränkte Anwendbarkeit des Prinzips der Gesetzesbestimmtheit (und damit des Analogieverbots) auf § 30 OWiG heranziehen. So kam des BVerfG zum Ergebnis, dass Art. 103 Abs. 2 GG auf das „wie lange“ der Verfolgbarkeit einer Straftat gar nicht anwendbar ist. Im Gegensatz dazu will der BGH das Prinzip der Gesetzesbestimmtheit – wenn auch mit geringeren Anforderungen – weiterhin auf § 30 OWiG und die vermeintliche Frage des „Wie lange“ der Bußgeldhaftung anwenden. Darüber hinaus ist § 30 OWiG keine bloße Verfahrensvorschrift, die sich über den Zeitraum der Verfolgbarkeit einer Kartellordnungswidrigkeit verhält. Diese Funktion erfüllt § 81 Abs. 8 GWB i.V.m. §§ 31 ff. OWiG. Im Gegensatz dazu handelt es sich bei § 30 Abs. 1 OWiG um eine Zurechnungsnorm. Sie legt fest, welchem Verband das ordnungswidrige Handeln natürlicher Personen als eigene Ordnungswidrigkeit zugerechnet werden kann.<sup>55</sup> Ihr lässt sich entnehmen, welche juristische Person als Adressat der Verbandsgeldbuße für die begangene Ordnungswidrigkeit einzustehen hat. § 30 Abs. 1 OWiG regelt somit nicht das „Wie lange“ der Verfolgbarkeit, sondern das „Ob“ – konkret: das „Wer“ – der bußgeldrechtlichen Verantwortung von Verbänden. Diese Frage nach dem „Wer“ betrifft jedoch den Kernbereich materiellen Ordnungswidrigkeitenrechts. Sie unterliegt in vollem Umfang dem Analogieverbot. Das gilt selbst dann, wenn die Fragestellung auf Rechtsnachfolgesachverhalte beschränkt wird. Durch die Erstreckung der Bußgeldhaftung auf den Gesamtrechtsnachfolger wird der Kreis der Sanktionsadressaten erweitert, denen das ordnungswidrige Verhalten natürlicher Personen als eigene Zuwiderhandlung zugerechnet und gegen die eine Verbandsgeldbuße festgesetzt werden kann. Diese Erweiterung des Adressatenkreises betrifft ebenfalls nicht nur das „Wie lange“, sondern das „Wer“ der bußgeldrechtlichen Verantwortung. Geringere Anforderungen an das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG lassen sich daraus – entgegen der Auffassung des BGH – nicht ableiten.

### *3. Haftungserstreckung als unzulässige Analogie in malam partem*

Für die Prüfung eines Verstoßes gegen das Analogieverbot kommt es darauf an, ob der Gesamtrechtsnachfolger – wenn er wirtschaftlich nahezu identisch mit der an sich bußgeld-

GE 9, 167 (171). A.A. *Tiedemann*, Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S. 197 f.; *Raisch*, ZHR 128 (1966), 161 (167 ff.). A.A. wohl auch der EGMR und ihm folgend das EuG für das EU-Kartellrecht. In EGMR, Urt. v. 23.11.2006 – 73053/01, 2006-XIII (Jussila) zählte der EGMR u.a. Wettbewerbsangelegenheiten nicht zum Kernbereich des Strafrechts, was zur Folge hatte, dass – bezogen auf Art. 6 EMRK – „strafrechtliche Garantien in diesen Fällen nicht voll zur Anwendung gelangen.“ Vgl. hierzu auch EuG, Urt. v. 8.7.2008 – Slg. 2008 II-1501, Rn. 113 (AC Treuhand); EuG, Urt. v. 13.7.2011 – Rs. T-138/07, Rn. 52 (Schindler).

<sup>49</sup> BVerfGE 20, 323 (331); 45, 272 (288 f.). Vgl. *Schmidt-Aßmann* (Fn. 38), Art. 103 Rn. 195.

<sup>50</sup> Die jeweils höchsten, vom Bundeskartellamt gegen ein einzelnes Unternehmen verhängten Geldbußen betragen im Zement-Kartell EUR 251 Mio., im Kaffee-Kartell EUR 83 Mio., im Flüssiggas-Kartell EUR 67 Mio., im Tondachziegel-Kartell EUR 66 Mio., usw.

<sup>51</sup> *Dannecker/Biermann* (Fn. 22), Vor § 81 Rn. 41.

<sup>52</sup> BGH WuW/E BGH, 2265 (Bußgeldhaftung).

<sup>53</sup> BGH WuW/E BGH, 2265 (2266) – Bußgeldhaftung.

<sup>54</sup> BVerfGE 25, 269 (286).

<sup>55</sup> *Rogall* (Fn. 21), § 30 Rn. 8; *Dannecker/Biermann* (Fn. 22), Vor § 81 Rn. 99.

rechtlich verantwortlichen juristischen Person ist – innerhalb der Grenze des noch möglichen Wortsinns von § 30 Abs. 1 OWiG als „diese juristische Person“ bezeichnet werden kann, deren Organe die Kartellordnungswidrigkeit begangen haben, durch die Pflichten „dieser juristischen Person“ verletzt worden sind oder „diese juristische Person“ bereichert worden ist bzw. bereichert werden sollte. Entscheidend ist somit die Wortsinnengrenze des Tatbestandsmerkmals „diese juristische Person“.

Der allgemeine Sprachgebrauch kennt den Begriff der juristischen Person nicht.<sup>56</sup> Ungeachtet dessen kann das alltags-sprachliche Begriffsverständnis im vorliegenden Fall nicht vollständig außer Acht gelassen werden, ist doch der Begriff der Person – als übergeordnete Begriffskategorie – einer alltags-sprachlichen Deutung zugänglich. Der allgemeine Sprachgebrauch bezeichnet die Person als (menschliches) Individuum, das über Subjektqualität verfügt und sich von anderen Individuen unterscheidet.<sup>57</sup> Diese Sprachgrenze wird überschritten, wenn zwei Personen als die gleiche Person bezeichnet werden. Das gilt selbst dann, wenn beide Personen bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise identisch oder nahezu identisch sind.<sup>58</sup> Insoweit steht die sprachliche Bezugnahme des Personenbegriffs auf das Subjekt einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise entgegen, infolge derer über die Grenze des einzelnen Subjekts hinaus mehrere Personen als die gleiche Person bezeichnet werden sollen.

Die juristische Fachsprache bezeichnet als juristische Personen rechtlich geregelte Organisationen, denen die Rechtsordnung eine eigene allgemeine Rechtsfähigkeit zuerkennt.<sup>59</sup> Als Person ist die juristische Person ein durch beschränkte Analogie den natürlichen Personen gleichgestelltes Rechtssubjekt und damit eigenständiger Träger von Rechten und Pflichten. Die juristische Person entsteht durch ein privatau-

tonomes Gründungsgeschäft und die konstitutive Anerkennung durch den Staat.<sup>60</sup> Ihre Rechtsfähigkeit erlangt sie durch Eintragung oder durch Verleihung seitens des Staates. Aus ihrem Zweck – der selbstständigen Teilnahme am Rechtsverkehr – ergeben sich im Wesentlichen drei strukturelle Anforderungen an Organisationen, die vom Begriff der juristischen Person erfasst werden. Die eine juristische Person bildende Organisation muss einerseits Rechtshandlungen ermöglichen (Handlungsorganisation), andererseits die Verantwortlichkeit für diese Rechtshandlungen sicherstellen (Haftungsverband) und schließlich nach außen als Zurechnungssubjekt von Rechten und Pflichten erkennbar sein (Identitätsausstattung).<sup>61</sup> Nach der Entstehung einer juristischen Person ist die sie bildende Organisation von den Organisationen anderer juristischer Personen abgrenzbar. Die Außengrenzen der juristischen Person lassen sich klar bestimmen. Die Existenz einer juristischen Person endet mit ihrer Auflösung und dem Abschluss eines gegebenenfalls durchzuführenden Liquidationsverfahrens.<sup>62</sup> Als Rechtsträger geht die juristische Person mit ihrer Vollbeendigung und Löschung im Register unter.<sup>63</sup> Diese formalen Voraussetzungen an ihre Entstehung und ihr Erlöschen prägen den Begriff der juristischen Person auch sprachlich. Insoweit ist der Begriff der juristischen Person – anders als z.B. der Unternehmensbegriff – keiner wirtschaftlichen Betrachtungsweise zugänglich. Beim Rechtsnachfolger einer juristischen Person handelt es sich selbst dann, wenn er mit der ursprünglichen juristischen Person wirtschaftlich identisch ist, niemals um die gleiche, sondern um eine andere juristische Person. An einer Verschmelzung sind demnach sprachlich immer mindestens zwei juristische Personen beteiligt. Dies zeigt § 20 Abs. 1 UmwG, der zwischen dem übertragenden und dem übernehmenden Rechtsträger unterscheidet. Der übertragende Rechtsträger, d.h. die ursprünglich gemäß § 30 Abs. 1 OWiG haftende juristische Person, erlischt infolge einer Verschmelzung ipso iure, § 20 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 UmwG. Eine wirtschaftliche Auslegung<sup>64</sup>, in deren Folge die bußgeldrechtliche Verantwortung nicht an die Rechtsperson des Unternehmensträgers, sondern an das Unternehmen im wirtschaftlichen Sinne anknüpft und folglich mit diesem Unternehmen auf den erwerbenden Unternehmensträger übergeht, überschreitet die Grenze des noch möglichen Wortsinns des Begriffs der juristischen Person.<sup>65</sup>

<sup>56</sup> *Duden*, Deutsches Universalwörterbuch, 6. Aufl. 2006; *Duden*, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, 2. Aufl. 1994; *Trübners*, Deutsches Wörterbuch, 1954 verzeichnen insoweit gar keinen Eintrag. In *Brockhaus/Wahrig*, Deutsches Wörterbuch in sechs Bänden, Bd. 5, 1983; bei *Klappenbach/Steinitz*, Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache, 2. Aufl. 1973 wird darauf hingewiesen, dass es sich beim Begriff der juristischen Person um einen Fachbegriff der Rechtswissenschaften handelt.

<sup>57</sup> *Duden* (Fn. 56 – Universalwörterbuch); *Wahrig*, Deutsches Wörterbuch, 7. Aufl. 2000; *Duden* (Fn. 56 – Das große Wörterbuch); *Trübners* (Fn. 56).

<sup>58</sup> Alltags-sprachlich würde wohl niemand auf die Idee kommen, die Person des mittellosen Erben, der das gesamte erbeutete Vermögen des Bankräubers durch Gesamtrechtsnachfolge erlangt hat, als die gleiche („diese“) Person zu bezeichnen, die den Bankraub begangen hat.

<sup>59</sup> Deutsches Rechtslexikon, Bd. 2, 3. Aufl. 2001. Vgl. auch *Creifelds*, Rechtswörterbuch, 20. Aufl. 2011; *Köbler*, Juristisches Wörterbuch, 14. Aufl. 2007; *Alpmann/Brockhaus*, Fachlexikon Recht, 2. Aufl. 2007; *Brockhaus*, Enzyklopädie, Bd. 14, 21. Aufl. 2006; *Köbler*, Etymologisches Rechtswörterbuch, 1995; *Weick*, in: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 13. Aufl. 1995, Einl zu §§ 21 ff. Rn. 5.

<sup>60</sup> *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 11 III.

<sup>61</sup> *John*, Die organisierte Rechtsperson, 1977, S. 74 ff.

<sup>62</sup> *Schmidt* (Fn. 60), § 11 V.

<sup>63</sup> *Schmidt* (Fn. 60), § 11 V 6 m.w.N.

<sup>64</sup> Grundsätzliche Kritik an einer „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ im Kartellordnungswidrigkeitenrecht äußern *Dannecker/Biermann* (Fn. 22), Vor § 81 Rn. 43 ff.

<sup>65</sup> Für eine enge, am Fortbestand des Rechtsträgers orientierte Bestimmung der Wortsinnengrenze des § 30 Abs. 1 OWiG streitet auch der Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG. Hält man mit dem BGH den Begriff der juristischen Person einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise für zugänglich, so verliert dieser Rechtsbegriff seine klaren Konturen. Dem BGH (WuW/E DE-R, 3455 [3459] – Versicherungsfusion) zufolge geht aus einer gesellschaftsrechtlichen Um-

Das hier vertretene enge sprachliche Verständnis von der Wortsinnengrenze des Begriffs „diese juristische Person“ wird durch ergänzende gesetzssystematische Erwägungen bestätigt. So ist die Festsetzung einer Verbandsgeldbuße gegen eine juristische Person gemäß § 30 Abs. 1 Nr. 1, 4 OWiG nur dann möglich, wenn ein Organ, ein Generalbevollmächtigter, ein Prokurist oder ein Handlungsbevollmächtigter eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen hat. Diese rechtstechnische Bezeichnung des Kreises der potentiellen Anknüpfungstäter, deren Verhalten sich die juristische Person zurechnen lassen muss, zeigt, dass mit dem Begriff der juristischen Person ein Rechtssubjekt gemeint ist und nicht ein Rechtsobjekt, wie das Unternehmen oder das haftende Vermögen. Darüber hinaus differenziert § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG sprachlich zwischen dem Unternehmensbegriff und dem Begriff der juristischen Person, wenn er von der Person spricht, die für die „Leitung des Unternehmens einer juristischen Person“ verantwortlich handelt. Diese sprachliche Differenzierung wäre entbehrlich, wenn der Begriff der juristischen Person jenem des Unternehmens entspräche. Die Festsetzung einer Verbandsgeldbuße gegen eine juristische Person setzt überdies gemäß § 30 Abs. 1 OWiG voraus, dass Pflichten, welche die juristische Person treffen, verletzt worden sind. Träger von Rechten und Pflichten kann aber nur ein Rechtssubjekt sein, nicht ein Rechtsobjekt, wie das Unternehmen oder das haftende Vermögen. Die mit der 7. GWB-Novelle in Kraft getretene Neuregelung in § 81 Abs. 4 S. 2 GWB, derzufolge „gegen ein Unternehmen eine Geldbuße verhängt werden“ kann, rechtfertigt keine abweichende Beurteilung. § 81 Abs. 4 S. 2 GWB enthält lediglich eine Regelung zur Bußgeldbemessung. Die in § 30 OWiG verankerte Begrenzung der Verbandsgeldbuße auf die Ahndung einer Organtat gegenüber derjenigen („dieser“) juristischen Person,

---

strukturierung ungeachtet des mit ihr verbundenen Rechtsträgerwechsels „dieselbe juristische Person“ hervor, wenn das Unternehmen im wirtschaftlichen Sinne „nahezu unverändert“ vom neuen Rechtsträger fortgeführt wird, dessen sonstige Vermögenswerte „demgegenüber weitgehend in den Hintergrund treten.“ Auf konkrete Schwellenwerte, die über den Einzelfall hinausgehen, wollte sich der BGH indes nicht festlegen. Ebenso bleibt unklar, ob es nur auf die quantitative Wesentlichkeit des haftenden Vermögens ankommt, oder ob auch qualitative Kriterien eine Rolle spielen. Ist es – wie der BGH meint – in den Fällen wirtschaftlicher Nahezu-Identität unerheblich, dass der ursprünglich haftende Rechtsträger nicht mehr existiert, muss begründet werden, warum die bußgeldrechtliche Verantwortung nicht immer, d.h. unabhängig vom Fortbestand dieses Rechtsträgers, mit der Übertragung des Unternehmens im wirtschaftlichen Sinne des § 1 GWB auf den Rechtsnachfolger übergeht. Hierdurch würde § 30 Abs. 1 GWB entgegen seinem klaren Wortlaut (Rechtsträgerprinzip) in eine echte Unternehmensgeldbuße uminterpretiert.

deren Organ die Tat begangen hat, vermag sie nicht aufzuheben.<sup>66</sup>

Auch aus teleologischen Erwägungen, die ergänzend zur Absicherung der ermittelten Wortsinnengrenze herangezogen werden können, ergibt sich nichts Abweichendes. Die Verbandsgeldbuße des § 30 OWiG soll das rechtlich selbstständige, in erster Linie zu bestimmten wirtschaftlichen Zwecken eingesetzte, auch gegenüber den Mitgliedern der juristischen Person verselbstständigte Vermögen treffen und gegebenenfalls die durch eine Ordnungswidrigkeit erlangten Vorteile wieder ausgleichen.<sup>67</sup> Vorrangiges Ziel des § 30 OWiG ist es zu verhindern, dass „der juristischen Person, die nur durch ihre Organe zu handeln imstande ist, zwar die Vorteile dieser in ihrem Interesse vorgenommenen Betätigung zufließen, daß sie aber beim Fehlen einer Sanktionsmöglichkeit nicht den Nachteilen ausgesetzt wäre, die als Folge der Nichtbeachtung der Rechtsordnung im Rahmen der für sie vorgenommenen Betätigung eintreten können.“<sup>68</sup> Derartige teleologische Überlegungen haben indes nur dann eine Auswirkung auf die Bestimmung der Wortsinnengrenze, wenn sie Eingang in den Gesetzestext gefunden haben. Dies ist nicht der Fall. § 30 OWiG normiert ausdrücklich das Rechtsträgerprinzip. Dieser gesetzgeberischen Entscheidung für das Rechtsträgerprinzip steht eine Auslegung entgegen, die nicht den Rechtsträger, sondern das Vermögen des vom Rechtsträger zum Tatzeitpunkt geführten Unternehmens – im wirtschaftlichen Sinne des § 1 GWB – in die Haftung nimmt und hiervon ausgehend eine Sanktionierbarkeit der Tat auch gegenüber dem Rechtsnachfolger annimmt, wenn dieser das Vermögen des Unternehmens oder wesentliche Teile desselben übernommen hat.<sup>69</sup> Die Möglichkeit, die Organtat durch eine Verbandsgeldbuße zu ahnden, steht und fällt demnach *de lege lata* – ohne Ausnahme<sup>70</sup> – mit dem Fortbestand des Rechtsträgers, für den das Organ zum Tatzeitpunkt gehandelt hat.

Die Analogie, derer sich der BGH bedient, um die Zulässigkeit der Haftungserstreckung auf den Gesamtrechtsnachfolger zu begründen, zeigt sich in einem Vergleich, den der BGH in den Entscheidungen Versicherungsfusion und Transportbeton zwischen der formwechselnden Umwandlung und der Verschmelzung zieht. In zutreffender Weise stellt der BGH zunächst fest, dass der bloße Rechtsformwechsel kei-

---

<sup>66</sup> So ausdrücklich BGH WuW/E DE-R, 3455 (3460) – Versicherungsfusion; BGH, Beschl. v. 10.8.2011 – KRB 2/10, Rn. 8 (Transportbeton).

<sup>67</sup> BGH WuW/E BGH 2265 (2266) – Bußgeldhaftung.

<sup>68</sup> Begr. zu § 19 EOWiG, BT-Drs. V/1269, S. 59.

<sup>69</sup> Grundsätzlich anerkennt dies auch der BGH in seiner Entscheidung Versicherungsfusion, wobei er jedoch eine Ausnahme für den Fall der wirtschaftlichen Identität von Rechtsvorgänger und Rechtsnachfolger zulässt (BGH WuW/E DE-R, 3455 [3458] – Versicherungsfusion).

<sup>70</sup> A.A. BGH WuW/E DE-R, 3455 (3458) – Versicherungsfusion und BGH, Beschl. v. 10.8.2011 – KRB 2/10, Rn. 11 ff. (Transportbeton), die in den Fällen wirtschaftlicher Identität eine Haftungserstreckung auf den Gesamtrechtsnachfolger innerhalb der Wortsinnengrenze des § 30 OWiG für möglich erachten.

nen Einfluss auf die bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit nach § 30 OWiG hat. Mit Blick auf diese Konstellationen hält er es für sachgerecht und mit dem Wortlaut des § 30 OWiG vereinbar, die Bußgeldhaftung auch auf den Gesamtrechtsnachfolger zu erstrecken, wenn dieser mit der ursprünglich haftenden juristischen Person bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise identisch oder nahezu identisch ist, weil er das übernommene Unternehmen nahezu unverändert fortführt und seine sonstigen Vermögenswerte demgegenüber weitgehend in den Hintergrund treten. Unter diesen Voraussetzungen, so der BGH, sei eine Verschmelzung aufgrund vergleichbarer wirtschaftlicher Ergebnisse und Wirkungen dem Rechtsformwechsel „gleich zu achten“.<sup>71</sup> Die Analogie liegt hier in der Anwendung einer Norm, die als Sanktionsadressaten die juristische Person als Rechtsträger benennt, auf identitätswechselnde Umwandlungen zur (partiellen) Schließung einer als planwidrig empfundenen Gesetzeslücke. Die formwechselnde Umwandlung ist identitätswahrend. Sie lässt die rechtliche Identität des Rechtsträgers, dessen Organe oder sonstige Leitungspersonen die Kartellordnungswidrigkeit begangen haben, unangetastet. Ein Rechtsträgerwechsel findet nicht statt. Für den Rechtsformwechsel ist dies in § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG ausdrücklich normiert. Im Gegensatz dazu handelt es sich bei der Verschmelzung um eine identitätswechselnde Umwandlung. Eine Verschmelzung hat nicht etwa zur Folge, dass der übertragende Rechtsträger gleichsam im übernehmenden Rechtsträger fortbesteht. Vielmehr erlischt der übertragende Rechtsträger ohne Liquidation, § 20 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 UmwG. Lediglich hinsichtlich seines Vermögens kommt es gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG zur Gesamtrechtsnachfolge auf den übernehmenden Rechtsträger. Formwechselnde Umwandlung und Verschmelzung können sich somit zwar in ihren wirtschaftlichen Ergebnissen – der Kontinuität des fortgeführten Unternehmens – gleichen, nicht jedoch in ihren Auswirkungen auf die rechtliche Identität des Rechtsträgers, dessen Organe die Kartellordnungswidrigkeit begangen haben. Dieser Rechtsträger besteht nur bei einem Rechtsformwechsel fort, nicht aber im Falle einer Verschmelzung. Die Haftungserstreckung auf den Gesamtrechtsnachfolger kann somit nur im Wege der Analogie erfolgen.

Dabei wird nicht übersehen, dass die hier vertretene restriktive Bestimmung der Wortsinnengrenze des Begriffs der juristischen Person kartellbeteiligter Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, sich durch gezielte gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen einem drohenden Bußgeld zu entziehen. Dies gilt umso mehr, als die Bußgeldhaftung des Gesamtrechtsnachfolgers nach Auffassung des BGH nicht mit einer Vermögenszurechnung zwischen den einzelnen Gesellschaften eines Konzerns begründet werden kann.<sup>72</sup> Folgt man dem, so genügt bereits eine konzerninterne Umstrukturierung, infolge derer das haftende Vermögen auf eine andere als dieje-

nige Konzerngesellschaft übertragen wird, die Gesamtrechtsnachfolger des ursprünglich haftenden Rechtsträgers wird, um dem Bußgeld zu entgehen.<sup>73</sup> Indes weist der BGH zu Recht darauf hin, dass es Aufgabe des Gesetzgebers und nicht des Rechtsanwenders ist, erkannte Sanktionslücken zu schließen.<sup>74</sup> Auch Umgehungshandlungen rechtfertigen keine tatbestandsausweitende Rechtsanwendung über die Grenze des noch möglichen Wortsinns hinaus.<sup>75</sup> Will der Gesetzgeber derartige Umgehungshandlungen tatbestandlich erfassen, steht es ihm frei, entsprechende Umgehungsklauseln, wie sie sich z.B. in § 42 AO und in § 4 SubvG finden, ins Gesetz aufzunehmen.

### VI. Praktische Konsequenzen

Durch seine beiden Entscheidungen Versicherungsfusion und Transportbeton hat der BGH den rechtsstaatlichen Fundamentalgarantien des Art. 103 Abs. 2 GG auch und gerade im Kartellordnungswidrigkeitenverfahren den Rücken gestärkt. Jedes Sanktionsbedürfnis des Rechtsanwenders, insbesondere der Kartellbehörden, findet im noch möglichen Wortsinn des Gesetzes seine Grenze. Angesichts des klaren Wortlauts von § 30 Abs. 1 OWiG kann die Bußgeldhaftung – nach hier vertretener Auffassung – gar nicht bzw. – nach Auffassung des BGH – nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen auf den Gesamtrechtsnachfolger der juristischen Person erstreckt werden, deren Organe die Kartellordnungswidrigkeit begangen haben. Es besteht eine Sanktionslücke, zu deren Schließung ausschließlich der Gesetzgeber befugt ist. Ob Unternehmen diese zu Tage getretene Sanktionslücke nutzen werden, um sich durch eine gezielte gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung einer drohenden Geldbuße zu entziehen, kann angesichts der Höhe, die kartellrechtliche Geldbußen mittlerweile erreicht haben, nicht ausgeschlossen werden. Aufgrund der verbleibenden Risiken und der Kosten, die mit einer solchen Umstrukturierung verbunden sind, wird sich die Zahl der Fälle jedoch in Grenzen halten, zumal der Gesetzgeber angekündigt hat, die Sanktionslücke im Rahmen der für Anfang 2013 geplanten 8. GWB-Novelle zu schließen.

### VII. Fazit

Die einleitend gestellten Fragen lassen sich somit wie folgt beantworten: Nein, nach nunmehr gefestigter Entscheidungspraxis des BGH geht der staatliche Sanktionsanspruch zur Festsetzung einer Verbands Geldbuße i.S.d. § 30 Abs. 1 OWiG nicht automatisch mit dem Erlöschen der juristischen Person unter, deren Organe die Kartellordnungswidrigkeit begangen haben. Die Bußgeldhaftung kann vielmehr auf deren Gesamtrechtsnachfolger erstreckt werden, wenn dieser bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise mit der ursprünglich

<sup>71</sup> BGH WuW/E DE-R, 3455 (3459) – Versicherungsfusion; BGH, Beschl. v. 10.8.2011 – KRB 2/10, Rn. 13 f. (Transportbeton).

<sup>72</sup> BGH WuW/E DE-R, 3455 (3459) – Versicherungsfusion; BGH, Beschl. v. 10.8.2011 – KRB 2/10, Rn. 16 (Transportbeton).

<sup>73</sup> Reichling, NJW 2012, 164 (166 f.).

<sup>74</sup> BGH WuW/E BGH, 2265 (2266) – Bußgeldhaftung; BGH WuW/E DE-R, 3455 (3460) – Versicherungsfusion.

<sup>75</sup> Schmitz (Fn. 35), § 1 Rn. 59; Dannecker, in: Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl. 2007, Kap. 1 Rn. 125; Dannecker (Fn. 35), § 1 Rn. 263; Satzger (Fn. 38), § 1 Rn. 35.

haftenden juristischen Person identisch oder zumindest nahezu identisch ist. Eine solche wirtschaftliche Identität liegt nach Auffassung des BGH vor, wenn das haftende Vermögen weiterhin vom Vermögen des gemäß § 30 OWiG Verantwortlichen getrennt, in gleicher oder ähnlicher Weise wie bisher eingesetzt wird und in der neuen juristischen Person einen wesentlichen Teil des Gesamtvermögens ausmacht. Auf eine Zurechnung von Vermögenswerten konzernverbundener Gesellschaften kann eine wirtschaftliche Identität allerdings nicht gestützt werden. Aus der genannten Entscheidungspraxis ergibt sich zugleich, dass der Erwerber – wenn er wirtschaftlich identischer Gesamtrechtsnachfolger der ursprünglich haftenden juristischen Person ist – unter Umständen auch für Kartellrechtsverstöße einzustehen hat, die das von ihm übernommene Unternehmen vor dem Erwerbszeitpunkt begangen hat. Dies gilt es bei der Ausgestaltung von Unternehmenskaufverträgen zu beachten.

Die Erstreckung der Bußgeldhaftung auf den Rechtsnachfolger überschreitet die Grenze des noch möglichen Wortsinns von § 30 OWiG. Sie verstößt damit gegen das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG. Weder der allgemeine Sprachgebrauch (hinsichtlich des Personenbegriffs) noch die juristische Fachsprache lassen es zu, den Rechtsnachfolger der ursprünglich gemäß § 30 Abs. 1 OWiG haftenden juristischen Person als eben diese juristische Person zu bezeichnen, deren Organe die Kartellordnungswidrigkeit begangen haben, durch die Pflichten dieser juristischen Person verletzt wurden oder diese juristische Person bereichert wurde bzw. bereichert werden sollte. § 30 OWiG normiert ausdrücklich das Rechtsträgerprinzip. Die Festsetzung einer Verbandsgeldbuße steht und fällt *de lege lata* mit dem Fortbestand des Rechtsträgers, dessen Organe das Kartelldelikt begangen haben.

Und abschließend, ja, § 30 Abs. 1 OWiG führt in seiner momentanen Fassung zu einer Sanktionslücke, die Unternehmen durch eine gezielte gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung ausnutzen können, um sich einem drohenden Bußgeld zu entziehen. Der Gesetzgeber hat allerdings angekündigt, diese Sanktionslücke im Rahmen der anstehenden 8. GWB-Novelle schließen zu wollen.