



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

KRB 55/10

vom

10. August 2011

in der Kartellbußgeldsache

gegen

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

Versicherungsfusion

OWiG § 30

- a) Gegen den Gesamtrechtsnachfolger der Organisation, deren Organ die Tat begangen hat, kann ein Bußgeld nur dann verhängt werden, wenn zwischen der früheren und der neuen Vermögensverbindung nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise nahezu Identität besteht. Eine solche wirtschaftliche Identität ist gegeben, wenn das "haftende Vermögen" weiterhin vom Vermögen des gemäß § 30 OWiG Verantwortlichen getrennt, in gleicher oder in ähnlicher Weise wie bisher eingesetzt wird und in der neuen juristischen Person einen wesentlichen Teil des Gesamtvermögens ausmacht (Bestätigung von BGH, Beschluss vom 11. März 1986 - KRB 8/85, WuW/E 2265 - Bußgeldhaftung; Beschluss vom 23. November 2004 - KRB 23/04, NJW 2005, 1381, 1383 - nicht verlesener Handelsregisterauszug; Beschluss vom 4. Oktober 2007 - KRB 59/07, BGHSt 52, 58 Rn. 7 - Akteneinsichtsgesuch).
- b) Einer weitergehenden Erstreckung der bußgeldrechtlichen Haftung steht angesichts der Fassung des § 30 OWiG das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG entgegen.

BGH, Beschluss vom 10. August 2011 - KRB 55/10 - OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 10. August 2011 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Tolksdorf und die Richter Dr. Raum, Dr. Strohn, Dr. Grüneberg und Dr. Bacher

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 13. Januar 2010 wird nach § 79 Abs. 5 Satz 1 OWiG verworfen.

Die Staatskasse trägt die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens und die der Nebenbetroffenen hierdurch entstandenen notwendigen Auslagen.

Gründe:

- 1 Das Oberlandesgericht hat die Nebenbetroffene vom Vorwurf einer durch den Vorstand ihrer Rechtsvorgängerin begangenen Kartellabsprache freigesprochen. Die hiergegen gerichtete Rechtsbeschwerde der Staatsanwaltschaft beim Oberlandesgericht bleibt ohne Erfolg.

I.

- 2 Den Freispruch hat das Oberlandesgericht damit begründet, dass der Nebenbetroffenen die Ordnungswidrigkeit des Vorstands ihrer Rechtsvorgängerin bußgeldrechtlich nicht zugerechnet werden könne.

3 1. Hierzu hat es Folgendes festgestellt:

4 Das Bundeskartellamt hatte am 17. März 2005 einen Bußgeldbe-
scheid gegen die G. -K. A. -Aktiengesell-
schaft (nachfolgend: GKA) erlassen und gegen diese Bußgelder in Höhe von
knapp 19 Mio. € verhängt. Die Festsetzung der Bußgelder hat es darauf ge-
stützt, dass sich nach seinen Ermittlungen ein Organ und ein leitender Mitar-
beiter der GKA in den Jahren 1999 bis 2002 an wettbewerbsbeschränkenden
Absprachen vor allem im Bereich der industriellen Sachversicherungen betei-
ligt haben.

5 Hinsichtlich der gesellschaftsrechtlichen Strukturen trat nach den
Feststellungen des Oberlandesgerichts nach dem Erlass des Bußgeldbe-
scheids folgende Entwicklung ein:

6 Im Jahre 2006 wurden die Geschäftsanteile der G. -Beteiligungs-
Gesellschaft, in der das operative Geschäft des G. -Konzerns zusam-
mengefasst war und die die Anteilmehrheit an der GKA hielt, auf die T.
AG übertragen. Die T. AG ist eine zu einhundert Prozent vom H.
V.a.G. gehaltene Holdinggesellschaft. Um das übernommene operative G.
-Geschäft in die T. -Konzernstruktur einzugliedern und die Ge-
schäftsbereiche Industriesachversicherung von H. und G. zusamen-
zuführen, wurde die GKA durch notariellen Verschmelzungsvertrag vom
6. Juni 2007 auf die nunmehrige Nebenbetroffene im Bußgeldverfahren, die
H. AG verschmolzen, die fortan als H. -G.

Versicherung AG (im Folgenden: Nebenbetroffene) firmierte. Die
durch die Verschmelzung zusammengefassten Bestände der Nebenbetroffe-
nen, die nicht zum Industriesachversicherungsgeschäft gehörten, wurden
durch ebenfalls am 6. Juni 2007 beurkundete, durch die Rechtswirksamkeit
der Verschmelzung aufschiebend bedingte notarielle Verträge auf verschie-

dene Schwestergesellschaften der H. AG übertragen.
Die Eintragung der Verschmelzung erfolgte am 24. September 2007.

7 Infolge der Umstrukturierung gehörten Ende des Jahres 2007 nur noch etwa 4 % der Versicherungsverträge der früheren GKA zum Bestand der Nebenbetroffenen. Bezogen auf den Gesamtbestand der Nebenbetroffenen entspricht dies einem Anteil von 28 %. Ihr fließen 45 % des ehemaligen Beitragsvolumens der GKA zu, was einen Anteil von 42 % am Beitragsvolumen der Nebenbetroffenen ausmacht. Die Nebenbetroffene verfügte infolge der Verschmelzung über Kapitalanlagen in Höhe von 5,6 Milliarden € und damit um 3,16 Milliarden € mehr als zuvor.

8 2. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts muss § 30 OWiG wegen des im Ordnungswidrigkeitenrecht geltenden Analogieverbots so ausgelegt werden, dass der Rechtsnachfolger nur dann mit einer Geldbuße als Nebenfolge belegt werden kann, wenn bei wirtschaftlicher Betrachtung nahezu Identität zwischen der früheren und der neuen Vermögensverbindung besteht. Das Analogieverbot wäre verletzt, wenn im Fall der Rechtsnachfolge der übernehmenden juristischen Person alle an Konzernober- und Schwestergesellschaften gelangten Bestandteile des früheren Vermögens der übernommenen Gesellschaft zugerechnet würden und man auf dieser Basis die Identität der „Vermögensverbindung“ bejahte. Dem Vermögen der ehemaligen GKA komme keine derart prägende Bedeutung zu, dass es als solches im Vermögen der Nebenbetroffenen wiedererkannt werden könne. Denn nach der Verschmelzung stammten nur 28 % der Versicherungsverträge, aus denen 42 % der Gesamtbruttobeitragseinnahmen erzielt würden, und nur 56 % der Kapitalanlagen aus Beständen der GKA. Unter diesen Umständen sei eine bußgeldrechtliche Haftung der Nebenbetroffenen ausgeschlossen.

II.

9 Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung stand. Das Beschwerdegericht hat zu Recht angenommen, dass die Nebenbetroffene wegen einer möglichen Beteiligung ihrer Rechtsvorgängerin an wettbewerbswidrigen Absprachen nicht mit einem Bußgeld belegt werden kann.

10 1. Die bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen für Taten ihrer Mitarbeiter bestimmt sich nach § 30 Abs. 1 OWiG. Nach dieser Vorschrift kann gegen eine juristische Person oder Personenvereinigung ein Bußgeld festgesetzt werden, wenn ein Organ (Nr. 1) oder leitender Mitarbeiter (Nr. 4, 5) unter Verletzung der dieser obliegenden Pflichten eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen hat oder diese bereichert worden ist oder werden sollte (sogenannte Verbandsgeldbuße).

11 Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt. Denn die Ordnungswidrigkeit, wegen der das Bundeskartellamt im vorliegenden Fall Geldbußen festgesetzt hat, ist nicht von einem Organ oder leitenden Mitarbeiter der Nebenbetroffenen begangen worden. Täter waren vielmehr damals verantwortliche Mitarbeiter der früheren GKA, die nach der Tat auf die Nebenbetroffene verschmolzen wurde und dadurch erloschen ist (§ 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG).

12 2. Eine Erstreckung der bußgeldrechtlichen Haftung auf den Gesamtrechtsnachfolger der Person, für die der Täter gehandelt hat, kann nur in dem schon bisher in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannten – hier nicht gegebenen – Ausnahmefall angenommen werden, in dem zwischen der früheren und der neuen Vermögensverbindung nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise Identität oder nahezu Identität besteht. Eine darüber hinausgehende Erstreckung der bußgeldrechtlichen Haftung auf Gesamtrechtsnachfolger, wie sie die Rechtsbeschwerde anstrebt, scheidet aus.

Eine solche Ausdehnung der Haftung würde mit dem Wortlaut des § 30 OWiG nicht mehr in Einklang zu bringen sein und deshalb die durch Art. 103 Abs. 2 GG gezogene Grenze richterlicher Auslegung überschreiten. Eine bußgeldrechtliche Sanktion gegen die Nebenbetroffene ist damit ausgeschlossen.

13 a) Nach dem Wortlaut des § 30 OWiG kann nur diejenige juristische Person oder Personenvereinigung („diese“) mit einem Bußgeld belegt werden, deren in Leitungsfunktion handelnde Mitarbeiter eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen haben. Einer Erstreckung der bußgeldrechtlichen Verantwortlichkeit auf den Gesamtrechtsnachfolger dieser juristischen Person sind durch diesen Wortlaut enge Grenzen gesetzt.

14 aa) Wie sich aus § 3 OWiG in Übereinstimmung mit der auch für das Ordnungswidrigkeitenrecht geltenden (BVerfGE 71, 108, 114; 87, 363, 391) Verfassungsnorm des Art. 103 Abs. 2 GG ergibt, kann eine Handlung als Ordnungswidrigkeit nur geahndet werden, wenn die Möglichkeit der Ahndung gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde. Daraus folgt zum einen das Verbot einer die Ahndung begründenden Analogie, welches jede Rechtsanwendung ausschließt, die tatbestandsausweitend über den Inhalt der gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht, wobei der mögliche Wort-sinn die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation bildet (BVerfGE 71, 108, 115; 82, 236, 269; 92, 1, 12; NJW 2010, 3209 Rn. 77). Diesem Gesetzlichkeitsprinzip unterliegt zum anderen aber auch die in § 30 Abs. 1 OWiG getroffene Bestimmung, die die Grundlage dafür schafft, eine Organtat durch Verhängung einer Verbandsgeldbuße zu ahnden. Eine Erweiterung dieser Ahndungsmöglichkeiten ist nur innerhalb des durch Art. 103 Abs. 2 GG eröffneten Auslegungsspielraums statthaft (vgl. Gürtler in Göhler, OWiG, 15. Aufl., § 3 Rn. 4; Rogall in Karlsruher Kommentar zum OWiG, 3. Aufl., § 3

Rn. 62; für Vorschriften des allgemeinen Teils des Strafrechts ferner Dannecker in Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl., § 1 Rn. 82 ff).

15 bb) Nach § 30 OWiG trifft die bußgeldrechtliche Sanktion für Organ-taten im Ausgangspunkt die juristische Person oder Personenvereinigung, die das Unternehmen betreibt. Diese gesetzgeberische Entscheidung für das Rechtsträgerprinzip lässt eine Auslegung, die das Vermögen des von dem Rechtsträger zum Tatzeitpunkt geführten Unternehmens – i. S. einer gewerblich tätigen Einheit – in die bußgeldrechtliche Haftung nehmen und hiervon ausgehend eine Sanktionierbarkeit der Tat auch gegenüber dem Rechts-nachfolger annehmen wollte, wenn dieser das Vermögen des Unternehmens oder wesentliche Teile hiervon übernommen hat, in dieser Allgemeinheit nicht zu. Mit einer solchen Umdeutung in Richtung auf eine Unternehmens-geldbuße wäre die durch den Wortlaut der Norm gezogene Grenze über-schritten. Die Möglichkeit, die von einem Organ oder leitenden Mitarbeiter begangene Tat durch eine Verbandsgeldbuße zu ahnden, steht und fällt da-her grundsätzlich mit dem Fortbestand des Rechtsträgers, für den das Organ oder der leitende Mitarbeiter zum Tatzeitpunkt gehandelt hat.

16 cc) Hieraus folgt indessen nicht, dass eine Ahndung der Tat nach dem Erlöschen des Rechtsträgers unter allen Umständen ausgeschlossen wäre. Vielmehr erstreckt sich die bußgeldrechtliche Haftung für eine Organtat nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unter zwei Voraus-setzungen auf eine andere juristische Person als diejenige, für die der Täter gehandelt hat. Die Verhängung eines Bußgelds bleibt möglich, wenn die be-treffende juristische Person – etwa im Wege der Umwandlung – Gesamt-rechtsnachfolgerin der Organisation geworden ist, deren Organ die Tat be-gangen hat, und wenn zwischen der früheren und der neuen Vermögensver-bindung nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise nahezu Identität besteht. Eine solche wirtschaftliche Identität ist gegeben, wenn das „haftende Vermö-

gen“ weiterhin vom Vermögen des gemäß § 30 OWiG Verantwortlichen getrennt, in gleicher oder in ähnlicher Weise wie bisher eingesetzt wird und in der neuen juristischen Person einen wesentlichen Teil des Gesamtvermögens ausmacht (BGH, Beschluss vom 11. März 1986 – KRB 8/85, WuW/E 2265 – Bußgeldhaftung; Beschluss vom 23. November 2004 – KRB 23/04, NJW 2005, 1381, 1383 – nicht verlesener Handelsregisterauszug; Beschluss vom 4. Oktober 2007 – KRB 59/07, BGHSt 52, 58, Rn. 7 – Akteneinsichtsgesuch). Diese Rechtsprechung hat in der Entscheidungspraxis der Oberlandesgerichte (vgl. KG WuW/E OLG 3837 – Altölpreise; BayObLG wistra 2002, 395, 396) und der Literatur (Gürtler in Göhler, OWiG, 15. Aufl., § 30 Rn. 38a ff.; Rogall in KK, OWiG, 3. Aufl., § 30 Rn. 30 ff.; Förster in Rebmann/Roth/Hermann, OWiG, 7. Aufl. § 30 Rn. 50) Gefolgschaft gefunden.

- 17 Die Voraussetzung, dass das Vermögen der ursprünglich haftenden juristischen Person einen wesentlichen Teil des Gesamtvermögens der neuen juristischen Person ausmacht, ist unverzichtbar, um die Ahndung auch in den Fällen von Rechtsnachfolge – wie nach dem Wortlaut des § 30 OWiG erforderlich – auf diejenige juristische Person zu begrenzen („diese“), für die der Täter gehandelt hat. An dieser Funktion, die Identität oder Nahezu-Identität der in die bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit genommenen Verbände sicherzustellen, hat sich das Verständnis dessen zu orientieren, wann in diesem Sinne ein „wesentlicher Teil“ des Gesamtvermögens vorliegt. Auch wenn eine Festlegung auf bestimmte Schwellenwerte oder Verhältniszahlen angesichts der Vielzahl und der Verschiedenartigkeit der möglicherweise relevanten Umstände ausscheidet, muss die Annahme einer wirtschaftlichen Identität danach auf Fälle beschränkt bleiben, in denen das Unternehmen unverändert oder doch nahezu unverändert von einem neuen Rechtsträger fortgeführt wird, dessen sonstige Vermögenswerte demgegenüber weitgehend in den Hintergrund treten. Nur dann kann – in einem bußgeldrechtli-

chen Sinn – davon gesprochen werden, dass aus der gesellschaftsrechtlichen Umgestaltung wieder dieselbe juristische Person hervorgegangen ist.

18 Solche Fälle unterscheiden sich zwar in ihrer gesellschaftsrechtlichen Gestaltung, nicht aber in ihren Ergebnissen und Wirkungen von einem bloßen Wechsel der Firma oder der Rechtsform des das Unternehmen führenden Rechtsträgers und weisen damit Bezüge zu gesellschaftsrechtlichen Vorgängen auf, die die bußgeldrechtliche Sanktionsmöglichkeit nach § 30 OWiG unberührt lassen. Es liegt in der Konsequenz des Rechtsträgerprinzips, dass eine bloße Änderung der Firma oder der Wechsel der Rechtsform auf die Verantwortlichkeit nach § 30 OWiG ohne Einfluss sind, weil sie, was für den Rechtsformwechsel in § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG ausdrücklich bestimmt ist, die Identität des Rechtsträgers nicht berühren. Mit Blick auf diese Konstellationen ist es sachgerecht und auch mit dem Wortlaut des § 30 OWiG vereinbar, in Fällen, die dem gleich zu achten sind, eine Kontinuität der bußgeldrechtlichen Verantwortlichkeit anzunehmen.

19 dd) Demgegenüber fehlt es an einer wirtschaftlichen Identität, wenn Unternehmen mit annähernd gleicher Größe und fast identischen Marktanteilen fusioniert und deren Geschäftsbereiche zusammengeführt werden. Im Fall einer solchen Fusion, die, zumal wenn mit ihr größere konzerninterne Umstrukturierungsmaßnahmen verbunden sind, in ihren Ergebnissen und Wirkungen einem bloßen Wechsel der Firma oder der Rechtsform des das Unternehmen führenden Rechtsträgers nicht annähernd vergleichbar ist, können der übernehmende und der übertragende Rechtsträger auch bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht als dieselbe juristische Person angesehen werden.

20 Mit einer Zurechnung von Vermögensgegenständen konzernverbundener Unternehmen kann eine wirtschaftliche Identität ebenfalls nicht

begründet werden. Für die Annahme einer bußgeldrechtlichen „Konzernhaftung“ lässt das geltende Recht keinen Raum. Die einzelnen konzernabhängigen Schwestergesellschaften sind im Verhältnis zueinander ebenso selbständige juristische Personen wie in ihrem Verhältnis zur Muttergesellschaft. Eine die bußgeldrechtliche Haftung begründende Zurechnung von Vermögen könnte daher nur auf der Grundlage einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung erfolgen. An einer solchen fehlt es.

21

ee) An der Beschränkung der bußgeldrechtlichen Haftung auf in diesem Sinne wirtschaftlich identische Rechtsnachfolger vermag auch der schon bei der Einführung der Verbandsgeldbuße in § 26 OWiG 1968 in den Gesetzesmaterialien (BT-Drucks. V/1269, S. 59) genannte, in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wiederholt betonte (vgl. Beschluss vom 14. Februar 2007 – 5 StR 323/06, NStZ-RR 2008, 13 mwN) und neuerdings in § 81 Abs. 5 GWB 2005 für bestimmte Kartellbußgeldtatbestände gesetzlich besonders hervorgehobene Zweck der Geldbuße, der u. a. in der Vorteilsabschöpfung bestehen kann, nichts zu ändern. Angesichts des eindeutig entgegenstehenden Wortlauts des § 30 OWiG, in dem diese Erwägungen keinen Niederschlag gefunden haben, fehlt es an einer ausreichenden Grundlage dafür, die aus der Tat erwachsenen Vorteile im Bußgeldwege unter erleichterten Voraussetzungen bei dem Rechtsnachfolger des Unternehmensträgers abzuschöpfen. Auch aus der – hier in zeitlicher Hinsicht noch nicht anwendbaren – Vorschrift des § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB 2005, die sich mit der Höhe der „gegen ein Unternehmen oder eine Unternehmensvereinigung“ zu verhängenden Geldbuße befasst, ergibt sich nichts anderes. Diese Norm hat nur die Bußgeldbemessung zum Gegenstand; die in § 30 OWiG vorgesehene Begrenzung der Ahndung einer Organtat gegenüber derjenigen („dieser“) juristischen Person, deren Organ die Tat begangen hat, vermag sie nicht aufzuheben.

- 22 b) Nach diesen Maßstäben liegen die Voraussetzungen für eine Haftung der Nebenbetroffenen für die von den Mitarbeitern ihrer Rechtsvorgängerin begangenen Ordnungswidrigkeiten nicht vor. Zwar ist die Nebenbetroffene infolge Verschmelzung Gesamtrechtsnachfolgerin der GKA geworden und hat deren Vermögen oder jedenfalls Teile davon übernommen. Die weitere Voraussetzung, wonach bei wirtschaftlicher Betrachtung zwischen der früheren und der neuen Vermögensverbindung nahezu Identität bestehen muss, ist hier jedoch nicht erfüllt.
- 23 Nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts beträgt das ehemalige GKA-Vermögen nach der Verschmelzung bezogen auf die Zahl der Versicherungsverträge rund 28 %, bezogen auf die Bruttobeitragseinnahmen rund 42 % und bezogen auf den Wert der Kapitalanlagen rund 56 % des Gesamtvermögens der Nebenbetroffenen. Bei einer derartigen Fusion unter Gleichen ist eine bußgeldrechtliche Haftung der aufnehmenden Gesellschaft – wie dargelegt – ausgeschlossen.
- 24 Die nicht dem Industriesachversicherungsgeschäft zugehörigen und deshalb auf Schwestergesellschaften der Nebenbetroffenen ausgegliederten Vermögensbestandteile der GKA hat das Oberlandesgericht zu Recht bei der Berechnung des eingebrachten Vermögens nicht einbezogen. Es kann dahinstehen, inwieweit diese Vermögensgegenstände – wie der Generalbundesanwalt meint – vor ihrer durch die Rechtswirksamkeit der Verschmelzung aufschiebend bedingten Abspaltung noch für eine „juristische Sekunde“ auf die Nebenbetroffene übergegangen sein könnten. Denn für die nach einer wirtschaftlichen Betrachtung vorzunehmende Beurteilung einer „Nahezu-Identität“ zweier Unternehmen wäre ein solcher Durchgangserwerb nicht maßgebend. Das Oberlandesgericht hat insoweit zu Recht darauf abgestellt, dass die jeweils am 6. Juni 2007 beurkundeten Verschmelzungs- und Abspaltungsverträge Teil einer wirtschaftlich zusammenhängenden, auf eine

Geschäftsaufteilung nach Kundensegmenten gerichtete Umstrukturierungsmaßnahme des T. -Konzerns waren und dass bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise nur das Industriesachversicherungsgeschäft der GKA, nicht jedoch deren übrige Aktivitäten, in die Nebenbetroffene eingebracht wurden.

25

c) Der Senat verkennt nicht, dass die Respektierung der Grenzen, die Art. 103 Abs. 2 GG der Verhängung von Geldbußen gegen juristische Personen gemäß § 30 OWiG in Fällen der Rechtsnachfolge setzt, zu misslichen Konsequenzen führen kann. Sie eröffnet Unternehmen die Möglichkeit, eine drohende bußgeldrechtliche Sanktion durch die gezielte Wahl gesellschaftsrechtlicher Gestaltungen zu umgehen. Indes sind – wie dargelegt – die

Schranken zulässiger Auslegung des geltenden Rechts und damit der Ausweitung bestehender Ahndungsmöglichkeiten mit der bisherigen Rechtsprechung zur Haftung von Rechtsnachfolgern bußgeldrechtlich haftender Rechtsträger erreicht. Eine weitergehende Erstreckung der bußgeldrechtlichen Haftung von Rechtsnachfolgern in Fällen der vorliegenden Art kann nur der Gesetzgeber vornehmen, der auch ihre Grenzen festzulegen hätte.

Tolksdorf

Raum

Strohn

Grüneberg

Bacher

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 13.01.2010 - VI-Kart 55/06 OWi -