

Der Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund

Herausgegeben von
JÖRG EISELE,
JENS KOCH und
HANS THEILE

Mohr Siebeck

Der Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund



Der Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund

Herausgegeben von
Jörg Eisele, Jens Koch und Hans Theile

Mohr Siebeck

ISBN 978-3-16-153072-2 / eISBN 978-3-16-161433-0 unveränderte eBook-Ausgabe 2021

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde Laupp & Göbel in Nehren gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Ausgangspunkt für die Entstehung dieses Bandes ist ein durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) in den Jahren 2010 bis 2012 durch eine Sachbeihilfe gefördertes Projekt, das an der Universität Konstanz durchgeführt wurde. Ziel war es, auf interdisziplinärer Grundlage die im Grenzbereich von Gesellschafts-, Kartell- und Strafrecht angesiedelte Problematik des Sanktionsdurchgriffs im Unternehmensverbund aus dogmatischer und rechtstatsächlicher Perspektive zu analysieren. Aus dem Projekt sind in den letzten Jahren verschiedene Dissertationen hervorgegangen: *Bianca Vogt*, Die Verbandsgeldbuße gegen eine herrschende Konzerngesellschaft, 2009; *Stefan Petermann*, Die Bedeutung von Compliance-Maßnahmen für die Sanktionsbegründung und -bemessung im Vertragskonzern, 2013; *Lukas Aberle*, Sanktionsdurchgriff und wirtschaftliche Einheit im deutschen und europäischen Kartellrecht, 2013; *Anja Tschierschke*, Die Sanktionierung des Unternehmensverbundes: Bestandsaufnahme, Perspektiven und Europäisierung, 2013. Weitere Arbeiten werden folgen: *Philipp Maximilian Holle*, Legalitätskontrolle im Kapitalgesellschafts- und Konzernrecht (in Vorbereitung); *Tobias C. Wiesenack*, Leitungsmacht (in Vorbereitung). Der vorliegende Band enthält Beiträge, die Einzelfragen des Sanktionsdurchgriffs aus unterschiedlicher Perspektive beleuchten.

Neben der das Projekt großzügig unterstützenden DFG haben wir den Interviewpartnern zu danken, die unserem Vorhaben sehr viel ihrer knapp bemessenen Zeit geopfert und uns interessante Einblicke in den Untersuchungsgegenstand ermöglicht haben. Ferner haben wir allen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern zu danken, die in die Projektarbeit eingebunden waren. Ein besonderer Dank gilt unserem Mitautor Tobias C. Wiesenack, der die Last der Redigierarbeiten zu tragen hatte.

Tübingen, Bonn und Konstanz, im Oktober 2013
Jörg Eisele, Jens Koch, Hans Theile

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Einführung: Der Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund . . .	1
<i>Tobias C. Wiesenack/Nico C. Klein</i>	
1. Rechtspraktische Entwicklungen bei der Strukturierung und Organisation von Unternehmensverbänden – Eine Darstellung und Würdigung aktueller empirischer Daten, erhoben vor dem Hintergrund der Diskussion um den ordnungswidrigkeiten- rechtlichen Sanktionsdurchgriff	5
<i>Hans Theile</i>	
2. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise als Ansatz zur Sanktionierung der Obergesellschaft im Unternehmensverbund nach § 130 OWiG – Empirische Ergänzungen zu einem methodischen Problem	73
<i>Stefan Petermann</i>	
3. Konzernweite Compliance-Maßnahmen und die angezogenen unternehmensstrafrechtlichen „Daumenschrauben“	99
<i>Lukas Aberle/Philipp Maximilian Holle</i>	
4. Aufsichtspflichten im Unternehmensverbund	117
<i>Anja Tschierschke</i>	
5. Ein Überblick über den Sanktionsdurchgriff in Unternehmensverbindungen de lege lata und de lege ferenda	137
<i>Jörg Eisele</i>	
6. Die bußgeldrechtliche Haftung des Rechtsnachfolgers	153
<i>Jens Koch/Rafael Harnos</i>	
7. Der Konzern als Außengesellschaft bürgerlichen Rechts?	171
Autorenverzeichnis	189
Sachverzeichnis	191

Einführung: Der Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund

Das deutsche Gesellschaftsrecht geht üblicherweise von dem Normalfall der rechtlich und wirtschaftlich selbständigen Einzelgesellschaft aus. Im Kapitalgesellschaftsrecht ist dieser gesetzliche Regelfall aber mittlerweile der rechtstatistische Ausnahmefall. Man schätzt, dass bei den Aktiengesellschaften inzwischen rund drei Viertel mit über 90 % des Kapitals und bei den Gesellschaften mbH rund die Hälfte in Konzerne eingebunden sind.¹ Eines der wichtigsten Motive für die Konzernbildung ist dabei die Möglichkeit der Haftungsabschottung. Eine Gesellschaft kann riskante Geschäftsfelder auf eine Tochtergesellschaft übertragen, die sodann ausschließlich für die aus diesen Geschäften resultierenden Verbindlichkeiten haftet. Zu einem zivilrechtlichen Haftungsdurchgriff auf die Konzernobergesellschaft kommt es nur in seltenen Ausnahmefällen, über deren schärfere Konturierung in Rechtsprechung und Schrifttum seit Jahrzehnten gerungen wird.²

Für die Konzernobergesellschaft kann es aber nicht nur im zivilrechtlichen Bereich, sondern auch mit Blick auf sanktionsrechtliche Konsequenzen reizvoll sein, etwaige Haftungsrisiken auf eine Tochtergesellschaft zu kanalisieren. Je enger das Netz verwaltungsrechtlicher Verbotsvorschriften geknüpft wird und je näher damit auch das Risiko ordnungsrechtlicher Sanktionen rückt, desto größer wird der Anreiz der Muttergesellschaft, sich der persönlichen Verantwortlichkeit zu entziehen. Als Beispiel sei etwa das Kartellrecht genannt. Wird die Kartellabsprache von einer Tochtergesellschaft getroffen, so kann über § 30 OWiG gegen sie ein Bußgeld verhängt werden, dessen Höhe sich an ihrem Umsatz orientiert. Würde das Bußgeld am Umsatz der Obergesellschaft oder gar des Gesamtkonzerns berechnet, könnte es wesentlich höhere Dimensionen erreichen.³ Eine besondere Aktualität hatte das Thema des Sanktionsdurchgriffs

¹ *Altmeppen*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2010, Einl. §§ 291 ff. Rn. 19; *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 9. Aufl. 2008, § 1 II 1 mit ausführlichen Nachweisen.

² Zu dieser Diskussion siehe nur *Drobnig*, Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften, 1959; *Drücke*, Die Haftung der Mutter für die Schulden der Tochtergesellschaft, 1990; *Ehrlicke*, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz, 1998, insb. S. 145 ff.; *Theobald* (Hrsg.), Entwicklungen zur Durchgriffs- und Konzernhaftung, 2002; *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht, 2004, insb. S. 368 ff. und 428 ff.

³ Beispiele für Geldbußen bei *Soltész/Steinle/Bielez*, EuZW 2003, 202 (203); *Sünner*, EuZW 2007, 8 (8 ff. und 13); vgl. auch den Bericht der FAZ vom 9. Januar 2008, S. 11: „Die Kartellbußen der EU haben sich verdoppelt“.

durch die 2009 ergangene Bußgeldentscheidung des Bundeskartellamtes gegen den Tondachziegelhersteller *Etex* erhalten.⁴ In dieser Entscheidung wurde das erste Mal auf nationaler Ebene ein Bußgeld gegen die Muttergesellschaft eines Kartellsünder erlassen und zur Begründung angeführt, dass auch Konzerne Kartellabsprachen ihrer Untereinheiten konsequent bekämpfen müssten.

Die Möglichkeit der Haftungsabschottung entspricht dabei grundsätzlich den allgemeinen Prinzipien des Kapitalgesellschaftsrechts. Speziell im Sanktionsrecht erweist sie sich aber als fragwürdig, da anders als im Zivilrecht kein zum Selbstschutz fähiger Vertragspartner zwischengeschaltet ist, der auf eine unzureichende Haftungsmasse reagieren kann, indem er sich dem Vertragsschluss verweigert. Der Konzernobergesellschaft trotzdem auch im Sanktionsrecht das Privileg der Haftungsabschottung zukommen zu lassen, erscheint gerade dort unbefriedigend, wo die Tochter faktisch derart in den Unternehmensverbund einbezogen ist, dass sie von der Konzernobergesellschaft unmittelbar zur Umsetzung einer Gesamtkonzernstrategie eingesetzt wird. Hier besteht die Gefahr, dass die Konzernobergesellschaft sämtliche Chancen einer gefährlichen Tätigkeit für sich nutzt, die Risiken aber auf eine Tochtergesellschaft abwälzt und sich damit selbst den besonders scharfen Konsequenzen einer Sanktion entzieht.

Wenngleich vor dem Hintergrund derartiger Szenarien die großzügige Gestattung eines Sanktionsdurchgriffs nahe liegen mag, so dürfen auf der anderen Seite nicht die weitreichenden Konsequenzen aus dem Blick verloren werden, die sich daraus für die deutsche Konzernlandschaft ergeben würden. Je enger das Verantwortlichkeitskorsett der Konzernobergesellschaft geschnürt wird, desto intensiver muss sie die Kontrolle und Einflussnahme innerhalb ihrer Tochtergesellschaften ausgestalten. Die Frage des Sanktionsdurchgriffs hat damit entscheidende Auswirkungen auf die gesamte Konzernierungspraxis in Deutschland. Es geht darum, ob es vor dem Hintergrund einer immer strenger gehandhabten Bußgeldpraxis (namentlich im europäischen Kartellrecht) künftig überhaupt noch möglich sein wird, einen Konzern dezentral zu leiten oder ob nicht das Sanktionsrisiko die Konzernspitze dazu zwingt, sich um eine aktive Konzernleitung zu bemühen. Die Problematik des Sanktionsdurchgriffs ist damit nicht nur dogmatisch von höchstem Interesse, sondern vielmehr hat sie unmittelbare Folgen für die Unternehmenspraxis.

Berührt der Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund verschiedene Rechtsgebiete, war den hierbei auftauchenden Fragestellungen gleichermaßen durch Gesellschafts- wie durch Strafrechtler nachzugehen. Denn wenn etwaige Garantenpflichten einer Konzernobergesellschaft ausschließlich über den Trans-

⁴ Vgl. Fallberichterstattung Bundeskartellamt – B1-200/06 – „Bußgeldverfahren gegen Unternehmen der Tondachziegelbranche“, abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Kartell/Kartell09/Fallberichte/B1-200-06-Fallbeschreibung.pdf> (zuletzt abgerufen am 13.08.2013). Details finden sich ebenfalls im Tätigkeitsbericht 2007/2008, BT-Drucks. 16/13500, S. 83. Eine ausführliche Darstellung des Sachverhalts findet sich bei *J. Koch*, AG 2009, 564 (565). Näher zum Verfahren auch *Wiesenack/Klein*, in diesem Band, IV.2.a).

missionsriemen zivilrechtlicher Kontroll- und Organisationspflichten in das Strafrecht transportiert werden können, liegt es auf der Hand, dass es hier einer sorgsamten Abstimmung beider Materien bedarf. Bedenkt man überdies, wie schwer sich die Dogmatik selbst bei der in der Sache vergleichsweise unkomplizierteren Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers in einer Einzelgesellschaft getan hat, um die Garantenstellung zu begründen, vermag man zu erahnen, um wie viel nuancenreicher sich die Diskussion in der vielgestaltigen Welt der Unternehmensverbindungen darstellt.

Die dogmatische Perspektive wurde zudem durch eine rechtstatsächliche Perspektive arrondiert. Auf der Grundlage eines qualitativen Ansatzes wurden mittels einer explorativen Erhebung Experteninterviews geführt, die einen Einblick in das Problemfeld ermöglichten.⁵ Eine empirische Fundierung des Untersuchungsgegenstandes erschien umso dringlicher, als hier in rechtstatsächlicher Hinsicht ein blinder Fleck auszumachen ist: Weder besteht gesichertes Wissen darüber, wie Kommunikations- und Entscheidungsprozesse innerhalb eines Unternehmens horizontal und vertikal noch gar über das einzelne Unternehmen hinausgehend innerhalb eines Konzernverbundes erfolgen.⁶ Für die rechtliche Beurteilung des Sanktionsdurchgriffs sind empirische Erkenntnisse aber von zentraler Bedeutung, da die Verantwortlichkeit der Konzernmutter weitgehend davon abhängen könnte, inwiefern sie Fehlentwicklungen in ihren Tochtergesellschaften initiiert hat oder erkennen und beherrschen konnte.

An dieser Stelle sei bereits darauf hingewiesen, dass die Darstellung der empirischen Befunde einem bestimmten Schema folgt: Bei der fettgedruckten Ziffer handelt es sich um die Anonymisierung eines Interviewpartners, wobei die Zahl vor dem Bindestrich den Typ des Interviewpartners definiert (1 steht für Anwalt; 2 steht für Unternehmensvertreter; 3 steht für Aufsichtsbehörde) und die Zahl nach dem Bindestrich den konkreten Experten kennzeichnet. Die anschließenden Ziffern verweisen auf die Zeilenangaben der aus den Interviewgesprächen wörtlich erstellten Transkriptionen. Die Ziffer nach dem Stern (*) verweist auf die Seitenzahl der aus der Transkription erstellten und inhaltlich auf eine höhere Abstraktionsebene gebrachten Zusammenfassung. Die Experten 3-1 und 3-2 sind zwar Mitglieder einer Aufsichts- und Verfolgungsbehörde, wollen ihre Aussagen jedoch nicht als Statement ihrer Behörde, sondern als persönliche Äußerung verstanden wissen.

⁵ Zum methodischen Vorgehen ausführlich *Wiesenack/Klein* (Fn. 4), II.

⁶ Vgl. allerdings die Untersuchungen von *Ekkenga/Weinbrenner/Schütz*, *Der Konzern* 2005, 261 (261ff.); *Hommelhoff*, *ZHR* 156 (1992), 295 (295ff.). Auch in der (Organisations-) Soziologie wird kritisiert, dass die bisherigen Bemühungen um eine empirische Gremien- und Entscheidungsprozessforschung bislang nicht sehr weit gediehen seien, vgl. *Nullmeier/Pritzlaff/Weihe/Baumgarten*, *Entscheiden in Gremien*, 2008, S. 17ff.

1. Rechtspraktische Entwicklungen bei der Strukturierung und Organisation von Unternehmensverbünden

Eine Darstellung und Würdigung aktueller empirischer Daten,
erhoben vor dem Hintergrund der Diskussion
um den ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktionsdurchgriff

Tobias C. Wiesenack und Nico C. Klein

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	6
II.	Ausgangspunkt und methodisches Gerüst der Forschung	9
III.	Grundsätzlicher Versuch der Abschottung vor Sanktionsrisiken durch „Konzernierung“ bzw. Feststellung zumindest faktisch ausgelagerter Problemherde	13
IV.	Das Damoklesschwert des Sanktionsdurchgriffs nach dem Verständnis der Ordnungswidrigkeitenbehörden	19
	1. Sanktionsrisiken von europäischer Seite	20
	2. Sanktionsrisiken von deutscher Seite	26
	a) Die Ansicht des Bundeskartellamts und verschiedener Staatsanwaltschaften	26
	b) Dogmatische Kritikpunkte	30
V.	Risiko eines Sanktionsdurchgriffs wiederum als Triebfeder der Verbundsstrukturierung und -organisation	35
	1. Etablierung eines nachhaltigen Risikoverständnisses	35
	2. Leitungsbezogene Konsequenzen	38
	a) Spezifische Reaktionsweisen	38
	aa) Abbau bzw. Umstrukturierung von Beteiligungen	38
	bb) Rückzug aus bestimmten Sektoren oder Ländern	39
	cc) Beeinflussung des M&A Geschäfts	43
	dd) Zwischenfazit	44
	b) Entwicklung eines an den Sanktionsrisiken orientierten Leitungsverständnisses und Adaptierung der Politik der „ordentlichen“ – Compliance-bewussten – Verbundsorganisation	45
	aa) Einführung konzerndimensionaler Compliance-Systeme und der essenzielle „Tone at the Top“	45
	bb) Punktuelle Zentralisation	48
	cc) Wissen als „Waffe“ und sonstige Aspekte	52
	dd) Besonderheiten im Mittelstand	53
	ee) Zwischenfazit	54

c) Allgemeine Tendenz zur organisatorischen Zentralisation und der Fall des dezentral-zentral organisierten Verbunds	55
aa) Allgemeine Tendenz	55
bb) Der Fall des dezentral-zentral organisierten Verbunds	58
cc) Zwischenfazit	60
VI. Zur Schließung des Zirkels – Vom Risiko eines Sanktionsdurchgriffs auf wackligem dogmatischem Fundament zum provozierten verbundsweiten Informations- und Kontrollsystem und zurück zum selbstsicher vollstreckten Durchschlag nach deutschem Recht?	62
VII. Fazit und Ausblick	67

I. Einleitung

Nahezu tagtäglich ist in der Wirtschaftspresse von im Rahmen entfalteter Unternehmenstätigkeit womöglich begangenen Rechtsverstößen zu lesen; insbesondere stehen Berichte über Untersuchungen in Kartell- und Korruptionssachen an der Tagesordnung.¹ Schätzungen zufolge werden jährlich umgerechnet etwa 750 Milliarden € an Schmiergeldern gezahlt.² Und im Bereich des Kartellrechts ist mitunter von „Hardcore-Kartellen“, die „in hohem Maße wirtschafts- und sozialschädlich“ seien, die Rede.³ Außerdem beschränken sich die kriminellen Strukturen nicht auf die „üblichen verdächtigen“ Sektoren, sondern Kartelle scheinen sich in vielen verschiedenen Bereichen teils über Jahrzehnte hinweg gestrickt und verfestigt zu haben. Lässt sich schließlich ein Rechtsverstoß nach-

¹ Vgl. etwa *Höpner*, Siemens erstattet Selbstanzeige, Handelsblatt vom 16. Juli 2013, S. 21 sowie weiterführend *Busch/dens.*, Siemens droht Klage in Brasilien, Handelsblatt vom 15. August 2013, S. 23; *Busch*, Siemens gerät zwischen die Fronten, Handelsblatt vom 12. August 2013, S. 23; *dens.*, Neuer Ärger für Siemens, Handelsblatt vom 30. August bis 1. September 2013, S. 15; *Mayer-Kuckuk*, Geschenk oder Bestechung?, Handelsblatt vom 22. Juli 2013, S. 24; *dens.*, Peking lädt Manager vor, Handelsblatt vom 28. August 2013, S. 16; *Anger*, Die Schmiergeld-Falle, Handelsblatt vom 20. August 2013, S. 11; *Murphy*, Schrecken ohne Ende, Handelsblatt vom 24. Juni 2013, S. 14f.; *Herz*, BHP Billiton stellt sich auf US-Strafe ein – Behörden ermitteln wegen Korruption, Handelsblatt vom 19. August 2013, S. 21; *Iwersen*, Der ungehörte Warnruf von Mister Y, Handelsblatt vom 27. Juni 2013, S. 1 und 16f.; *Kapalschinski*, Bierbrauer unter Verdacht, Handelsblatt vom 20. August 2013, S. 16; *slo/Reuters*, Glaxo räumt Fehler in China ein, Handelsblatt vom 23. Juli 2013, S. 19; *Reuters*, EU-Kartellstrafen gegen Autozulieferer, Handelsblatt vom 8. Juli 2013, S. 20; *Reuters*, Thyssen-Krupp muss zahlen, Handelsblatt vom 24. Juli 2013, S. 23; *Ludwig/Hanke/Wocher*, EU-Kartellwächter nehmen sich Telekomkonzerne vor, Handelsblatt vom 12./13./14. Juli 2013, S. 17; *Buchenau*, Kartellamt durchsucht Zulieferer, Handelsblatt vom 26. September 2013, S. 14; vgl. außerdem *Brüggmann*, Chamäleon mit Rückgrat, Handelsblatt vom 24. September 2013, S. 17, der davon berichtet, dass die Beratungsgesellschaft KPMG für das Jahr 2012 insgesamt 675.000 registrierte Fälle von Wirtschaftskriminalität ermittelt habe (dazu gehören freilich auch Delikte wie z. B. Diebstahl, Betrug oder Unterschlagung, die nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind); vgl. hierzu auch *Mersch*, Diebstahl, Betrug und Unterschlagung nehmen auch bei Mittelständlern zu, Handelsblatt vom 10. Oktober 2013, S. 42.

² *Anger*, Die Schmiergeld-Falle, Handelsblatt vom 20. August 2013, S. 11.

³ Vgl. *Mundt* (Präsident des Bundeskartellamts), zit. nach *Fockenbrock/Stratmann*, „Wir brauchen die Abschreckung“, Handelsblatt (online) vom 29.03.2010, abrufbar unter <http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/kartellamtschef-andreas-mundt-wir-brauchen-die-abschreckung/3400646.html> (zuletzt abgerufen am 12.10.2013).

weisen, kann dies nicht nur für die beteiligten natürlichen Personen gravierende Konsequenzen haben; vielmehr ist es mittlerweile Gang und Gäbe, dass auch die Unternehmen selbst – in steigender Form – in das Visier der Verfolgungsbehörden geraten.⁴ Ein Vergleich von Unternehmenswirklichkeit und deutschem Gesellschaftsrecht zeigt nun weiterhin, dass gerade im Bereich der Kapitalgesellschaften der gesetzliche Normalfall der Einzelgesellschaft zum rechtstatsächlichen Ausnahmefall herangewachsen ist. Angenommen wird, dass rund drei Viertel aller Aktiengesellschaften und etwa die Hälfte aller Gesellschaften mbH in Konzerne eingebunden sind und dieses Phänomen dürfte sich über die Ländergrenzen hinweg fortspinnen.⁵ Insofern stellt sich die Frage, ob man in einem solchen Verbund die regelmäßig solventere bzw. liquidere Muttergesellschaft mittels eines Sanktionsdurchgriffs bebußen kann, wenn ihr bzw. ihren Organen lediglich ein passiv-dulndendes Verhalten oder gar ausschließlich reine Unwissenheit und Untätigkeit hinsichtlich sich in der Sphäre einer Tochtergesellschaft entwickelnder Rechtsverstöße angelastet werden kann.

Im Kompetenzbereich der europäischen Wettbewerbshüter werden regelmäßig eindrucksvolle Verbandsgeldbußen verhängt, die sich auf die Figur der sog. „wirtschaftlichen Einheit“ stützen. Im sog. *Autoglaskartell* ist etwa ein Bußgeld in Höhe von 1,38 Milliarden € erlassen worden.⁶ Ähnliche Größenordnungen hatten der Chiphersteller *Intel* mit 1,06 Milliarden € und US-Softwaregigant *Microsoft* mit 860 Millionen € hinzunehmen.⁷ Auch das Bundeskartellamt hat hierzulande inzwischen die Macht, gegen Gesellschaften Geldbußen im dreistelligen Millionen- oder gar im Milliardenbereich zu verhängen. Jüngst wurden etwa entsprechende Bußgelder von 380 Millionen € im sog. *Zementkartell* rechtskräftig.⁸ Von besonderer Bedeutung für das vorliegende Forschungsprojekt ist indes der Fall *Etex*, in dem das Bundeskartellamt erstmals zur Frage nach der Möglichkeit eines Sanktionsdurchgriffs auf die Muttergesellschaft nach deutschem Recht Stellung bezog und diese mit dogmatisch fragwürdigen Argumenten bejahte, indem es eine Sanktionierung über den allgemeinen ordnungswidrigkeitenrechtli-

⁴ Theile, in: Esser/Jäger/Günther/u. a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag, 2013, S. 489 (490f.).

⁵ Altmeyden, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2010, Einl. §§ 291ff. Rn. 19.

⁶ Den „Löwenanteil“ trug hierbei der französische Konzern *St. Gobain* mit einem Bußgeld von 896 Millionen €; vgl. FAZ (online), Milliarden-Rekordstrafe gegen Autoglas-Kartell, vom 12.08.2008, abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/illegale-preis-absprachen-milliarden-rekordstrafe-gegen-autoglas-kartell-1610191.html> (zuletzt abgerufen am 10.07.2013).

⁷ Vgl. Spiegel-Online, Wettbewerbsverstöße: EU verdonnert Intel zu Rekord-Kartellstrafe, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/wirtschaft/wettbewerbsverstoesse-eu-verdonnert-intel-zu-rekord-kartellstrafe-a-624505.html> (zuletzt abgerufen am 10.07.2013) sowie Focus (online), Microsoft muss Kartell-Strafe zahlen, abrufbar unter http://www.focus.de/finanzen/news/unternehmen/urteil-des-eu-gerichts-microsoft-muss-kartell-strafe-zahlen_aid_773551.html (zuletzt abgerufen am 10.07.2013).

⁸ Vgl. die Pressemitteilung des Bundeskartellamtes vom 10.04.2013, abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/aktuelles/presse/2013_04_10.php (zuletzt abgerufen am 10.07.2013).

chen § 130 OWiG für möglich erachtete. Neben der entstandenen kartellrechtlichen Bußgeldkeule, die sich gegen eine rechtlich selbständige und sich womöglich rein passiv verhaltende Muttergesellschaft schwingen lassen können soll, dürfen die nicht weniger bedeutsamen korruptionsrechtlich geprägten Fälle wie *Siemens* oder *MAN* nicht vergessen werden. Auch hier ergingen, ohne nähere dogmatische Begründung, Geldbußen an Konzernober- bzw. Konzernzwischenengesellschaften und zwar im jeweils dreistelligen Millionenbereich.⁹ Die Konstruktion über dem allgemeinen ordnungswidrigkeitenrechtlichen § 130 OWiG wurde deshalb in diesem Sammelband einer eingehenden Untersuchung unterzogen. Die Krux an der Geschichte ist das nicht immer leicht miteinander zu arrangierende Zusammenspiel von (vermeintlichen) rechtspraktischen Gegebenheiten, rechtspolitischen Bestrebungen und schließlich deren etwaiger sachgerechter rechtstechnischer Umsetzung, freilich von zuständiger Stelle.

Der vorliegende Beitrag soll vor diesem Hintergrund die rechtspraktischen Gegebenheiten und Entwicklungen bei der Strukturierung und Organisation von Unternehmensverbünden aufarbeiten, um Tendenzen aufzeigen und etwaige Rückschlüsse auf die rechtliche Diskussion ziehen zu können. Die zugrundeliegenden empirischen Daten gehen auf einen Teilaspekt der Forschung des Verfassers *Wiesenack* zurück und wurden im Rahmen des DFG-Forschungsprojekts erhoben. Systematisierung, Darstellung und Würdigung der im Rahmen des vorliegenden Beitrags genutzten Daten entsprangen hingegen einem Gemeinschaftsprojekt der beiden Verfasser. Die Untersuchung wird, nachdem Ausgangspunkt und methodisches Grundgerüst der Forschung erläutert wurden (II.), zunächst der Frage nachgehen, ob in den deutschen Unternehmensverbünden traditionell der Versuch auszumachen ist bzw. war, durch „Konzernierung“ eine Abschottung vor Sanktionsrisiken zu schaffen (III.). So einfach die Frage klingen mag, wird sich doch erweisen, dass lediglich eine gestaffelte Antwort der Sachlage Rechnung tragen kann. Sodann sollen die Konsequenzen des in der Sanktionierungspraxis der europäischen und deutschen Kartellwächter sowie einiger Staatsanwaltschaften angewandten Sanktionsdurchgriffs (IV.) auf die Strukturierung und Organisation von Verbünden näher untersucht werden (V.). Die Entwicklungen in diesem Bereich scheinen ebenso tief- und weitgreifend wie nachhaltig zu sein, was eine eingehende Darstellung und Analyse erforderlich macht. Im Anschluss hieran wird näher ausgeleuchtet werden, ob und welche Rückschlüsse sich aus diesen rechtspraktischen Entwicklung auf die dogmatische Untermauerung eines potenziellen Sanktionsdurchgriffs nach derzeitiger Rechtslage ziehen lassen (VI.). In mehrerlei Hinsicht liegt hier der Einwand eines bedenklichen Zirkelschlusses nicht fern, wie aufgezeigt werden wird. Ein ausführlicher Ausblick auf die weitere Entwicklung sowie einige grundlegende Überlegungen zur Gesamtdiskussion runden den Beitrag ab (VII.).

⁹ Vgl. etwa *Lutter*, in: Habersack/Hommelhoff/Altmeyden/et al. (Hrsg.), Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag, 2011, S. 289 (290f.); *Grundmeier*, Rechtspflicht zur Compliance im Konzern, 2011, S. 9ff.; zu *Siemens* vgl. außerdem *Moosmayer*, Compliance, 2. Aufl. 2012, S. 13.

II. Ausgangspunkt und methodisches Gerüst der Forschung

Zunächst ist festzuhalten, dass das zu beschreitende Gesamtforschungsfeld durch einen stark defizitären empirischen Erkenntnisstand gekennzeichnet ist.¹⁰ Eine quantitative Forschungsstrategie zu verfolgen, würde voraussetzen, dass der rechtstatsächliche Untersuchungsgegenstand in seinen Grundzügen klarer umrissen ist; denn ein Vorgehen mit spezifischer Komplexitätsreduktion und Standardisierung auf Ebene der Datenerhebung erfordert umfangreiche Vorarbeiten.¹¹ Nach *Gläser/Laudel* „müsste man den Fall gewissermaßen schon kennen, ehe man ihn mit standardisierten Methoden detailliert untersuchen kann“.¹² Mit hin lässt sich an dieser Stelle bereits ausmachen, dass sich eine empirische Untersuchung des Gegenstandes mit all seinen vor- und nachgelagerten Bezügen zunächst auch der nicht wesentlich bekannten Grundzüge des sozialen Phänomens widmen muss, insofern also ein qualitativer Forschungsansatz vorzugswürdig erscheint.¹³ Löst man außerdem für einen Augenblick den Fokus vom speziellen Untersuchungsgegenstand und blickt auf den Gesamtbereich der Wirtschaftskriminalität,¹⁴ so erhärtet sich die Annahme eines vorzugswürdigen qualitativ-empirischen Vorgehens. Der Dunkelfeldforschung innerhalb der Wirtschaftskriminalität stellen sich denn erhebliche Schwierigkeiten und Hindernisse in den Weg.¹⁵ Gerade Außenstehenden ist der Einblick in wesentliche Bereiche der sanktionsrechtlich relevanten wirtschaftlichen Vorgänge versperrt und standardisierte Erhebungen haben mit fehlender Auskunftsbereitschaft zu kämpfen, die sich schlicht auch in enttäuschend geringen Rücklaufquoten widerspiegelt.¹⁶ *Boers* spricht mit Blick auf die Wirtschaftskriminalität gar von einem „blinden Fleck“.¹⁷ In diesem Bereich angesiedelte Untersuchungen sind deshalb maßgeblich auf In-

¹⁰ Insbesondere konnten weder die Allgemeine Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS), das vom BKA veröffentlichte Kriminalitätslagebild, die Strafverfolgungsstatistik (SVS) oder die Staatsanwaltschaftsstatistik nutzbringend eingesetzt werden. Auf Grund der Ausgestaltung als reine Verfahrens- und Personenstatistiken sind hierin keine Aussagen mit „Unternehmensbezug“ enthalten, sodass insgesamt keine Rückschlüsse auf den komplexen Bereich der Sanktionierung von „Unternehmen im Konzern“ möglich waren. Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Theile*, Wirtschaftskriminalität und Strafverfahren, 2009, S. 109 sowie *Karliczek*, Strukturelle Bedingungen von Wirtschaftskriminalität, 2007, S. 37; vgl. zudem *Eisele/Koch/Theile*, in diesem Band, Einführung.

¹¹ *Theile* (Fn. 10), S. 109; *Gläser/Laudel*, Experteninterviews, 3. Aufl. 2009, S. 27.

¹² Siehe *Gläser/Laudel* (Fn. 11), S. 27.

¹³ Vgl. *Theile* (Fn. 10), S. 109; vgl. in diesem Zusammenhang auch *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, 11. Aufl. 2010, S. 20; *Flick*, Qualitative Sozialforschung, 3. Aufl. 2010, S. 41.

¹⁴ Insgesamt wird auch die Verletzung der einschlägigen Tatbestände des Ordnungswidrigkeitenrechts zur Wirtschaftskriminalität gezählt; vgl. *B. Meier*, Kriminologie, 4. Aufl. 2010, § 11 Rn. 1 ff. und 13.

¹⁵ Hierzu etwa *Eisenberg*, Kriminologie, 6. Aufl. 2005, § 47 Rn. 8; *B. Meier* (Fn. 14), § 11 Rn. 14a; *Theile* (Fn. 10), S. 109; *Karliczek* (Fn. 10), S. 37.

¹⁶ *B. Meier* (Fn. 14), § 11 Rn. 14a; *Theile* (Fn. 10), S. 109; *Eisenberg* (Fn. 15), § 47 Rn. 8; siehe zudem *Karliczek* (Fn. 10), S. 37 Fn. 126 m. w. N. (beispielhafte Rücklaufquoten in Höhe von 5,1 % oder 13 %). *Sack* spricht sogar davon, „dass das Insistieren auf einem quantitativen Ansatz im Bereich der Wirtschaftskriminalität einer wissenschaftlichen ‚Selbstfesselung‘ gleichkäme“, vgl. bei *Theile* (Fn. 10), S. 109 Fn. 294 m. w. N.

¹⁷ *Boers*, MSchrK 2001, 335 (335 ff.).

formationen von Insidern angewiesen,¹⁸ die mit einem qualitativ-empirischen Ansatz eher zu erlangen sind. Hinzu kommt, dass mit einem solchen Ansatz sichergestellt werden kann, dass die Entscheider und Lenker, also die eigentlichen Insider, als Antwortgeber auch tatsächlich fungieren und nicht ein „lästiger“ Fragebogen von irgendeinem Mitarbeiter ausgefüllt wird.

Auf Grundlage dieser Vorüberlegungen wurde das Forschungsvorhaben sodann an der von *Glaser/Strauss* entwickelten *Grounded Theory* ausgerichtet.¹⁹ Ein qualitatives Forschungsvorhaben lebt mitunter von dem Vorteil, auch während des Forschungsprozesses gewonnene Erkenntnisse in die Untersuchung einfließen lassen zu können, um so wissenschaftliche Überlegungen und daraus entwickelte Vorannahmen oder Leitgedanken und bestehende Hypothesen weiterentwickeln, korrigieren oder verwerfen zu können.²⁰ Diese Vorteile können mit der *Grounded Theory* und deren prozessualer Umsetzung in Form des *Theoretical Samplings* erzielt werden, durch das sie erst zu einer methodologischen Gesamtkonzeption heranwächst.²¹ Die *Grounded Theory* beschränkt sich nicht darauf, bereits bestehende Theorien zu verifizieren, sondern ihr Kernanliegen ist es gerade, neue Theorien zu entwickeln, die auf der Grundlage des gewonnenen Datenmaterials planvoll und systematisch zu generieren sind.²² Als Theorie gilt insoweit das, was ein soziales Phänomen erklärt oder vorher-sagt.²³ Unter *Theoretical Sampling* verstehen *Glaser/Strauss* sodann den auf die Generierung von Theorien zielenden Arbeitsprozess der Datenerhebung, wobei „der Forscher seine Daten parallel erhebt, kodiert und analysiert sowie darüber entscheidet, welche Daten als nächstes erhoben werden sollen und wo sie zu finden sind“.²⁴

Der empirische Zugang wurde schließlich in Anlehnung an die von *Meuser/Nagel* entwickelte soziologische Kategorie des Experteninterviews geschaffen.²⁵ Im Laufe des Forschungsprojekts wurden insgesamt zwölf ausführliche Interviews geführt, hiervon zwei als sog. Doppelinterviews, so dass insgesamt 14 Experten aus der Praxis ihre Erfahrung und ihr Wissen einbrachten. Für die Einstufung als Experte wurde an das „Sonderwissen“ einer Person angeknüpft, die im Gegensatz zum Allgemein- oder Alltagswissen über im relevanten Forschungsfeld komplex integrierte, beruflich konstitutiv vermittelte Wissensbestände verfügt. Der Experte wurde insofern über sein berufliches Expertenwissen definiert.²⁶ Da der Untersuchungsgegenstand das „Innenleben“ von Konzernen bzw. Leitungsfragen unter ordnungswidrigkeiten- oder gar strafrechtlich

¹⁸ *Eisenberg* (Fn. 15), § 47 Rn. 8.

¹⁹ Zum Gesamten *Glaser/Strauss*, *Grounded Theory*, 1998, S. 11ff.

²⁰ Vgl. *Lamnek*, *Qualitative Sozialforschung*, 4. Aufl. 2005, S. 100ff. und 109f.

²¹ Vgl. *Theile* (Fn. 10), S. 113; *Karliczek* (Fn. 10), S. 38.

²² *Glaser/Strauss* (Fn. 19), S. 11ff., 38 und 48.

²³ Zur Definition *Glaser/Strauss* (Fn. 19), S. 41 Fn. 22 sowie S. 51.

²⁴ *Glaser/Strauss* (Fn. 19), S. 53.

²⁵ Zum Gesamten *Meuser/Nagel*, in: *Bogner/Littig/Menz* (Hrsg.), *Das Experteninterview*, 2. Aufl. 2005, S. 71 (71ff.).

²⁶ Zum Gesamten siehe *Bogner/Menz*, in: *Bogner/Littig/Menz* (Hrsg.), *Das Experteninterview*, 2. Aufl. 2005, S. 33 (41ff. m. w. N.).

relevanten Aspekten betraf, war mit Schwierigkeiten des Feldzugangs zu rechnen.²⁷ Deshalb wurde, um in das Forschungsfeld zu gelangen, ein Feldzugang aus verschiedenen Richtungen angestrebt. Erstens sollte sich dem Thema über die Unternehmen selbst genähert werden. Im Laufe der Untersuchung gelang es hierbei, ein Spektrum an Interviewpartnern abzudecken, das bei der vorliegenden Untersuchungsgruppe börsennotierter Unternehmen sowohl Vorstände als auch Leiter konzernweiter Rechtsabteilungen, der Konzernrevision oder der für Konzernorganisation zuständigen Abteilungen umfasste. Zudem konnte mit Führungskräften gesprochen werden, die aufgabenmäßig mit dem Thema konzerndimensionaler Compliance betraut waren, teilweise auch in einer Doppelfunktion. Als zweite Expertenkatgorie konnten Vertreter renommierter Anwaltskanzleien gewonnen werden, die in dem in den letzten Jahren boomenden Gebiet der Compliance bzw. der „Unternehmenssanktionierung“ tätig waren und nicht nur auf einen reichhaltigen Erfahrungsschatz zurückgreifen konnten, sondern vor allem auch über einen den einzelnen Fall bzw. Unternehmensverbund hinausgehenden Gesamtüberblick verfügten. Einen dritten Blickwinkel versprachen die Interviews mit Mitarbeitern von Aufsichts- und Verfolgungsbehörden, die gleichermaßen einen Gesamtüberblick über das Feld hatten und die Perspektive der zuständigen Behörden im Bereich eines möglichen Sanktionsdurchgriffs einbringen konnten.²⁸ Die Interviews wurden dynamisch, aber problemzentriert geführt und dabei durch einen den Gesprächsverlauf stabilisierenden Leitfaden unterstützt.²⁹

Die digital aufgezeichneten Gespräche mit den Experten wurden im Anschluss wörtlich transkribiert und anonymisiert.³⁰ Zur ausführlichen interpretativen Auswertung entstand so eine vollständige Textfassung des verbal erhobenen Materials.³¹ Die neben der Interviewerhebung durchgeführte Auswertung der Daten fand mit Hilfe der von Mayring vorgeschlagenen Methode der „zusammenfassenden qualitativen Inhaltsanalyse“ statt.³² Im Groben ging es bei der Analyse der Daten darum, das Material der einzelnen Interviews sukzessive zu reduzieren und auf eine höhere Abstraktionsebene zu bringen.³³ Hierzu

²⁷ Zu Zugangsschwierigkeiten im Bereich der Wirtschaftskriminalität siehe insb. Boers, MSchrK 2001, 335 (335ff.).

²⁸ Der Zugang zu den Aufsichtsbehörden stellte sich für die vorliegende Untersuchung jedoch als äußerst schwierig heraus. Von den angeschriebenen (Schwerpunkt-)Staatsanwaltschaften erklärte sich nur ein Vertreter zu einem Interview bereit. Die restlichen Vertreter lehnten unter Hinweis auf a.) laufende Verfahren in diesem Bereich, b.) Ressourcenmangel oder c.) der Selbsteinordnung als „Nicht-Experte“ ein Experteninterview ab.

²⁹ Vgl. hierzu insb. Karliczek (Fn. 10), S. 44; Theile (Fn. 10), S. 115; zum diesbezüglichen Standard auch Trinczek, in: Bogner/Littig/Menz (Hrsg.), Das Experteninterview, 2. Aufl. 2005, S. 209 (209 Fn. 2); zu den Vorteilen, vgl. Meuser/Nagel (Fn. 25), S. 71 (77ff.); weiterführend außerdem Gläser/Laudel (Fn. 11), S. 142.

³⁰ Vgl. hierzu Kuckartz, Qualitative Inhaltsanalyse, 2012, S. 138.

³¹ Vgl. Mayring, Einführung in die qualitative Sozialforschung, 5. Aufl. 2002, S. 89.

³² Vgl. Mayring (Fn. 31), S. 114ff.; dens. (Fn. 13), S. 48ff.; hierzu auch Kuckartz (Fn. 30), S. 52ff.

³³ Vgl. Mayring (Fn. 31), S. 115; ebenso Theile (Fn. 10), S. 116; ähnlich Lammeke (Fn. 20), S. 403f.

wurden die Transkriptionen mit zunächst rechtstheoretisch geleiteten und später am empirischen Material selbst entwickelten Kategorien³⁴ Schritt für Schritt analysiert³⁵ und so schließlich in ausformulierten Interviewzusammenfassungen systematisch aufgearbeitet.³⁶ Da sich die Dauer der Interviews in einem Zeitfenster von 60 bis 140 Minuten bewegte, was einem Transkriptionsumfang von 20 bis 40 Seiten entsprach, wurde in Anbetracht dieser noch handhabbaren Datenmenge von einer computerunterstützten Kodierung, etwa mit Hilfe des Programms *Win-Max-QDA*, abgesehen und die systematische Kategorisierung vielmehr manuell durchgeführt.³⁷ Die analytische Nähe zum Material konnte hierdurch entscheidend beeinflusst werden, was nicht zuletzt für die weitere Darstellung und Würdigung der empirischen Daten von maßgeblichem Vorteil ist. Zwischenergebnis der Analyse waren Interviewzusammenfassungen, die in einem „überschaubaren Corpus“ ein „Abbild des Grundmaterials“ darstellen.³⁸ In einem weiteren Abstraktionsschritt wurde in Form einer generalisierenden Analyse nach Kongruenzen und Divergenzen der einzelnen Interviews gesucht.³⁹ Die hieraus entstandene Generalzusammenfassung bildet das Hauptarbeitsmittel der Darstellung und Würdigung der empirischen Befunde, die sich im folgenden Beitrag freilich lediglich auf ein bestimmtes Feld der gesamten empirischen Forschung beschränkt.⁴⁰

Es bleibt zu klären, wie die Interviewbefunde im Hinblick auf die Gütekriterien empirischer Sozialforschung zu beurteilen sind. Hierbei kann man sich an den von *Kuckartz* eingesetzten Termini orientieren, der zwischen interner Studiengüte (Zuverlässigkeit, Glaubwürdigkeit und Verlässlichkeit des gesamten Forschungsprozesses) und externer Studiengüte (Übertragbarkeit und Verallge-

³⁴ Gearbeitet wurde hierbei mit inhaltlichen, analytischen und natürlichen Kategorien; vgl. insb. *Kuckartz* (Fn. 30), S. 43f.; zum Begriff der „Kategorie“ im Datenaufbereitungs- und Auswertungsprozess vgl. *dens.* (Fn. 30), S. 40ff. und 45f.

³⁵ Vgl. *Mayring* (Fn. 31), S. 114; zum Vorgehen näher *Kuckartz* (Fn. 30), S. 63ff. und 79ff.

³⁶ Vgl. *Mayring* (Fn. 31), S. 99, 137. Die Interviewzusammenfassung weist insbesondere Ähnlichkeit zu der von *Kuckartz* beschriebenen Fallzusammenfassung auf, spiegelt aber auch Aspekte der fallbezogenen thematischen Zusammenfassung wieder; vgl. *Kuckartz* (Fn. 30), S. 55ff. und 89ff.

³⁷ Die Transkriptionen konnten so von einem Umfang von 350 Seiten auf Zusammenfassungen mit einem Umfang von 220 Seiten verkürzt werden.

³⁸ Vgl. *Mayring* (Fn. 31), S. 115; *Mayring* (Fn. 13), S. 65.

³⁹ Vgl. *Lammek* (Fn. 20), S. 404; *Meuser/Nagel* (Fn. 25), S. 71 (80).

⁴⁰ Die Darstellung der empirischen Befunde folgt einem bestimmten Schema: Bei der fettgedruckten Ziffer handelt es sich um die Anonymisierung eines Interviewpartners, wobei die Zahl vor dem Bindestrich den Typ des Interviewpartners definiert (1 steht für Anwalt; 2 steht für Unternehmensvertreter; 3 steht für Aufsichtsbehörde) und die Zahl nach dem Bindestrich den konkreten Experten kennzeichnet. Die anschließenden Ziffern verweisen auf die Zeilenangaben der aus den Interviewgesprächen wörtlich erstellten Transkriptionen. Die Ziffer nach dem Stern (*) verweist auf die Seitenzahl der aus der Transkription erstellten und inhaltlich auf eine höhere Abstraktionsebene gebrachten Zusammenfassung. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass die Experten 3-1 sowie 3-2 zwar Mitglieder einer Aufsichts- und Verfolgungsbehörde sind, ihre Aussagen jedoch nicht als Statement ihrer Behörde, sondern als persönliche Äußerung verstanden wissen wollen (so 3-1 30–33 *2; 3-2 35–36 *3).