



Richard Stäuber\*

## Kartellrechtliche Konzernhaftung und ihre Bedeutung für Unternehmenstransaktionen

### Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Die Verantwortlichkeit für Kartellrechtsverstöße im Konzern
  1. Hintergrund
  2. Konzernhaftung nach europäischem Recht
  3. Konzernhaftung nach schweizerischem Recht
  4. Fazit
- III. Anwendung der Konzernhaftung bei Unternehmenstransaktionen
  1. Vorbemerkung
  2. Kontrollwechsel über eine fehlbare Gesellschaft (*Share Deal*)
    - 2.1 Veränderung des Basisbetrags einer Sanktion
    - 2.2 Sanktionserhöhung wegen wiederholten Verstosses
    - 2.3 Sanktionserhöhung zur Abschreckung
    - 2.4 Sanktionsreduktion aufgrund der Bonusregelung
    - 2.5 Fazit
  3. Übertragung von Vermögenswerten (*Asset Deal*)
  4. Kartellrechtsverstoss einer ehemaligen Konzerngesellschaft
- IV. Folgerungen für Unternehmenstransaktionen
  1. Vorbemerkung
  2. Zuweisung von Sanktionsrisiken
  3. Antizipierung möglicher Selbstanzeigen

### I. Einführung

Ende letzten Jahres bestätigte das Bundesgericht eine Sanktion der schweizerischen Wettbewerbskommission (WEKO) gegen Swisscom AG und ihre Tochtergesellschaft Swisscom (Schweiz) AG von rund CHF 186 Mio. wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung in den Jahren 2004 bis 2007.<sup>1</sup> Das Urteil gibt Anlass für einige Überlegungen zur kartellrechtlichen Konzernhaftung und deren Bedeutung für Unternehmenstransaktionen. Am Vorgehen gegen Swisscom zeigt sich in diesem Zusammenhang ein Doppeltes: *Erstens* kann die Sanktion für einen Kartellrechtsverstoss einer Mehrzahl von Konzerngesellschaften auferlegt werden. Die Haftung für Kartellrechtsverstöße im Konzern folgt nicht einer zivilrechtlichen, sondern einer spezifisch kartellrechtlichen Konzeption. Diese kann, wie noch darzustellen

sein wird, zu teilweise deutlich abweichenden Ergebnissen in Form von Haftungserweiterungen und -erhöhungen führen. *Zweitens* können sowohl der Verstoss als auch dessen behördliche und gerichtliche Beurteilung sehr lange dauern. So können zwischen (Beginn der) Verletzung und (Rechtskraft der) Sanktion erhebliche Zeiträume von nicht nur Jahren, sondern Jahrzehnten liegen.<sup>2</sup> Damit fragt sich, welche Auswirkungen Unternehmenstransaktionen in diesen Zeiträumen auf die kartellrechtliche Haftung – die Identität der haftenden Gesellschaft(en) und die Höhe der Sanktion – haben.

Diese Fragen wurden durch die schweizerische Praxis bislang nicht geklärt<sup>3</sup> und in der Lehre erst teilweise behandelt.<sup>4</sup> Zur Schliessung dieser Lücke möchte vorliegender Artikel einen Beitrag leisten. Dazu werden nachfolgend zuerst die Grundsätze der kartellrechtlichen Konzernhaftung dargestellt (Ziff. II). Sodann wird die Anwendung dieser Grundsätze bei Unternehmenstransaktionen diskutiert (Ziff. III). Abschliessend werden Folgerungen für Unternehmenstransaktionen gezogen (Ziff. IV).

Die Darstellung geht neben dem schweizerischen auch auf das europäische Kartellrecht ein, das regelmässig als

<sup>2</sup> Dies trifft in noch gesteigertem Ausmass für Verfahren der Europäischen Kommission zu. So sanktionierte sie etwa in den Jahren 2016 und 2017 die Lastwagenhersteller MAN, Daimler, DAF, Iveco, Volvo/Renault und Scania wegen kartellrechtswidriger Absprachen in den Jahren 1997 bis 2011 (Europäische Kommission, 39824 – *Trucks*).

<sup>3</sup> Ausführungen finden sich in einem kürzlich ergangenen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018 – *Zugang zu Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC)*, Rz. 56–65 – nicht rechtskräftig). In jenem Fall blieb die Konzernzuordnung der fehlbaren Gesellschaft allerdings unverändert (a.a.O., Rz. 68). Die Ausführungen zur vorliegend behandelten Frage nach den Auswirkungen eines Wechsels der Unternehmensgruppe auf die Haftung für Kartellrechtsbussen (a.a.O., Rz. 63) sind daher lediglich *obiter dicta*.

<sup>4</sup> Auswirkungen von Veränderungen der Konzernstruktur auf die Haftung für Kartellrechtsbussen werden diskutiert bei RALF MICHAEL STRAUB, *Der Konzern als Kartellrechtssubjekt*, in: Grolimund/Koller/Loacker/Portmann (Hrsg.), *Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag*, 2018, 1269 ff., 1295 ff. Die dortigen Ausführungen einschliesslich der eingeführten Begrifflichkeiten decken sich mit den Ausführungen des BVGer im vorerwähnten Urteil (FN 3), bei dem der Autor des Beitrags als Gerichtsschreiber fungierte.

\* Dr. iur. Richard Stäuber, LL.M., Rechtsanwalt, Homburger AG, Zürich. Ich danke PD Dr. iur. Daniel Häusermann, LL.M. für die Durchsicht des Manuskripts und hilfreiche Kommentare. Für den Inhalt des Artikels bin ich alleine verantwortlich.

<sup>1</sup> BGER 2C\_985/2015 vom 9.12.2019 – *Preispolitik Swisscom ADSL*.

Gesichtspunkt bei der Auslegung des schweizerischen Rechts herangezogen wird.<sup>5</sup> Nach europäischem Recht liegt denn auch – im Gegensatz zum schweizerischen Recht – bereits (veröffentlichte) Fallpraxis zu den Auswirkungen von Unternehmenstransaktionen auf Kartellrechtsbussen vor.<sup>6</sup>

## II. Die Verantwortlichkeit für Kartellrechtsverstösse im Konzern

### 1. Hintergrund

Der Konzern ist ein Kind der Rechtswirklichkeit. Im weitesten Sinn wird hierunter eine Zusammenfassung verschiedener rechtlich selbständiger Gesellschaften zu einer wirtschaftlichen Einheit verstanden. Die Schweiz besitzt kein kodifiziertes Konzernrecht, sondern der Konzern ist lediglich punktuell und über verschiedene Teilrechtsgebiete hinweg geregelt.<sup>7</sup> Eine begriffliche Erfassung findet sich im Rechnungslegungsrecht (Art. 963 OR), wonach eine wirtschaftliche Einheit und damit ein Konzern vorliegt, wenn eine juristische Person ein anderes Unternehmen kontrolliert.<sup>8</sup> Im Unterschied zum früheren, bis 2012 geltenden Rechnungslegungsrecht ist für das Vorliegen eines Konzerns eine einheitliche Leitung nicht vorausgesetzt, sondern es genügt die Möglichkeit, einen beherrschenden Einfluss auszuüben (Übergang vom Leitungs- zum Kontrollprinzip).<sup>9</sup> Bei der rechtlichen Erfassung des Konzerns – und insbesondere der Haftung im Konzern – ist zwischen einer zivilrechtlichen und einer kartellrechtlichen Sichtweise zu unterscheiden. Diese folgen grundlegend anderen Konzepten.<sup>10</sup>

Das *Zivilrecht* (einschliesslich des Gesellschaftsrechts) ist vom Trennungsprinzip geprägt. Träger von Rechten und Pflichten sind natürliche und juristische Personen, nicht aber der Konzern. Zivilrechtlich haftet eine Konzerngesellschaft daher grundsätzlich nicht für die Schulden anderer Konzerngesellschaften. Insbesondere muss eine Muttergesellschaft nicht für die Verbindlichkeiten ihrer Tochtergesellschaften einstehen. Das Trennungsprinzip wird nur durchbrochen, wenn im Einzelfall ein besonderer Rechtsgrund für eine Haftung anderer Konzerngesellschaften besteht. Eine solche Anspruchsgrundlage kann vertraglicher Natur sein (beispielsweise in Form eines Schuldbeitritts) oder im Verantwortlichkeitsrecht begründet liegen. Zudem kann die Anspruchsgrundlage aus den bundesgerichtlichen Regeln zur Haftung für erwecktes Konzernvertrauen (Vertrauenshaftung) folgen.<sup>11</sup>

Im *Kartellrecht* gilt demgegenüber eine wirtschaftliche Betrachtungsweise. Adressaten des Kartellrechts sind nicht natürliche und juristische Personen, sondern Unternehmen. Dies ergibt sich direkt aus dem Gesetzeswortlaut: Das Kartellgesetz verwendet nicht die Begriffe Gesellschaft oder Person, sondern regelmässig den Begriff des Unternehmens, sowohl beim Geltungsbereich (Art. 2 KG), bei den materiellen Vorschriften (Art. 5 und 7 KG) als auch im Sanktionsrecht (Art. 49a KG). Unternehmen sind in Art. 2 Abs. 1 bis KG definiert als «sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform». Eine eigene Rechtspersönlichkeit ist nicht vorausgesetzt, sondern massgeblich ist allein die wirtschaftlich selbständige Teilnahme am Wirtschaftsprozess. Damit gilt im schweizerischen Recht ein funktionaler Unternehmensbegriff.<sup>12</sup>

Der funktionale Unternehmensbegriff im Kartellrecht hat für Konzerne insbesondere zwei, gegenläufige Folgen. *Zum einen* beschränkt das Konzept den Zugriff des Kartellrechts auf Konzerne (Konzernprivileg). Abreden zwischen Konzerngesellschaften sind keine Wettbewerbsabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG und daher zulässig – auch wenn sie beispielsweise in Vertriebsverträgen zwischen einer Produktions- und Landesvertriebsgesellschaften absoluten Gebietsschutz vorsehen, was zwischen unabhängigen Unternehmen nicht vereinbart werden darf (Art. 5 Abs. 4 KG). Umstrukturierungen innerhalb eines Konzerns stellen zudem keine Unternehmenszusammenschlüsse gemäss Art. 4 Abs. 3 KG dar und unterliegen daher keinen fusionskontrollrechtlichen Meldepflichten. *Zum anderen* aber, und dies

<sup>5</sup> Dies gilt gerade auch für den Bereich der kartellrechtlichen Konzernhaftung. Beispielsweise stellte das Bundesverwaltungsgericht auf die sogenannte Stora-Vermutung nach europäischer Praxis ab (BVGer B-3332/2012 vom 13.9.2015 – *Bayerische Motoren Werke*, E. 2.1.1; zur Stora-Vermutung Ziff. II.2 hinten).

<sup>6</sup> Vorliegende Darstellung beschränkt sich auf die Haftung für öffentlich-rechtliche Kartellrechtssanktionen. Die Haftung für Schadenersatzansprüche gestützt auf Kartellzivilrecht, die in der Schweiz bislang nur von beschränkter praktischer Bedeutung ist, bleibt ausgeklammert.

<sup>7</sup> Zu den punktuellen Regelungen im Aktienrecht vgl. etwa BSK OR II-BAUDENBACHER, Vorbemerkungen Art. 620 N 22.

<sup>8</sup> Gemäss Art. 963 Abs. 2 OR kontrolliert eine juristische Person ein anderes Unternehmen, wenn sie (1) direkt oder indirekt über die Mehrheit im obersten Organ verfügt; (2) direkt oder indirekt über das Recht verfügt, die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans zu bestellen oder abzuberufen; oder (3) aufgrund der Statuten, der Stiftungsurkunde, eines Vertrags oder vergleichbarer Instrumente einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.

<sup>9</sup> Hierzu BSK OR II-NEUHAUS/BAUR, Art. 963 N 13–21.

<sup>10</sup> Vgl. hierzu ANDREAS HEINEMANN, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz, Wettbewerbsrecht: Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung: Konzernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht, Zürich 2015, 49–65.

<sup>11</sup> Dazu zuletzt BGer 4A\_306/2009 vom 8.2.2010 E. 5.1 («Das blosse Bestehen einer Konzernverbindung vermag somit keine Grundlage für eine Vertrauenshaftung abzugeben. Schutzwürdiges Vertrauen setzt ein Verhalten der Muttergesellschaft voraus, das geeignet ist, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen zu wecken.»).

<sup>12</sup> Vgl. z.B. HEINEMANN (FN 10), 5.

ist weniger offenkundig,<sup>13</sup> erweitert das Konzept den kartellrechtlichen Zugriff auf Konzerne. Insbesondere führt der funktionale Unternehmensbegriff dazu, dass eine Kartellrechtsverletzung durch eine Konzerngesellschaft zur Haftung des Gesamtkonzerns und damit auch anderer Konzerngesellschaften führen kann. Dieser Haftungserweiterung ist im Folgenden nachzugehen. Dabei wird vorab das europäische Recht dargestellt, da die Praxis zur Konzernhaftung dort begründet wurde und die schweizerische Praxis massgeblich beeinflusste.

## 2. Konzernhaftung nach europäischem Recht

Wie das schweizerische folgt auch das europäische Recht einem funktionalen Unternehmensbegriff. Zwar ist im europäischen Recht – anders als im schweizerischen – der Unternehmensbegriff nicht in einer Legaldefinition festgehalten. Allerdings besteht eine bemerkenswert breite Entscheidungs- und Gerichtspraxis zur Anwendung des funktionalen Unternehmensbegriffs im Bereich der Konzernhaftung. Der Praxis liegt die Unterscheidung zwischen Normadressat und Sanktionsadressat zugrunde: Normadressat ist das Unternehmen als wirtschaftliche Einheit; Sanktionsadressat können hingegen nur Rechtspersonen sein, da Verfügungen nur an Rechtspersonen zugestellt werden können.<sup>14</sup>

Bei der Anwendung der Kartellrechtstatbestände wird zunächst der *Normadressat* identifiziert, d.h. die wirtschaftliche Einheit, die den Kartellrechtsverstoss begangen hat. Für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft muss ein Kontrollverhältnis vorliegen, das aus zwei Elementen besteht: Erstens muss die Muttergesellschaft die Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss auf das Verhalten der Tochtergesellschaft ausüben. Diese Möglichkeit ist insbesondere bei Anteilsmehrheit gegeben, doch kann sie auch bei Minderheitsbeteiligungen oder in Joint Venture-Situationen bestehen, wenn andere Rechte hinzukommen, die über den Schutz finanzieller Interessen von Minderheitsaktionären hinausgehen.<sup>15</sup> Zweitens

muss die Muttergesellschaft von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht haben. Dieser Einfluss muss sich nicht auf operative Tätigkeiten wie etwa die (möglicherweise kartellrechtswidrige) Preispolitik einer Tochtergesellschaft beziehen. Der Einfluss kann auch über die allgemeine Konzernstrategie oder Geschäftspolitik ausgeübt werden.<sup>16</sup> Eine Anstiftung oder Beihilfe der Muttergesellschaft zum Kartellrechtsverstoss ist nicht notwendig.

Bei einer Beteiligung von 100 % oder nahezu 100 %<sup>17</sup> wird gemäss europäischer Praxis vermutet, dass die Muttergesellschaft einen solchen bestimmenden Einfluss ausübt. Zu dieser sogenannten *Stora-* oder *Akzo-Vermutung*<sup>18</sup> liegt eine kaum mehr überblickbare Gerichtspraxis vor. Klar ist, dass die Beweis(führungs)last für eine Widerlegung der Vermutung die Unternehmen trifft. Unklar und umstritten sind allerdings die Voraussetzungen einer erfolgreichen Widerlegung. Soweit Kommissionsentscheidungen, die auf die Akzo-Vermutung abstellten, gerichtlich aufgehoben wurden, lag dies regelmässig an einer ungenügenden Begründung der Kommission, warum die Widerlegung misslungen war (Verletzung der Begründungspflicht) – nicht aber daran, dass die Widerlegung gelang.<sup>19</sup> Wann es an einer Ausübung der Kontrolle fehlt und mit welchem Beweismassstab dies darzutun ist (Gegenbeweis oder Beweis des Gegenteils), ist unklar. Diskutiert werden die Möglichkeiten einer Widerlegung, wenn etwa die Tochtergesellschaft trotz Gruppeninteresse eigene Ziele verfolgt.<sup>20</sup> Ein unabhängiges Verhalten der Tochtergesellschaft wird zwar in nahezu jedem Fall der Konzernhaftung geltend gemacht, doch in der Praxis kaum je bejaht.<sup>21</sup> Es scheint damit zwar viel «Schweiss

Urteil des EuG, wonach die beiden Muttergesellschaften zu 50 % einer Gesellschaft, die am Kartell betreffend Chloropren-Kautschuk teilgenommen hatten, bestimmenden Einfluss über diese ausgeübt hatten. Aus diesem Grund hafteten auch die beiden Muttergesellschaften für den Kartellrechtsverstoss der Joint Venture-Gesellschaft.

<sup>16</sup> Vgl. z.B. EuGH T-541/08 vom 11.7.2014 – *Sasol*, EU:T:2014:628, Rz. 145–150.

<sup>17</sup> Die Anwendbarkeit der Vermutung wurde bejaht bei einer Beteiligung von 97,55 % (EuG T-299/08 vom 17.5.2011 – *Elf Aquitaine*, ECLI:EU:T:2011:217, Rz. 53–56), aber verneint bei Beteiligungen von 71,4 % (EuG T-45/10 vom 15.7.2015 – *GEA Group/Kommission*, ECLI:EU:T:2015:507, Rz. 168) und 60 % (EuG T-64/06 vom 6.3.2012 – *FLS Plast AS*, ECLI:EU:T:2012:102, Rz. 36).

<sup>18</sup> Die Bezeichnung geht auf zwei Urteile des EuGH zurück, in denen diese Vermutung angewandt wurde: EuGH C-286/98 vom 16.11.2000 – *Stora Kopparbergs Bergslags*, ECLI:EU:C:2000:630, Rz. 29; EuGH C-97/08 vom 10.9.2009 – *Akzo Nobel u.a.*, ECLI:EU:C:2009:536, Rz. 58 f.

<sup>19</sup> Vgl. z.B. EuGH C-521/09 vom 29.9.2011 – *Elf Aquitaine*, ECLI:EU:C:2011:644, Rz. 167 ff.

<sup>20</sup> Vgl. hierzu etwa JULIANE KOKOTT/DANIEL DITTERT, Die Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften für Kartellvergehen ihrer Tochtergesellschaften im Lichte der Rechtsprechung der Unionsgerichte, in: WuW 2012, 670–683, 678.

<sup>21</sup> Der EuGH bestätigte beispielsweise ein Kommissionsentscheidung, die ein unabhängiges Verhalten einer Tochtergesellschaft in folgender Konstellation verneinte: (i) die Tochtergesellschaft war in einem anderen Sektor tätig als der Rest des Konzerns, (ii) nur eine einzige Person war im Verwaltungsrat sowohl der Tochter- als auch der Muttergesellschaft und (iii) die Protokolle der Verwaltungsrats-

<sup>13</sup> Beispielsweise ist die Doktrin der wirtschaftlichen Einheit im Rahmen der Haftung für Kartellrechtsverstösse dem US-amerikanischen Kartellrecht nicht bekannt; vgl. dazu JAY MODRALL, EU Antitrust Fines and their M&A Implications, in: Competition Law International, 2013, 47–65, 48 f.

<sup>14</sup> Zur europäischen Praxis vgl. etwa RICHARD WHISH/DAVID BAILEY, Competition Law, 9. Aufl., Oxford 2018, 94–99 m.w.Nw.

<sup>15</sup> Zu Minderheitsbeteiligungen vgl. z.B. EuG T-132/07 vom 12.7.2011 – *Fuji Electric*, ECLI:EU:T:2011:344, Rz. 183. Hier gelangte das EuG zum Schluss, dass Fuji Electric angesichts einer Beteiligung von 30 %, einer Vertretung im Verwaltungsrat und weiteren (im Einzelnen nicht veröffentlichten) Verbindungen bestimmenden Einfluss auf eine Gesellschaft ausübte, die am Kartell betreffend gasolierte Schaltanlagen teilnahm – mit der Folge, dass Fuji Electric für den Kartellrechtsverstoss letzterer (ebenfalls) zur Verantwortung gezogen wurde. Zu Joint Venture-Situationen vgl. etwa EuGH C-179/12 vom 26.9.2013 – *The Dow Chemical Company*, ECLI:EU:C:2013:605, Rz. 58. Hier bestätigte der EuGH ein

der Edlen» bei der Europäischen Kommission, dem Gerichtshof der Europäischen Union und insbesondere der Anwaltschaft in Brüssel auf die mögliche Widerlegung der Akzo-Vermutung verwendet zu werden. Aus praktischer Sicht ist es aber ratsam, vom Misslingen der Widerlegung auszugehen – d.h. die Vermutung als Fiktion zu behandeln.

Liegt eine wirtschaftliche Einheit vor, ist sodann der *Sanktionsadressat* zu bestimmen, d.h. der- oder diejenigen Rechtsträger, denen die Verfügung zugestellt wird und die zur Verantwortung gezogen werden. Dazu sind die verantwortlichen Konzerngesellschaften zu bestimmen. Bei Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit kann neben der Tochtergesellschaft auch die Muttergesellschaft des Konzerns ins Recht gefasst werden. Die Sanktion für einen Kartellrechtsverstoss einer Tochtergesellschaft kann damit auch der Muttergesellschaft des Konzerns auferlegt werden – auch wenn diese am Verstoss weder beteiligt war noch hiervon überhaupt wusste. Bei der Auswahl der sanktionierten Rechtsträger geht die Europäische Kommission ohne (zwingende) Systematik, sondern letztlich nach Gesichtspunkten der Zweckmässigkeit vor.<sup>22</sup> Leitend ist insbesondere, ob die jeweiligen Gesellschaften ihren Sitz in der EU haben – und damit eine Sanktion auch wirksam vollstreckt werden kann.<sup>23</sup> Teilweise werden Sanktionen nur der Muttergesellschaft auferlegt, teilweise nur der fehlbaren Tochtergesellschaft und teilweise beiden Gesellschaften. Im Regelfall wird die Sanktion für den Kartellrechtsverstoss einer Tochtergesellschaft sowohl der Konzernobergesellschaft als auch der fehlbaren Tochtergesellschaft in solidarischer Haftung auferlegt. Unklar ist, ob auch eine unbeteiligte Schwestergesellschaft zur Verantwortung gezogen werden kann. Dies wird teilweise in der Lehre gefordert.<sup>24</sup> In der Praxis wurde eine solche Haftung bislang nur im Spezialfall einer Schwestergesellschaft, die massgeblichen Einfluss auf die fehlbare Konzerngesellschaft ausgeübt hatte, ausdrücklich angenommen.<sup>25</sup> Die Annahme einer darüber hinausgehenden Haftung unbeteiligter Schwestergesellschaften scheint allerdings einem

Urteil des EuGH zur Wiederholungstäterschaft (dazu Ziff. III.2.2) implizit zugrunde zu liegen.<sup>26</sup>

### 3. Konzernhaftung nach schweizerischem Recht

Die kartellrechtliche Konzernhaftung in der Schweiz ist – vor dem Hintergrund des geltenden funktionalen Unternehmensbegriffs – mit dem europäischen Recht im Grundsatz vergleichbar. Die Diskussion in der Lehre orientiert sich an der dargestellten europäischen Entscheidungs- und Gerichtspraxis.<sup>27</sup> Die schweizerische Praxis hat für die Auferlegung von Sanktionen im Konzern eine Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Verfügungsadressaten entwickelt. Diese Unterscheidung wurde aber wenig konsequent gehandhabt, sie ist schwer verständlich und mittlerweile überholt; hierauf ist daher nicht näher einzugehen.<sup>28</sup> Insbesondere hat sich das Bundesverwaltungsgericht in jüngeren Urteilen ausführlicher und hiervon abweichend zur kartellrechtlichen Konzernhaftung geäussert. Diese Praxis lässt sich anhand des aus dem europäischen Kartellrecht bekannten zweistufigen Vorgehens darstellen: Auch nach schweizerischem Recht ist zunächst die wirtschaftliche Einheit zu bestimmen, die den Kartellrechtsverstoss begangen hat (*Normadressat*), und hiernach der oder die Rechtsträger, denen der Verstoss zugerechnet und damit die Sanktion auferlegt wird (*Sanktionsadressaten*).

Bei der Bestimmung der *Normadressaten* und damit der wirtschaftlichen Einheit findet auch im schweizerischen Recht ein Kontrolltest Anwendung. Allerdings soll es dabei gemäss einem jüngeren Urteil des Bundesverwaltungsgerichts – im Gegensatz zum europäischen Recht – nicht erforderlich sein, dass die Muttergesellschaft die Möglichkeit zur Kontrolle hat *und* die Kontrolle ausübt.

sitzungen der Tochtergesellschaft enthielten keinerlei Hinweise auf Einflussnahme durch die Muttergesellschaft (EuGH C-90/09 vom 20.1.2011 – *General Química u.a.*, ECLI:EU:C:2011:21).

<sup>22</sup> WHISH/BAILEY (FN 14), 98–99.

<sup>23</sup> Zur Vollstreckung kartellrechtlicher Sanktionen liegen keine internationalen Abkommen vor. Eine Vollstreckung gegenüber Gesellschaften mit Sitz ausserhalb der EU ist damit nur möglich, soweit diese Vermögenswerte in der EU haben.

<sup>24</sup> Vgl. etwa jüngst CHRISTIAN KERSTING, Liability of sister companies and subsidiaries in European competition law, in: *European Competition Law Review* 2020, 125–136.

<sup>25</sup> EuG T-43/02 vom 27.9.2006 – *Jungbunzlauer*, ECLI:EU:T:2006:270, Rz. 102 ff. und 122 ff.

<sup>26</sup> Vgl. die Hinweise von KERSTING (FN 24), 134, auf die implizite Annahme einer Haftung von Schwestergesellschaften im Urteil EuGH C-93/13 und C-123/13 vom 5.3.2015 – *Versalis und Eni*, ECLI:EU:C:2015:10.

<sup>27</sup> Vgl. insbesondere die Darstellungen bei HEINEMANN (FN 10) und die beiden grundlegenden Monographien zum Thema: ANNA-ANTONINA SKOCZYLA, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern, Diss. Bern 2011, insb. 45–142 (= ASR 778); LINDA KUBLI, Das kartellrechtliche Sanktionssubjekt im Konzern, Diss. Basel 2014, insb. 215–290 (= BSR-A 118).

<sup>28</sup> Dazu nur das Folgende: Verfügungsadressaten im materiellen Sinn sind diejenigen Rechtsträger, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung regeln soll. Verfügungsadressaten im formellen Sinn sind diejenigen Rechtsträger, denen die Verfügung zugestellt wird, ohne dass sie von der Regelung unmittelbar betroffen sind. Hieraus wird teilweise abgeleitet, nur die Muttergesellschaft (als Verfügungsadressatin im materiellen Sinn) hafte für Verstösse der Tochtergesellschaften (BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a N 98) – obwohl gerade der Tochtergesellschaft das entsprechende Verhalten für die Zukunft zu untersagen ist. Zur konzeptionellen Schwäche und Unzweckmässigkeit der Unterscheidung zwischen (sanktionierbaren) Verfügungsadressaten im materiellen Sinn und (nicht sanktionierbaren) Verfügungsadressaten im formellen Sinn: HEINEMANN (FN 10), 13 f.



Vielmehr soll die blossе Möglichkeit der Kontrolle genügen.<sup>29</sup> Dies wird damit begründet, dass das Kontrollprinzip (als Gegensatz zum Leitungsprinzip) im schweizerischen Rechnungslegungsrecht explizit verankert sei. Eine ausdrückliche Erklärung der Konzernobergesellschaft zur Ausübung einer Gruppenführung, die in der Vorlage einer Konzernrechnung gemäss Art. 963 OR (implizit) zum Ausdruck komme, genüge für die Annahme eines Konzerns. Das massgebliche Unternehmen im Sinne des Kartellrechts (und damit der Normadressat) sei dann «die Gesamtheit aller zusammengefassten Gesellschaften und damit der Konzern als Ganzes».<sup>30</sup> Die praktischen Auswirkungen dieser Differenz zum europäischen Recht dürften allerdings gering bleiben, jedenfalls für Tochtergesellschaften zu 100%: Wie dargestellt<sup>31</sup> wird unter europäischem Recht in diesen Fällen die Ausübung der Kontrolle ohnehin (theoretisch) vermutet resp. (praktisch) fingiert.

Innerhalb des so definierten Konzerns sind gemäss Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich alle Gruppengesellschaften potenzielle Verfügungs- und damit *Sanktionsadressaten*.<sup>32</sup> Damit kann im Grundsatz jede Konzerngesellschaft für Kartellrechtsverstösse irgendeiner anderen Konzerngesellschaft zur Verantwortung gezogen werden. Insbesondere können hiernach auch unbeteiligte Schwestergesellschaften für Kartellrechtsverstösse einer Konzerngesellschaft sanktioniert werden. Allerdings ist die Anzahl der Sanktionsadressaten gemäss Bundesverwaltungsgericht «sachgerecht» zu reduzieren. Dabei sei es regelmässig sachgerecht, «zum einen die Obergesellschaft, von der die übergeordnete Leitungsmacht ausgeht, sowie zum anderen diejenigen Konzerngesellschaften, welche an dem relevanten Wettbewerbsverhalten beteiligt waren, als Verfügungsadressaten heranzuziehen.»<sup>33</sup> Bei der Auswahl der Sanktionsadressaten innerhalb des Konzerns soll der Behörde Flexibilität gewährt werden, um Gesichtspunkten der Zweckmässigkeit Rechnung zu tragen. Im Vordergrund steht – wie in der europäischen Praxis – auch hier die Vollstreckbarkeit der Sanktion: So kann gemäss Bundesverwaltungsgericht ein Verfahren auch nur gegen eine

Konzerngesellschaft geführt werden. Dies wäre etwa dann der Fall, «wenn die handelnde Konzerngesellschaft in der Schweiz domiziliert ist, die Obergesellschaft und alle weiteren beteiligten Konzerngesellschaften aber einen Sitz im Ausland aufweisen.»<sup>34</sup> Das Gericht bezieht sich hier zwar auf eine Sanktion gegen die beteiligte Tochtergesellschaft. Die Erwägungen schliessen jedoch eine Sanktionierung auch einer nicht beteiligten Schwestergesellschaft, wie dies unter europäischem Recht teilweise von der Lehre gefordert wird,<sup>35</sup> jedenfalls nicht aus. Im Gebot, dass Konzerngesellschaften «sachgerecht» auszuwählen sind, ist aber nach hier vertretener Auffassung zumindest ein Begründungserfordernis enthalten: Will eine Behörde eine andere Konzerngesellschaft als die Muttergesellschaft oder die beteiligte Tochtergesellschaft sanktionieren, braucht sie hierfür sachliche Gründe. Diese könnten allenfalls gegeben sein, wenn nur eine nicht beteiligte Tochtergesellschaften ihren Sitz in der Schweiz hat und damit für Vollstreckungsmassnahmen greifbar ist.

#### 4. Fazit

Die kartellrechtliche Konzernhaftung folgt grundlegend anderen Regeln als das vom Trennungsprinzip geprägte Zivilrecht. Massgebend ist der Begriff des Unternehmens bzw. das Konzept der wirtschaftlichen Einheit. Eine wirtschaftliche Einheit zwischen Gesellschaften liegt vor, wenn eine Gesellschaft die Möglichkeit zur Kontrolle über eine andere Gesellschaft hat. Nach europäischem Recht ist zusätzlich erforderlich, dass die Gesellschaft diese Kontrolle auch ausübt. Bei Bestehen einer solchen wirtschaftlichen Einheit kann eine Gesellschaft für kartellrechtswidriges Verhalten anderer Gesellschaften der Einheit zur Verantwortung gezogen und sanktioniert werden. In der Praxis werden für kartellrechtswidrige Handlungen einer Tochtergesellschaft regelmässig die handelnde Tochtergesellschaft und die Konzernobergesellschaft zu solidarischer Haftung sanktioniert. Die Haftung einer unbeteiligten Schwestergesellschaft ist nach den Erwägungen sowohl der europäischen als auch der schweizerischen Praxis grundsätzlich möglich. Allerdings liegen bislang keine einschlägigen Entscheide vor.

<sup>29</sup> BVGer B-831/2011 vom 18.12.2019 – *Zugang zu Dienstleistung der dynamischen Währungsrechnung (DCC)* – nicht rechtskräftig, Rz. 44. Anders demgegenüber noch BVGer B-2977/2077 vom 27.4.2010 – *Publigroupe*, RPW 2010/10, 329 (336), wonach die Ausübung der Kontrolle vorausgesetzt sei (dieses Urteil erging vor Einführung des neuen Rechnungslegungsrechts).

<sup>30</sup> BVGer B-831/2011 vom 18.12.2019 – *Zugang zu Dienstleistung der dynamischen Währungsrechnung (DCC)* – nicht rechtskräftig, Rz. 48.

<sup>31</sup> Ziff. II.2 vorne.

<sup>32</sup> BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015 – *Preispolitik Swisscom ADSL*, Rz. 69. Das Urteil wurde kürzlich vom Bundesgericht bestätigt und ist damit rechtskräftig, wobei die Fragen zur Konzernhaftung vor Bundesgericht nicht umstritten waren: BGer 2C\_985/2015 vom 9.12.2019 – *Preispolitik Swisscom ADSL*.

<sup>33</sup> BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015 – *Preispolitik Swisscom ADSL*, Rz. 73.

<sup>34</sup> BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015 – *Preispolitik Swisscom ADSL*, Rz. 74.

<sup>35</sup> Ziff. II.2 vorne.

### III. Anwendung der Konzernhaftung bei Unternehmenstransaktionen

#### 1. Vorbemerkung

Konzerne wandeln sich. Damit stellt sich die Frage, welche Auswirkungen Unternehmenstransaktionen auf die Haftung für Kartellrechtsverstöße haben. Aufgrund des funktionalen Unternehmensbegriffs sind solche Auswirkungen in erster Linie in Kontrollwechselsituationen zu erwarten, d.h. wenn sich die Zusammensetzung einer wirtschaftlichen Einheit ändert. Von praktischem Interesse für die Vertragsgestaltung sind dabei Fälle, in denen die übertragene Gesellschaft gegen das Kartellrecht verstößt. Nachfolgend wird deshalb exemplarisch der Fall eines Verkaufs von 100 % der Anteile einer fehlbaren Gesellschaft an einen konzernfremden Dritten untersucht (*Share Deal*). Ergänzend wird sodann dargestellt, ob bei Übertragungen von Vermögenswerten anderes gilt (*Asset Deal*) und ob eine Tochtergesellschaft auch für Verstöße ehemaliger Konzerngesellschaften (d.h. Konzerngesellschaften des Verkäufers) zur Verantwortung gezogen werden kann.

Die (veröffentlichte) schweizerische Praxis hatte sich bislang noch nicht mit solchen Konstellationen zu befassen. Hingegen haben sich die Europäische Kommission und die europäischen Gerichte schon mehrfach mit Konzernhaftungsfällen beschäftigt, bei denen sich die Zuordnung von Gesellschaften zur wirtschaftlichen Einheit änderte. Soweit greifbar, wird deshalb nachfolgend auf europäische Praxis verwiesen.<sup>36</sup>

#### 2. Kontrollwechsel über eine fehlbare Gesellschaft (*Share Deal*)

Findet ein Kontrollwechsel über eine Tochtergesellschaft statt, die gegen das Kartellrecht verstossen hat und/oder weiterhin verstößt, so gilt im Grundsatz Folgendes: (i) Die fehlbare Tochtergesellschaft haftet für ihr gesamtes Verhalten; (ii) der Verkäufer haftet für das Verhalten der Tochtergesellschaft nur bis zum Zeitpunkt des Kontrollwechsels; (iii) der Käufer haftet für das Verhalten der Tochtergesellschaft erst ab dem Zeitpunkt des Kontrollwechsels. Käufer und Verkäufer haften damit nur, aber immerhin für diejenigen Zeiträume, in denen sie die fehlbare Tochtergesellschaft kontrollieren. Diese Haftungsregelung wurde in der europäischen Entscheidungs- und Gerichtspraxis wiederholt bestätigt<sup>37</sup> und nun auch in der schweizerischen Gerichtspraxis aufgenommen, bis-

lang allerdings nur in Form eines *obiter dictums* des Bundesverwaltungsgerichts.<sup>38</sup>

Die geschilderte Regelung folgt aus dem funktionalen Unternehmensbegriff des Kartellrechts: Einer Gesellschaft kann nur eigenes Verhalten oder Verhalten von Gesellschaften derselben wirtschaftlichen Einheit zugerechnet werden – für Verhalten anderer wirtschaftlicher Einheiten kann und soll sie nicht zur Verantwortung gezogen werden. Zudem kommen in den Grundsätzen folgende Wertgedanken zum Ausdruck: Ein Verkäufer soll sich einer ansonsten bestehenden Haftung nicht durch Verkauf der fehlbaren Tochtergesellschaft entledigen können. Umgekehrt kann ein Käufer eine ansonsten bestehende Haftung nicht mit dem Argument ausschliessen, das fehlbare Verhalten sei unter seiner Kontrolle «nur» fortgesetzt, aber nicht begründet worden.

So klar und nachvollziehbar die Haftungsregelung ist, so überraschend können die Auswirkungen sein, die ein Kontrollwechsel auf die Auferlegung kartellrechtlicher Sanktionen hat. So können die Sanktionen, die Verkäufer, Käufer und Tochtergesellschaft gesamthaft auferlegt werden, wie nachfolgend darzustellen ist, je nach konkretem Fall wesentlich höher oder wesentlich tiefer sein als die Sanktionen für den gleichen Verstoß der gleichen Tochtergesellschaft in einem Szenario ohne Kontrollwechsel. Ursache dieser Unterschiede ist die Methodik, nach der gemäss europäischem und schweizerischem Recht kartellrechtliche Sanktionen bemessen werden. Diese Bemessungsregeln und die diesbezügliche reichhaltige, ermessensabhängige und nicht immer konsistente Praxis sind hier nicht im Einzelnen darzustellen.<sup>39</sup> Vielmehr ist auf diejenigen Elemente einzugehen, deren Anwendung ein Kontrollwechsel tangieren kann – und das sind insbesondere diejenigen Elemente, die sich auf Eigenschaften von Verkäufer und Käufer beziehen, und nicht auf den Verstoß an sich.

#### 2.1 Veränderung des Basisbetrags einer Sanktion

Ausgangspunkt bei der Bemessung einer kartellrechtlichen Sanktion ist der Umsatz, den das betreffende Unternehmen in denjenigen Märkten erzielt hat, denen der Verstoß zuzuordnen ist. Hierdurch wird die Sanktion ins Verhältnis zu den Wettbewerbswirkungen der Kar-

<sup>36</sup> Eine ausführlichere Darstellung relevanter Praxis findet sich bei MODRALL (FN 13).

<sup>37</sup> Vgl. z.B. EuG T-122/07 vom 3.3.2011 – *Siemens AG Österreich u.a.*, ECLI:EU:T:2011:70, Rz. 139.

<sup>38</sup> BVGer B-831/2011 vom 18.12.2019 – *Zugang zu Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC)* – nicht rechtskräftig, Rz. 63 («Demzufolge ist im Rahmen des personalen Anwendungsbereichs für die Zeit bis zum Wechsel der Unternehmensgruppe derjenige Konzern heranzuziehen, dem die fehlbare Konzerngesellschaft bislang angehörte. Ab dem Zeitpunkt des Wechsels der Unternehmensgruppe ist derjenige Konzern heranzuziehen, in dessen Unternehmensverbund die fehlbare Konzerngesellschaft nunmehr integriert ist.»).

<sup>39</sup> Es sei auf die entsprechende Spezialliteratur verwiesen, z.B. (je m.w.Hw.): WHISH/BAILEY (FN 14), 285–293; DIKE KG-KRAUSKOPF, Art. 49a N 28–67 und N 93–99.

tellrechtsverletzung gesetzt, die erst die kartellrechtliche Intervention rechtfertigen (Art. 1 KG). Nach schweizerischem Recht beträgt der Basisbetrag bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Nach europäischem Recht beträgt der Grundbetrag bis zu 30 % des Umsatzes, den das Unternehmen im relevanten räumlichen Markt im EWR im letzten Jahr erzielt hat (Leitlinien der Europäischen Kommission für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäss Art. 23 Abs. 2 lit. a der Verordnung 1/2003, Leitlinien zu Geldbussen, Rz. 13 und 21). Findet ein Kontrollwechsel statt und ändert sich das Unternehmen, ist damit entscheidend, zu welchem Zeitpunkt dieser Basisbetrag bestimmt wird.

Im *schweizerischen Kartellrecht* ist nicht ausdrücklich geregelt, von welchem Zeitpunkt aus die «letzten drei Geschäftsjahre» gemäss Art. 3 SVKG zu bestimmen sind. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Beendigung des wettbewerbswidrigen Verhaltens abzustellen, d.h. weder auf den Zeitpunkt der Einleitung noch des Abschlusses eines Verfahrens.<sup>40</sup> Wird mithin das kartellrechtswidrige Verhalten nach dem Kontrollwechsel fortgesetzt, trifft die Tochtergesellschaft eine höhere Sanktion, wenn der Käufer im relevanten Markt weitere Aktivitäten aufweist und damit höhere Umsätze erzielt (d.h. insbesondere bei Akquisitionen durch nicht-finanzielle Investoren), und eine geringere Sanktion, wenn der Käufer weniger entsprechende Tätigkeiten hat als der Verkäufer (d.h. insbesondere bei Akquisitionen durch Finanzinvestoren).<sup>41</sup>

Nach *europäischem Kartellrecht* ist der massgebliche Zeitpunkt für die Bemessung des Basisbetrags (dort als Grundbetrag bezeichnet) das letzte vollständige Geschäftsjahr vor Beendigung des unzulässigen Verhaltens.<sup>42</sup> Das Gericht der Europäischen Union verwarf Argumente, wonach ein einheitlicher Zeitpunkt im Fall von Unternehmenstransaktionen zu übermässigen Sanktionen führe: Es sei «nicht praktikabel und angesichts des Grundsatzes der ordnungsgemässen Verwaltung und der Erfordernisse der Verfahrensökonomie völlig überzogen, von der Kommission zu verlangen, die Umsatzentwicklung der betreffenden Unternehmen wäh-

rend der gesamten Dauer der Betätigung des Kartells zu berücksichtigen.»<sup>43</sup> Wiederum kann daher ein Kontrollwechsel über die fehlbare Gesellschaft zu entsprechenden Anpassungen – Erhöhung oder Reduktion je nach Käuferumsätzen – des Basisbetrags der Sanktion für die Tochtergesellschaft führen.

Die Veränderung des Basisbetrags betrifft nicht nur die Sanktion für die Tochtergesellschaft, sondern gilt – angesichts der Solidarhaftung – auch für die Sanktion, die dem Käufer für das Verhalten der Tochtergesellschaft ab Kontrollwerb auferlegt wird. Fraglich ist, ob sie auch für die Sanktion des Verkäufers für das Verhalten der Tochtergesellschaft bis Kontrollwerb gilt. In der europäischen Praxis finden sich Entscheidungen, in denen eine solche Erhöhung auch für den Verkäufer vorgenommen wurde.<sup>44</sup> Nach schweizerischem Recht würde jedenfalls eine Berücksichtigung zulasten des Verkäufers nach hier vertretener Auffassung im Widerspruch zum Verhältnismässigkeitsprinzip stehen, an dem sich sämtliche Sanktionen zu orientieren haben (Art. 2 Abs. 2 SVKG): Bei einer solchen Erhöhung fehlte es am Bezug zu den Wettbewerbswirkungen des Verstosses vor Vollzug, für den allein der Verkäufer haftbar ist.

## 2.2 Sanktionserhöhung wegen wiederholten Verstosses

Der Basisbetrag wird durch Berücksichtigung erschwerender oder mildernder Umstände erhöht resp. gesenkt. Von Relevanz bei Kontrollwechselsituationen – und generell von grosser kommerzieller Relevanz – ist insbesondere die Berücksichtigung eines früheren Kartellrechtsverstosses als erschwerender Umstand (Wiederholungstäterschaft).

Nach *schweizerischem Kartellrecht* kann der Sanktionsbetrag erhöht werden, wenn das Unternehmen wiederholt gegen das Kartellgesetz verstossen hat (Art. 5 Abs. 1 lit. a SVKG). Dabei liegt Wiederholungstäterschaft vor, wenn sich ein Unternehmen nach rechtskräftiger Feststellung einer unzulässigen Verhaltensweise erneut kar-

<sup>40</sup> BVerG B-831/2011 vom 18.12.2019 – *Zugang zu Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC)* – nicht rechtskräftig, Rz. 1584; BVerG B-7633/2009 vom 14.9.2015 – *Preispolitik Swisscom ADSL*, Rz. 727. A.M. teilweise die Literatur, z.B. BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 49a N 48, wonach auf die drei Geschäftsjahre abzustellen sei, die dem Entscheid der Wettbewerbskommission vorangehen.

<sup>41</sup> Wurde das fehlbare Verhalten hingegen vor dem Kontrollwechsel eingestellt, hat ein höherer Käuferumsatz keine Auswirkungen auf den Basisbetrag. Dies gilt auch dann, wenn im Vollzugszeitpunkt das Untersuchungsverfahren noch läuft.

<sup>42</sup> EuG T-122/07 vom 3.3.2011 – *Siemens Österreich u.a.*, ECLI:EU:T:2011:70, Rz. 125.

<sup>43</sup> EuG T-122/07 vom 3.3.2011 – *Siemens Österreich u.a.*, ECLI:EU:T:2011:70, Rz. 127.

<sup>44</sup> EuG T-122/07 vom 3.3.2011 – *Siemens Österreich u.a.*, ECLI:EU:T:2011:70, Rz. 175: Dem Verkäufer wurde eine Sanktion für den Zeitraum vor Kontrollwechsel im Jahr 2001 auferlegt, wobei der Grundbetrag anhand des Umsatzes des Käufers im Jahr vor Einstellung des Verhaltens im Jahr 2004 berechnet wurde, was das EuG nicht beanstandete. Ob es sich bei dieser hier nicht weiter begründeten Praxis um ein systematisches Vorgehen handelt, ist nicht klar (bejahend offenbar MODRALL (FN 13), 57).

tellrechtswidrig verhält.<sup>45</sup> Bislang liegt kein Anwendungsfall dieser Wiederholungstäterschaft vor.<sup>46</sup>

Nach *europäischem Kartellrecht* wird der Sanktionsbetrag um bis zu 100 % erhöht bei einem «erneute[n] Begehen einer gleichartigen oder ähnlichen Zuwiderhandlung» (Leitlinien zu Geldbussen, Rz. 28). Gemäss der Rechtsprechung des EuGH kann eine Sanktion wegen Wiederholungstäterschaft erhöht werden, wenn die Kommission die Sanktion in beiden Fällen derselben Muttergesellschaft auferlegen *kann* und die beiden Verstösse damit dem gleichen Unternehmen zugeordnet werden können. Es ist nach dieser Praxis nicht erforderlich, dass die frühere Sanktion derselben Muttergesellschaft auferlegt wurde oder dass die Muttergesellschaft am früheren Verfahren als Partei beteiligt war und ihr rechtliches Gehör wahrnehmen konnte.<sup>47</sup> Dieses weite Verständnis der Wiederholungstäterschaft scheint rechtsstaatlich angreifbar und vorab von einer diffusen Sorge um die Effektivität der Kartellrechtsdurchsetzung getrieben – und es hat potentiell weitreichende Konsequenzen für Unternehmenstransaktionen.

Die Vorgaben des EuGH können auf Kontrollwechselsituationen wie folgt angewandt werden, wobei soweit ersichtlich noch nicht alle Konstellationen in der Praxis der Europäischen Kommission bereits beurteilt wurden:<sup>48</sup>

- Eine Sanktion für die *Tochtergesellschaft* kann wegen Wiederholungstäterschaft erhöht werden, wenn andere Gesellschaften, die zum Zeitpunkt des Verstosses der Tochtergesellschaft unter gemeinsamer Kontrolle mit dieser standen (d.h. der Verkäufer bis Vollzug und der Käufer ab Vollzug), bereits sanktioniert wurden oder hätten sanktioniert werden können.<sup>49</sup>
- Eine Sanktion für einen *Käufer* kann nach den Erwägungen des EuGH erhöht werden, wenn der Verstoß der Tochtergesellschaft nach dem Kontrollerwerb fort dauert und dem Käufer bereits früher eine Sanktion (möglicherweise in einem ganz anderen Geschäftsbereich) auferlegt wurde oder hätte auferlegt werden können. Umgekehrt kann eine Sanktion für den Käufer nicht wegen eines früheren Verstosses der

erworbenen Gesellschaft erhöht werden, wenn dieser Vorstoss vor dem Kontrollwechsel beendet wurde.<sup>50</sup>

- Eine Sanktion für einen *Verkäufer* kann wegen Wiederholungstäterschaft erhöht werden, wenn die Tochtergesellschaft vor Vollzug gegen das Kartellrecht verstösst und dem Verkäufer bereits früher eine Sanktion (möglicherweise in einem ganz anderen Geschäftsbereich) auferlegt wurde oder hätte auferlegt werden können.

### 2.3 Sanktionserhöhung zur Abschreckung

Die Europäische Kommission kann eine Sanktion erhöhen, wenn dies zur Gewährleistung einer abschreckenden Wirkung erforderlich ist (Leitlinien für Geldbussen, Rz. 30). Einen entsprechenden Zuschlag kennt das schweizerische Recht nicht. Nach europäischem Recht wird ein solcher «Abschreckungszuschlag» bei Unternehmen ausgesprochen, die «besonders hohe Umsätze mit Waren oder Dienstleistungen, die nicht mit der Zuwiderhandlung in Zusammenhang stehen, erzielt haben» (Leitlinien zu Geldbussen, Rz. 30) – d.h. insbesondere grosse Konzerne. Bei Kontrollwechselsituationen ist wiederum entscheidend, zu welchem Zeitpunkt bestimmt wird, ob solche besonders hohen Umsätze vorliegen.

Nach der Praxis der Europäischen Kommission ist bei Unternehmenstransaktionen die Zugehörigkeit der Tochtergesellschaft zum Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung massgebend.<sup>51</sup> Unter der Annahme, dass diese behördliche Entscheidung nach dem Kontrollwechsel erfolgt, gilt daher Folgendes: Eine Sanktion für die Tochtergesellschaft kann höher ausfallen als ohne Kontrollwechsel, wenn der Käufer (insgesamt, d.h. auch ausserhalb der relevanten Märkte) mehr Umsatz erzielt als der Verkäufer, und *vice versa*.<sup>52</sup> Zudem wird bei einer Sanktionierung des Verkäufers eine Umsatzreduktion infolge des Verkaufs berücksichtigt.<sup>53</sup>

<sup>45</sup> Zudem wird in der Schweiz, was hier aber nicht näher interessiert, als Wiederholungstäterschaft bezeichnet, wenn in einem einzigen Verfahren eine Handlungsmehrheit zu beurteilen ist (z.B. bei Submissionsfällen), hierzu z.B. BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a N 67.

<sup>46</sup> WEKO, Verfügung vom 19. Dezember 2016 – *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*, Rz. 525.

<sup>47</sup> EuGH C-93/13 und C-123/13 vom 5.3.2015 – *Versalis und Eni*, ECLI:EU:C:2015:10, Rz. 91. Vgl. dazu auch KERSTING (FN 24), 134 f.

<sup>48</sup> MODRALL (FN 13), 58 f.

<sup>49</sup> Vgl. zum ersteren Fall z.B. Europäische Kommission, 38823 – *Elevators and Escalators*, Rz. 698.

<sup>50</sup> Vgl. z.B. Europäische Kommission, 38589 – *Wärmestabilisatoren*, 11.11.2009, Rz. 719: Die Sanktionserhöhung wegen Wiederholungstäterschaft wurde nur auf die Tochtergesellschaft (Arkema France), aber nicht den Käufer (Elf Aquitaine) angewandt, weil letztere «während der vorhergehenden Zuwiderhandlungen keine Kontrolle über Arkema France» hatte.

<sup>51</sup> EuG T-279/02 vom 5.4.2006 – *Degussa*, ECLI:EU:T:2006:103, Rz. 285 und 288.

<sup>52</sup> EuG T-279/02 vom 5.4.2006 – *Degussa*, ECLI:EU:T:2006:103, Rz. 285 und 288. Vgl. auch EuG T-217/06 vom 7.6.2011 – *Arkema France u.a.*, ECLI:EU:T:2011:251, Rz. 339, wonach ein geringerer Käuferumsatz für die Bestimmung des Abschreckungszuschlags massgebend ist.

<sup>53</sup> EuG T-206/06 vom 7.6.2011 – *Total und Elf Aquitaine*, ECLI:EU:T:2011:250, Rz. 303.



## 2.4 Sanktionsreduktion aufgrund der Bonusregelung

Kartellrechtliche Sanktionen können im Rahmen der sogenannten Bonusregelung (Kronzeugenprogramm) reduziert oder erlassen werden. Ein Unternehmen kann die Bonusregelung in Anspruch nehmen, wenn es bei der Aufdeckung oder Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt. Eine wirksame Bonusmeldung erfordert daher, dass das Unternehmen Informationen über den Wettbewerbsrechtsverstoss beibringt und mit der Behörde kooperiert.

Bei Unternehmenstransaktionen ist der Verkäufer nach Vollzug häufig nicht mehr in der Lage, von einem Sanktionserlass oder einer Sanktionsreduktion in Bezug auf Verstösse der Tochtergesellschaft zu profitieren. Er hat (ohne entsprechende vertragliche Vereinbarungen) keinen Zugriff auf Informationen, die für die Kartellrechtsuntersuchung hilfreich sind und kann seine ehemalige Tochtergesellschaft nicht zur Kooperation anhalten. Reicht der Käufer oder die Tochtergesellschaft eine Selbstanzeige ein, die sich auch auf Verstösse vor Vollzug bezieht, so ist nach europäischem Recht nicht gesichert, dass auch der Verkäufer für den Zeitraum vor Vollzug von der Bonusregelung profitiert. Vielmehr bleibt möglich, dass zwar die Tochtergesellschaft und der Käufer bei einer wirksamen Selbstanzeige eine Sanktionsreduktion oder gar einen Sanktionserlass erhalten – dass aber der Verkäufer für den Verstoss der Tochtergesellschaft vor Vollzug zur Verantwortung gezogen wird.<sup>54</sup> Unter schweizerischem Recht liegt keine Praxis zu dieser Frage vor.

## 2.5 Fazit

Ein Kontrollwechsel kann kartellrechtliche Sanktionen verändern. Insbesondere können Sanktionen für Verhalten der Tochtergesellschaft von Faktoren beeinflusst werden, die nichts mit deren Verhalten zu tun haben, sondern mit den Eigenschaften von Verkäufer und Käufer – namentlich deren Umsätze und mögliche frühere Verstösse. Derselbe Verstoss kann mithin im Fall eines Kontrollwechsels, je nach Fallgestaltung, zu insgesamt höheren oder geringeren Sanktionen führen als in einem Szenario ohne Kontrollwechsel.

Noch sind nicht alle Konstellationen durch die Praxis geklärt. Die bestehende (primär europäische) Praxis scheint

zudem teilweise die Sicherung einer abschreckenden Wirkung kartellrechtlicher Sanktionen in den Vordergrund zu stellen – und dies zulasten einer Begründung der Sanktion, die sich an der Verhältnismässigkeit zwischen unternehmerischer Verantwortung und auferlegter Sanktion sowie der Gleichbehandlung gleich gelagerter Fälle orientiert. Dies trifft etwa auf die Bemessung des Basisbetrags für den Verkäufer, die Wiederholungstäterschaft und die Wirkung von Selbstanzeigen im Zusammenhang mit Unternehmenstransaktionen zu. Mangels gesicherter und begründeter Praxis ist die Rechtssicherheit für die Adressaten des Kartellrechts insoweit (noch) eingeschränkt. Mit diesen Vorbehalten lassen sich folgende Richtlinien für Sanktionserhöhungen (resp. *mutatis mutandis* Sanktionsreduktionen) bei Kontrollwechselsituationen formulieren:

- Sanktionserhöhung für Tochtergesellschaft: Ein Kontrollwechsel kann die Sanktion für die (auch nach Vollzug) fehlbare Tochtergesellschaft erhöhen. In solchen Fällen kann die Sanktion im Vergleich zu einem Szenario ohne Kontrollwechsel höher ausfallen, wenn (i) der Käufer weitere Aktivitäten in den betroffenen Märkten aufweist (Erhöhung des Basisbetrags), (ii) der Käufer insgesamt mehr Umsätze erzielt als der Verkäufer (Erhöhung des Abschreckungszuschlags) oder (iii) eine Gesellschaft im Konzern des Käufers bereits einmal für Kartellrechtsverstoss sanktioniert wurde (Sanktionserhöhung wegen Wiederholungstäterschaft).
- Sanktionserhöhung für Verkäufer: Ein Kontrollwechsel kann die Sanktion für den Verkäufer erhöhen, der für den Verstoss der Tochtergesellschaft bis Vollzug zur Verantwortung gezogen wird. Eine solche Erhöhung kann eintreten, wenn (i) der Käufer weitere Aktivitäten in den betroffenen Märkten aufweist (Erhöhung des Basisbetrags) oder (ii) die Tochtergesellschaft nach dem Kontrollwechsel eine Selbstanzeige einreicht, von der der Verkäufer möglicherweise nicht profitiert.
- Sanktionserhöhung für Käufer: Die Sanktion für den Käufer, der für das Verhalten der Tochtergesellschaft zur Verantwortung gezogen wird, erhöht sich entsprechend der Sanktion für erstere (erster Aufzählungspunkt oben).

## 3. Übertragung von Vermögenswerten (Asset Deal)

Die kartellrechtliche Haftung der Tochtergesellschaft für Verstösse vor Kontrollwechsel im vorher untersuchten Szenario knüpft an die Identität des Rechtsträgers (Tochtergesellschaft) an. Bei *Asset Deals* fragt sich, ob der Käufer ebenfalls für Verstösse vor Vollzug zur Verantwortung gezogen werden kann, obwohl der Rechtsträger nicht übertragen wird.

<sup>54</sup> Die Frage scheint von den europäischen Gerichten noch nicht ausjudiziert und aus den vorliegenden Urteilen ergeben sich widersprüchliche Signale. *Einerseits* hat das EuG festgehalten, dass eine Verantwortlichkeit der ehemaligen Muttergesellschaft, die nicht tatsächlich an dem Kartell beteiligt war, nicht über die Verantwortlichkeit der Tochtergesellschaft hinausgehen kann (EuG T-411/10 vom 16.9.2013 – *Laufen Austria*, ECLI:EU:T:2013:443, Rz. 228). *Andererseits* hat das EuG die Einwände einer ehemaligen Muttergesellschaft verworfen, dass die Selbstanzeige der ehemaligen Tochter für den Zeitraum vor Kontrollwechsel auch ihr zugutekommen müsse (EuG T-161/05 vom 30.9.2009 – *Hoechst GmbH*, ECLI:EU:T:2009:366, Rz. 74–80).

Die schweizerische Praxis hat sich soweit ersichtlich noch nicht mit dieser Frage befasst.<sup>55</sup> Die europäische Praxis hat hierfür ein zweistufiges Vorgehen entwickelt:

- Zunächst gilt der Grundsatz, dass derjenige Rechtsträger für einen Kartellrechtsverstoss haftet, dem der Verstoss zuzurechnen ist. Dies gilt auch dann, wenn dieser Rechtsträger den entsprechenden Unternehmensteil veräussert hat.<sup>56</sup> So bleibt gemäss Europäischer Kommission eine fehlbare Gesellschaft haftbar, auch wenn sie die Vermögenswerte, die für den Verstoss verwendet wurden, veräusserte und sich vom Markt zurückzog.<sup>57</sup> Insofern gilt: «Verkauf schützt vor Strafe nicht».<sup>58</sup>
- Wenn der Rechtsträger, dem der Verstoss zuzurechnen ist, nicht mehr existiert, ist nach dem Konzept der wirtschaftlichen Kontinuität zu prüfen, ob ein anderer Rechtsträger wirtschaftlicher Nachfolger des verstossenden Rechtsträgers ist. Hierfür ist die Gesamtheit der materiellen, personellen und immateriellen Faktoren zu bestimmen, die am Verstoss beteiligt waren, und darauf hin zu beurteilen, ob und wem die Verantwortung für das so erfasste Unternehmen übertragen wurde. Besteht wirtschaftliche Kontinuität zu einem neuen Rechtsträger, kann dieser für den Verstoss sanktioniert werden.<sup>59</sup>

Vor diesem Hintergrund sind die Risiken eines Käufers, für vergangene Kartellrechtsverstöße eines erworbenen Unternehmens zur Verantwortung gezogen zu werden, beim *Asset Deal* tendenziell geringer als beim *Share Deal*: In ersterem Fall haftet der Käufer grundsätzlich nicht für vergangene Verstöße, wenn der Verkäufer noch existiert (was sich der Käufer gegebenenfalls für eine gewisse Zeit zusichern lassen kann). In letzterem Fall kann die erworbene Tochtergesellschaft hingegen auch für ihre Verstöße vor Vollzug zur Verantwortung gezogen werden (Ziff. III.2 vorne).

#### 4. Kartellrechtsverstoss einer ehemaligen Konzerngesellschaft

Fraglich ist schliesslich, ob ein Käufer damit rechnen muss, dass eine erworbene Tochtergesellschaft nicht nur für eigene Kartellrechtsverstöße vor Vollzug sanktioniert wird, sondern auch für Verstöße ihrer ehemaligen Konzerngesellschaften. Dies kommt aufgrund des funktionalen Unternehmensbegriffs von vornherein nur in Frage für Verstöße solcher Gesellschaften während des Zeitraums, in dem die übertragene Tochtergesellschaft noch zum früheren Konzern gehörte.

Nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts, wonach sämtliche Konzerngesellschaften für einen Verstoss einer anderen Konzerngesellschaft haften und die Sanktionssubjekte nach Gesichtspunkten der Zweckmässigkeit ausgewählt werden (vgl. Ziff. II.3 vorne), scheint eine solche Haftung grundsätzlich möglich. In der europäischen Lehre wird sie teilweise sogar ausdrücklich gefordert und darauf verwiesen, dass diese Haftung der europäischen Praxis zur wirtschaftlichen Einheit ohnehin implizit zugrunde liege.<sup>60</sup> Entsprechende Praxis, in der eine Gesellschaft für einen Kartellrechtsverstoss einer ehemaligen Konzerngesellschaft gebüsst wurde, liegt bislang aber weder in der Schweiz noch auf europäischer Ebene vor.

Aus praktischer Sicht muss vor diesem Hintergrund damit gerechnet werden, dass eine erworbene Tochtergesellschaft für frühere Kartellrechtsverstöße ihrer ehemaligen Konzerngesellschaften zur Verantwortung gezogen werden kann. Aus behördlicher Sicht könnte sich insbesondere in folgenden Szenarien ein Bedürfnis für eine solche Haftung ergeben: Zum einen kann es sein, dass weder der Verkäufer noch dessen verstossende Konzerngesellschaft für die Kartellbehörde greifbar sind, da sie im Ausland tätig sind.<sup>61</sup> Zum anderen kann es sein, dass die verstossende Konzerngesellschaft zwar greifbar ist, sich in ihr aber die Wirtschaftskraft des Konzerns nicht (mehr) manifestiert, weil beispielsweise die Vermögenswerte auf andere Gesellschaften übertragen wurden (z.B. bei einer Bad Bank).

<sup>55</sup> Vgl. zu den Folgen von (soweit entscheidungsrelevant: konzern-internen) Umstrukturierungen für die Parteistellung im Verfahren immerhin BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018 – *Zugang zu Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC)*, Rz. 125–131 – nicht rechtskräftig.

Zudem ergibt sich aus einem kürzlich ergangenen Urteil des Bundesgerichts (2C\_690/2019 vom 11.2.2020) betreffend Publikation einer Sanktionsverfügung, dass sich die WEKO im Verfahren Bauleistungen Gaster-See mit den Folgen von Vermögensübertragungen auf die kartellrechtliche Haftung des Erwerbers befasst hat (E. 5.1.5). Die entsprechenden Erwägungen im Entscheid der WEKO, deren Veröffentlichung vor Bundesgericht umstritten war, sind bislang nicht publiziert (WEKO, Verfügung vom 8. Juli 2016 – *Bauleistungen Gaster-See*, Publikationsversion verfügbar auf [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch) (zuletzt besucht am 1.3.2020)).

<sup>56</sup> EuGH C-49/92 vom 8.7.1999 – *Anic*, ECLI:EU:C:1999:356, Rz. 145.

<sup>57</sup> Europäische Kommission, 38344 – *Spannstahl*, Rz. 699.

<sup>58</sup> SKOCZYLA (FN 23), 91.

<sup>59</sup> WHISH/BAILEY (FN 14), 100 f. m.w.Nw.

<sup>60</sup> KERSTING (FN 24), 125–136.

<sup>61</sup> Ein solcher Sachverhalt ist im Kartellrecht nicht ungewöhnlich. Nach dem Auswirkungsprinzip (Art. 2 Abs. 2 KG) erfasst das Kartellrecht Verhaltensweisen ausländischer Gesellschaften, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn keine schweizerische Gesellschaft hieran beteiligt ist. So sanktionierte die WEKO im BMW-Verfahren nur eine ausländische Gesellschaft (Bayerische Motoren Werke AG) für kartellrechtswidrige Absprachen mit anderen ausländischen Gesellschaften (Vertriebshändler in Deutschland) (WEKO, Verfügung vom 7.5.2012 – *Bayerische Motoren Werke*).

## IV. Folgerungen für Unternehmens-transaktionen

### 1. Vorbemerkung

Die kartellrechtliche Konzernhaftung kann bei Unternehmenstransaktionen – im Vergleich zu einem Szenario ohne Transaktion – zu Haftungserweiterungen und -erhöhungen oder umgekehrt zu (teilweiser) Sanktionsreduktion führen. Das Risiko eines Käufers, für vergangene Kartellrechtsverstöße eines erworbenen Unternehmens zur Verantwortung gezogen zu werden, ist dabei bei *Share Deals* grundsätzlich höher als bei *Asset Deals*. Negative Überraschungen in Bezug auf die teilweise wenig intuitive Sanktionspraxis lassen sich vermeiden, wenn entsprechende Sanktionsrisiken vertraglich explizit zugewiesen und mögliche Selbstanzeigen antizipiert werden. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit finden sich dazu nachfolgend Vorschläge zu prüfender Punkte bei *Share Deals* zuhanden der Transaktionsspezialisten.

Die Bedeutung dieser Punkte und deren vertragliche Behandlung im Einzelfall hängt wesentlich davon ab, wie konkret ein (möglicher) Kartellrechtsverstoss einer übertragenen Tochtergesellschaft ist. Bei Kartellrechtsrisiken kann es sich um (i) unbekannte Risiken (aber möglicherweise eine kartellanfällige Branche mit vergangenen Verstößen), (ii) bekannte, aber nicht verwirklichte Risiken (d.h. identifizierte mögliche Verstöße, die Kartellbehörden noch nicht bekannt sind) oder (iii) verwirklichte Risiken (laufende Verfahren) handeln.

### 2. Zuweisung von Sanktionsrisiken

Verträge über Unternehmenstransaktionen weisen Haftungsrisiken typischerweise über eine Kombination von Zusicherungen, Garantien und Schadloshaltungen zu. Im Zusammenhang mit möglichen Kartellrechtsverstößen einer übertragenen Tochtergesellschaft sind insbesondere Zusicherungen betreffend die Einhaltung von Rechtsvorschriften, betreffend behördliche Untersuchungen und betreffend Offenlegung wesentlicher Informationen relevant. Teilweise werden auch explizite Zusicherungen zum Kartellrecht vereinbart. Vor dem Hintergrund der kartellrechtlichen Konzernhaftung und ihrer Anwendung in Kontrollwechselsituationen können folgende Haftungskonstellationen geprüft und gegebenenfalls vertraglich geregelt werden. Entsprechende Fragen können sich in allen drei vorgenannten Varianten von Kartellrechtsrisiken stellen.

*Haftung für Sanktionen des Käufers und Verkäufers:* Kartellrechtliche Sanktionen für Verstöße einer übertragenen Tochtergesellschaft können nicht nur dieser Tochtergesellschaft auferlegt werden, sondern auch dem Verkäufer und Käufer (für Verstöße in denjenigen Zeiträumen, in denen sie die Tochtergesellschaft kontrollier-

ten). Dies kann wie folgt von Bedeutung für Unternehmenskaufverträge sein:

- **Haftungsbegrenzung für Verkäufer:** Hat der Verkäufer eine Haftungsobergrenze verhandelt, sind hierbei aus Verkäufersicht auch Sanktionen in Anschlag zu bringen, die dem Verkäufer für Verstöße der Tochtergesellschaft auferlegt werden (und nicht nur diejenigen, die direkt der übertragenen Tochtergesellschaft auferlegt werden).
- **Haftung für Sanktionen des Käufers:** Wird der Käufer für (nach Vollzug fortdauerndes) Verhalten der übertragenen Tochtergesellschaft sanktioniert, ist zu prüfen, ob er diese Haftung auf den Verkäufer abwälzen kann. Der Verkäufer wird sich auf den Standpunkt stellen, er sei für die Haftung des Käufers nach Vollzug nicht verantwortlich. Der Käufer kann geltend machen, zumindest während einer Integrationsphase – oder bei Finanzinvestoren auch längerfristig – sei eine solche Haftung, die letztlich auf einen vor Vollzug begründeten Verstoß der Tochtergesellschaft zurückgeht, gerechtfertigt.

*Haftung für Bussenüberschuss:* Ein Kontrollwechsel kann die kartellrechtliche Sanktion im Vergleich zu einem Szenario ohne Kontrollwechsel erhöhen. Ein solcher Bussenüberschuss kann erhebliche quantitative Dimensionen haben und kann insbesondere wie folgt von Bedeutung für Unternehmenskaufverträge sein:

- **Wiederholungstäterschaft:** Von kommerzieller Bedeutung ist insbesondere ein wiederholter Verstoß gegen das Kartellrecht, der nach europäischem Recht zu einer Verdopplung des Sanktionsbetrags führen kann. Wurde eine Gesellschaft des Käufer- oder Verkäuferkonzerns bereits für einen Kartellrechtsverstoss sanktioniert, kann das entsprechende Risiko einer Sanktionserhöhung für einen Verstoß der Tochtergesellschaft wegen Wiederholungstäterschaft explizit zugewiesen werden.
- **Weitere sanktionserhöhende Faktoren:** Es ist zu prüfen, ob und in welchem Umfang der Verkäufer den Käufer oder die übertragene Tochtergesellschaft für einen anderweitigen Bussenüberschuss entschädigen muss, der aufgrund der Transaktion entsteht (beispielsweise wenn der Käufer weitere Tätigkeiten in den relevanten Märkten aufweist oder insgesamt einen höheren Umsatz erzielt).

*Haftung für Verstöße ehemaliger Konzerngesellschaften:* Es ist zu prüfen, ob der Verkäufer den Käufer schadlos zu halten hat, wenn die übertragene Tochtergesellschaft für Verstöße ihrer ehemaligen Konzerngesellschaften vor Vollzug sanktioniert wird.

*Dauer der Haftung:* Zusicherungen und Garantien sind typischerweise befristet, doch Zusicherungen betreffend die Einhaltung von Rechtsvorschriften können an die anwendbare Verjährungsfrist geknüpft sein. Bis ein

vor Vollzug begonnener (aber möglicherweise danach fortdauernder) Kartellrechtsverstoss verjährt ist, können Jahre oder Jahrzehnte vergehen.<sup>62</sup> In solchen Fällen ist aus Verkäufersicht die entsprechende Verjährungsfrist vertraglich zu beschränken.

### 3. Antizipierung möglicher Selbstanzeigen

Ein möglicher Kartellrechtsverstoss einer erworbenen Tochtergesellschaft kann nach Vollzug insbesondere zu Tage treten, wenn der Käufer das Verhalten im Rahmen der Integration identifiziert (oder eine Untersuchung einer Wettbewerbsbehörde eröffnet wird, beispielsweise mittels Hausdurchsuchung). In einer solchen Konstellation stellt sich für das betroffene Unternehmen regelmässig die Frage, ob eine Selbstanzeige eingereicht werden soll. Dabei ist die Entscheidung über die Selbstanzeige auch von den vertraglichen Regelungen über den Erwerb der Tochtergesellschaft beeinflusst – und hat damit umgekehrt die Vertragsredaktion Auswirkungen auf das Vorgehen des Käufers bei Feststellung eines möglichen Verstosses der übertragenen Tochtergesellschaft. Diese Fragen stellen sich bei den ersten beiden vorgenannten Varianten von Kartellrechtsrisiken, wobei insbesondere folgende Regelungen in Unternehmenskaufverträgen betroffen sind:

*De minimis-Schwelle:* Unternehmenskaufverträge sehen in Bezug auf die Haftung des Verkäufers betreffend Garantien oder Schadloshaltungen typischerweise eine *de minimis*-Schwelle vor. Diese kann Auswirkungen haben auf Kartellrechtsverstösse, bei denen insgesamt eine eher geringe Sanktion zu erwarten ist (z.B. bei zeitlich beschränkten Vertikalabreden in einem kleinen Markt). Liegt die *de minimis*-Schwelle hoch (so dass der Verkäufer für quantitativ wenig bedeutende Verletzungen nicht haftet), erhöht sich die Attraktivität einer (unabgestimmten) Selbstanzeige für den Käufer. Eine niedrigere *de minimis*-Schwelle reduziert umgekehrt die Attraktivität einer (unabgestimmten) Selbstanzeige durch den Käufer.

*Anzeigefrist für Ansprüche des Käufers:* Ansprüche des Käufers gegen den Verkäufer müssen regelmässig innert einer bestimmten Frist geltend gemacht werden. Eine Sanktionsreduktion durch Selbstanzeige erfordert ein

rasches Vorgehen. Regelmässig profitiert nur der erste Selbstanzeiger von einem vollständigen Sanktionserlass und wird für weitere Selbstanzeiger die Reduktion geringer, je mehr Selbstanzeigen vor ihnen eingereicht wurden. Wie dargestellt, ist nicht geklärt, ob die Selbstanzeige der Tochtergesellschaft auch dem Verkäufer in Bezug auf seine Haftung vor Vollzug zugute kommt. Um dem Verkäufer zu ermöglichen, von Selbstanzeigen zu profitieren, kann er versuchen, die Anzeigefrist des Käufers bei möglichen Kartellrechtsverstössen so zu verkürzen, dass der Verkäufer unmittelbar nach deren Entdeckung benachrichtigt werden muss – und er damit die Möglichkeit einer zeitnahen Selbstanzeige bzw. diesbezüglichen Abstimmung hat.

*Schadenminderungspflicht:* Käufer sind regelmässig gesetzlich und vertraglich verpflichtet, den Schaden zu minimieren, für den ein Verkäufer aufzukommen hat. Dabei stellt sich die Frage, ob und wann eine (unabgestimmte) Selbstanzeige des Käufers bzw. der erworbenen Tochtergesellschaft einen Verstoss gegen die Schadenminderungspflicht darstellt. Selbst wenn eine Selbstanzeige der Tochtergesellschaft auch dem Verkäufer zugutekommt (was nicht gesichert ist), kann sie parallele Sanktionsverfahren in Ländern auslösen, die für den entsprechenden Verstoss kein Selbstanzeigeverfahren kennen (beispielsweise stehen in zahlreichen Ländern Selbstanzeigen für Vertikalabreden nicht zur Verfügung). Entsprechende Sanktionen für Verhalten vor Vollzug können der erworbenen Tochtergesellschaft auferlegt werden und damit wirtschaftlich den Käufer treffen, der den Schaden auf den Verkäufer abwälzen möchte. Zudem kann eine Selbstanzeige zu zivilrechtlichen Schadenersatzverfahren auch gegen den Verkäufer führen. Gegebenenfalls ist daher zu regeln, ob und wann eine Selbstanzeige ohne Verstoss gegen die Schadenminimierungspflicht eingereicht werden kann.

<sup>62</sup> Die Verjährungsfrist für kartellrechtliche Sanktionen beginnt erst mit Beendigung des Verhaltens. Führt die Tochtergesellschaft das massgebliche Verhalten nach Vollzug weiter, so beginnt die Verjährungsfrist mit Vollzug noch gar nicht zu laufen. Nach europäischem Recht beträgt die Verjährungsfrist fünf Jahre ab Beendigung des Verhaltens (Art. 26 Abs. 1 Verordnung 1/2003). Im schweizerischen Recht ist die Verjährungsfrist für kartellrechtliche Sanktionen nicht ausdrücklich geregelt. Das Bundesverwaltungsgericht stellte sich kürzlich auf den Standpunkt, dass die Verjährungsfrist zehn Jahre ab Beendigung des Verhaltens betrage, wobei die Eröffnung einer Untersuchung durch die WEKO die Verjährung unterbreche (BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018 – *Zugang zu Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC)*, Rz. 1718 und 1720 f. – nicht rechtskräftig).