

2. Das Recht der Wirtschaft

Die Haftung der wirtschaftlichen Einheit im Kartellrecht – Vom Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit zur kartellrechtlichen Unternehmenshaftung kraft Konzernzugehörigkeit

Michael Kling

I. Einleitung

Der folgende Beitrag ist meinem verehrten Kollegen *Georgios Gounalakis* anlässlich seines Ruhestandseintritts gewidmet. Das Thema liegt im Grenzbereich zwischen dem Kartell- und dem Kapitalgesellschaftsrecht. Somit werden zwei Rechtsgebiete berührt, mit denen sich der Jubilar, obgleich sein hauptsächliches wissenschaftliches Interesse vor allem im Medienrecht liegen dürfte, über Jahrzehnte ebenfalls intensiv befasst hat.¹ Vor diesem Hintergrund hofft der Autor dieser Zeilen auf ein gewisses Interesse des Jubilars an den folgenden Ausführungen.

II. Problemstellung und wesentlicher Inhalt der Sumal-Entscheidung

1. Die Rechtssache Sumal

Der EuGH entschied in seiner Grundsatzentscheidung *Sumal* vom 6. Oktober 2021, dass ein spanisches Tochterunternehmen für das kartellrechtswidrige Verhalten seiner deutschen Muttergesellschaft auf Schadensersatz haftet. Dem liegt die Rechtsfigur der „wirtschaftlichen Einheit“ zugrunde. Bis dato war in der Rechtsprechung lediglich die umgekehrte Konstellation – d.h. die Haftung der Muttergesellschaft für Kartellverstöße ihrer Tochtergesellschaft – als Möglichkeit anerkannt.

1 Siehe nur *G. Gounalakis/F. Jäkel*, Drei-Stufen-Test: Wettbewerbliche Elemente und kartellrechtliche Grundsätze, ZWeR 2011, S. 243 ff.; *G. Gounalakis*, Medienkonzentrationskontrolle versus allgemeines Kartellrecht, AfP 2003, 394 ff.; *G. Gounalakis/S. Lochen*, Elektronische Marktplätze und Kartellrecht, ZHR 167 (2003), 632 ff.; *G. Gounalakis*, Das TK-Sonderkartellrecht und die Regelungen zur Belegung von Übertragungskapazitäten auf dem Prüfstand, K&R 2003, 49 ff.; *G. Gounalakis*, Medienkonzentrationsrecht - Vielfaltsicherung in den Medien, 2008.

Der Sachverhalt des Falls *Sumal* weist keine besonderen Schwierigkeiten auf. Die Europäische Kommission erließ gegen die *Daimler AG* als Muttergesellschaft einen Bußgeldbescheid wegen ihrer Beteiligung am LKW-Kartell zwischen den Jahren 1997 und 2011 (es handelte sich um eine sog. *einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlung*). In dem genannten Zeitraum hatte die Klägerin des Ausgangsverfahrens, die *Sumal S.L.*, von *Mercedes-Benz Trucks España* (MBTE) – einem Vertragshändler des Daimler-Konzerns – zwei LKW erworben. Die Klägerin machte mit ihrer gegen die MBTE gerichteten Klage Schadensersatz wegen kartellbedingten Mehrkosten geltend. Sie forderte exakt 22.204,35 Euro und damit einen Geldbetrag, der den Mehrkosten entsprach, die ihr aufgrund des Kartells entstanden waren.

Das Bemerkenswerte an dem Sachverhalt besteht darin, dass die Beklagte an dem LKW-Kartell gänzlich unbeteiligt war, sodass gegen sie – anders als gegen die Muttergesellschaft – kein Bußgeldbescheid ergangen war. MBTE machte daher geltend, dass eine Auslegung der Theorie der wirtschaftlichen Einheit dahin gehend, dass die Haftung der Muttergesellschaft *Daimler AG* auf sie ausgedehnt würde, gegen den Grundsatz der Bindungswirkung von Kommissionsentscheidungen, d.h. gegen Art. 16 Abs. 1 VO Nr. 1/2003, verstoßen würde. Hilfsweise trug sie vor, dass die Theorie der wirtschaftlichen Einheit keine Ausweitung der Haftung in absteigender Linie, wie sie das vorliegende Gericht anführe, erlaube. Die mit dem Fall befassten Gerichte beurteilten die Rechtslage unterschiedlich.

In der ersten Instanz scheiterte die *Sumal S.L.* zunächst mit ihrer Klage vor dem Handelsgericht Nr. 7 von Barcelona. Nach dessen Auffassung war die *Daimler AG* – also die Muttergesellschaft in Deutschland – für den Kartellverstoß allein verantwortlich und damit die richtige Beklagte. In der zweiten Instanz referenzierte das Provinzialgericht Barcelona in seinem Urteil die unterschiedlichen Auffassungen der spanischen Gerichte zur kartellrechtlichen Konzernhaftung. Tatsächlich war die streitentscheidende Frage nach der Haftung der am Kartell nicht beteiligten Tochtergesellschaft zuvor unterschiedlich beantwortet worden. Einige spanische Gerichte ließen eine solche Möglichkeit in Anwendung der Theorie der wirtschaftlichen Einheit zu, während andere sie mit der Erwägung ablehnten, dass diese Theorie zwar erlaube, die zivilrechtliche Haftung für das wettbewerbswidrige Verhalten einer Tochtergesellschaft der Muttergesellschaft zuzurechnen, aber den umgekehrten Vorgang ohne Kontrolle der Ersteren über die Letztere nicht zulasse. Angesichts dieser Unsicherheiten

in der Beurteilung setzte das Provinzialgericht den Rechtsstreit aus und legte die einschlägigen Rechtsfragen dem EuGH zur Entscheidung vor.

2. Problemstellung

Die Besonderheit des *Sumal*-Falles lag wie erwähnt darin, dass vorliegend eine sog. *Downstream*-Konstellation der „Haftungszurechnung“ gegeben war. Streitgegenständlich waren die Grundlagen und die Reichweite einer etwaigen Schadensersatzhaftung der beherrschten ausländischen Tochtergesellschaft für das Verhalten der sie beherrschenden Muttergesellschaft. Typischerweise wird an den umgekehrten Fall, d.h. an die sog. *Upstream*-Konstellation angeknüpft, welche die Haftung der Muttergesellschaft für das kartellrechtswidrige Verhalten der Tochter betrifft. In den bisher entschiedenen Fällen der Verantwortungszurechnung im Kartellbußgeldrecht ging es um die maßgebliche Frage nach der Beherrschung der Tochter durch die Mutter kraft eines (nahezu) vollständigen Anteilsbesitzes, d.h. bei 98% bis 100% (und ggf. weiterer Faktoren).

In *Downstream*-Konstellationen ist fraglich, ob das für *Upstream*-Konstellationen maßgebliche Kriterium der Kontrolle überhaupt relevant ist, denn es ist offensichtlich, dass die Tochtergesellschaft nicht die sie besitzende Muttergesellschaft beherrschen kann, sondern nur umgekehrt. Somit ist zu fragen, ob bei der zivilrechtlichen Haftungszurechnung von der Mutter auf die Tochter auf das bisher zentrale Entscheidungskriterium der Kontrolle völlig verzichtet werden kann. Wenn das der Fall wäre, wie sollte ein „absteigender“ Vorgang der Verantwortungszurechnung gerechtfertigt werden, demzufolge die Tochtergesellschaft für die durch das wettbewerbswidrige Verhalten der Muttergesellschaft verursachten Schäden gegenüber Dritten haftet?²

Aus *Sumal* ergeben sich außerdem mehrere Folgefragen, auf die hier unter IV. eingegangen wird. Zunächst soll in groben Zügen die Rechtsentwicklung zu der schillernden Rechtsfigur der „wirtschaftlichen Einheit“ im europäischen Kartellrecht nachgezeichnet werden. Das erfordert vorab einen Blick auf die strukturellen Parallelen im Kartellbußgeldrecht und bei der Haftung im Fall der Unternehmensnachfolge. Anschließend werden die Schlussanträge des GA *Pitruzzella* und das Urteil des EuGH in Sachen *Sumal* vorgestellt und kritisch gewürdigt.

2 Schlussanträge des GA *Pitruzzella* v. 15.4.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:293 Rn. 2 – *Sumal*/Mercedes Benz Trucks España.

II. Historische Entwicklung der Konzeption der „wirtschaftlichen Einheit“ im Unionskartellrecht

1. Die „wirtschaftliche Einheit“ im Kartellbußgeldrecht

a) Bußgeldhaftung der Muttergesellschaft für Zuwiderhandlung von Tochtergesellschaften oder Enkelgesellschaften im (Nahezu-)Alleinbesitz

Seit den Urteilen des EuGH in den Rechtssachen *Akzo Nobel*³ (2009) und *General Química*⁴ (2011) gilt im europäischen Kartellbußgeldrecht eine widerlegliche Vermutung für die Ausübung bestimmenden Einflusses, wenn die Muttergesellschaft 100% (oder zumindest nahezu 100%) der Anteile an der Tochtergesellschaft besitzt. Das hat zur Folge, dass eine wirtschaftliche Einheit und damit eine entsprechende bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit der Muttergesellschaft besteht. Die Haftungsvermutung kraft 100%-igen Anteilsbesitzes greift auch im Fall lediglich mittelbarer Kontrolle, d.h. in dem Fall, dass eine Enkelgesellschaft den relevanten Kartellverstoß begangen hat.

Für die Zurechnung des kartellrechtswidrigen Verhaltens der Tochtergesellschaft zur Muttergesellschaft ist nicht erforderlich, dass diese selbst wirtschaftlich aktiv ist.⁵ Daher werden auch Holdinggesellschaften und Stiftungen⁶ von diesen extensiven Zurechnungsgrundsätzen des EuGH erfasst. Entsprechendes gilt zudem für – rein finanziell motivierte – Investmentgesellschaften und Investmentbanken. Die Bußgeldhaftung greift selbst dann, wenn keine 100%-ige Kapitalbeteiligung an der Beteiligungsgesellschaft vorliegt, aber der Anteil der Stimmrechte diese Voraussetzung erfüllt, so dass daraus eine Stellung resultiert, die derjenigen eines Alleineigentümers vergleichbar ist.⁷ Entscheidend ist letztlich die Ausübung des bestimmenden Einflusses durch den Finanzinvestor. Unter den genannten Voraussetzungen unterliegen die beteiligten Unternehmen gemäß Art. 23 Abs. 2 VO

3 EuGH, Ur t. v. 10.9.2009 – Rs. C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536 – Akzo Nobel u.a./Kommission.

4 EuGH, Ur t. v. v. 20.1.2011 – Rs. C-90/09 P, ECLI:EU:C:2011:21 – General Química/Kommission.

5 EuGH, Ur t. v. v. 20.1.2011 – Rs. C-90/09 P, ECLI:EU:C:2011:21 Rn. 87 – General Química/Kommission.

6 EuGH, Ur t. v. 11.7.2013 – Rs. C-440/11 P, ECLI:EU:C:2013:514 – Kommission/Stichting Administratiekantoor Portielje und Gosselin Group.

7 EuGH, Ur t. v. 27.1.2021 – Rs. C-595/18 P, ECLI:EU:C:2021:73 – Goldmann Sachs Group/Kommission.

1/2003 einer gesamtschuldnerischen Bußgeldhaftung. Im Innenverhältnis können sich zwar unterschiedliche Haftungsanteile ergeben, über deren Höhe aber nicht die Kommission entscheidet, sondern ggf. die nationalen Gerichte zu bestimmen haben (sog. *Gesamtschuldnerausgleich*, vgl. § 426 BGB).⁸ Als Auffangregel kann (nach nationalem Zivilrecht) auch eine Haftung nach Kopfteilen in Betracht kommen.

b) Bußgeldhaftung für Gemeinschaftsunternehmen

Vergleichbare Haftungsgrundsätze gelten nach der Rspr. des EuGH auch für den Fall, dass zwei Muttergesellschaften je 50 % der Anteile an einem Gemeinschaftsunternehmen (GU) gehören, d.h. bei sog. *joint ventures*.⁹ Üben die beiden Muttergesellschaften entscheidenden Einfluss auf ein je hälftig gehaltenes GU aus, bilden sie mit diesem jeweils eine wirtschaftliche Einheit (engl. *a single economic unit*) und sind daher insgesamt als ein Unternehmen (engl. *a single undertaking*) i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV anzusehen.¹⁰ Die Verhängung einer Geldbuße gegen eine Muttergesellschaft setzt nach der Rspr. des EuGH nicht voraus, dass die Kommission ein Verfahren gegen die am Kartell beteiligte Tochtergesellschaft (also gegen das GU) durchgeführt hat.¹¹

Eine bußgeldrechtliche Mithaftung für Kartellverstöße eines GU kommt ferner bei Minderheitsgesellschaftern in Betracht.¹² Der EuGH verzichtet bei der Begründung der wirtschaftlichen Einheit ggf. auf förmliche Beziehungen zwischen der Mutter- und der Tochtergesellschaft und lässt ggf. personelle Verflechtungen zwischen den beiden rechtlichen Einheiten ausreichen.¹³ Die Ausübung eines bestimmenden Einflusses der Mutter- auf die Tochtergesellschaft könne dabei

8 EuGH, Urt. v. 10.4.2014, verb. Rss. C-231/11 P bis C-233/11 P, ECLI:EU:C:2014:256 – Kommission/Siemens Österreich u.a. (gasisolierte Schaltanlagen).

9 EuGH, Urt. v. 26.9.2013 – Rs. C-172/12 P, ECLI:EU:C:2013:601 – EI du Pont de Nemours/Kommission; EuGH v. 26.9.2013 – Rs. C-179/12 P, ECLI:EU:C:2013:605 – The Dow Chemical Company/Kommission; EuG v. 11.7.2014 – Rs. T-543/08, ECLI:EU:T:2014:627 – RWE und RWE Dea.

10 EuGH, ebd.

11 EuGH, Urt. v. 14.9.2017, verb. Rs. C-588/15 P und C-622/15, ECLI:EU:C:2017:679 – LG Electronics und Koninklijke Philips Electronics/Kommission.

12 EuGH, Urt. v. 18.1.2017 – Rs. C-623/15 P, ECLI:EU:C:2017:21 – Toshiba Corp./Kommission.

13 EuGH, ebd.

„aus einem Bündel übereinstimmender Umstände hergeleitet werden, auch wenn keiner dieser Umstände für sich allein genügt, um die Existenz eines solchen Einflusses zu belegen.“¹⁴

Eine solche Haftung ist beispielsweise denkbar, wenn dem Minderheitsgesellschafter Vetorechte eingeräumt wurden, die sich auf den Geschäftsplan (mithin auf die wesentliche Tätigkeit des GU, seine finanziellen Ziele und seine wesentliche strategische Planung) beziehen. Daran wird deutlich, dass das Abstellen auf einen hohen Anteilsbesitz zwar im Regelfall ausreichend ist, um den beherrschenden Einfluss der Muttergesellschaft zu begründen, dass daneben aber durchaus weitere Kriterien herangezogen werden können. Der beherrschende Einfluss kann insbesondere durch die Einräumung von besonderen Rechten sowie durch die Ausübung eines persönlichen Einflusses begründet werden. Aus der schillernden Rechtsfigur der wirtschaftlichen Einheit ergeben sich somit weitreichende bußgeldrechtliche Haftungsfolgen.

c) Kritik an der Akzo-Rechtsprechung

Die – inzwischen ständige und gefestigte – „Akzo-Rechtsprechung“ (und die gleichlautende Kommissionspraxis) hat zu Recht viel Kritik erfahren. Trotz des unbestritten hohen Rangs, den das Effektivitätsprinzip bei der Durchsetzung des Unionskartellrechts genießt, bestehen insoweit ernstzunehmende rechtsstaatliche Bedenken. Das System der Bußgeldverhängung gemäß den „Akzo-Grundsätzen“ ist vor allem deshalb fragwürdig, weil es die rechtliche Eigenständigkeit der Konzerngesellschaften gemäß dem fundamentalen (kapital)gesellschaftsrechtlichen *Trennungsgrundsatz*¹⁵ negiert und auf diese Weise *de facto* zu einer systemfremden Struktur- oder Erfolgshaftung führt.¹⁶ Dies steht in einem eklatanten Widerspruch zu dem Rechtsträgerprinzip, welches für das Bußgeldrecht prägend ist.¹⁷ Wenig

14 EuGH, Urt. v. 18.1.2017 – Rs. C-623/15 P, ECLI:EU:C:2017:21 Rn. 46 f. – Toshiba Corp./Kommission; EuGH, Urt. v. 27.1.2021 – Rs. C-595/18 P, ECLI:EU:C:2021:73 Rn. 67 – Goldmann Sachs Group/Kommission.

15 Siehe dazu aus gesellschaftsrechtlicher und wohlfahrtsökonomischer Perspektive D. Poelzig, AG 2023, 97 ff.; T. Ackermann, ZEuP 2023, 529 ff.

16 K. Voet van Vormizeele, WuW 2010, 1008, 1014; M. Kling, WRP 2010, 506 ff.; M. Kling, ZWeR 2011, 169 ff.

17 D. Poelzig, AG 2023, 97.

überraschend zeigen sich verschiedene Gesellschaftsrechtswissenschaftler Deutschlands „[...] befremdet von der Bedenkenlosigkeit, mit der der EuGH in seinen kartellrechtlichen Urteilen die personen- und vermögensrechtliche Trennung zwischen Konzerngesellschaften übergeht“.¹⁸ Diese Kritik ist vor dem Hintergrund, dass das kapitalgesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip „durch wesentliche wohlfahrtsökonomische Vorteile legitimiert und verfassungs- sowie unionsrechtlich verankert werden“,¹⁹ besonders überzeugend. Die wirtschaftliche Einheit könnte sich deshalb mittelfristig zu einem „Zankapfel zwischen Kartell- und Gesellschaftsrecht“ entwickeln.²⁰

Richtigerweise sollte die Haftungszurechnung an den positiven Nachweis geknüpft werden, dass die Muttergesellschaft bei einer tatsächlich ausgeübten Einflussnahme von dem kartellrechtswidrigen Verhalten hätte wissen und dieses hätte verhindern können. Im Kartellrecht geht es um die Begründung einer Verhaltenshaftung, und Generalanwalt Colomer hat diesbezüglich einmal ganz treffend festgestellt: „Man darf einer juristischen Person nicht einen Verstoß zurechnen, den sie nicht begangen hat.“²¹ (Nur) im Fall der Verhaltenshaftung würde zugleich ein Anreiz für die Muttergesellschaft geschaffen, „durch den Einsatz ihrer Leitungsmacht an der Prävention von Kartellverstößen auf der Ebene der Tochtergesellschaft mitzuwirken“.²² Anders gefragt: Warum sollte die Konzernmutter aktiv auf die Vermeidung von Kartellverstößen ihrer Tochtergesellschaften hinwirken (z.B. durch Compliance-Programme), wenn sie ohnehin für diese Verstöße mithaften muss? Sie könnte sich die Kosten für Kartellrechtsschulungen in ihren Tochterunternehmen von vornherein sparen.

Auf die oben geäußerte Kritik könnte man zwar replizieren, dass die Haftungsvermutung bei (nahezu) 100%-igem Anteilsbesitz nach der Rechtsprechung des EuGH eine widerlegliche ist, sodass ein Anreiz zur Haftungsvermeidung durchaus bestehen könnte. Dieses Argument verfängt aber im Ergebnis ebenso wenig. Nach der Konzeption des EuGH muss die Tochtergesellschaft (also nicht die Kommission) diejenigen Umstände anführen, die geeignet sind, die Kontrollbefugnis der Muttergesellschaft zu widerlegen. Sie hat also die Darlegungs- und Beweislast für die „Enthftung“. Aus

18 T. Ackermann, ZEuP 2023, 529 (531).

19 D. Poelzig, AG 2023, 97 (105).

20 T. Ackermann, ZEuP 2023, 529 (530).

21 Schlussanträge des GA Colomer v. 11.2.2003 – Rs. C-204/00 P, ECLI:EU:C:2003:85 – Aalborg Portland A/S/Kommission).

22 So offenbar generell T. Ackermann, ZEuP 2023, 529 (542).

der Rechtsprechung der Unionsgerichte ergibt sich allerdings nicht einmal ansatzweise, welche konkreten Voraussetzungen für die Widerlegung der Vermutung gelten sollen und wie die Enthftung der Muttergesellschaft in der Praxis gelingen könnte. Die vagen Kernaussagen des EuGH dazu im Fall *Evonik Degussa*²³ lauten, dass die Muttergesellschaft dem Unionsrichter alle Angaben in Bezug auf die organisatorischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Verbindungen zwischen ihr und der Tochtergesellschaft vorlegen muss, die dem Nachweis dienen können, dass sie keine wirtschaftliche Einheit bilden. GA *Pitruzzella* gibt in seinen Schlussanträgen im Fall *Sumal* selbst zu, dass der Nachweis (scil. die Widerlegung der Vermutung) „äußerst schwer zu erbringen sei“.²⁴ Damit verfängt der Hinweis auf die widerlegliche Vermutung letztlich nicht und die grundsätzliche Kritik an der „Akzo-Rechtsprechung“ ist – ungeachtet der Widerleglichkeit der Haftungsvermutung – berechtigt.

d) Vorläufer für Sumal in der Rechtsprechung?

In diesem Zusammenhang werden in der Literatur verschiedene Fälle diskutiert, die möglicherweise als Vorbild für die *Sumal*-Rechtsprechung dienen könnten (sie bezogen sich allerdings zum Teil auf das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV). Hierzu kann festgestellt werden, dass die Qualifizierung der Tochtergesellschaften als Mithaftende jeweils auf einem durch sie selbst verwirklichten Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht beruhte. In den Rechtssachen *Biogaran*²⁵, *Istituto Chemioterapico Italiano*²⁶, *Hugin Cash Registers*²⁷ und *Johnson & Johnson*²⁸ wurden die weisungsunterworfenen Gesellschaften jeweils mit einem Bußgeld belegt, weil sie selbst Teile der Zuwiderhandlung begangen hatten. Die konkrete Bußgeldhöhe bemaß sich allerdings nicht allein anhand ihres eigenen Verhaltens, sondern fußte

23 EuGH, Urt. v. 16.6.2016 – Rs. C-155/14 P, ECLI:EU:C:2016:446 – *Evonik Degussa* und *AlzChem*.

24 Schlussanträge des GA *Pitruzzella* v. 15.4.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:293 Rn. 43 – *Sumal/Mercedes Benz Trucks España*.

25 EuG, Urt. v. 12.12.2018 – Rs. T-677/14, ECLI:EU:T:2018:910 – *Biogaran/Kommission*.

26 EuGH, Urt. v. 6.3.1974 – Rs. 6/73, ECLI:EU:C:1974:18 – *Istituto Chemioterapico Italiens* und *Commercial Solvents Corporation/Kommission*.

27 EuGH, Urt. v. 31.5.1979 – Rs. 22/78, ECLI:EU:C:1979:138 – *Hugin/Kommission*.

28 Kommission, Entscheidung v. 25.11.1980, Fall IV/29.702, ABl. Nr. L 377 vom 31.12.1980, S. 16 ff. – *Johnson & Johnson*.

daneben auf den Handlungen der Mutter- bzw. Schwestergesellschaften. Deshalb kam es in all diesen Fällen tatsächlich zu einer Mithaftung der Tochter für ein Verhalten der Mutter und der Schwester. In der Literatur wird plastisch von einer „Sanktionsbündelung“ gesprochen.²⁹ Vor diesem Hintergrund wäre es verfehlt, von einer Vorbildfunktion der genannten Urteile für die *Sumal*-Rechtsprechung auszugehen.

2. Wirtschaftliche Einheit und Rechtsnachfolge

a) Das Skanska-Urteil des EuGH

In der Rechtssache *Skanska Industrial Solutions*³⁰ hatte der EuGH im Jahr 2019 über einen Fall der kartellrechtlichen Haftung bei Rechtsnachfolge zu entscheiden. Ausweislich dieses Urteils ergeben sich der Anspruch auf Schadensersatz und die Frage nach dem richtigen Schuldner kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche – also die Passivlegitimation – unmittelbar aus dem EU-Primärrecht. Diese Erkenntnis ist auf den ersten Blick nicht besonders überraschend, gleichwohl wurde *Skanska* vielfach als spektakulär empfunden. Da in *Skanska* vordergründig die Frage der Haftung bei Rechtsnachfolge von Unternehmen betroffen war, blieb allerdings unklar, welche konkreten Auswirkungen dieser Fall für die Kartellrechtsdogmatik im Übrigen haben würde. Konkret ging es nämlich (nur) um die Frage, ob ein Kartellgeschädigter auch Unternehmensnachfolger der Kartellanten auf Schadensersatz in Anspruch nehmen kann. Die an der Zuwiderhandlung ursprünglich beteiligten Gesellschaften waren zwischenzeitlich liquidiert und ihr Geschäft von anderen Rechtsträger fortgeführt worden. Der EuGH hielt in dieser Konstellation – unter Rückgriff auf den tradierten bußgeldrechtlichen Grundsatz der sog. *wirtschaftlichen Kontinuität* – auch den jeweiligen Rechtsnachfolger für haftbar, weil es sich wirtschaftlich und funktionell um dasselbe Unternehmen gehandelt habe. Das ist ein Ansatz, der sich mit der seit 1999 bestehenden Rechtsnachfolgehaftung gemäß der sog. *Anic-Rule* (benannt nach dem EuGH-Urteil in der Rechtssache *Anic Partecipazioni*³¹) deckt.

29 T. Bauernmeister, NZKart 2021, 385 (388).

30 EuGH, Urte. v. 14.3.2019 – Rs. C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 – Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions.

31 EuGH, Urte. v. 8.7.1999 – Rs. C-49/92, ECLI:EU:C:1999:356 – Kommission/Anic Partecipazioni.

Die Anerkennung einer Rechtsnachfolgehaftung im Kartellrecht ist insofern überzeugend, als die praktische Wirksamkeit des Kartellverbots beeinträchtigt wäre, wenn Umstrukturierungen und sonstige organisatorische Änderungen es erlauben würden, sich bewusst einer kartellrechtlichen Haftung zu entziehen. Der EuGH gelangt zur Annahme einer Nachfolgehaftung, indem er die Passivlegitimation als solche unmittelbar in Art. 101 AEUV verankert, anstatt sie dem mitgliedstaatlichen Recht zu überlassen. Dabei wendet er bei der Lösung von Rechtsnachfolgefragen im Kartellbußgeldrecht und im Kartellzivilrecht einheitliche Grundsätze an, d.h. er betrachtet den Unternehmensbegriff in beiden Teilgebieten des Kartellrechts als identisch.³² Diese Einheitlichkeit in der Rechtsanwendung ist systematisch stimmig. Mittels der autonomen Auslegung des Unionskartellrecht überwindet er zugleich Hindernisse, die sich u.a. aus dem nationalen Kapitalgesellschaftsrecht (Stichwort: *Trennungsgrundsatz*) oder aus verfassungsrechtlichen Prinzipien wie dem *Grundsatz der Rechtssicherheit* bzw. dem *Rückwirkungsverbot* ergeben können.

b) Kritik am Skanska-Urteil in der Literatur

Skanska hat viel Zustimmung erhalten, aber auch Widerspruch hervorgerufen. Die Kritiker monieren unter anderem, dass es ausgehend von der Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen *Manfredi*³³ und *Kone*³⁴ überzeugender gewesen wäre, die praktische Wirksamkeit der Wettbewerbsregeln im nationalen rechtlichen Kontext wie auch sonst über die Grundsätze der *Äquivalenz* und der *Effektivität* zu gewährleisten.³⁵ Das ist ein tragfähiger Einwand. Die genannten Grundsätze werden seitens der Unionsorgane nämlich überall dort angewandt, wo nicht die Europäische Union, sondern die Mitgliedstaaten die Gesetzgebungskompetenz haben. Diese Aussage ist sowohl im Bereich des Schadensersatzrechts als auch im Zivilprozessrecht – auch außerhalb kartellrechtlicher Fallgestaltungen – gültig.

32 C. Kersting/J. Otto, NZKart 2021, 651.

33 EuGH, Urt. v. 13.7.2006 – Rs. C-295/04, ECLI:EU:C:2006:461 – Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni.

34 EuGH, Urt. v. 5.6.2014 – Rs. C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 – Kone AG u.a./ÖBB-Infrastruktur AG.

35 Näher dazu R. Harms/P. Kirst, EuZW 2019, 377 ff.

c) Bedeutung des Skanska-Urteils im Gesamtkontext

Zunächst blieb unklar, ob der EuGH die in *Skanska* getroffenen Aussagen auf die Rechtsnachfolgehafung im Bereich des Kartellschadensersatzes beschränkt sehen oder damit zugleich den Weg für eine unionskartellrechtliche Konzernhaftung ebnen wollte. Teilweise wurde unmittelbar nach Erlass des Urteils vertreten (oder zumindest prognostiziert), dass ihm sogar eine universelle Anwendung des unionsrechtlichen Unternehmensbegriffs auf die Bestimmung des zum Schadensersatz Verpflichteten zu entnehmen sei.³⁶ Auf jeden Fall wurde die Relevanz dieser Rechtsprechung für Unternehmenstransaktionen erkannt.³⁷ Im Nachhinein erweist sich der Lösungsansatz in *Skanska* gleichsam als „Sprungbrett“ zu der vom EuGH nunmehr in *Sumal* formulierten haftungsrechtlichen Konzeption, die ebenfalls an dem Konzept der wirtschaftlichen Einheit anknüpft.³⁸

Diese Interpretation ist erschien allerdings zunächst keineswegs als zwingend. Denn wie *Palzer*³⁹ zu Recht sagt, unterscheidet sich der Sachverhalt im Fall *Skanska* sowohl strukturell als auch wertungsmäßig von der typischen Konzernhaftungskonstellation. Bei der Haftung der Mutter für Kartellverstöße der Tochter im Kartellbußgeldrecht ist maßgebend, dass mehrere Konzerngesellschaften – gesteuert durch den bestimmenden Einfluss der Mutter – einheitlich am Markt agieren, bei der Nachfolgehafung dagegen, dass eine wirtschaftliche Aktivität von einem Rechtsträger selbstbestimmt fortgeführt wird und – wertungsmäßig –, dass den Gläubigern nicht durch Umstrukturierungen der Schuldner entzogen werden soll. Gleichwohl sei konzediert, dass *Kersting* die künftige Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung zur Konzernhaftung zutreffend prognostiziert hat.⁴⁰

36 So namentlich C. Kersting, WuW 2019, 290 (297 ff.).

37 R. Harms/P. Kirst, EuZW 2019, 377 (379).

38 C. Kersting, WuW 2019, 290 ff.; C. Kersting/J. Otto, NZKart 2021, 651 ff.

39 C. Palzer, EWS 2022, 23 (27).

40 C. Kersting, WuW 2019, 290 ff.

III. Inhalt und Analyse der Schlussanträge und der Urteilsgründe im Fall Sumal

1. Die Schlussanträge des Generalanwalts Pitruzzella

a) Die Entwicklung einer neuartigen Haftungskonzeption auf Basis der „wirtschaftlichen Einheit“

Der vorläufige Endpunkt der Entwicklung stellt die *Sumal*-Rechtsprechung dar, die maßgeblich von GA *Pitruzzella* vorbereitet wurde. Dieser stellt in seinen Schlussanträgen auf die wirtschaftliche Einheit, „*die wie ein einziges Unternehmen auf dem Markt handelt*“, als Grundlage für die gesamtschuldnerische Haftung der Muttergesellschaft und der Tochtergesellschaft ab.⁴¹ Seines Erachtens gibt es keinen logischen Grund, warum die Zuordnung der Haftung nicht nur im „aufsteigenden“ Sinn (von der Tochtergesellschaft zur Muttergesellschaft), sondern auch im „absteigenden“ Sinn (von der Muttergesellschaft zur Tochtergesellschaft) erfolgen können sollte.⁴² Damit votiert er für die Möglichkeit eines sog. *umgekehrten Sanktionsdurchgriffs*.⁴³

Freilich genügt das Kriterium des bestimmenden Einflusses der Muttergesellschaft auf die Geschäftspolitik der Tochtergesellschaften nur im Fall der aufsteigenden Haftung, um die Haftung der Muttergesellschaft zu begründen.⁴⁴ Im Fall der Haftung in absteigender Linie, in dem die Muttergesellschaft die Zuwiderhandlung begeht, soll sich die Einheitlichkeit der wirtschaftlichen Tätigkeit nach Ansicht des Generalanwalts jedoch daraus ergeben, dass die Tätigkeit der Tochtergesellschaft gewissermaßen für die Verwirklichung des wettbewerbswidrigen Verhaltens erforderlich ist (z.B. weil die Tochtergesellschaft die kartellbefangenen Güter verkauft).⁴⁵ Auf das Kriterium eines bestimmenden Einflusses kommt es jedenfalls in *Downstream*-Konstellationen nicht an.⁴⁶

41 Schlussanträge des GA Pitruzzella v. 15.4.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:293 Rn. 38, 40 – *Sumal/Mercedes Benz Trucks España*.

42 Schlussanträge des GA Pitruzzella v. 15.4.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:293 Rn. 52 – *Sumal/Mercedes Benz Trucks España*.

43 *D. Poelzig*, AG 2023, 97 (102).

44 Schlussanträge des GA Pitruzzella v. 15.4.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:293 Rn. 56 f. – *Sumal/Mercedes Benz Trucks España*.

45 Schlussanträge des GA Pitruzzella v. 15.4.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:293 Rn. 57 – *Sumal/Mercedes Benz Trucks España*.

46 So schon *C. Kersting*, WuW 2019, 290 (294).

Das Neuartige an der Konzeption des GA *Pitruzzella* besteht darin, dass die Tätigkeit der Tochtergesellschaft für die wirtschaftliche Einheit zum entscheidenden Zurechnungskriterium gemacht wird. Nur wenn eine Tochtergesellschaft eine Tätigkeit ausübt, die außerhalb desjenigen wirtschaftlichen Bereichs liegt, in dem die Gesellschaft, die sie hält, die wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen an den Tag gelegt hat, bestehe keine gesamtschuldnerische Haftung der Ersteren für die wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen der Letzteren.⁴⁷

Folglich gelten für *Upstream*- und *Downstream*-Konstellationen unterschiedliche Kriterien. Für die Zwecke der Anerkennung einer Haftung in absteigender Linie ist nach diesem Haftungsmodell allein entscheidend, dass die Tochtergesellschaft in demselben Bereich tätig ist, in dem die Muttergesellschaft das wettbewerbswidrige Verhalten an den Tag gelegt hat, und dass sie durch ihr Marktverhalten die Konkretisierung der Auswirkungen der Zuwiderhandlung ermöglicht hat.⁴⁸

b) Antizipierte Kritik des Generalanwalts

Offensichtlich war sich der Generalanwalt bewusst, dass die von ihm vorgeschlagene Lösung angreifbar erscheint. Er antizipiert zumindest einen Teil der möglichen Kritik. Diese knüpft an drei verschiedenen Punkten an, nämlich dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit, der fehlenden Rechtspersönlichkeit der wirtschaftlichen Einheit und dem Grundsatz der Autonomie juristischer Personen.

aa) Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit

Den Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit sieht GA *Pitruzzella* nicht als verletzt an. Die wirtschaftliche Einheit sei als Wirtschaftsteilnehmer, der auf dem Markt einheitlich handelt, für Kartellverstöße ihrer Bestandteile verantwortlich.⁴⁹ Sieht man wie der Generalanwalt die wirt-

47 Schlussanträge des GA *Pitruzzella* v. 15.4.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:293 Rn. 58 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

48 Schlussanträge des GA *Pitruzzella* v. 15.4.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:293 Rn. 59 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

49 Schlussanträge des GA *Pitruzzella* v. 15.4.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:293 Rn. 46 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

schaftliche Einheit selbst als den maßgeblichen Kartelltäter an, haften deren Träger für den Verstoß, auch wenn sie selbst keinen konkreten Tatbeitrag geleistet haben.

bb) Fehlende Rechtspersönlichkeit der wirtschaftlichen Einheit

Die fehlende Rechtspersönlichkeit der wirtschaftlichen Einheit stört den Generalanwalt ebenfalls nicht. Das entspricht allerdings der ganz herrschenden Ansicht, die für den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff die Rechtsfähigkeit nicht verlangt.⁵⁰

cc) Autonomie juristischer Personen

Des Weiteren identifiziert der Generalanwalt zwar einen möglichen Konflikt mit dem Grundsatz der Autonomie juristischer Personen und der beschränkten Haftung der Kapitalgesellschaften.⁵¹ Er verweist aber zugleich darauf, dass der Grundsatz der Autonomie juristischer Personen „nicht zwingend“ sei und in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten und im internationalen Bereich neben dem Gedanken der wirtschaftlichen Einheit der Gruppe bestehe. Außerdem existierten verschiedene auf der Durchgriffshaftung beruhende Theorien mit dem Zweck, die „Unternehmenshaftung“ bei den Bestandteilen einer Unternehmensgruppe geltend zu machen. Dementsprechend gebe es Ansätze in der Lehre, die für eine Ablehnung der beschränkten Haftung innerhalb der Unternehmensgruppen sprächen.⁵² Die Ausführungen zu diesen Prinzipien des nationalen Unternehmensrechts sind recht oberflächlich und pauschal und können daher insgesamt nicht befriedigen. Die seither geäußerte harsche Kritik aus dem Kreis der deutschen Gesellschaftsrechtswissenschaftler belegt eindrücklich, dass der Generalanwalt die volle Dimension des kapitalgesellschaftsrechtlichen Trennungsgrundsatzes offenbar nicht erkannt, zumindest aber nicht als streiterheblich angesehen, hat.

50 Schlussanträge des GA *Pitruzzella* v. 15.4.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:293 Rn. 46 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

51 Schlussanträge des GA *Pitruzzella* v. 15.4.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:293 Rn. 47 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

52 Schlussanträge des GA *Pitruzzella* v. 15.4.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:293 Rn. 47 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

2. Die Sumal-Entscheidung des EuGH

Die Große Kammer des EuGH folgt in *Sumal* im Wesentlichen der neuen Haftungskonzeption des Generalanwalts für *Downstream*-Konstellationen und lässt somit sog. *Follow-on*-Klagen gegen eine von der Bußgeldentscheidung der Kommission nicht betroffene Tochtergesellschaft zu, sofern diese mit der Muttergesellschaft eine wirtschaftliche Einheit bildet. Dabei modifiziert der EuGH entsprechend den Vorschlägen des Generalanwalts den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff ganz erheblich.

Die Beherrschung der Tochtergesellschaft durch die Mutter spielt nach *Sumal* in *Downstream*-Konstellation keine entscheidende Rolle mehr, und das ist sicherlich eine wesentliche neue Erkenntnis.⁵³ Vielmehr würde eine nationale Vorschrift, die – entsprechend der bisher anerkannten Haftungskonzeption – vorsähe, dass die Haftung für das Verhalten einer Gesellschaft einer anderen Gesellschaft nur dann zugerechnet werden kann, wenn die zweite Gesellschaft die erste Gesellschaft kontrolliert, nach Ansicht des EuGH gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßen. Allerdings verlangt der EuGH wie der Generalanwalt einen (wie auch immer gearteten) „Zusammenhang“ zwischen der Tätigkeit der Tochtergesellschaft und der kartellrechtswidrigen Vereinbarung.

Die zentrale Überlegung wird vom EuGH in den Urteilsgründen vorangestellt: Es geht um den viel beschworenen *effet utile*, d.h. um die praktische Wirksamkeit des Unionskartellrechts. Ausgehend von den Urteilen *Courage/Crehan*⁵⁴ (2001) und *Skanska*⁵⁵ (2019) postuliert der EuGH in *Sumal* erneut, dass die volle Wirksamkeit von Art. 101 AEUV und insbesondere die praktische Wirksamkeit des europäischen Kartellverbots beeinträchtigt wären, wenn nicht *jedermann* Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch den jeweiligen Kartellverstoß entstanden ist.⁵⁶ Die Bestimmung der zum Ersatz des durch eine Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV verursachten Schadens verpflichteten Einheit werde unmittelbar

53 Siehe dazu schon C. Kersting, WuW 2019, 290 (294).

54 EuGH, Urte. v. 20.9.2001 – Rs. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 – *Courage/Bernard Crehan* und *Bernard Crehan/Courage* u.a.

55 EuGH, Urte. v. 14.3.2019 – Rs. C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 – *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions*.

56 EuGH, Urte. v. 6.10.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 33 – *Sumal/Mercedes Benz Trucks España*.

durch das Unionsrecht geregelt.⁵⁷ Dieses *jedermann* zustehende Recht auf Schadensersatz erhöhe die Durchsetzungskraft der europäischen Wettbewerbsregeln und trage zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs in der Europäischen Union bei.⁵⁸

Zudem wird die Geltendmachung des Kartellschadensersatzes in einem Zusammenhang mit dem kartellbehördlichen Vorgehen gestellt. Der EuGH spricht ausdrücklich von dem „*Abschreckungsziel*“, das den Kern des Handelns der Kommission bilde. Er sieht den Schadensersatzanspruch als Verstärkung dieser Zielsetzung und im Sinne einer Verhaltenslenkung der Unternehmen. Die Zubilligung von Schadensersatz sei somit nicht nur geeignet, den unmittelbaren Schaden zu beseitigen, der der betreffenden Person angeblich entstanden ist, sondern auch die mittelbaren Schäden an der Struktur und dem Funktionieren des Marktes, der nicht seine volle wirtschaftliche Effizienz insbesondere zugunsten der betroffenen Verbraucher entfalten konnte.⁵⁹ Wie schon im *Skanska*-Urteil dargelegt, bilden aus Sicht des EuGH das *public enforcement* und das *private enforcement* der europäischen Wettbewerbsregeln „einen integralen Bestandteil des Systems zur Durchführung dieser Vorschriften bilden, das darauf abzielt, wettbewerbswidriges Verhalten der Unternehmen zu ahnden und diese von der Beteiligung an solchem Verhalten abzuhalten“.⁶⁰

Dieser Funktionszusammenhang zwischen *public enforcement* und *private enforcement* ist demnach vor dem Hintergrund des *effet utile* des Unionsrechts die eigentliche dogmatische Grundlage für das gefundene Ergebnis, während die angeführten „Tatbestandsmerkmale“ dieser Haftung wenig konturiert, ja vage sind. Auf der Ebene der Normauslegung folgt daraus, dass der Unternehmensbegriff des Unionskartellrechts bei der Verhängung von Geldbußen durch die Kommission nach Art. 23 Abs. 2 der Verordnung Nr.1/2003 die gleiche Bedeutung hat wie bei Schadensersatzansprüchen wegen Verstoßes gegen die Wettbewerbsregeln der Union.⁶¹ Für den Unter-

57 EuGH, Urt. v. 6.10.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 34 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

58 EuGH, Urt. v. 6.10.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 35 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

59 EuGH, Urt. v. 6.10.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 36 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

60 EuGH, Urt. v. 6.10.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 37 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

61 EuGH, Urt. v. 6.10.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 38 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España; so schon *Skanska* Rn. 47.

nehmensbegriff bzw. die wirtschaftliche Einheit wird als entscheidendes Kriterium das Vorhandensein eines einheitlichen Verhaltens auf dem Markt festgestellt. Die formale Trennung zwischen verschiedenen Unternehmen, die ihr angehören, spielt hingegen keine Rolle.⁶² Die wirtschaftliche Einheit besteht in einer einheitlichen Organisation persönlicher, materieller und immaterieller Mittel, die dauerhaft einen bestimmten wirtschaftlichen Zweck verfolgt und die an einer Zuwiderhandlung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV beteiligt sein kann.⁶³

Das hat erhebliche Konsequenzen für die Haftung:

(1) Wenn feststeht, dass innerhalb ein und derselben wirtschaftlichen Einheit die Muttergesellschaft eine Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV begangen hat, steht es dem Opfer dieser Zuwiderhandlung frei, anstelle der Muttergesellschaft eine von deren Tochtergesellschaften zivilrechtlich haftbar zu machen.⁶⁴ Der Geschädigte hat somit die „freie Wahl“, sich einen Schuldner unter den Konzerngesellschaften auszuwählen. Das schließt die Möglichkeit des *forum shopping* mit ein. Der kartellrechtliche Unternehmensbegriff und der Begriff der „wirtschaftlichen Einheit“ führen zu einer gesamtschuldnerischen Haftung der Träger der wirtschaftlichen Einheit.⁶⁵ Es kommt nicht zu einer echten (Verhaltens-)Zurechnung unter diesen, weil die wirtschaftliche Einheit als Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne selbst haftet.⁶⁶ Auf einen konkreten, kausalen oder schuldhaften Beitrag der Träger zum Kartellrechtsverstoß kommt es nicht an,⁶⁷ weil der EuGH den Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit ausschließlich auf der Ebene der wirtschaftlichen Einheit verortet. In der Literatur wird deshalb überzeugend vertreten, es sei unpräzise, von einer auf- oder absteigenden

62 EuGH, Urt. v. 6.10.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 41 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

63 EuGH, ebd.

64 EuGH, Urt. v. 6.10.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 51 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

65 EuGH, Urt. v. 6.10.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 43 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España; siehe dazu auch EuGH, Urt. v. 4.7.2024 – Rs. C-425/22, ECLI:EU:C:2024:578 Rn. 33 f. – MOL.

66 Ähnlich C. Kersting, WuW 2019, 290 (294), der allerdings annimmt, dass das Unternehmen i.S.d. europäischen Kartellrechts selbst Rechtsträger (Konzeption der wirtschaftlichen Einheit als Außen-GbR); kritisch dazu T. Ackermann, ZEuP 2023, 529 (553 f.).

67 C. Kersting/J. Otto, NZKart 2021, 651 (653).

Haftung zu sprechen, die Haftung sei richtigerweise „*richtungslos*“.⁶⁸ Dies alles lässt sich aber eigentlich nur begründen, wenn man die wirtschaftliche Einheit selbst als rechtsfähig ansieht, was nach hier vertretener Auffassung nicht der Fall ist. Insbesondere wäre es nicht überzeugend – was namentlich *Kersting* vertritt –, die Träger wie die Gesellschafter einer GbR oder OHG neben der wirtschaftlichen Einheit und für die wirtschaftliche Einheit haften zu lassen.⁶⁹ Eine solche Aufspaltung der „vermögensfähigen“ wirtschaftlichen Einheit und ihrer Träger wäre eine künstliche Haftungskonstruktion.

(2) Der EuGH erkennt immerhin an, dass sich die Organisation von Unternehmensgruppen, die eine wirtschaftliche Einheit bilden, „*von Konzern zu Konzern sehr unterscheiden kann*“. Es gebe insbesondere Unternehmensgruppen des Typs „Konglomerat“, die in mehreren wirtschaftlichen Bereichen tätig sind, aber in keinem Zusammenhang miteinander stehen.⁷⁰ Daher könnten dem Geschädigten Schadensersatzklagen nicht automatisch gegen jede Tochtergesellschaft der Muttergesellschaft offenstehen, die von einer Entscheidung der Kommission, mit der ein rechtsverletzendes Verhalten geahndet wird, betroffen ist.⁷¹

(3) Ein und dieselbe Muttergesellschaft kann nach Ansicht des EuGH außerdem Teil mehrerer wirtschaftlicher Einheiten sein.⁷² Daraus folgt, dass eine Tochtergesellschaft innerhalb eines solchen Konzerns zumindest nicht für Zuwiderhandlungen haftbar gemacht werden kann, die im Rahmen wirtschaftlicher Tätigkeiten begangen werden, die in keinerlei Zusammenhang mit ihrer eigenen Tätigkeit stehen und an denen sie in keiner Weise, auch nicht mittelbar, beteiligt war.⁷³

68 *C. Kersting/J. Otto*, NZKart 2021, 651 (653).

69 Zuletzt *C. Kersting/J. Otto*, NZKart 2021, 651 (653); zuerst *C. Kersting*, Der Konzern 2011, 445 ff.

70 EuGH, Urt. v. 6.10.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 45 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

71 EuGH, Urt. v. 6.10.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 46 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

72 EuGH, Urt. v. 6.10.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 47 – Sumal/Mercedes Benz Trucks España.

73 EuGH, ebd.

(4) Zusammenfassend kann man Folgendes festhalten:

Das Gesamtschuldverhältnis, das die Mitglieder einer wirtschaftlichen Einheit verbindet,⁷⁴ erweist sich letztlich als haftungsbegründend im Sinne einer neuartigen „kartellschadensersatzrechtlichen Sippenhaft“. Neben dem Nachweis, dass eine wirtschaftliche Einheit vorliegt, ist zusätzlich (nur) erforderlich, dass ein konkreter Zusammenhang zwischen der wirtschaftlichen Tätigkeit dieser Tochtergesellschaft und dem Gegenstand der Zuwiderhandlung, für die die Muttergesellschaft haftbar gemacht wurde, besteht.⁷⁵ Ein solcher Zusammenhang dürfte sich im Regelfall leicht herstellen lassen; eine messbare Haftungsbegrenzung geht damit nicht einher.

Fraglich ist, welche Möglichkeit die Beklagte besitzt, um sich gegen die zivilrechtliche Inanspruchnahme zu verteidigen. Der EuGH geht zwar auch auf die Verteidigungsrechte der verklagten Tochtergesellschaft ein, indem er knapp feststellt, dass der Tochtergesellschaft insbesondere das Recht zustehe, ihre Zugehörigkeit zu demselben Unternehmen wie ihre Muttergesellschaft zu bestreiten.⁷⁶ Eigenartigerweise belegt gerade die Handelsvertreter-Rechtsprechung des EuG im Fall *DaimlerChrysler*⁷⁷ die Möglichkeit der Autonomie von Auslandsvertriebsgesellschaften gegenüber der Muttergesellschaft. Der EuGH geht auf diese Fragen in *Sumal* jedoch nicht explizit ein.

Insgesamt werden damit die Verteidigungsrechte von Tochtergesellschaften stark eingeschränkt. Weder die fehlende eigene Beteiligung der Tochtergesellschaft an dem Kartellverstoß noch die Frage, in welchem Ausmaß die Tochter Autonomie bei Ausübung ihrer Tätigkeit hatte, spielen für ihre Rechtsverteidigung eine Rolle. Vielmehr gilt: Beruht die Klage – wie regelmäßig – auf einem Bußgeldbescheid (sog. *Follow-on-Klage*), ist den Trägern der wirtschaftlichen Einheit nach *Sumal* die Verteidigung, dass kein Kartellrechtsverstoß der wirtschaftlichen Einheit vorliege, schlechthin abgeschnitten.⁷⁸ Lediglich im Fall von sog. *Stand-alone-Klagen* können die

74 EuGH, Urt. v. 6.10.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 49 – *Sumal/Mercedes Benz Trucks España*.

75 EuGH, Urt. v. 6.10.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 52 – *Sumal/Mercedes Benz Trucks España*.

76 EuGH, Urt. v. 6.10.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 53 – *Sumal/Mercedes Benz Trucks España*.

77 EuG, Urt. v. 15.9.2005 – Rs. T-325/01, ECLI:EU:T:2005:322 – *DaimlerChrysler/Kommission*.

78 C. Kersting/J. Otto, NZKart 2022, 14 (17).

Betroffenen sowohl ihre Trägerschaft der wirtschaftlichen Einheit als auch deren Kartellrechtsverstoß bestreiten.⁷⁹

Fraglich ist, ob zumindest der nationale Gesetzgeber befugt wäre, in den Grenzen der Grundsätze der *Effektivität* und der *Äquivalenz* Modifizierungen an diesem Rechtsstand vorzunehmen. Der EuGH hält abweichendes nationales Recht – wie der Generalanwalt – jedoch für mit Art. 101 AEUV unvereinbar.⁸⁰ Im konkreten Fall hätte es nach Ansicht des Gerichtshofs außer Anwendung gelassen werden müssen.⁸¹ Das ist starker Tobak, allerdings letztlich auch eine konsequente Fortschreibung seiner Rechtsprechung zum Vorrang des Unionsrechts vor dem nationalen Recht. Wenn man die Passivlegitimation wie der EuGH in *Skanska* direkt im Unionsrecht verortet, ist es nur konsequent, wenn in *Sumal* auf den *effet utile* des Unionsrechts gepocht wird.

IV. Bewertung des Sumal-Urteils und offene Folgefragen

1. Rechtsdogmatische Einordnung

Ungeachtet des Versuchs des EuGH, die *Sumal*-Entscheidung quasi als Fortschreibung der *Akzo Nobel*-Rechtsprechung zum Bußgeldrecht und der *Skanska*-Rechtsprechung zur Rechtsnachfolgehafung erscheinen zu lassen, handelt es sich tatsächlich um „eine wesentliche argumentative Neu-ausrichtung“.⁸² Ein Dreiklang bestehend aus dem *effet utile*, der Abschreckung durch (drohende) Schadensersatzansprüche und der gegenseitigen Ergänzung von *public* und *private enforcement* steht im Mittelpunkt der Argumentation des EuGH. Das verdeutlicht, dass die Haftung eines Konzerntochterunternehmens für Handlungen der wirtschaftlichen Einheit im Kern nicht auf einem Konzept von Kontrolle oder fehlender Autonomie beruht, sondern primär auf der bloßen Zugehörigkeit zu ebendieser wirtschaftlichen Einheit, deren Definition der EuGH vorliegend modifiziert hat.⁸³ Die Haftung in Downstream-Konstellationen beruht lediglich auf dem (angeblichen) konkreten Zusammenhang zwischen der wirtschaftli-

79 C. Kersting/J. Otto, ebd.

80 Schlussanträge des GA Pitruzzella v. 15.4.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:293 Rn. 69, 75 – *Sumal/Mercedes Benz Trucks España*.

81 EuGH, Urt. v. 6.10.2021 – Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 71 – *Sumal/Mercedes Benz Trucks España*.

82 C. Palzer, EWS 2022, 22 (28).

83 F. Uebele, WuW 2021, 673 (686).

chen Tätigkeit der Tochtergesellschaft und dem Gegenstand der Zuwiderhandlung.

2. Stellungnahme

Der mit der neuen Haftungskonzeption einhergehende Verzicht auf das Verschuldensprinzip ist kritikwürdig und – wie in der Literatur ganz treffend gesagt wird – „*schwer verdaulich*“.⁸⁴ Erwartungsgemäß wird von berufener Seite repliziert, dass das *Verschuldensprinzip* gar nicht verletzt sei (denn schuldhaft handelt danach die wirtschaftliche Einheit selbst)⁸⁵. Der schuldhafte Verstoß eines Trägers einer wirtschaftlichen Einheit begründe vielmehr die Haftung der wirtschaftlichen Einheit selbst und strahle so auf alle seine Träger aus. Das aber ist der Sache nach eine Verschuldenszurechnung kraft Gruppenzugehörigkeit, wie sie bislang selbst in dem von weitherzigen Zurechnungskriterien geprägten Unionskartellrecht unbekannt war. Syllogistische Auslegungstricks auf der Grundlage des Begriffs der wirtschaftlichen Einheit vermögen die fehlende sachliche Legitimation dieser Rechtsprechung nicht zu ersetzen.⁸⁶ Durch sie werden vielmehr wesentliche Grundlagen des nationalen Konzernrechts einfach vom Tisch gewischt. Es sei daran erinnert, dass auch der deutsche Bundesgerichtshof sich einmal auf „dünnes Eis“ begeben und eine Art der Strukturhaftung im Konzernrecht etabliert hatte. Das geschah in dem sog. *Video*-Urteil vom 23. September 1991.⁸⁷ Allerdings ist er in *TBB*-Entscheidung vom 29. März 1993⁸⁸ zeitnah reumütig zur Verhaltenshaftung zurückgekehrt.⁸⁹ Wenngleich die Konzernhaftungstatbestände sich seither sprunghaft weiterentwickelt haben (siehe die BGH-Urteile in den Fällen *Bremer Vulkan*⁹⁰, *KBV*⁹¹ und *Trihotel*⁹² zum „existenzvernichtenden Eingriff“), kann man doch eine zentrale Erkenntnis formulieren: Eine verhaltensunabhängige Strukturhaftung (infolge Beherrschung kraft hohen Anteilsbesitzes) wäre

84 C. Palzer, EWS 2022, 22 (29).

85 So schon C. Kersting, WuW 2019, 290 (294): Bezug des Verschuldens zum Unternehmen, nicht zu einzelnen Rechtsträgern.

86 Kritisch auch T. Ackermann, ZEuP 2023, 529 (565).

87 BGHZ 115, 187 = NJW 1991, 3142 = AG 1991, 429 – Video.

88 BGHZ 122, 123 = NJW 1993, 1200 = AG 1993, 371 – TBB.

89 BGHZ 122, 123 = NJW 1993, 1200 = AG 1993, 371 – TBB, I. Leitsatz.

90 BGHZ 149, 10 = NJW 2001, 3622 = NZG 2002, 38 – Bremer Vulkan.

91 BGHZ 151, 181 = NJW 2002, 3024 = NZG 2002, 914 – KBV.

92 BGHZ 173, 246 = NJW 2007, 2689 = AG 2007, 657 – Trihotel.

im deutschen Konzernrecht ein Fremdkörper. Bei der Existenzvernichtungshaftung gemäß § 826 BGB, wie sie seit der *Trihotel*-Entscheidung von 2007⁹³ anerkannt ist, handelt es sich dogmatisch betrachtet unstreitig um eine verschuldensabhängige Verhaltenshaftung. Die *Sumal*-Rechtsprechung des EuGH geht für das Kartellrecht von diametral anderen Grundsätzen der Haftungszurechnung aus. Basierend auf dem Auslegungsgrundsatz des *effet utile* und mittels der Rechtsfigur der wirtschaftlichen Einheit regiert der EuGH letztlich tief in die nationalen Gesellschaftsrechtsordnungen hinein, ohne sich an dem gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzip zu stören oder die im Gesellschaftsrecht geltenden Haftungsgrundsätze zu beachten.

Die *Sumal*-Rechtsprechung bewegt sich letztlich am Rande der *ultra vires*-Doktrin. Da die Mitgliedstaaten allerdings das in dieser Hinsicht grundlegende *Costa/E.N.E.L.*-Urteil⁹⁴ und die Folgerechtsprechung widerspruchslos hingenommen haben, dürfen sie sich nicht darüber wundern, dass und wie der EuGH die selbstgeschaffenen Kompetenzen der „autonomen Rechtsordnung Unionsrecht“ mittels der ihm eigenen Auslegungskriterien schrittweise ausgeweitet hat und weiter ausweitet. Wie dargelegt, müssen die Mitgliedstaaten das dem Unionsrecht entgegenstehende nationale Recht vielmehr „außer Anwendung lassen“. Das ist eine wesentliche Konsequenz des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts. Die Pflicht zur Nichtanwendung nationalen Rechts im Konflikt mit dem Unionsrecht hat man z.B. bereits in dem zum Vergaberecht ergangenen Fall *Fratelli Costanzo*⁹⁵ aus dem Jahr 1989 begründet, und zwar im Bereich des grundsätzlich nicht unmittelbar geltenden Sekundärrechts. Nichts anderes kann bezüglich Art. 101 AEUV und 102 AEUV gelten, deren unmittelbare und vorrangige Anwendung im Recht der Mitgliedstaaten der Union außer Zweifel steht.

Von der angewandten unionsrechtlichen Rechtsdogmatik her kann das *Sumal*-Urteil also letztlich nicht überraschen. Die funktionale und weite Auslegung des Unternehmensbegriffs ist ein feststehender Topos und erstreckt sich auch auf Konzernsachverhalte. Deshalb führt es nicht weiter, wenn in der Literatur moniert wird, das Gebot praktischer Wirksamkeit verlange nicht nach *größtmöglicher* Wirksamkeit.⁹⁶ Funktionsbegriffe des

93 BGHZ 173, 246 = NJW 2007, 2689 = AG 2007, 657 – *Trihotel*.

94 EuGH, Urt. v. 15.7.1964 – Rs. 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 – *Flaminio Costa/E.N.E.L.*

95 EuGH, Urt. v. 22.6.1989 – Rs. C-103/88, ECLI:EU:C:1989:256 – *Fratelli Costanzo/Comune di Milano*.

96 C. Palzer, EWS 2022, 22 (29).

Unionsrechts werden grundsätzlich funktional und weit, Ausnahmebestimmungen eng „ausgelegt“. Das Ergebnis ist typischerweise die Extension des Anwendungsbereichs von unionsrechtlichen Bestimmungen. In Deutschland wird man daher in methodischer Hinsicht so zu verfahren haben, dass man den Täterbegriff – genauer: das Tatbestandsmerkmal „Wer“ in § 33a GWB – unionsrechtskonform, also funktional und weit, auslegt.⁹⁷ Durch diese an Rabulistik grenzende Auslegung wird eine an der Zuwiderhandlung unbeteiligte Tochtergesellschaft zum Teil eines größeren Ganzen, eben jener wirtschaftlichen Einheit, die den Kartellverstoß angeblich „begangen“ hat.

Die gesellschaftsrechtliche Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten, also das Konzernrecht mit seiner Unterteilung in rechtlich selbständige Gesellschaften auf horizontaler (Schwestergesellschaften) und vertikaler (Mutter-, Tochter- und Enkelgesellschaften) Ebene, wird vom EuGH dabei weitestgehend negiert. Unionsrechtliche Bestimmungen wie Art. 345 AEUV (Garantie der Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten) und Art. 17 GRCh (Eigentumsgarantie) können gegen diese Rechtsprechung letztlich nicht erfolgreich ins Feld geführt werden.

Im Einzelnen: Art. 345 AEUV wird nicht als subjektiv-rechtliche Eigentumsgarantie, sondern als *negative Kompetenzbestimmung* verstanden.⁹⁸ Wegen des Spannungsverhältnisses zwischen dem Ziel einer wirtschaftlichen Integration der nationalen Märkte und der fortbestehenden Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten im Hinblick auf ihre Eigentumsordnung ist die Konkretisierung des Begriffes schwierig zu leisten.⁹⁹ Nach Ansicht des EuGH bringt sie zwar den Grundsatz der Neutralität der Verträge gegenüber der Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten zum Ausdruck, doch führt die Bestimmung nicht dazu, dass die in den Mitgliedstaaten bestehenden Eigentumsordnungen den Grundregeln des AEUV entzogen sind.¹⁰⁰

Die Eigentumsgarantie ergibt sich unionsrechtlich weiter unstreitig aus Art. 17 GRCh. Auf die Eigentumsfreiheit können sich nach der Rechtsprechung des EuGH sowohl natürliche als auch juristische Personen des Pri-

97 E. Fischer, ZfPW 2021, 330 (331 f.); C. Palzer, EWS 2022, 22 (29); C. Kersting/J. Otto, NZKart 2022, 14 (19).

98 T. Kingreen, in: C. Calliess/M. Ruffert, 6. Aufl. 2022, Art. 345 Rn. 4, 5.

99 T. Kingreen, in: C. Calliess/M. Ruffert, 6. Aufl. 2022, Art. 345 Rn. 6.

100 EuGH, Urt. v. 22.10.2013 – Rs. C-105/12, ECLI:EU:C:2013:677 – Niederlande/Essent Nederland u.a., st. Rspr.

vatrechts berufen.¹⁰¹ Das Vermögen als solches, etwa in Form von Geldleistungspflichten, fällt nach überwiegender Ansicht jedoch nicht unter den Begriff des Eigentums.¹⁰²

Im Ergebnis sind juristische Personen nach Art. 17 GRCh weder vor der Inanspruchnahme auf Schadensersatz noch vor der Bußgeldhaftung wegen Verletzungen des Art. 101 AEUV geschützt. Mit dem verfehlten Ansatz des EuGH, wonach die wirtschaftliche Einheit selbst täterschaftlich handelt, lässt sich die Eigentumsgarantie sogar gänzlich aushebeln, denn die Inanspruchnahme des Kartelltäters wegen Verletzung des Kartellverbots ist als solche keine Eigentumsverletzung, selbst wenn man derartige Geldzahlungsverpflichtungen unter den Eigentumsbegriff fassen würde. Derartige Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 17 GRCh wären nach der *Sumal*-Rechtsprechung gerechtfertigt, weil sich die Maßnahmen gegen den Kartelltäter richten. So hat das EuG z.B. im „Kühltruhen-Fall“ *van den Bergh Foods*¹⁰³ in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH im Fall *Generics*¹⁰⁴ zu dieser Frage Folgendes ausgeführt:

„Das Eigentumsrecht gehört nach ständiger Rechtsprechung zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts; es ist aber nicht schrankenlos gewährleistet, sondern muss im Hinblick auf seine gesellschaftliche Funktion gesehen werden. Folglich kann die Ausübung des Eigentumsrechts Beschränkungen unterworfen werden, sofern diese Beschränkungen tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen und nicht einen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen, der die so gewährleisteten Rechte in ihrem Wesensgehalt antastet (...).“

Die effektive Kartellrechtsdurchsetzung dient dem Gemeinwohl und rechtfertigt also entsprechende Eingriffe grundsätzlich. Der EuGH hat bislang in keinem der von ihm entschiedenen Fälle eine Eigentumsentziehung angenommen. Auffallend ist, dass der EuGH den Zielen der Union im Rahmen der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung ein relativ hohes Ge-

101 C. Calliess, in: C. Calliess/M. Ruffert, 6. Aufl. 2022, Art. 17 EU-GRCharta Rn. 5.

102 C. Calliess, in: C. Calliess/M. Ruffert, 6. Aufl. 2022, Art. 17 EU-GRCharta Rn. 8.

103 EuG, Urt. v. 23.10.2003 – Rs. T-65/98, ECLI:EU:T:2003:281 Rn. 170 – *van den Bergh Foods*.

104 EuGH, Urt. v. 3.12.1998 – Rs. C-368/96, ECLI:EU:C:1998:583 Rn. 79 – *The Queen/The Licensing Authority established by the Medicines Act 1968 (acting by The Medicines Control Agency), ex parte Generics (UK), The Wellcome Foundation Ltd und Glaxo Operations UK*.

wicht einräumt.¹⁰⁵ Vor diesem Hintergrund moniert die Literatur, dass „gewissermaßen eine Flucht in die Verhältnismäßigkeitsprüfung statt[findet], die der Entwicklung einer in Schutzbereich, Schranken und Rechtfertigung ausdifferenzierten europäischen Eigentumsdogmatik abträglich ist“.¹⁰⁶

3. Offene Folgefragen

a) Reichweite der Haftung der wirtschaftlichen Einheit

Die nahezu uferlose Weite der vom EuGH vorgeschlagenen Auslegung des Unternehmensbegriffs und der damit einhergehenden Haftung der wirtschaftlichen Einheit provoziert die Frage nach anderen Konstellationen der Haftung juristischer Personen, die einer solchen Einheit angehören. Da es auf die Zurechnung eines Fehlverhaltens angeblich nicht ankommt, sind der „Sippenhaft“ im Kartellrecht zulasten aller Teile der wirtschaftlichen Einheit prinzipiell Tür und Tor geöffnet, seien sie Tochter-, Enkel- oder Schwestergesellschaften.

aa) Schwestergesellschaften

Zunächst ist zu fragen, welches Haftungskonzept für Schwestergesellschaften gelten soll. Dies betrifft den Fall, dass die Gesellschaft A die Zuwiderhandlung begangen hat, die Gesellschaft B daran unbeteiligt war und beide Gesellschaften der Muttergesellschaft C gehören. Eine wirtschaftliche Einheit, bestehend aus A, B und C, liegt vor. *Ackermann* meint, die Frage nach der gesamtschuldnerischen Haftung unter Schwestergesellschaften sei im Anschluss an die Sumal-Entscheidung „leicht zu beantworten“.¹⁰⁷ Das ist sie in der Tat: Verhält sich eine Tochtergesellschaft kartellrechtswidrig, haften hierfür auch andere, an der Zuwiderhandlung selbst nicht beteiligte Tochtergesellschaften derselben Muttergesellschaft (d.h. Schwestergesellschaften), soweit die den Verstoß verübende und die daran unbeteiligten Tochtergesellschaften gemeinsam mit ihrer Mutter eine wirtschaftliche Einheit im o.g. Sinne bilden.¹⁰⁸

105 C. Calliess, in: C. Calliess/M. Ruffert, 6. Aufl. 2022, Art. 17 EU-GRCharta Rn. 33.

106 C. Calliess, in: C. Calliess/M. Ruffert, 6. Aufl. 2022, Art. 17 EU-GRCharta Rn. 22.

107 T. Ackermann, ZEuP 2023, 529 (550).

108 T. Ackermann, ZEuP 2023, 529 (550).

Für die Haftung der am Kartellverstoß unbeteiligten Tochtergesellschaft B spielt ausweislich des *Sumal*-Urteils das Kriterium der Beherrschung für die Haftungszurechnung keine Rolle, so dass es vor diesem Hintergrund zulässig erscheint, dass der Geschädigte die unbeteiligte Tochtergesellschaft B anstatt des „eigentlichen“ Kartelltäters A und deren Mutter C verklagen kann. Dafür können verschiedene Gründe sprechen: die Sprache und das anwendbare Recht, die Solvenz des Beklagten, Überlegungen zum *forum shopping*. Um der Haftung zu entgehen, müsste B nachweisen, dass die Zuwiderhandlung im Rahmen wirtschaftlicher Tätigkeiten von A und/oder C begangen wurde, und dass diese in keinem Zusammenhang mit ihrer eigenen Tätigkeit standen. Das kann aber nur gelingen, wenn B innerhalb des „Konglomerats“ einer anderen Vertriebspartei als A zuzurechnen wäre. Wenn sie aber funktional dieselbe Aufgabe erfüllt wie A – also beispielsweise LKW vertreibt – würden die in *Sumal* entwickelten Haftungsgrundsätze fortgelten.

Sofern die Schwestergesellschaften Teil derselben wirtschaftlichen Einheit sind, haften sie ausgehend von den in *Sumal* formulierten Grundsätzen gesamtschuldnerisch für den Verstoß der wirtschaftlichen Einheit. Schwestergesellschaften, die Teil einer anderen wirtschaftlichen Einheit sind, weil sie auf einem anderen Markt agieren, sind demgegenüber von der Haftung ausgenommen.¹⁰⁹ Ein Teil der Literatur untermauert diese Thesen damit, dass es bei der Klassifizierung als Mutter-, Tochter- und Schwestergesellschaft um eine gesellschaftsrechtliche Einordnung handele, die für die kartellrechtliche Haftung ohne Belang sei. Den Kartellverstoß begehe die wirtschaftliche Einheit selbst. Sofern Mutter, Tochter und Schwester Träger dieser wirtschaftlichen Einheit seien, hafteten sie dafür gesamtschuldnerisch. Auf eine Zurechnung entlang gesellschaftsrechtlicher Konzernbeziehungen komme es nicht an.¹¹⁰

Mit Recht ist bezweifelt worden, ob diese Ausprägung der wirtschaftlichen Einheit vom Präventionszweck gedeckt ist und man hat die Frage gestellt, ob es sich nicht vielmehr um eine begriffsjuristische Verselbständigung dieses Konzepts handelt.¹¹¹ Unstreitig ist die mithaftende und nicht selbst für den Verstoß verantwortliche Gesellschaft mangels Steuerungsmöglichkeit nicht in der Lage, selbst präventiv auf ihre Schwestergesell-

109 C. Kersting/J. Otto, NZKart 2021, 651 (656).

110 C. Kersting/J. Otto, NZKart 021, 651 (656).

111 T. Ackermann, ZEuP 2023, 529 (550).

schaften einzuwirken.¹¹² Es ist deshalb nicht ersichtlich, wie mit dem Präventionsgedanken begründet werden könnte, dass über die personen- und vermögensrechtliche Trennung zwischen den Schwestergesellschaften hinweggegangen wird.¹¹³ Gleichwohl ist davon auszugehen, dass der EuGH diese Frage auf begriffsjuristische Weise aus dem Konzept der wirtschaftlichen Einheit beantworten wird.¹¹⁴

Möglicherweise gibt es für Schwestergesellschaften auch beim EuGH einen Funken Hoffnung, wenn man die uneinheitliche Rechtsprechung und Kommissionspraxis zur Haftungszurechnung unter Schwestergesellschaften im Kartellbußgeldrecht ergänzend heranzieht. Ob und unter welchen Voraussetzungen eine Haftungszurechnung zwischen Schwestergesellschaften bzw. in Gleichordnungskonzernen und ähnlichen horizontalen Gebilden möglich ist, ist nach den divergierenden Judikaten in der Rechtsache *Aristrain*¹¹⁵ einerseits (ablehnend) und *Knauf Gips*¹¹⁶ andererseits (befürwortend) derzeit weitgehend unklar. Die bloße Tatsache, dass das Gesellschaftskapital von zwei eigenständigen Handelsgesellschaften derselben Person oder Familie gehört, genügt nicht als Nachweis für eine wirtschaftliche Einheit, sodass die Kartellrechtsverstöße der einen Gesellschaft nicht der anderen Gesellschaft zugerechnet und eine entsprechende Geldbuße gegen diese Gesellschaft daher nicht verhängt werden kann. Schwestergesellschaften werden auch nicht bereits dadurch als zu derselben Einheit gehörend angesehen, weil ihre Anteile von derselben Muttergesellschaft gehalten werden, sodass eine Zurechnung der Zuwiderhandlung unter Schwestergesellschaften nicht stattfindet.¹¹⁷ Nicht selten wird von den Unionsorganen – namentlich der EU-Kommission – jedoch eine solche Zurechnung bejaht. In dem Fall *Knauf Gips* nahm die Rechtsprechung an, „dass die der Familie Knauf gehörenden Gesellschaften eine wirtschaftliche Einheit bildeten“.¹¹⁸ Dieses Urteil lässt sich als Beispiel für eine „kartellbuß-

112 T. Ackermann, ZEuP 2023, 529 (550 f.).

113 T. Ackermann, ZEuP 2023, 529 (551).

114 T. Ackermann, ZEuP 2023, 529 (551).

115 EuGH, Ur. v. 2.10.2003 – Rs. C-196/99 P, ECLI:EU:C:2003:529 – Siderúrgica Aris-train Madrid/Kommission.

116 EuGH, Ur. v. 1.7.2010 – Rs. C-407/08 P, ECLI:EU:C:2010:389 – Knauf Gips/Kommission.

117 EuG, Ur. v. 6.12.2018 – Rs. T-531/15, ECLI:EU:T:2018:885 – Coveris Rigid France/Kommission.

118 EuGH, Ur. v. 1.7.2010 – Rs. C-407/08 P, ECLI:EU:C:2010:389 Rn. 72 – Knauf Gips/Kommission.

geldrechtliche Sippenhaft“ anführen. Eine Haftung bzw. Haftungszurechnung unter Schwestergesellschaften ist weiter denkbar, wenn die Kontrollbefugnisse von der Muttergesellschaft auf eine ihrer Tochtergesellschaften oder sogar auf eine der Schwestergesellschaften delegiert wurden (so die Konstellation im EuG-Fall *Jungbunzlauer*¹¹⁹).¹²⁰

bb) Enkelgesellschaften

Nichts anderes als für Schwestergesellschaften dürfte bei Enkelgesellschaften und ihrem Verhältnis zu der jeweiligen Mutter- und Tochtergesellschaft gelten. Der vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsträger – sei es eine Tochter- oder eine Enkelgesellschaft – unterliegt somit einer kartellrechtlichen „Schadensersatzhaftung kraft Konzernzugehörigkeit“. Die Beklagte bekommt den sprichwörtlichen Hals demnach nicht aus der Schlinge, es sei denn, es gelänge ihr, das Fehlen einer wirtschaftlichen Einheit oder die eigene Nichtzugehörigkeit zu der haftenden wirtschaftlichen Einheit zu belegen.

b) Forum shopping und anwendbares Recht

Die Passivlegitimation von Tochtergesellschaften (Vertriebsgesellschaften) hat ggf. auch eine prozesstaktische Bedeutung: Den Geschädigten und potentiellen Klägern wird nämlich der Sitz der Tochter- und Enkelgesellschaften der Muttergesellschaft als ein weiterer Gerichtsstand eröffnet. Damit werden die taktischen Möglichkeiten bei der Wahl des favorisierten Forums erheblich erweitert. Es geht konkret um die Ermittlung des internationalen Gerichtsstands gemäß Art. 8 Nr. 1 Brüssel Ia-VO i.V.m. Art. 6 Abs. 3 lit. b Rom II-VO.

Der Gerichtsstand der passiven Streitgenossenschaft (Art. 8 Nr. 1 Brüssel Ia-VO, sog. Gerichtsstand des Sachzusammenhangs) ermöglicht es in grenzüberschreitenden Fällen, mehrere passivlegitimierte Unternehmen vor dem Gericht des Ortes gemeinsam zu verklagen, an dem einer der Beklagten, der sog. *Ankerbeklagte*, seinen Wohnsitz hat. Das gilt auch im Bereich

119 EuG, Urt. v. 27.9.2006 – Rs. T-43/02, ECLI:EU:T:2006:270 – *Jungbunzlauer/Kommission*.

120 Siehe dazu *E. Fischer*, ZfPW 2021, 310 (317).

des Kartellschadensersatzes. Danach können in der EU ansässige Kartellanten (sog. *Annexbeklagte*) in einem Follow-on-Verfahren auf Grundlage von Art. 8 Nr. 1 Brüssel Ia-VO am Sitz eines Kartellmitglieds (des sog. *Ankerbeklagten*) auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden.¹²¹ Kommen nunmehr zusätzlich Tochtergesellschaften als Ankerbeklagte in Frage, erweitert dies den Anwendungsbereich des Gerichtsstands der passiven Streitgenossenschaft deutlich.

Die durch *Sumal* erweiterten Möglichkeiten des *forum shopping* wirken sich zugleich auch auf das anwendbare Recht aus. Denn Art. 6 Abs. 3 lit. b Rom II-VO (VO Nr. 864/2007) eröffnet dem Kläger, der am allgemeinen Gerichtsstand klagt, die Möglichkeit, den *Gesamtschaden* nach dem Recht des Mitgliedstaates des angerufenen Gerichts zu liquidieren (sog. *Sonderanknüpfung für Streudelikte*). Das setzt voraus, dass der Markt in diesem Mitgliedstaat zu denjenigen Märkten gehört, die durch den Kartellverstoß unmittelbar und wesentlich betroffen sind (Art. 6 Abs. 3 lit. b Rom II-VO a.E.).

Für die danach geforderte *enge Verbindung* reicht es nach der Rechtsprechung des EuGH aus, dass mehrere Kartellanten eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung getroffen haben, die sich auch im Inland auswirkt, auch wenn nur einer der Beklagten seinen Sitz im Inland hat.¹²² Nach der Rechtsprechung des EuGH im Fall *Fiona Shevill I*¹²³ kann zwar das Gericht, das aufgrund des Gerichtsstandes der unerlaubten Handlung zuständig ist, über Schadensersatzansprüche nur entscheiden, soweit sein Territorium und sein nationales Recht betroffen sind. Jedoch stehe es dem europäischen Gesetzgeber unstreitig frei, eine abweichende Regelung zu schaffen, wie dies durch Art. 6 Abs. 3 lit. b Rom II-VO geschehen sei.

Grundsätzlich dürfte zunächst das *materielle Recht* an den Heimatgerichtsständen der Kartellbeteiligten und ihrer Vertriebsgesellschaften in das klägerische Kalkül bei der Wahl des favorisierten Forums einfließen, in dem dann gegen alle kartellbeteiligten Unternehmen geklagt werden kann.¹²⁴ Allerdings hat die Kartellschadensersatzrichtlinie (d.h. die Richtli-

121 W. Wurmnest, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2021, Art. 6 Rom II-VO Rn. 323.

122 EuGH, Urt. v. 21.5.2015 – Rs. C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 Rn. 17 – Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide/Akzo Nobel u.a.; W. Wurmnest, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2021, Art. 6 Rom II-VO Rn. 325; H. Wilde, in: W. Gloy/M. Loschelder/R. Danckwerts, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2019, § 20 Rn. 47.

123 EuGH, Urt. v. 7.3.1995 – Rs. C-68/93, ECLI:EU:C:1995:61 – Fiona Shevill u.a./Presse Alliance.

124 C. Palzer, EWS 2022, 22 (29 f.).

nie 2014/104/EU) das materielle Recht in den Mitgliedstaaten weitgehend angeglichen. Sehr große Unterschiede wird es deshalb wohl nicht mehr geben.

Das *forum shopping* lohnt sich daher ggf. nur bezüglich des nationalen *Verfahrensrechts* – wenngleich auch insoweit einzuschränken ist, dass die Kartellschadensersatzrichtlinie auch einen vereinheitlichten Auskunftsanspruch gebracht hat (vgl. § 33g GWB). Attraktiv könnten hingegen nationale Sammelklagemöglichkeiten sein, die von der Kartellschadensersatzrichtlinie nicht berührt werden. Gleiches gilt für gesetzliche Kartellschadensvermutungen oder eine ausgeprägte gerichtliche Schadensschätzungspraxis.¹²⁵ Möglicherweise ist letztlich die antizipierte verhältnismäßig kurze Dauer des Kartellschadensersatzprozesses der entscheidende Gesichtspunkt für die Wahl des Ortes der Klageerhebung.

V. Kritische Gesamtwürdigung und Fazit

Rund zwanzig Jahre nach der grundlegenden Rechtsprechung in *Courage/Crehan* ist mit der *Sumal*-Entscheidung des EuGH ein weiteres bedeutendes Urteil zum europäischen Kartellschadensersatzrecht ergangen, durch das die Rechte der Kartellgeschädigten entscheidend gestärkt wurden. Es handelt sich dabei zweifellos um einen Quantensprung – jedoch im negativen Sinn. Der schillernde Begriff der wirtschaftlichen Einheit ersetzt in *Sumal* die Notwendigkeit einer differenzierten Wertung bei der Haftungszurechnung. Im Einzelnen ist Folgendes festzuhalten:

(1) Durch *Sumal* wird potentiellen Klägern in *materiellrechtlicher* Hinsicht der Zugriff auf weitere Haftungsmassen innerhalb der wirtschaftlichen Einheit eröffnet.¹²⁶ In *zivilprozessualer* Hinsicht werden die Möglichkeiten bei der Wahl des favorisierten Gerichtsstands erweitert. Für einen Kartellgeschädigten aus Spanien mag es schon aus sprachlichen Gründen bequemer sein, die spanische Tochtergesellschaft einer kartellverantwortlichen Muttergesellschaft aus Deutschland zu verklagen. Aus Sicht der potenziellen Passivlegitimierten bringt das Urteil des EuGH erhebliche Lasten mit sich. Die Rechtsverteidigung wegen fehlender Beteiligung am Kartell oder man-

125 C. Kersting/J. Otto, NZKart 2022, 14 (17).

126 C. Palzer, EWS 2022, 22 (30).

gels Verschuldens ist aussichtslos. Es gilt der Grundsatz: „Mitgefangen, mitgehangen!“.

(2) Unklar ist, welche effektiven Möglichkeiten zur Widerlegung des Vorliegens der wirtschaftlichen Einheit den Auslandsvertriebsgesellschaften künftig noch verbleiben. Ansätze hierzu finden sich in der Handelsvertreter-Rechtsprechung des EuG, die der EuGH aber nicht diskutiert oder auch nur erwähnt. Im Regelfall dürfte von der Haftung der Vertriebsgesellschaft für Kartellverstöße der Muttergesellschaft auszugehen sein. Das Gleiche gilt für das Verhältnis zu anderen Tochtergesellschaften aus derselben oder vergleichbaren Branchen (Lkw, Kfz).

(3) Lediglich im Wege des Regresses kann der in Anspruch genommene Rechtsträger innerhalb der wirtschaftlichen Einheit den gesamtschuldnerischen Ausgleich von dem Zuwiderhandelnden verlangen. Dabei trägt die in Anspruch genommene Vertriebsgesellschaft ein (ggf. geringes) Prozessrisiko, aber auch das Insolvenzrisiko in Bezug auf den wahren Kartelltäter innerhalb des Verbunds. Das mag bei geringen Schäden, die wie im vorliegenden Fall im fünfstelligen Bereich liegen, zu verschmerzen sein. Es ist aber denklogisch nicht ausgeschlossen, dass die Schäden auch einmal weit höher liegen. Man muss den Fall nur dahingehend abwandeln, dass der Geschädigte über viele Jahre seinen Bedarf an LKW bei der spanischen Vertriebsgesellschaft gedeckt hat und nun einen hohen Gesamtschaden gegenüber dieser Gesellschaft geltend macht. Dann könnte sich die Schadenshöhe bei der in Anspruch genommenen Vertriebsgesellschaft insolvenzbegründend auswirken.¹²⁷

(4) Liest man die Urteile *Skanska* und *Sumal* zusammen, so ergeben sich erhebliche Haftungsgefahren bei „Neueintritt“ in die wirtschaftliche Einheit (vgl. § 130 HGB) sowie im Fall des „Austritts“. *Kersting* und *Otto*¹²⁸ haben – vom Standpunkt der Apologeten dieser Rechtsprechung überzeugend – herausgearbeitet, dass sich die gesamtschuldnerische Haftung nicht auf die Gesellschaften beschränkt, die im Verstoßzeitraum Träger der wirtschaftlichen Einheit waren. Vielmehr beziehe sich die aus der Haftung der wirtschaftlichen Einheit als solche folgende gesamtschuldnerische Haftung ihrer Träger dann auf den Kreis der Träger in der jeweiligen Zusammensetzung, d.h. die wirtschaftliche Einheit und ihre Haftung blieben kon-

127 Zu Recht kritisch insoweit *D. Poelzig*, AG 2023, 97 (105).

128 *C. Kersting/J. Otto*, NZKart 2021, 651 (655 f.).

stant, während die akzessorische Haftung stets die aktuellen Träger der wirtschaftlichen Einheit treffe. Nach diesem Rechtsverständnis haften auch neu hinzutretende Träger der wirtschaftlichen Einheit für Schadensersatzansprüche, die bereits vor dem Beitritt zur wirtschaftlichen Einheit begründet waren. Ausscheidende Träger haften für die bis zu ihrem Ausscheiden begründeten Verbindlichkeiten weiter, weil es keinen Enthafungsgrund gibt. Umstrukturierungen innerhalb der wirtschaftlichen Einheit führen also nicht zu einer Enthafung.

(5) Das gesellschaftsrechtliche *Trennungsprinzip* (vgl. auch § 36 Abs. 2 GWB) und das elementare *Prinzip der persönlichen Verantwortung* (im Bußgeldrecht) bzw. das *Verschuldensprinzip* des Schadensersatzrechts (im Zivilrecht) sind nach *Sumal* haftungsrechtlich betrachtet Makulatur. Das gleiche gilt für die mitgliedstaatliche Eigentumsordnung (vgl. Art. 345 AEUV) bzw. die Eigentumsgarantie (Art. 17 GRCh) im Bereich des Gesellschafts- bzw. Konzernrechts.

(6) Die *Sumal*-Rechtsprechung des EuGH erweist sich somit insgesamt als verfehlt. Die Lehre von der wirtschaftlichen Einheit rechtfertigt die Haftung einer Tochter- für eine ausschließlich von der Muttergesellschaft ausgehende Zuwiderhandlung gegen das Kartellrecht nicht.¹²⁹ Richtigerweise müsste also für jeden Rechtsträger – auch innerhalb der wirtschaftlichen Einheit – der Grundsatz gelten: ohne eigenes (Fehl-)Verhalten keine Haftung. Anstatt des Begriffs der wirtschaftlichen Einheit wäre also eine systematisch-teleologisch stimmige Wertung zu setzen. Der EuGH hat es letztlich versäumt, die praktische Konkordanz zwischen der effektiven Durchsetzung des Unionskartellrechts einerseits und der Wahrung der mitgliedstaatlichen Gesellschaftsrechtsordnung andererseits herbeizuführen. Darüber kann auch der Syllogismus bei der Auslegung des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs nicht hinwegtäuschen.

(7) Bedenkenswert erscheint allenfalls Ausfallhaftung kraft Zugehörigkeit zu einer wirtschaftlichen Einheit. Sie entspräche in struktureller Hinsicht der *Anic-Rule* zum Bußgeldrecht (insbesondere der sog. *Insolvenzausnahme*). Danach kommt nämlich eine Haftung des Erwerbers z.B. dann in Betracht, wenn der Veräußerer zwar rechtlich fortexistiert, aber insolvent geworden ist. Wirtschaftlich inexistente Gesellschaften werden also wie

129 Siehe auch T. Bauernmeister, NZKart 2021, 385 (390).

rechtlich inexistente Rechtsträger behandelt.¹³⁰ Ferner kann die Haftung auf den Rechtsnachfolger trotz Fortexistenz des Veräußerers übergehen, wenn der Veräußerer als Muttergesellschaft den kartellbefangenen Betrieb auf seine 100%-ige Tochter – also im Konzerninnenverhältnis – überträgt. Die bereits existierende „strukturelle Verbindung“ zwischen Veräußerer und Erwerber soll es nach Ansicht des EuGH rechtfertigen, einen Haftungsübergang auf die erwerbende Tochter anzunehmen.¹³¹

(8) Im Übrigen aber gilt: Indem der EuGH einer potentiell uferlosen Haftung für Kartellverstöße im Konzern das Wort redet, eröffnet er einer systemfremden kartellrechtlichen „Schadensersatzhaftung kraft Konzernzugehörigkeit“ Tür und Tor. Der schillernde Begriff der wirtschaftlichen Einheit wird mittels einer zum Teil syllogistischen Auslegungsmethodik zum Allheilmittel in den Bereichen des *private* und des *public enforcement* des Kartellrechts, das auf diese Weise vom EuGH schrittweise „dynamisch fortentwickelt“ wird. Diese Rechtsprechungsentwicklung von *Akzo* (Bußgeldhaftung) über *Skanska* (Rechtsnachfolge) zu *Sumal* (Schadensersatz) war zwar zu befürchten, ist aber gleichwohl als bedauerliche Fehlentwicklung zu bezeichnen. Das gilt insbesondere für das argumentativ schwach begründete Urteil *Sumal*.

130 EuG, Urt. v. 11.3.1999 – Rs. T-134/94, ECLI:EU:T:1999:44 – NMH Stahlwerke/Kommission.

131 EuGH, Urt. v. 7.1.2004 – verb. Rss. C-204/00 P u.a., ECLI:EU:C:2004:6 – Aalborg Portland u.a./Kommission.

