

Christina Altemeier

Verantwortlichkeit des Vorstands für Kartellrechtsverstöße

**Ein Beitrag zur Organhaftung
und zur Organuntreue**

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
A. Einführung in das Thema	1
B. Darstellung der Problemkreise	4
I. Pflichtverletzung	5
II. Schaden	5
III. Intradisziplinärer Vergleich	6
IV. Compliance	6
C. Begrenzung der Untersuchung	7
D. Gang der Darstellung	8
1. Kapitel: Kartellverstoß und haftungsrelevante Folgen	9
A. Kartellverstoß – eine Überblick	9
B. Haftungsrelevante Folgen eines Kartellverstoßes	10
I. Bußgelder auf nationaler und europäischer Ebene	10
1. Bußgeld gegen das Unternehmen	10
2. Bußgeld gegen natürliche Personen	12
II. Zivilrechtliche Unwirksamkeit von Verträgen	12
III. Anfechtung von Verträgen durch Abnehmer des Kartells	14
IV. Schadensersatzansprüche Dritter (private enforcement)	15
V. Konsequenzen für Vorstandsmitglieder	17
1. Außenhaftung	17
2. Strafrechtliche Konsequenzen	17
VI. Reputationsschaden / Wertverlust der AG	19
VII. Vorteilsabschöpfung	20
VIII. Vergaberechtliche Konsequenzen	21
IX. Verfahrens- und Kostenaufwand	21
X. Dienstvertragliche und organrechtliche Folgen	21
2. Kapitel: Pflichtverletzung im Zivilrecht und im Strafrecht	23
A. Mögliche Anknüpfungspunkte für eine Pflichtverletzung im Zivilrecht und im Strafrecht	23
B. Allgemeiner Begriff der Pflichtverletzung im Rahmen des § 93 II AktG	24
I. Pflichten nach § 76 I AktG	24

II.	Pflichtverletzung	25
C.	Pflichtverletzung gemäß § 93 II AktG	26
I.	Aktiver Kartellverstoß durch ein Vorstandsmitglied	26
II.	Nichtverhinderung des Kartellverstoßes eines Angestellten	27
1.	Aufsichtspflicht gemäß § 130 OWiG	28
2.	Aufsichtsmaßnahmen eines Vorstandsmitglieds im kartellrechtlichen Bereich	29
a.	Allgemeine Hinweise an die Mitarbeiter zum Kartellverbot	30
b.	Beobachtung der Arbeitsabläufe	30
c.	Durchführung von Stichproben	331
d.	Durchführung von umfassenden Geschäftsprüfungen	331
e.	Anweisung an die Mitarbeiter zur Anfertigung von Aktenvermerken	32
3.	Zwischenergebnis	32
III.	Nichtabstellen des Kartellverstoßes eines Angestellten	33
IV.	Nichtinanspruchnahme der Kronzeugenregelung	34
1.	Verletzung der Sorgfaltspflicht nach § 76 I AktG	35
a.	Ursprung und Entwicklung der Business Judgment Rule	35
b.	Unternehmerische Entscheidung	37
aa.	Definition	37
bb.	Nichtinanspruchnahme der Kronzeugenregelung als unternehmerische Entscheidung	38
c.	Handeln zum Wohl der AG	39
aa.	Prüfung einer potentiellen Inanspruchnahme	39
bb.	Prüfung einer potentiellen Voranfrage	41
cc.	Einreichen von hypothetischen Beweisen	41
dd.	Abwägungsfaktoren bezüglich der Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung	42
d.	Handeln ohne Eigeninteresse oder sachfremde Einflüsse	46
aa.	Begriff der sachlichen Unbefangenheit	46
bb.	Sachliche Unbefangenheit bei Nichtinanspruchnahme der Kronzeugenregelung	46
e.	Handeln auf Grundlage angemessener Informationen	47
aa.	Angemessene Information – Definition	47
bb.	Angemessene Informationen zur Entscheidung bezüglich der Nichtinanspruchnahme der Kronzeugenregelung	48
f.	Gutgläubigkeit	50
g.	Fazit	51

2.	Verletzung der Informationspflicht des Aufsichtsrats nach § 90 AktG	51
	a. Berichtspflicht gemäß § 90 I 1 Nr. 4 AktG	53
	b. Berichtspflicht gemäß § 90 I 3 AktG	54
	c. Umfang des Berichts	56
	d. Reaktion des Aufsichtsratsvorsitzenden	57
3.	Selbstbelastung durch Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung	57
	a. Konkursverfahren	58
	b. Zivilprozess	59
	c. Übertragung auf die zivilrechtliche Pflichtverletzung durch Nichtinanspruchnahme der Kronzeugenregelung	60
4.	Zwischenergebnis	61
D.	Untreuerrelevante Pflichtverletzung	61
I.	Umfang der Pflichten eines Vorstandsmitglieds mit Blick auf das Zivilrecht	62
II.	Schutzzweckzusammenhang	63
1.	Literatur	64
2.	Rechtsprechung	65
a.	BGH-Entscheidung zum Siemens-Betriebsrat, 2010	65
b.	BGH-Beschluss zur Kölner Parteispendenaffäre	66
3.	Stellungnahme	67
a.	Schutzzweckzusammenhang	67
b.	Vermögensschutz durch privatrechtliche Vereinbarung	70
III.	Aktiver Kartellverstoß eines Vorstandsmitglieds	72
1.	Anknüpfungspunkt: §§ 93 I AktG, 1 GWB (Legalitätspflicht und Kartellverstoß)	72
2.	Anknüpfungspunkt: Sorgfaltspflicht gemäß § 76 I AktG	74
a.	Entscheidung des BGH zur Einführung einer schwarzen Kasse im Ausland	74
b.	Übertragung der Ergebnisse auf den Fall eines Kartellverstoßes	75
c.	Kritik an der Entscheidung des BGH und Auswirkungen	76
3.	Zwischenergebnis	77
IV.	Nichtverhinderung des Kartellverstoßes eines Angestellten	77
1.	Untreuerrelevante Pflichtverletzung durch die Vernachlässigung von Aufsichtspflichten	77
2.	Übertragung auf den kartellrechtlichen Bereich	78
V.	Nichtabstellen des Kartellverstoßes nach Aufdeckung	79
VI.	Nichtinanspruchnahme der Kronzeugenregelung	80

1.	Anknüpfungspunkt für eine Pflichtverletzung	80
2.	Untreuerrelevante Pflichtverletzung durch Verletzung der Schadensabwendungspflicht	80
3.	Anknüpfung an die Business Judgment Rule	82
4.	Selbstbelastungsfreiheit	83
E.	Intradisziplinärer Vergleich	84
I.	Aktiver Kartellverstoß eines Vorstandsmitglieds	85
II.	Nichtverhinderung des Kartellverstoßes eines Angestellten	86
III.	Nichtabstellen des Kartells nach Aufdeckung	86
IV.	Nichtinanspruchnahme der Kronzeugenregelung	87
3.	Kapitel: Schadensbegriff im Zivilrecht und im Strafrecht	89
A.	Schadensbegriff gemäß § 93 II AktG	89
B.	Vorteilsausgleichung im Rahmen des Regressanspruchs gemäß § 93 II AktG	90
I.	Stand der Literatur	92
1.	Literatur bis 1994	92
2.	Literatur ab 1994	94
II.	Stand der Rechtsprechung	95
1.	Adäquate Kausalität	95
2.	Zweck des Schadensersatzes	96
3.	Innerer Zusammenhang zwischen Vorteil und Nachteil	96
III.	Folgen der beiden Ansichten	97
1.	Zulassen der Vorteilsausgleichung	97
2.	Ablehnen der Vorteilsausgleichung	97
a.	Begrenzung des Regresses	98
b.	Zwischenergebnis	99
IV.	Vergleich mit passing-on-defence (§ 33 III 2 GWB)	99
1.	Mögliche Konstellationen des Zusammenspiels der passing-on-defence und der Anspruchsberechtigung von Letztabnehmern	101
a.	passing-on (-) /Anspruchsberechtigung mittelbarer Abnehmer (+)	101
b.	passing-on (+) /Anspruchsberechtigung mittelbarer Abnehmer (-)	103
c.	passing (-) /Anspruchsberechtigung mittelbarer Abnehmer (-)	103
d.	passing-on (+) /Anspruchsberechtigung mittelbarer Abnehmer (+)	104

2.	Eigene Stellungnahme zur Anwendung der	
	passing-on-defence	104
a.	Adäquat-kausaler Zusammenhang	105
b.	Schutzzweck des Schadensersatzanspruchs nach § 33 III 1 GWB	106
c.	Auswirkungen der verschiedenen Schutzzwecke auf die Anwendung der passing-on-defence	108
d.	Kompensation oder Prävention – Welche Konstellation ist zu bevorzugen?	109
e.	Zwischenergebnis	112
3.	Übertragung der Wertungsmaßstäbe der passing-on-defence auf die kartellrechtliche Vorteilsausgleichung	112
V.	Anwendung der Vorteilsausgleichung im kartellrechtlichen Bereich	113
1.	Anwendung der Legalitätspflicht durch aktiven Kartellverstoß oder Nichtabstellen des Kartellverstoßes eines Angestellten	114
2.	Überschreitung des unternehmerischen Handlungsspielraums durch Nichtaufdecken des Kartellverstoßes eines Angestellten oder Nichtinanspruchnahme der Kronzeugenregelung	117
VI.	Ergebnis zur kartellrechtlichen Vorteilsausgleichung	120
C.	Weitere Überlegungen zum Schaden wegen Nichtinanspruchnahme der Kronzeugenregelung	120
I.	Nichtinanspruchnahme der Kronzeugenregelung und Bußgeld	120
1.	Äquivalenzformel	120
a.	Anwaltshaftung	121
b.	Übertragung auf den untersuchten Fall	122
aa.	Bußgelderlass	122
bb.	Bußgeldminderung	124
2.	Adäquanz und Schutzzweck der Norm	126
II.	Nichtinanspruchnahme der Kronzeugenregelung und Schadensersatzforderungen	127
III.	Höhe des Schadens	128
D.	Schadensbegriff im Strafrecht	128
I.	Vermögensbegriffe im Strafrecht	129
1.	Juristischer Vermögensbegriff	129
2.	Juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff	130
3.	Wirtschaftlicher Vermögensbegriff	130
4.	Personalener Vermögensbegriff	131
5.	Funktionaler Vermögensbegriff	131
II.	Vermögensnachteil im Sinne des § 266 StGB – Definition	132

III.	Sanktionsansprüche als Vermögensnachteil im Sinne des § 266 StGB	132
IV.	Beurteilungszeitpunkt für einen Vermögensnachteil	134
	1. Anknüpfungspunkt: Begehung der Tathandlung	134
	2. Anknüpfungspunkt: Entdeckung der Tat	135
	3. Anknüpfungspunkt: Verhängte Sanktion / Geltend gemachter Anspruch	136
	4. Stellungnahme	137
V.	Schadensgleiche Vermögensgefährdung	138
	1. Begriff und Kritik	138
	2. BVerfG-Beschluss zur schadensgleichen Vermögensgefährdung im Rahmen der Untreue	141
VI.	Unmittelbarkeitszusammenhang	143
	1. Umfang des Unmittelbarkeitszusammenhangs	143
	2. Erforderlichkeit des Unmittelbarkeitszusammenhangs	144
E.	Vermögensnachteil durch den aktiven Kartellverstoß eines Vorstandsmitglieds	146
I.	Drohende Kartellbußgelder und drohende Schadensersatzansprüche als schadensgleiche Vermögensgefährdung	147
	1. Vertretene Meinungen in Literatur und Rechtsprechung	147
	2. Wirtschaftliche Bewertung des Gefährdungsschadens	148
	a. Aufdeckungswahrscheinlichkeit	148
	b. Sanktionswahrscheinlichkeit	149
II.	Unmittelbarkeitszusammenhang	151
	1. Aufdeckung als Zwischenschritt	151
	2. Behördenentscheidung als Zwischenschritt bei drohenden kartellrechtlichen Bußgeldern	152
	3. Entscheidung des Dritten zur Inanspruchnahme des Kartelltäters als Zwischenschritt	152
III.	Zwischenergebnis zum Vermögensnachteil durch den aktiven Kartellverstoß eines Vorstandsmitglied	153
F.	Schadensausschließende Kompensation nach dem aktiven Kartellverstoß eines Vorstandsmitglieds	154
I.	Wirtschaftliche Faktoren – normative Faktoren	154
	1. Entwicklung der Rechtsprechung	155
	a. Entscheidung des BGH im Bundesligaskandal, 1975	155
	b. Entscheidung des BGH zu den Kick-Back-Fällen, 2005	156
	c. Urteil des LG Darmstadt, des BGH und des BVerfG zur Bildung von Schwarzen Kassen bei Siemens und die BGH-Entscheidung im Fall Trienekens	157

d.	Sonderbonuszahlungen des Vorstands an den Betriebsrat in der VW-AG – Entscheidung des BGH, 2009	158
2.	Rückbesinnung auf wirtschaftliche Faktoren zur Schadensbestimmung	159
II.	Voraussetzungen der schadensausschließenden Kompensation	161
1.	Gleichzeitigkeitsgrundsatz	162
2.	Unmittelbarkeitsgrundsatz	163
a.	Einzelbetrachtung – Gesamtbetrachtung	164
b.	Übertragung auf den kartellrechtlichen Bereich	167
3.	Kompensationsfähigkeit der Vorteile	168
4.	Objektiv rechnerische Gleichwertigkeit von Vorteil und Nachteil	169
a.	Gewinnwahrscheinlichkeit – Sanktionswahrscheinlichkeit ..	170
b.	Gewinnfaktor – Sanktionsfaktor	171
5.	Fazit	172
G.	Vermögensnachteil durch Nichtverhinderung des Kartellverstoßes eines Angestellten	172
I.	Kausalität	173
II.	Unmittelbarkeitszusammenhang	174
H.	Vermögensnachteil durch Nichtabstellen des Kartellverstoßes eines Angestellten.	175
I.	Kausalität	175
II.	Unmittelbarkeitszusammenhang	175
I.	Vermögensnachteil durch Nichtinanspruchnahme der Kronzeugen- regelung	176
I.	Nichtinanspruchnahme der Kronzeugenregelung und Risiko des Bußgelds	176
1.	Kausalität	176
a.	Erfolgseintritt abhängig von einem Dritten	177
b.	Übertragung auf den kartellrechtlichen Sachverhalt	177
2.	Unmittelbarkeitszusammenhang	178
II.	Nichtinanspruchnahme der Kronzeugenregelung und Risiko der Schadensersatzforderungen	179
III.	Zwischenergebnis	180
J.	Intradisziplinärer Vergleich: Zivilrechtlicher und strafrechtlicher Schaden	180
I.	Konzept der Schadensberechnung	180
II.	Zeitpunkt der Schadensberechnung	181
III.	Berücksichtigung von Vorteilen	182
1.	Bewertungsmaßstäbe	182

2. Anwendungspraxis: Berücksichtigung von Kartellvorteilen im Zivilrecht und im Strafrecht	184
a. Annäherung von Zivilrecht und Strafrecht im Bereich der Berücksichtigung von Kartellvorteilen	185
aa. Rechtsbeziehung	185
bb. Adressat der Beeinträchtigung	185
cc. Durchführung der Vorteilsberücksichtigung	186
dd. Konsequenzen der Vorteilsberücksichtigung	186
b. Fazit	187
4. Kapitel: Die Verantwortung des Aufsichtsrats für Compliance im Verhältnis zum Vorstand	189
A. Compliance-Begriff, historische Entwicklung und Compliance- Organisation	189
B. Verantwortung des Aufsichtsrats für Compliance	191
I. Problemdarstellung im spezifischen Fall der pflichtwidrigen Handlung eines Vorstandsmitglieds im kartellrechtlichen Bereich	191
II. Überwachung der Compliance-Maßnahmen des Vorstands durch den Aufsichtsrat	192
1. Umfang der Überwachung	193
a. Einrichtung eines Prüfungsausschusses nach § 107 III 2 AktG	193
b. Intensität der Überwachung	194
2. Überwachungsinstrumente	196
a. Berichte des Vorstands nach § 90 AktG	196
b. Befragung des Chief Compliance Officer durch den Aufsichtsrat	198
aa. Mitarbeiterbefragung de lege lata	199
bb. Befragung des CCO im Pflichtengefüge Vorstand – Aufsichtsrat	200
c. Compliance als Tagesordnungspunkt der Aufsichtsratssitzungen	201
d. Zustimmungsvorbehalt gemäß § 111 IV 2 AktG	202
3. Sanktionen	203
III. Fazit	204
5. Kapitel: Zusammenfassung der Ergebnisse	205
A. Die kartellrechtlich relevanten Konstellationen	205
I. Aktiver Kartellverstoß	205

II.	Nichtverhinderung des Kartellverstoßes eines Angestellten	207
III.	Nichtabstellen des Kartellverstoßes eines Angestellten nach Aufdeckung	208
IV.	Nichtinanspruchnahme der Kronzeugenregelung	209
V.	Fazit	211
B.	Compliance im Verhältnis Vorstand – Aufsichtsrat	212
	Literaturverzeichnis	213