

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
A. Einleitung und Gang der Untersuchung	19
B. Mögliche Folgen kartellrechtswidrigen Handelns im Überblick	25
I. Kartellordnungswidrigkeiten	25
1. § 81 GWB	25
a) Schwerwiegende Zuwiderhandlungen	26
aa) Gegen gesetzliche Verbote	26
bb) Gegen vollziehbare Anordnungen	26
b) Leichtere Zuwiderhandlungen	27
aa) Gegen gesetzliche Verbote	27
bb) Gegen vollziehbare Verwaltungsakte der Kartellbehörde	27
2. § 130 OWiG	27
3. Art. 23 VO 1/2003	28
II. Zivilrechtliche Haftungsnormen	28
1. § 33 Abs. 3 GWB	29
2. §§ 823 ff. BGB	29
3. § 93 Abs. 2 AktG	30
III. Strafrechtliche Sanktionsnormen	30
IV. Personelle Konsequenzen	30
C. Voraussetzungen einer kartellbehördlichen Bußgeldverfügung gegen Vorstandsmitglieder gemäß § 81 GWB	32
I. Möglichkeit der bußgeldrechtlichen Inanspruchnahme natürlicher Personen	32
1. Zurechnung ahndungsbegründener Merkmale durch § 9 OWiG	32
2. Voraussetzungen des § 9 OWiG	33
a) Vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person	33
b) Handeln „als“ Organ bzw. Vorstand	35
II. Kartellrechtsverstoß	36
1. Unmittelbare Täterschaft	36

2. Beteiligung, § 14 OWiG	36
a) Aktive Mitwirkung	37
b) Unterlassen	37
aa) Garantenstellung	38
bb) Garantenpflichten	40
3. Auswirkungen der Ressortverteilung	41
a) Problemaufriss und mögliche Lösungsansätze	41
b) Stellungnahme	43
III. Vorsatz, Fahrlässigkeit und Schuld	49
IV. Die Irrtumsproblematik	52
1. Systemwechsel im deutschen und europäischen Kartellrecht	52
2. Auswirkungen auf Vorstandsarbeit und Haftung	53
3. Die Beachtlichkeit von Irrtümern	56
a) Erscheinungsformen des Rechtsirrtums	56
aa) Tatbestandsirrtum	56
bb) Verbotsirrtum	56
b) Die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums in der Rechtsprechung	57
aa) Grundlegende Definition des BGH	57
bb) Vermeidbarkeitskriterien	58
(1) Rechtsprechung	58
(2) Eigene Informationspflicht	59
(3) Juristischer Rat	60
4. Irrtumsprivileg?	63
D. Voraussetzungen einer kartellrechtlichen Bußgeldverfügung gegen Vorstandsmitglieder gemäß § 130 OWiG	65
I. Bedeutung und Zweck	65
II. Tathandlung	66
1. Aufsichtspflichtverletzung	67
2. Verhinderung oder wesentliche Erschwerung der Zuwiderhandlung	69
III. Die Reichweite der Aufsichtspflicht	70
1. Aufsichtspflicht und Ressortverteilung	70
2. Aufsichtspflicht über rechtlich unselbständige Zweigniederlassungen	73
3. Aufsichtspflicht im Konzern	75
a) Meinungsstand	75

b) Stellungnahme	76
E. Bußgeldbemessung	79
I. Bußgeldrahmen	79
II. Bußgeldzumessung	81
1. Zumessungskriterien	81
a) Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung	82
b) Der den Täter treffende Vorwurf	84
c) Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters	86
d) Verfahrensdauer	87
e) Die Relevanz kartellrechtlicher Compliance- Programme für die Bußgeldbemessung	88
aa) Gegenwärtige Praxis des Bundeskartellamts und der Gerichte	88
bb) Stellungnahme	89
2. Die Bonusregelung des Bundeskartellamts	91
F. Die persönliche Haftung des Vorstands auf Schadensersatz bei Kartellrechtsverstößen	95
I. Schadensersatzanspruch gemäß § 33 Abs. 3 GWB	95
1. Problemstellung	96
2. Einbeziehung des Vorstands in den Kreis der Anspruchsgegner über § 81 GWB in Verbindung mit § 9 OWiG?	97
3. Kritik	98
4. Stellungnahme	99
II. Weitere denkbare Anspruchsgrundlagen	102
1. § 823 Abs. 1 BGB	103
2. Außenhaftung gemäß § 823 Abs. 2 i.V.m. Schutzgesetz	104
a) § 130 OWiG	104
b) § 93 Abs. 2, 3 AktG	105
c) § 91 Abs. 2 AktG	105
d) Vorschriften des StGB	106
3. § 826 BGB	106
G. Rückgriffshaftung des Vorstands gegenüber der Gesellschaft gemäß § 93 Abs. 2 AktG	108
I. Anspruchsgrundlage	109
II. Zweck und Bedeutung der Vorschrift	110

III. Kartellrechtsverstöße und Pflichtverletzung des Vorstands	110
1. Legalitätspflicht	111
a) Externe Pflichtenbindung und Kartellrechtsverstöße	112
b) Interne Pflichtenbindung und Kartellrechtsverstöße	115
aa) Anwendbarkeit des § 91 Abs. 2 AktG auf Kartellrechtsverstöße	115
bb) Pflichteninhalt des § 91 Abs. 2 AktG in Bezug auf kartellrechtliche Risiken	118
2. Pflicht zur Inanspruchnahme von Kronzeugenregelungen?	122
a) Das Interesse der Gesellschaft an der Inanspruchnahme einer Kronzeugenregelung	122
b) Gegenläufige Interessen des Vorstands	124
3. Compliance	127
a) Begriff	128
b) Haftungsrechtliche Relevanz	129
c) Inhalt	130
aa) Kartellrechtliche Standortbestimmung	131
bb) Mitarbeiterschulung	132
cc) Sanktionen	133
dd) Überwachung	133
d) Pflicht zur Implementierung eines Compliance-Programms?	134
4. Auswirkungen von Ressortverteilung und vertikaler Delegation	136
a) Ressortverteilung	136
b) Vertikale Delegation	139
5. Mögliche Einschränkungen der Legalitätspflicht im Innenverhältnis zur AG	139
a) Art der verletzten Norm	140
b) Nützliche Pflichtverletzungen	143
c) Kartellrechtsverstöße und Business Judgement Rule	148
aa) Konzept und Voraussetzungen der Business Judgement Rule	149
bb) Anwendbarkeit auf Fälle zweifelhafter Rechtslage	150

d) Zuerkennung eines Beurteilungsspielraums außerhalb der Business Judgement Rule	155
aa) Anforderungen an Vorstandsmitglieder bei Entscheidungen unter rechtlicher Unsicherheit	156
bb) Die Reichweite des Beurteilungsspielraums	159
6. Ausschluss/Begrenzung des Regresses?	161
a) Ausschluss	161
b) Begrenzung	165
7. Schaden und Vorteilsausgleichung	168
8. Anspruchsdurchsetzung	173
H. Die Enthftung des Vorstands	174
I. Gründe für eine Enthftung	174
1. Erhalt der Risikobereitschaft des Vorstands	174
2. Förderung der Kooperationsbereitschaft des Vorstands	175
3. Förderung einer schnellen Verfahrensbeendigung	176
4. Verhinderung von Störungen des Geschäftsbetriebs	176
5. Persönliche Belange des Vorstandsmitglieds	176
6. Eigeninteressen des Aufsichtsrats	177
II. Nichtgeltendmachung eigener Schadensersatzansprüche durch die AG	178
1. Anspruchsverzicht	178
2. Absehen von der Anspruchsverfolgung durch den Aufsichtsrat	179
a) Pflicht zur Anspruchsverfolgung als Regelfall	180
b) Ausnahmen	181
aa) Enthftungsgründe als gewichtige Interessen und Belange der Gesellschaft im Sinne der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung	182
(1) Erhalt der Risikobereitschaft	182
(2) Förderung der Kooperationsbereitschaft	183
(3) Schnelle Verfahrensbeendigung und Verhinderung von Störungen des Geschäftsbetriebs	185
(4) Persönliche Belange des Vorstandsmitglieds	186
(5) Eigeninteressen des Aufsichtsrats	188
bb) Auswirkungen einer bestehenden D&O Versicherung	188

c) Ergänzend: Klageerzwingung durch die Aktionärsminorität gem. § 148 AktG	189
III. Freistellung von Geldbußen, Geldstrafen und Schadensersatzansprüchen Dritter	191
1. Anspruch auf Freistellung	192
2. Freiwillige Freistellung	195
a) Vortatliche Zusagen der Freistellung	195
aa) Straf- und allgemein zivilrechtliche Beurteilung	195
(1) § 258 Abs. 2 StGB und § 134 BGB	196
(2) § 138 BGB	197
bb) Gesellschaftsrechtliche Beurteilung	202
b) Nachtatliche Zusagen der Freistellung	203
aa) Straf- und allgemein zivilrechtliche Beurteilung	203
(1) § 258 Abs. 2 StGB und § 134 BGB	203
(2) § 138	203
bb) Gesellschaftsrechtliche Beurteilung	204
(1) § 93 Abs. 4 S. 3 AktG analog?	205
(2) Freistellung und D&O Versicherung	209
(3) § 87 Abs. 1 AktG als Grenze der Enthaltung	210
I. Strafrechtliche Sanktionen	212
I. Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen gemäß § 298 StGB	212
1. Einführung	212
2. Tathandlung	213
3. Täterschaft oder Teilnahme des Vorstands	214
II. Betrug gemäß § 263 StGB	216
1. Durch wettbewerbswidrige Absprachen bei Ausschreibungen	216
2. Durch sonstige Wettbewerbsverstöße gemäß § 1 GWB oder Art. 101 AEUV	219
III. Sonstige Kartellrechtsverstöße als Straftaten	221
IV. Das Verhältnis von Kartellordnungswidrigkeiten und Straftaten	223
V. Die Diskussion um eine weitergehende Kriminalisierung des Kartellrechts de lege ferenda	223
1. Befürwortende Meinungen	224
2. Ablehnende Meinungen	226
3. Stellungnahme	229

J. Mögliche Auswirkungen eines Kartellrechtsverstoßes auf die persönliche Rechtsstellung der Vorstandsmitglieder	233
I. Untersagungsverfügungen, Bestellungshindernisse und Abberufungsverlangen	234
1. Verwaltungsbehördliche Untersagung eines Berufs oder Gewerbes gemäß § 35 GewO	234
a) Allgemeines	234
b) Unzuverlässigkeit durch Kartellrechtsverstöße im Besonderen	237
aa) Gewerbeuntersagung gegenüber der Gesellschaft gemäß § 35 Abs. 1 GewO	238
(1) Fallgruppe: Straftaten und Ordnungswidrigkeiten	238
(2) Gefährdung eines bedeutenden Rechtsguts	241
(3) Erforderlichkeit einer Gewerbeuntersagung wegen Verstößen gegen das Kartellrecht	242
bb) Der Vorstand als Adressat einer Gewerbeuntersagung	246
(1) Untersagung nach § 35 Abs. 7a S. 1 GewO	247
(2) Erstreckung der Untersagung nach § 35 Abs. 7a S. 2 GewO	249
(a) Erstreckung auf weitere Gewerbebranchen	249
(b) Erstreckung auf unselbständig leitende Tätigkeiten	250
(c) Erforderlichkeit der Erstreckung	251
(d) Verhältnismäßigkeit der Erstreckung	254
(3) Verhältnis der Untersagung nach § 35 Abs. 1 GewO zu der nach § 35 Abs. 7a GewO	254
c) Rechtsfolge	256
2. Aktienrechtliches Bestellungshindernis und Tätigkeitsverbot nach § 76 Abs. 3 S. 4 AktG	257
3. Sonderfall: Aufsichtsrechtliche Abberufungsverlangen	258
II. Rechtsgeschäftliche Beendigung: Abberufung und Kündigung durch den Aufsichtsrat	259
1. Die Trennung von Bestellung und Anstellung des Vorstands	260

2. Der „wichtige Grund“ i.S.v. § 84 Abs. 3 S. 1 AktG und § 626 Abs. 1S. 1 BGB als materielle Voraussetzung von Abberufung und Kündigung	261
a) Kartellrechtsverstöße als wichtiger Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB	262
aa) Die Schwere der Verfehlung und das individuelle Verschulden des Vorstands	263
bb) Die Folgen für die Gesellschaft	265
cc) Sonstige Umstände	266
dd) Die Bedeutung von Kündigungsklauseln	268
b) Der „wichtige Grund“ i.S.v. § 84 Abs. 3 S. 1 AktG	269
c) Die Entscheidung des Aufsichtsrats	272
K. Zusammenfassung der Ergebnisse	275
Gesetzesmaterialien	285
Literaturverzeichnis	287