



Frank Sebastian Hack

Vorstandsverantwortlichkeit
bei Kartellrechtsverstößen



PETER LANG

1. Teil Einleitung

§ 1 Anlass, Gegenstand und Aufbau der Untersuchung

I.

Dem deutschen sowie dem europäischen Kartellrecht ist der Schutz des Wettbewerbs vor privat veranlassten Beschränkungen trotz unterschiedlicher gesetzlicher Ausgestaltung als oberstes Ziel gemein.¹ In diesem Sinne heißt es bereits in der Gesetzesbegründung zum GWB von 1952: *„Es soll die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen und wirtschaftliche Macht da beseitigen, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnende Tendenzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher in Frage stellt“*². Aufgrund seiner allgemein anerkannten wohlfahrtssteigernden und volkswirtschaftlich positiven Wirkung stellen der Erhalt und die Sicherung eines funktionierenden Wettbewerbs die oberste Aufgabe auf dem Weg zu einer gesunden und ertragsreichen marktwirtschaftlichen Ordnung dar. Dem Wettbewerb werden klassischerweise in wirtschaftspolitische und gesellschaftspolitische kategorisierte Funktionen beigemessen.³ So sind als wirtschaftspolitische Funktionen insbesondere die Steuerungs- oder Ordnungs-, die Antriebs-, die Verteilungs- und die Auslesefunktion zu nennen. Der Wettbewerb erfüllt hingegen seine gesellschaftspolitische Funktion durch die Herstellung einer einigermaßen ausgewogenen Machtverteilung in Wirtschaft und Gesellschaft durch „offene“ Märkte.⁴

Sowohl im GWB als auch im AEUV wurde auf eine Definition verzichtet, was letztlich das zu schützende Gut – der Wettbewerb – tatsächlich ausmacht und sein soll. In der Gesetzesbegründung zum GWB wird Wettbewerb jedoch als das Streben durch eigene Leistung, die nach Qualität oder Preis besser ist als die

1 Vgl. G. Wiedemann, Kartellrecht, 2008, § 1 Rn. 1 f.; Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, S. 41 ff.

2 Gesetzesbegründung zum GWB (1952), BT-Drucks. 2/1158, S. 1.

3 Siehe Emmerich, Kartellrecht, 2008, S. 3 f.; Möschel, Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, S. 41 ff.; Bunte, in: Langen/Bunte, Einf. GWB Rn. 66 ff.

4 G. Wiedemann, Kartellrecht, 2008, § 1 Rn. 2.

Leistung anderer Unternehmer, den Verbraucher zum Abschluss eines Vertrages zu veranlassen, beschrieben.⁵ In der deutschen und europäischen Wissenschaft sind zudem eine Vielzahl von Definitionsversuchen unternommen worden,⁶ eine konsensfähige Definition existiert hingegen bislang nicht.⁷ Eine der meistzitiertesten Definitionen ist wohl die von *Fikentscher*, der Wettbewerb definiert als „das selbstständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindungen mit Dritten (Kunden oder Lieferanten) durch Inaussichtstellen günstiger erscheinender Geschäftsbedingungen“⁸. Auch die Judikative handelt unter keinem einheitlichen Wettbewerbsbegriff; sie knüpft zum einen an die Beschränkung der wettbewerbslich relevanten Handlungsfreiheit an,⁹ betont aber auch die autonome Entscheidungsfindung wirtschaftlicher Einheiten (sog. Selbstständigkeitspostulat).¹⁰

II.

Eine Beschränkung des Wettbewerbs in Form von Kartellen ist *prima facie* stets volkswirtschaftlich nachteilig. Insbesondere führen Absprachen über den Preis in der Regel zu einem synthetisch erhöhten Preis, so dass Abnehmer für eine Ware mehr zahlen, als sie unter normalen Bedingungen hätten zahlen müssen. Dies kann im Einzelfall wenige Eurocent betragen, führt allerdings bei nicht selten internationalen Kartellen zu enormen volkswirtschaftlichen Schäden. Zudem verschaffen sie den Kartellanten einen Wettbewerbsvorteil, der es auch verhindert, dass Markteinsteiger und Konkurrenten Marktmacht gewinnen oder beibehalten; nicht zuletzt wird dadurch der positive Wettbewerbseffekt von Innovationen und Produktverbesserungen gefährdet. Kartellrechtswidriges Verhalten ist kein Branchenproblem, sondern an solchen wettbewerbs- und gesamtwohlschädlichen Verhaltensweisen waren in der Vergangenheit Unternehmen aller Wirtschaftssektoren und aller Größen beteiligt. Um die positiven Effekte des Wettbewerbs zu schützen ist es wichtig, ein derartiges Verhalten zu verhindern. Daher postulieren das GWB und der AEUV Verhaltensverbote,¹¹ die auf drei

5 Gesetzesbegründung zum GWB (1952), BT-Drucks. 2/1158, S. 31.

6 Eine Zusammenstellung ist bei *Mayer*, Ziele und Grenzen, 2005, S. 27 f. zu finden.

7 Vgl. *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 1 Rn. 111.

8 *Fikentscher*, Deutsches Wirtschaftsrecht, 1983, S. 194.

9 KG v. 03.11.1972 – Kart 2/72, BB 1973, 303 – *Aluminium-Halbzeug*; weitere Nachw. aus der Rspr. bei *Emmerich*, ZHR 139 (1975) 501.

10 Vgl. EuGH v. 14.07.1972 – C-48/69, Slg. 1972, 619, 662 ff. – *ICI*; EuGH v. 16.12.1975 – C-40/73, Slg. 1975, 1663, 1942, 1965 f. – *Suiker Unie*.

11 Mehr zu deren Inhalt unter 2. Teil § 1.

Wegen durchgesetzt werden.¹² Erstens können die zuständigen Kartellbehörden das Kartellrecht mit hoheitlichen Mitteln, d.h. mit verwaltungsrechtlichen Maßnahmen und Bußgeldern durchsetzen. Zweitens kann das Kartellrecht mit zivilrechtlichen Mitteln durchgesetzt werden, dazu gehören zuvörderst die Geltendmachung der Nichtigkeit von wettbewerbswidrigen Vereinbarungen und Schadensersatz-¹³, Unterlassungs- sowie Beseitigungsansprüche – sog. *private enforcement*.¹⁴ Drittens kann ein kartellrechtswidriges Verhalten im Wesentlichen unter den Voraussetzungen der §§ 298, 263 StGB zudem strafbewehrt sein. Mit diesen Sanktionsinstrumenten sollen ausreichende Verhaltensanreize gesetzt werden, um die Normadressaten zu gesetzeskonformen Verhalten zu bewegen.

Jedoch wird vielfältig vorgebracht, dass das aktuelle kartellrechtliche Sanktionssystem nicht effizient genug sei, denn zwar wurden auch in der Vergangenheit Maßnahmen ergriffen um die Kartellrechtsdurchsetzung zu fördern, doch seien diese nicht ausreichend.¹⁵ Die legislativen Optimierungsbemühungen der jüngeren Vergangenheit konzentrierten sich vorrangig auf die Verschärfung der bußgeldrechtlichen Haftung¹⁶ und nicht zuletzt auch aufgrund der Vorgaben des EuGH in den Sachen *Courage*¹⁷ und *Manfredi*¹⁸ auf die Schaffung günstigerer

12 *Hempel*, Privater Rechtsschutz, 2002, S. 21 f.; *Görner*, Anspruchsberechtigung, 2007, S. 5 weisen lediglich auf die behördliche und zivilrechtliche Durchsetzungsmöglichkeiten hin.

13 Vgl. zur Dichotomie von Restitutions- und Präventivfunktion des Kartelldeliktsrechts *Hempel*, Privater Rechtsschutz, 2002, S. 237 ff., 242 ff. m.w.N. zu den vertretenen Ansichten zur früheren Rechtslage; nunmehr hat der Gesetzgeber im Rahmen der 7. GWB-Novelle auch die Abschreckungswirkung ausdrücklich als eigenständige Funktion des Kartelldeliktsrechts zum Ausdruck gebracht, vgl. dazu *K. Westermann*, in: FS H. P. Westermann, 2008, S. 1605, 1607.

14 *Görner*, Anspruchsberechtigung, 2007, S. 5.

15 Vgl. nur die Analyse von *Whelan*, 4 Comp. L. Rev. 7, 24 ff. (2007); für eine strafrechtliche Weiterentwicklung aus deutscher Sicht: *Biermann*, ZWeR 2007, 1; *Wagner-von Papp*, WuW 2009, 1236; *ders.*, WuW 2010, 268; aus internationaler Sicht: *Cseres/Schinkel/Vogelaar*, Criminalization, 2006; *Wils*, Efficiency, 2008; *Sieber*, in: van Gerven/Zuleeg, Remedies and Sanctions, 1996, S. 71 ff.; *Zuleeg*, in: Ehlermann/Atanasiu, ECL Annual 2001, 2003, S. 451 ff.; *Connor/Foer/Udwin*, 1 N. J. Eur. Crim. L. 199 ff. (2010).

16 Vgl. die Änderungen durch das Siebtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 07.07.2005, BGBl. I, S. 1954 ff. Danach wurde in § 81 Abs. 4 S. 2 GWB ein neuer Bußgeldrahmen eingeführt, der den bisherigen mehrerlösbezogenen Bußgeldrahmen des § 81 Abs. 2 S. 1 GWB a.F. ersetzte; zudem veröffentlichte das Bundeskartellamt nach dem Vorbild der Kommission im September 2006 seine neuen Bußgeld-Leitlinien.

17 EuGH v. 20.09.2001 – C-453/99, Slg. 2001, I-6297, Rn. 26 – *Courage* = EuZW 2001, 715 m. Anm. *Nowak* = GRUR Int. 2002, 54 m. Anm. *Weyer* = EWIR 2001, 1141 (*Micklitz*).

18 EuGH v. 13.07.2006 – C-295/04–298/04, Slg. 2006, I-6619, Rn. 60 – *Manfredi*.

Rahmenbedingungen für das *private enforcement*¹⁹. Beide Novellierungsbewegungen wurden jedoch verbreitet kritisiert. Während dem derzeitigen Bußgeldrahmen noch immer keine ausreichende Abschreckungswirkung attestiert wird,²⁰ obwohl dessen Verfassungsmäßigkeit und Vereinbarkeit mit der EMRK bereits bezweifelt wird,²¹ leidet das *private enforcement* in Form von privaten Schadensersatzklagen, wie es aus den USA bekannt ist, u.a. bereits grds. an dem Ondit für kartellrechtsfremde Mittel missbraucht zu werden.²² Zudem handelt es sich bei beiden Sanktionsformen um solche, deren Zielrichtung zunächst – auch *in praxi* – fast ausschließlich auf Unternehmen beschränkt ist. In der deutschen und europäischen Kartellrechtsdurchsetzung steht hingegen die einzelne natürliche Person, die unmittelbar an dem kartellrechtswidrigen Verhalten beteiligt ist, weniger im Fokus. Es gibt allerdings zahlreiche empirische Studien, die nahelegen, dass die persönliche Verantwortlichkeit des unmittelbaren Kartelltäters neben der Unternehmenshaftung zwingend notwendig für eine wirksame Kartellrechtsdurchsetzung ist,²³ da in letzter Konsequenz natürliche Personen die Verursacher einer Kartellrechtsverletzung sind und diese durch sie persönlich treffende Sanktionen zu kartellrechtskonformen Verhalten bewegt werden müssen.²⁴ Zwar besteht nach deutschem Kartellrecht gem. § 81 GWB i.V.m. § 9 OWiG die Möglichkeit auch gegen natürliche Personen Bußgelder wegen Verstoßes gegen das

19 Vgl. zum *private enforcement* die Initiative der Europäischen Kommission, Grünbuch „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts“, KOM(2005) 672, v. 19.12.2005 endg. und Europäische Kommission, Weißbuch „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts“, KOM(2008) 165, v. 02.04.2008 endg. Zudem ist mit der 7. GWB-Novelle insbesondere die Möglichkeit der zivilrechtlichen Schadensersatzklage für Kartellgeschädigte vereinfacht worden; zu der gesetzgeberischen Schwerpunktsetzung auf die private Kartellbekämpfung siehe auch Möschel, in: FS Bechtold, 2006, S. 329, 336 f.

20 Insbesondere weil davon ausgegangen wird, dass Kartellverstöße bei den derzeitigen Bußgeldern noch immer wirtschaftlich vorteilhaft sind, vgl. nur Whelan, 4 Comp. L. Rev. 7, 26 (2007); hierzu ausführlich 4. Teil § 1 III.

21 Vgl. Möschel, WuW 2010, 869 ff.; Bechtold/Bosch, ZWeR 2011, 160, 162 ff.

22 Vgl. Wils, 32 World Competition 3, 10 (2009), Wagner-von Papp, in: Kartellrechtsdurchsetzung, 2010, S. 267, 268; des Weiteren wird dem *private enforcement* bei Hardcore-Kartellrechtsverstößen zudem nur ein eingeschränkter eigenständiger Wirkungsgrad zugemessen, vgl. Mundt, in: FS Möschel, 2011, S. 427, 438; vgl. zudem zu den praktischen Problemen der Anspruchsverfolgung die in den Eckpunkten einer 8. GWB-Novelle des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie v. 01.08.2011, abgedruckt bspw. in WuW 2011, 853, 856 vorgesehene Klagebefugnis von Verbraucherverbänden, oder die aktuelle Entscheidung des BGH v. 28.06.2011 – KZR 75/10.

23 Allgemein Polinsky/Shavell, 13 Int. Rev. L. & Econ. 239 (1993); Arlen, 23 J. Legal Stud. 833 (1994); speziell im Hinblick auf Kartellrechtsverstöße Whelan, 4 Comp. L. Rev. 7, 24 f. (2007)

24 Im Einzelnen unter: 4. Teil § 1 III.

GWB oder die Artt. 101 und 102 AEUV zu verhängen. Jedoch verfügt bereits der Gesetzgeber selbst über die Erkenntnis, dass die Erfahrung zeigt, dass Geldsanktionen in Verbindung mit präventiven Maßnahmen zur Verhinderung von Wettbewerbsverstößen nicht ausreichend sind: Sowohl der general- als auch der spezialpräventive Effekt einschlägiger Bußgeldtatbestände sei schon „*naturgemäß*“ beschränkt.²⁵ Eine persönliche Verhaltenssteuerung im Sinne der Kartellrechtsdurchsetzung kann daher mit den augenblicklichen Sanktionsmitteln nur bedingt erzielt werden. Aus diesem Grund werden vermehrt Forderungen nach Sanktionsmitteln gegen die unmittelbar handelnde natürliche Person erhoben, die nicht ohne weiteres in einer effizienzgeleiteten Handlungsanalyse in Form einer Kosten-Nutzen-Analyse eingepreist werden können, so bspw. bei Bußgeldern, die mit den wirtschaftlichen Vorteilen aus einem Kartellrechtsverstoß neutralisiert werden können. In diesem Sinne fordert die OECD ihre Mitglieder auf, weitere, insbesondere personenbezogene und nicht zuletzt strafrechtliche²⁶ Sanktionsmittel zur verbesserten Kartellrechtsdurchsetzung einzuführen.²⁷

III.

Juristische Personen handeln durch ihre Organe. Diese sind daher letztendlich die „Denker und Lenker“ der Gesellschaft.²⁸ Die natürlichen Personen in Ausübung ihrer Organstellung sind daher für das Unternehmensverhalten verantwortlich, so dass Verhaltensanreize, die das Verhalten der einzelnen natürlichen Personen beeinflussen, schließlich auch Einfluss auf das Verhalten des Unternehmens am Markt haben. Insbesondere missbräuchliches Marktverhalten von Unternehmen basieren in der Regel auf Entscheidungen der Führungsebene. Aber auch sonstige kartellrechtlich relevante Absprachen und Verhaltensweisen sind regelmäßig bis zu den Leitungsorganen zurückverfolgbar. Zwar kommt es vor, dass sich Unternehmensmitarbeitern niedrigerer Organisationsstufe ohne das Wissen und der Zustimmung des Vorstandes kartellrechtswidrig verhalten, jedoch erfolgt die wettbewerbswidrige Verhaltenspolitik eines Unternehmens in

25 BR-Drucks. 553/96, S. 28.

26 Zunächst OECD, Hard Core Cartels: Recent Progress, 2003, S. 46; und anschließend ausschließlich zur individuellen Sanktionierung: *dies.*, Cartel Sanctions against Individuals, 2005, S. 7.

27 OECD, Cartel Sanctions against Individuals, 2005, *passim*; *dies.*, Report on the Implementation of the 1998 Recommendation, 2005, S. 25; *dies.*, Fighting Hard Core Cartels, 2002, S. 106; *dies.*, Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Laws, 2002, sowie *dies.*, Effective Action Against Hard Core Cartes, 1998, S. 3.

28 Vgl. § 76 Abs. 1 AktG.