



Jan Tibor Böttcher

Gesellschaftsrechtlicher
Zwang zur Nutzung
kartellrechtlicher
Kronzeugenregelungen

Die Pflicht des AG-Vorstands
zur Schadensabwehr



PETER LANG

A. Einleitung

Die Leitung der Aktiengesellschaft obliegt gemäß § 76 AktG dem Vorstand. Bei der Ausübung ihrer Tätigkeit haben die Mitglieder des Vorstands ihre ganze Kraft den Interessen der Gesellschaft zu widmen, sie in jeder Weise zu fördern und Schaden von ihr abzuwenden.²

Von besonderer praktischer Relevanz für die Arbeit der Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft sind ihre haftungsrechtlichen Verantwortlichkeiten. Vorstandsmitglieder, die ihre allgemeinen Sorgfaltspflichten verletzen, sind der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Anspruchsgrundlage der Haftung des Vorstands für die Verletzung allgemeiner Sorgfaltspflichten ist § 93 Abs. 2 S. 1 AktG. Anknüpfungspunkt der Vorstandshaftung ist, ob das betroffene Vorstandsmitglied bei der Ausübung seiner Tätigkeit die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt hat.³

I. Kartellrechtliche Kronzeugenregelungen

Das Kartellrecht hat die Aufgabe, den Wettbewerb als Institution vor wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen von Unternehmen zu schützen.⁴ Geschützt ist der Wettbewerb mit seinen wirtschaftspolitischen und gesellschaftspolitischen Funktionen.

Da Kartelle den Wettbewerb beeinträchtigen, sind sie nach europäischem und deutschem Recht grundsätzlich verboten. Auf Ebene des Unionsrechts ist das Kartellverbot in Art. 101 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 81 Abs. 1 EG) geregelt.⁵ Das Kartellverbot im deutschen Recht findet sich in § 1 GWB.

Verstöße gegen die Kartellverbote sind bußgeldbewehrt. Auf der Ebene des europäischen Rechts folgt das aus Art. 103 Abs. 1 und 2 lit. a AEUV (ex Art. 83

2 Dazu *Spindler*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, § 76 Rn. 14; *Mertens/Cahn*, in: Zöllner/Noack, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2010, § 77 Rn. 15 f.

3 § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG.

4 Vgl. *Mäger*, in: Mäger, Europäisches Kartellrecht, 2006, 1. Kapitel, Rn. 1 ff.

5 Ausnahmen vom Kartellverbot sind jedoch nach Art. 81 Abs. 3 EG möglich.

Abs. 1 und 2 lit. a EG), der die Schaffung finanzieller Sanktionen in Gestalt von Geldbußen vorsieht. Die Konkretisierung dieser Vorschrift erfolgt durch die „Verordnung Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln“ („VO 1/2003“).⁶ Die Europäische Kommission kann gemäß Art. 4 i.V.m. Art. 23 Abs. 1 und Abs. 2 VO 1/2003 gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen Geldbußen verhängen. Nach deutschem Recht stellt ein Verstoß gegen das europäische Kartellverbot gemäß § 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB, ein Verstoß gegen das deutsche Kartellverbot gemäß § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB eine Ordnungswidrigkeit dar. Diese können gemäß § 81 Abs. 4 GWB mit hohen Bußgeldern geahndet werden kann. Die Bußgelder dienen der effektiven Durchsetzung des Kartellverbots.

In der Praxis stellt sich die Aufdeckung von Kartellen trotz weitreichender Befugnisse der Ermittlungsbehörden oftmals als äußerst schwierig dar. Die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt können die Existenz von wettbewerbswidrigen Kartellen nur unter erheblichem zeitlichen und personellen Aufwand nachweisen, da es in der Natur eines Kartells liegt, dieses nach bester Möglichkeit geheim zu halten. Der Nachweis des Bestehens eines Kartells war meist nur aufgrund aufwendiger Markterkundungen oder durch zufällige Kenntnisserlangung durch die Kartellbehörden möglich. Hinzu kommt, dass die Beteiligten von Kartellen im Laufe der Zeit immer bessere Methoden entwickelten, um ihre Absprachen geheim zu halten.

Um diesem Ermittlungsnotstand entgegen zu wirken, erließ die Europäische Kommission 1996 – nach US-amerikanischem Vorbild – die sog. Leniency Notice.⁷ Bei der Leniency Notice handelt es sich um ein Kronzeugenprogramm, welches nach folgender Maßgabe funktioniert: Besteht ein Kartell, von dem die Kommission noch keine Kenntnis hat, kann sich ein an diesem Kartell beteiligtes Unternehmen an die Kommission wenden und das Kartell dort anzeigen. Damit einher geht die Verpflichtung des Unternehmens, die Kommission mit sämtlichen Informationen zu versorgen, die eine Aufdeckung des Kartells ermöglichen. Im Gegenzug dazu erklärt sich die Kommission dazu bereit, dem Unternehmen den vollständigen oder teilweisen Erlass eines wegen der Beteiligung an dem aufgedeckten Kartell drohenden Bußgeldes zu gewähren. Weitere Unternehmen, die das Kronzeugenprogramm bezüglich desselben Kartells nutzen wollen, können unter Umständen eine teilweise Herabsetzung des Bußgeldes erlangen.

Der große Erfolg der Leniency Notice seit ihrer Einführung lässt sich unter Zu-hilfenahme spieltheoretischer Ansätze erklären. Die Möglichkeit, die Mitkartellan-

6 Amtsblatt der EG vom 04.01.2003, Nr. L 001/1.

7 Mitteilung der Kommission über die Nichtfestsetzung oder die niedrigere Festsetzung von Geldbußen in Kartellsachen vom 18.07.1996, ABl. C 207/4.

ten gegen Erlass des drohenden Bußgeldes an die Kommission zu „verraten“, begründet zwischen den Kartellanten Misstrauen; denn es ist möglich, dass sich insbesondere bei Streitigkeiten zwischen den Kartellanten ein Unternehmen dazu veranlasst sieht, den Mitkartellanten durch die Mitteilung an die Kommission erheblichen Schaden zuzufügen.

Der umfassende Erfolg der europäischen Kronzeugenregelung wird durch die Erneuerungen der Leniency Notice in den Jahren 2002⁸ und 2006⁹ bestätigt. Das Bundeskartellamt hat ebenfalls eine der Leniency Notice entsprechende Bonusregelung veröffentlicht.¹⁰

II. Problemstellung

Die Kronzeugenregelungen der Europäischen Kommission und des Bundeskartellamtes sind als vergünstigende Regelungen ausgestaltet, die es aus Sicht kartellbe teiliger Unternehmen attraktiv erscheinen lassen, aus einem bestehenden Kartell auszusteigen, in dem das dem Unternehmen drohende Bußgeld erheblich reduziert oder sogar vollständig erlassen wird. Auf der anderen Seite steht die Pflicht des Vorstands, im Interesse der Gesellschaft zu handeln und Schaden von ihr abzuwenden.

Untersuchungsgegenstand der vorliegenden wissenschaftlichen Arbeit ist daher die rechtliche Frage, ob Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft verpflichtet sein können, kartellrechtliche Kronzeugenregelungen zu nutzen, um Schaden von der Gesellschaft abzuwenden. Abhängig von dem Bestehen einer solchen Pflicht ist ferner zu untersuchen, ob und unter welchen Umständen ein Verstoß gegen diese Pflicht zu einer persönlichen Haftung der betroffenen Vorstandsmitglieder gegenüber der Gesellschaft führen kann. Denn die unterlassene Nutzung einer Kronzeugenregelung hat unter Umständen die Schädigung der Gesellschaft zur Folge, wenn das Kartell gleichwohl aufgedeckt und ein Bußgeld gegen die Gesellschaft verhängt wird und dieser Schaden durch die Nutzung einer Kronzeugenregelung hätte vermieden werden können. Folge wäre eine Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne des § 93 Abs. 1 AktG, die wiederum zur Ersatzpflicht der Verantwortlichen führen würde.

8 Mitteilung der EU-Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 19.02.2002, ABl. C 45/3.

9 Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen vom 08.12.2006, ABl. C 298/17

10 Die jüngste Fassung ist die Bekanntmachung Nr. 09/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen – Bonusregelung – vom 07.03.2006, abrufbar auf der Homepage des Bundeskartellamtes.

Ist das der Fall, würde die Nutzung einer Kronzeugenregelung zur gesellschaftsrechtlichen Pflicht des Vorstands. Im Ergebnis würde das eine vollständig neue Bewertung der Kronzeugenregelungen und der mit Kartellrechtsverstößen einhergehenden Sorgfaltspflichten erforderlich machen.

Die in dieser Arbeit behandelte Rechtsfrage ist in Rechtsprechung und Literatur bisher nicht behandelt worden, obwohl es vor dem Hintergrund erheblicher wirtschaftlicher und rechtlicher Bedeutung erforderlich ist, eine rechtswissenschaftliche Klärung herbeizuführen. Aus Sicht des Vorstandes ist das schon deshalb notwendig, weil dieser Klarheit darüber haben muss, in welchem Rahmen er sich persönlich durch die Nutzung oder Nichtnutzung einer Kronzeugenregelung schadensersatzpflichtig macht. Darüber hinaus ist die Klärung dieser Frage auch für Kartellbehörden von einiger Erheblichkeit, da durch eine solche Pflicht die Kronzeugenregelungen de facto als Mussvorschriften aufgewertet würden. Ein solches Ergebnis wäre aus Sicht der Kartellbehörden sicherlich begrüßenswert, weil das dem Schutz der Rechtsordnung und des Wettbewerbs dient.

Grundlage der Untersuchung sind die kartellrechtlichen Bestimmungen des europäischen und deutschen Rechts sowie das deutsche Gesellschaftsrecht. Die im Rahmen dieser Arbeit vorgenommenen rechtlichen Überlegungen sind darüber hinaus aber grundsätzlich auch auf das Recht anderer Mitgliedstaaten übertragbar, da die Rechtsordnungen der übrigen Mitgliedstaaten vergleichbare Regelungen enthalten.

III. Gang der Untersuchung

Der erste Teil der Arbeit ist dem europäischen und deutschen Kartellrecht gewidmet. Zunächst wird in der gebotenen Kürze auf die zugrundeliegenden Bußgeldvorschriften eingegangen. Anschließend sind die kartellrechtlichen Kronzeugenregelungen selbst ausführlich zu behandeln. Dazu gehören deren Sinn und Zweck sowie die jeweiligen Voraussetzungen für die Reduzierung oder den Erlass eines Bußgeldes.

Der zweite Teil befasst sich mit der rechtswissenschaftlichen Untersuchung der gesellschaftsrechtlichen Haftung des Vorstands im Rahmen der Nutzung kartellrechtlicher Kronzeugenregelungen. In einem ersten Schritt sind die Rechte und Pflichten sowie die Stellung des Vorstands in der Aktiengesellschaft zu behandeln, da es sich hierbei um die Grundlagen für mögliche Pflichten und Pflichtverletzungen des Vorstands handelt.

Vor diesem Hintergrund werden dann, in einem zweiten Schritt, die einzelnen Voraussetzungen des § 93 Abs. 2 S. 1 AktG und des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG nacheinander gewürdigt. Bestandteil dieses Abschnitts ist auch, wer für die Durch-

setzung eines gegebenenfalls bestehenden Schadensersatzanspruchs zuständig ist und unter welchen zusätzlichen Bedingungen diese geltend gemacht werden können. Bedeutung erlangen in diesem Zusammenhang auch Beweis- und Darlegungslasten sowie die Möglichkeit, die Haftung des Vorstands zu reduzieren bzw. auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen zu verzichten.

Im letzten Teil der Arbeit werden dann die im Rahmen dieser Arbeit erlangten Erkenntnisse noch einmal zusammengefasst.