

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	XXI
-----------------------------------	-----

Quellenverzeichnis	XXXIX
---------------------------------	-------

Kapitel 1: Einführung und Gang der Untersuchung	1
--	---

Teil 1: Einführung in die Problematik	1
---	---

Teil 2: Gang der Untersuchung	3
-------------------------------------	---

Kapitel 2: Der Compliance-Gedanke und dessen Bedeutung im Kartellrecht	7
---	---

Teil 1: Was bedeutet „Compliance“?	8
--	---

A. Begriffsbestimmung und Funktionen der Compliance	8
---	---

I. Begriffsbestimmung „Compliance“	8
--	---

II. Die Funktionen von „Compliance“	10
---	----

B. Die historische Entwicklung von „Compliance“	11
---	----

I. Ursprung der Compliance in den USA	11
---	----

II. Der Anfang des Compliance-Gedankens in Deutschland	12
--	----

Teil 2: Kartellrechtsspezifische Compliance	14
---	----

A. Allgemeines	14
----------------------	----

B. Grundlagen des Wettbewerbsrechts	15
---	----

I. Schutz und Funktion des Wettbewerbs	16
--	----

1. Der Schutz des Wettbewerbs	16
-------------------------------------	----

2. Die Funktion des Wettbewerbs	17
---------------------------------------	----

II. Das Kartellverbot	18
-----------------------------	----

III. Das Missbrauchsverbot	22
----------------------------------	----

IV. Das Boykottverbot	24
-----------------------------	----

C. Risikorelevante Bereiche im Kartellrecht	24
---	----

D. Schlussfolgerung	25
Teil 3: Die Pflicht zur Errichtung von Compliance-Programmen	25
A. Die Pflicht zur Errichtung von Compliance-Programmen für Manager	26
I. Die Legalitätspflicht	26
II. Das Bestehen einer Compliance-Verpflichtung	31
1. Compliance im Innenverhältnis	32
a) Ableitung einer Compliance-Verpflichtung aus § 91 Abs. 2 AktG	32
b) Ableitung einer Compliance-Verpflichtung aus der Legalitätspflicht gem. §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 und 2 AktG	34
c) Compliance-Pflicht eines GmbH-Geschäftsführers	36
2. Compliance im Außenverhältnis	37
a) Gesamtanalogie zu bereits bestehenden Compliance-Regeln	37
b) Ableitung einer Compliance-Verpflichtung aus den allgemeinen Aufsichtspflichten gemäß § 130 Abs. 1 OWiG ...	38
c) Ableitung einer Compliance-Verpflichtung aus § 831 BGB	40
3. Ergebnis	41
III. Inhalt und Umfang der Compliance-Pflicht	43
IV. Die Möglichkeit der Delegation von Managementaufgaben	45
1. Die Delegation auf die horizontale Ebene	46
2. Die Delegation auf die vertikale Ebene	47
B. „Compliance-Verpflichtungen“ für den Aufsichtsrat	48
C. Compliance auf der Konzernebene	50
I. Einführung und Problemdarstellung	50
II. Herleitung einer konzernweiten Compliance-Verpflichtung	51
1. Herleitung der konzernweiten Compliance-Verpflichtung aus dem Deutschen Corporate Governance Kodex	51
2. Herleitung der konzernweiten Compliance-Verpflichtung aus der Legalitätspflicht	53
3. Herleitung der konzernweiten Compliance-Verpflichtung aus den allgemeinen aktienrechtlichen Konzernstrukturen	55
a) Argumente für die Herleitung einer konzernweiten Compliance-Verpflichtung aus den allgemeinen aktienrechtlichen Konzernstrukturen	55

b)	Argumente gegen die Herleitung einer konzernweiten Compliance-Verpflichtung aus den allgemeinen aktienrechtlichen Konzernstrukturen	56
c)	Differenzierte Betrachtung hinsichtlich der Herleitung der konzernweiten Compliance-Verpflichtung aus den allgemeinen aktienrechtlichen Konzernstrukturen	58
4.	Herleitung einer Compliance-Verpflichtung der Muttergesellschaft aus den Aufsichtspflichten gemäß § 130 Abs. 1 OWiG	59
a)	Keine Anwendbarkeit des § 130 Abs. 1 OWiG auf den Konzern	60
b)	Keine Ableitung der konzernweiten Compliance-Verpflichtung aus § 130 Abs. 1 OWiG	64
III.	Der GmbH-Konzern	64
D.	Ergebnis	65

Kapitel 3: Die Haftung von Unternehmen für kartellrechtliche Verstöße 67

Teil 1:	Einführung und Darstellung der Problematik	67
Teil 2:	Bußgeldrechtliche Haftung des Unternehmens bzw. Konzerns	69
A.	Allgemeines	69
B.	Rechtlichen Grundlage der Bußgeldhaftung	71
C.	Die Konzernhaftung nach der 9. GWB-Novelle	74
I.	Einführung und Problemdarstellung	74
II.	Intention des Gesetzgebers und Gründe für die Umsetzung	77
III.	Kritik an der Umsetzung der 9. GWB-Novelle	80
1.	Mindestharmonisierung durch die Richtlinie 2014/104/EU	81
2.	Wortlaut der Haftungsnorm	82
3.	Durchbrechung des gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzips ...	84
4.	Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Schuldprinzip	85
5.	Widerspruch gegen die Unschuldsvermutung	86
6.	Keine Parallele zum Personengesellschaftsrecht	87
D.	Die Richtlinie 1/2019 („ECN-Richtlinie“)	87
E.	Stellungnahme und Ergebnis	88
Teil 3:	Schadensersatzrechtliche Haftung	93
A.	Die Rechtsprechung des EuGHs zum Schadensersatz: das Skanska-Urteil	95

B.	Die Diskussion zur Passivlegitimation vor Erlass des Skanska-Urteils	97
I.	Argumente für eine einheitliche Auslegung und der Begründung der Passivlegitimation der Muttergesellschaft im Schadensersatzrecht	97
II.	Argumente gegen eine einheitliche Auslegung und der Begründung der Passivlegitimation der Muttergesellschaft im Schadensersatzrecht	99
C.	Die Reaktionen aus dem Schrifttum in Bezug auf das Skanska-Urteil	101
D.	Stellungnahme und Ergebnis	103

Kapitel 4: Die gesellschaftsrechtliche und zivilkartellrechtliche Haftung von Manager für Kartellrechtsverstöße

Teil 1:	Die Haftung im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft	107
A.	Die Möglichkeit der Regressnahme von Managern im Innenverhältnis	108
I.	Die Legalitätspflicht als Ausgangspunkt der Pflichtverletzung	109
II.	Zurechnung von anderen Handlungen innerhalb des Vorstandes?	109
III.	Die Haftung von Managern nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG und § 43 Abs. 2 GmbHG gegenüber der Gesellschaft	111
1.	Der Fall ThyssenKrupp: Der „Schienenkartell-Fall“ als jüngstes Beispiel der Rechtsprechung zur Managerhaftung	112
a)	Das Urteil des LAG Düsseldorf	112
b)	Das Urteil des BAG vom 29. Juni 2017 sowie der Beschluss des LAG Düsseldorf vom 29. Januar 2018	114
2.	Die Haftung des Managers nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG und § 43 Abs. 2 GmbHG	115
a)	Teleologische Reduktion des § 93 Abs. 2 AktG, § 43 Abs. 2 GmbHG hinsichtlich des Sanktionszwecks der Bußgelder	116
aa)	Argumente für eine teleologische Reduktion der Haftungsnormen	117
bb)	Argumente gegen eine teleologische Reduktion der Haftungsnormen	119
b)	Das Erreichen des Sanktionszwecks durch die Verhängung des Bußgeldes und die Trennung der zivilrechtlichen Haftung von staatlichen Sanktionen	120
c)	Die „wirtschaftliche Todesstrafe“	123
aa)	Argumente für die Annahme einer „wirtschaftlichen Todesstrafe“	123

bb)	Argumente gegen die Annahme der „wirtschaftlichen Todesstrafe“	124
d)	Weitere Argumente	125
aa)	Rechtsökonomische und rechtspolitische Gesichtspunkte	125
bb)	Auswahl- und Überwachungsverschulden der Aktionäre	125
cc)	Steuerungswirkung für Organe	126
dd)	Kein Verbot der „Doppelbestrafung“	126
ee)	Anderweitige Sanktionsmöglichkeiten der Organmitglieder	127
3.	Schlussfolgerung	127
IV.	Verbandsbußgelder und Schadensersatzleistungen als erstattungsfähiger Schaden?	130
1.	Grundlagen zum Schadensbegriff	130
2.	Meinungsstand bezogen auf Verbandsbußgelder als ersatzfähiger Schaden	131
V.	Kausalität und Verschulden	133
B.	Keine Anwendbarkeit der Business Judgement Rule auf kartellrechtliche Compliance–Verstöße	134
I.	Grundlagen der Business Judgement Rule	134
II.	Keine Anwendbarkeit der Business Judgement Rule bei kartellrechtlichen Verstößen von Managern	137
C.	Keine Anwendbarkeit einer sog. Legal Judgement Rule als weitere Option des Haftungsausschlusses	139
D.	Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung	141
I.	Sind Manager wie Arbeitnehmer zu behandeln?	142
1.	Grundsätze	142
2.	Argumente für eine Anwendung der arbeitsrechtlichen Grundsätze	143
3.	Argumente gegen eine Anwendung der arbeitsrechtlichen Grundsätze	145
II.	Summenmäßige Höchstgrenzen	147
1.	Höchstgrenze aufgrund der organschaftlichen Treuepflicht	148
2.	Höchstgrenze aufgrund der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung	149
3.	Höchstgrenze in Relation zur Vergütung	149
4.	Eine Ableitung der Höchstgrenze aus § 81c Abs. 1 S. 1 GWB	152

5. Weitere Überlegungen	153
6. Schlussfolgerung	153
III. Haftungsbegrenzung durch eine Begrenzung des Verschuldensmaßstabs der Manager	157
1. Argumente für eine Haftungsreduzierung durch die Begrenzung des Verschuldensmaßstabs	157
2. Argumente gegen eine Haftungsreduzierung durch die Begrenzung des Verschuldensmaßstabs	160
IV. Sonstige Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung	164
E. Weitere Gründe für eine Enthftung der Manager	165
I. Der Kartellverstoß als nützliche Pflichtverletzung?	166
II. Anwendung der Grundsätze des Vorteilsausgleichs auf Schadensersatzansprüche gegen Manager i.S.v. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG und § 43 Abs. 2 GmbHG	168
1. Grundsätze des Vorteilsausgleichs	168
2. Argumente für eine Anwendung der Grundsätze des Vorteilsausgleichs	169
3. Argumente gegen eine Anwendung der Grundsätze des Vorteilsausgleichs	172
4. Stellungnahme	174
III. Verbotsirrtum als Entschuldigungsgrund im Zusammenhang mit der ISION- und Schenker-Rechtsprechung	174
1. Grundlagen zur Irrtumslehre in Bezug auf die Managerhaftung ...	176
2. Das ISION-Urteil des BGH	178
a) Die Fachkompetenz des Beraters	179
b) Die Unabhängigkeit des Beraters	181
c) Umfassende Information des Beraters durch das Organmitglied	182
d) Plausibilitätskontrolle des erteilten Rechtsrats durch das Organmitglied	182
3. Das Schenker-Urteil des EuGHs	185
a) Grundsätze	185
b) Kritik	186
aa) Verstoß gegen den Schuldgrundsatz	187
bb) Einholen von Rechtsrat sowie die behördliche Stellungnahme	188
cc) Ultra-vires-Akt des EuGHs	188

c) Ergebnis	189
IV. Directors' & Officers' (D&O)-Versicherung	189
F. Durchsetzbarkeit des Schadensersatzanspruchs	193
I. Die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen durch den Aufsichtsrat	193
1. Die Pflicht des Aufsichtsrats zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen in der Aktiengesellschaft	193
2. Möglicher Ermessensspielraum des Aufsichtsrats im Hinblick auf die ARAG/Garmenbeck-Rechtsprechung	196
a) Uneingeschränkter Ermessensspielraum des Aufsichtsrats und eine eingeschränkte gerichtliche Nachprüfbarkeit	196
b) Kein Ermessensspielraum des Aufsichtsrats und volle gerichtliche Nachprüfbarkeit	197
c) Vermittelnder Lösungsansatz: Beurteilungsspielraum des Aufsichtsrats und beschränkte gerichtliche Überprüfung	199
3. Die Haftung des Aufsichtsrats innerhalb der Aktiengesellschaft ...	200
4. Schlussfolgerung	200
II. Die Durchsetzbarkeit von Schadenersatzansprüchen innerhalb einer GmbH	201
III. Verjährung des Anspruchs	203
Teil 2: Die Haftung im Außenverhältnis gegenüber Dritten und Gesellschaftern	204
A. Die bußgeldrechtliche Haftung	204
I. Die bußgeldrechtliche Haftung nach § 81 GWB i.V.m. §§ 30 Abs. 1 Nr. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1 OWiG durch eigenes aktives Tun oder Unterlassen	205
II. Die bußgeldrechtliche Haftung nach §§ 130 Abs. 1, 30 Abs. 1 Nr. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1 OWiG durch die Verletzung einer Aufsichtspflicht	206
B. Die schadensersatzrechtliche Haftung gegenüber gesellschaftsfremden Dritten	207
I. Vertragliche und vertragsähnliche Schadensersatzansprüche	208
II. Kartellrechtlicher Schadensersatzanspruch	209
1. Problem Darstellung	210
a) Argumente für eine direkte Anwendung des § 33a Abs. 1 GWB auf natürliche Personen	210
b) Argumente gegen eine direkte Anwendung des § 33a Abs. 1 GWB auf natürliche Personen	213

c) Zurechnung der Unternehmenseigenschaft über § 9 OWiG (analog)	214
2. Schlussfolgerung	216
III. Weitere deliktische Ansprüche	218
1. Deliktische Außenhaftung gem. § 823 BGB	219
a) Kein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB	219
aa) Kein Schutz des Vermögens durch § 823 Abs. 1 BGB	219
bb) Kein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb	220
b) § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einem Schutzgesetz	221
aa) Fehlende Eigenschaft der § 93 Abs. 2 AktG, § 43 Abs. 2 GmbHG als Schutzgesetz	221
bb) Fehlende Eigenschaft des § 130 OWiG als Schutzgesetz	222
cc) Fehlende Eigenschaft des § 33a GWB als Schutzgesetz	223
dd) Fehlende Eigenschaft des § 81 GWB und § 9 OWiG als Schutzgesetz	224
ee) Fehlende Eigenschaft der Art. 101, 102 AEUV und §§ 1 ff. GWB als Schutzgesetz	224
ff) Kein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB ..	225
2. Deliktische Außenhaftung gem. §§ 830, 840 BGB	226
3. Deliktische Außenhaftung gem. § 826 BGB	229
4. Deliktische Außenhaftung gem. § 831 BGB	230
5. Schlussfolgerung	230
IV. Gesellschaftsrechtliche Haftungsnormen	231
1. § 93 Abs. 2, Abs. 5 AktG und § 43 Abs. 2 GmbHG als Haftungsgrundlage gegenüber Dritten	231
2. Keine Haftung auf der Grundlage des Corporate Governance Kodex gem. § 161 AktG	233
V. Haftungsfreistellungen	234
VI. Ergebnis	235
C. Haftung der Manager gegenüber Aktionären und Gesellschaftern der Unternehmen	236

Kapitel 5: Strafrechtliche Betrachtung der Managerhaftung	241
Teil 1: Einleitung	241
Teil 2: Die aktuell geltenden strafrechtlichen Normen (lex lata)	242
A. Submissionsabsprachen gem. § 298 StGB	243
B. Betrug gem. § 263 StGB	244
C. Organuntreue gem. § 266 StGB	245
D. Ergebnis	246
Teil 3: Die Kriminalisierung des Kartellrechts (de lege ferenda)	246
A. Historische Entwicklung	247
B. Die Diskussion um eine Kriminalisierung des Kartellrechts	253
I. Die Schaffung eines neuen Straftatbestandes auf der Grundlage des Schutzzwecks des GWB	254
1. Argumente für einen neuen Straftatbestand	254
2. Argumente gegen einen neuen Straftatbestand	257
II. Abschreckungsfunktion und Stigmatisierung der Wirtschaftskriminellen (Principal-Agent Problem)	259
1. Argumente für eine Abschreckungsfunktion und Stigmatisierung durch eine Kriminalisierung	259
2. Argumente gegen eine Abschreckungsfunktion und Stigmatisierung durch eine Kriminalisierung	261
III. Chilling-Effekt	262
IV. Unerwünschte Stabilisierung von Kartellen sowie eine Verdeckungsgefahr	263
V. Reduktion der Unternehmensbußgelder	264
VI. Erweiterte Ermittlungsmöglichkeiten	265
VII. Verschiebung der Zuständigkeit	265
1. Argumente für eine Verschiebung der Zuständigkeit	266
2. Argumente gegen eine Verschiebung der Zuständigkeit	267
VIII. „Monsterprozesse“ und überhöhte Kosten	268
IX. Restriktive Auslegung der Tatbestandsmerkmale	268
X. Probleme im Rahmen von Kronzeugenprogrammen	269
XI. Beeinträchtigung der Beratungs- und Gestaltungsfunktion des Bundeskartellamtes sowie eine Verschlechterung des Verhältnisses zur Behörde	270
XII. Die Notwendigkeit eines Kartellstrafrechts aufgrund der bereits vorgenommenen Kriminalisierung von Submissionsabsprachen	271

XIII. Der Wille des Gesetzgebers	272
XIV. Andere Sanktionsmöglichkeiten	273
XV. Die Notwendigkeit eines Kartellstrafrechts aufgrund EU-rechtlichen Vorgaben?	274
1. Keine Herleitung der Notwendigkeit einer Kriminalisierung des Kartellrechts nach Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003	274
2. Keine Herleitung der Notwendigkeit einer Kriminalisierung des Kartellrechts aus den EU-Verträgen	275
C. Stellungnahme	276

Kapitel 6: Das kartellrechtliche Compliance-Programm

Teil 1: Einführung	279
Teil 2: Inhalt und Aufgabe von Compliance-Programmen im Hinblick auf kartellrechtsspezifische Besonderheiten	280
A. Inhalt und Aufbau	282
B. Risikoanalyse	285
C. Die drei Bereiche eines Compliance-Programms	286
I. Instruktionspflichten	287
II. Überwachungspflichten	289
III. Sanktionspflichten	291
Teil 3: „Compliance Defence“: Möglichkeit der Enthftung durch Compliance?	292
A. Begriffsbestimmung und die Bedeutung für einzelne Anspruchsarten	292
B. Die Haftungsmilderung von Compliance-Programmen für Manager und Unternehmen	293
I. Einführung	293
II. Die Bedeutung der Compliance-Programme für Manager bei Verletzung des Kartellrechts sowie der Aufsichtspflichten	294
III. Die Bedeutung der Compliance-Programme für Unternehmen	296
1. Berücksichtigung von Compliance-Programmen bei Verstößen auf der Tatbestandsebene	297
a) Berücksichtigung von Compliance-Programmen bei Verstößen auf der Tatbestandsebene nach deutschem Recht	297
aa) Berücksichtigung von Compliance-Programmen im Rahmen einer Aufsichtspflichtverletzung	297

bb)	Berücksichtigung von Compliance-Programmen im Rahmen einer bußgeldrechtlichen Haftung	298
b)	Berücksichtigung von Compliance-Programmen Verstößen auf der Tatbestandsebene nach europäischem Recht	301
2.	Berücksichtigung von Compliance-Programmen bei Verstößen auf der Rechtsfolgenreihe	302
a)	Die behördliche Praxis und Rechtsprechung in Bezug auf die Berücksichtigung von Compliance-Programmen	303
aa)	Die Praxis der EU-Kommission in Bezug auf die Berücksichtigung von Compliance-Programmen	303
bb)	Die gängige Praxis des Bundeskartellamts auf nationaler Ebene in Bezug auf die Berücksichtigung von Compliance-Programmen	306
b)	Argumente für die Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen	308
aa)	Eintritt des Kartellverstoßes als Indikator des Versagens von Compliance-Programmen	309
bb)	Präventiver Charakter von Compliance-Programmen	310
cc)	Auftretende Schwierigkeiten zwischen der Kronzeugenregelung und der Etablierung von Compliance-Programmen	311
dd)	Integration der Compliance-Programme innerhalb der Richtlinie zur Bemessung der Bußgelder auf nationaler und europäischer Ebene	312
ee)	Fehlender Vorsatz bei Vorliegen eines Compliance-Programms	314
ff)	Die Ansicht der nationalen Rechtsprechung	314
3.	Argumente gegen eine Berücksichtigung von Compliance-Programmen	315
4.	Forderung der Berücksichtigung der Compliance Defence von anderen Seiten	316
C.	Stellungnahme und Ausblick	318

Kapitel 7: Internationaler Rechtsvergleich	321
Teil 1: Der Blick auf verschiedene Jurisdiktionen im Hinblick auf die Unternehmenshaftung, Managerhaftung und Möglichkeiten der Compliance Defence	321
A. Die Vereinigten Staaten von Amerika	322
I. Die Haftung von Unternehmen und natürlichen Personen	322
II. Compliance Defence	323
B. Großbritannien	325
I. Die Haftung von Unternehmen und natürlichen Personen	325
II. Compliance Defence	326
C. Frankreich	327
I. Die Haftung von Unternehmen und natürlichen Personen	327
II. Compliance Defence	328
D. Italien	329
I. Die Haftung von Unternehmen und natürlichen Personen	329
II. Compliance Defence	329
E. Die Schweiz	330
F. Australien und Neuseeland	331
I. Australien	331
1. Die Haftung von Unternehmen und natürlichen Personen	331
2. Compliance Defence	332
II. Neuseeland	333
Teil 2. Resümee	333

Kapitel 8: Thesen	335
--------------------------	-----