



**THEMA:
KARTELSCHADENERSATZ – HAFTUNGSVERMEIDUNG FÜR VORSTAND UND
AUFSICHTSRAT**

Referentin: Christine Gärtner (Partnerin in der Prozessrechtsabteilung der Kanzlei Latham & Watkins LLP in Frankfurt).

Seit dem 9. Juni 2017 ist die 9. GWB **Novelle des deutschen Kartellgesetzes** (GWB) in Kraft. Sie setzt vor allem die **EU-Kartellschadenersatzrichtlinie** in deutsches Recht um. Erklärtes Ziel der Novelle ist es u.a., die Durchsetzung von Kartellschadenersatzforderungen in Deutschland zu erleichtern.

**WAS BEDEUTEN NUN DIE NEUERUNGEN FÜR MUTMASSLICHE KARTELLANTEN/BEKLAGTE,
GESCHÄDIGTE/KLÄGER UND LETZTENDLICH AUCH FÜR DEN AUFSICHTSRAT BETROFFENER
UNTERNEHMEN?**

Zunächst stellt sich die Frage: Ist dies nicht ein operatives Thema? Ist es als solches nicht Sache des Vorstands? Das ist zunächst richtig.

Eine Befassungsnotwendigkeit des Aufsichtsrats kann sich jedoch ergeben, wenn dem Aufsichtsrat Entscheidungen des Vorstands etwa wegen **Zustimmungserfordernissen** vorgelegt werden oder wenn ein mögliches Fehlverhalten des Vorstands im Zusammenhang mit dem Rechtsverstoß oder dessen Behandlung im Raum steht. Denn es gehört zu den Aufgaben des Aufsichtsrats, das Verhalten des Vorstands zu prüfen und ggfs. zu sanktionieren, wenn ein entsprechender Verdacht vorliegt.

Dabei ist eines klar: Kartellrechtsverletzungen muss das Unternehmen abstellen – ein unternehmerisches Ermessen ist bei Gesetzesverstößen nicht gegeben.

Weitet man den Blick auf Kartellschadenersatzklagen als mögliche Konsequenz von Kartellrechtsverletzungen, sollte auch der Aufsichtsrat die hieraus möglichen Implikationen frühzeitig bedenken – hier wichtige Aspekte im Überblick:

- **Bindungswirkung der Feststellungen der Kartellbehörde (§ 33b GWB):** Was die Behörde bestandskräftig feststellt ist für das Gericht bindend ... Die Feststellung eines Verstoßes durch eine Kartellbehörde ist verbindlich für das Gericht, das zukünftig über den Schadenersatzanspruch entscheidet.
- **Schadensvermutung (§ 33a Abs. 2 GWB):** Wo ein Kartell, da auch ein Schaden ... Nach neuem Recht ist nun positiv geregelt, dass vermutet wird, dass ein Kartell einen Schaden verursacht.
- **Gesamtschuldnerische Haftung mit beschränkter Privilegierung des ersten Kronzeugen (§ 33d und § 33e GWB):** Wer bei der Aufklärung und Beendigung hilft, wird geschützt ... Bspw. bekommen Kronzeugen, die einen vollen Bußgelderlass erhalten, auch im anschließenden Schadenersatzverfahren gewisse Privilegien. Sie sind bspw. nur noch ihren eigenen (un-)mittelbaren Abnehmern uneingeschränkt zu Schadenersatz verpflichtet.
- **Offenlegung (§§ 33g, 89 b-e GWB):** Zeig mir, was du weißt ... Sowohl Geschädigte als auch Beklagte haben nach neuem Recht Anspruch auf die Herausgabe von Informationen und zwar unabhängig davon, ob sie bereits eine Schadenersatzklage betreiben oder nicht. Damit können hohe Kosten verbunden sein.

In der Praxis bedeutet dies: Die Konsequenzen für das Unternehmen auch auf Ebene des möglichen Schadenersatzes sollten bereits bei der Aufdeckung von Kartellen mitbedacht werden.

Entscheidungen zum Verhalten, nachdem ein Kartellverstoß abgestellt wurde, können unternehmerische Entscheidungen sein – so zum Beispiel, ob und wann ein Kronzeugenantrag gestellt wird oder ob und wie man sich gegen etwaige Klagen verteidigt bzw. Vergleiche schließt. Das gilt auch für Unternehmen, die Geschädigte sein können, bei Fragen der Geltendmachung und der vergleichsweisen Beilegung von etwaigen Ansprüchen – einschließlich Informationsansprüchen.

Im **safe harbor** bewegen sich Vorstand und Aufsichtsrat bei solchen Entscheidungen (§§ 116, 93 AktG) nur, „wenn (...) [sie] bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte[n], auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“ (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG).

Konkret sollte man sich folgende Fragen stellen:

- Wurde bei **unternehmerischen Entscheidungen** stets rechtmäßig im Rahmen des Unternehmensgegenstandes gehandelt? Wurden Gesetz und Satzung eingehalten? Ein Kartellrechtsverstoß ist danach keine unternehmerische Entscheidung und wer ihn begeht, ist außerhalb des *safe harbors* unterwegs.
- Wurde nach eigener Überzeugung **vernünftig**, das heißt pflichtgemäß und nicht gegen besseres Wissen gehandelt?
- Wurde auf Basis einer **angemessenen**, also den Umständen gerecht werdenden, möglichst umfassenden, **Informationsgrundlage** entschieden? Wurden Chancen und Risiken hinreichend identifiziert? Wurden alle relevanten Einflussfaktoren bewertet? Wurden Best Practices beachtet und waren die Fachabteilungen eingebunden? Ist ein Schaden überhaupt entstanden? Stehen Kosten und Nutzen in einem nachvollziehbaren Verhältnis zueinander?
- Wurde **zum Wohle der Gesellschaft** und frei von Interessenskonflikten gehandelt? Hatte man Bestand und die dauerhafte Rentabilität der Gesellschaft im Blick?

November 2018