

# Die kartellrechtliche Kronzeugenregelung – gesellschaftsrechtliche Informationspflichten und Ad-hoc-Publizität

Die Stellung eines Kronzeugeantrags löst möglicherweise gesellschaftsinterne Befassungs- und Berichtspflichten gegenüber der Generalversammlung und dem Aufsichtsrat aus. Im Zusammenhang mit börsennotierten Gesellschaften erhebt sich die Frage, ob eine ad-hoc-publizitätspflichtiger Vorgang vorliegt. Im Unterschied dazu setzt ein erfolgreicher Kronzeugeantrag regelmäßig rasches und diskretes Handeln voraus. Das Spannungsverhältnis liegt zu Tage. Der vorliegende Beitrag versucht es aufzulösen.

**Deskriptoren:** Kronzeugeantrag, *leniency*-Antrag, Generalversammlung, Aufsichtsrat, außergewöhnliche Maßnahme, Ad-hoc-Publizität, Insiderinformation, Kapitalmarktrecht, Aufschiebung.

**Normen:** § 81 AktG; § 28a GmbHG; § 36 GmbHG; § 39 GmbHG; Art 17 MAR.

Von Manuel Steiner

## I. Einführung

Bei der Inanspruchnahme der kartellrechtlichen Kronzeugenregelung spielt der Faktor Zeit eine entscheidende Rolle. Vor allem das erste Unternehmen, welches einen Kronzeugeantrag stellt, wird privilegiert.<sup>1</sup> Dies war von den Verfassern dieser Regelungen durchaus so gewollt. Ein Klima des Misstrauens soll dazu führen, dass sich kein Unternehmen sicher fühlt.<sup>2</sup> Darüber hinaus verpflichten sich Unternehmen gegenüber den Kartellbehörden zur Geheimhaltung der Antragstellung.<sup>3</sup>

Neben kartellrechtlichen Gesichtspunkten ist aber auch die gesellschaftsrechtliche Ausgangslage zu berücksichtigen. Die Entscheidung, einen Kronzeugeantrag zu stellen, ist nicht alltäglich. Neben der damit unmittelbar befassten Geschäftsleitung sind möglicherweise auch andere Organe zu konsultieren. Das Spannungsverhältnis ist offensichtlich.<sup>4</sup>

Auf den ersten Blick drohen die gesellschaftsrechtlichen Mitwirkungsrechte das Ziel durch rasches, diskretes Handeln den Kronzeugestatus zu erlangen, zu gefährden. Oder abstrakter formuliert: Während das Kartellrecht auf Beschleunigung setzt, dient das Gesellschaftsrecht der Entschleunigung.<sup>5</sup> Umfassende Befassungs- und Berichtspflichten gegenüber anderen Gesellschaftsorganen können nicht nur zu einem zeitlichen Nachteil führen, sondern wegen möglicher Indiskretionen auch die Einhaltung von gegenüber Kartellbehörden bestehenden Geheimhaltungspflichten gefährden.

Die nachstehenden Überlegungen versuchen, kartell- und gesellschaftsrechtliche Wertungen in Einklang zu bringen. Zu diesem Zweck ist zunächst auf die nationalen und europäischen Kronzeugenregelungen einzugehen (II.). Danach ist zu überlegen, ob und inwieweit die Gesellschaftsorgane Generalversammlung und Aufsichtsrat mit der Angelegenheit zu befassen sind (III.). Abschließend ist zu untersuchen, ob ein Kronzeugeantrag bei börsennotierten Gesellschaften ad-hoc-Publizitätspflichten auslöst (IV.).

## II. Darstellung der Rechtsgrundlagen

Es liegt in der Natur der Sache, dass Kartelle im Geheimen stattfinden.<sup>6</sup> Deshalb stellt die Aufdeckung die Kartellbehörden regelmäßig vor Schwierigkeiten.<sup>7</sup> Inspiriert von angloamerikanischen Vorbildern veröffentlichte die

1 Nach der europäischen und nationalen Kronzeugenregelung wird dem ersten Unternehmen, welches einen Kronzeugeantrag stellt und die weiteren, noch näher zu erläuternden Voraussetzungen erfüllt, die Kartellgeldbuße vollständig erlassen.

2 EuGH 23.4.2015, Rs C-227/14 P, LG Display Taiwan/Kommission; ECLI:EU:C:2015:258 Rz 87. Die rechtliche Zulässigkeit von Kronzeugenregelungen wird mitunter bezweifelt. Nach *Hetz*, Kronzeugenregelungen im Kartellrecht (2004) 178 ff ist die europäische Kronzeugenregelung vor allem unter dem Aspekt des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung mit seinen europarechtlichen Ausprägungen der Grundsätze von Vorrang des höherrangigen Rechts und des Vorbehalts der vertraglichen Ermächtigung bedenklich. Demgegenüber verstößt die europäische Kronzeugenregelung nach *Hemetsberger*, Die Kronzeugenregelung im europäischen Kartell-

recht – ein Verstoß gegen das Recht auf Aussageverweigerung bei Gefahr der Selbstbezeichnung, ÖZW 2004, 8 ff gegen den Grundsatz „*nemo tenetur se ipsum accusare*“.

3 S III.1.B.

4 Allgemein darauf hinweisend *Frenzel*, Dringende Maßnahmen der Geschäftsführung und eilende Gesellschafterbeschlüsse in der GmbH (Teil 1), ecolex 2017, 525 (526).

5 Namentlich *Harbarth*, in Liber Amicorum M. Winter (2011) 215 (234) hat auf das Dilemma im Zusammenhang mit den aktienrechtlichen Grenzen von der die Kooperationsbereitschaft des Vorstands fördernden Freistellungszusagen hingewiesen.

6 *Brommer*, Die Beschränkung der Vorstandsinnenhaftung (2015) 60.

7 *Hetz*, Kronzeugenregelungen 31.

Europäische Kommission im Jahr 1996 eine Mitteilung<sup>8</sup> über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen.<sup>9</sup> Für Ö wurde eine Kronzeugenregelung erst mit der im Zuge des KartG 2005<sup>10</sup> erfolgten Novelle des WettbG etabliert.<sup>11</sup> Neben der Funktion eines Aufdeckungsinstrumentariums soll allein die Existenz der Kronzeugenregelung abschreckend auf potentielle Kartellanten wirken.<sup>12</sup> Die Kronzeugenregelung hat einen beachtlichen Siegeszug angetreten und wird als äußerst zielführendes Instrument wahrgenommen.<sup>13</sup>

## 1. Europäische Kronzeugenregelung

### A. Vollständiger Bußgelderlass

Die aktuelle europäische Kronzeugenregelung geht auf eine Mitteilung<sup>14</sup> der Kommission aus dem Jahr 2006 zurück. Zunächst enthält diese einige Vorgaben zum vollständigen Erlass der Geldbuße.<sup>15</sup> Damit ein Unternehmen in den Genuss dieser Privilegierung kommen kann, muss es die Beteiligung an einem mutmaßlichen Kartell offenlegen und als erstes Informationen und Beweismittel vorlegen, die es nach Auffassung der Kommission ermöglichen, entweder gezielte Nachforschungen im Zusammenhang mit dem vermeintlichen Kartell durchzuführen (Rn 8 lit a der Mitteilung<sup>16</sup>) oder im Zusammenhang mit dem mutmaßlichen Kartell eine Zu widerhandlung gegen Art 81 EG-Vertrag<sup>17</sup> festzustellen (Rn 8 lit b der Mitteilung<sup>18</sup>). Die erste Alternative setzt nach Rn 10 der Mitteilung<sup>19</sup> weiter voraus, dass die Kommission zum Zeitpunkt des Antrags nicht bereits selbst über hinreichendes Beweismaterial verfügte oder eine Nachprüfung schon stattgefunden hat. Die zweite Variante knüpft an weitere Bedingungen an. Auch hier ist der Bußgelderlass ausgeschlossen, wenn die Kommission bereits selbst über ausreichendes Beweismaterial verfügt. Zudem darf keinem Unternehmen nach Rn 8 lit a der Mitteilung<sup>20</sup> die Geldbuße erlassen worden sein. Nach Rn 12 lit a der Mitteilung<sup>21</sup> ist das Unternehmen verpflichtet, während des gesamten Verfahrens ernsthaft, vollständig, kontinuierlich und zügig mit der Kommission zusammenzuarbeiten. Das Unternehmen hat gem Rn 12 lit b der Mitteilung<sup>22</sup> grundsätzlich seine Teilnahme am Kartell zu beenden, es sei denn, die

Kommission hält die Aufrechterhaltung bestimmter Kartellaktivitäten für den Erfolg der Überprüfung für notwendig. Letztlich stellt Rn 12 lit c der Mitteilung<sup>23</sup> klar, dass Beweise nicht verfälscht, vernichtet oder unterdrückt werden dürfen.

Bei der Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung ist vor allem die zeitliche Komponente zu berücksichtigen. Ein vollständiger Bußgelderlass ist nur für den ersten Kronzeugen möglich. Der Gedanke, dass auch andere Kartellanten über eine Antragstellung nachdenken, liegt nicht fern. Deshalb kann ein Unternehmen bei Bekanntwerden erster Verdachtsmomente nach Rn 14 der Mitteilung<sup>24</sup> sich den ersten Rang mithilfe eines sog „Markers“ sichern. Die Zuerkennung des „Markers“ setzt voraus, dass das Unternehmen bereits einige allgemeine Informationen zum mutmaßlichen Kartell anführt. Anschließend legt die Kommission eine angemessene Frist fest, während der das Unternehmen die erforderlichen Informationen und Beweismittel nachreichen kann.

### B. Herabsetzung der Kartellbuße

Auch wenn ein Unternehmen die soeben skizzierten Vorgaben nicht erfüllt, besteht die Möglichkeit einer Ermäßigung der Geldbuße. Das Unternehmen muss Beweismittel beibringen, die für die Kommission einen erheblichen Mehrwert besitzen. Weiter muss sich das Unternehmen an die in Rn 12 lit a-c der Mitteilung normierten Bedingungen halten. Das Ausmaß der Reduktion der Kartellgeldbuße beträgt für das erste Unternehmen, welches Informationen mit erheblichem Mehrwert beibringt, zwischen 30 % und 50 %, für das zweite zwischen 20 % und 30 % und für jedes weitere eine Ermäßigung bis 20 %.

## 2. Österreichische Kronzeugenregelung

### A. Vollständiger Bußgelderlass

Die nationale Kronzeugenregelung orientiert sich eng an ihrem europäischen Vorbild. Nach § 11b Abs 1 Z 1 lit a WettbG kann die Bundeswettbewerbsbehörde von der Verhängung einer Kartellgeldbuße absehen, wenn das

8 Mitteilung der Kommission über die Nichtfestsetzung oder die niedrigere Festsetzung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl 1996 C 207/4.  
 9 Konopatsch, Kartellsanktionierung (2014) 262.  
 10 BGBl I 2005/62.  
 11 Konopatsch, Kartellsanktionierung 410.  
 12 Konopatsch, Kartellsanktionierung 263.  
 13 Handbuch der Bundeswettbewerbsbehörde zur Anwendung des § 11b Abs 1 bis 4 WettbG (Kronzeugenregelung) (2017) 3.  
 14 Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl 2006 C 298/17.

15 Nowak in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht<sup>3</sup> (2016) VerfVO Art 23 Rz 38.  
 16 ABl 2006 C 298/17 (18).  
 17 Nunmehr Art 101 AEUV.  
 18 ABl 2006 C 298/17 (18).  
 19 ABl 2006 C 298/17 (18).  
 20 ABl 2006 C 298/17 (18).  
 21 ABl 2006 C 298/17 (18).  
 22 ABl 2006 C 298/17 (19).  
 23 ABl 2006 C 298/17 (19).  
 24 ABl 2006 C 298/17 (19).

Unternehmen oder die Unternehmensvereinigung<sup>25</sup> als Erstes Informationen beisteuert, die es ermöglichen, einen begründeten Antrag auf Durchführung einer Hausdurchsuchung zu stellen oder nach § 11b Abs 1 Z 1 lit b, sofern die BWB bereits über ausreichende Informationen verfügt, um diese zu beantragen, als Erstes Beweismittel vorlegt, die einen Antrag auf Verhängung einer Kartellgeldbuße ermöglichen. Auch die nationale Regelung verlangt gem § 11b Abs 1 Z 2–4 WettbG, dass die Beteiligung am Kartell eingestellt und vollständig mit der BWB kooperiert wird und andere Unternehmer nicht zur Teilnahme am Kartell gezwungen wurden. Gem § 11b Abs 3 WettbG hat die BWB in einem Handbuch die Handhabung des Bußgelderlasses bzw der -herabsetzung darzulegen. Auch nach nationalem Recht kann sich ein Unternehmen den ersten Rang mit einem „Marker“ sichern lassen.<sup>26</sup> Anschließend hat es die ausstehenden Informationen innerhalb von maximal acht Wochen vorzulegen.<sup>27</sup>

## B. Herabsetzung der Geldbuße

Erfüllt ein Unternehmen die soeben genannten Kriterien nicht, so kann die BWB gem § 11b Abs 2 WettbG bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen der § 11b Abs 1 Z 2–4 eine geminderte Geldbuße beantragen. Hinsichtlich der Höhe der Ermäßigung orientiert sie sich an den bereits skizzierten europäischen Grundsätzen.<sup>28</sup>

## III. Verpflichtende Vorbefassung anderer Organe

### 1. Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung und Generalversammlung

Im Unterschied zum Vorstand leitet der Geschäftsführer die GmbH nicht unter eigener Verantwortung. Gem § 20 Abs 1 GmbHG ist dieser an die Weisungen der Generalversammlung, des zentralen Willensbildungsorgans der GmbH, gebunden. Spiegelbildlich bezeichnet das Gesetz in § 35 Abs 1 GmbHG bestimmte Maßnahmen, bei denen zuvor die Zustimmung der Generalversammlung einzuholen ist.

Dazu zählen trotz Fehlens einer ausdrücklichen Anordnung in § 35 Abs 1 GmbHG auch sog außergewöhnliche Maßnahmen.<sup>29</sup> Zudem wird auf § 36 Abs 2 S 1 GmbHG rekurriert, wonach die Generalversammlung auch einzuberufen ist, wenn es das „Interesse der Gesellschaft“ erfordert.<sup>30</sup> Unter außergewöhnlichen Maßnahmen versteht man Vorgänge, die von besonderer Bedeutung für die Gesellschaft sind.<sup>31</sup> Die Literatur<sup>32</sup> nennt hier beispielhaft die Durchführung einer nach Art und Höhe unüblichen Investition, das Eingehen einer Bürgschaft oder den Abschluss einer Schiedsvereinbarung. Dass darunter auch die Entscheidung über die Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung fällt, wird zwar nicht explizit genannt, erscheint aber zumindest naheliegend. Wie bereits erörtert, kann ein erfolgreicher Kronzeugeantrag zum Erlass oder zumindest zu einer deutlichen Reduktion einer ansonsten möglicherweise gravierend ausfallenden Kartellgeldbuße führen. Mithin ist hier von einem geradezu paradigmatischen Fall einer außergewöhnlichen Maßnahme zu sprechen.

Als Konsequenz der hM hätte der Geschäftsführer somit eine Generalversammlung mit dem Tagesordnungspunkt „Entscheidung über die Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung“ einzuberufen bzw ein schriftliches Beschlussverfahren in die Wege zu leiten. Nach der hier vertretenen Auffassung sprechen jedoch in bestimmten Konstellationen triftige Gründe gegen die Pflicht, *jedenfalls* die Gesellschafter damit zu befassen.

### A. Eilbedürftigkeit der Entscheidung

Wie bereits dargetan, kommt ein vollständiger Erlass der Kartellgeldbuße nur für das erste antragstellende Unternehmen in Betracht. Möglicherweise setzen sich auch andere Unternehmen mit der Antragstellung auseinander. Dies führt nicht selten zu einem „Windhundrennen“ zwischen den Kartellanten.<sup>33</sup> Mit der Einberufung einer Generalversammlung würde wertvolle Zeit verstreichen, die am Ende über Erfolg oder Misserfolg eines Kronzeugeantrags entscheiden kann.<sup>34</sup> Nach § 38 Abs 1 S 2 GmbHG muss zwischen dem Tage der Verlautbarung bzw der Auf-

25 Im Zuge der nachstehenden Darstellung der nationalen Kronzeugenregelung ist mit Unternehmen auch die Unternehmensvereinigung gemeint.

26 Handbuch der Bundeswettbewerbsbehörde zur Anwendung des § 11b Abs 1 bis 4 WettbG (Kronzeugenregelung) (2017) 14.

27 Handbuch Kronzeugenregelung 15.

28 Handbuch Kronzeugenregelung 12.

29 OGH 14.11.1996, 2 Ob 2146/96v, SZ 69/254; 23.5.2007, 3 Ob 59/07h, SZ 2007/81 (Pkt 4.3); 18.3.2016, 9 ObA 58/15t, GES 2016, 410 (Pkt 2.2.2); Koppensteiner, Zum Gewinnabführungsvertrag der GmbH, RdW 1985, 170; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> (2007) § 20 Rz 4; N. Arnold/Pampel in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup>

(2018) § 20 Rz 12; Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 35 Rz 2; Rieder in FAH, GmbHG (2017) § 20 Rz 19 f.

30 OGH 18.3.2016, 9 ObA 58/15t, GES 2016, 410 (Pkt 2.2.2); Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 36 Rz 18 f.

31 N. Arnold/Pampel in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 20 Rz 12; Rieder in FAH, GmbHG § 20 Rz 19.

32 N. Arnold/Pampel in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 20 Rz 12 mwN.

33 Zebetner, Whistleblowing im Wettbewerbsrecht, in Gruber/N. Raschauer, Whistleblowing (2015) 49 (54).

34 Auf dieses Problem allgemein hinweisend Frenzel, ecolex 2017, 525 (526).

gabe der Postsendung und dem Versammlungstag mindestens ein Zeitraum von sieben Tagen liegen. Ein Verzicht auf die Frist ist grds möglich.<sup>35</sup> Ohne diesen ist die Einberufungsfrist auch bei Gefahr im Verzug einzuhalten.<sup>36</sup> Die Gesellschafter können zwar auch außerhalb der Generalversammlung Beschlüsse fassen. Dies setzt gem § 34 Abs 1 HS 2 GmbHG allerdings voraus, dass sämtliche Gesellschafter mit dem Beschluss einverstanden sind oder zumindest die Schriftlichkeit des Abstimmungsverfahrens genehmigen.<sup>37</sup> Zu bedenken ist aber auch die beschlussmängelrechtliche Dimension. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die Willensbildung über die Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung mangelhaft erfolgt. Möglicherweise ist der Beschluss nichtig oder anfechtbar. Nach § 41 Abs 4 GmbHG ist die Anfechtungsklage innerhalb eines Monats ab Absendung der Beschlusskopie zu erheben.<sup>38</sup> Bei noch anfechtbaren Beschlüssen hat der Geschäftsleiter die Vorteile einer unverzüglichen Beschlussausführung mit der Wahrscheinlichkeit einer erfolgreichen Anfechtungsklage abzuwegen.<sup>39</sup> Demgegenüber darf der Geschäftsleiter einen nützlichen Beschluss nicht befolgen.<sup>40</sup> Gleichwohl erweist sich die Abgrenzung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit als schwierig.<sup>41</sup> Diese Überlegungen verdeutlichen, dass die Einbindung der Gesellschafter zu einem entscheidenden Zeitverlust gegenüber anderen Kartellbeteiligten führen kann.

Im Unterschied dazu spielt der Faktor Zeit eine wesentlich geringere Rolle, wenn die Kartellteilnahme bereits seit langem beendet wurde und auch keine Anhaltspunkte bekannt sind, dass sich auch ein anderes Unternehmen damit auseinandersetzt, einen Kronzeugeantrag zu stellen.

## B. Diskretionsproblem

Aus dem Blickwinkel der Gesellschaft gesehen, können auch Diskretionserfordernisse dagegen sprechen, die Gesellschafterebene *jedenfalls* mit dem Thema zu befassen. Nach der in Rn 12 lit a) Spiegelstr 5 der Mitteilung<sup>42</sup> festgelegten Kooperationsbedingung darf das Unternehmen, sofern nichts anderes vereinbart wurde, so lange nichts über die Stellung und den Inhalt des Kronzeugeantrags

offenlegen, bis die Kommission die Beschwerdepunkte in der Sache mitgeteilt hat.<sup>43</sup> IdS hat auch die BWB verlautbart, dass ein antragstellendes Unternehmen die Zusammenarbeit mit der BWB geheim zu halten hat, bis die BWB es von dieser Verpflichtung entbindet.<sup>44</sup> Somit besteht zumindest bei Publikumsgesellschaften oder Gesellschaftern, die möglicherweise sogar an einem Mitkartellanten beteiligt sind, die latente Gefahr, dass gesellschaftsinterne Indiskretionen den Erfolg des Kronzeugeantrags gefährden. Die Überlegungen haben gezeigt, dass unter Umständen die besondere Eilbedürftigkeit der Entscheidung bzw das Risiko von gesellschaftsinternen Indiskretionen dagegensprechen, die Gesellschafterebene *stets* zu befassen. Zu klären bleibt, wie eine Einschränkung methodisch zu bewerkstelligen ist.

## C. Einschränkung der Zustimmungspflicht – Interessenabwägung

Die das Zusammenspiel zwischen Geschäftsführung und Generalversammlung regelnden Bestimmungen gehen auf die Urfassung des GmbHG zurück.<sup>45</sup> Namentlich *Frenzel*<sup>46</sup> hat darauf hingewiesen, dass sie aus einer Zeit stammen, die durch ein im Verhältnis zu heute eher gemächliches Wirtschaftsleben gekennzeichnet war. Die Auffassung, dass bei außergewöhnlichen Maßnahmen die Zustimmung der Gesellschafter einzuholen ist, hat sich erst in den 1970er Jahren im Anschluss an deutsche Vorarbeiten durchgesetzt.<sup>47</sup> Die kartellrechtliche Kronzeugenregelung ist eine noch jüngere Entdeckung.<sup>48</sup> Diese Entwicklungen, die nicht selten ein besonders rasches und diskretes Handeln erfordern, konnten die Gesetzesverfasser nicht voraussehen. Auch wenn der Gesetzgeber diese Entwicklungen nicht geahnt hat, lässt sich dieses Problem auf Grundlage der *lex lata* lösen.

Den zentralen Hinweis liefert § 36 Abs 2 GmbHG, wonach die Generalversammlung einzuberufen ist, wenn es das Interesse der Gesellschaft erfordert. In einer rezenten Entscheidung hat der OGH<sup>49</sup> konsequent aus der Einberufungspflicht im Interesse der Gesellschaft auch die Zuständigkeit des Gesellschaftsorgans Generalversammlung

35 *Aburumieb/Gruber* in FAH, GmbHG § 38 Rz 9; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 38 Rz 6.

36 *Aburumieb/Gruber* in FAH, GmbHG § 38 Rz 9.

37 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 34 Rz 20.

38 Nach zutreffender Auffassung gilt die Frist des § 41 Abs 4 GmbHG hingegen nicht für nützige Beschlüsse. Vgl *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> §§ 41, 42 Rz 101.

39 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 20 Rz 9; *Linder* in FAH, GmbHG § 41 Rz 123.

40 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 20 Rz 9 mwN.

41 *Artmann*, Offene Fragen der gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsklage, GES 2007, 3 (5).

42 ABI 2006 C 298/17.

43 Dieses Problem hat namentlich *Dreher*, Kartellrechtliche Kronzeugenprogramme und Gesellschaftsrecht, ZWeR 2009, 397 (414) betreffend die Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats nach § 111 Abs 4 dAktG angedeutet.

44 Handbuch Kronzeugenregelung 11.

45 *Frenzel*, ecolex 2017, 525 (526).

46 ecolex 2017, 525 (526).

47 *Paul Doralt*, Die Gesellschaft in der Verfassung der GmbH, WiPolBl Beilage 1974, 18 (19); *Peter Doralt* in *Kastner/Stoll*, Die GmbH & Co KG im Handels-, Gewerbe- und Steuerrecht<sup>2</sup> (1977) 235 (273).

48 Vgl II.1.A.

49 18.3.2016, 9 ObA 58/15t, GES 2016, 410 (Pkt 2.2.2).

abgeleitet, über außergewöhnliche Maßnahmen zu beschließen. Es ist somit eine Aufgabe der Geschäftsführung zu beurteilen, ob das Gesellschaftsinteresse berührt sein könnte.

Nach *Koppensteiner*<sup>50</sup> werde der Aktionsspielraum des GmbH-Geschäftsführers nicht durch ein mehr oder weniger abstraktes Gesellschaftsinteresse umschrieben, sondern dadurch, wie die Gesellschafter dieses Interesse definieren. Deshalb seien die Gesellschafter vor sog außergewöhnlichen Maßnahmen zu konsultieren. Auch nach der hier vertretenen Auffassung ist es grundsätzlich eine Angelegenheit der Gesellschafter, das Gesellschaftsinteresse zu konkretisieren.

Dieser Ausgangspunkt liefert dem Geschäftsführer aber in jenen Fällen keine zuverlässige Orientierungshilfe, wo eine Befassung der Gesellschafter ganz offensichtlich dem Gesellschaftsinteresse zuwiderlaufen würde. Deshalb sollte bei der Prüfung, ob die Gesellschafter einzubinden sind, nicht allein die Wichtigkeit der Maßnahme, sondern auch das (hypothetische) Interesse der Gesellschaft zu berücksichtigen sein.<sup>51</sup> Regelmäßig wird man bei außergewöhnlichen Maßnahmen zu dem Ergebnis kommen, dass es auch im Interesse der Gesellschaft gelegen ist, das Problem an die Gesellschafter heranzutragen. Ein dahingehender Automatismus ist aber abzulehnen. Bei der Frage, ob die Kronzeugenregelung in Anspruch zu nehmen ist, handelt es sich zweifellos um einen ungewöhnlichen Vorgang.

Der Einwand, die Gesellschafter seien stets einzubinden, weil diese auch unzweckmäßige Weisungen erteilen könnten, verfehlt das Thema.<sup>52</sup> Es trifft zwar zu, dass die Gesellschafter dem Geschäftsführer die Weisung erteilen könnten, die Kronzeugenregelung nicht zu nutzen. Hier geht es aber nicht um die Frage, ob eine Entscheidung umzusetzen ist, sondern – vorausgesetzt es liegt ein Fall besonderer Eilbedürftigkeit vor – darum, dass mit einer Entscheidung der Generalversammlung in der gebotenen Kürze nicht zu rechnen ist.

Das Ergebnis deckt sich auch mit allgemein-zivilrechtlichen Wertungen. § 1036 ABGB regelt die Geschäftsführung ohne Auftrag im Notfall.<sup>53</sup> GoA im Notfall liegt vor,

wenn ein Schaden droht, den der Geschäftsführer beabsichtigt zu verhindern und es nicht möglich ist, die vorherige Zustimmung des Geschäftsherrn einzuholen.<sup>54</sup> Be treffend die Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung sind sämtliche Voraussetzungen einer GoA im Notfall erfüllt, wenn besonders rasches Handeln notwendig ist, weil etwa bekannt wird, dass sich auch andere Unternehmen mit einer Antragstellung befassen. Der Geschäftsführer besorgt ein fremdes Geschäft, weil er für die GmbH im Rechtsverkehr tätig wird. Durch die Aufdeckung des Kartells drohen der Gesellschaft erhebliche Schäden in Form von Kartellgeldbußen etc, die einen Eingriff in die Dispositionsfreiheit rechtfertigen.<sup>55</sup> Dies ist aus der Sicht eines objektiven und redlichen Geschäftsführers zum Zeitpunkt der Geschäftsführung zu beurteilen.<sup>56</sup> Geht es in concreto darum, als erstes einen Kronzeugenantrag zu stellen, kann auch die Zustimmung des Geschäftsherren nicht rechtzeitig eingeholt werden.<sup>57</sup> Auch die Diskretionsinteressen der Gesellschaft können im Einzelfall dagegensprechen, die Gesellschafterebene zu konsultieren. Richtig ist zunächst, dass die Gesellschafter aufgrund der Treubindung verpflichtet sind, Gesellschaftsinterna für sich zu behalten.<sup>58</sup> Es sind aber auch Konstellationen denkbar, in denen Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft in einem Ausmaß gefährdet sind, welche nach der hier vertretenen Auffassung eine Abkehr von der jederzeitigen Einberufungspflicht rechtfertigen. Ein anschauliches Beispiel bilden, wie bereits angedeutet, Publikumsgesellschaften. Die Gefahr von Indiskretionen ist offensichtlich, wenn eine Vielzahl von Gesellschaftern mit dem Thema konfrontiert wird. Zu denken ist aber auch an Gesellschafter, die an einem anderen Unternehmen, möglicherweise sogar einem Kartellanten, beteiligt sind. Die Vermutung, dass nach Kenntnisserlangung weitere Kartellbeteiligte informiert werden, liegt nicht fern. Zwar stünden der Gesellschaft in diesem Fall Schadenersatzansprüche gegen den indiskreten Gesellschafter zu. Aufgedeckte Kartellverstöße können zu erheblichen Schäden führen, die regelmäßig die finanzielle Leistungsfähigkeit von Gesellschaftern übersteigen.

50 RdW 1985, 170.

51 Namentlich *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung<sup>2</sup> (1986) 124 weist im Zusammenhang mit der Frage darauf hin, ob eine Generalversammlung einzuberufen ist. Die nachstehenden Überlegungen gehen indes auf das Problem ein, ob die Zustimmung Gesellschafter sowohl innerhalb als auch außerhalb der Generalversammlung notwendig ist.

52 So aber *Schima*, Der GmbH-Geschäftsführer und der Wille des Mehrheitsgesellschafters (I), GesRZ 1999, 100 (108 m FN 48a).

53 Ebenfalls auf die GoA im Notfall bezugnehmend *Frenzel*, ecolex 2017, 525 (529 f); s auch *Schima*, GesRZ 1999, 100 (109), der bei Gefahr im Verzug zumindest eine informelle Zustimmung der Gesellschafter verlangt.

54 *Koziol/Spitzer* in KBB, ABGB<sup>5</sup> (2017) § 1036 Rz 1.

55 Allgemein zu dieser Voraussetzung *Koziol/Spitzer* in KBB, ABGB<sup>5</sup> § 1036 Rz 1.

56 *Koziol/Spitzer* in KBB, ABGB<sup>5</sup> § 1036 Rz 3; *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,02</sup> (Stand 1.3.2019, rdb.at) § 1036 Rz 1.

57 Allgemein dazu *Koziol/Spitzer* in KBB, ABGB<sup>5</sup> § 1036 Rz 3.

58 *Winkler/Gruber* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 61 Rz 37. Mittlerweile lässt sich eine Verschwiegenheitsverpflichtung wohl auch aus §§ 1186 Abs 1 iVm 1175 Abs 4 ABGB ableiten, wonach ein Gesellschafter alles zu unterlassen hat, was den Gesellschaftsinteressen schadet.

Nicht zuletzt ist erneut in Erinnerung zu rufen: Die Nichtbefassung der Generalversammlung bleibt die begründungsbedürftige Ausnahme. Gleichwohl kann in Ausnahmesituationen das Interesse der Gesellschaft dagegensprechen, die Gesellschafter zu befassen. Die Geschäftsführung kann im Rahmen einer Interessenabwägung zu dem Ergebnis kommen, dass die Einberufung der Generalversammlung nicht im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist. Dabei hat der Geschäftsführer im Rahmen eines beweglichen Systems die Eilbedürftigkeit der Entscheidung und etwaige diskretionelle Gesichtspunkte mit dem Interesse der Gesellschafter an der Festlegung des Gesellschafterwillens abzuwägen. Die Entscheidung eilt umso mehr, wenn sich herausstellt, dass sich auch andere Unternehmen damit beschäftigen, einen Kronzeugeantrag zu stellen, weil diese etwa die Kartellteilnahme plötzlich beenden. Wurde die Mitwirkung am Kartell hingegen schon vor längerer Zeit eingestellt, und sind auch sonst keine Anhaltspunkte ersichtlich, die ein besonders rasches Handeln erfordern, ist die Entscheidung weniger eilbedürftig.

Im Zusammenhang mit dem Geheimhaltungsinteresse ist die Gesellschafterstruktur zu berücksichtigen. Sind Gesellschafter auch an anderen Unternehmen, möglicherweise sogar Kartellgeschädigten oder Mitkartellanten, beteiligt, so spricht dies gegen eine Pflicht zur Einberufung einer Generalversammlung.

Jedenfalls dann, wenn die Gefahr von Indiskreptionen besonders groß und die Angelegenheit überaus eilbedürftig ist, ist von einer Einberufungspflicht abzusehen. Aber auch dann, wenn keine besondere Eilbedürftigkeit besteht, die Gefahr von Indiskreptionen besonders groß, oder vice versa ist, erscheint die Nichtbefassung der Gesellschafter zulässig.

## 2. Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung und Aufsichtsrat

Die Frage der Einbindung betreffend die Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung stellt sich aber nicht nur für die Generalversammlung, sondern auch für einen bei der

GmbH allenfalls bestehenden Aufsichtsrat.<sup>59</sup> Bei der Aktiengesellschaft ist dieser zwingend vorgesehen. Die folgenden Überlegungen gelten deshalb gleichermaßen für die GmbH und AG.

### A. Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats

Die §§ 30j Abs 5 GmbHG, 95 Abs 5 AktG enthalten Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats. Nach diesen Bestimmungen dürfen<sup>60</sup> bestimmte Maßnahmen nur nach Billigung durch den Aufsichtsrat vorgenommen werden. Die Durchsicht der in §§ 30j Abs 5 Z 1–11 GmbHG, 95 Abs 5 Z 1–14 AktG normierten bewilligungspflichtigen Geschäfte zeigt, dass die Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung unter keinen der dort geregelten Tatbestände fällt. Nach §§ 30j Abs 5 Z 11 LS GmbHG, 95 Abs 5 Z 14 LS AktG können durch die Satzung bzw den Aufsichtsrat weitere zustimmungspflichtige Maßnahmen festgelegt werden. Im Anschluss an Dreher<sup>61</sup> ist von diesem Vorhaben im Zusammenhang mit *leniency*-Anträgen abzusehen. Die bereits im Zusammenhang mit der Generalversammlung ventilerten Bedenken begegnen erneut. Dagegen spricht, zumindest wenn es darum geht, als erstes Unternehmen einen Kronzeugeantrag zu stellen, ebenfalls die Eilbedürftigkeit der Entscheidung.<sup>62</sup> Die Einholung der Zustimmung setzt einen Aufsichtsratsbeschluss voraus.<sup>63</sup> Auch dieser kann mit Mängeln behaftet sein.<sup>64</sup> Außerdem sind auch hier Diskretionsgesichtspunkte zu berücksichtigen.<sup>65</sup> Bei einer Vorbefassung des Aufsichtsrats bestünde unter Umständen die Gefahr, dass durch etwaige Verletzungen der Geheimhaltungspflicht die Erfolgsschancen des Kronzeugeantrags gemindert werden.<sup>66</sup> Nicht zuletzt erhöhen Hilfspersonen von Aufsichtsratsmitgliedern oder Mitarbeiter des Unternehmens das Risiko von Verletzungen der Verschwiegenheitspflicht.<sup>67</sup> Von der Pflicht zur Zustimmung des Aufsichtsrats sind sog Berichtspflichten an den Aufsichtsrat bzw den Aufsichtsratsvorsitzenden zu unterscheiden. In diesem Zusammenhang erhebt sich die Frage, ob und inwieweit der Aufsichtsrat bzw einzelne Mitglieder über einen möglichen Kronzeugeantrag zu informieren sind.

59 Vgl § 29 Abs 1 u Abs 6 GmbHG.

60 Das „sollen“ in §§ 30j Abs 5 GmbHG, 95 Abs 5 AktG ist nach hA als „dürfen“ zu lesen. Vgl A. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 30j Rz 51 mwN; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 95 Rz 94; krit dazu jüngst Assadi/Ettmayer, Zum Verhältnis zwischen Aufsichtsrat und Generalversammlung, RWZ 2017, 373 (374). Diese Ansicht überzeugt nicht. Vgl nur das stenographische Protokoll zum GesRÄG 1982 (123. Sitzung NR IV. GP 66): „Die Formulierung „soll“ bedeutet dabei folgendes: Es besteht eine Verpflichtung nach innen, aber keine Rechtsnichtigkeit nach außen, sollte beispielsweise die Zustimmung des Aufsichtsrates nachträglich eingeholt werden.“

61 ZWeR 2009, 397 (414) betreffend § 111 Abs 4 dAktG.

62 Dreher, ZWeR 2009, 397 (414).

63 Dreher, ZWeR 2009, 397 (414).

64 Das Beschlussmängelrecht der Verwaltungsorgane ist heftig umstritten. S dazu Koppensteiner, Rechtswidrige Stimmabgabe, Beschlussmängel und positive Beschlussfeststellung, GesRZ 2019, 132 (135).

65 Vgl dazu bereits Frotz/Dellinger/Stockenhuber, Das neugierige Aufsichtsratsmitglied, GesRZ 1993, 181 (186): „Indiskreptionen aus Aufsichtsratskreisen sind auch in Österreich keine Rarität – Beispiele dürfen als bekannt vorausgesetzt werden.“

66 Dreher, ZWeR 2009, 397 (414).

67 Dreher, ZWeR 2009, 397 (414).

## B. Berichtspflicht an den Gesamtaufsichtsrat

Die zentrale Aufgabe des Aufsichtsrats besteht gem §§ 30j Abs 1 GmbHG, 95 Abs 1 AktG in der Überwachung der Geschäftsführung. Um seiner Überwachungstätigkeit nachkommen zu können, muss der Aufsichtsrat hinreichend über die Angelegenheiten der Gesellschaft im Bilde sein. Neben Informationsrechten sehen die §§ 28a Abs 1 GmbHG, 81 Abs 1 AktG Berichtspflichten an den Aufsichtsrat bzw den Aufsichtsratsvorsitzenden vor. Über Umstände, die für die Rentabilität und Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sind, ist dem Gesamtaufsichtsrat unverzüglich zu berichten.<sup>68</sup> Auf den ersten Blick könnte man auch die Frage der Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung als für die Rentabilität und Liquidität erheblichen Umstand ansehen. Soweit ersichtlich, wurde das Problem für Ö noch nicht diskutiert. Jene wenigen deutschen Stellungnahmen<sup>69</sup>, die sich damit auseinandersetzen, lehnen dies betreffend die Parallelbestimmung des § 90 Abs 1 S 1 Z 4 dAktG ab. Dabei beziehen sich diese übereinstimmend darauf, dass die Bestimmung ein „Geschäft“ voraussetze. Informationen über einen Kronzeugeantrag seien aber kein „Geschäft“ iSd § 90 Abs 1 S 1 Z 4 dAktG. In diesem Zusammenhang sei „Geschäft“ eng auszulegen.<sup>70</sup>

Im Unterschied zu D setzen die die Sonderberichterstattung betreffenden österreichischen Regelungen der §§ 28a Abs 1 GmbHG, 95 Abs 1 AktG nicht ein „Geschäft“ von erheblicher Bedeutung für die Rentabilität und Liquidität der Gesellschaft, sondern einen solchen „Umstand“ voraus. Nach Zollner<sup>71</sup> hätte der Gesetzgeber bewusst den weiten Begriff „Umstand“ verwendet, um möglichst alle relevanten Vorgänge zu erfassen. Auch in den Materialien findet sich der Hinweis, dass die Berichtspflichten erweitert werden sollen.<sup>72</sup> Zudem legt der insolvenzrechtliche Kontext dieser Reform die Vermutung nahe, dass der Begriff „Umstand“ weit auszulegen ist. Mithin ist festzuhalten, dass auch die Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung ein „Umstand“ iSd Gesetzes ist.

Die Berichtspflicht wird aber nur durch jene Umstände ausgelöst, die von erheblicher Bedeutung für die Rentabili-

bilität und Liquidität der Gesellschaft sind. Auch in dieser Hinsicht unterscheidet sich die österreichische von der deutschen Regelung. Der Text des § 90 Abs 1 Z 4 dAktG setzt lediglich voraus, dass das Geschäft von erheblicher Bedeutung für die Rentabilität und Liquidität *sein kann*.<sup>73</sup> Nach dem Wortlaut ist eine unmittelbare Auswirkung auf die Rentabilität und Liquidität gerade nicht erforderlich. Wiederum stellt sich die Frage, ob der österreichische Gesetzgeber mit dieser Differenzierung abweichen-des anordnen wollte.

Der Zweck dieser Abweichung besteht wohl darin, die Abgrenzung zu den eine Berichtspflicht an den Aufsichtsratsvorsitzenden auslösenden „sonstigen wichtigen Anlässen“ zu erleichtern.<sup>74</sup> Diese erfolgt in D vor allem, indem auf den engeren Begriff „Geschäft“ abgestellt wird. Jene Maßnahmen, die nicht ein „Geschäft“ iSd der Regelung sind, können immer noch eine Berichtspflicht aus wichtigem Anlass auslösen. Da aber die österreichischen Bestimmungen den weiteren Terminus „Umstand“ verwenden, ist insoweit eine Abgrenzung zu den „sonstigen wichtigen Anlässen“ kaum möglich. Diese ist aber wegen des unterschiedlichen Adressatenkreises notwendig.<sup>75</sup>

Daher ist für Ö vorauszusetzen, dass die Umstände bereits aktuelle Auswirkungen auf die Lage des Unternehmens haben müssen.<sup>76</sup> Die bloße Möglichkeit einer erheblichen Bedeutung reicht nicht aus. Die gegenteilige Sichtweise würde der Berichtspflicht an den Aufsichtsratsvorsitzenden aus wichtigem Grund jeglichen Anwendungsbereich entziehen. Da sich die Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung noch nicht unmittelbar erheblich auf die Liquidität und Rentabilität des Unternehmens auswirkt, hat ein Sonderbericht an den Gesamtaufsichtsrat nicht zu erfolgen.<sup>77</sup> Die Verneinung einer Berichtspflicht an den Gesamtaufsichtsrat bedeutet auch nicht, dass die Angelegenheit im Verbogenen bleibt.

## C. Berichtspflicht an den Aufsichtsratsvorsitzenden

Neben der soeben skizzierten Berichtspflicht an den Gesamtaufsichtsrat sieht das Gesetz in den §§ 28a Abs 1 S 3 Alt 1 GmbHG, 81 Abs 1 S 3 Alt 1 AktG eine Pflicht zur

68 Vgl §§ 28a Abs 1 S 3 Alt 2 GmbHG, 81 Abs 1 S 3 Alt 2 AktG.

69 Dreher, ZWeR 2009, 397 (411 f); idS jedoch ohne Bezugnahme auf Dreher: Altemeier, Verantwortlichkeit 53 f.

70 Altemeier, Verantwortlichkeit 53 f.

71 In Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2012) Rz 22/32.

72 ErläutRV 734 BlgNR 20. GP 64.

73 Zollner in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 22/33.

74 Vgl §§ 28a Abs 1 S 3 Alt 1 GmbHG, 81 Abs 1 S 3 Alt 1 AktG.

75 Edelmann in WK GmbHG, § 28a Rz 12; Rieder in FAH, GmbHG § 28a Rz 10.

76 Kalss in MüKo, AktG II<sup>5</sup> (2019) § 90 Rz 76, nach der die Umstände unmittelbar auf die Erfolgsaussichten bzw Finanzgebarung des Unternehmens durchschlagen müssen; anders wohl die hA Zollner in

Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 22/33; Edelmann in WK, GmbHG § 28a Rz 12/1, die eine hinreichende Wahrscheinlichkeit einer erheblichen Bedeutung für Liquidität und Rentabilität ausreichen lassen.

77 S auch Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> (2012) § 81 Rz 7, der der Einleitung eines Kartellverfahrens keinen unmittelbaren wesentlichen Einfluss auf die Liquidität und Rentabilität attestiert und deshalb lediglich eine Berichtspflicht an den Aufsichtsratsvorsitzenden annimmt; ähnlich auch Birkner in Kofler-Senoner, Compliance-Management für Unternehmen (2016) Rz 1269, der betont, dass bei internen Untersuchungen idR kein Sonderbericht wegen erheblicher Bedeutung für die Liquidität und Rentabilität erforderlich sein wird.

Sonderberichterstattung an den Aufsichtsratsvorsitzenden bei sonstigen wichtigen Anlässen vor. Nach der hM in D<sup>78</sup> ist auch die Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung ein solcher wichtiger Anlass. Für Ö wurde dies noch nicht ausdrücklich vertreten. Namentlich Nowotny<sup>79</sup> qualifiziert die Einleitung eines Kartellverfahrens als sonstigen wichtigen Grund. Mithin wird man auch die Frage der Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung als bedeutenden Anlass qualifizieren müssen.

Die weitere Vorgehensweise gestaltet sich wie folgt: Nachdem die Geschäftsleitung den Aufsichtsratsvorsitzenden über die Angelegenheit informiert hat, tritt dieser als Informationsvermittler auf.<sup>80</sup> Der Vorsitzende verfügt also nicht über ein Informationsmonopol, sondern lediglich über einen Informationsvorsprung.<sup>81</sup> Auch in diesem Fall muss er die Information an den Gesamtaufsichtsrat weiterleiten. Über die bloße Durchleitungsfunktion hinaus kommt dem Vorsitzenden aber ein Ermessen betreffend Zeitpunkt und Umfang der Übermittlung zu.<sup>82</sup> Nach Kalss<sup>83</sup> ist die temporäre Zurückhaltung bestimmter Informationen gegenüber dem Gesamtaufsichtsrat bei unternehmerischen Vorhaben zulässig, die eine unbedingte vertrauliche Behandlung erfordern.<sup>84</sup> Durch diese gestaffelte Weitergabe könnten die Diskretionserfordernisse der Gesellschaft gewahrt werden.<sup>85</sup> Demgegenüber rechtfertigen nach Dreher<sup>86</sup> nur konkrete Anhaltspunkte im Einzelfall eine Einschränkung des Informationsanspruchs. Dem ist zuzustimmen. Dabei hat der Aufsichtsratsvorsitzende, wie bereits im Zusammenhang mit Befassungspflichten der Generalversammlung skizziert, die Eilbedürftigkeit der Entscheidung und die Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft einerseits und das Informationsinteresse des Gesamtaufsichtsrats andererseits, gegeneinander abzuwagen.<sup>87</sup> Nach der gesetzlichen Ausgestaltung übt das Aufsichtsratsmitglied sein Amt als Nebentätigkeit aus. Eine vorläufige Zurückhaltung der Information wird man namentlich dann als zulässig erachten, wenn ein Mitglied etwa auch für einen Mitkartellanten oder potentiell Geschädigten tätig ist. Besondere Eilbedürftigkeit

liegt insb vor, wenn es darum geht, als erstes Unternehmen den Kronzeugestatus zuerkannt zu bekommen. Weiter ist strittig, wie lange die Information zurückgehalten werden darf. Obwohl eine mit § 90 Abs 5 S 3 dAktG vergleichbare Norm fehlt, ist auch nach der hM<sup>88</sup> in Ö die nächste Aufsichtsratssitzung der späteste Zeitpunkt, zu dem die übrigen Aufsichtsratsmitglieder zu verständigen sind. Eine noch weitergehende Sichtweise vertritt Kalss<sup>89</sup>, nach der in den Fällen zulässiger temporärer Geheimhaltung der Vorstand die Informationen *zumindest* bis zur nächsten Aufsichtsratssitzung zurückhalten darf. Dem ist zuzustimmen. Entgegen Strasser<sup>90</sup> lässt sich die Pflicht des Aufsichtsratsvorsitzenden, spätestens in der nächsten Sitzung zu berichten, auch nicht „*mit Sicherheit*“ aus der Stellung des Aufsichtsratsvorsitzenden und dessen Informationspflicht gegenüber anderen Aufsichtsratsmitgliedern ableiten. Fest steht lediglich, dass der Gesamtaufsichtsrat mit der Angelegenheit zu befassen ist. Die Rolle des Aufsichtsratsvorsitzenden als Informationsvermittler bringt es gerade mit sich, nach pflichtgemäßem Ermessen über den Zeitpunkt der Informationserteilung zu befinden. Gerade darin besteht der Unterschied zum Sonderbericht an den Gesamtaufsichtsrat bei Umständen, die erhebliche Auswirkungen auf die Liquidität und Rentabilität der Gesellschaft haben. Bei den sonstigen wichtigen Fällen ist nicht unverzüglich an den Gesamtaufsichtsrat, sondern lediglich an den Aufsichtsratsvorsitzenden zu berichten. Eine mit § 90 Abs 5 S 3 dAktG vergleichbare Regelung, die den Zeitpunkt der Berichtspflicht konkretisiert, gibt es in Ö gerade nicht. Deshalb wird der Aufsichtsratsvorsitzende in begründungsbedürftigen Ausnahmefällen auch über den Termin der nächsten Aufsichtsratssitzung hinaus zuwarten dürfen, um den Erfolg der Maßnahme nicht zu gefährden.

Sollte der Aufsichtsratsvorsitzende im Zuge der Interessenabwägung zu dem Ergebnis kommen, dass Gründe vorliegen, die einer sofortigen Befassung des Gesamtaufsichtsrats entgegen stehen, ist zu differenzieren: Ist vor der nächsten Aufsichtsratssitzung bereits eine behördli-

78 Dreher/Säcker, WuW 2009, 362 (368); Altemeier, Verantwortlichkeit 54 f.

79 In Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 81 Rz 7; idS auch Hochedlinger in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 28a Rz 15; Rieder in FAH, GmbHG § 28a Rz 11.

80 Drinhausen/Marsch-Barner, Die Rolle des Aufsichtsratsvorsitzenden in der börsennotierten Aktiengesellschaft, AG 2014, 337 (341); Reich-Rohrwig/C. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 81 Rz 51 mwN.

81 Endl/Zumbo, Der Aufsichtsratsvorsitzende, in FS Nowotny (2015) 285 (309).

82 Endl/Zumbo in FS Nowotny 285 (309); Reich-Rohrwig/C. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 81 Rz 51 mwN.

83 In Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 26/101.

84 AA Dreher, ZWeR 2009, 397 (412), der aufgrund der Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder nur bei konkreten Anhaltspunkten für einen Informationsmissbrauch eine Einschränkung der Pflicht zur Weitergabe zulässt.

85 Ähnlich bereits Altemeier, Verantwortlichkeit 55.

86 Dreher, ZWeR 2009, 397 (413).

87 Zollner in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 22/38 mwN; Reich-Rohrwig/C. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 81 Rz 52.

88 Zollner in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 22/38; Endl/Zumbo in FS Nowotny 285 (309); Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG I<sup>5</sup> (2011) §§ 77-84 Rz 8.

89 Kalss in MüKo, AktG<sup>5</sup> § 90 Rz 83.

90 In Jabornegg/Strasser, AktG I<sup>5</sup> § 77-84 Rz 8.

che Entscheidung in der Angelegenheit ergangen, so hat der Aufsichtsratsvorsitzende die anderen Aufsichtsratsmitglieder zu informieren, weil der Erfolg des Kronzeugenantrags nicht mehr gefährdet werden kann. Ist dies nicht der Fall, dann darf er den Ausgang des Kronzeugenverfahrens abwarten.

#### IV. Kartellrechtliche Kronzeugenregelung und Ad-hoc-Publizität

Die Inanspruchnahme der kartellrechtlichen Kronzeugenregelung löst nicht nur Befassungs- und Berichtspflichten im Innenverhältnis aus, sondern berührt mitunter auch das Außenverhältnis. Nach Art 17 Abs 1 MAR<sup>91</sup> hat ein Emittent der Öffentlichkeit Insiderinformationen, die diesen unmittelbar betreffen, unverzüglich zu veröffentlichen. Nach der hM<sup>92</sup> löst die Beantragung des Kronzeugenstatus aufgrund der damit verbundenen wirtschaftlichen Tragweite grundsätzlich die Pflicht zur Veröffentlichung der Insiderinformation aus. Wie bereits erwähnt, verpflichtet sich das antragstellende Unternehmen gegenüber den Kartellbehörden zur Geheimhaltung.

Das Spannungsverhältnis ist wiederum offensichtlich.<sup>93</sup> Die Ad-hoc-Publizität droht den Erfolg des Kronzeugenantrags zu gefährden. Art 17 Abs 4 MAR sieht jedoch die Möglichkeit vor, die Offenlegung der Insiderinformationen gegenüber der Öffentlichkeit aufzuschieben, wenn die unverzügliche Offenlegung geeignet wäre, die berechtigten Interessen des Emittenten oder Teilnehmers am Markt für Emissionszertifikate zu beeinträchtigen, die Aufschiebung nicht geeignet ist, die Öffentlichkeit irrezu führen und der Emittent die Geheimhaltung der Insiderinformation sicherstellen kann. Nach übereinstimmender Auffassung stellt die Stellung von Kronzeugenanträgen ein den Aufschub legitimierendes Interesse dar.<sup>94</sup> Im hier interessierenden Zusammenhang ist auch regelmäßig keine Irreführung der Öffentlichkeit zu befürchten.<sup>95</sup> Die Tatsache, dass durch die Aufschiebung ein Informationsungleichgewicht entsteht, schadet ebenso wenig, wie eine Stillhaltepolitik.<sup>96</sup> Nicht zuletzt hat der Emittent – zumindest insoweit harmonieren die kartellrechtliche Kronzeugenregelung und Kapitalmarktrecht – durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass die Insiderinformation geheim bleibt.

### Zusammenfassung

Die Stellung eines Kronzeugenantrags ist eine außergewöhnliche Maßnahme. Nach der hier vertretenen Auffassung ist ein dahingehender Automatismus abzulehnen, dass die Generalversammlung jedenfalls damit zu befassen ist. Vielmehr hat der Geschäftsleiter im Rahmen eines beweglichen Systems zu entscheiden, ob die besondere Eilbedürftigkeit der Angelegenheit bzw. die erhebliche Gefährdung von Diskretionsinteressen gegen die Einberufung der Generalversammlung sprechen. Die Angelegenheit ist namentlich dann besonders eilbedürftig, wenn es darum geht, als erstes Unternehmen einen Antrag zu stellen. Diskretionsinteres-

sen sind erheblich gefährdet, wenn etwa eine Publikumsgesellschaft betroffen oder der Gesellschafter auch an einem Mitkartellanten beteiligt ist.

Die Frage der Einbindung der Kronzeugenregelung stellt sich auch in Bezug auf den Aufsichtsrat. Die Untersuchung hat gezeigt, dass dadurch zwar keine Berichtspflicht an den Gesamtaufsichtsrat, sondern lediglich eine solche an den Aufsichtsratsvorsitzenden ausgelöst wird. Dieser hat jedoch kein Informationsmonopol, sondern tritt als Informationsvermittler auf. In Anlehnung an die zuvor im Zusammenhang mit der Generalversammlung ventilierten Kriterien, hat er nach pflichtgemäß-

<sup>91</sup> Verordnung (EU) 596/2014 des Parlaments und des Rates v. 16.4.2014 über Marktmisbrauch (Marktmisbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission, ABI 2014 L 173 S 34.

<sup>92</sup> Dreher, Leniency-Anträge und Kapitalmarktrecht, WuW 2010, 731 (736); Steinrück, Das Interesse des Kapitalmarkts am Aufschub der Ad-hoc-Publizität (2018) 155; Assmann in Assmann/Schneider/Mülbert, Wertpapierhandelsrecht<sup>7</sup> (2019) Art 17 VO 596/2014 Rz 114; Mülbert/Sajnovits, WM 2017, 2041 (2043); zur fast deckungsgleichen Bestimmung des § 15 Abs 3 dWpHG bereits Dreher, WuW 2010, 731 (739).

<sup>93</sup> Ausführlich dazu Dreher, WuW 2010, 731 ff.

<sup>94</sup> Steinrück, Aufschub 156; Assmann in Assmann/Schneider/Mülbert, Wertpapierhandelsrecht<sup>7</sup> Art 17 VO 596/2014 Rz 114; Mülbert/Sajnovits, WM 2017, 2041 (2043); zur fast deckungsgleichen Bestimmung des § 15 Abs 3 dWpHG bereits Dreher, WuW 2010, 731 (739).

<sup>95</sup> Dreher, WuW 2010, 731 (741).

<sup>96</sup> Dreher, WuW 2010, 731 (741).

ßem Ermessen zu entscheiden, wann er die Information weiterleitet.

Neben Befassungs- und Berichtspflichten im Innenverhältnis kann eine mögliche Antragstellung bei börsennotierten Gesellschaften auch Publizitätspflichten im Außenverhältnis auslösen. Nach Art 17 Abs 1 MAR muss der Emittent der Öffentlichkeit Insiderinformationen, die diesen unmittelbar betreffen, unverzüglich veröffentlichen. Ein leniency-Antrag löst die Pflicht zur Ad-hoc-Publizität aus.

Die Veröffentlichung kann allerdings aufgeschoben werden, wenn die Aufschiebung im Interesse des Emittenten ist und die sonstigen Voraussetzungen des Art 17 Abs 3 MAR verwirklicht sind. Dies wird von der hM im Zusammenhang mit Kronzeugenanträgen mit Recht angenommen.

**Korrespondenz:**

Mag. Manuel Steiner,  
manuel.steiner@sbg.ac.at