

Dr. Ulrike Binder, RAin, und Dr. Jan Kraayvanger, RA

Regress der Kapitalgesellschaft bei der Geschäftsleitung für gegen das Unternehmen verhängte Geldbußen

Hohe Verbandsgeldbußen, die gegen Unternehmen nicht nur im Kartellrecht verhängt werden, werfen die Frage nach dem zivilrechtlichen Regress des Unternehmens bei den Geschäftsleitern auf. Es wird sehr kontrovers diskutiert, ob bzw. in welchem Umfang dieser Regress zulässig ist. Aufgrund der zum Teil exorbitant hohen Verbandsbußen hat diese Thematik für die Unternehmen hohe wirtschaftliche und für die Organe existenzielle Bedeutung. Die Entscheidung des LAG Düsseldorf vom 20.1.2015, die von einem vollständigen Ausschluss der Regressmöglichkeit ausgeht, wird nicht der Endpunkt dieser Diskussion sein. Denn auf der Basis des geltenden Schadensersatzrechts begegnet die Entscheidung erheblichen Bedenken.

I. Einführung

Seit den 1990er Jahren und zusätzlich beflügelt durch die Finanzkrise ist die Verfolgung von „*Unternehmenskriminalität*“¹ zunehmend in den Fokus der Ermittlungsbehörden gerückt. Nicht nur im Kartellrecht ist in den letzten Jahren eine Tendenz hin zu immer höheren Verbandsgeldbußen zu erkennen.² Gedeckt durch die höchstrichterliche Rechtsprechung³ werden heute gegen Unternehmen Bußgelder zum Teil im dreistelligen Millionenbereich festgesetzt. Diesem Trend einer zunehmend schärferen Sanktionierung von Unternehmen folgt auch die wieder aufgeflamnte Diskussion über die Einführung eines Verbandsstrafgesetzbuches.⁴

Einhergehend mit dieser Entwicklung stellt sich mit zunehmender Dringlichkeit die Frage, ob Unternehmen die gegen sie festgesetzten, mitunter exorbitant hohen Geldbußen als Schaden von ihren Leitungsorganen ersetzt verlangen können oder sogar müssen, soweit das mit dem Bußgeld geahndete Verhalten auf deren Pflichtenverstoß zurückzuführen ist.⁵ Das Interesse der Unternehmen hieran wächst, wenn eine D&O-Versicherung besteht.

Bisher ist höchstrichterlich nicht entschieden, ob oder in welchem Umfang dieser Regress möglich ist. Unlängst entschied das LAG Düsseldorf⁶ in einem Rechtsstreit eines Tochterunternehmens der *ThyssenKrupp AG* gegen einen ehemaligen Manager, dass die Haftung des Organvertreters im Innenverhältnis für das anlässlich des Schienenkartells gegen das Unternehmen verhängte Bußgeld von 103 Millionen Euro ausgeschlossen sei.⁷ Das vorinstanzliche Arbeitsgericht Essen⁸ hatte hingegen in einem *obiter dictum* angenommen, dass die Geldbuße grundsätzlich einen erstattungsfähigen Schaden darstellen könne. Jedoch müsse die Haftung des Managers auf die maximale Höhe einer gegen eine natürliche Person festsetzbaren Kartellgeldbuße von 1 Million Euro beschränkt werden.⁹ Das LAG Düsseldorf hat die Revision zugelassen.¹⁰

Nachfolgend wird erstens ein Überblick über die Grundsätze der Bußgeldzumessung gegeben (unten II.). Sodann stellt der Beitrag die

Haftung von Geschäftsleitern und die Anspruchsdurchsetzung dar (unten III.). In einem weiteren Schritt wird die Frage behandelt, ob Bußgelder einen ersatzfähigen Schaden darstellen und wie dieser unter Beachtung der Grundsätze des Vorteilsausgleichs zu berechnen ist (unten IV.). Abschließend wird auf den Versicherungsschutz der Geschäftsleitung unter einer D&O-Versicherung eingegangen (unten V.).

II. Grundsätze der Bußgeldzumessung, insbesondere bei Kartellrechtsverstößen

1. Bußgelder nach deutschem Recht

Begeht ein Vorstandsmitglied oder ein Geschäftsführer in Vertretung des Unternehmens eine Ordnungswidrigkeit, so kann diese gegen das Organmitglied persönlich geahndet werden. Adressat des Bußgeldbescheids ist also primär das Organmitglied selbst. Kommt es für die Ordnungswidrigkeit auf besondere persönliche Merkmale an,¹¹ sind dem Vorstand bzw. Geschäftsführer die persönlichen Merkmale des durch ihn vertretenen Unternehmens zuzurechnen, § 9 Abs. 1 OWiG. Diese Vorschrift begründet im Zusammenspiel mit der Anknüpfungstat einen eigenständigen, sich unmittelbar an das Organ richtenden Tatbestand.¹² Erfolgt die Zuwiderhandlung unterhalb der Ebene der Geschäftsleitung, kommt eine Sanktionsmöglichkeit gegen den Vorstand bzw. Geschäftsführer nach §§ 9 Abs. 1, 130 OWiG wegen mangelhafter Überwachung des Geschäftsbetriebs in Betracht.

Darüber hinaus kann gemäß § 30 OWiG (auch) gegen das Unternehmen eine Geldbuße festgesetzt werden, wenn ihr vertretungsberech-

1 *Taschke*, NZWiSt 2012, 41.

2 Laut einer von der Europäischen Kommission veröffentlichten Aufstellung der zehn höchsten Kartellbußen seit 1969, stammt die älteste dieser Bußen aus dem Jahre 2001, die übrigen aus der Zeit ab 2007. Die drei höchsten Bußgelder wurden verhängt gegen Saint Gobain 2008 (715 000 000 Euro), Philips 2012 (705 296 000 Euro) und LG Electronics ebenfalls 2012 (687 537 000 Euro), abrufbar unter <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf> (29.4.2015). Für Deutschland findet sich eine Statistik zur Höhe der Kartellbußen in der Informationsbroschüre „Erfolgreiche Kartellverfolgung“ des Bundeskartellamts, S.10, abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Brosch%C3%BCren/Informationsbrosch%C3%BCre%20-%20Erfolgreiche%20Kartellverfolgung.pdf;jsessionid=D07E8BF64E9897EDED77645724431B1.1._cid362?__blob=publicationFile&v=9 (29.4.2015).

3 Einen Überblick über die historische Entwicklung bietet *Taschke*, NZWiSt 2012, 9 ff. und 2012, 41 ff.

4 Hierzu *Haubner*, DB 2014, 1358; *Schünemann*, ZIS 2014, 1; zur diesbezüglichen Planung des Bundesministers für Justiz und Verbraucherschutz siehe http://www.bmjv.de/SharedDocs/Reden/DE/2014/20141201_Verbandsverantwortlichkeit.html?nn=2708420 (29.4.2015).

5 Vgl. zur historischen Entwicklung *Spindler*, AG 2013, 889; *Horn*, ZIP 1997, 1129, 1136.

6 LAG Düsseldorf, 20.1.2015 – 16 Sa 459/14, BB 2015, 1018 m. BB-Komm. *Kollmann/Aufdermauer*.

7 Gegen die Erstattungsfähigkeit von Geldbußen auch die englische Entscheidung *Safe-way Stores Ltd. v. Twigger*, [2010] EWCA Civ 1472.

8 ArbG Essen, 19.12.2013 – 1 Ca 657/13, BB 2014, 1076.

9 ArbG Essen, 19.12.2013 – 1 Ca 657/13, BB 2014, 1076, juris, Rn. 140.

10 Die Revision ist beim BAG anhängig unter 8 AZR 189/15.

11 Beispielsweise das persönliche Merkmal der Arbeitgeberstellung.

12 *Schorn*, BB 2010, 1345, 1346.

tigtes Organ eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen hat. Dies gilt insbesondere auch für den Tatbestand der Aufsichtspflichtverletzung durch die Geschäftsleitung nach §§ 130, 9 Abs. 1 OWiG. Hierbei handelt es sich um eine betriebsbezogene Ordnungswidrigkeit, für welche die juristische Person nach § 30 OWiG sanktioniert werden kann.¹³

Die Höhe des Bußgelds richtet sich nach § 17 OWiG, soweit keine spezialgesetzlichen Regelungen eingreifen. Danach beträgt die Geldbuße gegen Individuen für vorsätzliches Verhalten zwischen 5 Euro und 1000 Euro. Fahrlässiges Handeln wird im Höchstmaß mit der Hälfte des angedrohten Höchstbetrags geahndet. Demgegenüber kann eine Verbandsgeldbuße nach § 30 Abs. 2 OWiG bis zu 10 Millionen Euro betragen.

§ 17 Abs. 4 OWiG regelt die Vorteilsabschöpfung. Die Geldbuße soll den durch die Tat erlangten wirtschaftlichen Vorteil übersteigen. Hierzu kann auch das soeben beschriebene gesetzliche Höchstmaß ggf. um ein Vielfaches überschritten werden. So setzte sich beispielsweise der 2007 gegen die *Siemens AG* in der Schmiergeldaffäre erlassene Bußgeldbescheid des LG München I aus einem Ahndungsteil von 1 Million Euro und einem Abschöpfungsteil von 200 Millionen Euro zusammen.¹⁴ Im Jahr 2008 erfolgte ein weiterer Bußgeldbescheid mit einem Ahndungsteil von 250 000 Euro und einem Abschöpfungsteil von 394,75 Millionen Euro.¹⁵

Kartellverstöße nach Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB begründen Ordnungswidrigkeiten nach § 81 Abs. 1 Nr. 1 bzw. § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB, welche vom Bundeskartellamt geahndet werden. Gemäß der zuvor beschriebenen Systematik der §§ 9, 30, 130 OWiG kann sich das Bußgeld sowohl gegen das Unternehmen als auch seine Geschäftsleiter richten. Während allerdings das Bußgeld gegen ein Mitglied der Geschäftsleitung maximal 1 Million Euro betragen kann (§ 81 Abs. 4 S. 1 GWB), kommt gegen das Unternehmen ein Bußgeld in maximaler Höhe von 10 % des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes in Betracht (§ 81 Abs. 4 S. 2 GWB). Gemäß § 81 Abs. 5 GWB wird die Regelung zur Vorteilsabschöpfung nach § 17 Abs. 4 OWiG dahingehend modifiziert, dass der Vorteil abgeschöpft werden „kann“ – nicht „soll“. Die Vorteilsabschöpfung wird also in das pflichtgemäße Ermessen der Kartellbehörde gestellt. Dieses Ermessen übt das Bundeskartellamt in der Praxis dergestalt aus, dass es keine Vorteilsabschöpfung nach § 81 GWB i.V.m. § 17 Abs. 4 OWiG vornimmt. Hierfür sprechen Praktikabilitätsgründe, weil die Ermittlung des tatsächlich erzielten wirtschaftlichen Vorteils mit hohem Aufwand und Unsicherheiten belastet ist.¹⁶ Daher wird im Bußgeldbescheid regelmäßig keine „Abschöpfungsbuße“ ausgewiesen. Stattdessen erlässt das Bundeskartellamt reine Ahndungsbußgelder,¹⁷ welche aber so hoch angesetzt sind, dass damit nach der allgemeinen Lebenserfahrung zugleich auch der durch die Kartellteilnahme erzielte wirtschaftliche Vorteil entzogen wird.¹⁸ Die Bußgeldbemessung des Bundeskartellamts wird in den „Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren“ vom 25.6.2013 konkretisiert.¹⁹ Hiernach wird zunächst der sogenannte „tatbezogene Umsatz“ im Inland für die Dauer des Kartellverstoßes ermittelt. Ausschlaggebend ist jeweils der konzernweite Umsatz mit Produkten oder Dienstleistungen, die mit der Zuwiderhandlung im Zusammenhang stehen. Davon ausgehend errechnet sich ein Grundbetrag von 10 % dieses tatbezogenen Umsatzes. Dieser Grundbetrag wird dann abhängig vom Gesamtumsatz angepasst, indem er mit einem Faktor von zwei bis sechs multipliziert wird, um dem sogenannten Gewinn- und Scha-

denpotential des Verstoßes Rechnung zu tragen. Der so ermittelte Wert bildet dann, sofern er unter der absoluten Obergrenze des § 81 Abs. 4 S. 1 GWB liegt, die individuelle Obergrenze für die weitere Bußgeldbemessung nach den Zumessungskriterien der §§ 81 Abs. 4 S. 6 GWB, 17 Abs. 3 OWiG.

2. Bußgelder nach europäischem Wettbewerbsrecht

Auf europäischer Ebene wird die Bildung eines nach Art. 101 AEUV verbotenen Kartells von der Europäischen Kommission gemäß Art. 23 Verordnung 1/2003²⁰ mit einer Geldbuße geahndet. Im Gegensatz zum deutschen Recht können Adressaten des Bußgeldbescheids nur Unternehmen bzw. Unternehmensvereinigungen sein, nicht jedoch Mitglieder der Geschäftsleitung. Wie auch im deutschen Recht, existiert im europäischen Wettbewerbsrecht eine absolute Obergrenze für Bußgelder. Diese beträgt 10 % des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes, Art. 23 Abs. 2 Verordnung 1/2003. Die Berechnung der individuellen Geldbuße ist ebenfalls durch Leitlinien weiter konkretisiert.²¹ Die Kommission bestimmt einen Grundbetrag, der bis zu 30 % des kartellrelevanten Umsatzes im letzten vollständigen Geschäftsjahr betragen kann, in dem das Unternehmen an der Zuwiderhandlung beteiligt war. Dieser Grundbetrag wird sodann mit der Anzahl der Jahre multipliziert, in denen der Adressat des Bußgeldes an dem Kartellverstoß beteiligt war und schließlich anhand einer Reihe erschwerender und mildernder Umstände individuell angepasst. Die Leitlinie sieht auch die Möglichkeit der Gewinnabschöpfung vor, „sofern die Gewinne geschätzt werden können.“²² Jedoch weist die Kommission den Abschöpfungsteil nicht aus, sondern erlässt – wie das Bundeskartellamt²³ – reine Ahndungsbußen.²⁴

III. Grundsätze der Haftung von Geschäftsleitern und Anspruchsdurchsetzung

1. Haftungssystem

Wird gegen eine Aktiengesellschaft eine Geldbuße verhängt, so kann das sanktionierte Verhalten gleichzeitig eine Pflichtverletzung des Vorstands oder sogar des Aufsichtsrats begründen. Hieraus können der Gesellschaft Schadensersatzansprüche gegen die Organmitglieder erwachsen. Denn Vorstandsmitglieder, die schuldhaft ihre Pflichten

13 Göhler, OWiG, 16. Aufl. 2012, § 30, Rn. 17.

14 FAZ, 8.10.2007, abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/recht-steuern/auch-unternehmen-koennen-bestaft-werden-siemens-akzeptiert-millionenbusse-1485778.html> (29.4.2015).

15 Fleischer, DB 2014, 345.

16 Vgl. Murach, GWR 2013, 353; Raum, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, 12. Aufl. 2014, § 81, Rn. 185.

17 Bach, in: FS Canenbley, 2012, S. 15, S. 22.

18 Die von der Kommission in Auftrag gegebene externe Studie „Quantifying antitrust damages“, 2009, S. 90, schätzt, dass ein Kartell im Durchschnitt zu einem 20 %igen Preisaufschlag führt, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf (Abruf: 29.4.2015).

19 Abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitlinien/Bekanntmachung%20-%20Bu%C3%9Fgeldleitlinien-Juni%202013.pdf?__blob=publicationFile&v=5 (Abruf: 29.4.2015).

20 VO (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln.

21 Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Art. 23 Abs. 2 Buchst. a) der VO (EG) Nr. 1/2003, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/finances_de.pdf (Abruf: 29.4.2015).

22 Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Art. 23 Abs. 2 Buchst. a) der VO (EG) Nr. 1/2003, a. a. O., Rn. 31.

23 S. Ziff. II. 1.

24 Zimmermann, WM 2008, 433, 434; Kienapfel, in: Schröter u. a., Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2014, Art. 23, Rn. 86; Dannecker/Biermann, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 224.

verletzen, sind der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet, § 93 Abs. 2 S. 1 AktG. Die Norm gilt nach § 116 S. 1 AktG sinngemäß auch für Aufsichtsratsmitglieder. Für Geschäftsführer einer GmbH ergibt sich eine entsprechende Haftung gegenüber der Gesellschaft aus § 43 Abs. 2 GmbHG. Die Organhaftung ist grundsätzlich eine Haftung im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft und von der Haftung der Gesellschaft gegenüber Dritten zu unterscheiden.²⁵

2. Legalitätspflicht

Vorstände und Geschäftsführer haben bei ihrer Tätigkeit die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden, § 93 Abs. 1 AktG bzw. § 43 Abs. 1 GmbHG. Hieraus folgt eine umfassende Legalitätspflicht der Geschäftsleiter. Sie müssen sämtliche Rechtsnormen einhalten, die das Unternehmen treffen. Hierzu gehören selbstverständlich auch die Normen des Kartell-, Ordnungswidrigkeiten- und Strafrechts.²⁶

Ein Gesetzesverstoß im Außenverhältnis (also z. B. ein Verstoß gegen kartellrechtliche Bestimmungen) indiziert nach h. M. einen Pflichtverstoß im Innenverhältnis.²⁷ Begeht also ein Vorstand eine Ordnungswidrigkeit wie etwa eine verbotene Kartellabrede, liegt hierin grundsätzlich ein Pflichtverstoß gegenüber der Gesellschaft.²⁸

Dies gilt auch für „nützliche“ Gesetzesverstöße, die im Interesse der Gesellschaft erfolgen und auch unter Einbeziehung des Entdeckungs- und Verfolgungsrisikos für die Gesellschaft lohnend erscheinen. Denn die Befolgung des Rechts hat Vorrang vor einem solcherart verstandenen Gesellschaftsinteresse.²⁹

a) Compliance-Verantwortung

Geschäftsleiter müssen sich nicht nur selbst an Recht und Gesetz halten, sondern durch geeignete organisatorische Maßnahmen auch dafür sorgen, dass Mitarbeiter des Unternehmens keine Rechtsverstöße begehen.³⁰ Im Rahmen der Legalitätspflicht muss der Vorstand bzw. Geschäftsführer dafür Sorge tragen, dass das Unternehmen so organisiert und beaufsichtigt wird, dass keine Gesetzesverstöße erfolgen.³¹ Der Geschäftsleiter muss bei entsprechender Gefährdungslage ein Compliance-System einrichten und fortlaufend kontrollieren. Dessen genaue Ausgestaltung richtet sich nach der Art und Größe des Unternehmens und der mit der Geschäftstätigkeit verbundenen Gefährdungslage.³² Das Handeln des Geschäftsleiters muss auf Schadensprävention und Risikokontrolle ausgerichtet sein.³³ Die Compliance-Aufgabe ist dem Gesamtvorstand zugewiesen. Eine horizontale Aufgabenteilung ist möglich, befreit die nicht für Compliance zuständigen Vorstände aber nicht von einer fortlaufenden Überwachungspflicht.³⁴ Bei vertikaler Aufgabendelegation ist eine ausreichende Kontrolle der entsprechenden Mitarbeiter erforderlich. Werden Gesetzesverstöße bekannt, muss die Effizienz des Compliance-Systems überprüft werden.³⁵

Eine Haftung von Vorstandsmitgliedern beispielsweise für Kartellverstöße kommt also auch dann in Betracht, wenn sie zwar nicht selbst an einer Kartellabrede beteiligt waren, eine solche jedoch durch ein unzureichendes Compliance-System ermöglicht haben.

b) Haftung bei unsicherer Rechtslage

Bei der Befolgung von Rechtspflichten findet die *Business Judgment Rule* aus § 93 Abs. 1 S. 2 AktG keine Anwendung. Denn es geht hier nicht um den Bereich des unternehmerischen Handelns.³⁶ Das bedeu-

tet, dass den handelnden Personen grundsätzlich kein Beurteilungs- oder Ermessensspielraum zukommt, sondern sie uneingeschränkt für rechtliche Fehleinschätzungen haften. In Anbetracht der Komplexität vieler Rechtsvorschriften gerade in regulierten Bereichen werden hierzu unter dem Stichwort der Haftung bei unsicherer Rechtslage Einschränkungen vertreten.³⁷ In diesem Zusammenhang ist es sinnvoll, zwischen der Haftung der Gesellschaft für Rechtsverstöße im Außenverhältnis und der Haftung der Geschäftsleiter im Innenverhältnis zur Gesellschaft zu unterscheiden.

Im Außenverhältnis gilt für das Unternehmen ein strenger Maßstab. Grundsätzlich trifft die Gesellschaft das Risiko der rechtlichen Fehleinschätzung.³⁸ Dies gilt nach der Rechtsprechung des EuGH gerade für den Fall von Kartellverstößen. Hiergegen kann sich ein Unternehmen nicht mit dem Argument verteidigen, es sei einem Irrtum unterlegen, der auf dem Inhalt eines Rechtsrats eines Anwalts beruhe.³⁹

Im Innenverhältnis ist zugunsten des Geschäftsleiters zu berücksichtigen, dass dieser eine Entscheidung in fremdem Interesse trifft und er nicht der Begünstigte ist, wenn sich seine Entscheidung für das Unternehmen als vorteilhaft erweist. Es erscheint deshalb unangemessen, dem Geschäftsleiter umgekehrt das volle Risiko der rechtlichen Fehleinschätzung aufzubürden.⁴⁰ Allerdings ist dies kein Freibrief der Geschäftsleitung für Fehler bei der Rechtsfindung. Vielmehr gelten die Sorgfaltsanforderungen an das einzuhaltende Verfahren aus der Rechtsprechung zur Entschuldbarkeit des Verbotsirrtums. Danach trifft Organmitglieder die Pflicht, sich unter umfassender Darstellung der Verhältnisse und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einem unabhängigen, für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten Berufsträger beraten zu lassen und den erteilten Rechtsrat einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle zu unterziehen. Ein Irrtum, der trotz solcher Erkundigung und Prüfung besteht, ist entschuldigt.⁴¹ Führt die derart durchgeführte Prüfung nicht zu einem Irrtum, sondern zu dem Ergebnis, dass die Rechtslage unklar ist, kann keine strengere Haftung bestehen. Vielmehr muss dem Geschäftsleiter dann ein Entscheidungsspielraum zustehen. In der Literatur wird zunehmend vertreten, dass in diesen Fällen eine *Legal Judgment Rule* zur Anwendung

25 Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 93, Rn. 307 f.; Spindler, in: MüKo/AktG, 4. Aufl. 2014, § 93, Rn. 74.

26 Wilsing, in: Krieger/Schneider, HdB Managerhaftung, 2. Aufl. 2010, § 27, Rn. 21.

27 Buck-Heeb, BB 2013, 2247, 2248; Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 93, Rn. 24 m. w. N.

28 Vgl. Twele, Die Haftung des Vorstands für Kartellverstöße, 2013, S. 111 ff.; Lotze, NZKart 2014, 162 f.; Fabisch, ZWeR 2013, 91, 97 f.; Zimmermann, WM 2008, 433, 435; Werner, CCZ 2010, 143.

29 Einhellige Meinung, vgl. Mertens/Cahn, in: KK AktG, 3. Aufl. 2010, § 93, Rn. 71; Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 93, Rn. 36.

30 Fleischer, NZG 2014, 321, 322; BGH, 15.1.2013 – II ZR 90/11, BB 2013, 513 Ls, NZG 2013, 293, Rn. 22.

31 LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10 (Siemens/Neubürger), CB 2014, 167, BB 2014, 850 Ls.

32 LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10 (Siemens/Neubürger), CB 2015, 167, BB 2014, 850 Ls.; zur dogmatischen Herleitung der Compliance-Pflicht vgl. Spindler, in: MüKo/AktG, 4. Aufl. 2014, § 91, Rn. 52.

33 LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10 (Siemens/Neubürger), CB 2015, 167, BB 2014, 850 Ls.

34 LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10 (Siemens/Neubürger), CB 2015, 167, BB 2014, 850 Ls, juris, Rn. 103; Fleischer, NZG 2014, 321, 323.

35 LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10 (Siemens/Neubürger), CB 2015, 167, BB 2014, 850 Ls, juris, Rn. 97.

36 Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 93, Rn. 67; Spindler, in: MüKo/AktG, 4. Aufl. 2014, § 93, Rn. 45; Grigoleit/Tomasic, in: Grigoleit, AktG, 2013, § 93, Rn. 31; Paefgen, AG 2014, 554, 557.

37 Vgl. zu den verschiedenen dogmatischen Begründungsansätzen Buck-Heeb, BB 2013, 2247, 2250 ff.

38 BGH, 15.1.2013 – II ZR 44/12, juris, Rn. 12.

39 EuGH, 18.6.2013 – C-681/11, Schenker, WRP 2013, 1019, EWS 2013, 294.

40 Vgl. Buck-Heeb, BB 2013, 2247, 2250.

41 BGH, 20.9.2009 – II ZR 234/09 (ISION), BB 2011, 2960, juris, Rn. 18.

kommt.⁴² Das bedeutet, dass der Geschäftsleiter die Chancen und Risiken abwägen muss, die sich unter Berücksichtigung verschiedener Rechtspositionen ergeben. Bei der Abwägung muss der Geschäftsleiter die Interessen des Unternehmens im Blick haben. Welche Anforderungen im Einzelnen an die Abwägung zu stellen sind, ist ungeklärt. Teilweise wird vertreten, der Geschäftsleiter dürfe oder müsse die Lösung wählen, die für die Gesellschaft am günstigsten sei (sog. Vertretbarkeitsthese).⁴³ Nach der „Optimierungsthese“ muss sich der Geschäftsleiter hingegen, jedenfalls soweit aufsichtsrechtliche Regelungen betroffen sind, um die Ermittlung der am besten vertretbaren Rechtsmeinung bemühen. Der Geschäftsleiter müsse alle Anstrengungen unternehmen, um das gesetzgeberisch formulierte Aufsichtsprinzip möglichst optimal zu verwirklichen.⁴⁴ Andere stellen darauf ab, ob eine überwiegende Meinung festgestellt werden kann, ob Verwaltungsvorschriften existieren oder es zumutbar ist, zuzuwarten.⁴⁵

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass bei komplexen Sachverhalten und unklarer Rechtslage dem Geschäftsleiter die Verteidigung möglich ist, er habe sich nach umfassender Erkundigung und Abwägung für eine vertretbare Meinung entschieden. Dies schließt die Pflichtwidrigkeit seines Handelns,⁴⁶ jedenfalls aber das Verschulden aus.⁴⁷ Dem Geschäftsleiter verbleibt also eine Verteidigungsmöglichkeit, die dem Unternehmen selbst im Kartellverfahren nach der Rechtsprechung des EuGH nicht zukommt.

3. Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen

Für das Haftungsrisiko eines Organs ist nicht nur die materielle Sorgfaltspflicht relevant, sondern auch die Frage, von wem und unter welchen Voraussetzungen die Haftung geltend gemacht wird. Hier unterscheiden sich Aktiengesellschaft und GmbH erheblich.

a) Aktiengesellschaft

aa) Kompetenz und Pflichten des Aufsichtsrats

Bei der Aktiengesellschaft ist der Aufsichtsrat zuständig für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen einer Pflichtverletzung gegen gegenwärtige und frühere Vorstandsmitglieder. Der Vorstand ist seinerseits zuständig für die Geltendmachung von Ansprüchen gegen gegenwärtige und frühere Aufsichtsratsmitglieder.⁴⁸ Aktionäre können durch einen Hauptversammlungsbeschluss die Geltendmachung von Ersatzansprüchen erzwingen, § 147 AktG, oder ein Klagezulassungsverfahren nach § 148 AktG betreiben, um Ersatzansprüche der Gesellschaft im eigenen Namen geltend zu machen. Diese beiden Vorschriften haben in der Praxis bisher allerdings nur geringe Bedeutung erlangt.⁴⁹ Ein Verzicht bzw. Vergleich über Schadensersatzansprüche ist nur in den Grenzen des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG gestattet, also frühestens drei Jahre nach Anspruchentstehung und nur mit Zustimmung der Hauptversammlung, gegen die nicht Aktionäre, die mindestens 10% des Grundkapitals halten, Widerspruch erheben.

Der Aufsichtsrat ist verpflichtet, eigenverantwortlich zu prüfen, ob Schadensersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder bestehen. Bei der Prüfung der Pflichtwidrigkeit des Vorstandshandelns kommt dem Aufsichtsrat kein Ermessen zu.⁵⁰ Er muss außerdem das Prozessrisiko und die Durchsetzbarkeit der Forderung sorgfältig analysieren. Bei der Bonitätsprüfung hat der Aufsichtsrat auch das Bestehen und Eingreifen einer D&O-Versicherung zu berücksichtigen.⁵¹ Kommt der Aufsichtsrat zu dem Ergebnis, dass voraussichtlich durchsetzbare

Schadensersatzansprüche bestehen, muss er diese grundsätzlich verfolgen. Hiervon darf er nur ausnahmsweise absehen, wenn gewichtige Gründe des Gesellschaftswohls dagegen sprechen. Negative Auswirkungen auf die Geschäftstätigkeit, das Ansehen der Gesellschaft in der Öffentlichkeit, die Behinderung der Vorstandsarbeit und die Beeinträchtigung des Betriebsklimas können Berücksichtigung finden.⁵² Außerhalb des Unternehmenswohls liegende, die Vorstandsmitglieder persönlich treffende Gesichtspunkte, darf der Aufsichtsrat hingegen nur in Ausnahmefällen berücksichtigen.⁵³

Ob und welche Gründe gegen eine Anspruchsverfolgung sprechen, kann nur im Einzelfall entschieden werden. Der BGH deutet an, dass dem Aufsichtsrat bei der Interessenabwägung ein Entscheidungsermessens zukommen kann, das allerdings erst nach der Feststellung aller gegeneinander abzuwägenden Umstände einsetzt.⁵⁴ Der Aufsichtsrat muss demnach konkrete Nachteile für das Unternehmen benennen können, wenn er von einer Anspruchsverfolgung absehen will.⁵⁵ Nach den Grundsätzen des ARAG/Garmenbeck-Urteils ist die Schonung eines verdienten Vorstandsmitglieds ausdrücklich kein Grund, von der Anspruchsverfolgung abzusehen, es sei denn, der Schaden und die Pflichtwidrigkeit sind gering, die Folgen für das Vorstandsmitglied jedoch gravierend.⁵⁶ Diese Ausnahme ist bei hohen Verbandsbußen typischerweise nicht einschlägig, weil hierdurch das Unternehmen erheblich belastet wird. Der Aufsichtsrat hat daher Schadensersatzansprüche zumindest bis zur Grenze der finanziellen Leistungsfähigkeit des Geschäftsleiters geltend zu machen.

Die unbegrenzte Haftung des Vorstands wird vielfach als unbillig angesehen. In der Literatur haben sich zahlreiche Ansätze entwickelt, die auf verschiedene Weise eine Haftungsbegrenzung begründen. Sie setzen meist bereits bei der Definition des Schadens an und führen im Ergebnis zu einem Ausschluss oder einer Verminderung des Schadensersatzanspruchs selbst.⁵⁷ Andere Autoren setzen bei der Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats an und leiten aus dem ARAG/Garmenbeck-Urteil einen größeren Handlungsspielraum ab. Es wird vertreten, dass bei nur fahrlässigem Handeln jedenfalls ein teilweises Absehen von der Anspruchsverfolgung zulässig sei.⁵⁸ Gerade bei nur fahrlässigem Handeln könnten Gründe des Unternehmenswohls gegen eine Anspruchsverfolgung sprechen. Bei stets rigoroser Anspruchsverfolgung könne es beispielsweise schwierig werden, Vorstandsposten überhaupt zu besetzen oder es könne ein wertvolles Vorstandsmitglied in die Arme eines Wettbewerbers getrieben werden.⁵⁹

42 *Bürkle*, VersR 2013, 792f.; *Paefgen*, AG 2014, 554, 560.

43 *Spindler*, in: MüKo/AktG, 4. Aufl. 2014, § 93, Rn. 83; *Mertens/Cahn*, in: KK AktG, 3. Aufl. 2010, § 93, Rn. 75; vgl. auch *Buck-Heeb*, BB 2013, 2247, 2250.

44 *Langenbacher*, ZBB 2013, 16, 22f.

45 Vgl. *Buck-Heeb*, BB 2013, 2247, 2256; ausführlich zu den Erwägungen, die ein Geschäftsleiter bei der Risikoabwägung vornehmen muss *Hasselbach/Ebbinghaus*, AG 2014, 873, 878 ff.

46 *Hasselbach/Ebbinghaus*, AG 2014, 873, 875; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, 2. Aufl. 2010, § 93, Rn. 32; *Bürkle*, VersR 2013, 792, 796; *Bicker*, AG 2014, 8, 11.

47 Vgl. *Buck-Heeb*, BB 2013, 2247, 2254; *Paefgen*, AG 2014, 2014, 554, 560.

48 *Mertens/Cahn*, in: KK AktG, 3. Aufl. 2010, § 93, Rn. 6; *Krieger*, in: *Krieger/Schneider*, HdB Managerhaftung, 2. Aufl. 2010, § 3, Rn. 47.

49 Siehe hierzu *Ihrig/Schäfer*, Rechte und Pflichten des Vorstands, 2014, Rn. 1594 ff.

50 BGH, 8.7.2014 – II ZR 174/13, BB 2014, 2509, juris, Rn. 17; a. A. *Paefgen*, AG 2014, 554, 571 f.

51 *Casper*, ZHR 176 (2012), 617, 622, siehe zur D&O-Versicherung auch unten bei Abschnitt V.

52 BGH, 21.4.1997 – II ZR 175/95 (ARAG/Garmenbeck), BB 1997, 1169, juris, Rn. 25.

53 BGH, 21.4.1997 – II ZR 175/95 (ARAG/Garmenbeck), BB 1997, 1169, juris, Rn. 25.

54 BGH, 21.4.1997 – II ZR 175/95 (ARAG/Garmenbeck), BB 1997, 1169, juris, Rn. 27.

55 *Fleischer*, ZIP 2014, 1305, 1308.

56 BGH, 21.4.1997 – II ZR 175/95 (ARAG/Garmenbeck), BB 1997, 1169, juris, Rn. 25.

57 Siehe hierzu unten IV. 2.

58 *Habersack*, ZHR 177 (2013), 783, 802.

59 *Goette*, Liber Amicorum für Martin Winter, 2011, S. 153, S. 159 ff.

Selbst wenn man dem zustimmt, bleibt es dabei, dass der Aufsichtsrat konkrete, gerade für sein Unternehmen relevante Gründe haben muss, um von einer Anspruchsverfolgung ganz oder teilweise abzusehen. Allein die Höhe des Schadens oder der geringe Grad des Verschuldens reichen als Grund nicht aus, insbesondere, wenn Versicherungsschutz besteht.⁶⁰ Um seine eigene Haftung zu vermeiden, muss der Aufsichtsrat demnach eine an den Verhältnissen seines Unternehmens ausgerichtete Prüfung und Abwägung vornehmen.

Die Gefahr von Reputationsschäden wegen Rechtsstreitigkeiten mit Organen dürfte in Bußgeldfällen nicht als Argument gegen die Anspruchsverfolgung taugen. Denn der Reputationsschaden tritt durch die Verhängung der Geldbuße ein, nicht durch die zivilrechtliche Anspruchsverfolgung gegen die Organe. Im Gegenteil kann dies in der Öffentlichkeit als adäquate Aufarbeitung angesehen werden und der Reputation des Unternehmens dienen.

Allerdings sind Unternehmen gerade in Kartellfällen neben der Geldbuße der Gefahr privater Schadensersatzklagen Kartellgeschädigter ausgesetzt.⁶¹ Ein Schadensersatzprozess gegen ein Organmitglied, der vor der Prozessöffentlichkeit ausgetragen wird, kann Kartellgeschädigten wichtige Beweismittel liefern. Dies kann ein Grund sein, Ansprüche nicht zu verfolgen.

Als Grund, von der Anspruchsverfolgung abzusehen, wird auch vorgebracht, dass dies erforderlich sein kann, um sich die Kooperation des Vorstands zu sichern.⁶² Allerdings ist es auch hier von den Umständen des Einzelfalls abhängig, ob diese Kooperation nur mit Zugeständnissen an den Vorstand erlangt werden kann. Auch das Vorstandsmitglied selbst kann Interesse an der Kooperation haben, um die Verbandsbuße und damit die mögliche Regressforderung auszuschießen oder gering zu halten.⁶³

bb) Mitwirkungsrechte der Hauptversammlung

Bei der Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats ist auch die Kompetenzregelung des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG zu beachten. Danach darf der Aufsichtsrat erst drei Jahre nach der Anspruchsentstehung und auch dann nur mit Zustimmung der Hauptversammlung auf Schadensersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder verzichten. Diese Regelung war auch ein Grund für den BGH, dem Aufsichtsrat nur einen eingeschränkten Spielraum für das Absehen von der Anspruchsverfolgung zu gewähren.⁶⁴ Obwohl das Absehen von der Anspruchsverfolgung spätestens ab Verjährungsbeginn dem Verzicht wirtschaftlich entspricht, wird es zwar nicht als Verzicht im Sinne von § 93 Abs. 4 S. 3 AktG angesehen.⁶⁵ Dennoch widerspricht es der Wertung des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG, den Verzicht nur mit Zustimmung der Hauptversammlung zuzulassen, das Absehen von der Anspruchsverfolgung aber in ein weites Ermessen des Aufsichtsrats zu stellen.

Die Kompetenz der Hauptversammlung im Zusammenhang mit der Anspruchsverfolgung gegen Vorstandsmitglieder hat der BGH jüngst in seiner Entscheidung zur Übernahme von gegen den Vorstand verhängten Bußgeldern durch die Gesellschaft betont.⁶⁶ Der BGH stellte fest, dass die Gesellschaft sich durch die Übernahme des Bußgelds selbst einen Schaden zufügt bzw. einen Schaden vertieft, wenn das Verhalten des Vorstands, das zu dem Bußgeld geführt hat, auch gegenüber der Gesellschaft pflichtwidrig war. In der Übernahme des Bußgelds liegt nach dem BGH eine Schädigung, die noch über das Absehen von der Anspruchsverfolgung hinausgeht, die dem Aufsichtsrat nur im Ausnahmefall zum Wohl der Gesellschaft gestattet ist. Ein aktives Verhalten, das zu einem dauerhaften Vermögensnach-

teil der Gesellschaft führt, sei dem Aufsichtsrat ohne Zustimmung der Hauptversammlung nicht gestattet. Dies entspreche dem Zweck der Regelung des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG, die dem Schutz des Gesellschaftsvermögens und der Minderheitsaktionäre diene.⁶⁷

Dieses Urteil macht deutlich, dass der BGH die Mitwirkungskompetenz der Hauptversammlung bei der Entscheidung über den Verzicht auf eine Anspruchsdurchsetzung gegen Vorstandsmitglieder ernst nimmt. Der BGH betont, dass der Aufsichtsrat nur im Ausnahmefall zum Wohl der Gesellschaft von einer Anspruchsverfolgung abzusehen darf.⁶⁸ Das Urteil lässt nicht erwarten, dass der BGH dem Aufsichtsrat größere Freiheit gewähren möchte, als im ARAG/Garmenbeck-Urteil angelegt.

cc) Handlungsempfehlung für den Aufsichtsrat

Der Aufsichtsrat muss eine Prüfung entsprechend der oben dargestellten Anforderungen durchführen. Dabei muss er auch die Gründe prüfen, die gegen eine Anspruchsverfolgung sprechen. Die Prüfung kann auch ergeben, dass es vorläufig ratsam ist, auf eine Anspruchsverfolgung zu verzichten, z.B. bis mehr Klarheit über das Bestehen und die Wahrscheinlichkeit der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen Kartellgeschädigter gewonnen werden kann. Aufgrund der Regelung des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG ist es wichtig, dass der Aufsichtsrat keine Erklärung abgibt, die als dauerhafter Verzicht auf Ansprüche gewertet werden kann.⁶⁹ Es empfiehlt sich, alle Erwägungen ausreichend zu dokumentieren und internen, sowie ggf. auch externen Rechtsrat einzuholen.

Nach Ablauf der dreijährigen Sperrfrist kann der Aufsichtsrat mit dem Vorstand einen Vergleich abschließen, der allerdings nur mit Zustimmung der Hauptversammlung wirksam wird. Bei der Aushandlung des Vergleichs muss der Aufsichtsrat die Interessen der Gesellschaft wahren, darf also nicht vorschnell auf Ansprüche verzichten.⁷⁰ Der Aufsichtsrat ist aber nicht an die engen Grenzen des ARAG/Garmenbeck-Urteils gebunden, d.h. er darf der Hauptversammlung nicht nur dann einen Vergleich vorschlagen, wenn auch ein Absehen von der Anspruchsverfolgung ausnahmsweise zum Wohle der Gesellschaft zulässig wäre.⁷¹ Da der Aufsichtsrat die Entscheidung in die Hände der Hauptversammlung legt, die frei darin ist, für oder gegen einen Anspruchsverzicht zu entscheiden, ist eine so enge Bindung des Aufsichtsrats nicht angebracht. Jedoch darf der Aufsichtsrat sich auch hier nicht von sachfremden Erwägungen leiten lassen, wie etwa der eigenen Haftung zu entgehen.⁷² Sachgerecht ist hingegen, wenn der Aufsichtsrat einen Vergleich aushandelt, der die Belastung des Vorstands in ein angemessenes Verhältnis zu seinen finanziellen Mitteln und dem Grad seines Verschuldens stellt.

60 *Hasselmann/Seibel*, AG 2008, 770, 772.

61 Siehe hierzu unten IV. 2. b) cc).

62 Vgl. *Hasselmann/Seibel*, AG 2008, 770, 774 f.

63 Siehe hierzu unten IV. 2. b) cc).

64 BGH 21.4.1997 – II ZR 175/95 (ARAG/Garmenbeck), BB 1997, 1169, juris, Rn. 26.

65 *Hopt/Roth*, in: *GroßKomm AktG*, 5. Aufl. 2015, § 93, Rn. 530; *Casper*, ZHR 176 (2012), 617, 644.

66 BGH, 8.7.2014 – II ZR 174/13, BB 2014, 2509.

67 BGH, 8.7.2014 – II ZR 174/13, BB 2014, 2509, juris, Rn. 18 ff.

68 BGH, 8.7.2014 – II ZR 174/13, BB 2014, 2509, juris, Rn. 19; hierzu auch *Gaul*, AG 2015, 109, 113.

69 *Hasselbach/Seibel*, AG 2008, 770, 773.

70 A. A. *Bayer/Scholz*, ZIP 2015, 149, 152, die dem Aufsichtsrat einen Ermessensspielraum zugestehen, der genauso weit reicht, wie derjenige der Hauptversammlung selbst.

71 *Fleischer*, AG 2015, 133, 135; a. A. *Hasselbach*, DB 2010, 2037, 2040.

72 *Mertens/Cahn*, in: *KK AktG*, 3. Aufl. 2010, § 93, Rn. 163; *Fleischer*, AG 2015, 133, 135.

b) GmbH

Bei der GmbH ist die Gesellschafterversammlung für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen zuständig, § 46 Nr. 8 GmbHG. Bei der Beschlussfassung haben die Gesellschafter ein weites, unternehmerisches Entscheidungsermessen. Ihnen ist deshalb unter Abwägung aller Vor- und Nachteile auch ein Absehen von der Verfolgung oder ein Verzicht möglich. Grenzen ergeben sich nur aus der Treuepflicht zur Gesellschaft.⁷³ Hierbei bleibt es auch in der mitbestimmten GmbH mit obligatorischem Aufsichtsrat. Dieser ist zwar für die Anspruchsverfolgung zuständig, nicht aber für die Frage des „Ob“ der Geltendmachung.⁷⁴ Diese Zuständigkeitsverteilung ändert sich in der Insolvenz der Gesellschaft. Dann ist der Insolvenzverwalter für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen zuständig⁷⁵ und ist verpflichtet, diese im Interesse der Gläubiger durchzusetzen.⁷⁶

Bei der GmbH sind, anders als bei der Aktiengesellschaft, auch vielfältige Möglichkeiten der Haftungsbegrenzung möglich, und zwar sowohl im Vor- als auch im Nachhinein.⁷⁷ Insofern unterscheidet sich die Lage bei der GmbH fundamental von derjenigen bei der AG.

4. Beweislastverteilung

a) Grundlagen

Gegenüber der allgemeinen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast erfolgt im Rechtsstreit der Aktiengesellschaft gegen den Vorstand nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG bzw. gegen den Aufsichtsrat nach §§ 116, 93 Abs. 2 S. 2 AktG auf Schadensersatz wegen Pflichtverletzung eine teilweise Beweislastumkehr.⁷⁸ Dieselbe Beweislastverteilung gilt nach einhelliger Meinung auch für Klagen der GmbH gegen ihren Geschäftsführer, obwohl eine entsprechende Regelung im GmbHG fehlt.⁷⁹ Danach muss die Gesellschaft (lediglich) darlegen und beweisen, dass ein (Fehl-)Verhalten aus dem Pflichtenkreis des Organs kausal-adäquat zu einem Schaden geführt hat.⁸⁰ Demgegenüber muss das beklagte Organ darlegen und beweisen, dass es keine Pflichtverletzung begangen, es nicht schuldhaft gehandelt hat oder, soweit nicht Verstöße gegen Kompetenz- oder Verfahrensregeln betroffen sind, derselbe Schaden bei pflichtgemäßem Alternativverhalten eingetreten wäre.⁸¹

b) Bindungswirkung des Bußgeldbescheids?

Im Schadensersatzprozess des Unternehmens gegen den Geschäftsleiter kommt den Feststellungen im Bußgeldbescheid keine Bindungswirkung zu.⁸² Insbesondere greift bei Kartellbußen § 33 Abs. 4 GWB nicht ein. Diese Regelung, die eine Bindung des Zivilgerichts an behördliche bzw. gerichtliche Entscheidungen wegen Kartellverstößen vorsieht, ist aufgrund ihrer systematischen Stellung auf Schadensersatzansprüche von Kartellgeschädigten gegen Kartellanten beschränkt. Sie gilt jedoch nicht im Schadensersatzprozess des Unternehmens gegen das Organ.

Auch ist für Kartellbußen der Kommission Art. 16 Verordnung 1/2003 nicht einschlägig. Diese Vorschrift regelt die Bindung der Gerichte der Mitgliedstaaten an Kommissionsentscheidungen nach Art. 101 und 102 AEUV. Zwar erfasst ihr Wortlaut die hier untersuchte Fallkonstellation. Nach richtiger Auffassung muss die Bindungswirkung des Art. 16 Verordnung 1/2003 jedoch grundrechtskonform reduziert werden. Eine Kommissionsentscheidung kann nicht zu Lasten einer Partei Bindungswirkung entfalten, der im Verfahren vor der Kommission kein rechtliches Gehör gewährt wurde.⁸³ Da das Organ im Bußgeldverfahren nicht als Partei, sondern allenfalls

als Unternehmensvertreter auftritt, erhält es kein rechtliches Gehör in eigener Sache, so dass es die Kommissionsentscheidung nicht bindet.

c) Anscheinsbeweis?

Es schließt sich die Frage an, ob aus dem Bußgeldbescheid zumindest der Anscheinsbeweis für das sanktionierte Verhalten folgt. Der Anscheinsbeweis setzt voraus, dass „ein typischer Geschehensablauf vorliegt, der nach der Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache oder Folge hinweist und derart gewöhnlich und üblich erscheint, dass die besonderen individuellen Umstände an Bedeutung verlieren.“⁸⁴ Dies würde zunächst voraussetzen, dass der Bußgeldbescheid den Sachverhalt überhaupt ausreichend detailliert, unter Beschreibung der Beteiligung einzelner Personen darstellt. Das ist aber nicht zwingend der Fall.⁸⁵ Zudem kann ein Richtigkeitspostulat für die im (rechtskräftigen) Bußgeldbescheid getroffenen Feststellungen allenfalls zu Lasten des Betroffenen angenommen werden, nicht aber zu Lasten eines Organs, das nicht selbst Partei des Bußgeldverfahrens ist. Denn nur das Unternehmen hat direkten Einfluss auf das Verfahren und kann Rechtsmittel einlegen.⁸⁶ Diese Einflussmöglichkeiten hat das Organ für sich selbst nicht. Somit greifen die Grundsätze des Anscheinsbeweises nicht und den Feststellungen im Bußgeldbescheid kommt gegenüber dem Geschäftsleiter keine Beweiskraft zu. Dies dürfte das Unternehmen nicht vor unüberwindbare Beweisschwierigkeiten stellen, weil es Zugriff auf die unternehmensinterne Dokumentation und die Akten der Ermittlungsbehörde hat.

IV. Stellen Bußgelder einen nach § 43 Abs. 2 GmbHG bzw. § 93 Abs. 2 AktG ersatzfähigen Schaden dar?

Ist nach den vorbeschriebenen Grundsätzen eine schuldhaftige Pflichtverletzung des Organs festgestellt, so haftet dieses grundsätzlich gemäß § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG auf Ersatz des verursachten Schadens. Hier stellt sich nun die Frage, ob das verhängte Bußgeld eine ersatzfähige Schadensposition darstellt.⁸⁷

73 Bayer, GmbHR 2014, 897, 902; Schmidt, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2013, § 46, Rn. 141, Rn. 153, Rn. 155.

74 Zöllner, in: Baumbach/Hueck (Hrsg.), GmbHG, 20. Aufl. 2013], § 46, Rn. 59; Bayer, GmbHR 2014, 897, 902; Altmeyden, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 46, Rn. 66; zweifelnd für den Aufsichtsrat nach MitbG 1976 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 46, Rn. 35.

75 Schmidt, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2013, § 46, Rn. 152 m. w. N.

76 Vgl. Weitzmann, in: Schmidt, HambKomm/Inso, 4. Aufl. 2012, § 60, Rn. 7; Andres, in: Andres/Leithaus, Inso, 3. Aufl. 2014, § 61, Rn. 13.

77 Ausführlich Bayer, GmbHR 2014, 897, 903 ff.

78 Hüffer/Koch, AktG, 11. Aufl. 2014, § 93, Rn. 53.

79 Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 43, Rn. 52 m. w. N.

80 Mertens/Cahn, in: KK AktG, 3. Aufl. 2010, § 93, Rn. 140; Spindler, in: MüKo/AktG, 4. Aufl. 2014, § 93, Rn. 185.

81 Spindler, in: MüKo/AktG, 4. Aufl. 2014, § 93, Rn. 185; Mertens/Cahn, in: KK AktG, 3. Aufl. 2010, § 93, Rn. 140; zur parallelen Regelung des § 34 Abs. 2 S. 2 GenG: BGH, 8.1.2007 – II ZR 304/04, WM 2007, 344; für die GmbH: BGH, 4.11.2002 – II ZR 224/00, BB 2003, 273, NJW 2003, 358; zu den Verstößen gegen Kompetenz- und Verfahrensregeln s. Krieger, in: Krieger/Schneider, HdB Managerhaftung, 2. Aufl. 2010, § 3, Rn. 40.

82 Werner, CCZ 2010, 143, 147; vgl. zur Bindungswirkung auch Bechtold, GWB, 7. Aufl. 2013, § 33, Rn. 41; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 33, Rn. 85 ff.

83 Meeßen, Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht – Konturen eines Europäischen Kartelldeliktsrechts?, 2011, S. 127 ff.; vgl. auch Becker/Vollrath, in: Schröter u. a., Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2014, Art. 16, Rn. 30.

84 Foerste, in: Musielak, ZPO, 11. Aufl. 2011, § 286, Rn. 23.

85 Lotze, NZKart 2014, 162, 164.

86 Ebenso ArbG Essen, 19.12.2013 – 1 Ca 657/13, BB 2014, 1076, juris, Rn. 137.

87 Zur der Frage, ob die Gesellschaft das gegen ein Organmitglied verhängte Bußgeld erstaten darf, s. BGH, 8.7.2014 – II ZR 174/13, BB 2014, 2509.

1. Grundsatz: Differenzhypothese

Art und Umfang des Schadensersatzes nach § 249 BGB bestimmen sich grundsätzlich nach der Differenzhypothese. Hierunter ist der Vergleich zwischen der Vermögenslage vor und nach dem schädigenden Ereignis zu verstehen.⁸⁸ Betrachtet man in den vorliegenden Fällen das Vermögen der Kapitalgesellschaft vor und nach Erlass des Bußgeldbescheids, erscheint auf den ersten Blick wenig zweifelhaft, dass das verhängte Bußgeld einen Schaden darstellt.⁸⁹

2. Normative Einschränkung der Differenzhypothese?

Allerdings bedarf die Differenzhypothese in bestimmten Fällen der normativen Einschränkung. Ob derartige normative Wertungen gegen die Ersatzfähigkeit von Bußgeldern sprechen, wird nachfolgend untersucht.⁹⁰

a) Normative Einschränkung aufgrund des Sanktionszwecks bzw. der Höchstpersönlichkeit der Geldbuße

aa) General- und spezialpräventive Argumente

Zum Teil wird vertreten, der Sanktionszweck der Geldbuße könne nur erreicht werden, wenn diese im wirtschaftlichen Ergebnis von dem bebußten Unternehmen selbst getragen werde. Sie könne daher nicht auf die Geschäftsleitung abgewälzt werden.⁹¹ Der mit einer Geldbuße verbundene wesentliche Zweck, eine bestimmte Ordnung zu garantieren, würde verfehlt, wenn sich die Rechtsordnung zu sich selbst in Widerspruch setzt, indem sie durch die Zivilgerichte das wiedergibt, was sie zuvor wegen individuellen Fehlverhaltens als Sanktion genommen hat.⁹²

Diese Argumentation geht u.E. fehl, weil die Sanktion selbst immer beim Unternehmen verbleibt und nicht an das Organ weitergeleitet wird. Betroffener des Bußgeldbescheids ist und bleibt nämlich das Unternehmen, welches für das Bußgeld in voller Höhe gegenüber der staatlichen Behörde haftet. Eine hiervon zu trennende Frage ist, ob das Unternehmen die Geschäftsleitung auf Ersatz des durch die Zahlung des Bußgeldes erlittenen Vermögensnachteils in Anspruch nehmen kann. Durch einen solchen Regress wird weder der generalpräventive noch der spezialpräventive Sanktionszweck des Bußgeldes vereitelt. Es besteht nämlich kein Automatismus dergestalt, dass jede Buße unbesehen auf die Geschäftsleitung „abgewälzt“ werden könnte, so dass jegliche Bußgeldandrohung gegenüber dem Unternehmen ihre abschreckende Wirkung verlore. Geschäftsleiter können nur dann erfolgreich in Anspruch genommen werden, wenn sie selbst pflichtwidrig, adäquat-kausal und schuldhaft das sanktionierte Verhalten hervorgerufen bzw. nicht verhindert haben. Außerdem trägt das Unternehmen das Prozess- und Bonitätsrisiko. Der Rückgriff ist daher kein „Selbstläufer“. Das bebußte Unternehmen kann sich nicht „ohne weiteres“ bei seinen Organmitgliedern entlasten.⁹³ Schon gar nicht kann das Unternehmen einer Sanktionierung stets mit dem Argument entgegen, es sei nicht der eigentliche Täter sondern die für sie handelnden Personen.⁹⁴ Bußgelder behalten somit ihre abschreckende Wirkung, selbst wenn im Einzelfall ein Rückgriff gegen die Geschäftsleitung möglich ist.⁹⁵ Im Gegenteil ist davon auszugehen, dass das Risiko persönlicher Inanspruchnahme die Rechtstreue des Vorstandes und damit die des Unternehmens fördert.⁹⁶ Insbesondere wird das persönliche Haftungsrisiko die Geschäftsleitung in der Tendenz zu einer Verschärfung der nach § 130 OWiG erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen veranlassen und so die Einführung effektiver Compliance-Organisationen unterstützen.

Im Ergebnis gebieten weder general- noch spezialpräventive Erwägungen, die nach der Differenzhypothese grundsätzlich gegebene Erstattungsfähigkeit einer Geldbuße auszuschließen.⁹⁷

bb) Rechtsprechung in Beraterfällen

Zudem steht einer normativen Einschränkung aufgrund des Sanktionszwecks auch die höchstrichterliche Rechtsprechung in den sogenannten „Beraterfällen“ entgegen.⁹⁸ Bereits das Reichsgericht bestätigte 1942 einen Schadensersatzanspruch eines Steuerpflichtigen gegen seinen Steuerberater. Dieser hatte dem Kläger fehlerhaft von der Möglichkeit einer strafbefreienden Selbstanzeige abgeraten. In der Folge wurde gegen den Kläger ein Bußgeld verhängt. Das RG bejahte die Erstattungsfähigkeit des Bußgeldes mit dem Argument, „dass der Kläger doch nur in diejenige Lage versetzt werden will, die bei sorgfältiger und pflichtmäßiger Beratung für ihn bestehen würde. [...] Rechtsgrundsätzliche Bedenken lassen sich also gegen die Klagebegründung nach keiner Richtung hin rechtfertigen. Die Auffassung des Berufungsgerichts würde auch zu der unhaltbaren Folge führen, den Steuerberater von jeder Verantwortung für seine in einschlägigen Fällen entfaltete Tätigkeit freizustellen.“⁹⁹

Der BGH schloss sich dieser Rechtsprechung an. 1957 entschied der 2. Zivilsenat¹⁰⁰ über einen Schadensersatzanspruch gegen eine Bank wegen Fehlberatung im Zusammenhang mit Geldüberweisungen. Der klagende Bankkunde hatte aufgrund der Fehlberatung gegen devisenrechtliche Vorschriften verstoßen, was für ihn eine Geldbuße zur Folge hatte. Laut BGH spreche nichts dagegen,

„einen Erstattungsanspruch für eine bereits gezahlte Strafe jedenfalls dann zu bejahen, wenn ein Dritter den Täter zu seiner Straftat nicht nur durch einen unverbindlichen Rat oder durch eine unerlaubte Handlung veranlasst hat, sondern durch schuldhaftes Verletzung einer vertraglichen Verpflichtung, deren Inhalt dahin ging, den Täter von der Begehung einer solchen Straftat durch Warnungen oder ähnliche Hinweise zu schützen.“¹⁰¹

1996 urteilte der BGH¹⁰² wiederum im Falle eines Steuerberaters, gegen dessen Mandanten wegen Steuerverkürzung ein Bußgeld verhängt worden war. Das Gericht stellte fest:

„Wer eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen hat, muss zwar die deswegen gegen ihn verhängte Sanktion nach deren Sinn und Zweck

88 Oetker, in: MüKo/BGB, 6. Aufl. 2012, § 249, Rn. 18; vgl. auch Mertens/Cahn, in: KK AktG, 3. Aufl. 2010, § 93, Rn. 59.

89 Karbaum, AG 2013, 863, 867; vgl. auch Fleischer, DB 2014, 345, 347 f. m. w. N.

90 Nicht näher eingegangen wird hier auf die Diskussion, ob *de lege ferenda* die Managerhaftung generell eingeschränkt werden sollte und auf welche Weise dies bewerkstelligt werden könnte. Siehe hierzu insbesondere Koch, AG 2012, 429; ders., AG 2014, 513; Vetter, NZG 2014, 921 sowie die Beschlüsse des 70. DJT, Hannover 2014, abrufbar unter http://www.djt.de/fileadmin/downloads/70/140919_djt_70_beschluesse_web_rz.pdf (30.4.2015).

91 Mertens/Cahn, in: KK AktG, 3. Aufl. 2010, § 93, Rn. 56 f., zumindest wenn die Sanktion „gerade die Gesellschaft treffen soll“; Dreher, in: Dauner-Lieb u. a. (Hrsg.), FS Konzen, 2006, S. 85, 103.

92 LAG Düsseldorf, 20.1.2015 – 16 Sa 459/14, BB 2015, 1018 m. BB-Komm. Kollmann/Aufdermauer, juris, Rn. 161.

93 So aber LAG Düsseldorf, 20.1.2015 – 16 Sa 459/14, BB 2015, 1018 m. BB-Komm. Kollmann/Aufdermauer, juris, Rn. 167.

94 Dies verkennt das LAG Düsseldorf, 20.1.2015 – 16 Sa 459/14, BB 2015, 1018 m. BB-Komm. Kollmann/Aufdermauer, juris, Rn. 180.

95 Vgl. auch Koch, AG 2012, 429, 434 f.

96 So auch Fleischer, DB 2014, 345, 347.

97 So auch Zimmermann, WM 2008, 433, 437, und Hauger/Palzer, ZGR 2015, 33, 54.

98 Hierzu Fleischer, DB 2014, 345 f.; zu dem innerhalb dieser Fallgruppe kaum diskutierten Fall des haftenden Strafverteidigers s. Krause, NStZ 2000, 225 ff.

99 RG, 10.6.1942 – III 14/42, RGZ 169, 267, 270.

100 BGH, 31.1.1957 – II ZR 41/56, BGHZ 23, 222.

101 BGH, 31.1.1957 – II ZR 41/56, BGHZ 23, 222, juris, Rn. 11.

102 BGH, 14.11.196 – IX ZR 215/95, NJW 1997, 518.

in eigner Person tragen und damit auch eine ihm auferlegte Geldstrafe oder -buße aus seinem eigenen Vermögen aufbringen. Das schließt indes für sich allein einen Anspruch gegen einen anderen auf Ersatz für einen solchen Vermögensnachteil nicht aus. [...] Es kann deshalb, wie auch das Berufungsgericht im Ansatz nicht verkannt hat, für die Frage eines Ersatzanspruchs allein darauf ankommen, ob ein solcher sich aus den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts ergibt [...].“

Diese Rechtsprechung festigte der BGH in einem weiteren Urteil 2010. Erneut nahm ein Steuerpflichtiger Rückgriff gegen seinen Steuerberater. Auch hier hatte der BGH keine Bedenken gegen die grundsätzliche Erstattungsfähigkeit einer Geldstrafe bzw. Geldbuße und stellte wie in seinen vorangegangenen Entscheidungen auf den Schutzzweck der verletzten Beratungspflicht ab.¹⁰³

Im Ergebnis prüft der BGH also am Schutzzweck der verletzten Beratungspflicht, ob diese den Beratern (auch) vor der Begehung einer Straftat bzw. Ordnungswidrigkeit bewahren soll. Ist dies der Fall, so stellt die gezahlte Geldstrafe bzw. -buße ohne Weiteres einen ersatzfähigen Vermögensschaden dar. Einwendungen, es würde der Sanktionszweck der Geldstrafe bzw. -buße vereitelt, hat der BGH stets zurückgewiesen.¹⁰⁴

Wendet man diese Grundsätze auf die Organhaftung an, so ist festzustellen, dass die Sorgfaltspflicht zur ordentlichen Geschäftsleitung nach § 93 Abs. 1 AktG bzw. § 43 Abs. 1 GmbHG auch die Pflicht umfasst, die Kapitalgesellschaft vor der Begehung von Ordnungswidrigkeiten zu bewahren.¹⁰⁵ Dies folgt aus dem Legalitätsprinzip.¹⁰⁶ Verstößt die Geschäftsleitung gegen diese Pflicht und wird die Kapitalgesellschaft daraufhin mit einer Buße belegt, so ist diese nach den vorgenannten Prinzipien erstattungsfähig.¹⁰⁷ Wenn schon in den soeben besprochenen Fällen der spezial- und generalpräventive Sanktionszweck der Geldbuße nicht gegen einen zivilrechtlichen Rückgriffsanspruch spricht, so muss dies erst recht für das Verhältnis zwischen Unternehmen und Geschäftsleitung gelten. In den Beraterfällen beging der Berater – wenn auch gestützt auf den fehlerhaften Rat – aufgrund seiner eigenen, autonomen Entscheidung rechtswidrig und schuldhaft einen sanktionsbewehrten Gesetzesverstoß. Der Berater hatte die Wahl, dem fehlerhaften Rat nicht zu folgen. Er hätte stattdessen eine Zweitmeinung einholen oder den fehlerhaften Rat kritisch hinterfragen können. Somit war das gegen den Berater verhängte Bußgeld geeignet, eine steuernde Wirkung auf das zukünftige Verhalten des Beraters zu entfalten. Diese spezialpräventive Wirkung wurde durch die Rückgriffsmöglichkeit gegen den Berater potentiell gemindert. Trotzdem sieht der BGH hierin keinen Grund, den Regress auszuschließen. Demgegenüber handelt die Kapitalgesellschaft von vornherein durch ihre Geschäftsleitung. Sie ist zu einem von der Geschäftsleitung losgelösten, autonomen Verhalten nicht fähig. Sie kann ihr zukünftiges Verhalten nicht eigenständig, sondern nur durch die Geschäftsleitung steuern. Folglich gebietet der spezial- bzw. generalpräventive Sanktionszweck einer Geldbuße bei der Kapitalgesellschaft noch weniger als in den Beraterfällen, dass der durch die Bußzahlung ausgelöste Vermögensnachteil dauerhaft beim Betroffenen verbleibt.

Im Ergebnis ist somit eine normative Einschränkung der Differenzhypothese aus Gründen des Sanktionszwecks abzulehnen.¹⁰⁸

b) Normative Einschränkung aufgrund der Bußgeldzumessung?

Teilweise wird eine normative Einschränkung der Differenzhypothese auch aus den für Unternehmen und natürliche Personen unterschied-

lichen Regelungen zur Bußgeldbemessung abgeleitet.¹⁰⁹ Tatsächlich ist der Sanktionsrahmen für Verbandsgeldbußen deutlich höher als bei Bußgeldern gegen Individuen.¹¹⁰ So kann bei Kartellgeldbußen die maximale Höhe einer Verbandsgeldbuße bis zu 10% des Unternehmensumsatzes betragen, wohingegen für Individuen nach § 81 Abs. 1 GWB eine absolute Obergrenze von 1 Million Euro gilt. Auf europäischer Ebene können gegen Individuen überhaupt keine Bußgelder festgesetzt werden. Zudem richtet sich die Berechnung der Verbandsgeldbuße nach der Schwere des Tatvorwurfs gegen das Unternehmen und nach dessen wirtschaftlichen Verhältnissen (§ 17 Abs. 3 OWiG).¹¹¹ Hingegen bleiben die wirtschaftlichen Verhältnisse sowie die Schwere von Tat und Schuld des einzelnen Geschäftsleiters außer Betracht. Bei einer „Abwälzung“ des Verbandsbußgelds auf den Geschäftsleiter wird dieser also im wirtschaftlichen Ergebnis mit einer Buße belastet, die gegen ihn direkt nicht hätte verhängt werden können und die ggf. seine wirtschaftlichen Verhältnisse überschreitet.

Aus diesem Befund werden unterschiedliche Konsequenzen abgeleitet, die sich in der Vielzahl ihrer Verästelungen und Begründungen kaum noch überblicken lassen.

aa) Erstattungsfähigkeit dem Grund nach?

Zum einen wird die Frage unterschiedlich beantwortet, ob Bußen dem Grunde nach erstattungsfähig sind.

Hier wird vertreten, ein Individuum könne grundsätzlich nicht für eine Verbandsgeldbuße haftbar gemacht werden, weil sonst die zuvor beschriebenen gesetzlichen Unterschiede zwischen Verbands- und Individualgeldbuße eingeebnet würden.¹¹² Das Individuum würde im wirtschaftlichen Ergebnis für eine Verbandsgeldbuße haftbar gemacht, die seine finanzielle Leistungsfähigkeit ggf. weit übersteigt. Dies sei unverhältnismäßig. Zudem würde die Kooperationsbereitschaft der Geschäftsleitung beeinträchtigt, bei der Aufdeckung und Aufklärung der Ordnungswidrigkeit mitzuwirken, drohte ihm eine persönliche Haftung.¹¹³

Die Gegenauffassung plädiert für eine grundsätzliche Erstattungsfähigkeit der Geldbuße, da rechtlich betrachtet das Unternehmen seine Verbandsgeldbuße nicht auf die Geschäftsleitung übertrage, sondern vielmehr Ersatz für einen entstandenen Schaden verlange.¹¹⁴

Vermittelnde Stimmen differenzieren danach, ob die einschlägigen Bußgeldvorschriften auch eine Individualbuße gegen den Geschäftsleiter zulassen. Bestand diese Möglichkeit und machte die Behörde hiervon keinen Gebrauch, so wollte sie nur das Unternehmen belasten. Diese behördliche Entscheidung würde umgangen, ließe man

103 BGH, 15.4.2010 – IX ZR 189/09, BB 2010, 1353 Ls, WM 2010, 994.

104 Dies erkennt auch das LAG Düsseldorf an, wenn es ausführt, ein kartellrechtlich fehlerhaft beratendes Unternehmen könne ggf. wegen der Kartellbuße seinen Rechtsberater in Haftung nehmen, LAG Düsseldorf, 20.1.2015 – 16 Sa 459/14, BB 2015, 1018 m. BB-Komm. Kollmann/Aufdermauer, juris, Rn. 177.

105 Ebenso Fabisch, ZWeR 2013, 91, 103; Fleischer, DB 2014, 345, 347; Thole, ZHR 173 (2009), 504, 532.

106 Siehe oben Ziffer III. 2.

107 A. A. LAG Düsseldorf, 20.1.2015 – 16 Sa 459/14, BB 2015, 1018 m. BB-Komm. Kollmann/Aufdermauer, juris, Rn. 178 ff.

108 Ebenso Fleischer, BB 2008, 1070, 1073.

109 Horn, ZIP 1997, 1129, 1136; Dreher, in: Dauner-Lieb u. a. (Hrsg.), FS Konzen, 2006, S. 85, 104; vgl. auch Fabisch, ZWeR 2013, 91, 110 f.

110 Siehe oben Ziff. II. 1.

111 Vgl. auch Bundeskartellamt, Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren, 25.6.2013.

112 LAG Düsseldorf, 20.1.2015 – 16 Sa 459/14, BB 2015, 1018 m. BB-Komm. Kollmann/Aufdermauer, juris, Rn. 171, 173; a. A. Hauger/Palzer, ZGR 2015, 33, 55.

113 Vgl. Koch, Liber Amicorum für Martin Winter, 2011, S. 327, 332; vgl. auch Hasselbach/Seibel, AG 2008, 770, 771.

114 Schöne/Petersen, AG 2012, 700.

den Rückgriff des Unternehmens auf die Geschäftsleitung zu.¹¹⁵ Setzte die Behörde hingegen auch ein individuelles Bußgeld gegen den Geschäftsleiter fest, so könne die Verbandsgeldbuße erst recht nicht auf ihn abgewälzt werden, weil er sonst doppelt belastet würde und die differenzierte Bebußung der Behörde eingeebnet würde. Folglich kann nach dieser Auffassung das Verbandsgeld nur dann weiterbelastet werden, wenn das Gesetz im konkreten Fall keine Individualgeldbuße vorsieht.¹¹⁶

Allerdings könnte man auch genau gegenteilig argumentieren. Dort, wo keine Möglichkeit einer Individualgeldbuße besteht, hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass Individuen nicht mit Bußgeldern belastet werden sollen. Folglich sei gerade in diesen Fällen – also etwa bei Bußgeldern der Europäischen Kommission – ein Rückgriff ausgeschlossen.¹¹⁷ Gegen diese Argumentation spricht aber bei Verbandsgeldbußen der Kommission, dass das EU-Recht nur das Außenverhältnis der Haftung von Unternehmen bestimmt, nicht jedoch die Frage des internen Regresses.¹¹⁸ Dies hat der EuGH in Bezug auf den Regress unter Gesamtschuldern entschieden und den Gesamtschuldnerausgleich nach nationalem Recht ausdrücklich zugelassen. Der EU-Kommission kommt nach Auffassung des EuGH keine Kompetenz dafür zu, das Innenverhältnis der Haftung mehrerer juristischer Personen zu bestimmen, die gesamtschuldnerisch als Angehörige desselben Unternehmens mit einer Geldbuße belegt werden.¹¹⁹ Für den Gesamtschuldnerausgleich kommt in Deutschland § 426 BGB zur Anwendung. Er richtet sich insbesondere nach den den Beteiligten anzulastenden Verursachungs- und Verschuldensbeiträgen sowie nach den ihnen aufgrund des Kartellverstoßes zugeflossenen Mehrerlösen und sonstigen Vorteilen.¹²⁰ Die EU-Kommission trifft demnach keine abschließende Entscheidung darüber, wer letztlich die Kartellbuße tragen soll. Es kann durchaus sein, dass eine im Außenverhältnis belastete juristische Person sich den gesamten Betrag im Innenverhältnis nach den Regeln des Gesamtschuldnerausgleichs zurückholen kann. Aus dem EU-Recht ergibt sich demnach kein Verbot, eine Geldbuße nach den Regeln des nationalen Rechts erstattet zu verlangen.¹²¹

bb) Regressbeschränkungen der Höhe nach?

Gelangt man zu der Auffassung, dass die Verbandsgeldbuße – grundsätzlich oder zumindest im konkreten Einzelfall – erstattungsfähig ist, so schließt sich die Problematik an, ob das Unternehmen den Vermögensnachteil in voller Höhe geltend machen kann oder ob und ggf. wie dieser zu deckeln ist.

(1) Deckelung auf den Bußgeldrahmen für Individuen?

Teilweise wird insoweit vertreten, dass auf den Bußgeldrahmen für das betroffene Organmitglied abzustellen sei. Dann stellt sich die Anschlussfrage, ob die Verbandsgeldbuße bis zur absoluten Höhe der Individualgeldbuße anzusetzen ist (bei Kartellen nach § 81 Abs. 4 GWB 1 Million Euro)¹²² oder ob zu ermitteln ist, in welcher Höhe im konkreten Fall der Geschäftsleiter hypothetisch hätte angemessen sanktioniert werden können.¹²³

Das Arbeitsgericht Essen¹²⁴ führt hierzu in seinem obiter dictum aus:¹²⁵

„Darüber hinaus wäre ... die Haftung des Geschäftsführers für die vom Bundeskartellamt verhängten Bußgelder in voller Höhe rechtsmissbräuchlich.

Gem. § 81 Abs. 4 GWB ist das Bußgeld gegenüber natürlichen Personen auf 1 Million Euro begrenzt. ... Der Gesetzgeber hat damit zum Aus-

druck gebracht, dass die Buße trotz ihres Sanktionscharakters nicht zu einer Existenzvernichtung der betroffenen Person führen soll. Diesem Gesetzeszweck würde es widersprechen, wenn über einen Schadenersatzanspruch die dem Kapitalunternehmen auferlegte Buße in voller Höhe dem Geschäftsführer als natürlicher Person auferlegt würde.“¹²⁶

(2) Regressbeschränkung aufgrund von Treuepflichten?

Eine weitere Untermeinung fordert losgelöst von dem Bußgeldrahmen für den Geschäftsleiter eine „angemessene“ Begrenzung, welche sie mit unterschiedlicher Begründung aus den Treue- und Sorgfaltspflichten der Gesellschaft für ihre Organe ableitet.¹²⁷ In diesem Zusammenhang wird ein Wertungstransfer zu den Grundsätzen der betrieblich veranlassten Tätigkeit vorgeschlagen.¹²⁸ Es wird darauf hingewiesen, dass der Vorstand fremdnützig und nicht selbst unternehmerisch tätig werde und das ihn treffende Risiko auch zu einer gehobenen Vorstandsvergütung unverhältnismäßig sei.¹²⁹ Die Haftung müsse deshalb jedenfalls bei leichter und mittlerer Fahrlässigkeit beschränkt werden, sei aber auch bei leichter Fahrlässigkeit nicht gänzlich ausgeschlossen.¹³⁰ Präzise Angaben, in welchen Fällen welche Regressreduzierung erfolgt, vermag dieser Ansatz aber nicht zu liefern. Dies ist gleichzeitig seine Schwäche. Denn dem Aufsichtsrat würde die Entscheidung abverlangt, welche Haftungssumme angemessen und deshalb geltend zu machen ist.¹³¹ Dies wäre wiederum mit Haftungsrisiken für den Aufsichtsrat verbunden.¹³²

cc) Stellungnahme

U. E. ist einer normativen Einschränkung aufgrund der Bußgeldzumessung entgegenzuhalten, dass sie ungenügend zwischen dem Sanktionsregime und dem Haftungsregime differenziert.¹³³ Während bei der Höhe einer Geldstrafe bzw. Geldbuße die wirtschaftlichen Verhältnisse des Adressaten berücksichtigt werden können und müssen, sind Verhältnismäßigkeitsüberlegungen der zivilrechtlichen Haftung fremd.¹³⁴ Eine Einschränkung kann sich allenfalls aus dem Gesichtspunkt der Adäquanz bei unvorhersehbaren Schäden bzw. absolut atypischen Schadensverläufen ergeben.¹³⁵ Zudem ist auch der BGH in den vorgenannten Beraterfällen dieser Argumentationsweise nicht ge-

115 Dreher, in: Dauner-Lieb u. a. (Hrsg.), FS Konzen, 2006, S. 85, S. 105.

116 Vgl. Fabisch, ZWeR 2013, 91, 105 und Koch, Liber Amicorum für Martin Winter, 2011, S. 327, 334 f.

117 Vgl. Fabisch, ZWeR 2013, 91, 104; Dreher, in: Dauner-Lieb u. a. (Hrsg.), FS Konzen, 2006, S. 85, S. 105; dagegen Koch, Liber Amicorum für Martin Winter, 2011, S. 327, 333 ff.

118 Zudem kann das BKartA nach § 81 Abs. 1 GWB auch bei Verstößen gegen die Art. 101 f. AEUV Geldbußen verhängen, die sich nach den allgemeinen Regeln auch gegen Individuen richten können.

119 EuGH, 10.4.2014 – C-231/11 P bis C-233/11 P, juris, Rn. 58, 62.

120 BGH, 18.11.2014 – KZR 15/12 (Calciumcarbid-Kartell II), WRP 2015, 201, BB 2015, 65 Ls.

121 Zudem kann nach EuGH, 5.3.2015 – C-343/13, BB 2015, 717 die Verpflichtung zur Zahlung einer Buße im Rahmen einer Verschmelzung auch dann auf die aufnehmende Gesellschaft übergehen, wenn ein Bußgeldbescheid erst nach Wirksamwerden der Verschmelzung ergeht; ein generelles „Weiterbelastungsverbot“ lässt sich dem EU-Recht folglich nicht entnehmen.

122 So Thole, ZHR 173 (2009), 504, 534; Gaul, AG 2015, 109, 117 f.

123 So Fabisch, ZWeR 2013, 91, 110 f.; vgl. auch Fleischer, BB 2008, 1070, 1073.

124 ArbG Essen, 19.12.2013 – 1 Ca 657/13, BB 2014, 1076.

125 Siehe bereits oben Abschn. I.

126 ArbG Essen, 19.12.2013 – 1 Ca 657/13, BB 2014, 1076, Rn. 145.

127 Vgl. Koch, Liber Amicorum für Martin Winter, 2011, S. 327, 338 ff. m. w. N.; Casper, ZHR 176 (2012), 617, 637 ff.

128 Casper, ZHR 176 (2012), 617, 638 f.; Koch, AG 2014, 513, 514; ders., AG 2012, 429, 435 ff.

129 Koch, AG 2012, 429, 436.

130 Koch, AG 2012, 429, 438.

131 Habersack, ZHR 177 (2013), 783, 803.

132 Zur Anspruchsverfolgungspflicht des Aufsichtsrats siehe oben III.3.a) aa).

133 Ähnlich argumentiert aber auch Fabisch, ZWeR 2013, 91, 111; ebenso Werner, CCZ 2010, 143, 145.

134 Zimmermann, WM 2008, 433, 437; Schöne/Petersen, AG 2012, 700, 701.

135 Schiemann, in: Staudinger, BGB, 2005, § 249, Rn. 12 ff.

folgt. Denn auch in diesen Fällen war die Strafe bzw. Buße nach den individuellen (Vermögens-)Verhältnissen der fehlerhaft Beratenen bemessen worden. Gleichwohl bejahte der BGH die Erstattungsfähigkeit uneingeschränkt. Die Höhe des Schadensersatzanspruchs richtet sich demnach im Ergebnis nach der Höhe des vorhersehbar erlittenen Schadens, nicht nach der finanziellen Leistungsfähigkeit des Schädigers. Dass der Schaden dessen wirtschaftliche Verhältnisse übersteigen kann, ist keine Besonderheit der vorliegenden Fallkonstellation.¹³⁶ Die einzigen gesetzlichen Schutzmechanismen sind die Pfändungsgrenzen nach §§ 850 ff. ZPO sowie die Möglichkeit einer Privatinsolvenz mit Restschuldbefreiung gemäß §§ 286 ff. InsO.¹³⁷ Ansonsten kann Schutz vor Schadensersatzpflichten durch Versicherungen erreicht werden. Aus rechtspolitischer Sicht sprechen gewichtige Gründe gegen eine unbegrenzte Haftung selbst für leichteste Fahrlässigkeit.¹³⁸ Jedoch lässt sich weder aus der gegenwärtigen Gesetzeslage noch aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung eine normative Einschränkung der Differenzhypothese gerade in Fällen der Managerhaftung ableiten.

Auch die praktische Erwägung, der Geschäftsleiter könnte sich bei der Sachverhaltsaufklärung nicht kooperativ zeigen, sähe er sich einem Haftungsrisiko ausgesetzt, wiegt nicht schwer genug, um eine normative Einschränkung der Differenzhypothese zu begründen.¹³⁹ Zwar ist speziell bei Kartellverstößen eine Gefährdung der Effektivität der Kronzeugenregelung nicht von der Hand zu weisen. Ein Geschäftsleiter könnte zögern, mit den Kartellbehörden zusammenzuarbeiten, wenn er am Ende für die Verbandsgeldbuße unter Umständen in eigener Person Entschädigung leisten müsste. Andererseits ist eine Entwertung der Kronzeugenregelungen nicht zwingend. Je nach Situation kann das Risiko einer persönlichen Haftung die Geschäftsleitung nämlich erst recht anhalten, ein Kartell den Behörden umgehend anzuzeigen, damit das Unternehmen als Kronzeuge so einer Geldbuße von vornherein entgeht. Dann droht nämlich auch kein Rückgriff.

Außerdem stellt sich eine vergleichbare Problematik bei privaten Schadensersatzklagen Kartellgeschädigter gegen Kronzeugen. Gerade den Kronzeugen trifft nämlich das höchste Risiko, Gegner von Schadensersatzforderungen Kartellgeschädigter zu werden. Somit stellt die Möglichkeit privater Schadensersatzklagen ein mindestens genauso hohes Risiko für die Effektivität des Kronzeugenprogramms dar wie der hier diskutierte Rückgriff für Kartellbußen. Gleichwohl fördert der europäische Gesetzgeber derartige Schadensersatzklagen. So wurde zur Stärkung der Privatklagen unlängst die *Richtlinie über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union* verabschiedet.¹⁴⁰ Diese enthält Regelungen für einen sachgerechten Ausgleich zwischen dem Schutz des Kronzeugenprogramms einerseits und den privaten Schadensersatzansprüchen andererseits. In vergleichbarer Weise könnte der deutsche Gesetzgeber aktiv werden, wenn er die Effektivität der Kronzeugenregelung durch die de lege lata gegebene Rückgriffshaftung der Unternehmensorgane eingeschränkt sähe. Die Schutzbedürftigkeit der Kronzeugenregelungen erweist sich damit als keineswegs so zwingend, dass sie eine Einschränkung der gesetzlich in §§ 249 ff. BGB verankerten Differenzhypothese gebieten würde.

c) Zwischenergebnis

Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass nach geltender Rechtslage Geldbußen ersatzfähige Schäden darstellen. Eine normative Ein-

schränkung der Differenzhypothese ist abzulehnen. Ob eine de lege lata nicht gegebene Haftungserleichterung für Manager wünschenswert wäre, ist eine rechtspolitische Frage an den Gesetzgeber.¹⁴¹

3. Vorteilsausgleich

a) Grundsatz

Im Zusammenhang mit der Schadensberechnung stellt sich die Frage, ob und in welcher Weise dem Unternehmen aus dem ordnungswidrigen Verhalten erwachsene Vorteile auf Schadensersatzansprüche gegen die Geschäftsleitung anzurechnen sind. Eine Vorteilsausgleichung kommt in Betracht, wenn das zum Schadensersatz führende Verhalten neben Nach- auch Vorteile gebracht hat. Dies ist insbesondere bei Kartellabsprachen regelmäßig der Fall. Die Rechtsprechung verlangt einen adäquat-kausalen Zusammenhang zwischen schädigendem Ereignis und Vorteil. Außerdem muss die Anrechnung des Vorteils dem Zweck des Schadensersatzes entsprechen. Sie darf weder den Geschädigten unzumutbar belasten, noch den Schädiger unbillig begünstigen.¹⁴²

In den hier untersuchten Fällen könnte gegen den Vorteilsausgleich sprechen, dass der Vorteil umso höher ist, desto lukrativer der Gesetzesverstoß für das Unternehmen war. So wäre etwa bei einem Kartellverstoß derjenige Geschäftsleiter im Vorteil, dessen Unternehmen von dem Kartell in besonderer Weise profitiert und spiegelbildlich hierzu den fairen Wettbewerb besonders schwer geschädigt hätte. Dies könnte auf die Belohnung rechtswidrigen Verhaltens hinauslaufen und die abschreckende Wirkung eines Regresses schmälern.¹⁴³

Jedoch übersieht diese Sichtweise, dass dem zivilrechtlichen Schadensersatz die Wertungsgesichtspunkte „Belohnung“ bzw. „Bestrafung“ fremd sind. Es geht primär um den Ausgleich eines erlittenen Schadens.¹⁴⁴ Hat das Unternehmen aber aus der Ordnungswidrigkeit einen Vorteil erzielt, so ist sein durch die Zahlung des Bußgeldes ausgelöster Vermögensnachteil insoweit kompensiert und ein Schaden liegt nicht vor. Zudem wird eine für das Unternehmen besonders „vorteilhafte“ Kartellabrede auch eine besonders hohe Geldbuße nach sich ziehen, so dass im Ergebnis die oben befürchtete Privilegierung rechtswidrigen Verhaltens nicht erfolgt. Auch die Rechtsprechung des BGH stützt die hier vertretene Auffassung, den Vorteilsausgleich zuzulassen. Dieser stellte zur Haftung der Vorstandsmitglieder einer Hypothekenbank fest:

„Wenn aus einer Reihe gleichartiger unzulässiger Spekulationsgeschäfte durch ein Organ sowohl Gewinne als auch Verluste entstehen, muss sich die Gesellschaft auf ihren Schadenersatzanspruch wegen der entstandenen Verluste grundsätzlich die Gewinne anrechnen lassen.“¹⁴⁵

Auch hier kamen den Vorstandsmitgliedern also aus ihrem pflichtwidrigen Verhalten erwachsene Vorteile zugute. Der BGH begründete dies damit, dass sich die Gesellschaft nicht aufgrund eines Fehlers der Organmitglieder auf deren Kosten bereichern solle.¹⁴⁶ Diese Argu-

136 Ebenso Hauger/Palzer, ZGR 2015, 33, 81.

137 So auch Schöne/Petersen, AG 2012, 700, 701.

138 So z. B. Koch, AG 2012, 429 m. w. N.

139 Siehe hierzu auch oben III. 3. a) aa).

140 RL 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014, ABl. L 349/1. Die Richtlinie muss binnen zwei Jahren in nationales Recht umgesetzt werden.

141 Diese wurden auch auf dem 70. DJT diskutiert, vgl. Bayer, NJW 2014, 2546; Vetter, NZG 2014, 921.

142 Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, vor § 249, Rn. 68 m. w. N.

143 Vgl. Thole, ZHR 173 (2009), 504, 527; Karbaum, AG 2013, 863, 867; Goette, ZHR 176 (2012), 588, 605; Werner, CCZ 2010, 143, 145 f.

144 Vgl. Fabisch, ZWeR 2013, 91, 106; a. A. Thole, ZHR 173 (2009), 504, 528 ff.

145 BGH, 15.1.2013 – II ZR 90/11, BB 2013, 513 Ls, juris, Rn. 26 f.

146 BGH, 15.1.2013 – II ZR 90/11, BB 2013, 513 Ls, juris, Rn. 26 f.

mentationsweise lässt sich auf den Regress bei Bußgeldern übertragen. Denn ohne Vorteilsausgleich würde der unrechtmäßig gezogene Gewinn, der durch die Buße entzogen oder gemindert wurde, dem Unternehmen durch den Schadensersatz wieder zurückgeführt.¹⁴⁷ Folglich ist der Vorteilsausgleich durchzuführen.¹⁴⁸

b) Geltendmachung und Berechnung des Vorteilsausgleichs

Nach allgemeinen Grundsätzen trifft die Darlegungs- und Beweislast für den Vorteil den Schädiger, welcher diesen im Wege einer anspruchsmindernden Einwendung geltend macht. Somit muss also das Gesellschaftsorgan darlegen und beweisen, dass und in welcher Höhe der Kapitalgesellschaft aus dem ordnungswidrigen Verhalten ein Vorteil erwachsen ist.¹⁴⁹

Dies gilt jedenfalls bei reinen Ahndungsbußen, wie sie bei Kartellverstößen üblich sind. Aus dieser Beweislastverteilung ergeben sich für das Organ gerade bei Kartellbußen mitunter massive Beweisprobleme.¹⁵⁰ Denn das (ausgeschiedene) Organ wird regelmäßig kaum in der Lage sein, darzulegen und zu beweisen, wie sich die Gewinne des Unternehmens ohne die Kartellabsprache entwickelt hätten. Die Situation ist hier vergleichbar mit der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen Kartellgeschädigter, für die die Schadensberechnung ebenfalls hoch problematisch ist.¹⁵¹ Noch prekärer wird die Situation des Geschäftsleiters, wenn er bei einem Kartellverstoß mit besagten Kartellgeschädigten um den gezogenen Vorteil „konkurriert“. Sieht sich das Unternehmen berechtigten Kartellschadensersatzansprüchen ausgesetzt, so schmälert dies den aus dem Kartell gezogenen, dem Geschäftsleiter anrechenbaren Vorteil.

Teilt sich der Bußgeldbescheid hingegen in einen Ahndungsteil und einen Abschöpfungsteil auf, stellt sich die Frage, ob der Schadensersatzanspruch von vornherein auf den Ahndungsteil reduziert ist. Dies wird überwiegend bejaht, da es hinsichtlich des Abschöpfungsteils an einem ersatzfähigen Schaden fehle. Insoweit werde dem Unternehmen ja nur der rechtswidrig erlangte Vorteil entzogen.¹⁵²

Bei genauerer Betrachtung kann es jedoch nicht darauf ankommen, welchen Vorteil der Bußgeldbescheid ausweist, sondern welchen Vorteil das Unternehmen tatsächlich gezogen hat.¹⁵³ Dieser muss nicht mit der im Bußgeldbescheid ausgewiesenen Vorteilsabschöpfung identisch sein.¹⁵⁴ Die Ausführungen im Bußgeldbescheid zur Vorteilsabschöpfung sind für das Zivilgericht nicht bindend. Allerdings können hier zugunsten des Geschäftsleiters die Grundsätze des Anscheinsbeweises eingreifen. Da das Unternehmen in dem Bußgeldverfahren gehört wurde und die Möglichkeit hatte, Rechtsmittel einzulegen, besteht ein Anscheinsbeweis dafür, dass das Unternehmen tatsächlich einen Vorteil mindestens in Höhe der Abschöpfungsbuße gezogen hat. Darüber hinaus bleibt es dem Geschäftsleiter unbenommen, einen höheren Vorteil darzulegen und zu beweisen.

V. Tritt die D&O-Versicherung ein?

Abschließend stellt sich die Frage, ob das in Anspruch genommene Organ unter einer eventuell bestehenden D&O-Versicherung Versicherungsschutz beanspruchen kann.¹⁵⁵

Hiergegen wird vorgebracht, dass die Erstattung eines auf das Organ abgewälzten Bußgeldes durch den Versicherer die Abschreckungswirkung des Bußgeldes unterlaufen und damit gegen §§ 134, 138 BGB verstoßen würde.¹⁵⁶ Dem ist jedoch – wie bereits oben ausgeführt –

entgegenzuhalten, dass Adressat des Bußgeldbescheids ausschließlich das bebußte Unternehmen ist. Diesem gegenüber entfaltet der Bußgeldbescheid aber seine abschreckende Wirkung, weil der Regress gegen das Organ mit erheblichen Unsicherheiten und Risiken belastet ist.¹⁵⁷ Das in Anspruch genommene Organ seinerseits ist nicht Adressat des Bußgeldbescheids, so dass dieser ihm gegenüber auch keine abschreckende Wirkung intendiert. Der Sache nach macht das Unternehmen gegen den Geschäftsleiter einen Vermögensschaden geltend, den dieser in Ausübung seiner Geschäftsleitertätigkeit dem Unternehmen zugefügt hat. Ein solcher Vermögensschaden fällt grundsätzlich unter den Schutz einer D&O-Versicherung.

Allerdings kann die D&O-Police Haftungsausschlüsse vorsehen, die dem Organ den zunächst einmal gegebenen Versicherungsschutz entziehen. Dies ist aufgrund des Vorsatzausschlusses ohne Weiteres dann der Fall, wenn das Organ das Fehlverhalten des Unternehmens wesentlich herbeigeführt hat.¹⁵⁸ Bei nur fahrlässigem Verhalten des Geschäftsleiters muss der Wortlaut der jeweiligen D&O-Police im Einzelfall ausgelegt werden. So sehen etwa die AVB-VOV 2012¹⁵⁹ in Ziffer 6.2 einen Ausschluss des Versicherungsschutzes für „Versicherungsfälle wegen oder in Folge von Strafen, insbesondere Vertragsstrafen, oder Geldbußen oder Entschädigungen mit Strafcharakter“ vor. Ein solch weiter Wortlaut erfasst auch Schadensersatzforderungen des Unternehmens als Konsequenz („in Folge“) einer Bußgeldzahlung.¹⁶⁰ Ist hingegen der Wortlaut der Ausschlussstatbestände eng gefasst und bezieht sich etwa nur auf gegen das Organ selbst verhängte Bußgelder bzw. Strafen, ist hieraus kein Ausschluss für Rückgriffsansprüche des Unternehmens ableitbar.¹⁶¹ Viele D&O-Versicherungen enthalten gar keine Regelung zu Bußgeldern oder Strafen. Dann bleibt es dabei, dass der Versicherungsschutz greift.

Im Ergebnis lässt sich somit die Frage nach dem Versicherungsschutz nicht allgemein beantworten, sondern bedarf einer Prüfung der einschlägigen D&O-Police im Einzelfall.

VI. Ergebnis

1. Wird ein Unternehmen wegen einer Ordnungswidrigkeit mit einem Bußgeld belegt, kann dies auf eine Pflichtverletzung des Geschäftsleiters zurückzuführen sein. Diese kann darin bestehen, dass der Geschäftsleiter selbst im Rahmen seiner Tätigkeit für das Unternehmen einen Gesetzesverstoß begangen hat, der zu der Geldbuße gegen das Unternehmen geführt hat. Möglich ist aber auch, dass

147 Werner, CCZ 2010, 143, 145; Hauger/Palzer, ZGR 2015, 33, 56 f.

148 Ebenso Bayer, in: Bitter u. a. (Hrsg.), FS Schmidt, 2009, S. 75, 94 f.; Fleischer, DB 2014, 345, 350, und BB 2008, 1070, 1073; Thole, ZHR 173 (2009), 504, 526; Wilsing, in: Krieger/Schneider, HdB Managerhaftung, 2. Aufl. 2010, § 27, Rn. 35 ff.

149 Zimmermann, WM 2008, 433, 438; Casper, ZHR 176 (2012), 617, 626 f.; Koch, AG 2012, 429, 432.

150 So auch Koch, AG 2012, 429, 432.

151 Vgl. Palzer, EuR 2012, 583, 606 f. m. w. N.

152 Fleischer, BB 2008, 1070, 1073 m. w. N.; ders., DB 2014, 345, 348; Horn, ZIP 1997, 1129, 1136; Werner, CCZ 2010, 143, 145.

153 Ebenso Zimmermann, WM 2008, 433, 439; Wilsing, in: Krieger/Schneider, HdB Managerhaftung, 2. Aufl. 2010, § 27, Rn. 38.

154 Ebenso LAG Düsseldorf, 20.1.2015 – 16 Sa 459/14, BB 2015, 1018 m. BB-Komm Kolmann/Aufdermauer, juris, Rn. 169; Hauger/Palzer, ZGR 2015, 33, 58.

155 Vgl. Spindler, in: MüKo/AktG, 4. Aufl. 2014, § 93, Rn. 191 ff.

156 Koch, Liber Amicorum für Martin Winter, 2011, 327, 331.

157 Siehe oben Ziff. IV. 2. a).

158 Für den Ausschlussgrund der Wissentlichkeit der Pflichtverletzung ist der Versicherer darlegungs- und beweispflichtig, BGH, 17.12.2014 – IV ZR 90/13, WM 2015, 185.

159 Allgemeine Versicherungsbedingungen zur VOV D&O-Versicherung 2012.

160 Ebenso Koch, Liber Amicorum für Martin Winter, 2011, S. 327, 331; ders., AG 2014, 513, 519.

161 A. A. Werner, CCZ 2010, 143, 147.

der Geschäftsleiter die Unternehmensorganisation nicht ausreichend überwacht und so die Begehung der Ordnungswidrigkeit auf unterer Ebene ermöglicht hat.

2. Pflichtverletzungen im Außenverhältnis indizieren zwar eine Verletzung der Legalitätspflicht im Innenverhältnis. Bei komplexen Sachverhalten und unsicherer Rechtslage ist dem Geschäftsleiter aber die Verteidigung möglich, dass er nach sorgfältiger Sachverhaltserforschung und Einholung von Rechtsrat einer vertretbaren Rechtsmeinung gefolgt ist.
3. Bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen Geschäftsleiter, die aus einer Pflichtverletzung resultieren, unterscheiden sich AG und GmbH grundsätzlich. Während bei der AG der Aufsichtsrat Schadensersatzansprüche des Unternehmens wegen einer Pflichtverletzung des Vorstandes grundsätzlich verfolgen muss, gilt dies für die Gesellschafter der GmbH nicht.
4. Geldbußen stellen nach der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung einen ersatzfähigen Schaden dar. Jedoch geht das LAG Düsseldorf von einem vollständigen Ausschluss der Haftung des Organvertreters im Innenverhältnis für Bußgelder seiner Gesellschaft aus. Zuvor hatte das ArbG Essen die Regresshaftung für eine Kartellbuße gegen das Unternehmen der Höhe nach auf die für Individuen maximal mögliche Bußgeldhöhe von 1 Million Euro begrenzt.
5. Hat das Unternehmen durch die Ordnungswidrigkeit – beispielsweise einen Kartellverstoß – einen Vorteil erzielt, so ist dieser scha-

densmindernd zugunsten des Geschäftsleiters zu berücksichtigen. Jedoch trägt der Geschäftsleiter hierfür die Darlegungs- und Beweislast.

6. Ob eine ggf. bestehende D&O-Versicherung den Schaden deckt, hängt vom Wortlaut der D&O-Police im Einzelfall ab.
7. Der Gesetzgeber ist gefragt, sich damit zu befassen, ob er die Geltendmachung von Bußgeldern als Schaden begrenzen will. Diese Thematik sollte in den Blick genommen werden, wenn die Diskussion über ein Unternehmensstrafrecht fortgesetzt wird.

Dr. Ulrike Binder, RAin, ist Corporate-Partnerin im Frankfurter Büro der internationalen Sozietät Mayer Brown LLP. Sie begleitet nationale und internationale Mandanten im Bereich des Gesellschaftsrechts mit einem besonderen Fokus auf börsennotierte Unternehmen und kapitalmarktrechtliche Fragen.



Dr. Jan Kraayvanger, RA, ist Partner im Bereich Litigation & Dispute Resolution im Frankfurter Büro der internationalen Sozietät Mayer Brown LLP. Er berät bei (schieds-)gerichtlichen und außergerichtlichen Streitigkeiten. Seine Expertise umfasst Streitigkeiten aus den Bereichen Gesellschaftsrecht, post M&A, Bank- und Kapitalmarktrecht, Handelsrecht und Kartellrecht.



BGH: Auslegung der Vergütungsvereinbarung im Hinblick auf das nach § 87 Abs. 1 HGB provisionspflichtige Geschäft

BGH, Versäumnisurteil vom 22.1.2015 – VII ZR 87/14

Volltext des Versäumnisurteils: **BB-ONLINE BBL2015-705-2** unter www.betriebs-berater.de

AMTLICHER LEITSATZ

Für die Frage, für welche Geschäfte der Handelsvertreter eine Provision erhalten soll und auf welchen Zeitpunkt es für das Entstehen des Provisionsanspruchs ankommt, ist die von den Parteien getroffene Vergütungsvereinbarung (hier im Zusammenhang mit Serienbelieferungsverträgen in der Automobilindustrie) maßgeblich.

HGB § 87 Abs. 1

SACHVERHALT

Der Kläger nimmt die Beklagte nach beendetem Handelsvertretervertrag auf Zahlung restlicher Provision für den Monat August 2010 in Anspruch. Geschäftsgegenstand der Beklagten ist u.a. die Herstellung von und der Handel mit Kunststoffteilen, mit denen sie Automobilhersteller beliefert. Der Kläger war aufgrund des zwischen den Parteien geschlossenen Handelsvertretervertrags vom 20. Januar 2007 als Handelsvertreter für die Beklagte tätig und vertrat diese gegenüber der B. AG.

In „§ 2 Provision“ des Vertrages war Folgendes vereinbart:

„Der Handelsvertreter erhält von dem Unternehmen eine Provision von 1,0% bis zu einem Jahresumsatz von 12 Mio. €
0,7% von dem 12 Mio. € Jahresumsatz übersteigenden Betrag bis zu einem Jahresumsatz von 25 Mio. €
0,5% von dem 25 Mio. € übersteigenden Jahresumsatz
Der Mindestprovisionsanspruch beträgt 120.000,00 € pro Jahr, zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer und ist zahlbar in monatlichen Teilbeträgen von 10.000,00 €
...“.

Das Geschäft der Beklagten mit der B. AG gestaltete sich so, dass die B. AG zunächst eine auf bestimmte Fahrzeugbauteile bezogene Anfrage an die Beklagte richtete, die Angaben zum Gesamtvolumen und zur Jahresproduktion enthielt, jedoch mit dem Zusatz verbunden war, dass Stückzahlinformationen keine Verpflichtung der B. AG zur Abnahme entsprechender Volumina begründeten. Auf der Grundlage dieser Anfrage erstellte die Beklagte sodann ein Angebot, das wiederum Grundlage einer von der B. AG erteilten Serienbestellung war. Diese Bestellung enthielt u.a. Angaben zum Festpreis, zum Bedarfsort, zum Versand und zu den Zahlungsbedingungen, jedoch keine Stückzahlen, sondern lediglich einen Prozentsatz in Höhe des