



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT  
HEIDELBERG  
ZUKUNFT  
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

## **„Vorstandsinnenhaftung nach Kartellrechtsverstößen“**

Dissertation vorgelegt von Elisa Degner

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

# Vorstandsinnenhaftung nach Kartellrechtsverstößen

## - Zusammenfassung -

Im Jahr 2015 verneinte das LAG Düsseldorf im berühmten Schienenkartellfall die Frage, ob das mit einer Kartellgeldbuße belangte Unternehmen für die kartellrechtliche Sanktion Schadensersatz von ihrer gesellschaftsintern verantwortlichen Führungskraft verlangen kann. Das Urteil gab Anlass für diese Arbeit.

Das Bundeskartellamt hatte nach jahrelangen Ermittlungen gegen eine zum Thyssen-Krupp-Konzern gehörende GmbH mehrere Kartellbußgelder wegen der Teilnahme am „Schienenkartell“ verhängt. Für die durch diese Zahlungsverpflichtungen entstandene Einbuße am Gesellschaftsvermögen begehrt die GmbH von einem ehemaligen Geschäftsführer Ersatz. Das LAG Düsseldorf wies das Anspruchsbegehren der GmbH vollständig ab. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der zur Entscheidung stehenden Rechtsfrage lies das LAG Düsseldorf die Revision zum BAG zu. Das BAG hob die Entscheidung des LAG auf und verwies den Rechtsstreit an die Vorinstanz zurück. Die Frage nach der Regressfähigkeit einer Unternehmenskartellbuße beantwortete das Gericht nicht. Eine höchstrichterliche Klärung dieser Rechtsfrage steht also weiterhin aus. Unter Beachtung des Hinweises des BAG verwies das LAG Düsseldorf den Rechtsstreit an die Kammer für Kartellsachen des LG Dortmund. Eine Entscheidung in der Sache sei ohne Beantwortung einer kartellrechtlichen Vorfrage im Sinne des § 87 S. 2 GWB nicht möglich. Damit steht der mehrjährige Rechtsstreit wieder ganz am Anfang.

Das dem Urteil des LAG Düsseldorf zugrundeliegende Kardinalproblem, die Frage nach der Regressfähigkeit einer Unternehmenskartellgeldbuße gegenüber dem verantwortlichen Geschäftsleitungsmitglied, untersucht diese Arbeit im Schwerpunkt. Die Rechtsfrage setzt am Schnittpunkt zwischen der kapitalgesellschaftsrechtlichen Organhaftung, dem öffentlichen Sanktionsrecht und dem zivilrechtlichen Schadensrecht an.

Ferner erörtert diese Arbeit an die Regressfähigkeit einer Unternehmenskartellbuße anknüpfende Folgefragen, namentlich was eine mögliche Haftungsbegrenzung und die Anwendbarkeit der Grundsätze zum Vorteilsausgleich angeht.

Die Begutachtung der Rechtsfrage nach der Ersatzfähigkeit einer Unternehmenskartellgeldbuße orientiert sich im Aufbau an den in Betracht kommenden methodischen Instrumenten, deren Anwendung die Ersatzfähigkeit einer Unternehmenskartellgeldbuße ausschließen würde. Dreh- und Angelpunkt für einen vollständigen Regressausschluss ist die Möglichkeit einer wertenden Korrektur des Schadensbegriffs im Sinne der Differenzmethode. Erörtert wird, ob Wertungen des Kartellrechts, des Aktienrechts, die gesamtrechtliche Wertung der Einheit der Rechtsordnung oder aber europäische Vorgaben aus dem Gemeinschaftsrecht einen Ausschluss der Regressfähigkeit einer Unternehmenskartellgeldbuße erzwingen.

Sodann wird die Notwendigkeit einer Begrenzung des Haftungsumfangs zugunsten der Vorstandsmitglieder dargelegt, die Möglichkeiten einer Haftungsmilderung unter der *lex lata* ausgelotet und eine Reformperspektive als Lösungsweg aus der als unzulänglich konstatierten gegenwärtigen Rechtslage heraus vorgeschlagen.

In einem nächsten Schritt werden die von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen des Vorteilsausgleichs auf die Haftungssituation von Vorstandsmitgliedern nach Kartellverstößen angewandt, bevor die aus dem Zusammenspiel von Gewinnabschöpfung und Vorteilsausgleich resultierende desolate Rechtslage erläutert wird.

Entsprechend der neben § 93 Abs. 2 S. 1 AktG nachrangigen Bedeutung wird das Verhältnis zwischen dem aktienrechtlichen Haftungstatbestand und weiteren in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen vertraglicher und deliktischer Herkunft nur kurz thematisiert. Letztlich wird in einem Ausblick die Übertragbarkeit der erlangten Erkenntnisse auf die Haftungssituation von Mitgliedern des Aufsichtsrats beleuchtet.

Zentrale Anspruchsgrundlage für Schadensersatzansprüche einer Aktiengesellschaft gegen ihre (ehemaligen) Vorstandsmitglieder ist § 93 Abs. 2 S. 1 AktG. Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten vorsätzlich oder fahrlässig verletzen, sind ihrer Gesellschaft nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG für jeden kausal aus der Pflichtverletzung resultierenden Schaden zum Ersatz verpflichtet.

Steht eine Pflichtverletzung im Zusammenhang mit Kartellverstößen in Frage, rückt die Legalitätspflicht der Vorstandsmitglieder in das Blickfeld. Die Legalitätspflicht bildet einen Unterfall der allgemeinen Sorgfaltspflicht des Vorstands aus § 93 Abs. 1 S. 1 AktG. Sie begründet für die Vorstandsmitglieder die Pflicht, sich einerseits im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft selbst rechtstreu zu verhalten und andererseits dafür Sorge zu tragen, dass sich die Aktiengesellschaft im Außenverhältnis innerhalb des für sie maßgeblichen Rechtsrahmens hält. Für die vorliegende Fragestellung von Bedeutung ist die zweitgenannte Ausprägung der Legalitätspflicht. Diese hat jedoch keinen Eintritt der Vorstandsmitglieder in die Pflichtenstellung der Gesellschaft im Außenverhältnis zur Folge. Es ist streng zwischen dem Innenverhältnis zwischen Organwahrer und Gesellschaft und dem Außenverhältnis der Gesellschaft gegenüber Dritten zu trennen. Im Außenverhältnis ist die Aktiengesellschaft Adressatin der kartellrechtlichen Verhaltensvorgaben. Im Innenverhältnis obliegt es den Vorstandsmitgliedern, ein kartellrechtskonformes Verhalten der Aktiengesellschaft zu gewährleisten.

Als Ausprägung der Legalitätspflicht trifft die Vorstandsmitglieder zudem eine Überwachungspflicht gegenüber untergeordneten Unternehmensebenen. Die Legalitätspflicht verlangt von den Vorstandsmitgliedern, eine Organisationsstruktur innerhalb der Aktiengesellschaft zu schaffen, die es ermöglicht, alle für die Gesellschaft tätigen Personen effektiv zu überwachen und so ein rechtswidriges Verhalten dieser Personen zu verhindern. Diese Legalitätskontrollpflicht hat sowohl eine horizontale als auch eine vertikale Komponente. Die Vorstandsmitglieder müssen sich gegenseitig kontrollieren, obgleich der Maßstab für die horizontale Kontrolle niedriger anzusetzen ist als bei der vertikalen Kontrolle. Auch eine Delegation konkreter Kontrollaufgaben auf nachgeordnete Unternehmensebenen ist nicht grundsätzlich unzulässig. Wird die Kontrollaufgabe jedoch delegiert, muss der Vorstand eine übergeordnete Aufsicht innehaben. Dem Vorstand verbleibt bei der Frage nach der konkreten Ausgestaltung eines Kontrollsystems ein Ermessensspielraum. In jedem Fall aber muss das Kontrollsystem dazu geeignet sein, Rechtsverstöße zu verhindern respektive diese rechtzeitig aufzudecken. Um dieser Pflicht gerecht zu werden, ist eine Trias aus Instruktion, präventiver Kontrolle und repressiver Sanktion notwendig.

Gerade im Kontext von Kartellverstößen kann sich der Rechtsverstoß in der Gesamtschau selbst unter Berücksichtigung einer drohenden empfindlichen Sanktion und möglicher Schadensersatzklagen als für die Gesellschaft wirtschaftlich profitabel erweisen. Es zählt zu den Anforderungen an ein ordentliches und gewissenhaftes Vorstandsmitglied im Sinne von § 93 Abs. 1 S. 1 AktG, auch in Fällen solcher *nützlicher* oder *profitabler* Rechtsverstöße für die Einhaltung der die Aktiengesellschaft im Außenverhältnis treffenden Rechtspflichten Sorge zu tragen. Die Legalitätspflicht setzt sich gegenüber dem widerstreitenden wirtschaftlichen Unternehmensinteresse durch.

Die haftungsrechtlichen Folgen treffen das pflichtvergessene Vorstandsmitglied unabhängig von der konkreten Form seiner Beteiligung durch aktives Tun oder pflichtwidriges Unterlassen

an dem kartellrechtswidrigen Verhalten. Ein Vorstandsmitglied, das lediglich seine Aufsichtspflicht verletzt hat und gar nichts von den rechtswidrigen Vorgängen wusste, muss grundsätzlich ebenso wie ein Vorstandsmitglied, das aktiv an dem kartellrechtswidrigen Verhalten beteiligt war, jeden kausal auf den Pflichtverstoß zurückführbaren Schaden am Gesellschaftsvermögen ausgleichen. Eine Beschränkung respektive Erweiterung der schadensrechtlichen Konsequenzen in Abhängigkeit von der konkreten Verhaltensform im Einzelfall stünde in Dissonanz zu dem im deutschen Schadensrecht verankerten Prinzip der Totalreparation. Der richtige Ansatzpunkt zur Verhinderung einer unbilligen haftungsrechtlichen Gleichstellung im Schweregrad ganz unterschiedlich zu bewertenden Organversagens sind die an eine haftungsbegründende Aufsichtspflichtverletzung zu stellenden Anforderungen. Hier muss ein Maß gefunden werden, das einerseits keine praktisch nicht mehr erfüllbaren Anforderungen an das zu errichtende Compiencesystem stellt, andererseits aber streng genug ist, um Rechtsverstößen auf allen Unternehmensebenen effektiv entgegenzuwirken. Insbesondere darf nicht automatisch vom Vorliegen eines Rechtsverstoßes auf einer der Geschäftsleitung nachgeordneten Ebene auf eine Aufsichtspflichtverletzung des Vorstands geschlossen werden.

Ein Vorstandsmitglied haftet seiner Aktiengesellschaft nur dann auf Schadensersatz nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG, hat es vorsätzlich oder fahrlässig die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters außer Acht gelassen. Der von § 93 Abs. 1 S. 1 AktG vorgegebene Verschuldensmaßstab ist streng und sieht eine Haftung für Vorsatz und jede Form von fahrlässigem Verhalten, mithin auch für nur leichte Fahrlässigkeit vor.

Kartellbußgelder, Schadensersatzforderungen kartellgeschädigter Dritter, Reputationsverluste, Verfahrens- und Ermittlungskosten – die Aufzählung ist nur exemplarisch, zeigt aber, dass eine Haftung verantwortlicher Mitglieder der Geschäftsleitung gegenüber ihrer Gesellschaft für eine ganze Reihe unterschiedlicher Schadensposten im Nachgang von Kartellverstößen in Betracht kommt. Ein gegen die Gesellschaft verhängtes Unternehmenskartellbußgeld, das diese im Wege des Innenregresses auf ihre Geschäftsleitungsmitglieder abwälzen möchte, stellt dabei den rechtlich diffizilsten möglichen Schadensposten dar. Der Problemkomplex um die Ersatzfähigkeit von Bußgeldern beruht im Grundsatz auf der Frage, inwiefern Wertungen, die auf Ebene des Ordnungsrechts getroffen werden, auf das zivilrechtliche Haftungsregime durchschlagen.

Die Arbeit beleuchtet die Rechtsfrage zunächst bei schlichter Anwendung des Gesetzestextes, um sodann die Möglichkeiten eines methodisch gefestigten Regressausschlusses auszuloten.

Die Normen und Wertungen des allgemeinen zivilen Schadensrechts finden auf den Anspruch aus § 93 Abs. 2 S. 1 AktG Anwendung. Bei Anwendung des zivilrechtlichen Schadensbegriffs und der zivilrechtlichen Schadensberechnungstechnik im Sinne der Differenzmethode entsteht infolge der Bebußung demnach ersichtlich ein Vermögensschaden der sanktionierten Kapitalgesellschaft, denn das Gesellschaftsvermögen weist nach der Erfüllung der Bußgeldzahlungsverpflichtung gegenüber der Vermögenssituation vor der Sanktionierung ein Minus in Höhe des geleisteten Kartellbußgeldes auf.

Kartellbußgelder können neben der Ahndung der Rechtsverletzung auch der Abschöpfung des durch den Kartellverstoß rechtswidrig erzielten Gewinns dienen. Das Bußgeld setzt sich dann aus einem Ahnungs- und aus einem Abschöpfungsteil zusammen. Die Qualifizierung des Abschöpfungsteils der Kartellgeldbuße als ersatzfähiger Schaden im Sinne von § 249 Abs. 1 BGB scheidet von vornherein aus. Der Abschöpfungsteils der Buße als Schaden im Sinne von § 249 Abs. 1 BGB hätte zur Folge, dass sich die Gesellschaft zwar von den Lasten des Kartellverstoßes durch die Regressnahme befreien, den Nutzen des Rechtsverstoßes aber behalten könnte.

Unter methodischen Gesichtspunkten sind drei unterschiedliche Anknüpfungspunkte zur Begründung der Nichtersatzfähigkeit eines Unternehmenskartellbußgeldes und damit eines vollständigen Regressausschlusses in Betracht zu ziehen:

Erstens kommt eine teleologische Reduktion des § 93 Abs. 2 S. 1 AktG infrage. Voraussetzung einer solchen teleologischen Reduktion ist die Unvereinbarkeit des Normzwecks des § 93 Abs. 2 S. 1 AktG mit der Haftung einzelner Mitglieder der Geschäftsleitung für ein gegen die Gesellschaft verhängtes Kartellbußgeld.

Die Wiedergutmachungsfunktion des Haftungstatbestands streitet jedoch für die Zulässigkeit eines solchen Rückgriffsanspruchs. Der Aktiengesellschaft wird auf diesem Wege ermöglicht, den erlittenen Vermögensnachteil durch eine Inanspruchnahme des betreffenden Vorstandsmitglieds auszugleichen. Ebenso wenig wie die Kompensationsfunktion spricht die auf Schadensprävention abzielende verhaltenssteuernde Zwecksetzung des § 93 Abs. 2 S. 1 AktG für einen Regressausschluss in Fällen der Inanspruchnahme eines Vorstandsmitglieds wegen der Verhängung einer Unternehmenskartellgeldbuße. Die drohende Einstandspflicht ist in dieser Hinsicht gerade Mittel zum Zweck und widerspricht dem Regressausschluss, anstatt ihn zu rechtfertigen.

Zweitens nimmt die Arbeit den Schutzzweckzusammenhang zwischen dem Vermögensschaden der Gesellschaft und der Pflichtverletzung des Vorstandsmitglieds in den Blick. Der Schutzgehalt des Kartellrechts ist durch die Weitergabe der Kartellgeldbuße insofern tangiert, als mit der Geldbuße verhaltenssteuernde Anreize gesetzt werden, die kartellrechtlichen Vorgaben zu beachten. Dass das Kartellrecht an Durchsetzungskraft verlöre, wenn die Möglichkeit der Ingressnahme des verantwortlichen Vorstandsmitglieds für die Unternehmenskartellgeldbuße bestünde, kann nicht mit Sicherheit festgestellt werden. Die Vorstandsmitglieder werden dazu angeregt, für ein kartellrechtskonformes Verhalten der Aktiengesellschaft zu sorgen, droht ihnen die Abwälzung der Unternehmenskartellgeldbuße.

Drittens erwägt die Arbeit eine Korrektur des Schadensbegriffs aus § 249 Abs. 1 BGB im Sinne der Differenzmethode aufgrund von Wertungen des (Kartell-)Sanktionsrechts, Wertungen des Aktienrechts, der Gesamtrechtsordnung zugrundeliegende Wertungen oder dem Europarecht entstammende Wertungen. Eine wertende Korrektur der Differenzmethode ist möglich, weil diese Technik der Schadensbestimmung keine vom Gesetz zwingend vorgegebene Vorgehensweise ist. Notwendig wird eine solche Korrektur dann, wenn eindeutige gesetzliche Wertungen der Schadensbestimmung mittels der Differenzmethode entgegenstehen.

Unter Verweis auf Wertungen des Sanktionsrechts und deren drohende Vereitelung im Falle einer Regressnahme wies das LAG Düsseldorf das Schadensersatzbegehren der klagenden GmbH gegen deren ehemaligen Geschäftsführer für das gegen die Gesellschaft verhängte Kartellbußgeld ab. Die Arbeit untersucht, ob die Funktionen der Kartellgeldbuße, Grundprinzipien der staatlichen Sanktionierung, insbesondere das Prinzip der Höchstpersönlichkeit der Sanktionierung oder das System des Kartellsanktionsrechts mit seinem für natürliche und juristische Personen differenziert ausgestalteten Bußgeldrahmen eine Korrektur des Schadensbegriffs im Sinne der Differenzmethode erzwingen.

Wie jeder staatlichen Strafe liegt auch der Kartellgeldbuße eine repressive, das heißt auf Ahndung des begangenen Unrechts zielende Funktion zugrunde. Die repressive Funktion der Kartellgeldbuße wird durch eine Rückgriffnahme der sanktionierten Kapitalgesellschaft nicht konterkariert, weil der Regressanspruch weder an der Zahlungsverpflichtung der Gesellschaft im Außenverhältnis rüttelt noch deren persönliche Betroffenheit als Sanktionsadressatin vereitelt. Denn ein Regressautomatismus besteht für den vorliegend thematisierten

Rückgriffsanspruch nicht. Die Bebußung impliziert nicht eine gesellschaftsinterne Weitergabemöglichkeit.

Neben der repressiven Ahnungsfunktion kommt der Kartellgeldbuße eine präventiv ansetzende Verhaltenssteuerungsfunktion zu. Ob eine Anknüpfung der präventiven Funktion an die einzelnen Geschäftsleiter oder aber an das Unternehmen selbst zu einer besseren Durchschlagkraft des Wettbewerbsrechts führt wird von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Unternehmensgröße, der Organmitgliederzahl und der Kompetenzverteilung innerhalb des Organs abhängen. Es kann somit nicht zweifelsfrei festgestellt werden, dass der spezialpräventive Sanktionszweck erstens bei dem Unternehmen selbst ansetzen muss und deshalb zweitens vereitelt würde, wenn die Möglichkeit der Abwälzung der Geldbuße besteht.

Auch nicht das im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht Geltung beanspruchende Prinzip der Höchstpersönlichkeit erzwingt einen Ausschluss des nach den allgemeinen schadensrechtlichen Regeln zulässigen Rückgriffsanspruchs der Gesellschaft. Insbesondere die Rechtsprechung des RG und des BGH, mit der eine grundsätzliche Regressfähigkeit des aus einer staatlichen Sanktionierung resultierenden Vermögensnachteils anerkannt wird, zeigt deutlich auf, dass die Höchstpersönlichkeit der Sanktionierung nicht in die zivilrechtlichen Rechtsbeziehungen hineinwirkt. Die Verschaffung eines finanziellen Ausgleichs für die geleistete Bußgeldzahlung tangiert den staatlichen Strafanspruch nicht.

Die Abwälzbarkeit der Unternehmenskartellgeldbuße konfligiert auch nicht mit der Individualität der Straf- und Bußgeldzumessung und dem System des § 81 Abs. 4 S. 1 und S. 2 GWB, der abgestuften Behandlung natürlicher und juristischer Personen, bei der Bußgeldzumessung aushebeln. Die Individualität der Sanktionszumessung ist im Kartellrecht in § 81 Abs. 4 S. 6 GWB, § 17 Abs. 3 OWiG, Art. 23 Abs. 3 Verordnung EG Nr. 1/2003 und den Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts sowie der Kommission verankert. Darüber hinaus findet sich im deutschen Kartellsanktionsrecht ausdrücklich ein differenziert ausgestalteter Bußgeldrahmen, § 81 Abs. 4 GWB. Die Auflösung des Problems liegt einmal mehr im Vollzug und der Beachtung einer Trennung des Sanktions- und des Haftungsregimes.

Auch die dem Aktenrecht entstammende Wertung eines austarierten Systems der Risiko- und Gewinnverteilung erzwingt den Regressausschluss nicht. Das Gesellschaftsvermögen soll zwar das Risiko unternehmerischer Fehlentscheidungen tragen. Die aus einem sorgfaltswidrigen bis hin zu einem rechtswidrigen Verhalten des Vorstands entstehenden finanziellen Lasten werden hingegen dem verantwortlichen Organmitglied zugewiesen. Im Gegenteil reiht sich deshalb die Haftung des pflichtvergessenen Vorstandsmitglieds für eine Unternehmenskartellgeldbuße sogar systematisch stimmig in die Unterscheidung zwischen dem Risiko einer unternehmerischen Fehlentscheidung und demjenigen sorgfaltswidrigen Verhaltens ein.

Letztlich verhält sich der Staat auch nicht widersprüchlich, wenn einerseits im Bußgeldrecht ein bestimmtes Rechtssubjekt wegen individuellen Fehlverhaltens als Adressat einer Sanktion einen Vermögensnachteil erleiden soll, andererseits aber im Organhaftungsrecht auf Grundlage einer gesetzlichen Haftungsnorm die Befreiung des Bußgeldadressaten von eben dieser Sanktionslast geregelt ist. Die Befreiungsmöglichkeit des bebußten Unternehmens von dem ihm staatlich auferlegten Übel ist letztlich eine Folge der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der juristischen Person, des Verhältnisses zwischen der juristischen Person und ihren Unternehmensangehörigen und der damit einhergehenden notwendigen Trennung des Innen- und Außenverhältnisses.

Anders als das deutsche Kartellsanktionsrecht kennt die europäische Regelung des Art. 23 Abs. 2 Verordnung EG Nr. 1/2003 lediglich die Bebußung von Unternehmen und

Unternehmensvereinigungen für Kartellrechtsverstöße. Dass die europäische Regelung nur die Bebußung von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen kennt, ist jedoch auf die kompetenzielle Verteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten zurückzuführen. Das Unionsrecht steht weder der unmittelbaren Sanktionierung noch der zivilrechtlichen Haftung von natürlichen Personen auf nationaler Ebene für Unternehmenskartellbußgelder entgegen, unabhängig davon, ob die Buße aufgrund eines Verstoßes gegen §§ 1 ff. GWB oder gegen Artt. 101, 102 AEUV verhängt wurde.

Wegen eines Kartellrechtsverstoßes mit einem Bußgeld belegte Aktiengesellschaften können somit im Ergebnis grundsätzlich einen Ersatzanspruch gestützt auf § 93 Abs. 2 S. 1 AktG gegenüber ihren intern für das wettbewerbswidrige Verhalten verantwortlichen Mitgliedern des Vorstands geltend machen. Das in dieser Rechtsfrage zu einem anderen Ergebnis gelangende Urteil des LAG Düsseldorf vom 20.01.2015 wurde vom BAG aufgehoben, wenngleich unter Berufung auf formale und nicht etwa materielle Gesichtspunkte.

Der Schadensersatzanspruch aus § 93 Abs. 2 S. 1 AktG stellt unter Kausalitätsgesichtspunkten keinen Sonderfall dar. Nach den allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen muss zwischen der Pflichtverletzung des delinquenten Vorstandsmitglieds und dem monierten Schaden ein Zurechnungszusammenhang bestehen. In Fällen einer aktiven und unmittelbaren Beteiligung des Vorstandsmitglieds an dem kartellrechtswidrigen Verhalten wird sich der Schaden der Aktiengesellschaft regelmäßig kausal auf das Verhalten des Vorstandsmitglieds zurückführen lassen. Die bei Legalitätskontrollpflichtverstößen des Vorstandsmitglieds aufkommenden beweis- und darlegungsrechtlichen Schwierigkeiten lassen sich mittels der vorhandenen rechtlichen Instrumente zur Vereinfachung der Beweisführung lösen. Der beweis- und darlegungsbelasteten Gesellschaft kommt die Erleichterung des § 287 ZPO zugute.

Auch bei sehr hohen Gehältern bedeutet die Haftung für Bußgelder oder andere Schäden in dieser Größenordnung den wirtschaftlichen Ruin eines Vorstandsmitglieds. Weder die D&O-Versicherung noch das Eingreifen der Business Judgement Rule noch der Ausschluss des Abschöpfungsteils als ersatzfähiger Schaden können jedoch darüber hinweghelfen, dass die Kombination aus dem strengen Organhaftungsregime des Aktiengesetzes, der Unmöglichkeit einer Abweichung von diesen Vorgaben, der fortschreitenden Ausdehnung der Verhaltenspflichten aus § 93 Abs. 1 S. 1 AktG, der gesetzlich begrenzten Vergütung, der Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG, der Sperrfrist des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG und dem schadensmultiplizierenden Unternehmenskontext der Rechtsform der Aktiengesellschaft zu dem Haftungsrisiko der Vorstandsmitglieder und deren wirtschaftlichen Chancen in keinem sinnvollen Verhältnis mehr steht. Eine Begrenzung der Haftung des Vorstands ist deshalb angezeigt.

Unabhängig von dem jeweils gewählten Begründungsansatz sind deshalb alle Vorschläge einer Haftungsreduktion *de lege lata* schwerwiegenden Bedenken in Form einer Unstimmigkeit zwischen einer solchen Haftungsreduktion und der Ausgestaltung des derzeitigen Haftungsregimes ausgesetzt.

Die Arbeit zeigt auf, dass unter der *lex lata* keine Möglichkeit einer Haftungsreduktion zu Gunsten der Vorstandsmitglieder besteht.

Auf den im Kartellsanktionsrecht geltenden Haftungsrahmen kann nicht zurückgegriffen werden, da die Anerkennung der Ersatzfähigkeit der Kartellgeldbuße impliziert, dass die Wertungen des Kartellsanktionsrechts für die nachfolgende zivilrechtliche Regressnahme ohne Bedeutung sind.

Der Aufsichtsrat hat auch kein Ermessensspielraum bezüglich der Frage einer Anspruchsverfolgung. Das Problem der unverhältnismäßigen Haftung des Vorstands würde nicht gelöst, sondern nur auf die Ebene der Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats verlagert.

Der Abbedingung des Haftungsumfangs des § 93 Abs. 2 S. 1 AktG auf privatautonomen Wege steht gegenwärtig die Satzungsstrenge des § 23 Abs. 5 AktG, respektive der zwingenden Charakter des § 93 Abs. 2 S. 1 AktG entgegen.

Ebenso ist die gesetzlich nicht ausdrücklich kodifizierte und in ihrem Umfang bislang unklare gesellschaftsrechtliche Fürsorgepflicht nicht dazu geeignet, von der uneingeschränkten Haftungsanordnung des § 93 Abs. 2 S. 1 AktG abzurücken.

Obgleich sich die dem Grundsatz der privilegierten Arbeitnehmerhaftung zugrundeliegenden Wertungen zumindest in Teilen auf die Haftungssituation von Vorstandsmitgliedern übertragen lassen, muss jedenfalls aus methodischen Gründen von der Anwendung der Haftungsfreistellungsregelung der betrieblich veranlassten Tätigkeit auf die Haftungspflicht der Organwalter gegenüber der Aktiengesellschaft Abstand genommen werden. In Ermangelung einer Regelungslücke hinsichtlich der Organinnenhaftung liegen jedenfalls die Voraussetzungen einer Analogie zu den Grundsätzen der privilegierten Arbeitnehmerhaftung nicht vor.

Letztlich liegen die Voraussetzungen einer bereits als geltendes Recht zur Anwendung kommenden, unmittelbar aus der Verfassung abgeleiteten Haftungsreduktion nicht vor.

Der Notwendigkeit der Begrenzung des Haftungsumfangs der Vorstandsmitglieder im Innenverhältnis gegenüber der Aktiengesellschaft kann also nur durch eine Änderung der Rechtslage *de lege ferenda* Rechnung getragen werden.

Die Arbeit erachtet die Aufnahme einer Abweichungsbefugnis im Sinne von § 23 Abs. 5 S. 1 AktG in § 93 AktG gegenüber einer gesetzlichen Fixregelung als vorzugswürdig. Die rechtliche Zulässigkeit einer Öffnung der Satzung für Regelungen der Haftungsbegrenzung zugunsten der Geschäftsleitungsmitglieder ist auch erstens mit den Zielen der Vorstandsinnenhaftung, zweitens mit dem Sinn und Zweck der Satzungsstrenge des § 23 Abs. 5 AktG und drittens mit der Bestimmung des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG vereinbar.

Die Dispositionsbefugnis der Hauptversammlung sollte sich dabei auf Haftungsreduktionsklauseln beschränken, die eine Erleichterung zugunsten des Vorstandsmitglieds im Sinne einer Kürzung des Haftungsumfangs in Abhängigkeit von der Vergütung vorsehen. Die Eindämmung der Einstandspflicht für vorsätzliches und grob fahrlässiges Verhalten der Vorstandsmitglieder sollte von Gesetzes wegen ausgeschlossen werden. Einer über das übliche Maß hinausgehenden Informationspflicht des Vorstands gegenüber der Hauptversammlung bedarf es ebenso wenig wie einer von Gesetzes wegen beschränkten Gültigkeitsdauer statutarischer Haftungsbegrenzungsregelungen. Der Gesellschaft bleibt es indes unbenommen, sowohl besondere Informationspflichten als auch eine temporäre Begrenzung der Gültigkeit der betreffenden Regelung in der Satzung festzuschreiben.

Letztlich sollte die Öffnung der Satzung für Haftungsbeschränkungsklauseln durch den Ausschluss der Möglichkeit des Abschlusses einer Eigenversicherung durch die Vorstandsmitglieder zur Abdeckung des Pflichtselbstbehalts aus § 93 Abs. 2 S. 3 AktG flankiert werden.

Die Arbeit wendet sich sodann der Anwendbarkeit der Grundsätze des Vorteilsausgleichs zu. Die Beteiligung eines Unternehmens an einem Kartellverstoß geht typischerweise mit der Generierung eines unter Umständen ganz erheblichen Kartellgewinns einher. Gerade im Bereich des Kartellrechts liegt daher der Einwand des in Anspruch genommenen Geschäftsleitungsmitglieds nahe, sein pflichtwidriges Verhalten habe zwar zu einer Einbuße am Gesellschaftsvermögen geführt, gleichzeitig seien der Gesellschaft aber auch



wirtschaftliche Vorteile zugeflossen, die nunmehr mindernd bei der Berechnung der Haftungssumme berücksichtigt werden müssten.

Unter Zugrundelegung der von der Rechtsprechung geforderten Voraussetzungen der Vorteilsanrechnung kann der in Anspruch genommene Geschäftsleiter die der Gesellschaft durch sein Verhalten zugeflossenen Vorteile in Abzug bringen. Nichtsdestotrotz müssen letztlich immer die Umstände des Einzelfalls für die Entscheidung über die Zulässigkeit der Vorteilsanrechnung maßgebend sein.

Unabhängig davon, auf welche Weise die staatliche Behörde den Vorteil des Kartelltäters abschöpft, das heißt, schon im Bußgeldverfahren nach § 81 Abs. 5 GWB, im Wege der Verfallsanordnung nach § 29a OWiG oder im Verwaltungsverfahren nach § 34 GWB kann sich das in Anspruch genommene Organmitglied nicht mehr auf die der Aktiengesellschaft durch sein schädigendes Verhalten kausal zugeflossenen Vorteile zur Minderung seiner Schadensersatzpflicht berufen, sofern die behördliche Gewinnabschöpfung zeitlich vor der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs erfolgte. Ob für das in Anspruch genommene Vorstandsmitglied die Möglichkeit besteht, sich auf die Grundsätze des Vorteilsausgleichs zu berufen, hängt also davon ab, wie sich die Behörde im Bußgeldverfahren beziehungsweise später im Verwaltungsverfahren verhält. Grund für die bedenkliche Situation, die sich unter der derzeitigen Rechtslage aus der Gemengelage von Vorteilsausgleich und Vorteilsabschöpfung ergibt, ist einerseits die Zersplitterung der behördlichen Instrumente zur Gewinnabschöpfung, andererseits die Ermessensregelung des § 81 Abs. 5 S. 1 GWB.

Das einseitige Abhängigkeitsverhältnis des Innenausgleichs von der Gewinnabschöpfung erfüllt keinen aner kennenswerten Zweck, sondern führt lediglich zu einer aus Sicht der am Regressanspruch beteiligten Parteien willkürlichen und unsicheren Rechtslage.

Das der Kartellbehörde im Zuge der siebten GWB-Novelle eingeräumte Ermessen ist deshalb zurückzunehmen und § 81 Abs. 5 S. 1 GWB von einer Kann- in eine Soll-Vorschrift umzuwandeln. Zudem ist in § 81 Abs. 5 GWB eine inhaltlich an § 34 Abs. 2 GWB angelehnte Regelung aufzunehmen.

Die Erwägungen, mit denen letztlich die Ausweitung des Ermessens in § 81 Abs. 5 S. 1 GWB im Zuge der siebten GWB-Novelle begründet wurde, stehen einer Neufassung der Regelung und Rückführung hin zu einer Soll-Vorschrift nicht entgegen.

Das Schwergewicht der Vorstandsinnenhaftung liegt zweifelsohne auf § 93 Abs. 2 S. 1 AktG. Vertragliche und deliktische Ansprüche treten gegenüber der organschaftlichen Haftung in den Hintergrund. Die Arbeit untersucht konkurrierende Anspruchsgrundlagen daher nur knapp. Auch im Rahmen vertraglicher und deliktischer Ansprüche ist die Erfüllung einer Kartellbußgeldzahlungsverpflichtung jedenfalls als Schaden der Gesellschaft regressierbar.

Abschließend begutachtet die Arbeit im Rahmen eines Annexes die Übertragbarkeit der hinsichtlich der Haftungssituation der Vorstandsmitglieder gefundenen Ergebnisse auf die Haftungssituation von Aufsichtsratsmitgliedern. Unter Berücksichtigung der spezifischen Situation des jeweiligen Organs lassen sich die vorstehenden Ausführungen zur Haftung von Vorstandsmitgliedern nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG im Kontext eines Kartellverstoßes auf Mitglieder des Aufsichtsrats im Grundsatz transferieren. Das gilt insbesondere hinsichtlich der Regressfähigkeit eines Unternehmenskartellbußgeldes, der Notwendigkeit einer Abmilderung des Haftungsumfangs und der Anwendbarkeit der Grundsätze des Vorteilsausgleichs.

Die Arbeit wird im Jahr 2021 in der Schriftenreihe „Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht“ (Nomos) erscheinen.