

## **Kartellbußgelder gegen Vorstandsmitglieder**

### **Aktienrechtliche Möglichkeiten und Grenzen einer Freistellung durch den Aufsichtsrat**

Rechtsanwalt Dr. Robert Weber und Wiss. Mitarbeiter Milan Schäfer\*

Auf der Grundlage der Rechtsprechung erscheint es im Rahmen von Kartellbußgeldverfahren höchst problematisch, Vorstandsmitgliedern ohne Beteiligung der Hauptversammlung verbindlich zuzusichern, dass die Gesellschaft sie im Gegenzug für ihre umfassende Kooperation mit dem Bundeskartellamt (BKartA) von einer ihnen persönlich drohenden Geldbuße freistellt. Der Beitrag zeigt auf, dass die Rechtsprechung einer solchen Freistellungszusage durch den Aufsichtsrat gleichwohl nicht immer entgegensteht.

#### **I. Einleitung**

Ein Blick in die Kartellrechtspraxis der jüngeren Vergangenheit zeigt einen erheblichen Anstieg in der Höhe der verhängten Kartellgeldbußen. Der Erlass, aber auch die Reduzierung eines solchen Bußgeldes, gelingt nur bei umfassender Kooperation mit dem BKartA, wofür insbesondere die Kooperationsbereitschaft der Mitglieder des Vorstands von zentraler Bedeutung ist. Wo ein Vorstandsmitglied aber selbst an den Kartellrechtsverstößen beteiligt war, wird seine Bereitschaft zur Kooperation regelmäßig von einer Gegenleistung abhängen. Vor allem kommt die Freistellung von dem Vorstand persönlich drohenden Bußgeldern in Betracht.

Dabei stellt sich allerdings das Problem, dass zwar zum einen zügiges Handeln geboten ist, da die einschlägigen Kronzeugenregelungen nicht viel Zeit zur Vorbereitung der Kooperation lassen, zum anderen aber auf Grundlage der jüngeren Rechtsprechung des *BGH* eine Freistellungszusage als Gegenleistung für die umfassende Kooperation eines Vorstandsmitglieds scheinbar stets der Beteiligung der Hauptversammlung nach Abwarten einer dreijährigen Frist bedarf (§ 93 IV 3 AktG analog).<sup>1</sup> Gleichwohl erscheint die Zusage einer Freistellung allein durch den Aufsichtsrat, ohne Beteiligung der Hauptversammlung, auch auf Grundlage der Rechtsprechung möglich.

#### **II. Einleitung**

Unternehmen sehen sich in jüngerer Zeit zunehmend mit Geldbußen in nicht selten hoher zwei- bis dreistelliger Millionenhöhe – oder gar darüber hinaus – konfrontiert. Gerade Kartellgeldbußen gegen Unternehmen erreichen aufgrund der stetigen Verschärfung der kartellrechtlichen Praxis neue Rekordsummen.<sup>2</sup> Doch die Sanktionierung eines Kartellverstoßes ist alles andere als zwingend. Sowohl das deutsche als auch das europäische Kartellrecht geben den Unternehmen Möglichkeiten an die Hand, die Verhängung einer Kartellgeldbuße zu vermeiden oder eine solche zumindest der Höhe nach drastisch zu verringern.

Diese Möglichkeit wird durch so genannte kartellrechtliche „Kronzeugenregelungen“ eröffnet.<sup>3</sup> Das BKartA hat insoweit in Ausübung der ihm nach § 81 VII GWB eingeräumten Befugnisse mit der Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen – Bonusregelung – vom 7.3.2006<sup>4</sup> allgemeine Verwaltungsgrundsätze über die Ausübung seines Ermessens bei der Bemessung der Geldbuße festgelegt, die zu einer Selbstbindung des Ermessens des BKartA führen.<sup>5</sup> Eine ähnliche Kronzeugenregelung für Kartellbußgeldverfahren seitens der europäischen Kommission enthält die „Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen“.<sup>6</sup>

## 1. Kartellrechtliche Bonusregelung des BKartA

Nach Rn. 3 der Bonusregelung des BKartA wird einem Kartellbeteiligten die Geldbuße erlassen, wenn kumuliert folgende Voraussetzungen vorliegen: (1) Der Kartellbeteiligte muss sich als erster Kartellbeteiligter an das BKartA wenden, bevor dieses über ausreichende Beweismittel verfügt, um einen

Weber/Schäfer: Kartellbußgelder gegen Vorstandsmitglieder (NZG 2020, 407)

408 

Durchsuchungsbeschluss zu erwirken; (2) er muss das BKartA durch mündliche und schriftliche Informationen und – soweit verfügbar – Beweismittel in die Lage versetzen, einen Durchsuchungsbeschluss zu erwirken; (3) er darf nicht alleiniger Anführer des Kartells gewesen sein oder andere zur Teilnahme an dem Kartell gezwungen haben und (4) er muss ununterbrochen und uneingeschränkt mit dem BKartA zusammenarbeiten. Auch wenn das BKartA bereits in der Lage ist, einen Durchsuchungsbeschluss zu erwirken, wird unter bestimmten Voraussetzungen für den ersten Kartellbeteiligten, der sich an das BKartA wendet, ein Bußgeld noch „in der Regel“ erlassen.<sup>7</sup> Zudem ist für weitere Kartellanten, die Beweismittel mit einem erheblichen Mehrwert liefern, eine Bußgeldreduzierung um bis zu 50 % möglich. Der Umfang der Reduzierung richtet sich insbesondere nach dem Nutzen der Aufklärungsbeiträge, aber auch der Reihenfolge der Anträge. Auch hier ist also von Bedeutung, wie viele andere Kartellbeteiligte bereits zuvor einen Antrag beim BKartA gestellt haben.<sup>8</sup>

Das Verfahren wird in Gang gesetzt, indem der Kartellbeteiligte gegenüber dem BKartA seine Bereitschaft zur Zusammenarbeit erklärt (*Marker setzen*).<sup>9</sup> Der Zeitpunkt, in welchem der Marker gesetzt wurde, ist insbesondere entscheidend dafür, wer der erste zur Kooperation bereite Kartellbeteiligte ist und somit in den Genuss des Bußgelderlasses kommt. Daher ist in der Praxis eine schnelle Reaktion notwendig. Teils kann es eine Frage von Minuten sein, ob die Abwendung der Bußgeldverhängung gelingt – oder doch allenfalls eine Reduzierung, da ein Mitkartellant den Marker schneller gesetzt hat („*Windhundrennen*“).<sup>10</sup> Ist der Marker gesetzt, hat der Kartellant innerhalb einer durch das BKartA zu bestimmenden Frist einen Antrag nach der Bonusregelung zu stellen, in welchem umfassende Angaben zu dem aufgedeckten Kartell gemacht werden müssen (*Bonusantrag*).<sup>11</sup>

Während des gesamten Verfahrens treffen den Kartellanten umfassende Kooperationspflichten.<sup>12</sup> Insbesondere muss er alle an der Kartellabsprache beteiligten Beschäftigten (einschließlich ehemaliger Beschäftigter) benennen und darauf hinwirken, dass all diejenigen Beschäftigten, von denen Informationen und Beweismittel erlangt werden können, während des Verfahrens ununterbrochen und uneingeschränkt mit dem BKartA zusammenarbeiten.<sup>13</sup> Erfüllt der Antragsteller seine Verpflichtungen nicht, entfällt sein Rang als erster Kooperationswilliger und damit regelmäßig auch die Chance zumindest auf einen Bußgelderlass.<sup>14</sup>

## 2. Mitwirkung des Vorstands

Ist der Kartellant eine AG, erlangt damit die Kooperationsbereitschaft der Vorstandsmitglieder Bedeutung, insbesondere soweit diese selbst an Kartellrechtsverstößen beteiligt waren oder das kartellrechtlich relevante Verhalten sich in ihrem Zuständigkeitsbereich ereignet hat.<sup>15</sup>

Doch solche Mitglieder des Vorstands werden nicht selten ein Eigeninteresse daran haben, nicht umfassend mit dem BKartA zu kooperieren.<sup>16</sup> Schließlich droht ihnen im Falle einer Beteiligung an dem Kartell selbst die Verhängung einer Kartellgeldbuße. § 81 GWB erlaubt eine Sanktionierung sowohl natürlicher als auch juristischer Personen;<sup>17</sup> im deutschen Kartellrecht ist eine solche persönliche Bebußung nach unserer Erfahrung auch durchaus üblich. Wird ein Bonusantrag gestellt, wird dieser in

der Regel zwar auch als Antrag für die in dem Unternehmen gegenwärtig oder früher beschäftigten und an dem Kartell beteiligten natürlichen Personen gewertet.<sup>18</sup> Ein Bußgelderlass ist jedoch auch insoweit nur in den engen Grenzen der Bonusregelung vorgesehen, so dass dieser namentlich ausscheidet, wo bereits zuvor ein anderer Kartellant einen Marker gesetzt hat und in der Folge umfassend kooperiert. Und auch der Umfang einer Bußgeldreduktion ist – wie oben dargelegt – ua davon abhängig, ob und wie viele andere Kartellbeteiligte bereits Anträge beim BKartA gestellt haben. Das an einem Kartell beteiligte Vorstandsmitglied wird sich mit Blick auf dieses Risiko kritisch hinterfragen, ob eine umfassende Kooperation und die damit einhergehende Selbstbelastung aus persönlicher Sicht sinnvoll ist. Seine Selbstbelastung erleichtert nämlich nicht zuletzt auch der Gesellschaft die Beweisführung, wenn es darum gehen sollte, beim Vorstandsmitglied gem. § 93 II 1 AktG jedenfalls für Kartellschadensersatzansprüche Dritter (§ 33 a GWB)<sup>19</sup> Regress zu nehmen.<sup>20</sup>

Gesellschaften sehen sich mithin vor die Herausforderung gestellt, solche Vorstandsmitglieder zur Kooperation mit dem BKartA zu bewegen.

### **a) Aussagepflicht**

Freilich ließe sich argumentieren, die Vorstandsmitglieder seien aus ihrer Treuepflicht heraus zur Kooperation verpflichtet, da sie in allen Angelegenheiten, die das Interesse der Gesellschaft berühren, grundsätzlich allein deren und nicht den eigenen Vorteil zu suchen haben.<sup>21</sup> Mit Blick auf die jüngere Rechtsprechung des *BGH* aus dem Jahr 2018 sprechen auch gewichtige Bedenken dagegen, dass ein Vorstandsmitglied die Kooperation verweigern könnte, weil es sich hierdurch selbst belasten würde.<sup>22</sup>

Selbst wenn man hiernach aber eine Pflicht des an einem Kartell beteiligten Vorstandsmitglieds zur Kooperation annimmt, wird diese regelmäßig praktisch wirkungslos sein, da der Gesellschaft nach der Bonusregelung nicht die Zeit verbleibt, einen Anspruch gegen ihre Vorstandsmitglieder gerichtlich durchzusetzen. Selbst die Erzwingung der Mitwir-

Weber/Schäfer: Kartellbußgelder gegen Vorstandsmitglieder (NZG 2020, 407)

409  

kung im Wege des Eilrechtsschutzes dürfte angesichts der Notwendigkeit zur schnellen Reaktion im Einzelfall oftmals nicht zielführend sein.

Auch kann sich die Gesellschaft kaum damit begnügen, man könne den entstandenen Schaden nachträglich bei dem kooperationsunwilligen Vorstandsmitglied regressieren. Zum einen ist die Regressfähigkeit einer Kartellgeldbuße bereits dem Grunde nach höchst umstritten.<sup>23</sup> Zum anderen wird diese ohnehin regelmäßig zumindest nicht vollumfänglich und oftmals auch nicht in erheblichem Umfang bei dem Vorstandsmitglied beiteilbar sein.

### **b) Incentivierung**

Daher ist das Unternehmen im Ergebnis jedenfalls gezwungen, den Vorstandsmitgliedern Anreize zur Mitwirkung zu geben. Zu erwägen wäre hierbei insbesondere, mit diesen im Gegenzug für ihre Kooperation einen Haftungsverzicht, die Nichtgeltendmachung von Schadensersatzansprüchen oder die Freistellung von persönlich drohenden Geldbußen zu vereinbaren. Die vorstehend aufgezeigten Optionen, welche üblicherweise im Rahmen so genannter Amnestieprogramme für Arbeitnehmer gewählt werden, um diese zur Kooperation zu bewegen,<sup>24</sup> lassen sich allerdings gegenüber Vorstandsmitgliedern nicht vollumfänglich realisieren:

Die zügige Vereinbarung eines Haftungsverzichts gegenüber den Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft scheidet aus. Zwar ist für die Gewährung von Anreizen gegenüber dem Vorstand gem. § 112 AktG grundsätzlich der Aufsichtsrat zuständig. Für den Verzicht auf Ersatzansprüche indes

kommt ihm keine alleinige Kompetenz zu. Vielmehr bedarf ein solcher Verzicht bei der Aktiengesellschaft gem. § 93 IV 3 AktG der Zustimmung der Hauptversammlung, welche darüber erst drei Jahre nach der Entstehung des Anspruchs beschließen kann. Auch darf keine Minderheit, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des Grundkapitals erreichen, zur Niederschrift Widerspruch erheben.

Eine verbindliche Zusage des Aufsichtsrats, Schadensersatzansprüche nicht geltend zu machen (so genanntes *pactum de non petendo*), scheidet aus denselben Gründen aus. Nach der ARAG/Garmenbeck-Rechtsprechung des *BGH* darf der Aufsichtsrat zwar ohne Zustimmung der Hauptversammlung von der Geltendmachung von Ersatzansprüchen absehen, wenn gewichtige Gründe des Gesellschaftswohls gegen eine Inanspruchnahme sprechen und diese Umstände die Gründe, die für eine Rechtsverfolgung sprechen, überwiegen oder ihnen zumindest gleichwertig sind.<sup>25</sup> Eine verbindliche Zusage hierüber darf er den Vorstandsmitgliedern indes nicht ohne Zustimmung der Hauptversammlung abgeben.<sup>26</sup>

Zu erwägen ist lediglich noch, ob es dem Aufsichtsrat auch ohne Beteiligung der Hauptversammlung und vor Ablauf einer Drei-Jahres-Frist möglich ist, Vorstandsmitglieder zur Kooperation zu bewegen, indem mit diesen – zeitlich freilich dem Kartellrechtsverstoß nachgelagert<sup>27</sup> – vereinbart wird, sie im Gegenzug für seine umfassende Kooperation von einer möglicherweise ihnen persönlich für die Kartellbeteiligung drohenden Geldbuße freizustellen. Liest man allein den Leitsatz einer Entscheidung des *BGH* aus dem Jahr 2014, erscheint auch dies problematisch. Dort heißt es, dass die Hauptversammlung einer Übernahme der Geldstrafe, Geldbuße oder Geldauflage durch die Gesellschaft zustimmen muss, wenn das Vorstandsmitglied einer AG durch eine Handlung, die Gegenstand eines Ermittlungs- oder Strafverfahrens ist, gleichzeitig seine Pflichten gegenüber der Gesellschaft verletzt hat.<sup>28</sup> Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt, eine Pflichtverletzung wird regelmäßig in der Beteiligung des Vorstandsmitglieds an einem Kartell zu sehen sein. Das Vorstandsmitglied verletzt hiermit nämlich zugleich seine Legalitätspflicht gegenüber der Gesellschaft.<sup>29</sup>

Gleichwohl sprechen nach unserer Auffassung überzeugende Gründe dafür, dass es dem Aufsichtsrat auch auf Grundlage dieser Rechtsprechung – ohne Beteiligung der Hauptversammlung – möglich ist, mit Vorstandsmitgliedern verbindlich zu vereinbaren, dass die Gesellschaft diese als Gegenleistung für eine umfassende Kooperation von einer ihnen persönlich drohenden Geldbuße freistellt, wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird.

### **III. Freistellungszusagen und § 93 IV 3 AktG analog**

#### **1. Die Rechtsprechung des BGH**

Gegenstand dieser Entscheidung des *BGH* aus dem Jahr 2014 war die Übernahme einer einem Vorstandsmitglied gem. § 153 a StPO auferlegten Geldauflage. Die Gesellschaft hatte im höchstrichterlich entschiedenen Fall im Aufhebungsvertrag zugesagt, man werde etwaige, gegen das Vorstandsmitglied verhängte, Geldsanktionen – soweit rechtlich zulässig – übernehmen, dies wohl vor dem Hintergrund, dass im Gegenzug mit der Zustimmung des Vorstandsmitglieds zur Einstellung des Ermittlungsverfahrens eine öffentliche Erörterung der Vorwürfe in einer Hauptverhandlung abgewendet wurde.<sup>30</sup>

Der *BGH* sah für eine solche Übernahme die Notwendigkeit einer Zustimmung der Hauptversammlung nach § 93 IV 3 AktG analog, da die Freistellung einem Verzicht oder Vergleich gleichkomme: § 93 AktG solle ausschließen, dass der Vorstand durch eine pflichtwidrige Handlung der Gesellschaft dauerhaft einen Nachteil zufügt. Wenn die Gesellschaft dem Vorstand eine strafrechtliche Sanktion ersetze, die für eine Handlung verhängt wird, die gleichzeitig gegenüber der Gesellschaft pflichtwidrig ist, füge sie sich einen Nachteil zu, den nach § 93 AktG eigentlich der Vorstand zu tragen hätte.<sup>31</sup>

## 2. Reaktionen im Schrifttum

Mit seiner Entscheidung hat der *BGH* einen bereits langjährig im Schrifttum diskutierten Streit für die Praxis scheinbar „gelöst“. <sup>32</sup> Eine wohl als Mindermeinung zu bezeichnende Strömung im Schrifttum lehnt die Entscheidung zwar ab und vertritt weiterhin die Auffassung, die Übernahme einer Sank-

Weber/Schäfer: Kartellbußgelder gegen Vorstandsmitglieder (NZG 2020, 407)

410  

tion müsse zulässig sein, wenn gewichtige Gründe des Gesellschaftswohls es rechtfertigen, von den Wertungen des § 93 IV 3 AktG abzuweichen; <sup>33</sup> teilweise wird vorgeschlagen, dass die Entscheidung des Aufsichtsrats der Business Judgement Rule (§§ 116 S. 1, 93 I 2 AktG) unterliege. <sup>34</sup>

Die herrschende Auffassung in der Literatur hat sich hingegen der Linie des *BGH* angeschlossen. <sup>35</sup> Die Rechtsprechung wird insoweit wohl dahingehend verstanden, dass die Übernahme einer Geldbuße *stets* der Zustimmung der Hauptversammlung bedarf, solange das Vorstandsmitglied durch die Handlung, die Gegenstand eines Ermittlungs- oder Strafverfahrens ist, zugleich seine Pflichten gegenüber der Gesellschaft verletzt. <sup>36</sup>

## IV. Praktische Folgen für Kronzeugenregelungen

Die Rechtsprechung des *BGH* ist indes nach unserem Dafürhalten keineswegs dahingehend zu verstehen, dass dem Aufsichtsrat die in Kartellbußgeldverfahren wirtschaftlich so dringend notwendige Möglichkeit verstellt ist, Vorstandsmitglieder durch die Zusage, sie von einer ihnen persönlich drohenden Kartellgeldbuße freizustellen, zur umfassenden Kooperation mit dem BKartA zu bewegen – solange zugleich vereinbart wird, dass die Freistellung nur *als Gegenleistung* für eine umfassende Kooperation gewährt wird.

### 1. Folgen eines (zu) konsequent verstandenen Zustimmungserfordernisses

Ein anderes Ergebnis würde zum einen eine Diskrepanz zur Behandlung von Arbeitnehmern im Rahmen von Amnestieprogrammen zur Folge haben. Gegenüber diesen kann der Vorstand nach allgemeiner Ansicht grundsätzlich die Freistellung von einer Geldbuße zusagen, hat dabei freilich insbesondere die Grenzen unternehmerischen Ermessens zu wahren (§ 93 I 2 AktG, Business Judgement Rule). <sup>37</sup> Zum anderen wäre die Aktiengesellschaft erheblich schlechter gestellt als etwa die GmbH. Bei Letzterer kann die Gesellschafterversammlung grundsätzlich die Freistellung veranlassen und den Weg für eine umfassende Kooperation mit dem BKartA freimachen. Sie ist insbesondere nicht an den Ablauf einer Drei-Jahres-Frist gebunden. <sup>38</sup>

Diese Diskrepanzen können freilich abgemildert werden, wenn der Aufsichtsrat dem betroffenen Vorstandsmitglied bis zur Zustimmung der Hauptversammlung ein Darlehen oder einen Vorschuss unter dem Vorbehalt der Rückforderung gewährt. Auf solche vorläufigen Regelungen hat auch der *BGH* für Fälle verwiesen, in denen der Aufsichtsrat noch nicht beurteilen kann, ob eine Pflichtverletzung vorliegt. <sup>39</sup> Doch darf die Anreizwirkung einer solchen vorläufigen Regelung bezweifelt werden. Das betroffene Vorstandsmitglied wäre nämlich in diesem Fall über einen Zeitraum von drei Jahren Unsicherheiten darüber ausgesetzt, ob es letztlich die Geldbuße doch selbst zu tragen hat – wozu in analoger Anwendung von § 93 IV 3 AktG bereits die Verweigerung der Zustimmung durch eine Minderheit von Aktionären, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des Grundkapitals erreichen, führen könnte.

### 2. Richtigerweise Maßgeblichkeit der Vermögenseinbuße

Bei genauerer Betrachtung aber erscheint es folgerichtig, dass der Aufsichtsrat auch nach der Rechtsprechung des *BGH* ohne Beteiligung der Hauptversammlung verbindlich die Übernahme einer Geldbuße zusagen kann und darf, sofern dies keinen Vermögensnachteil der Gesellschaft nach sich zieht. Dies wird daran deutlich, dass der für das höchstrichterlich postulierte Zustimmungserfordernis entscheidende Grund in dem Eintritt eines Vermögensnachteils bei der Gesellschaft liegt. So legt der *BGH* dar, die Übernahme der Geldsanktion führe „ähnlich einem Verzicht auf Schadensersatzansprüche, zu dem nach der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung die Zustimmung der Hauptversammlung erforderlich ist (§ 93 IV 3 AktG), zu einer dauerhaften Vermögenseinbuße der Gesellschaft“.40 Auch heißt es, einen solchen Vermögensnachteil könne der Aufsichtsrat nicht ohne Zustimmung der Hauptversammlung beschließen.41 An anderer Stelle nimmt der *BGH* an, „mit der Zahlung der Geldsanktion fügen die Aufsichtsräte der Gesellschaft bewusst einen Vermögensnachteil zu.“42 In der Folge setzt er sich gar mit dem – im Ergebnis verneinten – Entfall eines Schadens der Gesellschaft durch Erbringung einer Gegenleistung des Vorstandsmitglieds auseinander.43

Fehlt es in Folge der Übernahme der Kartellgeldbuße an einem Vermögensnachteil, kann § 93 IV 3 AktG folglich keine analoge Anwendung finden.44 Dies leuchtet ein: § 93 IV 3 AktG will seinem Sinn und Zweck nach das Gesellschaftsvermögen wie die Aktionäre allein vor „Einbußen“ schützen. Keinen Schutz bedürfen die Aktionäre hingegen selbstredend vor „Einsparungen“. Würde man gleichwohl dort, wo die wirtschaftlichen Vorteile der Freistellung des Vorstandsmitglieds die Nachteile übersteigen, die Freistellungszusage unter den Vorbehalt der Hauptversammlungszustimmung stellen, wäre der Schutzzweck des § 93 IV 3 AktG in sein Gegenteil verkehrt.45

Die Bewertung, ob die Gesellschaft in Folge der Freistellungszusage eine Vermögenseinbuße erleidet, hat durch einen Vergleich der in Folge der Freistellungszusage eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen Vermögenslage, die ohne

Weber/Schäfer: Kartellbußgelder gegen Vorstandsmitglieder (NZG 2020, 407)

411

jenes Ereignis eingetreten wäre, zu erfolgen (*Differenzhypothese*).46 Der Rückgriff auf diese aus dem Schadensrecht stammende Figur ist durch die Entscheidung des *BGH* aus dem Jahr 2014 vorgegeben. Dort wird nämlich die Vermögenseinbuße in Folge der Freistellung als Schaden angesehen, welchen nach § 93 AktG eigentlich der Vorstand zu tragen hätte.47 Dass der Schaden erst durch einen Beschluss des Aufsichtsrats als Organ der Gesellschaft eintritt, der durch die Sorge um die Publizität der Vorwürfe und eine Rufschädigung der Gesellschaft veranlasst wird, schließt die Verursachung des Schadens durch die Pflichtverletzung des Vorstandsmitglieds nach den Grundsätzen der so genannten „Herausforderungsfälle“ nicht aus.48 Wenn der *BGH* dergestalt Grundsätze des Schadensrechts (§§ 249 ff. BGB) heranzieht, ist es nur konsequent, dass auch die Berechnung, ob überhaupt ein Schaden vorliegt, nach den für die Schadensberechnung in der Rechtsprechung anerkannten Kriterien erfolgt.49 Der *BGH* kann vor diesem Hintergrund nicht anders verstanden werden, als dass kein Schaden vorliegt und die Freistellung folglich auch nicht der Zustimmung der Hauptversammlung bedarf, solange die vermögensmäßige Einbuße der Gesellschaft in Gestalt der Freistellungszusage durch Vorteile kompensiert wird, welche einer im Gegenzug für die Freistellungszusage erbrachten Gegenleistung des Vorstandsmitglieds zurechenbar sind.50

### **3. Bemessung der Vermögenseinbuße bei (drohenden) Kartellgeldbußen**

Im Hinblick auf kartellrechtliche Geldbußen kommt als Gegenleistung vor allem die umfassende Kooperation des Vorstandsmitglieds in Betracht, durch welche die Chancen auf einen Bußgelderlass bzw. zumindest die Reduzierung des Bußgeldes regelmäßig überhaupt erst realisierbar werden.



## **a) Ausgangspunkt bilanzielle Betrachtung**

Für die Bewertung, ob einer solchen Gegenleistung kompensatorische Wirkung beizumessen ist, lässt sich der Entscheidung des *BGH* zumindest ein Anhaltspunkt entnehmen. Dort heißt es nämlich, dass „die Zustimmung zur Einstellung des Ermittlungsverfahrens und der Verzicht auf eine öffentliche Erörterung der Vorwürfe in einer Hauptverhandlung (...) keine Leistung in das Vermögen der Gesellschaft“ sind, die den durch die Zahlung der Strafsanktion eintretenden Vermögensschaden ausgleicht.<sup>51</sup> Aus der Nichtberücksichtigung solcher nicht bezifferbaren und nicht bilanzierungsfähigen Vorteile in der Rechtsprechung des *BGH* folgt im Umkehrschluss, dass nur bezifferbare und bilanzierungsfähige Vermögensvorteile als Leistungen in das Vermögen der Gesellschaft kompensierend wirken können.<sup>52</sup> Dass darüber hinaus auch nicht konkret bezifferbare Vermögensvorteile einen erheblichen Wert für die Gesellschaft haben können, lässt es zwar durchaus lohnenswert erscheinen, auch solche in die Bewertung einzubeziehen.<sup>53</sup> Mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung erscheint dies indes kaum vereinbar.

Aber auch gemessen an der Rechtsprechung des *BGH* ist die umfassende Kooperation eines Vorstandsmitglieds als Gegenleistung für die Freistellung zu sehen, die die vermögensmäßige Einbuße der Gesellschaft kompensieren und das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung entfallen lassen kann, sofern diese Kooperation einen Bußgelderlass bzw. die Reduzierung der Höhe der ansonsten drohenden Geldbuße zur Folge hat. Eine solche Gegenleistung ist unschwer bezifferbar und auch jedenfalls handelsrechtlich bilanzierungsfähig.<sup>54</sup> Bereits eine drohende Geldbuße schlägt sich in Form von Rückstellungen in der Bilanz nieder.<sup>55</sup> Damit sind grundsätzlich auch die Einsparungen in Folge der Kooperation eines Vorstandsmitglieds bezifferbar, wirken sich bilanziell aus, entweder unmittelbar, indem die Auflösung von Rückstellungen ermöglicht wird, oder mittelbar, indem bereits deren Bildung vermieden wird. Soweit diese Einsparungen auch in zurechenbarer Weise auf die umfassende Kooperation des Vorstandsmitglieds als Gegenleistung für die Freistellung zurückzuführen sind,<sup>56</sup> sind solche bezifferbaren und bilanzierungsfähigen Einsparungen in Gestalt des Bußgelderlasses bzw. der Bußgeldreduktion folglich als Vermögensvorteil zu berücksichtigen.

Fraglich ist aber, ab welchem Zeitpunkt die Erteilung einer Freistellungszusage gemessen hieran möglich ist.

## **b) Nachträgliche Zusage**

Die einfachste und aus Sicht des Aufsichtsrats womöglich unter Haftungsgesichtspunkten willkommenste Möglichkeit wäre es, mit der Freistellungszusage bis *nach* Verhängung der Geldbuße gegen das Vorstandsmitglied und dem Erlass bzw. der Verhängung des reduzierten Bußgeldes gegen die Gesellschaft zuzuwarten. In diesem Fall ließen sich unproblematisch die Nachteile in Gestalt der gegen das Vorstandsmitglied verhängten Geldbuße, von welcher freigestellt wird, mit den Vorteilen in Gestalt des Erlasses bzw. der Reduktion saldieren. Anhand dessen wäre es dem Aufsichtsrat unschwer möglich festzustellen, ob die der Gesellschaft entstandenen Einbußen durch – der Gegenleistung des Vorstandsmitglieds zurechenbare – Vorteile kompensiert wurden und folglich der Aufsichtsrat eine Freistellungszusage erteilen kann.

Die Nachteile lassen sich in diesem Fall unschwer bemessen, da die Geldbuße gegen das Vorstandsmitglied bereits verhängt wurde. Aber auch die Vorteile in Gestalt von Erlass bzw. Reduzierung einer Geldbuße sind bezifferbar und wirken sich bilanziell aus, insbesondere auch dann, wenn durch Erlass bzw. Reduzierung der Geldbuße die Auflösung einer Rückstellung ermöglicht wird, welche bereits ab Aufdeckung des Rechtsverstößes gebildet worden sein müsste.<sup>57</sup> Bei der Beurteilung, in welcher Höhe in diesem Fall Einsparungen erzielt wurden, ist in den Blick zu nehmen, welche Nachteile ohne Freistellungszusage und Bußgelderlass bzw. Bußgeldreduzierung gedroht hätten, maW in welcher Höhe ein Bußgeld verhängt worden wäre. Orientierung bieten dabei die

Weber/Schäfer: Kartellbußgelder gegen Vorstandsmitglieder (NZG 2020, 407)

neben bedarf es einer Beurteilung unter Hinzuziehung von Erfahrungswissen, wobei gerade im Vorfeld der Konsultation von mit der Materie erfahrenden Rechtsberatern regelmäßig erhebliche Bedeutung zukommt.

Allerdings wäre der Anreiz eines solchen Vorgehens für Vorstandsmitglieder kaum größer als der Anreiz einer Darlehens- oder Vorschussvergabe unter Rückforderungsvorbehalt.<sup>59</sup> Das Vorstandsmitglied müsste nämlich auch hier bereits vorab umfassend kooperieren und dann hoffen, dass im Nachhinein die in Folge seiner Kooperation erzielten Vorteile die Einbußen der Gesellschaft in Gestalt der Freistellung mindestens aufwiegen und der Aufsichtsrat ihm deshalb nachträglich die Freistellung zusagt. Dass die Frage, ob die erzielten Vorteile die Einbußen mindestens aufwiegen, nicht zuletzt von der Unwägbarkeit abhängen kann, ob bereits einer<sup>60</sup> oder mehrere<sup>61</sup> Mitkartellanten einen Marker gesetzt haben, ist dabei nur einer von vielen Gründen, aus welchen es dem Aufsichtsrat schwerfallen dürfte, Vorstandsmitglieder zur Kooperation zu bewegen, bloß indem diesen unverbindlich in Aussicht gestellt wird, dass nach Abschluss des Kartellverfahrens eine Freistellungszusage erteilt werden könnte.

### **c) Freistellung unter auflösender Bedingung**

Um das Risiko einer Vorleistungspflicht des Vorstandsmitglieds zu minimieren, könnte der Aufsichtsrat aber auch die Freistellungszusage vor der Bußgeldverhängung abgeben, diese aber unter der auflösenden Bedingung, dass das Vorstandsmitglied umfassend kooperiert und die dieser Kooperation zurechenbaren Vorteile am Ende die Nachteile überwiegen. Letztlich wird aber auch auf diesem Wege das Vorstandsmitglied vorleistungspflichtig. Ihm bleibt auch dann lediglich die Hoffnung, dass seine Mitwirkung sich „rentiert“.

### **d) Vorab-Zusage**

Einen überzeugenden Anreiz wird allein die verbindliche Zusage bereits *vor* Bußgeldverhängung schaffen, ein Vorstandsmitglied im Gegenzug für seine umfassende Kooperation von einer ihm drohenden Geldbuße freizustellen, bestenfalls bereits vereinbart bevor der eigene Marker beim BKartA gesetzt wird. Hierin liegt jedenfalls keine sittenwidrige Zusage der Freistellung vor der Tat,<sup>62</sup> da die Tathandlung bereits begangen wurde.

Die Vorteile in Gestalt vermiedener oder zumindest geminderter Bußgelder sind auch in diesem Fall bezifferbar und bilanzierungsfähig. Auch hier ist nämlich ein bilanzierungsfähiger Vorteil gegeben, zumal die Gesellschaft ab Aufdeckung des Verstoßes regelmäßig Rückstellungen zu bilden haben wird.<sup>63</sup> Freilich realisieren sich diese Vorteile erst mit der Entscheidung des BKartA, von einer Bußgeldverhängung abzusehen bzw. ein solches zu reduzieren, zeitlich also der Freistellungszusage nachgelagert. Dies steht indes der Berücksichtigung solcher Vorteile nicht entgegen. Denn es wurde bereits herausgearbeitet, dass für die Berechnung der Vor- und Nachteile das Schadensrecht maßgebend ist.<sup>64</sup> Auch im übrigen Schadensrecht wird aber nicht differenziert zwischen solchen Vorteilen, die von vornherein gegeben sind und solchen, die erst später eintreten, solange es sich nur um dem Schädiger zurechenbare Vorteile handelt.<sup>65</sup> Dann kann es auch nicht schaden, dass die Vorteile in Folge der umfassenden Kooperation des Vorstandsmitglieds bei der Gesellschaft erst zeitlich der Freistellungszusage nachgelagert eintreten.



Entsprechendes gilt hinsichtlich der (drohenden) Nachteile durch die Erteilung der Freistellungszusage. Auch diese wirken sich jedenfalls im Nachgang der Freistellungszusage als Verbindlichkeit – sofern die Freistellungszusage denn wirksam ist – der Gesellschaft gegenüber dem Vorstandsmitglied bilanziell aus. Die Höhe der drohenden Bußgelder kann wiederum anhand der Bußgeldleitlinien des BKartA und unter Hinzuziehung von Erfahrungswissen abgeschätzt werden.

Problematisch ist allenfalls, dass erst nach Verhängung des Bußgeldes bzw. Erlass eines Bußgeldes gegen das Unternehmen Sicherheit darüber besteht, ob bei bilanzieller Betrachtung bei Saldierung der Vor- und Nachteile tatsächlich kein Nachteil bei der Gesellschaft eingetreten ist. Denn erst nach Abschluss des Verfahrens steht fest, ob die Gesellschaft von einem Bußgeld verschont wird bzw. zumindest in den Genuss einer Bußgeldreduzierung gelangt.

Will der Aufsichtsrat also vorab die Auswirkungen einer Freistellungszusage als Gegenleistung für die umfassende Kooperation eines Vorstandsmitglieds beurteilen, ist er auf eine Chancen-Risiken-Prognose angewiesen. Hierfür bedarf es einer Risikoabschätzung hinsichtlich der Möglichkeit, dass Mitkartellanten bereits früher einen Marker gesetzt haben – was den Bußgelderlass ausschließen würde und auch auf den Umfang einer möglichen Bußgeldreduzierung Auswirkungen hätte – und hinsichtlich der Chancen, dem BKartA in Folge der Kooperation des Vorstandsmitglieds hinreichende Beweismittel für einen Bußgelderlass bzw. jedenfalls eine Reduktion zu liefern.<sup>66</sup> Ferner kann (je nach Verfahrensstand) später auch eine Kommunikation mit dem BKartA Klarheit verschaffen. Letztlich wird die Beurteilung, ob die Vorteile einer Freistellungszusage die Nachteile überwiegen und diese deshalb erteilt wird, hierdurch zur unternehmerischen Ermessensentscheidung.

## V. Business Judgement Rule

Bleibt zu fragen, ob es mit der Rechtsprechung des *BGH* und dem Schutzzweck des § 93 IV 3 AktG vereinbar ist, von einer solchen Ermessensentscheidung die Wirksamkeit einer Freistellungszusage und mittelbar die Zuständigkeit der Hauptversammlung abhängig zu machen.

Hiergegen scheint prima facie die Rechtsprechung des *BGH* zu sprechen. Dieser hat in der oben genannten Entscheidung – eher beiläufig – ausgeführt, dass die Zuständigkeitsverteilung zwischen Hauptversammlung und Aufsichtsrat nicht in das Ermessen des Aufsichtsrats gestellt ist.<sup>67</sup>

Weber/Schäfer: Kartellbußgelder gegen Vorstandsmitglieder (NZG 2020, 407)

413 ▲  
▼

Betrachtet man den Zusammenhang, in welchem diese Aussage steht, scheint es gleichwohl mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung vereinbar, dem Aufsichtsrat ein Ermessen in der Frage zuzubilligen, ob die Vorteile einer Freistellungszusage deren Nachteile überwiegen und eine solche deshalb ohne Beteiligung der Hauptversammlung erteilt werden darf. Die vorstehend problematisierte Aussage des *BGH* bezog sich nämlich lediglich als ergänzende Erwägung auf die Frage, ob dem Aufsichtsrat ein Ermessen bei der Beurteilung zukomme, ob das Vorstandsmitglied pflichtwidrig gegenüber der Gesellschaft gehandelt hat und deshalb § 93 IV 3 AktG analog anwendbar sei – was in der höchstrichterlichen Rechtsprechung verneint wird. Dies hat der *BGH* aber maßgeblich damit begründet, dass es bei der Beurteilung, ob das Verhalten eines Vorstandsmitglieds pflichtwidrig ist, nicht um ein unternehmerisches Handlungsermessen gehe, sondern um Fragen des Erkenntnisbereichs, für die von vorneherein allenfalls die Zubilligung eines begrenzten Beurteilungsspielraums in Betracht kommen kann.<sup>68</sup>

Anders als die Frage der Pflichtwidrigkeit ist aber die hier maßgebliche nach dem zu erwartenden Vermögensnachteil keine des „Erkenntnisbereichs“. Schließlich fehlt es – die obigen Ausführungen haben dies deutlich gemacht<sup>69</sup> – im Vorfeld an einer gesicherten Tatsachengrundlage, anhand derer eine solche Erkenntnis möglich wäre. Vielmehr ist eine Prognose anzustellen. Prognoseentscheidungen,

deren ökonomischer Sinn von künftigen Entwicklungen und ihrer Beurteilung abhängt, sind aber geradezu der Paradefall unternehmerischer Ermessensentscheidungen.<sup>70</sup>

Vor diesem Hintergrund darf die Aussage des *BGH*, die Zuständigkeitsverteilung zwischen Hauptversammlung und Aufsichtsrat stehe nicht im Ermessen des Aufsichtsrats, nicht verallgemeinert werden, sondern ist allein darauf bezogen, dass dem Aufsichtsrat kein Ermessen bei der Beurteilung zukommt, ob ein Vorstandsmitglied pflichtwidrig gehandelt hat. Die Rechtsprechung steht mithin nicht entgegen, wenn dem Aufsichtsrat ein Ermessen in der Frage zugebilligt wird, ob die Vorteile einer Freistellungszusage deren Nachteile überwiegen und diese Zusage deshalb ohne Beteiligung der Hauptversammlung erteilt werden darf.

Dass die Entscheidung über die Frage einer Freistellungszusage letztlich dem pflichtgemäßen Ermessen des Aufsichtsrats überantwortet wird, mag zwar im Ausnahmefall gar dazu führen, dass die Vorteile in Folge der Freistellungszusage letztlich doch nicht die Nachteile überwiegen. Damit wird aber der Schutzzweck des § 93 IV 3 AktG nicht unterlaufen. Denn § 93 IV 3 AktG dient dem Schutz des Gesellschaftsvermögens und der Minderheitsaktionäre.<sup>71</sup> Und auch die Business Judgement Rule dient nicht zuletzt den Aktionären, wenn sie dem Aufsichtsrat einen Ermessensspielraum zubilligt<sup>72</sup> und wenn damit Anreize für ein Vorstandsmitglied zur Kooperation geschaffen werden, wodurch die Chancen auf einen Bußgelderlass bzw. eine -reduzierung regelmäßig überhaupt erst realisierbar werden.<sup>73</sup>

Eine Freistellungszusage darf der Aufsichtsrat zudem nur in den Grenzen der Business Judgement Rule erteilen, die im Übrigen auch nur dann eingreift, wenn der Aufsichtsrat mit seiner Entscheidung auf das Gesellschaftswohl abzielt.<sup>74</sup> Eine Freistellungszusage ist dem Aufsichtsrat hiernach nur erlaubt, wenn er auf Grundlage angemessener Informationen<sup>75</sup> vernünftigerweise annehmen darf, dass die Gesellschaft in Folge der Freistellungszusage keine Vermögenseinbuße erleidet (§§ 116 S. 1, 93 I 2 AktG). Der Aufsichtsrat muss also – freilich unter Berücksichtigung der wenigen ihm zur Verfügung stehenden Zeit – unter sorgfältiger Beurteilung der möglichen Höhe der Geldbuße nach den Bußgeldleitlinien des BKartA, unter Berücksichtigung anderer Faktoren wie zB der Auswirkungen auf das Compliance-System der Gesellschaft und regelmäßig unter Hinzuziehung erfahrener, mit der Materie vertrauter Rechtsberater den Sachverhalt beurteilen und eine Abwägungsentscheidung treffen. Dabei müssen die Aufsichtsratsmitglieder entsprechend allgemeinen Grundsätzen frei von Sonderinteressen und sachfremden Einflüssen entscheiden. Sie müssen zudem „gutgläubig“ an die Richtigkeit ihrer Entscheidung glauben.<sup>76</sup>

Der Aufsichtsrat hat die tragenden Gründe für seine Entscheidung sorgfältig und nachvollziehbar zu dokumentieren (vgl. § 107 II 1 AktG).<sup>77</sup> Eine sorgfältige Dokumentation des Entscheidungsfindungsprozesses liegt mit Blick auf etwaige Haftungsfragen nicht zuletzt auch im Eigeninteresse der Aufsichtsratsmitglieder. Schließlich müssen diese im Konfliktfall beweisen, dass die Grenzen der Business Judgement Rule gewahrt wurden (§§ 116 S. 1, 93 II 2 AktG).<sup>78</sup>

Kommt der Aufsichtsrat nach alledem zu dem Ergebnis, dass ein Bußgelderlass oder aber zumindest eine Bußgeldreduzierung in Folge der umfassenden Kooperation des Vorstandsmitglieds überwiegend wahrscheinlich ist und die hierdurch voraussichtlich erzielten Einsparungen den Betrag übersteigen, der aufgrund der Freistellungszusage voraussichtlich zu leisten ist, bewegt er sich mit der Erteilung der Zusage innerhalb des ihm zustehenden unternehmerischen Ermessensspielraums. Seine Entscheidung ist dann von der Business Judgement Rule nach §§ 116 S. 1, 93 I 2 AktG gedeckt.

## **VI. Fazit**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Aufsichtsrat auch auf der Grundlage der Rechtsprechung des *BGH* ohne Zustimmung der Hauptversammlung gegenüber Vorstandsmitgliedern eine Freistellungszusage für die diesen persönlich drohenden Bußgelder als Gegenleistung für deren

umfassende Kooperation abgeben darf. Voraussetzung dafür ist insbesondere, dass das hierdurch bei der Gesellschaft eintreten-

Weber/Schäfer: Kartellbußgelder gegen Vorstandsmitglieder (NZG 2020, 407)

de Minus durch bezifferbare und bilanzierungsfähige Vorteile kompensiert wird und folglich kein Vermögensnachteil eintritt. Dies ist der Fall, wenn in Folge der umfassenden Kooperation des Vorstandsmitglieds ein Erlass bzw. eine Reduzierung des Kartellbußgelds erreicht wird und sofern die durch Erlass bzw. Reduzierung erzielten Vorteile die Nachteile in Gestalt der Freistellung aufwiegen. Richtigerweise kann der Aufsichtsrat eine solche Freistellungszusage aber auch bereits vor Festsetzung der Bußgelder (bzw. Absehen von der Verhängung gegenüber der Gesellschaft) in verbindlicher Form abgeben. Die Bewertung, ob Vermögensnachteile bei der Gesellschaft eintreten werden, ist dabei in das Ermessen des Aufsichtsrats gestellt. Es gilt die Business Judgement Rule.

- 
- \* Der Autor *Weber* ist Rechtsanwalt und Partner, der Autor *Schäfer* wissenschaftlicher Mitarbeiter im Frankfurter Büro der *Dentons Europe* LLP.
- 1 *BGHZ* 202, 26 = *NZG* 2014, 1058 Rn. 17 ff.
- 2 Exemplarisch genannt seien die Geldbußen im so genannten „Zucker-Kartell“ (bis zu 195,5 Mio. Euro), s. auch weitere Beispiele unter [https://www.bundeskartellamt.de/DE/Kartellverbot/kartellverbot\\_node.html](https://www.bundeskartellamt.de/DE/Kartellverbot/kartellverbot_node.html), zuletzt abgerufen am 28.1.2020; s. auch generell *Dittrich/Matthey* in *Hauschka/Moosmayer/Lösler Corporate Compliance*, 3. Aufl. 2016, § 26 Rn. 1.
- 3 Siehe zum Begriff und den Zielen der Regelung nur *Dannecker/Biermann* in *Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht*, 5. Aufl. 2014, *GWB* § 81 Rn. 509 ff.
- 4 Abrufbar über [https://www.bundeskartellamt.de/DE/Kartellverbot/Bonusregelung/bonusregelung\\_node.html](https://www.bundeskartellamt.de/DE/Kartellverbot/Bonusregelung/bonusregelung_node.html), zuletzt abgerufen am 28.1.2020.
- 5 *Dannecker/N. Müller* in *HB Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 4. Aufl. 2014, Kap. 18 Rn. 157; *Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht*, *GWB* § 81 Rn. 516.
- 6 2006/C 298/11, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=ECLI:OJ:C:2006,:298:0017:0022:DE:PDF>, zuletzt abgerufen am 28.1.2020; vgl. auch im US-Amerikanischen Recht die Corporate Leniency Policy des United States Department of Justice, abrufbar unter <https://www.justice.gov/atr/corporate-lenieny-policy>, zuletzt abgerufen am 28.1.2020.
- 7 Rn. 4 der Bonusregelung.
- 8 Rn. 5 der Bonusregelung; s. zum Ganzen etwa *Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht*, *GWB* § 81 Rn. 517 ff.; *Wollschläger* in *Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis Internal Investigations*, Kap. 27 Rn. 11 f.
- 9 Rn. 11 der Bonusregelung.
- 10 Vgl. nur *Dittrich/Matthey* in *Hauschka/Moosmayer/Lösler Corporate Compliance*, § 26 Rn. 37 ff.
- 11 Rn. 12, 14 der Bonusregelung; s. zum Verfahren etwa *Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht*, *GWB* § 81 Rn. 529 ff.
- 12 Rn. 6 ff. der Bonusregelung.
- 13 Rn. 10 der Bonusregelung; vgl. zu den Kooperationspflichten auch *Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht*, *GWB* § 81 Rn. 526 ff.; zur Notwendigkeit umfassender interner Aufklärung auch *Wollschläger* in *Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis Internal Investigations*, Kap. 27 Rn. 11.
- 14 Rn. 16 der Bonusregelung.
- 15 So auch *Hoffmann-Becking ZGR* 2015, 618 (624); vgl. auch *Kahlenberg/Schwinn CCZ* 2012, 81 (82).
- 16 Ähnliche Einschätzung bei *Hoffmann-Becking ZGR* 2015, 618 (624).
- 17 Anders das europäische Bußgeldrecht nach Art. 23 VO (EG) Nr. 1/2003 (Wettbewerbsregeln-DVO).
- 18 Rn. 17 der Bonusregelung.
- 19 Zur Regressfähigkeit des Kartellbußgeldes selbst sogleich unter II 2 a.
- 20 Die Regressfähigkeit von Kartellschadensersatzansprüchen ist jedenfalls dem Grunde nach anerkannt, s. etwa *Thomas NZG* 2015, 1409 (1414); *Kapp/Gärtner CCZ* 2009, 168 (171);

Habersack NZG 2016, 321 (324); Goette, ZHR 176 (2012), 588 (605); Lotze NZKart 2014, 162 (167); Dreher FS Konzen, 2006, 85 (106).

21 Vgl. BGH NJW 1986, 585; s. hierzu auch Zimmermann DB 2008, 687 (689); Fabisch ZWeR 2013, 91 (114).

22 BGHZ 219, 356 = NZG 2018, 1301 Rn. 42 f.; im konkreten Fall stand zwar die Selbstbelastungsfreiheit des Aufsichtsrats infrage, der allgemeinen Formulierung „Gesellschaftsorgan“ lässt sich jedoch entnehmen, dass der BGH die Pflicht der Vorstandsmitglieder zur Selbstbezeichnung nicht abweichend beurteilt, vgl. auch Bayer/Scholz NZG 2019, 201 (206 f.); s. aber auch etwa OLG Düsseldorf, DStR 2001, 716 = NZG 2000, 651 Ls.; Mertens/Cahn in KölnKomm-AktG, 3. Aufl. 2004-2017, § 93 Rn. 201; Fleischer in Spindler/Stilz AktG, 4. Aufl. 2019, § 84 Rn. 82 a; Fabisch ZWeR 2013, 91 (114).

23 Gegen die Regressfähigkeit bereits dem Grunde nach etwa LAG Düsseldorf NJOZ 2015, 782 = WM 2015, 1863 (1866) = NZG 2015, 599 Ls.; Dreher FS Konzen, 2006, 85, 103 ff.; Bunte NJW 2018, 123; auch LG Frankfurt a. M. Urt. v. 20.6.2018 – 3-13 O 72/17, nicht veröffentlicht, zu Geldbußen nach WpHG; aA Koch in Hüffer/Koch AktG, 13. Aufl. 2018, § 93 Rn. 48; Hölterers in Hölterers AktG, § 93 Rn. 255; Fleischer in Spindler/Stilz AktG, § 93 Rn. 213 b.

24 Vgl. etwa Potinecke/Block in Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis Internal Investigations, Kap. 2 Rn. 175 ff.; Fuhrmann NZG 2016, 881 (889); Kahlenberg/Schwinn CCZ 2012, 81; Eufinger CCZ 2017, 130 (131).

25 BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926; bestätigt durch BGHZ 219, 356 = NZG 2018, 1301 Rn. 37.

26 Vgl. nur OLG München, AG 2017, 631 (632) = BeckRS 2017, 105545; Koch in Hüffer/Koch AktG, 13. Aufl. 2018, § 93 Rn. 77; Fleischer in Spindler/Stilz AktG, § 93 Rn. 287.

27 Zur Sittenwidrigkeit vortatlicher Übernahmezusagen BAG NZA 2001, 653.

28 BGHZ 202, 26 = NZG 2014, 1058.

29 Fleischer ZIP 2005, 141 (144); Zimmermann WM 2008, 433 (435).

30 Siehe BGHZ 202, 26 = NZG 2014, 1058 Rn. 24.

31 BGHZ 202, 26 = NZG 2014, 1058 Rn. 17 ff.

32 Nachweise zum Streitstand BGHZ 202, 26 = NZG 2014, 1058 Rn. 14 ff.

33 Hoffmann-Becking ZGR 2015, 618 (628 f.); auch Altmeppen in Liber Amicorum Dolf Weber, 2016, 7, 20 ff. („in krassen Ausnahmefällen“ zulässig); Selzer ZIP 2015, 714 (721); zeitlich vor der Entscheidung aber auch gegen eine Analogie zu § 93 IV 3 AktG etwa Hüffer in Hüffer AktG, 10. Aufl. 2012, § 84 Rn. 16 a; Krieger FS Bezzenberger, 2000, 211, 219; Hasselbach/Seibel AG 2008, 770 (777); Krause BB Beilage 2007, Nrn. 7, 2 (10); Bastuck Enthaltung des Managements, 1986, 137 ff.

34 Mohamed CCZ 2015, 111 (117 f.); im Überblick auch Selzer ZIP 2015, 714 (720); ähnlich aus strafrechtlicher Sicht (§ 266 StGB) Otto FS Tiedemann, 693, 708 ff.; Voß in Rönnau/Samson Wirtschaftsstrafrecht, 2003, 295 ff.

35 MüKoAktG/Spindler, 5. Aufl. 2019, § 84 Rn. 100; Weber in Hölterers AktG, 3. Aufl. 2017, § 84 Rn. 51; Hopt/Roth in GroßKomm-AktG, 5. Aufl. 2014, § 93 Rn. 528; Potinecke/Block in Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis Internal Investigations, Kap. 2 Rn. 187; Gercke/Kraft/Richter in Gercke/Kraft/Richter Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl. 2015, Kap. 4 Rn. 206; bereits zeitlich vor der Entscheidung des BGH Zimmermann DB 2008, 689 (690 f.); Rehbinder ZHR 148 (1984), 555, 573; Fleischer WM 2005, 909 (917).

36 Siehe nur Fleischer in Spindler/Stilz AktG, § 84 Rn. 68; Weber in Hölterers AktG, § 84 Rn. 51; Hopt/Roth in GroßKomm-AktG, § 93 Rn. 528; Krieger/Sailer-Coceani in Karsten Schmidt/Lutter AktG, 3. Aufl. 2015, § 93 Rn. 64.

37 Siehe nur Potinecke/Block in Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis Internal Investigations, Kap. 2 Rn. 181; Fuhrmann NZG 2016, 881 (889); Annuß/Pelz BB Beilage 2010, Nr. 4, (14, 17); auch Scharf in MAH Strafverteidigung, 2. Aufl. 2014, § 43 Rn. 72; Gercke/Kraft/Richter in Gercke/Kraft/Richter Arbeitsstrafrecht, Kap. 4 Rn. 205; Bastuck Enthaltung des Managements, 137 ff.; Stoffers JR 2010, 239 (243 f.).

38 Siehe hierzu sowie zu den Grenzen eines Verzichts bei der GmbH statt Vieler nur Beurskens in Baumbach/Hueck GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 43 Rn. 66 ff. mwN.

39 BGHZ 202, 26 = NZG 2014, 1058 Rn. 22.

40 BGHZ 202, 26 = NZG 2014, 1058 Rn. 19, Hervorhebung d. Verf.

41 BGHZ 202, 26 = NZG 2014, 1058 Rn. 19, Hervorhebung d. Verf.

42 BGHZ 202, 26 = NZG 2014, 1058 Rn. 20, Hervorhebung d. Verf.

43 BGHZ 202, 26 = NZG 2014, 1058 Rn. 24.

44 Vgl. auch MüKoAktG/Spindler, § 84 Rn. 100 („schädigende Handlung“, Hervorhebung d. Verf.)

45 Vgl. bereits *Krieger* FS Bezenberger, 211, 219; *Mohamed* CCZ 2015, 111 (117).  
46 Vgl. zur Differenzhypothese *BGH* NJW 2015, 1373 Rn. 7; *MüKoBGB/Oetker*, 8. Aufl. 2019, §  
249 Rn. 18.  
47 *BGHZ* 202, 26 = *NZG* 2014, 1058 Rn. 18.  
48 *BGHZ* 202, 26 = *NZG* 2014, 1058 Rn. 17.  
49 Bleibt man im Schadensrecht, muss es entsprechend den Regeln zur gesamtschuldnerischen  
Haftung genügen, dass das Vorstandsmitglied neben anderen zur Bußgeldminderung beiträgt.  
50 Angedeutet bereits im Urteil, s. *BGHZ* 202, 26 = *NZG* 2014, 1058 Rn. 24; vgl. auch unter  
untreuestrafrechtlichen Gesichtspunkten *Voß* in *Rönnau/Samson* Wirtschaftsstrafrecht, 300 ff.  
51 *BGHZ* 202, 26 = *NZG* 2014, 1058 Rn. 24.  
52 So auch *Hoffmann-Becking* ZGR 2015, 618 (628).  
53 Für eine Berücksichtigung *Hoffmann-Becking* ZGR 2015, 618 (628); vgl. auch *Voß* in  
*Rönnau/Samson* Wirtschaftsstrafrecht, 301 ff. aus untreuestrafrechtlicher Sicht.  
54 Siehe aber auch zur steuerbilanziellen Behandlung *BFH*, *NZG* 2019, 1317.  
55 Vgl. *Krünkele* in Beck'sches Steuerberater-HB 2019/2020 B. Rn. 1543 a.  
56 Vgl. hierzu nur *BGHZ* 53, 132 = *NJW* 1970, 461 (462); *MüKoBGB/Oetker*, § 249 Rn. 253.  
57 *MüKoBiR/Hennrichs*, 1. Aufl. 2013, HGB, § 249 Rn. 72.  
58 Abrufbar über  
<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitlinien/Bekanntmachung%20-%20Bu%C3%9Fgeldleitlinien-Juni%202013.html>, zuletzt abgerufen am 28.1.2020.  
59 Hierzu bereits unter IV 1.  
60 Dann scheidet ein Bußgelderlass aus, hierzu bereits unter II 1.  
61 Dies wirkt sich auf den Umfang der Bußgeldreduzierung aus, hierzu ebenfalls bereits II 1.  
62 Hierzu *BAG*, *NZA* 2001, 653; diese Rechtsprechung ist auf nachträgliche Zusagen nicht  
übertragbar, s. nur *Erman/Westermann* BGB, § 138 Rn. 155; *Kapp* *NJW* 1992, 2796 (2797);  
*Kahlenberg* CCZ 2012, 81 (86); vgl. auch *RGZ* 169, 267 (268); *Diekmann* in *MHdB* GesR, Bd.  
3, 5. Aufl. 2018, § 43 Rn. 56; *Schneider/Hohenstatt* in *Scholz GmbHG*, 12. Aufl. 2018, § 35  
Rn. 378; aA *Holly/Friedhofen* *NZA* 1992, 145 (153).  
63 Siehe oben IV 3 b. Nach teilweiser Auffassung sind auch bereits zuvor Rückstellungen zu  
bilden, wenn mit der Verhängung von Bußgeldern zu rechnen ist (*Störk* in *WP-HB*, 16. Aufl.  
2019, F Rn. 649 mwN).  
64 Siehe oben IV 2.  
65 Vgl. nur *Oetker* in *MüKoBGB*, § 249 Rn. 230; s. auch oben IV 3 a.  
66 Anders liegt der Fall freilich, wo der Bußgelderlass bzw. die -reduzierung ausnahmsweise auch  
ohne Kooperation des Vorstandsmitglieds möglich erscheint. Es ist daher jeweils im Einzelfall  
zu prüfen, ob davon auszugehen ist, dass eine Bußgeldvermeidung oder Bußgeldverringerung  
der Kooperation des Vorstandsmitglieds zurechenbar sein wird.  
67 *BGHZ* 202, 26 = *NZG* 2014, 1058 Rn. 21.  
68 *BGHZ* 202, 26 = *NZG* 2014, 1058 Rn. 21.  
69 Siehe oben IV 3 d.  
70 Vgl. für den Vorstand *Koch* in *Hüffer/Koch* AktG, 13. Aufl. 2018, § 93 Rn. 18; vgl. auch zur  
eingeschränkten gerichtlichen Überprüfbarkeit für die Entscheidung zur Verfolgung von  
Organhaftungsansprüchen *LG Essen* *NZG* 2012, 1307 (1309).  
71 *BGHZ* 202, 26 = *NZG* 2014, 1058 Rn. 20.  
72 Vgl. zum Schutz von Unternehmens- und Aktionärsinteressen durch Ermessenspielräume allg.  
*Hopt/Roth* in *Großkomm-AktG*, § 93 Rn. 63; *Fleischer* in *Spindler/Stilz* AktG, § 93 Rn. 60;  
*MüKoAktG/Spindler*, § 93 Rn. 43; *Koch* ZGR 2006, 769 (782); *Paefgen* AG 2004, 245 (247);  
s. auch bereits *BGHZ* 134, 392 = *NJW* 1997, 1923 (1925).  
73 Würde man hingegen auf einen Ermessenspielraum verzichten, wäre nicht zuletzt eine  
fehlende Bereitschaft des Aufsichtsrats zu befürchten, Freistellungszusagen zu erteilen.  
Schließlich müsste dieser stets mit einer eigenen Haftung rechnen, wo sich seine  
Einschätzung ex-post als falsch herausstellt, was risikoaverses Verhalten befördern würde  
(vgl. nur *Fleischer* in *Spindler/Stilz* AktG, § 93 Rn. 60).  
74 Vgl. hierzu statt Vieler nur *Fleischer* in *Spindler/Stilz* AktG, § 93 Rn. 73 ff.; *Koch* in  
*Hüffer/Koch* AktG, 13. Aufl. 2018, § 93 Rn. 23 ff.  
75 Zu den primär zur Verfügung stehenden und zu nutzenden Informationsquellen s. IV 3 d und  
IV 3 b.  
76 Vgl. hierzu statt Vieler nur *Fleischer* in *Spindler/Stilz* AktG, § 93 Rn. 72 ff., 76.  
77 Vgl. zum notwendigen Inhalt der Protokolle über Aufsichtsratssitzungen nur *Koch* in  
*Hüffer/Koch* AktG, 13. Aufl. 2018, § 107 Rn. 14; *MüKoAktG/Habersack*, 5. Aufl. 2019, § 107  
Rn. 80 ff.  
78 Vgl. auch *Hölters* in *Hölters* AktG, § 93 Rn. 36; *Freund* *NZG* 2015, 1419 (1424); *Lutter* ZIP  
2007, 841 (845); jeweils zur Dokumentation unternehmerischer Entscheidungen des

Vorstands.