



# BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

JURISTISCHE FACHZEITSCHRIFT AN DER FREIEN UNIVERSITÄT BERLIN

EDITORIAL Recht der Demokratie im Fokus (*Aden Sorge*)

## AUS DER LEHRE

*Prof. Dr. Florian Jeßberger und Leon Trampe*  
Völkerstrafrecht in Deutschland: Eine Einführung  
Teil 1: Grundlagen, Entwicklungslinien, Völkerstrafgesetzbuch

## AUS DER PRAXIS

*Marco Magacs und Joshua Puhze*  
Juristische KI verstehen und einsetzen – Ein Praxisbeitrag für  
Studierende und Referendare

## ZIVILRECHT

*Tim Komorowski*  
Haftung von Vorstand und Geschäftsführer für Kartell-Geldbußen  
eines Unternehmens

## STRAFRECHT

*Nathalie Tomiskova*  
Objektive Bedingungen der Strafbarkeit: Legitime gesetzgeberische  
Konstruktion oder verfassungswidriger Kunstgriff

## GRUNDLAGEN

*Matthias Hempert*  
Welche Funktionen erfüllen Verfassungen in autoritären  
politischen Systemen?

7. Jahrgang · Seiten 1–60

[www.berlinerrechtszeitschrift.de](http://www.berlinerrechtszeitschrift.de)

ISSN (Print) 2699-948X · ISSN (Online) 2699-2132

# AUSGABE 1/2026

Tim Komorowski\*

## Haftung von Vorstand und Geschäftsführer für Kartell-Geldbußen eines Unternehmens

Ob Unternehmenskartellgeldbußen im Innenverhältnis einen ersatzfähigen Schaden darstellen, der von Vorständen oder Geschäftsführern nach § 43 Abs. 2 GmbHG bzw. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG im Wege des Regresses zurückverlangt werden kann, ist bislang nicht höchstrichterlich entschieden und Gegenstand kontroverser Diskussionen. Vor dem Hintergrund divergierender instanzgerichtlicher Rechtsprechung untersucht der Beitrag die kartellordnungswidrigkeitenrechtlichen Grundlagen sowie die Dogmatik der Organhaftung. Im Zentrum steht die Frage, ob und in welcher Form ein vollständiger oder teilweiser Regressausschluss de lege lata methodisch tragfähig begründet werden kann. Der Beitrag zeigt auf, dass die in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansätze eines pauschalen Regressausschlusses nicht überzeugen. Stattdessen wird ein vermittelnder Lösungsansatz entwickelt, der eine interessengerechte Haftungsverteilung durch eine Vorabsaldierung des Abschöpfungsteils im Rahmen der Differenzhypothese ermöglicht. Abschließend wird dargelegt, warum eine höchstrichterliche Klärung dieser Frage über das Kartellrecht hinaus unentbehrlich ist, wobei insbesondere die potenziellen Fernwirkungen auf andere Bußgeldregime und deren jeweilige organhaftungsrechtliche Flankierung in den Blick genommen werden.

### Inhaltsübersicht

A. Einführung .....	22
B. Grundlagen des Sanktionsrechts .....	23
I. Systematik der Verbandsbuße nach § 30 OWiG ...	23
II. Sonderregelungen im Kartellrecht	
§§ 81 – 81d GWB .....	23
III. Systematik der Kartellordnungswidrigkeiten .....	23
IV. EU-Kartellgeldbuße .....	24
C. Grundsätze der Haftungsbegründung nach	
§ 43 Abs. 2 GmbHG bzw. § 93 Abs. 2 AktG .....	24
I. (Legalitäts-)Pflichtverletzung .....	24
II. Kein Ausschluss der Organhaftung .....	25
1. Verschulden .....	25
2. (Unvermeidbarer) Rechtsirrtum .....	25
D. Unternehmenskartellgeldbuße als ersatzfähiger	
Schaden im Innenverhältnis .....	26
I. Differenzhypothese als Maßstab .....	26
II. Vorabsaldierung im Rahmen der	
Differenzhypothese .....	26
III. Normative Korrektur des Schadensbegriffs .....	26

1. Differenzhypothese als wertneutrale	
Rechenoperation .....	27
2. Der Einheit der Rechtsordnung	
entgegenstehende Wertungen .....	27
3. Zwischenergebnis .....	31
IV. Rechtsfortbildung über teleologische Reduktion	31
1. Voraussetzungen der teleologischen Reduktion	31
2. Anwendung im „Edelstahlkartell“ .....	32
V. Ergebnis .....	32
E. Begrenzung des Haftungsumfangs und	
Versicherbarkeit .....	32
I. Vorschläge zur Haftungsbegrenzung .....	32
1. Meinungsspektrum .....	32
2. Stellungnahme .....	33
II. Deckung durch D&O-Versicherung .....	33
F. Würdigung der Ergebnisse .....	33
G. Ausblick auf eine Entscheidung des BGH .....	34

### A. Einführung

Bereits der römische Jurist *Ulpian* formulierte: "*Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest*"<sup>1</sup> – niemand darf aus eigenem Unrecht einen Vorteil ziehen. Dieses Prinzip findet sich gegenwärtig in vielen Rechtsgebieten wieder und bildet einen wesentlichen Kern des Kartellbußgeldrechts. Demnach sind Unternehmen, die sich durch die Beteiligung an einem Kartell Vorteile verschaffen, diese Vorteile wieder zu entziehen.

Doch nicht nur Unternehmen selbst stehen im Fokus dieser Regelungen – auch die verantwortlichen Leitungsorgane, wie Vorstände und Geschäftsführer, geraten zunehmend in den Haftungsbereich. Wenn sie in ihrer Funktion als Leitungsorgan schuldhaft gegen kartellrechtliche Normen verstoßen und die Kartellbehörde ein Bußgeld erlässt, stellt sich die Frage, ob das betroffene Unternehmen die Geldbuße als ersatzfähigen Schaden im Rahmen der persönlichen Haftung des Organvertreters (§ 43 Abs. 2 GmbHG bzw. § 93 Abs. 1 AktG) geltend machen kann. Angesichts der Tatsache, dass Kartellbußgelder in Millionenhöhe nicht unüblich sind, könnte dies in einer „wirtschaftlichen Todesstrafe“<sup>2</sup> für das Leitungsorgan münden. Zwar wurde die Durchsetzung solcher Ansprüche lange Zeit stiefmütterlich behandelt, doch seit der „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung des BGH<sup>3</sup> müssen Aufsichtsräte grundsätzlich sämtliche Ersatzansprüche gegenüber dem Leitungsorgan verfolgen.

\* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft an der Universität Potsdam. Die Ausarbeitung erfolgte als Seminararbeit im Schwerpunktbereich „Geistiges Eigentum – Digitalisierung – Wettbewerb“. Die Themenstellung erfolgte durch Prof. Dr. Tobias Lettl, LL.M.

<sup>1</sup> *Ulpian*, D. 50, 17, 134, 1.

<sup>2</sup> *Bayer*, in: FS Schmidt, 2009, S. 85 (97).

<sup>3</sup> BGHZ 135, 244.

Es überrascht daher nicht, dass sich die Gerichte seitdem mit Prozessen zum Binnenregress von Unternehmenskartellgeldbußen befassen mussten. So lieferten jüngst das LG Dortmund<sup>4</sup> und das OLG Düsseldorf<sup>5</sup> neue Impulse in dieser Diskussion. Während das LG Dortmund einen Binnenregress eines Unternehmens als zulässig, gar geboten erachtete, vertrat das OLG Düsseldorf die Gegenauffassung und verneinte die Erstattungsfähigkeit. In Anbetracht der grundlegenden Bedeutung der Streitfrage lag die Sache nunmehr dem BGH zur Entscheidung vor, welcher das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH vorgelegt hat.<sup>6</sup> Daher soll dieser Beitrag die Frage klären, inwiefern die Unternehmenskartellgeldbuße einen ersatzfähigen Schaden im Innenverhältnis darstellt. Dafür werden zunächst Grundlagen des Sanktionsrechts (B.) sowie der Haftungsbegründung nach § 43 Abs. 2 GmbHG bzw. § 93 Abs. 2 AktG (C.) erläutert. Anschließend wird geprüft, ob die Kartellgeldbuße als ersatzfähiger Schaden im Innenverhältnis geltend gemacht werden kann (D.). Schließlich analysiert der Beitrag die Begrenzung des Haftungsumfangs und eine etwaige Versicherbarkeit (E.). Es folgt eine kritische Würdigung der Ergebnisse (F.) sowie ein Ausblick auf eine mögliche Entscheidung des BGH (G.).

## B. Grundlagen des Sanktionsrechts

### I. Systematik der Verbandsbuße nach § 30 OWiG

Die Sanktionierung von Verstößen gegen das Kartellrecht erfolgt über Unternehmensgeldbußen, die sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene geregelt sind. In Deutschland ist die zentrale Norm für Unternehmensgeldbußen § 30 OWiG. Diese Norm setzt eine Anknüpfungstat voraus, die entweder eine betriebsbezogene Pflichtverletzung (§ 30 Abs. 1 Alt. 1 OWiG) oder eine Bereicherung der juristischen Person zur Folge hat (§ 30 Abs. 1 Alt. 2 OWiG), begangen durch eine natürliche Person in einer Verantwortungsposition. Juristische Personen sollen damit in Bezug auf Sanktionen natürlichen Personen gleichgestellt werden.<sup>7</sup> Sie sollen nicht nur die Vorteile, sondern auch die Nachteile aus Handlungen tragen, die in ihrem Interesse er-

folgen.<sup>8</sup> Anknüpfungstat der Sanktionierung ist immer das Verhalten einer natürlichen Person, wobei es sich gemäß § 30 Abs. 1 OWiG um eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit handeln muss. Es ist nicht erforderlich, dass die Leitungsperson die Tat selbst begangen hat, da § 30 OWiG als Transmissionsriemen<sup>9</sup> dient und die Bezugstaten auf Fälle der §§ 9, 130 OWiG erweitert. Daher sind auch Verstöße unterhalb der Leitungsebene erfasst, sofern eine Aufsichtspflichtverletzung vorliegt.<sup>10</sup>

### II. Sonderregelungen im Kartellrecht §§ 81 – 81d GWB

Verstöße gegen das Kartellrecht sind Ordnungswidrigkeiten und in den §§ 81 – 81d GWB als *lex specialis* geregelt. Zuständig für deren Verfolgung ist gemäß § 82 Abs. 2 GWB die Kartellbehörde. Eine Besonderheit des deutschen Kartellrechts ist, dass es auch natürliche Personen wie Leitungsorgane mit Geldbußen belegen kann (§§ 81 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 i.V.m. 81c Abs. 1 Nr. 1 GWB). Für Geldbußen gegen Unternehmen (§ 81c GWB) wird dagegen auf § 30 OWiG zurückgegriffen, da das deutsche Kartellrecht keine direkt gegen Unternehmen gerichteten Geldbußen kennt.<sup>11</sup>

### III. Systematik der Kartellordnungswidrigkeiten

Systematisch unterscheidet § 81 GWB zwischen leichteren und schwerwiegenden Kartellordnungswidrigkeiten.<sup>12</sup> Leichtere Verstöße werden nach § 81c Abs. 1 S. 2 GWB mit Bußen von bis zu EUR 100.000 geahndet. Demgegenüber sieht das Gesetz für schwerwiegende Verstöße nach § 81c Abs. 1 S. 1 bzw. § 81c Abs. 2 GWB Bußgelder von bis zu einer Million Euro bei natürlichen Personen sowie bis zu 10 Prozent des Jahresumsatzes bei Unternehmen vor.<sup>13</sup>

Die Regelungen der §§ 81 – 81d GWB dienen der Verwirklichung der Ziele des AEUV,<sup>14</sup> indem sie, wie § 30 OWiG, einen doppelten Zweck verfolgen:<sup>15</sup> Präventiv sollen sie Unternehmen zu einer sorgfältigen Auswahl und Kontrolle ihrer Führungskräfte veranlassen,<sup>16</sup> repressiv dienen sie der wirksamen Sanktionierung von Rechtsverstößen.<sup>17</sup>

<sup>4</sup> LG Dortmund, Beschl. v. 21.6.2023 – 8 O 5/22 – juris; LG Dortmund, Beschl. v. 14.8.2023 – 8 O 5/22 – juris.

<sup>5</sup> OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 131ff.; vgl. vorausgehende Entscheidung des LG Düsseldorf, Urt. v. 10.12.2021 – 37 O 66/20 – juris; sowie obiter dictum, LG Saarbrücken NZKart, 2021, 64 Rn. 122.

<sup>6</sup> BGH ZIP 2025, 1692.

<sup>7</sup> BT-Drucks. 5/1269, S. 59; Meyberg, in: BeckOK-OWiG, 49. Ed. 2025, § 30 OWiG Rn. 8.

<sup>8</sup> BT-Drucks. 5/1269, S. 59; Labusga, VersR 2017, 394 (395).

<sup>9</sup> Többens, NStZ 1999, 1 (8).

<sup>10</sup> Binder/Kraayvanger, BB 2015, 1219.

<sup>11</sup> Achenbach, in: FK-Kartellrecht, 109. Lieferung 2024, GWB § 81a Rn. 3.

<sup>12</sup> Biermann, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 7. Aufl. 2024, GWB § 81 Rn. 6.

<sup>13</sup> Meyberg (Fn. 7), § 30 Rn. 8; Hierzu gehören Verstöße gegen gesetzliche Verbote (§ 81 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 GWB) und bestimmte behördliche Verfügungen (§ 81 Abs. 2 Nr. 2a, Nr. 5 GWB). Bei Verstößen von Unternehmensvereinigungen wird zudem gemäß § 81c Abs. 4 GWB auf den Gesamtumsatz der Mitgliedsunternehmen abgestellt.

<sup>14</sup> Achenbach (Fn. 11), GWB § 1 Rn. 7.

<sup>15</sup> Nowak, in: LMRKM, Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, VerfVO Art. 23 Rn. 4.

<sup>16</sup> Meyberg (Fn. 7), § 30 Rn. 11; Raum, in: BunteKartR, Bd. 2, 14. Aufl. 2024, GWB § 81 Rn. 2.

<sup>17</sup> Achenbach (Fn. 11), Vor § 81 GWB Rn. 156; Kersting/May, WuW 2024, 313 (313).

Die Unternehmensbuße umfasst nach §§ 30 Abs. 3, 17 Abs. 4 OWiG grundsätzlich einen Abschöpfungs- und einen Ahndungsteil. Die Kartellbehörde hat jedoch mehr Ermessensspielraum, da die Vorteilsabschöpfung gemäß § 81d Abs. 3 S. 1 GWB i.V.m. § 17 Abs. 4 OWiG eine „Kann-Bestimmung“ darstellt. Damit folgt die Vorschrift Praktikabilitätserwägungen, da der exakte Vorteil nur schwer zu berechnen ist.<sup>18</sup> Wenn die Kartellbehörde eine reine Ahndungsbuße erlässt, ist dies bei der Zumessung gemäß § 81d Abs. 3 S. 2 GWB zu berücksichtigen. Der wirtschaftliche Vorteil kann jedoch auch über § 34 GWB oder § 29a OWiG abgeschöpft werden.

#### IV. EU-Kartellgeldbuße

Auch im europäischen Kartellrecht können bei Verstößen gegen Art. 101 und 102 AEUV Kartellbußgelder verhängt werden (Art. 23 Abs. 1, 2 VO 1/2003<sup>19</sup>), jedoch ausschließlich gegen Unternehmen.<sup>20</sup> Dabei gilt nach der Rechtsprechung des EuGH ein genuin unionsrechtlicher Unternehmensbegriff, welcher jede wirtschaftliche Einheit ausübende Einrichtung unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung erfasst.<sup>21</sup> Über die RL 2019/1/EU<sup>22</sup> sollte die Harmonisierung hinsichtlich des Kartellsanktionsrechts weiter vorangetrieben werden, da die Mitgliedstaaten zur Implementierung des unionalen Unternehmensbegriffs im Rahmen der Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV verpflichtet wurden.<sup>23</sup> Damit knüpft das Unionsrecht nicht an das Rechtsträgerprinzip an, vielmehr hat es eine eigenständige Unternehmensverantwortung konzipiert.<sup>24</sup> Auch auf Unionsebene gelten Höchstbeträge: Gemäß Art. 23 Abs. 1 und 2 VO 1/2003 können Bußgelder von bis zu 1 % bzw. 10 % des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes als Geldbuße verhängt werden. Die Bemessung erfolgt anhand der Leitlinien von 2006<sup>25</sup> und ist zweistufig: Zunächst wird ein Grundbetrag nach der Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung festgelegt (Ziffer 13 der Leitlinien). Anschließend wird der Grundbetrag je nach Vorliegen erschwerender (Ziff. 28) oder mildernder Umstände (Ziff. 29) angepasst. Ein System, das explizit zwischen Abschöpfung und Ahndung differenziert, existiert bei der EU-Kartellgeldbuße nicht. Jedoch kann die Kommission, die gemäß Art. 4 VO 1/2003 verantwortlich für das Verfahren und die Verhängung ist, die Geldbuße zwecks Gewinnabschöpfung erhöhen (Ziff. 31).

<sup>18</sup> Biermann (Fn. 12), GWB § 81d Rn. 128.

<sup>19</sup> ABl. 2003, S. 16 f.

<sup>20</sup> Arnold, VGR 2018, 29 Rn. 8.

<sup>21</sup> EuGH Ur. v. 10.9.2009, Akzo Nobel, C-97/08 P, EU:C:2009:536, Rn. 54.

<sup>22</sup> ABl. L 305, S. 17–56.

<sup>23</sup> Dannecker, NZWiSt 2022, 85 (90).

<sup>24</sup> Dannecker, NZWiSt 2022, 85 (89).

<sup>25</sup> ABl. 2006 L 105, S. 54–63.

<sup>26</sup> Altmeppen, in: Altmeppen, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 43 Rn. 3.

<sup>27</sup> Fleischer, in: MüKo-GmbHG, Bd. 2, 5. Aufl. 2026, § 43 Rn. 10.

#### C. Grundsätze der Haftungsbegründung nach § 43 Abs. 2 GmbHG bzw. § 93 Abs. 2 AktG

Die Haftungsgrundlagen bilden § 43 Abs. 2 GmbHG bzw. § 93 Abs. 2 AktG, nach deren Maßgabe das Organ gegenüber der Gesellschaft für eine interne Pflichtverletzung haftet, sofern diese in adäquat kausaler Weise einen Schaden herbeigeführt hat.

##### I. (Legalitäts-)Pflichtverletzung

Leitungsorgane haben bei ihrer Geschäftsführung gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG bzw. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Der allgemeine Sorgfaltsmaßstab des § 276 Abs. 2 BGB wird dabei aufgrund der besonderen Stellung des Organs modifiziert.<sup>26</sup> Vielfach wird daher von einer Doppelfunktion der § 43 Abs. 1 GmbHG und § 93 Abs. 1 AktG ausgegangen: Einerseits geben die Normen den Sorgfaltsmaßstab für die organschaftliche Haftung vor,<sup>27</sup> andererseits dienen sie als generalklauselartige Umschreibung der Verhaltenspflichten eines Organs.<sup>28</sup>

Leitungsorgane unterliegen dabei einer Legalitätspflicht, die sowohl die Beachtung interner Vorgaben, etwa aus dem AktG bzw. GmbHG, der Satzung oder der Geschäftsordnung<sup>29</sup>, als auch das Außenverhältnis betreffende, externe Rechtsvorschriften gebietet.<sup>30</sup>

Neben der kontrovers diskutierten dogmatischen Herleitung der Legalitätspflicht<sup>31</sup>, bestehen auch hinsichtlich ihrer Reichweite Meinungsverschiedenheiten. So gibt es Vorschläge zu ihrer Beschränkung, wonach etwa (Kartell-) Ordnungswidrigkeiten ausgenommen sein sollen.<sup>32</sup> Dies wurde gerade unter dem Gesichtspunkt der sog. nützlichen Gesetzesverstöße diskutiert,<sup>33</sup> welche auszeichnet, dass sie dem Unternehmen bei wirtschaftlicher Betrachtung (auch) Vorteile einbringen. Diese Ansicht wurde jedoch zu Recht abgelehnt.<sup>34</sup> Anderenfalls würden ordnungsrechtliche Vorschriften zu Normen „zweiter Klasse“ degradiert.<sup>35</sup> Auch aus anderer Perspektive scheint dieses Ergebnis zwingend, denn sonst würden Geschäftsleiter geradezu angeleitet, Verstöße, die im vermeintlich subjektiven Interesse des Unternehmens liegen, zu begehen. Dabei muss ein Geschäftsleiter nicht nur selbst rechtskonform handeln, sondern auch durch organisatorische Maßnahmen sicherstellen, dass Mitarbeiter gesetzestreu agieren (Legalitätskon-

<sup>28</sup> KG NZG 1999, 400.

<sup>29</sup> Fleischer, in: BeckOGK-AktG, Stand 1.10.2025, § 93 Rn. 19.

<sup>30</sup> Fleischer (Fn. 29), § 93 Rn. 19.

<sup>31</sup> Erfurth, Der Bußgeldregress im Kapitalgesellschaftsrecht, 2020, S. 33.

<sup>32</sup> Schneider, in: FS Hütter, 2010, S. 905 (909).

<sup>33</sup> Schneider (Fn. 32), S. 909; Hauger/Palzer, ZGR 2015, 33 (42 f.).

<sup>34</sup> BGHSt 55, 266 (275); Fleischer, ZIP 2005, 141 (145); Hack, Vorstandsverantwortlichkeit bei Kartellrechtsverstößen, 2012, S. 49 f.; Glöckner/Müller-Tautphaeus, AG 2001, 344.

<sup>35</sup> Thole, ZHR 173, 504 (520).

trollpflicht).<sup>36</sup> Dabei tragen die Vorschriften des deutschen und europäischen Kartellrechts maßgeblich zur inhaltlichen Konturierung der externen Legalitätspflicht bei.<sup>37</sup> Deren Missachtung zieht vielfach haftungsrechtliche Konsequenzen im Innenverhältnis nach sich. Denn ein Verstoß gegen diese außenbezogenen Normen indiziert zugleich auch eine Verletzung der internen Sorgfaltspflicht gegenüber dem Unternehmen, da die Legalitätspflicht den Sorgfaltsmaßstab des Organmitglieds insoweit konkretisiert.<sup>38</sup>

## II. Kein Ausschluss der Organhaftung

### 1. Verschulden

Eine Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG bzw. § 93 Abs. 2 AktG wäre ausgeschlossen, wenn die (Legalitäts-)Pflicht nicht schuldhaft verletzt worden ist. Es gilt ein typisiert-objektivierter Verschuldensmaßstab. Maßgeblich kommt es darauf an, was die Leitungsaufgabe objektiv erfordert, wobei persönliche Unzulänglichkeiten nicht berücksichtigt werden.<sup>39</sup> Dabei ist jede Form von Vorsatz und Fahrlässigkeit zu berücksichtigen.<sup>40</sup> Schwierigkeiten bereitet jedoch der vom OLG Düsseldorf vorgenommene Automatismus, wonach von einem vorsätzlichen Kartellverstoß auf eine vorsätzliche Verletzung des Sorgfaltsmaßstabes nach § 43 Abs. 1 GmbHG und § 93 Abs. 1 AktG geschlossen wird.<sup>41</sup> Dem kann nicht zugestimmt werden. Anderenfalls würde der Verschuldensmaßstab der im Außenverhältnis verletzten Normen im Innenverhältnis angewendet.<sup>42</sup> Da es aber um die Haftung im Innenverhältnis des Geschäftsleiters gegenüber dem Unternehmen geht, muss der typisierte Sorgfaltsmaßstab der gesellschaftsrechtlichen Haftungsnormen angewendet werden.<sup>43</sup> Das Organ ist hinsichtlich der Einhaltung des erforderlichen Sorgfaltsmaßstabes beweispflichtig, wobei § 93 Abs. 2 S. 2 AktG im Rahmen von § 43 Abs. 2 GmbHG analog angewendet wird, sodass es zu einem Gleichlauf der Vorschriften kommt.<sup>44</sup>

### 2. (Unvermeidbarer) Rechtsirrtum

Ein Ausschluss der Organhaftung aufgrund eines unvermeidbaren Rechtsirrtums ist zwar möglich, der faktische Anwendungsbereich unvermeidbarer Rechtsirrtümer im Rahmen der Organhaftung ist jedoch gering. Fraglich ist aber zunächst der dogmatische Anknüpfungspunkt für den Rechtsirrtum. Hierbei gilt es zu berücksichtigen, dass ein möglicher Kartellrechtsverstoß das Außenverhältnis, also das Verhältnis des Unternehmens zum Rechtsverkehr betrifft. Da die juristische Person nur über ihr Organ die Pflichten einhalten kann, ist dieses für die Beachtung aller Rechtsvorschriften im Außenverhältnis zuständig.<sup>45</sup> Ein Verstoß im Außenverhältnis ist zugleich eine Verletzung der Legalitätspflicht, die wiederum eine Ausprägung der internen Sorgfaltspflicht ist. Diese obliegt dem Organ gegenüber der Gesellschaft, daher ist die Haftungsgrundlage nicht unmittelbar der Kartellrechtsverstoß, sondern der damit einhergehende Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht aus § 43 Abs. 1 GmbHG bzw. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG.<sup>46</sup>

Ferner kann eine Unvermeidbarkeit des Rechtsirrtums nur unter engen Voraussetzungen angenommen werden. Problematisch sind insbesondere Konstellationen, in denen sich das Organ auf Rechtsrat verlässt oder eine generell unsichere Rechtslage besteht.<sup>47</sup> Bei einer gefestigten Rechtslage gelten für die Einholung von Rechtsrat die strengen, vom BGH entwickelten ISION-Kriterien.<sup>48</sup> Besteht hingegen eine umstrittene Rechtslage, verdichtet sich die Sorgfaltspflicht zu einer gesteigerten Rechtsvergewisserungspflicht, die auch das Einholen von Expertenrat erfassen kann.<sup>49</sup> Erschwerend tritt hinzu, dass das Organ die volle Darlegungs- und Beweislast für die Einhaltung aller aufgestellten Kriterien trifft.<sup>50</sup> Da zudem bei umstrittener Rechtslage nicht höchstrichterlich geklärt ist, welche Anforderungen an den Rechtsrat im Einzelnen gelten, verbleibt weiterhin ein unkalkulierbares Prognoserisiko. In der Konsequenz führt die Kombination aus strengen Anforderungen an die Unvermeidbarkeit und die prozessuale Beweislast dazu, dass der Entlastungsbeweis eine Ausnahme bleibt.

<sup>36</sup> BGH NJW 2013, 1958 Rn. 22; *Oetker*, in: Henssler/Strohn, 6. Aufl. 2024, GmbHG § 43 Rn. 28.

<sup>37</sup> OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 70.

<sup>38</sup> BGHSt 55, 288 (301).

<sup>39</sup> *Bürgers*, in: Bürgers/Körber/Lieder, 6. Aufl. 2024, AktG § 93 Rn. 24; *Fleischer* (Fn. 29), § 93 Rn. 247.

<sup>40</sup> *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, 6. Aufl. 2024, AktG § 93 Rn. 32; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 43 Rn. 38.

<sup>41</sup> OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 79.

<sup>42</sup> *Leclerc*, NZG 2023, 1261 (1262); *Friedl*, ZWeR 2023, 428 (438).

<sup>43</sup> *Leclerc*, NZG 2023, 1261 (1263).

<sup>44</sup> BGHZ 152, 280 (284).

<sup>45</sup> *Spindler*, in: MüKo-AktG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 93 Rn. 90.

<sup>46</sup> *Leclerc*, NZG 2023, 1261 (1264); *Dreher*, AG 2023, 845 (845); insoweit nicht trennscharf: OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 86 ff.

<sup>47</sup> *Dreher*, AG 2023, 845 (845).

<sup>48</sup> BGH NZG 2011, 1271 Rn. 28.

<sup>49</sup> BGH NZG 2011, 1271 Rn. 16; wenn trotz sachkundigem Expertenrat die Rechtmäßigkeit der Maßnahme fraglich bleibt, werden unterschiedliche Anforderungen an das weitere Vorgehen gestellt, vgl. insoweit: *Fleischer* (Fn. 29), § 93 Rn. 39 ff.

<sup>50</sup> *Verse*, in: Scholz, GmbHG, 13. Aufl. 2024, § 43 Rn. 285.

## D. Unternehmenskartellgeldbuße als ersatzfähiger Schaden im Innenverhältnis

### I. Differenzhypothese als Maßstab

Damit die Gesellschaft einen Schaden gegenüber dem Leitungsorgan geltend machen kann, müsste dieser adäquat kausal auf einem pflichtwidrigen Verhalten des Geschäftsführers beruhen.<sup>51</sup> Die Ersatzpflicht des Schadens bestimmt sich dabei nach den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen.<sup>52</sup> Danach ist das Unternehmen so zu stellen, wie es ohne das schädigende Ereignis gestanden hätte, § 249 Abs. 1 BGB.<sup>53</sup> Verglichen wird die tatsächlich eingetretene Vermögenslage mit der hypothetischen, die ohne das haftungsbegründende Ereignis eingetreten wäre.<sup>54</sup> Dies erfordert einen Gesamtvermögensvergleich,<sup>55</sup> in den auch alle auf dem schädigenden Ereignis beruhenden Vorteile, einschließlich des Gewinns aus kartellrechtswidrigen Handlungen, einzubeziehen sind.<sup>56</sup>

### II. Vorabsaldierung im Rahmen der Differenzhypothese

Bei Anwendung der Differenzhypothese ergibt sich *prima facie*, dass die Geldbuße einen Schaden darstellt. Mögliche Gewinne der Gesellschaft durch die pflichtwidrige Handlung sind nicht erst im Rahmen des Vorteilsausgleichs zu berücksichtigen, sondern bereits durch eine Vorabsaldierung im Zuge des Gesamtvermögensvergleichs (sog. Stufenmodell).<sup>57</sup> Dafür spricht die schadensrechtliche Neutralität des Abschöpfungsteils, denn ohne Zuwiderhandlung wäre auch der abgeschöpfte Gewinn nicht entstanden.<sup>58</sup> Wenn dieser bei der Gesellschaft verbliebe, stünde sie mit dem schädigenden Ereignis besser da, was gegen das schadensrechtliche Bereicherungsverbot verstoßen würde.<sup>59</sup> Folgerichtig läge ein Schaden dann nicht vor, wenn der mit der Pflichtverletzung erzielte Gewinn mindestens so hoch ist wie die mit der Geldbuße abgeschöpfte Summe.<sup>60</sup> Das Gegenteil zu beweisen, obliegt dem Unternehmen als Geschädigtem.<sup>61</sup>

Daraus resultiert, dass ein Schaden nur in dem über den Abschöpfungsteil hinausgehenden Betrag, also dem Ahndungsteil, bestehen kann.<sup>62</sup> Dies erscheint insofern problematisch, als das Bundeskartellamt – offenbar zur Vermeidung eines zu hohen Ermittlungsaufwandes – vielfach reine Ahndungsbußen verhängt, die keinen Abschöpfungsteil ausweisen.<sup>63</sup> Gleichwohl betrachten sowohl der Gesetzgeber als auch das BVerfG die Abschöpfung als immanenten Bestandteil der Geldbuße.<sup>64</sup> Nach dem Willen des Gesetzgebers soll die Buße nämlich sicherstellen, dass Unternehmen nicht nur die Vorteile der Taten vereinnahmen, sondern über eine integrierte Gewinnabschöpfung auch zwingend den damit verbundenen Nachteilen ausgesetzt werden.<sup>65</sup> Daher ist eine deutliche Unterscheidung zwischen Abschöpfungs- und Ahndungsteil erforderlich.<sup>66</sup> Eine andere Handhabung darf nicht zulasten des Unternehmens bzw. des Geschäftsleiters geschehen. Daher wird für die folgende Betrachtung unterstellt, dass ein bezifferbarer Ahndungsteil der Geldbuße ausgewiesen ist.<sup>67</sup> Dieser stellt einen Schadensposten dar, der grundsätzlich im Rahmen der Innenhaftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG bzw. § 93 Abs. 2 AktG ersatzfähig ist.

### III. Normative Korrektur des Schadensbegriffs

Dieses Ergebnis wird jedoch von der mehrheitlichen Rechtsprechung und Teilen des Schrifttums als nicht tragfähig betrachtet. Daher wird (mit unterschiedlichen Nuancierungen) vertreten, dass bereits kein Schaden vorliege, da eindeutige gesetzliche Wertentscheidungen gegen eine Berücksichtigung des Ahndungsteils in der Schadensberechnung sprechen.<sup>68</sup> Da der Normtext weder nach § 43 Abs. 2 GmbHG noch § 93 Abs. 2 S. 1 AktG ausdrücklich einen Haftungsausschluss für den Regress von Kartellgeldbußen vorsieht, obliegt es den Regressgegnern, einen solchen herzuweisen. Aufgrund dessen, dass der Begriff des Schadens auslegungsbedürftig ist und eine Auslegung der Rechtsfortbildung vorrangig ist,<sup>69</sup> soll zunächst geprüft werden, ob eine normative Korrektur des Schadens angebracht ist.

<sup>51</sup> Ziemons, in: MHLS-GmbHG, Bd. 2, 4. Aufl. 2023, § 43 Rn. 440.

<sup>52</sup> OLG Düsseldorf ZIP 1997, 27 (36); Grigoleit/Tomasic, in: Grigoleit-AktG, 3. Aufl. 2025, § 93 Rn. 92.

<sup>53</sup> BGH ZIP 2008, 736 (737).

<sup>54</sup> LAG Düsseldorf NJOZ 2015, 782 (789); Hölters/Hölters, in: Hölters/Weber-AktG, 5. Aufl. 2025, § 93 Rn. 237.

<sup>55</sup> Brand, in: BeckOGK-BGB, Ed. 03.2022, § 249 Rn. 12; Rüßmann, in: jurisPK-BGB, 10. Aufl. 2023, § 249 Rn. 5.

<sup>56</sup> Hauff, Der Regress von Verbandsgeldbußen im Kapitalgesellschaftsrecht, 2019, S. 164 f.

<sup>57</sup> BGH VersR 2022, 117 (118); Ganter, NJW 2012, 801 (806); a.A.: Flume, BeckOK-BGB, 76. Ed. 2025, § 249 Rn. 332 ff.

<sup>58</sup> Fleischer, DB 2014, 345 (348); Degner, Vorstandsinnenhaftung nach Kartellrechtsverstößen, 2021, S. 78 ff.

<sup>59</sup> Mertens/Cahn, in: KölnerKommAktG, 3. Aufl. 2010, § 93 Rn. 71; Fleischer (Fn. 29), § 93 Rn. 264.

<sup>60</sup> Labusga, VersR 2017, 394 (400); Fleischer, DB 2014, 345 (348).

<sup>61</sup> Oetker, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2024, § 249 Rn. 48; Ganter, NJW 2012, 801 (802); Erfurth (Fn. 31), S. 110; a.A.: Kersting, ZIP 2016, 1266 (1274 f.), der den Abschöpfungsteil im Rahmen des Vorteilsausgleichs mit einer Beweislastumkehr berücksichtigen möchte.

<sup>62</sup> Horn, ZIP 1997, 1129 (1136); Seibt, NZG 2015, 1097 (1101); Degner (Fn. 58), S. 77 ff.

<sup>63</sup> Kersting, NZKart 2022, 659; vgl. dazu Ziff. (5) der Bußgeldleitlinien v. 11.10.2021 des Bundeskartellamts.

<sup>64</sup> BT-Drucks. V/1269, S. 59 f.; BVerfG NJW 2015, 3641 Rn. 14.

<sup>65</sup> BT-Drucks. V/1269, S. 59 f.; BVerfG NJW 2015, 3641 Rn. 14.

<sup>66</sup> BGH NSTZ 2006, 231 Rn. 5; Wonach aufgrund von Art. 3 Abs. 1 GG zwischen Ahndung und Abschöpfung unterschieden werden muss, da der Ahndungsteil dem Abzugsverbot unterliegt, wohingegen der Abschöpfungsteil steuerlich absetzbar ist, § 4 Abs. 5 S. 1 EStG.

<sup>67</sup> Vgl. zur Problematik, dass auch eine reine Ahndungsbuße einen Abschöpfungsanteil enthält und deren Berechnung: Hauff (Fn. 56), S. 171 ff.; ebenso kritisch dazu Kersting/May, WuW 2024, 313; Achenbach (Fn. 11), GWB § 81d Rn. 6 ff.

<sup>68</sup> LAG Düsseldorf NJOZ 2015, 782 (791 f.); Labusga, VersR 2017, 394 (398 f.); zustimmend: Bachmann, BB 2015, 771 (775); s. auch Leclerc, NZKart 2021, 220 (222 f.), die allerdings über eine systematische Auslegung der Haftungsnormen einen Regressausschluss begründen möchte; zustimmend dazu Friedl, ZWeR 2023, 428 (441).

<sup>69</sup> Danwerth, ZIPW 2017, 230 (241).

## 1. Differenzhypothese als wertneutrale Rechenoperation

Ausgangspunkt dieser Auffassung ist, dass es sich bei dem durch die Differenzhypothese ermittelten Ergebnis lediglich um das Resultat einer Rechnung handelt, weshalb diese auch als wertneutrale Rechenoperation bezeichnet wird.<sup>70</sup> Bei ihr handelt es sich um eine „operationalisierte Werterfahrung“, die der Subsumtion dient.<sup>71</sup> Sie ist daher einer normativen Kontrolle zu unterziehen, bei der insbesondere zu prüfen ist, welche Schadensposten überhaupt in die Berechnung einzustellen sind und ob einzelne Rechnungsposten aus Wertungsgesichtspunkten von vorneherein auszuscheiden haben.<sup>72</sup>

## 2. Der Einheit der Rechtsordnung entgegenstehende Wertungen

Um Wertungswidersprüche<sup>73</sup> zu vermeiden, findet diese normative Korrektur ihre dogmatische Grundlage im Prinzip der Einheit der Rechtsordnung.<sup>74</sup> Untersucht werden soll, ob rechtliche Prinzipien oder normative Wertungen einem zivilrechtlichen Kartellbußgeldregress entgegenstehen, sodass eine Einbeziehung des Ahndungsteils in die Schadensberechnung der Differenzhypothese abzulehnen sei. Hierzu werden zunächst das Prinzip der Höchstpersönlichkeit (a.) sowie Sinn und Zweck der Sanktionsnormen (b.) in den Blick genommen. Sodann ist der differenzierende Bußgeldrahmen (c.) zu untersuchen, bevor die Sperrfunktion des Kartellbußgeldes (d.) sowie schließlich europarechtliche Wertungen (e.) betrachtet werden.

### a) Prinzip der Höchstpersönlichkeit

In diesem Sinne wird auf das Prinzip der Höchstpersönlichkeit rekurriert. Danach sei die Geldbuße als höchstpersönliche Sanktion verfahrensrechtlich ausschließlich gegenüber dem Sanktionsadressaten zu legitimieren.<sup>75</sup> Hinter der Auswahl eines Adressaten und der Festlegung auf das Unternehmen stecke eine gesetzgeberische Wertung, die nicht unterlaufen werden dürfe.<sup>76</sup> Die Sanktion müsse auch dem Sanktionsadressaten gegenüber spürbar gemacht werden,<sup>77</sup> indem dessen Vermögen tatsächlich belastet werde.<sup>78</sup>

Dieser Argumentation widerspricht jedoch bereits die Konzeption der Geldbuße: Mit der Verhängung einer Kartellgeldbuße wird dem Sanktionsadressaten eine Zahlungsverpflichtung auferlegt. Wenn dieser der Verpflichtung nachkommt, wird damit dem staatlichen Sanktionierungsbedürfnis Genüge getan.<sup>79</sup> Hierfür spricht, dass es sich bei der Zahlungsverpflichtung um eine Geldleistung, mithin eine vertretbare Sache (§ 91 BGB) handelt. Diese zeichnet die Geldleistung als etwas aus, das nicht von dem Merkmal der Höchstpersönlichkeit gekennzeichnet ist, denn Geld hat per se keinen höchstpersönlichen Charakter.<sup>80</sup>

Ein ähnliches Bild ergibt sich auch aus der zu § 258 Abs. 2 StGB ergangenen Rechtsprechung, wonach die Erstattung einer Geldstrafe durch Dritte keine Strafvereitelung darstellt.<sup>81</sup> Der BGH unterscheidet dabei zwischen der reinen Zahlungsverpflichtung durch das Bußgeld und der persönlichen Betroffenheit.<sup>82</sup> Er führt aus, dass keine Strafvereitelung vorliegt, wenn der Sanktionsadressat lediglich „weniger persönlich betroffen“ ist.<sup>83</sup> Selbst wenn man mit der Gegenmeinung annähme, dass die Buße höchstpersönlich sei, würde die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs keine Auswirkung auf die Höchstpersönlichkeit haben. Daher ergibt sich aus dem Prinzip der Höchstpersönlichkeit keine Wertung, die eine normative Korrektur des Schadensbegriffs rechtfertigt.

### b) Sinn und Zweck der Sanktionsnormen

Das OLG Düsseldorf hingegen argumentiert, dass das Verhalten zwar nicht strafwürdig sei, aber dennoch dem Sanktionszweck widerspreche.<sup>84</sup> Denn kartellrechtliche Wertungen würden ins Leere laufen, wenn die Unternehmen sich bei der Geschäftsleitung entlasten könnten, obwohl sie Normadressaten seien.<sup>85</sup> Dies widerspreche der Repressionsfunktion der Unternehmenskartellgeldbuße.<sup>86</sup> Auch würde nicht das Unternehmen mit Bußgeld stigmatisiert, sondern „nur“ die verantwortliche Person.<sup>87</sup> Durch einen Regressausschluss könnte den Verantwortlichkeitssphären Rechnung getragen werden, da die Unternehmensträger den Vorstand „ausgewählt, angestellt und bestellt“ hätten.<sup>88</sup> Anderenfalls würde der mit der Verbandsbuße erhobene Vorwurf eines Organisationsverschuldens unterlaufen.<sup>89</sup> Daher sei auch die Präventionswirkung der Geldbuße nicht mit einem Regress vereinbar.

<sup>70</sup> BGHZ 225, 316 (335).

<sup>71</sup> Höpfner, in: Staudinger-BGB, Buch 2, 2021, § 249 Rn. 8.

<sup>72</sup> BGH NJW-RR 2008, 786 Rn 13; BGHZ 225, 316 (335); Oetker (Fn. 61), § 249 Rn. 21.

<sup>73</sup> Möllers, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, S. 153 Rn. 95.

<sup>74</sup> Leclerc, NZKart 2021, 220; zustimmend: Friedl, ZWvR 2023, 428 (441).

<sup>75</sup> Scholl, NSTz 1999, 599; Baur/Holle, ZIP 2018, 459 (463).

<sup>76</sup> Labusga, VersR 2017, 394 (398 f.); Baur/Holle, ZIP 2018, 459 (463).

<sup>77</sup> Baur/Holle, ZIP 2018, 459 (463); Erfurth (Fn. 31), S. 189.

<sup>78</sup> Meier, StV 2008, 263 (268); ähnlich: Thomas, NZG 2015, 1409 (1411).

<sup>79</sup> Fleischer, BB 2008, 1070 (1073).

<sup>80</sup> v. Selle, Gerechte Geldstrafe, 1997, S. 75; a.A.: Baur/Holle, ZIP 2018, 459 (463).

<sup>81</sup> BGHSt 37, 226 (229).

<sup>82</sup> BGHSt 37, 226 (230).

<sup>83</sup> BGHSt 37, 226 (230).

<sup>84</sup> OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 175.

<sup>85</sup> OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 149; Bunte, NJW 2018, 123 (125).

<sup>86</sup> Dreher, VersR 2015, 781 (787); Horn, ZIP 1997, 1129 (1136).

<sup>87</sup> Hack (Fn. 34), S. 79.

<sup>88</sup> LAG Düsseldorf NJOZ 2015, 782 (791); Dreher, in: FS Konzen, 2008, S. 85 (106).

<sup>89</sup> Hack (Fn. 34), S. 79.

*aa) Repressionsfunktion*

Den Vertretern, die einen Regress ablehnen, ist zwar zuzugeben, dass ein Bußgeldregress im Widerspruch zur Repressionsfunktion stehen würde, wenn dieser den kartellrechtlich abgeschöpften Vorteil zurückerstatete.<sup>90</sup> Doch soll gerade dies nicht stattfinden, denn – wie bereits dargelegt – handelt es sich lediglich hinsichtlich des Ahndungsteils der Kartellbuße um einen ersatzfähigen Schaden.

*bb) Präventionswirkung gegenüber dem Leitungsorgan*

Im Sinne der Präventionswirkung der Sanktionsnormen muss zudem beachtet werden, dass bei Regressausschluss der gewünschte verhaltenssteuernde Effekt gegenüber dem Leitungsorgan gänzlich beseitigt würde.<sup>91</sup> Wenn Leitungsorgane wissen, dass sie persönlich für die Folgen ihrer Pflichtverletzungen haften müssen, sind sie weniger geneigt Risiken einzugehen, die dem Unternehmen schaden könnten und eher darauf bedacht, sich rechtskonform zu verhalten.<sup>92</sup> Dies wurde auch empirisch dargelegt<sup>93</sup> und durch wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse hinsichtlich eines *moral hazards* untermauert, wonach die Kollektivierung eines individuellen Risikos leichtfertiges Verhalten fördert.<sup>94</sup>

Dem wird jedoch von den Regressgegnern entgegnet, dass der Verhängung von persönlichen Bußgeldern ausreichend präventive Wirkung zukomme, sodass der Regress als verhaltenssteuerndes Element nicht notwendig sei.<sup>95</sup>

Diesem Argument liegt jedoch die Prämisse zugrunde, dass die Abschreckungswirkung der Individualbuße ähnlich hoch ist, wie die des Regresses. Allerdings zieht § 81c Abs. 1 S. 1 GWB eine Obergrenze von 1 Mio. Euro ein. Die verhängten Bußgelder bewegen sich aber deutlich darunter.<sup>96</sup> Zudem könnte ein Organ seine Bereitschaft, bei der Aufklärung mitzuwirken und einen Kronzeugenantrag zu stellen, davon abhängig machen, dass die Gesellschaft die verhängte Individualbuße übernimmt.<sup>97</sup> Letztlich manifestiert sich in der Individualsanktion nur die Folge einer Legalitätspflichtverletzung.<sup>98</sup> Daraus ergibt sich aber keine den Regress ausschließende, spezifisch-kartellrechtliche Wertung. Schließlich ist gerade eine Doppelstruktur von Individual- und Unternehmenssanktion kein genuin kartellrechtliches Phänomen, sondern Konsequenz der Anknüpfung an eine Legalitätspflichtverletzung.<sup>99</sup>

Zudem setzen sich die Regressgegner mit dem Argument einer leerlaufenden Präventionswirkung dem Vorwurf der Widersprüchlichkeit aus. Das zeigt ein Vergleich zum Kartellschadensersatz nach § 33a GWB. Wenn ein Organ durch seine Pflichtverletzung Schäden gegenüber Dritten verursacht, dann dürfen diese ihre Ansprüche an das Unternehmen richten, welches wiederum Regress bei dem Organ verlangen kann („Haftungsschaden“).<sup>100</sup> Dies gilt, obwohl die Schadensersatzansprüche Dritter vorrangig einem Präventionsziel gegenüber den Kartellunternehmen folgen.<sup>101</sup> Sofern das aber das zentrale Anliegen bei der Durchsetzung von Schadensersatzverlangen sein soll, ist nicht ersichtlich, wie dies mit einem Ausschluss des Binnenregresses vereinbar ist.

Außerdem erfolgt die Haftungsausfüllung im Rahmen des § 33a GWB ebenso gemäß der §§ 249 ff. BGB, unter Anwendung der Differenzhypothese. Nach dem Grundsatz der Totalreparation (Art. 3 Abs. 1 RL 2014/104/EU) sollen alle Schäden ausgeglichen werden. In beiden Fällen ist die kartellrechtliche Außenpflichtverletzung haftungsbegründend im Innenverhältnis. Die Möglichkeit der Gesellschaft, erlittene Haftungsschäden von Dritten gegenüber dem Organ zu regressieren, nicht jedoch „eigene“ Haftungsschäden, erscheint paradox und würde zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung führen.

*cc) Präventionswirkung gegenüber Unternehmensträgern*

Auch kann der erhobene Vorwurf eines Organisationsverschuldens nicht durchdringen. Ein Ausschluss des Innenregresses würde gerade nicht den Verantwortungssphären Rechnung tragen. Denn die dahinterstehende Erwägung einer verhaltenssteuernden Wirkung der Geldbuße gegenüber den Unternehmensträgern<sup>102</sup> ist mit der kapitalgesellschaftlichen Organisationsstruktur nicht zu vereinen.<sup>103</sup> Der Vorstand agiert nämlich eigenverantwortlich und weisungsunabhängig (§§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 S. 1 AktG) und wird von dem Aufsichtsrat kontrolliert (§§ 84 Abs. 1, 111 Abs. 1 AktG), der wiederum über die Hauptversammlung durch die Aktionäre bestellt wird, vgl. § 119 Abs. 1 Nr. 1 AktG.<sup>104</sup> Damit haben die Aktionäre nahezu keine Einflussmöglichkeit auf das Handeln der Leitungsorgane,<sup>105</sup> wobei diese aber letztlich den Verlust über Dividendenkürzungen tragen müssten.<sup>106</sup> Zwar ist durchaus möglich, dass die Unternehmensträger ihrer Verantwortung nicht nachgekommen sind, doch kommt dies nur in Betracht, wenn ihnen

<sup>90</sup> LAG Düsseldorf NJOZ 2015, 782 (791).

<sup>91</sup> Hauger/Palzer, ZGR 2015, 33 (54); Thole, ZHR 173, 504 (533).

<sup>92</sup> Fleischer, DB 2014, 345 (348); Kersting, ZIP 2016, 1266 (1268).

<sup>93</sup> Nosenzo et al., The Journal of Law, Economics, and Organization 2014, 623.

<sup>94</sup> Posner, Economic Analysis of Law, 9. Aufl. 2014, § 4.5.

<sup>95</sup> Bunte, NJW 2018, 123 (126).

<sup>96</sup> Krauß, NZKart 2017, 179 (180).

<sup>97</sup> Kersting/May, WuW 2024, 313 (318).

<sup>98</sup> Nietsch, NJW 2024, 471 (475).

<sup>99</sup> Nietsch, NJW 2024, 471 (475).

<sup>100</sup> Verse (Fn. 50), § 43 Rn. 300; Fleischer (Fn. 27), § 43 Rn. 329; Thomas, NZG 2015, 1409 (1414).

<sup>101</sup> Werner, JM 2024, 6 (11); Bayreuther, NZA 2015, 1239 (1241).

<sup>102</sup> Vgl. OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 148.

<sup>103</sup> Arnold, in: Arnold et al., Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2018, 2019, Rn. 43; Hauff (Fn. 56), S. 153 ff.; Kersting/May, WuW 2024, 243 (247 f.).

<sup>104</sup> Arnold (Fn. 103), Rn. 43; Kersting/May, WuW 2024, 243 (247 f.).

<sup>105</sup> Wagner, ZGR 2016, 112 (134 f.).

<sup>106</sup> Hauff (Fn. 56), S. 153; ähnlich auch: Reuter, CCZ 2023, 289 (293).

selbst ein vorwerfbares Fehlverhalten zur Last gelegt werden kann.<sup>107</sup> Ein solcher Vorwurf ließe sich aber nur begründen, wenn man sowohl den Aktionären als auch dem Aufsichtsrat zweifelsfrei nachweisen könnte, dass sie bei der Auswahl und Überwachung des Vorstands sorgfältig gehandelt haben.<sup>108</sup> Dies erscheint aber *in praxi* nicht möglich. Zudem kann eine Unternehmensbuße gerade auch dann erlassen werden, wenn sorgfältig ausgewählt wurde, da insoweit ausschließlich das Verhalten des Vorstands haftungsbegründend wirkt.<sup>109</sup> Vor diesem Hintergrund vermag ein Ansetzen der Präventionswirkung am Handeln der Unternehmensträger nicht zu überzeugen.

Ähnliches gilt für die GmbH, bei der die Gesellschafterversammlung zwar mehr Mitwirkungsrechte hat, der Geschäftsführer jedoch ebenso eigenständig arbeitet und im Rahmen seiner Legalitätspflicht handeln muss.<sup>110</sup> Die Zwecksetzungen der Sanktionsvorschriften stehen dem Regress damit nicht entgegen.

### c) Differenzierender Bußgeldrahmen

Ein Regressausschluss könnte sich aber daraus ergeben, dass sich der Gesetzgeber für einen differenzierenden Bußgeldrahmen in den §§ 81 – 81d GWB entschieden hat. Dieses System lege bewusst das Unternehmen als Hauptadressaten der Sanktion fest (§ 81c Abs. 2 GWB), während die natürliche Person weniger betroffen sei (§ 81c Abs. 1 S. 1 GWB). Zum einen erfolge die Bußgeldbemessung anhand des tatbezogenen Umsatzes, der von der Größe und Marktstellung des Unternehmens abhängt<sup>111</sup> und sich dem Einfluss des leitenden Organs entziehe.<sup>112</sup> Aus demselben Grund seien auch Kartellbußgelder, die von der EU-Kommission verhängt werden, nicht regressfähig.<sup>113</sup> Zum anderen spricht bereits die Möglichkeit der Individualsanktionierung des Organs gegen einen Regress.<sup>114</sup> Sofern der Geschäftsleiter mit einer solchen sanktioniert wird, bestehe die Gefahr einer Doppelbestrafung entgegen des Art. 103 Abs. 3 GG.<sup>115</sup> Letztlich wäre die finanzielle Überforderung des Leitungsorgans die Folge.<sup>116</sup> Dadurch würde das kartellrechtliche Ziel, die unmittelbare Sanktionierung des Un-

ternehmens, untergraben und über das Gebot der anlassangemessenen Strafe das Verhältnismäßigkeitsprinzip verletzt werden.<sup>117</sup>

Die Berücksichtigung des Ahndungsteils in der Differenzhypothese stellt keinen Verstoß gegen den Grundsatz der anlassangemessenen Sanktion aus Art. 20 GG dar. Zunächst dient die Berechnung der Bußgeldhöhe anhand der unternehmensbezogenen Kriterien lediglich der Durchsetzung von öffentlich-rechtlichen Interessen, woraus sich keine Begrenzung der zivilrechtlichen Haftung ergeben kann.<sup>118</sup> Auch vermag der Einwand, dass das Leitungsorgan keinen Einfluss auf die Bußgeldhöhe hat, nicht zu überzeugen. Schließlich kann dieses gerade durch die Einrichtung von Compliance-Maßnahmen nach § 81d Abs. 1 S. 2 Nr. 4, Nr. 5 GWB sowie über dem mittlerweile kodifizierten Kronzeugenantrag nach §§ 81j f. GWB die Höhe des Bußgeldes maßgeblich beeinflussen.<sup>119</sup> Zwar wird insoweit argumentiert, dass wenig Anreiz zu derartigen Anträgen bestünde, da diese die Kartellbuße mit Regressmöglichkeit überhaupt erst auslösen.<sup>120</sup> Dies kann jedoch keinen Regressausschluss rechtfertigen, da dies andererseits auch für die privaten Schadensersatzklagen gelten müsste.<sup>121</sup> Zudem kann gerade eine solche Antragstellung die Sanktionierung des Unternehmens und damit auch die persönliche Haftung vermeiden, vgl. §§ 81j, 81k Abs. 1 GWB. Außerdem liegt in der Belastung des Organs ein Schaden ohne ahndenden Charakter,<sup>122</sup> sodass keine Doppelbestrafung, sondern eine Doppelbelastung gegeben ist. Eine solche ist in der Rechtsordnung kein Novum: Denn auch bei der Verletzung einer strafbewehrten Norm lässt § 823 Abs. 2 neben der strafrechtlichen Sanktionierung einen zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch zu.<sup>123</sup>

Damit bliebe nur der Vorwurf, dass in dem Schadensersatz eine unverhältnismäßige und damit existenzbedrohende Belastung des Organs liege. Dass dies kein genuin kartellrechtliches Problem darstellt, belegt die zu §§ 249 ff. BGB ergangene BGH-Rechtsprechung.<sup>124</sup> Der Schuldner – in diesem Fall das Organ – ist nach Ansicht des BGH ausrei-

<sup>107</sup> Arnold (Fn. 103), Rn. 44.

<sup>108</sup> Arnold (Fn. 103), Rn. 44; Kersting/May, WuW 2024, 313 (316).

<sup>109</sup> Arnold (Fn. 103), Rn. 42.

<sup>110</sup> BGHZ 152, 280 (284); Arnold (Fn. 103), Rn. 45.

<sup>111</sup> Ziff. (2) der „Leitlinien für die Bußgeldbemessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren“ v. 11.10.2021; Thomas, NZG 2015, 1409 (1412).

<sup>112</sup> OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 164; Lotze, NZKart 2014, 162 (167).

<sup>113</sup> LG Saarbrücken NZKart 2021, 64 Rn. 122; Leclerc, NZG 2023, 1261 (1266).

<sup>114</sup> Verse (Fn. 50), § 43 Rn. 311; Bunte, NJW 2018, 123 (126).

<sup>115</sup> Dreher (Fn. 88), S. 85 (104); Verse (Fn. 50), § 43 Rn. 311; Baur/Holle, ZIP 2018, 459 (464 f.).

<sup>116</sup> Labusga, VersR 2017, 394 (399).

<sup>117</sup> Thomas, NZG 2015, 1409 (1412); ähnlich: Labusga, VersR 2017, 394 (399).

<sup>118</sup> Kersting, ZIP 2016, 1266 (1268); Suchy, NZG 2015, 591 (593); Zimmermann, WM 2008, 433 (437).

<sup>119</sup> LG Dortmund, Beschl. v. 14.8.2023 – 8 O 5/22, Rn. 10 – juris.

<sup>120</sup> LAG Düsseldorf NJOZ 2015, 782 (791); Arnold (Fn. 103), Rn. 55 f.; Leclerc, NZKart 2020, 220 (224 f.).

<sup>121</sup> Binder/Krayvanger, BB 2015, 1219 (1228); Werner, JM 2024, 6 (12); Hoffmann, Binnenregress für Verbandsgeldbußen im Kapitalgesellschaftsrecht, 2022, S. 278 f.

<sup>122</sup> Ristelhuber, GmbHR 2024, 509 (515).

<sup>123</sup> Hauff (Fn. 56), S. 205.

<sup>124</sup> BGHZ 212, 48 (60).

chend durch das Vollstreckungsrecht und die insolvenzrechtliche Restschuldbefreiung geschützt.<sup>125</sup> Hinzu kommt, dass die Leistungsfähigkeit des Schädigers nur beim Ersatz von immateriellen Schäden zu berücksichtigen ist.<sup>126</sup> Ein solcher liegt hier aber gar nicht vor. Schließlich muss die Höhe der Buße nicht nur im systematischen Zusammenhang mit Bußgeldbemessung der Unternehmen gesehen, sondern auch im Kontext der sonstigen Haftungsrisiken einer Leitungsperson verstanden werden.<sup>127</sup> Mögliche Fehlentscheidungen des Organs können weitgehende Folgen für das Unternehmen hervorrufen.<sup>128</sup> Allerdings wird die damit einhergehende Verantwortung typischerweise entsprechend vergütet. Eine existenzvernichtende Haftung kann daher keinen Regressausschluss rechtfertigen.

#### d) Sperrfunktion

Trotz allem wird vertreten, dass die kartellrechtlichen Wertungen auf das Zivilrecht durchschlagen und eine Art „Sperrfunktion“ gegenüber der Durchsetzung einer Inanspruchnahme im Wege des Innenregresses begründen.<sup>129</sup> Ansonsten würde die Rechtsordnung sich selbst widersprechen, wenn das Zivilrecht das erstatte, was das öffentliche Recht abverlange.

Ein solcher sanktionsrechtlicher Anwendungsvorrang lässt sich nicht konstruieren. Vielmehr bestehen das Ordnungswidrigkeitenrecht und das Zivilrecht nebeneinander.<sup>130</sup> Dies zeigt ein Vergleich zur BGH-Rechtsprechung in den sog. „Beraterfällen“, in denen ein Regress des Mandanten für einen ihm durch eine Geldbuße entstandenen Schaden gegenüber dem Steuerberater zugelassen wurde.<sup>131</sup> Dabei wird entscheidend auf den Schutzzweck der verletzen Beratungspflicht abgestellt und ob diese gerade vor Begehung einer Straftat bzw. einer Ordnungswidrigkeit schützen sollte.<sup>132</sup> Zwar wird naheliegend argumentiert, dass beim Kartellbußgeldregress eben keine vertragliche Beratungspflicht bestand<sup>133</sup> und dass § 81 GWB i.V.m. § 30 OWiG zwingend eine Anknüpfungstat der Leitungsperson voraussetzt, doch vermag dies letztlich nicht zu überzeugen. Denn vorliegend besteht eine organschaftliche Legalitätspflicht als Teil der Sorgfaltspflicht gegenüber dem Unternehmen.<sup>134</sup> Daher muss erst Recht im Fall einer solchen der Geschäftsleiter die Gesellschaft vor einem Verstoß im

Außenverhältnis bewahren.<sup>135</sup> Außerdem kann die Gesellschaft dabei nur durch ihr Organ handeln und keine eigenständige abwägende Entscheidung treffen, wohingegen der Beratungsempfänger die Entscheidungsautonomie besitzt, ob etwaiger Rat angenommen werden soll oder nicht.<sup>136</sup> Sogar dann, wenn im Fall der Beraterhaftung dem Steuerpflichtigen ein schuldhaftes Verhalten vorgeworfen werden kann, darf dieser Regress gegenüber dem Steuerberater nehmen.<sup>137</sup> Vorliegend ist aber nur dem Geschäftsleiter eine schuldhafte Pflichtverletzung vorzuwerfen, die der Gesellschaft zugerechnet wird.<sup>138</sup> Dass in diesem Falle der Regress ausgeschlossen sein soll, ist nicht überzeugend. Letztlich soll gerade kein der Rechtsordnung widersprechender Zustand geschaffen werden, sondern ein Ausgleich der Vermögenslage, der auf der Pflichtverletzung beruht. Die Rechtsordnung würde sich selbst widersprechen, wenn sie eine Ausnahme für das Kartellrecht begründen würde.

#### e) Europarechtliche Wertungen

Ein Ausschluss des Binnenregresses könnte sich daraus ergeben, dass zwingende europarechtliche Wertungen, insbesondere der Effektivitätsgrundsatz, im Rahmen einer unionskonformen Auslegung gegen einen Binnenregress der Unternehmenskartellgeldbuße sprechen. Der übergeordnete Zweck der §§ 81–81d GWB ist die effektive Durchsetzung der unionsrechtlichen Wettbewerbsordnung und damit die Verwirklichung der Ziele des AEUV. Die Bußgeldvorschriften dienen als Sanktions- und Abschreckungsinstrument der Durchsetzung der Art. 101 und 102 AEUV, welche ihrerseits den Wettbewerb als Institution schützen.<sup>139</sup> Der Zweck dieser Vorschriften wird dabei primärrechtlich über Art. 103 Abs. 2 lit. a. AEUV festgesetzt. Maßgeblich wird dabei auf die Absicherung durch Kartellbußgelder verwiesen, die der Ahndung und Abschreckung dienen sollen.<sup>140</sup> Dabei ist die Wirksamkeit dieser Sanktion grundlegende Voraussetzung für eine kohärente Anwendung der Art. 101, 102 AEUV.<sup>141</sup> Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob bereits die Möglichkeit des Regresses die effektive Kartellrechtsdurchsetzung gefährdet.<sup>142</sup>

Dies wird mitunter bejaht, da die Abschreckungswirkung durch eine Regressmöglichkeit gemildert werde, was eine Verletzung des Effektivitätsgrundsatzes bedeuten würde.<sup>143</sup>

<sup>125</sup> BGHZ 212, 48 (60); *Fleischer*, ZIP 2014, 1305 (1307); *Oetker* (Fn. 61), § 249 Rn. 15.

<sup>126</sup> *Flume* (Fn. 57), § 253 Rn. 47.

<sup>127</sup> *Kersting/May*, WuW 2024, 313 (320).

<sup>128</sup> *Kersting/May*, WuW 2024, 313 (318).

<sup>129</sup> *Hoffmann* (Fn. 121), S. 232.

<sup>130</sup> *Zimmermann*, WM 2008, 433 (437); *Glöckner/Müller-Tautphaeus*, AG 2001, 344 (346).

<sup>131</sup> BGHZ 23, 222 (224); NJW 1997, 518 (519); NJOZ 2011, 460.

<sup>132</sup> BGH NJOZ 2011, 460; *Binder/Kraayvanger*, BB 2015, 1219 (1226).

<sup>133</sup> LAG Düsseldorf NJOZ 2015, 782 (792); *Dreher* (Fn. 88), S. 104; zustimmend *Thomas*, VersR 2017, 596 (600).

<sup>134</sup> *Suchy*, NZG 2015, 591 (593); *Fleischer*, DB 2014, 345 (347); *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015, 449 (451).

<sup>135</sup> *Kersting*, ZIP 2016, 1266 (1267); *Binder/Kraayvanger*, BB 2015, 1219 (1226).

<sup>136</sup> LG Dortmund, Beschl. v. 21.6.2023 – 8 O 5/22, Rn. 5 – juris; *Binder/Kraayvanger*, BB 2015, 1219 (1226).

<sup>137</sup> BGH NJW 1997, 518 (519).

<sup>138</sup> *Kersting/May*, WuW 2024, 243 (245).

<sup>139</sup> *Achenbach* (Fn. 11), GWB § 81 Rn. 7.

<sup>140</sup> EuGH, Urt. v. 17.6.2010, Lafarge/Kommission, C-413/08 P, EU:C:2010:346, Rn. 102.

<sup>141</sup> EuGH, Urt. v. 11.6.2009, Inspecteur van de Belastingdienst/X BV, C-429/07, EU:C:2009:359, Rn. 37.

<sup>142</sup> *Kersting/May*, WuW 2024, 313 (315).

<sup>143</sup> LG Saarbrücken NZKart 2021, 64 Rn. 122 f.

Der „Effet Utile“ spricht aber nicht gegen einen Regress. Die These, ein Regress verstoße gegen den Effektivitätsgrundsatz, stützt sich auf zwei Prämissen: Erstens setze die Abschreckungswirkung voraus, dass die Sanktion das Unternehmen als wirtschaftliche Einheit trifft. Zweitens würde die Sanktionierung des Unternehmens durch den Regress abgeschwächt werden.

Zunächst können die bereits dargelegten Argumente gegen eine verhaltenssteuernde Wirkung eines Regressausschlusses herangezogen werden. Wenn die Belastung beim Unternehmen verbleibt, wären primär im Falle der AG die Aktionäre betroffen. Diesen kann jedoch kein Schuldvorwurf gemacht werden, sodass ein Verstoß gegen den Grundsatz *nulla poena sine culpa* in Betracht kommt.<sup>144</sup>

Außerdem wird das Unternehmen nicht als Sanktionsadressat „ausgetauscht“, wie mitunter suggeriert wird.<sup>145</sup> Durch die Erfüllung der Zahlungsverpflichtung wird der Sanktionsadressat belastet.<sup>146</sup> Einen darüberhinausgehenden Regelungsgehalt, wie die innergesellschaftliche Lastenverteilung *in concreto* zu erfolgen hat, gibt es nicht.<sup>147</sup>

Auch der Wortlaut der maßgeblichen Kompetenznormen trägt diese Auffassung. So können nach Art. 5 S. 2, 3 VO 1/2003 über die Bußgelder hinaus „sonstige im innerstaatlichen Recht vorgesehene Sanktionen verhängt werden“. Dazu führt der Erwägungsgrund 8 der VO 1/2003 aus, dass das nationalstaatliche Regelungsregime hinsichtlich der Sanktionierung von natürlichen Personen nicht tangiert wird. Ein ähnliches Bild ergibt sich unter Berücksichtigung der RL 2019/1/EU. Dabei lässt sich aus Art. 13 RL 2019/1 sowie Erwägungsgrund 10 ableiten, dass ein Regress nicht ausgeschlossen ist und nationalstaatliche Sanktionen gegen natürliche Personen von der Richtlinie nicht betroffen sind.

Vielfach wird jedoch im Rahmen einer Sanktionierung durch die Kommission vorgebracht, dass sich die Bußgeldhöhe ebenfalls anhand unternehmensbezogener Kriterien bemisst, deren Berechnung in Leitlinien festgesetzt ist.<sup>148</sup> Daher erfülle die Sanktion einen rein unternehmensbezogenen Zweck, wobei die Sanktionsbefugnis der Kommission nur das Unternehmen, nicht aber die angehörenden natürlichen Personen, umfasse.<sup>149</sup> Dabei werde das eigene schuldhaftige Verhalten des Unternehmens sanktioniert,<sup>150</sup> woraus gefolgert wird, dass keine Präventionswirkung bei den Leitungspersonen ansetze.<sup>151</sup>

Allerdings hat die Berechnung des Bußgeldes per se keine Auswirkung auf die Schadensersatzhöhe (s.o.). Auch ein Abstellen auf die Sanktionsbefugnis hinsichtlich der Ahndung von Kartellrechtsverstößen geht fehl. Denn dies bedeutet lediglich, dass die Kommission keine Kompetenz hat, um natürliche Personen direkt zu sanktionieren. Damit lässt sich aber keine Unzulässigkeit eines Regresses begründen. Vielmehr muss der Umkehrschluss gemacht werden: Dadurch, dass die Kommission keine Sanktionsbefugnis gegenüber natürlichen Personen hat, muss ein Binnenregress zulässig sein. Aus demselben Grund kann eine fehlende Präventionswirkung bei Leitungspersonen so verstanden werden, dass ein Regress nachgerade geboten ist. Anderenfalls würde bei Kartellbußgeldern, die von der Kommission verhängt werden, gegenüber dem nationalen Sanktionsregime keine Möglichkeit zur Beeinflussung des tatsächlich Handelnden bestehen.

### 3. Zwischenergebnis

Eine wertende Betrachtung ergibt, dass die Unternehmenskartellgeldbuße als Schadensposition im Rahmen der Differenzhypothese berücksichtigt werden kann.

### IV. Rechtsfortbildung über teleologische Reduktion

Da das Ausfüllen des auslegungsbedürftigen Rechtsbegriffs des Schadens nicht zu einem Regressausschluss geführt hat, stünde den Gerichten nun die Rechtsfortbildung zur Schließung von Gesetzeslücken zu. Maßgeblich wird daher von der Judikatur sowie Teilen der Literatur im Rahmen der teleologischen Auslegung angeführt, dass die Haftungsnormen teleologisch zu reduzieren seien, da diese dem Sanktionszweck zuwiderliefen.<sup>152</sup>

#### 1. Voraussetzungen der teleologischen Reduktion

Die teleologische Reduktion hat zur Voraussetzung, dass eine Anwendung des Wortlauts zu einem anderen Ergebnis führe als Sinn und Zweck der angewendeten Vorschrift es gebieten.<sup>153</sup> Dies wird daher zweischrittig geprüft: Erstens müsste der Wortlaut die Fallkonstellation uneingeschränkt erfassen. Zweitens müssten der Sinn und Zweck der Norm der Subsumtion unter den Wortlaut entgegenstehen. Dabei wird durch die Anwendung impliziert, dass eine verdeckte Regelungslücke gegeben ist.<sup>154</sup> Ob die Voraussetzung einer solchen aber überhaupt vorliegt, soll im Folgenden betrachtet werden.

<sup>144</sup> Vgl. zum Grundsatz, der zwar nicht kodifiziert, aber wohl aus Art. 48 Abs. 1 der GRCh, als auch aus Art. 6 Abs. 2 der EMRK abgeleitet wird: *GA Kokott*, Schlussanträge v. 28.2.2013, Schenker, C-681/11, EU:C:2013:126, Rn. 41 ff.; s. auch *Reuter*, BB 2016, 1283 (1292).

<sup>145</sup> LG Saarbrücken NZKart 2021, 64 Rn. 122 f.

<sup>146</sup> *Kersting/May*, WuW 2024, 313 (315 f.).

<sup>147</sup> *Grigoleit/Tomasic* (Fn. 52), § 93 Rn. 96.

<sup>148</sup> *Dreher*, AG 2023, 845 (847).

<sup>149</sup> EuGH, Urt. v. 10.4.2014, Siemens Österreich, C-231/11 P bis 233/11 P, EU:C:2014:256, Rn. 56; *Beck*, NZKart 2023, 654 (659).

<sup>150</sup> EuGH, Urt. v. 7.6.1983, SA Musique Diffusion française, C-100/80 bis 103/80, EU:C:1983:158, Rn. 97.

<sup>151</sup> *Beck*, NZKart 2023, 654 (659).

<sup>152</sup> OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 179; LG Düsseldorf, Urt. v. 10.12.2021 – 37 O 66/20; *Hoffmann* (Fn. 121), S. 274 ff.; *Baur/Holle*, ZIP 2018, 459; *dies.*, NZKart 2023, 598 (600); *Lotze/Smolinski*, NZKart 2015, 254; *Thomas*, NZG 2015, 1409; *dies.*, VersR 2017, 596; *Friedl/Titze*, ZWeR 2015, 318; *Beck*, NZKart 2023, 654.

<sup>153</sup> BVerwG, Beschl. v. 10.8.2016 – 1 B 83/16, Rn. 8 – juris.

<sup>154</sup> BVerfGE 88, 145 (167).

## 2. Anwendung im „Edelstahlkartell“

Aus der Anwendung des Wortlauts der § 43 Abs. 2 GmbHG bzw. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG lässt sich ein Regressausschluss nicht ableiten (s.o.). Der Regress dürfte daher nicht mit dem Sinn und Zweck der Organhaftungsvorschriften zu vereinen sein. Stellt man für eine teleologische Reduktion der § 43 Abs. 2 GmbHG bzw. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG – der Linie des OLG Düsseldorf folgend – maßgeblich auf den Sinn und Zweck der Sanktionsvorschriften ab, ist dies zwar möglich, doch müssten dafür die Schutzzwecke der jeweiligen Vorschriften gegenübergestellt und abgewogen werden.<sup>155</sup> Die Abwägung müsste ergeben, dass die Sanktionszwecke durch die Haftungsvorschriften derartig eingeschränkt wären, dass eine teleologische Reduktion geboten ist.

### a) Vereinbarkeit des Regresses mit Organhaftungsnormen

Zuerst muss aber untersucht werden, ob die Organhaftungsnormen einem Regress entgegenstehen. Diese verfolgen einen doppelten Regelungszweck.<sup>156</sup> Davon erfasst ist zum einen die interne Steuerungsfunktion der Organmitglieder, welche maßgeblich darauf ausgerichtet ist, Schäden abzuwenden und damit Haftungsrisiken zu minimieren.<sup>157</sup> Dabei fungiert Innenhaftung als Korrektiv, um die eigenverantwortliche Führung des Organs (§ 76 Abs. 1 AktG) auf die im Interesse des Unternehmens liegenden Verhaltensweisen zu beschränken.<sup>158</sup> Eine besonders sorgfältige Pflichterfüllung kann damit das Organ vor einer möglichen bußgeldbewehrten Haftung bewahren, sodass ein wesentlich größerer Anreiz bzw. verhaltenssteuernder Effekt durch den Regress zu erreichen wäre. Zum anderen verfolgen die Organhaftungsnormen das Ziel der Schadenskompensation im Interesse der Gesellschafter für die GmbH<sup>159</sup> und im Interesse der Aktionäre für die AG.<sup>160</sup> Diese dienen maßgeblich dem Schutz des Gesellschaftsvermögens sowie mittelbar dem Schutz der Aktionäre<sup>161</sup> bzw. der Gesellschafter und der Gesellschaftsgläubiger.<sup>162</sup> Die Möglichkeit des uneingeschränkten Binnenregresses würde daher die schadenskompensatorische Funktion der Organhaftungsnormen verwirklichen. Der Regress ist darum mit den Organhaftungsvorschriften vereinbar.

### b) Vereinbarkeit des Regresses mit den Sanktionsnormen

Da bereits die Organhaftungsnormen einem Regress nicht entgegenstehen, bedürfte es einer besonders substantiierten Begründung, um dennoch eine durchschlagende Wirkung der kartellrechtlichen Vorschriften auf die Haftungsnormen zu erreichen. Allerdings lassen sich hierfür die bereits dargelegten Argumente hinsichtlich der Regressvereinbarkeit mit den Sanktionszwecken der §§ 81–81a GWB fruchtbar machen.

## V. Ergebnis

Der über den Abschöpfungsteil hinausgehende Ahndungsteil der Unternehmenskartellgeldbuße stellt damit einen ersatzfähigen Schaden im Innenverhältnis dar.

## E. Begrenzung des Haftungsumfangs und Versicherbarkeit

Da allerdings bereits (leicht) fahrlässige Verstöße eine Ersatzpflicht des Leitungsorgans begründen können, stellt sich die Frage nach der Angemessenheit des Haftungsumfangs. Insofern werden diverse Vorschläge zur Haftungsbegrenzung sowie zur Absicherung durch Versicherungen diskutiert.

### I. Vorschläge zur Haftungsbegrenzung

#### 1. Meinungsspektrum

So wird angeführt, dass eine Übertragung der richterrechtlichen Grundsätze zur Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung die Regresshöhe begrenzen könnte. Hierüber werde eine ungleiche Risikoallokation kompensiert, sofern die Pflichtverletzung des Arbeitnehmers auf Fahrlässigkeit beruht.<sup>163</sup>

Anknüpfend an die normativen Wertungen der Arbeitnehmerhaftung wird vertreten, diese im Rahmen der organchaftlichen Fürsorge- und Treuepflicht für eine Haftungsbeschränkung heranzuziehen.<sup>164</sup> Denn sowohl das Leitungsorgan als auch die Gesellschaft verbindet eine gegenseitige Treue- bzw. Fürsorgepflicht, aus der die Gesellschaft den Geschäftsleiter als Teil des Leitungsorgans zu schützen hat.<sup>165</sup> Daraus wird abgeleitet, dass ein Regress der Gesellschaft nur in einem angemessenen Rahmen geltend gemacht werden dürfe,<sup>166</sup> da die Tätigkeit als Teil des Leitungsorgans fremdnützig und risikobehaftet sei.<sup>167</sup>

<sup>155</sup> Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 211.

<sup>156</sup> BGHZ 219, 193 (209).

<sup>157</sup> Arnold (Fn. 103), Rn. 2; Ziemons (Fn. 51), § 43 Rn. 6; Dauner-Lieb (Fn. 40), § 93 Rn. 1.

<sup>158</sup> Arnold (Fn. 103), Rn. 22, wonach trotz Weisungsgebundenheit bei der GmbH für den Geschäftsführer nichts anderes gelten kann.

<sup>159</sup> Verse (Fn. 50), § 43 Rn. 7; Ziemons (Fn. 51), § 43 Rn. 6.

<sup>160</sup> Koch, in: Koch, AktG, 18. Aufl. 2024, § 93 Rn. 1; Fleischer (Fn. 29), § 93 Rn. 2.

<sup>161</sup> Fabisch, ZWeR 2013, 91 (103).

<sup>162</sup> Ziemons (Rn. 51), § 43 Rn. 7.

<sup>163</sup> Vgl. BAG NZA 2011, 345 ff.; Lotze, NZKart 2014, 162 (168).

<sup>164</sup> Koch, in: LA Winter, 2011, S. 339; Bayer (Fn. 2), S. 97; Rust, ZWeR 2015, 299, (311).

<sup>165</sup> Fleischer (Fn. 2), § 84 Rn. 34; Spindler (Fn. 45), § 84 Rn. 70.

<sup>166</sup> Bayer (Fn. 2), S. 97; Bayer/Scholz, GmbHR 2015, 449 (455 f.); Koch, AG 2014, 513 (514).

<sup>167</sup> Koch, AG 2012, 429 (438).

Spezifisch für das Kartellbußgeld wird erwogen, eine summenmäßige Beschränkung in Höhe des maximalen Bußgeldrahmens für natürliche Personen, in Höhe von 1 Mio Euro (§ 81c Abs. 1 S. 1 GWB) vorzunehmen<sup>168</sup> bzw. auf die Höhe des mutmaßlich verhängten Bußgeldes zu beschränken.<sup>169</sup> Somit wäre für Fahrlässigkeitsdelikte eine deutlich geringe Belastung möglich, vgl. § 17 Abs. 2 OWiG.

## 2. Stellungnahme

Die Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung können nicht überzeugen. Gegen die Übertragung der Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung streitet bereits, dass eine abschließende Haftungsregelung (§ 43 GmbHG bzw. § 93 AktG) existiert, sodass es an einer Regelungslücke in der Organhaftung fehlt, die geschlossen werden müsste.<sup>170</sup> Gleichmaßen kann auch eine Beschränkung hinsichtlich der organschaftlichen Fürsorge- und Treuepflicht abgelehnt werden. Denn dass vom zwingenden Recht aus § 43 GmbHG bzw. § 93 AktG nur aus Billigkeitserwägungen abgewichen wird, vermag nicht zu überzeugen. Zumal diese Pflichten in ihrer Konkretetheit zu unbestimmt sind.<sup>171</sup>

Ferner kann sich eine summenmäßige Beschränkung nicht anhand des maximalen Bußgeldrahmens ergeben. Anderenfalls würde über die Hintertür die ordnungswidrigkeitliche Obergrenze als Beschränkung des zivilrechtlichen Schadensersatzanspruchs dienen,<sup>172</sup> was mit der hier vertretenen Auffassung einer Trennung des öffentlichen und Zivilrecht nicht zu vereinbaren ist. So kann keine der vorgestellten Beschränkungsvorschläge mit konkreten gesetzlichen Anhaltspunkten aufwarten.<sup>173</sup> Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, dass sich die Beschränkungsvarianten beim Kartellbußgeldregress überhaupt fruchtbar machen lassen, sind doch gerade die hohen Kartellgeldbußen unausweichlich mit Vorsatztaten verknüpft. Gerade diese sind es, die vielfach zu Prozessen führen. Außerdem würde bei einer Implementierung von solchen Beschränkungen ein präventionsmindernder Effekt eintreten, was per se gegen eine Berücksichtigungsfähigkeit spricht. Damit sind *de lege lata* keine Regressbeschränkungen möglich.

## II. Deckung durch D&O-Versicherung

Da ein Regressausschluss den gesetzlichen Wertungen widerspricht und die Vorschläge hinsichtlich einer Haftungsbeschränkung nicht überzeugen können, stellt sich die Folgefrage, ob die Regressforderung über eine D&O-Versicherung gedeckt sein könnte.

Diese wird von der Gesellschaft als Versicherungsnehmerin für den Vorstand abgeschlossen und umfasst auch die Haftung nach § 93 Abs. 2 AktG.<sup>174</sup> Jedoch enthalten die Versicherungsbedingungen regelmäßig Haftungsausschlüsse. So werden beispielsweise Haftpflichtansprüche vom Versicherungsschutz ausgenommen, wenn diese „durch wissentliches Abweichen von Gesetz“ (*dolus directus*) oder als Schäden durch Bußgelder entstanden sind.<sup>175</sup> Darüber hinaus würde der Versicherungsschutz für fahrlässiges Handeln greifen, wobei die mögliche Schadenssumme in diesem Fall auf den Ahndungsteil begrenzt wäre. Da dies aber *ex ante* regelmäßig nicht ersichtlich ist, kann dies einen Regressausschluss nicht rechtfertigen.<sup>176</sup>

## F. Würdigung der Ergebnisse

Die vorgetragenen Ansätze des vollständigen Regressausschlusses sowie der Regressbeschränkungen können nach hier vertrittener Auffassung *de lege lata* nicht überzeugen. Insbesondere die Begründung des OLG Düsseldorf hinsichtlich der Rechtsfortbildung über eine teleologische Reduktion sind problematisch. Sofern jedoch ein Regressausschluss zu statuieren wäre, läge es näher, diesen über eine normative Einschränkung des Schadensbegriffes im Rahmen der Auslegung zu begründen. Dafür besteht allerdings kein Bedarf, da der hier gewählte Lösungsansatz einen Mittelweg bietet.<sup>177</sup>

Zunächst ist hervorzuheben, dass über eine Vorabsaldierung des Abschöpfungsteils im Rahmen der Differenzhypothese insbesondere die aus einem vollständigen Regressausschluss resultierende Beweislastproblematik beim Vorteilsausgleich rechtskonform umgangen werden kann. Darüber hinaus muss konstatiert werden, dass es sich bei dem Bußgeldregress um keine wirtschaftliche Todesstrafe des Leitungsorgans handelt. Insofern könnte dieser Vorwurf allenfalls für die Haftungsschäden im Rahmen der privaten Rechtsdurchsetzung gelten. Dennoch ist den Regressgegnern zuzugestehen, dass eine klare gesetzgeberische oder höchstrichterliche Entscheidung zur Regressfrage wünschenswert wäre.

<sup>168</sup> ArbG Essen NZKart 2014, 193 (195); i.E. Gaul, AG 2015, 109 (117 f.).

<sup>169</sup> Fabisch, ZWeR 2013, 91 (110); Krause, BB-Special 8/2007, 2 (13).

<sup>170</sup> Hoffmann (Fn. 121), S. 64, 68; Henssler, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 619a Rn. 19.

<sup>171</sup> Gaul, AG 2015, 109 (113); Fleischer, DB 2014, 345 (349); Blaurock, in: FS Bornkamm, 2014, S. 107 (116).

<sup>172</sup> Fleischer, DB 2014, 345 (349); Blaurock (Fn. 171), S. 115; Kersting, ZIP 2016, 1266 (1268).

<sup>173</sup> OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 155 ff.

<sup>174</sup> Thomas, NZG 2015, 1409 (1416).

<sup>175</sup> Ziff. A 7.1 und A 7.10 der AVB-AVG.

<sup>176</sup> Kersting/May, WuW 2024, 313 (314).

<sup>177</sup> Siehe auch Monopolkommission XXV. Hauptgutachten, Rn. 312, Rn. 349, die ebenfalls die hier vertretene Auffassung für vorzugswürdig hält.

## G. Ausblick auf eine Entscheidung des BGH

Zumindest eine (Teil-)Antwort könnte sich aus dem jüngsten Vorabentscheidungsverfahren ergeben.<sup>178</sup> Der Kartellsenat möchte damit klären lassen, ob Art. 101 AEUV einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der eine juristische Person von ihrem Leitungsorgan Schadensersatz für eine verhängte Kartellgeldbuße verlangen kann. Je nachdem, wie der EuGH diese Frage beantwortet, ergeben sich für die abschließende Entscheidung des BGH zwei grundlegende Szenarien:

Folgt der Kartellsenat, aufgrund entsprechender unionsrechtlicher Vorgaben, der Linie des OLG Düsseldorf, müsste er eine teleologische Reduktion der §§ 43 Abs. 2 GmbHG und 93 Abs. 2 S. 1 AktG bzw. eine normative Korrektur des Schadensbegriffs vornehmen. Dadurch würde er eine durchschlagende Wirkung des Kartellrechts auf die zivilrechtliche Haftung anerkennen. Allerdings wären Unternehmen so ihrer effektivsten Präventionsmaßnahme beraubt. Zudem bliebe problematisch, dass diese

Entscheidung keine Klärung hinsichtlich der Erstattungsfähigkeit von Kartellbußgeldern der Kommission bringen würde, was eine Ungleichbehandlung von nationalem und unionalem Recht fortschreiben könnte.

Sollte der BGH hingegen, gestützt auf eine prinzipielle Vereinbarkeit mit Unionsrecht, die durchschlagende Wirkung des Kartellrechts verneinen und den Regress zulassen, könnte er die präventive Wirkung der Organhaftung im Innenverhältnis hervorheben. Insbesondere ist dabei zu hoffen, dass der BGH seine Rechtsprechung hinsichtlich des Stufenmodells im Rahmen der Differenzhypothese fortführt und sich damit der hier vertretenen Auffassung anschließt. Nur so können die verschiedenen Interessen umfassend berücksichtigt werden. Letztlich bleibt aber zu konstatieren: Sollte der BGH den Regress zulassen, wird dies nicht nur das Kartellrecht prägen, sondern auch neue Maßstäbe für Organhaftung im Rahmen von Bußgeldregimen wie DSGVO, DMA, DSA und CSDDD setzen.

Nathalie Tomiskova\*

## Objektive Bedingungen der Strafbarkeit: Legitime gesetzgeberische Konstruktion oder verfassungswidriger Kunstgriff?

*Das Schuldprinzip bildet einen tragenden Grundsatz des rechtsstaatlichen Strafrechts und verlangt die Kongruenz von Unrecht und Schuld. Objektive Bedingungen der Strafbarkeit stehen hierzu in einem Spannungsverhältnis, da sie die Strafbarkeit von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig machen, die außerhalb des Unrechts- und Schuldtatbestandes liegen. Die Arbeit untersucht, ob diese gesetzgeberische Konstruktion verfassungsrechtlich legitim ist oder eine verdeckte Erfolgshaftung darstellt. Anhand der Tatbestände der §§ 323a, 231 und 184j StGB wird die herrschende Abzugsthese kritisch überprüft. Die Analyse zeigt, dass diese Strafbarkeitsbedingungen häufig unrechtsrelevant sind und die vom Schuldprinzip geforderte Kongruenz von Unrecht und Schuld aufheben. Da das Schuldprinzip eine verfassungsrechtlich unüberwindbare Grenze staatlicher Strafgewalt markiert, werden schuldkonforme Auslegungsansätze entwickelt und die Grenzen gesetzgeberischer Gestaltung aufgezeigt.*

### Inhaltsübersicht

A. Einleitung .....	35
B. Begrifflichkeiten .....	35
I. Objektive Bedingungen der Strafbarkeit .....	35
II. Verfassungsrechtliches Schuldprinzip .....	36

C. Bedenken an der Zulässigkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit .....	36
I. Unrechtsneutralität der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit .....	37
1. Abzugsthese .....	37
2. Überprüfung der Abzugsthese anhand ausgewählter Normen .....	37
II. Zwischenbilanz .....	40
D. Diskussion der Bedenken an der Zulässigkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit .....	41
I. Zulässigkeit unrechtsrelevanter objektiver Bedingungen der Strafbarkeit? .....	41
1. Allgemeine Ausführungen .....	41
2. Schuldprinzip im Spannungsfeld präventiver Zwecke .....	41
3. Zwischenbilanz .....	43
II. Völlige Ablehnung objektiver Bedingungen der Strafbarkeit? .....	43
III. Auslegung der Tatbestände als (zumindest beinahe) konkrete Gefährungsdelikte .....	43
1. Schuldkonforme Auslegung des § 323a StGB .....	43
2. Schuldkonforme Auslegung des § 231 StGB .....	44
3. Zwischenbilanz .....	44
E. Fazit .....	44

<sup>178</sup> BGH ZIP 2025, 1692.

\* Die Autorin studiert Rechtswissenschaft mit dem Schwerpunkt Strafrechtspflege und Kriminologie an der Freien Universität Berlin und der

Karls-Universität in Prag. Der Beitrag beruht auf einer Studienabschlussarbeit in den Grundlagen und Spezialbereichen des Strafrechts. Die Themenstellung erfolgte durch Univ.-Prof. Dr. Gerhard Seher.