

STEFANIE LECLERC

# Der Kartellbußgeldregress

*Schriften zum  
Unternehmens- und Kapitalmarktrecht  
97*

---

**Mohr Siebeck**

# Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Jörn Axel Kämmerer, Karsten Schmidt und Rüdiger Veil

97





Stefanie Leclerc

# Der Kartellbußgeldregress

Eine Untersuchung aus der Perspektive  
des Aktienrechts

Mohr Siebeck

*Stefanie Leclerc*, geboren 1990; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Freiburg i.Br.; 2018 Erste Juristische Staatsprüfung; wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht an der Universität Freiburg; seit 2020 Rechtsreferendarin am Hanseatischen OLG.

ISBN 978-3-16-160071-5 / eISBN 978-3-16-160128-6  
DOI 10.1628/978-3-16-160128-6

ISSN 2193-7273 / eISSN 2569-4480  
(Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Meiner Mutter und in Gedenken an meinen Vater



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2020 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Ihre Fertigstellung erfolgte im April 2020, Rechtsprechung und Literatur konnten weitgehend bis Ende 2020 berücksichtigt werden.

Die Arbeit entstand während meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht, Abt. 2, der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und wurde betreut von dessen Direktor, Herrn Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M. (Univ. of Chicago). Ihm gilt mein ganz besonderer Dank – nicht nur für eine außerordentlich lehrreiche Zeit an seinem Institut, sondern vor allem für das große Vertrauen und die Freiheit bei der Wahl und Erarbeitung meines Forschungsthemas. Besonderer Dank gebührt zudem Herrn Professor Dr. Jan Lieder, LL.M. (Harvard), für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Danken möchte ich auch dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht Hamburg, wo ich drei Monate als Gastforscherin arbeiten durfte. Insbesondere für die rechtsvergleichenden Ausführungen war dieser Forschungsaufenthalt von unschätzbarem Wert. Den Herausgebern, Herren Professoren Jörn Axel Kämmerer, Karsten Schmidt und Rüdiger Veil, möchte ich für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe „Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht“ danken.

Großer Dank gebührt zudem den Förderern dieses Werkes: Die Anfertigung der Arbeit wurde durch ein Promotionsstipendium der Studienstiftung des deutschen Volkes, ihr Druck durch Fördermittel der Wissenschaftlichen Gesellschaft Freiburg und der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung gefördert. Ausgezeichnet wurde die Arbeit zudem mit dem Promotionspreis der Dr. Georg F. Rössler Stiftung im Verein der Rechtsanwälte beim Bundesgerichtshof und dem Förderpreis der Esche Schümann Commichau Stiftung.

Zu herzlichem Dank bin ich zudem meinen Freundinnen und Freunden verpflichtet, die mich während der Promotionszeit begleitet und unterstützt haben. Besonders danken möchte ich Frau Hannah Beck und Frau Dr. Franziska Schaible, die in kürzester Zeit die mühevollen Aufgabe des Korrekturlesens übernommen haben. Danken möchte ich auch Herrn Dr. Thilo Schülke für dessen wertvolle Hinweise, die insbesondere den ersten Hauptteil der Arbeit sehr bereichert haben.



Mein größter Dank gebührt schließlich meinen Eltern, insbesondere meiner Mutter, die mir so vieles mit auf den Weg gegeben hat, was für die Erstellung dieser Arbeit nützlich war. Ihr und meinem viel zu früh verstorbenen Vater ist diese Arbeit gewidmet.

# Inhaltsübersicht

Vorwort .....	VII
Inhaltsverzeichnis .....	XI
Abkürzungsverzeichnis .....	XVII
Einleitung .....	1
§ 1 Problemaufriss .....	1
§ 2 Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands .....	4
§ 3 Zielsetzung der Arbeit und Gang der Darstellung .....	4
1. Teil: Rechtliches Umfeld der Regressfrage .....	7
§ 4 Vorstandshaftung – Vom „Papiertiger“ zur „wirtschaftlichen Todesstrafe“ .....	7
§ 5 Entwicklungen im Kartellbußgeldrecht .....	10
§ 6 Zusammenfassung .....	19
2. Teil: Haftungsbedingungen .....	21
§ 7 Die sogenannte Legalitätspflicht .....	23
§ 8 Folgerungen für die Beurteilung nützlicher Gesetzesverstöße .....	79
§ 9 Vorstandspflichten bei rechtlichen Unklarheiten .....	82
§ 10 Verschulden .....	123
§ 11 Zusammenfassung .....	133
3. Teil: Das Kartellbußgeld als Schaden .....	135
§ 12 Kritische Würdigung bisheriger Argumentationsansätze .....	137
§ 13 Der Schadensbegriff des BGB .....	191

Zusammenfassung der Ergebnisse .....	233
Literaturverzeichnis .....	237
Register .....	255

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	VII
Inhaltsübersicht .....	IX
Abkürzungsverzeichnis .....	XVII
Einleitung .....	1
§ 1 <i>Problemaufriss</i> .....	1
§ 2 <i>Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands</i> .....	4
§ 3 <i>Zielsetzung der Arbeit und Gang der Darstellung</i> .....	4
1. Teil: Rechtliches Umfeld der Regressfrage .....	7
§ 4 <i>Vorstandshaftung – Vom „Papiertiger“ zur „wirtschaftlichen Todesstrafe“</i> .....	7
§ 5 <i>Entwicklungen im Kartellbußgeldrecht</i> .....	10
A. Das System der Legalausnahme .....	10
B. Die wirtschaftliche Einheit .....	13
C. Das Schenker-Urteil .....	17
§ 6 <i>Zusammenfassung</i> .....	19
2. Teil: Haftungsbedingungen .....	21
§ 7 <i>Die sogenannte Legalitätspflicht</i> .....	23
A. Begriffsbestimmung .....	24
I. Hergebrachtes Begriffsverständnis .....	25
II. Begriff der sog. Legalitätspflicht im hier verwendeten Sinne .....	27
B. Derzeitiger Diskussionsstand .....	32
I. Nützlichkeitsabwägungen .....	33
1. Umfassende Legalitätspflicht .....	35
2. Eingeschränkte Legalitätspflicht .....	37
a) Umfassende Legalitätspflicht als Regelfall .....	37

aa) Einschränkungen in Abhängigkeit vom Normcharakter .....	38
bb) Einschränkungen in Abhängigkeit vom Verschuldensgrad .....	40
cc) Kombination beider Anknüpfungspunkte .....	41
b) Umfassende Legalitätspflicht als Ausnahme .....	41
II. Unklare Pflichtenlage .....	43
1. (Analoge) Anwendung der Business Judgment Rule .....	44
2. Legal Judgment Rule .....	45
3. Unvermeidbarer Rechtsirrtum .....	47
C. Dogmatische Verankerung der sog. Legalitätspflicht .....	48
I. Leitungsmaxime des Vorstands .....	51
II. Die Gemeinwohlklausel des § 70 Abs. 1 AktG 1937 .....	52
III. Aktienrechtliche Anknüpfungspunkte .....	54
1. § 396 Abs. 1 AktG .....	54
2. § 93 Abs. 4 S. 1 AktG .....	56
3. Zwischenergebnis .....	57
IV. Das UMAG .....	58
V. Die Funktion der Vorstandshaftung .....	60
VI. Geltungsanspruch und Einheit der Rechtsordnung .....	62
VII. Rechtsökonomische Erwägungen .....	64
1. Praktisches Bedürfnis einer Verhaltenssteuerung .....	65
2. <i>Private enforcement</i> als Auslegungskriterium? .....	69
3. Zwischenfazit .....	74
VIII. Überlegungen de lege ferenda .....	76
D. Zusammenfassung .....	78
§ 8 <i>Folgerungen für die Beurteilung nützlicher Gesetzesverstöße</i> .....	79
§ 9 <i>Vorstandspflichten bei rechtlichen Unklarheiten</i> .....	82
A. Situative Einordnung .....	84
B. Zeitliche Einordnung .....	88
I. Erste Stufe: Erkenntnis .....	89
II. Zweite Stufe: Prüfung .....	90
1. Diskussionsstand zur dogmatischen Einordnung der ISION-Kriterien .....	94
2. Eigener Lösungsvorschlag .....	95
a) Verhaltensgebote, die den Vorstand adressieren .....	95
b) Verhaltensgebote, die die Gesellschaft adressieren .....	96
3. Kein Widerspruch zur Rechtsprechung des BGH .....	98
4. Kein Widerspruch zum allgemeinem Haftungsrecht .....	99
5. Einklang mit Grundsatz gerechter Risikoverteilung .....	100
6. Einklang mit rechtsökonomischen Erwägungen .....	103

7. Zwischenergebnis .....	104
III. Dritte Stufe: Entscheidung .....	105
IV. Zwischenergebnis .....	107
C. Ermessensspielraum des Vorstands bei unklarer Pflichtenlage ...	108
I. Einordnung des Meinungsstands .....	108
II. Dogmatische Verankerung .....	111
1. Entstehungsgeschichte und Telos der Business Judgment Rule .....	111
2. Unternehmerische Entscheidung im Sinne des UMAG- Gesetzgebers .....	112
a) Versuch einer positiven Definition .....	113
b) Negative Abgrenzung .....	113
c) Teleologische Annäherung .....	116
d) Stellungnahme .....	119
3. Zwischenergebnis .....	121
D. Zusammenfassung .....	122
§ 10 Verschulden .....	123
A. Perspektive der bisherigen Diskussion .....	123
B. Stellungnahme .....	124
I. Grundlagen der Verschuldenshaftung .....	125
II. Verschuldensmerkmal und Kartellbußgeldregress .....	126
1. Die zivilrechtliche Figur des Rechtsirrtums .....	127
2. Einordnung in die Konstellation des Kartellbußgeldregresses .....	131
III. Zwischenergebnis .....	132
§ 11 Zusammenfassung .....	133
3. Teil: Das Kartellbußgeld als Schaden .....	135
§ 12 Kritische Würdigung bisheriger Argumentationsansätze .....	137
A. Grundsatz der Trennung zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht .....	138
I. Meinungsstand .....	138
II. Stellungnahme .....	140
1. Präzisierung des Trennungsgrundsatzes .....	140
2. Relevanz für die Einordnung der Kartellgeldbuße als Schaden .....	144
III. Zwischenergebnis .....	146
B. Rechtsprechung zu Regressansprüchen in anderen Konstellationen .....	147
I. Rechtsprechung zur sog. Beraterhaftung .....	147

1.	Aussagen der Rechtsprechung	148
a)	Urteil des RG vom 10.6.1942	148
b)	Urteil des RAG vom 27.11.1942	150
c)	Rechtsprechung des BGH	151
2.	Meinungsstand zur Übertragbarkeit der Rechtsprechung	152
3.	Bewertung und Stellungnahme	154
II.	Rechtsprechung zu §§ 257, 258 StGB	159
1.	Aussagen der Rechtsprechung	160
2.	Bewertung und Stellungnahme	161
III.	Rechtsprechung des BAG	163
1.	Aussagen des Urteils des BAG vom 25.1.2001	163
2.	Meinungsstand zur Aussagekraft der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung	165
3.	Bewertung und Stellungnahme	166
IV.	Zwischenfazit	167
C.	Rechtsvergleichender Seitenblick	168
I.	England: <i>Ex turpi causa non oritur actio</i>	169
1.	Grundlagen der <i>ex turpi causa</i> -Doktrin	170
2.	Safeway Stores Ltd. v. Twigger	172
3.	Rezeption des Safeway-Urteils in England	175
4.	Schlussfolgerungen für das nationale Recht	179
a)	Maßstab der Beurteilung	179
b)	Beurteilung	180
II.	Österreich: § 11 VbVG	181
1.	§ 11 VbVG	182
2.	Schlussfolgerungen für das nationale Recht	183
D.	Kartellbußgeldrechtliche Sanktionszwecke	184
I.	Meinungsstand	185
II.	Stellungnahme	189
E.	Zusammenfassung und weiterer Gang der Untersuchung	189
§ 13	Der Schadensbegriff des BGB	191
A.	Schadensermittlung als wertneutrale Rechenoperation?	192
B.	Kartellgeldbußen als Beeinträchtigung eines rechtlich geschützten Interesses?	194
I.	Schutzzwecklehre	196
II.	Funktionen des Schadensrechts	197
III.	Einheit der Rechtsordnung	197
1.	Grundlagen des Dogmas der Einheit der Rechtsordnung	199
2.	Verbandsgeldbuße als Ausdruck persönlicher Verantwortlichkeit	203

a)	Meinungsstand zur dogmatischen Einordnung von § 30 OWiG .....	205
b)	Stellungnahme .....	208
c)	Zwischenfazit .....	213
3.	Wertungen des Kartellbußgeldrechts .....	214
a)	Methodologische Grundlagen .....	215
b)	Auslegung der Vorschriften des Kartellbußgeldrechts .....	219
aa)	Die Gesellschaft als Adressatin der Sanktionszwecke .....	220
bb)	Verfassungsrechtliche Erwägungen .....	222
cc)	Ökonomische und systematische Erwägungen ...	226
c)	Zwischenergebnis .....	229
4.	Konsequenzen für die Einordnung von Kartellgeldbußen als Schaden .....	230
C.	Zusammenfassung .....	230
	Zusammenfassung der Ergebnisse .....	233
	Literaturverzeichnis .....	237
	Register .....	255





## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften (bis 31.1.2003)/der Europäischen Union (seit 1.2.2003)
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Die Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArbG	Arbeitsgericht
Art.	Artikel (Singular/Plural)
ausf.	ausführlich(e)
Az.	Aktenzeichen
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BeckRS	beck-online Rechtsprechung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
Bus LR	The Business Law Reports
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
C.L.J.	The Cambridge Law Journal
CJ	Lord Chief Justice of England and Wales
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Comp Law	Competition Law Journal
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DK	Der Konzern
DR	Deutsches Recht
DSGVO	Datenschutz-Grundverordnung
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVBt	Das Deutsche Verwaltungsblatt

ECLI	European Case Law Identifier
Einf.	Einführung
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWCA Civ	England and Wales Court of Appeal Civil Decisions
EWHC (Comm)	England and Wales High Court (Commercial Court)
f.	folgende(r), Singular
ff.	folgende, Plural
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GenG	Genossenschaftsgesetz
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	Die GmbH-Rundschau
GrünhutzZ	Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart
GS	Gerichtssaal, Gedächtnisschrift
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
<i>i. e.</i>	<i>id est</i>
i. E.	im Ergebnis
i. V. m.	in Verbindung mit
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
InsO	Insolvenzordnung
J.B.L.	Journal of Business Law
JCLS	Journal of Corporate Law Studies
JJSC	Justices of the Supreme Court (UK)
Jr.	Junior
JSC	Justice of the Supreme Court (UK)
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
MMVO	Marktmissbrauchsverordnung
Mot.	Motive
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
NZWiSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
para.	paragraph (Randnummer, Englisch)

paras.	paragraphs (Randnummern, Englisch)
RAG	Reichsarbeitsgericht
RegBegr.	Regierungsbegründung
RG	Reichsgericht
Rg	Rechtsgeschichte – Legal History
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer(n)
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
S.	Satz, Seite
s.	siehe
SE	Societas Europaea
sog.	sogenannte(r/n)
StGB	Strafgesetzbuch
Studium generale	Studium generale – Zeitschrift für interdisziplinäre Studien/Zeitschrift für die Einheit der Wissenschaften im Zusammenhang ihrer Begriffsbildungen und Forschungsmethoden
u. a.	unter anderem
UKSC	Supreme Court of the United Kingdom
v.	vom (Datum), versus ( <i>common law</i> Entscheidungen)
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
Verf.	Verfasserin
vgl.	vergleiche
VGR	Wissenschaftliche Vereinigung für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
Vorb.	Vorbemerkungen
VP	Die Versicherungspraxis
vs.	versus
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WLR	Weekly Law Reports
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z. B.	zum Beispiel
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht



# Einleitung

## § 1 Problemaufriss

Um Unternehmen zur Einhaltung kartellrechtlicher Vorschriften anzuhalten, wurden die Sanktionen sowohl im europäischen als auch im nationalen Kartellrecht im Laufe der letzten Jahre stetig verschärft. Bußgelder in Millionenhöhe sind seit der Anerkennung der sog. wirtschaftlichen Einheit durch die 9. GWB-Novelle sowie den jüngeren Entwicklungen in der europäischen Rechtsprechung auch auf nationaler Ebene eher die Regel denn die Ausnahme.<sup>1</sup> Die Bußgelder der Kommission fallen in der Regel noch erheblich höher aus.<sup>2</sup> Als Beispiel sei nur das von der Kommission im Juli 2018 gegen Google verhängte Rekordbußgeld in Höhe von 4,34 Milliarden Euro genannt.<sup>3</sup> Aus Sicht der betroffenen Unternehmen drängt sich angesichts dieser Entwicklungen mehr denn je die Frage auf, ob und inwieweit sie den durch eine Geldbuße entstehenden Vermögensverlust endgültig zu tragen haben oder ob sie diesen über einen Regressanspruch auf die verantwortli-

---

<sup>1</sup> Im Jahr 2019 verhängte das BKartA insgesamt Geldbußen in Höhe von knapp 850 Millionen Euro, s. hierzu Handelsblatt v. 27.12.2019, 14:56 Uhr, abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/preisabsprachen-bundeskartellamt-verhaengt-2019-hohe-kartell-bussgelder/25370048.html?ticket=ST-698806-M6Xsc4CJ5KShH2oJnAYK-ap2>. Das entspricht nach dem Rekordjahr 2014, in dem das BKartA Geldbußen in Höhe von 1,1 Milliarden Euro verhängte, der höchsten in einem Jahr verhängten Summe. In den Jahren 2017 und 2018 verhängte das Bundeskartellamt *insgesamt* Geldbußen in Höhe von 442,4 Millionen Euro, s. Tätigkeitsbericht des BKartA 2017/2018, BT-Drucks. 19/10900, S. 30. Vgl. zu den aktuellen Entwicklungen des Kartellbußgeldrechts aus nationaler und europäischer Ebene auch § 2.

<sup>2</sup> Fabisch, ZWeR 2013, 91, 92.

<sup>3</sup> Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen v. 15.7.2019, S. 9, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0339&qid=1588158939149&from=DE>. Pressebericht der Europäischen Kommission v. 27.06.2017, abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/germany/news/eu-kommission-verhaengt-geldbuße-von-242-milliarden-euro-gegen-google\\_de](https://ec.europa.eu/germany/news/eu-kommission-verhaengt-geldbuße-von-242-milliarden-euro-gegen-google_de). Ein Überblick über die höchsten von der Kommission verhängten Bußgelder findet sich im Handelsblatt v. 19.7.2016, 13:22 Uhr, abrufbar unter: <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/management/google-q-ualcomm-daimler-wen-die-eu-kartellwaechter-zur-kasse-gebeten-haben/11640736.html>.

chen Geschäftsleitungsmitglieder abwälzen können. In dem Maße, wie sich das Bußgeldrisiko für die Unternehmen erhöht hat, ist aber auch das Haftungsrisiko der Geschäftsleitungsorgane gestiegen. Bereits 2009 brachte *Bayer* die Drastik, die einer solchen Regressmöglichkeit aus Sicht ebendieser innewohnt, mit dem Bild der „wirtschaftlichen Todesstrafe“ anschaulich auf den Punkt.<sup>4</sup>

Eine gerichtliche Auseinandersetzung mit der Frage stand trotz der damit offen zutage liegenden Praxisrelevanz lange aus. Dies änderte sich 2013 mit dem nunmehr seit acht Jahren andauernden Rechtsstreit zum sog. „Schienerkartell“<sup>5</sup>, dem verkürzt folgender Sachverhalt zugrunde liegt: Im Jahr 2012 hatte das Bundeskartellamt ein Bußgeld in Höhe von 103 Millionen Euro gegen eine in der Rechtsform der GmbH organisierte Tochtergesellschaft des ThyssenKrupp Konzerns verhängt. Im Jahr 2013 folgte ein weiteres Bußgeld in Höhe von 88 Millionen Euro. Die Gesellschaft machte daraufhin gerichtlich einen Schadensersatzanspruch nach § 43 Abs. 2 GmbHG gegen einen ehemaligen Geschäftsführer in Höhe der Gesamtsumme von 191 Millionen Euro vor dem ArbG Essen geltend.<sup>6</sup> Das ArbG Essen sowie das infolge der Berufung mit der Sache befasste LAG Düsseldorf<sup>7</sup> äußerten sich – soweit ersichtlich – als erste deutsche Gerichte inhaltlich zur Frage der Regressfähigkeit von Kartellgeldbußen. Während das ArbG Essen die grundsätzliche Erstattungsfähigkeit bejahte, jedoch eine Anspruchsbegrenzung auf die Höhe des für natürliche Personen geltenden Bußgeldrahmens in Erwägung zog,<sup>8</sup> sprach sich das LAG Düsseldorf gegen einen Regressanspruch aus, da einem solchen die Wertungen des Kartellbußgeldrechts entgegenstünden.<sup>9</sup> Auf die Revision der Klägerin hin ging die Rechtssache vor das BAG. Das BAG hob die Berufungsentscheidung auf und verwies die Sache zurück an das LAG Düsseldorf.<sup>10</sup> Das LAG habe zu Unrecht seine Zuständigkeit zur Entscheidung über die Regressfähigkeit angenommen. Bei der Frage, ob kartellrechtliche Wertungen einem Innenregress der Gesellschaft gegen die Geschäftsleitung entgegenstünden, handle es sich um eine kartellrechtliche Vorfrage im Sinne des § 87 S. 2 GWB, für deren Beantwortung ausschließlich die Landgerichte zuständig seien.<sup>11</sup> Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Frage der Regressfähigkeit durch das BAG blieb aus. Das LAG Düsseldorf nahm den Hinweis des BAG auf und verwies die

---

<sup>4</sup> *Bayer*, FS K. Schmidt, S. 85, 97.

<sup>5</sup> Vgl. *Bunte*, NJW 2018, 123, 123.

<sup>6</sup> ArbG Essen BeckRS 2014, 68462.

<sup>7</sup> LAG Düsseldorf ZIP 2015, 829.

<sup>8</sup> ArbG Essen BeckRS 2014, 68462.

<sup>9</sup> LAG Düsseldorf ZIP 2015, 829, 830 ff.

<sup>10</sup> BAGE 159, 316 = NJW 2018, 184.

<sup>11</sup> BAGE 159, 316 = NJW 2018, 184, 124 f.

Rechtssache mangels Zuständigkeit der Arbeitsgerichte an das LG Dortmund, dessen Entscheidung es noch abzuwarten gilt.<sup>12</sup> Die erhoffte höchstgerichtliche Klärung in Sachen Schienenkartell steht damit weiterhin aus.<sup>13</sup> Einen neuen Fingerzeig enthält jedoch ein Urteil des LG Saarbrücken vom 15.9.2020.<sup>14</sup> Dem Verfahren lag ein Rechtsstreit zwischen einer im Bereich der Badkeramik tätigen Aktiengesellschaft und ihrem ehemaligen Vorstandsvorsitzenden wegen der Verhängung einer EU-Kartellgeldbuße zugrunde. Das LG Saarbrücken hielt in der Sache alle Schadensersatzansprüche für jedenfalls verjährt. Darüber hinaus konstatierte das Gericht aber in einem obiter dictum, dass EU-Kartellgeldbußen ohnehin nicht regressierbar seien, da dies dem Grundsatz des *effet utile* widerspreche.<sup>15</sup>

Neben der Judikative hat sich vor allem das rechtswissenschaftliche Schrifttum kontrovers mit dem Problem des Kartellbußgeldregresses auseinandergesetzt. Erste Untersuchungen hierzu wurden bereits Ende der Neunzigerjahre unternommen.<sup>16</sup> Trotzdem scheint man von einer Klärung der damit verbundenen Fragestellungen heute ebenso weit entfernt zu sein wie damals: Das Spektrum der vertretenen Lösungskonzepte reicht von der Gewährung eines vollständigen Regressanspruchs über eine höhenmäßige Begrenzung des Anspruchs bis hin zu einem gänzlichen Regressverbot. Auch wenn die Ansichten aus einer ergebnisorientierten Betrachtung nachvollziehbar sind, bleiben von wissenschaftlicher Warte aus wesentliche Aspekte ungeklärt. So sind im Zusammenhang mit dem Pflichtenkanon des Vorstands – trotz einer zunehmenden wissenschaftlichen Aufbereitung dieses Bereiches – entscheidende Fragen noch keiner befriedigenden Lösung zugeführt worden. Auch die dogmatische Einordnung der Kartellgeldbuße als zivilrechtlicher Schaden wurde in der bisherigen Debatte stiefmütterlich behandelt.<sup>17</sup>

---

<sup>12</sup> LAG Düsseldorf WuW 2018, 332.

<sup>13</sup> S. zur „(Nicht-)Entscheidung“ des BAG auch *Baur/Holle*, ZIP 2018, 459, 462 ff.

<sup>14</sup> LG Saarbrücken v. 15.9.2020, Az. 7 HK O 6/16, juris.

<sup>15</sup> LG Saarbrücken, Urt. v. 15.9.2020, 7 HK O 6/16, Rn. 149 ff., juris. S. hierzu *Leclerc*, EWIR 2021, 283 f. Auf den Grundsatz des *effet utile* käme es indes nur dann an, wenn eine Auslegung des nationalen Rechts ohne seine Berücksichtigung zu einer Beeinträchtigung der Wirksamkeit des Unionsrechts führen würde. Dies ist nach den in dieser Arbeit vorgefundenen Ergebnissen aber nicht der Fall, vgl. § 13. Eines Rückgriffs auf den Grundsatz des *effet utile* bedarf es daher nicht.

<sup>16</sup> Erstmals hierzu *Horn*, ZIP 1997, 1129, 1129 ff.

<sup>17</sup> S. hierzu noch unten §§ 12 f.



## § 2 Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands

Die Frage nach einer Haftung des Leitungsorgans für Kartellgeldbußen der Gesellschaft ist eine solche, die das gesamte Kapitalgesellschaftsrecht beschäftigt. Sie stellt sich im Kontext des Aktienrechts aufgrund der weitestgehend zwingenden Ausgestaltung der Vorstandshaftung sowie des Grundsatzes der Satzungsstrenge des § 23 Abs. 5 AktG aber in besonderer Schärfe. Die vorliegende Arbeit nimmt ihren Ausgangspunkt daher in der aktienrechtlichen Vorstandshaftung nach § 93 Abs. 2 AktG, wobei die Ausführungen *mutatis mutandis* auch auf andere Organhaftungstatbestände, namentlich § 43 Abs. 2 GmbHG, übertragbar sind.

Gegenstand der Arbeit ist dabei die Frage, ob der Vorstand der Gesellschaft gegenüber haftet, wenn sein Verhalten zu einer Verletzung kartellrechtlicher Vorschriften führt, deretwegen der Gesellschaft eine Kartellgeldbuße auferlegt wird. Die damit in den Blick genommene (potenzielle) Verletzung von Vorstandspflichten durch die Herbeiführung von Rechtsverstößen der Gesellschaft im Außenverhältnis wird gemeinhin mit dem Begriff der sog. Legalitätspflicht umschrieben. Die (behauptete) Pflicht des Vorstands, durch sein eigenes Verhalten nicht gegen Rechtspflichten der Gesellschaft zu verstoßen, ist zu unterscheiden von der Pflicht des Vorstands, Rechtsverstöße durch nachgeordnete Mitarbeiter zu unterbinden (sog. Legalitätskontrollpflicht). Letztere ist nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

Sofern in der vorliegenden Arbeit von Kartellrechtsverstößen die Rede ist, sind damit Verstöße gegen die materiell-rechtlichen Verbotstatbestände des Kartellrechts, namentlich §§ 1, 19 f. GWB, Art. 101, 102 AEUV, gemeint. Eine Untersuchung der weiteren nach § 81 GWB bzw. Art. 23 VO 1/2003 eine kartellrechtliche Geldbuße auslösenden Verstöße unterbleibt, da sich die einer solchen Sanktionierung zugrunde liegenden rechtlichen Wertungen von denen der Sanktionierung von Verstößen gegen materiell-rechtliche Kartellverbotstatbestände unterscheiden. Eine gemeinsame Untersuchung bietet sich daher nicht an.

## § 3 Zielsetzung der Arbeit und Gang der Darstellung

Die der Frage nach einem gesellschaftsrechtlichen Regressanspruch wegen der Verhängung von Kartellgeldbußen vonseiten der Rechtswissenschaft und -praxis gewidmete Aufmerksamkeit ist eng verwoben mit aktuellen Entwicklungen sowohl des Kapitalgesellschafts- als auch des Kartellbußgeldrechts. Diese potenzieren das Haftungsrisiko (im Falle der Bejahung eines Regressanspruchs) nicht nur der Höhe nach, sondern bergen aus der Sicht des Vorstands bereits auf Ebene der Pflichtverletzung neue Gefahrenpotenziale. Die-

sen Entwicklungen widmet sich der 1. Teil der Arbeit und skizziert so das rechtliche Umfeld, innerhalb dessen sich die nachfolgende Untersuchung bewegt.

Die sodann im Zusammenhang mit der Frage nach einem Kartellbußgeldregress auftretenden Problemkreise sind vielfältiger Natur. Sie lassen sich im Wesentlichen in drei Ebenen einteilen: Pflichtverletzung, Verschulden und Schaden. Strukturiert anhand dieser Ebenen wird die Untersuchung der Frage nach der Existenz eines innergesellschaftlichen Regressanspruchs wegen der Verhängung von Kartellgeldbußen nachgehen.

Auf Ebene der Pflichtverletzung sind kapitalgesellschaftsrechtliche Probleme zu verorten. Im Zentrum steht die Frage nach Umfang und Grenzen der sog. Legalitätspflicht: In welchem Umfang existiert eine solche Legalitätspflicht überhaupt? Welche Rolle spielen Nützlichkeitsabwägungen bei der Feststellung der Pflichtwidrigkeit des Vorstandshandelns? Und schließlich: Kommt dem Vorstand ein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum zu, wenn er sich mit rechtlichen Unklarheiten konfrontiert sieht? Eng verwoben mit letzterer Thematik ist die sich auf Ebene des Verschuldens stellende Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen sich das handelnde Organ auf einen unvermeidbaren Rechtsirrtum berufen kann. Den mit den Merkmalen der Pflichtverletzung und des Verschuldens im Kontext eines Kartellbußgeldregresses verbundenen Problemkreisen widmet sich der 2. Teil der Arbeit. Ziel der Untersuchung ist es dabei, die bisherige Diskussion (wieder) an rechtsdogmatische Grundlagen rückzubinden. Hat die Pflicht des Vorstands, die an die Gesellschaft adressierten Rechtspflichten zu beachten, zwar seit einiger Zeit verstärkt die Aufmerksamkeit der Rechtswissenschaft auf sich gezogen, so mangelt es gleichwohl noch immer an einem überzeugenden Konzept der weiterhin „diffusen“<sup>18</sup> sog. Legalitätspflicht. Die Arbeit unternimmt den Versuch, die rechtsdogmatischen Defizite der bisherigen Lösungsansätze aufzuzeigen und ein stringentes Konzept zur Bestimmung der Vorstandspflichten im Zusammenhang mit Rechtspflichten der Gesellschaft zu entwickeln. Der Fokus wird dabei auf den für die konkrete Situation des Kartellbußgeldregresses relevanten Fragestellungen liegen, also insbesondere der dogmatischen Begründbarkeit einer Legalitätspflicht sowie möglichen Einschränkungen derselben unter Nützlichkeitsaspekten oder bei unklarer Pflichtenlage. Im Anschluss wird das Verschuldenserfordernis – erneut aus dem Blickwinkel der spezifischen Situation des Kartellbußgeldregresses – beleuchtet. In diesem Zuge wird auch der Frage nachzugehen sein, inwieweit die Regressproblematik zugleich eine Irrtumsproblematik ist. Die in der bisherigen Diskussion nur unzureichend berücksichtigten Grundlagen eines zivilrechtlichen Rechtsirrtums sind insofern in den Kontext des Kar-

---

<sup>18</sup> Hüffer/Koch, AktG, §93 Rn. 6.

tellbußgeldregresses einzusortieren und nach ihrer Relevanz für diesen zu fragen.

Mit der dritten Ebene, dem Schadensmerkmal, berührt die Regressproblematik einen rechtswissenschaftlichen Untersuchungsgegenstand, dessen Bedeutung weit über ihren konkreten Anwendungsbereich hinausreicht. Im Kern geht es dabei um die Frage, inwieweit der zivilrechtliche Schadensbegriff normativ geprägt ist: Können Wertungen des öffentlichen Rechts im Zivilrecht Berücksichtigung finden? Vielmehr – müssen sie dies sogar, um einen Wertungswiderspruch zwischen den einzelnen Rechtsgebieten zu vermeiden? Die Einordnung der Kartellgeldbuße als erstattungsfähiger Schaden wurde in der bisherigen Diskussion häufig ohne nähere Begründung bejaht.<sup>19</sup> Indes muss berücksichtigt werden, dass der bloße (aus Sicht der Praxis nachvollziehbare) Wunsch, die Kartellgeldbuße unter den Schadensbegriff zu subsumieren, nicht die Begründung einer solchen Einordnung zu ersetzen vermag. Maßgeblich ist vielmehr, ob dieses Ergebnis aus einer methodenehrlichen Untersuchung unter Berücksichtigung gefestigter Dogmatik hervorgeht. Dabei muss zum einen der Schadensbegriff beleuchtet werden; gleichzeitig aber darf der Blick nicht auf eine einseitige Betrachtung des bürgerlichen Rechts verstellt bleiben. Vielmehr bedarf es, um ein systemkonformes Ergebnis zu finden, einer querschnittsartigen Betrachtung aller betroffenen Teilrechtsgebiete, welche den Sachverhalt eines Kartellbußgeldregresses tangieren. Hierzu gehören neben dem allgemeinen Schadensrecht das Kartellbußgeldrecht sowie das Kapitalgesellschaftsrecht. Denn die „Rechtsnormen [...] stehen nicht unverbunden nebeneinander, sondern untereinander in einem mannigfachen Zusammenhang“<sup>20</sup>. Eine dogmatisch abgesicherte und stringente Lösung zu finden, ist dabei Ziel der vorliegenden Arbeit. Dabei werden neben originär nationalen auch rechtsvergleichende Ansätze (der Rechtsordnungen Englands<sup>21</sup> und Österreichs) berücksichtigt. Der Behandlung der schadensrechtlichen Fragenkreise widmet sich der 3. Teil der Untersuchung.

Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Untersuchungsergebnisse.

---

<sup>19</sup> S. hierzu mit Beispielen noch Teil 3.

<sup>20</sup> Larenz, Methodenlehre, S. 437.

<sup>21</sup> Das englische Recht bezeichnet dabei die gemeinsame Rechtsordnung von England und Wales.

## 1. Teil

# Rechtliches Umfeld der Regressfrage

Die Thematik des Kartellbußgeldregresses hat in den vergangenen Jahren verstärkt die Aufmerksamkeit sowohl der Rechtswissenschaft als auch der Rechtspraxis auf sich gezogen. Das gesteigerte Interesse ist eng verwoben mit aktuellen Entwicklungen des gesellschafts- und kartellrechtlichen Rechtsrahmens, die eine Klärung der Frage nach Zulässigkeit und Grenzen eines Kartellbußgeldregresses aus Sicht der Praxis immer drängender werden lassen. Neue Gefahrenpotenziale birgt dabei nicht nur die auch außerhalb der Frage nach einem Kartellbußgeldregress relevante (aktienrechtliche) Tendenz hin zu einer verstärkten Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen (§ 1). Vielmehr haben auch jüngere kartellbußgeldrechtliche Entwicklungen das mit Kartellrechtsverstößen verbundene Haftungsrisiko der Gesellschaft – und damit zugleich des in der Folge in Regress genommenen Vorstands – um ein Vielfaches potenziert (§ 2). Diese teils durch Gesetzesänderungen, teils durch Rechtsprechung vollzogenen Entwicklungen sollen im folgenden Abschnitt in der gebotenen Kürze nachgezeichnet werden.<sup>1</sup> Es soll so das (rechtliche) Umfeld aufgezeigt werden, in dem sich die Forschungsfrage, also die Frage, ob der Aktiengesellschaft gegen ihren Vorstand ein Regressanspruch wegen der Verhängung einer Kartellverbandsgeldbuße zu- steht, bewegt.

## § 4 Vorstandshaftung – Vom „Papiertiger“<sup>2</sup> zur „wirtschaftlichen Todesstrafe“<sup>3</sup>

*Sub specie* des Aktienrechts sind es neben den exorbitanten Höhen von Kartellbußgeldern vor allem das ARAG/Garmenbeck-Urteil<sup>4</sup> sowie rechtliche,

---

<sup>1</sup> Eine ausf. Auseinandersetzung mit den einzelnen Entwicklungen würde den Rahmen dieser Arbeit hingegen sprengen und im Übrigen auch keinen signifikanten Mehrwert für die vorliegende Untersuchung bringen. An gegebenen Stellen werden Vertiefungshinweise gemacht.

<sup>2</sup> Brock, Nützlichkeitsabwägungen, S. 23.

<sup>3</sup> Bayer, FS K. Schmidt, S. 85, 97.

<sup>4</sup> BGHZ 135 244 = NJW 1997, 1926.

aber auch tatsächliche Entwicklungen, die aus einer abstrakten Haftungsgefahr das reale Risiko einer wirtschaftlichen Todesstrafe gemacht haben.

Die Haftung pflichtwidrig handelnder Vorstandsmitglieder war, jedenfalls außerhalb der Insolvenz,<sup>5</sup> trotz des – von der reinen Gesetzeslage aus betrachtet – schneidigen Schwertes des § 93 Abs. 2 AktG über Jahrzehnte „nicht mehr als ein juristischer Papiertiger, der zwar laut brüllen konnte, aber weder Zähne noch Krallen hatte“<sup>6</sup>. Der Grund für die faktische Wirkungslosigkeit der Haftungsregelung lag vor allem in der Zurückhaltung des Aufsichtsrats bei der Anspruchsverfolgung.<sup>7</sup> Die auch als „Bissperre“<sup>8</sup> bezeichnete Haltung von Aufsichtsräten resultierte zum einen aus dem Näheverhältnis zwischen Aufsichtsrat und Vorstand („Gute Freunde will man nicht verklagen“<sup>9</sup>), zum anderen aus dem zwangsläufig mit der Anspruchsverfolgung verbundenen Risiko des Eingeständnisses eigener Fehler bei der Auswahl oder Überwachung des Vorstands.<sup>10</sup> Zutreffend wurde die Anspruchsdurchsetzung daher als „Achillesferse jeder Innenhaftung“ bezeichnet.<sup>11</sup>

Einen ersten Wendepunkt brachte das eingangs angesprochene ARAG/Garmenbeck-Urteil<sup>12</sup> aus dem Jahre 1997, in welchem der zweite Zivilsenat des BGH die grundsätzliche Pflicht des Aufsichtsrats zur Anspruchsverfolgung feststellte.<sup>13</sup> Es folgten weitere Effektivierungsmaßnahmen durch den Gesetzgeber. Als Beispiele seien die Einführung der Aktionärsklage in § 148 AktG durch das UMAG<sup>14</sup> sowie die Verlängerung der Verjährungsfrist für Schadensersatzansprüche von fünf auf zehn Jahre durch das Restrukturierungsgesetz<sup>15</sup> genannt.<sup>16</sup> Auch die Einführung eines zwingenden Selbstbehalts im Falle einer D&O-Versicherung in § 93 Abs. 4 AktG durch das VorstAG<sup>17</sup> ist in diesem Kontext zu erwähnen.

<sup>5</sup> So auch *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782, 786.

<sup>6</sup> *Brock*, Nützlichkeitsabwägungen, S. 23.

<sup>7</sup> *Bayer*, NJW 2014, 2546, 2546; *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33, 35.

<sup>8</sup> So soweit ersichtlich erstmals *Peltzer*, WM 1981, 346, 348; auch *Bayer*, NJW 2014, 2546, 2546; *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33, 35. Vgl. auch *Merkt*, ZGR 2017, 129, 131 („Beißhemmung“).

<sup>9</sup> *Fabisch*, ZWeR 2013, 91, 93.

<sup>10</sup> *Bachmann*, Gutachten zum 70. DJT, E 68 f.; *Bayer*, NJW 2014, 2546, 2546; *Brock*, Nützlichkeitsabwägungen, S. 24; *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33, 35.

<sup>11</sup> *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 507.

<sup>12</sup> BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926.

<sup>13</sup> So auch *Hopt*, ZIP 2013, 1793, 1794.

<sup>14</sup> Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) v. 22.9.2005, BGBl. I 2005 Nr. 60 v. 27.9.2005, 2802.

<sup>15</sup> Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung v. 9.12.2010, BGBl. I 2010 Nr. 63 v. 14.10.2010, 1900.

<sup>16</sup> Vgl. auch *Brock*, Nützlichkeitsabwägungen, S. 24; *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33, 35 f.

Neben rechtlichen Entwicklungen haben aber auch tatsächliche Geschehnisse zu einem Kurswechsel in der Innenhaftung geführt.<sup>18</sup> Hier ist zum einen die Finanzkrise zu nennen.<sup>19</sup> Zum anderen hat die zunehmende mediale Auseinandersetzung mit rechtswidrigen Strukturen innerhalb deutscher Unternehmen den Druck auf die Aufsichtsräte erhöht.<sup>20</sup> Dies zeigt sich anschaulich am Beispiel der Korruptionsfälle der Siemens AG und der Bilfinger SE, deren mediale Aufarbeitung jeweils darin mündete, dass die Aufsichtsräte Klagen gegen (ehemalige) Vorstandsmitglieder in Millionenhöhe erhoben.<sup>21</sup> Eine gesteigerte Bedeutung der Organhaftung wird auch durch den rechtstatsächlich zu beobachtenden Anstieg der Abschlüsse von D&O-Versicherungen deutlich.<sup>22</sup> Zwar finden sich noch immer wenige Gerichtsurteile, in denen es tatsächlich zu einer gerichtlichen Anspruchsdurchsetzung gegenüber den Geschäftsleitungsorganen gekommen ist. Zur Beurteilung der Haftungslage sollte indes nicht ausschließlich auf die veröffentlichten Urteile abgestellt, sondern auch die außergerichtliche Praxis in den Blick genommen werden.<sup>23</sup> Denn Unternehmen haben regelmäßig kein Interesse daran, Details über Streitigkeiten mit Vorstandsmitgliedern öffentlich werden zu lassen.<sup>24</sup> Ein Grund hierfür kann insbesondere bei Kartellrechtsverstößen das Anliegen sein, geschädigten Dritten keine „zusätzliche Munition“ für mögliche Schadensersatzklagen zu liefern.<sup>25</sup> Eine beliebte Taktik zur Umgehung dieser Problematik dürfte daher im Gang zu den Schiedsgerichten liegen.<sup>26</sup> Deren Entscheidungen werden nämlich – und gerade dort liegt der entscheidende Vorteil der Schiedsgerichtsbarkeit – nicht öffentlich gemacht. Auch Vergleiche unter Einbeziehung des D&O-Versicherers stellen einen häufig von den Un-

---

<sup>17</sup> Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung v. 31.7.2009, BGBl. I 2009 Nr. 50 v. 4.8.2009, 2509.

<sup>18</sup> *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33, 35 f. scheinen dies sogar als alleinigen Auslöser für die Kehrtwende zu sehen.

<sup>19</sup> *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33, 36; *Hopt*, ZIP 2013, 1793, 1794.

<sup>20</sup> *Brock*, Nützlichkeitsabwägungen, S. 24; *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33, 35 f.

<sup>21</sup> S. zur Klage der Siemens AG gegen zwei ehemalige Vorstandsmitglieder *Köhn*, F.A.Z. v. 25.1.2010, 12:09 Uhr, abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/korruption-siemens-reicht-klage-gegen-ehemalige-vorstaende-ein-15104.html>. Zur Klage gegen ehemalige Vorstandsmitglieder der Bilfinger SE s. *Freund*, Handelsblatt v. 20.2.2018, 16:22 Uhr, abrufbar unter: <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/dienstleister/korruption-warum-bilfinger-seine-ex-vorstaende-verklagt/20983460.html>.

<sup>22</sup> *Brock*, Nützlichkeitsabwägungen, S. 24, der in diesem Kontext zu Recht auch erwähnt, dass sich gerade auch durch den Abschluss von D&O-Versicherungen die Verfolgungseignetheit des Aufsichtsrates erhöht hat; in diesem Sinne auch *Fuhrmann/Kayser*, AG 2015, R260, R261.

<sup>23</sup> So auch *Hopt*, ZIP 2013, 1793, 1794.

<sup>24</sup> *Merkt*, ZGR 2016, 201, 215 f.

<sup>25</sup> *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782, 787.

<sup>26</sup> So auch *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33, 34 m. w. N.

ternehmen eingeschlagenen Weg dar.<sup>27</sup> Die Feststellung, dass die Gesellschaften Pflichtverletzungen der Geschäftsleitung noch immer relativ selten *gerichtlich* verfolgen, schließt die postulierte Zunahme der Anspruchsdurchsetzung gegenüber Geschäftsleitungsorganen damit nicht aus. Festzuhalten bleibt, dass die aufgezeigten Entwicklungen der letzten Jahre einen Mentalitätswechsel der Aufsichtsräte bewirkt haben, der den Gang zu den Gerichten jedenfalls häufiger werden lässt.<sup>28</sup>

## § 5 Entwicklungen im Kartellbußgeldrecht

Neben den kapitalgesellschaftsrechtlichen Veränderungen potenzieren auch die jüngeren Entwicklungen im Kartellbußgeldrecht die mit einem Regressanspruch verbundenen Haftungsrisiken. Obwohl dem so ist, wurden diese in der – überwiegend im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum geführten – Debatte bisher weitestgehend außer Acht gelassen.<sup>29</sup> Die folgende überblicksartige Darstellung soll die Diskussion um einen Regressanspruch der Gesellschaft in den Kontext des Kartellrechts einordnen. Dabei sind sowohl Entwicklungen der Gesetzgebung als auch solche der Rechtsprechung zu berücksichtigen.

### A. Das System der Legalausnahme

Die erste und aus Sicht der Geschäftsleitungsorgane wohl spürbarste kartellrechtliche Entwicklung der letzten Jahre ist der Paradigmenwechsel vom System des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt hin zum System der Legalausnahme.<sup>30</sup>

Nach dem alten Anmelde- und Genehmigungsverfahren konnten wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen nur durch eine konstitutive Entscheidung der Kar-

<sup>27</sup> *Bayer*, NJW 2014, 2546, 2546; *Brock*, Nützlichkeitsabwägungen, S. 25; *Reichert*, ZHR 177 (2013), 756, 757; vgl. auch *Hopt*, ZIP 2013, 1793, 1794, der Berichte aus der D&O-Versicherungspraxis wiedergibt, wonach 95 % aller D&O-Fälle außergerichtlich erledigt würden.

<sup>28</sup> Vgl. *Brock*, Nützlichkeitsabwägungen, S. 25, der angibt, dass derzeit „so viele Schadensersatzklagen gegen Vorstandsmitglieder anhängig sind wie nie zuvor“; ähnlich *Hopt*, ZIP 2013, 1793, 1794. Eine umfassende Auswertung der zur Entwicklung der Haftungsdurchsetzung vorhandenen Daten sowie neue Untersuchungen eben hierzu finden sich bei *Bachmann*, Gutachten zum 70. DJT, E 12–18.

<sup>29</sup> So auch *Bayreuther*, NZA 2015, 1239, 1239; *Dreher*, VersR 2015, 781, 787.

<sup>30</sup> *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33, 45; *Fleischer*, BB 2008, 1070, 1071; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 521; *Zimmermann*, WM 2008, 433, 433.

# Register

- ARAG/Garmenbeck 1, 8, 43, 111 f., 117
- Beraterhaftung 147–159
- Business Judgment Rule 111–122
- Differenzhypothese 191–194  
– *siehe auch* Einheit der Rechtsordnung
- efficient breach of law, *siehe* Nützlichkeits-  
erwägungen
- Einheit der Rechtsordnung 63 f., 197–203
- error iuris nocet 86–88
- ex turpi causa non oritur actio 168–179
- Geltungsanspruch der Rechtsordnung 30,  
36 f., 62–64
- ISION-Kriterien 93–105, 107
- Kartellgeldbuße  
– Zwecke der ~ 185–189, 214, 219–229
- Legal Judgment Rule 45–47  
– *siehe auch* ISION-Kriterien  
– *siehe auch* unklare Rechtslage
- Legalausnahme 10–13
- Legalitätspflicht  
– *siehe auch* Nützlichkeitsabwägungen  
– *siehe auch* unklare Rechtslage
- externe ~ 26 f., 29 f.  
– interne ~ 25 f., 29 f.  
– umfassende ~ 31 f.  
– dogmatische Grundlage der ~ 48–78
- Lex parsimoniae, *siehe* Sparsamkeits-  
prinzip
- Nützlichkeitsabwägungen 33–42, 79–82
- Ockham's razor, *siehe* Sparsamkeitsprinzip
- private enforcement 69–75
- Rechtsirrtum 47 f., 127–131  
– *siehe auch* Verschulden
- Rechtsökonomische Analyse 64–78  
– *siehe auch* private enforcement
- Rechtsverstoß, nützlicher, *siehe* Nützlich-  
keitsabwägungen
- Safeway Stores Ltd. v. Twigger, *siehe*  
ex turpi causa non oritur actio
- Schenker-Urteil 17–19, 123 f., 131 f.  
– *siehe auch* Rechtsirrtum
- Sparsamkeitsprinzip, wissenschaftli-  
ches 30, 31
- Trennungsgrundsatz 138–144
- unklare Pflichtenlage 43–48  
– *siehe auch* Legal Judgment Rule
- unklare Rechtslage 84–88  
– *siehe auch* Rechtsirrtum  
– *siehe auch* unklare Pflichtenlage
- Verbandsgeldbuße  
– dogmatische Einordnung der ~ 203–213
- Verschulden  
– ~ der Gesellschaft 203–213  
– ~ des Vorstands 123–133
- Wirtschaftliche Einheit 13–17