

## § 3 Stand der Diskussion

Mit diesen Grundlagen zur Verbandsgeldbuße ausgerüstet lässt sich nunmehr dem Streitstand im Kapitalgesellschaftsrecht nachspüren. Ein kurzer Überblick (A.) soll die – vermeintlich – gemeinsamen Prämissen aufzeigen und an den Punkt führen, an dem tatsächlich gestritten wird. Parallel zu der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Zweiteilung der Geldbuße<sup>1</sup> ist auch in der Diskussion um deren „Erstattungsfähigkeit“ danach unterschieden worden, inwieweit der Betrag der Abschöpfung oder der Ahndung dient. Diese beiden Teil-Diskussionen – zur Erstattungsfähigkeit des Abschöpfungsteils (B.) und des Ahndungsteils (C.) – sollen anschließend vertieft werden.

### A. Überblick

#### I. Haftung „dem Grunde nach“

Bei unbefangener Lektüre des Gesetzes scheint der Fall klar zu liegen:<sup>2</sup> Das einzelne Vorstandsmitglied ist der Gesellschaft gegenüber zur Beachtung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters verpflichtet, § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG. Diese Sorgfalt verletzt, wer sich als Organ der Aktiengesellschaft gesetzeswidrig verhält und eine Ordnungswidrigkeit im Sinne des § 30 Abs. 1 OWiG begeht.<sup>3</sup> Bei einer solchen objektiven Pflichtverletzung sei in aller Regel auch von dem Vorliegen der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen – namentlich Verschulden, Schaden und Kausalität – auszugehen.<sup>4</sup> Für die Frage, ob und in welcher Höhe ein Schaden entstanden sei, greift die allgemeine Auffassung<sup>5</sup> auf die §§ 249 ff. BGB, mithin die Differenzhyppo-

---

1 Siehe zu der von § 17 Abs. 4 OWiG vorgegebenen Zweiteilung der Geldbuße in einen Abschöpfungs- u. einen Ahndungsteil oben § 2 B. (S. 45).

2 Ähnlich *Hauff*, S. 65.

3 Dazu noch § 4 B. I. 1. (S. 116).

4 So etwa *Blaurock*, in: FS Bornkamm (2014), S. 107 (109 f.); *Dreher*, in: FS Konzen (2006), S. 86 (103 f.); *Fleischer*, BB 2008;<sup>21</sup> S. 1070 (1073); *Kapp/Hummel*, ZWeR 2011;<sup>3</sup> S. 349 (353). Die cursorische Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen bei *Kersting*, ZIP 2016;<sup>27</sup> S. 1266 (1266) unterschlägt die Merkmale des Schadens u. der Kausalität vollständig.

these zurück.<sup>6</sup> Angelehnt an § 249 Abs. 1 BGB sei das aktuelle Vermögen der Aktiengesellschaft mit jenem hypothetischen Zustand zu vergleichen, der ohne die Ordnungswidrigkeit des Vorstandsmitglieds bestünde.<sup>7</sup> Jede nicht kompensierte Vermögensminderung stelle hiernach einen Schaden der Gesellschaft dar.<sup>8</sup> Nach dem in § 249 Abs. 1 BGB verankerten Grundsatz der Totalreparation sei ferner stets der ganze Schaden zu ersetzen, sodass § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG grundsätzlich einen der Höhe nach unbeschränkten Ersatzanspruch der Gesellschaft vorsehe.<sup>9</sup>

Ist gegen die Gesellschaft in Folge der Ordnungswidrigkeit des Vorstandsmitglieds eine Verbandsgeldbuße festgesetzt worden, so ergäbe sich deren Schadensqualität<sup>10</sup> aus dem Vorstehenden ganz zwanglos: Ohne das ordnungswidrige Verhalten des Vorstandsmitglieds wäre die Verbandsgeldbuße

---

5 Siehe etwa OLG Düsseldorf, Urt. v. 28. 11. 1996 – 6 U 11/95 („ARAG-Garmenbeck“) – ZIP 1997<sup>1</sup> 27 ff. (36). Als Auswahl aus der Lit. nur Bayer, in: FS K. Schmidt (2009), S. 85 (93 f.); Dauner-Lieb, in: Henssler/Strohn,<sup>4</sup> § 93 AktG Rn. 34; Hack, S. 73; Hauff, S. 108; Hopt/Roth, in: GroßKomm-AktG<sup>5</sup> § 93 Rn. 406 u. 409; Kaulich, S. 91 u. 272; J. Koch, in: Hüffer/Koch,<sup>14</sup> § 93 Rn. 47; Wilsing, in: Krieger/Schneider,<sup>3</sup> § 31 Rn. 29; M. Zimmermann, WM 2008,<sup>10</sup> S. 433 (437). Zum parallel geführten Streit im GmbH-Recht etwa Fleischer, in: MünchKomm-GmbHG<sup>3</sup> § 43 Rn. 261 u. Beurskens, in: Baumbach/Hueck,<sup>22</sup> § 43 Rn. 49.

6 Dazu, dass sich die §§ 249 ff. BGB mit Schadensermittlung u. -zurechnung nicht befassen u. nicht befassen können, unten § 4 A. II. (S. 100). Siehe insoweit auch Reinecke, S. 56 ff.; Würthwein, S. 233 f. u. 329 f.

7 Bayer, in: FS K. Schmidt (2009), S. 85 (94); Fleischer, DB 2014,<sup>7</sup> S. 345 (348) u. in: Fleischer, § 11 Rn. 60; Hölters, in: Hölters,<sup>3</sup> § 93 Rn. 252; Kersting, ZIP 2016,<sup>27</sup> S. 1266 (1271); Sailer-Coceani, in: K. Schmidt/Lutter,<sup>4</sup> § 93 Rn. 36.

8 Hopt/Roth, in: GroßKomm-AktG<sup>5</sup> § 93 Rn. 406; Wilsing, in: Krieger/Schneider,<sup>3</sup> § 31 Rn. 29. Ähnlich Hölters, in: Hölters,<sup>3</sup> § 93 Rn. 252 u. Krieger, in: Krieger/Schneider,<sup>3</sup> § 3 Rn. 37.

9 So sinngemäß Brommer, Vorstandshaftung, S. 29, 30 f. u. 232; Fleischer, ZIP 2014,<sup>28</sup> S. 1305 (1307); J. Koch, in: GS Winter (2011), S. 327 (330, 334 u. 335); u. in: AG 2012,<sup>12</sup> S. 429 (432); Sailer-Coceani, in: K. Schmidt/Lutter,<sup>4</sup> § 93 Rn. 39; Reichert, ZHR 177<sup>5</sup> (2013), S. 756 (771); Scholz, S. 106; Wagner, ZHR 178<sup>3</sup> (2014), S. 227 (223).

10 Die Schadensqualität der Geldbuße haben bislang auch die Befürworter eines Regressausschlusses nie bestritten. Siehe etwa LAG Düsseldorf, Urt. v. 20. 1. 2015 – 16 Sa 459/14 („Schienskartell I“) – ZIP 2015,<sup>17</sup> S. 829 ff. (830): „Gleichwohl kommt eine Haftung für diesen Schaden [. . .].“ Herv. nur hier. Dreher, in: FS Konzen (2006), S. 86 (103 f.) u. Horn, ZIP 1997,<sup>26</sup> S. 1129 (1136) sehen den Bußgeldschaden außerhalb des Schutzzwecks der Norm. Thomas, NZG 2015,<sup>36</sup> S. 1409 (1416) entzieht solche Vermögensbelastungen dem § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG kraft teleologischer Reduktion. Das setzt jeweils die Qualifikation als Schaden voraus.

nicht festgesetzt worden. Das Vermögen der Gesellschaft wäre entsprechend nicht um den Betrag der Geldbuße gemindert worden. Der Gesellschaft ist mithin in Gestalt und in Höhe der Geldbuße ein Schaden entstanden.<sup>11</sup>

Angesichts dieser Ausgangslage muss es in der Tat verwundern,<sup>12</sup> wenn das LAG Düsseldorf<sup>13</sup> und Teile der Literatur den Bußgeldregress gar nicht<sup>14</sup> oder jedenfalls nur in beschränktem Umfang<sup>15</sup> zulassen wollen. Das Einfallstor für derlei Korrekturen soll die Erstattungsfähigkeit<sup>16</sup> des Schadens sein.<sup>17</sup> Woher dieser nebulöse und gesetzlich nur mit viel Wohlwollen<sup>18</sup> vorgesehene Begriff kommt, was damit gemeint ist, welche Kriterien und Voraussetzungen die Erstattungsfähigkeit begründen oder ausschließen und wie sich diese mit dem Dogma der Totalreparation vereinbaren lassen, bleibt dabei jedoch durchweg unklar.

## II. Tendenz zur Verallgemeinerung

Die genaue Darstellung des Streitstandes bereitet im hiesigen Kontext gewisse Schwierigkeiten. Die heutige Diskussion um die existenzvernichtende

11 *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 26; *Hack*, S. 73; *Hoffmann*, NJW 2012;<sup>20</sup> S. 1393 (1393); *Konrads*, S. 34; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm-AktG<sup>3</sup>, § 93 Rn. 56; *M. Zimmermann*, WM 2008;<sup>10</sup> S. 433 (438).

12 Von Verwunderung spricht etwa *Kersting*, ZIP 2016;<sup>27</sup> S. 1266 (1266). In den frühen Beiträgen bei *Rehbinder*, ZHR 148<sup>6</sup> (1984), S. 555 (570) u. *Schlechtriem*, in: Kreuzer (1991), S. 9 (21) wurde eine Ersatzpflicht des Geschäftleiters apodiktisch bejaht.

13 LAG Düsseldorf, Urt. v. 20. 1. 2015 – 16 Sa 459/14 („*Schienerkartell I*“) – ZIP 2015;<sup>17</sup> S. 829 ff. (830) zur insoweit entsprechenden Parallel-Vorschrift für den GmbH-Geschäftsführer, § 43 Abs. 2 GmbHG.

14 *Dreher*, in: FS Konzen (2006), S. 86 (104 ff.); *Horn*, ZIP 1997;<sup>26</sup> S. 1129 (1136); *Thomas*, NZG 2015;<sup>36</sup> S. 1409 (1416).

15 Zu den insoweit angebotenen Lösungswegen siehe die Nachw. am Ende des Abschnitts (IV.). Dort auch zu den Gründen, weshalb diese Lösungswege i. R. d. Untersuchung nicht vertieft werden.

16 Ohne dass damit ersichtlich etwas anderes gemeint ist, wird auch von Ersatzfähigkeit, Abwälzungsfähigkeit u. Liquidationsfähigkeit gesprochen.

17 Exemplarisch *Kaulich*, S. 295 f.: „Als Ort für etwaige weitere Einschränkungen [...] verbleibt damit im Rahmen der Organhaftung für Gesetzesverstöße allein die Ersatzfähigkeit des Schadens.“ Eine Erläuterung, was darunter verstanden wird, folgt nicht.

18 Allenfalls ließe sich aus § 252 Satz 1 BGB – „Der zu ersetzende Schaden umfasst [...]“ – der Umkehrschluss bilden, dass es auch nicht zu ersetzende Schäden gibt, die deshalb nicht erstattungsfähig sind.

Vorstandshaftung wurde von Fällen ausgelöst, in denen es um den aktienrechtlichen Innenregress wegen einer gegen die Aktiengesellschaft festgesetzten Kartellgeldbuße ging.<sup>19</sup> Im Laufe der Zeit wurde allerdings deutlich,<sup>20</sup> dass die potentiell existenzvernichtende Haftung der Vorstandsmitglieder kein auf Verbandsgeldbußen beschränktes Phänomen darstellt.<sup>21</sup> Zwar ist die Geldbuße vielfach als ein besonders brisanter Fall erkannt worden, in dem sich die Schärfe der Vorstandshaftung in besonders plakativer Weise zeige.<sup>22</sup> Gerade die Nutzlosigkeit eines sektoralen, auf Sanktionen beschränkten Ansatzes für sonstige Fälle der Vorstandshaftung ist jedoch als Argument gegen einen Bußgeld-bezogenen Regressausschluss vorgebracht worden.<sup>23</sup> Die Diskussion nahm in der Folge nicht an dem Sanktionscharakter der Geldbuße Anstoß, sondern an der rechtsformtypischen und bis zur Existenzvernichtung reichenden Überforderung des einzelnen Vorstandsmitglieds.<sup>24</sup> Als Schlagwort dient das vielzitierte und auf *Bayer* zurückgehende Bonmot der „wirtschaftlichen Todesstrafe“.<sup>25</sup> Entsprechend ist versucht worden, das Problem der als zu

---

19 Von diesen Regresskonstellationen handelten die Beiträge von *Glöckner/Müller-Tautphaeus*, AG 2001<sup>7</sup>, S. 344 ff. u. *Dreher*, in: FS Konzen (2006), S. 86, dort insb. S. 103 ff.

20 Erste Andeutungen in diese Richtung bei *Bayer*, in: FS K. Schmidt (2009), S. 85 (97). Die tatsächliche Ausweitung der Diskussion wurde im Wesentlichen durch *J. Koch*, AG 2012,<sup>12</sup> S. 429 (433) angestoßen, der vorher bereits in diese Richtung deutete, siehe *J. Koch*, in: GS Winter (2011), S. 327 (345).

21 Siehe nur den „Paukenschlag“ des LG München I, Urt. v. 10. 12. 2013 – 5 HK O 1387/10 („*Siemens-Neubürger*“) – ZIP 2014,<sup>12</sup> S. 570 ff. (572), das „der Klägerin gegen den Beklagten ein Schadensersatzanspruch i. H. v. 15 Mio. €“ zusprach. Dazu, dass Geldbußen in diesem Betrag nicht enthalten sind, siehe *Fleischer*, NZG 2014<sup>9</sup>, S. 321 (322 u. 326). *Scholz*, S. 68 ff. hält ein existenzvernichtendes Haftungsrisiko gar für ein „rechtsformtypisches Phänomen“ der Aktiengesellschaft.

22 Siehe etwa *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 27 f.: „besonderer Konfliktstoff“. Ähnlich auch *Scholz*, S. 124, der von der „besonders schadensintensiven“ Fallgruppe des Bußgeldregresses spricht, u. *J. Koch*, in: GS Winter (2011), S. 327 (345): Frage „von besonderer Dringlichkeit“.

23 So bspw. *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 44 f.; *Harnos*, S. 106. Tendenziell auch *J. Koch*, in: GS Winter (2011), S. 327 (333).

24 So vor allem u. wiederholt *J. Koch*, in: GS Winter (2011), S. 327 (338); AG 2012,<sup>12</sup> S. 429 (436 u. 438); FAZ v. 19. 12. 2012,<sup>26</sup> S. 19 u. AG 2014,<sup>15</sup> S. 513 (517). Siehe exemplarisch *Habersack*, in: Karlsruher Forum 2009, S. 5 (33): „Das eigentliche Problem [...] dürfte denn auch vor allem darin bestehen, dass der verantwortliche Organwalter [...] wirtschaftlich überfordert würde“. In dieselbe Richtung *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 38 u. 248; *Hauger/Palzer*, ZGR 2015<sup>1</sup>, S. 33 (71); *Scholz*, S. 37 f.

25 Erstmals erscheint die „wirtschaftliche Todesstrafe“ bei *Bayer*, in: FS K. Schmidt (2009), S. 85 (97). Aufgegriffen etwa von *Fleischer*, ZIP 2014,<sup>28</sup> S. 1305 (1315); *Hau-*

scharf empfundenen Vorstandshaftung über den Bußgeldregress hinaus einer einheitlichen Lösung zuzuführen.<sup>26</sup>

### III. Vorzüge einer „sektoralen“ Lösung

Wie diese Untersuchung zeigen möchte, ist es jedoch gerade die aus dem Sanktionscharakter folgende besondere Eigenart der „Schadens“-Position Geldbuße, die zu einer friktionslosen Lösung der Regressproblematik bei Bußgeldern führt. Zahlreiche Probleme, mit denen sich das Schrifttum derzeit beschäftigt, stellen sich deshalb bei dem hier vertretenen Ansatz – jedenfalls für den Bußgeldinnenregress – nicht mehr.<sup>27</sup> Dass es sich hierbei um eine sektorale Lösung handelt, die andere Dimensionen<sup>28</sup> der möglicherweise zu scharfen Vorstandshaftung nicht zu lösen vermag, ist als Selbstverständlichkeit vorbehaltlos einzuräumen. Dem Nutzen der Lösung tut dies jedoch keinen Abbruch.<sup>29</sup> Niemand käme auf die Idee, dem Strafrecht als „sektorale Lösung“ jeden Nutzen abzusprechen, weil es auf zivilrechtliche Fragen keine Antworten zu geben vermag. Warum nun einige Stufen darunter auf Ebene der aktienrechtlichen Binnenhaftung zwingend eine Universallösung gefunden werden muss, ist nicht einsichtig. Vielmehr ist es Wesen und Funktionsprinzip der Rechtsordnung, gleiche Fälle gleich und ungleiche Fälle ungleich zu behandeln. Wenn sich also herausarbeiten lässt, dass der Geldbußenregress ein spezifisches und von sonstigen Regresskonstellationen unterschiedliches Problem darstellt, gibt es keinen Grund, eine hierauf beschränkte Lösung mit Bausch und Bogen zu verwerfen.

---

*ger/Palzer*, ZGR 2015<sup>1</sup>, S. 33 (61); *Kaulich*, S. 293; *Kersting*, ZIP 2016<sup>27</sup> S. 1266 (1269); *J. Koch*, in: GS Winter (2011), S. 327 (341); *Scholz*, S. 33 u. 160 f.; *Twele*, S. 165.

26 Mit dieser Frage befasste sich auch der 70. DJT, Tagungsprogramm, S. 14.

27 Siehe etwa *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 40, der selbst einräumt, dass im Falle eines Regressausschlusses für Bußgelder alle „Überlegungen zu einer möglichen Regressbeschränkung jedenfalls bei den praktisch besonders bedeutsamen Bußgeldern hinfällig“ würden.

28 *J. Koch*, AG 2012<sup>12</sup> S. 429 (430) verweist insoweit etwa auf den Fall *Breuer*, bei dem kein Bußgeld-„Schaden“ in Rede stand und es doch „auf der Hand“ liege, „dass sich auch hier das Geschäftsrisiko der Deutschen Bank AG realisiert“ habe. Zu diesem u. anderen Fällen auch *Scholz*, S. 68 ff.

29 So aber etwa *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 44 f.; *Harnos*, S. 106; *J. Koch*, in: GS Winter (2011), S. 327 (333).

Eine sektorale Lösung für den Bußgeldregresses vermag außerdem die über diesen hinausgehende Diskussion um die zu scharfe Vorstandshaftung erheblich zu entlasten. Die Problemlage wäre dadurch von einem besonders brisanten und konflikträchtigen Teilaspekt befreit.<sup>30</sup> Dann könnten die übrigen Aspekte der Vorstandshaftung in den Blick genommen werden, um gegebenenfalls korrekturbedürftige Haftungskonstellationen<sup>31</sup> zu identifizieren und diese ihrerseits einer eigenen Lösung zuzuführen. Auf die Besonderheiten des Bußgeldregresses bräuchte dann aber keine Rücksicht mehr genommen werden.

#### IV. Konsequenzen für den Umfang der Darstellung

Vor diesem Hintergrund ist eine ausführliche Darstellung der einzelnen Verästelungen dieses, die Besonderheit des Geldbußenregresses ausblenden Meinungsstreites im Rahmen dieser Untersuchung von nur geringem Nutzen.<sup>32</sup> Deshalb soll das Meinungsspektrum im Folgenden nur insoweit intensiv abgebildet werden, als sich hieraus die tragenden Argumente gegen einen auf Bußgelder beschränkten Regressausschluss freilegen lassen. An diesen muss sich das hier noch zu entwickelnde Ergebnis messen lassen. Für die weiteren, damit in keinem Zusammenhang stehenden Dimensionen des Streitstandes sei an dieser Stelle auf die vorzügliche Arbeit in anderen Untersuchungen verwiesen.<sup>33</sup>

---

30 *Fleischer*, DB 2014<sup>7</sup>, S. 345 (345) spricht in diesem Zusammenhang von „einem außerordentlich wichtigen Schadensproblem“, *Blaurock*, in: FS Bornkamm (2014), S. 107 (107) von einem „besonders strittigen Einzelaspekt“. *Bachmann*, BB 2015<sup>6</sup>, S. 911 (911) sieht im Bußgeldregress gar eine „zentral[e] Frage des Organhaftungsrechts“, die durch einen Regressausschluss „rechtspolitisch deutlich entschärft“ würde, BB 2015<sup>14</sup>, S. 771 (775).

31 *Hauger/Palzer*, ZGR 2015<sup>1</sup>, S. 33 (75) halten wegen des Zusammenspiels von Business Judgment Rule und D & O-Versicherung kaum Fallgruppen für denkbar.

32 Siehe abermals *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 40, der einräumt, dass „Überlegungen zu einer möglichen Regressbeschränkung jedenfalls bei den praktisch besonders bedeutsamen Bußgeldern hinfällig“ würden, könnte die Ansicht eines Regressausschlusses überzeugen.

33 Siehe etwa die Aufbereitungen bei *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 37 mit unzähligen Nachw. (in Fn. 18) u. ö. (Stand: 2015) sowie *Hauff*, S. 184 ff. (Stand 2018) u. *Scholz*, S. 68 ff. m. w. N. (Stand: 2014).

## B. Gewinnabschöpfungsteil

## I. Uneinige Einigkeit

Hinsichtlich des Abschöpfungsteils der Geldbuße herrscht – jedenfalls im Ergebnis – breiter Konsens:<sup>1</sup> Soweit die Geldbuße der Abschöpfung rechtswidrig erzielter Vorteile dient, kann die Gesellschaft keinen Ersatz verlangen. Anderenfalls, so der gemeinsame Argumentationskern, würden der Gesellschaft genau jene Vorteile wieder zufließen, die das (Kartell-)Ordnungswidrigkeitenrecht ihr hatte entziehen wollen.<sup>2</sup>

Umstritten ist dagegen die genaue methodische Herleitung dieses Ergebnisses. Das liegt vorwiegend daran, dass schon hinsichtlich der zugrundeliegenden Begriffe und Konzepte keine Einigkeit besteht. Ob die erzielten Vorteile zu berücksichtigen sind, hängt vor allem von Begriff und Modus der Schadensberechnung, dem jeweiligen Verständnis der Grundsätze der Vorteilsanrechnung sowie dem Verhältnis dieser Konzepte zueinander ab. Diese Aspekte werden mitunter auch von den Autoren selbst sehr unterschiedlich beurteilt.

So wird teilweise vertreten, der Schaden sei die Differenz zweier Gesamtvermögenszustände.<sup>3</sup> Teilweise wird aber auch jede unfreiwillige Vermögenseinbuße als Schaden angesehen,<sup>4</sup> was jedoch die Betrachtung von

1 Siehe als bloße Auswahl *Bayer*, in: FS K. Schmidt (2009), S. 85 (94 f.); *Fleischer*, DB 2014<sup>7</sup> S. 345 (348); *Harnos*, S. 100 f.; *Hauger/Palzer*, ZGR 2015<sup>1</sup> S. 33 (56); *Kaulich*, S. 276 ff.; *J. Koch*, in: Hüffer/Koch,<sup>14</sup> § 93 Rn. 48; *Mertens/Cahn*, in: KölnKommAktG<sup>3</sup> § 93 Rn. 56; *Schönel/Petersen*, AG 2012<sup>19</sup> S. 700 (703); *Spindler*, in: MünchKommAktG<sup>5</sup> § 93 Rn. 194; *Thole*, ZHR 173<sup>4</sup> (2009), S. 504 (526 ff.) teilw. m. w. N.

2 *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 204; *Fabisch*, ZWeR 2013<sup>1</sup> S. 91 (108); *Fleischer*, BB 2008<sup>21</sup> S. 1070 (1073); *Hack*, S. 83 f.; *Hauger/Palzer*, ZGR 2015<sup>1</sup> S. 33 (56 f.); *Hölters*, in: Hölters,<sup>3</sup> § 93 Rn. 258; *Kaulich*, S. 281 ff.; *Kersting*, ZIP 2016<sup>27</sup> S. 1266 (1272); *Scholz*, S. 52 f.; *Thole*, ZHR 173<sup>4</sup> (2009), S. 504 (527); *Werner*, ZWH 2015<sup>6</sup> S. 169 (172); *Wilsing*, in: Krieger/Schneider<sup>3</sup> § 31 Rn. 34; *M. Zimmermann*, WM 2008<sup>10</sup> S. 433 (439). Anders wohl nur *Suchy*, NZG 2015<sup>5</sup> S. 591 (593), der die öffentlich-rechtlichen Zwecke auch beim Regress des Abschöpfungsteils für unerheblich hält.

3 *Bayer*, in: FS K. Schmidt (2009), S. 85 (93 f.); *Blaurock*, in: FS Bornkamm (2014), S. 107 (113); *Fabisch*, ZWeR 2013<sup>1</sup> S. 91 (107); *Fleischer*, DB 2014<sup>7</sup> S. 345 (348); *Hauger/Palzer*, ZGR 2015<sup>1</sup> S. 33 (56); *Kaulich*, S. 272; *Kröger*, S. 94; *Suchy*, NZG 2015<sup>15</sup> S. 591 (592); *Thole*, ZHR 173<sup>4</sup> (2009), S. 504 (525).

4 So vor allem *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015<sup>9</sup> S. 449 (450 f.); *Scholz*, S. 40 u. *Wilsing*, in: Krieger/Schneider<sup>3</sup> § 31 Rn. 29. Auch *Konrads*, S. 38 u. 122 u. *Kröger*, S. 216 knüpfen teilw. an diesen Einzelvergleich an.

Einzelpositionen erforderlich macht. Die Vorteilsanrechnung wird manchmal als Teil der Schadensberechnung,<sup>5</sup> manchmal aber auch als davon strikt zu unterscheidende Folgefrage wahrgenommen.<sup>6</sup> Unklar bleibt, ob die Grundsätze der Vorteilsanrechnung die Rechtsfolge oder die Voraussetzungen des Anspruchs betreffen.<sup>7</sup> Mal sollen sie zur Folge haben, dass in Höhe der abgeschöpften Vorteile schon kein Schaden entstanden sei.<sup>8</sup> Mal müsse die Gesellschaft sich die Vorteile auf den Ersatzanspruch anrechnen lassen, so dass auch durch den Abschöpfungsteil ein Schaden entstehe, der jedoch in Höhe der erzielten Vorteile nicht ersatzfähig sei.<sup>9</sup>

## II. Tragende Argumente

Vor diesem Hintergrund soll hier darauf verzichtet werden, die verschiedentlich angebotenen methodischen Herleitungen ausführlich nachzuzeichnen. Vielmehr seien an dieser Stelle gewisse Vereinfachungen erlaubt, um diejenigen Argumente herauszuarbeiten, die über die methodischen Gräben hinweg zu einer den Anspruch reduzierenden Berücksichtigung der Vorteile führen. Denn bei der sogleich noch darzustellenden Diskussion um den Ahndungsteil<sup>10</sup> setzen sich die Gegner eines entsprechenden Regressausschlusses zu vielen dieser Argumente selbst in Widerspruch.<sup>11</sup>

---

5 So ausdr. *Thole*, ZHR 173<sup>4</sup> (2009), S. 504 (526). Siehe auch *Fabisch*, ZWeR 2013<sup>1</sup> S. 91 (106 u. 108); *Habersack*, in: Karlsruher Forum 2009, S. 5 (34); *Hauger/Palzer*, ZGR 2015<sup>1</sup> S. 33 (56); *J. Koch*, in: MünchHdb-GesR VII (CL)<sup>6</sup> § 30 Rn. 24; *Konrads*, S. 38 f.; *Schöne/Petersen*, AG 2012<sup>19</sup> S. 700 (703).

6 So vor allem *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015<sup>9</sup> S. 449 (450 f.) u. *Scholz*, S. 40 f. Siehe auch *Suchy*, NZG 2015<sup>15</sup> S. 591 (593). Ähnlich wohl *Harnos*, S. 101 u. *Fleischer*, ZIP 2014<sup>28</sup> S. 1305 (1307), die im abgeschöpften Betrag bei wertender Betrachtung keinen Schaden erkennen, u. die Vorteilsanrechnung – etwa im Falle zu geringer Abschöpfung – zusätzlich zulassen.

7 Exemplarisch insoweit *J. Koch*, in: GS Winter (2011), S. 327 (330), der über den Vorschlag referiert, „auf der Rechtsfolgenseite die Regeln über die Vorteilsausgleichung“ anzuwenden. Diese Regeln der Rechtsfolge sollen Auswirkungen auf den Tatbestand haben, indem sie festlegen, inwieweit Bußgelder „einen Rückgriffsanspruch begründen“ Herv. nur hier.

8 *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 200 f.; *Fabisch*, ZWeR 2013<sup>1</sup> S. 91 (108); *Kaulich*, S. 272 f.; *R. Krause*, BB-Beilage Nr. 8/2007, S. 2 (13); *Schöne/Petersen*, AG 2012<sup>19</sup> S. 700 (703).

9 In diesem Sinne *Hauger/Palzer*, ZGR 2015<sup>1</sup> S. 33 (56); *Hölters*, in: *Hölters*,<sup>3</sup> § 93 Rn. 256; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm-AktG<sup>3</sup> § 93 Rn. 56 u. 63; *Scholz*, S. 40 f.

10 Siehe unten C. (S. 69).

## 1. Berücksichtigung ohne Vorteilsanrechnung

Wer Vorteilsanrechnung und Schadensberechnung trennt, den Gesamtvermögensvergleich der Differenzhypothese für maßgebend hält und es mit diesem genau nimmt, gelangt auch ohne Vorteilsanrechnung zu einer den Regress mindernden Berücksichtigung des Abschöpfungsteils:<sup>12</sup> Zur Schadensermittlung wäre das aktuelle Vermögen der Aktiengesellschaft mit dem hypothetischen Zustand zu vergleichen, der bei pflichtgemäßem Verhalten des Vorstandsmitglieds bestünde. Hierbei entfielen die Belastung mit der Verbandsgeldbuße. Zu den rechtswidrig erlangten Vorteilen wäre es jedoch ebenfalls nicht gekommen. Soweit sich die Verbandsgeldbuße und die erzielten Vorteile betragsmäßig decken, ist der Gesellschaft deshalb im Sinne der Differenzhypothese schon kein Schaden entstanden. Zur Anwendung der Grundsätze der Vorteilsanrechnung käme es nur dort, wo der Gesellschaft wegen ungenauer und zu niedrig angesetzter Gewinnabschöpfung rechtswidrige Vorteile verbleiben.

## 2. Berücksichtigung mit Vorteilsanrechnung

Auch wer zur Lösung die Grundsätze der Vorteilsanrechnung für notwendig erachtet, kommt – gleichviel, ob schon für den Abschöpfungsteil oder nur für darüber hinaus verbleibende Vorteile – zu einer Berücksichtigung der Vorteile. Der historische Gesetzgeber hatte die „Entscheidung der Frage, ob und inwiefern der Vortheil [...] von der Ersatzsumme in Anrechnung zu bringen“ sei, bewusst Wissenschaft und Praxis überlassen.<sup>13</sup> Die lange Auseinandersetzung<sup>14</sup> mit dem Problem hat zu einem Nebeneinander von allgemeinen Kriterien und Fallgruppen<sup>15</sup> geführt. Das Zusammenspiel von Buße und rechtswidrigem Vorteil lässt sich einer anerkannten Fallgruppe

11 Diese Widersprüche werden bei einer bloßen Gegenüberstellung der thesenhaften Zusammenfassungen in III. (S. 68) u. C. II. 4. (S. 90) deutlich.

12 In diesem Sinne etwa *Fleischer*, DB 2014, S. 345 (348); *Hauff*, S. 167 ff. u. ö.; *Harnos*, S. 101; *Spindler*, in: MünchKomm-AktG<sup>2</sup> § 93 Rn. 194. Ähnlich auch *Suchy*, NZG 2015,<sup>15</sup> S. 591 (593).

13 Siehe die Motive bei *Mugdan*, Bd. II, S. 10. Ausf. zur Vorteilsanrechnung *Schiemann*, in: Staudinger (2017), § 249 Rn. 132 ff. mit umfangreichem Schrifttumsverzeichnis.

14 Siehe den Überblick zu entsprechenden Untersuchungen bei *Thüsing*, S. 1 ff.

15 Solche nennen etwa *Fabisch*, ZWeR 2013,<sup>1</sup> S. 91 (107); *Hauger/Palzer*, ZGR 2015,<sup>1</sup> S. 33 (57) u. *Kaulich*, S. 278 ff. Eingehend zu den anerkannten Fallgruppen *Schiemann*, in: Staudinger (2017), § 249 Rn. 145 ff. u. *Thüsing*, S. 63 ff.

jedoch nicht zuweisen.<sup>16</sup> Jenseits der Fallgruppen berücksichtigen Rechtsprechung<sup>17</sup> und Literatur<sup>18</sup> nur solche Vorteile, die adäquat-kausal auf dem Schädigungsereignis beruhen, soweit deren Anrechnung mit dem Zweck des jeweiligen Ersatzanspruches übereinstimmt, sie dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet. Diese Voraussetzungen sind beim Geldbußenregress erfüllt.<sup>19</sup>

Ohne Weiteres lässt sich der notwendige Zusammenhang herstellen. Geldbuße und Vorteile gehen gleichermaßen vorhersehbar aus dem Gesetzesverstoß hervor.<sup>20</sup> Die übrigen Kriterien sind eng miteinander verwoben. Der Zweck des Ersatzanspruches wird bei § 93 Abs. 2 AktG gemeinhin – und letztlich zu pauschal<sup>21</sup> – mit Kompensation und Prävention angegeben.<sup>22</sup> Die Gesellschaft solle Ersatz für erlittene Vermögenseinbußen erhalten und die drohende persönliche Inanspruchnahme das einzelne Vorstandmitglied zu sorgfältigem Verhalten animieren, um allfällige Schäden zu vermeiden.<sup>23</sup>

Der Kompensationsaspekt spricht hiernach für eine Anrechnung der Vorteile. Die Abschöpfungsvorschriften des (Kartell-)Ordnungswidrigkeitenrechts bringen zum Ausdruck, dass der rechtswidrige Vorteil der Gesellschaft nicht verbleiben soll.<sup>24</sup> Ein (schutzwürdiges) Kompensationsinteresse

16 So auch *Fabisch*, ZWeR 2013,<sup>1</sup> S. 91 (107); *Kaulich*, S. 280 u. *Scholz*, S. 57 f.; letzterer im Anschluss an *M. Zimmermann*, WM 2008,<sup>10</sup> S. 433 (439).

17 Siehe nur BGH, Urt. v. 13. 7. 1981 – II ZR 91/80 – BGHZ **81**, 271 ff. (275); Urt. v. 17. 5. 1984 – VII ZR 169/82 – BGHZ **91**, 206 ff. (210) u. Urt. v. 6. 6. 1997 – V ZR 115/96 – BGHZ **136**, 52 ff. (54) jew. m. w. N. Zur Anwendbarkeit der Grundsätze der Vorteilsanrechnung i. R. d. § 93 Abs. 2 AktG BGH, Urt. v. 20. 9. 2011 – II ZR 234/09 – NZG 2011,<sup>32</sup> S. 1271 ff. (Rn. 31); best. im Urt. v. 15. 1. 2013 – II ZR 90/11 – NZG 2013,<sup>8</sup> S. 293 ff. (Rn. 26).

18 *Blaurock*, in: FS Bornkamm (2014), S. 107 (113); *Fleischer*, BB 2008,<sup>21</sup> S. 1070 (1072); *Hauger/Palzer*, ZGR 2015,<sup>1</sup> S. 33 (56); *Hölters*, in: Hölters,<sup>3</sup> § 93 Rn. 256; *Hopt/Roth*, in: GroßKomm-AktG,<sup>5</sup> § 93 Rn. 411; *Kaulich*, S. 273; *Konrads*, S. 47; *Sailer-Coceani*, in: K. Schmidt/Lutter,<sup>4</sup> § 93 Rn. 38; *Scholz*, S. 58; *M. Zimmermann*, WM 2008,<sup>10</sup> S. 433 (438).

19 Siehe die unzähligen Nachw. bei *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 200 (Fn. 233) u. *Harnos*, S. 102 (Fn. 339).

20 *Blaurock*, in: FS Bornkamm (2014), S. 107 (113); *Glöckner/Müller-Tautphaeus*, AG 2001,<sup>7</sup> S. 344 (346); *Konrads*, S. 47; *Schönel/Petersen*, AG 2012,<sup>19</sup> S. 700 (703); *Wilsing*, in: Krieger/Schneider,<sup>3</sup> § 31 Rn. 34.

21 Dazu noch – in aller Kürze – § 14 B. II. (S. 573).

22 So etwa *Brommer*, AG 2013,<sup>4</sup> S. 121 (122); *Fleischer*, in: BeckOGK-AktG, § 93 Rn. 2; *Hauß*, S. 66 ff.; *Hölters*, in: Hölters,<sup>3</sup> § 93 Rn. 8; *Kaulich*, S. 281; *J. Koch*, in: Hüffer/Koch,<sup>4</sup> § 93 Rn. 1; *Scholz*, S. 278; *Thomas*, Haftungsfreistellung, S. 145 ff.; *Twele*, S. 110.

23 *Altemeier*, S. 115; *Fleischer*, in: BeckOGK-AktG, § 93 Rn. 2 m. w. N.

der Gesellschaft besteht deshalb nicht. Vielmehr drohte bei Ablehnung der Anrechnung eine Überkompensation, weil die Gesellschaft entgegen der gesetzlichen Wertung den ursprünglich auf Kosten der Allgemeinheit angemäßen Vorteil zurück erhalte und sich auf Kosten des Vorstands bereichern könnte.<sup>25</sup> Fehlt hiernach ein schutzwürdiges Kompensationsinteresse der Gesellschaft, steht die Kompensationsfunktion des Ersatzanspruchs einer Anrechnung nicht im Weg. Die Gesellschaft wird dadurch nicht unzumutbar belastet.

Soweit man die Prävention als eigenständigen Haftungszweck anerkennen möchte, spricht diese vordergründig gegen eine Anrechnung.<sup>26</sup> Die Anrechnung der Vorteile würde der Haftung einiges an Schärfe nehmen.<sup>27</sup> Wenn der Ersatzanspruch aber mit der drohenden Inanspruchnahme die Vermeidung von Schäden bezweckt und bezogen auf die Legalitätspflicht die Einhaltung des Gesetzes sicherstellen will, so würde diese Wirkung mit abnehmender Haftungssumme abgeschwächt.<sup>28</sup> Eine Anrechnung würde deshalb – so könnte man meinen – dem Zweck der Ersatzpflicht widersprechen und das Vorstandsmitglied unbillig entlasten.

24 *Blaurock*, in: FS Bornkamm (2014), S. 107 (113); *Fleischer*, BB 2008,<sup>21</sup> S. 1070 (1073); *Hack*, S. 83; *Hauger/Palzer*, ZGR 2015,<sup>1</sup> S. 33 (56 f.); *Kersting*, ZIP 2016,<sup>27</sup> S. 1266 (1272); *Twele*, S. 172; *Werner*, ZWH 2015,<sup>6</sup> S. 169 (172); *Wilsing*, in: Krieger/Schneider,<sup>3</sup> § 31 Rn. 34; *M. Zimmermann*, WM 2008,<sup>10</sup> S. 433 (439).

25 Vgl. *Altemeier*, S. 115; *Bayer*, in: FS K. Schmidt (2009), S. 85 (94 f.); *Blaurock*, in: FS Bornkamm (2014), S. 107 (113 f.); *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 204; *Harnos*, S. 103; *Thole*, ZHR 173<sup>4</sup> (2009), S. 504 (527); *Twele*, S. 172.

26 In diesem Sinne wird häufig *Spindler*, in: MünchKomm-AktG<sup>5</sup> § 93 Rn. 107 u. in: FS Canaris II (2007), S. 403 (425 f.) zitiert. Dort wird allerdings nur die in der Vorteilsanrechnung ausgedrückte Wertung als Argument für die Pflichtwidrigkeit „nützlicher Pflichtverletzung“ herangezogen. Die Vorteilsanrechnung selbst hält *Spindler*, in: MünchKomm-AktG<sup>5</sup> § 93 Rn. 107 i. R. d. § 93 Abs. 2 AktG sehr wohl für anwendbar. *Lohse*, in: FS Hüffer (2010), S. 582 (597 f.) – ebenfalls häufig als Gegnerin einer Anrechnung der Kartellvorteile zitiert – lehnt die Anrechnung erzielter Vorteile auf die Rückforderung ausgereicher Schmiergelder ab. Mit dem Geldbußenregress ist diese Konstellation schwerlich vergleichbar. Zu anderen vermeintlichen u. tatsächlichen Gegnern einer Anrechnung von Kartellvorteilen siehe *Harnos*, S. 102 (Fn. 338).

27 Im oben (§ 2 D. [S. 54]) angeführten Beispiel der schwarzen Kassen bei Siemens betrug das Bußgeld 395 Millionen €. Davon dienten 394,75 Millionen € (99,9367 %) der Abschöpfung, 250000 Euro (0,0633 %) der Ahndung. Siehe Siemens AG,<sup>@</sup>Bußgeldbescheid, S. 11 ff.

28 Zum vorsichtigen Umgang mit den Grundsätzen der Vorteilsanrechnung mahnt deshalb *Thole*, ZHR 173<sup>4</sup> (2009), S. 504 (527 ff.). *Altemeier*, S. 115 f. spricht gar davon, die Präventionswirkung würde in ihr Gegenteil verkehrt.

Gleichwohl wird diese<sup>29</sup> Abschwächung der Präventionswirkung ganz allgemein nicht als bedenklich wahrgenommen. Zum einen werde ein ausreichendes Maß an Prävention durch zahlreiche andere Instrumente sichergestellt.<sup>30</sup> Das Vorstandsmitglied sehe sich mit verweigerter Entlastung, Abberufung, Kündigung und Reputationsverlust sowie Schadenersatzansprüchen geschädigter Dritter, möglichen persönlichen Sanktionen und mehr einem ganzen Bündel präventiv und disziplinierend wirkender Maßnahmen ausgesetzt.<sup>31</sup> Weiter komme eine Anrechnung von Vorteilen nur dort in Betracht, wo dem insoweit beweisbelasteten Vorstandsmitglied der mitunter schwierige Nachweis solcher Vorteile gelingt.<sup>32</sup> Angesichts dieser vielfältigen materiell-rechtlichen und prozessualen Risiken des Vorstandsmitglieds werde die Prävention durch die Anrechnung nicht beseitigt, sondern allenfalls gemindert.<sup>33</sup> Der Präventionszweck der Haftung stehe einer Anrechnung nach alledem nicht entgegen und diese führe nicht zu einer unbilligen Entlastung des Vorstandsmitglieds.

### III. Resümée in Thesen

Jenseits der methodischen Herleitung lassen sich das Ergebnis und der argumentative Kern der Diskussion um den Abschöpfungsteil mithin in den folgenden Thesen zusammenfassen:

1. Der Abschöpfungsteil der Geldbuße ist dem Regress entzogen.
2. Ein solcher Regress stünde im Widerspruch zu den öffentlich-rechtlichen Wertungen, die den Vorteil nicht der Gesellschaft belassen möchten.

---

29 Dagegen ist die Abschwächung der Präventionswirkung, die sich aus einem Regressausschluss auch hinsichtlich des sog. Ahndungsteils ergäbe, von der h. M. mit allen Mitteln bekämpft worden.

30 *Bachmann*, BB 2015,<sup>16</sup> S. 911 (911); *Fleischer*, BB 2008,<sup>21</sup> S. 1070 (1074); *Habersack*, in: *Karlsruher Forum* 2009, S. 5 (34); *Kaulich*, S. 283 ff.; *J. Koch*, in: *MünchHdb-GesR VII (CL)*,<sup>6</sup> § 30 Rn. 24; *Scholz*, S. 61 ff.

31 Siehe die Zusammenstellung solcher Maßnahmen de lege lata u. de lege ferenda bei *Hack*, S. 130 ff., 203 ff. u. 234 ff.; *Konrads*, S. 101 f.; *R. Krause*, BB-Beilage Nr. 8/2007, S. 2 (14 ff.); *Twele*, S. 233 ff.

32 *Bayer*, in: *FS K. Schmidt* (2009), S. 85 (98); *Bayreuther*, NZA 2015,<sup>20</sup> S. 1239 (1242); *Fleischer*, in: *BeckOGK-AktG*, § 93 Rn. 52; *Marsch-Barnier*, ZHR 173<sup>6</sup> (2009), S. 723 (728 f.); *Twele*, S. 171; *Scholz*, S. 62. *Kersting*, ZIP 2016,<sup>27</sup> S. 1266 (1274 ff.), der den Bußgeldregress ausschließlich über die Vorteilsanrechnung lösen will, spricht sich entsprechend für eine Beweislastumkehr aus.

33 *Harnos*, S. 103; *Hauger/Palzer*, ZGR 2015,<sup>1</sup> S. 33 (57); *Twele*, S. 171.

3. Im Konflikt zwischen öffentlich-rechtlicher Abschöpfung und zivilrechtlichem Ausgleich setzt sich die öffentlich-rechtliche Wertung durch.
4. Das damit reduzierte Drohpotenzial der Vorstandshaftung ist zu verkraften. Angesichts der vielfältigen sonstigen präventiven und disziplinierenden Instrumente des Aktienrechts, des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts verbleibt ein ausreichender Wohlverhaltens-Anreiz.

### C. Ahndungsteil

Tatsächlich umstritten ist hiernach nur der Regress des Ahndungsteils der Geldbuße. Wenngleich der Meinungsstreit insoweit einen kaum zu überblickenden Umfang angenommen hat,<sup>1</sup> lässt er sich im Kern in – wenigstens – drei Einzelfragen aufspalten. In einem ersten Schritt wird darum gestritten, ob Geldbußen überhaupt Gegenstand eines Regressanspruchs sein können. Sofern man dies mit der (wohl) herrschenden Meinung bejaht, stellt sich die Frage, ob der Regress insoweit in voller Höhe oder nur beschränkt zu erfolgen hat. Will man sich insoweit für einen beschränkten Regress aussprechen,<sup>2</sup> muss untersucht werden, ob und wie diese Beschränkung vorgenommen werden kann.

Entgegen der (wohl) herrschenden Meinung soll hier nachgewiesen werden, dass auch der Ahndungsteil nach geltendem Recht nicht Gegenstand eines Ersatzanspruchs sein kann. Den letzten beiden Fragen, die auf der Zulässigkeit des Bußgeldregresses aufbauen, ist damit der Boden entzogen. Sie liegen jenseits dieser Arbeit und sollen deshalb nicht vertieft werden.<sup>3</sup> Das Hauptaugenmerk liegt vielmehr auf dem für sich genommen bereits sehr umfangreichen Streitstand zur ersten der Teilfragen.

Ausgangspunkt beider Ansichten ist dabei der obige Befund: Die Voraussetzungen des § 93 Abs. 2 AktG sind an sich erfüllt. Der Ahndungsteil der Geldbuße stellt einen nicht kompensierten Vermögensnachteil der Gesellschaft dar. Nach dem Grundsatz der Totalreparation wäre dieser an sich

---

1 *Fleischer*, DB 2014,<sup>7</sup> S. 345 (345) sprach bereits von einem „noch nicht sonderlich weit entwickelte[n], aber schon stark verästelte[n] Literaturstand“.

2 Bemerkenswert ist die Wortwahl bei *Bayer*, in: FS K. Schmidt (2009), S. 85 (97): „*Sympathischer* ist vielmehr die Erwägung, den Regress auf eine angemessene Höhe zu begrenzen.“ Auch *J. Koch*, AG 2012,<sup>12</sup> S. 429 (435) bringt „der Lösung eines Teilregresses *Sympathien*“ entgegen. Herv. jew. nur hier.

3 Zu den Gründen für den beschränkten Umfang der Darstellung bereits oben A. IV. (S. 62) mit Verweis auf weiterführende Literatur.

und in voller Höhe zu erstatten. Diese „gesetzliche Regresslogik“,<sup>4</sup> die den Ahndungsteil der Geldbuße auf das einzelne Vorstandsmitglied überzuleiten scheint, hat jedoch bei Befürwortern wie Gegnern eines Regressausschlusses gleichermaßen eine „intuitive Irritation“<sup>5</sup> ausgelöst.

## I. Mindermeinung: Sanktionsrechtlicher Regressausschluss

Diejenigen, bei denen diese Irritation vorwiegend auf dem Sanktionscharakter der Geldbuße beruhte, haben sich dafür ausgesprochen, auch den Ahndungsteil der Verbandsgeldbuße dem Regress zu entziehen.<sup>6</sup> Das LAG Düsseldorf<sup>7</sup> ist dem im Ergebnis beigetreten.

An der nunmehr knapp zwei Jahrzehnte andauernden Diskussion waren zahlreiche Autoren beteiligt. Die vorgetragenen Argumente sind im Laufe der Zeit erweitert, abgeändert, fallengelassen und in einen unterschiedlichen Ableitungszusammenhang gestellt worden. Dadurch lassen sich die Argumentationslinien nicht immer mit der wünschenswerten Stringenz abbilden. Die folgende Darstellung versucht deshalb, als Kompromiss zwischen Lesbarkeit und Genauigkeit, die wesentlichen Argumentationsmuster nachzuzeichnen.

### 1. Argumente für einen Regressausschluss

Dem sanktionsrechtlich begründeten Regressausschluss geht es letztlich um zweierlei. Zum einen soll der Sanktionszweck der Verbandsgeldbuße geschützt werden, der durch einen Regress vereitelt zu werden droht. Zum anderen ist die behördliche Sanktionsentscheidung vor einer zivilrechtlichen

---

4 J. Koch, AG 2012;<sup>2</sup> S. 429 (430).

5 J. Koch, in: GS Winter (2011), S. 327 (328).

6 Dreher, in: FS Konzen (2006), S. 86 (103 ff.); Dreher, in: Krieger/Schneider;<sup>3</sup> § 31 Rn. 86; Dreher, VersR 2015;<sup>9</sup> S. 781 (787); Horn, ZIP 1997;<sup>6</sup> S. 1129 (1136); zust. R. Krause, BB-Beilage Nr. 8/2007, S. 2 (13). Gegen einen Bußgeldregress ferner Grunewald, NZG 2016;<sup>9</sup> S. 1121 ff.; Kröger, S. 213 ff.; Lotze, NZKart 2014;<sup>5</sup> S. 162 (166 f.); Lotzel/Smolinski, NZKart 2015;<sup>6</sup> S. 254 (255 ff.); Thomas, NZG 2015;<sup>36</sup> S. 1409 (1410 ff.). Sympathisierend Bachmann, BB 2015;<sup>14</sup> S. 771 (775); Bachmann, BB 2015;<sup>16</sup> S. 911 (907); Goette, ZHR 176<sup>6</sup> (2012), S. 588 (603 f.); Goette, in: FS Hoffmann-Becking (2013), S. 377 (381); Kindler, in: FS Roth (2011), S. 367 (372).

7 Urt. v. 20. 1. 2015 – 16 Sa 459/14 („Schienenkartell I“) – ZIP 2015;<sup>17</sup> S. 829 ff. (830 ff.).

Korrektur zu schützen. Kurzum: Das Ordnungswidrigkeitenrecht ist gegen zivilrechtliche Sabotage zu verteidigen.<sup>8</sup>

a) Schutz des Sanktionszwecks

Ob der Sanktionszweck der Verbandsgeldbuße entsprechenden Schutzes bedarf, hängt davon ab, welchen Zweck diese gegenüber wem verfolgt.

aa) Prävention und Repression

Hierzu ist vorgebracht worden, der Ahndungsteil der Verbandsgeldbuße bezwecke eine gegenüber dem Verband wirkende Repression und Prävention.<sup>9</sup> Der Verband solle „für rechtswidriges Verhalten in der Vergangenheit“ sanktioniert und „in Zukunft zu rechtmäßigem Verhalten“ animiert werden.<sup>10</sup> Speziell im Kartellrecht wolle die Geldbuße die Kosten von Kartellverstößen für die Unternehmen deutlich fühlbar machen und das Unternehmen selbst sowie andere Marktteilnehmer durch die damit erzielte Abschreckungswirkung zur strikten Befolgung der Wettbewerbsregeln anhalten.<sup>11</sup>

bb) Verband als Adressat

Adressat der staatlichen Sanktion sei dabei der Verband selbst. Das ist ursprünglich dem europäischen Kartellrecht entnommen worden, das die Unternehmen zum eigentlichen Normadressaten habe.<sup>12</sup> Die europäischen Bußgeldregelungen hätten den Zweck, die Unternehmen zur Einhaltung der

8 Vgl. *Geiler*, JW 1919;<sup>12</sup> S. 837 (zu Nr. 6) zum umgekehrten Fall eines oHG-Gesellschafters, der die ihm wegen Preistreiberei auferlegte Geldstrafe von der Gesellschaft ersetzt verlangte: „Eine derartige Sabotierung des Strafrechts durch das Zivilrecht ist unmöglich.“

9 *Thomas*, NZG 2015;<sup>36</sup> S. 1409 (1411). Siehe auch *Bachmann*, BB 2015;<sup>6</sup> S. 911 (911); *Dreher*, VersR 2015;<sup>19</sup> S. 781 (787); *Lotze*, NZKart 2014;<sup>5</sup> S. 162 (167). Zu Recht krit. *Kröger*, S. 205 f., der bemängelt, dass die Worthülsen von Repression u. Prävention „über den eigentlichen Zweck des § 30 OWiG wenig“ aussagen.

10 *Dreher*, in: FS Konzen (2006), S. 86 (106). Ähnlich *Bachmann*, BB 2015;<sup>6</sup> S. 911 (911); *Kröger*, S. 220.

11 So *Goette*, ZHR 176<sup>6</sup> (2012), S. 588 (611).

12 So vor allem *Dreher*, in: FS Konzen (2006), S. 86 (104).

Wettbewerbsregeln zu veranlassen.<sup>13</sup> Für entsprechende Verstöße seien Sanktionen nur gegen die Unternehmen selbst vorgesehen, nicht aber gegen deren Organmitglieder. Entsprechend sei die Sanktionswirkung des europäischen Kartellrechts auf die Unternehmen beschränkt.<sup>14</sup> Wenn das deutsche Recht davon abweichend die Möglichkeit vorsehe, neben der juristischen Person als Trägerin des Unternehmens auch die Vorstandsmitglieder persönlich zu sanktionieren, werde damit lediglich der Kreis der potentiell Bußgeldpflichtigen erweitert.<sup>15</sup> Eine Entlastung der Unternehmen von deren eigener Bußgeldpflicht sei damit nicht bezweckt.<sup>16</sup> Andere haben gerade aus der im deutschen Recht gegebenen Möglichkeit, die verantwortlichen Individuen separat mit einer Sanktion zu belegen, auf die primäre Adressatenstellung des Verbandes geschlossen.<sup>17</sup> Das bedeutet letztlich, dass sowohl das Bestehen als auch das Nichtbestehen einer möglichen Individualsanktion als Argument für die Adressatenstellung des Verbandes angeführt wurde.

Die intendierte Belastungsträgerschaft der juristischen Person zeige sich ferner im Zuschnitt der Verbandsgeldbuße. Der Gesetzgeber habe zum Ausdruck gebracht, dass „die Buße trotz ihres Sanktionscharakters nicht zu einer Existenzvernichtung der betroffenen Personen führen“ solle.<sup>18</sup> Die regelmäßig ungleich höhere wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Verbandes ermögliche es deshalb, gegen diesen eine – im Kartellrecht erheblich – höhere Geldbuße festzusetzen als gegenüber der natürlichen Person.<sup>19</sup> Dementsprechend habe der Gesetzgeber auch mit dem im Verhältnis erheblich herabgesetzten Bußgeldrahmen gegenüber natürlichen Personen „die Angemessenheit per-

13 *Dreher*, in: FS Konzen (2006), S. 86 (104) unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 7. 6. 1983 – 100–103/80 („*Musique Diffusion Française*“) – Slg. 1983, 1825 ff. (Rn. 105). Ähnlich auch für das dt. Kartellrecht LAG Düsseldorf, Urt. v. 20. 1. 2015 – 16 Sa 459/14 („*Schienenkartell I*“) – ZIP 2015,<sup>17</sup> S. 829 ff. (831) u. *Goette*, ZHR 176<sup>6</sup> (2012), S. 588 (611).

14 *Dreher*, in: FS Konzen (2006), S. 86 (104). Tatsächlich ist bei Tätigwerden der Europäischen Kommission gegen das Unternehmen stets auch eine persönliche Sanktion nach dem GWB möglich. Siehe dazu noch § 13 B. II. 4. (S. 559).

15 *Dreher*, in: FS Konzen (2006), S. 86 (104).

16 *Dreher*, in: FS Konzen (2006), S. 86 (104 f.); *Lotze*, NZKart 2014<sup>5</sup> S. 162 (167).

17 So etwa *Bachmann*, BB 2015,<sup>16</sup> S. 911 (911) u. *Horn*, ZIP 1997;<sup>26</sup> S. 1129 (1136).

18 So das ArbG Essen, Urt. v. 19. 12. 2013 – 1 Ca 657/13 („*Schienenkartell*“) – NZKart 2014<sup>5</sup> S. 193 ff. (Rn. 145) als Vorinstanz des LAG Düsseldorf. Ähnlich *Dreher*, in: FS Konzen (2006), S. 86 (105).

19 Vgl. LAG Düsseldorf, Urt. v. 20. 1. 2015 – 16 Sa 459/14 („*Schienenkartell I*“) – ZIP 2015,<sup>17</sup> S. 829 ff. (832); *Dreher*, in: FS Konzen (2006), S. 86 (105); *Horn*, ZIP 1997;<sup>26</sup> S. 1129 (1136). Ähnlich auch *Lotze*, NZKart 2014<sup>5</sup> S. 162 (167); *Lotze/Smolinski*, NZKart 2015<sup>6</sup> S. 254 (257).

sönlicher Bußgelder“ sicherstellen wollen.<sup>20</sup> Schließlich sei bei Festsetzung der Geldbuße sowohl gegenüber dem Verband als auch gegenüber der natürlichen Person nach § 17 Abs. 3 Satz 2 OWiG die jeweilige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Adressaten zu berücksichtigen.<sup>21</sup>

### cc) Aktionäre als Letztverpflichtete

Mit der Festlegung auf den Verband als den primären Adressaten bleibt die Frage offen, wer der Letztverpflichtete der Sanktion ist.<sup>22</sup> Insofern wurde bislang darum gestritten, ob die staatliche Steuerungswirkung das pflichtvergesene Vorstandsmitglied oder die Aktionäre im Auge habe.<sup>23</sup> Die Befürworter eines Regressausschlusses haben sich für Letzteres ausgesprochen.<sup>24</sup> Die Aktionäre hätten das pflichtvergesene Vorstandsmitglied „ausgewählt, angestellt und bestellt“ und trügen daher „letztlich die finanzielle Verantwortung für alle Folgen des Organhandelns“. <sup>25</sup> Mit der bei den Unternehmensträgern verbleibenden Sanktion könne der Staat diese dazu animieren, künftig auf das Verhalten der Organwalter Einfluss zu nehmen.<sup>26</sup>

Als weitere Indizien für eine intendierte Letztverpflichtung der Aktionäre wurde die – gegenüber einer Einzelperson unzumutbare – Anknüpfung der Sanktion an den Konzernumsatz angeführt,<sup>27</sup> sowie die Möglichkeit persönlicher Sanktionen, mit denen bereits auf das einzelne Vorstandsmitglied eingewirkt werden könne.<sup>28</sup>

20 *Dreher*, in: FS Konzen (2006), S. 86 (105).

21 Zur Bemessung der Geldbuße bereits § 2 B. II. 2. (S. 50).

22 *Kröger*, S. 217.

23 Die dritte Möglichkeit, das Übel der juristischen Person als solcher aufzuerlegen u. dadurch eine (mittelbare) Steuerungswirkung auf Vorstandsmitglieder u. Aktionäre zu erzielen, ist bislang nicht erwogen worden.

24 Auch *Bayreuther*, NZA 2015;<sup>20</sup> S. 1239 (1241) u. *Hack*, S. 79 erkennen die Aktionäre als Sanktionsadressaten an, kommen aber gleichwohl zu einem Regress. Zu weit geht *Reuter*, BB 2016;<sup>22</sup> S. 1283 ff., der aus der Letztverpflichtung der Aktionäre verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Verbandsbuße an sich ableitet.

25 So *Dreher*, in: FS Konzen (2006), S. 86 (106); zust. LAG Düsseldorf, Urt. v. 20. 1. 2015 – 16 Sa 459/14 („*Schienenkartell I*“) – ZIP 2015;<sup>17</sup> S. 829 ff. (831).

26 LAG Düsseldorf, Urt. v. 20. 1. 2015 – 16 Sa 459/14 („*Schienenkartell I*“) – ZIP 2015;<sup>17</sup> S. 829 ff. (831). Zust. *Bachmann*, BB 2015;<sup>14</sup> S. 771 (775). Vorher bereits *Kröger*, S. 220.

27 *Thomas*, NZG 2015;<sup>36</sup> S. 1409 (1414). Ähnlich *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm-AktG;<sup>3</sup> § 93 Rn. 56, die den Regress für ausgeschlossen halten, wenn das Bußgeld anhand unternehmensbezogener Daten bemessen sei.

dd) Konsequenzen eines Regresses

Wenn aber die Verbandsgeldbuße eigenständige Sanktionszwecke bei dem Verband und dessen Aktionären verfolge, müsse sichergestellt sein, dass der Verband sich nicht „über Regressansprüche von eigenen Bußgeldpflichten entlasten“ könne.<sup>29</sup> Eine durch den Regress erzwungene Letztverpflichtung des Vorstandsmitglieds würde sich „sowohl zu der bußgeldrechtlichen Betonung des Unternehmens selbst im EG-Kartellrecht als auch zu der differenzierten bußgeldrechtlichen Erfassung von Unternehmen bzw. Organmitgliedern im deutschen Kartellrecht“ in Widerspruch setzen.<sup>30</sup> Es käme zu einer „Verdoppelung der Bußgeldlasten bei den persönlich Verantwortlichen“ und einer Entlastung des an sich ausschließlich bzw. primär bußgeldpflichtigen Verbandes.<sup>31</sup> Der Verband und dessen Aktionäre hätten gar einen Anreiz, profitable Gesetzesverstöße durch Mitarbeiter zu fördern, wenn ihnen selbst keine Sanktion drohte.<sup>32</sup> Zum Schutz des Sanktionszwecks müsse der Bußgeldregress deshalb ausgeschlossen sein.<sup>33</sup>

b) Schutz der Sanktionsentscheidung

Der zweite, weit weniger ausgebildete<sup>34</sup> Begründungsstrang besteht im Schutz der behördlichen Sanktionsentscheidung.<sup>35</sup> Die Behörde könne im

28 *Bachmann*, BB 2015;<sup>16</sup> S. 911 (911). Insoweit halten *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm-AktG<sup>3</sup>, § 93 Rn. 56 einen Regress für ausgeschlossen, wenn tatsächlich eine persönliche Sanktion verhängt wird.

29 *Dreher*, in: FS Konzen (2006), S. 86 (105). Ebenso LAG Düsseldorf, Urt. v. 20. 1. 2015 – 16 Sa 459/14 („*Schienenkartell I*“) – ZIP 2015;<sup>17</sup> S. 829 ff. (831); *Kröger*, S. 220 u. *Thomas*, NZG 2015;<sup>36</sup> S. 1409 (1411). *R. Krause*, BB-Beilage Nr. 8/2007, S. 2 (8) spricht im Zusammenhang mit der Geldbuße insoweit von einem „höchstpersönlichen Charakter“.

30 So *Dreher*, in: FS Konzen (2006), S. 86 (105). Ähnlich, aber nur zum dt. Kartellrecht LAG Düsseldorf, Urt. v. 20. 1. 2015 – 16 Sa 459/14 („*Schienenkartell I*“) – ZIP 2015;<sup>17</sup> S. 829 ff. (832): Entwertung des differenzierten Sanktionssystems.

31 *Dreher*, in: FS Konzen (2006), S. 86 (106). Ähnlich *Kröger*, S. 221.

32 *Kröger*, S. 221.

33 Vgl. LAG Düsseldorf, Urt. v. 20. 1. 2015 – 16 Sa 459/14 („*Schienenkartell I*“) – ZIP 2015;<sup>17</sup> S. 829 ff. (832); *Dreher*, VersR 2015;<sup>19</sup> S. 781 (787).

34 Er pflegt mit größerem Eifer widerlegt, als begründet zu werden. Er findet sich etwa bei *Brüggemann*, GA 1968, S. 161 (176).

35 Das Folgende gilt selbstverständlich auch in den Fällen, in denen die Verbandsgeldbuße von einem Richter festgesetzt wird.

Rahmen des Opportunitätsprinzips (§ 47 OWiG) entscheiden, ob sie eine Ordnungswidrigkeit überhaupt verfolge und ahnde sowie in welcher Höhe sie gegenüber wem eine Geldbuße festsetze. Dabei habe die Behörde sicherzustellen, dass die Verbandsgeldbuße als Maßnahme der Eingriffsverwaltung verhältnismäßig im Sinne einer Anlassangemessenheit sei.<sup>36</sup> Dem Übermaßverbot unterworfen müsse die bußgeldrechtliche Unrechtsfolge in einem gerechten Verhältnis zur Tat stehen.<sup>37</sup> Soweit die Möglichkeit einer Individualsanktion bestehe, könne die Behörde sich wegen der Umstände des Einzelfalles dazu entscheiden, die Tat des Vorstandsmitglieds nicht persönlich zu sanktionieren. Ferner seien bei der konkreten Festsetzung der Verbandsgeldbuße unternehmensbezogene Kriterien zu berücksichtigen, die ausschließlich die juristische Person betreffen und ihre Bedeutung verlören, wenn die Geldbuße letztlich an das Vorstandsmitglied weitergereicht werden könnte.<sup>38</sup>

Das aber führt unweigerlich zu der Frage, weshalb die Behörde eine solch differenzierte und den Einzelfall berücksichtigende Ermessensentscheidung sollte treffen müssen, wenn diese anschließend zivilrechtlich korrigiert werden könnte.<sup>39</sup> Das im Hinblick auf die Spezialprävention „ausgefeilte strafrechtliche Normensystem“ würde „durch das für diese Zwecke relativ unscharfe Zivilrecht außer Kraft gesetzt.“<sup>40</sup> Die vielfältigen öffentlichen Wertungen und Beschränkungen, die eine speziell auf den jeweiligen Beteiligten zugeschnittene Ahndung ermöglichen und erforderlich machen, würden in dem für diese Wertungen blinden Zivilrecht nicht mehr berücksichtigt. Bei Zulassung des Rückgriffs verkäme die verfassungsrechtlich vorgegebene Herstellung von Anlassangemessenheit zu einem „sinnfreien Rechenvorgang“, der letztlich nurmehr „für die Höhe des Innenregressanspruchs

36 So vor allem *Thomas*, NZG 2015;<sup>36</sup> S. 1409 (1412); ebenso, wenn auch weniger präzise, *Dreher*, in: FS Konzen (2006), S. 86 (105).

37 *Thomas*, NZG 2015;<sup>36</sup> S. 1409 (1412).

38 *Lotze*, NZKart 2014? S. 162 (167) unter Verweis auf die Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren. Siehe auch *Bachmann*, BB 2015;<sup>16</sup> S. 911 (911); *Thomas*, NZG 2015;<sup>36</sup> S. 1409 (1412).

39 Im Lichte der berühmten Entscheidung des BGH, Urt. v. 21. 4. 1997 – II ZR 175/96 („ARAG/Garmenbeck“) – BGHZ 135, 244 ff. (252 ff.) wäre der Aufsichtsrat im Regelfall u. unter Androhung eigener Schadenersatzverantwortlichkeit gar dazu verpflichtet, diese Entscheidung durch einen Regress zu korrigieren.

40 *Bastuck*, S. 130 zu Geldstrafen, der die dort geäußerten Gedanken aber auch bei Geldbußen für anwendbar hält, siehe S. 132.

Bedeutung“ habe.<sup>41</sup> Das Unternehmen würde zur „zwischengeschalteten“ und mit dem „Insolvenzrisiko des Managers“ belasteten „Zahlstelle“.<sup>42</sup>

Wenn also die Behörde entscheide, das Organmitglied persönlich gar nicht zu sanktionieren oder es nur mit einer am reduzierten Bußgeldrahmen und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bemessenen und angemessenen Geldbuße zu belegen, dürfe der Innenregress diese Entscheidung nicht annullieren. Auch deshalb müsse sichergestellt sein, dass die Buße bleibe, wo sie festgesetzt wurde. Die Sanktionsentscheidung sei vor der zivilrechtlichen Korrektur zu schützen.

## 2. Methodische Umsetzung

Stehen danach Ergebnis und Begründung des Regressausschlusses fest, so stellt sich die Frage, wie ein solcher mit dem (vermeintlich)<sup>43</sup> eindeutigen Wortlaut der Haftungsanordnung in Einklang zu bringen ist. Die Regressgegner haben sich hierzu sowohl auf den Zweck der Sanktionsnormen als auch den Schutzzweck der Haftungsnorm berufen. Soweit eine methodische Festlegung erfolgt ist,<sup>44</sup> wurde zunächst vertreten, die Verbandsgeldbuße liege nicht im Schutzbereich des § 93 Abs. 2 AktG.<sup>45</sup> Mit der Lehre vom Schutzzweck der Norm als Aspekt der Schadenszurechnung wurde freilich die „methodische Rumpelkammer“<sup>46</sup> des deutschen Schadensrechts bemüht.

---

41 Thomas, NZG 2015;<sup>36</sup> S. 1409 (1412).

42 Thomas, NZG 2015;<sup>36</sup> S. 1409 (1412).

43 Ausf. zur tatsächlichen Mehrdeutigkeit des gesetzlichen Entscheidungsmaßstabs der zivilrechtlich-methodische Teil dieser Arbeit, §§ 4–6.

44 Ohne methodische Festlegung etwa Bachmann, BB 2015;<sup>16</sup> S. 911 (911); R. Krause, BB-Beilage Nr. 8/2007, S. 2 (13) u. Lotze, NZKart 2014;<sup>5</sup> S. 162 (167). Bastuck, S. 128 ff. verlangt einen „für das Zivilrecht verfügbaren Gesichtspunkt“, um „den rechtspolitischen Bedenken Rechnung“ zu tragen, kommt dann aber zu einem zivilrechtlich nicht begründeten Primat des Strafrechts. Kröger, S. 232 stellt etwas nebulös auf einen fehlenden Rechtswidrigkeitszusammenhang ab. Das LAG Düsseldorf, Urt. v. 20. 1. 2015 – 16 Sa 459/14 („Schienenkartell I“) – ZIP 2015;<sup>17</sup> S. 829 ff. (832) lässt die Konstruktionsfrage ausdr. offen: „Ob dieses Ergebnis über den höchstpersönlichen Charakter einer [...] Geldbuße [...] oder eine normative Einschränkung der zuzurechnenden Schadensfolgen [...] hergeleitet wird, macht keinen Unterschied.“

45 Dreher, in: FS Konzen (2006), S. 86 (104) u. in: VersR 2015;<sup>19</sup> S. 781 (787). Zuvor bereits Horn, ZIP 1997;<sup>26</sup> S. 1129 (1136). Zuletzt auch Grunewald, NZG 2016;<sup>29</sup> S. 1121 (1122 f.).

46 Pointiert wie treffend Deutsch, HaftungsR<sup>2</sup> Rn. 301: „Nicht selten verbirgt sich hinter der Berufung auf den Normzweck eine *petitio principii*. Das gewünschte Ergebnis

Im Lichte der anhaltenden und zutreffenden methodischen Kritik<sup>47</sup> ist das Ergebnis in jüngerer Zeit auf eine teleologische Reduktion des § 93 Abs. 2 AktG gestützt worden.<sup>48</sup>

### 3. Resümée in Thesen

Der sanktionsrechtliche Regressausschluss lässt sich hiernach in folgenden Thesen zusammenfassen:

1. Der Ahndungsteil der Geldbuße ist dem Regress entzogen.
2. Mit ihm werden eigenständige Sanktionszwecke bei dem Verband und den Aktionären verfolgt, die bei einem Regress ins Leere liefern.
3. Die vielfältigen öffentlich-rechtlichen Wertungen und Beschränkungen unterworfenen Sanktionsentscheidung darf nicht durch das für diese Wertungen blinde Zivilrecht korrigiert werden.
4. Der durch den Ahndungsteil verursachte Schaden liegt nicht im Schutzbereich des § 93 Abs. 2 AktG bzw. ist die Vorschrift dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass diese die in einer staatlichen Sanktion bestehende Vermögensbelastung nicht erfasst.

## II. Herrschende Meinung gegen Regressausschluss

Die ganz überwiegende Ansicht<sup>1</sup> im Schrifttum ist dem sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung entschieden entgegengetreten. Trotz der berechtig-

---

regiert, als Schutzzweck verkleidet, die Haftung.“ Herv. im Original. Zust. *Larenz*, SchuldR I,<sup>14</sup> § 27 III 2 (S. 445). Zu den weitergehenden Fragestellungen, die in den Begriff der Schutzzwecklehre mit einbezogen wurden, auch *H. Lange*, in: *Lange/Schiemann*,<sup>3</sup> § 3 IX 1 (S. 101).

47 Dazu sogleich, II. 3. (S. 86).

48 So vor allem *Thomas*, NZG 2015,<sup>36</sup> S. 1409 (1416) u. – weniger deutlich – in: *VersR* 2017,<sup>10</sup> S. 596 (600 ff.).

1 Als Auswahl nur *Bayer*, in: *FS K. Schmidt* (2009), S. 85 (93 f.); *Bayer/Scholz*, *GmbHR* 2015,<sup>9</sup> S. 449 (451); *Brommer*, *Vorstandshaftung*, S. 26; *Fleischer*, *BB* 2008,<sup>21</sup> S. 1070 (1073); *Fleischer*, *DB* 2014,<sup>7</sup> S. 345 (347) mit unzähligen Nachw. in Fn. 31; *Glöckner/Müller-Tautphaeus*, *AG* 2001,<sup>7</sup> S. 344 (346); *Harbarth/Höfer*, *NZG* 2016,<sup>8</sup> S. 686 (687); *Hauger/Palzer*, *ZGR* 2015,<sup>1</sup> S. 33 (54); *Hoffmann*, *NJW* 2012,<sup>20</sup> S. 1393 (1393); *Hölters*, in: *Hölters*,<sup>3</sup> § 93 Rn. 255; *Hopt/Roth*, in: *GroßKomm-AktG*,<sup>5</sup> § 93 Rn. 419; *Karbaum*, *AG* 2013,<sup>23</sup> S. 863 (876); *Kersting*, *ZIP* 2016,<sup>27</sup> S. 1266 (1269); *J. Koch*, in: *GS Winter* (2011), S. 327 (332); in: *AG* 2012,<sup>12</sup> S. 429 (432) u. in: *MünchHdb-GesR VII (CL)*,<sup>6</sup> § 30 Rn. 23; *Scholz*, S. 44; *Spindler*, in: *MünchKomm-AktG*,<sup>5</sup>

ten Bedenken ist ein Regressausschluss vielfach als zu weitgehend angesehen worden. Sympathischer sei die Erwägung, den Regress auf eine angemessene Höhe zu begrenzen.<sup>2</sup> Die danach gegen den Regressausschluss geführten Angriffe erfolgten an allen Fronten gleichzeitig: Neben die inhaltliche Kritik, dass Sanktionszweck und Sanktionsentscheidung keine Gefahr drohe, trat die methodische Kritik, wonach sich ein entsprechender Ausschluss *de lege lata* nicht begründen lasse.

### 1. Ausgangspunkt: Trennung von Sanktion und Haftung

Den Ausgangspunkt nimmt die Opposition gegen den Regressausschluss bei dem kaum hinterfragten Dogma der Trennung von Sanktion und Haftung. Argumentativ beruht es auf der straf- und zivilrechtlichen Rechtsprechung des BGH, die die Regressbefürworter hinter sich wähen.<sup>3</sup>

Gemeint ist Folgendes: Im Strafrecht hat der BGH<sup>4</sup> überzeugend entschieden, dass die Bezahlung einer Geldstrafe durch einen anderen als den Täter nicht als Vollstreckungsverweigerung nach § 258 Abs. 2 StGB strafbar ist.<sup>5</sup> Im Zivilrecht gewährte der BGH<sup>6</sup> – jedenfalls nicht unangreifbar<sup>7</sup> – dem Adressaten einer staatlichen Geldsanktion einen Ersatzanspruch gegen einen Dritten, wenn dieser Dritte die Sanktion durch eine Verletzung von Beratungs- und Hinweispflichten verursacht hatte.

Diesen Entscheidungen ist das strikte Gebot entnommen worden, zwischen der staatlichen Sanktion einerseits und der zivilrechtlichen Beurteilung andererseits zu differenzieren.<sup>8</sup> Zivil- und Ordnungsrecht stünden ohne gegensei-

§ 93 Rn. 194; Werner, ZWH 2015<sup>6</sup> S. 169 (175); M. Zimmermann, WM 2008<sup>10</sup> S. 433 (437 f.).

2 So ausdr. Bayer, in: FS K. Schmidt (2009), S. 85 (97).

3 Auf diese verweisen etwa Blaurock, in: FS Bornkamm (2014), S. 107 (114 f.); Fabisch, ZWER 2013<sup>1</sup> S. 91 (105); Fleischer, BB 2008<sup>21</sup> S. 1070 (1073); in: DB 2014<sup>7</sup> S. 345 (347 f.) u. in: BeckOGK-AktG, § 93 Rn. 251, 253; Hauff, S. 117 ff.; Kaulich, S. 288 ff.; R. Koch, VersR 2015<sup>16</sup> S. 655 (656 f.); Suchy, NZG 2015<sup>15</sup> S. 591 (592 f.) Werner, CCZ 2010<sup>4</sup> S. 143 (146) u. in: ZWH 2015<sup>6</sup> S. 169 (172); M. Zimmermann, WM 2008<sup>10</sup> S. 433 (437). Weite Teile der Argumentation bei Hauff, S. 121 ff. u. ö. beruhen ganz wesentlich auf dieser – vermeintlich überzeugenden – Rspr.

4 Grundlegend das Ur. v. 7. 11. 1990 – 2 StR 439/90 – BGHSt 37, 226 ff.

5 Ausf. hierzu noch § 13 B. I. (S. 544).

6 So zuerst im Ur. v. 31. 1. 1957 – II ZR 41/56 – BGHZ 23, 222 ff. Bestätigt etwa im Ur. v. 14. 11. 1996 – IX ZR 215/95 – JZ 1997<sup>23</sup> S. 1177 ff. (1178) u. im Ur. v. 15. 4. 2010 – IX ZR 189/09 – VersR 2011<sup>3</sup> S. 132 ff. (Rn. 7 ff.).

7 Dazu noch § 13 A. (S. 498).

tige Beeinflussung nebeneinander.<sup>9</sup> Der hoheitliche Akt der Bußgeldfestsetzung betreffe allein die Rechtsfolgenseite der Ordnungswidrigkeit.<sup>10</sup> Dabei gehe es ausschließlich um die Frage, ob, in welcher Höhe und gegenüber wem öffentliche Interessen eine Sanktion erforderten.<sup>11</sup> Diesen öffentlichen Interessen sei mit Festsetzung der Geldbuße jedoch Genüge getan, der Sanktionszweck damit erreicht.<sup>12</sup> Nachgelagert und davon unabhängig versuchten die zivilrechtlichen Haftungsvorschriften, die eingetretene Vermögenseinbuße demjenigen zuzuweisen, der sie letztlich verursacht habe.<sup>13</sup> Diese genuin zivilrechtliche Frage sei allein den §§ 249 ff. BGB unterworfen,<sup>14</sup> in deren Rahmen die öffentlich-rechtlichen Zumessungskriterien, der differenzierte Bußgeldrahmen und das Verhältnismäßigkeitsprinzip keine Geltung beanspruchten.<sup>15</sup> Aus öffentlich-rechtlicher Perspektive sei es deshalb unerheblich,

- 
- 8 Bayreuther, NZA 2015;<sup>20</sup> S. 1239 (1242); Brommer, Vorstandshaftung, S. 44 m. w. N. (in Fn. 26); Fabisch, ZWeR 2013;<sup>1</sup> S. 91 (105); Fleischer, DB 2014;<sup>7</sup> S. 345 (347); Glöckner/Müller-Tautphaeus, AG 2001;<sup>7</sup> S. 344 (345); Hack, S. 80; Harnos, S. 105 f.; Harzenetter, S. 135; Kapp/Hummel, ZWeR 2011;<sup>3</sup> S. 349 (358); Schöne/Petersen, AG 2012;<sup>19</sup> S. 700 (704); Suchy, NZG 2015;<sup>15</sup> S. 591 (592); Twele, S. 165; M. Zimmermann, WM 2008;<sup>10</sup> S. 433 (437). Ebenso noch Wilsing, in: Krieger/Schneider;<sup>2</sup> § 27 Rn. 39 (nicht mehr in: Krieger/Schneider;<sup>3</sup> § 31 Rn. 36).
- 9 So Kersting, ZIP 2016;<sup>27</sup> S. 1266 (1267). Ähnlich auch Brommer, Vorstandshaftung, S. 44; Harnos, S. 105 u. Suchy, NZG 2015;<sup>15</sup> S. 591 (592).
- 10 Kapp/Gärtner, CCZ 2009;<sup>5</sup> S. 168 (170); Kapp/Hummel, ZWeR 2011;<sup>3</sup> S. 349 (358); Twele, S. 165. Vgl. auch Hauger/Palzer, ZGR 2015;<sup>1</sup> S. 33 (55) u. noch Wilsing, in: Krieger/Schneider;<sup>2</sup> § 27 Rn. 39 (nicht mehr in: Krieger/Schneider;<sup>3</sup> § 31 Rn. 36).
- 11 So insbesondere noch Wilsing, in: Krieger/Schneider;<sup>2</sup> § 27 Rn. 39 (nicht mehr in: Krieger/Schneider;<sup>3</sup> § 31 Rn. 36). Siehe auch Glöckner/Müller-Tautphaeus, AG 2001;<sup>7</sup> S. 344 (346); Kaulich, S. 292; Kersting, ZIP 2016;<sup>27</sup> S. 1266 (1268); Twele, S. 165.
- 12 So zuerst M. Zimmermann, WM 2008;<sup>10</sup> S. 433 (437). Zust. Blaurock, in: FS Bornkamm (2014), S. 107 (114 f.); Fleischer, BB 2008;<sup>21</sup> S. 1070 (1073); in: DB 2014;<sup>7</sup> S. 345 (347) u. in: BeckOGK-AktG, § 93 Rn. 253; Hack, S. 80; Werner, ZWH 2015;<sup>6</sup> S. 169 (172). Thole, ZHR 173<sup>4</sup> (2009), S. 504 (532 f.) knüpft an „Erfüllung und Vollstreckung“ der Geldbuße, Hauff, S. 149 an „Beübung und Zahlung der Sanktion“ an. Ähnlich wohl auch R. Koch, VersR 2015;<sup>16</sup> S. 655 (658).
- 13 Kapp/Gärtner, CCZ 2009;<sup>5</sup> S. 168 (170); Kapp/Hummel, ZWeR 2011;<sup>3</sup> S. 349 (358); Twele, S. 165; Suchy, NZG 2015;<sup>15</sup> S. 591 (593).
- 14 Blaurock, in: FS Bornkamm (2014), S. 107 (115); Glöckner/Müller-Tautphaeus, AG 2001;<sup>7</sup> S. 344 (345); Kapp/Gärtner, CCZ 2009;<sup>5</sup> S. 168 (170); M. Zimmermann, WM 2008;<sup>10</sup> S. 433 (437).
- 15 Bayer, in: FS K. Schmidt (2009), S. 85 (97); Bayer/Scholz, GmbHR 2015;<sup>9</sup> S. 449 (454); Blaurock, in: FS Bornkamm (2014), S. 107 (115); Harnos, S. 105; Harzenetter, S. 135; Kaulich, S. 303; Schöne/Petersen, AG 2012;<sup>19</sup> S. 700 (704); M. Zimmermann, WM 2008;<sup>10</sup> S. 433 (437).

wer das Bußgeld letztlich tragen müsse.<sup>16</sup> Das werde vom Ordnungswidrigkeitenrecht nicht vorgegeben<sup>17</sup> und von der Verfolgungsbehörde nicht entschieden.<sup>18</sup>

## 2. Inhaltliche Kritik

### a) Sanktionszweck nicht gefährdet

Dies zu Grunde gelegt sei der Sanktionszweck der Verbandsgeldbuße durch eine zivilrechtliche Nachbereitung nicht gefährdet. Die Repressionswirkung bleibe unberührt. Die Präventionswirkung werde durch einen Regress nicht nur nicht beeinträchtigt, sondern gar gefördert.

#### aa) Repression

Die Repressionswirkung bleibe schon deshalb unberührt, weil das in Regress genommene Vorstandsmitglied im Außenverhältnis nicht an die Stelle des Verbandes trete.<sup>19</sup> Vielmehr sei es der Verband, der den Geldbetrag für die Sanktion zunächst selbst und aus eigenem Vermögen aufbringen müsse und das staatlich zugefügte Übel deshalb mit voller Kraft verspüre.<sup>20</sup> Ausgehend von der Trennung von Sanktion und Haftung sei auch der repressive Zweck der Verbandsgeldbuße mit deren Festsetzung erreicht.<sup>21</sup> Der einmal erreichte

---

16 *M. Zimmermann*, WM 2008,<sup>10</sup> S. 433 (437); *Blaurock*, in: FS Bornkamm (2014), S. 107 (115).

17 So zuerst *M. Zimmermann*, WM 2008,<sup>10</sup> S. 433 (437). Zust. *Fabisch*, ZWeR 2013,<sup>1</sup> S. 91 (106); *Fleischer*, BB 2008,<sup>21</sup> S. 1070 (1073) u. in: BeckOGK-AktG, § 93 Rn. 253; *Hopt/Roth*, in: GroßKomm-AktG<sup>5</sup> § 93 Rn. 419; *Kersting*, ZIP 2016,<sup>27</sup> S. 1266 (1267); *Werner*, ZWH 2015<sup>9</sup> S. 169 (172).

18 So zuerst *Glöckner/Müller-Tautphaeus*, AG 2001,<sup>7</sup> S. 344 (346). Zust. *Twele*, S. 164 f.; *Wilsing*, in: *Krieger/Schneider*,<sup>2</sup> § 27 Rn. 39 (nicht mehr in: *Krieger/Schneider*,<sup>3</sup> § 31 Rn. 36) u. *M. Zimmermann*, WM 2008,<sup>10</sup> S. 433 (437). Ähnlich auch *Hauff*, S. 149 u. *Kaulich*, S. 291 f.

19 *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015,<sup>9</sup> S. 449 (452); *Bayreuther*, NZA 2015,<sup>20</sup> S. 1239 (1242); *Blaurock*, in: FS Bornkamm (2014), S. 107 (115); *R. Koch*, VersR 2015,<sup>16</sup> S. 655 (658); *Scholz*, S. 48.

20 *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015,<sup>9</sup> S. 449 (452); *Kersting*, ZIP 2016,<sup>27</sup> S. 1266 (1267 f.); *Suchy*, NZG 2015,<sup>15</sup> S. 591 (593); *Twele*, S. 162; *Werner*, ZWH 2015,<sup>9</sup> S. 169 (172).

Sanktionszweck könne durch einen nachträglichen Regress jedoch nicht mehr zunichte gemacht werden, die intendierte Repression nicht vereitelt werden.<sup>22</sup>

Überdies sei keineswegs sichergestellt, dass der Verband sich beim pflichtvergesenen Vorstandsmitglied erholen könne. Ein den „Sanktionszweck der Geldbuße konterkarrierender Regress-Automatismus“ bestehe nicht, weil die Tatbestände des (Kartell-)Bußgeldrechts und der Geschäftsleiterhaftung nicht annähernd deckungsgleich seien.<sup>23</sup> Den Verband könne deshalb eine Sanktion treffen, ohne dass die Voraussetzungen eines Regressanspruches vorlägen. Weiter verbleibe ein erhebliches Prozessrisiko.<sup>24</sup> Schließlich müsse die Gesellschaft ohnehin den überwiegenden Teil der Sanktion selbst tragen, weil das einzelne Vorstandsmitglied in Anbetracht der in Rede stehenden Summen kaum je in der Lage sei, den Schaden in Gänze zu ersetzen.<sup>25</sup>

#### bb) Prävention

Unter Präventionsgesichtspunkten gilt zunächst dasselbe: Ist der spezial- und generalpräventive Zweck der Geldbuße mit deren Festsetzung erreicht, könne er durch den nachträglichen Innenregress nicht mehr vereitelt werden.<sup>26</sup> Sowohl der durch einen Regress nicht kompensierbare Imageschaden und Reputationsverlust als auch das verbleibende Prozessrisiko üben weiter präventive Wirkung auf den Verband aus.<sup>27</sup> Schließlich sei auch hier zu bezweifeln, dass der in Regress genommene Organwalter über die nötige Zahlungsfähigkeit verfüge, sodass ein wesentlicher Teil der Buße stets beim Verband verbleibe. Die Präventionswirkung der Sanktion werde durch einen Regress deshalb nicht beeinträchtigt.

Ohnehin wolle die These, der Regress beim Vorstandsmitglied beeinträchtige den präventiven Zweck der Geldbuße, nicht recht einleuchten. Zum

21 *Fleischer*, in: BeckOGK-AktG, § 93 Rn. 251, 253; *Hack*, S. 80; *R. Koch*, VersR 2015<sup>16</sup> S. 655 (658); *Werner*, ZWH 2015<sup>6</sup> S. 169 (172).

22 *Suchy*, NZG 2015<sup>15</sup> S. 591 (592).

23 So vor allem *Bayer/Scholz*, GmbHHR 2015<sup>9</sup> S. 449 (452) u. *Scholz*, S. 48 ff. Krit. zu einem solchen Automatismus auch *Blassl*, CCZ 2017<sup>1</sup> S. 37 (42) u. *Twele*, S. 162.

24 *Suchy*, NZG 2015<sup>15</sup> S. 591 (592); *Twele*, S. 162.

25 *Bayer/Scholz*, GmbHHR 2015<sup>9</sup> S. 449 (452); *Bayreuther*, NZA 2015<sup>20</sup> S. 1239 (1242); *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 46; *Harzenetter*, S. 135; *Kersting*, ZIP 2016<sup>27</sup> S. 1266 (1267); *J. Koch*, AG 2012<sup>12</sup> S. 429 (434 f.); *R. Koch*, VersR 2015<sup>16</sup> S. 655 (658); *Scholz*, S. 48; *Suchy*, NZG 2015<sup>15</sup> S. 591 (592); *Twele*, S. 162 f.

26 Vgl. etwa *Hauß*, S. 152.

27 So etwa *Hauß*, S. 150; *Suchy*, NZG 2015<sup>15</sup> S. 591 (592) u. *Twele*, S. 163.

einen finde die von den Regressgegnern postulierte Letztverpflichtung der Aktionäre im geltenden Recht keine Stütze, weil die Aktiengesellschaft nicht mit ihren Aktionären gleichgesetzt werden dürfe.<sup>28</sup> So habe schon der BGH entschieden, dass die Verbandsgeldbuße keine spezialpräventiven Zwecke bei den Mitgliedern verfolge.<sup>29</sup>

Zum anderen gehe der präventive Zweck der Verbandsgeldbuße dahin, künftige Gesetzesverstöße zu unterbinden.<sup>30</sup> Die Aktiengesellschaft selbst könne jedoch nicht handeln, sondern müsse sich hierzu ihrer Organe bedienen.<sup>31</sup> Zentrales Handlungsorgan der Aktiengesellschaft sei der Vorstand, dessen Mitglieder „an vorderster Front des Geschehens“ stünden.<sup>32</sup> Die Aktionäre dagegen seien gesetzlich von der Geschäftsleitung ausgeschlossen und hätten deshalb gar keine Möglichkeit, Rechtsverstöße zu begehen oder zu verhindern.<sup>33</sup> Eine auf die Aktionäre abzielende Geldbuße treffe deshalb „die Falschen“<sup>34</sup> und eine bei ihnen ansetzende Prävention sei – sofern überhaupt möglich<sup>35</sup> – jedenfalls ineffizient.<sup>36</sup> Ungleich besser gelinge die Verhaltenslenkung, wenn die Geldbuße diejenigen ins Auge fasse, die letztlich für die Verstöße verantwortlich seien: die Vorstandsmitglieder.<sup>37</sup> Wenn aber die prä-

28 *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015<sup>9</sup>, S. 449 (453); *Scholz*, S. 51.

29 *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015<sup>9</sup>, S. 449 (453) unter Verweis auf BGH, Beschl. v. 11. 3. 1986 – KRB 8/85 – wistra 1986<sup>5</sup>, S. 221 f. (221). BT-Drs. 18/10207, S. 88 hat eben dieses Urt. gerade umgekehrt gedeutet: Dort heißt es, dass es sich bei der Verbandsgeldbuße gerade „nicht um eine originäre Sanktion als Antwort auf eine eigene Pflichtwidrigkeit der Leitungsperson“ handle.

30 Für das Kartellrecht *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015<sup>9</sup>, S. 449 (453); *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 56; *Fabisch*, ZWeR 2013<sup>1</sup>, S. 91 (105 f.); *Kapp/Hummel*, ZWeR 2011<sup>3</sup>, S. 349 (359 f.); *Kaulich*, S. 292; *Scholz*, S. 51. Siehe auch *Bayreuther*, NZA 2015<sup>20</sup>, S. 1239 (1241): „zu rechtstreuem Handeln anhalten“.

31 *Bayreuther*, NZA 2015<sup>20</sup>, S. 1239 (1241); *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 45; *Hauff*, S. 153 ff.; *Kaulich*, S. 293 u. 298.

32 *J. Koch*, AG 2012<sup>12</sup>, S. 429 (434).

33 *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015<sup>9</sup>, S. 449 (452); *Bayreuther*, NZA 2015<sup>20</sup>, S. 1239 (1241); *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 47 f.; *Kersting*, ZIP 2016<sup>27</sup>, S. 1266 (1268); *J. Koch*, AG 2012<sup>12</sup>, S. 429 (434); *Reuter*, BB 2016<sup>22</sup>, S. 1283 (1290).

34 *So Reuter*, BB 2016<sup>22</sup>, S. 1283 (1290), der darin eine systemische Verletzung der Grundrechte von Anteilseignern erkennt u. deshalb die Verbandsgeldbuße an sich in Frage stellt.

35 Mögliche positive Effekte nennen *Thole*, ZHR 173<sup>4</sup> (2009), S. 504 (534) u. *Kröger*, S. 219 f. Vgl. auch *Bachmann*, BB 2015<sup>14</sup>, S. 771 (775).

36 *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015<sup>9</sup>, S. 449 (452); *Kaulich*, S. 299; *Scholz*, S. 51 f. Tendenziell auch *Bayreuther*, NZA 2015<sup>20</sup>, S. 1239 (1241) u. *J. Koch*, AG 2012<sup>12</sup>, S. 429 (434). Auch *Thole*, ZHR 173<sup>4</sup> (2009), S. 504 (534) räumt ein, dass die von ihm genannten Effekte nur gering ausgeprägt sein dürften.

ventive Wirkung der Sanktion bestenfalls beim einzelnen Vorstandsmitglied ansetze, so wäre ein sanktionsrechtlicher Regressausschluss geradezu kontraproduktiv.<sup>38</sup> Die verhaltenssteuernde Wirkung auf den Organwalter entfele überall dort, wo eine persönliche Sanktion aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht verhängt werde oder werden könne.<sup>39</sup> Besonders schmerzhaft sei dieser Ausfall im europäischen Kartellrecht, das persönliche Sanktionen gegen die Geschäftsleiter selbst nicht vorsehe.<sup>40</sup> Mithin führe der Innenregress nicht nur zu keiner Beeinträchtigung der intendierten Prävention, sondern fördere diese.<sup>41</sup>

## b) Keine Bedrohung der Sanktionsentscheidung

Der behördlichen Sanktionsentscheidung drohe durch den Innenregress ebenfalls keine Gefahr. Eine solche käme allenfalls in Betracht, wenn die Verfolgungsbehörde mit der Belastung des Sanktionsadressaten zugleich entscheiden würde, jeden anderen von dieser Belastung auszusparen. Für eine solch abschließende Wirkung der Sanktionsentscheidung finde sich im geltenden Recht jedoch kein Anhaltspunkt.<sup>42</sup>

37 *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015<sup>9</sup> S. 449 (452); *Bayreuther*, NZA 2015<sup>20</sup> S. 1239 (1241); *Habersack*, in: Karlsruher Forum 2009, S. 5 (31 f.); *Hauff*, S. 155 ff.; *Kapp/Hummel*, ZWeR 2011<sup>3</sup> S. 349 (359); *Kaulich*, S. 293 u. 298; *Kersting*, ZIP 2016<sup>27</sup> S. 1266 (1268); *Scholz*, S. 52.

38 So vor allem *Fleischer*, DB 2014<sup>7</sup> S. 345 (348) u. in: BeckOGK-AktG, § 93 Rn. 254.

39 *Bayreuther*, NZA 2015<sup>20</sup> S. 1239 (1241); *Fleischer*, DB 2014<sup>7</sup> S. 345 (348); *Hauger/Palzer*, ZGR 2015<sup>1</sup> S. 33 (54); *J. Koch*, in: GS Winter (2011), S. 327 (334 f.); *Thole*, ZHR 173<sup>4</sup> (2009), S. 504 (533).

40 *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015<sup>9</sup> S. 449 (452); *Bayreuther*, NZA 2015<sup>20</sup> S. 1239 (1241); *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 45 ff.; *Kaulich*, S. 298; *Kersting*, ZIP 2016<sup>27</sup> S. 1266 (1268); *J. Koch*, in: GS Winter (2011), S. 327 (334 f.); *Scholz*, S. 50; *Thole*, ZHR 173<sup>4</sup> (2009), S. 504 (533); *Twiele*, S. 163.

41 *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015<sup>9</sup> S. 449 (452); *Bayreuther*, NZA 2015<sup>20</sup> S. 1239 (1241); *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 45 f.; *Glöckner/Müller-Tautphaeus*, AG 2001<sup>7</sup> S. 344 (345); *Kapp/Hummel*, ZWeR 2011<sup>3</sup> S. 349 (358 u. 359 f.); *R. Koch*, VersR 2015<sup>16</sup> S. 655 (658); *Scholz*, S. 50 u. 52.

42 *Blaurock*, in: FS Bornkamm (2014), S. 107 (114); *Fleischer*, BB 2008<sup>21</sup> S. 1070 (1073); *Glöckner/Müller-Tautphaeus*, AG 2001<sup>7</sup> S. 344 (345); *Harnos*, S. 105; *Hauger/Palzer*, ZGR 2015<sup>1</sup> S. 33 (55); *Kaulich*, S. 291 f.; *J. Koch*, in: GS Winter (2011), S. 327 (335) u. in: Hüffer/Koch<sup>14</sup> § 93 Rn. 48; *Scholz*, S. 47; *Spindler*, in: Münch-Komm-AktG<sup>5</sup> § 93 Rn. 194; *Werner*, CCZ 2010<sup>4</sup> S. 143 (172); *Wilsing*, in: Krieger/Schneider<sup>2</sup> § 27 Rn. 39 (nicht mehr in: Krieger/Schneider<sup>3</sup> § 31 Rn. 36).

Mit der Anknüpfung an die Verbände sei weder im deutschen noch im europäischen Kartellrecht eine Privilegierung oder Entlastung der Organmitglieder bezweckt.<sup>43</sup> Das ergebe sich im deutschen Recht schon aus der Möglichkeit, Vorstandsmitglieder mit einer persönlichen Sanktion zu belegen.<sup>44</sup> Die Rechtsprechung<sup>45</sup> habe in verschiedenen Konstellationen den Bußgeldrückgriff zugelassen, sodass ein speziell aktienrechtliches Regressverbot eine in höchstem Maße begründungsbedürftige Ausnahme wäre.<sup>46</sup> Im europäischen Kartellrecht ist insoweit auf Art. 12 Abs. 3, Art. 5 Satz 2, 3. SpStr. und den 8. Erwägungsgrund der VO (EG) Nr. 1/2003 verwiesen worden.<sup>47</sup> Art. 12 Abs. 3 regelt, wann nach Abs. 1 ausgetauschte Informationen als Beweismittel verwendet werden dürfen, um nach innerstaatlichem Recht vorgesehene „Sanktionen gegen natürliche Personen“ zu verhängen. Art. 5 Satz 2, 3. SpStr. räumt den Mitgliedstaaten das Recht ein, neben Geldbußen und Zwangsgeldern auch „sonstige im innerstaatlichen Recht vorgesehene Sanktionen“ zu verhängen. Der 8. Erwägungsgrund der VO (EG) Nr. 1/2003 spricht von innerstaatlichen Rechtsvorschriften, „mit denen natürlichen Personen strafrechtliche Sanktionen auferlegt werden“ dürfen. Wenn aber das europäische Kartellrecht schon auf Sanktionsebene keine abschließende Wirkung für sich beanspruche, so könne eine solche Wirkung auf zivilrechtlicher Ebene erst recht nicht begründet werden.<sup>48</sup>

Überdies müsse auch hier die Trennung von Sanktion und Haftung beachtet werden. Maßstab für die Entscheidung der Verfolgungsbehörde sei

43 Für das europäische Kartellrecht so zuerst *Glöckner/Müller-Tautphaeus*, AG 2001<sup>7</sup> S. 344 (345). Zust. *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 56; *Fabisch*, ZWeR 2013<sup>1</sup> S. 91 (104). Siehe auch *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015<sup>9</sup> S. 449 (451); *Kersting*, ZIP 2016<sup>37</sup> S. 1266 (1268); *Scholz*, S. 47; *Twele*, S. 163.

44 *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015<sup>9</sup> S. 449 (451); *Scholz*, S. 47.

45 Im Kontokorrentvertrag: BGH, Urt. v. 31. 1. 1957 – II ZR 41/56 – BGHZ 23, 222 ff. Zur Haftung des Steuerberaters: RG, Urt. v. 10. 6. 1942 – III 14/42 – RGZ 169, 267 ff. (269); BGH, Urt. v. 14. 11. 1996 – IX ZR 215/95 – JZ 1997<sup>23</sup> S. 1177 ff. (1178) u. Urt. v. 15. 4. 2010 – IX ZR 189/09 – VersR 2011<sup>3</sup> S. 132 ff. (Rn. 7 ff.). Im Arbeitsverhältnis: RAG, Beschl. v. 27. 11. 1942 – RAG 88/42 – RAGE 27, 43 ff. (45); BAG, Urt. v. 16. 2. 1995 – 5 AZR 493/93 – NJW 1995<sup>48</sup> S. 3204 f. (3204).

46 *Thole*, ZHR 173<sup>4</sup> (2009), S. 504 (532). Siehe auch *Bayer*, in: FS K. Schmidt (2009), S. 85 (96); *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015<sup>9</sup> S. 449 (451); *Fleischer*, in: BeckOGK-AktG, § 93 Rn. 251, 256; *Hack*, S. 80; *Hopt/Roth*, in: GroßKomm-AktG<sup>5</sup> § 93 Rn. 419; *J. Koch*, in: GS Winter (2011), S. 327 (336), in: Hüffer/Koch<sup>14</sup> § 93 Rn. 48 u. in: MünchHdb-GesR VII (CL)<sup>6</sup> § 30 Rn. 23; *Scholz*, S. 45 f.; *Twele*, S. 165.

47 *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015<sup>9</sup> S. 449 (451); *Fabisch*, ZWeR 2013<sup>1</sup> S. 91 (104); *J. Koch*, in: GS Winter (2011), S. 327 (335 f.); *Scholz*, S. 47; *Werner*, ZWH 2015<sup>6</sup> S. 169 (172).

allein die Frage, „ob öffentliche Interessen eine Sanktion sowohl des Unternehmens als auch des Vorstandsmitglieds“ erforderten.<sup>49</sup> Dabei werden die Geldbußen gegenüber dem Organmitglied und dem Verband der Höhe nach unabhängig voneinander festgesetzt.<sup>50</sup> Mit Festsetzung der Geldbuße seien die staatlichen Sanktionsinteressen jedoch befriedigt.<sup>51</sup> Wer die Sanktion letztlich zu tragen habe, könne „aus dieser öffentlich-rechtlichen Perspektive nicht von Belang“ sein.<sup>52</sup> Das Ordnungsrecht könne für diese zivilrechtliche Frage keine Vorgaben machen,<sup>53</sup> die Behörde über die Letztverpflichtung nicht entscheiden.<sup>54</sup> Eine solche Entscheidungsbefugnis der Behörde wird als „äußerst bedenklich“<sup>55</sup> wahrgenommen, würde sie doch einen „massiven Eingriff in die Verbandsautonomie“<sup>56</sup> bedeuten. Steht der Behörde das Recht zur Festlegung des Letztverpflichteten gar nicht zu, so braucht ihre Entscheidung auch nicht vor einer Weiterleitung der Belastung an den nach zivilrechtlichen Maßstäben tatsächlich Verantwortlichen geschützt werden.

48 So vor allem *J. Koch*, in: GS Winter (2011), S. 327 (336). Zust. *Hauger/Palzer*, ZGR 2015,<sup>1</sup> S. 33 (55). Krit. hinsichtlich dieser Ableitung *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015,<sup>9</sup> S. 449 (451) u. *Scholz*, S. 47.

49 So noch *Wilsing*, in: *Krieger/Schneider*,<sup>2</sup> § 27 Rn. 39 (nicht mehr in: *Krieger/Schneider*,<sup>3</sup> § 31 Rn. 36). Siehe auch *Glöckner/Müller-Tautphaeus*, AG 2001,<sup>7</sup> S. 344 (346); *Kaulich*, S. 292; *Kersting*, ZIP 2016,<sup>27</sup> S. 1266 (1268); *Twele*, S. 165.

50 *Glöckner/Müller-Tautphaeus*, AG 2001,<sup>7</sup> S. 344 (346); *Kaulich*, S. 291; *Suchy*, NZG 2015,<sup>15</sup> S. 591 (593); *M. Zimmermann*, WM 2008,<sup>10</sup> S. 433 (437).

51 *Blaurock*, in: FS Bornkamm (2014), S. 107 (114 f.); *Fleischer*, BB 2008,<sup>21</sup> S. 1070 (1073); *Hack*, S. 80; *Suchy*, NZG 2015,<sup>15</sup> S. 591 (592); *Werner*, ZWH 2015,<sup>6</sup> S. 169 (172); *M. Zimmermann*, WM 2008,<sup>10</sup> S. 433 (437).

52 So *M. Zimmermann*, WM 2008,<sup>10</sup> S. 433 (437). Zust. *Blaurock*, in: FS Bornkamm (2014), S. 107 (115). Ähnlich *Kaulich*, S. 292.

53 *Fabisch*, ZWeR 2013,<sup>1</sup> S. 91 (106); *Fleischer*, BB 2008,<sup>21</sup> S. 1070 (1073) u. in: BeckOGK-AktG, § 93 Rn. 253; *Hopt/Roth*, in: GroßKomm-AktG,<sup>5</sup> § 93 Rn. 419; *Kersting*, ZIP 2016,<sup>27</sup> S. 1266 (1267); *Werner*, ZWH 2015,<sup>6</sup> S. 169 (172); *M. Zimmermann*, WM 2008,<sup>10</sup> S. 433 (437).

54 *Glöckner/Müller-Tautphaeus*, AG 2001,<sup>7</sup> S. 344 (346); *Kaulich*, S. 291 f.; *Twele*, S. 164 f.; *Wilsing*, in: *Krieger/Schneider*,<sup>2</sup> § 27 Rn. 39 (nicht mehr in: *Krieger/Schneider*,<sup>3</sup> § 31 Rn. 36); *M. Zimmermann*, WM 2008,<sup>10</sup> S. 433 (437).

55 *Twele*, S. 164 f.

56 *Kaulich*, S. 292.

### 3. Methodische Kritik

Während sich die inhaltliche Kritik meines Erachtens vollständig entkräften lässt, steht der sanktionsrechtliche Regressausschluss in der bisher vertretenen Form methodisch tatsächlich „auf tönernen Füßen.“<sup>57</sup> Bezeichnenderweise ist das LAG Düsseldorf<sup>58</sup> einen genauen methodischen Anknüpfungspunkt schuldig geblieben: Es mache keinen Unterschied, ob der bußgeldbezogene Regressausschluss „über den höchstpersönlichen Charakter einer [...] Geldbuße“ oder „eine normative Einschränkung der zuzurechnenden Schadensfolgen“ hergeleitet werde. Dem unter Entscheidungszwang stehenden Gericht mag aus diesem praxis-tauglichen Pragmatismus kein übermäßiger Vorwurf gemacht werden.<sup>59</sup> Im wissenschaftlichen Diskurs darf der Rückzug auf eine „argumentative Wahlfeststellung“ jedoch nicht genügen.

#### a) Begründungsdefizit der Regressgegner

Tatsächlich weisen die Ansätze der Regressgegner ein gravierendes Begründungsdefizit auf. Die Diskussion nahm ihren Ausgangspunkt bei den zivilrechtlichen Haftungsvorschriften. Das Vorstandsmitglied, das eine Ordnungswidrigkeit begeht, hat in der Regel auch gegenüber der Gesellschaft eine Pflicht verletzt. Diese Pflichtverletzung habe mit der verhängten Verbands-geldbuße – auch nach Ansicht der Befürworter eines Regressausschlusses<sup>60</sup> – zu einem Vermögensschaden der Gesellschaft geführt. In Ermangelung sons-

---

57 So die Kritik bei *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 45.

58 Urt. v. 20. 1. 2015 – 16 Sa 459/14 („*Schienenkartell I*“) – ZIP 2015,<sup>17</sup> S. 829 ff. (832).

59 Gleichwohl ist der Hinweis auf die „dogmatische Inkonsistenz der Entscheidung“ bei *Suchy*, NZG 2015,<sup>15</sup> S. 591 (593) berechtigt. Auch *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015,<sup>9</sup> S. 449 (451) bemängeln (in Fn. 20 a. E.), dass „die methodischen Anforderungen an die Annahme eines Regressausschlusses [...] weithin nicht thematisiert“ würden.

60 Siehe LAG Düsseldorf, Urt. v. 20. 1. 2015 – 16 Sa 459/14 („*Schienenkartell I*“) – ZIP 2015,<sup>17</sup> S. 829 ff. (830): „Gleichwohl kommt eine Haftung für *diesen Schaden* [...]“ Herv. nur hier. *Dreher*, in: FS Konzen (2006), S. 86 (103 f.); *Grunewald*, NZG 2016,<sup>29</sup> S. 1121 (1122 f.) u. *Horn*, ZIP 1997,<sup>26</sup> S. 1129 (1136) sehen den Bußgeldschaden außerhalb des Schutzzwecks der Norm. *Thomas*, NZG 2015,<sup>36</sup> S. 1409 (1416) entzieht solche Vermögensbelastungen dem § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG kraft teleologischer Reduktion. Das setzt jeweils die Qualifikation als Schaden voraus.

tiger Anknüpfungspunkte suchten<sup>61</sup> und suchen<sup>62</sup> die Regressgegner ihr Heil deshalb bei der Schadenszurechnung – genauer: der Lehre vom Schutzzweck der Norm.

Nach dieser Lehre besteht eine Schadenersatzpflicht nur, „wenn die Tatfolgen, für die Ersatz begehrt wird, aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen“ worden ist.<sup>63</sup> Die Befürworter des Regressausschlusses hätten mithin zweierlei leisten müssen: Zum einen hätte der Bereich der Gefahren benannt werden müssen, zu deren Abwendung § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG erlassen worden ist. Zum anderen wäre der Beweis zu führen gewesen, dass die Geldbuße als Konsequenz der Verletzung der Legalitätspflicht diesem Bereich nicht zuzuordnen ist. Beides ist bislang weder gelungen noch recht unternommen worden.

Statt den Schutzzweck des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG heranzuziehen, haben die Regressgegner vielmehr mit Sinn und Zweck der Ordnungswidrigkeitstatbestände argumentiert.<sup>64</sup> Für *Dreher*<sup>65</sup> würde ein Bußgeldregress „zu einer mit dem *Sinn und Zweck der Kartellbußgeldrechte* nicht zu vereinbarenden Entlastung der Unternehmen“ führen. *Horn*<sup>66</sup> meldet Zweifel an der Schadenszurechnung an, die „aus dem *Sanktionszweck des Bußgeldbescheides*“ folgen. *Kröger*<sup>67</sup> fragt, ob der Bußgeldregress „im Konflikt mit

61 Sehr zaghaft noch *Horn*, ZIP 1997<sup>26</sup> S. 1129 (1136), der eine „Einschränkung des Schutzzwecks des § 93 Abs. 2 AktG“ lediglich in Erwägung zieht u. es ohnehin nur unternimmt, „Bilanz zu ziehen und [...] auf noch klärungsbedürftige Teilfragen hinzuweisen“, so die Einleitung auf S. 1129. Ganz ausdr. dagegen *Dreher*, in: FS Konzen (2006), S. 86 (109): „Regressansprüche wegen Unternehmensgeldbußen liegen [...] außerhalb des Schutzbereichs der Norm.“

62 Siehe die Abschnittsüberschrift „V. Schutzzweck der Norm“ bei *Grunewald*, NZG 2016;<sup>29</sup> S. 1121 (1122).

63 So der BGH, Urt. v. 20. 5. 2014 – VI ZR 381/13 – BGHZ 201, 263 ff. (Rn. 10) m. w. N. aus Rspr. u. Lit. Ausf. zur Lehre vom Schutzzweck der Norm *Deutsch*, HaftungsR<sup>2</sup> Rn. 298 (S. 195); *H. Lange*, in: Lange/Schiemann<sup>3</sup> § 3 IX 1 (S. 101 ff.) u. *Oetker*, in: MünchKomm-BGB<sup>8</sup> § 249 Rn. 120 ff. jew. m. w. N.

64 Sehr präzise hat *Harnos*, S. 105 diesen Vorwurf formuliert. Auch *Bayer*, in: FS K. Schmidt (2009), S. 85 (97) – „der Schutzbereich der Haftungsnorm [...] ist nicht berührt“ – u. *J. Koch*, in: GS Winter (2011), S. 327 (338) – „methodisch eher eine teleologische Reduktion aufgrund systematischer-teleologischer Erwägungen [...] als eine Begrenzung über den Schutzzweck der Norm“ – sind wohl dahin zu verstehen.

65 So in: FS Konzen (2006), S. 86 (107). Herv. nur hier. Siehe auch *Dreher*, VersR 2015;<sup>19</sup> S. 781 (787), wonach sich das Entfallen des Zurechnungszusammenhangs „aus dem Sanktionszweck der Unternehmensgeldbußen“ ergebe.

66 ZIP 1997;<sup>26</sup> S. 1129 (1136). Herv. nur hier.

67 S. 226. Herv. nur hier.

den Sanktionszwecken der Verbandsgeldbuße“ stehe. Grunewald<sup>68</sup> will die Weiterreichung von Bußgeldern im Regresswege nicht zulassen, weil „Sinn und Zweck [...] des Bußgeldes (Prävention)“ dem entgegenstünden.

Damit ist nicht beantwortet, welche Gefahren § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG abzuwenden versucht. Geschweige denn lässt sich hieraus ableiten, ob die Geldbuße als Schadensposition diesem Gefahrenbereich zuzuordnen ist. Eine „normative Einschränkung der zuzurechnenden Schadensfolgen“<sup>69</sup> über den Schutzzweck der Norm lässt sich auf diese Weise nicht begründen.

b) Schutzbereich nicht berührt

Vereinzelt ist versucht worden, den positiven Nachweis zu erbringen, dass die Verbandsgeldbuße dem Schutzbereich der aktienrechtlichen Binnenhaftung zuzuordnen sei.<sup>70</sup> Der Schutzzweck des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG wird gemeinhin<sup>71</sup> mit Kompensation und Prävention angegeben.<sup>72</sup> Die Gesellschaftsinteressen sollen unter anderem nicht dadurch gefährdet werden, dass die Geschäftsleitung sanktionsbewährte Normen missachtet.<sup>73</sup> Dann aber sei die „dem Vorstandsmitglied auferlegte unternehmerische Pflicht zum gesetzestreuem Verhalten“ vom Schutzbereich erfasst.<sup>74</sup> Der in dem Bußgeld bestehende Schaden stamme hiernach aus dem Bereich jener Gefahren, zu deren Abwendung § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG bestimmt sei. Für eine Einschränkung über den Schutzzweck der Norm verbleibe kein Raum.<sup>75</sup>

---

68 NZG 2016;<sup>29</sup> S. 1121 (1124).

69 LAG Düsseldorf, Urt. v. 20. 1. 2015 – 16 Sa 459/14 („*Schienenkartell I*“) – ZIP 2015;<sup>17</sup> S. 829 ff. (832).

70 Vor allem Fabisch, ZWeR 2013;<sup>1</sup> S. 91 (103). Im Ergebnis ebenso Bayer, in: FS K. Schmidt (2009), S. 85 (97); Hauff, S. 110; J. Koch, in: GS Winter (2011), S. 327 (338) m. w. N. in Fn. 56 u. Scholz, S. 54.

71 Siehe nur Brommer, AG 2013;<sup>4</sup> S. 121 (122); Fleischer, in: BeckOGK-AktG, § 93 Rn. 2; Hölters, in: Hölters;<sup>3</sup> § 93 Rn. 8; Kaulich, S. 281; J. Koch, in: Hüffer/Koch,<sup>14</sup> § 93 Rn. 1; Scholz, S. 278; Thomas, Haftungsfreistellung, S. 145 ff.; Twele, S. 110.

72 In der Sache ist mit diesen Worthülsen freilich nichts gewonnen. Siehe dazu noch – in aller Kürze – die Hinweise unter § 14 B. II. (S. 573).

73 Harnos, S. 105 f.

74 Fabisch, ZWeR 2013;<sup>1</sup> S. 91 (103).

75 Fabisch, ZWeR 2013;<sup>1</sup> S. 91 (103).

## c) Keine teleologische Reduktion

Jene Regressbefürworter, die den genauen Schutzzweck des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG offen ließen, zogen aus der übrigen Kritik eine weitreichende Konsequenz: Ein Regressausschluss käme nur mehr unter den Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG in Betracht.<sup>76</sup> Hierzu genüge die bloße Abwägung von Zweckmäßigkeitgesichtspunkten jedoch nicht.<sup>77</sup> Die – vermeintlich<sup>78</sup> – eindeutige Regressanordnung dürfe nur unbeachtet bleiben, wenn sich der „Befund rechtspolitischer Wünschbarkeit“ zu einer „teleologischen Zwangsläufigkeit“ verdichte,<sup>79</sup> sprich: gesetzgeberische Wertungen einem Regress zwingend entgegenstünden.<sup>80</sup>

Diese Voraussetzungen seien jedoch nicht erfüllt.<sup>81</sup> Zum einen kann hier auf die eben<sup>82</sup> nachgezeichnete inhaltliche Kritik verwiesen werden, wonach der Regress weder den Sanktionszweck noch die behördliche Sanktionsentscheidung gefährde. Insofern müsste schon bezweifelt werden, dass ordnungsrechtliche Wertungen einem Regress überhaupt entgegenstehen. Wollte man dies anders sehen, so obläge es den Regressgegnern, das dann erforderliche und bislang nur implizierte Vorrangverhältnis des Sanktionsrechts gegenüber dem Zivilrecht nachzuweisen.<sup>83</sup> Vor dem Hintergrund der Trennung von Sanktion und Haftung erscheine ein entsprechender Nachweis jedoch nicht

---

76 So zuerst *J. Koch*, in: *GS Winter* (2011), S. 327 (334, 335 u. 338). Zust. *Bayer/Scholz*, *GmbHHR* 2015<sup>9</sup>, S. 449 (451); *Hauff*, S. 116; *Spindler*, in: *MünchKomm-AktG*<sup>5</sup> § 93 Rn. 194; *Scholz*, S. 54.

77 *J. Koch*, in: *GS Winter* (2011), S. 327 (335). Ebenso *Bayer/Scholz*, *GmbHHR* 2015<sup>9</sup>, S. 449 (451) unter Verweis auf *Bydlinski*, *Methodenlehre*<sup>2</sup>, S. 480. Siehe auch *Bayreuther*, *NZA* 2015<sup>20</sup> S. 1239 (1240); *Hauff*, S. 116; *Scholz*, S. 52.

78 Ausf. zur tatsächlichen Mehrdeutigkeit des gesetzlichen Entscheidungsmaßstabs der zivilrechtlich-methodische Teil dieser Arbeit, §§ 4–6.

79 *J. Koch*, in: *GS Winter* (2011), S. 327 (335).

80 *Bayer/Scholz*, *GmbHHR* 2015<sup>9</sup>, S. 449 (451); *Brommer*, *Vorstandshaftung*, S. 44; *J. Koch*, in: *GS Winter* (2011), S. 327 (334 u. 336); *Scholz*, S. 46.

81 *Bayer/Scholz*, *GmbHHR* 2015<sup>9</sup>, S. 449 (451); *Brommer*, *Vorstandshaftung*, S. 44; *J. Koch*, in: *GS Winter* (2011), S. 327 (334 f.); *Scholz*, S. 54; *Spindler*, in: *MünchKomm-AktG*<sup>5</sup> § 93 Rn. 194. A. A. bislang wohl nur *Thomas*, *NZG* 2015<sup>36</sup> S. 1409 (1413 f.).

82 Siehe dazu 2. a) (S. 80).

83 So vor allem *Brommer*, *Vorstandshaftung*, S. 43 f. Vorher bereits in diese Richtung *J. Koch*, in: *GS Winter* (2011), S. 327 (336).

möglich.<sup>84</sup> Jedenfalls aber seien die Regressgegner<sup>85</sup> eine entsprechende Herleitung bislang schuldig geblieben.<sup>86</sup>

#### 4. Resumée in Thesen

Die Argumentation der Regressbefürworter<sup>87</sup> lässt sich hiernach in folgenden Thesen zusammenfassen:

1. Der Ahndungsteil einer Geldbuße ist dem Regress nicht entzogen. Die Aktiengesellschaft kann das pflichtvergessene Vorstandsmitglied insoweit grds. in Anspruch nehmen.
2. Öffentlich-rechtliche Wertungen haben für den zivilrechtlichen Schadensausgleich keine Bedeutung. Sie stehen dem Regress nicht entgegen, weil zwischen Sanktion und Haftung strikt zu trennen ist.
3. Wegen dieser Trennung von Sanktion und Haftung lässt der Regress des Ahndungsteils sowohl den Sanktionszweck der Buße als auch die behördliche Sanktionsentscheidung unberührt.
4. Vielmehr ist es der Regressausschluss, der den Sanktionszweck zu vereiteln droht, weil die verhaltenslenkende Wirkung der Geldbuße auf das Vorstandsmitglied abzielt und dieses ohne Regress vielfach nicht erreichen kann.
5. Für einen Regressausschluss fehlt ohnehin ein überzeugendes methodisches Konzept.

### D. Bewertung und Ausblick

#### I. Bewertung

Der Streit um den Ahndungsteil ist alles andere als ausgestanden. In langer Auseinandersetzung haben Regressbefürworter und -gegner ihre Argumente in Stellung gebracht. Weder lassen sich die vorgebrachten Argumente miteinander vereinbaren, noch haben sie die nötige Überzeugungskraft, um das gegnerische Lager für sich einzunehmen. Nennenswert neue Impulse sind

---

84 Siehe nur *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 44: „ein dafür erforderliches Vorrangverhältnis [...] gibt es nicht“.

85 Siehe insoweit aber *Thomas*, NZG 2015<sup>36</sup> S. 1409 (1413 f.).

86 *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 44.

87 Auffallend sind die Widersprüche zu den Thesen beim Abschöpfungsteil, siehe B. III. (S. 68).

trotz zahlreicher neuer Beiträge nicht zu verzeichnen.<sup>88</sup> Die festgefahrene Diskussion scheint „Argumente-gesättigt.“

Wenn die Ausdifferenzierung der bisherigen Argumentationslinien in den zurückliegenden Jahren keine Annäherung gebracht hat, so verspricht auch das Bemühen um immer weitere Ausdifferenzierung keinen Erfolg. Als zielführend könnte sich jedoch der umgekehrte Weg erweisen. Statt in der „sichtbaren Auseinandersetzung“ um Einzelargumente Partei zu ergreifen, soll zunächst der „unsichtbare Teil“ der Auseinandersetzung freigelegt werden. Gemeint sind die Wertungen und Prämissen, die zu den Argumentationslinien führen. Ist damit das Kernproblem, die *causa prima* des Gegensatzes erkannt, kann auf dieser Grundlage ein neuer Lösungsversuch gewagt werden.

Blickt man entsprechend an den Einzelargumenten vorbei, so fällt – eine Ebene darunter – ein Kriterium auf, das die Befürworter eines Regressausschlusses eint und vom gegnerischen Lager trennt. Die Unterscheidung gelingt, wenn man nach der genauen Konsequenz eines Bußgeldregresses fragt, an der Anstoß genommen wird. Insoweit wurde an den Sanktionscharakter und die systematische Überforderung des Vorstandsmitglieds angeknüpft.

Die Regressgegner befürchten, dass die Überwälzung der Geldbuße auf das Vorstandsmitglied die Sanktionswirkung verfälscht. Zu einer durch den Bußgeldregress ausgelösten Überforderung des Vorstandsmitglieds kann es bei dieser Lösung nicht kommen. Dass es bei Zulassung des Regresses zu einer solchen kommen kann, ist für sie lediglich ein stützendes Argument, das die eigene These eines Regressausschlusses untermauert. Umgekehrt ist es allein diese Überforderung des Vorstandsmitglieds, an der sich die Regressbefürworter stören. Ob diese systematisch angelegte Überforderung zufällig<sup>89</sup> auf einer hoheitlichen Maßnahme mit Sanktionscharakter beruht, ist für sie ohne jede Bedeutung. Deshalb genügt ihnen eine Beschränkung des Regresses auf eine – nach welchen Maßstäben auch immer – angemessene Höhe.

Auch dieser Gegensatz lässt sich auf eine noch tiefer liegende Ursache zurückführen. Den richtigen Weg hat insoweit *Brommer* gewiesen: Er warf den Regressgegnern<sup>90</sup> vor, ihre Argumentation beruhe auf einem „zwar nicht ausdrücklich ausgesprochenen, aber offensichtlich angenommenen Vorrang-

88 Für eine instruktive Zusammenstellung des Streitstandes sei insoweit auf *Hauff*, S. 111 ff. verwiesen.

89 Siehe die Wiedergabe bei *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 36 m. zahlr. Nw. in Fn. 11: Dem „Umstand, dass der Schadensposten der Gesellschaft *zufällig in einem Bußgeld besteht*, [komme] keine besondere Bedeutung für die Ausgestaltung des Regresses“ zu. Herv. nur hier.

verhältnis“ des Sanktionsrechts über das Zivilrecht.<sup>91</sup> Das ist uneingeschränkt richtig. Die Befürworter eines Regressausschlusses beschränken nach eigener Ansicht die an sich eingreifende zivilrechtliche Haftung, um die Sanktionswirkung der Geldbuße nicht zu verfälschen. Sie gewähren dem Sanktionsrecht insoweit den Vorrang.

Bislang ist jedoch übersehen worden, dass sich dieser Vorwurf in sein Gegenteil verkehren lässt. Denn die Argumentation der herrschenden Meinung geht ihrerseits von einem nicht weniger postulierten Vorrang des Zivilrechts aus. Ohne jede Begründung wird die zivilrechtliche Haftungsanordnung zum gedanklichen Ausgangspunkt erwählt.<sup>92</sup> Von deren „wortlautgemäße[r] Anwendung“ sei nur abzuweichen, wo der „gesellschaftsrechtliche Innenregress durch zwingende sanktionsrechtliche Erwägungen überlagert“ werde.<sup>93</sup> Wieso jedoch § 93 AktG der gedankliche Ausgangspunkt sein  *muss*  und das Zivilrecht von sanktionsrechtlichen Erwägung  *überlagert*  wird, bleibt völlig offen. Wenigstens so gut ließe sich das Gegenteil vertreten: Die sanktionsrechtlichen Normen wären dann der gedankliche Ausgangspunkt. Sie würden von zivilrechtlichen Erwägungen überlagert, denen nur nachzugeben wäre, wenn diese zwingend entgegenstünden.

Darin ist meines Erachtens die  *causa prima*  für den scharfen Gegensatz gefunden: Die Frage nach der Zulässigkeit des Bußgeldregresses ist ein klassisches Kollisionsproblem.<sup>94</sup> Die Anknüpfungstat des Organwalters ist als einheitlicher Lebenssachverhalt an der Gesamtrechtsordnung zu messen. Das private Haftungsrecht und das öffentliche Sanktionsrecht regeln diesen

90 Ausdr. bezog sich dieser Vorwurf nur auf *Dreher*, in: FS Konzen (2006), S. 86 (104 ff.) u. *Kröger*, S. 227 ff. u. 247 ff.

91 *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 43 f.

92 Siehe vor allem *J. Koch*, in: GS Winter (2011), S. 327 (336): „Gedanklicher Ausgangspunkt  *muss*  [...] die Haftungsanordnung in § 93 AktG [...] sein“. Siehe auch *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015<sup>9</sup> S. 449 (451): „Eine Beurteilung der Möglichkeiten des Bußgeldregresses  *muss*  ihren Ausgangspunkt in der Feststellung nehmen, dass eine Kartellgeldbuße nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen einen Schaden der Gesellschaft darstellt.“ Herv. jew. nur hier. Besonders deutlich etwa auch *Hauff*, S. 135, die fragt, „ob die Einheit der Rechtsordnung eine teleologische Reduktion des Schadensbegriffes des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG“ gebiete.

93 So *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 44. Siehe auch *J. Koch*, in: GS Winter (2011), S. 327 (336), für den § 93 AktG „nur dann zu missachten wäre, wenn sich dies  *zwingend*  aus systematisch-teleologischen Erwägungen ergäbe.“ Herv. nur hier.

94 Ähnlich *Hauff*, S. 134: Der Verbandsgeldbußenregress tangiere „zwei Rechtsgebiete [...], woraus ein gewisses Spannungsverhältnis“ resultiere. Auch sie setzt – unausgesprochen – einen Vorrang des Zivilrechts voraus u. löst die Kollision deshalb in Begründung u. Ergebnis anders auf, als dies hier geschehen wird.

Sachverhalt mit unterschiedlichen, möglicherweise gar entgegengesetzten Rechtsfolgen.<sup>95</sup> Die sich berührenden<sup>96</sup> Regelungsbereiche sind gleichrangig und nicht durch eine ausdrückliche Kollisionsregelung aufeinander abgestimmt.<sup>97</sup> Mithin ist es Aufgabe des Rechtsanwenders, die Interessen und Wertungen bestmöglich zur Geltung und, wo nötig, zum Ausgleich zu bringen.

Eine solche Abstimmung ist bislang jedoch nicht erfolgt. Vielmehr haben die einen das Zivilrecht, die anderen das Sanktionsrecht für vorrangig erachtet. Diese Entscheidung ist unbewusst erfolgt und deshalb nie begründet oder zur Disposition gestellt worden. Solange aber das Verhältnis von Sanktions- und Zivilrecht unterschiedlich bewertet wird, fehlt ein gemeinsamer Referenzrahmen, der Grundlage für jeden Meinungs austausch ist. Ohne ihn wird den verschiedenen Argumenten unbewusst ein unterschiedliches Gewicht beigemessen. Der argumentative Schlagabtausch geht aneinander vorbei, gleich jenem zweier Boxer, die mit dem Rücken zueinander stehen.

## II. Ausblick

Mit dieser Einsicht ist der Gang der Untersuchung vorgezeichnet. Noch bevor die zivilrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Wertungen auf einen Konflikt hin zu untersuchen sind, ist das methodische und argumentative Fundament zu legen und damit der Referenzrahmen aufzuspannen. Allem voran ist hierzu der genaue Berührungspunkt bzw. die Schnittstelle der a priori gleichrangigen Regelungskomplexe zu ermitteln. An dieser Schnittstelle wird auch

---

95 Vgl. die Definition der Normkollision bei *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie,<sup>11</sup> Rn. 271.

96 Ob es sich hierbei um eine friktionslose Kollision oder einen ausgemachten Konflikt handelt, soll erst später untersucht werden, siehe § 12.

97 Eine ausdr. Kollisionsregel ist enthalten etwa in § 10 des Kölner Entwurfs eines Verbandssanktionengesetzes – *Henssler et al.*, NZWiSt 2018! S. 1 (2) – u. in § 11 des österreichischen Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes – (öst.) BGBl. I, Nr. 151/2005, S. 4. In der Begründung zu letzterem – ErläutRV 994 BlgNR 22. GP, S. 30 – heißt es nota bene: „Könnte der Verband die ihn treffenden Rechtsfolgen, insbesondere die Geldbuße, wiederum auf Einzelne überwälzen, so würde dies dem Zweck der Verbandsverantwortlichkeit diametral zuwiderlaufen. Tatsächlich könnte argumentiert werden, dass ein solcher Rückgriff nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen unzulässig wäre, etwa wegen Sittenwidrigkeit. [Absatz] Zur Vermeidung von Unklarheiten – und Anregungen im Begutachtungsverfahren folgend – empfiehlt sich jedoch eine ausdrückliche Regelung.“

zu untersuchen sein, ob und wie eine zur Abstimmung etwaig erforderliche Modifikation des einen oder des anderen Regelungsbereichs methodisch umgesetzt werden kann. Das wird zugleich darüber Aufschluss geben, mit welchem „Kampfgewicht“ die zivilrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Wertungen aufeinander treffen, sprich: welche Rechtsfolge sich unter welchen Voraussetzungen durchsetzt. Erst wenn diese Vorarbeiten geleistet sind, können die sich berührenden Regelungskomplexe zum Ausgleich gebracht und kann die Frage nach der Zulässigkeit des Bußgeldregresses angegangen werden.

Diese Erkenntnisse werden sich auch für den Abschöpfungsteil fruchtbar machen lassen. Dort ist die Kollisionsproblematik unbewusst viel stärker beachtet worden. Gleichwohl hängt das dort gefundene Ergebnis, wonach für den Abschöpfungsteil bzw. die tatsächlich entstandenen Vorteile kein Ersatz verlangt werden kann, methodisch völlig in der Luft. Auf Grundlage der eben skizzierten Vorarbeiten wird sich diese Lücke schließen und der entsprechende Regressausschluss methodisch wie inhaltlich überzeugend herleiten lassen.

**Zweiter Teil**  
**Der Schaden als Voraussetzung der Ersatzpflicht**

