

50. Jahrgang / Februar 2021 / Nr. 1

Der Gesellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

GesRZ

Jakob Arnold Jaritz/Sandra Maier
Familienarbeit in Familienunternehmen

Daniel Madari
Regressfähigkeit von Kartellgeldbußen

Felix Karl Vogl
Der Sanierungsbeitrag des AG-Vorstands in Krisenzeiten

Florian Dollenz
Zur Rolle des Aufsichtsrats beim Rückzug von der Börse

Rahim Rastegar
Teilbetriebe in M&A-Transaktionen

Aus der aktuellen Rechtsprechung
Judikatur zum Gesellschafts- und Privatstiftungsrecht

Unternehmensrecht aktuell
Gesetzesvorhaben in Österreich und Deutschland
Österreichische und europäische Finanzmarktaufsicht

Die Regressfähigkeit von Kartellgeldbußen nach § 84 AktG und § 25 GmbHG

DANIEL MADARI*

Gegen Unternehmen gerichtete Geldbußen zählen zum maßgeblichen Sanktionsinstrument des Kartellrechts. Sie können mit bis zu 10 % des (Konzern-)Jahresumsatzes beträchtliche Ausmaße erreichen. Mittlerweile enthalten auch andere Gesetze unternehmensgerichtete Strafdrohungen. So rüstet der Gesetzgeber neben dem VbVG als Grundgesetz der Strafbarkeit juristischer Personen in vielen verwaltungsrechtlichen Materiengesetzen mit teils enormen Geldstrafen auf.¹ Unternehmensverantwortlichkeiten für die Einhaltung von bank-, kapitalmarkt- und datenschutzrechtlichen Pflichten sind besonders prominente Beispiele. Mit dieser wachsenden Zahl an Geldstrafen stehen Unternehmen vor der Frage, ob sie sich bei den handelnden Geschäftsleitern zivilrechtlich regressieren können. Der vorliegende Beitrag beschränkt sich zur Beantwortung dieser Frage auf die Kartellgeldbuße. Ein Blick in das (Unternehmens-)Verwaltungsstrafrecht ist dafür allerdings notwendig.

I. Problemaufriss

1. Ausgangsfall zur aktuellen Diskussion

Das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 20.1.2015, 16 Sa 459/14,² in Sachen *Schienenkartell* hat die Diskussion um die Ingressnahme von Organmitgliedern für Geldbußen erneut angefeuert.³ Das deutsche Bundeskartellamt verhängte über ein am Schienenkartell beteiligtes Stahlhandelsunternehmen (GmbH) eine Geldbuße von 191 Mio €. Die GmbH machte diese Summe gegen einen ihrer Geschäftsführer wegen dessen Teilnahme an den rechtswidrigen Absprachen schadenersatzrechtlich geltend. Dazu hielt das Gericht fest, dass sich die klagende GmbH nicht an ihrem Geschäftsführer schadlos halten könne, selbst wenn der Geschäftsführer pflichtwidrig handelte. Der Gesetzgeber treffe mit der kartellrechtlichen Bußgeldvorschrift eine Entscheidung darüber, wer die Geldbuße endgültig tragen muss. Der vollständige Regress würde die hoheitliche Sanktion einer zivilrechtlichen Korrektur unterziehen und damit leerlaufen lassen.

2. Skizzierung der Problemkreise und Gang der Untersuchung

Aus der dazu bisher erschienenen Literatur lassen sich zwei Kernhypothesen ableiten: Ein Meinungsstrang sieht entsprechend der Urteilsbegründung den kartellrechtlichen Sanktionszweck nur dann als erfüllt an, wenn das Unternehmensvermögen endgültig von der Kartellgeldbuße betroffen ist. Nach der gegenteiligen Ansicht ist dem geltenden Recht kein solches Regressverbot zu entnehmen, sofern das Entstehen der Geldbuße auf einer rechtswidrigen und schuldhaften Handlung des Geschäftsleiters beruht. Befürworter dieser

Hypothese sind wiederum bei der Frage, ob der grundsätzlich durchsetzbare Anspruch betraglich zu beschränken sei, unterschiedlicher Auffassung.⁴ Kartellgeldbußen können beträchtliche Dimensionen annehmen. Ein Regress hätte in einem solchen Fall unter Umständen das wirtschaftliche Aus des Geschäftsleiters zur Folge. Aus österreichischer Sicht ist außerdem § 11 VbVG zu beachten, der den zivilrechtlichen Regress für die nach dem VbVG verhängten Sanktionen ausschließt.⁵

Die hier anzustellenden Überlegungen bewegen sich entlang der im Schrifttum erkennbaren Linie. Sie setzen bei der Frage an, inwieweit das Kartellrecht den zivilrechtlichen Regress von Geldbußen präjudiziert. Besteht ein solcher Vorgriff nicht, ist zu untersuchen, ob das österreichische Strafrecht mit § 11 VbVG den Regress verhindert. Ist auch das nicht der Fall, wäre noch zu klären, ob die Rechtsordnung eine betragliche Haftungsbeschränkung verlangt.

II. Vorüberlegungen

1. Ausklammerung von Schadenersatzklagen kartellgeschädigter Dritter

Zunächst ist zwischen der regressweisen Geltendmachung von Schäden zu differenzieren, die der Gesellschaft durch die Kartellgeldbuße entstehen, und solchen, die bei einer Inanspruchnahme der Gesellschaft durch kartellgeschädigte Dritte⁶ auftreten.⁷ Beide stellen nach Anwendung der Differenz-

* Daniel Madari, LL.M. (WU), BSc. (WU) ist Universitätsassistent am Institut für Unternehmensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien.

¹ Siehe dazu jüngst auch *Kalls*, Hohe Verwaltungsstrafen verlangen neues Verwaltungsverfahren, GesRZ 2018, 129; *St. Huber*, Die Unternehmensstrafe zwischen Verwaltungs- und Kriminalstrafrecht: Status quo und Perspektiven, in *Lewisch*, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2015 (2015) 61 (66).

² CCZ 2015, 185 (V. Schwarz).

³ Statt vieler *Fleischer* in BeckOGK AktG (2021) § 93 Rz 252 ff; vgl. jüngst auch LG Saarbrücken 15.9.2020, 7 HK O 6/16, NZKart 2021, 64, wonach der Kartellgeldbußenregress dem europarechtlichen Effektivitätsgrundsatz widerspreche.

⁴ Ähnliche Systematisierungen bei *Baur/Holle*, Bußgeldregress im Kapitalgesellschaftsrecht nach der (Nicht-)Entscheidung des BAG, ZIP 2018, 459 (460 f); *Friedl/Titze*, Der Sanktionszweck heiligt den Regressausschluss, ZWeR 2015, 318 (319 ff); *Habersack*, Perspektiven der aktienrechtlichen Organhaftung, ZHR 177 (2013), 782 (801).

⁵ Für eine Zusammentragung der Problemkreise aus österreichischer Sicht siehe *Konopatsch*, Kartellsanktionierung (2015) 531.

⁶ Darunter fallen primär unmittelbare und mittelbare Abnehmer der Kartellanten, mitunter aber auch weiter entfernte Geschädigte; siehe dazu jüngst *Reidlinger*, Das autonome EU-Kartellschadenersatzrecht des EuGH: Uferlose Haftung jenseits zivilrechtlicher Grundsätze? in FS G. Wiedemann (2020) 643; *Kodek*, Kartellschadenersatz und allgemeines Schadenersatzrecht, in *Gugler/F. Schuhmacher*, Schadenersatz bei Kartellverstößen (2015) 15 (19 ff).

⁷ Vgl. zu dieser Zweiteilung auch *Glöckner/Müller-Tautphaeus*, Rückgriffshaftung von Organmitgliedern bei Kartellrechtsverstößen, AG 2001, 344 (346); *M. Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht (2017) 415.

hypothese Gesellschaftsschäden dar.⁸ Über die Frage, ob ein Geschäftsleiter, der diesen Schaden verursacht hat, dafür auch einzustehen hat, ist damit noch nichts Abschließendes gesagt.

Dennoch scheint auch von den Gegnern des Geldbußenregresses angenommen zu werden, dass Geschäftsleiter im Regressweg für Schäden, die der Gesellschaft durch die schadenersatzrechtliche Inanspruchnahme Dritter entstehen, einstehen müssen.⁹ Dies ist überraschend, weil die wesentlichen Argumente gegen den Geldbußenregress auf die Haftung für die schadenersatzrechtliche Inanspruchnahme übertragbar sind (Prävention als schwerpunktmäßige Funktion der Kartellschadenersatzklagen,¹⁰ Passivlegitimation von Unternehmen¹¹).¹² Wie sich im Verlauf des Beitrags zeigen wird, braucht diese Frage hier nicht vertieft zu werden.

2. Die kartellrechtliche Geldbuße im Normgefüge der Mitgliedstaaten

Die Kartellgeldbuße ist nach europäischem und österreichischem Kartellrecht ausschließlich an Unternehmen und Unternehmensvereinigungen gerichtet.¹³ Organmitglieder der sanktionierten Unternehmen kommen als Adressaten nicht infrage. In der Literatur werden bereits daraus Schlüsse für oder wider die Regressfähigkeit gezogen.¹⁴ Aus dem bloßen Umstand der eindimensionalen Sanktionierbarkeit ist jedoch nichts zu gewinnen.¹⁵ Weder der europäische noch der österreichische Kartellrechtsgesetzgeber sprechen sich dezidiert für oder gegen den zivilrechtlichen Geldbußenregress aus. Zudem könnte man argumentieren, dass die Unternehmensadressierung aus der Notwendigkeit herrührt, die kartellrechtlichen Verbotsfolgen nicht auf einzelne Rechtsträger beschränken zu müssen, ohne darüber eine Aussage über die wirtschaftliche Letztbelastung zu treffen.¹⁶ Die ausschließlich unternehmensgerichtete Sanktionierung ist außerdem nicht

zwingend. *Konopatsch* weist darauf hin, dass mehrere Mitgliedstaaten auch für natürliche Personen Geldbußen vorsehen.¹⁷ Dass beide Regelungssysteme nicht von dieser Sanktionsmöglichkeit Gebrauch machen, spricht ebenso weder für noch gegen den zivilrechtlichen Bußgeldregress.¹⁸

3. Legaltätspflicht des Geschäftsleiters

Die Haftung des Geschäftsleiters setzt die Verletzung einer ihm gegenüber der Gesellschaft bestehenden Pflicht voraus. Konkret muss dafür die Frage geklärt werden, ob ein Geschäftsleiter wegen der Verletzung von Rechtsvorschriften, die an die Gesellschaft adressiert sind, überhaupt rechtswidrig handeln kann. Wäre dies nicht der Fall, schied die Haftung bereits wegen mangelnder Rechtswidrigkeit aus. Dieses Problem wird unter dem Schlagwort „*Legaltätspflicht*“ diskutiert.¹⁹ Dabei sind (vereinfacht) zwei „*miteinander verwobene Ebenen*“ zu betrachten,²⁰ und zwar das innere Pflichtenprogramm des Geschäftsleiters gegenüber der Gesellschaft sowie das äußere Pflichtenprogramm der Gesellschaft selbst. Der Legaltätspflicht unterliegen unbestritten die aus dem AktG bzw dem GmbHG, der Satzung und der Geschäftsordnung, dem Anstellungsvertrag oder aus etwaigen Weisungsbeschlüssen resultierenden Verpflichtungen (sog interne Pflichtenbindung).²¹ Umstritten ist jedoch, ob der Geschäftsleiter schon deswegen rechtswidrig handelt, weil er Rechtsvorschriften verletzt, die ausschließlich die Gesellschaft selbst verpflichten (sog externe Pflichtenbindung).²² Das Kartellrecht ist dafür ein Beispiel.²³ Mit der hA ist in solchen Fällen die Rechtswidrigkeit zu bejahen,²⁴ wenngleich die externe Pflicht-

⁸ Zur Schadensqualifikation von Geldbußen siehe *Fleischer* in BeckOGK AktG, § 93 Rz 253; *Hüfner/Koch*, AktG¹⁴ (2020) § 93 Rz 48; *Spindler* in MünchKomm AktG², § 93 Rz 194; *Pant*, Ein gefährliches Urteil, CCZ 2015, 224 (226); *Paefgen*, Organhaftung: Bestandsaufnahme und Zukunftsperspektiven, AG 2014, 554 (570); *Marsch-Barnier*, Vorteilsausgleichung bei der Schadensersatzhaftung nach § 93 AktG, ZHR 173 (2009), 723 (729); *M. Brand*, Schadenersatz, 417.

⁹ Vgl dazu *Thomas*, Bußgeldregress, Übelszufügung und D&O-Versicherung, NZG 2015, 1409 (1414); *ders*, Haftungs- und Versicherungsrecht bei Kartellverstößen, VersR 2017, 596 (598); *Friedl/Titze*, ZWeR 2015, 331 f; *Dreher*, Die kartellrechtliche Bußgeldverantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern, in FS Konzen (2006) 85 (106); siehe auch *Bayreuther*, Haftung vor Organen und Arbeitnehmern für Unternehmensgeldbußen, NZA 2015, 1239 (1241).

¹⁰ EuGH 5.6.2014, Rs C-557/12, *Kone ua*, Rn 23; 14.3.2019, Rs C-724/17, *Skanska Industrial Solutions ua*, Rn 45; siehe auch *Franck* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht II⁶ (2020) § 33a GWB Rz 3 ff; *Logemann*, Der kartellrechtliche Schadensersatz (2009) 333; *A. Fuchs* in *A. Fuchs/Weitbrecht*, Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung (2019) § 1 Rz 23 ff; *G. Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe? AcP 206 (2006), 352 (405 f); *W.-H. Roth*, Privatrechtliche Kartellrechtsdurchsetzung zwischen primärem und sekundärem Unionsrecht, ZHR 179 (2015), 668 (681 ff); *Oster*, Privatrechtliche Schadensersatzansprüche zur Durchsetzung des Unionsrechts am Beispiel der Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU, EuR 2019, 578 (586); *Bayreuther*, NZA 2015, 1241.

¹¹ Die Anspruchsgrundlage für Kartellschäden nach § 37c Abs 1 KartG würde iVm § 37b Z 2 KartG zumindest dem Wortlaut nach auch nur Unternehmen als die „*Rechtsverletzer*“ passivlegitimieren.

¹² Kritisch dazu auch *Kapp/Hummel*, Haftung von Managern und Mitarbeitern für Unternehmensbußgelder? ZWeR 2011, 349 (359).

¹³ *Biermann* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht I⁶ (2019) Vor Art 23 f VO 1/2003 Rz 75; *Traugott* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG² (2016) § 29 Rz 4 ff.

¹⁴ Die den Regress befürwortenden Stimmen verweisen dabei auf mehrere Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, die auf mitgliedstaatliche Sanktionsmöglichkeiten von natürlichen Personen hindeuten, ABl L 1 vom 4.1.2003, S 1; vgl dazu *Rust*, Innenregress und Haftung der Unternehmensleitung bei Kartellverstößen, ZWeR 2015, 299 (306); *Koch*, Beschränkungen des gesellschaftsrechtlichen Innenregresses bei Bußgeldzahlungen, in FS Winter (2011) 327 (335); allgemein dazu *Hauger/Palzer*, Kartellbußen und gesellschaftsrechtlicher Innenregress, ZGR 2015, 33 (38 f).

¹⁵ Vgl auch *Bayer/Ph. Scholz*, Zulässigkeit und Grenzen des Kartellbußgeldregresses, GmbHR 2015, 449 (451).

¹⁶ Siehe dazu ausführlich *Nietch*, Grundsatzfragen der Organhaftung bei Kartellverstößen, ZHR 184 (2020), 60 (75), der dafür das Beispiel der Zurechnung von Konzerngesellschaften und der damit verbundenen Bußgeldbemessung am Konzernumsatz nennt.

¹⁷ *Konopatsch* (Kartellsanktionierung, 295 f) stellt dies für Großbritannien, Irland, Griechenland, Frankreich, Deutschland, Spanien, Portugal, die Niederlande und Estland fest; vgl für eine umfassende Darstellung auch *Thépot*, Die Interaction Between Competition Law and Corporate Governance (2019) 171.

¹⁸ Differenzierter etwa *Twele*, Die Haftung des Vorstands für Kartellrechtsverstöße (2013) 163, wonach der Verzicht auf kartellrechtliche Bußgelder gegen natürliche Personen nicht „im Sinne einer bewussten und gewolltermaßen endgültigen Privilegierung der Gesellschaftsorgane interpretiert werden kann“; vgl auch *U. Binder/Kraayvanger*, Regress der Kapitalgesellschaft bei der Geschäftsleitung für gegen das Unternehmen verhängte Geldbußen, BB 2015, 1219 (1227).

¹⁹ Siehe dazu ausführlich *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG (2002) 17; *Habersack*, Die Legaltätspflicht des Vorstands der AG, in FS Schneider (2011) 429.

²⁰ *Thole*, Managerhaftung für Gesetzesverstöße, ZHR 173 (2009), 504 (505); siehe auch *Fleischer*, Aktienrechtliche Legaltätspflicht und „nützliche“ Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern, ZIP 2005, 141 (142 ff); *Dreher*, Bußgeldverantwortlichkeit, 94 f.

²¹ *U. Torggler*, Wider die Verselbständigung der Begriffe: Compliance, Legaltätspflicht und Business Judgment Rule, in *Kalss/U. Torggler*, Compliance (2016) 97 (100).

²² Außenpflichten können den Geschäftsleiter auch direkt treffen, wie zB die Insolvenzantragspflicht nach § 69 Abs 3 IO; siehe dazu ausführlich *Thole*, ZHR 173 (2009), 506.

²³ *Marsch-Barnier*, ZHR 173 (2009), 729; *Fleischer*, Kartellrechtsverstöße und Vorstandsrecht, BB 2008, 1070; *Bayer*, Legaltätspflicht der Unternehmensleitung, nützliche Gesetzesverstöße und Regress bei verhängten Sanktionen – dargestellt am Beispiel von Kartellverstößen, in FS K. Schmidt (2009) 85 (88); *Eufinger*, Die Regresshaftung von Vorstand und Geschäftsführer für Kartellverstöße der Gesellschaft, WM 2015, 1265 (1266); *Rust*, ZWeR 2015, 304; *Kersting*, Organhaftung für Kartellbußgelder, ZIP 2016, 1266; *Kling*, Managerhaftung für Kartellverstöße bei Maßnahmen des Informationsaustauschs mit Wettbewerbern, in FS A. Bergmann (2018) 391 (396).

²⁴ *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² (2012) § 84 Rz 10; *Kalss* in MünchKomm AktG², § 93 Rz 388 f; *Adensamer* in *Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG (2020) § 84 Rz 24 f; *Fell/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) § 25 Rz 38 f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ (2007) § 25 Rz 7; *Schopper/Walch* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch für den Vorstand (2017) § 42 Rz 37 f; *Karollus*, Die neuen gesetzlichen Regelungen zum Business Judgment Rule im Gesellschaftsrecht (§ 84 Abs 1a AktG und § 25 Abs 1a GmbHG), in *Kodek*, Untreue NEU (2017) 43 (65 f); *Rüffler*, Schadenersatzpflicht der Vorstandsmitglieder einer Bankaktiengesellschaft bei Unterschreitung der Eigenmittelerfordernisse, GES 2012, 375 (377 ff); *Leupold/Ramharter*, Nützliche Gesetzesverletzungen – Innenhaftung der Geschäftsleiter wegen Verletzung der Legaltätspflicht? GesRZ 2009, 253 (256 ff); *Fleischer* in BeckOGK AktG, § 93 Rz 28; *ders*, Die „Business Judgment Rule“ im Spiegel von Rechtsvergleichung und Rechts-

tenbindung des Geschäftsleiters durchaus unterschiedlich begründet wird.²⁵ Die Rechtswidrigkeit liegt auch bei sog nützlichen Gesetzesverletzungen vor, also im Falle des (bewussten) Rechtsbruchs des Geschäftsleiters zum wirtschaftlichen Vorteil der Gesellschaft.²⁶ Als juristische Person ist die Gesellschaft selbst nicht handlungsfähig, unterliegt aber denselben Pflichten wie natürliche Personen (§ 26 ABGB).²⁷ Weil die juristische Person nur durch ihre Organe handeln kann, müssen diese die der Gesellschaft obliegenden Pflichten erfüllen.²⁸ Die im Außenverhältnis bestehende Pflicht der Gesellschaft zur Einhaltung der Gesetze wird zur Verpflichtung des Geschäftsleiters gegenüber der Gesellschaft.²⁹ Die rechtswidrige Leitung der Gesellschaft im Außenverhältnis begründet daher grundsätzlich einen Sorgfaltsverstoß im Innenverhältnis.³⁰ Diese strikte Legalitätspflicht wird in manchen Fällen durchbrochen.³¹ Bei unklarer Rechtslage wird dem Organ ein Handlungsspielraum zugestanden, sofern der Rechtsrahmen zuvor ausreichend und sorgfältig geprüft wurde.³² Das ist insb mit Blick auf das kartellrechtliche Legalausnahmesystem und die daraus resultierenden Rechtsunsicherheiten von Bedeutung.³³ Insoweit besteht nicht immer zwingend ein Gleichklang zwischen externer Rechts- und interner Sorgfaltspflichtverletzung;³⁴ Setzt der Geschäftsleiter ein rechtlich geprüftes Vertriebssystem auf, das als kartellrechtswidrig eingestuft wird, begeht zwar die Gesellschaft im Außenverhältnis eine Rechtsverletzung,³⁵ im Innenverhältnis ist die

Rechtswidrigkeit³⁶ des Vorgehens des Geschäftsleiters wegen seines Handlungsspielraums bei rechtlicher Unsicherheit jedoch nicht zwingend. Ein Haftungsautomatismus für Kartellgeldbußen ist bei Zulassung des Regresses damit nicht zu befürchten.³⁷ Bei eindeutigen Kartellverstößen (wie etwa Preisabsprachen) ist hingegen ein Gleichklang zwischen externer Rechtsverletzung und interner Sorglosigkeit wohl ohne Weiteres gegeben.³⁸

Die Ersatzfähigkeit von Kartellgeldbußen ist damit aber noch nicht beantwortet. In der Diskussion wird geltend gemacht, dass der zivilrechtliche Bußgeldregress außerhalb des Schutzbereichs von § 84 AktG und § 25 GmbHG liege³⁹ bzw insoweit eine teleologische Reduktion dieser Bestimmungen geboten sei.⁴⁰ Demnach ist die Frage nach dem Rechtswidrigkeitszusammenhang zu stellen, ob also der Schutzzweck von § 84 AktG und § 25 GmbHG (als verletzte Rechtsvorschriften) den Regress trägt oder umgekehrt sogar ausschließt.⁴¹

III. Spannungsverhältnis zwischen Kartellrecht und Geschäftsleiterhaftung?

1. Trennung zwischen hoheitlicher Sanktion und zivilrechtlichem Regressanspruch

Unmittelbarer Schutzzweck von § 84 AktG und § 25 GmbHG ist der Schutz des Gesellschaftsvermögens.⁴² Der Vermögensschutz als Normzweck will die Gesellschaft, der durch den Geschäftsleiter wegen einer kartellrechtswidrigen Handlung ein Vermögensnachteil in Form der Geldbuße zugefügt wurde, durch den Regress schadlos halten.⁴³ Aus der Sicht des Kartellrechts tritt die gewünschte Rechtsfolge hingegen bereits durch die Bezahlung der Geldbuße durch die Gesellschaft ein. Der zivilrechtliche Innenregress bleibt davon unberührt.⁴⁴ Denn die Geschäftsleiterhaftung stellt gerade nicht den rechtskonformen Zustand auf kartellrechtlicher Ebene wieder her, sondern gleicht jenen Nachteil aus, der ohne die pflichtwidrige Handlung iSd § 84 AktG bzw § 25 GmbHG nicht eingetreten wäre.⁴⁵ Dieser Vermögensausgleich entspricht nach

ökonomie, in FS H. Wiedemann (2002) 827 (845); Spindler in MünchKomm AktG⁵, § 93 Rz 87; Hüffer/Koch, AktG⁴, § 93 Rz 6; Hopt/Roth in Großkomm AktG⁵, § 93 Rz 74; Mertens/Cahn in Kölner Komm AktG³, § 93 Rz 71; Sailer-Coceani in K. Schmidt/Lutter, AktG⁴ (2020) § 93 Rz 7; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG²⁰ (2020) § 43 Rz 12; Paeffgen, Unternehmerische Entscheidungen, 24; Dreher, Bußgeldverantwortlichkeit, 92 ff; Krause, „Nützliche“ Rechtsverstöße im Unternehmen – Verteilung finanzieller Lasten und Sanktionen, BB-Special 8/2007, 2 (5 f); M. Zimmermann, Kartellrechtliche Bußgelder gegen Aktiengesellschaft und Vorstand: Rückgriffsmöglichkeiten, Schadensumfang und Verjährung, WM 2008, 433 (435).

²⁵ Reich-Rohrwig/C. Grossmayer/K. Grossmayer/Zimmermann in Artmann/Karollus, AktG⁶ (2019) § 84 Rz 214. Die Legalitätspflicht wird auch als dogmatisch „diffuses Institut“ bezeichnet; vgl Hüffer/Koch, AktG⁴, § 93 Rz 6; Hopt/Roth in Großkomm AktG⁵, § 93 Rz 54.

²⁶ Vgl dazu die Nachweise in FN 24; kritisch U. Torggler, Von Schnellschüssen, nützlichen Gesetzesverletzungen und spendablen Aktiengesellschaften, WBl 2009, 168 (171 ff).

²⁷ Leupold/Ramharter, GesRZ 2009, 256; vgl idZ auch Spindler, Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat für fehlerhafte Auslegung von Rechtsbegriffen, in FS Canaris II (2007) 403 (412).

²⁸ Spindler in MünchKomm AktG⁵, § 93 Rz 87; Thole, ZHR 173 (2009), 509; N. Fischer, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung und ihre Begrenzung durch Satzungsbestimmung (de lege lata) (2018) 38.

²⁹ Paeffgen, Unternehmerische Entscheidungen, 24; Thole, ZHR 173 (2009), 509; Leupold/Ramharter, GesRZ 2009, 259 f; N. Fischer, Existenzvernichtende Vorstandshaftung, 43; Nietsch, ZHR 184 (2020), 79; kritisch zur sog Transponierung U. Torggler, Ver selbstständigung, 101; Hasselbach/Ebbinghaus, Anwendung der Business Judgment Rule bei unklarer Rechtslage, AG 2014, 873 (874 f).

³⁰ Feltl/Told in Gruber/Harrer, GmbHG², § 25 Rz 38; vgl auch Bayer, Legalitätspflicht, 88 f; Leupold/Ramharter, GesRZ 2009, 259; Schneider in Scholz, GmbHG II¹¹ (2014) § 43 Rz 78.

³¹ Fleischer in BeckOGK AktG, § 93 Rz 35; vgl auch Paeffgen, Unternehmerische Entscheidungen, 25 f; Hasselbach/Ebbinghaus, AG 2014, 877 ff.

³² Kalls in MünchKomm AktG⁵, § 93 Rz 390; Adensamer in Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG, § 84 Rz 26; Fleischer in BeckOGK AktG, § 93 Rz 36 ff; ders., „Business Judgment Rule“, 845; ders., ZIP 2005, 149 f; Thole, ZHR 173 (2009), 521 ff; Bayer, Legalitätspflicht, 92 f; Habersack, Legalitätspflicht, 436 f.

³³ Thole, ZHR 173 (2009), 521; Blawrock, Kartellbußgeldhaftung und gesellschaftsrechtlicher Rückgriff, in FS Bornkamm (2014) 107 (111 f); Brommer, Die Beschränkung der Rechtsfolgen der Vorstandsinnenhaftung (2016) 28; Nietsch, ZHR 184 (2020), 80 f.

³⁴ Adensamer in Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG, § 84 Rz 24; vgl auch Thole, ZHR 173 (2009), 515; Bayer/Ph. Scholz, GmbHR 2015, 452; N. Fischer, Existenzvernichtende Vorstandshaftung, 44; Twele, Haftung, 162; Schopper/Walch in Kalls/Frotz/Schörghofer, Handbuch, § 42 Rz 41.

³⁵ Im Außenverhältnis kann sich die Gesellschaft auch nicht auf den eingeholten rechtlichen Sachverstand berufen; siehe dazu grundlegend EuGH 18.6.2013, Rs C-681/11, Schenker & Co ua, Nr 38; vgl auch Reidlinger in Kert/Kodek, Das große Handbuch Wirtschaftsstrafrecht (2016) Rz 16.128; Bayer/Ph. Scholz, GmbHR 2015, 452; Nietsch, ZHR 184 (2020), 86.

³⁶ Der vertretbare Rechtsirrtum beseitigt bereits die Rechtswidrigkeit und nicht erst das Verschulden; siehe dazu Thole, ZHR 173 (2009), 524; Habersack, Legalitätspflicht, 437; vgl auch Brommer, Beschränkung, 28 f.

³⁷ Ähnlich auch Schöne/Petersen, Regressansprüche gegen (ehemalige) Vorstandsmitglieder – quo vadis? AG 2012, 700 (704).

³⁸ Kröger, Korruptionsschäden, Unternehmensgeldbußen und Imageschäden (2013) 246; Blawrock, Kartellbußgeldhaftung, 113.

³⁹ Horn, Die Haftung des Vorstands der AG nach § 93 AktG und die Pflichten des Aufsichtsrats, ZIP 1997, 1129 (1136).

⁴⁰ Fleischer in BeckOGK AktG, § 93 Rz 253; Koch, Beschränkungen, 334.

⁴¹ Allgemein dazu Koziol, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) Rz 7/16; Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON¹⁰³, § 1295 Rz 21; Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁶ (2020) § 1295 Rz 9.

⁴² Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalls, AktG², § 84 Rz 2; Reich-Rohrwig/C. Grossmayer/K. Grossmayer/Zimmermann in Artmann/Karollus, AktG⁶, § 84 Rz 12.

⁴³ Fabisch, Mangerhaftung für Kartellrechtsverstöße, ZWeR 2013, 91 (103); vgl auch Stancke, Kartellrechtliche Organhaftung: Regressfähigkeit von Bußgeldern? BB 2020, 1667 (1669).

⁴⁴ Glöckner/Müller-Tautphaeus, AG 2001, 345 f; M. Zimmermann, WM 2008, 437; Fleischer, BB 2008, 1073; Kapp/Gärtner, Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat bei Verstößen gegen das Kartellrecht, CCZ 2009, 168 (170); Werner, Die zivilrechtliche Haftung des Vorstands einer AG für gegen die Gesellschaft verhängte Geldbußen gegenüber der Gesellschaft, CCZ 2010, 143 (145); Schöne/Petersen, AG 2012, 704; Eufinger, WM 2015, 1270; Bayreuther, NZA 2015, 1242; U. Binder/Kraayvan-ger, BB 2015, 1225; R. Koch, Ersatzfähigkeit von Kartellbußen, VersR 2015, 655 (658); Pant, CCZ 2015, 226; Suchy, Schadensumfang bei Haftung von Vorständen und Geschäftsführern wegen Unternehmensgeldbußen für kartellrechtliche Verstöße, NZG 2015, 591 (592); Bayer/Ph. Scholz, GmbHR 2015, 452; Kersting, ZIP 2016, 1267; Twele, Haftung, 164 f; Stancke, BB 2020, 1669; kritisch Nietsch, ZHR 184 (2020), 69.

⁴⁵ Fabisch, ZWeR 2013, 100; vgl auch Blawrock, Kartellbußgeldhaftung, 114 f; Kapp/Gärtner, CCZ 2009, 170; Hauger/Palzer, ZGR 2015, 54; Stancke, BB 2020, 1669.

ha der primären Aufgabe des Schadenersatzrechts⁴⁶ und zudem dem sachlichen Schutzzweck der Norm, weil die Haftungsbestimmungen die Restitution jeder Minderung des Gesellschaftsvermögens anordnen, die auf eine schuldhaftige Pflichtverletzung des Geschäftsleiters zurückzuführen ist.⁴⁷

Gegen den Bußgeldregress wird auch ins Treffen geführt, dass sich die Höhe der Geldbuße nach unternehmensbezogenen Merkmalen bestimmt, also losgelöst vom oftmals bestehenden wirtschaftlichen Ungleichgewicht zwischen Gesellschaft und Geschäftsleiter.⁴⁸ Der schadenersatzrechtliche Ausgleich fordert jedoch die Totalreparation,⁴⁹ die über die unbeschränkte Geschäftsleiterhaftung durchzusetzen ist. Es ist auch kein gesetzlicher Anhaltspunkt dahin gehend zu erkennen, weshalb die Geschäftsleiterhaftung für durch Kartellverstöße verursachte Geldbußen bereits dem Grunde nach ein anderes Ergebnis erzielen sollte als für andere exorbitant hohe Gesellschaftsschäden, die bloß durch leicht fahrlässiges⁵⁰ Handeln verursacht wurden.⁵¹

2. Geschäftsleiterhaftung verstärkt die Kartellprävention

Als Ausfluss der Schadensprävention sind die Geschäftsleiter auch dazu verpflichtet, die Gesellschaft vor Rechtsverstößen zu bewahren und damit die kartellrechtlichen Vorgaben einzuhalten.⁵² Mit einem gegen die Gesellschaft verhängten Bußgeld verwirklicht sich im Falle der schuldhaften Pflichtverletzung gerade jene Gefahr, die durch die Organhaftung verhindert werden soll.⁵³ Kartellrechtliche Erwägungen können zu keiner anderen Beurteilung führen:

Der Regress steht nicht in Konflikt mit den general- und spezialpräventiven Zwecken der Kartellgeldbuße.⁵⁴ Es widerspricht vielmehr der effektiven Kartellprävention, wenn die Geschäftsleiter angesichts der fehlenden Sanktionsmöglichkeit von natürlichen Personen⁵⁵ im europäischen und österreichischen Kartellrecht keine unmittelbare finanzielle Sank-

tion fürchten müssen. Die fehlenden Sanktionsmöglichkeiten können den Geschäftsleiter sogar dazu verleiten, kartellrechtswidrige Entscheidungen zu treffen.⁵⁶ Im Falle der Preisabsprache wird der Geschäftsleiter die Entscheidung über die Kartellteilnahme – neben den unternehmerischen Auswirkungen (Monopolrenditen) – auch von seinem eigenen Nutzen (Erhöhung der variablen Vergütung, Image-Push etc)⁵⁷ und den damit verbundenen Kosten (eigene Haftung für Schäden der Gesellschaft wegen Schadenersatzansprüchen kartellgeschädigter Dritter, Prozesskosten etc) abhängig machen. Alle Nachteile wären dann mit der Aufdeckungswahrscheinlichkeit des Kartells zu gewichten, die mit zirka 13 % bis 17 % angenommen wird.⁵⁸ Ist der Erwartungswert⁵⁹ positiv, hat der risikoneutrale Geschäftsleiter einen positiven Anreiz zur Kartellbildung.⁶⁰ Davon ist *ceteris paribus* umso eher auszugehen, wenn er kostenseitig mit keinen oder nur geringen Schadenersatzforderungen von kartellgeschädigten Dritten rechnet.⁶¹

Freilich ist dieser Modellierungsversuch eine rein abstrakte Beschreibung. Der Gedanke, dass die gesellschaftsrechtliche Binnenhaftung jedenfalls mit den general- und spezialpräventiven Zwecken der Kartellgeldbuße in Widerspruch stehe, ist in dieser Allgemeinheit aber ebenso wenig gültig.⁶² Es sind primär die Leitungsorgane, die das kartellrechtswidrige Verhalten setzen.⁶³ Zur effizienten Verhinderung von Kartellverstößen⁶⁴ ist daher (auch) beim Ausgangspunkt des Verstoßes anzusetzen,⁶⁵ oder wie es *Thépot* verdeutlicht: „*Cartels are formed and run by managers. A sanction policy must affect their incentives.*“⁶⁶ Der vollständige Regress dürfte in der Praxis in Anbetracht der beträchtlichen Höhe von Kartellgeldbußen hingegen sehr selten auftreten, weil

⁴⁶ Koziol, Grundfragen, Rz 3/1; Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03}, Vor § 1293 Rz 4; F. Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 187; kritisch zum Primat der Ausgleichsfunktion G. Wagner, AcP 206 (2006), 451 ff; ders, Organhaftung im Interesse der Verhaltenssteuerung – Skizze eines Haftungsregimes, ZHR 178 (2014), 227 (253 ff).

⁴⁷ Felll/Told in Gruber/Harrer, GmbHG², § 25 Rz 132; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG²⁰, § 43 Rz 46; Spindler in MünchKomm AktG², § 93 Rz 192 ff.

⁴⁸ Bunte, Regress gegen Mitarbeiter bei kartellrechtlichen Unternehmensgeldbußen, NJW 2018, 123 (125); Baur/Holle, ZIP 2018, 463; Dreher, Bußgeldverantwortlichkeit, 105.

⁴⁹ F. Bydlinski, System, 188; siehe auch G. Wagner, AcP 206 (2006), 457 ff; Pant, CCZ 2015, 225; vgl allgemein zur Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse im Schadenersatzrecht Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I⁴ (2020) Kap C.4 Rz 1 ff.

⁵⁰ Die Haftung der Geschäftsleiter für leicht fahrlässig verursachte Schäden ist *de lege lata* völlig unzweifelhaft (RIS-Justiz RS0049459) und damit der rechtspolitischen Diskussion zu überlassen; vgl dazu Reich-Rohrwig/C. Grossmayer/K. Grossmayer/Zimmermann in Artmann/Karollus, AktG⁶, § 84 Rz 16; G. M. Hoffmann, Existenzvernichtende Haftung von Vorständen und Aufsichtsräten? NJW 2012, 1393 (1394 f); G. Wagner, ZHR 178 (2014), 233; Fleischer, Ruinöse Managerhaftung: Reaktionsmöglichkeiten der lege lata und de lege ferenda, ZIP 2014, 1305 (1305 f); Bachmann, Reform der Organhaftung? Gutachten E zum 70. DJT (2014) E 32.

⁵¹ Kritisch dazu auch Fabisch, ZWeR 2013, 100, wonach sich das Verwaltungsorgan stärker in Sicherheit wiegen könnte, je drastischer die Legalitätspflicht verletzt ist; vgl auch Kapp/Hummel, ZWeR 2011, 359; Pant, CCZ 2015, 228; Fleischer in BeckOGK AktG, § 93 Rz 256; N. Fischer, Existenzvernichtende Vorstandshaftung, 237.

⁵² U. Binder/Kraayvanger, BB 2015, 1226; Fabisch, ZWeR 2013, 100; allgemein dazu Hopt/Roth in Großkomm AktG⁵, § 93 Rz 28; Schneider in Scholz, GmbHG II¹¹, § 43 Rz 15.

⁵³ Vgl zum modalen Schutzzweck Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03}, § 1295 Rz 22; Koziol, Grundfragen, Rz 7/18.

⁵⁴ AA etwa Dreher, Bußgeldverantwortlichkeit, 105 f; Friedl/Titze, ZWeR 2015, 325 f; Labusga, Die Ersatzfähigkeit von Unternehmensgeldbußen im Innenregress gegen verantwortliche Vorstandsmitglieder, VersR 2017, 394 (399).

⁵⁵ Allgemein auf diese Konstellation abstellend Bayer/Ph. Scholz, GmbHR 2015, 452; Brommer, Beschränkung, 46.

⁵⁶ Thole, ZHR 173 (2009), 516 f; Eufinger, WM 2015, 1270; Fleischer in BeckOGK AktG, § 93 Rz 254; Koch, Beschränkungen, 334 f; Twele, Haftung, 163 f; N. Fischer, Existenzvernichtende Vorstandshaftung, 236; Werner, CCZ 2010, 145.

⁵⁷ Siehe dazu Thépot, Interaction, 135 ff; Eufinger, WM 2015, 1270; Konopatsch, Kartellsanktionierung, 272; Bayer/Ph. Scholz, GmbHR 2015, 452; vgl auch Pant, CCZ 2015, 228.

⁵⁸ Bryant/Eckard, Price Fixing: The Probability of Getting Caught, The Review of Economics and Statistics 1991, 531; Combe/Monnier/Legal, Cartels: The Probability of Getting Caught in the European Union (2008) 2; zur Modellierung der optimalen Mindesthöhe der Strafe bei geringer Aufdeckungswahrscheinlichkeit vgl ausführlich Eckert/Grechenig/Stremitzer, Ökonomische Analyse der Organhaftung, in Kals, Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern (2005) 97 (117).

⁵⁹ Zur Berechnung des Erwartungswerts wäre die Differenz aus den Multiplikationen des monetären Nutzenwerts mit der Gegenwahrscheinlichkeit der Aufdeckung (zirka 83 % bis 87 %) und des monetären Kostenwerts mit der Aufdeckungswahrscheinlichkeit zu bilden.

⁶⁰ Thépot, Interaction, 174.

⁶¹ Siehe zu den rechtlichen und faktischen Hindernissen der privaten Kartellschadenersatzklagen A. Fuchs in A. Fuchs/Weitbrecht, Private Kartellrechtsdurchsetzung, § 1 Rz 37 ff.

⁶² Siehe dazu auch Thépot, Interaction, 179: „*Corporate sanctions alone will always have a limited effect because of the inherent agency issues affecting deterrence*“; vgl auch Thole, ZHR 173 (2009), 533.

⁶³ Koch, Beschränkungen der Regressfolgen im Kapitalgesellschaftsrecht, AG 2012, 429 (434); Fabisch, ZWeR 2013, 93; Rust, ZWeR 2015, 304 f; Kersting, ZIP 2016, 1268; Twele, Haftung, 163; Topel in G. Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts⁴ (2020) § 50 Rz 99; Konopatsch, Kartellsanktionierung, 268 ff.

⁶⁴ Zur Präventionswirkung der Geschäftsleiterhaftung siehe G. Wagner, ZHR 178 (2014), 255 f.

⁶⁵ So auch Kapp/Hummel, ZWeR 2011, 358; Habersack, Managerhaftung, in Lorenz, Karlsruher Forum 2009: Mangerhaftung (2010) 5 (33); Glöckner/Müller-Tautphaus, AG 2001, 349; Brommer, Beschränkung, 45 f; N. Fischer, Existenzvernichtende Vorstandshaftung, 236; Topel in G. Wiedemann, Kartellrecht⁴, § 50 Rz 99; M. Brand, Schadenersatz, 417; vgl zur ökonomischen Analyse dieses Ergebnisses auch Polinsky/Shavell, Should Employees Be Subject to Fines and Imprisonment Given the Existence of Corporate Liability? International Review of Law and Economics 1993, 239, die sogar Haftstrafen fordern.

⁶⁶ Thépot, Interaction, 179; siehe auch Whelan, A Principled Argument for Personal Criminal Sanctions as Punishment Under EC Cartel Law, Competition Law Review 2007, 7 (24 ff).

einzelne Organmitglieder diese Summen kaum aufbringen können.⁶⁷ Demnach ist nicht davon auszugehen, dass die Geldbuße durch den Regress insgesamt an Abschreckungswirkung verliert.⁶⁸

Für die Gesellschaft selbst verbleibt bei Zulassung des Regresses auch ein ausreichender Anreiz zur Investition in die kartellrechtliche Compliance.⁶⁹ Die Gesellschaft ist angesichts des beschränkten Geschäftsleitervermögens dem Risiko ausgesetzt, dass der Schaden nicht zur Gänze auf den Geschäftsleiter überwälzt werden kann.⁷⁰ Mit der Kartellgeldbuße gehen auch Reputationsschäden einher.⁷¹ Daneben veranlasst der durch den Geldbußenregress geschaffene Anreiz auch die Geschäftsleiter zu verstärkten Compliance-Maßnahmen.⁷²

3. Zwischenergebnis

Mit dem Geldbußenregress steht unbestritten oftmals die wirtschaftliche Existenz des Geschäftsleiters auf dem Spiel. Aus der Regressmöglichkeit ist aber kein Widerspruch zwischen Kartell- und Zivil- bzw. Gesellschaftsrecht ableitbar, nachdem die Haftung für Kartellgeldbußen nach § 84 AktG und § 25 GmbHG bereits dem Grunde nach, also ungeachtet der betragslichen Beschränkung, zu verneinen wäre.⁷³

⁶⁷ Koch, AG 2012, 434; Brommer, Beschränkung, 46; vgl. auch U. Binder/Kraayvanger, BB 2015, 1225; Suchy, NZG 2015, 592.
⁶⁸ Fleischer in BeckOGK AktG, § 93 Rz 254; N. Fischer, Existenzvernichtende Vorstandshaftung, 236; aA Baur/Holle, ZIP 2018, 464; Thomas, NZG 2015, 1412.
⁶⁹ Koch, AG 2012, 434.
⁷⁰ So auch Bayer/Ph. Scholz, GmbHR 2015, 452; Kersting, ZIP 2016, 1268; Grau/Dust, Verbandsgeldbuße und Regresshaftung von Geschäftsleitern, ZRP 2020, 134 (136).
⁷¹ Twele, Haftung, 163; Konopatsch, Kartellsanktionierung, 531; Suchy, NZG 2015, 592.
⁷² Brommer, Beschränkung, 49 ff; zur ökonomischen Herleitung der optimalen Compliance siehe G. Wagner, AcP 106 (2006), 457 f; Eckert/Grechenig/Stremitzer, Ökonomische Analyse, 102 f. Das Argument der dadurch bewirkten Compliance-Aufrüstung sollte aber nicht überschätzt werden. Denn im zugespitzten Fall des vorsätzlichen *Hard-core*-Verstoßes, wofür die exorbitant hohen Geldbußen verhängt werden, die für den Geschäftsleiter existenzbedrohend sind, hilft ohne persönliche Sanktion selbst die beste Schulung der Leitungsorgane nichts; kritisch auch Pant, CCZ 2015, 228. In solchen Fällen ist dem Ansatz von Eckert/Grechenig/Stremitzer (Ökonomische Analyse, 118) aus ökonomischer Perspektive zu folgen, wonach das Bestehen klarer Spielregeln eine strenge Sanktionierung erlaubt, weil Klarheit über die Tatbestände und die Sanktion besteht; siehe auch Schöne/Petersen, AG 2012, 704.
⁷³ Neben den bisher genannten Stellungnahmen ebenfalls zustimmend Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 84 Rz 10; Koppensteiner, Compliance und Kartellrecht, GES 2013, 432 (440); Konopatsch, Kartellsanktionierung, 536; Schopper/Walch in Kalss/Frotz/Schörghofer, Handbuch, § 42 Rz 40; Reher in Busche/Röhling, Kölner Kommentar zum Kartellrecht II (2015) Vor § 81 GWB Rz 64; Kersting in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht⁴ (2020) § 33a GWB Rz 42; Hopt/Roth in Großkomm AktG², § 93 Rz 419; Spindler in MünchKomm AktG², § 93 Rz 194; Hüfner/Koch, AktG⁴, § 93 Rz 48; Grigoleit/Tomasic in Grigoleit, AktG² (2020) § 93 Rz 96; Höllers in Höllers, AktG² (2017) § 93 Rz 255; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG²⁰, § 43 Rz 46; Bayer, Legalitätspflicht, 94; Marsch-Barnier, ZHR 173 (2009), 730; G. M. Hoffmann, NJW 2012, 1393 ff; Casper, Hat die grundsätzliche Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats im Sinne des ARAG/Garmenbeck-Urteils ausgedient? ZHR 176 (2012), 617 (625); Habersack, ZHR 177 (2013), 801; Paefgen, AG 2014, 570; Gaul, Regressansprüche bei Kartellbußen im Lichte der Rechtsprechung und der aktuellen Debatte über die Reform der Organhaftung, AG 2015, 109 (111); G. Wagner, Sinn und Unsinn der Unternehmensstrafe, ZGR 2016, 112 (138); Nietsch, ZHR 184 (2020), 78 f; aA Horn, ZIP 1997, 1136; Dreher, Bußgeldverantwortlichkeit, 103 ff; Krause, BB-Special 8/2007, 13; Goette, Grundsätzliche Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats bei sorgfaltswidrig schädigendem Verhalten im AG-Vorstand? ZHR 176 (2012), 588 (603 f); Kröger, Korruptionsschäden, 253; Thomas, NZG 2015, 1413 f; ders, VersR 2017, 599 f; Friedl/Titze, ZWeR 2015, 325 ff; Grunewald, Die Abwälzung von Bußgeldern, Verbands- und Vertragsstrafen im Wege des Regresses, NZG 2016, 1121 (1122 f); Labusga, VersR 2017, 398 ff; Bunte, NJW 2018, 125; Baur/Holle, ZIP 2018, 462 ff; Kling, Managerhaftung, 399; Ackermann, Organhaftung für Kartellgeldbußen: Gedanken zum Zeitvertreib, NZKart 2018, 1; ders, Unternehmenssteuerung durch finanzielle Sanktionen, ZHR 179 (2015), 538 (559 ff); Mertens/Cahn in Kölner Komm AktG², § 93 Rz 56; wohl auch Kindler, Pflichtverletzung und Schaden bei der Vorstandshaftung wegen unzureichender Compliance, in FS G. H. Roth (2011) 367 (372); Reich-Rohrwig/C. Grossmayer/K. Grossmayer/Zimmermann in Artmann/Karollus, AktG⁶, § 84 Rz 341; I. Vonkilch, Überwälzbarkeit von Strafen und Bußen einer Gesellschaft, ZWF 2020, 294 (297); offenlassend Sailer-Cocceani in K. Schmidt/Lutter, AktG⁴, § 93 Rz 37; M. Mayer, Kartellrecht, in Eberhardt/Gurmann, Managerhaftung in der Praxis (2016) 148 (169 f).

IV. Der Regressausschluss nach § 11 VbVG

1. Allgemeines

Aus österreichischer Sicht ist die Diskussion damit noch nicht abgeschlossen. Mit § 11 VbVG schuf der österreichische Gesetzgeber eine Rechtsgrundlage für den Ausschluss des zivilrechtlichen Bußgeldregresses.⁷⁴ Dabei ist zunächst bemerkenswert, dass deutsche Autoren rechtsvergleichend § 11 VbVG heranziehen, um sich für⁷⁵ oder gegen⁷⁶ die Abwälzung der Kartellgeldbuße auszusprechen. Den österreichischen Stellungnahmen geht es dagegen um die Beantwortung der Frage, ob § 11 VbVG auch zur Beurteilung der Regressmöglichkeit aller anderen – außerhalb des VbVG bestehenden – Unternehmensstrafen heranzuziehen ist.⁷⁷

2. Allgemeines zur Regelungssystematik des § 11 VbVG

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Verbands nach dem VbVG hängt gem § 3 VbVG von einer strafbaren Handlung eines Entscheidungsträgers oder Mitarbeiters des Verbands ab. Ist das VbVG anwendbar, führt dies nach § 3 Abs 4 VbVG regelmäßig, aber nicht notwendig⁷⁸ zur Strafbarkeit einer oder mehrerer natürlicher Personen als Anlassäter und zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Verbands iSv § 1 Abs 2 VbVG (strafrechtsakzessorische Haftung).⁷⁹

§ 11 VbVG möchte nun verhindern, dass die verbandsadressierten Sanktionen des VbVG auf natürliche Personen abgewälzt werden.⁸⁰ Der Gesetzgeber ließ sich den Materialien zufolge dabei von zweierlei leiten: Einerseits stehe die Regressmöglichkeit dem Zweck der Verbandsverantwortlichkeit diametral entgegen,⁸¹ andererseits könnte ein solcher Rückgriff bereits nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen (etwa wegen Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB) unzulässig sein.⁸² Daraus könnte man ableiten, dass der Gesetzgeber bereits vor Inkrafttreten des VbVG von einem allgemeinen Regressverbot unternehmensgerichteter Sanktionen ausging.⁸³

3. Allgemeines Regressverbot nach § 879 ABGB?

Zur möglichen Sittenwidrigkeit des Geldbußenregresses enthalten die Materialien keine Begründung.⁸⁴ Vermutlich hatte man die Rspr des OGH vor Augen, wonach der Strafanspruch des Staates keinen regressfähigen Schadenersatzanspruch

⁷⁴ Teile der Literatur sehen diese Bestimmung teilweise kritisch, weil der Regressausschluss die „betriebsinterne Motivation zu sorgfaltsgerechtem Handeln“ als Ziel des Verbandsstrafrechts schwächt; siehe dazu Boller, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden nach dem VbVG (2007) 264; vgl. auch Leupold/Ramharter, GesRZ 2009, 260 f.
⁷⁵ Ackermann, NZKart 2018, 2; Thomas, NZG 2015, 1412.
⁷⁶ Kersting, ZIP 2016, 1266 FN 6.
⁷⁷ Klauser/Radinsky/Aichberger-Beig in Soyer, Handbuch Unternehmensstrafrecht (2020) Rz 6.23; Kalss, Die Übernahme von Geldstrafen durch die Gesellschaft im Lichte neuer verwaltungsstrafrechtlicher Regelungen gegenüber Gesellschaften, in Lewisch, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2015 (2015) 73 (87); Funk-Leisch/A. Weber/Wildmoser, Versicherbarkeit des Regresses gegen Vorstände wegen der Verhängung von Unternehmensgeldstrafen, ZFR 2018, 397 (400).
⁷⁸ Siehe dazu ausführlich Lehmkühl/Zeder in Höpfel/Ratz, StGB², § 3 VbVG Rz 51 ff.
⁷⁹ Siehe allgemein zu dieser Akzessorität RIS-Justiz RS0131120; vgl. auch Boller, Strafrechtliche Verantwortlichkeit, 155; Soyer in Kier/Wess, Handbuch Strafverteidigung (2017) Rz 20.28.
⁸⁰ E. Steininger, VbVG² (2020) § 11 Rz 1; Lehmkühl/Zeder in Höpfel/Ratz, StGB², § 11 VbVG Rz 1.
⁸¹ Für Teile der Literatur ist diese Wertung übertrieben; siehe dazu Boller, Strafrechtliche Verantwortlichkeit, 265 FN 1064; Leupold/Ramharter, GesRZ 2009, 260.
⁸² ErlRV 994 BlgNR 22. GP, 30.
⁸³ Vgl. Klauser/Radinsky/Aichberger-Beig in Soyer, Unternehmensstrafrecht, Rz 6.8.
⁸⁴ Die Materialien gehen lediglich davon aus, dass ein allgemeines Regressverbot wegen Sittenwidrigkeit argumentiert werden „könnte“; vgl. ErlRV 994 BlgNR 22. GP, 30.

begründe.⁸⁵ Diese Entscheidungen betrafen – soweit ersichtlich – den Regress zwischen natürlichen Personen. Die Literatur spricht idZ von der „*Höchstpersönlichkeit der Strafe*“.⁸⁶ Es ist jedoch fraglich, ob der Regress auch im Verhältnis zwischen natürlicher und juristischer Person jedenfalls als sittenwidrig einzustufen ist.⁸⁷ Das Verwaltungsstrafrecht sieht mit § 9 Abs 7 VStG für die natürliche Person als Bestrafte die Möglichkeit vor, sich gegenüber der juristischen Person schadlos zu halten.⁸⁸ Dabei handelt es sich zwar um eine (öffentlich-rechtliche) Solidarhaftung,⁸⁹ der Regress- bzw Ausgleichsanspruch unter den Solidarschuldern bestimmt sich jedoch nach zivilrechtlichen Grundsätzen.⁹⁰ Insoweit lässt sich die Vermutung nicht aufrechterhalten, dass bereits vor Inkrafttreten des VbVG von einem allgemeinen Regressverbot wegen Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB auszugehen war.⁹¹ Zu überprüfen ist demnach, ob § 11 VbVG mangels ähnlicher Regressverbote⁹² außerhalb des Kernstrafrechts in analoger Anwendung heranzuziehen ist. Das strafrechtliche Analogieverbot⁹³ würde dem zumindest nicht entgegenstehen, weil § 11 VbVG nicht über die Abgrenzung von strafbarem und nicht strafbarem Handeln entscheidet.

4. Grundsätzliches zur Anwendung des § 11 VbVG außerhalb des Kernstrafrechts

Der Regress nach § 11 VbVG ist nur für jene Sanktionen und Rechtsfolgen ausgeschlossen, die den Verband „auf Grund dieses Bundesgesetzes treffen“. Nach dem Wortlaut ist die Anwendung der Bestimmung auf Unternehmensstrafen außerhalb des Anwendungsbereichs des VbVG nicht möglich.⁹⁴ Gegen die analoge Anwendung von § 11 VbVG ließe sich folglich einwenden, dass der Gesetzgeber ein Regressverbot für nicht nach dem VbVG verhängte Unternehmenssanktionen gerade nicht anordnen wollte. In der Literatur wird dazu die Auffassung vertreten, dass § 11 VbVG bereits wegen des klaren Wortlauts nicht „Ausdruck eines generellen Ausschlusses bzw einer allgemeinen Einschränkung der Organinnenhaftung“ ist.⁹⁵ Umgekehrt könnte man für ein über § 11 VbVG hinaus-

gehendes allgemeines Regressverbot ins Treffen führen, dass die Bestimmung einer reinen Klarstellungsnotwendigkeit geschuldet ist,⁹⁶ weil sie im Gesetzgebungsverfahren erst nachträglich⁹⁷ auf Anregung im Begutachtungsverfahren und „zur Vermeidung von Unklarheiten“ in die Regierungsvorlage eingefügt wurde.⁹⁸ Wie sich im Folgenden zeigen wird, sprechen sowohl für das verwaltungsstraf- als auch das kartellrechtliche Geldbußensystem die besseren Gründe für die analoge Anwendung des § 11 VbVG.

5. Analoge Anwendung des § 11 VbVG im Verwaltungsstrafrecht

Neben der Kartell- und Verbandsgeldbuße enthält die Rechtsordnung mittlerweile genügend andere verwaltungsrechtliche Unternehmensstrafen (zB § 99d BWG; §§ 108 und 156 BörseG 2018; § 190a InvFG 2011; § 35 FM-GwG; § 153 BaSAG; § 30 DSG; § 370 Abs 1a GewO 1994).⁹⁹ Wie das VbVG selbst sind diese Bestimmungen großteils unionsrechtlichen Ursprungs.¹⁰⁰ Dies verwundert nicht, weil aus den völker- und europarechtlichen Verpflichtungen der grundsätzliche Gedanke herrührt, dass eine juristische Person Schuld- und somit Strafsubjekt sein kann.¹⁰¹ Die Regelungszwecke sind insofern ident, als sie dem europarechtlichen Gedanken entsprechend wirksame, angemessene und abschreckende Unternehmenssanktionen sicherstellen.¹⁰² Zwischen dem VbVG und den Verwaltungsstrafatbeständen ist aber nicht nur eine entstehungsgeschichtliche und teleologische, sondern auch eine konzeptionelle Gemeinsamkeit sichtbar: Die oben beispielhaft genannten Verwaltungsstrafatbestände knüpfen ebenfalls an Pflichtverletzungen durch natürliche Personen an. Sie folgen dabei dem Konzept von § 3 VbVG:¹⁰³ Ohne eine Rechtsverletzung durch eine Führungskraft- oder Mitarbeiterat¹⁰⁴ ist die Strafbarkeit der juristischen Person auch nach diesen Tatbeständen nicht möglich.¹⁰⁵ Dieser Gleichklang der Bestimmungen geht auch auf den gemeinsamen Regelungsursprung zurück. *Wiederin* bezeichnet das Zweite Protokoll zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemein-

⁸⁵ RIS-Justiz RS0026746; zuletzt OGH 11.9.2003, 6 Ob 281/02w; vgl dazu auch F. Bydliński, Privatrechtliches „Überwälzungsverbot“ für Vermögensstrafen und Strafverfahrenskosten? in FS Niederländer (1991) 243 (248), der daraus den Schluss zieht, dass entsprechend der Normzwecke des Strafrechts eine teleologische Reduktion jener Rechtsvorschriften notwendig sei, die den zivilrechtlichen Regress von Geldstrafen nach ihrem Tatbestand (wie etwa Aufwandsersatz- oder direkte Schadenersatzsprüche) grundsätzlich erfassen.

⁸⁶ Ph. Strasser, Die Deckung von Schäden aus Kartellgeldbußen in der D&O-Versicherung, VersR 2017, 65 (69 f); siehe auch F. Bydliński, „Überwälzungsverbot“, 244 f.

⁸⁷ Koppstein (GES 2013, 440) sieht in der Zulassung des Regresses keine Vereitelung des Strafzwecks; vgl auch die kritische Haltung von St. Huber, Ersatzfähigkeit von Verwaltungsstrafen für Vorsatzdelikte, in Lewisch, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2017 (2017) 145 (152).

⁸⁸ Siehe dazu auch Oppitz in Kals/Protz/Schörghofer, Handbuch, § 47 Rz 54, wonach das Verwaltungsstrafrecht mit § 9 Abs 7 VStG „zumindest eine wertungsmäßige Grundlage“ bietet, die „durch die Einbeziehung der juristischen Person grundsätzlich einen Haftungsverbund etabliert“.

⁸⁹ Schulev-Steindl, Verwaltungsverfahrenrecht⁶ (2018) Rz 517; Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG² (2017) § 9 Rz 48.

⁹⁰ Siehe dazu ausführlich Kals, Die Übernahme von verwaltungsrechtlichen Geldstrafen durch die Gesellschaft, GesRZ 2015, 78 (81 f); dies, Übernahme von Geldstrafen, 83.

⁹¹ St. Huber, Ersatzfähigkeit, 152: Was positivrechtlich grundgelegt ist, kann nicht sittenwidrig sein.

⁹² So auch der Befund von Kals, Übernahme von Geldstrafen, 87.

⁹³ Allgemein dazu Kodek in Rummel/Lukas, ABGB⁴, § 7 Rz 10.

⁹⁴ Allgemein zur Beschränkung von § 11 VbVG auf Rechtsfolgen des VbVG E. Steining, VbVG², § 11 Rz 3; Kert in Leitner/Brandl/Kert, Handbuch Finanzstrafrecht⁴ (2017) Rz 1232; Lehmkühl/Zeder in Höpfel/Ratz, StGB², § 11 VbVG Rz 3; Boller, Strafrechtliche Verantwortlichkeit, 264.

⁹⁵ Ph. Strasser, VersR 2017, 66; vgl auch Leupold/Ramharter, GesRZ 2009, 260; Kersting, ZIP 2016, 1266.

⁹⁶ So auch I. Vonkilch, ZWF 2020, 297; Kals, Übernahme von Geldstrafen, 87.

⁹⁷ Vgl dazu 177/ME 22. GP, online abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/ME/ME_00177, wo noch kein Regressverbot vorgesehen war.

⁹⁸ ErlRV 994 BlgNR 22. GP, 30.

⁹⁹ Kert, Verbandsverantwortlichkeit und Schuldgrundsatz, ÖZV 2018, 16 (24 f); siehe weiterführend Lehmkühl/Zeder in Höpfel/Ratz, StGB², § 1 VbVG Rz 4; E. Steining, VbVG², Vorb Rz 36.

¹⁰⁰ I. Vonkilch, ZWF 2020, 295; Fister, Die Zurechnung strafbaren Verhaltens zu juristischen Personen, ZWF 2020, 200; vgl auch St. Huber, Unternehmensstrafe, 66.

¹⁰¹ Potacs, Verwaltungsstrafbarkeit von Banken, ÖBA 2021, 40; E. Steining, VbVG², Vorb Rz 18; zu den vorgelagerten angloamerikanischen Einflüssen siehe Spitzer, Auswirkungen der Verbandsverantwortlichen auf das Zivil- und Zivilprozessrecht, in WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht, Haftung im Wirtschaftsrecht (2013) 29 (30 ff).

¹⁰² Siehe dazu bspw Art 4 Abs 1 des Zweiten Protokolls zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, ABl C 221 vom 19.7.1997, S 12.

¹⁰³ Allgemein dazu Glaser, Zur Verfassungsmäßigkeit der Verwaltungsstrafbarkeit juristischer Personen, ZWF 2017, 61 (63); Fister, ZWF 2020, 201; E. Steining, VbVG², Vorb Rz 34 ff; für einschlägige Nachweise siehe Zich, Modelle der Verantwortlichkeit juristischer Personen, ZWF 2020, 179 (180); N. Raschauer in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka, BWG⁴, § 99d Rz 20 ff; Rohregger/Pechhacker in Kals/Oppitz/U. Torggler/Winner, BörseG – MAR (2019) § 108 BörseG Rz 6 ff; N. Huber in Bollenberger/Kellner, InvFG (2016) § 190a Rz 14 ff; W. Wessely in Ennöckl/N. Raschauer/W. Wessely, GewO (2015) § 370 Rz 11.

¹⁰⁴ Der VwGH anerkennt die Strafbarkeit der juristischen Person wegen ihrer Handlungsunfähigkeit als „Folge des tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens“ der natürlichen Person; vgl VwGH 12.5.2020, Ro 2019/04/0229.

¹⁰⁵ Fister, ZWF 2020, 205 f.

schaften¹⁰⁶ als „Muster“ für dieses Zurechnungsmodell, das Eingang in die einschlägigen europäischen Rechtsakte und deren Umsetzungen im nationalen Recht gefunden hat.¹⁰⁷

Im Ergebnis läge nun ein Wertungswiderspruch vor, wenn der Regress in diesen Fällen zulässig wäre. Nicht nur die ähnliche Zurechnungssystematik spricht für die Gleichartigkeit der den Rechtsvorschriften zugrunde liegenden Sachverhaltskonstellationen. Unterschiede liegen im Wesentlichen nur insoweit vor, als der Gesetzgeber – anders als im Kernstrafrecht – für das Unternehmensverwaltungsstrafrecht keine dem VbVG vergleichbare horizontale Rechtsgrundlage geschaffen hat, sondern nur für bestimmte Verwaltungsübertretungen unternehmensadressierte Sanktionen vorsieht.¹⁰⁸ Die in der Literatur diskutierten Unterschiede zwischen den verwaltungsstrafrechtlichen Zurechnungstatbeständen und § 3 VbVG werfen mit Blick auf das VfGH-Erkenntnis vom 2.12.2016, G 497/2015 ua,¹⁰⁹ zum VbVG insb verfassungsrechtliche Probleme auf. An der von *Fister* herausgearbeiteten „Makrodogmatik“ zur Zurechnungssystematik des Verwaltungsstrafrechts, die am Modell des VbVG Anleihe nimmt, ändert die verfassungsrechtliche Diskussion jedoch nichts.¹¹⁰

Die großteils weiterhin bestehende – ebenfalls verfassungsrechtlich angezweifelte¹¹¹ – Möglichkeit, neben der juristischen auch die natürliche Person mit durchaus beträchtlichen Geldstrafen¹¹² zu sanktionieren, spricht weder für noch gegen ein allgemeines Regressverbot. Wie sich zeigen wird, hängt die Anwendbarkeit von § 11 VbVG auch nicht davon ab, ob die natürliche Person tatsächlich bestraft wird.¹¹³

Insgesamt sind somit beide Wege der Ähnlichkeitsbestimmung erfüllt.¹¹⁴ Dem Regelungszweck von § 11 VbVG zufolge ist sicherzustellen, dass auch in gleich gelagerten Sachverhalten der zivilrechtliche Geldbußenregress ausgeschlossen ist. Außerdem ist angezeigt, dass die Sachverhaltsunterschiede auf das Fehlen eines einheitlichen Unternehmensverwaltungsstrafrechts zu reduzieren sind. Mit den Worten *E. Steiningers* gilt daher, dass im Verwaltungsstrafrecht „die Leitgedanken des VbVG zumindest sinngemäß oder analog herangezogen werden können“,¹¹⁵ wozu auch § 11 VbVG gehört.

¹⁰⁶ Siehe FN 102.

¹⁰⁷ *Wiederin*, Die Zukunft des Verwaltungsstrafrechts (2006) 88; so auch *Kert*, ÖZW 2018, 25, der von einem „Standardmodell“ ausgeht, das von Österreich in adaptierter Form übernommen wurde; vgl zudem *Lehmkuhl*, Vorzeigemodell der Verantwortlichkeit juristischer Personen, ZWF 2020, 165 (168).

¹⁰⁸ *Glaser*, ZWF 2017, 63; *Fister*, ZWF 2020, 201; zur rechtspolitischen Diskussion betreffend die Einführung einer einheitlichen verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit siehe *Wiederin*, Zukunft, 96 f.; *K. Holzinger*, Unternehmensstrafen im Verwaltungsrecht – legistische Optionen, ZVG 2017, 378 (383); *Hilf/Urtz/Handstanger*, Verbandsverantwortlichkeit aus strafrechtlicher, abgabenrechtlicher und verwaltungsstrafrechtlicher Sicht (2018) 28; *Lehmkuhl/Zeder in Höpfel/Ratz*, StGB², § 1 VbVG Rz 4; *Riss/Winner/Wolfbauer*, Für ein allgemeines Verbandsverwaltungsstrafrecht! ZFR 2020, 53.

¹⁰⁹ VfSlg 20.112/2016.

¹¹⁰ *Fister*, ZWF 2020, 201; vgl zu den Unterschieden auch *Potacs*, ÖBA 2021, 41 ff.; *Glaser*, ZWF 2017, 63 ff.

¹¹¹ Die bestrafte natürliche Person könnte sich im Wege des Regresses nach § 9 Abs 7 VStG an der juristischen Person schadlos halten, was bei gleichzeitiger Bestrafung der juristischen Person gegen das Doppelbestrafungsverbot verstöße; siehe dazu *N. Huber in Bollenberger/Kellner*, InvFG, § 190a Rz 28; *N. Raschauer in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratika*, BWC⁴, § 99d Rz 7.

¹¹² Vgl dazu bspw § 106 BörseG 2018.

¹¹³ Dasselbe gilt für die Bewertung des gesetzlich zuerkannten Ermessensspielraums zur Vermeidung der Parallelbefragung (Opportunitätsprinzip nach § 22 Abs 6 FMABG) oder das punktuell angeordnete Verfolgungsverbot der natürlichen Personen bei Bestrafung der juristischen Person (§ 30 Abs 3 DSG); differenzierter *Funk-Leisch/A. Weber/Wildmoser*, ZFR 2018, 400.

¹¹⁴ *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991, Nachdruck 2020) 476; *Kodek in Rummel/Lukas*, ABGB⁴, § 7 Rz 37.

¹¹⁵ *E. Steining*, VbVG², Vorb Rz 36.

6. Analoge Anwendung des § 11 VbVG im Kartellrecht

Die dargelegten Parallelitäten zwischen dem VbVG und den Verwaltungsstrafatbeständen sind im Kartellrecht auf den ersten Blick nicht ersichtlich. Das Kartellrecht verfügt nicht über eine ähnliche Zurechnungsvorschrift wie § 3 VbVG.¹¹⁶ Die höchstgerichtliche Rspr nimmt aber zur Lückenschließung im KartG Anleihe an § 3 Abs 3 VbVG. In der Entscheidung vom 5.12.2011, 16 Ok 2/11, über ein verhängtes Bußgeld wegen unterlassener Zusammenschlussanmeldung wandte der OGH § 3 Abs 3 VbVG analog an, um die im KartG bestehende Regelungslücke zur Frage, wann Fahrlässigkeit iSv § 29 KartG¹¹⁷ vorliegt, zu schließen.¹¹⁸ Ob diese Analogie letztlich richtig begründet ist, muss hier nicht weiter erörtert werden.¹¹⁹ Entscheidend ist nur, dass das Höchstgericht dem kartell- und verbandsrechtlichen Geldbußensystem den gleichen Regelungszweck zumisst.¹²⁰ Denn unstrittig bestehen jedenfalls in materieller Hinsicht große Ähnlichkeiten zwischen den Sanktionsinstrumenten, insb in Hinblick auf die gesetzlich gleichlautende Bezeichnung, die repressive und präventive Wirkungsweise, die ausschließliche Unternehmensadressierung und die für die Bußgeldbemessung maßgeblichen Kriterien.¹²¹ Für *McAllister* überrascht die vom OGH gezogene Analogie daher wegen der Zweckidentität nicht.¹²² Für *J. Urbanek* hat das VbVG im Kartellrecht mittlerweile „ganz entscheidende Bedeutung erlangt“,¹²³ Zwischen dem kartell- und dem verbandsrechtlichen Geldbußensystem besteht somit eine strukturelle Vergleichbarkeit,¹²⁴ wenngleich die Materialien zum VbVG auch auf die wesentlichen Unterschiede aufmerksam machen.¹²⁵

Dagegen könnte eingewendet werden, dass das österreichische und das europäische Kartellrecht im Falle der Rechtsverletzung durch eine Kapitalgesellschaft gerade keine parallele Sanktionierung von natürlicher und juristischer Person vorsehen. In der Literatur wird der Zweck von § 11 VbVG auch in der Vermeidung einer Doppelbelastung der natürlichen Person gesehen:¹²⁶ Entscheidungsträger oder Mitarbeiter müssen selbst mit einer strafrechtlichen Sanktion rechnen und sollen daher nicht auch noch dem zivilrechtlichen Regress der Verbandsgeldbuße ausgesetzt sein. Diese Doppelbelastung trete aber im Kartellrecht gerade nicht zutage, weshalb § 11 VbVG nicht Platz greifen müsse.¹²⁷ Der Geschäftsleiter kann – anders als zB in Deutschland – unter keinen Umständen Ad-

¹¹⁶ Siehe ausführlich *McAllister*, Die Kartellgeldbuße (2017) 78; vgl auch *R. Bauer*, Die Zurechnung strafbaren Verhaltens zu juristischen Personen im Kartellrecht, ZWF 2020, 186 (187).

¹¹⁷ § 29 Z 1 und 2 KartG setzt für die Verhängung einer Geldbuße entweder Vorsatz oder Fahrlässigkeit des zuwiderhandelnden Unternehmens voraus; vgl dazu auch *Kert*, ÖZW 2018, 25.

¹¹⁸ Allgemein dazu *Reidlinger in Kert/Kodek*, Wirtschaftsstrafrecht, Rz 16.126; *Reidlinger/Hartung*, Das österreichische Kartellrecht⁴ (2019) 232; *E. Steining*, VbVG², Vorb Rz 32; *McAllister*, Kartellgeldbuße, 81.

¹¹⁹ In der strafrechtlichen Literatur wird daran Kritik geübt; vgl *R. Bauer*, Der Allgemeine Teil des Kartellgeldbußenrechts (2020) 205; *Konopatsch*, Der Kartellgeldbußenbestand, ZWF 2018, 60 (68); *McAllister*, Kartellgeldbuße, 205.

¹²⁰ Vgl OGH 5.12.2011, 16 Ok 2/11, Pkt 5.4.

¹²¹ Siehe dazu die ausführliche Darstellung bei *McAllister*, Kartellgeldbuße, 81 ff und 233 ff; vgl auch *R. Bauer*, Allgemeiner Teil, 259 f.

¹²² *McAllister*, Kartellgeldbuße, 204.

¹²³ *J. Urbanek in Kert/Kodek*, Wirtschaftsstrafrecht, Rz 2.166 ff.

¹²⁴ *E. Steining*, VbVG², Vorb Rz 32.

¹²⁵ ErlRV 994 BgNR 22. GP, 7 f und 13 f: Kartellverstöße beschränken sich in ihrer schädlichen Auswirkung hinsichtlich des zu schützenden Rechtsguts auf den Vermögensbereich und können nur von Unternehmen begangen werden.

¹²⁶ *Klausner/Radinsky/Aichberger-Beig in Soyer*, Handbuch Unternehmensstrafrecht, Rz 6.7; *Ph. Strasser*, VersR 2017, 70; ähnlich auch *Leupold/Ramharter*, GesRZ 2009, 260.

¹²⁷ *Ph. Strasser*, VersR 2017, 70.

ressat einer Bußgeldsanktion sein. Diese Interpretation von § 11 VbVG greift zu kurz: Auf den ersten Blick mag die historische Auslegung von § 11 VbVG auf das Doppelbelastungsargument hinweisen, wenn die Materialien davon sprechen, dass es aus Sicht des Verbands naheliegt, „sich an jenen schadlos zu halten, die die Tat begangen haben.“¹²⁸ Es kann aber durchaus Fälle geben, in denen zwar der Verband strafrechtlich verantwortlich ist, die an der Tat beteiligten natürlichen Personen aber dennoch nicht strafrechtlich verfolgt werden können. Dazu ein Beispiel: Begeht ein Mitarbeiter iSv § 2 Abs 2 VbVG Untreue nach § 153 StGB, so ist dafür der Verband strafrechtlich verantwortlich, wenn die Straftat nach § 3 Abs 3 VbVG durch einen Organisationsmangel verursacht wurde, der einem Entscheidungsträger zuzurechnen ist.¹²⁹ Der Verband könnte wegen § 11 VbVG zunächst unstreitig nicht den tatbildlich handelnden Mitarbeiter in Regress nehmen. Gegenüber dem Entscheidungsträger dürfte das Regressverbot vor dem Hintergrund des Doppelbelastungsverbot keine Anwendung finden, weil dieser mangels gerichtlicher Strafe keine Doppelbelastung zu befürchten hat. Der Entscheidungsträger kann im genannten Beispiel das Tatbild des § 153 StGB nicht erfüllen, weil es keine fahrlässige Untreue gibt.

Ein solches Ergebnis widerspricht dem Wortlaut und dem Zweck des § 11 VbVG. Die Rechtsvorschrift differenziert nicht danach, ob die in Regress genommene natürliche Person als Anlasstsubjekt infrage kommt. Vielmehr ist der Rückgriff auf „Entscheidungsträger oder Mitarbeiter“ insgesamt ausgeschlossen, weil es für die Anwendung von § 11 VbVG irrelevant ist, ob der jeweilige Entscheidungsträger oder Mitarbeiter parallel auch tatsächlich bestraft wird.¹³⁰ Auch die Materialien sprechen nicht vom Überwälzungsverbot gegenüber rechtskräftig verurteilten Personen, sondern gegenüber „Einzelnen“, was dem Zweck der Verbandsverantwortlichkeit „diametral zuwiderlaufen“ würde.¹³¹ Dieses Ergebnis ist in systematischer Hinsicht notwendig, weil auch für die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Verbands nach dem Konzept des VbVG keine rechtskräftige Verurteilung der natürlichen Person erforderlich ist.¹³² Das Doppelbelastungsverbot liegt § 11 VbVG nicht zugrunde und kann folglich auch nicht den Beweis für die Unterschiedlichkeit zwischen dem kartell- und dem verbandsstrafrechtlichen Sanktionenregime erbringen.

All dies zeigt, dass die unter Pkt IV.5. aufgestellte These, wonach § 11 VbVG analog den Regress für Verwaltungsstrafen ausschließt, auf das kartellrechtliche Geldbußensystem zu erweitern ist. Auch hier ist die gesetzgeberische Wertung von § 11 VbVG wegen der dargelegten Ähnlichkeiten zu respektieren und dem Kartellgeldbußenregress ein Riegel vorzuschieben.

V. Fazit

1. Rechtspolitische Anmerkungen

Nach geltender Rechtslage ist aus österreichischer Perspektive von einem generellen Regressverbot für unternehmensgerich-

tete Geldstrafen auszugehen. Die in Deutschland diskutierte Frage der Haftungsbegrenzung (durch den Einwand des zivilrechtlichen Vorteilsausgleichs¹³³ oder die betragliche Beschränkung der Geschäftsleiterhaftung)¹³⁴ stellt sich in Österreich zumindest idZ ebenso wenig wie Fragen des Übermaßverbots.¹³⁵ Rechtspolitisch ist dieses Ergebnis wegen der unter Pkt III.2. erwähnten Gründe allerdings zu hinterfragen. Die gebotene analoge Anwendung von § 11 VbVG führt dazu, dass ein Geschäftsleiter selbst im zugespitzten Fall von vorsätzlichen *Hard-core*-Verstößen keine fixen finanziellen Belastungen zu befürchten hat. Als variable Größe muss dieser zwar mit Schadenersatzklagen der kartellgeschädigten Dritten rechnen, diese sind – weil fallabhängig und idR zeitverzögert – aber nicht als Sanktion mit ausreichender Präventionswirkung zu betrachten. *De lege ferenda* ist daher zu empfehlen, sich der nicht unbeträchtlichen Anzahl an Mitgliedsstaaten anzuschließen und eine unmittelbar an den Kartellverstoß anknüpfende europarechtlich zulässige¹³⁶ Bußgeldsanktion für die handelnden natürlichen Personen zu implementieren, um einer effektiven Kartellprävention¹³⁷ gerecht zu werden.¹³⁸

2. Ergebnisse

2.1. Das Kartellrecht schließt die zivilrechtliche Haftung für Geldbußen nach § 84 AktG und § 25 GmbHG nicht aus. Weder dem europäischen noch dem nationalen Kartellrecht ist zu entnehmen, dass der zivilrechtliche Bußgeldregress bereits aufgrund des Sanktionszwecks des Kartellrechts zu verneinen ist.

2.2. Aus österreichischer Perspektive ist § 11 VbVG zu beachten. Daraus lässt sich in analoger Anwendung ein Regressverbot sowohl für die im Verwaltungsstrafrecht angesiedelten Unternehmensstrafen als auch für die Kartellgeldbuße ableiten.

2.3. Rechtspolitisch ist die Bedeutung dieses Ergebnisses für das Kartellrecht zu hinterfragen. Der Geschäftsleiter hat mangels ihn persönlich treffender Sanktion keine unmittelbaren finanziellen Belastungen zu befürchten. Dies kann ein verfehltes Anreizsystem zur Folge haben und wird einer effizienten Kartellprävention nicht gerecht.

2.4. *De lege ferenda* ist die Einführung einer unmittelbar an den Kartellverstoß anknüpfenden Sanktion für die handelnden natürlichen Personen zu empfehlen.

¹³³ Käme man zum Ergebnis, dass die Kartellgeldbuße zivilrechtlich regressfähig ist, so müsste man nach nicht unumstrittener Ansicht dem Geschäftsleiter den Einwand des Vorteilsausgleichs gestatten, dass die durch den Kartellverstoß erwirtschafteten Mehrgewinne durch die Geldbuße teilweise wieder abgezogen werden. Maßgeblich wäre nur der Ahnungsteil der Geldbuße; vgl dazu *M. Brand*, Schadenersatz, 417 f; *Fleischer*, ZIP 2014, 1307; *ders* in BeckOGK AktG, § 93 Rz 257; *Rust*, ZWER 2015, 308; *Habersack*, Managerhaftung, 34; *Glöckner/Müller-Tautphaeus*, AG 2001, 346; *Spindler* in MünchKomm AktG², § 93 Rz 194; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG²⁰, § 43 Rz 46; kritisch *Koch*, AG 2012, 431 f; *Thole*, ZHR 173 (2009), 528 ff.

¹³⁴ Vgl für einen ausführlichen Überblick dazu *Brommer*, Beschränkung, 36 f; *Spindler* in MünchKomm AktG², § 93 Rz 194.

¹³⁵ *Canaris*, Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, 993; *F. Bydlinski*, System, 225 ff; *Koziol*, Grundfragen, Rz 8/24.

¹³⁶ Vgl Art 5 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr 1/2003; zur Zulässigkeit zusätzlicher Sanktionen durch das nationale Recht siehe *M. Bauer* in MünchKomm Wettbewerbsrecht P (2020) Art 5 VO (EG) 1/2003 Rz 39 f; *Brommer*, Beschränkung, 56.

¹³⁷ Zur deutschen Behördenpraxis betreffend die Verhängung von Geldbußen gegenüber natürlichen Personen siehe *Ackermann*, NZKart 2018, 2 FN 6; *Brommer*, Beschränkung, 59.

¹³⁸ Zur Notwendigkeit und Möglichkeit der kartellrechtlichen Sanktionierung von natürlichen Personen vgl ausführlich *Konopatsch*, Kartellsanktionierung, 271 ff.

¹²⁸ EIRV 994 BlgNR 22. GP, 30.

¹²⁹ Für eine ausführliche Darstellung des Organisationsverschuldens iSv § 3 Abs 3 VbVG siehe *J. Urbancik* in *Kert/Kodek*, Wirtschaftsstrafrecht, Rz 2.45 ff.

¹³⁰ So wohl auch *U. Torggler*, Ver selbständigung, 107.

¹³¹ EIRV 994 BlgNR 22. GP, 30.

¹³² OGH 17.11.2015, 14 Os 97/15v; *Lehmkuhl/Zeder* in *Höpfel/Ratz*, StGB², § 3 VbVG Rz 23; *Öner*, Das Zurechnungsmodell des VbVG, ZWF 2020, 194 (197).



Print? Digital? Kombi? Ab 2021 in drei Dimensionen!

- Print
- Digital Light: 1 Zugang
- Digital Standard: 3 Zugänge
- Print & Digital: 3 Zugänge

Jetzt Jahresabo 2021 bestellen!

Bestellformular Ja, ich bestelle

GesRZ-Jahresabo 2021
(50. Jahrgang 2021, Heft 1-6)

Print EUR 203,-
Digital light..... EUR 208,-
Digital EUR 224,-
Print & Digital EUR 226,-

Name/Firma

Kundennummer

Straße/Hausnr.

PLZ/Ort

E-Mail/Telefon

Datum/Unterschrift

- Ich stimme zu, dass die Linde Verlag GmbH meine angegebenen Daten für den Versand von Newslettern verwendet. Diese Einwilligung kann jederzeit durch Klick des Abstelllinks in jedem zugesendeten Newsletter widerrufen werden.

Mit meiner Unterschrift erkläre ich mich mit den AGB und der Datenschutzbestimmung einverstanden. AGB: lindeverlag.at/agb | Datenschutzbestimmungen: lindeverlag.at/datenschutz.

Preise Zeitschriften inkl. MwSt, zzgl. Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderungen und Irrtum vorbehalten.

Linde Verlag Ges.m.b.H
Scheydgasse 24, 1210 Wien
Handelsgericht Wien
FB-Nr: 102235X, ATU
14910701
DVR: 000 2356

Jetzt bestellen:  lindeverlag.at  office@lindeverlag.at  01 24 630  01 24 630-23