

Verbandsgeldbußenregress gegen Geschäftsleiter

– Zum Innenregress und zur Versicherbarkeit von Kartell-, DSGVO-, KI-VO- und NIS-2-Geldbußen

Jan Lüttringhaus

I. Einleitung

Die Zahl der mit Geldbußen bewehrten Tatbestände wächst kontinuierlich an. Dabei wird das deutsche Ordnungswidrigkeiten- und Sanktionenrecht zunehmend unionsrechtlich überformt: Von der DSGVO¹ über die NIS2-Richtlinie² bis hin zur KI-VO³ gibt das Unionsrecht immer neue empfindliche Geldbußen für Unternehmen vor. Die Geldbußen erreichen dabei Größenordnungen von bis zu 7% des weltweiten Jahresumsatzes beim „Hochrisiko-KI-Einsatz“ nach Art. 99 Abs. 3 KI-VO sowie von bis zu 10 % bei Verstößen gegen das EU-Kartellrecht.⁴ Ausweislich des im EU-Recht

-
- 1 Vgl. Art. 83 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl. 2016 L 119/1.
 - 2 Vgl. Art. 34 Richtlinie (EU) 2022/2555 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 über Maßnahmen für ein hohes gemeinsames Cybersicherheitsniveau in der Union, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 und der Richtlinie (EU) 2018/1972 sowie zur Aufhebung der Richtlinie (EU) 2016/1148, ABl. 2022 L 333/80.
 - 3 Vgl. Art. 99 Abs. 3 Verordnung (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 300/2008, (EU) Nr. 167/2013, (EU) Nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 und (EU) 2019/2144 sowie der Richtlinien 2014/90/EU, (EU) 2016/797 und (EU) 2020/1828, ABl. L, 2024/1689 v. 12.7.2024.
 - 4 Art. 23 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 L 1/1; Art. 15 Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, ABl. 2019 L 11/3.

verankerten sanktionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatzes⁵ müssen solche Geldbußen stets „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein.⁶

Prävention ist damit ein besonders vordringliches Anliegen der unionsrechtlichen Instrumente. Allerdings ist mit Geldbußen – im Gegensatz zu Geldstrafen – kein sozial-ethisches Unwerturteil, sondern eine nachdrückliche Pflichtenmahnung verbunden.⁷ Das gilt auch für gegen Unternehmen verhängte Verbandsgeldbußen, die eine Besserstellung von Verbänden gegenüber Einzelunternehmen verhindern, wirtschaftliche Vorteile des Rechtsverstoßes abschöpfen und die Unternehmen sowohl zur Normbefolgung als auch zur sorgfältigen Auswahl ihrer Geschäftsleiter anhalten sollen.⁸

Verbände können den Knoten nicht selbst, sondern immer nur mithilfe ihrer Organe handeln. Dem trägt § 30 OWiG dadurch Rechnung, dass Verbände mit einer Geldbuße belegt werden können, wenn ihre Organe und Leitungspersonen eine Ordnungswidrigkeit begehen, die in einem Zurechnungszusammenhang zum Verband steht.⁹ Eine Ausweitung solcher Verbandsgeldbußen über §§ 30, 130 OWiG hinaus bewirkt dabei das Unionsrecht in seiner Auslegung durch den EuGH und die nationalen Gerichte.¹⁰ Bei unionsrechtlich fundierten Geldbußen bildet dann weniger

5 Zu Begriff und Bedeutungsgehalt *Heinze*, Schadensersatz im Unionsprivatrecht: Eine Studie zu Effektivität und Durchsetzung des Europäischen Privatrechts am Beispiel des Haftungsrechts, Tübingen 2017, S. 20 ff. und 38 ff.

6 Grundlegend für die st. Rspr. EuGH Urt. v. 21.9.1989 – C-68/88, ECLI:EU:C:1989:339 Rn. 24 – Kommission/Griechenland. Siehe auch eingehend unter V.

7 Vgl. nur *Meyberg*, in: Graf (Hrsg.), BeckOK OWiG, 41. Ed., München 2024, § 30 OWiG Rn. 10; *Gädike*, in: Bruck/Möller, Großkommentar zum VVG, Bd. 4, 10. Aufl., Berlin/Boston 2022, A-7 AVB-D&O Rn. 102.

8 Vgl. LG Dortmund VersR 2023, 1314 (1315 f.). Statt vieler *Koch*, Ersatzfähigkeit von Kartellbußen – Zugl. Anmerkung zum Urteil des LAG Düsseldorf v. 20.1.2015, VersR 2015, 655 (658).

9 Zudem statuiert § 130 OWiG die ordnungswidrigkeitenrechtliche Verantwortlichkeit des Inhabers eines Betriebes oder Unternehmens, der vorsätzlich oder fahrlässig bestimmte Aufsichtsmaßnahmen unterlässt.

10 Vgl. im Anschluss an EuGH Urt. v. 5.12.2023 – C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 – Deutsche Wohnen, zuletzt KG Berlin GRUR-RS 2024, 2154: „Nach der Rechtsprechung des EuGH ... erfordert eine Verbandshaftung weder das Verschulden eines Repräsentanten (§ 30 OWiG) noch eine Aufsichtspflichtverletzung (§ 130 OWiG). Vielmehr sind Unternehmen im Deliktsbereich der DSGVO per se schuldfähig ... Die vom EuGH für den Bereich der DSGVO entwickelten sachlich-rechtlichen Grundzüge der Verbandsgeldbuße überformen, prägen und gestalten auch das diesbezügliche nationale Verfahrensrecht“.

der in § 30 OWiG liegende Pflichtenappell, sondern vielmehr der sanktionenrechtliche EU-Effektivitätsgrundsatz den Maßstab.

Wann immer das vorsätzliche oder fahrlässige Geschäftsleiterhandeln eine Geldbuße für das Unternehmen nach sich zieht, steht die Frage im Raum, ob das bebußte Unternehmen sein Organ hierfür nach 93 Abs. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG in Regress nehmen kann (II.). Allerdings besteht keine Einigkeit darüber, ob die Präventionsziele der Geldbuße womöglich durch den privatrechtlichen Innenregress nach § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG vereitelt werden: Neben widerstreitenden Auffassungen deutscher Instanzgerichte (III.), divergiert auch die Judikatur in Frankreich, in den Niederlanden und im Vereinigten Königreich (IV.). Neben dem sanktionenrechtlichen Effektivitätsgrundsatz des Unionsrechts (V.) ist auch der zugunsten von Geschäftsleitern bestehende D&O-Versicherungsschutz zu berücksichtigen (VI.), um zu einem differenzierten Fazit zu gelangen (VII.).

II. Haftungs- und schadensrechtliche Grundlagen des Geldbußenregresses nach § 93 Abs. 2 AktG/§ 43 Abs. 2 GmbHG

Bei der AG sieht § 93 Abs. 2 AktG und bei der GmbH § 43 Abs. 2 GmbHG die Ingressnahme des Geschäftsleiters vor, wenn dieser gegen seine Pflichten aus Gesetz, Satzung oder (Anstellungs)Vertrag verstößt und nicht „die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ anwendet. Für die Haftung von Geschäftsleitern genügt auf Ebene des subjektiven Tatbestands regelmäßig (leichte) Fahrlässigkeit.¹¹ Ausgenommen sind allerdings nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG Pflichtverstöße bei einer unternehmerischen Entscheidung, soweit der Geschäftsleiter vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Keine Anwendung findet diese *Business Judgement Rule* bei (Legalitäts)Pflichten, die keine Entscheidungsspielräume vorsehen: Hier kommt Geschäftsleitern selbst bei Rechtsbrüchen, die dem Unternehmen ökonomisch vorteilhaft sind („*efficient breach*“) § 93

11 Statt vieler *Fleischer*, in: ders./Goette (Hrsg.), Münchener Kommentar zum GmbHG, Bd. 2, 4. Aufl., München 2023, § 43 GmbHG Rn. 309; *Spindler*, in: Goette/Habersack/Kalss (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2, 6. Aufl., München 2023, § 93 AktG Rn. 220 ff.

Abs. 1 S. 2 AktG nicht zugute.¹² Just solche zwingenden gesetzlichen Pflichten sind i.d.R. auch bei den – mit besonders empfindlichen Geldbußen bewährten – Verstößen gegen EU-Kartellrecht, gegen die DSGVO sowie gegen unionsrechtlich determinierte Pflichten z.B. solcher nach dem der Umsetzung der NIS-2-Richtlinie dienenden NIS-2UmsuCG¹³ betroffen.¹⁴ Je höher die gegen den Verband verhängte Geldbuße ausfällt, desto größer ist der finanzielle Anreiz der Gesellschaft, ihren Geschäftsleiter in Regress zu nehmen. Dabei ist zu beachten, dass der Aufsichtsrat einer AG nach der *ARAG/Garmenbeck*-Rechtsprechung des BGH zur Prüfung und ggf. zur Verfolgung von „voraussichtlich durchsetzbaren“ und werthaltigen Regressansprüchen gegen den Geschäftsleiter verpflichtet ist.¹⁵

Klammert man entgegenstehende sanktionenrechtliche Wertungen zunächst aus,¹⁶ dürfte bei einer durch vorsätzliches oder fahrlässiges Geschäftsleiterhandeln ausgelösten Verbandsgeldbuße regelmäßig der Tatbestand von § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG erfüllt sein. Ist der Geschäftsleiter der Gesellschaft dem Grunde nach haftpflichtig, stellt sich sodann die Frage nach dem infolge einer Verbandsgeldbuße konkret entstandenen und nach §§ 249 ff. BGB ersatzfähigen Schaden. Teile des Schrifttums wollen diesen Posten schon von vornherein „nicht als zivilrechtlich ersatzfähige Vermögensschäden iSv §§ 249 ff. BGB“ qualifizieren.¹⁷ Nach allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen lässt sich das in dieser Pauschalität jedoch schwerlich begründen: Eine Verbandsgeldbuße kann

12 Siehe *Fleischer*, Kartellrechtsverstöße und Vorstandsrecht, BB 2008, 1070 f. sowie statt vieler *Spindler* (Fn. 11), § 93 AktG Rn. 52.

13 Vgl. Gesetzesentwurf der Bundesregierung für ein NIS-2-Umsetzungs- und Cybersicherheitsstärkungsgesetz v. 2.10.2024, BT-Drucks. 20/13184.

14 Vgl. nur *Fleischer* (Fn. 11), § 43 GmbHG Rn. 96; *Spindler* (Fn. 11), § 93 AktG Rn. 52 und 88.

15 BGH NJW 1997, 1926 (1927 f.). Kritisch angesichts des Meinungsstandes zum Geldbußenregress *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit (Hrsg.), Aktiengesetz – Kommentar, 2. Aufl., München 2020, § 93 AktG Rn. 96. Im Übrigen kann auch die Gesellschafterversammlung einer GmbH durch Treuepflichten gehalten sein, werthaltige Regressansprüche gegen den Geschäftsführer durchzusetzen.

16 Zur teilweise befürworteten teleologischen Reduktion der § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG im Lichte sanktionenrechtlicher Wertungen sogleich unten III. 1.

17 Z.B. *Bunte*, Regress gegen Mitarbeiter bei kartellrechtlichen Unternehmensgeldbußen, NJW 2018, 123 (125).

nach der Differenzhypothese grundsätzlich einen Schaden im Sinne des § 249 Abs. 1 BGB darstellen.¹⁸

Zu beachten ist jedoch, dass nicht sämtliche Bestandteile von Geldbußen als ersatzfähiger Schaden anzusehen sind: Denn ebenso wie Kartellgeldbußen können z.B. auch Geldbußen wegen Datenschutzverstößen nach Art. 83 Abs. 2 lit. k DSGVO *Abschöpfungsteile* umfassen, die dem sanktionierten Unternehmen jene finanziellen Vorteile nehmen sollen, die es unter Verstoß gegen (Markt)Verhaltensregeln erzielt hat. Unter dem Gesichtspunkt der schadensrechtlichen Vorteilsausgleichung müsste sich das Unternehmen beim Binnenregress gegen den Geschäftsleiter jedenfalls all jene Vermögensvorteile anrechnen lassen, die es durch dessen Pflichtverletzungen erzielt hat. Somit wären z.B. Mehreinnahmen durch kartellrechtswidrige Preisabsprachen als positiver Rechnungsposten in die Differenzhypothese einzustellen und mit der sodann erfolgten Abschöpfung zu saldieren.¹⁹ Auch wenn solche Vermögensvorteile durch den Abschöpfungsteil der Geldbuße vollständig neutralisiert werden, entsteht dem Unternehmen demnach kein Schaden i.R.d. § 249 Abs. 1 BGB.²⁰

Anders liegt der Fall aber hinsichtlich des *Ahndungsteils* der Geldbuße: Hierin liegt die eigentliche Sanktion zum Zweck der „eindringlichen Pflichtentmahnung“ und das Vermögen des Unternehmens wird in Höhe des Ahndungsteils gemindert.²¹ Die Verhängung einer Verbandsgeldbuße wird für just diese Vermögenseinbuße auch im Sinne der haftungsausfüllenden Kausalität sowohl äquivalent als auch adäquat kausal.²² Schließlich zielt auch der Schutzzweck der § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG i.V.m. der jeweils verletzten Legalitätspflicht zumindest auch darauf, das Gesellschaftsvermögen von allen durch derartige Pflichtverletzungen erwachsen-

18 So grundsätzlich auch z.B. OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 159. Statt vieler *Fleischer*, in: Stilz/Veil (Hrsg.), beck-online Großkommentar AktG, Stand: 1.2.2024, § 93 AktG Rn. 260.

19 Vgl. LG Dortmund VersR 2023, 1313 f. Statt vieler *Gädte* (Fn. 7), A-7 AVB-D&O Rn. 118 sowie allgemein z.B. *Brand*, in: Gsell (Hrsg.), beck-online Großkommentar BGB, Stand: 1.3.2022, § 249 BGB Rn. 290 ff.

20 Statt vieler *Armbrüster/Schilbach*, Nichtigkeit von VersVerträgen wegen Verbots- oder Sittenverstößes, r+s 2016, 109 (113).

21 Vgl. OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 159 sowie statt vieler *Fleischer* (Fn. 18), § 93 AktG Rn. 264.

22 Z.B. *Stancke*, Kartellrechtliche Organhaftung: Regressfähigkeit von Bußgeldern?, BB 2020, 1667 (1668 f.); *Grunewald*, Die Abwälzung von Bußgeldern, Verbands- und Vertragsstrafen im Wege des Regresses, NZG 2016, 1121 (1122).

den Verbindlichkeiten freizuhalten.²³ Vermeintliche Einschränkungen des Schutzzwecks tragen jedenfalls aus privatrechtlicher – und präziser gefasst: schadensrechtlicher – Perspektive nicht.²⁴ Hier bedürfte es vielmehr einer teleologischen Reduktion im Lichte des Sanktionenrechts, wollte man einen Anspruch aus den vorgenannten Normen ablehnen. Ob jedoch sanktionenrechtliche Wertungen in das Privatrecht hineinwirken können, beurteilt die bisherige Rechtsprechungspraxis keineswegs einheitlich.

III. Rechtsprechungslinien in Deutschland

Während das OLG Düsseldorf – ebenso wie schon einige andere Gerichte zuvor – einen Regressanspruch im Wege der teleologischen Reduktion des § 93 Abs. 2 AktG bzw. des § 43 Abs. 2 GmbHG verneinen möchte (1.), tritt das LG Dortmund mit beachtlichen Argumenten für die Regressfähigkeit von Geldbußen ein (2.). In beiden Urteilen ging es um durch deutsche Behörden verhängte Kartellbußen, was unweigerlich die Frage aufwirft, ob die Erwägungen jeweils sowohl auf unionsrechtliche Kartellsanktionen als vor allem auch auf Geldbußen in anderen Materien, etwa im Datenschutz- oder Cybersicherheitsrecht, übertragen werden können.²⁵

1. OLG Düsseldorf, LArbG Düsseldorf, LG Saarbrücken

Das OLG Düsseldorf möchte den Binnenregress gegen Geschäftsleiter jedenfalls für Verbandsgeldbußen nach deutschem Kartellrecht durch eine teleologische Reduktion der § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG beschränken.²⁶ Als erstes Argument führt das OLG an, dass das deutsche Kartellrecht gezielt zwischen Bußen für natürliche Personen einerseits und Verbandsgeldbußen andererseits differenziere und jeweils unterschiedliche Bußgeldrahmen und -zumessungsregeln vorsehe: Daraus folge zugleich,

23 Das gesteht auch das OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 159 ein.

24 Ablehnend zu solchen Ansätzen *Stancke* (Fn. 22), BB 2020, 1668 f. Mit dem Schutzzweck – allerdings des Geldbußentatbestands und nicht von § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG – argumentierend z.B. *Grunewald* (Fn. 22), NZG 2016, 1122 ff.

25 Vgl. zur DSGVO nur *Bergt*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO, BDSG – Kommentar, 4. Aufl., München 2024, Art. 83 DSGVO Rn. 24; *Lesser*, Haftungsprobleme und Versicherungslösungen bei Cyber-Risiken, Karlsruhe 2021, S. 157 f.

26 OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 152 ff. (Revision zum BGH anhängig unter Az. KZR 74/23).

dass die Verbandsgeldbuße dauerhaft das rechtlich verselbständigte Vermögen der juristischen Person treffen und nicht durch die Ingressnahme auf den Geschäftsleiter abgewälzt werden dürfe.²⁷ Als zweites Argument führt das OLG Düsseldorf an, dass die mit der Sanktion intendierten Ziele im Fall eines Binnenregresses gegen den Geschäftsleiter gerade deshalb unterlaufen würden, weil üblicherweise „eine D&O-Versicherung und damit letztlich die Versichertengemeinschaft den Schaden vollständig“ trage und der versicherte Geschäftsleiter seinen Deckungsanspruch gerade an die Gesellschaft abtreten könne.²⁸ Das OLG unterstellt dabei, dass „die D&O-Versicherung eine Deckungssumme ... in der Größenordnung ... der ... Unternehmensgeldbußen“ vorsieht und die verhängten Geldbußen den am Unternehmensumsatz orientierten Bußgeldrahmen „oft nur zu einem geringeren Teil ausschöpfen“, weshalb gerade angesichts des Versicherungsschutzes „die vom Gesetzgeber bezweckte Präventionswirkung einer Geldbuße ins Leere laufen“ würde.²⁹ Diese Annahmen und Schlussfolgerungen des OLG bedürfen indes jeweils kritischer Prüfung.³⁰

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf liegt auf derselben Linie, die bereits das LArbG Düsseldorf mit Blick auf das „Schienenkartell“ beschritten hat.³¹ *Obiter dictu* hat sich sodann auch das LG Saarbrücken zum „Badezimmerkartell“ in ähnlicher Weise geäußert: Es laufe den Sanktionszwecken einer gegen ein Unternehmen verhängten Geldbuße zuwider, wenn ein Organ in Regress genommen und die wirtschaftlichen Nachteile sodann von der D&O-Versicherung getragen würden; dies sei sogar potenziell mit dem Unionsrecht unvereinbar, weil das EU-Kartellrecht stets effektive Sanktionen fordere und ein Innenregress die wirksame Sanktionierung von Verstößen beeinträchtige.³²

27 OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 160 ff. So aus dem Schrifttum frühzeitig z.B. Horn, Die Haftung des Vorstands der AG nach § 93 AktG und die Pflichten des Aufsichtsrats, ZIP 1997, 1129 (1136); Dreher, Die kartellrechtliche Bußgeldverantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern. Vorstandshandeln zwischen aktienrechtlichem Legalitätsprinzip und kartellrechtlicher Unsicherheit, in: Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, S. 85 (103 ff.).

28 OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 167.

29 OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 167.

30 Eingehend dazu unter V., VI. und VII.

31 LArbG Düsseldorf NZKart 2015, 277 (278 f.), sodann aufgehoben durch BAG NJW 2018, 184.

32 Vgl. zu Art. 101, 105 AEUV LG Saarbrücken NZKart 2021, 64 Rn. 122 f.

2. LG Dortmund und LG Frankfurt

Das LG Dortmund³³ ist dieser Rechtsprechungslinie und insbesondere den Ausführungen des OLG Düsseldorf mit beachtlichen Argumenten entgegengetreten: Im Ausgangspunkt stünden Privat- und Ordnungswidrigkeitenrecht jeweils eigenständig nebeneinander, ohne dass das Ordnungswidrigkeitenrecht privatrechtliche Regressansprüche beschränke.³⁴ Das zeige nicht zuletzt ein Seitenblick auf die Haftung von Steuerberatern gegenüber ihren Mandanten bei (steuerlichen) Beratungsfehlern: Der BGH lässt hier nämlich in st. Rspr. einen Regress gegen die Berater auch für Geldbußen zu, welche die Steuerbehörden gegen die Mandanten verhängt haben und begründet dies u.a. damit, dass der Beratungsvertrag gerade bezwecke, die Vermögensinteressen der Mandantschaft vor solchen Einbußen zu schützen.³⁵ Diese Argumentation lasse sich auf die Ingressnahme von Geschäftsleiter übertragen, weil diese kraft ihrer organschaftlichen Pflichten sowohl zur Verhinderung von Rechtsverstößen als auch zum Schutz der Vermögensinteressen ihres Unternehmens verpflichtet sind.³⁶

Das LG Dortmund sieht zudem keine Beeinträchtigung der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktionsziele durch den privatrechtlichen Binnenregress: Das bebußte Unternehmen bleibe zunächst als primärer Sanktionsadressat zur Zahlung verpflichtet und könne sich in der Regel auch nicht auf der nachgelagerten privatrechtlichen Ebene durch die Ingressnahme des Geschäftsleiters vollständig schadlos halten.³⁷ Denn dies würde sowohl die finanzielle Leistungsfähigkeit des Geschäftsleiters als auch die Deckungssumme der D&O-Versicherung typischerweise übersteigen – wenn letztere angesichts üblicher vertraglicher Deckungsausschlüsse denn überhaupt zur Deckung verpflichtet sei.³⁸ Das bebußte Unternehmen trägt damit nicht nur das Insolvenzrisiko des Geschäftsleiters, sondern es ist auch dem ganz erheblichen Risiko ausgesetzt, dass die Regressansprüche

33 LG Dortmund VersR 2023, 1313 f. und LG Dortmund VersR 2023, 1314 ff. Für die Regressfähigkeit zumindest *obiter* auch LG Frankfurt 20.1.2023 – 2-08 O 313/20, juris, Rn. 30 ff.

34 LG Dortmund VersR 2023, 1313; LG Dortmund VersR 2023, 1314 ff. Siehe auch schon *Fleischer* (Fn. 12), BB 2008, 1073.

35 Vgl. BGH NJW 1997, 518 (519); BGH VersR 2011, 132 (133 f.). Vgl. zu einem Bankvertrag bereits BGHZ 23, 222 (224 ff.).

36 Vgl. LG Dortmund VersR 2023, 1313.

37 LG Dortmund VersR 2023, 1313; LG Dortmund VersR 2023, 1314 ff.

38 LG Dortmund VersR 2023, 1313.

trotz Bestehen einer D&O-Versicherung wertlos sind. Schon unter diesem Gesichtspunkt bleibe die Abschreckungs- bzw. Präventionsfunktion der Geldbuße bestehen.³⁹ Hinzu trete der – schon seinem Wesen nach nicht im Regresswege ersetzbarer – Reputationsschaden, den das Unternehmen immer durch eine Geldbuße erleide.⁴⁰ Auf gleicher Linie bewegt sich auch das LG Frankfurt, wenn es in einem *obiter dictum* herausstellt, dass die Verbandsgeldbuße als Sanktion zuvörderst das Unternehmen trifft, während der Regress erst im Anschluss und mit ungewissem Ausgang unternommen wird.⁴¹

IV. Rechtsvergleichende Umschau

Angesichts der Kontroverse deutscher Instanzgerichte erscheint bis zur höchststrichterlichen Klärung ein rechtsvergleichender Seitenblick auf die Lösungen in anderen Staaten hilfreich.⁴² Nach österreichischem Recht scheidet im Anwendungsbereich des § 11 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG) der Verbandsgeldbußenregress bereits kraft gesetzlicher Anordnung aus.⁴³ Eine solche legislative Entscheidung gegen den Innenregress stellt aber eine Ausnahme dar.⁴⁴ Blickt man auf die Rechtslage im Vereinigten Königreich (1.), in Frankreich (2.) und in den Niederlanden (3.) zeigt sich ein heterogenes Bild.

39 LG Dortmund VersR 2023, 1313; LG Dortmund VersR 2023, 1314 (1316).

40 LG Dortmund VersR 2023, 1313; LG Dortmund VersR 2023, 1314.

41 So LG Frankfurt 20.1.2023 – 2-08 O 313/20, juris, Rn. 30 ff. in einem Deckungsprozess.

42 Vgl. rechtsvergleichend mit Fokus auf UK und US-Bundesstaaten wie Delaware z.B. schon *Nietsch*, Corporate illegal conduct and directors' liability: an approach to personal accountability for violations of corporate legal compliance, 18 Journal of Corporate Law Studies (2018) 150 (154 f.).

43 Die Norm lautet: „Für Sanktionen und Rechtsfolgen, die den Verband auf Grund dieses Bundesgesetzes treffen, ist ein Rückgriff auf Entscheidungsträger oder Mitarbeiter ausgeschlossen.“

44 Für den umgekehrten Fall besteht dagegen aus rechtsvergleichender Perspektive weitgehend Einigkeit, dass Unternehmen ihre Angestellten und Geschäftsleiter nicht durch das im Voraus abgegebene Versprechen, Geldbußen zu zahlen, zu Rechtsbrüchen motivieren dürfen, vgl. für UK nur GEN 6.1.5 FCA Handbook (Finanzunternehmen), vgl. für Deutschland nur BAG NJW 2001, 1962 (1963) (Verstöße gegen Lenkzeiten durch Berufskraftfahrer), vgl. für Frankreich *Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris*, Rapport sur l'assurabilité des risques cyber v. 28.1.2022, S. 12 ff. m.w.N. (u.a. Führerscheinentzug).

1. Vereinigtes Königreich

Die Judikatur im Vereinigten Königreich weist keine eindeutige Stoßrichtung hinsichtlich der Regressierbarkeit von Verbandsgeldbußen gegenüber Geschäftsleitern auf: Während der Court of Appeal den Regress verneint, zeigt sich der Supreme Court deutlich offener.

a) Court of Appeal: Safeway Stores Ltd v Twigg

Der Court of Appeal hat in *Safeway Stores Ltd v Twigger* einen Regress des durch die Kartellbehörde bebußten Unternehmens gegen seinen Geschäftsleiter abgelehnt: Aus der Anwendung des *ex turpi causa*-Grundsatz folge, dass

„(i)t would be inconsistent for a claimant to be criminally and personally liable (or liable to pay penalties to a regulator such as the OFT) but for the same claimant to say to a civil court that he is not personally answerable for that conduct“.⁴⁵

Demgegenüber hatte zuvor der High Court die Anwendbarkeit des *ex turpi causa*-Grundsatzes verneint und einen Regress gegen den Geschäftsleiter mit dem Argument zugelassen, das Unternehmen werde durch die Buße gerade nicht für (höchst)persönliches Fehlverhalten sanktioniert; mangels einer „personal liability“ sei entsprechend die Regressfähigkeit gegeben.⁴⁶

b) Supreme Court: Jetivia v Bilta Ltd (obiter)

Gegen die soeben skizzierte Position des Court of Appeal in *Safeway Stores Ltd v Twigger* haben sich sodann Lord Toulson und Lord Hodge in einem *obiter dictum* in *Jetivia SA & Anor v Bilta (UK) Ltd & Ors* gewendet: Aus Sicht der Richter am UK Supreme Court könnten allenfalls *public policy*-Gründe gegen den Binnenregress angeführt werden, wobei sie ausdrücklich

45 *Safeway Stores Ltd v Twigger* 21.12.2010 [2010] EWCA Civ 1472 Rn. 16 (Longmore LJ).

46 *Safeway Stores Ltd v Twigger* [2010] EWHC 11 (Comm) (Flaux J).

keine Position dazu beziehen, ob solche Einwände bei Kartellgeldbußen durchgreifen.⁴⁷

2. Frankreich

Die französische Rechtsprechung hat sich bislang nur am Rande mit Geldbußen und deren Abwälzung auf Dritte zu befassen: Hervor stechen dabei neben einer Entscheidung der Cour d'appel Paris zwei Judikate der Cour de cassation.

a) Cour d'Appel Paris

In *M. José M. c/ SA Chubb Insurance Company* hatte die französische Finanzmarktaufsicht (AMF) einen Geschäftsleiter persönlich bebußt und dieser verlangte nun Deckungsschutz vom D&O-Versicherer seines Unternehmens.⁴⁸ Die Cour d'Appel Paris verneinte die Deckung der Geldbuße durch den D&O-Versicherer vorrangig im Wege der Auslegung des Versicherungsvertrags: Letzterer sah eine Klausel vor, wonach strafrechtliche Sanktionen vom Deckungsschutz ausgenommen bleiben.⁴⁹ Nur am Rande wird dabei die *ordre-public*-Ausnahme des Art. 6 Code civil erwähnt, die als Vorbild der Ausschlussklausel gedient habe; unter diese Norm subsumiert die Cour d'appel jedoch nicht. Die Cour d'appel setzt die von der AMF verhängten Geldbußen sodann mit Geldstrafen gleich: Aufgrund der „para-strafrechtlichen Natur“ („*nature para-pénale*“) der Bußen könne keine Deckung unter dem Versicherungsvertrag bestehen, der strafrechtliche Sanktionen explizit ausschließe.⁵⁰

b) Cour de cassation

Die französische Cour de cassation hat sich bislang in zwei Entscheidungen mit Geldbußen und deren Abwälzung auf Dritte zu befassen. Dabei begibt

47 *Jetivia SA & Anor v Bilta (UK) Ltd & Ors* [2015] UKSC 23 (Lord Toulson/Lord Hodge).

48 CA Paris 14.2.2012, n° 09/06711.

49 CA Paris 14.2.2012, n° 09/06711.

50 CA Paris 14.2.2012, n° 09/06711.

sie sich in *Frydman c/ Sté Chartis Europe* nicht auf die gleiche Linie, wie die Cour d'appel in der vorstehend beschriebenen Entscheidung: Auch hier hatte die französische Finanzmarktaufsicht AMF einen Geschäftsleiter persönlich mit einem Bußgeld belegt und dieser verlangte nun Deckungsschutz vom D&O-Versicherer seines Unternehmens.⁵¹ Weder die Vorinstanzen noch die Cour de cassation setzten sich in diesem Zusammenhang mit etwaigen Einwänden gegen die Erstattungsfähigkeit von Geldbußen, etwa unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Vereitlung der Präventionswirkung, auseinander, sondern begnügten sich mit dem Argument, dass der Geschäftsleiter vorsätzlich gehandelt habe, was zur Leistungsfreiheit des Versicherers unter dem D&O-Versicherungsvertrag führt.⁵² In *Société Avenir finance investment manager c/ Société Ace european group Limited* hatte die AMF eine Verbandsgeldbuße erlassen und das bebußte Unternehmen nahm nun zwar nicht ihren Geschäftsleiter in Regress, sondern verlangte unmittelbar Deckungsschutz von seinem (Betriebshaftpflicht)Versicherer.⁵³ Wiederum geht die Cour de cassation nicht auf eine etwaige Vereitlung der Präventionswirkung der Geldbuße ein. Vielmehr lehnt die Cour de cassation die Ansprüche des Unternehmens unter Verweis auf Verstöße gegen die – mit § 2 VVG korrespondierenden – Grundsatz des französischen Versicherungsvertragsrechts ablehnen, wonach keine Deckung besteht, wenn der Eintritt des Versicherungsfalls bereits bei Vertragsschluss feststeht und somit kein aleatorisches Moment mehr besteht.⁵⁴ In beiden Entscheidungen fällt auf, dass die Cour de cassation offenbar die – systematisch grundsätzlich vorrangige – Nichtigkeit des Deckungsversprechens wegen möglicher Beeinträchtigung der Sanktionsziele der Geldbuße nicht einmal als Hilferwägung oder *obiter dictum* anführt. So ist im französischen Schrifttum z.T. der Eindruck entstanden, dass Geldbußen auf Dritte abgewälzt werden können.⁵⁵

3. Niederlande

In der niederländischen Rechtsprechung hat sich – soweit ersichtlich – bislang nur die Rechtbank Noord-Nederland in der Entscheidung *Gerald*

51 Cass. 2e civ. 14.6.2012, n° 11-17.367.

52 *Grynbaum*, Rev. sociétés 2012, 637 ff.; ders., Rev. sociétés 2020, 103 ff. m.w.N.

53 Cass. 2e civ. 13.6.2019, n° 17-26.171.

54 Vgl. Cass. 2e civ. 13.6.2019, n° 17-26.171.

55 Kritisch *Grynbaum*, Rev. sociétés 2020, 103 ff. m.w.N.

Willem Breuker mit dem Binnenregress von Verbandsgeldbußen gegen Geschäftsleiter befasst.⁵⁶ Im Gefolge des „Nordsee-Shrimps-Kartells“ war ein an EU-kartellrechtswidrigen Preisabsprachen beteiligtes Unternehmen von der EU-Kommission mit einer Geldbuße belegt worden und nahm nun einen seiner ehemaligen Geschäftsleiter in Regress, der selbst an den Kartellabsprachen beteiligt war.⁵⁷ Die Rechtbank Noord-Nederland ließ den Binnenregress zu und äußerte insbesondere keine Bedenken hinsichtlich einer etwaigen Beeinträchtigung der Präventionswirkung der Geldbuße, sondern deutete – ganz im Gegenteil – an, dass das Unionsrecht die Haftung von Organen kartellbeteiligter Unternehmen womöglich sogar gebieten könne.⁵⁸

Diese Annahme der Rechtbank Noord-Nederland steht quer zum Begründungsansatz des LG Saarbrücken, das durch den Innenregress eine Beeinträchtigung der Effektivität des Unionsrechts fürchtete.⁵⁹ Vor diesem Hintergrund erscheint eine nähere Auseinandersetzung mit dem unionsrechtlichen Rahmen angezeigt.

V. Unionsrechtlicher Effektivitätsgrundsatz und Anreizwirkung des Geldbußenregresses

Bei unionsrechtlich fundierten Geldbußen steht nicht der in § 30 OWiG liegende Pflichtenappell allein im Vordergrund: Vielmehr gebietet hier der in Art. 4 Abs. 3 EUV wurzelnde sog. sanktionenrechtliche Effektivitätsgrundsatz⁶⁰, dass solche Sanktionen stets nach Maßgabe der jeweiligen EU-Rechtsakte „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein müssen.⁶¹ Mithilfe des Effektivitätsgrundsatzes kann das Unionsrecht nach st. Rspr. des EuGH auch auf andere, nicht durch unionale Rechtsakte angeglichenen Felder des nationalen Rechts überwirken, wenn und soweit die unharmonisierten Normen – etwa solche des nationalen (Zivil)Verfahrens- oder allge-

56 Rechtbank Noord-Nederland 23.9.2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:329.

57 Vgl. Rechtbank Noord-Nederland 23.9.2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:329.

58 Vgl. Rechtbank Noord-Nederland 23.9.2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:329. Eingehend *Franck/Seyer*, Management Liability for Companies' Antitrust Fines, Discussion Paper Series – CRC TR 224 (Discussion Paper No. 429 Project B 05), November 2023.

59 Vgl. erneut LG Saarbrücken NZKart 2021, 64 Rn. 122 f.

60 Zu Begriff und Bedeutungsgehalt *Heinze*, Schadensersatz (Fn. 5), S. 20 ff. und 38 ff.

61 St. Rspr. seit EuGH Urt. v. 21.9.1989 – C-68/88, ECLI:EU:C:1989:339 Rn. 24 – Kommission/Griechenland.

meinen Ordnungswidrigkeitenrechts – die Wirksamkeit des Unionsrechts in harmonisierten Bereichen zu beeinträchtigen drohen.⁶² Auch mit Blick auf kartellrechtliche Geldbußen hat die EU-Kommission in *amicus-curiae*-Verfahren bereits den Effektivitätsgrundsatz in Stellung gebracht, um zu begründen, dass die steuerliche Abzugsfähigkeit von Geldbußen nach nationalem Steuerrecht die Effektivität der unionsrechtlich vorgesehenen Sanktionen beeinträchtigen könnte.⁶³ Der EuGH hat hierzu bislang nur in einem *obiter dictum* Stellung bezogen.⁶⁴ Die für die hiesige Problemstellung relevante Frage lautet, ob ein Binnenregress gegen die handelnden Geschäftsleiter aus der Sicht des Unionsrechts die Ziele der Geldbußen zu untergraben droht. Dagegen lässt sich zunächst anführen, dass dem EU-Recht eine „*no-contribution rule*“ nach US-Vorbild fremd ist: Das Unionsrecht gestattet ohne Weiteres den Regress einer Geldbuße unter Mitkartellanten entsprechend der jeweiligen Verantwortungsbeiträge⁶⁵ und die Richtlinie (EU) 2019/1 überlässt den Rückgriff dabei explizit den „Vorschriften des nationalen Rechts“.⁶⁶ Es erscheint damit unter Wertungsgesichtspunkten wenig stimmig, die nach nationalem Recht mögliche Inanspruchnahme des für den Verstoß verantwortlichen Geschäftsleiters im Wege eines Binnenregresses gemäß § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG grundlegend anders zu behandeln.⁶⁷ Ausgehend von der Sanktions- und Anreizwirkung des Regresses (1) könnte der unionale Effektivitätsgrundsatz indes sogar einen Binnenregress zur Vermeidung von Präventionslücken gebieten (2).

62 Vgl. zuletzt zum deutschen OWiG jüngst KG Berlin GRUR-RS 2024, 2154 Rn. 10 ff. und insbesondere Rn. 14 und 16 im Anschluss an EuGH Urt. v. 5.12.2023 – C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 – Deutsche Wohnen.

63 Vgl. etwa EU-Kommission v. 8.3.2012 – s.j.e(2012)227414 Rn. 25 und 29 – Tessenderlo Chemie v Belgische Staat.

64 Vgl. EuGH 11.6.2009 – C-429/07, ECLI:EU:C:2009:359 Rn. 39 – Inspecteur van de Belastingdienst.

65 Deutlich etwa EuG 3.3.2011 – Rs. T-122/07 u.a., ECLI:EU:T:2011:70 Rn. 158 f. – Siemens Österreich; EuG 29.2.2016 – Rs. T-265/12, ECLI:EU:T:2016:111 Rn. 209, 224 – Schenker.

66 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 48 Richtlinie (EU) 2019/1 sowie Erwägungsgrund Nr. 30 Verordnung (EG) Nr. 1/2003.

67 So auch *Nietsch*, Der Geschäftsleiterregress im Zusammenhang mit Kartellvergehen, NJW 2024, 471 (475).

1. Sanktions- und Anreizwirkung des Binnenregresses

Juristische Personen können denknotwendig nur durch ihre Organe handeln und es obliegt ihren Geschäftsleitern, die Einhaltung von (Legalitäts)Pflichten zu organisieren und zu überwachen. Indem nun die Geschäftsleiter im Zuge des Binnenregresses für Verbandsgeldbußen nach § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG selbst in die Haftung genommen werden, setzt das ebenso scharfe wie ständig präsente Damoklesschwert des Regresses exakt bei dem Personenkreis an, der die Einhaltung der Legalitätspflichten im Verband sicherzustellen hat. Die Anreiz- und Präventionswirkung des Binnenregresses von Verbandsgeldbußen ist damit besonders zielgenau und wirkmächtig: Denn die potenziell existenzgefährdende Haftung nach § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG wird Geschäftsleiter dazu anhalten, besonders genau auf die Einhaltung, Organisation und Überwachung der jeweiligen mit Geldbußen bewährten Legalitätspflichten zu achten. Gerade unter Anreizgesichtspunkten dürfte der Binnenregress also die sanktionenrechtlich intendierte Präventionswirkung erheblich stärken. Das gilt umso mehr, als der *ex post*-Regress aus gesellschaftsrechtlicher Sicht – in Ermangelung von *ex ante*-wirkenden Instrumenten – zugleich die einzig praktikable Sanktionsmaßnahme ist.⁶⁸

Hinzu kommt, dass durch den Innenregress von Verbandsgeldbußen zugleich Fehlanreize vermieden werden: Denn wenn man – wie jüngst z.B. das OLG Düsseldorf –⁶⁹ die Regressfähigkeit verneint und die Geschäftsleiter privatrechtlich von allen finanziellen Folgen ihrer Pflichtverletzungen befreit, erhöht man potenziell ihre Risikobereitschaft, wirtschaftlich nützliche Legalitätspflichtverletzungen zu begehen. Schließlich können die Geschäftsleiter aus den – etwa durch Kartellabsprachen oder DSGVO-widrigen Datenverarbeitungen – rechtswidrig für das Unternehmen generierten Mehrgewinnen oftmals selbst finanzielle Vorteile ziehen, z.B. im Wege einer an Umsatzziele gekoppelte Vergütung.⁷⁰ Es lässt sich nicht von der Hand weisen, dass solchem unerwünschtem Verhalten und einer regelrechten „Kultur des efficient breach“ Vorschub geleistet werden könnte, wenn der

68 Fleischer, Regresshaftung von Geschäftsleitern wegen Verbandsgeldbußen, DB 2014, 345 (347). Das LG Dortmund VersR 2023, 1313 hält die Anerkennung des Binnenregress deshalb für „zwingend“.

69 Vgl. erneut OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279.

70 Vgl. auch Walter/Scholz, Zulässigkeit und Grenzen des Kartellbußgeldregresses, GmbHR 2015, 449 (453).

Innenregress nach § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG für Verbands-geldbußen von vornherein ausgeschlossen wäre.⁷¹

Unter diesen Gesichtspunkten dürfte die mit dem Binnenregresses von Verbandsgeldbußen verbundene Sanktions- und Anreizwirkung mit dem unionalen sanktionenrechtlichen Effektivitätsgrundsatz durchaus vereinbar, gegebenenfalls sogar durch diesen geboten sein. Hinzu kommt, dass in bestimmten Konstellationen womöglich erst der Binnenregress eine lückenlose und effektive Sanktion erlaubt.

2. Lückenschließung im Verhältnis von Individual- und Verbandsgeldbußen

Gegen die Regressfähigkeit von Verbandsgeldbußen wird häufig das Argument des ausdifferenzierten Geldbußenregimes für natürliche Personen einerseits und Verbände andererseits angeführt.⁷² Allerdings zeigt eine aktuelle rechtstatsächliche Betrachtung durch *J-U Franck/Seyer* zumindest für das deutsche Kartellrecht auf, dass hier individuelle Sanktionen gegenüber Geschäftsleitern eine Ausnahme bleiben: In den letzten 30 Entscheidungen des BKartA sind pro Entscheidung durchschnittlich gerade einmal 0,6 natürliche Personen mit Geldbußen belegt worden.⁷³ Im unionalen Kartellrecht ist der EU-Kommission die Inanspruchnahme von natürlichen Personen und damit selbst von solchen Geschäftsleitern verwehrt, die ganz gezielt Kartellabsprachen treffen.⁷⁴ Ein ähnliches Bild zeigt sich auch in anderen Materien und so z.B. im unionalen Datenschutzrecht: Nach der Konzeption von Art. 83 und Art. 58 Abs. 2 DSGVO sind nur das Daten verarbeitende Unternehmen als „Verantwortlicher“ sowie ggf. dessen „Auftragsverarbeiter“ als Adressaten von Geldbußen.⁷⁵ Die individuelle Bebußung von Geschäftsleitern ist hingegen keineswegs unionsrechtlich vorgezeichnet.⁷⁶ Ob und inwieweit mitgliedstaatliche (Datenschutz)Behör-

71 LG Dortmund VersR 2023, 1313.

72 Vgl. OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 160 ff. m.w.N.

73 Vgl. *Franck/Seyer* (Fn. 58).

74 Vgl. nur Art. 101, 102 AEUV sowie statt aller *Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Körber/Schweitzer/Zimmer (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl., München 2019, Vor Art. 23 VO 1/2003 Rn. 74.

75 Statt aller m.w.N. *Bergt* (Fn. 25), Art. 83 DSGVO Rn. 21 ff.

76 Statt aller wiederum *Bergt* (Fn. 25), Art. 83 DSGVO Rn. 21. Im Lichte des (sanktionenrechtlichen) Effektivitätsgrundsatzes fordert EuGH Urt. v. 5.12.2023 – C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 – Deutsche Wohnen, sowie daran anknüpfend das KG Berlin

den auf Grundlage weitergehender Regelungen des nationalen Rechts i.S.d. Art. 84 DSGVO auch handelnde Leitungspersonen mit Geldbußen belegen (können),⁷⁷ wäre im Wege einer rechtsvergleichenden und rechtstatsächlichen Untersuchung zu klären, die den Rahmen dieses Beitrags sprengt. Ein kurzer Seitenblick auf die jüngere mitgliedstaatliche Geldbußenpraxis in besonders prominenten Fällen spricht indes dafür, dass Adressaten dieser Bußgelder *prima facie* allein die Unternehmen als „Verantwortliche“ i.S.d. DSGVO waren: Soweit ersichtlich, ist z.B. bei den zur Sanktion von DSGVO-Verstößen verhängten Geldbußen gegen Meta, Google, TikTok, Amazon, Vonovia, Facebook und H&M jeweils keine Rede von weiteren individuellen Geldbußen gegen Geschäftsleiter.⁷⁸

Ähnlich wie die DSGVO sieht auch das unionale Cyber-Sicherheitsrecht in Art. 34 NIS2-Richtlinie grundsätzlich nur einen (hier: auf „Einrichtungen“)⁷⁹ begrenzten Adressatenkreis für Geldbußen vor. Ob eine „*under-deterrence*“ von Geschäftsleitern droht, mag deshalb auch hier davon abhängen, ob gegen sie ein Innenregress eröffnet ist, wie dies punktuell sowohl die Richtlinie selbst als auch ein früher NIS2UmsCSG-Referentenentwurf nahelegen.⁸⁰

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass nicht nur im unionalen Kartellrecht, sondern z.B. auch bei der Sanktion von DSGVO-Verstößen gerade deshalb eine „*prevention gap*“ bestehen könnte, weil die Geschäftsleiter als handelnde Akteure kaum individuelle Sanktionen zu fürchten haben.⁸¹ Abhilfe könnte hier der Innenregress gegen Geschäftsleiter nach § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 42 Abs. 2 GmbHG bieten, wenn eine Verbandsgeldbuße gegen das Unternehmen verhängt wird. Das gilt selbst in den – durch die jüngere EuGH-Judikatur vorgezeichneten – Fällen, in denen auch jenseits einer

GRUR-RS 2024, 2154, ohnehin die Verhängung von Verbandsgeldbußen nach Art. 83 DSGVO auch jenseits von nach den nationalen Regelungen in §§ 30, 130 OWiG relevanten Verstößen individueller (Leitungs)Personen.

77 Dagegen etwa Schwartmann/Jacquemain, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl., Heidelberg 2020, Art. 84 DSGVO Rn. 10.

78 Vgl. nur die Übersicht der jeweiligen Sanktionsadressaten bei <https://www.enforcementtracker.com/?insights>.

79 Vgl. Art. 6 Nr. 38 NIS-2-Richtlinie.

80 So fordert zum einen neben Art. 20 Abs. 1 nun Art. 32 Abs. 6 NIS-2-Richtlinie zumindest bei sog. „wesentlichen Einrichtungen“ besonders deutlich, dass auch deren Geschäftsleiter als natürliche Personen „haftbar gemacht werden können“. Zum anderen sah der BMI-Referentenentwurf v. 3.7.2023, S. 118 ausdrücklich den Innenregress für Geldbußen vor. Dieser Punkt findet sich aber nicht mehr im Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 22.7.2024.

81 So für das unionale Kartellrecht schon Franck/Seyer (Fn. 58).

Zurechnung von (Geschäftsleiter)Handeln nach §§ 30, 130 OWiG eine Verbandsgeldbuße verhängt wird: Denn auch wenn der Geschäftsleiter nicht (selbst) nach den strenger ordnungswidrigkeitenrechtlichen Maßstäben verantwortlich ist, so kann er dennoch nach den abweichenden zivilrechtlich Maßstäben gemäß § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG der Gesellschaft für eine gegen sie verhängte Geldbuße haftpflichtig sein. Auch in diesen Konstellationen entfaltet sich die Präventionswirkung gegenüber den Geschäftsleitern einzig und allein über den Binnenregress.

Zumindest in den dargestellten Konstellationen verfängt das Argument unterschiedlicher Regimes für Verbands- und Individualgeldbußen schon deshalb nicht, weil die individuelle ordnungswidrigkeitenrechtliche Inanspruchnahme von Geschäftsleitern entweder häufig ausbleibt oder gar nicht vorgesehen ist. Der Binnenregress schließt damit die bestehende „*prevention gap*“ und entfaltet erst für sich genommen effektive Präventionswirkung. Vieles spricht dafür, dass der Binnenregress gegen Geschäftsleiter nicht nur mit dem sanktionenrechtlichen Effektivitätsgrundsatz vereinbar, sondern sogar ein Gebot praktisch wirksamer Sanktionen ist. Dieser Ansatz scheint nun auch im Kontext der NIS2-Richtlinie und ihrer Umsetzung in nationales Recht auf.⁸²

Bejaht man vor diesem Hintergrund die grundsätzliche Regressfähigkeit von Verbandsgeldbußen, so bleibt zu fragen, ob das Bestehen von D&O-Versicherungsschutz eine sodann die Präventionswirkung der Geldbuße vereitelt.

VI. D&O-Versicherung im Verbandsgeldbußenregress

Während gesetzliche Verbote des Regresses von Verbandsgeldbußen selten sind (1.), wird die Vereitelung der Präventionswirkung von Verbandsgeldbußen häufig mit der – vermeintlichen – Leistungspflicht des D&O-Versicherers begründet: Der versicherte Geschäftsleiter könne seinen Freistellungsanspruch gegen den Versicherer an das bebußte Unternehmen abtreten, sodass durch die Übernahme der wirtschaftlichen Folgen der Sanktion durch den D&O-Versicherer die vom Gesetzgeber bezweckte Präventionswirkung einer Geldbuße ins Leere laufe.⁸³ Dieser Einwand übergeht jedoch

82 Vgl. erneut neben Art. 20 Abs. 1 insbesondere Art. 32 Abs. 6 NIS-2-Richtlinie einerseits und den BMI-Referentenentwurf v. 3.7.2023, S. 118 andererseits.

83 OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 167; LG Saarbrücken NZKart 2021, 64 Rn. 123.

sowohl die in D&O-Versicherungsverträgen üblichen Risikoausschlüsse (2.) als auch die begrenzten Versicherungssummen und etwaigen Sublimits für (Geldbußen)Deckungskonzepte (3.).

1. D&O-Deckung für den Verbandsgeldbußenregress

Explizite gesetzliche Versicherungsverbote für Geldbußen sind eine Seltenheit. Im italienischen Recht stellt Art. 12(1) *Codice delle Assicurazione Private* beispielsweise unter Nichtigkeitsdrohung heraus, dass die vertragliche Übertragung des Risikos, eine Geldbuße zahlen zu müssen, verboten ist.⁸⁴ Vergleichbare Regelungen finden sich – sachlich allerdings eng begrenzt auf Geldbußen der Finanzaufsichtsbehörde (FCA) – auch im Vereinigten Königreich.⁸⁵ Hingegen hat es die französische Cour de cassation bislang vermieden, sich klar zu Versicherbarkeit von Geldbußen zu positionieren.⁸⁶ Die o.g. Regelungen und Judikate beziehen sich jedoch zumeist auf die *Eigenschadendeckung* des unmittelbaren Adressaten der Geldbuße: In diesen Konstellationen geht es also um die Erstattung der Geldbuße durch den Versicherer an den bebußten Versicherten.⁸⁷

Demgegenüber ist die Lage bei der D&O-Deckung des Innenregresses gegen Geschäftsleiter eine andere: Hier wird Versicherungsschutz nur für die zivilrechtliche Haftung des versicherten Geschäftsleiters gegenüber der Gesellschaft nach § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG gewährt. Bejaht man die zivilrechtliche Regressfähigkeit auf der Haftungsebene, so wird man deshalb auf der Deckungsebene mit dem LG Frankfurt ebenfalls eine ohne weiteres versicherbare Vermögensschadenhaftpflicht annehmen können.⁸⁸ Dieser Befund bedeutet indes noch lange nicht, dass in der Praxis umfassende D&O-Deckung für Geldbußen besteht.

84 Die Norm lautet auszugsweise: „Sono vietate le ... assicurazioni che hanno per oggetto il trasferimento del rischio di pagamento delle sanzioni amministrative ... In caso di violazione del divieto il contratto è nullo“.

85 Vgl. GEN 6.1.5 FCA Handbook.

86 Vgl. Cass. 2e civ. 14.6.2012, n° 11-17.367; Cass. 2e civ. 13.6.2019, n° 17-26.171. Anders zuvor zu Geldbußen der Finanzaufsichtsbehörde AMF aber CA Paris 14.2.2012, n° 09/06711. Dazu statt vieler *Grynbaum*, Rev. sociétés 2020, 103.

87 Deutlich weiter geht aber das personen- und folgenbezogene Verbot in UK nach GEN 6.1.5 FCA Handbook („any person“ und „effect of indemnifying“).

88 LG Frankfurt 20.1.2023 – 2-08 O 313/20, juris, Rn. 49 ff. wendet sich u.a. unter Verweis auf *Armbrüster/Schilbach* (Fn. 20), r+s 2016, 113 überzeugend gegen den Einwand des D&O-Versicherers, dass das Deckungsversprechen gegen § 138 Abs. 1 BGB verstoße und nichtig sei.

2. Ausschluss von Vorsatz und wissentlicher Pflichtverletzung in der D&O-Versicherung

Wie in allen Haftpflichtversicherungen so ist auch in der D&O-Versicherung gem. § 103 VVG Vorsatz nicht versichert.⁸⁹ Marktübliche D&O-Versicherungsverträge enthalten zusätzlich einen Risikoausschluss für „wissentliche Pflichtverletzungen“.⁹⁰ Wissentlichkeit setzt *dolus directus* zweiten Grades voraus und erfordert im Zeitpunkt der Pflichtverletzung sowohl Pflichtbewusstsein – d.h. die positive Kenntnis der Pflicht – als auch Pflichtverletzungsbewusstsein – d.h. das sichere Wissen, pflichtwidrig zu handeln.⁹¹ Im Unterschied zu § 103 VVG ist bei der „wissentlichen Pflichtverletzung“ kein Vorsatz bezüglich des Schadenserfolgs – hier also der Vermögensminderung infolge der Verhängung einer Verbands Geldbuße – erforderlich.⁹² Gerade wenn ein Geschäftsleiter gegen besonders grundlegende und mit (Kartell)Geldbußen bewehrte Pflichten verstößt, dürfte der Ausschlussstatbestand der „wissentliche Pflichtverletzung“ nahe liegen.⁹³ Eine Leistungspflicht des D&O-Versicherers dürfte dann regelmäßig auch nicht über den „Umweg“ einer Inanspruchnahme ressortfremder Geschäftsleiter zu erreichen sein:⁹⁴ Rechtsverstöße und insbesondere Kartellabsprachen geschehen meist im Verborgenen, so dass schon die haftpflichtbegründende Überwachungspflichtverletzung ressortfremder Geschäftsleiter nicht ohne weiteres belegbar sein wird.⁹⁵ Wo hingegen der Rechtsbruch des handelnden Geschäftsleiters auch für die übrige Geschäftsführung offenkundig ist, liegt gegenüber den sodann untätig bleibenden ressortfremden Geschäftsleitern der Vorwurf einer wissentlichen

89 Vgl. auch Ziff. A-7.1 D&O-Musterbedingungen des GDV (Mai 2020).

90 Vgl. Ziff. A-7.1 D&O-Musterbedingungen des GDV (Mai 2020): „Vom Versicherungsschutz ausgeschlossen sind Haftpflichtansprüche [...] A-7.1 [...] durch [...] wissentliche Pflichtverletzung“.

91 Vgl. nur BGH VersR 2006, 106 Rn. 26 f.; BGH VersR 1987, 174 (175).

92 Vgl. nur BGH NJW-RR 2001, 1311 (1312).

93 Vgl. – mit kritischer Würdigung der sog. Kardinalpflichten – Korch/Lüttringhaus, Kardinalpflichten und D&O-Versicherung: Ein kardinales Missverständnis?, VersR 2024, 537 ff.

94 So aber wohl Wagner von Papp, The Interplay Between Corporate Law and Competition Sanctions or Remedies (Working Paper v. 15.9.2023), im Erscheinen in: Thépot/Tzanaki (eds.), Research Handbook on Competition and Corporate Law (Edward Elgar), abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=4578598> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4578598> (zuletzt abgerufen am 22.12.2024).

95 Anders bei Fehlen jeglichen Compliance-Systems LG Saarbrücken NZKart 2021, 64.

(Überwachungs)Pflichtverletzung nahe, die ebenfalls zum Deckungsausschluss führt.

3. Begrenzte Leistungspflicht des D&O-Versicherers: Versicherungssumme, Sublimits und Selbstbehalt

Hinzu kommt, dass die Deckungssumme der D&O-Versicherung zum einen insgesamt und zum anderen in Bezug auf einzelne Geschäftsleiter beschränkt wird.⁹⁶ Deckungssummen für Geschäftsleiter i.H.v. (mehreren) hundert Millionen bilden eine Ausnahme und selbst wo internationale Konzerne solche Größenordnungen erreichen, werden die für einzelne Geschäftsleiter verfügbaren maximalen Individualdeckungen i.d.R. auf einen kleinen Bruchteil der Gesamtsumme begrenzt.⁹⁷ Vor allem aber werden in der Praxis gerade für die Deckung von Geldbußen und sog. *punitive damages* weitere Sublimits vorgesehen, welche die Leistungspflicht des Versicherers ganz erheblich einschränken: So enthalten marktübliche Klauseln für die Bußgelddeckung explizit ein Sublimit, das regelmäßig auf maximal 250.000 bis 2.000.000 Euro pro Ereignis und Versicherungsperiode festgelegt wird. Zudem schreibt § 93 Abs. 2 S. 3 AktG einen Selbstbehalt i.H.v. mindestens 10 % des Schadens vor, den der Geschäftsleiter als versicherte Person zu tragen bzw. eigenständig zu versichern hat.⁹⁸

Gerade durch ihr Zusammenspiel begrenzen die vorgenannten Instrumente die Leistungspflicht des D&O-Versicherers in jedem Fall erheblich. Vor allem der Ausschluss wissentlicher Pflichtverletzungen und die in marktgängigen Bedingungswerken anzutreffenden geringen Sublimits – z.B. i.H.v. maximal 250.000 Euro pro Versicherungsperiode – dürften dazu führen, dass der D&O-Versicherer entweder vollständig leistungsfrei oder aber nur zu Deckung eines recht überschaubaren Umfangs des Regressanspruchs nach § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG verpflichtet ist. Eine Verbandsgeldbuße dürfte ihre Abschreckungs- und Präventionsfunktio-

96 Vgl. nur *Armbrüster*, in: Bruck/Möller, VVG (Fn. 7), Einf. AVB D&O Rn. 136.

97 So mögen zwar im Fall eines großen deutschen Autoherstellers die Geschäftsleiter insgesamt rund 500 Millionen EUR Deckungssumme zur Verfügung haben; ihre individuelle Deckung liegt indes erheblich darunter, vgl. nur LG Hannover 12.10.2022 – 23 O 63/21, juris, Rn. 98 und 112.

98 Die Obergrenze bildet hier das Eineinhalbfache der festen jährlichen Vergütung des Geschäftsleiters, vgl. § 93 Abs. 2 S. 3 AktG.

on damit auch dann entfalten, wenn zugunsten des für diese Geldbuße in Regress genommenen Geschäftsleiters eine D&O-Versicherung besteht.⁹⁹

VII. Fazit

In der ebenso langwierigen wie umfangreichen Debatte um den Innenregress von Verbandsgeldbußen liegt des Pudels Kern in der Beziehung von Sanktionenrecht und privatrechtlicher Geschäftsleiterhaftung: Stehen diese Rechtsgebiete unverbunden nebeneinander oder kann die Präventionsfunktion von Verbandsgeldbußen auf den privatrechtlichen Regressanspruch sowie auf dessen Versicherbarkeit einwirken? Insoweit fügt sich diese Frage in die – z.B. auch bei *punitive damages* – seit Langem geführte Diskussion ein, ob der Verhaltenssteuerung dienende Sanktionen regressier- und versicherbar sein sollten.¹⁰⁰ Die rechtsvergleichende Betrachtung der Lösungen in anderen Staaten ergibt ein heterogenes Bild und liefert zugleich wichtige Impulse.

Grundsätzlich sind sowohl der privatrechtliche Innenregress als auch die Frage der Versicherungsdeckung von der sanktionenrechtlichen Dimension unabhängig: Auf Ebene des Ordnungswidrigkeitenrechts bleibt das Unternehmen unverändert Sanktionsadressat und erst auf der nachgelagerten privatrechtlichen Ebene entscheidet sich, ob – und bejahendenfalls: in welchem Umfang – das bebußte Unternehmen seinen Geschäftsleiter haftbar machen kann.¹⁰¹ Die D&O-Deckungsfrage stellt sich sodann regelmäßig erst im Zuge dieser Ingressnahme.¹⁰²

Selbst wenn man ordnungswidrigkeitenrechtliche Wertungen grundsätzlich auf die Haftungs- und Deckungsebene überwirken lassen möchte, ist keine Vereitelung der Präventionswirkung von Geldbußen zu besorgen. Denn das zur Zahlung der Verbandsgeldbuße verpflichtete Unternehmen trägt nicht nur das – erhebliche – Insolvenzrisiko des Geschäftsleiters, sondern es dürfte sich auch kaum durch den D&O-Versicherungsschutz des Geschäftsleiters gänzlich schadlos halten können: Handelt der versi-

99 Im Ergebnis ebenso LG Dortmund VersR 2023, 1313; LG Dortmund VersR 2023, 1314 ff.

100 Eingehend Lüttringhaus, Punitive Damages and Insurance, in: Lutzi (ed.), Punitive Damages, Tübingen 2025 (im Erscheinen).

101 In diesem Sinne z.B. auch Grigoleit/Tomasch (Fn. 15), § 93 AktG Rn. 96.

102 Vgl. aber auch LG Frankfurt 20.1.2023 – 2-08 O 313/20, juris.

cherte Geschäftsleiter vorsätzlich oder begeht er eine wissentliche Pflichtverletzung, ist der D&O-Versicherer schon gar nicht leistungspflichtig.¹⁰³ Doch auch wenn kein Ausschluss eingreift, wird die Eintrittspflicht des Versicherers durch den Selbstbehalt nach § 93 Abs. 2 S. 3 AktG sowie durch die verfügbare Versicherungssumme beschränkt. Ein zentraler Punkt wird in der bisherigen Debatte dabei ausgeblendet: Marktübliche D&O-Versicherungsbedingungen sehen vergleichsweise niedrige Sublimits für Geldbußendeckungen vor. Als ein Beispiel lässt sich ein Sublimit von 20% der Versicherungssumme anführen, dass sodann noch betragsmäßig auf maximal 250.000 Euro für die gesamte Versicherungsperiode begrenzt wird. Die in der Rechtsprechung gegen die Regressfähigkeit angeführte Behauptung, dass eine marktübliche „D&O-Versicherung eine Deckungssumme ... in der Größenordnung ... der ... Unternehmensgeldbußen“ vorsieht,¹⁰⁴ dürfte also in dieser Pauschalität kaum haltbar sein. Gerade aufgrund der vorgeannten Deckungsausschlüsse, der begrenzten Versicherungssumme und vor allem des niedrigen Sublimits bleibt die mit der Geldbuße intendierte Präventionsfunktion nach der hier vertretenen Auffassung bestehen.¹⁰⁵

Wenig begründet erscheinen auch Befürchtungen, dass durch die Ingressnahme von Geschäftsleitern zum einen die Differenzierung zwischen Bußen für natürliche Personen und Verbandsgeldbußen aufgelöst und zum anderen Geschäftsleiter über Gebühr sanktioniert werden.¹⁰⁶ Denn diese Annahme steht schon im nationalen Kartellrecht rechtstatsächlich auf tönernen Füßen.¹⁰⁷ Vor allem verfängt diese Argumentation – mangels unionsrechtlich vorgesehener Individualgeldbußen für Geschäftsleiter – weder im EU-Kartellrecht noch z.B. im Anwendungsbereich der DSGVO.¹⁰⁸ Abgesehen davon kann diesem Einwand durch eine aus der gesellschaftlichen Treue- und Fürsorgepflicht zu entwickelnde Begrenzung des Innenregresses (z.B. auf den für natürliche Personen vorgesehenen Geldbußenrahmen)¹⁰⁹ begegnet werden.¹¹⁰

103 LG Dortmund VersR 2023, 1313; LG Dortmund VersR 2023, 1314 ff.

104 OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 167.

105 Ebenso schon LG Dortmund VersR 2023, 1313; LG Dortmund VersR 2023, 1314.

106 Vgl. OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 160 ff.

107 Vgl. oben V.2. sowie eingehend *Franck/Seyer* (Fn. 58).

108 Vgl. oben V.

109 Vgl. ArbG Essen NZKart 2014, 193 (195).

110 Vgl. statt vieler *Fleischer* (Fn. 68), DB 2014, 349 sowie m.w.N. zu weiteren Lösungsansätzen *Spindler* (Fn. 11), § 93 AktG Rn. 211.

Schließlich könnte der sanktionenrechtliche Effektivitätsgrundsatz in unionsrechtlich überformten Regelungsbereichen auf der einen Seite gerade die Ingressnahme von Geschäftsleitern gebieten, damit Präventionslücken vermieden und „wirksame, verhältnismäßige und abschreckende“ Sanktionen erst gewährleistet werden.¹¹¹ Dies klingt nun womöglich in der NIS2-Richtlinie an.¹¹² Auf der anderen Seite könnten jedoch die bisherigen Stellungnahmen der EU-Kommission und das *obiter dictum* des EuGH zumindest im Fall der steuerlichen Abzugsfähigkeit von Geldbußen in die entgegengesetzte Richtung weisen.¹¹³ In der bisherigen Kontroverse deutscher Instanzgerichte spielt die hier skizzierte unionsrechtliche Dimension der Problematik eher eine Nebenrolle. Auch deshalb erscheint eine baldige Klärung durch den BGH – und womöglich auch durch den EuGH – wünschenswert.¹¹⁴

111 Vgl. oben V.2.

112 Vgl. neben Art. 20 Abs. 1 vor allem Art. 32 Abs. 6 NIS-2-Richtlinie und BMI-Referentenentwurfs v. 3.7.2023, S. 118.

113 Vgl. EU-Kommission v. 8.3.2012 – sj.e(2012)227414 Rn.25 und 29 – Tessenderlo Chemie v Belgische Staat; EuGH 11.6.2009 – C-429/07, ECLI:EU:C:2009:359 Rn. 39 – Inspecteur van de Belastingdienst. Vgl. auch LG Saarbrücken NZKart 2021, 64 Rn. 122 f.

114 Das OLG Düsseldorf NZG 2023, 1279 Rn. 180 hat die Revision zugelassen (anhängig beim Kartellsenat des BGH unter Az. KZR 74/23, Verhandlungstermin am 11.2.2025).