

**Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht**

Band 193

Das Schadensrecht der Geschäftsleiterhaftung

**Schadensbegriff – Verbandsgeldbußenregress –
Reputationsschaden – Vorteilsausgleichung**

Von

Jakob Hahn



Duncker & Humblot · Berlin

JAKOB HAHN

Das Schadensrecht der Geschäftsleiterhaftung

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Band 193

Das Schadensrecht der Geschäftsleiterhaftung

Schadensbegriff – Verbandsgeldbußenregress –
Reputationsschaden – Vorteilsausgleichung

Von

Jakob Hahn



Duncker & Humblot · Berlin

Die Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft, Hamburg,
hat diese Arbeit im Jahr 2021 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 1614-7626
ISBN 978-3-428-18451-4 (Print)
ISBN 978-3-428-58451-2 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Großeltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommertrimester 2021 von der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft, Hamburg, als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 18. Juni 2021 statt. Das Manuskript habe ich im September 2018 fertiggestellt. Die Druckfassung befindet sich auf dem Stand von Juli 2021.

Meinem Doktorvater Prof. Dr. Dr. h. c. Holger Fleischer, LL. M. (University of Michigan) danke ich für die Anregung des Themas und die lehrreiche Zeit in seiner Arbeitsgruppe am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Für die Erstellung des Zweitgutachtens danke ich Prof. Dr. Thilo Kuntz, LL. M. (University of Chicago).

Die Arbeit entstand während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Assistent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg. Sie wäre ohne die hervorragenden Forschungsbedingungen, die ich dort vorgefunden habe, in dieser Form nicht möglich gewesen. Hierzu haben zahlreiche Kolleginnen und Kollegen beigetragen, denen mein Dank gebührt. Besonders hervorheben möchte ich die Unterstützung, die ich durch die Redaktion, insbesondere seitens Dr. Christian Eckl und Janina Jentz, bei der Finalisierung des Manuskripts und der Drucklegung erfahren habe. Diese hat das Institut auch mit einem Zuschuss zu den Druckkosten gefördert.

Für die kritische und konstruktive Durchsicht des Manuskripts danke ich ferner Andrea Allers, Yannick Chatard und Dr. Frederik Schumacher. Prof. Dr. Gerald Spindler und Prof. Dr. Hanno Merkt, LL. M. (University of Chicago) danke ich für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht“.

Die Arbeit ist meinen Großeltern gewidmet. Irene und Peter haben meinen Bildungsweg jederzeit großzügig unterstützt. Mit Freia und Eberhard hätte ich den Moment seines Abschlusses gerne geteilt.

Dresden, November 2021

Jakob Hahn

Inhaltsübersicht

Einleitung	27
A. Fragestellung	27
I. Anlass	27
II. Zielsetzung	28
III. Eingrenzung	29
B. Gang der Untersuchung	30
C. Terminologie	31

1. Teil

Binnenhaftung des Geschäftsführers	33
A. Materielle Voraussetzungen	33
I. Passivlegitimation	33
II. Pflichtverletzung	36
III. Business Judgement Rule	44
IV. Verschulden	49
V. Disponibilität	50
VI. Sondertatbestände	52
B. Prozessuale Durchsetzung	54
I. Darlegungs- und Beweislast	54
II. Geltendmachung	56
III. Verjährung	59
C. Haftungszweck	60
I. Zweckpluralität	60
II. Geschützter Personenkreis	73
III. Rechtsökonomie	75
IV. Zwischenergebnis	81
D. Verwandte Rechtsfolgen	82
I. Zivilrecht	82
II. Öffentliches Recht	89
III. Strafrecht	90

2. Teil

Schaden bei der Geschäftsleiterhaftung	92
A. Schadensbegriff der Geschäftsleiterhaftung	92
I. Schadensbegriff des Bürgerlichen Rechts	92
II. Schadensbegriff der Geschäftsleiterhaftung	114
III. Zwischenergebnis	123
B. Ersatzfähigkeit von Verbandsgeldbußen	124
I. Recht der Verbandsgeldbußen	125
II. Schutzzweck der Geschäftsleiterhaftung	130
III. Wertungsparallelen	153
IV. Zwischenergebnis	161
C. Ersatzfähigkeit des Reputationsschadens	162
I. Reputation und Reputationsschaden	163
II. Naturalrestitution	186
III. Geldentschädigung: Vermögensschaden	189
IV. Geldentschädigung: Nichtvermögensschaden	196
V. Zwischenergebnis	213

3. Teil

Vorteilsausgleichung bei der Geschäftsleiterhaftung	215
A. Vorteilsausgleichung im allgemeinen Schadensrecht	215
I. Grundlagen	215
II. Voraussetzungen	220
III. Fallgruppen	226
IV. Regel-Ausnahme-Verhältnis	229
V. Zwischenergebnis	231
B. Verletzung der externen Pflichtenbindung	232
I. Schadensrechtliche Qualität der Gewinnabschöpfung	233
II. Wertende Schadensbetrachtung: Allgemeines	238
III. Wertende Schadensbetrachtung: Spezifika der Geschäftsleiterhaftung	244
IV. Zwischenfazit	256
C. Verletzung der internen Pflichtenbindung	257
I. Subjektiv wertlose Gegenleistung	258
II. Schutz der Kompetenzordnung	262
III. Saldierung mehrerer pflichtwidriger Geschäfte	265
D. Verletzung der Sondertatbestände	275
I. Meinungsstand	276
II. Stellungnahme	279
III. Zwischenfazit	280

Zusammenfassung und Thesen	281
A. Schadensbegriff der Geschäftsleiterhaftung	281
B. Ersatzfähigkeit von Verbandsgeldbußen	282
C. Ersatzfähigkeit des Reputationsschadens	284
D. Vorteilsausgleichung bei der Geschäftsleiterhaftung	286
E. Dogmatik und Kasuistik im Schadensrecht der Geschäftsleiterhaftung	288
Literaturverzeichnis	291
Sachverzeichnis	332

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	27
A. Fragestellung	27
I. Anlass	27
II. Zielsetzung	28
III. Eingrenzung	29
B. Gang der Untersuchung	30
C. Terminologie	31

1. Teil

Binnenhaftung des Geschäftsleiters 33

A. Materielle Voraussetzungen	33
I. Passivlegitimation	33
1. Persönlicher Anwendungsbereich	34
a) Bestellter Geschäftsleiter	34
b) Faktischer Geschäftsleiter	35
2. Zeitlicher Anwendungsbereich	36
II. Pflichtverletzung	36
1. Sorgfaltspflicht im engeren Sinne	36
2. Legalitätspflicht	37
a) Interne Pflichtenbindung	37
b) Externe Pflichtenbindung	38
aa) Gegenstand	38
bb) Vorrang vor Nützlichkeitsabwägungen	40
3. Compliancepflicht	41
4. Treuepflicht	43
III. Business Judgement Rule	44
1. Legitimation	45
a) Eigenart unternehmerischer Betätigung	45
b) Vermeidung risikoaversen Verhaltens	46
c) Vermeidung des richterlichen Rückschaufehlers	46

2. Tatbestandsvoraussetzungen	47
a) Unternehmerische Entscheidung	47
b) Auf Grundlage angemessener Information	48
c) Handeln zum Wohle der Gesellschaft	48
d) Freiheit von Sonderinteressen und sachfremden Einflüssen	49
e) Gutgläubigkeit	49
IV. Verschulden	49
V. Disponibilität	50
1. Haftungsausschluss und -beschränkung	50
a) AG	50
b) GmbH	51
2. Verzicht und Vergleich	52
a) AG	52
b) GmbH	52
VI. Sondertatbestände	52
1. Inhalt	53
2. Relevanz	53
B. Prozessuale Durchsetzung	54
I. Darlegungs- und Beweislast	54
1. Gesellschaft	54
2. Geschäftsleiter	55
II. Geltendmachung	56
1. Stellvertretung	56
a) AG	56
b) GmbH	56
2. Gesetzliche Prozessstandschaft	57
a) Gesellschafter	57
aa) AG	57
bb) GmbH	58
b) Insolvenzverwalter	58
3. Aktivlegitimation der Gläubiger	59
III. Verjährung	59
C. Haftungszweck	60
I. Zweckpluralität	60
1. Kompensation	60
a) Naturalrestitution und Geldersatz	60
b) Folgerungen für das Schadensrecht	61
aa) Totalreparation	61
bb) Bereicherungsverbot	63

2. Prävention	64
a) Prävention durch allgemeines Haftungs- und Schadensrecht	64
aa) Legitimität	65
bb) Verhältnis zum Kompensationszweck	66
b) Prävention durch Geschäftsleiterhaftung	67
aa) Gegenstand	68
bb) Verhältnis zum Kompensationszweck	68
3. Strafe?	70
a) Rechtsgeschichte: Privatstrafe	70
b) Rechtsvergleichung: <i>punitive damages</i>	71
c) Kongruenz von Straf- und Haftungszwecken	73
II. Geschützter Personenkreis	73
1. Gesellschaft und Gesellschafter	73
2. Gläubiger	74
III. Rechtsökonomie	75
1. Agenturproblem	75
a) Gefahr opportunistischen Verhaltens	76
b) Asymmetrische Risikoeinstellungen	78
2. D&O-Versicherung	79
a) Rechtliche Ausgestaltung	79
b) Auswirkungen auf die Anreizstruktur	80
IV. Zwischenergebnis	81
D. Verwandte Rechtsfolgen	82
I. Zivilrecht	82
1. Binnenverhältnis	82
a) Sonstige Binnenhaftungstatbestände	82
b) Abberufung	83
c) Außerordentliche Kündigung des Anstellungsvertrags	83
2. Außenverhältnis	84
a) Verschulden bei Vertragsschluss	84
aa) Wirtschaftliches Eigeninteresse	85
bb) Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens	85
b) Unerlaubte Handlung	85
aa) § 823 Abs. 1 BGB	85
bb) § 823 Abs. 2 BGB	87
cc) § 826 BGB	87
c) Organhaftung (§ 31 BGB)	88
II. Öffentliches Recht	89
1. Bußgeld	89

2. Außenhaftung	90
3. Abberufungsverlangen	90
III. Strafrecht	90

2. Teil

Schaden bei der Geschäftsleiterhaftung	92
A. Schadensbegriff der Geschäftsleiterhaftung	92
I. Schadensbegriff des Bürgerlichen Rechts	92
1. Differenzhypothese	93
a) Ursprung	93
b) Adaption	94
aa) Bürgerliches Gesetzbuch	94
bb) Lehre und Rechtsprechung	96
c) Durchbrechungen	97
aa) Hypothetischer Kausalverlauf	97
bb) Vorhaltekosten	99
cc) Merkantiler Minderwert	101
dd) Abstrakte Schadensberechnung	102
ee) Zwischenfazit	103
d) Kritik	103
e) Modifikation	104
2. Natürlicher Schadensbegriff	106
a) Aussagegehalt	106
b) Kritik	107
3. Normativer Schadensbegriff	109
a) Aussagegehalt	109
aa) Gegensatz zum natürlichen Schadensbegriff	109
bb) Gegensatz zur Differenzhypothese	110
cc) Gegensatz zur Subjektbezogenheit	110
b) Kritik	111
4. Verzicht auf einen einheitlichen Schadensbegriff	112
5. Zwischenfazit	113
II. Schadensbegriff der Geschäftsleiterhaftung	114
1. Subjektiver Schadensbegriff	114
a) Subjektiver Schadensbegriff nach Mertens	114
aa) Bürgerliches Recht	114
bb) Geschäftsleiterhaftung	115

b) Rezeption	116
aa) Literatur	116
bb) Rechtsprechung	117
c) Kritik	117
aa) Fehlende Leistungsfähigkeit	117
bb) Begriffliche Unschärfe	117
cc) Vermengung von Tatbestand und Rechtsfolge	118
dd) Verschiebung der Darlegungs- und Beweislast	119
d) Stellungnahme	119
2. Zweigliedriger Schadensbegriff	121
a) Zweigliedriger Schadensbegriff nach Mertens und Cahn	121
b) Stellungnahme	122
III. Zwischenergebnis	123
B. Ersatzfähigkeit von Verbandsgeldbußen	124
I. Recht der Verbandsgeldbußen	125
1. Rechtsgrundlagen	125
a) Deutsches Recht	125
aa) Tatbestand	126
bb) Rechtsfolge	127
b) Unionsrecht	128
aa) Tatbestand	128
bb) Rechtsfolge	128
2. Zweck	129
a) Repression	129
b) Prävention	130
c) Effizienz	130
II. Schutzzweck der Geschäftsleiterhaftung	130
1. Öffentlich-rechtliches Präjudiz	131
a) Einheit der Rechtsordnung	131
aa) Normwiderspruch	133
bb) Wertungswiderspruch	133
b) Höchstpersönlichkeit der Sanktion	134
aa) Deutsches Recht	134
bb) Unionsrecht	136
2. Zweckvereitelung	137
a) Repression	138
aa) Nachteilszufügung	138
bb) Vorteilsabschöpfung	140
b) Prävention	141

c) Effizienz	142
d) Zwischenfazit	143
3. Existenzvernichtung	143
a) Allgemeines Haftungsrisiko	144
b) Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte	145
4. Rechtsvergleichung	146
a) England und Wales	146
aa) <i>Ex turpi causa non oritur actio</i>	146
bb) Transfer	149
b) Österreich	150
aa) Regressausschluss nach § 11 VbVG	150
bb) Transfer	152
5. Zwischenfazit	152
III. Wertungsparallelen	153
1. Bezahlung einer Geldstrafe durch Dritte	153
a) Rechtsprechung: Keine Vollstreckungsvereitelung	153
b) Lehren für den Verbandsgeldbußenregress	154
2. Beraterhaftung für Geldbußen	156
a) Rechtsprechung: Bußgeldregress	156
b) Lehren für den Verbandsgeldbußenregress	157
3. Rechtsgeschäftliche Zusagen zur Übernahme von Geldbußen	160
a) Rechtsprechung: Sittenwidrigkeit	160
b) Lehren für den Verbandsgeldbußenregress	161
IV. Zwischenergebnis	161
C. Ersatzfähigkeit des Reputationsschadens	162
I. Reputation und Reputationsschaden	163
1. Grundlagen der ökonomischen Reputationstheorie	163
a) Ausgangspunkt: Agenturproblem	164
b) Funktionen der Reputation	165
aa) Signal	165
bb) <i>Reputational capital</i>	167
cc) <i>Reputational penalty</i>	167
2. Reputationsdefinition	168
a) Meinungsstand	169
b) Abgrenzung	170
aa) Image	170
bb) Status	171
cc) Stigma	171
dd) Marke	172

ee) Goodwill	172
c) Stellungnahme	174
3. Bemessung des Reputationsschadens	175
a) Umfragebasierte Bemessung	175
aa) Forschungsstand	175
bb) Kritik	176
b) Börsenpreisbasierte Bemessung	177
aa) Forschungsstand	177
bb) Kritik	178
c) Bilanzielle Bemessung	179
d) Zwischenfazit	179
4. Implikationen für die Geschäftsleiterhaftung	179
a) Rechtliche Relevanz der ökonomischen Reputationstheorie	180
b) Reputation und Geschäftsleiterpflichten	180
aa) Geschäftsleiterermessen	180
bb) Pflichtverletzung	181
c) Reputations- und Reputationsfolgeschaden	183
aa) Abgrenzung	183
bb) Ersatzfähigkeit des Reputationsfolgeschadens	183
5. Zwischenfazit	185
II. Naturalrestitution	186
1. Berichtigung	186
2. Werbung	187
3. Verhaltensänderung	188
4. Zwischenfazit	188
III. Geldentschädigung: Vermögensschaden	189
1. Kommerzialisierungsthese	189
a) Aussagegehalt	189
b) Anwendung	190
2. Hypothetische Kommerzialisierbarkeit	192
3. Frustrationsthese	193
4. Kontrollüberlegungen	194
a) Allgemeines Persönlichkeitsrecht natürlicher Personen	194
b) Kreditgefährdung (§ 824 Abs. 1 BGB)	195
c) <i>Reputational capital</i>	195
d) Geschäfts- oder Firmenwert	195
e) Telos des § 253 Abs. 1 BGB	196
5. Zwischenfazit	196

IV. Geldentschädigung: Nichtvermögensschaden	196
1. Rechtsfortbildung zur Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts natürlicher Personen	197
a) Legitimation der Rechtsfortbildung	197
b) Funktionen der Geldentschädigung	199
c) Voraussetzungen der Geldentschädigung	200
2. Rechtsfortbildung zur Binnenhaftung des Geschäftsführers für Reputations-schäden	200
a) Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte	200
aa) Allgemeines Persönlichkeitsrecht	201
bb) Wirtschaftsgrundrechte	203
cc) Grundrechtskonkurrenzen	204
dd) Stellungnahme	204
b) Rechtsvergleichung	205
aa) Vereinigte Staaten	205
bb) Vereinigtes Königreich	207
cc) Stellungnahme	208
c) Genugtuung	208
aa) Originäres Genugtuungsbedürfnis	209
bb) Derivatives Genugtuungsbedürfnis	211
d) Prävention	212
3. Zwischenfazit	212
V. Zwischenergebnis	213

3. Teil

Vorteilsausgleichung bei der Geschäftsführerhaftung	215
A. Vorteilsausgleichung im allgemeinen Schadensrecht	215
I. Grundlagen	215
1. Geltungsgrund	216
a) Differenzhypothese	216
b) Bereicherungsverbot	217
c) Treu und Glauben	218
d) Zwischenfazit	218
2. Vorteil	219
3. Abgrenzung zur Schadensentstehung	219
II. Voraussetzungen	220
1. Rechtsprechung	220
a) Reichsgericht	220
aa) Adäquate Kausalität	220

bb) Kritik	221
b) BGH	221
aa) Sinn und Zweck der Ersatzpflicht	221
bb) Kritik	222
2. Lehre	223
a) Förderung des verletzten Rechts	223
b) Innerer Zusammenhang	223
c) Sorge, Glücksteilhabe, Würdigkeit	224
d) Exklusivität gesetzlicher Wertungen	225
3. Zwischenfazit	225
III. Fallgruppen	226
1. Gesetzliche Determinanten	226
a) Positives Recht	226
b) Legalzession	226
c) Abtretung von Ersatzansprüchen (§ 255 BGB)	227
2. Vorteile durch Leistung des Geschädigten	227
3. Vorteile durch Leistung Dritter	228
a) Freiwillige Leistungen	228
b) Leistungen aufgrund einer Rechtspflicht	228
4. Vorteile ohne Zutun des Geschädigten oder Dritter	229
IV. Regel-Ausnahme-Verhältnis	229
1. Meinungsstand	229
a) Regelfall der Anrechnung	230
b) Grundsatz der Nichtanrechnung	230
c) Kein Regel-Ausnahme-Verhältnis	230
2. Stellungnahme	231
V. Zwischenergebnis	231
B. Verletzung der externen Pflichtenbindung	232
I. Schadensrechtliche Qualität der Gewinnabschöpfung	233
1. Meinungsstand	234
a) Kein Schaden durch Gewinnabschöpfung	234
b) Vorabsaldierung im Wege der Vorteilsausgleichung	235
2. Stellungnahme	235
a) Gewinnabschöpfung begründet Schaden	235
b) Keine Vorabsaldierung	237
3. Zwischenfazit	238
II. Wertende Schadensbetrachtung: Allgemeines	238
1. Keine Erkenntnisse aus der Rechtsprechungsformel	239
a) Zurechnungszusammenhang	239

b) Sinn und Zweck des Schadensersatzanspruchs	240
2. Keine gesetzliche Determinante	241
3. Keine Einordnung in die anerkannten Fallgruppen	242
4. Zwischenfazit	243
III. Wertende Schadensbetrachtung: Spezifika der Geschäftsleiterhaftung	244
1. Wertungskongruenzen	244
a) Nichtanerkennung der <i>efficient breach of public law-Doktrin</i>	244
b) Kartellrechtliche <i>passing-on defence</i>	245
c) Wirtschaftsstrafrecht	246
2. Präventionszweck der Geschäftsleiterhaftung	247
a) Generelle Versagung	247
aa) Dogmatische Einwände	248
bb) Relevanz von Präventionszweck und öffentlichem Interesse	249
cc) Wahrung des Präventionszwecks	249
dd) Förderung risikoaversen Verhaltens	250
b) Partielle Versagung	251
aa) Sanktionierung des Geschäftsleiters durch Strafrecht oder Bußgeld	251
bb) Qualifiziertes öffentliches Interesse	251
cc) Schwere von Pflichtverletzung und Verschulden	252
c) Zwischenfazit	253
3. Gläubigerschutz	253
4. Perpetuierung des Sanktionszwecks der verletzten Norm	254
IV. Zwischenfazit	256
C. Verletzung der internen Pflichtenbindung	257
I. Subjektiv wertlose Gegenleistung	258
1. Rechtsprechung zum Personengesellschaftsrecht	259
2. Straf- und zivilrechtliche Vorbilder für eine subjektive Wertbestimmung	259
a) Lehre vom individuellen Schadenseinschlag im Betrugsstrafrecht	259
b) Subjektive Schadensbestimmung im Zivilrecht	260
3. Stellungnahme	261
4. Zwischenfazit	262
II. Schutz der Kompetenzordnung	262
1. Meinungsstand	262
a) Obergerichtliche Rechtsprechung	262
b) Lehre	263
2. Stellungnahme	264
3. Zwischenfazit	265

III. Saldierung mehrerer pflichtwidriger Geschäfte	265
1. Vorteilsausgleichung bei Handlungseinheit	267
a) Voraussetzungen einer Handlungseinheit	267
b) Handlungseinheit bei der Geschäftsleiterhaftung	268
2. Vorteilsausgleichung bei Handlungsmehrheit	269
a) Unmittelbare Anwendung der Vorteilsausgleichung	269
b) Entsprechende Anwendung der Vorteilsausgleichung	270
aa) Bereicherungsverbot	270
bb) Verbot widersprüchlichen Verhaltens	271
cc) Parallele zur Geschäftsführung ohne Auftrag	272
dd) <i>Windfall profit</i> und Hin- und Herzahlen	273
ee) Rechtsprechung des XI. Zivilsenats	273
c) Zwischenfazit	274
3. Saldierung aufgrund von Treu und Glauben	274
4. Zwischenfazit	275
D. Verletzung der Sondertatbestände	275
I. Meinungsstand	276
1. Besonderer Schadensbegriff	276
2. Verschuldensunabhängiger Folgenbeseitigungsanspruch	278
II. Stellungnahme	279
III. Zwischenfazit	280
Zusammenfassung und Thesen	281
A. Schadensbegriff der Geschäftsleiterhaftung	281
B. Ersatzfähigkeit von Verbandsgeldbußen	282
C. Ersatzfähigkeit des Reputationsschadens	284
D. Vorteilsausgleichung bei der Geschäftsleiterhaftung	286
E. Dogmatik und Kasuistik im Schadensrecht der Geschäftsleiterhaftung	288
Literaturverzeichnis	291
Sachverzeichnis	332

Abkürzungsverzeichnis

Die im Text gebrauchten Abkürzungen folgen Duden. Das Wörterbuch der Abkürzungen, 6. Aufl. 2011 und *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Aufl. 2018. Ferner finden die nachstehenden Abkürzungen Verwendung:

AC	Law Reports, Appeal Cases
Acad. Manag. J.	Academy of Management Journal
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Ala. L. Rev.	Alabama Law Review
App. Div.	Supreme Court, Appellate Division (New York)
Artt.	Artikel (Plural)
AVB-AVG	Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern
BeckOGK	beck-online.GROSSKOMMENTAR
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Elektronische Entscheidungsdatenbank in beck-online
Bell. J. Econ.	The Bell Journal of Economics
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
CA	Court of Appeal (England und Wales)
Calif. L. Rev.	California Law Review
Ch	Chancery Division (High Court) Law Reports, Chancery Division
chStGB	Strafgesetzbuch (Schweiz)
Cir.	United States Circuit Court
Civ	Civil Division (Court of Appeals)
Co.	Company
Comm	Commercial Court (High Court)
Cowp	Cowper's Reports
CSIH	Court of Session, Inner House
Ct. App.	Court of Appeals (New York)
DCGK	Deutsche Corporate Governance Kodex
ECLR	European Competition Law Review
ErfKomm	Erfurter Kommentar
Eur J Mark	European Journal of Marketing
Eur Rev Private L	European Review of Private Law
EWCA	Court of Appeal (England und Wales)
EWHC	High Court (England und Wales)
F.	Federal Reporter
GBP	Pfund Sterling
Geo. Wash L. Rev.	The George Washington Law Review
GP	Gesetzgebungsperiode
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review

HKK	Historisch-kritischer Kommentar
HL	House of Lords
Hofstra L. Rev.	Hofstra Law Review
J. Consum. Mark.	Journal of Consumer Marketing
J. Econ. Theory	Journal of Economic Theory
J. Environ. Econ. Manage.	Journal of Environmental Economics and Management
J. Fin. & Quant. Anal.	Journal of Financial and Quantitative Analysis
J. Financial Econ.	Journal of Financial Economics
J. Indus. Econ	The Journal of Industrial Economics
J. L. & Econ.	The Journal of Law and Economics
J. Mark. Manage.	Journal of Marketing Management
J. Political Econ.	Journal of Political Economy
JAMS	Journal of the Academy of Marketing Science
JBL	The Journal of Business Law
JCLS	Journal of Corporate Law Studies
jurisPR-BKR	juris PraxisReport Bank- und Kapitalmarktrecht
KB	Court of King's Bench
KGR	KG Report Berlin
KK	Karlsruher Kommentar
Ky. L.J.	Kentucky Law Journal
Litig.	Litigation
LK	Leipziger Kommentar
Ltd	Limited
MarkenG	Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen
Miami L. Rev.	University of Miami Law Review
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
MMVO	Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission
Mo.	Supreme Court of Missouri
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MünchKomm	Münchener Kommentar
N.C.L. Rev.	North Carolina Law Review
N.E.	North Eastern Reporter
N. Y.	New York Court of Appeals
N. Y. S.	West's New York Supplement
NB	Neue Betriebswirtschaft
Neb.	Nebraska Supreme Court
NK	NomosKommentar
no.	Fußnote
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OLGE	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte
Or. Ct. App.	Oregon Court of Appeals
Or. L. Rev.	Oregon Law Review

Q. J. Econ.	Quarterly Journal of Economics
QB	Court of Queen's Bench
RAGE	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts
RGRK	Reichsgerichtsräte-Kommentar
RZ	Richterzeitung (Österreich)
SE-VO	Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)
SGB X	Zehntes Buch Sozialgesetzbuch
SGHVR	Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungs- recht
SMJ	Strategic Management Journal
Sup. Ct.	Supreme Court (New York)
UKHL	House of Lords
UKSC	Supreme Court (Vereinigtes Königreich)
UM-VO	Verordnung (EU) 2017/1001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über die Unionsmarke
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des An- fechtungsrechts
v	and
VbVG	Verbandsverantwortlichkeitsgesetz
Verbrauchsgüterkauf-RL	Richtlinie 1999/44/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgü- terkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter
VGR	Wissenschaftliche Vereinigung für Unternehmens- und Gesell- schaftsrecht
VO 1/2003	Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZAKDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZGB-DDR	Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik

Einleitung

A. Fragestellung

I. Anlass

Die Idee zu dieser Arbeit gab das viel diskutierte „Schienenfreunde“-Urteil des LAG Düsseldorf vom 20. Januar 2015¹ zur organschaftlichen Binnenhaftung eines GmbH-Geschäftsführers für eine Verbandsgeldbuße. Der Entscheidung lag ein Aufsehen erregender Kartellfall zugrunde: Der Beklagte hatte sich in seiner Funktion als Geschäftsführer der klagenden Gesellschaft über Jahre hinweg an einer Preisabsprache mit Wettbewerbern zum Nachteil der Deutsche Bahn AG beteiligt. Nach der Entdeckung des Kartells hatte das Bundeskartellamt eine empfindliche Geldbuße (192 Mio. EUR) gegen die Klägerin verhängt, für die diese den Beklagten in Regress nehmen wollte. Das LAG Düsseldorf hatte damit die Gelegenheit, als erstes deutsches Gericht zur kontrovers diskutierten Frage Stellung zu beziehen, ob Verbandsgeldbußen einen nach § 43 Abs. 2 GmbHG zu ersetzenden Schaden darstellen. Es verneinte diese recht pauschal² und rief dadurch ein zwischen Beifall³ und energischem Widerspruch⁴ geteiltes Literaturecho hervor.

Diese Auseinandersetzung lenkt den Blick auf einen Aspekt der Geschäftsleiterhaftung, der bislang noch wenig beleuchtet wurde: ihre Rechtsfolgen. Während sich Rechtsprechung und Literatur in den vergangenen Jahren ausführlich mit dem haftungsbegründenden Tatbestand der §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG auseinandergesetzt und dabei insbesondere das Pflichtenprogramm des Geschäftsleiters ausbuchstabiert haben, ist die haftungsausfüllende Seite dieser Normen vernachlässigt worden. Dieses Ungleichgewicht illustriert etwa die Kommentierung des § 93 AktG von Hopt und Roth im Großkommentar: Ganze 353 Randnummern

¹ LAG Düsseldorf ZIP 2015, 829.

² Zu allem LAG Düsseldorf ZIP 2015, 829, wegen eines Zuständigkeitsmangels nach § 87 Satz 2 GWB aufgehoben durch BAG NJW 2018, 184.

³ Vgl. etwa A. Baur/Holle, ZIP 2018, 459; Friedl/L. Titze, ZWeR 2015, 318; Grunewald, NZG 2016, 1121; Labusga, VersR 2017, 394; Lotze/Schmolinski, NZKart 2015, 254 (die Autoren waren die Prozessbevollmächtigten des Beklagten); Thomas, NZG 2015, 1409.

⁴ Insbesondere Bayer/P. Scholz, GmbHR 2015, 449; Kersting, ZIP 2016, 1266; Pant, CCZ 2015, 224 („Ein gefährliches Urteil“); Reuter, BB 2016, 1283 („eine systematische Verletzung der Grundrechte der Anteilseigner?“).

widmen die Autoren dem Tatbestand, dem Schaden nur 15 Randnummern.⁵ Das monografische Schrifttum zu diesem Thema ist ebenfalls überschaubar.⁶

Das ist bedauerlich. Denn die praktische Relevanz des Schadensrechts der Geschäftsleiterhaftung zeigt sich nicht nur am Fall des Binnenregresses für eine Kartellgeldbuße, sondern auch in vielen anderen Konstellationen, die die Gerichte beschäftigt haben – etwa bei Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft wegen einer Korruptionsaffäre, für die eine Compliancepflichtverletzung des Vorstands ursächlich war,⁷ oder für die wiederholte Überschreitung des Unternehmensgegenstandes durch den Vorstand, die der Gesellschaft mal Gewinne und mal Verluste einbrachte.⁸

II. Zielsetzung

Die vorliegende Arbeit macht es sich zur Aufgabe, diese Forschungslücke zu schließen. Ziel der Untersuchung ist es, zu klären, welchen Schaden der Geschäftsleiter der Gesellschaft im Haftungsfall zu ersetzen hat.

Dazu werden vier schadensrechtliche Einzelfragen herausgegriffen, die im Kontext der Geschäftsleiterhaftung auftreten. Erstens geht die Untersuchung der abstrakten Frage nach, welcher Schadensbegriff bei der Geschäftsleiterhaftung gilt. Zweitens wird die eingangs erwähnte Kontroverse aufbereitet, ob die Gesellschaft von ihrem Geschäftsleiter Schadensersatz für eine gegen sie verhängte Verbands-geldbuße verlangen kann. Drittens wird ergründet, ob und wie die Gesellschaft einen von ihr erlittenen Reputationsschaden über die §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG ersetzt bekommt – eine Frage, die im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum kontrovers diskutiert, aber überwiegend nur knapp beantwortet wird.⁹ Viertens stellt sich die Untersuchung dem Fragenkomplex der Vorteilsausgleichung und klärt, wann der Geschäftsleiter schadensmindernd geltend machen kann, dass der Gesellschaft durch seine Pflichtverletzung auch Vorteile entstanden sind.

Alle Untersuchungsgegenstände werden dabei aus schadensdogmatischer Perspektive beleuchtet. Dazu werden jene Erkenntnisse für die gesellschaftsrechtliche Diskussion fruchtbar gemacht, die sich in Rechtsprechung und Literatur zum all-

⁵ Vgl. *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 52 ff.

⁶ Siehe lediglich *Suter*, Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, eine Schweizer Dissertation, die das Thema rechtsvergleichend untersucht; ferner *Pospiech*, Die Rechtsfolgen der zivilrechtlichen Organhaftung, passim.

⁷ LG München I ZIP 2014, 570, 577.

⁸ BGH NJW 2013, 1958.

⁹ Befürwortend: *Diekmann*, in: *Priester/Mayer/Wicke*, Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts III, § 46 Rn. 17; *P. Doralt/W. Doralt*, in: *Semler/v. Schenck/Wilsing*, Arbeits-handbuch für Aufsichtsratsmitglieder, § 16 Rn. 48 mit Fn. 75; *Klöhn*, in: *Bork/Schäfer*, GmbHG, § 43 Rn. 67; ablehnend: *Drescher*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, Rn. 355; *Kindler*, FS G. Roth, 2011, S. 367, 373; *Fleischer*, in: *BeckOGK*, § 93 AktG Rn. 249; *Ziemons*, in: *Michalski*, GmbHG, § 43 Rn. 449 mit Fn. 1030.

gemeinen Schadensrecht herausgebildet haben. Durch diese Rückanknüpfung an allgemein zivilrechtliche Rechtsfiguren wird sich zeigen, wo das allgemeine Zivilrecht Lösungsansätze für die Geschäftsleiterhaftung bereithält und welche davon abweichenden schadensrechtlichen Spezifikationen die §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG aufweisen. Dieser Rekurs beleuchtet zugleich ein Spannungsfeld, welches das gesamte Schadensrecht seit jeher prägt: den Zwiespalt zwischen dem Wunsch nach dogmatischer Einheitlichkeit und der Notwendigkeit kasuistischer Differenzierung.¹⁰

III. Eingrenzung

Aufgrund der Fülle der sich im Zusammenhang mit dem Schaden bei der Geschäftsleiterhaftung stellenden Fragen ist es erforderlich, für die Zwecke dieser Untersuchung eine Auswahl zu treffen. Einzelfragen der haftungsausfüllenden Kausalität werden darum nicht vertieft. Insbesondere die Ersatzfähigkeit von Aufwendungen für interne Untersuchungen, wie sie im Nachgang zur *Siemens/Neubürger*-Entscheidung des LG München I¹¹ diskutiert wurden,¹² bleibt deshalb ausgeklammert. Ebenso wenig wird dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens¹³ nachgegangen.

Ferner finden sich in der Debatte um die Binnenhaftung für eine Verbandsgeldbuße eine Vielzahl an Stellungnahmen, die einen Regressausschluss oder eine Regressreduzierung mit außerschadensrechtlichen Instituten begründen. Dazu zählt etwa die Idee, eine Regressbegrenzung aus der Treuepflicht der Gesellschaft ge-

¹⁰ Vgl. hierzu etwa *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 73: „[...] Leitgedanken sind zwar wichtige Anhaltspunkte für Einzelfallentscheidungen, dürfen aber nicht als umfassende und subsumtionsfähige Richtlinien verstanden werden. Die Herausarbeitung fallgruppen- und normspezifischer Wertungen [...] ist daher zur Festlegung des zu ersetzenden Schadens unverzichtbar.“; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, Einl. IV., S. 17: „Die notwendig gewordene besonders intensive Beschäftigung mit einem bestimmten Bereich kann für die allgemeine dogmatische Entwicklung Vorteile haben, bringt aber auch Gefahren mit sich. Die ständige Konfrontation mit einem Teilgebiet vermag das Verständnis für weitere Zusammenhänge zu fördern, und die Probleme können sich anhand des reichen Details verdeutlichen. Die entstandene Lage kann aber auch das Blickfeld verengen und dazu führen, daß neu erwogene Grundsätze nur noch auf ihre Tauglichkeit für das dominierende Teilgebiet getestet werden.“; *Schiemann*, in: Staudinger, BGB, Vorb. § 249 Rn. 42: „Schadensrechtliche Lösungen ergeben sich aus der wertenden Betrachtung der jeweiligen Probleme, ohne dass deshalb auf die Ermittlung grundlegender Prinzipien verzichtet werden darf: Nur durch die Verallgemeinerungsfähigkeit der Begründungen lässt sich das unerlässliche Mindestmaß an Rationalität und Rechtssicherheit im Allgemeinen Schadensrecht bewahren.“ [Literaturnachweise ausgelassen].

¹¹ LG München I ZIP 2014, 570.

¹² Siehe dazu etwa *Fleischer*, NZG 2014, 321, 327; *Lüneborg/Resch*, NZG 2018, 209, 212 ff.

¹³ Hierzu im Kontext der Organhaftung etwa BGHZ 219, 193; *Altmeyden*, FS K. Schmidt, 2009, S. 23, 32 ff.

genüber dem Geschäftsleiter herzuleiten¹⁴ und sie an die Grundsätze der beschränkten Arbeitnehmerhaftung bei betrieblich veranlasster Tätigkeit anzulehnen¹⁵ oder den Geschäftsleiter gleich in den Anwendungsbereich Letzterer einzubeziehen¹⁶. Weiter begegnet man in diesem Kontext dem Versuch, die ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH¹⁷ neu zu interpretieren und dem Aufsichtsrat ein großzügigeres Ermessen bei der Anspruchsverfolgung zu gewähren als bisher.¹⁸ Da alle diese Ansätze keine originär schadensrechtlichen Fragen betreffen, werden sie aus der Untersuchung ausgeklammert.

Auch die besonderen Schadensprobleme, die sich bei der Insolvenzverursachungshaftung (§§ 64 Satz 3 GmbHG, 92 Abs. 2 Satz 1 AktG) auf tun,¹⁹ werden hier nicht behandelt.

B. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung gliedert sich in drei Teile. Der 1. Teil bereitet den gegenwärtigen Erkenntnisstand zur Binnenhaftung des Geschäftsleiters und mit ihr verwandte Rechtsfolgen auf. Darauf aufbauend werden im 2. Teil die Fragen nach dem Schadensbegriff und der Ersatzfähigkeit von Verbandsgeldbußen und des Reputationsschadens behandelt. Der 3. Teil setzt sich mit der Vorteilsausgleichung auseinander.

Da sich die Rechtsfolgen einer Norm erst im Lichte des Tatbestandes erschließen, wird dieser zu Beginn des 1. Teils aufbereitet. Die Darstellung fokussiert sich dabei auf diejenigen Aspekte, die im späteren Verlauf der Untersuchung noch an Relevanz gewinnen werden. Dazu zählt auch die Art und Weise der prozessualen Durchsetzung der Geschäftsleiterhaftung. Weil der Zweck der §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG ein wiederkehrendes Argument bei Schadensfragen bildet, wird dieser

¹⁴ Erste Überlegung bei *Bayer*, FS K. Schmidt, 2009, S. 85, 97 f.; befürwortend *Blaurock*, FS Bornkamm, 2014, S. 107, 115; *Brommer*, AG 2013, 121, 127 f.; *Casper*, ZHR 176 (2012), 617, 636 ff.; *Reichert*, ZHR 177 (2013), 756, 776 ff.; *Seibt*, NZG 2015, 1097, 1101; *Spindler*, AG 2013, 889, 894.

¹⁵ *Koch*, Liber Amicorum Winter, 2011, S. 327, 338 ff.; *ders.*, AG 2012, 429, 435 ff.; *ders.*, AG 2014, 513, 515 f.; erste Anregung zu diesem Wertungstransfer bei *Bayer*, FS K. Schmidt, 2009, S. 85, 97.

¹⁶ *Bachmann*, ZIP 2017, 841; *Wilhelmi*, NZG 2017, 681; siehe zu diesem Gedanken auch *G. Hoffmann*, NJW 2012, 1393, 1396 f.

¹⁷ BGHZ 135, 244.

¹⁸ So insbesondere der ehemalige Vorsitzende des II. Zivilsenats *Goette*, Liber Amicorum Winter, 2011, S. 153, 164 ff.; *ders.*, ZHR 176 (2012), 588, 609 ff. und nahezu wortgleich *ders.*, FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 377, 386 ff.; ferner *Casper*, ZHR 176 (2012), 617, 639 ff. (mit dem provokanten Titel: „Hat die grundsätzliche Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats im Sinne des ARAG/Garmenbeck-Urteils ausgedient?“); *Gaul*, AG 2015, 109, 113 f.; *Hopt*, ZIP 2013, 1793, 1803 f.; *Rust*, ZWeR 2015, 299, 310.

¹⁹ Dazu *Altmeyden*, FS Hüffer, 2010, S. 1.

ergründet und dabei bereits dessen allgemeiner schadensrechtlicher Aussagegehalt in den Blick genommen. Den Abschluss des 1. Teils bildet eine Kontextualisierung der Binnenhaftung. Dazu wird in der gebotenen Kürze untersucht, welche weiteren Rechtsfolgen eine Pflichtverletzung des Geschäftsleiters nach sich zieht.

Auf diesem Fundament bauen die übrigen beiden Teile auf. Im 2. Teil wird zuerst auf den Schadensbegriff der §§ 249 ff. BGB eingegangen. Davon ausgehend wird die seit Langem diskutierte Frage geklärt, ob für die Geschäftsleiterhaftung ein spezifischer Schadensbegriff gilt. Dem schließt sich die Erörterung der einzelnen infrage kommenden Schadensposten der Verbandsgeldbuße und des Reputationsschadens an. Für das letztere Thema bietet die ökonomische Reputationsforschung wertvolle Impulse, die für die juristische Diskussion fruchtbar gemacht werden.

Auch im 3. Teil dringt die Untersuchung vom Allgemeinen zum Speziellen vor. Zu Beginn werden Legitimation, Voraussetzungen und Fallgruppen der Vorteilsausgleichung aus der Perspektive des allgemeinen Schadensrechts beleuchtet. Auf dieser Basis werden anschließend ihre vielgestaltigen Anwendungsfälle bei der Binnenhaftung des Geschäftsleiters beleuchtet. An erster Stelle steht dabei, die ebenfalls im Kontext des Verbandsgeldbußenregresses auftretende Frage, ob Vorteile, die der Gesellschaft aus Verstößen der externen Pflichtenbindung entstanden sind, auf ihren Binnenhaftungsanspruch anzurechnen sind. Anschließend wird die Vorteilsausgleichung bei Kompetenzverstößen des Geschäftsleiters erörtert. Hierbei wird auch auf die eingangs angesprochene Frage eingegangen, ob Gewinne und Verluste aus mehreren gleich gelagerten Kompetenzüberschreitungen miteinander zu saldieren sind. Den Schluss bildet die Vorteilsausgleichung im Zusammenhang mit den Sondertatbeständen (§§ 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG, 93 Abs. 3 AktG).

C. Terminologie

Der Ausdruck „Geschäftsleiter“ dient in dieser Untersuchung als Oberbegriff für den Geschäftsführer der GmbH und das Vorstandsmitglied der AG. Der Begriff „Gesellschaft“ bezeichnet diese beiden Rechtsformen, soweit er nicht ausdrücklich anders verwendet wird. Da § 93 AktG auch auf die persönlich haftenden Gesellschafter der KGaA (§ 283 Nr. 3 AktG) und die Mitglieder des Vorstands oder Verwaltungsrats der SE (Art. 9 Abs. 1 lit. c. ii) SE-VO) Anwendung findet, lassen sich die in dieser Arbeit gewonnen Erkenntnisse auf diese Rechtsformen übertragen.

Für die im 2. Teil diskutierte Geldentschädigung für Nichtvermögensschäden hat sich der griffige Terminus „Schmerzensgeld“ eingebürgert – nicht nur, aber auch bei der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.²⁰ Diese Terminologie wird hier der Klarheit halber nicht übernommen, da die Geldentschädigung nicht voraussetzt, dass der Geschädigte eine fühlbare Beeinträchtigung des körperlichen

²⁰ Siehe beispielsweise *Steffen*, in: Löffler, Presserecht, § 6 LPG Rn. 332.

Wohlbefindens erlitten hat.²¹ Überdies betont der BGH, dass es sich bei der Geldentschädigung für Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrecht „im eigentlichen Sinn nicht um ein Schmerzensgeld“ handle, um dessen Besonderheit gegenüber den gesetzlich enumerierten Fällen der Geldentschädigung für Nichtvermögensschäden hervorzuheben.²²

Synonym zu der im 3. Teil untersuchten Vorteilsausgleich kursieren im Schrifttum auch die Ausdrücke Vorteilsausgleich²³ oder Vorteilsanrechnung²⁴. Hier findet hingegen der in der Literatur gebräuchlichste²⁵ und in der höchstrichterlichen Rechtsprechung²⁶ genutzte Begriff Verwendung.

²¹ Vgl. *Oetker*, in: MünchKomm, BGB, § 253 Rn. 4; *Pardey*, in: Geigel, Haftpflichtprozess, Kap. 6 Rn. 1.

²² BGHZ 128, 1, 15.

²³ Siehe etwa *Marsch-Barner*, ZHR 173 (2009), 723.

²⁴ Siehe etwa *J. Flume*, in: Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 279 ff.; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 9, S. 486 ff.; *Larenz*, Schuldrecht I, § 30 II., S. 530 ff.

²⁵ *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 279 ff.; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 9, S. 486 ff.; *Larenz*, Schuldrecht I, § 30 II., S. 530 ff.

²⁶ Statt vieler BGHZ 173, 83, 87.

1. Teil

Binnenhaftung des Geschäftsleiters

A. Materielle Voraussetzungen

Die zentralen Anspruchsgrundlagen der Binnenhaftung des Geschäftsleiters sind § 43 Abs. 2 GmbHG für den GmbH-Geschäftsführer und § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG für das Vorstandsmitglied der AG.

Nach § 43 Abs. 2 GmbHG haften Geschäftsführer, welche ihre Obliegenheiten verletzen, der Gesellschaft solidarisch für den entstandenen Schaden. Die Norm besteht in dieser Form unverändert seit der Einführung des GmbHG im Jahr 1892.¹ Gemäß § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG sind Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. Diese Norm blickt auf eine wechsellvollere Geschichte zurück als ihre Schwester aus dem GmbH-Recht. Ihr Stammbaum reicht bis Art. 241 ADHGB (1861) zurück und führt von § 241 HGB (1897) über § 84 AktG (1937) bis zu ihrem heutigen Standort, den sie mit der Aktienrechtsreform von 1965 erlangte.² Auch in jüngerer Zeit war die Norm häufig Gegenstand legislatorischer Aktivitäten. Insbesondere wurde 2005 durch das UMAG die Business Judgement Rule in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG³ und 2009 durch das VorstAG der Pflichtselbstbehalt bei der D&O-Versicherung in § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG⁴ eingeführt.

I. Passivlegitimation

Anspruchsgegner der Binnenhaftung sind „Geschäftsführer“ (§ 43 Abs. 2 GmbHG) respektive „Vorstandsmitglieder“ (§ 93 Abs. 2 Satz 1 AktG).

¹ Die einzigen Änderungen, die § 43 GmbHG je erfuhr, waren die Anpassung einer sachlich entsprechenden Verweisung in Abs. 3 durch die GmbH-Novelle von 1980 sowie die Einführung der amtlichen Überschrift („Haftung der Geschäftsführer“) durch das MoMiG 2008, siehe *Fleischer*, in: MünchKomm, GmbHG, § 43 Rn. 3; *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbbecke, GmbHG, § 43 Rn. 1.

² *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 1 ff.

³ Siehe dazu 1. Teil: A.III.

⁴ Siehe dazu insbesondere 1. Teil: C.III.2.b).

1. Persönlicher Anwendungsbereich

a) Bestellter Geschäftsleiter

Adressaten der §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG sind damit in erster Linie diejenigen Personen, die förmlich zum Geschäftsleiter bestellt wurden.⁵ Bei der Bestellung handelt es sich um einen mehraktigen Vorgang, bestehend aus einem gesellschaftsinternen Bestellungsbeschluss sowie einem rechtsgeschäftlichen Bestellungsakt der Gesellschaft im Außenverhältnis, der durch den designierten Geschäftsleiter angenommen werden muss.⁶ Die gesellschaftsseitige Kompetenz hierfür ist in der AG dem Aufsichtsrat zugewiesen (§ 84 Abs. 1 Satz 1 AktG) und in der GmbH den Gesellschaftern (§ 46 Nr. 5 Var. 1 GmbHG), wenn nichts Abweichendes geregelt ist.

Von der körperschaftlichen Bestellung zu unterscheiden, ist die vertragliche Anstellung, das der Organtätigkeit zugrunde liegende Schuldverhältnis zwischen Geschäftsleiter und Gesellschaft. Da das rechtliche Schicksal beider Geschäfte nicht miteinander verknüpft ist (Trennungstheorie),⁷ ist es für die Binnenhaftung unerheblich, ob mit dem Geschäftsleiter ein wirksamer Anstellungsvertrag besteht.⁸ Ebenso unbedeutend ist, ob die Bestellung im Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht worden ist, da diese lediglich deklaratorisch wirkt.⁹ Überdies erfasst sie auch einen förmlich bestellten Geschäftsleiter, der lediglich als Strohhalm fungiert.¹⁰

Nach einhelliger Meinung finden die §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG auch Anwendung, wenn der Bestellungsakt zwar unwirksam ist, der fehlerhaft Bestellte aber geschäftsfähig ist und den Bestellungsakt angenommen hat.¹¹

⁵ *Fleischer*, in: MünchKomm, GmbHG, § 43 Rn. 215; *Hoffmann-Becking*, in: ders., Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts IV, § 26 Rn. 6; *Seyfarth*, in: Krieger/U. H. Schneider, Handbuch Managerhaftung, § 9 Rn. 1; *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 15.

⁶ *Fleischer*, in: BeckOGK, § 84 AktG Rn. 5; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm, AktG, § 84 Rn. 2; *Stephan/Tieves*, in: MünchKomm, GmbHG, § 35 Rn. 46 ff.

⁷ Vgl. *Hüffer/Koch*, AktG, § 84 Rn. 2; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm, AktG, § 84 Rn. 4; *Seyfarth*, in: Krieger/U. H. Schneider, Handbuch Managerhaftung, § 9 Rn. 2; *Stephan/Tieves*, in: MünchKomm, GmbHG, § 35 Rn. 39.

⁸ Vgl. BGHZ 41, 282, 287; BGH NJW 1994, 2027; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 2; *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 37.

⁹ Vgl. BGH NJW 1994, 2027; *Spindler*, in: MünchKomm, AktG, § 93 Rn. 13; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 22.

¹⁰ Vgl. OLGR Frankfurt 2009, 287, 288 zum GmbH-Geschäftsführer.

¹¹ Vgl. bereits für den Aufsichtsrat einer Genossenschaft RGZ 152, 273, 277; siehe ferner *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 4; *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 358; *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 37; *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, § 43 Rn. 19; *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 18.

b) Faktischer Geschäftsleiter

Die Rechtsprechung stellt dem Geschäftsleiter Personen gleich, die tatsächlich die Stellung eines Geschäftsleiters wahrnehmen, ohne förmlich als solcher bestellt zu sein (sogenannter faktischer Geschäftsleiter). Ihren Ursprung nahm diese Rechtsfigur in der strafrechtlichen Judikatur, die damit vor allem den Täterkreis der Insolvenzdelikte erweiterte.¹² Die überwiegende Literaturmeinung erblickt hierin spätestens seit Einführung des § 15a InsO (Wortlaut des Abs. 1 Satz 1: „Mitglieder des Vertretungsorgans“) einen Verstoß gegen das strafrechtliche Analogieverbot (Art. 103 Abs. 2 GG),¹³ konnte damit aber beim BGH bislang nicht durchdringen.¹⁴

Im Zivilrecht hat der BGH die Figur des faktischen Geschäftsleiters zunächst für die Außenhaftung wegen Insolvenzverschleppung¹⁵ und später für die organ-schaftliche Binnenhaftung adaptiert¹⁶. Auch das Schrifttum tendiert überwiegend dazu, die Binnenhaftung des faktischen Geschäftsleiters anzuerkennen, wenngleich in vielen Einzelheiten Uneinigkeit besteht.¹⁷ Umstritten ist insbesondere, ob es erforderlich ist, dass der faktische Geschäftsleiter nach außen auftritt.¹⁸ Nach wie vor mit großen Unklarheiten behaftet bleibt ferner die Frage, nach welchen qualitativen Merkmalen sich eine tatsächliche Stellung als Geschäftsleiter beurteilt. Als generelle Leitlinie soll die Wahrnehmung einer organspezifischen Funktion in organtypischer Weise gelten.¹⁹ In der strafrechtlichen Diskussion nennt man als Einzelkriterien häufig die Bestimmung der Unternehmenspolitik, die Unternehmensorganisation, Einstellung und Entlassung von Mitarbeitern, Ausstellung von Zeugnissen, Gestaltung der Geschäftsbeziehungen zu Vertragspartnern der Gesellschaft (einschließlich der Vereinbarung von Vertrags- und Zahlungsmodalitäten), Entscheidung in Steuerangelegenheiten, Verhandlungen mit Kreditgebern, Steuerung von Buchhaltung und Bilanzierung sowie als weiteres Indiz die Höhe der Vergütung.²⁰

¹² Vgl. RGSt 71, 112, 113 (unter Rückgriff auf das nationalsozialistische Analogiegebot des § 2 StGB a.F.); BGHSt 3, 32, 37 ff.; BGHSt 21, 101, 104 ff.; BGHSt 31, 118 ff.

¹³ Siehe *Hohmann*, in: MünchKomm, StGB, § 15a InsO Rn. 60 ff.; *Klöhn*, in: Münch-Komm, InsO, § 15a Rn. 328; jeweils m. w. N.

¹⁴ Vgl. BGH NJW 2015, 712 f.

¹⁵ BGHZ 104, 44, 46 ff.

¹⁶ BGHZ 150, 61, 69 f.

¹⁷ Überblick zum Meinungsstand bei *Fleischer*, GmbHR 2011, 337, 339 (GmbH-Geschäftsführer); *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 362 (AG-Vorstand).

¹⁸ Dafür insbesondere die Rechtsprechung, siehe BGHZ 104, 44, 48; BGHZ 150, 61, 70; ablehnend etwa *Fleischer*, GmbHR 2011, 337, 342 f.; *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 364.

¹⁹ *Fleischer*, AG 2004, 517, 522.

²⁰ Katalog nach *Dierlamm*, NSTZ 1996, 153, 156; ihm folgend BayObLG NJW 1997, 1936.

2. Zeitlicher Anwendungsbereich

Der für die Binnenhaftung relevante Zeitraum beginnt, wenn der Geschäftsleiter die Bestellung annimmt²¹ oder er mit Billigung des zuständigen Gesellschaftsorgans faktisch seine Tätigkeit aufnimmt oder dies pflichtwidrig unterlässt²². Die Haftung endet, sobald die Organstellung des Geschäftsleiters formal beendet ist und er seine Funktion tatsächlich nicht mehr ausübt.²³ Maßgeblich ist einzig, dass der Tatbestand der §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG in diesem Zeitraum verwirklicht wird, da die Anspruchsverfolgung auch gegen ausgeschiedene Geschäftsleiter möglich bleibt.²⁴ Einige organschaftliche Pflichten, insbesondere die Treue- und Verschwiegenheitspflicht wirken aber über den Zeitraum der Bestellung nach.²⁵

II. Pflichtverletzung

Dem Geschäftsleiter muss eine Pflichtverletzung zur Last fallen. Dass § 43 Abs. 2 GmbHG anders als § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG nicht von einer Pflicht, sondern von einer Obliegenheit spricht, ist ohne Bedeutung.²⁶ Beim organschaftlichen Pflichtenprogramm des Geschäftsleiters vollzieht das deutsche Recht die international geläufige Zweiteilung in Sorgfalts- (*duty of care*) und Treuepflicht (*duty of loyalty*) nach.²⁷ Als besondere Ausprägungen der allgemeinen Sorgfaltspflicht verdienen die Legalitäts- und die Compliancepflicht eine nähere Behandlung, da auf beide im Laufe der Untersuchung wiederholt zurückzukommen ist.

1. Sorgfaltspflicht im engeren Sinne

Den allgemeinen Verhaltensmaßstab für den Geschäftsleiter formuliert das Gesetz generalklauselartig. Der Geschäftsleiter hat die „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“ (§ 43 Abs. 1 GmbHG) beziehungsweise eines „ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ (§ 93 Abs. 1 Satz 1 AktG) walten zu lassen. Die §§ 43 Abs. 1 GmbHG, 93 Abs. 1 AktG formulieren damit keinen empirischen Maß-

²¹ BGH NJW-RR 1986, 1293.

²² Vgl. *Fleischer*, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 213; *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 351; *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 42.

²³ OLG Naumburg GmbHR 2000, 558 f.; *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 352; *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, § 43 Rn. 35.

²⁴ *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 2; *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 37.

²⁵ *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 2; *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 353; *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 48.

²⁶ *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 45.

²⁷ *Fleischer*, in: MünchKomm, GmbHG, § 43 Rn. 245; vgl. zu dieser Einteilung etwa aus den Vereinigten Staaten *Allen/Kraakman*, Commentaries and Cases on the Law of Business Organization, S. 229 ff., S. 283 ff.

stab, sondern einen normativen: Es kommt nicht darauf an, wie sich ein durchschnittlicher Geschäftsleiter tatsächlich verhält, sondern wie er sich verhalten sollte.²⁸

Für das Maß der gebotenen Sorgfalt ist insbesondere die Stellung des Geschäftsleiters als Verwalter fremder Vermögensinteressen zu berücksichtigen.²⁹ Die konkreten Sorgfaltsanforderungen hängen im Übrigen von der Größe des Unternehmens, der Zahl der Beschäftigten, der Branche, der allgemeinen Wirtschaftslage, den Zeitverhältnissen und gegebenenfalls den besonderen Aufgaben des einzelnen Geschäftsleiters ab.³⁰

2. Legalitätspflicht

Bei der Legalitätspflicht handelt es sich um eine besondere Ausprägung der allgemeinen Sorgfaltspflicht. Sie verlangt es dem Geschäftsleiter ab, sich bei seiner Amtsausübung gesetzestreu zu verhalten.³¹ Diese Pflicht lässt sich wiederum in zwei Komponenten unterteilen: die interne und die externe Pflichtenbindung.

a) Interne Pflichtenbindung

Die interne Pflichtenbindung gebietet dem Geschäftsleiter, die ihm durch Satzung, Geschäftsordnung und Gesetz persönlich auferlegten Gebote zu beachten.³² Er hat daher den ihn persönlich treffenden organspezifischen Gesetzespflichten Folge zu leisten, etwa der Buchführungs- und Bilanzierungs- (§§ 41, 42a GmbHG, 91 Abs. 1 AktG) oder der Insolvenzantragspflicht (§ 15a Abs. 1 Satz 1 InsO).³³ Er ist weiter an den in der Satzung beschriebenen Unternehmensgegenstand gebunden und sowohl verpflichtet, Geschäfte zu unterlassen, die diesem nicht unterfallen (Verbot der

²⁸ Siehe am Beispiel der Haftung von Bankvorständen im Zusammenhang mit der Finanzkrise *Fleischer*, NJW 2010, 1504, 1506; ferner *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 59; *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 7; *Spindler*, in: MünchKomm, AktG, § 93 Rn. 25.

²⁹ *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 8; *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 58; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm, AktG, § 93 Rn. 10; *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, § 43 Rn. 36.

³⁰ *Fleischer*, in: MünchKomm, GmbHG, § 43 Rn. 48; *Spindler*, in: MünchKomm, AktG, § 93 Rn. 25.

³¹ Vgl. BGH NJW 2011, 88, 92; *Fleischer*, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 19; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm, AktG, § 93 Rn. 66; *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, § 43 Rn. 49; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 106.

³² Vgl. BGH NJW 1997, 741, 742, *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 78; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm, AktG, § 93 Rn. 67 ff.; *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, § 43 Rn. 52; *Spindler*, in: MünchKomm, AktG, § 93 Rn. 86.

³³ *Fleischer*, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 21; *ders.*, in: MünchKomm, GmbHG, § 43 Rn. 23.

Satzungsüberschreitung),³⁴ als auch, diesen positiv auszufüllen (Verbot der Satzungsunterschreitung).³⁵

Im Besonderen hat der Geschäftsleiter, die gesellschaftsinterne Kompetenzordnung zu wahren, indem er Zustimmungsvorbehalte zugunsten anderer Gesellschaftsorgane berücksichtigt.³⁶ In gesetzlicher Hinsicht ist dabei an jene Kompetenzen zu denken, die § 46 GmbHG der Gesellschafterversammlung und § 119 AktG der Hauptversammlung zuweisen. In der Aktiengesellschaft kommt die ungeschriebene Kompetenz der Hauptversammlung nach der Holzmüller/Gelatine-Rechtsprechung hinzu.³⁷ Erwähnung verdienen ferner der obligatorische Katalog an Zustimmungsvorbehalten zugunsten des Aufsichtsrats im Aktienrecht (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG)³⁸ sowie die außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen im GmbH-Recht, die einer Vorlage an die Gesellschafterversammlung bedürfen.³⁹

b) Externe Pflichtenbindung

Aufgrund seiner externen Pflichtenbindung, hat der Geschäftsleiter sämtliche Rechtsvorschriften einzuhalten, welche die Gesellschaft als Rechtssubjekt im Außenverhältnis treffen.⁴⁰

aa) Gegenstand

Zu diesen Rechtsvorschriften zählen im Grundsatz alle materiellen Gesetze, deren Adressat die Gesellschaft ist. Die inhaltliche Bandbreite reicht dabei von Normen des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts, über das Wettbewerbs-, Datenschutz-, Arbeits-, Sozial- und Steuerrecht bis hin zum besonderen Verwaltungsrecht (etwa dem

³⁴ BGHZ 119, 305, 332; *Spindler*, in: MünchKomm, AktG, § 93 Rn. 86; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 50.

³⁵ Vgl. OLG Köln ZIP 2009, 1469, 1479; *Fleischer*, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 26 f.; *Stephan/Tieves*, in: MünchKomm, GmbHG, § 37 Rn. 53.

³⁶ *Fleischer*, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 25; *Stephan/Tieves*, in: MünchKomm, GmbHG, § 37 Rn. 123 ff.

³⁷ Vgl. BGHZ 83, 122, 136 ff.; BGHZ 159, 30, 37 ff.; siehe *Kubis*, in: MünchKomm, AktG, § 119 Rn. 48 ff. zu den damit verbundenen Unklarheiten und Einzelfällen.

³⁸ Üblicherweise umfasst dieser den Erwerb von Unternehmen, Unternehmensbeteiligungen und Grundstücken ab einem bestimmten Wert, vgl. *Hoffmann-Becking/Berger*, in: Hoffmann-Becking/Gebele, Beck'sches Formularbuch, Form. X.16. § 5. Ist in der GmbH ein Aufsichtsrat eingerichtet, findet die Norm nach § 52 Abs. 1 GmbHG entsprechende Anwendung, soweit der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt.

³⁹ Vgl. *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, § 37 Rn. 19; *U. H. Schneider/S. H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 37 Rn. 34 ff.; *Stephan/Tieves*, in: MünchKomm, GmbHG, § 37 Rn. 65.

⁴⁰ BGHZ 194, 26, 34; *Fleischer*, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 28; *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, § 43 Rn. 65; *Spindler*, in: MünchKomm, AktG, § 93 Rn. 87.

Gewerbe- und Umweltrecht).⁴¹ Die Legalitätspflicht erstreckt sich auch auf Normen des ausländischen Rechts, soweit das deutsche Kollisionsrecht diese für auf die Gesellschaft anwendbar erklärt.⁴² Umstritten ist derweil, ob sich die externe Pflichtenbindung zudem auf anerkannte Grundsätze der Geschäftsmoral und sämtliche vertraglichen Pflichten der Gesellschaft bezieht.

Die Mindermeinung, nach der die anerkannten Grundsätze der Geschäftsmoral zum Gegenstand der Legalitätspflicht zählen,⁴³ sieht sich durchgreifenden Einwendungen ausgesetzt. Der Terminus erweist sich bereits als zu konturenlos. Es ist den Vertretern der Mindermeinung bislang weder gelungen, einen allgemeinen Maßstab zu formulieren, anhand dessen sich solche Grundsätze ermitteln ließen, noch Anwendungsbeispiele zu benennen.⁴⁴ Des Weiteren sind sie eine dogmatisch tragfähige Begründung für die Rechtsgeltung moralischer Gebote schuldig geblieben, da diese außerhalb der zivilrechtlichen Generalklauseln keine rechtliche Verbindlichkeit entfalten.⁴⁵

Nicht so eindeutig lässt sich die Frage beantworten, ob der Geschäftsleiter aufgrund seiner Legalitätspflicht verpflichtet ist, alle Verträge der Gesellschaft mit Dritten zu erfüllen. Die herrschende Lehre verneint dies ebenfalls, da es sich bei Verträgen nicht um Rechtsquellen im technischen Sinne handle. Unter Umständen könne es gar im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft liegen, eine Vertragspflicht zu missachten und es auf eine Verurteilung zum Schadensersatz ankommen zu lassen.⁴⁶ Eine Vertragsverletzung im Außenverhältnis stelle erst dann eine Verletzung der Legalitätspflicht im Binnenverhältnis dar, wenn sie zugleich

⁴¹ Vgl. *Fleischer*, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 28; *Krieger*, in: Krieger/U. H. Schneider, Handbuch Managerhaftung, § 3 Rn. 5; *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbbecke, GmbHG, § 43 Rn. 65; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 111.

⁴² *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 142; *Spindler*, FS Canaris II, 2007, S. 403, 426 f.; *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 66 ff.

⁴³ *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm, AktG, § 93 Rn. 71; zustimmend *Schlechtriem*, in: Kreuzer, Die Haftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften, S. 9, 21; *U. Schmidt*, in: Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, § 93 AktG Rn. 11; *Thümmel*, Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, Rn. 184; *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 103.

⁴⁴ Der noch von *U. Schmidt*, in: Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. 2014, § 93 AktG Rn. 11 Fn. 22 angeführte Kirch/Breuer-Fall (BGHZ 166, 84, bei *U. Schmidt* zitiert nach NJW 2006, 830) behandelt die Verletzungen handfester Rechtspflichten, nicht bloß moralischer Gebote.

⁴⁵ Zu beiden Kritikpunkten *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 144; ferner *Gaul*, AG 2018, 505, 509; *Hölters*, in: ders., AktG, § 93 Rn. 70; *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 150; *Paefgen*, AG 2014, 554, 557; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 520; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 115.

⁴⁶ So insbesondere *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 150; ferner *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 13; *J.-H. Binder*, AG 2008, 274, 279; *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33, 43 f.; *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 148; *Ihrig*, WM 2004, 2098, 2104; *Lutter*, ZIP 2007, 841, 843; *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbbecke, GmbHG, § 43 Rn. 67; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 518; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 114; *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 76.

delikts- und/oder strafrechtliche Folgen nach sich ziehe.⁴⁷ Die Gegenansicht betont hingegen, dass auch vertragliche Pflichten ihre Geltung und Verbindlichkeit aus der Anerkennung durch die Rechtsordnung ableiten,⁴⁸ und weist auf das hohe Schädigungspotenzial ihrer Missachtung für die Unternehmensreputation hin.⁴⁹

bb) Vorrang vor Nützlichkeitsabwägungen

Ein Rechtsverstoß kann aus *ex-ante*-Sicht für die Gesellschaft erstrebenswert sein, etwa wenn seine Entdeckungswahrscheinlichkeit gering ist und/oder sein erwarteter Nutzen die möglichen Nachteile aus seiner Sanktion übersteigt. Beispiele dafür stellen etwa Kartellverstöße und Korruptionsdelikte dar, die ein einträgliches Geschäft für die Gesellschaft sein können, solange sie unentdeckt bleiben. Es stellt sich deshalb die Frage, ob für derartige „nützliche“ Rechtsverstöße eine Ausnahme von der strengen Legalitätsbindung des Geschäftsleiters zu machen ist.

Insbesondere im US-amerikanischen Schrifttum wurde gelegentlich argumentiert, dass ein derartiger *efficient breach of public law* keine Pflichtverletzung des Geschäftsleiters im Binnenverhältnis darstelle. Soweit der Nutzen eines Gesetzesverstoßes den Erwartungswert seiner Sanktion übersteige, sei er für den Normadressaten erstrebenswert. Da eine rational und egoistisch handelnde natürliche Person solch einen Verstoß im eigenen Interesse begehe, liege es auch im Interesse der Gesellschaft, dass der Geschäftsleiter in diesen Fällen gegen das Gesetz verstoße. Er verhalte sich der Gesellschaft gegenüber deshalb nicht pflichtwidrig, wenn er so handle. Die Normdurchsetzung stelle nämlich keine Aufgabe des Zivilrechts dar, sondern bilde eine Domäne des öffentlichen Rechts.⁵⁰

Diese Auffassung blieb in der US-amerikanischen Debatte in der Minderheit⁵¹ und konnte in Deutschland kaum Fuß fassen. Es besteht weitgehend Konsens darüber, dass sich der Geschäftsleiter auch pflichtwidrig verhält, wenn er einen Gesetzesverstoß begeht, der subjektiv im Interesse oder objektiv zum Nutzen der Gesellschaft ist. Überwiegend hält man dies sogar für derart selbstverständlich, dass

⁴⁷ *Spindler*, FS Canaris II, 2007, S. 403, 423 f.; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 518.

⁴⁸ *Koch*, ZGR 2006, 769, 786; *S. H. Schneider*, DB 2005, 707, 711; *Wiedemann*, ZGR 2011, 183, 199 („keine Pflichten minderen Rechts“); *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 43 Rn. 23a.

⁴⁹ *Wiedemann*, ZGR 2011, 183, 199.

⁵⁰ Vgl. *Easterbrook/Fischel*, 80 Mich. L. Rev. 1155, 1168 no. 36 (1981–1982); ferner *Bainbridge*, *Corporation Law and Economics*, S. 272 ff.

⁵¹ Vgl. aus der Rechtsprechung *Roth v. Robertson*, 118 N.Y.S. 351, 353–354 (Sup. Ct. 1909); *Abrams v. Allen*, 74 N.E.2d 305, 306–307 (N.Y. 1947); *Miller v. AT & T*, 507 F.2d 759, 762–763 (3d Cir. 1974); *Auerbach v. Bennett*, 408 N.Y.S.2d 83, 87 (App. Div. 1978); in der Literatur mit deutlichen Worten *Williams*, 76 N.C.L. Rev. 1265, 1385 (1997–1998): „[...] law implies obligation, even when the „price“ of violations is affordable.“

man davon absieht, dies näher zu begründen.⁵² Wer sich doch an einer Begründung versucht, verweist meist auf einen allgemeinen Rechtssatz, dem zufolge die Gesetzesbindung der Gesellschaft allgemeinen Vorrang vor Opportunitätserwägungen genießt. Im Aktienrecht lasse sich dieser auch § 396 Abs. 1 AktG entnehmen, dem zufolge der Gesellschaft die Auflösung droht, wenn sie durch gesetzwidriges Verhalten ihrer Verwaltungsträger das Gemeinwohl gefährdet.⁵³

Kritiker empfinden diese Begründung als unzureichend und bemängeln, dass ein Rechtssatz, dem zufolge Rechtspflichten einen anderen treffen als den Normadressaten, gar nicht existiere: Es könnten deshalb nicht sämtliche Rechtspflichten der Gesellschaft im Außenverhältnis unesehen zu solchen des Geschäftsleiters im Binnenverhältnis erklärt werden.⁵⁴ Die herrschende Meinung kann sich jedoch auf die Regierungsbegründung zum UMAG berufen, nach der kein unternehmerisches Ermessen für Gesetzesverstöße bestehen soll, um illegalem Verhalten keinen „sicheren Hafen“ zu gewähren.⁵⁵ Über diesen dokumentierten Willen des Gesetzgebers kann man sich *de lege lata* schwerlich hinwegsetzen.

3. Compliancepflicht

Ein besonderes Augenmerk von Wissenschaft und Praxis lag in den vergangenen Jahren insbesondere im Aktienrecht auch auf der sogenannten Compliancepflicht. Sie gebietet es dem Geschäftsleiter, Vorkehrungen gegen Rechtsverstöße im Unternehmen zu treffen.⁵⁶

Dieser Satz zählt mittlerweile zum gesellschaftsrechtlichen Allgemeingut. Streit besteht allerdings über seinen Geltungsgrund. Die herrschende Lehre leitet ihn aus

⁵² Vgl. BGHSt 55, 266, 276; Bayer, FS K. Schmidt, 2009, S. 85, 90 f.; Glöckner/Müller-Tautphaeus, AG 2001, 344; Ihrig, WM 2004, 2098, 2104; Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 15; Koch, Liber Amicorum Winter, 2011, S. 327, 330; Kort, FS Hopt I, 2010, S. 983, 993; Paefgen, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, § 43 Rn. 66; U. H. Schneider, FS Hüffer, 2010, S. 905, 909; Spindler, FS Canaris II, 2007, S. 403, 425; Verse, ZHR 175 (2011), 401, 405; Ziemons, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 75.

⁵³ Insbesondere Fleischer, ZIP 2005, 141, 148 f.: „Beredte[r] Ausdruck“; ähnlich Bicker, AG 2014, 8, 9; Hopt/M. Roth, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 134; Mertens/Cahn, in: KölnKomm, AktG, § 93 Rn. 69; Thole, ZHR 173 (2009), 504, 515; vgl. auch Langenbucher, FS Lewowski, 2014, S. 333, 343.

⁵⁴ Vgl. Hasselbach/Ebbinghaus, AG 2014, 873, 874 f.; Seibt, NZG 2015, 1097, 1100; ders., DB 2018, 237, 242 f.; ausführlich Brock, Legalitätsprinzip und Nützlichkeitsabwägungen, S. 58 ff.; für eine differenzierte Handhabung auch Harzenetter, Innenhaftung des Vorstands der Aktiengesellschaft für so genannte nützliche Pflichtverletzungen, S. 96 ff.

⁵⁵ Vgl. Begr. RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 11, näher zur damit angesprochenen Business Judgement Rule I. Teil: A.III.

⁵⁶ Vgl. LG München I ZIP 2014, 570, 573; Bayer, FS K. Schmidt, 2009, S. 85, 88; Hopt/M. Roth, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 182; Hüffer/Koch, AktG, § 76 Rn. 11; Kort, in: GroßKomm, AktG, § 91 Rn. 121; Mertens/Cahn, in: KölnKomm, AktG, § 91 Rn. 34; Ziemons, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 174.

der allgemeinen Sorgfaltspflicht ab, die es dem Geschäftsleiter nicht nur abverlange, sich selbst rechtstreu zu verhalten (Legalitätspflicht), sondern sich auch um die Rechtstreue auf nachgeordneter Unternehmensebene zu sorgen (Legalitätskontrollpflicht)⁵⁷. Andere Stimmen möchten ihn auf eine Einzelanalogie zu § 91 Abs. 2 AktG stützen,⁵⁸ der es dem Vorstand gebietet, ein Überwachungssystem zur Früherkennung bestandsgefährdender Risiken einzurichten. Ferner steht eine Gesamtanalogie zu dieser und anderen Normen (etwa § 130 OWiG) zur Debatte.⁵⁹ Die Compliancepflicht ist mittlerweile auch im Deutschen Corporate Governance Kodex aufgeführt (Ziff. 4.1.3 DCGK). Sie findet zudem einige spezialgesetzliche Ausformungen, beispielsweise im Kreditwesen (§ 25a KWG).

Aufgrund seiner Compliancepflicht hat der Geschäftsleiter eine auf Haftungsvermeidung und Risikokontrolle angelegte Compliance-Organisation im Unternehmen einzurichten, soweit ein entsprechendes Gefahrenpotenzial besteht. Entscheidend ist dafür die konkrete Risikoexposition des Unternehmens, für die es etwa auf die Branche, seine Größe, geografische Präsenz sowie mögliche Verstöße in der Vergangenheit ankommt.⁶⁰ Als compliance-relevante Risikobereiche gelten insbesondere das Kapitalmarkt-, Kartell- und Korruptionsstrafrecht.⁶¹ Soweit sich ein entsprechendes Gefahrenpotenzial identifizieren lässt, soll es sich bei dem „Ob“ der Einrichtung einer Compliance-Organisation um eine gebundene Entscheidung handeln. Bei dem „Wie“ ihrer Ausgestaltung soll dem Geschäftsleiter hingegen ein unternehmerisches Ermessen zukommen.⁶² Die Diskussion um die Compliancepflicht, die sich vor allem im Aktienrecht entzündet hat, lässt sich deshalb nur eingeschränkt auf den GmbH-Geschäftsführer übertragen: In einer kleinen GmbH, die durch einen Gesellschafter-Geschäftsführer geführt wird und nur über wenige

⁵⁷ Vgl. *Bachmann*, in: VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2007, S. 65, 73 f.; *Bürgers*, ZHR 179 (2015), 173, 175 f.; *Fleischer*, in: BeckOGK, § 91 AktG Rn. 47; *Goette*, ZHR 175 (2011), 388, 392; *Holle*, Legalitätskontrolle im Kapitalgesellschafts- und Konzernrecht, S. 36 ff.; *Hüffer/Koch*, AktG, § 76 Rn. 14; *Kort*, in: GroßKomm, AktG, § 91 Rn. 123; *Kremer/Klahold*, in: Krieger/U. H. Schneider, Handbuch Managerhaftung, § 25 Rn. 3; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm, AktG, § 91 Rn. 35; *Verse*, ZHR 175 (2011), 401, 404.

⁵⁸ *Dreher*, FS Hüffer, 2010, S. 161, 168 ff.

⁵⁹ *U. H. Schneider*, ZIP 2003, 645, 649; ähnlich *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, in: dies., Corporate Compliance, § 1 Rn. 28.

⁶⁰ Vgl. LG München I ZIP 2014, 570, 573; *Fleischer*, in: BeckOGK, § 91 AktG Rn. 54; *Hüffer/Koch*, AktG, § 76 Rn. 14 f.; *Kort*, in: GroßKomm, AktG, § 91 Rn. 122; *Spindler*, in: MünchKomm, AktG, § 91 Rn. 67; *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 174.

⁶¹ *Fleischer*, AG 2003, 291, 300.

⁶² Vgl. *Bachmann*, ZIP 2014, 579, 580; *Goette*, ZHR 175 (2011), 388, 392 f.; *Kort*, in: GroßKomm, AktG, § 91 Rn. 122; *Kremer/Klahold*, in: Krieger/U. H. Schneider, Handbuch Managerhaftung, § 25 Rn. 3; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm, AktG, § 91 Rn. 36 f.; *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 174.

Mitarbeiter verfügt, wird im Regelfall keine Compliance-Organisation erforderlich sein.⁶³

Treten konkrete Verdachtsmomente auf, dass im Unternehmen Rechtsverstöße begangen werden, so hat der Geschäftsleiter unverzüglich zu reagieren.⁶⁴ Einer eingängigen Alliteration zufolge muss er dabei den Verdacht aufklären und den Verstoß sowohl abstellen als auch ahnden.⁶⁵ Zudem trifft den Geschäftsleiter regelmäßig wie anlassbezogen die Pflicht, die Compliance-Organisation auf ihre Effektivität hin zu prüfen und bei ihrer Ausgestaltung erforderlichenfalls nachzujustieren.⁶⁶

4. Treuepflicht

Die Treuepflicht komplementiert das organschaftliche Pflichtenheft des Geschäftsleiters und verdient hier nur der Vollständigkeit halber Erwähnung. Aufgrund der Treuepflicht hat sich der Geschäftsleiter der Gesellschaft gegenüber loyal zu verhalten, indem er ihr Interesse vor sein eigenes oder das Dritter stellt.⁶⁷ In der Treuepflicht drückt sich der fiduziarische Charakter der Tätigkeit des Geschäftsleiters als Treuhänder für fremde Vermögensinteressen aus.⁶⁸

Um eine besondere Ausprägung der Treuepflicht handelt es sich bei der sogenannten Geschäftschancenlehre. Danach ist der Geschäftsleiter gehalten, Geschäftschancen zugunsten der Gesellschaft wahrzunehmen und nicht für eigene Zwecke auszunutzen.⁶⁹ Im weiteren Sinne lassen sich zur Treuepflicht ferner die Pflicht des Geschäftsleiters zur Verschwiegenheit sowie das Wettbewerbsverbot zählen. Sie sind in § 88 AktG und § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG positiv normiert, aber auch für den GmbH-Geschäftsführer allgemein anerkannt.⁷⁰

⁶³ *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 11; *Goette*, ZHR 175 (2011), 388, 396 f.; so auch *Fleischer*, in: MünchKomm, GmbHG, § 43 Rn. 145; *Kort*, GmbHR 2013, 566, 568; *U. H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 157.

⁶⁴ Vgl. LG München I ZIP 2014, 570, 575; *Fleischer*, in: BeckOGK, § 91 AktG Rn. 57.

⁶⁵ Zu dieser Trias etwa LG München I ZIP 2014, 570, 573; *Fleischer*, NZG 2014, 321, 324; *Hüffer/Koch*, AktG, § 76 Rn. 16; *Seibt/Cziupka*, DB 2014, 1598, 1599 f.

⁶⁶ *Fleischer*, NZG 2014, 321, 326; zustimmend *Bürgers*, ZHR 179 (2015), 173, 178.

⁶⁷ Vgl. *Fleischer*, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 144; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm, AktG, § 93 Rn. 95; *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbke, GmbHG, § 43 Rn. 70; *Spindler*, in: MünchKomm, AktG, § 93 Rn. 125; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 177.

⁶⁸ Vgl. BGHZ 129, 30, 34; BGHSt 50, 331, 335 f.; *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 224; *Spindler*, in: MünchKomm, AktG, § 93 Rn. 125.

⁶⁹ Vgl. *Fleischer*, NZG 2013, 361; *Sailer-Coceani*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 21; *Seyfarth*, Vorstandsrecht, § 10 Rn. 66; *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 257; siehe aus der Rechtsprechung etwa BGH WM 1977, 361, 362.

⁷⁰ § 85 Abs. 1 GmbHG setzt die Verschwiegenheitspflicht voraus, siehe *Fleischer*, in: MünchKomm, GmbHG, § 43 Rn. 199; *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 291; vgl. zum Wettbewerbsverbot BGHZ 49, 30, 31; BGH NJW 1997, 2055, 2056; *Jaeger/Steinbrück*, in: MünchKomm, GmbHG, § 35 Rn. 360; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh.

III. Business Judgement Rule

Nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG liegt eine Pflichtverletzung „nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln“. Diese 2005 mit dem UMAG eingeführte Norm kodifiziert die sogenannte Business Judgement Rule, die zuvor bereits als Richterrecht galt.⁷¹ Ihre Rechtsnatur ist umstritten. Sie wird in der Lehre etwa als unwiderlegliche Vermutung,⁷² Tatbestandsausschluss⁷³ oder Konkretisierung des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabs⁷⁴ beschrieben. Auf den GmbH-Geschäftsführer findet die Vorschrift analoge Anwendung. Dabei sind einige sich aus der Gesellschaftsform ergebende Besonderheiten zu berücksichtigen, insbesondere die Bindung des Geschäftsführers an eine Weisung der Gesellschafter sowie gegebenenfalls die mitgliedschaftliche Treupflicht eines Gesellschafter-Geschäftsführers.⁷⁵

Die Business Judgement Rule ist an ein gleichnamiges Konzept der Rechtsprechung verschiedener bundesstaatlicher Gerichte in den USA angelehnt,⁷⁶ dem zufolge die Entscheidung eines Geschäftsleiters keiner richterlichen Nachprüfung auf einen Verstoß gegen die *duty of care* unterliegt, wenn sie in gutem Glauben, unabhängig und ohne Eigeninteresse gefällt wurde.⁷⁷ Von der Business Judgement Rule deutscher Prägung unterscheidet sich die US-amerikanische allerdings in einigen Aspekten, vor allem im Hinblick auf die Beweislastverteilung. Die US-amerikanische Business Judgement Rule begründet eine Vermutung pflichtgemäßen Verhaltens, die der Anspruchsteller im Prozess zu widerlegen hat. Bei ihrem deutschen

§ 6 Rn. 20; *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, § 43 Rn. 82; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 186, 225.

⁷¹ Andeutungsweise bereits im Herstatt-Fall, BGHZ 75, 96, 108; grundlegend das ARAG/Garmenbeck-Urteil BGHZ 135, 244, 253: „Eine Schadenersatzpflicht des Vorstandes [...] kann erst in Betracht kommen, wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewußtsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muß, deutlich überschritten sind [...]“; ferner BGH ZIP 2002, 213, 214.

⁷² *Fleischer*, ZIP 2004, 685, 689.

⁷³ *Koch*, ZGR 2006, 769, 784.

⁷⁴ Wohl herrschend, siehe *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 67; *Spindler*, in: MünchKomm, AktG, § 93 Rn. 46; *P. Scholz*, AG 2018, 173, 182.

⁷⁵ Siehe zum grundsätzlichen unternehmerischen Ermessensspielraum des GmbH-Geschäftsführers BGHZ 152, 280, 284; zu den GmbH-rechtlichen Besonderheiten *Fleischer*, NZG 2011, 521, 523 ff.; *Kuntz*, GmbHR 2008, 121, 122 ff.; gegen eine Übertragbarkeit allerdings *Jungmann*, FS K. Schmidt, 2009, S. 831, 850 f.

⁷⁶ Siehe Begr. RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 11: „entspricht Vorbildern der Business Judgment Rule aus dem angelsächsischen Rechtskreis“; zur Besonderheit eines solchen *legal transplants* *Fleischer*, NZG 2004, 1129, 1130 f.

⁷⁷ Vgl. *Allen/Kraakman*, Commentaries and Cases on the Law of Business Organization, S. 239 f.; siehe zu den historischen Ursprüngen auch *Arsh*, 8 Hofstra L. Rev. 93, 97–100 (1979–1980).

Pendant liegt es hingegen am Geschäftsleiter, ihre Voraussetzungen darzulegen und zu beweisen (§ 93 Abs. 2 Satz 2 AktG).⁷⁸

1. Legitimation

Für die *ratio legis* der Business Judgement Rule lassen sich im Wesentlichen drei Begründungsstränge ausmachen.

a) Eigenart unternehmerischer Betätigung

Der BGH führte bereits in seinem ARAG/Garmenbeck-Urteil aus, dass unternehmerische Aktivität ohne einen weiten Handlungsspielraum schlechterdings nicht denkbar sei. Es gehöre zum unternehmerischen Handeln dazu, bewusst geschäftliche Risiken einzugehen. Jeder Unternehmensleiter sei dabei auch der Gefahr von Fehlbeurteilungen und -einschätzungen ausgesetzt.⁷⁹ Damit ist der erste Begründungsstrang der Business Judgement Rule angesprochen, der in der Eigenart der unternehmerischen Betätigung liegt: Bei unternehmerischen Entscheidungen handelt es sich typischerweise um Prognoseentscheidungen, die unter Unsicherheiten und häufig auch unter Zeitdruck gefällt werden müssen. Es ist typisch und an sich noch nicht pflichtwidrig, dass Geschäftsleiter dabei Risiken eingehen. Dass sich ein unternehmerisches Risiko realisiert, lässt darum keinen Rückschluss darauf zu, dass sich der Geschäftsleiter *ex ante* pflichtwidrig verhalten hat.⁸⁰ Eng mit diesem Argument verbunden ist die Sorge, dass Gerichten häufig der nötige betriebswirtschaftliche Sachverstand fehle, um unternehmerische Entscheidungen im Nachhinein zutreffend beurteilen zu können.⁸¹

Für sich genommen vermag diese Argumentation allerdings kaum zu überzeugen. Keiner der vorgenannten Aspekte stellt ein Bereichsspezifikum unternehmerischen Handelns dar, sodass er begründen könnte, warum die Business Judgement Rule den Geschäftsleiter gegenüber anderen Berufsgruppen privilegiert. Sie alle ließen sich nahtlos etwa auch auf den Notarzt übertragen: Er hat häufig unter hohem Zeitdruck schwierige Prognoseentscheidungen zu treffen, das Ausbleiben des Heilungserfolgs indiziert noch keinen Sorgfaltsverstoß und Gerichte verfügen selbst nicht über ausreichenden medizinischen Sachverstand, um sein Handeln stets zutreffend be-

⁷⁸ Zu diesem Unterschied *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 65; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm, AktG, § 93 Rn. 14; siehe zur Beweislastverteilung nach deutschem Recht 1. Teil: B.I.

⁷⁹ BGHZ 135, 244, 253.

⁸⁰ Vgl. *Bürgers*, in: *Bürgers/Körber*, AktG, § 93 Rn. 9; *Fleischer*, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 77; *Spindler*, in: MünchKomm, AktG, § 93 Rn. 43.

⁸¹ *Fleischer*, FS Wiedemann, 2002, S. 827, 831; *Koch*, ZGR 2006, 769, 782; im rechtsvergleichenden Querschnitt mit diesem Argument auch *Armour/Enriques/Hansmann/Kraakman*, in: Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law*, Kap. 3, S. 69.

werten zu können. In den Genuss eines der Business Judgement Rule ähnlichen Haftungsfreiraums kommt er trotzdem nicht.⁸²

b) Vermeidung risikoaversen Verhaltens

Einen weiteren Begründungsansatz für die Business Judgement Rule bildet das Anliegen, risikoaverm Verhalten des Geschäftsleiters vorzubeugen. Die Gesellschafter sind tendenziell risikoneutral eingestellt, da ihr Verlustrisiko auf ihre Einlage beschränkt ist und sie dieses über ein Portfolio diversifizieren können. Sie sind daher daran interessiert, dass sich der Geschäftsleiter bei der Verwaltung ihrer Mittel ebenfalls risikoneutral verhält. Müsste der Geschäftsleiter befürchten, für jede Entscheidung, die sich nachträglich als verlustreich erweist, persönlich in Haftung genommen zu werden, wäre einem zutiefst risikoaversen Verhalten Vorschub geleistet.⁸³ Dieser Gefahr soll die Business Judgement Rule begegnen, indem sie dem Geschäftsleiter einen „sicheren Hafen“ gewährt, soweit er ihre Voraussetzungen einhält.⁸⁴

c) Vermeidung des richterlichen Rückschaufehlers

Eine letzte Rechtfertigung der Business Judgement Rule bietet ein Phänomen, das die Kognitionspsychologie als Rückschaufehler (*hindsight bias*) bezeichnet: Wer darum weiß, dass ein bestimmtes Ereignis eingetreten ist, tendiert dazu, dessen Vorhersehbarkeit rückblickend höher zu bewerten.⁸⁵ Dieser Fehler droht auch dem Richter im Binnenhaftungsprozess zu unterlaufen. Er könnte leicht geneigt sein, aus dem Eintritt eines Schadens *ex post* darauf zu schließen, dass dem Geschäftsleiter *ex ante* eine Pflichtverletzung zur Last fällt. Dieser Rückschluss wäre freilich unzulässig und würde die Geschäftsleiterhaftung in bedenklicher Weise einer Erfolgshaftung annähern.⁸⁶

Die Business Judgement Rule beugt solch einem Rückschaufehler zum Schutz des Geschäftsleiters vor, indem sie dessen Entscheidung einer richterlichen Nach-

⁸² Vgl. zum vorstehenden Argument *Jungmann*, FS K. Schmidt, 2009, S. 831, 836 f.; *Korch*, Haftung und Verhalten, S. 200 ff.; *Kuntz*, GmbHR 2008, 121 f.

⁸³ Vgl. *Gagliardi v. Trifoods International, Inc.*, 683 A.2d 1049, 1052 (Del. Ch. 1996): „Shareholders don't want (or shouldn't rationally want) directors to be risk averse.“; siehe dazu ferner eingehend 1. Teil: C.III.1.b).

⁸⁴ Vgl. *Fleischer*, ZIP 2004, 685 f.; *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 63; *Koch*, ZGR 2006, 769, 782; *Paefgen*, AG 2004, 245, 247 f.; siehe aus dem US-amerikanischen Schrifttum etwa *Easterbrook/Fischel*, The Economic Structure of Corporate Law, S. 99 f.

⁸⁵ Grundlegend *Fischhoff*, 1 Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance 288 (1975).

⁸⁶ *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 63; *Koch*, ZGR 2006, 769, 782; *Korch*, Haftung und Verhalten, S. 203 f.; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm, AktG, § 93 Rn. 13.

prüfung entzieht, wenn gewisse *ex-ante*-Kriterien erfüllt sind.⁸⁷ Diese Begründung der Business Judgement Rule erweist sich auch im Vergleich des Geschäftsleiters mit anderen Berufsgruppen als schlagkräftig. Letztere können häufig darauf verweisen, dass andere Berufsträger in ähnlichen Situationen gleich gehandelt hätten, sich also ein professioneller Standard herausgebildet hat. Diese Möglichkeit besteht für Geschäftsleiter derweil häufig nicht, da unternehmerische Entscheidungen – wie etwa die Investition in ein bestimmtes Projekt oder Produkt – häufig einzigartig sind, sodass es ein tauglicher Vergleichsmaßstab fehlt.⁸⁸

2. Tatbestandsvoraussetzungen

Die Tatbestandsvoraussetzungen der Business Judgement Rule ergeben sich überwiegend aus dem Wortlaut des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG: Es bedarf einer unternehmerischen Entscheidung, bei der der Geschäftsleiter vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

a) Unternehmerische Entscheidung

Der Freiraum der Business Judgement Rule eröffnet sich nur für unternehmerische Entscheidungen. Kennzeichnend für solche ist ihr Prognosecharakter, womit ihnen, ob ihrer Zukunftsbezogenheit, ein gewisses Risiko immanent ist.⁸⁹ Maßnahmen, bei denen dem Geschäftsleiter aufgrund rechtlicher Gebundenheit von vornherein kein Handlungsspielraum zukommt, stellen demnach keine unternehmerische Entscheidung dar. Mithin entziehen sich Verstöße gegen die Treue- und Legalitätspflicht dem sicheren Hafen der Business Judgement Rule, da bei ihnen schon *ex ante* nur eine Handlungsoption besteht, nämlich die, sich loyal und legal zu verhalten.⁹⁰

⁸⁷ Vgl. *Fleischer*, FS Immenga, 2004, S. 575, 579 f.; *Fleischer/Schmolke/Zimmer*, in: *Fleischer/Zimmer*, Beitrag der Verhaltensökonomie (Behavioral Economics) zum Handels- und Wirtschaftsrecht, S. 9, 58; so auch in der US-amerikanischen Literatur *Eisenberg*, 51 Miami L. Rev. 579, 587 (1996–1997); diesen Aspekt hebt auch der Delaware Court of Chancery in seiner Rechtsprechung hervor, siehe *In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litig.*, 964 A.2d 106, 124 (Del. Ch. 2009).

⁸⁸ Vgl. *Arkes/Schipani*, 73 Or. L. Rev. 587, 624–626 (1994); *Eisenberg*, 51 Miami L. Rev. 579, 587–588 (1996–1997).

⁸⁹ Vgl. *Fleischer*, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 86; *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 18; *Spindler*, in: MünchKomm, AktG, § 93 Rn. 48.

⁹⁰ Vgl. *Fleischer*, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 85; *Goette*, FS 50 Jahre BGH, 2000, S. 123, 130 ff.; *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 73 ff.

b) Auf Grundlage angemessener Information

Ferner muss der Geschäftsleiter seine Entscheidung auf Grundlage angemessener Information gefällt haben, da ein schutzwürdiges unternehmerisches Ermessen voraussetzt, dass er die Entscheidungsgrundlagen sorgfältig ermittelt.⁹¹ Die Rechtsprechung legt dabei einen strengen Maßstab an. Der BGH hat wiederholt formuliert, der Geschäftsleiter habe „in der konkreten Entscheidungssituation alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art auszuschöpfen“⁹². Die Forderung, alle (!) verfügbaren Informationsquellen auszuschöpfen, hält die ganz überwiegende Literaturmeinung für überspannt und betont, dass der Wortlaut der Norm lediglich nach „angemessener Information“ verlange.⁹³ Sie präferiert die Angemessenheit der Information situationsbezogen zu beurteilen und im Besonderen von der Tragweite und Eilbedürftigkeit der Entscheidung abhängig zu machen.⁹⁴

c) Handeln zum Wohle der Gesellschaft

Der Geschäftsleiter muss ferner annehmen dürfen, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Davon ist der Regierungsbegründung zum UMAG zufolge jedenfalls auszugehen, wenn sein Verhalten „der langfristigen Ertragsstärkung und Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens und seiner Produkte oder Dienstleistungen dient.“⁹⁵ Wie der Gesetzeswortlaut zum Ausdruck bringt („annehmen durfte“) kommt es hierfür im Ausgangspunkt auf die subjektive *ex-ante*-Sicht des handelnden Geschäftsleiters an. Diese unterliegt lediglich einer objektiven Evidenzkontrolle.⁹⁶

⁹¹ Vgl. BGH NJW 2008, 3361, 3362; *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 20.

⁹² BGH NJW 2008, 3361, 3362; bestätigt durch BGHZ 197, 304, 314 (zur GmbH & Co. KG).

⁹³ Vgl. etwa *Bachmann*, ZHR 177 (2013), 1, 3; *Fleischer*, NJW 2009, 2337, 2339; *Spindler*, AG 2013, 889, 892 f. *Sailer-Coceani*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 17 wirft dem BGH gar vor, er judiziere *contra legem*.

⁹⁴ *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 20; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm, AktG, § 93 Rn. 33; besonders großzügig *Freitag/Korch*, ZIP 2012, 2281, 2284 ff. (Unvertretbarkeit erst in der Nähe grober Fahrlässigkeit).

⁹⁵ BT-Drucks. 15/5092, S. 11.

⁹⁶ Vgl. bereits das ARAG/Garmenbeck-Urteil BGHZ 135, 244, 253; ferner *Fleischer*, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 98 f.; *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 101; *Koch*, ZGR 2006, 769, 790.

d) Freiheit von Sonderinteressen und sachfremden Einflüssen

Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal, das sich der Regierungsbegründung zum UMAG entnehmen lässt,⁹⁷ soll die Business Judgement Rule ferner voraussetzen, dass der Geschäftsleiter frei von Sonderinteressen und sachfremden Einflüssen gehandelt hat.⁹⁸ Entscheidungen, bei denen sich der Geschäftsleiter in einem Interessenkonflikt befindet, unterfallen ihr damit nicht, da ein Interessenkonflikt die Vermutung erschüttert, dass der Geschäftsleiter zum Vorteil der Gesellschaft handelt.⁹⁹

e) Gutgläubigkeit

Zuletzt soll die Business Judgement Rule lediglich eingreifen, wenn der Geschäftsleiter in gutem Glauben handelt. Selbst objektiv vertretbare Entscheidungen sind damit nicht durch § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG geschützt, soweit der Geschäftsleiter selbst nicht an ihre Richtigkeit glaubt.¹⁰⁰ Ob dieses Tatbestandsmerkmal einen originären Anwendungsbereich aufweist, bleibt fraglich, da es bei Bösgläubigkeit des Geschäftsleiters meist bereits an einer anderen Tatbestandsvoraussetzung der Business Judgement Rule fehlen wird.¹⁰¹

IV. Verschulden

Die Binnenhaftung des Geschäftsleiters setzt ferner voraus, dass diesen ein Verschulden trifft. Hierin kommt die Doppelfunktionalität der §§ 43 Abs. 1 GmbHG, 93 Abs. 1 Satz 1 AktG zum Ausdruck, die nicht nur einen objektiven Pflichten-, sondern auch einen typisierten Verschuldensmaßstab beschreiben.¹⁰²

Der Geschäftsleiter hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten.¹⁰³ Er haftet lediglich für eigenes Verschulden. Das Verschulden von Hilfspersonen wird nicht nach § 278 BGB zugerechnet, da diese typischerweise nicht im Pflichtenkreis des Ge-

⁹⁷ BT-Drucks. 15/5092, S. 11: „Das Handeln muss dabei ferner unbeeinflusst von Interessenkonflikten, Fremdeinflüssen und ohne unmittelbaren Eigennutz sein. Der Geschäftsleiter muss also unbefangen und unabhängig sein.“

⁹⁸ *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 90; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm, AktG, § 93 Rn. 25; *Seyfarth*, Vorstandsrecht, § 23 Rn. 28.

⁹⁹ *Fleischer*, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 93; *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 90; *Lutter*, FS Canaris II, 2007, S. 245, 247.

¹⁰⁰ *Fleischer*, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 100; *Koch*, ZGR 2006, 769, 790.

¹⁰¹ Vgl. *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 24; *Fleischer*, ZIP 2004, 685, 691; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm, AktG, § 93 Rn. 31.

¹⁰² Vgl. *Fleischer*, in: MünchKomm, GmbHG, § 43 Rn. 255; *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 391; *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbke, GmbHG, § 43 Rn. 166.

¹⁰³ Vgl. *Bürgers*, in: Bürgers/Körber, AktG, § 93 Rn. 21c; *Fleischer*, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 241; *Seyfarth*, Vorstandsrecht, § 23 Rn. 33; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 269.

schäftsleiters, sondern der Gesellschaft tätig werden.¹⁰⁴ In der Praxis scheitert der Schadensersatzanspruch selten an einem fehlenden Verschulden.¹⁰⁵ Insbesondere kann sich der Geschäftsleiter aufgrund des typisierten Verschuldensmaßstabs nicht mit dem Hinweis exkulpieren, persönlich nicht über die erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnis zu verfügen.¹⁰⁶

V. Disponibilität

Um die Frage zu beantworten, ob Gesellschaft und Geschäftsleiter über den Binnenhaftungsanspruch disponieren können, bedarf es mehrerer Differenzierungen. Einerseits sind Rechtshandlungen, die den Anspruch vorsorglich ausschließen oder beschränken, von nachträglichen anspruchsbeeinträchtigenden Handlungen wie Verzicht und Vergleich zu unterscheiden. Andererseits zeigen sich erhebliche Diskrepanzen zwischen den Rechtsformen.

1. Haftungsausschluss und -beschränkung

a) AG

Aus der aktienrechtlichen Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG) folgt, dass es sich bei § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG um zwingendes Recht handelt. Die Parteien können die Binnenhaftung deshalb weder insgesamt noch in Teilen abbedingen, etwa indem sie den Verschuldensmaßstab modifizieren oder Haftungshöchstgrenzen vereinbaren.¹⁰⁷

Nach § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG tritt der Gesellschaft gegenüber die Ersatzpflicht allerdings nicht ein, wenn die Handlung auf einem gesetzmäßigen (weder nichtigem noch anfechtbarem)¹⁰⁸ Beschluss der Hauptversammlung beruht. Wie aus dem Ausdruck des Beruhens folgt, muss der Beschluss vor der relevanten Pflichtverletzung gefasst worden sein, um seine enthaftende Wirkung entfalten zu können.¹⁰⁹ Die Billigung durch den Aufsichtsrat genügt nicht (§ 93 Abs. 4 Satz 2 AktG).

¹⁰⁴ Vgl. BGHZ 13, 61, 64 f. (Prokurist); BGH NJW-RR 2011, 1670, 1672 (Rechtsanwalt); Hüfner/Koch, AktG, § 93 Rn. 46; Sailer-Coceani, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 35.

¹⁰⁵ Vgl. Fleischer, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 240: „Die ‚Würfel‘ fallen zumeist auf der Ebene der objektiven Pflichtverletzung.“; ferner Spindler, in: MünchKomm, AktG, § 93 Rn. 198.

¹⁰⁶ Vgl. bereits zur Genossenschaft RGZ 163, 200, 208; ferner BGHZ 129, 30, 34; BGH WM 1981, 440, 442.

¹⁰⁷ Statt aller Fleischer, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 4 f.

¹⁰⁸ Hoffmann-Becking, in: ders., Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts IV, § 26 Rn. 34; Mertens/Cahn, in: KölnKomm, AktG, § 93 Rn. 155 f.; Krieger, in: Krieger/U. H. Schneider, Handbuch Managerhaftung, § 3 Rn. 41; Spindler, in: MünchKomm, AktG, § 93 Rn. 267.

¹⁰⁹ OLG München ZIP 2008, 1916, 1918; Hüfner/Koch, AktG, § 93 Rn. 73; Sailer-Coceani, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 59.

b) GmbH

In der GmbH sind Haftungsausschluss wie -beschränkung, etwa durch die Satzung oder den Anstellungsvertrag, nach heute herrschender Meinung grundsätzlich möglich.¹¹⁰ Jedenfalls auf Vorsatztaten können sich diese aber nach § 276 Abs. 3 BGB nicht erstrecken. Auch die Haftung für die Verletzung des § 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG lässt sich nicht abbedingen, wie sich *e contrario* aus den §§ 9b Abs. 1, 43 Abs. 3 Satz 2 GmbHG ergibt, die bei der Verletzung dieses Sondertatbestandes selbst den nachträglichen Anspruchsverzicht für unwirksam erklären.¹¹¹ Umstritten ist ferner, ob sich ein Haftungsausschluss auch auf Fälle grober Fahrlässigkeit¹¹² und die Verletzung sonstiger gläubigerschützender Pflichten¹¹³ erstrecken kann.

Nach einhelliger Meinung haftet der Geschäftsführer mangels Pflichtwidrigkeit ferner nicht für Handlungen, mit denen er einer Weisung der Gesellschafter oder eines anderen weisungsbefugten Gesellschaftsorgans nachkommt, da ihn insoweit eine Folgepflicht trifft (§ 37 Abs. 1 GmbHG).¹¹⁴ Die enthaftende Wirkung tritt jedoch nicht ein, wenn die Weisung nichtig ist.¹¹⁵ Gleiches gilt für Einverständnis und Billigung der Gesellschafter.¹¹⁶

¹¹⁰ Vgl. BGH NJW 2002, 3777 f.; *Fleischer*, in: MünchKomm, GmbHG, § 43 Rn. 302 ff.; *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, § 43 Rn. 8; *R. Werner*, GmbHR 2014, 792, 794; *U. H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 421; ablehnend mit Hinweis auf den Willen des historischen Gesetzgebers noch *Haas*, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, S. 296 ff.

¹¹¹ *Fleischer*, in: MünchKomm, GmbHG, § 43 Rn. 308.

¹¹² Für eine Abdingbarkeit: *Fleischer*, in: MünchKomm, GmbHG, § 43 Rn. 312; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 424; dagegen: *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 41.

¹¹³ Zumindest in Teilen für eine Abdingbarkeit: *Fleischer*, in: MünchKomm, GmbHG, § 43 Rn. 310 f.; dagegen: *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 64 f.; *Klöhn*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 43 Rn. 76; *Lindacher*, JuS 1984, 672, 674; *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, § 43 Rn. 10.

¹¹⁴ Vgl. BGHZ 31, 258, 278; BGHZ 122, 333, 336; *Altmeppen*, GmbHG, § 43 Rn. 122; *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, § 43 Rn. 214; *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 390.

¹¹⁵ Vgl. auch zur differenzierten Behandlung der bloß anfechtbaren Weisung *Diekmann*, in: Priester/Mayer/Wicke, Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts III, § 46 Rn. 35 f.; *Fleischer*, in: MünchKomm, GmbHG, § 43 Rn. 278; *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, § 43 Rn. 239; *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 391 f.

¹¹⁶ Vgl. BGHZ 122, 333, 336; BGHZ 142, 92, 95; BGH NJW-RR 2003, 895, 896; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 41; *Schnorbus*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 43 Rn. 90.

2. Verzicht und Vergleich

a) AG

Die Freiheit der AG, auf den Schadensersatzanspruch gegen ihren Geschäftsleiter zu verzichten oder sich über diesen zu vergleichen, wird durch § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG erheblich beschnitten. Danach müssen vor einem Verzicht oder Vergleich mindestens drei Jahre nach der Entstehung des Anspruchs vergangen sein. Ferner bedarf es dazu eines Hauptversammlungsbeschlusses, zu dem nicht eine Minderheit, deren Anteile zusammen 10 % des Grundkapitals erreichen, Widerspruch zur Niederschrift erhoben hat. Diese Restriktionen tragen sowohl dem Schutz des Gesellschaftsvermögens als auch der Minderheitsaktionäre Rechnung.¹¹⁷ Sind die Voraussetzungen des § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG nicht erfüllt, ist die betroffene Rechts-handlung nichtig.¹¹⁸ Wie § 120 Abs. 2 Satz 2 AktG klarstellt, enthält eine Entlastung des Vorstandsmitgliedes keinen Verzicht auf Schadensersatzansprüche.

b) GmbH

Die GmbH unterliegt solch rigiden Einschränkungen nicht. Wie sich im Umkehrschluss aus den §§ 9b Abs. 1, 43 Abs. 3 Satz 2 GmbHG ergibt, die lediglich den Verzicht auf und den Vergleich über Ansprüche aus der Verletzung des § 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG für unwirksam erklären, ist es im Übrigen Sache der Gesellschafter darüber zu entscheiden, ob auf Schadensersatzansprüche gegen den Geschäftsleiter verzichtet werden soll (§ 46 Nr. 6, 8 GmbHG).¹¹⁹ Auch ein Entlastungsbeschluss der Gesellschafter (§ 46 Nr. 5 GmbHG) zieht die Präklusion sämtlicher Ansprüche gegen den Geschäftsführer nach sich, deren Existenz zum Beschlusszeitpunkt bei sorgfältiger Prüfung erkennbar war.¹²⁰

VI. Sondertatbestände

Die §§ 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG, 93 Abs. 3 AktG statuieren eine besondere Haftung für die Verletzung bestimmter kapitalschützender Pflichten. Nach herrschender Meinung handelt es sich bei diesen Tatbeständen um eine besondere Ausprägung der allgemeinen Geschäftsleiterhaftung der §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG.¹²¹

¹¹⁷ BGHZ 202, 26, 32.

¹¹⁸ BGHZ 202, 26, 38; OLG München AG 2017, 631, 632.

¹¹⁹ Vgl. BGH NJW-RR 2003, 895, 896; BGH NJW-RR 2008, 905, 906.

¹²⁰ BGH NJW 1959, 192, 194; *Liebscher*, in: MünchKomm, GmbHG, § 46 Rn. 147; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46 Rn. 94.

¹²¹ BGHZ 122, 333, 340; BGH NJW 2009, 68, 70; *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 68; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm, AktG, § 93 Rn. 125; *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbbe,

1. Inhalt

Die in den Sondertatbeständen aufgeführten „Todsünden“¹²² stellen im GmbH-Recht die Missachtung von § 30 GmbHG durch Zahlungen an Gesellschafter, die eine Unterbilanz verursachen oder vertiefen, sowie von § 33 GmbHG durch den Erwerb eigener Geschäftsanteile dar. § 93 Abs. 3 AktG enthält einen umfangreicheren Katalog von insgesamt neun Tatbeständen. Korrespondierend zu § 43 Abs. 3 GmbHG erfasst dieser die Verletzung von § 57 AktG durch Einlagenrückgewähr an Aktionäre (Nr. 1) und § 71 AktG durch den Erwerb eigener Aktien (Nr. 3). Weitere Katalogtatbestände bilden etwa die Ausgabe von Aktien vor der vollen Leistung des Ausgabebetrags (Nr. 4) oder Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife der Gesellschaft entgegen § 92 Abs. 2 AktG (Nr. 6)¹²³.

2. Relevanz

Da in allen Katalogtaten zugleich ein Verstoß gegen die Legalitätspflicht liegt, ergibt sich eine Haftung des Geschäftsleiters schon aus den §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG. Erst die Haftungsmodalitäten verleihen den Sondertatbeständen deshalb ihre Bedeutung.¹²⁴ Die Beweislastverteilung verschiebt sich zum Vorteil der Gesellschaft, da ein Schaden in Form der abgeflossenen Mittel vermutet wird.¹²⁵ Auch ein darüber hinausgehender Schaden ist über die §§ 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG, 93 Abs. 3 AktG zu ersetzen, für dessen Entstehung jedoch die Gesellschaft die Beweislast trägt.¹²⁶

In materiell-rechtlicher Hinsicht unterscheiden sich die Haftungsmodalitäten im Aktien- und GmbH-Recht: Den Anspruch nach § 93 Abs. 3 AktG können die Gläubiger stets geltend machen, während es hierzu sonst einer gröblichen Pflichtverletzungen bedarf (§ 93 Abs. 5 Satz 2 Hs. 1 AktG).¹²⁷ Soweit der Ersatz nach § 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist, sind sowohl der Verzicht als auch der Vergleich über den Anspruch grundsätzlich

GmbHG, § 43 Rn. 256; *Spindler*, in: MünchKomm, AktG, § 93 Rn. 251; *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 493 f.; siehe zur abweichenden Ansicht 3. Teil: D.I.2.

¹²² Vgl. *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 68.

¹²³ Die Vorschrift korrespondiert zu § 64 Satz 1 GmbHG, siehe *Habersack/Schürnbrand*, WM 2005, 957, 960.

¹²⁴ Vgl. *Fleischer*, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 309 f.; *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 327; *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbke, GmbHG, § 43 Rn. 254.

¹²⁵ *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 510; *Sailer-Coceani*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 57; *Spindler*, in: MünchKomm, AktG, § 93 Rn. 252; *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 219 c; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 380.

¹²⁶ *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 340; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm, AktG, § 93 Rn. 134; *Schnorbus*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 43 Rn. 99; anders noch RGZ 159, 211, 230; RG LZ 1930, 720, 721 (weiterer Schaden nur über Abs. 2).

¹²⁷ Siehe zum Gläubigeranspruch auch 1. Teil: B.II.3.

unwirksam (§ 43 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG) und wirkt eine Gesellschafterweisung nicht enthaftend (§ 43 Abs. 3 Satz 3)¹²⁸.

B. Prozessuale Durchsetzung

I. Darlegungs- und Beweislast

Nach der prozessualen Grundregel trägt der Anspruchsteller die Beweislast für die rechtsbegründenden und der Anspruchsgegner die Beweislast für die rechtshindernden, -vernichtenden und -hemmenden Tatbestandsmerkmale.¹²⁹ Von diesem Günstigkeitsprinzip weicht die Geschäftsleiterhaftung ab: Ist streitig, ob der Geschäftsleiter die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters beachtet hat, so trifft diesen die Beweislast. Diese Beweislastumkehr ordnet § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG für die Vorstandshaftung ausdrücklich an. Auf die Haftung des GmbH-Geschäftsführers findet sie nach allgemeiner Meinung entsprechende Anwendung.¹³⁰ Sie beruht auf dem Gedanken der Sachnähe: Streitgegenständlich ist das Verhalten des Geschäftsleiters. Er kann daher jene Gesichtspunkte, nach denen sich die Fragen der Pflichtmäßigkeit und des Verschuldens beurteilen, besser überblicken als die Gesellschaft. Diese geriete demgegenüber häufig in Beweisnot, wenn sie die haftungsrelevanten Einzelheiten rekonstruieren müsste.¹³¹

1. Gesellschaft

Die Gesellschaft hat damit im Prozess lediglich darzulegen und zu beweisen, dass

- der Anspruchsgegner passiv legitimiert ist,
- der Geschäftsleiter ein Verhalten an den Tag gelegt hat, das möglicherweise eine Pflichtwidrigkeit darstellt,
- ihr ein Schaden entstanden ist und

¹²⁸ Da ein solcher Gesellschafterbeschluss in der Regel nichtig ist und damit ohnehin keine Entlastungswirkung entfaltet, hat die Vorschrift kaum einen Anwendungsbereich, siehe *Fleischer*, in: MünchKomm, GmbHG, § 43 Rn. 296.

¹²⁹ Statt aller *Prütting*, in: MünchKomm, ZPO, § 286 Rn. 111 ff.

¹³⁰ BGHZ 152, 280, 283; BGHZ 179, 71, 81; *Fleischer*, in: MünchKomm, GmbHG, § 43 Rn. 270; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 52; *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 471.

¹³¹ BGHZ 152, 280, 283; *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 426; *Fleischer*, in: MünchKomm, GmbHG, § 43 Rn. 270; eingehend mit rechtshistorischer und -vergleichender Würdigung *Danninger*, Organhaftung und Beweislast, passim.

- dieser auf einem Verhalten des Geschäftsleiters beruht (haftungsausfüllende Kausalität).¹³²

Zudem geht die Rechtsprechung bei einem nachgewiesenem Kassen- oder Warenfehlbestand von einem Anscheinsbeweis aus. Die Gesellschaft muss in diesen Fällen nicht darlegen, welches einzelne Verhalten des Geschäftsleiters hierfür kausal war.¹³³

2. Geschäftsleiter

Dem Geschäftsleiter obliegt es hingegen, Umstände darzulegen, aus denen sich ergibt, dass er pflichtgemäß gehandelt hat oder ihn kein Verschulden trifft.¹³⁴ Dafür, ihm in extensiver Auslegung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG die Beweislast sowohl hinsichtlich der objektiven als auch der subjektiven Pflichtwidrigkeit aufzubürden, spricht insbesondere das Telos der Norm: Die Beweislastumkehr soll der Gesellschaft und gegebenenfalls ihren Gläubigern eine realistische Möglichkeit der Anspruchsdurchsetzung verschaffen.¹³⁵

Diese Beweislastverteilung gilt auch zulasten des ausgeschiedenen Geschäftsleiters.¹³⁶ In der Praxis erweist sich dies als überaus scharfes Schwert, da der Geschäftsleiter mit dem Ausscheiden keinen Zugriff mehr auf beweisrelevante Unterlagen hat und deshalb befürchten muss, aus reiner Beweisnot verurteilt zu werden.¹³⁷ Die Rechtsprechung versucht diesem Problem abzuhelpfen, indem sie dem ausgeschiedenen Geschäftsleiter ein Einsichtsrecht in die relevanten Unterlagen gewährt.¹³⁸ Eine potenzielle Stütze findet dieses in einer Analogie zu § 810 BGB sowie der nachwirkenden Treuepflicht der Gesellschaft.¹³⁹

¹³² Vgl. zu allem bereits für den Aufsichtsrat einer eingetragenen Genossenschaft RGZ 13, 43, 46; für die Kapitalgesellschaft: BGHZ 152, 280, 284; BGHZ 179, 71, 81; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 76; *Born*, in: Krieger/U. H. Schneider, Handbuch Managerhaftung, § 14 Rn. 6; v. *Gerkau*, ZHR 154 (1990), 39, 62; *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 427; *Hüffner/Koch*, AktG, § 93 Rn. 53; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 330.

¹³³ Vgl. BGH ZIP 1980, 776, 777; BGH NJW 1986, 54, 55; BGH ZIP 1991, 159, 160 f.

¹³⁴ *Fleischer*, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 269; *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, § 43 Rn. 206; *Spindler*, in: MünchKomm, AktG, § 93 Rn. 208; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 332.

¹³⁵ *Goette*, ZGR 1995, 648, 671 f.; verkannt von *Fleck*, GmbHR 1997, 237, 239.

¹³⁶ BGHZ 152, 280, 285; BGHZ 202, 26, 39; OLG Stuttgart NZG 2010, 141, 142; *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, § 43 Rn. 211; *Sailer-Coceani*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 44.

¹³⁷ Siehe *Bachmann*, Gutachten 70. DJT, E 33: „Ja, man wird sogar sagen müssen, dass die deutsche Vorstandshaftung ihre eigentliche Schärfe nicht durch den materiellen Tatbestand, sondern erst und eigentlich durch die Beweislastverteilung erfährt.“; *Spindler*, in: MünchKomm, AktG, § 93 Rn. 212; *Thümmel*, Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, Rn. 228: „Die Beweislastumkehr zu Lasten des Unternehmensleiters bringt die Innenhaftung in die Nähe einer Garantshaftung für gewinnschmälernde Geschäftsleitungsmaßnahmen“.

¹³⁸ BGHZ 152, 280, 285; für den Aufsichtsrat BGH ZIP 2008, 1821, 1822.

II. Geltendmachung

Der Binnenhaftungsanspruch wird im Prozess in der Regel durch die organischen Stellvertreter der Gesellschaft geltend gemacht. Daneben kann er in unterschiedlichen Konstellationen auch im Wege der gesetzlichen Prozessstandschaft oder einer eigenen Aktivlegitimation durch Dritte verfolgt werden.

1. Stellvertretung

a) AG

Die gerichtliche Vertretung der AG gegenüber Vorstandsmitgliedern obliegt nach § 112 Satz 1 AktG dem Aufsichtsrat. Dieser kann die Erklärungsververtretung an einzelne Aufsichtsratsmitglieder delegieren.¹⁴⁰ Bei der Passivvertretung genügt nach §§ 78 Abs. 2 Satz 2, 112 Satz 2 AktG die Abgabe der Willenserklärung gegenüber einem Aufsichtsratsmitglied. Die Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats besteht auch gegenüber bereits ausgeschiedenen Vorstandsmitgliedern, soweit die Angelegenheit, in der die Vertretung erfolgt, ihren Ursprung in der Vorstandstätigkeit findet.¹⁴¹ Damit ist insbesondere die Geltendmachung von Binnenhaftungsansprüchen von der Vertretungsbefugnis erfasst.¹⁴²

In der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung von 1997 diktierter der BGH dem Aufsichtsrat ein strenges Pflichtenprogramm bei der Verfolgung von Binnenhaftungsansprüchen gegenüber Vorstandsmitgliedern. Er gab dem Aufsichtsrat auf, das Bestehen von Schadensersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder und die Möglichkeit ihrer gerichtlichen Durchsetzung auf einer ersten Stufe sorgfältig zu prüfen. Soweit der AG nach dem Ergebnis dieser Prüfung durchsetzbare Ansprüche zustünden, habe der Aufsichtsrat diese grundsätzlich zu verfolgen. Nur ausnahmsweise, wenn der Rechtsverfolgung gewichtige Gründe des Gesellschaftswohls entgegenstünden, dürfe der Aufsichtsrat auf einer zweiten Prüfungsstufe von ihr absehen.¹⁴³

b) GmbH

In der GmbH betraut § 46 Nr. 8 Var. 2 GmbHG die Gesellschafter damit, einen Prozessvertreter für Rechtsstreitigkeiten mit einem Geschäftsführer zu bestimmen. Auch diese Norm erstreckt sich der Rechtsprechung zufolge auf die Prozessver-

¹³⁹ *Fleischer*, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 271; *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 56.

¹⁴⁰ *Habersack*, in: MünchKomm, AktG, § 112 Rn. 28 f.; *Hüffer/Koch*, AktG, § 112 Rn. 7.

¹⁴¹ *Habersack*, in: MünchKomm, AktG, § 112 Rn. 12 ff.; *Spindler*, in: BeckOGK, § 112 AktG Rn. 16 ff.

¹⁴² *Hüffer/Koch*, AktG, § 112 Rn. 5; *Spindler*, in: BeckOGK, § 112 AktG Rn. 28.

¹⁴³ BGHZ 135, 244, 252 ff.

tretung gegenüber ausgeschiedenen Gesellschaftern.¹⁴⁴ Solange die Gesellschafter von dieser Befugnis keinen Gebrauch gemacht haben, kann die Gesellschaft durch einen nicht beklagten Geschäftsführer vertreten werden.¹⁴⁵

Anderes kann sich ergeben, wenn in der GmbH ein Aufsichtsrat gebildet wurde. Handelt es sich um einen nach dem Mitbestimmungsrecht obligatorischen Aufsichtsrat, so fällt diesem zwingend die Prozessvertretung nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG respektive § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG in Verbindung mit § 112 AktG zu.¹⁴⁶ Für einen fakultativen Aufsichtsrat ordnet § 52 Abs. 1 GmbHG ebenfalls die Geltung von § 112 AktG an. Die Satzung kann nach § 52 Abs. 1 a. E. GmbHG jedoch Abweichendes regeln.

2. Gesetzliche Prozessstandschaft

Die Geltendmachung des Binnenhaftungsanspruchs im eigenen Namen für die Gesellschaft kommt sowohl durch Gesellschafter als auch den Insolvenzverwalter infrage.

a) *Gesellschafter*

aa) AG

In Anlehnung an den US-amerikanischen *derivative suit* ermöglicht es die mit dem UMAG in den §§ 148 f. AktG eingeführte Aktionärsklage dem Aktionär, Binnenhaftungsansprüche der AG prozessstandschaftlich zu verfolgen. Der Geltendmachung ist ein gerichtliches Zulassungsverfahren vorgeschaltet. Antragsberechtigt sind dabei nur Aktionäre, deren Anteile im Zeitpunkt der Antragstellung zusammen den einhundertsten Teil des Grundkapitals oder einen anteiligen Betrag von 100.000 EUR erreichen (§ 148 Abs. 1 Satz 1 AktG). Die Klage ist nach § 148 Abs. 1 Satz 2 AktG zuzulassen, wenn die Aktionäre nachweisen, dass sie die Aktien vor dem Zeitpunkt erworben haben, in dem sie von den behaupteten Pflichtverstößen oder dem behaupteten Schaden aufgrund einer Veröffentlichung Kenntnis erlangen mussten, sowie, dass sie die Gesellschaft unter Setzung einer angemessenen Frist vergeblich aufgefordert haben, selbst Klage zu erheben. Ferner müssen Tatsachen vorliegen, die den Verdacht rechtfertigen, dass der Gesellschaft durch Unredlichkeit oder grobe Verletzung des Gesetzes oder der Satzung ein Schaden entstanden ist. Zudem dürfen der Geltendmachung des Ersatzanspruchs keine überwiegenden Gründe des Gesellschaftswohls entgegenstehen.

¹⁴⁴ BGHZ 28, 355, 357; BGHZ 116, 353, 355; BGH NJW 2012, 1656, 1657.

¹⁴⁵ BGH NJW-RR 1992, 993; BGH NJW 2012, 1656, 1657; BGH ZIP 2016, 2413 f.

¹⁴⁶ Hüfner/Schäfer, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, § 46 Rn. 119; K. Schmidt, in: Scholz, GmbHG, § 46 Rn. 165.

Anders als sein ausländisches Regelungsvorbild hat die deutsche Aktionärsklage bislang kaum rechtstatsächliche Bedeutung erlangt.¹⁴⁷ Als Grund hierfür gilt insbesondere die rationale Apathie des einzelnen Aktionärs, aus dessen Sicht die Risiken einer Aktionärsklage deren möglichen Nutzen überwiegen: Während er im Fall der Niederlage die Prozesskosten tragen müsste, würde er im Fall des Obsiegens nur mittelbar und anteilig von einer Schadensersatzleistung an die Gesellschaft profitieren.¹⁴⁸

bb) GmbH

Für die GmbH fehlt es an einer gleichartigen Regelung. Den Weg in eine prozessstandschaftliche Geltendmachung des Anspruchs aus § 43 Abs. 2 GmbHG ebnet hier allerdings die *actio pro socio*. Anerkanntermaßen ist sie gegenüber einem Gesellschafter-Geschäftsführer zulässig, da es sich insoweit um einen Sozialanspruch handelt.¹⁴⁹ Eine Erstreckung des persönlichen Anwendungsbereichs der *actio pro socio* auf Fremdgeschäftsführer lehnt die herrschende Meinung hingegen ab, da zwischen diesem und den Gesellschaftern keine unmittelbare Rechtsbeziehung bestehe.¹⁵⁰

b) Insolvenzverwalter

Haftungsansprüche gegen Geschäftsleiter macht in der Praxis häufig der Insolvenzverwalter prozessstandschaftlich nach § 80 Abs. 1 InsO geltend. In seinem Bestreben, die Masse zu mehren, sieht er sich dabei weit geringerer Hemmung ausgesetzt, als Aufsichtsräte oder Gesellschafter. In der GmbH bedarf er keines Gesellschafterbeschlusses nach § 46 Nr. 8 GmbHG, um Binnenhaftungsansprüche zu verfolgen.¹⁵¹ In der AG übt er nach § 93 Abs. 5 Satz 4 das Recht der Gläubiger zur Anspruchsverfolgung aus.

¹⁴⁷ Bekannt ist hierzu lediglich eine gerichtliche Entscheidung: LG München I AG 2007, 458.

¹⁴⁸ *Mock*, in: BeckOGK, § 148 AktG Rn. 23; *Rieckers/J. Vetter*, in: KölnKomm, AktG, § 148 Rn. 85; *Spindler*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 148 Rn. 58.

¹⁴⁹ *Merkt*, in: MünchKomm, GmbHG, § 13 Rn. 326; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46 Rn. 161.

¹⁵⁰ Vgl. BGH ZIP 1982, 1203; BGH NJW-RR 2018, 288, 289 f. (zur GmbH & Co. KG); *Ebbing*, in: Michalski, GmbHG, § 14 Rn. 101; *Merkt*, in: MünchKomm, GmbHG, § 13 Rn. 327; abweichend: *Raiser*, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, § 14 Rn. 69; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 46 Rn. 161.

¹⁵¹ BGH NZG 2004, 962, 964 f.

3. Aktivlegitimation der Gläubiger

Die Gläubiger einer AG können Binnenhaftungsansprüche gegen Vorstände nach § 93 Abs. 5 AktG geltend machen. Da es die Norm dem Gläubiger ermöglicht, unmittelbar Leistung an sich selbst zu verlangen, handelt es sich dabei um einen eigenen materiell-rechtlichen Anspruch und nicht um eine Prozessstandschaft.¹⁵² Die Anspruchsverfolgung setzt voraus, dass von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangt werden kann (§ 93 Abs. 5 Satz 1 a.E. AktG) und der Anspruch auf einer gröblichen Pflichtverletzung des Vorstandsmitglieds beruht (§ 93 Abs. 5 Satz 2 AktG).

Ob sich die Vorschrift analog auf die GmbH anwenden lässt, ist strittig. Eine Literaturmeinung lehnt dies mangels einer Regelungslücke ab.¹⁵³ Andere wollen den Weg der Analogie hingegen beschreiten, soweit die Gesellschaft masselos ist¹⁵⁴ oder im Handelsregister gelöscht wurde¹⁵⁵.

III. Verjährung

Die Verjährung der Binnenhaftungsansprüche unterliegt in AG und GmbH weitgehend einheitlichen Regeln. Die Verjährungsfrist beginnt nach § 200 Satz 1 BGB mit der Anspruchsentstehung. Dafür ist auf das objektive Entstehen des Anspruchs abzustellen, nicht etwa auf den Zeitpunkt, in dem die Gesellschaft Kenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen erlangt.¹⁵⁶ Der Schaden muss deshalb bereits dem Grunde nach eingetreten, seine Entwicklung aber noch nicht abgeschlossen sein.¹⁵⁷ In der GmbH und der nicht-börsennotierten AG verjähren die Binnenhaftungsansprüche in fünf Jahre (§§ 43 Abs. 4 GmbHG, 93 Abs. 6 Var. 2 AktG). Für börsennotierte Aktiengesellschaften beträgt die Verjährungsfrist zehn Jahre (§ 93 Abs. 6 Var. 1 AktG).

¹⁵² *Fleischer*, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 348; *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 81; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm, AktG, § 93 Rn. 180; *Spindler*, in: MünchKomm, AktG, § 93 Rn. 301; für eine Prozessstandschaft aber wohl OLG Frankfurt WM 1977, 59, 62.

¹⁵³ *Koppensteiner/Gruber*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 43 Rn. 50; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 365.

¹⁵⁴ *Fleischer*, in: MünchKomm, GmbHG, § 43 Rn. 327; *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, § 43 Rn. 313.

¹⁵⁵ *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 73.

¹⁵⁶ Vgl. BGHZ 100, 228, 231; BGH ZIP 2005, 852, 853; BGH NJW 2009, 68, 70; *Altmeppen*, GmbHG, § 43 Rn. 145; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 103; *Spindler*, in: MünchKomm, AktG, § 93 Rn. 325.

¹⁵⁷ BGH ZIP 2005, 852, 853; BGH NJW 2009, 68, 70; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 103; *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 586; *Spindler*, in: MünchKomm, AktG, § 93 Rn. 326; *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 531.

C. Haftungszweck

Der Zweck der §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG nimmt in mannigfaltiger Gestalt Einfluss auf die Diskussion ihrer schadensrechtlichen Probleme. Wer die Rechtsfolgen dieser Normen ergründen möchte, kommt nicht umhin, sich der Frage zu stellen, welchen Zielen sie dienen. Dazu werden Legitimation, Aussagegehalt und Stellenwert der in Betracht kommenden Zwecke hier kritisch beleuchtet und erörtert, wessen Interessen die Geschäftsleiterhaftung zu schützen versucht. Dabei werden auch die rechtsökonomischen Besonderheiten der Binnenhaftung des Geschäftsleiters in den Fokus gerückt.

I. Zweckpluralität

1. Kompensation

Allgemeines Ziel des Haftungs- und Schadensrechts ist die Kompensation: Der Geschädigte soll einen Ausgleich für den von ihm erlittenen Verlust erhalten.¹⁵⁸ Diesen Gedanken drückt auch die gesetzliche Grundregel des § 249 Abs. 1 BGB aus, wonach im Zuge des Schadensersatzes der Zustand herzustellen ist, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.

a) Naturalrestitution und Geldersatz

Für die Art der Kompensation des Geschädigten, sieht das Gesetz zwei Varianten vor: die Herstellung in Natur und den Ersatz in Geld.

Nach dem gesetzlichen Regelfall des § 249 Abs. 1 BGB hat der Schädiger den Zustand, der ohne die Verletzungshandlung bestünde, wieder in Natur herzustellen. Ersatz in Geld kann der Geschädigte hingegen nur verlangen, wenn ein entsprechender Ausnahmetatbestand einschlägig ist, etwa wenn es sich um einen Personen- oder Sachschaden handelt (§ 249 Abs. 2 Satz 1 BGB), die Naturalrestitution nicht innerhalb einer bestimmten Frist erfolgt (§ 250 Satz 2 BGB) oder sie unmöglich ist (§ 251 Abs. 1 Var. 1 BGB).

Dass die Naturalrestitution die Grundform des Schadensausgleichs bildet, versteht sich weder aus rechtshistorischer noch -vergleichender Perspektive von selbst. Im gemeinen Recht war Schadensersatz stets in Geld zu leisten¹⁵⁹ und auch die meisten europäischen Privatrechtsordnungen sehen diese Form der Kompensation

¹⁵⁸ Vgl. *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, Vorb. § 249 Rn. 2; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 1 III.2.a), S. 9 ff.; *Oetker*, in: MünchKomm, BGB, § 249 Rn. 8; *Schiemann*, in: Staudinger, BGB, Vorb. § 249 Rn. 3.

¹⁵⁹ Vgl. *Jansen*, in: HKK-BGB, §§ 249 ff. Rn. 33 ff.; *ders.*, JZ 2005, 160, 172 f.

als den Normalfall an.¹⁶⁰ Die 1. Kommission schlug demgegenüber einen deutschen Sonderweg ein, dessen Begründung sich heute kaum nachvollziehen lässt.¹⁶¹ Schon Zeitgenossen monierten diesen Begründungsmangel und wiesen darauf hin, dass die Regelung kaum praxisgerecht sei.¹⁶² Damit sollten sie Recht behalten. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Naturalrestitution und Geldersatz hat sich in der Praxis längst umgekehrt: Als komplikationslosere Art des Ausgleichs ziehen die Parteien den Geldersatz meist vor; insbesondere bei den häufigen Fällen der Personen- und Sachschäden wird fast immer der Weg des § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB beschritten.¹⁶³

b) Folgerungen für das Schadensrecht

Die Ausgleichsfunktion der Haftung soll sich in den schadensrechtlichen Prinzipien der Totalreparation und des Bereicherungsverbots niederschlagen.

aa) Totalreparation

Das Schadensrecht wird vom Grundsatz der Totalreparation durchwaltet, dem zufolge der Ersatzpflichtige den Schaden vollständig auszugleichen hat. Insbesondere hängt der Umfang der Ersatzleistung nicht vom Grad des Verschuldens des Schädigers, der *ex ante* bestehenden Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts oder Billigkeitserwägungen, wie etwa der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Parteien, ab. Hierdurch drückt sich die strikte Trennung von haftungsbegründendem und haftungsausfüllendem Tatbestand aus: Die genannten Merkmale genießen gegebenenfalls bei der Frage Relevanz, ob überhaupt eine Ersatzpflicht besteht, nehmen aber keinen Einfluss auf ihren Umfang. Der Geschädigte erhält darum entweder seinen gesamten Schaden ersetzt oder gar nichts. Als plakatives Synonym für die Totalreparation hat sich darum auch der Ausdruck Alles-oder-Nichts-Prinzip eingebürgert.¹⁶⁴

Der Grundsatz der Totalreparation erweist sich bei näherer Betrachtung jedoch als weniger absolut, als es zunächst scheint. Das Schadensrecht durchbricht ihn gleich

¹⁶⁰ Vgl. v. Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht* II, Rn. 131.

¹⁶¹ Siehe Motive II, S. 20: „Das die Verpflichtung zur Naturalrestitution in erster Linie in sich schließende Prinzip der Wiederherstellungspflicht hat die Natur der Sache für sich und entspricht der Rechtslogik.“

¹⁶² *Degenkolb*, AcP 76 (1890), 1; zustimmend *H. A. Fischer*, *Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch*, S. 163 f.

¹⁶³ Vgl. *Oetker*, in: MünchKomm, BGB, § 249 Rn. 320; *Schiemann*, in: Staudinger, BGB, § 249 Rn. 178.

¹⁶⁴ Vgl. zum Vorstehenden *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 14; *Esser/E. Schmidt*, Schuldrecht I/2, § 30 I., S. 156; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 249 Rn. 1; *Schiemann*, in: Staudinger, BGB, § 249 Rn. 2 f.; *Stoll*, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht*, S. 179 ff. (mit Hinweis zur Durchsetzung der Totalreparation in rechtsvergleichender Perspektive).

bei mehreren Gelegenheiten. So beschränkt etwa § 253 BGB den Geldersatz von Nichtvermögensschäden auf eine Auswahl bestimmter Fälle und nimmt damit in Kauf, dass der Geschädigte in den nicht erfassten Fällen nicht kompensiert wird, soweit auch die Naturalrestitution unmöglich ist.¹⁶⁵ Auch § 254 Abs. 1 BGB, wonach sich die Ersatzverpflichtung in dem Umfang mindert, wie den Geschädigten ein Mitverschulden bei der Schadensentstehung trifft, weicht vom Alles-oder-Nichts-Prinzip ab. Weitere Einschränkungen können sich aus der haftungsbegründenden Norm ergeben. Insbesondere beschränken einige Tatbestände der Gefährdungshaftung den Schadensersatz auf Höchstbeträge (siehe etwa § 12 StVG). Ferner begrenzt der Schutzzweckzusammenhang den Umfang der Ersatzpflicht.¹⁶⁶

Außerdem weicht die Rechtsprechung zur Haftung des Arbeitnehmers bei betrieblich veranlasster Tätigkeit vom Alles-oder-Nichts-Prinzip ab. Nach den Grundsätzen über den innerbetrieblichen Schadensausgleich haftet der Arbeitnehmer im Regelfall bei leichtester Fahrlässigkeit gar nicht und bei grober Fahrlässigkeit umfassend. Bei dazwischenliegenden Verschuldensgraden findet eine quotale Haftungsteilung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer statt, bei der insbesondere das Ausmaß des Verschuldens und die Höhe der Vergütung des Arbeitnehmers Berücksichtigung findet.¹⁶⁷ Zur Begründung wird vor allem der Gedanke des Betriebsrisikos herangezogen: Der Arbeitnehmer ist in die organisatorische Einheit des Betriebs eingegliedert und verrichtet eine weisungsgebundene Tätigkeit. Der Arbeitgeber hingegen steuert die Betriebsorganisation und die Arbeitsprozesse, während der Arbeitnehmer lediglich einen beschränkten Einfluss hierauf hat. Im Schadensfall muss sich der Arbeitgeber daher dieses von ihm beherrschte Betriebsrisiko anrechnen lassen.¹⁶⁸

Von diesen Ausnahmefällen abgesehen, stellt sich die gesetzgeberische Entscheidung für die Totalreparation gleichwohl als einschneidend für den Schädiger dar, insbesondere wenn sein Verschulden wie auch seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gering sind. Rufe nach einer schadensrechtlichen Reduktionsklausel, die es dem Richter aus Billigkeitsgründen erlauben soll, den Betrag des Schadensersatzes herabzusetzen, sind daher nicht neu.¹⁶⁹ Anlässlich des 70. Deutschen Juristentages wurde diese Forderung auch im Kontext der aktienrechtlichen Vor-

¹⁶⁵ *Wagner*, in: E. Lorenz, *Karlsruher Forum* 2006, S. 5, 12.

¹⁶⁶ Vgl. zu diesen Beispielen *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 14 ff.; *Finke*, Die Minderung der Schadensersatzpflicht in Europa, S. 138 ff.; *Stoll*, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, S. 180 f.

¹⁶⁷ Vgl. zu allem BAGE 7, 290, 295 ff.; BAGE-GS 70, 337, 340 ff.; BAG NJW 1960, 455; BAG AP BGB § 611 Haftung des Arbeitnehmers Nr. 33.

¹⁶⁸ *Henssler*, in: MünchKomm, BGB, § 619a Rn. 8 f.; siehe auch BAGE-GS 70, 337, 341 ff.; *Preis*, in: ErfKomm, Arbeitsrecht, § 619a BGB Rn. 10.

¹⁶⁹ Siehe bereits *Lange*, Gutachten 43. DJT, S. 23 ff.; zustimmend *Hauß*, Referat 43. DJT, C 23, C 40 ff.; mit einem Regelungsvorschlag *Hohloch*, in: BMJ, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts I, S. 375, 464; rechtsvergleichend zu Reduktionsklauseln *Finke*, Die Minderung der Schadensersatzpflicht in Europa, passim.

standshaftung laut. Eine Reduktionsklausel solle dem Umstand Rechnung tragen, dass gerade bei der Haftung von Vorstandsmitgliedern vermehrt Schadensersatzsummen im Raum stünden, die außer Verhältnis zum Ausmaß des Verschuldens und zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Geschäftsleiters stünden. Auch gelte es in Anbetracht des im Übrigen rigiden Haftungsregimes (zwingender Charakter, Beweislastumkehr, Länge der Verjährungsfristen) Fehlanreize zu übertrieben risikoaversen Verhalten zu vermeiden.¹⁷⁰ Der Vorschlag fand dort aber keine Mehrheit.¹⁷¹

bb) Bereicherungsverbot

Nach einer verbreiteten Ansicht soll der Ausgleichsfunktion zugleich das sogenannte Bereicherungsverbot entspringen. Dessen namensgebende und eingängige Aussage lautet, dass der Schadensersatz nicht dazu führen dürfe, dass der Geschädigte bereichert werde, indem er durch diesen mehr erhalte, als er ohne die Verletzungshandlung erlangt hätte.¹⁷² Philipp Heck umschrieb denselben Gedanken auch anschaulich damit, dass dem Schadensrecht eine „Tendenz zur Gewinnabwehr“ innewohne.¹⁷³ Schon das Reichsgericht bemühte das Bereicherungsverbot¹⁷⁴ und auch der BGH bedient sich seiner in ständiger Rechtsprechung¹⁷⁵.

Um einen zwingenden Schluss aus dem Kompensationszweck der Haftung handelt es sich bei dem Bereicherungsverbot indessen nicht. Aus dem Gebot, zu kompensieren, folgt logisch nicht zugleich ein Verbot, über die Kompensation hinauszugehen.¹⁷⁶ Dies verdeutlicht der Umstand, dass der Schadensersatz zugleich eine präventive Zwecksetzung verfolgt,¹⁷⁷ weshalb ein suprakompensatorischer

¹⁷⁰ Siehe *Bachmann*, Gutachten 70. DJT, E 32. In diesem Fahrwasser befinden sich auch andere Reformanregungen: *S. Binder*, Grenzen der Vorstandshaftung, S. 587 f. (gesetzliche Haftungshöchstgrenze, Aufhebung der Sperrfrist in § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG); *P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung von Vorstandsmitgliedern in der Aktiengesellschaft, S. 351 ff., 396: (gesetzliche Haftungshöchstgrenze in Abhängigkeit der Vorstandsvergütung bei Fällen leichter Fahrlässigkeit).

¹⁷¹ Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Sitzungsberichte I 70. DJT, N 61, I.1.c).

¹⁷² Vgl. *Brüggemeier*, Haftungsrecht, § 8 IV., S. 556 f.; *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 842; *Enneccerus/Lehmann*, Schuldrecht, § 17 II., S. 80; *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, § 57 VI., Rn. 703; *J. Flume*, in: BeckOK, BGB, § 249 Rn. 46 ff.; *Fuchs/Pauker/Baumgärtner*, Delikts- und Schadensersatzrecht, S. 384 f.

¹⁷³ *Heck*, Schuldrecht, § 11 Nr. 8, S. 41; siehe auch *Gernhuber*, JZ 1961, 148, 151: zeitloser Gedanke des Schadensersatzrechts.

¹⁷⁴ Vgl. RGZ 93, 144, 145.

¹⁷⁵ Vgl. BGHZ 120, 261, 268; BGHZ 173, 83, 87; jüngst BGH NJW 2018, 1393, 1394.

¹⁷⁶ Vgl. *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 26.

¹⁷⁷ Siehe dazu sogleich unter 1. Teil: C.I.2.

Schadensersatz ebenso denkbar wäre.¹⁷⁸ Der Satz, dass der Geschädigte durch die Schadensersatzleistung nicht bereichert werden dürfe, lässt sich auch im Übrigen weder allgemeinen Rechtsprinzipien noch gesetzlichen Vorgaben entnehmen.¹⁷⁹

Ferner bleibt der Inhalt des Bereicherungsverbots bei näherem Hinsehen unklar. Auch wenn der BGH das Bereicherungsverbot in seiner Urteilsrhetorik häufig aufgreift, hat er dessen Aussage stark relativiert. Das Bereicherungsverbot bestimme nicht, dass alle durch die Verletzungshandlung bedingten Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen seien. Stattdessen bedürfe es einer wertenden Betrachtung des Einzelfalls.¹⁸⁰ Der BGH begreift das Bereicherungs„verbot“ damit gar nicht als ein Verbot im eigentlichen Sinne, das jede Rechtsanwendung kategorisch ausschliesse, in deren Folge der Geschädigte besser stünde als ohne die Verletzungshandlung. Es soll sich bei ihm vielmehr um ein abstraktes schadensrechtliches Prinzip handeln, das im Einzelfall hinter anderen Wertungen zurücktreten kann.¹⁸¹

2. Prävention

Neben dem Ziel des Schadensausgleichs soll die Geschäftsführerhaftung auch der Prävention dienen: Der Geschäftsführer soll unter dem Eindruck der drohenden Schadensersatzhaftung dazu bewegt werden, sich pflichtgemäß zu verhalten.

Der Präventionszweck hat im gemeinen Zivilrecht traditionell einen schweren Stand. Gestritten wurde und wird um seine Legitimität wie sein Verhältnis zum Kompensationszweck. Letzteres ist in jüngerer Zeit auch im Kontext der Binnenhaftung des Geschäftsführers Gegenstand der Diskussion.

a) Prävention durch allgemeines Haftungs- und Schadensrecht

Schon 1929 beschrieb Philipp Heck, dass dem Schadensersatz auch eine „Einwirkungstendenz“ eigen sei: Die eventuelle Ersatzpflicht solle als Regulator für menschliches Verhalten wirksam werden.¹⁸² Dem Gedanken, dass die Haftung auf Schadensersatz sowohl auf haftungsbegründender als auch -ausfüllender Seite eine

¹⁷⁸ Vgl. *Thüsing*, Wertende Schadensberechnung, S. 423 ff.; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 470; *ders.*, Gutachten 66. DJT, A 23.

¹⁷⁹ Vgl. *Grunsky*, NJW 1983, 2465, 2467; *Rother*, Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, S. 238; *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, S. 138.

¹⁸⁰ BGHZ 173, 83, 87; siehe eingehend zum Problemkomplex der Vorteilsausgleichung 3. Teil: A.I.

¹⁸¹ Vgl. *Ekkenga/Kuntz*, in: *Soergel*, BGB, Vorb. § 249 Rn. 26; *Esser/E. Schmidt*, Schuldrecht I/2, § 33 V., S. 232 f.; *Oetker*, in: *MünchKomm*, BGB, § 249 Rn. 238; *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, S. 138.

¹⁸² *Heck*, Schuldrecht, S. 41, § 11 Nr. 8.

präventive Zwecksetzung verfolgt, begegnet ein Teil der Zivilrechtswissenschaft allerdings nach wie vor verhalten.

aa) Legitimität

Literaturstimmen, die Prävention generell für ein illegitimes Haftungsziel halten, sind mittlerweile nahezu verstummt. Herkömmlicherweise hatten diese eine (vermeintliche) Inkompatibilität des Präventionsgedankens mit der positiven Ausgestaltung des Haftungsregimes gerügt: Ein an präventiven Gesichtspunkten ausgerichteter Schadensersatz müsste sich konsequenterweise nach dem Verhalten des Schädigers bemessen und weniger anhand der Folgen für den Geschädigten. Das Alles-oder-Nichts-Prinzip des deutschen Rechts ließe sich damit nicht vereinbaren. Ferner widerspreche die Existenz der Gefährdungshaftung der behaupteten Präventionsfunktion, denn diese greife selbst dann ein, wenn den Schädiger überhaupt kein individueller Vorwurf treffe.¹⁸³

Diese Einwände vermögen nicht zu überzeugen. Ganz im Gegenteil kann der Kompensationszweck allein das positive Haftungsrecht nicht erklären. Das Recht ordnet schließlich nicht den Ausgleich aller Schäden an, sondern nimmt es sich zur Aufgabe die Fälle, in denen eine Ersatzpflicht besteht, von solchen abzugrenzen, in denen sie es nicht tut. Die Grenze zwischen beiden verläuft nicht etwa entlang der Schwere der vom Geschädigten erlittenen Einbuße und der Intensität seines Ausgleichsbedürfnisses, so wie es der Kompensationszweck nahelegen würde. Maßgebliche Abgrenzungskriterien sind vielmehr, ob der Schädiger eine Sorgfaltpflicht verletzt oder ob dieser eine besondere Gefahrenquelle eröffnet hat – Anforderungen, die der Ausgleichsgedanke nicht erklären kann, der Präventionsgedanke schon: Ein rationales Rechtssubjekt wird sich um Haftungsvermeidung sorgen und einen ausreichenden Sorgfaltsaufwand betreiben, um einer Verschuldenshaftung zu entgehen.¹⁸⁴ Dieser Gedankengang lässt sich auch auf die Gefährdungshaftung ausdehnen. Denn wer zu befürchten hat, bei Eintritt des Verletzungserfolgs ungeachtet einer eigenen Pflichtwidrigkeit eintreten zu müssen, wird erst recht geneigt sein, Sorgfaltsanstrengung zu unternehmen, um den Erfolgseintritt zu vermeiden.¹⁸⁵

Kann sich das Haftungsrecht damit nicht ohne den Präventionsgedanken legitimieren, so muss er auch auf der haftungsausfüllenden Seite Niederschlag finden. Die Funktionen des Schadensrechts lassen sich schließlich nur im Lichte der haftungsbegründenden Norm beurteilen; eigenständige Aufgaben erfüllt es nicht.¹⁸⁶ Dem

¹⁸³ Siehe zur vorstehenden Kritik *Hagmann*, JZ 1978, 133, 136; ähnlich *Mertens*, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, S. 98 f.

¹⁸⁴ So insbesondere die Ausführungen von *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 453 ff.; ferner *Kötz*, FS Steindorff, 1990, S. 643, 644 ff.; *Spickhoff*, in: Soergel, BGB, Vorb. § 823 Rn. 30.

¹⁸⁵ *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 454 f.

¹⁸⁶ *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 456 f.; siehe auch *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 28; *Oetker*, in: MünchKomm, BGB, § 249 Rn. 9.

widerspricht auch nicht, dass der Umfang der Ersatzpflicht nicht nach dem Grad des Verschuldens diskriminiert. Ein in dieser Form abgestufter Schadensersatz wäre zwar eine Möglichkeit, den Präventionszweck zu implementieren, aber keine logisch zwingende Konsequenz. Mit dem Präventionszweck lässt sich das Alles-oder-Nichts-Prinzip ebenso schlüssig begründen: Gerade wenn schwerwiegende Schäden drohen, ist vom Schädiger ein erhöhter Vermeidungsaufwand zu fordern. Damit er diesem nachkommt, sollte sich der Umfang seiner drohenden Haftung nach dem Umfang des zu befürchtenden Schadens richten.¹⁸⁷

Auch die Rechtsprechung spricht dem Schadens- und Haftungsrecht gelegentlich eine Präventionsfunktion zu. Das Paradebeispiel bildet die GEMA-Rechtsprechung, der zufolge bei der Verletzung musikalischer Aufführungsrechte als Schadensersatz der doppelte Betrag der üblichen Tarifgebühr verlangt werden kann. Es bestünde schließlich kein hinreichender Anreiz zu rechtskonformen Verhalten, wenn der Rechtsverletzer lediglich den Tarif entrichten müsste, den er auch bei einer ordnungsgemäße Aufführungsgenehmigung geschuldet hätte.¹⁸⁸ Ferner griff der BGH ausdrücklich in seinem ersten *Caroline von Monaco*-Urteil¹⁸⁹, das die Veröffentlichung eines erfundenen Interviews mit der Klägerin zum Gegenstand hatte, auf Präventionserwägungen zurück. Bei der Bemessung der hierfür geschuldeten Geldentschädigung sei zu berücksichtigen, dass das Persönlichkeitsrecht der Klägerin zur Verfolgung kommerzieller Interessen instrumentalisiert worden sei. Zum Schutz des Persönlichkeitsrechts müsse die Geldentschädigung daher für den Schädiger fühlbar sein, sodass von ihr ein echter Hemmungseffekt für derartige Vermarktungen der Persönlichkeit ausgehe.¹⁹⁰

Vor diesem Hintergrund besteht heute ein weitreichender Konsens darüber, dass das Haftungs- und Schadensrecht zumindest auch eine Präventivfunktion erfüllen.¹⁹¹

bb) Verhältnis zum Kompensationszweck

Die Diskussion um die Präventionsfunktion des Schadensersatzes hat sich mittlerweile vom „Ob“ ihrer Anerkennung auf die Frage verlagert, welcher Stellenwert ihr im Verhältnis zur Kompensationsfunktion zukommt.

¹⁸⁷ Wagner, AcP 206 (2006), 352, 457 f.

¹⁸⁸ BGHZ 59, 286, 290 ff.; siehe auch bereits BGHZ 17, 376, 383.

¹⁸⁹ BGHZ 128, 1.

¹⁹⁰ BGHZ 128, 1, 15 f.; siehe eingehend zur Geldentschädigung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts 2. Teil: C.IV.1.

¹⁹¹ Siehe Brüggenmeier, Haftungsrecht, § 1 I., S. 9; Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 18; Grüneberg, in: Palandt, BGB, Vorb. § 249 Rn. 2; Ekkenga/Kuntz, in: Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 28; Förster, in: BeckOK, BGB, § 823 Rn. 9; Fuchs/Pauker/Baumgärtner, Delikts- und Schadensersatzrecht, S. 6; Hager, in: Staudinger, BGB, Vorb. § 823 Rn. 10; Spickhoff, in: Soergel, BGB, Vorb. § 823 Rn. 31; Spindler, in: BeckOGK, § 823 BGB Rn. 11; Sprau, in: Palandt, BGB, Vorb. § 823 Rn. 1; Wilhelmi, in: Erman, BGB, Vorb. § 823 Rn. 15.

In einem Teil der Literatur hält sich die Auffassung, dass es sich bei der Prävention lediglich um ein „erwünschtes Nebenprodukt“ des Schadensersatzanspruches handle. Der Gesetzgeber habe sich für einen Vorrang der Kompensation entschieden, was sich insbesondere daran zeige, dass es sich bei der Kompensation um die in § 249 Abs. 1 BGB angeordnete Rechtsfolge handle. Präventiven Erwägungen käme bei der Rechtsfindung darum allenfalls eine dem Kompensationsziel untergeordnete Bedeutung zu.¹⁹²

Die Gegenansicht geht hingegen von der Gleichrangigkeit des Ausgleichs- und Präventionszwecks aus. Sie weist darauf hin, dass die Prävention sich mittlerweile zu einem allgemeinen Rechtsgedanken entwickelt habe, der das gesamte Privatrecht durchziehe. Auch außerhalb des Haftungs- und Schadensrechts fänden sich eine Vielzahl zivilrechtlicher Normen, die ihren Adressaten zu einem bestimmten Verhalten veranlassen sollen. Wenn das Gesetz mit den §§ 339 ff. BGB sogar den Parteien die Möglichkeit eröffne, eine Vertragsstrafe „als Zwangsmittel gegen den Schuldner“¹⁹³ zu vereinbaren, ließe sich nicht begründen, dass der Präventionszweck im Übrigen normativ nachrangig sei.¹⁹⁴

b) Prävention durch Geschäftsleiterhaftung

Im Kontext der Binnenhaftung des Geschäftsleiters steht die Lehre dem Präventionszweck seit jeher aufgeschlossen gegenüber. Das Schrifttum erkennt seine Legitimität einhellig an.¹⁹⁵ Im Bereich der aktienrechtlichen Vorstandshaftung wird sie auch durch das Telos des § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG, der einen Selbstbehalt bei Bestehen einer D&O-Versicherung vorschreibt, belegt.¹⁹⁶ Der Gesetzgeber wollte mit dieser Vorschrift sicherstellen, dass die Haftungsdrohung trotz des Versiche-

¹⁹² Vgl. insbesondere *Larenz*, Schuldrecht I, § 27 I., S. 423 f.; ferner *Esser/E. Schmidt*, Schuldrecht I/2, § 30 II.3., S. 161 ff.; *Hager*, in: Staudinger, BGB, Vorb. § 823 Rn. 10; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, Einl. III.2.b), S. 11; *Wilhelmi*, in: Erman, BGB, Vorb. § 823 Rn. 15.

¹⁹³ So wörtlich Motive II, S. 275.

¹⁹⁴ Zu diesem Argument *Wagner*, Gutachten 66. DJT, A 79; vgl. auch *R. Möller*, Das Präventionsprinzip des Schadensrechts, S. 262 f.; *Schäfer*, AcP 202 (2002), 397, 427 f.; *Schlöbach*, Das Präventionsprinzip im Recht des Schadensersatzes, S. 474 ff.

¹⁹⁵ Früh bereits *Wiedemann*, Organverantwortung und Gesellschafterklagen in der Aktiengesellschaft, S. 10; ferner *Baums*, Gutachten 63. DJT, F 233; *Bürgers*, in: *Bürgers/Körber*, AktG, § 93 Rn. 1; *Ebke/Geiger*, ZVglRWiss 93 (1994), 38, 67; *Fleischer*, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 2; *Goette*, ZHR 176 (2012), 588, 590, 596; *ders.*, FS 50 Jahre BGH, 2000, S. 123 f.; *Grigoleit/Tomasic*, in: *Grigoleit*, AktG, § 93 Rn. 1; *Hölters*, in: *ders.*, AktG, § 93 Rn. 8; *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 28; *Jaeger/Trölitzsch*, ZIP 1995, 1157, 1158; *Klöhn*, in: *Bork/Schäfer*, GmbHG, § 43 Rn. 2; *Lutter*, in: *Krieger/U. H. Schneider*, Handbuch Managerhaftung, § 1 Rn. 1; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm, AktG, § 93 Rn. 6 f. (jedoch mit Zweifeln an der rechtspraktischen Wirksamkeit des Präventionszwecks); *Paefgen*, in: *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG, § 43 Rn. 4; *M. Roth*, Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands, S. 29 f.; *Ulmer*, FS Canaris II, 2007, S. 451, 464.

¹⁹⁶ *Fleischer*, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 2.

runingsschutzes verhaltenssteuernd auf den Geschäftsleiter einwirkt, um Pflichtverletzungen entgegenzuwirken.¹⁹⁷

aa) Gegenstand

Aus der Feststellung, dass die §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG auch eine präventive Zielsetzung verfolgen, ergibt sich die Anschlussfrage, was die Binnenhaftung zu verhindern sucht. Darauf gibt es zwei denkbare Antworten: Die Binnenhaftung könnte entweder darauf abzielen, Pflichtverletzungen des Geschäftsleiters zu verhindern oder Schäden, die auf einer Pflichtverletzung beruhen.

Für Letzteres spricht, dass das Gesetz die Binnenhaftung nicht für jede Pflichtverletzung androht, sondern bloß für solche, die in einem Schaden der Gesellschaft münden.¹⁹⁸ Man wird daher die objektive Gesetzesintention in der Schadensvermeidung erkennen müssen.¹⁹⁹ Da die Entstehung eines Schadens aus Sicht des Geschäftsleiters aber bloß Zufall sein mag, lässt sich der Präventionszweck jedoch nicht auf die Schadensvermeidung reduzieren. Die Verhaltenssteuerung kann sinnvollerweise nur an jenes Verhalten anknüpfen, dass der Geschäftsleiter steuern kann: die Pflichtverletzung.²⁰⁰ Die §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG erklären eben auch nicht jeden Schaden für zu ersetzen, sondern machen dies von einer kausalen schuldhaften Pflichtverletzung abhängig.

Der Präventionszweck bezieht sich damit weder isoliert auf die Pflichtverletzung noch isoliert auf den Schaden. Es besteht vielmehr eine Zweck-Mittel-Relation zwischen der Vermeidung von Pflichtverletzung und Schaden: Die Drohung der Binnenhaftung soll den Geschäftsleiter vor Pflichtverletzungen abschrecken, um dadurch die Gesellschaft vor Schäden zu schützen.²⁰¹

bb) Verhältnis zum Kompensationszweck

Nach herrschender Lehre stehen Kompensations- und Präventionszweck bei der Geschäftsleiterhaftung gleichberechtigt nebeneinander.²⁰²

¹⁹⁷ Siehe Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/13433, S. 11.

¹⁹⁸ Dies betonend BGH NJW-RR 2012, 728, 730; BGH NJW 2013, 3636, 3640 (insoweit nicht in BGHZ 197, 304 abgedruckt).

¹⁹⁹ Vgl. *Fleischer*, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 2; *Kindler*, FS G. Roth, 2011, S. 367, 376.

²⁰⁰ Siehe auch BT-Drucks. 16/13433, S. 11: „Die Haftung mit dem Privatvermögen wirkt Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern präventiv entgegen.“

²⁰¹ Treffend *Ulmer*, FS Canaris II, 2007, S. 451, 464: „[Die Binnenhaftung] soll die Organwalter der AG zu sorgfältigem, die AG vor Schaden bewahrendem Verhalten [...] veranlassen und auf diese Weise einen Schadenseintritt bei der AG möglichst schon im Ansatz verhindern.“; siehe auch *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 28.

²⁰² Siehe Nachweise in Fn. 221.

Die Auffassung, dass der Präventions- gegenüber dem Kompensationszweck nachrangig sei,²⁰³ konnte sich hier hingegen zu Recht nicht durchsetzen. Dass für das allgemeine Schadensrecht vorgebrachte Argument, der Gesetzgeber habe sich für einen Vorrang der Kompensation entschieden,²⁰⁴ verfängt bei der Geschäftsleiterhaftung nicht. Im Gegenteil hat der Gesetzgeber die Präventionswirkung der Geschäftsleiterhaftung gerade betont und legislative Maßnahmen ergriffen, um diese zu gewährleisten (§ 93 Abs. 2 Satz 3 AktG). Ebenso wenig überzeugt der Einwand, dass zum Zweck der Verhaltenssteuerung neben der Binnenhaftung eine Reihe anderer gesellschaftsrechtlicher Instrumente sowie externe Anreize bestünden.²⁰⁵ Dies trifft zwar zu, sagt aber über das Verhältnis von Kompensations- und Präventionszweck bei der Geschäftsleiterhaftung nichts aus.

Nach einer häufiger geäußerten Mindermeinung soll sogar ein gegenteiliges Rangverhältnis bestehen: Bei der Geschäftsleiterhaftung trete der Kompensationshinter den Präventionszweck zurück, da sich in Anbetracht der Höhe der potenziellen Schäden, ein vollständiger Ausgleich aus dem Privatvermögen des Geschäftsleiters häufig ohnehin nicht erwarten ließe.²⁰⁶ Einige Autoren gehen noch darüber hinaus und erblicken in der Prävention den einzigen legitimen Zweck der Geschäftsleiterhaftung. Diese Ansicht entspringt einer Grundsatzkritik des Kompensationszwecks: Die Gesellschaft, deren Gesellschafter ihr Risiko über eine Portfoliodiversifikation streuen könnten, stelle den geeigneteren Träger unternehmensbezogener Schadensrisiken dar, als der Geschäftsleiter, dessen Privatvermögen dazu ungenügend sei. Zudem gleiche die Schadensabwicklung zwischen Gesellschaft und Geschäftsleiter einem ökonomisch sinnlosen Hin- und Herzahlen: Den Schadensersatz, den die Gesellschaft von ihrem Geschäftsleiter erhalte, habe sie diesem zuvor in Form seines Gehalts oder Prämien für dessen D&O-Versicherung²⁰⁷ selbst geleistet. Die Kompensation sei als Ziel der Binnenhaftung daher sinnlos, allein der Präventionszweck vermöge es, sie zu legitimieren.²⁰⁸

Diesen Auffassungen liegt eine richtige Einsicht zugrunde, doch sind ihre Schlussfolgerungen zu pauschal. Sie übersehen, dass die Geschäftsleiterhaftung nicht allein für große Publikumsgesellschaften geschaffen ist, sondern auch in geschlossenen kapitalmarktfernen Gesellschaften Bedeutung genießt. Soweit deren Gesellschafter über keine Diversifikationsmöglichkeiten verfügen, ist ihr Kom-

²⁰³ So etwa *Hopt*, ZIP 2013, 1793, 1795; für einen Gleichrang aber nun *Hopt/M. Roth*, in: *Großkomm*, AktG, § 93 Rn. 28.

²⁰⁴ Siehe 1. Teil: C.I.2.a)bb).

²⁰⁵ Vgl. *Thomas*, Die Haftungsfreistellung von Organmitgliedern, S. 158 ff.

²⁰⁶ *Brommer*, AG 2013, 121, 122 f.; in der Tendenz auch *Baums*, Gutachten 63. DJT, F 233 f.; *Goette*, ZHR 176 (2012), 588, 590.

²⁰⁷ Siehe dazu 1. Teil: C.III.2.

²⁰⁸ Zum Vorstehenden insbesondere *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227, 253 ff.; im Ergebnis auch *J. Vetter*, FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 1315, 1324 ff.; lediglich als Forderung *de lege ferenda*: *Bayer/P. Scholz*, NZG 2014, 926, 928; *P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung von Vorstandsmitgliedern in der Aktiengesellschaft, S. 351 ff.

pensionsinteresse nicht zu vernachlässigen.²⁰⁹ Zutreffend an diesen Ansichten ist, dass die Bedeutung des Präventionszwecks in manchen Fällen der §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG im Vordergrund steht, insbesondere dann, wenn der Geschäftsleiter zum vollständigen Schadensausgleich sowieso nicht imstande ist.²¹⁰ Daraus folgt aber nicht, dass der Präventionszweck bei der Geschäftsleiterhaftung abstrakt Vorrang vor dem Kompensationszweck genießt. Vielmehr verdeutlicht diese Überlegung allein, dass sich die Prävention bei der Binnenhaftung des Geschäftsführers nicht auf ein „erwünschtes Nebenprodukt“ der Kompensation reduzieren lässt.

3. Strafe?

Nach ganz überwiegender Meinung dient der Schadensersatz weder im bürgerlichen Recht,²¹¹ noch bei der Geschäftsleiterhaftung der Bestrafung.²¹² Diese Aussage ist im Lichte der historischen Entwicklung privatrechtlicher Strafen sowie deren Vorbilder im ausländischen Recht zu verstehen. Sie bedarf zudem einer Präzisierung.

a) Rechtsgeschichte: Privatstrafe

Vor der Einführung des BGB waren pönale Elemente dem deutschen Haftungs- und Schadensersatzrecht nicht fremd. Das gemeine Recht kannte noch die römische *actio iniuriam*, eine privatstrafende Sanktion, mit der dem Geschädigten das von ihm erlittene Unrecht vergolten werden sollte.²¹³ Auch das allgemeine preußische Landrecht verfolgte den Pönalgedanken und stufte deshalb den Umfang des Schadensersatzes nach dem Grad des Verschuldens des Schädigers ab (§§ 10 ff. I 6 ALR).²¹⁴ Der historische BGB-Gesetzgeber brach mit diesen Konzeptionen. Die 1. Kommission führte zur Begründung aus:

„Die Hereinziehung moralischer oder strafrechtlicher Gesichtspunkte, worauf jene Abstufung beruht, muß bei der Bestimmung der civilrechtlichen Folgen unerlaubten, widerrechtlichen Verhaltens durchaus fern gehalten werden.“²¹⁵

Mit ähnlicher Begründung wandte sich auch die 2. Kommission gegen einen nach dem Grad des Verschuldens abgestuften Schadensersatz. Dieses Vorgehen „möge

²⁰⁹ *Fleischer*, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 3.

²¹⁰ *Fleischer*, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 3.

²¹¹ Vgl. *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, Vorb. § 249 Rn. 2; *Hager*, in: Staudinger, BGB, Vorb. § 823 Rn. 11; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, Einl. III.2.d), S. 12 f.; *Spickhoff*, in: Soergel, BGB, Vorb. § 823 Rn. 35.

²¹² Siehe nur *Kindler*, FS G. Roth, 2011, S. 367, 376.

²¹³ Siehe dazu *Ebert*, Pönale Elemente im deutschen Privatrecht, S. 197 ff.; *Jansen*, in: HKK-BGB, §§ 249 ff. Rn. 15 jeweils m. w. N.

²¹⁴ Vgl. *Ebert*, Pönale Elemente im deutschen Privatrecht, S. 112 ff.; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, Einl. III.2.d), S. 12 f.; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 456 f.

²¹⁵ Motive II, S. 17 f.

angemessen sein, wenn es sich um eine Strafe handele, nicht aber da, wo Schadensersatz in Frage stehe.“²¹⁶

b) Rechtsvergleichung: punitive damages

Die Frage nach einer Straffunktion des Schadensersatzes weckt unweigerlich Assoziationen zur US-amerikanischen Rechtsfigur der *punitive damages* (auch *exemplary damages* genannt)²¹⁷. Gemeinhin werden sie als derjenige Schadensersatzbetrag definiert, der dem Geschädigten zusätzlich zu dem zugesprochen wird, was zu seinem Ausgleich erforderlich ist, und der der Bestrafung des Schädigers dient.²¹⁸ Die Gewähr von *punitive damages* setzt eine besonders verwerfliche Motivation des Schädigers voraus²¹⁹ und steht für gewöhnlich im Ermessen einer *jury*; der Geschädigte hat keinen Anspruch auf sie.²²⁰ Ihre gelegentlich als exzessiv empfundene Höhe hat in den USA eine intensive rechtspolitische Diskussion hervorgerufen.²²¹ Auch der US Supreme Court hat die Praxis bei der Bemessung von *punitive damages* in die Schranken gewiesen: *Punitive damages* verletzen die *due process clause* der US-Verfassung, wenn ihre Höhe zum Grad der Verwerflichkeit des Verhaltens des Schädigers, dem zwecks Ausgleichs zugesprochenen Schadensersatzbetrag, sowie der Höhe sonstiger zivil- und strafrechtlicher Sanktionen, die für einen ähnlichen Verstoß verhängt werden könnten, außer Verhältnis stehe.²²²

Es lassen sich vier Zwecke für *punitive damages* ausmachen. Im Vordergrund stehen bei ihnen Erwägungen der General- und Spezialprävention: *Punitive damages* sollen abschreckend auf die Gesamtheit aller potenziellen Schädiger wirken und sicherstellen, dass sich die sanktionierte Verletzungshandlung für den Schädiger nicht lohnt, indem sie einen möglicherweise bei ihm verbleibenden Gewinn abschöpfen.²²³ Ferner tragen *punitive damages* dem Gedanken der ausgleichenden Gerechtigkeit Rechnung. Sie sollen dem Geschädigten Vergeltung für das von ihm erlittene Unrecht gewähren und dienen ihm somit als Surrogat für die ihm von der

²¹⁶ Mugdan, Materialien II, S. 1077.

²¹⁷ Dobbs, Law of Remedies, § 3.11(1), S. 312; Schlueter, Punitive Damages I, § 2.0., S. 19.

²¹⁸ Dobbs, Law of Remedies, § 3.11(1), S. 312; Garner, Black's Law Dictionary, Stichwort: Damages.

²¹⁹ W. Keeton/Dobbs/R. Keeton/Owen, Prosser and Keeton on the Law of Torts, § 2, S. 9 f.

²²⁰ Dobbs, Law of Remedies, § 3.11(1), S. 312; W. Keeton/Dobbs/R. Keeton/Owen, Prosser and Keeton on the Law of Torts, § 2, S. 14.

²²¹ Vgl. Dobbs, Law of Remedies, § 3.11(12), S. 345 ff. mit zahlreichen Nachweisen zu rechtspolitischer Diskussion und legislativen Maßnahmen.

²²² BMW of North America, Inc. v. Gore, 517 U.S. 559, 574–586 (1996).

²²³ Vgl. Dobbs, 40 Ala. L. Rev. 831, 844–846 (1988–1989); Note, 70 Harv. L. Rev. 517, 522 (1956–1957); Schlueter, Punitive Damages I, § 2.2(A)(1), S. 28.

Rechtsordnung verwehrte private Rachenahme.²²⁴ Obwohl *punitive damages* zusätzlich zu dem Kompensationsbetrag gewährt werden, erfüllen sie auch selbst kompensatorische Aufgaben. Mit ihnen wird berücksichtigt, dass der Schadensersatz zum Ausgleich des Geschädigten ansonsten möglicherweise nicht genügen würde, etwa weil der Geschädigte hinsichtlich seiner Schadenshöhe (insbesondere bei immateriellen Einbußen) in Beweisnot gerät.²²⁵ Da dem angelsächsischen Prozessrecht zufolge auch die obsiegende Partei ihre Prozesskosten selbst zu tragen hat, sollen *punitive damages* dem Geschädigten auch Ersatz für seine Anwaltskosten gewähren.²²⁶ Zuletzt erfüllen *punitive damages* eine *law enforcement function*: Mit ihnen erhält der Geschädigte einen Anreiz, im Interesse der Allgemeinheit dem Recht zur Durchsetzung zu verhelfen. Unrecht, so das Kalkül, solle nicht ungesühnt bleiben, wenn der Vermögensschaden der individuellen Geschädigten gering sei, sodass sie aus rationaler Apathie das Prozessrisiko scheuten und von einer Geltendmachung ihrer Rechte absähen.²²⁷

Die Frage, ob US-amerikanische Verurteilungen zu *punitive damages* in Deutschland anerkennungs- und vollstreckungsfähig sind, hat hierzulande die Gemüter erhitzt.²²⁸ Der BGH beantwortete sie negativ: Sanktionen, die der Bestrafung und Abschreckung dienen, unterfielen nach deutschem Verständnis dem Strafmopol des Staates. Er übe dieses im öffentlichen Interesse in einer besonderen Verfahrensart aus, in der einerseits die Amtsermittlung eine höhere Richtigkeitsgewähr der Sachentscheidung bieten solle und andererseits der Beschuldigte einen besonderen Schutz genieße. Derartige Sanktionen in einem Zivilverfahren zu verhängen, welches diesen Anforderungen nicht genüge, sei aus hiesiger Sicht unerträglich und verletze den innerstaatlichen *ordre public* (§§ 328 Abs. 1 Nr. 4, 723 Abs. 2 Satz 2 ZPO).²²⁹

²²⁴ Vgl. *Ausness*, 74 Ky. L. J. 1, 39–43 (1985–1986); *Dobbs*, Law of Remedies, § 3.11(2), S. 318 f.; Note, 70 Harv. L. Rev. 517, 521–522 (1956–1957); *Owen*, 74 Mich. L. Rev. 1257, 1279–1282 (1975–1976).

²²⁵ *Ausness*, 74 Ky. L. J. 1, 67–68 (1985–1986); *Owen*, 74 Mich. L. Rev. 1257, 1295–1299 (1975–1976).

²²⁶ Vgl. *Ausness*, 74 Ky. L. J. 1, 68–69 (1985–1986); *Dobbs*, 40 Ala. L. Rev. 831, 846–847 (1988–1989); *ders.*, Law of Remedies, § 3.11(3), S. 327 f.; *Schlueter*, Punitive Damages I, § 2.2(B)(1), S. 33 ff.

²²⁷ Vgl. *Ausness*, 74 Ky. L. J. 1, 69–70 (1985–1986); *Dobbs*, Law of Remedies, § 3.11(3), S. 327 f.; *Owen*, 74 Mich. L. Rev. 1257, 1287–1295 (1975–1976); *Schlueter*, Punitive Damages I, § 2.2(C)(1), S. 37.

²²⁸ Siehe zur Diskussion etwa *Körner*, NJW 2000, 241; *P. Müller*, Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht, S. 360 ff.; *Rosengarten*, NJW 1996, 1935; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 471 ff.

²²⁹ BGHZ 118, 312, 338 ff.

c) Kongruenz von Straf- und Haftungszwecken

Unter dem Eindruck der klaren Absage der Väter des BGB an die Privatstrafe sowie der Rechtsprechung des BGH zu den *punitive damages* liegt es nahe, eine Straffunktion der Geschäftsleiterhaftung im Einklang mit der herrschenden Lehre abzustreiten. Dabei ist jedoch eine Klarstellung darüber erforderlich, was mit „Straffunktion“ überhaupt gemeint ist. Als Strafe gilt nach hergebrachter Definition die missbilligende hoheitliche Reaktion auf ein schuldhaftes Verhalten.²³⁰ Die Strafe stellt demzufolge keinen Selbstzweck dar, sondern erfüllt ihrerseits ein ganzes Bündel an Funktionen, namentlich General- wie Spezialprävention, Schuldausgleich, Resozialisierung, Sühne und Vergeltung.²³¹

Dabei zeigt sich, dass sich die Zwecke von Strafe und Haftung in einem Punkt decken: Sie beide verfolgen präventive Ziele. Ihr Unterschied liegt derweil darin, dass die Strafe auch die absoluten Zwecke der Sühne und Vergeltung verfolgt. Bei diesen handelt es sich nicht um originäre Anliegen des Privatrechts; nur in Ausnahmefällen bilden sie deshalb den Zweck zivilrechtlicher Ansprüche.²³² Eine solche Ausnahme ist für die Binnenhaftung des Geschäftsleiters nicht anzunehmen, da nicht sämtliche Pflichtverletzungen des Geschäftsleiters einen derart hohen sozioethischen Unwert aufweisen, dass sie nach Vergeltung verlangen würden. Präziser ist es daher, der Geschäftsleiterhaftung nicht eine Straf-, sondern eine Vergeltungsfunktion abzusprechen.²³³

II. Geschützter Personenkreis

1. Gesellschaft und Gesellschafter

Die Binnenhaftung des Geschäftsleiters schützt in erster Linie denjenigen, den sie berechtigt: die Gesellschaft. In kompensatorischer Hinsicht gleicht sie den erlittenen Nachteil im Gesellschaftsvermögen aus.²³⁴ In präventiver Hinsicht wahrt die Haftungsandrohung das Interesse der Gesellschaft an einer sorgfältigen Unterneh-

²³⁰ BVerfGE 26, 186, 204.

²³¹ Vgl. BVerfGE 28, 264, 278; BVerfGE 32, 98, 109; BVerfGE 45, 187, 253 f.; siehe zu dieser sogenannten Vereinigungstheorie auch *Roxin/Greco*, Strafrecht AT I, § 3 Rn. 37 ff. m. w. N.

²³² Vgl. *Wagner*, Gutachten 66. DJT, A 77 ff.; *ders.*, AcP 206 (2006), 352, 360 ff. zur Ausnahme von diesem Grundsatz bei der Geldentschädigung für Nichtvermögensschäden siehe 2. Teil: C.IV.

²³³ Vgl. *Thomas*, Die Haftungsfreistellung von Organmitgliedern, S. 166; zustimmend *Fleischer*, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 2.

²³⁴ Vgl. *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 29; *M. Roth*, Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands, S. 29 f.

mensleitung.²³⁵ Mittelbar schützt die Geschäftsführerhaftung dadurch auch die Interessen der Gesellschafter.²³⁶

2. Gläubiger

Daneben lässt sich auch eine gläubigerschützende Wirkung der Kompensation ausmachen. Dies liegt für die Sondertatbestände der §§ 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG, 93 Abs. 3 AktG auf der Hand. Sie schützen das Kapital der Gesellschaft, um dadurch die den Gläubigern zur Verfügung stehende Haftungsmasse zu erhalten.²³⁷ Dies demonstrieren insbesondere die Modalitäten der Sondertatbestände, die in der GmbH Gesellschaft und Geschäftsführer die Möglichkeit privatautonomer Haftungsbeschränkungen nehmen und in der AG den Gläubigern die Anspruchsverfolgung erleichtern.²³⁸

Auch jenseits der Sondertatbestände lässt sich der Geschäftsführerhaftung eine gläubigerschützende Funktion zuschreiben. Durch den Schutz des Gesellschaftsvermögens bewahrt sie stets auch die den Gläubigern zur Verfügung stehende Haftungsmasse: *ex ante*, indem sie den Geschäftsführer vor vermögensschmälernden Pflichtverletzungen abschreckt; *ex post*, indem sie diese nach einer pflichtwidrigen Beeinträchtigung wieder auffüllt.²³⁹ Die gläubigerschützende Funktion der aktienrechtlichen Vorstandshaftung verdeutlicht § 93 Abs. 5 AktG, der den Gläubigern der Gesellschaft die Möglichkeit eröffnet, den Schadensersatzanspruch im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu verfolgen.²⁴⁰ Jedenfalls in der GmbH schützt die Binnenhaftung die Gläubiger aber nur reflexartig. Dies zeigt sich insbesondere daran, dass die enthaftende Wirkung einer Weisung durch die Gesellschaft auch dann eintritt, wenn dies mittelbar durch eine Verringerung der Haftungsmasse den Gläubigern zum Nachteil gereicht.²⁴¹

²³⁵ Klöhn, in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 43 Rn. 2.

²³⁶ Vgl. Ebke/Geiger, ZVglRWiss 93 (1994), 38, 67; U. H. Schneider, FS Werner, 1984, S. 795, 808 ff.

²³⁷ Vgl. Fleischer, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 2; K. Schmidt, ZIP 1994, 837, 843.

²³⁸ Siehe 1. Teil: A.VI.2.

²³⁹ Haas, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, S. 17; Hopt/M. Roth, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 29; siehe auch Bachmann, Gutachten 70. DJT, E 21.

²⁴⁰ Hopt/M. Roth, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 29; Fleischer, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 2; siehe näher zum Gläubigeranspruch 1. Teil: B.II.3.

²⁴¹ U. H. Schneider, FS Werner, 1984, S. 795, 808 ff.; siehe ferner Beurskens, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 1; für einen bloß reflexartigen Gläubigerschutz auch in der AG Hölters, in: ders., AktG, § 93 Rn. 8.

III. Rechtsökonomie

Die rechtsökonomischen Implikationen der Geschäftsleiterhaftung können an dieser Stelle lediglich skizziert werden. Im Mittelpunkt der klassischen ökonomischen Analyse des Zivilrechts steht das Bestreben, die Gesamtwohlfahrt durch die effiziente Ausgestaltung von Rechtsregeln zu maximieren. Ein Zustand gilt ihr entsprechend dem Kaldor-Hicks-Kriterium dann als optimal, wenn kein Individuum seinen Wohlstand auf Kosten anderer Individuen so steigern kann, dass es diese voll entschädigen könnte und ihm trotzdem noch ein Gewinn verbliebe.²⁴²

Auf das Haftungsrecht angewandt bedeutet dies (vereinfacht ausgedrückt), dass eine Haftungsregel dann effizient ist, wenn die Summe der Kosten, die durch den Schaden entstehen, und der Kosten, die zu seiner Vermeidung aufgewandt werden müssten, so gering wie möglich ist. Der Schädiger sollte demzufolge dazu verpflichtet sein, Sorgfaltsaufwendungen zu betreiben, solange diese den Erwartungswert des Schadens unterschreiten.²⁴³ Um ihn zur Einhaltung eines entsprechenden Sorgfaltsniveaus zu bewegen, sollte er im Fall dessen Verletzung mit den vollen Schadenskosten belastet werden, da er sich rationalerweise stets für die ihm günstigere Handlungsoption der Schadensvermeidung entschließen wird.²⁴⁴

1. Agenturproblem

Gegenüber diesem anhand des allgemeinen Deliktsrechts entwickelten Modells zeichnet sich die Geschäftsleiterhaftung durch eine Besonderheit aus: In vielen modernen Kapitalgesellschaften sind Geschäftsleiter und Gesellschafter nicht personenidentisch, sodass Inhaberschaft und Kontrolle im Unternehmen auseinanderfallen.²⁴⁵ Der Geschäftsleiter ist damit nicht selbst Nutznießer seines unternehmerischen Handelns, sondern tritt als Wahrer fremder Vermögensinteressen in Erscheinung. Man hat es somit mit jenem Phänomen zu tun, das die neue Institutionenökonomik als Agenturproblem bezeichnet: Ein Wirtschaftssubjekt (der Prinzipal) beauftragt ein anderes (den Agenten) damit, für ihn eine Tätigkeit auszuführen. Aufgrund einer größeren Sachnähe zu der delegierten Tätigkeit, hat der

²⁴² Dazu grundlegend *Kaldor*, *Econ. J.* 1939, 549 (1939); *Hicks*, 49 *Econ. J.* 696 (1939).

²⁴³ Vgl. dazu die berühmte Formel des US-amerikanischen Richters *Learned Hand* in *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169, 173 (2d. Cir. 1947).

²⁴⁴ Vgl. zu allem Vorstehenden *Cooter/Ulen*, *Law & Economics*, S. 199 ff.; *Kötz*, FS Steindorff, 1990, S. 643, 646 ff.; *Posner*, *Economic Analysis of Law*, § 6.1, S. 213 ff.; *Shavell*, *Foundations of Economic Analysis of Law*, S. 177 ff.

²⁴⁵ Phänomen erstmals beschrieben von *Berle/Means*, *The Modern Corporation & Private Property*, S. 112.

Agent einen Wissensvorsprung gegenüber dem Prinzipal; zwischen beiden besteht also eine Informationsasymmetrie.²⁴⁶

Diese Form der Arbeitsteilung bietet Vorteile: Der Geschäftsleiter (Agent) kann das Unternehmen aufgrund seiner besonderen Fachkenntnisse und Fähigkeiten in Vollzeitätigkeit gewinnbringender führen, als die Gesellschafter (Prinzipal), die lediglich das dafür erforderliche Kapital zur Verfügung stellen.²⁴⁷ Die Delegation bringt aber auch Nachteile mit sich, die sich im Verhältnis von Geschäftsleiter und Gesellschaft besonders deutlich zeigen.

a) Gefahr opportunistischen Verhaltens

Das vordringliche Risiko der Prinzipal-Agent-Beziehung besteht darin, dass sich der Agent zum Nachteil des Prinzipals eigennützig verhält (sogenanntes moralisches Risiko): Der Geschäftsleiter kann seine Position dazu missbrauchen, seinen eigenen Nutzen zu maximieren, statt den der Gesellschaft – etwa indem er ihm anvertraute Vermögenswerte veruntreut, im Namen der Gesellschaft für diese nachteilige Geschäfte mit sich selbst abschließt oder Geschäftschancen der Gesellschaft auf eigene Rechnung wahrnimmt.²⁴⁸ Da der Geschäftsleiter am Gewinn der Gesellschaft nicht unmittelbar partizipiert, muss die Gesellschaft auch gewärtigen, dass er unzureichende Anstrengungen unternimmt, um den Nutzen der Gesellschaft zu maximieren.²⁴⁹

Um diese durch die Prinzipal-Agent-Beziehung verzerrte Anreizstruktur zu korrigieren, stehen eine Reihe von Gegenstrategien zur Verfügung. Gemein ist ihnen, dass sie darauf abzielen, einen Gleichklang der Interessen des Agenten mit denen des Prinzipals herzustellen. Die Binnenhaftung stellt eine Möglichkeit dazu dar, indem sie dem Geschäftsleiter die Pflicht auferlegt, das Interesse der Gesellschaft vor das eigene zu stellen, und ihre Verletzung *ex post* sanktioniert. Handelt der Geschäftsleiter zum Nachteil der Gesellschaft, zieht er bei optimaler Ausgestaltung der Binnenhaftung keinen Nutzen daraus, sondern erleidet zugleich selbst einen Nachteil. Die Haftungsdrohung schafft somit einen Anreiz für ihn, ausreichende

²⁴⁶ Grundlegend *Jensen/Meckling*, 3 J. Financial Econ. 305 (1976); ferner *Fama/Jensen*, 26 J. L. & Econ. 327 (1983); *Pratt/Zeckhauser*, in: *Pratt/Zeckhauser*, Principals and Agents, S. 1, 4 ff.; *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, S. 173 ff.

²⁴⁷ *Posner*, Economic Analysis of Law, § 14.8, S. 556 f.

²⁴⁸ Vgl. *Armour/Hansmann/Kraakman*, in: *Kraakman et al.*, The Anatomy of Corporate Law, Kap. 2, S. 29 f.; *Easterbrook/Fischel*, The Economic Structure of Corporate Law, S. 91; *Eckert/Grechenig/Stremitzer*, in: *Kalss*, Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern, S. 95, 116 f.; *Glanzmann*, ZSR 119/II (2000), 135, 141.

²⁴⁹ Vgl. *Glanzmann*, ZSR 119/II (2000), 135, 141; *Ruffner*, Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft, S. 214 f.

Sorgfaltsanstrengungen zu unternehmen und sich der Gesellschaft gegenüber loyal zu verhalten.²⁵⁰

Mit dieser Überlegung lässt sich dem Präventionszweck der Geschäftsleiterhaftung eine ökonomische Rechtfertigung verleihen: Die Binnenhaftung stellt sich demnach als Korrektiv zu den Gefahren dar, die mit der Stellung des Geschäftsleiters als Walter fremder Interessen einhergeht. Sie wahrt damit die ökonomischen Vorteile, die sich aus der Aufgabendelegation ergeben.²⁵¹

Gegen diese Begründung lassen sich freilich Einwände vorbringen. Zunächst lässt sich das Verhalten des Geschäftsleiters in der Rechtswirklichkeit nicht derart idealtypisch steuern, wie es die modellhaften Annahmen der Prinzipal-Agent-Theorie nahelegen.²⁵² Insbesondere ist nicht jedes pflichtwidrige Verhalten des Geschäftsleiters für die Gesellschaft als solches erkennbar, sodass der Binnenhaftungsanspruch nicht immer durchgesetzt wird. Ferner gilt es zu bedenken, dass die Abwicklung von Haftungsansprüchen durch die Beteiligung von Rechtsanwälten und Gerichten ihrerseits mit Kosten für die Parteien verbunden ist.²⁵³ Es darf überdies nicht vergessen werden, dass die Binnenhaftung nicht das einzige Mittel darstellt, um der Anreizproblematik zu begegnen, sondern eine Vielzahl weiterer rechtlicher wie außerrechtlicher Mechanismen zur Verfügung stehen: In erstere Kategorie fallen nicht nur weitere Sanktionen *ex post*,²⁵⁴ sondern auch *ex-ante*-Maßnahmen, wie etwa eine erfolgsabhängige Vergütung des Geschäftsleiters.²⁵⁵ In der zweiten Kategorie finden sich diverse Marktmechanismen wieder, von denen ein Anreiz für den Geschäftsleiter ausgeht, sich pflichtgemäß zu verhalten. Insbesondere entfalten die Erwartungen des Arbeitsmarkts für Geschäftsleiter, Reputationseffekte²⁵⁶ sowie der Markt für Unternehmenskontrolle, auf dem schlecht geführten Unternehmen die feindliche Übernahme droht, eine gewisse Kontrollwirkung.²⁵⁷

²⁵⁰ Siehe *Armour/Hansmann/Kraakman*, in: Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law*, Kap. 2, S. 31 ff.

²⁵¹ Vgl. insbesondere *Fleischer*, ZGR 2001, 1, 7 f.; *Posner*, *Economic Analysis of Law*, § 14.8, S. 557 f.; ferner A. *Arnold*, *Die Steuerung des Vorstandshandelns*, S. 165 ff.; *Grigoleit/Tomasic*, in: *Grigoleit*, AktG, § 93 Rn. 1; *Hopt/M. Roth*, in: *GroßKomm*, AktG, § 93 Rn. 29; *Ruffner*, ZSR 119/II (2000), 195, 200 ff.; *U. H. Schneider*, FS Werner, 1984, S. 795, 807 f.

²⁵² Vgl. *Hopt*, FS Mestmäcker, 1996, S. 909, 914; *Mertens/Cahn*, in: *KölnKomm*, AktG, § 93 Rn. 7.

²⁵³ *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227, 253 f.

²⁵⁴ Siehe zu diesen 1. Teil: D.I.1.

²⁵⁵ *Armour/Hansmann/Kraakman*, in: Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law*, Kap. 2, S. 31 f.; *Spindler*, AG 2013, 889, 903.

²⁵⁶ Siehe eingehend zur Reputation als Disziplinierungsmittel 2. Teil: C.I.1.b)cc).

²⁵⁷ Siehe zu allem A. *Arnold*, *Die Steuerung des Vorstandshandelns*, S. 231 ff.; *Fleischer*, in: *BeckOGK*, § 93 AktG Rn. 8 jeweils m. w. N.

b) Asymmetrische Risikoeinstellungen

Ein weiterer Nachteil der Agenturbeziehung besteht darin, dass Geschäftsleiter und Gesellschaft typischerweise unterschiedliche Risikoeinstellungen aufweisen. Die Gesellschaft allein ist Träger der unternehmerischen Chancen wie Risiken. Der Geschäftsleiter partizipiert deshalb nicht an den positiven wie negativen Folgen seines unternehmerischen Handelns oder allenfalls mittelbar über erfolgsabhängige Vergütungsbestandteile. Die Binnenhaftung durchbricht diese Zuschreibung von Chancen und Risiken einseitig, da sie im Haftungsfall den Geschäftsleiter mit sämtlichen Verlusten seines Handelns belastet. Sie stellt damit ein Ungleichgewicht im Gefüge zwischen Prinzipal und Agent her, indem sie dem Geschäftsleiter die Kosten einer Handlung aufbürdet, aus denen er keinen Nutzen zieht.²⁵⁸ Die Binnenhaftung perpetuiert damit eine Asymmetrie zwischen den Risikoeinstellungen von Geschäftsleiter und Gesellschaftern: Der Geschäftsleiter ist in der Regel risikoavers, entsteht ihm doch selbst keinen Nutzen aus einer risikobehafteten Handlungsoption, muss er aber doch zugleich befürchten, mit seinem vollständigen Privatvermögen in Haftung genommen zu werden, wenn sich das Risiko realisiert. Die Gesellschafter hingegen sind zumindest risikoneutral eingestellt. Einerseits erhalten sie im Erfolgsfall den Gewinn aus der vom Geschäftsleiter gewählten Handlungsoption, andererseits ist ihr potenzieller Verlust auf ihre Einlage beschränkt und sie verfügen über die Möglichkeit, ihr Risiko über die Diversifikation ihres Portfolios zu streuen.

In dieser Asymmetrie kommt ein weiterer Nachteil der Prinzipal-Agent-Beziehung zum Vorschein: Der Geschäftsleiter scheut aufgrund seiner Risikoaversion vor Handlungsoptionen zurück, welche die risikoneutral eingestellten Gesellschafter im eigenen Interesse vorgenommen hätten, wenn sie die unternehmerische Entscheidung nicht an den Geschäftsleiter delegiert hätten.²⁵⁹ Diese Beobachtung verdeutlicht, dass die Präventionswirkung der Binnenhaftung auch unerwünschte Effekte nach sich ziehen kann, indem sie den Geschäftsleiter dazu bewegt, wirtschaftlich erwünschtes Verhalten zu unterlassen. Das Risiko der Binnenhaftung darf daher nicht derart überborden, dass unternehmerisches Handeln gehemmt wird.²⁶⁰

²⁵⁸ Zu allem vorstehenden *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227, 256 f.

²⁵⁹ Vgl. *Easterbrook/Fischel*, The Economic Structure of Corporate Law, S. 99; *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227, 256 ff.; siehe ferner *Gagliardi v. Trifoods International, Inc.*, 683 A.2d 1049, 1052 (Del. Ch. 1996); *Eckert/Grechenig/Stremitzer*, in: Kalss, Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern, S. 95, 111; *Ruffner*, Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft, S. 226 ff.

²⁶⁰ *Fleischer*, FS Wiedemann, 2002, S. 827, 829 f.; *J. Vetter*, FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 1315, 1326.

2. D&O-Versicherung

Im Grundmodell der ökonomischen Analyse des Rechts wird angenommen, dass der Schädiger die Kosten seiner Haftung selbst trägt. In der Praxis hat sich indessen ein System der kollektiven Schadenstragung durch Versicherungen etabliert, das mit der sogenannten D&O-Versicherung auch bei der Geschäftsleiterhaftung zum Tragen kommen kann.

a) Rechtliche Ausgestaltung

Bei der D&O-Versicherung handelt es sich um eine Vermögensschadenshaftpflichtversicherung, die den Geschäftsleiter von sämtlichen Schadensersatzansprüchen (der Binnen- wie Außenhaftung) freistellt, die auf einem Tätigwerden für die Gesellschaft beruhen.²⁶¹ Dies umfasst auch die Kosten ihrer Abwicklung (insbesondere Anwaltsgebühren)²⁶² sowie die Abwehr unberechtigter Schadensersatzansprüche.²⁶³ Nicht vom Versicherungsschutz erfasst sind Schäden, die auf einem vorsätzlichen Handeln des Geschäftsleiters beruhen (vgl. Ziff. 5.1 AVB-AVG). Die Versicherungsleistung ist üblicherweise auf einen Höchstbetrag begrenzt (vgl. Ziff. 4.4 AVB-AVG). In Deutschland ist die D&O-Versicherung üblicherweise als Haftpflichtversicherung für fremde Rechnung (§§ 43 ff. VVG) ausgestaltet, bei der die Gesellschaft als Versicherungsnehmerin und der Geschäftsleiter als Versicherter fungiert.²⁶⁴ Eine weitere Besonderheit der D&O-Versicherung liegt im Anspruchserhebungsprinzip, auch *claims-made*-Prinzip genannt. Danach ist die Anspruchsgeltendmachung der Versicherungsfall (vgl. Ziff. 2 AVB-AVG). Maßgeblich für den Versicherungsschutz ist allein, dass diese in die Versicherungsperiode fällt, während der Zeitpunkt von Pflichtverletzung und Anspruchsentstehung unerheblich ist.²⁶⁵

Die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit der D&O-Versicherung war einst grundsätzlich in Zweifel gezogen worden. Man hatte in ihr einen Widerspruch zur Präventionsfunktion der Geschäftsleiterhaftung erblickt²⁶⁶ und ihr eine mittelbare Verletzung der aktienrechtlichen Restriktionen des Anspruchsverzichts (§ 93 Abs. 4

²⁶¹ Vgl. Beckmann, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, § 28 Rn. 65 f.; Fleischer, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 274, 279; Voit, in: Prölss/Martin, VVG, AVB D&O A-1 Rn. 17 ff.

²⁶² O. Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, § 14 Rn. 17 ff.

²⁶³ Mitterlechner/Wax/Witsch, D&O-Versicherung, § 6 Rn. 6 ff.; Ihlas, in: MünchKomm, VVG, Directors & Officers-Versicherung Rn. 368 ff.

²⁶⁴ Beckmann, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, § 28 Rn. 48; Hopt/M. Roth, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 451; Sieg, in: Krieger/U. H. Schneider, Handbuch Managerhaftung, § 18 Rn. 2.

²⁶⁵ Vgl. Fleischer, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 279; Hopt/M. Roth, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 451; O. Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, § 9 Rn. 9 ff.; Sieg, in: Krieger/U. H. Schneider, Handbuch Managerhaftung, § 18 Rn. 35 f.

²⁶⁶ Pammier, Die gesellschaftsfinanzierte D&O-Versicherung im Spannungsfeld des Aktienrechts, S. 61 ff. (soweit kein angemessener Selbstbehalt vereinbart wurde).

Satz 3 AktG) unterstellt²⁶⁷. Seitdem der 2009 durch das VorstAG eingeführte § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG einen Selbstbehalt für die D&O-Versicherung vorschreibt und ihr damit implizit den gesetzgeberischen Segen erteilt, sind diese Einwände überholt.²⁶⁸

b) Auswirkungen auf die Anreizstruktur

Wie jede Haftpflichtversicherung droht auch die D&O-Versicherung, die Anreizstruktur der Haftung zu verwässern. Kann sich der Geschäftsleiter im Haftungsfall bei einem Versicherer schadlos halten, verliert die Haftungsdrohung für ihn an abschreckender Wirkung. Die D&O-Versicherung beschwört somit ein moralisches Risiko herauf,²⁶⁹ welches ihre Ausgestaltung als Haftpflichtversicherung für fremde Rechnung perpetuiert. Üblicherweise bildet die im Versicherungsfall erfolgende Prämienhöhung ein Korrektiv zum moralischen Risiko des Versicherungsverhältnisses: Der Versicherte kann zwar die unmittelbar aus dem Versicherungsfall resultierenden Nachteile auf den Versicherer abwälzen, muss dafür aber in Zukunft höhere Prämien entrichten, womit ein Anreiz für ihn verbleibt, den Versicherungsfall zu vermeiden.²⁷⁰ Bei der D&O-Versicherung aber versagt dieser Gedanke, da eine Prämienhöhung nicht den Geschäftsleiter trifft, sondern die Gesellschaft als Versicherungsnehmerin.²⁷¹ Die rechtliche Möglichkeit der D&O-Versicherung scheint damit den Präventionszweck der Geschäftsleiterhaftung in den Hintergrund zu drängen, während sie den Kompensationszweck stärkt, da sie die Solvenz des Geschäftsleiters sicherstellt und damit die Aussichten der Gesellschaft erhöht, tatsächlich einen Ausgleich für ihren Schaden zu erlangen.²⁷²

Wie bereits dargetan reagierte der Gesetzgeber gegen den zu befürchtenden Verlust der Präventionswirkung, indem er mit § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG einen Pflichtselbstbehalt für die D&O-Versicherung der aktienrechtlichen Vorstandshaftung einführte. Danach hat das Vorstandsmitglied mindestens 10 % des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen seiner festen jährlichen Vergütung selbst zu tragen. Dass diese Regelung ausreichend ist, um einer möglichen Verwässerung der Verhaltenssteuerung durch die D&O-Versicherung zu begegnen, mag man bezweifeln. Immerhin bleibt es dem Vorstand unbenommen, seinerseits eine Haft-

²⁶⁷ *Habetha*, Direktorenhaftung und gesellschaftsfinanzierte Haftpflichtversicherung, S. 173 ff.; *Ulmer*, FS Canaris II, 2007, S. 451, 464 ff. (soweit kein angemessener Selbstbehalt vereinbart wurde).

²⁶⁸ *Fleischer*, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 275; *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 58.

²⁶⁹ Im Allgemeinen zur Auswirkung von Versicherungen auf das Haftungsrecht: *Hanson/Logue*, 76 Cornell L. Rev. 129, 138–139 (1990–1991); *Kötz*, FS Steindorff, 1990, S. 643, 664; *Wagner*, VersR 1999, 1441, 1445 f.; *ders.*, AcP 206 (2006), 352, 455; zur D&O-Versicherung im Besonderen: *Pregler*, Der Selbstbehalt des Vorstands im Spannungsfeld des Aktien- und Versicherungsrechts, S. 166 ff.

²⁷⁰ Vgl. *Kötz*, FS Steindorff, 1990, S. 643, 664 ff.

²⁷¹ *Wansleben*, in: Behme/Fries/Stark, Versicherungsmechanismen im Recht, S. 183, 211 f.

²⁷² Vgl. *Fleischer*, WM 2005, 909, 919; *E. Vetter*, AG 2000, 453, 454.

pfllichtversicherung für den Selbstbehalt abzuschließen.²⁷³ Ferner findet § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG auf den GmbH-Geschäftsführer ohnehin keine analoge Anwendung.²⁷⁴

Auch wenn man den Selbstbehalt außer Acht lässt, hebt eine D&O-Versicherung die Präventionswirkung der Binnenhaftung nicht vollständig auf. Diese wird bereits dadurch gewahrt, dass die Versicherungsbedingungen neben dem Vorsatz- meist zahlreiche weitere Risikoausschlüsse sowie eine höhenmäßige Begrenzung enthalten. Der Geschäftsleiter kann sich deshalb nicht stets in Sicherheit wiegen, im Ernstfall Versicherungsschutz zu genießen.²⁷⁵ Reflexartig kann der Versicherungsschutz die Haftungsdrohung sogar verstärken. Da er der Gesellschaft einen solventen Schuldner in Aussicht stellt, incentiviert er die zuständigen Gesellschaftsorgane, tatsächlich zur Anspruchsverfolgung zu schreiten („Deckung erzeugt Haftung“).²⁷⁶ Aus der Praxis wird ferner berichtet, dass Gerichte in dem Bewusstsein, dass dem Beklagten eine Haftpflichtversicherung zur Verfügung steht, eher geneigt sind, einer Schadensersatzklage stattzugeben.²⁷⁷ In diesem Sinne kann eine D&O-Versicherung die Präventionswirkung der Binnenhaftung gar erhöhen.

IV. Zwischenergebnis

Festzuhalten ist damit, dass die Geschäftsleiterhaftung sowohl der Gesellschaft einen materiellen Ausgleich für den von ihr erlittenen Schaden verschaffen soll als auch der Prävention von Schäden dient, indem sie den Geschäftsleiter zu pflichtgemäßem Verhalten anhält. Beide Zwecke stehen normativ gleichrangig nebeneinander. „Strafe“ im Sinne von Vergeltung ist hingegen kein Anliegen der §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG. Die Binnenhaftung des Geschäftsleiters schützt dadurch die Interessen der Gesellschaft, der Gesellschafter und mindestens reflexartig auch die der Gläubiger.

Die rechtsökonomischen Überlegungen bestätigen die Bedeutung des Präventionszwecks. Die Präventionsfunktion der Haftung steht nicht nur im Mittelpunkt der klassischen ökonomischen Theorie des Zivilrechts, sondern erhält im Besonderen auch in der Prinzipal-Agent-Beziehung von Geschäftsleiter und Gesellschaft Relevanz: Die Haftungsdrohung verringert das moralische Risiko und sichert dadurch die Vorteile, die sich aus der Aufgabendelegation ergeben. Zugleich mahnt die vorangegangene Betrachtung aber dazu, bei der Prävention Augenmaß zu bewahren, da ein

²⁷³ Wagner, ZHR 178 (2014), 227, 272 f.; vgl. ferner Fleischer, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 303; Mitterlechner/Wax/Witsch, D&O-Versicherung, § 6 Rn. 47; Hopt/M. Roth, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 456; Spindler, in: MünchKomm, AktG, § 93 Rn. 235.

²⁷⁴ van Kann, NZG 2009, 1010, 1011; Kerst, WM 2010, 596, 597 f. (beide verneinen eine Regelungslücke); Spindler, in: MünchKomm, AktG, § 93 Rn. 250 (keine Wertungsgleichheit).

²⁷⁵ Vgl. Habersack, ZHR 177 (2013), 782, 796; Merkt, FS Hommelhoff, 2012, S. 711, 717; Paefgen, AG 2014, 554, 582; Peltzer, FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 860, 862.

²⁷⁶ Dreher, AG 2008, 429, 434; Sailer-Coceani, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 51.

²⁷⁷ Sieg, in: Krieger/U. H. Schneider, Handbuch Managerhaftung, § 18 Rn. 61.

zu rigides Haftungsregime unerwünschten Risikoaversionen des Geschäftsleiters Vorschub leistet.

D. Verwandte Rechtsfolgen

Verletzt der Geschäftsleiter seine Pflichten, so können sich neben der Haftung nach den §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG eine Vielzahl weiterer Rechtsfolgen aus dem engen Sanktionskorsett des Zivil-, Öffentlichen und Strafrechts ergeben.

I. Zivilrecht

In zivilrechtlicher Hinsicht ist zwischen Rechtsfolgen im Binnenverhältnis zur Gesellschaft und im Außenverhältnis gegenüber Dritten zu unterscheiden.

1. Binnenverhältnis

a) Sonstige Binnenhaftungstatbestände

Die organschaftliche Binnenhaftung verdrängt als *lex specialis* Schadensersatzansprüche wegen einer Verletzung des Anstellungsvertrags (§ 280 Abs. 1 BGB).²⁷⁸ Dasselbe gilt für Ansprüche aus angemaßter Eigengeschäftsführung (§ 687 Abs. 2 BGB).²⁷⁹ Anspruchskonkurrenz besteht in der GmbH derweil zur Haftung für Masseschmälerung (§ 64 Satz 1 GmbHG) wie zur Insolvenzverursachungshaftung (§ 64 Satz 3 GmbHG).²⁸⁰ Auch auf der Gesellschafterstellung beruhende Haftungstatbestände, wie etwa wegen der Verletzung der mitgliedschaftlichen Treuepflicht (§ 280 Abs. 1 BGB), können neben der Binnenhaftung bestehen.²⁸¹ Ferner kommen neben den §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG deliktische An-

²⁷⁸ Vgl. BGH NJW-RR 1989, 1255; BGH NJW 1997, 741, 742; *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 321; *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, § 43 Rn. 6; für eine Anspruchskonkurrenz hingegen etwa *U. H. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 43 Rn. 18.

²⁷⁹ Vgl. BGH NJW-RR 1989, 1255; *Fleischer*, in: MünchKomm, GmbHG, § 43 Rn. 9; *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, § 43 Rn. 6; abweichend *Fleck*, ZIP 1991, 1269, 1271 ff.

²⁸⁰ Vgl. *Fleischer*, in: MünchKomm, GmbHG, § 43 Rn. 9; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 6; *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, § 43 Rn. 5.

²⁸¹ Vgl. BGH NJW-RR 1989, 1255; OLG Köln NZG 2000, 1137; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 113; *Fleischer*, in: MünchKomm, GmbHG, § 43 Rn. 9.

sprüche der Gesellschaft in Betracht, wie beispielsweise die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs (§ 826 BGB).²⁸²

b) Abberufung

Die Gesellschaft kann den Geschäftsleiter nicht nur haftungsrechtlich zur Verantwortung ziehen, sondern auch aus seiner Organstellung entfernen. In der GmbH gilt nach § 38 Abs. 1 GmbHG der Grundsatz der freien Abberufbarkeit. Das zuständige Gesellschaftsorgan kann den Geschäftsführer darum seines Amtes entheben, ohne dass es hierfür besonderer Voraussetzungen bedürfte.²⁸³ In der AG knüpft § 84 Abs. 3 Satz 1 AktG die Abberufung durch den Aufsichtsrat hingegen an das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Ein solcher ist anzunehmen, wenn der Gesellschaft eine Fortsetzung des Organverhältnisses mit dem Vorstandsmitglied bis zum Ende seiner Amtszeit unzumutbar ist.²⁸⁴ Das ist nach § 84 Abs. 3 Satz 2 Var. 1 AktG insbesondere bei einer groben Pflichtverletzung des Vorstandsmitglieds der Fall. Die Abberufung wirkt entgegen dem irreführenden Wortlaut beider Normen (§ 38 Abs. 1 GmbHG: „Widerruf der Bestellung“; § 84 Abs. 3 Satz 1 AktG: „die Bestellung [...] widerrufen“) nicht *ex tunc*, sondern *ex nunc*.²⁸⁵

c) Außerordentliche Kündigung des Anstellungsvertrags

Die organschaftliche Bestellung des Geschäftsleiters ist von seiner vertraglichen Anstellung zu unterscheiden (Trennungstheorie).²⁸⁶ Der Verlust der Organstellung führt deshalb nicht ohne Weiteres auch zur Beendigung des Anstellungsverhältnisses.²⁸⁷

Das Mittel der Wahl, den Anstellungsvertrag zu beenden, stellt die Kündigung dar. Sie kann stets aus wichtigem Grund erfolgen (§ 626 Abs. 1 BGB), der etwa bei schwerwiegenden Pflichtverletzungen gegeben ist.²⁸⁸ Wurde der Anstellungsvertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen, so kommt auch die ordentliche Kündigung in Frage (§ 620 Abs. 2 BGB). Für den GmbH-Geschäftsführer ist diese möglich, ohne

²⁸² Vgl. BGH NJW-RR 1989, 1255, 1257; BGH NJW-RR 1992, 800, 801; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 112; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 17.

²⁸³ *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 38 Rn. 2; *Stephan/Tieves*, in: MünchKomm, GmbHG, § 38 Rn. 6 f.

²⁸⁴ BGH ZIP 2007, 119; *Fleischer*, in: BeckOGK, § 84 AktG Rn. 108 m. w. N.

²⁸⁵ Vgl. *Spindler*, in: MünchKomm, AktG, § 84 Rn. 127; *Stephan/Tieves*, in: MünchKomm, GmbHG, § 38 Rn. 6.

²⁸⁶ Siehe 1. Teil: A.I.1.a).

²⁸⁷ *Hohenstatt*, in: Scholz, GmbHG, § 35 Rn. 251; *Hüffer/Koch*, AktG, § 84 Rn. 48; *Jaeger/Steinbrück*, in: MünchKomm, GmbHG, § 35 Rn. 391.

²⁸⁸ Beispiele jeweils bei *Jaeger/Steinbrück*, in: MünchKomm, GmbHG, § 35 Rn. 418; *Spindler*, in: MünchKomm, AktG, § 84 Rn. 185; *Thüsing*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 5 Rn. 60.

dass es eines Kündigungsgrundes bedarf.²⁸⁹ Die ordentliche Kündigung eines Vorstandsmitglieds erfordert hingegen, dass zugleich der Tatbestand einer Abberufung aus wichtigem Grund vorliegt, da andernfalls die Voraussetzungen des § 84 Abs. 3 AktG unterlaufen werden könnten.²⁹⁰

2. Außenverhältnis

Grundsätzlich erwachsen lediglich der Gesellschaft Schadensersatzansprüche aus einer Pflichtverletzung des Geschäftsleiters, nicht aber Dritten.²⁹¹ Systematisch lässt sich dieser Grundsatz der Haftungskonzentration den §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG entnehmen, in denen die gesetzgeberische Entscheidung zum Ausdruck gelangt, dass eine Pflichtverletzung im Regelfall lediglich im Binnenverhältnis Rechtsfolgen nach sich zieht.²⁹² Ihre Legitimation findet die Haftungskonzentration im Gedanken der Gläubigergleichbehandlung: Indem sich die Schadensersatzansprüche in der Hand der Gesellschaft sammeln, die gegebenenfalls im Außenverhältnis den Gläubigern verantwortlich ist, wird deren gleichmäßige Befriedigung gewährleistet und ein Gläubigerwettlauf verhindert.²⁹³ Eine Eigenhaftung des Geschäftsleiters gegenüber Dritten bildet aus diesem Grund eine begründungsbedürftige Ausnahme. Ferner kommt eine Außenhaftung der Gesellschaft für Handeln ihres Geschäftsleiters in Betracht.

a) Verschulden bei Vertragsschluss

Eine Haftung des Geschäftsleiters aus *culpa in contrahendo* kommt in Form der Eigenhaftung Dritter infrage, die seit der Schuldrechtsreform von 2002 in § 311 Abs. 3 BGB kodifiziert ist. Hierzu sind die beiden Fallgruppen des wirtschaftlichen Eigeninteresses und der Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens anerkannt.

²⁸⁹ Vgl. BAG NJW 2008, 1018 f.; BGH NJW 2010, 2343.

²⁹⁰ *Fleischer*, in: BeckOGK, § 84 AktG Rn. 178; *Kort*, in: GroßKomm, AktG, § 84 Rn. 477; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm, AktG, § 84 Rn. 149; *Thüsing*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 5 Rn. 55.

²⁹¹ Vgl. BGHZ 125, 366, 375; BGHZ 194, 26, 34 f.; *Fleischer*, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 375; *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 648 f.; *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 368.

²⁹² *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 649; *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 368.

²⁹³ Vgl. *Bachmann*, Gutachten 70. DJT, E 114; *Fleischer*, in: MünchKomm, GmbHG, § 43 Rn. 339; *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 649; *Verse*, ZHR 170 (2006), 398, 407.

aa) Wirtschaftliches Eigeninteresse

Die Fallgruppen des wirtschaftlichen Eigeninteresses handhabte der BGH einst äußerst großzügig. Er nahm ein solches bereits an, wenn der Geschäftsleiter zugleich Gesellschafter oder Sicherungsgeber für Verbindlichkeiten der Gesellschaft war.²⁹⁴ Seit einer grundlegenden Rechtsprechungswende lässt er dies nicht mehr genügen. Von einem wirtschaftlichen Eigeninteresse geht er nunmehr lediglich aus, wenn der Geschäftsleiter wirtschaftlich gleichsam in eigener Sache tätig ist²⁹⁵ – wie ein *procurator in rem suam*, der das Geschäft zwar formal im Namen der Gesellschaft, aber für eigene Rechnung abschließt.²⁹⁶

bb) Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens

Eine Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens setzt voraus, dass der Geschäftsleiter ein über das normale Verhandlungsvertrauen deutlich hinausgehendes Vertrauen für sich in Anspruch nimmt.²⁹⁷ Dazu genügen pauschale Beruhigungen nicht; es bedarf vielmehr Erklärungen im Vorfeld einer Garantiezusage.²⁹⁸

b) Unerlaubte Handlung

Für eine Eigenhaftung des Geschäftsleiters aus Delikt kommen alle drei der kleinen deliktsrechtlichen Generalklauseln in Betracht.

aa) § 823 Abs. 1 BGB

Der Geschäftsleiter haftet jedenfalls nach § 823 Abs. 1 BGB, wenn er unmittelbar eines der durch diese Norm geschützten Rechtsgüter verletzt. Darüber hinaus haftet der Geschäftsleiter auch bei einer mittelbaren Verletzungshandlung, wenn er durch diese eine ihn treffende Verkehrspflicht verletzt.²⁹⁹

Für Aufsehen sorgte in dieser Sache 1989 der VI. Zivilsenat, als er dem Geschäftsleiter mit der sogenannten Baustoffentscheidung äußerst umfangreiche Verkehrspflichten auferlegte. Der VI. Zivilsenat nahm an, dass der Geschäftsführer einer GmbH wegen einer mittelbaren Eigentumsverletzung persönlich aus § 823 Abs. 1 BGB gegenüber einem Lieferanten hafte, der durch Einbau das Eigentum an von ihm gelieferten Baustoffe verloren hatte, während ein mit ihm vereinbarter verlängerte Eigentumsvorbehalt an einem Abtretungsverbot scheiterte. Der Geschäftsführer

²⁹⁴ BGHZ 87, 27, 33 f.; BGH NJW 1983, 676, 677.

²⁹⁵ BGH NJW 1986, 586, 587; BGH ZIP 2002, 1771, 1772.

²⁹⁶ In dieser Konstellation nahm die Fallgruppe ihren Ursprung, siehe RGZ 120, 249, 252 f.

²⁹⁷ BGH ZIP 2002, 1771, 1772.

²⁹⁸ BGHZ 126, 181, 189 f.

²⁹⁹ Vgl. allgemein zu dieser Voraussetzung *Sprau*, in: Palandt, BGB, § 823 Rn. 45.

habe nämlich eine „Garantiepflicht“, die Kollision von verlängertem Eigentumsvorbehalt und Abtretungsverbot zu verhindern. Die Organpflichten des Geschäftsführers bestünden zwar im Grundsatz nur gegenüber der Gesellschaft, sodass deren Verletzung lediglich ihr gegenüber Schadensersatzpflichten auslöse. Mit der Zuständigkeit für die Organisation und Leitung der Gesellschaft sowie der daraus erwachsenden persönlichen Einflussnahme auf die Gefahrenabwehr und -steuerung treffe ihn aber eine über die Organstellung hinausgehende persönliche Verantwortung gegenüber den betroffenen Außenstehenden in Form einer Garantenstellung zum Schutz fremder Rechtsgüter.³⁰⁰

In der Literatur ist diese Rechtsprechung ganz überwiegend auf Ablehnung gestoßen. Dem VI. Zivilsenat wird insbesondere vorgehalten, den eigenen Maßstab inkonsequent angewandt zu haben. Im Ausgangspunkt habe der Senat zutreffend erkannt, dass die Geschäftsleiterpflichten lediglich im Binnenverhältnis bestünden, weshalb es für eine Außenhaftung eines besonderen Grundes bedürfe. Das selbst postulierte Regel-Ausnahme-Verhältnis habe der Senat aber sodann in sein Gegenteil verkehrt, indem er bereits die Zuständigkeit des Geschäftsleiters für die Leitung und Organisation der Gesellschaft genügen ließ, um auf eine haftungsbewehrte Garantenstellung zum Schutz der Rechtsgüter Außenstehender zu schließen. Im Ergebnis habe der VI. Zivilsenat damit eine uferlose Außenhaftung kreiert, die dem Grundsatz der Haftungskonzentration bei der Gesellschaft widerspreche.³⁰¹ Mit ähnlicher Begründung distanzieren sich auch die Richter des II. Zivilsenats alsbald in einem *obiter dictum* von der Rechtsprechung ihrer Kollegen.³⁰²

Der VI. Zivilsenat selbst scheint von seiner Rechtsprechung mittlerweile abgerückt zu sein. 2012 hob er in einem Urteil ausdrücklich hervor, dass die Legalitätspflicht des Geschäftsleiters allein gegenüber der Gesellschaft bestehe und keine Garantenstellung gegenüber außenstehenden Dritten begründe.³⁰³ Der Senat hat die Baustoffentscheidung dabei zwar nicht *expressis verbis* aufgegeben, seine Ausführungen sind in der Literatur aber als stillschweigende Abkehr aufgefasst worden.³⁰⁴ Der I. Zivilsenat hat sich 2014 ebenfalls in dieses Fahrwasser begeben und ausgeführt, dass allein die Organstellung keine Verpflichtung des Geschäftsführers gegenüber außenstehenden Dritten begründe, Wettbewerbsverstöße der Gesellschaft zu verhindern.³⁰⁵ Für Irritationen sorgte zuletzt aber wieder der X. Zivilsenat. 2015

³⁰⁰ Siehe zu allem Vorstehenden BGHZ 109, 297, insbesondere 302 ff.

³⁰¹ Vgl. zu dieser Kritik insbesondere *Dreher*, ZGR 1992, 22, 34; *Kleindiek*, Deliktshaftung und juristische Person, S. 457 ff.; *Lutter*, ZHR 157 (1993), 464, 470 ff.; *Medicus*, FS W. Lorenz, 1991, S. 155, 165 ff.; *ders.*, ZGR 1998, 570, 584 f.; *Mertens/G. Mertens*, JZ 1990, 488, 489; etwas zurückhaltender *Grunewald*, ZHR 157 (1993), 451, 454 ff.

³⁰² BGHZ 125, 366, 375 f.

³⁰³ BGHZ 194, 26, 33 ff.

³⁰⁴ *Schirmer*, NJW 2012, 3398, 3399 f.

³⁰⁵ BGHZ 201, 344, 351 f.; großzügiger war dessen alte Rechtsprechung zur Störerhaftung, der zufolge es für eine Haftung des Geschäftsleiters genügt, dass ihm der Verstoß bekannt war

judizierte er unter ausdrücklicher Berufung auf die Baustoffentscheidung, dass ein GmbH-Geschäftsführer persönlich für eine aus der Gesellschaft heraus begangene Patentrechtsverletzung haftet, wenn er die ihm möglichen und zumutbaren Maßnahmen unterlässt, die Geschäftstätigkeit des Unternehmens so einzurichten und zu steuern, dass hierdurch keine technischen Schutzrechte Dritter verletzt werden.³⁰⁶ Für die Praxis ist die Thematik damit nach wie vor mit erheblichen Rechtsunsicherheiten behaftet. Es bleibt zu wünschen, dass der Große Senat für Zivilsachen in dieser Angelegenheit alsbald ein klärendes Wort spricht.³⁰⁷

bb) § 823 Abs. 2 BGB

Nach § 823 Abs. 2 Satz 1 BGB ist der Geschäftsleiter zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er gegen ein Gesetz verstößt, das den Schutz eines anderen bezweckt. Bei den §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG selbst handelt es sich nicht um Schutzgesetze zugunsten der Gläubiger oder sonstiger Dritter, da dies zu einem Gleichlauf von Binnen- und Außenhaftung führte, der den Grundsatz der Haftungskonzentration aushebelte.³⁰⁸ Haftungsrelevante deliktische Schutzgesetze bilden hingegen allen voran die Insolvenzantragspflicht (§ 15a Abs. 1 Satz 1 InsO) zugunsten der Gläubiger³⁰⁹ sowie das Verbot der Vorenthaltung von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 266a StGB) zugunsten der Sozialversicherungsträger³¹⁰.

cc) § 826 BGB

Für eine Haftung des Geschäftsleiters wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung liegen die Hürden in mehrerlei Hinsicht hoch. Neben dem Tatbestandsmerkmal der Sittenwidrigkeit wird auch der Beweis des Vorsatzes häufig Probleme bereiten.

Anwendungsbeispiele finden sich etwa im Bereich der Wirtschaftskriminalität. Einer Eigenhaftung nach § 826 BGB sieht sich der Geschäftsleiter etwa ausgesetzt, wenn er ein „Schwindelunternehmen“ betreibt, das sich nicht nennenswert unter-

und er ihn hätte unterbinden können, siehe BGH NJW 1987, 127, 129; BGH NJW 2005, 3716, 3718.

³⁰⁶ BGHZ 208, 182, 3. LS sowie 207 ff.

³⁰⁷ Ob für den X. Zivilsenat eine Vorlagepflicht nach § 132 Abs. 2 GVG bestanden hätte, ist fraglich; verneinend *Dregelies*, GRUR 2018, 8, 11.

³⁰⁸ Vgl. BGHZ 110, 342, 359 f.; BGHZ 125, 366, 375; BGHZ 194, 26, 34 f.; BGH NJW 1979, 1829; *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 648; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm, AktG, § 93 Rn. 207; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 467; *Wagner*, in: MünchKomm, BGB, § 823 Rn. 137.

³⁰⁹ BGH NJW 2012, 3510; BGH NJW 2014, 698, 699; siehe schon zur Vorgängervorschrift des § 64 Abs. 1 GmbHG a.F.: BGHZ 29, 100, 102; BGHZ 100, 19, 21; zu § 92 Abs. 2 AktG a.F.: BGHZ 75, 96, 106.

³¹⁰ BGHZ 133, 370, 374; BGHZ 134, 304, 307; BGHZ 144, 311, 313 f.

nehmerisch betätigt und einzig dazu dient mittels eines Schneeballsystems Geld am Kapitalmarkt einzuwerben.³¹¹ Ferner begründet § 826 BGB eine Eigenhaftung des Geschäftsleiters bei vorsätzlicher unrichtiger Kapitalmarktinformation.³¹²

c) Organhaftung (§ 31 BGB)

Von der Außenhaftung des Geschäftsleiters ist die Außenhaftung der Gesellschaft für Handlungen des Geschäftsleiters zu unterscheiden. Sie gründet sich in einer Analogie zur vereinsrechtlichen Norm des § 31 BGB, die seit der Rechtsprechung des Reichsgerichts unbestritten ist.³¹³ Danach ist die Gesellschaft für den Schaden verantwortlich, den ein verfassungsmäßig berufener Vertreter einem Dritten durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung zufügt. Die Norm soll einen Gleichklang zwischen Repräsentation und Haftungsverfassung der Gesellschaft herstellen. Dadurch soll eine Privilegierung der Gesellschaft gegenüber natürlichen Personen verhindert werden. Da die Gesellschaft als juristische Person erst aus der Vertretung durch ihre Organe die Handlungsfähigkeit erlangt, soll sie auch für die daraus entstehenden Nachteile aufkommen müssen. Dieser Kongruenzgedanke hat auch zum Hintergrund, dass die Gesellschaft häufig solventer ist als die für sie handelnden natürlichen Personen.³¹⁴

§ 31 BGB rechnet der Gesellschaft das Organhandeln als Eigenes zu: Der Pflichtverstoß des Geschäftsleiters gilt damit als Pflichtverstoß der Gesellschaft,³¹⁵ ohne dass für sie die Möglichkeit eines Entlastungsbeweises nach Art des § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB bestünde.³¹⁶ § 31 BGB selbst stellt keinen Haftungsgrund dar, sondern beschränkt sich darauf, die Haftung aus einem anderen Rechtsgrund der Gesellschaft zuzuweisen.³¹⁷ Dafür kommen sämtliche Anspruchsgrundlagen in Betracht, die eine Schadensersatzpflicht zur Rechtsfolge haben; neben deliktischen Ansprüchen insbesondere auch (vor-)vertragliche und Vertrauenshaftung.³¹⁸ Die zuzurechnende Handlung muss der Geschäftsleiter „in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen“ begangen haben. Dazu bedarf es eines engen objektiven

³¹¹ Siehe die beiden Parallelentscheidungen BGH ZIP 2015, 2169; BGH AG 2015, 820.

³¹² Siehe grundlegend das Infomatec III-Urteil BGH NJW 2004, 2668, 2669 ff.

³¹³ Vgl. RGZ 91, 72, 75 (GmbH); RG JW 1930, 2927 (AG).

³¹⁴ Vgl. zum Vorstehenden Motive I, S. 103; ferner *Hadding*, in: Soergel, BGB, § 31 Rn. 1; *Martinek*, Repräsentantenhaftung, S. 21 ff.

³¹⁵ *Hadding*, in: Soergel, BGB, § 31 Rn. 1; *Kort*, in: GroßKomm, AktG, § 76 Rn. 208; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 10 VI.1.b), S. 274.

³¹⁶ *Fleischer*, in: BeckOGK, § 78 AktG Rn. 64; *Kort*, in: GroßKomm, AktG, § 76 Rn. 207.

³¹⁷ BGHZ 99, 298, 302; *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, § 31 Rn. 2.

³¹⁸ *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, § 31 Rn. 2; *Kort*, in: GroßKomm, AktG, § 76 Rn. 208; *Leuschner*, in: MünchKomm, BGB, § 31 Rn. 20.

Zusammenhangs mit seiner Organtätigkeit; die bloße Begehung bei deren Gelegenheit genügt nicht.³¹⁹

Im Grundfall des § 31 BGB verwirklicht der Geschäftsleiter selbst alle Tatbestandsmerkmale der haftungsbegründenden Norm. Hier führt § 31 BGB zu einer Art gesetzlichen Schuldbeitritt der Gesellschaft: Die Norm erweitert die Haftung auf die Gesellschaft, ohne den Geschäftsleiter von einer Eigenhaftung zu befreien. Gegenüber dem geschädigten Dritten haften Gesellschaft und Geschäftsleiter gesamtschuldnerisch.³²⁰ In einem weiteren Anwendungsfall des § 31 BGB verpflichtet der Rechtsgrund hingegen allein die Gesellschaft. Da das Handeln oder Unterlassen des Geschäftsleiters ihr dabei als eigenes zugerechnet wird, kommt es zu einer Haftung der Gesellschaft, ohne dass daneben eine Eigenhaftung des Geschäftsleiters bestünde.³²¹

Die Doppelhaftung von Gesellschaft und Geschäftsleiter im Grundfall des § 31 BGB hat in den vergangenen Jahren vermehrt Kritik auf sich gezogen, da sie zu einer der Haftungskonzentration zuwiderlaufenden Gläubigerprivilegierung führe. Deshalb sei eine Auslegung vorzuziehen, der zufolge § 31 BGB eine originäre Verantwortlichkeit der Gesellschaft begründe, neben der eine Eigenhaftung des Geschäftsleiters nur ausnahmsweise Platz habe.³²²

II. Öffentliches Recht

Als öffentlich-rechtliche Sanktion kann der Geschäftsleiter vor allem mit einem Bußgeld belegt werden. In Spezialbereichen treten eine Außenhaftung sowie ein Abberufungsverlangen hinzu.

1. Bußgeld

Nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 OWiG ist ein Gesetz, nach dem besondere persönliche Merkmale die Möglichkeit der Ahndung begründen, auch auf das vertretungsberechtigte Organ anzuwenden, wenn diese Merkmale zwar nicht bei ihm, aber bei dem Vertretenen vorliegen. Die Vorschrift schafft eine ordnungswidrigkeitenrechtliche Organhaftung, indem sie es ermöglicht, den Geschäftsleiter persönlich für die

³¹⁹ BGHZ 49, 19, 23; *Hadding*, in: Soergel, BGB, § 31 Rn. 21; *Leuschner*, in: MünchKomm, BGB, § 31 Rn. 22.

³²⁰ So bereits RG JW 1924, 1155, 1156 f.; ferner *Hadding*, in: Soergel, BGB, § 31 Rn. 28; *Leuschner*, in: MünchKomm, BGB, § 31 Rn. 35; *Schirmer*, Das Körperschaftsdelikt, S. 14 f.; *Schwenicke*, in: Staudinger, BGB, § 31 Rn. 94.

³²¹ Grundlegend *Kleindiek*, Deliktshaftung und juristische Person, S. 478 ff.; zustimmend *Medicus*, ZGR 1998, 570, 576 f.; *Schirmer*, Das Körperschaftsdelikt, S. 27 ff.

³²² Vgl. zu der vorstehenden Kritik *Bachmann*, Gutachten 70. DJT, E 119 f.; eingehend *Schirmer*, Das Körperschaftsdelikt, S. 235 ff.; ferner *Grunst*, Der Geschäftsleiter im Deliktsrecht, S. 317 ff.

Verletzung einer Pflicht zu sanktionieren, deren Adressat im Außenverhältnis die Gesellschaft ist.³²³ Weiter bestehen eine Reihe bereichsspezifischer Bußgeldvorschriften, die sich an den Geschäftsleiter richten und vorrangig Anwendung finden.³²⁴

2. Außenhaftung

Nach §§ 34 Abs. 1 Satz 1, 69 Satz 1 AO haftet der Geschäftsleiter für Schulden der Gesellschaft, die infolge vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verletzung der ihm auferlegten Pflichten nicht oder nicht rechtzeitig festgesetzt oder erfüllt werden oder soweit infolgedessen Steuervergütungen oder -erstattungen ohne rechtlichen Grund gezahlt werden. Dabei handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Haftungsanspruch mit Schadensersatzcharakter, der eine Sonderverbindlichkeit gegenüber dem Fiskus begründet. Die Norm bezweckt den Ausgleich von Steuerausfällen, die der Geschäftsleiter schuldhaft und pflichtwidrig herbeigeführt hat.³²⁵

3. Abberufungsverlangen

Die öffentliche Hand ist nicht befugt, den Geschäftsleiter abzuernennen. Nach § 36 Abs. 1 Satz 1 KWG kann die BaFin jedoch die Gesellschaft im Außenverhältnis durch einen Verwaltungsakt zur Abberufung eines Geschäftsleiters verpflichten, wenn diese ein nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG erlaubnispflichtiges Bankgeschäft betreibt. Ein solches Abberufungsverlangen setzt voraus, dass Gründe vorliegen, die es nach § 35 Abs. 2 Nr. 3, 4 und 6 KWG rechtfertigen, die Erlaubnis aufzuheben, und für die der betroffene Geschäftsleiter die Verantwortung trägt.³²⁶

III. Strafrecht

Pflichtverletzungen des Geschäftsleiters können gelegentlich auch strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen. Wortgleich mit § 9 Abs. 1 Nr. 1 OWiG bildet § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB die Grundlage für die strafrechtliche Organhaftung. Besondere Relevanz bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Geschäftsleitern kommt der Untreue (§ 266 StGB) zu. Sowohl der Missbrauchs- (§ 266 Abs. 1 Var. 1 StGB) als auch der Treubruchtatbestand (§ 266 Abs. 1 Var. 2 StGB) setzen eine Pflichtwid-

³²³ Vgl. *Rogall*, in: KK, OWiG, § 9 Rn. 1; *Valerius*, in: BeckOK, OWiG, § 9 Rn. 1 f.; eingehend zum Bußgeldregime noch unter 2. Teil: B.I.1.

³²⁴ Siehe dazu *Rogall*, in: KK, OWiG, § 9 Rn. 22.

³²⁵ Vgl. BFHE 217, 233, 238 ff.; *Loose*, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, § 69 AO Rn. 1 f.

³²⁶ Zu Einzelheiten des Tatbestandes *R. Fischer/C. Müller*, in: Boos/R. Fischer/Schulte-Mattler, KWG/CRR-VO, § 36 KWG Rn. 9 ff.

rigkeit voraus, welche sich akzessorisch zum Zivilrecht bestimmt.³²⁷ Aus diesem Grund haben die Strafsenate des BGH die Diskussion um die Geschäftsleiterpflichten maßgeblich mitgeprägt.³²⁸ Sonstige Straftatbestände, die für den Geschäftsleiter von besonderer Bedeutung sind, stellen Korruptions- (§§ 299 ff. StGB) sowie Insolvenzdelikte (§§ 283 ff. StGB, § 15a Abs. 4, 5 InsO), Betrug (§ 263 StGB) und die Steuerhinterziehung (§ 370 AO) dar.

³²⁷ *Dierlamm*, in: MünchKomm, StGB, § 266 Rn. 137, 173; *Fischer*, StGB, § 266 Rn. 58 f.

³²⁸ Vgl. BGHSt 47, 187 (Schranken korporativer Freigiebigkeit); BGHSt 50, 331 (Vergabe kompensationsloser Anerkennungsprämien); BGHSt 55, 266 (Einrichtung „schwarzer Kassen“ zwecks Auslandsbestechung); BGH NJW 2017, 578 (angemessen Information als Voraussetzung der Business Judgement Rule).

2. Teil

Schaden bei der Geschäftsleiterhaftung

A. Schadensbegriff der Geschäftsleiterhaftung

Es rankt sich eine alte Kontroverse um die Frage, ob ein besonderer geschäftsleiterhaftungsspezifischer Schadensbegriff für die §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG gilt. Diesem lässt sich am besten nachgehen, indem man zunächst ergründet, auf welchem Schadensbegriff das Bürgerliche Recht im Allgemeinen fußt.

I. Schadensbegriff des Bürgerlichen Rechts

Anders als historische Kodifikationen¹ und Nachbarrechtsordnungen² definiert das deutsche Recht den Begriff des Schadens nicht legal.³ Die bürgerlich-rechtlichen Grundnormen der §§ 249 ff. BGB beschreiben lediglich auf hohem Abstraktionsniveau⁴ die Art seines Ersatzes und setzen ihn damit begrifflich bereits voraus. Es bleibt damit Rechtsprechung und Lehre überlassen, einen Schadensbegriff zu konstruieren und mit Leben zu füllen. Die daraus entspringende Debatte hat sich zu einem Ewigkeitsthema der Jurisprudenz entwickelt. Der Versuch, den Meinungsstand samt seiner historischen Entwicklung vollständig nachzuzeichnen,⁵ würde den Rahmen der Untersuchung sprengen. Die Darstellung beschränkt sich daher auf jene Konzepte, die die heutige Diskussion prägen.

¹ § 1 I 6 ALR: „Schade heißt jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen, in Absicht seines Körpers, seiner Freyheit, oder Ehre, oder seines Vermögens.“; § 336 Abs. 1 Satz 1 ZGB-DDR: „Schaden ist der materielle Nachteil, der dem Geschädigten durch die Pflichtverletzung eines anderen entsteht.“

² § 1293 Satz 1 ABGB: „Schade heißt jeder Nachtheil, welcher jemanden an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefüget worden ist.“

³ *Thüsing*, Wertende Schadensberechnung, S. 9.

⁴ *Wagner*, Gutachten 66. DJT, A 11; siehe auch *Vieweg/Lorz*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, I. Rn. 6: „Bemerkenswert ist, dass das Schadensersatzrecht bisher mit sechs prägnant formulierten Vorschriften (§§ 249–254 BGB) ausgekommen ist.“ [Hervorhebungen ausgelassen].

⁵ Vgl. dazu die Darstellungen bei *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 1, S. 29 ff.; *Magnus*, Schaden und Ersatz, S. 9 ff.; *Würthwein*, Schadensersatz, S. 224 ff.

1. Differenzhypothese

Im Mittelpunkt der Diskussion um den Schadensbegriff steht die sogenannte Differenzhypothese. Nach ihrer eingängigen Formulierung soll ein Schaden im Unterschied zweier Güterlagen bestehen: Dem Rechtsgüterstand des Geschädigten, wie er sich infolge der Verletzungshandlung realiter verhält, und dem Rechtsgüterstand, wie er hypothetisch ohne die Verletzungshandlung im selben Zeitpunkt bestünde.⁶ Geltungsanspruch und inhaltliche Reichweite dieser Aussage lassen sich am besten nachvollziehen, wenn man chronologisch ihre ideengeschichtliche Entwicklung verfolgt.

a) Ursprung

Die Differenzhypothese ist ein Kind der Pandektenwissenschaft. Sie entstammt der Interessenlehre Friedrich Mommsens, die dieser 1855 in seinem Werk „Zur Lehre von dem Interesse“ entwarf. Dem römischen Privatrecht zufolge konnte derjenige, dessen Sache beschädigt worden war, als Ersatzleistung sowohl den Wert der Sache als auch das *id quod interest* verlangen.⁷ Letzteren Ausdruck übersetzte Mommsen kurzerhand als „das Interesse“ und definierte es aufgrund einer Gesamtschau⁸ mehrerer Stellen der Digesten wie folgt:

„Unter dem Interesse in seiner technischen Bedeutung verstehen wir nämlich die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkte ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkt haben würde.“⁹

Drei Aspekte dieser Lehre verdienen eine Hervorhebung. Zunächst fällt auf, dass Mommsen das Interesse auf die Vermögenssphäre des Geschädigten beschränkt. Einzig solche Verletzungshandlungen, die sich auf das Vermögen auswirkten, berührten demnach das Interesse des Geschädigten.¹⁰ Allen anderen Rechtsfolgen der

⁶ Siehe etwa *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, Vorb. § 249 Rn. 10; *Larenz*, Schuldrecht I, § 29 I.a), S. 480; *Oetker*, in: MünchKomm, BGB, § 249 Rn. 18 f.; aus der Rechtsprechung BGHZ 27, 181, 183 f.; BGH NJW 2015, 1373, 1374.

⁷ Vgl. dazu *Mommsen*, Zur Lehre von dem Interesse, S. 59 ff.; ferner *Schieder*, Interesse und Sachwert, S. 9 ff.; *Schiemann*, in: Zimmermann/Knütel/Meincke, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S. 259, 262.

⁸ *Mommsen*, Zur Lehre von dem Interesse, S. 4: „Die Richtigkeit der aufgestellten Definition ergibt sich nicht so sehr aus einzelnen Aussprüchen der Quellen, als vielmehr aus dem gesammten Inhalt der auf das Interesse sich beziehenden Bestimmungen des römischen Rechts.“

⁹ *Mommsen*, Zur Lehre von dem Interesse, S. 3; ähnliche Interessendefinitionen kursierten in der Pandektenwissenschaft bereits zuvor, vgl. *Schiemann*, in: Zimmermann/Knütel/Meincke, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S. 259, 261 mit Hinweis auf *Höpfner* und *Puchta*.

¹⁰ *Mommsen*, Zur Lehre von dem Interesse, S. 11: „[...] so kann das Interesse nur aus solche Gegenständen bestehen, welche zu Vermögensobjekten sich eignen.“

Verletzungshandlung maß Mommsen hingegen den Charakter einer Privatstrafe bei.¹¹

Weiter lässt sich beobachten, dass sich das Interesse Mommsen zufolge nicht gegenständlich isoliert auf bestimmte Vermögensgüter beschränkte – etwa diejenigen, die unmittelbar durch die Verletzungshandlung berührt worden sind. Vielmehr stellte Mommsens Betrachtung auf die Entwicklung ab, die das gesamte Vermögen des Geschädigten infolge der Verletzungshandlung genommen hat.¹²

Zuletzt fällt die formale Herangehensweise Mommsens ins Auge. Ganz im Sinne der seinerzeit vorherrschenden Begriffsjurisprudenz hielt er sein Vorgehen frei von Wertungen und bedient sich lediglich einer Rechenoperation. Dabei bewertet er die hypothetische wie die reale Vermögenslage des Geschädigten zunächst in Geld und subtrahiert sodann die Letztere von Ersterer.¹³ Das so errechnete Interesse sollte einzig durch eine Geldleistung auszugleichen sein, worin der Ursprung der Interessenlehre im römischen Recht zum Ausdruck kommt, das lediglich die Zahlungsklage kannte (*omnis condemnatio pecuniaria*).¹⁴

b) Adaption

Die Interessenlehre Mommsens setzte sich zunächst in der Pandektenwissenschaft durch, wo sie insbesondere Bernhard Windscheid weitertrug.¹⁵ Philipp Heck taufte sie schließlich auf ihren heute geläufigen Namen der Differenzhypothese.¹⁶

aa) Bürgerliches Gesetzbuch

Nach § 249 Abs. 1 BGB hat, wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Wie auch die Differenzhypothese stellt das Gesetz damit einen Vergleich der realen Situation mit einer hypothetischen Bezugsgröße an.¹⁷ Deshalb

¹¹ Mommsen, Zur Lehre von dem Interesse, S. 5.

¹² Siehe Mommsen, Zur Lehre von dem Interesse, S. 11; aus der Sekundärliteratur dazu Hagen, Die Drittschadensliquidation, S. 152; Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 1 I., S. 28; Würthwein, Schadensersatz, S. 228 ff.

¹³ Vgl. Honsell, JuS 1973, 69 f.; Keuk, Vermögensschaden und Interesse, S. 17 ff.; Schiemann, FS Hagen, 1999, S. 27, 40 ff.

¹⁴ Vgl. Mommsen, Zur Lehre von dem Interesse, S. 11 ff.; siehe dazu auch Schieder, Interesse und Sachwert, S. 35 f.; Zimmermann, The Law of Obligations, Kap. 25 VI., S. 824 f.

¹⁵ Windscheid, Pandektenrecht II, 6. Aufl. 1887, § 257, S. 36: „Es soll der Unterschied ausgeglichen werden, welcher stattfindet zwischen der gegenwärtigen Vermögenslage einer Person und derjenigen Vermögenslage, in welcher diese Person sich befinden würde, wenn, was geschehen ist, nicht geschehen wäre, oder wenn geschehen wäre, was nicht geschehen ist.“

¹⁶ Heck, Schuldrecht, § 11 4., S. 37.

¹⁷ Hohloch, in: BMJ, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts I, S. 375, 396; Honsell, JuS 1973, 69, 70; Keuk, Vermögensschaden und Interesse, S. 16 ff.

liegt die Annahme nahe, dass die Differenzhypothese damit in Gesetzesform gegossen wurde.¹⁸ Jedoch weicht die Konzeption des BGB in mehrerlei Hinsicht erheblich von der Interessenlehre Mommsens ab.

Erstens stellt § 249 Abs. 1 nicht ausdrücklich auf den Vergleich von Vermögenslagen ab, sondern auf den Vergleich von Zuständen. Die Norm gibt damit nicht die erste zentrale Aussage der Differenzhypothese wieder, dass die Entwicklung des Gesamtvermögens des Geschädigten in den Blick zu nehmen ist. Mit dem Wortlaut des § 249 Abs. 1 („Zustand“) wäre es ebenso vereinbar, die Betrachtung auf das konkrete durch die Verletzungshandlung beeinträchtigte Vermögensgut zu beschränken.¹⁹ Mehr noch aber erschöpft sich der Schadensbegriff der §§ 249 ff. BGB nicht in Vermögensschäden. Dies verdeutlicht § 253 BGB, der unter bestimmten Voraussetzungen eine Geldentschädigung für Nichtvermögensschäden vorsieht. Der „Zustand“, auf den sich § 249 Abs. 1 BGB bezieht, kann also auch ein solcher sein, der die Vermögenssphäre des Geschädigten gar nicht berührt.²⁰

Zweitens waren nach der Interessenlehre Mommsens, die tatsächliche und hypothetische Vermögenslage in Geld zu bewerten und ihre Differenz in Geld auszugleichen. § 249 Abs. 1 stipuliert hingegen den Grundsatz der Naturalrestitution: Der Schädiger hat den Zustand, der ohne die Verletzungshandlung bestünde, in erster Linie nicht in Geld, sondern in Natur herzustellen. Den Geldersatz für den Schaden knüpft das Gesetz derweil an weitere Bedingungen.²¹

Eine dritte Abweichung zu Mommsens Interessenlehre nimmt das BGB in verdeckter Form vor: Mommsen sah mit der Definition des Interesses zugleich den Problemkomplex der Vorteilsausgleichung als abschließend bewältigt an. In den Vergleich mit dem Vermögen, wie es sich infolge der Verletzungshandlung entwickelt habe, seien auch alle durch sie bedingten günstigen Vermögensentwicklungen einzubeziehen. Erfahre der Geschädigte durch die Verletzungshandlung auch eine Vermögensmehrung, mindere diese stets seinen Ersatzanspruch.²² Die 1. Kommission erteilte einer derart holzschnittartigen Herangehensweise an das Rechtsproblem jedoch eine klare Absage.²³ Diese lässt sich auch indirekt dem Gesetzestext ent-

¹⁸ So etwa *Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht, S. 24 f.; v. *Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalität, S. 5 f.; *Vieweg/Lorz*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, I. Rn. 16; wohl auch *Ebert*, in: Erman, BGB, Vorb. § 249 Rn. 24.

¹⁹ *Honsell*, JuS 1973, 69, 70; *Keuk*, Vermögensschaden und Interesse, S. 16 ff.; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 1 I., S. 28; siehe auch BGHZ-GrSZ 98, 212, 217.

²⁰ *Jansen*, in: HKK-BGB, §§ 249 ff. Rn. 38; *Medicus*, FS Nobbe, 2009, S. 995, 997; *Wagner*, Gutachten 66. DJT, A 12.

²¹ *Medicus*, FS Nobbe, 2009, S. 995, 997; *Wagner*, Gutachten 66. DJT, A 12; *ders.*, in: E. Lorenz, Karlsruher Forum 2006, S. 5, 38 f.; siehe zum römisch-rechtlichen Kontext *Zimmermann*, The Law of Obligations, Kap. 25 VI., S. 824 f.; siehe zum Verhältnis von Naturalrestitution und Geldersatz I. Teil: C.I.I.a).

²² *Mommsen*, Zur Lehre von dem Interesse, S. 191 ff.

²³ Motive II, S. 19; siehe auch Fn. 982.

nehmen, der an anderer Stelle in bestimmten Fällen einen Ausschluss der Vorteilsausgleichung anordnet (siehe etwa § 843 Abs. 4 BGB). Die Vorteilsausgleichung sah der Gesetzgeber dementsprechend (wenn überhaupt) nicht abschließend als durch § 249 Abs. 1 BGB beantwortet an.²⁴

Die normative Konzeption der §§ 249 ff. BGB unterscheidet sich damit deutlich von der Differenzhypothese. In den Gesetzesmaterialien zum BGB fehlt gar jeder Bezug auf Mommsens Interessenlehre.²⁵ Seiner pandektistischen Prägung zum Trotz hat das BGB dieses Stück pandektistischen Gedankenguts nicht rezipiert.²⁶

bb) Lehre und Rechtsprechung

Obwohl sich der Gesetzgeber damit geweigert hatte, die Differenzhypothese anzuerkennen, behauptete sie sich in der Rechtspraxis. Schon kurz nach Einführung des BGB rekurrierte Hans Albrecht Fischer in seiner grundlegenden Monografie zum Schadensersatzrecht auf die altvertraute Rechtsfigur: Mit der Differenzhypothese sei sowohl das Entstehen als auch die Höhe eines Vermögensschadens festzustellen.²⁷ Zeitgenossen, die auf die Brüche des § 249 Abs. 1 BGB mit der Differenzhypothese hingewiesen hatten,²⁸ entgegnete Fischer, dass die Differenzhypothese durch den Gesetzeswortlaut zwar nicht vorgegeben, wohl aber mit ihm vereinbar sei. Die Gesamtvermögensbetrachtung erweise sich mangels tragfähiger Alternativen ohnehin als unentbehrlich. Auch mit dem Grundsatz der Naturalrestitution lasse sich die Differenzhypothese in Einklang bringen, wenn man ihren Aussagegehalt darauf beschränke, dass sie nur Eintritt und Höhe des Schadens bestimme, nicht aber die Art seines Ersatzes determiniere.²⁹

²⁴ J. Flume, in: BeckOK, BGB, § 249 Rn. 39; *Medicus*, FS Nobbe, 2009, S. 995, 997; *Zeuner*, AcP 163 (1963), 380, 385; siehe auch 3. Teil: A.I.1.a).

²⁵ Vgl. Motive II, S. 17 ff.; *Mugdan*, Materialien II, S. 1235. Fragwürdig ist daher die Behauptung, die Väter des BGB hätten die Differenzhypothese „vor Augen“ gehabt, so aber *Magnus*, Schaden und Ersatz, S. 9.

²⁶ *Honsell*, JuS 1973, 69, 70; siehe auch *Jansen*, in: HKK-BGB, §§ 249 ff. Rn. 38.

²⁷ H. A. Fischer, Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 21: „Dem Vermögen als Werteinheit entspricht das Interesse im Schadensersatzrecht. Es wird der Schaden durch eine Rechnungsoperation festgestellt, nämlich durch Vergleichung der gegenwärtigen infolge des schädigenden Ereignisses hervorgerufenen und einer gedachten, der ohne das Dazwischentreten des Schadensereignisses als vorhanden. Die etwaige Differenz dieser beiden Werte ergibt, ob überhaupt ein Schade entstanden und wie hoch sich derselbe belaufe.“; siehe auch *ders.*, FS Zitelmann, 1913, S. 1, 12.

²⁸ Siehe *Oertmann*, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, S. 6 ff.

²⁹ Vgl. H. A. Fischer, Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 23 ff.

Bald fand die Differenzhypothese auch in die Rechtsprechung des Reichsgerichts Eingang³⁰ und erfreute sich allgemeiner Akzeptanz in der Literatur³¹. Der BGH knüpfte an diese Tradition nahtlos an.³² Die Praxis zeigte sich damit bemerkenswert bereitwillig, Gedankengut der Pandektenwissenschaft in das Recht nach dem Inkrafttreten des BGB zu transferieren, obwohl der Gesetzgeber diesen Weg nicht vorgezeichnet hatte.³³

Mit dieser Adaption der Differenzhypothese ging auch ein konzeptioneller Wandel einher. Mommsen war noch davon ausgegangen, dass der Sachwert stets zu ersetzen sei. Das Interesse sollte den Kreis der zu ersetzenden Vermögensgüter lediglich erweitern und diente Mommsen insbesondere zur Bemessung von Folgeschäden. Mit der Rezeption nach Erlass des BGB wurde die Differenzhypothese derweil in den Status eines umfassenden Schadensbegriffs erhoben. Die Gesamtvermögensdifferenz wurde nunmehr nicht nur als eine unter mehreren Berechnungsarten des Schadens begriffen, sondern schlechterdings als seine Definition.³⁴

c) Durchbrechungen

Nach dem Import der Differenzhypothese in das Schadensrecht des BGB sah sich die Rechtsprechung wiederholt mit Problemstellungen aus der Rechtswirklichkeit konfrontiert, die sie auf Basis der Differenzhypothese allein nicht zufriedenstellend zu lösen vermochte. Dies hat sie zu einer Vielzahl von Einzelkorrekturen veranlasst, von denen nur vier prominente Beispiele genannt werden sollen.

aa) Hypothetischer Kausalverlauf

Zu Brüchen mit der Differenzhypothese gelangt die herrschende Meinung zunächst beim Umgang mit Reserveursachen – Fällen, in denen der Verletzungserfolg auch durch ein anderes Ereignis als die Verletzungshandlung eingetreten wäre. Die denkbaren Konstellationen sind so vielgestaltig wie das Leben: Die gestohlene Sache

³⁰ RGZ 91, 30, 33: „Dieser Schaden besteht in dem Unterschiede zwischen der Vermögenslage, in der der Käufer sein würde, wenn der Verkäufer richtig geliefert hätte, und der Vermögenslage, in die er durch die Nichterfüllung des Vertrags geraten ist.“

³¹ Heck, Schuldrecht, § 11 4., S. 37; Michaelis, in: RGRK, BGB, 6. Aufl. 1928, § 249 Anm. 1; Siber, in: Planck, BGB, 4. Aufl. 1914, § 249 Anm. 2; A. Werner, in: Staudinger, BGB, 9. Aufl. 1930, § 249 Anm. III.1.

³² BGHZ 11, 16, 26; BGHZ 27, 181, 183 f.; BGHZ 99, 182, 196.

³³ Siehe Honsell, JuS 1973, 69, 70: „Auch dort, wo das BGB pandektistisches Gedankengut ausnahmsweise einmal nicht rezipiert hat, bleibt es häufig weiterhin bestehen. Das könnte daran liegen, daß der Differenzbegriff eine unentbehrliche Denkfigur des Schadensersatzrechts ist. Es ist aber auch denkbar, daß er einfach unreflektiert übernommen wurde.“

³⁴ Referierend Jansen, in: HKK-BGB, §§ 249 ff. Rn. 105; Stoll, Begriff und Grenzen des Vermögensschadens, S. 16 f.; kritisch dazu bereits Neuner, AcP 131 (1931), 277, 278; ferner Keuk, Vermögensschaden und Interesse, S. 17 ff.

hätte andernfalls auf behördliche Anordnung hin vernichtet werden müssen;³⁵ die vom Mieter unterlassenen Schönheitsreparaturen wären wegen eines Umbaus der Mietsache wieder zerstört worden;³⁶ ob seines baufälligen Zustands wäre das beschädigte Gebäude ohnehin eingestürzt;³⁷ das Unternehmen, dessen Kredit geschädigt wurde, wäre aufgrund seiner schlechten wirtschaftlichen Lage auch sonst alsbald zahlungsunfähig geworden.³⁸

Eine konsequente Anwendung der Differenzhypothese geböte es, sämtliche Reserveursachen zu berücksichtigen, die sich im Zeitpunkt der Schadensberechnung bereits realisiert hätten. Mommsen wollte aus diesem Grund noch den gesamten Problemkomplex der hypothetischen Ersatzursachen mit einer schematischen Lösung bewältigen: Stehe fest, dass der Schaden auch durch eine Reserveursache eingetreten wäre, sei die Ersatzpflicht des Schädigers stets ausgeschlossen.³⁹

Rechtsprechung und Lehre haben dem nicht Folge geleistet. Das Reichsgericht ging gar davon aus, dass Reserveursachen grundsätzlich unbeachtlich seien, da sie den Ursachenzusammenhang zwischen Verletzungshandlung und -erfolg unberührt ließen.⁴⁰ Heute besteht hingegen Einigkeit, dass der Thematik nur mit einer differenzierteren Lösung auf Ebene der Schadenszurechnung gerecht zu werden ist.⁴¹ Die umfangreiche Diskussion zu hypothetischen Kausalverläufen konnte bislang keinen allgemeinen Maßstab hervorbringen, sondern mündete in einer schwer zu überblickenden Kasuistik.

Dabei bleiben hypothetische Ersatzursachen im Ergebnis vielfach außer Acht. Bereits das Gesetz erklärt sie gelegentlich für irrelevant. So haftet der Schuldner wegen der Leistung im Verzug nach § 287 Satz 2 Hs. 2 BGB nicht für Zufall, wenn der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde. Gleiches gilt nach § 848 Hs. 2 BGB für die Unfallhaftung desjenigen, der einem anderen eine Sache durch unerlaubte Handlung entzogen hat. Unstreitig lässt auch der Umstand, dass der Geschädigte eine ihm entzogene Sache ansonsten freiwillig verschenkt oder verbraucht hätte, die Ersatzpflicht des Schädigers unberührt.⁴² Ebenso sollen nach herrschender Meinung Reserveursachen bei unmittelbaren Objektschäden stets für

³⁵ OLG Celle NJW 1949, 585.

³⁶ OLG Köln MDR 1971, 665, 666.

³⁷ BGH MDR 1952, 214 f.

³⁸ BGH WM 1968, 1214.

³⁹ Siehe Mommsen, Zur Lehre von dem Interesse, S. 146 ff., insbesondere S. 148: „Dagegen kann der eingetretene Schaden nicht berücksichtigt werden, wenn es als gewiß vorliegt, daß er auch ohne die Dazwischenkunft der zum Ersatz verpflichtenden Thatsache eingetreten wäre.“

⁴⁰ RGZ 141, 365, 367 ff.; RGZ 144, 80, 82 ff.; RGZ 144, 348, 358; RGZ 169, 117, 120.

⁴¹ BGHZ 104, 355, 359; Esser/E. Schmidt, Schuldrecht I/2, § 33 IV., S. 229; Gebauer, Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund, S. 61 ff.; Grüneberg, in: Palandt, BGB, Vorb. § 249 Rn. 55; Lange, AcP 152 (1952/53), 153, 159 f.; Oetker, in: MünchKomm, BGB, § 249 Rn. 208.

⁴² Siehe lediglich Oetker, in: MünchKomm, BGB, § 249 Rn. 215; Würthwein, Schadensersatz, S. 403 f.

die Schadensberechnung irrelevant sein, es sei denn, dass der Schaden unabweisbar in der Sache selbst angelegt war. Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass der Geschädigte mit dem Zeitpunkt der Schädigung einen Ersatzanspruch gegen den Schädiger erwerbe, der durch spätere Entwicklungen am Schadensobjekt nicht berührt werde.⁴³

Es steht damit heute außer Streit, dass sich allein mit der Differenzhypothese nicht der gesamte Problemkreis der hypothetischen Kausalverläufe lösen lässt. Die Diskussion hat sich nunmehr auf die Frage verlagert, ob der Differenzhypothese in diesem Kontext überhaupt noch eine Bedeutung zukommt. Nach herrschender Auffassung soll sich aus der Differenzhypothese immerhin die Vermutung ergeben, dass Reserveursachen Beachtung finden. Die Differenzhypothese verteile insofern die Argumentationslast.⁴⁴ Auf Basis der Differenzhypothese lasse sich etwa schlüssig begründen, dass das hypothetische Ereignis den Schädiger dann nicht entlastet, wenn es zur Ersatzpflicht eines Dritten (etwa einer Versicherung) geführt hätte.⁴⁵ Eine Mindermeinung geht hingegen gar von einem umgekehrten Regel-Ausnahme-Verhältnis aus: Da den Geschädigten ab der Verletzungshandlung das Forderungsrisiko belaste, sei es sachgerecht dem Schädiger das Sachrisiko aufzubürden. Abweichend von der Differenzhypothese bedürfe es darum einer besonderen Rechtfertigung, Reserveursachen in die Schadensberechnung einzubeziehen.⁴⁶

bb) Vorhaltekosten

Auch die Rechtsprechung zur Ersatzfähigkeit von Vorhaltekosten kommt nicht ohne Friktionen mit der Differenzhypothese aus. Sie betrifft Sachverhalte, in denen der Geschädigte in Antizipation der Verletzungshandlung Aufwendungen getroffen hat, um den zu erwartenden Schaden gering zu halten.

Schon das Reichsgericht entschied, dass eine Schifffahrtsbehörde, die ein gesunkenes Schiff berge, auch für Verwaltungskosten Ersatz verlangen könne, die ihr

⁴³ BGHZ 29, 207, 215; BGH JZ 1960, 409, 410; BGHZ 125, 56, 62; in der Literatur insbesondere *Neuner*, AcP 131 (1931), 277, 311 f.; ferner *Ebert*, in: Erman, BGB, Vorb. § 249 Rn. 72; *Frank/W. Löffler*, JuS 1985, 689, 690; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, Vorb. § 249 Rn. 61; *Larenz*, NJW 1950, 487, 491; ablehnend v. *Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalität, S. 27; *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 212; *Lange*, AcP 152 (1952/53), 153, 162 ff.

⁴⁴ Vgl. v. *Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalität, S. 14; *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 210; *Esser/E. Schmidt*, Schuldrecht I/2, § 33 IV.1., S. 229 f.; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 4 IV., S. 184 ff.; *Würthwein*, Schadensersatz, S. 405 ff.

⁴⁵ So die allgemeine Meinung: BGH NJW 1958, 705; BGH NJW 1967, 551, 552; v. *Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalität, S. 21 f.; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, Vorb. § 249 Rn. 58; *Kahrs*, Kausalität und überholende Kausalität im Zivilrecht, S. 164 ff.; *Oetker*, in: MünchKomm, BGB, § 249 Rn. 214; *Schiemann*, in: Staudinger, BGB, § 249 Rn. 95.

⁴⁶ *Niederländer*, AcP 153 (1954), 41, 53 ff.

entstanden sind, um die für die Bergung erforderlichen Ressourcen bereit zu halten.⁴⁷ In der Nachkriegszeit befasste sich die Rechtsprechung vielfach mit Fällen, in denen Fahrzeuge des öffentlichen Personennahverkehrs bei Unfällen so stark beschädigt worden waren, dass sie einstweilen nicht mehr verkehrstauglich waren. Die Verkehrsbetriebe begehrten vom Schädiger Schadensersatz für die Kosten, die ihnen dadurch entstanden waren, dass sie für derartige Ausfälle Ersatzfahrzeuge vorhalten. Der BGH entschied zunächst, dass der Schädiger dann ersatzpflichtig sei, wenn die Ersatzfahrzeuge einzig zur Vorsorge gegen fremdverschuldete Schäden vorgehalten worden waren. Zwar handle es sich bei diesen Kosten *prima facie* um Aufwendungen, die nicht auf der konkreten Schädigungshandlung beruhten. Dieser Fall dürfe aber nicht anders behandelt werden, als der der Ersatzanmietung nach dem Schadensereignis. Die Ersatzanmietung beruhte auf der Verletzungshandlung und sei im Regelfall deutlich teurer als die Eigenvorsorge, weshalb es dem Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB) widerspräche, wenn der Schädiger mangels haftungsausfüllender Kausalität nicht auch für Vorhaltekosten ersatzpflichtig sei.⁴⁸ Noch großzügiger zeigte sich der BGH, als er später auch Vorhaltekosten für eine allgemeine Betriebsreserve für zu ersetzen befand, da es in der betrieblichen Praxis unwirtschaftlich sei, separate Ersatzfahrzeuge für fremdverschuldete Unfälle und sonstige Ausfälle bereitzuhalten.⁴⁹

Diese Judikatur hat manche Zustimmung⁵⁰ und viel Ablehnung erfahren. Den Hauptkritikpunkt bildet der Vorwurf, dass der BGH die haftungsausfüllende Kausalität nicht begründet, sondern ihr Fehlen bloß durch Billigkeitserwägungen überspielt habe. Auch wenn man das Ergebnis rechtspolitisch begrüßen möge, sei es mit schadensrechtlichen Grundprinzipien unvereinbar, Vorhaltekosten, die nicht auf der konkreten Verletzungshandlung beruhten, als ersatzfähigen Schaden zu begreifen.⁵¹ Jedenfalls lässt sich diese Rechtsprechung aber nicht mit der Differenzhypothese in Einklang bringen: Das Vermögen des Geschädigten wäre nämlich auch in dem Zustand mit Vorhaltekosten belastet, in dem es sich hypothetisch ohne die Verletzungshandlung befände. Auf Basis der Differenzhypothese können Vorhaltekosten darum keinen Schaden darstellen.

⁴⁷ RGZ 74, 362, 365.

⁴⁸ BGHZ 32, 280, 284 ff.; BGH NJW 1976, 286 f.

⁴⁹ BGHZ 70, 199, 200 f.; siehe auch aus jüngerer Zeit OLG Koblenz NJW-RR 2015, 85, 86.

⁵⁰ v. Bieberstein, FS Rheinstein II, 1969, S. 625, 634 ff.; Dunz, LM Nr. 48 zu § 249 (A) BGB; Grüneberg, in: Palandt, BGB, § 249 Rn. 62; Löwe, VersR 1963, 307, 311; Oetker, in: MünchKomm, BGB, § 249 Rn. 201; Thiele, FS Felgentraeger, 1969, S. 398, 404 ff.

⁵¹ Insbesondere *Niederländer*, JZ 1960, 617, 618 ff.; ferner *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel, BGB, § 249 Rn. 222; v. *Falkenhausen*, Vorhalte- und Vorsorgekosten, S. 25 ff.; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 6 VIII.4., S. 299 f.; *Littbarski*, BB 1980, 1448, 1450 f.; *Rother*, Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, S. 155 ff.; *Weis*, Schadensersatz bei Aufwendungen des Geschädigten vor dem Schadensereignis, S. 79 ff.

cc) Merkantiler Minderwert

Bei der Ersatzfähigkeit des sogenannten merkantilen Minderwertes stößt man ebenso an die Grenzen der Differenzhypothese. Als solchen bezeichnet man die Wertminderung, die an einer beschädigten Sache verbleibt, nachdem sie durch Reparatur wieder in einen technisch einwandfreien Zustand versetzt wurde. Für solch einen Minderwert kann es zwei Gründe geben: Erstens kann nach der Restitution der Verdacht verbleiben, die Sache sei noch mit versteckten Mängeln behaftet. So besteht etwa bei Gebäuden, die mit Hausschwamm befallen waren, auch nach fachgerechter Beseitigung die Gefahr eines Wiederbefalls.⁵² Zweitens bringt die Verkehrsauffassung Sachen, die einmal beschädigt waren, auch nach einer fachgerechten Reparatur ein gewisses Misstrauen entgegen, welches sich in der Regel in einem geringeren Kaufpreis niederschlägt. Das gilt im Besonderen für solche Kraftfahrzeuge, denen der Makel des Unfallwagens anhaftet.⁵³

Ursprünglich ging der BGH noch davon aus, dass sich ein konkreter Vermögensschaden in diesen Fällen erst mit der Veräußerung der beschädigten Sache beziffern ließe. Zuvor käme allenfalls eine Feststellungsklage hinsichtlich des Anspruchsgrundes in Betracht.⁵⁴ Von dieser Haltung rückte das Gericht später ab. Für die nach der Reparatur verbleibende Wertminderung könne der Geschädigte unmittelbar eine Geldentschädigung verlangen, ungeachtet dessen, ob er Dispositionen über die Sache treffe.⁵⁵ Diese Auffassung erfährt in der Rechtslehre großen Rückhalt.⁵⁶

Die Geldentschädigung für den merkantilen Minderwert scheint auf den ersten Blick nur einer konsequenten Anwendung der Differenzhypothese zu entsprechen: Sie gleicht die Wertdifferenz aus, die zwischen der Sache in unbeschädigtem und restauriertem Zustand nach der Reparatur verbleibt.⁵⁷ Nicht mehr ohne Weiteres lassen sich hingegen jene Fälle mit der Differenzhypothese bewältigen, in denen sich der Wert der Sache nach der Verletzungshandlung durch Abnutzung derart verringert hat, dass die Verkehrsauffassung keinen durch die Verletzungshandlung bedingten Preisabschlag mehr vornimmt. So verhält es sich beispielsweise bei einem Kraftfahrzeug, das nach der Reparatur so intensiv weitergenutzt wird, dass es hierdurch

⁵² Siehe dazu RGZ 85, 252, 253; BGH WM 1968, 1220, 1221.

⁵³ BGHZ 35, 396, 397; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 6 VI.1., S. 265.

⁵⁴ BGHZ 27, 181, 186 ff.

⁵⁵ BGHZ 35, 396, 397 ff.; seither ständige Rechtsprechung: BGH NJW 1967, 552; BGH NJW 1980, 281; BGH NJW-RR 1991, 1429; BGHZ 161, 151, 158 ff.

⁵⁶ *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel, BGB, § 249 Rn. 141 ff.; *Esser*, MDR 1958, 726, 727 f.; v. *Gerlach*, DAR 2003, 49, 51 ff.; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 251 Rn. 14 ff.; *Jahnke*, in: *Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke*, Straßenverkehrsrecht, § 249 BGB Rn. 111 ff.; *Hofmann*, Der merkantile Minderwert, S. 88 ff.; *Katzenstein*, in: Geigel, Haftpflichtprozess, Kap. 3 Rn. 103; *Oetker*, in: MünchKomm, BGB, § 249 Rn. 53 ff.; *Vuia*, NJW 2012, 3057; ablehnend aber *Schiemann*, in: Staudinger, BGB, § 251 Rn. 34.

⁵⁷ BGH NJW 1980, 281; *Esser*, MDR 1958, 726, 727.

zwei Drittel seines Wertes einbüßt, bevor der Schädiger Ersatz geleistet hat.⁵⁸ Die Rechtsprechung gewährt dem Geschädigten gleichwohl einen Geldersatz für den merkantilen Minderwert. Die Differenzhypothese sei hier dahingehend einzuschränken, dass es keiner Minderung des Gesamtvermögens des Geschädigten im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bedürfe, sondern es genüge, dass das einzelne Vermögensgut unmittelbar nach der Reparatur weniger wert war. Der Schädiger dürfe schließlich nicht dafür belohnt werden, dass er seine Schadensersatzleistung hinausgezögert habe.⁵⁹ Der BGH gibt die Differenzhypothese in diesem Fall damit zugunsten einer generalisierenden Betrachtung auf, die nicht auf die Entwicklung des Gesamtvermögens abstellt, sondern allein die konkrete Beeinträchtigung der Sache zur Schadensfeststellung genügen lässt.⁶⁰

dd) Abstrakte Schadensberechnung

Zuletzt lässt sich auch die dem Geschädigten gelegentlich gewährte Möglichkeit, seinen Schaden abstrakt zu berechnen, nicht mit der Differenzhypothese in Einklang bringen.

Eine abstrakte Schadensberechnung im engeren Sinne sieht davon ab, die konkreten Einbußen im Vermögen des Geschädigten zu ermitteln. Sie verwehrt dem Schädiger damit den Einwand, dem Geschädigten sei gar kein Schaden in der geltend gemachten Höhe entstanden.⁶¹ Vereinzelt ermöglicht dies das Gesetz. § 376 Abs. 2 HGB ordnet etwa für den Fixhandelskauf an, dass der Gläubiger im Wege des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung den Unterschied zwischen Kaufpreis und Börsen- oder Marktpreis verlangen kann. Soweit die Ware einen Börsen- oder Marktpreis hat, bleibt für eine konkrete Schadensberechnung unter Berücksichtigung eines Deckungsgeschäftes nur Raum, wenn dieses sofort nach dem Ablauf der bedungenen Leistungszeit oder Leistungsfrist bewirkt ist (§ 376 Abs. 3 Satz 1 HGB).

Im weiteren Sinne wird mit der abstrakten Schadensberechnung auch die widerlegliche Vermutung des § 252 Satz 2 BGB bezeichnet, der zufolge der Schaden im konkreten Einzelfall dem normalen Verlauf der Dinge entspricht.⁶² Aus diesem Grund gewährt die herrschende Meinung dem Gläubiger die abstrakte Schadensberechnung auf der Basis eines hypothetischen typisierten Deckungsgeschäftes stets, wenn es sich bei den Parteien um Gewerbetreibende und bei dem Vertragsgegenstand

⁵⁸ BGH NJW 1967, 552; Fahrleistung von 7.000 km im Zeitpunkt des Unfalls, nach der Reparatur weitere 70.000 km gefahren.

⁵⁹ BGH NJW 1967, 552, 553; gleich gesinnt bereits OLG München DAR 1965, 78; OLG Nürnberg VersR 1964, 835; OLG Köln NJW 1965, 109, 111; anders noch OLG Stuttgart VersR 1961, 912.

⁶⁰ *Diederichsen*, FS Klingmüller, 1974, S. 65, 76; *Lieb*, JZ 1971, 358, 359; *Stoll*, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, S. 420f.; vgl. ferner *Steindorff*, JZ 1967, 361, 362.

⁶¹ *Emmerich*, in: MünchKomm, BGB, Vorb. § 281 Rn. 24; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 6 XI.2., S. 353 f.

⁶² *Emmerich*, in: MünchKomm, BGB, Vorb. § 281 Rn. 24.

um eine marktgängige Ware oder Dienstleistung handelt. Sie begründet dies mit einer auf § 252 Satz 2 BGB gestützten Annahme, dass der Gläubiger bei ordnungsgemäßer Erfüllung den in seiner Branche üblichen Gewinn gemacht hätte.⁶³

ee) Zwischenfazit

Schon diese bei Weitem nicht erschöpfende Aufzählung illustriert, dass sich in der Rechtspraxis ein Schadensverständnis, das ausschließlich auf der Differenzhypothese fußt, nicht durchhalten lässt. Dabei begnügt man sich aber nicht bloß mit Randkorrekturen der Differenzhypothese, sondern relativiert jede ihrer Einzelaussagen.

Weder wird konsequent darauf abgestellt, wie sich die gesamte Vermögenslage des Geschädigten im Zeitpunkt der Schadensberechnung tatsächlich darstellt, noch, wie sie beschaffen wäre, wenn man sich die Verletzungshandlung wegdenkt. Ersteres demonstriert die Rechtsprechung, die einen merkantilen Minderwert selbst dann als Schaden ansieht, wenn er sich nicht mehr im Vermögen des Geschädigten niederschlägt. Ebenso zeigt sich dies an der abstrakten Schadensberechnung, die die konkreten Auswirkungen für das Vermögen des Geschädigten außer Acht lässt und den Schaden stattdessen typisierend bemisst. Zweites wird insbesondere dadurch verdeutlicht, dass Reserveursachen nicht durchweg beachtet werden. Ebenso wird aber auch ausgeblendet, dass Vorhaltekosten dem Geschädigten ohnehin entstanden wären.

Neben diesen beidseitigen Durchbrechungen der Differenzhypothese ist daran zu erinnern, dass sich mit ihr von vornherein nur Vermögensschäden erfassen lassen. Die dem BGB ebenfalls geläufige Kategorie des Nichtvermögensschadens lässt sich von ihr von vornherein nicht erfassen.

d) Kritik

Vor dem Hintergrund dieser Unzulänglichkeiten der Differenzhypothese und ihrer weitreichenden Einschränkungen überrascht es nicht, dass sie auch Grundsatzkritik erfährt.

Ein erster Kritikpunkt zweifelt ihre behauptete Fundierung im römischen Recht an. Mommsens sei bei seiner Lektüre der Digesten einem Missverständnis unterlegen. Die Formulierung *id quod interest* werde in den Digesten nicht einheitlich gebraucht. An keiner Stelle bezeichne sie aber eine Wertdifferenz. Am ehesten ließe sich die Bezeichnung mit „was daran liegt“ übersetzen, nicht aber mit „was da-

⁶³ Vgl. BGHZ 126, 305, 308; BGH NJW 1980, 1742, 1743; BGH NJW 1998, 2901, 2903; Emmerich, in: MünchKomm, BGB, Vorb. § 281 Rn. 27; Grüneberg, in: Palandt, BGB, § 281 Rn. 30; Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 6 XI.2., S. 353 f.

zwischen liegt“. Die Formulierung solle lediglich zum Ausdruck bringen, dass für die Ersatzleistung auf die individuellen Verhältnisse des Geschädigten abzustellen sei.⁶⁴

Gravierender ist der zweite Kritikpunkt. Er spricht der Differenzhypothese generell die Eignung ab, etwas zur Lösung schadensrechtlicher Probleme beizutragen. Es habe sich gezeigt, dass schon ihr Ausgangspunkt untauglich sei: Ein Schaden könne vielfach eben nicht durch Vergleich der realen und der hypothetischen Vermögenslage entwickelt werden. Wie die zahlreichen Abweichungen von diesem Diktum demonstrierten, lasse sich der Schaden nur durch eine wertende Betrachtung ermitteln.⁶⁵ Die Differenzhypothese sei als typisches Gebilde der Begriffsjurisprudenz jedoch wertungsfeindlich und stehe der erforderlichen wertenden Betrachtung mit ihrer formalen Herangehensweise im Weg.⁶⁶ Sie taue nicht einmal als widerlegliche Vermutung oder Auffangregel, da von ihr so häufig abgewichen werde, dass es mehr die Ausnahme als die Regel bilde, dass sie überhaupt einmal zur Anwendung gelange.⁶⁷

e) Modifikation

Die herrschende Meinung hält dennoch an der Differenzhypothese fest. Sie begründet dies damit, dass die Differenzhypothese durch ihre Praktikabilität überzeuge und sich mit dem Gesetz immerhin in Einklang bringen ließe, auch wenn sie nicht durch dieses vorgegeben sei.⁶⁸ Viele der notwendig gewordenen Durchbrechungen seien Erfahrungslücken in der Konzeption Mommsens geschuldet.⁶⁹ Nichtsdestoweniger enthalte die Differenzhypothese einen wertvollen Aussagekern, der sich nach wie vor als fruchtbar für die Rechtsfindung erweise. So lasse sich ihr etwa das schadensrechtliche Prinzip der Totalreparation⁷⁰ entnehmen: Die Ersatzpflicht des Schädigers sei der Differenzhypothese zufolge nicht gegenständlich auf bestimmte Güter des Geschädigten beschränkt. Vielmehr habe der Schädiger den ganzen Güterbestand des Geschädigten wiederherzustellen, da ein Gesamtvermögensvergleich

⁶⁴ *Hagen*, Die Drittschadensliquidation, S. 151 ff.; *Honsell*, JuS 1973, 69, 71 f.; *ders.*, FS 50 Jahre SGHVR, 2010, S. 255, 258 f.; *Zimmermann*, The Law of Obligations, Kap. 25 VI.3., S. 826 f.; siehe auch *Keuk*, Vermögensschaden und Interesse, S. 52 ff. *Medicus*, Id quod interest, S. 299 ff. gelangt nach ausführlicher Analyse der Digesten hingegen zu der Schlussfolgerung, dass zumindest an einigen Stellen eine Wertdifferenz gemeint sei.

⁶⁵ *Grunsky*, in: MünchKomm, BGB, 3. Aufl. 1994, Vorb. § 249 Rn. 7.; siehe ferner *J. Flume*, in: BeckOK, BGB, § 249 Rn. 42; *Hagen*, Die Drittschadensliquidation, S. 154 ff; *Schilcher*, Theorie der sozialen Schadensverteilung, S. 31 ff.

⁶⁶ *Honsell*, JuS 1973, 69, 71 f.

⁶⁷ *Grunsky*, in: MünchKomm, BGB, 3. Aufl. 1994, Vorb. § 249 Rn. 7.

⁶⁸ Vgl. *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 1 I. S. 27 f.; *Medicus*, FS Nobbe, 2009, S. 995, 1004; *Stoll*, Begriff und Grenzen des Vermögensschadens, S. 15 ff. (auch mit rechtsvergleichenden Hinweisen); *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, S. 59.

⁶⁹ *Schiemann*, in: Zimmermann/Knütel/Meincke, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S. 259, 263 ff.

⁷⁰ Siehe dazu bereits 1. Teil: C.I.1.b)aa).

anzustellen sei.⁷¹ Ferner bringe die Differenzhypothese zutreffend zum Ausdruck, dass sich der Schaden subjektbezogen bemesse. Demzufolge seien bei der Schadensermittlung die Auswirkungen auf die Zusammensetzung des Gesamtvermögens des individuellen Geschädigten zu berücksichtigen.⁷² Die Differenzhypothese lasse sich deshalb eher als Absage an andere Formen der Schadensberechnung verstehen, als ein Konzept, das den Anspruch erhebt, allein alle Probleme des Schadensrechts abschließend bewältigen zu können.⁷³

Mit der Entkoppelung der Differenzhypothese vom römischen Recht war es aber erforderlich geworden, sie unter gewandelten teleologischen Vorzeichen zu begreifen.⁷⁴ Den Durchbrechungen und daraus resultierenden Einwänden begegnen Rechtsprechung und herrschende Lehre, indem sie den Aussagegehalt der Differenzhypothese abwandeln. Die Differenzhypothese bilde lediglich den Ausgangspunkt der Schadensbetrachtung. Es handle sich bei ihr um eine wertneutrale Rechenoperation, die ein bloßes Hilfsmittel darstelle. Sie dürfe nicht dazu dienen, die im Schadensrecht erforderlichen Wertungsaufgaben zu vermeiden.⁷⁵

Die rechnerische Schadensermittlung nach der Differenzhypothese wird darum sowohl auf vor- als auch nachgelagerter Ebene durch Wertungen durchbrochen: Bevor der Rechtsanwender überhaupt zur Vergleichsrechnung schreite, hat er auf einer ersten Stufe zunächst die in die Vergleichsrechnung einzustellenden Positionen wertend zu ermitteln.⁷⁶ In diesem Sinne lebt die Differenzhypothese von Voraussetzungen, die sie selbst nicht garantieren kann.⁷⁷ Sie gebietet es, zwei Größen miteinander zu vergleichen, enthält sich aber einer Aussage darüber, wie sich diese beiden Vergleichsgrößen zusammensetzen.⁷⁸ Auf einer zweiten Stufe hat sich das auf der Basis der Vergleichsrechnung ermittelte Ergebnis sodann einer normativen Kontrolle zu unterziehen. Diese orientiert sich einerseits am Schutzzweck der Haftungsgrundlage, andererseits an den Funktionen und Zielen des Schadensersatzrechts.⁷⁹

⁷¹ *Medicus*, FS Nobbe, 2009, S. 995, 1004 ff.; *Schiemann*, in: Staudinger, BGB, § 249 Rn. 7; *Stoll*, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, S. 295.

⁷² Vgl. BGHZ-GrSZ 98, 212, 217; BGH NJW-RR 2015, 275, 276.

⁷³ *Medicus*, FS Nobbe, 2009, S. 995, 1007 f.

⁷⁴ *Jansen*, in: HKK-BGB, §§ 249 ff. Rn. 105.

⁷⁵ BGHZ-GrSZ 98, 212, 217; BGHZ 198, 50, 57; BGH NJW-RR 2015, 275, 276.; BAGE 93, 179, 188; *Schiemann*, in: Staudinger, BGB, § 249 Rn. 7. *Thüsing*, Wertende Schadensberechnung, S. 21 spricht diesbezüglich von einem wertneutralen Gerüst.

⁷⁶ BGHZ-GrSZ 98, 212, 217; BGHZ 124, 128, 142 f.; BGH NJW 1998, 302, 304; BAGE 93, 179, 188.

⁷⁷ Frei nach *Böckenförde*, Staat, Gesellschaft, Freiheit, S. 60.

⁷⁸ Treffend *Hagen*, Die Drittschadensliquidation, S. 160 f.: „Die Differenztheorie [...] setzt voraus, daß schon aufgrund anderer Erkenntnisquellen feststeht, auf welche Posten die Differenzrechnung zu erstrecken ist; nicht etwa bestimmt sie diese Posten selbst.“; siehe auch *Thiele*, AcP 167 (1967), 193, 195.

⁷⁹ BGHZ 161, 361, 367; BGHZ 163, 223, 226; BGH NJW 1998, 302, 304.

Diese Verknüpfung der rechnerischen Herangehensweise der Differenzhypothese mit normativen Elementen bezeichnet man verbreitet auch als dualistischen Schadensbegriff.⁸⁰ Mit ihm ist die Interpretation der Differenzhypothese einmal mehr erheblich abgewandelt worden. War sie mit dem Transfer in das BGB noch kurzerhand als die Definition des Schadens verstanden worden,⁸¹ enthält sie sich nach neuerem Verständnis weitgehend einer positiven Aussage darüber, was einen Schaden ausmacht. Im Mittelpunkt steht nun vielmehr ihr methodischer Gehalt: Sie dient dazu, den Schaden zu bemessen, soll ihn aber nicht definieren.⁸² Ferner verteilt sie die Begründungslast.⁸³ Möchte der Rechtsanwender das rechnerisch ermittelte Ergebnis auf der nachgelagerten Ebene einmal hinter Wertungen zurücktreten lassen, so ist ihm abzuverlangen, diese Wertungen offenzulegen und zu begründen, weshalb sie die rechnerische Schadensermittlung überlagern.

2. Natürlicher Schadensbegriff

Nach einer in der Literatur verbreiteten Auffassung wird die Differenzhypothese durch einen „natürlichen Schadensbegriff“ komplementiert, den das BGB unausgesprochen voraussetze.

a) Aussagegehalt

Der natürliche Schadensbegriff geht zwar nicht notwendig aus der Differenzhypothese hervor, ist aber historisch eng mit ihr verbunden.⁸⁴ Auch der natürliche Schadensbegriff lässt sich zu Wurzeln im gemeinen Recht zurückverfolgen⁸⁵ und auch ihn importierte Hans Albrecht Fischer mit seiner grundlegenden Monografie nach dem Erlass des BGB in das Bürgerliche Recht. Dort postulierte er, dass sich der Schadensbegriff aus dem allgemeinen Sprachverständnis ergebe. Schaden sei demzufolge die Einbuße, welche das Rechtssubjekt durch die Verletzung seiner Rechtsgüter erfahre.⁸⁶ Diese Formulierung wurde in der Literatur verschiedentlich übernommen.⁸⁷ Eine andere häufig zu lesende Formulierung des natürlichen Scha-

⁸⁰ Begriffsprägend *Heinrichs*, in: Palandt, BGB, 36. Aufl. 1977, Vorb. § 249 Anm. 2)c); siehe auch *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 44; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, Vorb. § 249 Rn. 14; *Oetker*, in: MünchKomm, BGB, § 249 Rn. 22; *Wilk*, Die Erkenntnis des Schadens und seines Ersatzes, S. 32 f.

⁸¹ Siehe 2. Teil: A.I.1.b)bb).

⁸² *Stoll*, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, S. 294; vgl. ferner *Oetker*, in: MünchKomm, BGB, § 249 Rn. 21 f.

⁸³ Vgl. *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 44.

⁸⁴ *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 1 I., S. 27.

⁸⁵ Vgl. Paul. D. 50, 17, 24: „Quantenus cuius intersit, in facto, non in iure consistit.“

⁸⁶ *H. A. Fischer*, Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 1.

⁸⁷ *Früh Siber*, in: Planck, BGB, 4. Aufl. 1914, § 249 Anm. 2; ferner *Larenz*, Schuldrecht I, § 27 II.a), S. 426; in der aktuellen Literatur *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, Vorb. § 249 Rn. 9.

densbegriffs lautet, Schaden sei jeder Nachteil, der an Rechtsgütern erlitten werde.⁸⁸ Als weitere Synonyme zu Einbuße finden sich die Ausdrücke „Beeinträchtigung“⁸⁹, „ungünstige Veränderung“⁹⁰ oder „Vernichtung oder Minderung“⁹¹. Diese Umschreibungen weisen eine bemerkenswerte Ähnlichkeit zu den eingangs erwähnten Legaldefinitionen historischer Kodifikationen und Nachbarrechtsordnungen auf.⁹²

Der natürliche Schadensbegriff soll sich aus einem vorrechtlichen Verständnis speisen. Was ein Schaden ist, leite sich demzufolge nicht aus Rechtsquellen ab, sondern aus dem alltäglichen Sprachgebrauch⁹³ oder der Verkehrsanschauung⁹⁴. „Schaden“ sei deshalb gar kein Rechts-, sondern ein ontologischer Begriff, da er sinnlich wahrgenommen und mit wissenschaftlichen Methoden bewiesen werden könne. Der Rechtsanwender habe das in der Natur vorgefundene Phänomen des Schadens hinzunehmen und sich einer eigenen Wertung zu enthalten.⁹⁵

Funktional ergänzt der natürliche Schadensbegriff die Differenzhypothese. Einerseits untermauert er die Differenzhypothese mit einer Schadensdefinition, die sich mit ihrem rechnerischen Vorgehen bei der Bestimmung des Vermögensschadens vereinbaren lässt.⁹⁶ Andererseits erstreckt er sich auch auf den Nichtvermögensschaden, welcher der Differenzhypothese nicht zugänglich ist.⁹⁷

b) Kritik

Gegen den natürlichen Schadensbegriff ist dreierlei zu erinnern:

Erstens ist er rechtstheoretisch auf Sand gebaut. Es mag zwar ein allgemeinsprachliches Verständnis davon geben, worum es sich bei einem „Schaden“ handelt, doch sind die Vertreter des natürlichen Schadensbegriffs eine Begründung dafür schuldig geblieben, woraus sich dessen rechtliche Verbindlichkeit ergibt. Rechtsquellen bedienen sich vielfach Alltagssprachlicher Begriffe, die gleichwohl norm-spezifisch interpretiert werden. Auch der Schaden bildet mit seiner Verwendung in

⁸⁸ Heck, Schuldrecht, § 11 4., S. 37; ferner Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 781; Enneccerus/Lehmann, Schuldrecht, § 14, S. 55; Wolf, Schuldrecht AT, § 4 G.I.a)1., S. 173.

⁸⁹ Neuner, AcP 131 (1931), 277.

⁹⁰ Michaelis, in: RGRK, BGB, 6. Aufl. 1928, Vorb. § 249 Anm. 1.

⁹¹ A. Werner, in: Staudinger, BGB, 9. Aufl. 1930, Vorb. § 249 Anm. I.

⁹² Siehe 2. Teil Fn. 1.

⁹³ Heck, Schuldrecht, § 11 4., S. 37: „Die Antwort scheint dadurch erleichtert zu sein, daß der Begriff des Schadens schon dem Alltagsleben angehört, also jedem geläufig ist.“

⁹⁴ Roussos, Schaden und Folgeschaden, S. 104.

⁹⁵ Siehe insbesondere Wolf, Schuldrecht AT, § 4 G.II.a)2., S. 174 f.; ders., FS Schiedermair, 1976, S. 545, 573 f.; ferner Magnus, Schaden und Ersatz, S. 10.

⁹⁶ Vgl. Hohloch, in: BMJ, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts I, S. 375, 395; Magnus, Schaden und Ersatz, S. 10.

⁹⁷ Grüneberg, in: Palandt, BGB, Vorb. § 249 Rn. 9; vgl. auch bereits H. A. Fischer, Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 3 f.

den §§ 249 ff. BGB einen Funktionsbegriff der Rechtsordnung.⁹⁸ Zwar handelt es sich bei ihm um ein deskriptives Tatbestandsmerkmal, da er einen äußerlich wahrnehmbaren Vorgang beschreibt, doch wohnt ihm – wie jedem deskriptiven Tatbestandsmerkmal – zugleich ein normativer Gehalt inne: Er steht in einem rechtlichen Kontext und ist in diesem zu interpretieren.⁹⁹ Gerade das Tatbestandsmerkmal des Schadens hat sich dabei als in besonderem Maße wertungsabhängig erwiesen, da bei seiner Anwendung eine Vielzahl rechtlicher Wertungen und Prinzipien zu berücksichtigen sind.¹⁰⁰ Viele Rechtsfragen des Schadens ließen sich „wertungsfrei“, einzig auf dem Boden des allgemeinen Sprachverständnisses oder gar mit naturwissenschaftlichen Methoden, nicht beantworten.¹⁰¹ Exemplarisch dafür sei an die Kontroverse erinnert, ob die Unterhaltspflicht für ein ungewolltes Kind einen ersatzfähigen Schaden darstellt.¹⁰² Es leuchtet daher nicht ein, dass sich der Schadensbegriff einem spezifischen rechtlichen Verständnis entziehen soll.

Zweitens ist den Vertretern des natürlichen Schadensbegriffs zu attestieren, dass sie ihr vorgeblich natürliches Schadensverständnis nicht konsequent umzusetzen vermögen. Schon die für den natürlichen Schadensbegriff gewählten Umschreibungen selbst knüpfen nicht an ein Naturphänomen an, sondern bedienen sich durchweg wertender Begriffe: Weder „Einbuße“ noch „Nachteil“ bezeichnen Ereignisse, die sich mit naturwissenschaftlichen Methoden beobachten ließen. Vielmehr handelt es sich bei beiden um ein (negatives) Werturteil. Wie selbst Verfechter des natürlichen Schadensbegriffs eingestehen müssen, setzt ein solches aber notwendigerweise einen rechtsethischen Maßstab voraus. Erst anhand dessen lässt sich nämlich entscheiden, ob eine bestimmte Veränderung in der Außenwelt ein „Nachteil“ ist.¹⁰³ Der „natürliche“ Schadensbegriff ist damit in Wirklichkeit gar kein natürlicher, sondern ein normativer: Er bedient sich fort weg Wertungen der Rechtsordnung,¹⁰⁴ obwohl er dies zu leugnen versucht.

Drittens ist der natürliche Schadensbegriff für die Zwecke der Rechtsanwendung untauglich. Die für ihn gelieferten Umschreibungen tragen zur Konkretisierung des Schadensbegriffs nichts bei. Sie verlagern das Definitionsproblem lediglich vom

⁹⁸ Esser/E. Schmidt, Schuldrecht I/2, § 31 I.1., S. 168 f.

⁹⁹ Vgl. Kramer, Juristische Methodenlehre, S. 76, der gerade den „Schaden“ als Beispiel eines bloß scheinbar deskriptiven Tatbestandsmerkmals aufführt, das in Wirklichkeit normativ sei; siehe allgemein zum normativen Kern deskriptiver Tatbestandsmerkmale auch Möllers, Juristische Methodenlehre, § 4 Rn. 58.

¹⁰⁰ Vgl. Esser/E. Schmidt, Schuldrecht I/2, § 31 I.1., S. 168 f.; Oetker, in: MünchKomm, BGB, § 249 Rn. 17; Schiemann, NZV 1996, 1, 2; Würthwein, Schadensersatz, S. 234; konzedierend Larenz, Schuldrecht I, § 27 II.a), S. 426 f.

¹⁰¹ Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 1 III.1., S. 39.

¹⁰² Nachweise zur Diskussion bei Wagner, in: MünchKomm, BGB, § 823 Rn. 225 ff.

¹⁰³ Siehe Larenz, Schuldrecht I, § 27 II.a), S. 426.

¹⁰⁴ Würthwein, Schadensersatz, S. 234 f.

Begriff des „Schadens“ auf gleichsam unbestimmte Begriffe wie „Nachteil“ oder „Einbuße“.¹⁰⁵

3. Normativer Schadensbegriff

In Rechtsprechung und Schrifttum findet sich vielfach auch die Aussage wieder, es gelte ein normativer Schadensbegriff.¹⁰⁶

a) Aussagegehalt

Die Rechtsprechung bemüht den Ausdruck des normativen Schadens in einer Reihe verschiedener Zusammenhänge, die auf den ersten Blick wenig miteinander zu tun haben. Sie hat sich dabei konsequent einer Aussage darüber enthalten, was abstrakt darunter zu verstehen ist. Der Aussagegehalt des Begriffs „normativer Schaden“ lässt sich am besten erfassen, wenn man ihn als Durchbrechung konkurrierender schadensrechtlicher Konzeptionen in unterschiedlichen Zusammenhängen begreift.¹⁰⁷

aa) Gegensatz zum natürlichen Schadensbegriff

In erster Linie stellt der normative Schadensbegriff eine Absage an den natürlichen Schadensbegriff dar.¹⁰⁸ In dieser Funktion soll er betonen, dass die Schadensfeststellung eine wertende Entscheidung darüber erfordert, welche Rechtsgüter das Haftungsrecht überhaupt schützt.¹⁰⁹ Er bringt damit zum Ausdruck, dass der Schadensbegriff durch Wertungen der Rechtsordnung geprägt wird, insbesondere durch den Zweck der zum Ersatz verpflichtenden Normen sowie der Haftungsfunktionen.¹¹⁰

In dieser Form tritt der normative Schaden etwa bei einer Rechtsprechungslinie zur Haftung von Rechtsanwälten und Steuerberatern in Erscheinung. Der normative Schaden soll hier dazu führen, dass der Mandant aufgrund einer Pflichtverletzung seines Beraters im Regressprozess nichts von diesem verlangen kann, das ihm nach materiellem Recht nicht zusteht: Wer den Ausgangsrechtsstreit bei pflichtgemäßen

¹⁰⁵ Vgl. *Schiemann*, in: Staudinger, BGB, Vorb. § 249 Rn. 41.

¹⁰⁶ Begriffsprägend *Selb*, Schadensbegriff und Regreßmethoden, S. 11; später aber kritisch *ders.*, AcP 173 (1973), 366: „Normativ‘ sagt alles und nichts.“

¹⁰⁷ Zu der folgenden Einteilung *Medicus*, JuS 1979, 233, 235 ff.

¹⁰⁸ *Medicus*, JuS 1979, 233, 237.

¹⁰⁹ *Baur*, FS L. Raiser, 1974, S. 119, 127 f.

¹¹⁰ Vgl. erstmals *Neuner*, AcP 131 (1931), 277, 291 ff.; ferner *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 784 ff.; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, Vorb. § 249 Rn. 13; *Hagen*, FS Hauß, 1978, S. 83, 99 ff.; für eine Kombination von natürlichem und normativem Schadensbegriff *Larenz*, Schuldrecht I, § 27 II. a), S. 426 ff.

Verhalten des Prozessvertreters zwar tatsächlich gewonnen hätte, bei richtiger Anwendung des materiellen Rechts aber hätte verlieren müssen, soll ebenso wenig einen Schaden erleiden, wie derjenigen, dessen Steuerschuld bei pflichtgemäßem Verhalten des Beraters nicht vollstreckt worden wäre.¹¹¹

bb) Gegensatz zur Differenzhypothese

Zweitens wird der normative Schadensbegriff in Stellung gebracht, um die Frage zu klären, ob ein Schaden auch dann existiert, wenn eine konkrete Vermögenseinbuße nicht festzustellen ist.¹¹² In diesem Zusammenhang stellt er eine Abweichung von der rechnerischen Schadensbestimmung nach der Differenzhypothese dar.¹¹³

Anders als in der vorgenannten Kategorie besteht die Funktion des normativen Schadens hier nicht darin, einen Schaden zu negieren, sondern ihn zu konstruieren, obwohl er sich auf Grundlage der Differenzhypothese nicht ermitteln ließe. So will der BGH im bloßen Verlust der Arbeitskraft auch dann einen normativen Schaden erblicken, wenn der Geschädigte gar nicht erwerbstätig ist.¹¹⁴ Ebenso bediente sich der BGH des normativen Schadensbegriffs in einem Fall, in dem ein durch die Verletzungshandlung arbeitsunfähig gewordener Arbeitnehmer seinen Schadenersatzanspruch an seinen Arbeitgeber abtrat: Der Arbeitgeber könne über den zedierten Anspruch aufgrund eines normativen Schadens das vollständige Bruttogehalt zuzüglich der Arbeitgeberbeiträge für die Sozialversicherung ersetzt verlangen.¹¹⁵ Ferner entstehe der öffentlichen Hand ein normativer Schaden, wenn sie an einen Unberechtigten ein Förderdarlehen vergebe, obwohl der Darlehensnehmer zur Rückzahlung imstande sei, da das Darlehen gleichwohl seinen sozialpolitischen Zweck verfehle.¹¹⁶

cc) Gegensatz zur Subjektbezogenheit

Drittens dient der normative Schaden in einigen Fällen auch als Legitimation dafür, einen Schaden für ersatzfähig zu erklären, obwohl er von dritter Seite aufgefangen wird.¹¹⁷ Diese Rolle füllt er in der Rechtsprechung etwa aus, wenn der Verlust der Arbeitskraft einen zu ersetzenden Schaden darstellen soll, obgleich der Geschädigte eine Lohnfortzahlung erhält.¹¹⁸ In diesen Konstellationen bildet er eine

¹¹¹ Vgl. BGH NJW-RR 2007, 569, 572; BGH NJW-RR 2008, 786, 787; BGH NJW 2018, 541, 543 ff.; BGH NJW 2018, 1613, 1614.

¹¹² Baur, FS L. Raiser, 1974, S. 119, 129; Hansen, MDR 1978, 361, 364.

¹¹³ Medicus, JuS 1979, 233, 235; siehe auch Hagen, FS Hauß, 1978, S. 83, 84 ff.

¹¹⁴ BGHZ-GrSZ 50, 304, 306; siehe auch BGHZ 51, 109, 110 f.; BGHZ 54, 45, 49; eingehend dazu Lieb, JZ 1971, 358.

¹¹⁵ BGHZ 43, 378, 381 f.

¹¹⁶ BGHZ 161, 361, 366 ff.; BGH NJW-RR 2015, 275, 276 ff.

¹¹⁷ Baur, FS L. Raiser, 1974, S. 119, 133 ff.

¹¹⁸ Siehe BAG AP HGB § 60 Nr. 5; vgl. dazu auch BGHZ 7, 30, 49 f.; BGHZ 21, 113.

Ausnahme vom Grundsatz der Subjektbezogenheit des Schadens, dem zufolge die Auswirkungen der Verletzungshandlung auf den individuellen Geschädigten für die Schadensbestimmung maßgeblich sind.¹¹⁹

b) Kritik

Der normative Schadensbegriff muss sich zunächst den Vorwurf der Trivialität gefallen lassen: Da es sich bei der Schadensfeststellung um einen Vorgang der Normanwendung handelt, ist ein jeder Schadensbegriff zwangsläufig normativer Natur.¹²⁰ Die Normanwendung verlangt aber danach, durch Auslegung eine subsumtionsfähige Definition zu ermitteln. Mit dem Hinweis auf einen normativen Schaden allein ist dies noch nicht getan. Dieser Ausdruck stellt nur klar, dass eine wertende Schadensbetrachtung vorgenommen wird. Er gibt aber keinen Aufschluss darüber, wie diese vorstattengeht¹²¹ und läuft damit Gefahr, die tragenden Wertungskriterien bloß zu verdecken.¹²²

Ferner bleibt unklar, worum es sich bei dem normativen Schadensbegriff eigentlich handelt. Der Blick in die Rechtsprechung demonstriert, dass der Begriff „normativer Schaden“ in der Praxis in ganz unterschiedlichen Kontexten verwendet wird, die kaum zusammenhängen. Dabei dient er dazu, gänzlich verschiedene Ergebnisse zu begründen. Dass damit erhebliche Unsicherheiten einhergehen, zeigt sich vor allem im Verhältnis zur Differenzhypothese und zur Subjektbezogenheit des Schadens. Der normative Schaden soll die Geltung beider nicht vollständig aufheben, sondern dient nur dazu, sie partiell zu durchbrechen. Auf die entscheidende Frage, wann Differenzhypothese und Subjektbezogenheit einmal zurücktreten müssen, liefert er aber keine Antwort. Er bleibt damit vieldeutig und weitgehend konturenlos.¹²³

Bei dem „normativen Schadensbegriff“ handelt es sich deshalb nicht einmal um einen Begriff im eigentlichen Sinne. Ein Begriff würde allgemeine Geltung beanspruchen, der normative Schaden hingegen gelangt nur sporadisch zu ihr. Ferner wären einem Begriff als Gebilde der formalen Logik jene wertende Einzelfallbetrachtung gerade fremd, die im normativen Schaden zum Ausdruck kommt.¹²⁴ Auch

¹¹⁹ Medicus, JuS 1979, 233, 235; siehe allgemein zur Subjektbezogenheit 2. Teil: A.I.1.e).

¹²⁰ Oetker, in: MünchKomm, BGB, § 249 Rn. 23; ferner Thüsing, Wertende Schadensberechnung, S. 12.

¹²¹ Hagen, FS Hauß, 1978, S. 83, 96: „Der normative Schadensbegriff impliziert lediglich die Ermächtigung zu wertender Beurteilung, nimmt deren Ergebnis aber nicht vorweg.“; ferner Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, S. 89.

¹²² Vgl. Baur, FS L. Raiser, 1974, S. 119, 126 ff.

¹²³ Vgl. Hohloch, in: BMJ, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts I, S. 375, 398 ff.; Oetker, in: MünchKomm, BGB, § 249 Rn. 23; Schiemann, in: Staudinger, BGB, Vorb. § 249 Rn. 38.

¹²⁴ Wolf, FS Schiedermaier, 1976, S. 545, 548 f.; ferner Hagen, FS Hauß, 1978, S. 83, 100; Wilk, Die Erkenntnis des Schadens und seines Ersatzes, S. 120 f.

die Rechtsprechung subsumiert nie unter einen Begriff des normativen Schadens.¹²⁵ Der „normative Schaden“ droht somit, zu einem bloßen Schlagwort zu verkümmern,¹²⁶ mit dem sich jedes beliebige Ergebnis begründen lässt.¹²⁷

Letztlich steht hinter dem Ausdruck des normativen Schadens die richtige Einsicht, dass sich ein Schaden nur in Abhängigkeit von rechtlichen Wertungen erfassen lässt. Unter ihm werden allerdings eine Fülle an verschiedenen Einzelproblemen zusammengefasst, ohne dass er dem Rechtsanwender ein Konzept an die Hand geben würde, die maßgeblichen rechtlichen Wertungen zu identifizieren und zu gewichten.

4. Verzicht auf einen einheitlichen Schadensbegriff

Vor dem Hintergrund dieses langwierigen und weitgehend fruchtlosen Diskurses besteht in der modernen Lehre Konsens darüber, dass ein einheitlicher Schadensbegriff nicht existiert. In Anbetracht der Vielgestaltigkeit der schadensrechtlichen Einzelprobleme gilt es als unmöglich, sie alle friktionslos und sachgerecht durch Subsumtion unter einen Schadensbegriff zu lösen.¹²⁸ Es wurde daher gar als „Jugendsünde“ bezeichnet, überhaupt je von einem Schadens„begriff“ gesprochen zu haben.¹²⁹

Dieser Einsicht kann man sich schwerlich widersetzen: Es lässt sich nicht erwarten, dass sich die Schadensprobleme der hypothetischen Kausalverläufe, der Vorhaltekosten, des merkantilen Minderwerts, des Verlusts der Arbeitskraft eines Nicht-Erwerbstätigen und der Zweckverfehlung eines Förderdarlehens alle mit einem einzigen ableitungsfähigen Schadensbegriff bewältigen lassen.

Eine Literaturmeinung schlägt darum vor, Probleme des Schadensrechts zu bewältigen, ohne dabei den Versuch zu unternehmen, den Schadensbegriff theoretisch zu durchdringen.¹³⁰ Schadensrechtliche Fragestellungen erfordern weniger eine formale Herangehensweise, als eine fallorientierte, in der das konkrete Probleme anhand normspezifischer Wertungen und allgemeiner Prinzipien gelöst wird – eine

¹²⁵ Vgl. *Mertens*, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, S. 88 f.

¹²⁶ *Schiemann*, FS Hagen, 1999, S. 27, 39 f.: „bloßes Schlagwort, das in höchst unterschiedlicher Weise eingesetzt wird und methodisch Münchhausen gleicht, der sich am eigenen Schopf aus dem Sumpf zieht.“; ferner *Keuk*, Vermögensschaden und Interesse, S. 41 ff.; *Oetker*, in: MünchKomm, BGB, § 249 Rn. 23.

¹²⁷ Vgl. *Brinker*, Die Dogmatik zum Vermögensschadensersatz, S. 213 f.; *Ekkenga/Kuntz*, in: *Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 43*; *Medicus*, JuS 1979, 233, 239; *Mertens*, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, S. 89; mahnend daher auch *Steffen*, NJW 1995, 2057, 2059.

¹²⁸ Vgl. *Ebert*, in: *Erman, BGB, Vorb. § 249 Rn. 14*; *Ekkenga/Kuntz*, in: *Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 73* (Schaden als der Konkretisierung bedürftiger Rahmenbegriff); *Magnus*, Schaden und Ersatz, S. 20 f.; *Oetker*, in: *MünchKomm, BGB, § 249 Rn. 22*; *Schiemann*, in: *Staudinger, BGB, Vorb. § 249 Rn. 42*; *Stoll*, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, S. 238 f.

¹²⁹ Bonmot von *Selb*, AcP 173 (1973), 366, 367.

¹³⁰ *Stoll*, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, S. 238.

Methode, die notwendigerweise in kasuistischen Differenzierungen mündet.¹³¹ In ironischer Anspielung auf den natürlichen und den normativen Schadensbegriff und wohl bewusst zirkelschlüssig formuliert ein Vertreter dieses Ansatzes, Schaden im Rechtssinn sei jeder Nachteil, der von der Rechtsordnung als Schaden gewertet werde.¹³² Eine zurückhaltendere Ansicht möchte den Schaden in mehrere gegensätzliche Begriffspaare gliedern, von denen jeder für einen Teilbereich des Schadensrechts zur Geltung kommen soll. Sie stellt etwa dem Vermögens- den Nichtvermögensschaden, dem realen den rechnerischen Schaden und dem natürlichen den normativen Schaden gegenüber.¹³³ Ein Verzicht auf jegliche Dogmatik zugunsten eines rein kasuistischen Schadensrechts soll jedoch mit beiden Ansätzen nicht einhergehen, da allgemeine schadensrechtliche Prinzipien, wie insbesondere der Ausgleichsgedanke, eine teleologische Klammerwirkung erzeugen.¹³⁴

5. Zwischenfazit

Einen allgemeinen Schadensbegriff, im Sinne eines formallogischen Gebildes, unter das sich subsumieren ließe, gibt es im Bürgerlichen Recht nicht. Das hat sich an den Mängeln der drei populären Ansätze gezeigt:

Die Differenzhypothese erhebt keinen universellen Anspruch. Sie klammert den Nichtvermögensschaden von vornherein aus und kann eine Vielzahl der Einzelprobleme des Schadensrechts nicht überzeugend bewältigen. Das macht es häufig erforderlich von ihr abzuweichen. Der natürliche Schadensbegriff verlagert die Definitionsprobleme lediglich auf andere Begriffe wie etwa „Nachteil“ oder „Einbuße“, ohne den Rechtsanwender damit einer Lösung näherzubringen. Im „normative Schadensbegriff“ versammeln sich gänzlich unterschiedliche Einzelfälle, ohne dass er einen abstrakten Maßstab für die Schadensbestimmung lieferte.

Da man sich deshalb nicht auf eine allgemeine Schadensdefinition zurückziehen kann, ist der Einzelfall durch normspezifische wie allgemein-schadensrechtliche Wertungen zu bewältigen. Für den Vermögensschaden bietet die modifizierte Differenzhypothese zumindest einen Ausgangspunkt. Ihr zufolge ist ein rechnerischer Vergleich zwischen der realen und der hypothetischen Vermögenslage, wie sie ohne die Verletzungshandlung bestünde, anzustellen. Dabei sind die Einzelposten der Vergleichsgrößen jedoch zunächst wertend zu bestimmen. Das rechnerisch ermittelte Ergebnis ist sodann einer normativen Kontrolle zu unterziehen. Diese kann in zwei Richtungen ausschlagen: Es kann sowohl geboten sein, einen rechnerisch ermittelten

¹³¹ Vgl. *Honsell*, JuS 1973, 69, 74 f.

¹³² *Stoll*, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, S. 238 f.

¹³³ Vgl. *Ebert*, in: Erman, BGB, Vorb. § 249 Rn. 14 ff.; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 1 III.3., S. 42 f.; *Medicus*, in: Staudinger, BGB, 12. Aufl. 1983, Vorb. § 249 Rn. 32 ff.

¹³⁴ *Jansen*, in: HKK-BGB, §§ 249 ff. Rn. 161; ferner *Schiemann*, in: Zimmermann/Knütel/Meincke, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S. 259, 260: keine „freie Entscheidungsbefugnis für freie Richter“.

Schaden zu negieren, als auch, einen Schaden anzunehmen, obwohl sich rechnerisch keiner ermitteln lässt. Für beides trägt der Rechtsanwender allerdings die Begründungslast.

Insgesamt zeigt sich das Schadensrecht damit trotz – oder gerade wegen – seiner großen Tradition und ausgiebigen Diskussion in Wissenschaft und Praxis als mit großen Unsicherheiten behaftet. Die abstrakten Leitlinien bleiben recht vage, während die Rechtsanwendung in eine kaum zu überblickende Kasuistik zersplittert.

II. Schadensbegriff der Geschäftsleiterhaftung

Insbesondere Mertens hat propagiert, dass für die Geschäftsleiterhaftung ein eigenständiger, von den allgemeinen Regeln abweichender Schadensbegriff gelten soll. In stark modifizierter Form führt er diese Lehre gemeinsam mit seinem Schüler Andreas Cahn fort.

1. Subjektiver Schadensbegriff

a) Subjektiver Schadensbegriff nach Mertens

Mertens entwarf in seiner 1967 erschienen Habilitationsschrift¹³⁵ einen subjektiven Schadensbegriff für das Bürgerliche Recht. Diesen versah er in einer Vielzahl von Folgepublikationen mit einer besonderen Ausprägung für die Geschäftsleiterhaftung.

aa) Bürgerliches Recht

Der subjektive Schadensbegriff findet seinen Ausgangspunkt in der Überlegung, dass die Rechtsordnung das Vermögen einer Person deshalb schütze, weil es Raum für die persönliche wirtschaftliche Entfaltung biete und einen sozialen Schutzbereich abstecke. Der rechtliche Vermögensschutz ergebe sich also nicht schon daraus, dass die in ihm vereinigten Güter allein wegen ihrer stofflichen oder idealen Existenz in ihrem Bestand gewährleistet werden müssten. Aus diesem Grund sei am individuellen Vermögensträger Maß zu nehmen, wenn man einen Vermögensschaden ermittle. Dabei seien seine Lebensgestaltungsziele, spezifischen Interessenlagen und die sich daraus ergebende individuelle Werthaltigkeit seiner Vermögensgüter zu berücksichtigen. Mertens geht dabei noch über das hinaus, was sich schon nach allgemeiner Meinung aus der Subjektbezogenheit des Schadens ergibt: Unter einem

¹³⁵ Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, passim.

Vermögensschaden sei nur eine den Zwecken des Vermögenssubjekts widersprechende Vermögensminderung zu verstehen.¹³⁶

bb) Geschäftsleiterhaftung

Wende man diese Erkenntnis auf die Kapitalgesellschaft an, folge hieraus, dass die Schadensbetrachtung der Eigenart der unternehmerischen Betätigung Rechnung tragen müsse. Dieser werde man nicht gerecht, wenn man ungeachtet ihres Ursprungs bereits jede objektive Wertdifferenz im Vermögen der Gesellschaft genügen lasse. Eine solche Betrachtung vermöge insbesondere nicht, die gesetzliche Beweislastumkehr zu rechtfertigen, nach der Pflichtwidrigkeit und Verschulden des Geschäftsleiters widerleglich vermutet werden.¹³⁷ Da die unternehmerische Tätigkeit Verlustrisiken mit sich bringe, könne die Gesellschaft nicht schon jede negative Vermögensentwicklung zum Anlass nehmen, um dem Geschäftsleiter im Schadensersatzprozess einen Entlastungsbeweis abzuverlangen. Vielmehr müsse sie sich dabei auf solche Vermögensentwicklungen beschränken, die typischerweise auf ein pflichtwidriges Verhalten des Geschäftsleiters hindeuteten.¹³⁸ Dies zeige sich insbesondere, wenn der Geschäftsleiter aus dem Gesellschaftsvermögen Spenden für soziale, kulturelle oder politische Zwecke tätige. Soweit sich diese im Rahmen des unternehmerischen Ermessens bewegten, könnten sie keinen Schaden der Gesellschaft darstellen, der im Haftungsprozess eine Vermutung pflichtwidrigen Verhaltens auslöse.¹³⁹

Deshalb sei bei der Geschäftsleiterhaftung als Schaden nur eine in Geld messbare, dem Unternehmenszweck widersprechende und nicht auf rechtmäßige unternehmerische Zweckverfolgung zurückführbare Beeinträchtigung des Vermögens, der Tätigkeit oder der Organisation der Gesellschaft und des von ihr betriebenen Unternehmens zu begreifen.¹⁴⁰

¹³⁶ Zu allem *Mertens*, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, S. 128 ff., 165 ff., 180; im Allgemeinen kritisch zu dieser Konzeption *Stoll*, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, S. 241.

¹³⁷ Siehe dazu 1. Teil: B.I.2.

¹³⁸ Vgl. *Mertens*, in: Soergel, BGB, 12. Aufl. 1990, Vorb. § 249 Rn. 48; *ders.*, FS Lange, 1992, S. 561, 562; *ders.*, in: KölnKomm, AktG, 2. Aufl. 1996, § 93 Rn. 23; *ders.*, in: Hachenburg, GmbHG, § 43 Rn. 57; zu Letzterem wortgleich *Mertens/Stein*, Das Recht des Geschäftsführers der GmbH, § 43 Rn. 57.

¹³⁹ *Mertens*, FS Goerdeler, 1987, S. 349, 360; *ders.*, in: KölnKomm, AktG, 2. Aufl. 1996, § 93 Rn. 23.

¹⁴⁰ *Mertens*, FS Lange, 1992, S. 561 ff.; *ders.*, in: KölnKomm, AktG, 2. Aufl. 1996, § 93 Rn. 23; *ders.*, in: Hachenburg, GmbHG, § 43 Rn. 57.

b) Rezeption

aa) Literatur

Mertens' Ansicht hat in der Literatur eine Reihe von Anhängern gefunden,¹⁴¹ auch wenn ihre Zahl rückläufig ist.¹⁴²

Einige Rezipienten haben den subjektiven Schadensbegriff dabei auch variiert, wie etwa Hefermehl in seiner 1974 erschienen Kommentierung des § 93 AktG. Er pflichtete Mertens darin bei, dass sich der Schaden bei der Vorstandshaftung nicht in der objektiven Differenz zweier Vermögenswerte erschöpfe. Ansonsten wäre jede Ausgabe, der keine gleichwertige Gegenleistung gegenüberstehe, ein Schaden, dessen Ersatz allein von seiner pflichtwidrigen Herbeiführung abhinge. Das sei vor allem bei sozialen Aufwendungen der Gesellschaft nicht angemessen, sofern sich diese im vertretbaren Rahmen hielten. Beschränke man den Schadensbegriff aber wie Mertens auf zweckwidrige Vermögensminderungen, führe dies zu Abgrenzungsschwierigkeiten – welche Hefermehl jedoch nicht näher erläutert. Stattdessen sei darum im Rahmen des Schadens darauf abzustellen, ob das Verhalten des Vorstandsmitglieds pflichtwidrig war.¹⁴³

An einem Spagat versuchte sich derweil Hommelhoff in seiner Habilitationsschrift. Auch er formuliert, dass Schaden nur der pflichtwidrig herbeigeführte Nachteil sei. Er meint allerdings, dadurch Gefahr zu laufen, sich in Widerspruch zur gesetzlichen Beweislastverteilung und dem dahinterstehenden Gedanken der Beweisnähe zu begeben. Über die Hintertür des Schadens dürfe die Gesellschaft nicht gezwungen werden, die objektive Pflichtwidrigkeit des Geschäftsleiterhandelns zu beweisen. Aufzulösen sei dieser Widerspruch, indem der Gesellschaft lediglich abzuverlangen sei, einen Nachteil zu beweisen. Einen Schaden und das in ihm enthaltene Element der Pflichtwidrigkeit müsse sie hingegen nicht darlegen. Die gesetzgeberische Konzeption der Beweislastverteilung bleibe somit gewahrt: Ge-

¹⁴¹ *Diekmann*, in: *Priester/Mayer/Wicke*, Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts III, § 46 Rn. 17; *Hübner*, Managerhaftung, S. 13; *Oltmanns*, Geschäftsleiterhaftung und unternehmerisches Ermessen, S. 328 f.; *Reese*, DStR 1995, 532, 534; *Schaal*, in: *Erbs/Kohlhaas*, Strafrechtliche Nebengesetze, § 43 GmbHG Rn. 4; *Wendler*, Die Justiziabilität ökonomischer Unternehmensentscheidungen im US-amerikanischen und deutschen Recht, S. 210 f.; in: *Alt*-*auflagen* noch: *P. Doralt/W. Doralt*, in: *Semler/v. Schenck*, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 3. Aufl. 2009, § 13 Rn. 21; *Wiesner*, in: *Hoffmann-Becking*, Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts IV, 2. Aufl. 1999, § 26 Rn. 6; *Zöllner*, in: *Baumbach/Hueck*, 17. Aufl. 2000, § 43 Rn. 14; sympathisierend ferner *Geßler*, NB 1972/2, 13, 14.

¹⁴² Nur noch Wiedergabe der herrschenden Lehre bei *P. Doralt/W. Doralt*, in: *Semler/v. Schenck/Wilsing*, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 4. Aufl. 2013, § 14 Rn. 54 ff.; ausdrücklich aufgegeben von: *Wiesner*, in: *Hoffmann-Becking*, Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts IV, 3. Aufl. 2007, § 26 Rn. 7; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 43 Rn. 15.

¹⁴³ *Hefermehl*, in: *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG, § 93 Anm. 28.

linge dem Geschäftsleiter der Entlastungsbeweis nicht, so sei er zum Schadensersatz zu verurteilen.¹⁴⁴

bb) Rechtsprechung

In der Rechtsprechung fand Mertens' Schadensdefinition nur vereinzelt Anklang. Ende der 90er-Jahre zog der 11. Zivilsenat des OLG Naumburg sie in zwei Urteilen zur Binnenhaftung des GmbH-Geschäftsführers heran, ohne dass dies entscheidungserheblich gewesen wäre.¹⁴⁵ Eine der mertenschen Definition ähnelnde Formulierung findet sich allerdings auch in einer älteren BGH-Entscheidung wieder. Dort heißt es, die Gesellschaft habe den „Schaden, mithin [...] die zweckwidrige Verwendung der Geldbeträge zu beweisen“.¹⁴⁶ Ob sich der BGH damit Mertens anschließen wollte, wird in den Urteilsgründen nicht deutlich. Als Beleg werden weder er noch die ihm folgenden Literaturstimmen angeführt.¹⁴⁷

c) Kritik

Die herrschende Lehre lehnt es ab, auf die Geschäftsleiterhaftung diesen subjektiven Schadensbegriff anzuwenden. Maßgeblich sei auch hier die Differenzhypothese. Sie führt dazu vier Argumente ins Feld.

aa) Fehlende Leistungsfähigkeit

Der erste Einwand stellt die Leistungsfähigkeit des subjektiven Schadensbegriffs infrage. Im allgemeinen Schadensrecht habe sich mittlerweile die Einsicht durchgesetzt, dass sich die mannigfaltigen Rechtsprobleme des Schadens nicht durch einen einheitlichen Schadensbegriff bewältigen ließen. Diese erforderten vielmehr einzelfallbezogene Lösungen. Es sei nicht einsichtig, dass bei der Geschäftsleiterhaftung etwas anderes gelten solle. Der subjektive Schadensbegriff könne zur Lösung praktischer Fälle folglich nichts beitragen.¹⁴⁸

bb) Begriffliche Unschärfe

Weiter beklagt man eine begriffliche Unschärfe der dem „Unternehmenszweck widersprechenden Vermögensbeeinträchtigung“. In der gesellschaftsrechtlichen

¹⁴⁴ Hommelhoff, Die Konzernleitungspflicht, S. 204 Fn. 36.

¹⁴⁵ Siehe OLG Naumburg GmbHR 1998, 1180, 1182; OLG Naumburg NZG 1999, 353, 355; jeweils mit Berufung auf Zöllner, in: Baumbach/Hueck, 16. Aufl. 1996, § 43 Rn. 13a.

¹⁴⁶ BGH NJW 1986, 54.

¹⁴⁷ Als Quelle werden BGH WM 1971, 125, 126; BGH WM 1972, 1121, 1122 zitiert. Diese Entscheidungen nehmen nur allgemein zur Beweislastverteilung Stellung, ohne auf den Aspekt der Zweckwidrigkeit einzugehen.

¹⁴⁸ Ziemons, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 447.

Dogmatik werde gemeinhin zwischen dem Verbandszweck und dem Unternehmensgegenstand unterschieden. Nach herrschender Meinung beschreibe der Verbandszweck den finalen Sinn des Zusammenschlusses (bei einer Kapitalgesellschaft für gewöhnlich die Gewinnerzielung), der in der Satzung zu bezeichnende Unternehmensgegenstand (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG) hingegen das dafür eingesetzte Mittel.¹⁴⁹ Was aber nun unter dem im Sinne des subjektiven Schadensbegriffs maßgeblichen „Unternehmenszweck“ zu verstehen sei, bliebe nach Auffassung der Kritiker schleierhaft.¹⁵⁰ Die Formulierung sei eine Chimäre, rechtlich völlig konturenlos und in der Praxis nicht zu handhaben.¹⁵¹ Unklar bleibe überdies, ob der Widerspruch von Vermögensminderung und Unternehmenszweck *ex ante* oder *ex post* zu beurteilen sei.¹⁵²

cc) Vermengung von Tatbestand und Rechtsfolge

Ferner wirft man Mertens vor, über die Betrachtung der Unternehmenszweckwidrigkeit Elemente des Tatbestandsmerkmals der Pflichtverletzung zugleich in die Rechtsfolge des Schadens hineinzulesen. Die Frage, ob sich der Geschäftsleiter in den Grenzen seines unternehmerischen Ermessens bewege, sei aber ausschließlich für die Beurteilung der Pflichtwidrigkeit maßgeblich. Zweckwidrigkeit und Schaden seien nicht begrifflich miteinander verknüpft, sondern nur funktional über die Kausalkette.¹⁵³

Diese Vermengung von Tatbestand und Rechtsfolge sei auch gar nicht erforderlich. Insbesondere die von Mertens ins Auge gefassten Aufwendungen für soziale Zwecke ließen sich bereits sachgerecht auf Ebene der Pflichtwidrigkeit rechtlich würdigen: Spenden seien mit der Sorgfaltspflicht des Geschäftsleiters vereinbar, solange sie sich in einem vertretbaren Rahmen hielten.¹⁵⁴ Thematisiere man die Grenzen des Geschäftsleiterermessens zusätzlich auf der Ebene der Rechtsfolgen, nehme man eine überflüssige Doppelprüfung vor.¹⁵⁵

¹⁴⁹ Vgl. dazu *Hüffer/Koch*, AktG, § 23 Rn. 22; *Wicke*, in: MünchKomm, GmbHG, § 3 Rn. 9, jeweils m. w. N.

¹⁵⁰ *Schauer*, FS G. Roth, 2011, S. 687, 692; *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 448.

¹⁵¹ *Großmann*, Unternehmensziele im Aktienrecht, S. 188; *Zachert*, Grenzen des unternehmerischen Ermessens bei der Vergabe von Unternehmensspenden, S. 120: „[...] würde zu einem Verlust an Klarheit und Einheitlichkeit des Schadensbegriffs führen.“

¹⁵² *Schauer*, FS G. Roth, 2011, S. 687, 692.

¹⁵³ *Schauer*, FS G. Roth, 2011, S. 687, 693.

¹⁵⁴ *Fleischer*, in: MünchKomm, GmbHG, § 43 Rn. 262; *Spindler*, in: MünchKomm, AktG, § 93 Rn. 195; allgemein zu den Geschäftsleiterpflichten bei Aufwendungen für soziale Zwecke: BGHSt 47, 187, 192 ff.; *Götze/Bicker*, in: Krieger/U. H. Schneider, Handbuch Managerhaftung, § 30 Rn. 75 ff.

¹⁵⁵ Bündig *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 408: „Der richtige Ort für die Überlegungen der Mindermeinung ist die Pflichtwidrigkeit, nicht der Schaden.“; ferner OLGR Frankfurt 2008, 389, v. *Gerkan*, ZHR 154 (1990), 39, 43 f.; 390; *Großmann*, Unternehmens-

dd) Verschiebung der Darlegungs- und Beweislast

In engem Zusammenhang mit der soeben genannten Kritik wird Mertens vorgeworfen, die gesetzliche Beweislastverteilung zulasten der Gesellschaft zu unterlaufen. Im Prozess habe die Gesellschaft neben der Passivlegitimation lediglich darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, dass ein (möglicherweise pflichtwidriges) Verhalten des Geschäftsleiters kausal zu einem Schaden geführt habe.¹⁵⁶ Es sei danach Sache des Geschäftsleiters, darzulegen, dass er sich dabei im Rahmen seines unternehmerischen Ermessens verhalten hat. Diese gesetzgeberisch gewollte Beweislastverteilung werde ausgehebelt, wenn man Fragen der rechtmäßigen Zweckverfolgung zugleich zu einer Schadensvoraussetzung erkläre, die die Gesellschaft darzulegen und zu beweisen hätte. Damit übergehe man den hinter der Beweislastverteilung stehenden Gedanken der Sachnähe und desavouiere ihr Ziel, der Gesellschaft eine realistische Regressmöglichkeit zu verschaffen.¹⁵⁷

Dies illustriere das von Mertens ins Feld geführte Beispiel der Aufwendungen für soziale Zwecke. Bei solchen Ausgaben sei es dem Geschäftsleiter im Prozess abzuverlangen, die für sie tragenden Gründe darzulegen, um eine pflichtgemäße Ermessensausübung zu beweisen. Die Gesellschaft wäre hingegen häufig nicht in der Lage aufzuklären, welche Motive für den Geschäftsleiter bei in der Vergangenheit liegenden Ausgaben handlungsleitend waren.¹⁵⁸

d) Stellungnahme

Der herrschenden Lehre ist im Ergebnis beizutreten, auch wenn nicht alle von ihr vorgebrachten Einwände überzeugen.

Zunächst ist zu konstatieren, dass es sich bei der mertenschen Definition um keine zwingende Schlussfolgerung aus dem von ihm propagierten subjektiven Schadensverständnis handelt. Der subjektive Schadensbegriff fordert lediglich, bei der Schadensbetrachtung die Zwecke, die der individuelle Geschädigte mit dem Einsatz seines Vermögens verfolgt, ins Auge zu fassen. Da der (Verbands-)Zweck einer Kapitalgesellschaft in der Regel in der Gewinnerzielung liegt, würde ein subjektiver Schadensbegriff bei der Geschäftsleiterhaftung nicht mehr verlangen, als dieses Ziel zu berücksichtigen. Der Gewinnerzielung sind aber gerade alle Schmälerungen des Gesellschaftsvermögens abträglich. Das gilt insbesondere auch für die sozialen

ziele im Aktienrecht, S. 188; *Schnorbus*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 43 Rn. 70.

¹⁵⁶ Siehe I. Teil: B.I.1.

¹⁵⁷ Vgl. v. *Gerkan*, ZHR 154 (1990), 39, 43; *Großmann*, Unternehmensziele im Aktienrecht, S. 188 f.; *Heermann*, ZIP 1998, 761, 766; *Spindler*, in: MünchKomm, AktG, § 93 Rn. 195; *Zachert*, Grenzen des unternehmerischen Ermessens bei der Vergabe von Unternehmensspenden, S. 120; wohl auch *Habetha*, DZWIR 1995, 272, 274 f.

¹⁵⁸ *Fleischer*, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 248; *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 408.

Aufwendungen, die Mertens gerade vom Schadensbegriff ausnehmen möchte. Eine konsequent subjektive Schadensbetrachtung führt damit nicht notwendig zu dem Ergebnis, das Mertens vertritt.

Zu Unrecht wird dem mertenschen Schadensbegriff jedoch fehlende Leistungsfähigkeit attestiert. Der subjektive Schadensbegriff wartet gerade mit der im Diskurs über den Schadensbegriff im Allgemeinen geforderten einzelfallbezogenen Lösung auf, indem er etwa Aufwendungen für soziale Zwecke vom Schadensbegriff ausnimmt. Es trifft zwar zu, dass der subjektive Schadensbegriff nicht alle der sich im Rahmen des Schadens der Geschäftsleiterhaftung stellenden Rechtsprobleme bewältigen kann. Es hat sich aber gezeigt, dass dies keine schadensrechtliche Großformel zu leisten vermag: Insbesondere ist auch die von der herrschenden Lehre favorisierte Differenzhypothese nicht universell lösungstauglich.¹⁵⁹

Der Vorwurf der begrifflichen Unschärfe weist gar die Tendenz zur Beckmesserei auf. Erkennbar liegt der Aussagekern Mertens' darin, dass bei der Betrachtung des Schadens auf die Frage abzustellen sei, ob dieser pflichtwidrig herbeigeführt wurde – so wie es etwa auch Hefermehl erfasst hat. Man mag Mertens ankreiden, nicht präzise vom „Unternehmensgegenstand“ gesprochen zu haben. Dass er jenen meint, wird durch die Formulierung „Tätigkeit oder [...] Organisation der Gesellschaft und des von ihr betriebenen Unternehmens“¹⁶⁰ jedoch hinreichend klar. Mertens' Konzept ist deshalb weder unverständlich noch rechtlich nicht zu handhaben. Freilich wirft seine Formulierung auch Zweifelsfragen auf, wie die, ob die *ex-ante*- oder die *ex-post*-Perspektive maßgeblich ist. Einmal mehr gilt aber, dass eine vielfach normativ überlagerte Differenzhypothese ebenso wenig durch Klarheit und Stringenz bestricht.¹⁶¹

Beifall verdient demgegenüber die Kritik, dass Mertens Elemente von Tatbestand und Rechtsfolge vermengt und somit die gesetzliche Beweislastverteilung unterlaufe. Diese faktische Verschiebung der Darlegungs- und Beweislast über einen geschäftsleiterhaftungsspezifischen Schadensbegriff ist kein Zufallsprodukt. Genau dies beabsichtigt Mertens, weil er es für unbillig hält, aufgrund jeder Vermögenseinbuße der Gesellschaft zu vermuten, dass der Geschäftsleiter sich pflichtwidrig und schuldhaft verhalten habe. Vor dem Telos der gesetzlichen Beweislastverteilung kann diese Auffassung aber nicht bestehen. Im Haftungsprozess würde es der Gesellschaft in der Regel sehr schwerfallen, nachzuvollziehen, ob eine mehrere Jahre zurückliegende Vermögensminderung auf einer rechtmäßigen unternehmerischen Zweckverfolgung des Geschäftsleiters beruht oder nicht. Die Gesellschaft geriete durch den mertenschen Schadensbegriff in jene akute Beweisnot, die § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG gerade zu beheben versucht, indem sie dem Geschäftsleiter als sach-

¹⁵⁹ Siehe 2. Teil: A.I.1.c).

¹⁶⁰ Mertens, in: Hachenburg, GmbHG, § 43 Rn. 57.

¹⁶¹ Zachert, Grenzen des unternehmerischen Ermessens bei der Vergabe von Unternehmensspenden, S. 120, ist darum zu entgegnen, dass es die „Klarheit und Einheitlichkeit des Schadensbegriffs“, deren Verlust er befürchtet, nicht gibt.

näherer Partei abverlangt, darzulegen, dass er sich pflichtgemäß verhalten hat. Diese bewusste gesetzgeberische Entscheidung, die im Gesetzeswortlaut unmissverständlich zum Ausdruck kommt, lässt sich nicht aufgrund von Billigkeitserwägungen außer Kraft setzen, ohne mit den verfassungsrechtlichen Grenzen der Rechtsfortbildung in Konflikt zu geraten.¹⁶²

Mertens' Befürchtung, dass andernfalls jede Minderung des Gesellschaftsvermögens im Haftungsprozess die Vermutung pflichtwidrigen Verhaltens des Geschäftsleiters auslöste, ist überdies unberechtigt. Die Darlegungs- und Beweislast der Gesellschaft erschöpft sich nicht im Eintritt eines Schadens, sondern erstreckt sich auch auf die haftungsausfüllende Kausalität.¹⁶³ Die Gesellschaft kann darum nicht bereits jede Vermögensminderung zum Anlass nehmen, dem Geschäftsleiter einen Entlastungsbeweis abzuverlangen, sondern nur solche, die jener nachweislich verursacht hat. Auch ohne einen subjektiven Schadensbegriff droht die Binnenhaftung des Geschäftsleiters darum nicht, zu einer Erfolgshaftung für Vermögensschmälerungen zu mutieren.¹⁶⁴

Der subjektive Schadensbegriff, wie ihn Mertens propagiert, ist deshalb für die Geschäftsleiterhaftung abzulehnen. Unnötig umständlich erscheint es zudem, wie Hommelhoff zwar rhetorisch an einem subjektiven Schadensbegriff festzuhalten, aber korrigierend die Darlegungs- und Beweislast der Gesellschaft auf das Entstehen eines „Nachteils“ zu beschränken.

2. Zweigliedriger Schadensbegriff

a) Zweigliedriger Schadensbegriff nach Mertens und Cahn

Seit der 3. Auflage bearbeitet Mertens die Kommentierung des § 93 AktG im Kölner Kommentar gemeinsam mit seinem Schüler Andreas Cahn. Die Autoren teilen nunmehr mit, dass sich die Kontroverse um die Frage, ob bei der Geschäftsleiterhaftung ein besonderer Schadensbegriff gelte, einer juristisch belangvollen Substanz entbehre.¹⁶⁵

Die ursprüngliche Ansicht Mertens' wandeln sie sodann erheblich ab. Die Geschäftsleiterhaftung zeichne sich nicht durch einen eigenständigen Schadensbegriffs aus. Wohl sei aber eine zweigeteilte Betrachtung des Schadens geboten. Zu unterscheiden sei einerseits zwischen dem Schaden, der Anlass für die Prüfung eines Anspruchs aus § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG gebe, und andererseits dem Schaden, der im Wege dieses Anspruchs zu ersetzen sei. Es sei sachgerecht den Schaden, der Anlass

¹⁶² Vgl. BVerfG NJW 2018, 2542, 3. LS: „Richterliche Rechtsfortbildung darf den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers nicht übergehen und durch ein eigenes Regelungsmodell ersetzen.“

¹⁶³ Siehe 1. Teil: B.I.1.

¹⁶⁴ So auch *Pospiech*, Die Rechtsfolgen der zivilrechtlichen Organhaftung, S. 75.

¹⁶⁵ *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm, AktG, § 93 Rn. 59.

zur Anspruchsprüfung gebe, als diejenige Vermögensminderung zu definieren, die darauf hindeute, dass sie möglicherweise auf eine Pflichtverletzung des Geschäftsleiters zurückgehe. Der Schaden, der im Haftungsfall zu ersetzen sei, bestimme sich hingegen nach der Differenzhypothese, ohne dass sich dabei geschäftsleiterhaftungsspezifische Besonderheiten ergäben.¹⁶⁶

b) Stellungnahme

Auch diese Zweiteilung des Schadensbegriffs bei der Geschäftsleiterhaftung überzeugt im Ergebnis nicht. Der Ansatz erweist sich schon methodisch als defizitär, da er darauf abzielt, denselben Rechtsbegriff innerhalb derselben Norm gespalten auszulegen. Eine gesplattene Auslegung von Rechtsbegriffen im Privatrecht ist bislang lediglich bei unionsrechtlich beeinflussten Normen bekannt. So wurde einem Verbraucher in richtlinienkonformer Auslegung des § 439 Abs. 1 BGB a.F.¹⁶⁷ im Rahmen des kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs auch der Ersatz von Aus- und Einbaukosten gewährt – dem (nicht der Verbrauchsgüterkauf-RL unterfallenden) Unternehmer hingegen nicht.¹⁶⁸ Mertens und Cahn wollen das Tatbestandsmerkmal des Schadens aber gar bei der Anwendung auf denselben Sachverhalt gespalten auslegen. Unionsrechtliche Zwänge für solch einen methodischen Spagat bestehen nicht – anders als in den bisher bekannten Fällen einer gesplatteten Auslegung.

Zudem haften an der Konstruktion dogmatische Unklarheiten. Bei dem „Schaden, der Anlass zur Prüfung gibt, ob eine Ersatzpflicht nach § 93 AktG begründet sein könnte“,¹⁶⁹ handelt es sich gar nicht um einen Schaden im Rechtssinne, welcher die Rechtsfolgen der Haftungsnorm bestimmt.¹⁷⁰ Mertens und Cahn beschreiben vielmehr eine Art Eingangstatbestand, der die Beweislastverteilung regeln soll.¹⁷¹ Im Ergebnis träte damit die eigenartige Situation ein, dass die Gesellschaft im Prozess mehr für den Schadenseintritt darzulegen hätte, als unter materiell-rechtlichen Gesichtspunkten dafür von Belang wäre. Nach Vorbildern für solch ein Gebilde der überschießenden Darlegungslast sucht man im Zivilprozessrecht vergeblich.

Vor allem aber entkräftet auch diese Dichotomie nicht den teleologischen Einwand, der bereits das Ursprungskonzept Mertens' erschüttert: Auch der zweigliedrige Schadensbegriff geht darauf aus, die gesetzliche Beweislastverteilung zu derogieren. Da die Gesellschaft den Schaden, der Anlass zur Anspruchsprüfung gibt, im Prozess darzulegen hätte, müsste sie damit zugleich Anhaltspunkte für ein

¹⁶⁶ Zu allem *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm, AktG, § 93 Rn. 59.

¹⁶⁷ In der Fassung vom 1.1.2002.

¹⁶⁸ Siehe dazu *H. P. Westermann*, in: MünchKomm, BGB, § 439 Rn. 18. Der Gesetzgeber hat dem Problem mittlerweile abgeholfen, indem er den Anspruch auf Ersatz von Aus- und Einbaukosten positiv jedem Käufer gewährt, siehe § 439 Abs. 3 Satz 1 BGB.

¹⁶⁹ *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm, AktG, § 93 Rn. 59.

¹⁷⁰ *Schauer*, FS G. Roth, 2011, S. 687, 693 f.

¹⁷¹ *Schauer*, FS G. Roth, 2011, S. 687, 693 f.

pfllichtwidriges Verhalten des Geschäftsleiters vortragen. Damit würde der Zweck des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG unterlaufen, dem zufolge es dem Geschäftsleiter aufgrund seiner Sachnähe obliegen soll, im Haftungsprozess sein pflichtgemäßes Verhalten darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen. Auch der zweigliedrige Schadensbegriff droht damit, die Gesellschaft in jene Beweisnot zu führen, vor der sie der Gesetzgeber gerade bewahren wollte.

III. Zwischenergebnis

Das Schadensrecht zeichnet sich in besonderem Maße durch seine Uneinheitlichkeit und Unsicherheit aus. Der gesetzliche Rahmen der §§ 249 ff. BGB regelt den Schadensersatz lediglich auf hohem Abstraktionsniveau und enthält sich zu wesentlichen Grundfragen einer Aussage. Insbesondere definiert das Gesetz den Schaden nicht legal. Auch Rechtsprechung und Lehre ist es nicht gelungen, einen einheitlichen Schadensbegriff herauszubilden, der zur Subsumtion geeignet wäre und universelle Gültigkeit beanspruchen könnte. Die schadensrechtlichen Einzelprobleme erweisen sich als derart vielgestaltig, dass jeder einheitliche Schadensbegriff sie in ein Prokrustesbett zwänge.

Es ist deshalb ein differenzierender Ansatz erforderlich. Den Ausgangspunkt für die Ermittlung eines Vermögensschadens liefert eine zweifach normativ überlagerte Differenzhypothese: Nach wertenden Gesichtspunkten sind in einem ersten Schritt zwei Vergleichsgrößen zu bilden, die reale Gesamtvermögenslage und die hypothetische Gesamtvermögenslage ohne die Verletzungshandlung. Der zwischen beiden errechnete Unterschiedsbetrag sieht sich sodann in einem zweiten Schritt einer normativen Kontrolle ausgesetzt. Wer die Differenzhypothese auf der zweiten Ebene durchbrechen möchte, trägt hierfür allerdings die Begründungslast. Mit diesem Konzept geht notwendigerweise eine hohe kasuistische Ausdifferenzierung des Schadensrechts einher.

Da es schon an einem allgemeinen Schadensbegriff fehlt, steht auch der Sinn eines besonderen, geschäftsleiterhaftungsspezifischen infrage. Die in der Literatur entwickelten Konzepte eines subjektiven wie eines zweigliedrigen Schadensbegriffs überzeugen nicht. Beide würden die gesetzliche Beweislastverteilung zulasten der Gesellschaft unterlaufen, lassen aber eine tragfähige Begründung dafür vermissen. Auch für die Geschäftsleiterhaftung ist die Lösung mithin nicht in einem universellen Schadensbegriff zu suchen, sondern in jener kasuistisch-differenzierenden Herangehensweise, für welche die modifizierte Differenzhypothese den Ausgangspunkt bildet.

B. Ersatzfähigkeit von Verbandsgeldbußen

Die zuständige Behörde kann Rechtsverstöße, die aus der Gesellschaft heraus begangen werden, in verschiedenen Zusammenhängen dadurch sanktionieren, dass sie gegen die Gesellschaft eine Verbandsgeldbuße verhängt. Beruht der Rechtsverstoß auf einer Pflichtverletzung des Geschäftsleiters im Binnenverhältnis, stellt sich die Frage, ob die Gesellschaft den Geschäftsleiter für die Verbandsgeldbuße über die §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG in Regress nehmen kann. Seit dem 2015 ergangenen „Schienenfreunde“-Urteil des LAG Düsseldorf¹⁷² ist sie Gegenstand einer leidenschaftlich geführten Debatte. Häufig werden die Argumente um das Für und Wider eines Verbandsgeldbußenregresses allerdings vorgetragen, ohne sie dabei rechtsdogmatisch zu verorten. Bezeichnend dafür ist etwa das „Schienenfreunde“-Urteil des LAG Düsseldorf, das in seiner ansonsten wortreichen Begründung ausdrücklich davon absieht, den vollständigen Regressausschlusses an einem bestimmten Tatbestandsmerkmal festzumachen.¹⁷³

Nähert man sich der Regressfrage über das Schadensrecht,¹⁷⁴ liegt es zunächst nahe, in einer Verbandsgeldbuße aufgrund der Differenzhypothese einen Vermögensschaden zu erblicken. Schließlich belastet sie das Gesellschaftsvermögen mit einer Zahlungspflicht, die nicht entstanden wäre, wenn sich der Geschäftsleiter pflichtgemäß verhalten hätte (sogenannter Haftungsschaden)¹⁷⁵. Der Geschäftsleiter wäre demnach verpflichtet, die Gesellschaft im Zuge der Naturalrestitution von der Verbindlichkeit freizustellen.¹⁷⁶ Gleichwohl sprechen einige Literaturstimmen der Verbandsgeldbuße die Schadensqualität ab.¹⁷⁷ Zu diesem Ergebnis kann man auf drei verschiedenen Wegen gelangen, die allesamt auf der Prämisse beruhen, dass der Ersatz von Verbandsgeldbußen nicht vom Schutzzweck der §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG umfasst ist. Mit dieser Prämisse ließe sich sowohl einer Normativierung des Schadensbegriffs, der zufolge Verbandsgeldbußen aus der Differenzbetrachtung auszunehmen sind,¹⁷⁸ als auch einer teleologischen Reduktion

¹⁷² LAG Düsseldorf ZIP 2015, 829.

¹⁷³ Vgl. LAG Düsseldorf ZIP 2015, 829, 832.

¹⁷⁴ Nicht-schadensrechtliche Ansätze für eine Regressreduzierung werden nicht untersucht, siehe bereits Einleitung: A.III.

¹⁷⁵ *Blaurock*, FS Bornkamm, 2014, S. 107, 109 f.; vgl. allgemein dazu *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel, BGB, § 249 Rn. 18; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 249 Rn. 4; *Schiemann*, in: Staudinger, BGB, § 249 Rn. 202. Die Frage, ob dies auch für den Abschöpfungsteil der Geldbuße gilt wird aufgrund ihres engen inhaltlichen Zusammenhangs zur Vorteilsausgleichung anderwärts beantwortet, siehe 3. Teil: B.I.

¹⁷⁶ Vgl. BGHZ 57, 78, 81; BGHZ 59, 148, 150; BGH NJW 1986, 581, 582; BGH NJW 2007, 1809, 1811; BGH NJW-RR 2011, 910, 913; spezifisch zur Geschäftsleiterhaftung auch *Thümmel*, Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, Rn. 225.

¹⁷⁷ So ohne nähere Herleitung *Beckmann*, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, § 28 Rn. 131; vgl. auch zu Geldstrafen *Ebert*, in: Erman, BGB, § 249 Rn. 57; *Schiemann*, in: Staudinger, BGB, § 249 Rn. 203.

¹⁷⁸ Siehe allgemein zu dieser Figur 2. Teil: A.I.3.

der §§ 249 ff. BGB das Wort reden.¹⁷⁹ Eleganter lässt sich die Prämisse auch im Kontext der haftungsausfüllenden Kausalität verwenden. Da der Schutzzweck der haftungsbegründenden Norm den Zurechnungszusammenhang begrenzt,¹⁸⁰ könnte man annehmen, dass Verbandsgeldbußen einer Pflichtverletzung des Geschäftsleiters nicht zuzurechnen sind.¹⁸¹

Gemein sind diesen drei Ansätzen nicht nur Prämisse und Ergebnis, sondern auch die Begründungslast: Sie liegt bei ihren Vertretern, da sie abweichend von dem, was die Differenzhypothese indiziert, keinen Schaden feststellen wollen.¹⁸² Im Folgenden ist deshalb die These, der Schutzzweck der Geschäftsleiterhaftung umfasse den Ersatz von Verbandsgeldbußen nicht, auf ihre Stichhaltigkeit hin zu untersuchen. Dazu wird zunächst den (öffentlich-)rechtlichen Grundlagen und Zwecken der Verbandsgeldbuße nachgespürt. Sodann werden die Argumente für und wider einen Regressausschluss aufgefächert, einschließlich ihrer rechtsvergleichenden Bezüge. Abschließend bietet sich Kontrollüberlegungen anhand einer Reihe echter wie vermeintlicher Parallelen zu ähnlichen Rechtsfragen an.

I. Recht der Verbandsgeldbußen

1. Rechtsgrundlagen

Das Sanktionsmittel der Verbandsgeldbuße ist sowohl dem deutschen als auch dem Unionsrecht bekannt. Beide Rechtsordnungen gestalteten es jedoch verschieden aus.

a) Deutsches Recht

Die Kernnorm des deutschen Verbandsgeldbußenrechts bildet § 30 Abs. 1 OWiG, der sich unter anderem an juristische Personen richtet. Gegen sie kann die Behörde eine Geldbuße verhängen, wenn bestimmte Leitungspersonen eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen haben, durch die Pflichten, welche den Verband treffen, verletzt worden sind oder dieser bereichert worden ist oder werden sollte.

¹⁷⁹ So *Thomas*, NZG 2015, 1409, 1416; erwägend ferner *Bayreuther*, NZA 2015, 1239, 1240; *Koch*, Liber Amicorum Winter, 2011, S. 327, 334 f.

¹⁸⁰ Siehe nur *Oetker*, in: MünchKomm, BGB, § 249 Rn. 120 ff.

¹⁸¹ So *Grunewald*, NZG 2016, 1121, 1122; in diesem Sinne wohl auch *Horn*, ZIP 1997, 1129, 1136; *R. Krause*, BB-Special 8/2007, 2, 13; *Kröger*, Korruptionsschäden, Unternehmensgeldbußen und Imageschäden, S. 232.

¹⁸² Siehe 2. Teil: A.I.1.e).

aa) Tatbestand

Der Kreis der Leitungspersonen umfasst unter anderem vertretungsberechtigte Organe sowie deren Mitglieder. Da § 30 Abs. 1 OWiG an die Bezugstat einer Leitungsperson anknüpft, stellt die Norm keinen eigenständigen Bußgeldtatbestand, sondern vielmehr eine bußgeldrechtliche Haftungsnorm dar.¹⁸³ Sie kombiniert nach herrschender Auffassung täterschaftlich-beteiligende und zurechnende Elemente und begründet damit eine eigene Verbandstäterschaft.¹⁸⁴ Die Bezugstat muss voll-deliktisch begangen worden, der Leitungsperson also auch vorwerfbar sein.¹⁸⁵ Unter den Bezugstaten kommt § 130 OWiG eine besondere Bedeutung zu. Danach handelt der Inhaber eines Unternehmens ordnungswidrig, wenn er Aufsichtsmaßnahmen unterlässt, die erforderlich sind, um die Zuwiderhandlungen gegen Pflichten, die ihn treffen, im Unternehmen zu verhindern, und solch eine Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre. In diesem Zusammenhang ist auch § 9 OWiG zu berücksichtigen, wonach besondere persönliche Merkmale, die die Möglichkeit der Ahndung begründen, auch auf ein vertretungsberechtigtes Organ anzuwenden sind, wenn sie bei der Gesellschaft vorliegen.¹⁸⁶ Als „Inhaber eines Unternehmens“ gilt darum auch der Geschäftsleiter.¹⁸⁷ Die §§ 9, 30, 130 OWiG bilden damit gleichsam eine „Troika“ zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität.¹⁸⁸

Als weitere Tatbestandsvoraussetzung verlangt § 30 Abs. 1 OWiG, dass durch die Bezugstat entweder Pflichten, welche die Gesellschaft treffen, verletzt worden sind oder diese bereichert worden ist oder werden sollte. Die verletzte Pflicht im Sinne der ersten Variante muss ausweislich der Gesetzesbegründung betriebsbezogen sein,¹⁸⁹ das heißt den Unternehmensträger als solchen treffen und ihm in dieser Eigenschaft Ge- oder Verbote auferlegen.¹⁹⁰ Eine Bereicherung im Sinne der zweiten Variante stellt jeder rechtswidrig erzielte Vermögensvorteil dar.¹⁹¹ Es genügt ein (hypothetischer) Kausalzusammenhang zwischen der (erstrebten) Bereicherung und der

¹⁸³ *Meyberg*, in: BeckOK, OWiG, § 30 Rn. 17; siehe auch BGHSt 46, 207, 208; BGH NJW 2012, 164, 165.

¹⁸⁴ *Tiedemann*, NJW 1988, 1169, 1171 ff.; im Anschluss an ihn *Engelhart*, Sanktionierung von Unternehmen und Compliance, S. 378 ff.; *Rogall*, in: KK, OWiG, § 30 Rn. 2; siehe für die Gegenmeinung, die § 30 Abs. 1 OWiG als bloße Zurechnungsnorm versteht, *Walter*, JA 2011, 481, 485.

¹⁸⁵ *Krenberger/Krumm*, OWiG, § 30 Rn. 7; *Rogall*, in: KK, OWiG, § 30 Rn. 88.

¹⁸⁶ Siehe dazu bereits 1. Teil: D.II.1.

¹⁸⁷ Vgl. *Beck*, in: BeckOK, OWiG, § 130 Rn. 36.

¹⁸⁸ Begriffsschöpfung von *Többens*, NSTZ 1999, 1.

¹⁸⁹ Vgl. BT-Drucks. V/1269, S. 60.

¹⁹⁰ *Rogall*, in: KK, OWiG, § 30 Rn. 90; siehe ferner *Krenberger/Krumm*, OWiG, § 30 Rn. 32.

¹⁹¹ *Krenberger/Krumm*, OWiG, § 30 Rn. 38; *Meyberg*, in: BeckOK, OWiG, § 30 Rn. 86.

Bezugstat, solange die verletzte Norm die Verhinderung dieser Bereicherung bezweckt.¹⁹²

bb) Rechtsfolge

Bei der Bemessung der Geldbuße gelten die Grundsätze des § 17 Abs. 3 OWiG.¹⁹³ Die Grundlage bilden danach die Bedeutung der Ordnungswidrigkeit und der den Täter treffende Vorwurf sowie dessen wirtschaftliche Verhältnisse. Ferner soll die Geldbuße den wirtschaftlichen Vorteil aus der Tat abschöpfen (§ 17 Abs. 4 Satz 1 OWiG).¹⁹⁴ Die Höhe der Geldbuße beträgt im Falle einer vorsätzlichen Straftat bis zu 10 Mio. EUR und bei einer fahrlässigen Straftat bis zu 5 Mio. EUR. Ist die Bezugstat eine Ordnungswidrigkeit, richtet sich das Höchstmaß der Geldbuße nach ihrer jeweiligen Strafandrohung (§ 30 Abs. 2 OWiG). Die verantwortliche Leitungsperson kann kumulativ zur Verbandsgeldbuße persönlich bebußt werden. Aufgrund der Personenverschiedenheit von Verband und Leitungsperson verstößt dies nicht gegen das verfassungsrechtliche Verbot der Doppelbestrafung (Art. 103 Abs. 3 GG).¹⁹⁵

Der Tatbestand des § 30 OWiG findet zwar auch auf Kartellverstöße Anwendung, doch regelt § 81 Abs. 4 GWB den Bußgeldrahmen für sie abweichend:¹⁹⁶ Während die Obergrenze der Geldbuße grundsätzlich 1 Mio. EUR beträgt, kann abweichend hiervon gegen Unternehmen eine Geldbuße in Höhe von bis zu 10 % des im der Behördenentscheidung vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes verhängt werden (§ 81 Abs. 4 GWB). Basierend auf der Ermächtigung des § 81 Abs. 7 GWB hat das Bundeskartellamt die Ausübung seines Ermessens bei der Bußgeldbemessung näher konkretisiert. Es berücksichtigt dabei die Ahndungsempfindlichkeit des jeweiligen Unternehmens sowie das Gewinn- und Schadenspotenzial der Zuwiderhandlung. Hinzutreten eine Reihe anderer tat- und täterbezogener Kriterien, wie die Art und Dauer der Zuwiderhandlung, die Bedeutung der Märkte, der Organisationsgrad zwischen den Beteiligten, die Rolle des Unternehmens im Kartell, die Marktstellung des Unternehmens und vorangegangene Verstöße.¹⁹⁷

¹⁹² *Meyberg*, in: BeckOK, OWiG, § 30 Rn. 90; *Mitsch*, Recht der Ordnungswidrigkeiten, § 16 Rn. 13.

¹⁹³ *Rogall*, in: KK, OWiG, § 30 Rn. 134.

¹⁹⁴ Zu Details siehe 3. Teil: B.I.

¹⁹⁵ *Mitsch*, Recht der Ordnungswidrigkeiten, § 16 Rn. 5; vgl. auch OLG Hamm NJW 1973, 1851, 1853; OLG Köln GmbHR 2016, 1202, 1204.

¹⁹⁶ Vgl. *Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 81 GWB Rn. 372.

¹⁹⁷ Bundeskartellamt, Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren (25. Juni 2013), S. 2 ff.

b) Unionsrecht

Auch das Unionsrecht kennt die Verbandsgeldbuße. Ihr wichtigste Rechtsgrundlage findet sich in Art. 23 VO 1/2003.

aa) Tatbestand

Die Vorschriften sanktionieren sowohl Verstöße gegen das materielle Kartellrecht als auch das Kartellverfahrensrecht, insbesondere die Verletzungen des Kartellverbots (Art. 101 AEUV) und des Verbots des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV). Die Bußgeldadressaten der Norm sind Unternehmen und Unternehmensvereinigungen. Als Unternehmen gilt jede Einheit, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.¹⁹⁸ Unter einer Unternehmensvereinigung ist jeder Zusammenschluss mehrerer Unternehmen zu verstehen, dessen Zweck darin besteht, die Interessen seiner Mitglieder wahrzunehmen.¹⁹⁹ Damit kommen sowohl juristische Personen, rechtsfähige Personengemeinschaften als auch Einzelkaufleute als Adressaten in Frage.²⁰⁰ Das Handeln ihrer Leitungspersonen wird den Normadressaten zugerechnet.²⁰¹ Anders als im deutschen Recht können die verantwortlichen Leitungspersonen jedoch nicht persönlich bebußt werden.²⁰²

bb) Rechtsfolge

Die Geldbuße kann bis zu 10 % des erzielten gesamten Jahresumsatzes des Adressaten betragen (Art. 23 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003). Bei der Bußgeldbemessung sind die Schwere der Zuwiderhandlung sowie deren Dauer zu berücksichtigen (Art. 23 Abs. 3 VO 1/2003). Die Kommission hat Leitlinien für die Festsetzung der Geldbuße nach Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 erlassen – nach eigenem Bekunden, um die Transparenz und Objektivität ihrer Entscheidungen zu erhöhen. Ihnen zufolge geht die Kommission bei der Bußgeldbemessung zweistufig vor: Zunächst ermittelt sie einen Grundbetrag, indem sie einen Umsatzanteil, der sich nach der Schwere der Zuwiderhandlung bestimmt, mit der Anzahl der Jahre der Zuwiderhandlung multipliziert. Diesen kann sie in einem zweiten Schritt anpassen, soweit erschwerende oder mildernde Umstände vorliegen. Als erschwerend gelten etwa Wiederholung-

¹⁹⁸ EuGH, C-41/90, Slg. 1991, I-1979, Rn. 21; EuGH, C-244/94, Slg. 1995, I-4013, Rn. 14; EuGH, C-55/96, Slg. 1997, I-7119, Rn. 21.

¹⁹⁹ Vgl. *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 38.

²⁰⁰ Vgl. *Rogall*, in: KK, OWiG, § 30 Rn. 279; *Sura*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003 Rn. 10.

²⁰¹ Vgl. *Engelsing/Schneider*, in: MünchKomm, Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003 Rn. 55 ff.; *Nowak*, in: Loewenheim et al., Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003 Rn. 17.

²⁰² *Hellmann*, in: G. Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 46 Rn. 4; *Sura*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003 Rn. 10.

statten, als mildernd hingegen eine aktive Zusammenarbeit mit der Kommission.²⁰³ Diese Leitlinien entfalten für das Handeln der Kommission eine gewisse Selbstbindung. Soweit sie von ihren Leitlinien abweicht, hat sie rechtfertigende Gründe darzulegen.²⁰⁴

2. Zweck

Wie die Geldbuße im Allgemeinen verfolgt auch die Verbandsgeldbuße im deutschen und im Unionsrecht sowohl repressive als auch generalpräventive Zielsetzungen.²⁰⁵ Hinzu tritt eine rechtsökonomische Zweckbestimmung, die Effizienzgesichtspunkte in den Blick rückt.

a) Repression

Als Instrument der Repression soll die Verbandsgeldbuße der Gesellschaft einen Nachteil zufügen. Im Besonderen dient die Verbandsgeldbuße dazu, die wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft in die Bußgeldbemessung einzubeziehen und somit eine Besserstellung der Gesellschaft gegenüber natürlichen Personen zu verhindern. Andernfalls würde bei einem Einzelunternehmer, der eine Ordnungswidrigkeit selbst begeht, die Geldbuße unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Wertes seines Unternehmens festgesetzt werden, während bei einer entsprechenden Pflichtverletzung durch den Geschäftsleiter einer Gesellschaft nur dessen persönliche wirtschaftliche Verhältnisse Berücksichtigung fänden.²⁰⁶ Insbesondere ermöglicht es die Verbandsgeldbuße darum auch, den Vorteil abzuschöpfen, der der Gesellschaft aus der Straftat oder Ordnungswidrigkeit entstanden ist (§§ 17 Abs. 4, 30 Abs. 3 OWiG).²⁰⁷ Wie auch ihr zivilrechtliches Pendant (§ 31 BGB)²⁰⁸ schafft sie damit einen Ausgleich dafür, dass die Gesellschaft nur durch ihren Geschäftsleiter zu handeln imstande ist: Ihr fließen nicht nur die Vorteile aus der Betätigung des Geschäftsleiters zu, sondern sie sieht sich auch den Nachteilen ausgesetzt, die die Rechtsordnung an diese Betätigung knüpft.²⁰⁹

²⁰³ Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (2006/C 210/02), S. 1.

²⁰⁴ Vgl. EuG, T-23/99, Slg. 2002, II-1705, Rn. 222; EuG, T-213/00, Slg. 2003, II-913, Rn. 271; siehe auch *Engelsing/Schneider*, in: MünchKomm, Wettbewerbsrecht, Art. 23 VO 1/2003 Rn. 116 ff.

²⁰⁵ *Engelhart*, Sanktionierung von Unternehmen und Compliance, S. 374 f.; *Nowak*, in: Loewenheim et al., Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003 Rn. 4; *Sura*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Art. 23 VO 1/2003 Rn. 6.

²⁰⁶ So schon die Gesetzesbegründung zu § 26 OWiG a. F. BT-Drucks. V/1269, S. 59.

²⁰⁷ OLG Hamm NJW 1973, 1851, 1852; *Rogall*, in: KK, OWiG, § 30 Rn. 18; *Vollmer*, in: MünchKomm, Wettbewerbsrecht, § 81 GWB Rn. 165; siehe vertiefend auch 3. Teil: B.I.

²⁰⁸ Siehe dazu 1. Teil: D.I.2.c).

²⁰⁹ Vgl. BVerfG NJW 2015, 3641, 3642.

b) Prävention

In präventiver Stoßrichtung soll die Verbandsgeldbuße die für die Gesellschaft handelnden natürlichen Personen beeinflussen. Einerseits sollen die Verantwortlichen dazu bewegt werden, bei der Auswahl, Instruktion und Überwachung des Geschäftsleiters mit Sorgfalt auf dessen Rechtstreue zu achten, um zu vermeiden, dass dieser Rechtsverstöße begeht, die für die Gesellschaft Sanktionen zur Folge haben.²¹⁰ Andererseits soll die Verbandsgeldbuße auch auf den Geschäftsleiter selbst einwirken. Indem die Rechtsordnung an sein Verhalten eine Sanktion für die Gesellschaft knüpft, droht sie ihm mittelbar auch Ungemach im Binnenverhältnis zur Gesellschaft in Form zivilrechtlicher Konsequenzen an.²¹¹

c) Effizienz

In Deutschland weitgehend unbeachtet liefert die ökonomische Analyse des Rechts einen weiteren Zweck der Verbandsgeldbuße. Dieser besteht in der Annahme, dass es im Regelfall effizienter ist, die Gesellschaft zu sanktionieren, als unmittelbar gegen den verantwortlichen Geschäftsleiter vorzugehen. Sie beruht auf der Prämisse, dass die Gesellschaft aufgrund ihrer Sachnähe zum Rechtsverstoß einen Informationsvorteil gegenüber der Behörde besitzt. Während die Behörde aufwändige Ermittlungen betreiben müsste, um die verantwortlichen natürlichen Personen zu identifizieren und zu sanktionieren, sei dies für den Verband mit vergleichsweise geringen Überwachungskosten möglich. Folglich entstünden deutlich geringere Kosten, wenn die Behörde zunächst die Gesellschaft sanktioniere, die sodann im Binnenverhältnis gegen die Verantwortlichen vorgehen könne, als wenn die Behörde unmittelbar gegen die Verantwortlichen vorgehe. Im Übrigen verfüge die Gesellschaft über eine größere Spannweite an möglichen Sanktionen. Ihr sei es etwa möglich, den Verantwortlichen zu kündigen, während sich das behördliche Repertoire auf Geld- und Haftstrafen beschränke.²¹²

II. Schutzzweck der Geschäftsleiterhaftung

Die Argumente, die begründen sollen, dass der Schutzzweck der §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG Verbandsgeldbußen nicht erfasst, lassen sich in vier Kategorien unterteilen: Eine erste Argumentationslinie sieht die Frage bereits durch das Öffentliche Recht als präjudiziert an, eine zweite befürchtet, dass ein Regress den

²¹⁰ KG Berlin NJW-RR 1987, 637, 638; *Meyberg*, in: BeckOK, OWiG, § 30 Rn. 11; *Rogall*, in: KK, OWiG, § 30 Rn. 16.

²¹¹ *Mitsch*, Recht der Ordnungswidrigkeiten, § 16 Rn. 7.

²¹² Vgl. zum vorstehenden Gedanken: *Segerson/Tietenberg*, 23 J. Environ. Econ. Manage. 179, 197–198 (1992); *Kobayashi*, 69 Geo. Wash. L. Rev. 715, 736 (2000–2001); mit ähnlicher Argumentation zur zivilrechtlichen Haftung der Gesellschaft: *Kornhauser*, 70 Calif. L. Rev. 1345, 1350 (1982); *Sykes*, 93 Yale L.J. 1231, 1237–1239 (1983–1984).

Zweck der Verbandsgeldbuße unterlaufe. Die dritte betrifft potenziell existenzvernichtende Folgen für den Geschäftsleiter und eine vierte nimmt vergleichend Rechtsordnungen in den Blick, die der Gesellschaft den Binnenregress verwehren.

1. Öffentlich-rechtliches Präjudiz

Das Öffentliche Recht kann die Frage, ob Verbandsgeldbußen im Wege der Geschäftsleiterhaftung regressfähig sind, unter zwei Gesichtspunkten determinieren: einmal unter dem Postulat der Einheit der Rechtsordnung, ein andermal unter dem Aspekt der Höchstpersönlichkeit der Sanktion.

a) Einheit der Rechtsordnung

Einer verbreiteten Annahme zufolge habe der Gesetzgeber mit dem Bußgeldtatbestand entschieden, dass die Gesellschaft den aus dem Bußgeld entstehenden Vermögensnachteil tragen solle. Da das Zivilrecht keine dem Öffentlichen Recht widersprechende Anordnung treffen dürfe, könne dieses den Nachteil nicht über die §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG auf den Geschäftsleiter verlagern.²¹³ Dies verstieße gegen den Gedanken der Einheit der Rechtsordnung.²¹⁴

Bei der angesprochenen Einheit der Rechtsordnung handelt es sich um einen schillernden Begriff, der sich nur schwer fassen lässt. Weder besteht über seinen Inhalt Konsens, noch über die sich aus ihm ergebenden Schlussfolgerungen.²¹⁵ Nach engem Verständnis besagt die Einheit der Rechtsordnung lediglich, dass ein Rechtswidrigkeitsurteil nur einheitlich für die gesamte Rechtsordnung ergehen kann. Was im Öffentlichen Recht Unrecht sei, könne im Zivilrecht nicht Recht sein – und *vice versa*.²¹⁶ Legt man diese Interpretation zugrunde, wäre der Geldbußenregress unproblematisch: Das Zivilrecht behandelt die bebußte Handlung ebenso wie das Öffentliche Recht als Unrecht und bewertet sie deshalb als Verletzung der dem Geschäftsleiter obliegenden Legalitäts- oder Compliancepflicht.

Das heute wohl herrschende Verständnis begreift die Einheit der Rechtsordnung hingegen in einem weiteren Sinne als die Widerspruchsfreiheit ihrer Einzelaussa-

²¹³ LAG Düsseldorf ZIP 2015, 829, 830; zustimmend *Bachmann*, BB 2015, 911; *Ihlas*, in: MünchKomm, VVG, Directors & Officers-Versicherung Rn. 801 ff.; *Kollmann/Aufdermauer*, BB 2015, 1024; *Lettl*, WuB 2015, 637; *Thomas*, NZG 2015, 1409, 1411; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 310 ff.

²¹⁴ So ausdrücklich *Ihlas*, in: MünchKomm, VVG, Directors & Officers-Versicherung Rn. 803.

²¹⁵ Überblick zur Vielzahl verschiedener Interpretationen in der modernen Rechtswissenschaft bei *Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung, S. 193 ff.

²¹⁶ *May*, NJW 1958, 1262, 1263; *Zitelmann*, AcP 99 (1906), 1, 11 f.; gegen diese Interpretation *Deutsch*, FS Wahl, 1973, S. 339, 347 f.

gen.²¹⁷ Da die einzelnen Normkomplexe der Gesamtrechtsordnung allerdings aus verschiedenen Epochen stammen und häufig nicht aufeinander abgestimmt sind, ist der Rechtsordnung aber akzeptiertermaßen eine gewisse Widersprüchlichkeit immanent. Darum handelt es sich bei der Einheit der Rechtsordnung weniger um eine Feststellung, als um eine Forderung an den Rechtsanwender, Widersprüche im Wege der Norminterpretation aufzulösen²¹⁸ – und selbst die Legitimität dieser Forderung wird bisweilen angezweifelt.²¹⁹

Eine in der Literatur verbreitete Auffassung sieht die befürchtete Kollision mit der Einheit der Rechtsordnung bereits durch ein formales Argument entkräftet. Zivil- und Ordnungswidrigkeitenrecht stellten zwei verschiedene Rechtsgebiete dar, deren Wertungen auch getrennt voneinander zu behandeln seien. Eine öffentlich-rechtliche Norm präjudiziere deshalb nicht die zivilrechtliche Beurteilung eines Sachverhalts.²²⁰ Die strikte Trennung beider Rechtsgebiete zeige sich etwa im Prozessrecht: Der Bußgeldbescheid entfalte als Urkundenbeweis im Zivilprozess lediglich Beweiskraft ob des Inhalts seiner Anordnung, nicht aber hinsichtlich der in ihm als erwiesen betrachteten Tatsachen (§§ 415, 417 ZPO).²²¹

Diese formale Betrachtung greift zu kurz. Die Forderung nach der Einheit der Rechtsordnung bezieht sich gerade auf ihre Gesamtheit und erschöpft sich nicht darin, lediglich nach Widerspruchsfreiheit innerhalb ihrer Teilrechtsgebiete zu verlangen. In der Diskussion um die Einheit der Rechtsordnung kommt insbesondere dem Bemühen, Widersprüche zwischen Öffentlichem und Zivilrecht aufzulösen, besondere Beachtung zu.²²² Wenn es sich bei ihnen auch um verschiedene Rechtsgebiete handelt, so trägt dennoch derselbe Gesetzgeber für sie Verantwortung, der an

²¹⁷ Deutsch, FS Wahl, 1973, S. 339, 347; Kirchhof, Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung, S. 8; Kramer, Juristische Methodenlehre, S. 99 f.; Möllers, Juristische Methodenlehre, § 4 Rn. 92; beschränkt auf hoheitliche Anordnungen auch Ossenbühl, DVBl. 1990, 963, 967. Demgegenüber unterscheidet Peine, JZ 1990, 201, 210 die Einheit und die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung voneinander.

²¹⁸ Rütters/C. Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 775 f.; Wagner, Öffentlich-rechtliche Genehmigung und zivilrechtliche Rechtswidrigkeit, S. 93 ff.; siehe auch Weber, in: Creifelds, Rechtswörterbuch, Stichwort: Einheit der Rechtsordnung: „Bemühen, [...] begriffliche und systematische Unterschiede sowie Wertungsunterschiede zwischen verschiedenen Rechtsgebieten zu vermeiden.“; vgl. ferner BVerfGE 19, 206, 220.

²¹⁹ BayObLG NJW 1990, 2328, 2333: „Die Wahrung einer einheitlichen Rechtsordnung ist vielmehr primär Aufgabe des Gesetzgebers. [...] Es ist nicht Aufgabe des Richters, seinerseits zu einer Harmonisierung des vom Gesetzgeber zu verantwortenden widersprüchlichen und teilweise offenen Rechtszustands beizutragen.“; Lepsius, Der Staat 52 (2013), 157, 184: „Von einer demokratischen Rechtsordnung darf eine Einheit oder Widerspruchsfreiheit in der Rechtserzeugung nicht erwartet werden [...]“.

²²⁰ Eufinger, WM 2015, 1265, 1270; Fleischer, DB 2014, 345, 347 f.; Kapp/Gärtner, CCZ 2009, 168, 170; R. Werner, CCZ 2010, 143, 146.

²²¹ M. Zimmer/Walther, BB 2017, 629, 630; vgl. auch zur Beweiskraft eines Bußgeldbescheids BGHSt 19, 87, 88; Schreiber, in: MünchKomm, ZPO, § 417 Rn. 6.

²²² Vgl. Jarass, in: VVDStRL 50 (1991), S. 239, 259 ff.; Ossenbühl, DVBl. 1990, 963, 967; Wagner, Öffentlich-rechtliche Genehmigung und zivilrechtliche Rechtswidrigkeit, S. 93 ff.

den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) gebunden ist und darum gleiche Sachverhalte nicht willkürlich ungleich behandeln darf.²²³

Es ist darum erforderlich, näher zu untersuchen, ob ein Verbandsgeldbußenregress auf einen Widerspruch zwischen Öffentlichem und Zivilrecht hinausläuft. Dazu sind die zwei Formen des Widerspruchs in den Blick zu nehmen, die in der Rechtsordnung zutage treten können: der Normwiderspruch und der Wertungswiderspruch.

aa) Normwiderspruch

Ein Normwiderspruch tritt auf, wenn das positive Recht für denselben Tatbestand mehrere miteinander unvereinbare Rechtsfolgen anordnet. Da es logisch undenkbar ist, dass beide nebeneinander Gültigkeit beanspruchen, muss ein Normwiderspruch beseitigt werden – entweder indem einer Norm Geltungsvorrang zuerkannt wird oder indem beide Normen eingeschränkt werden.²²⁴

Die Verbandsbußgeldtatbestände sind mit denen der Binnenhaftung des Geschäftsleiters nicht identisch. Sie überschneiden sich aber in Sachverhaltskonstellationen, in denen der dem Verband im Außenverhältnis zugerechnete Rechtsverstoß zugleich eine schuldhaft Verletzung der Legalitäts- oder Compliancepflicht des Geschäftsleiters im Binnenverhältnis darstellt. Ihre Rechtsfolgen lassen sich jedoch ohne Weiteres logisch miteinander vereinbaren: Es verstößt nicht gegen Denkgesetze, dass der Fiskus wegen des Rechtsverstoßes einen Zahlungsanspruch gegen die Gesellschaft und die Gesellschaft wegen der Binnenhaftung einen Zahlungsanspruch gegen ihren Geschäftsleiter hat. Der Binnenregress lässt die ordnungswidrigkeitenrechtliche Verantwortlichkeit der Gesellschaft im Außenverhältnis nämlich unberührt.²²⁵ Ein Normwiderspruch zwischen Ordnungswidrigkeiten- und Gesellschaftsrecht steht damit nicht zu befürchten.

bb) Wertungswiderspruch

Ein Wertungswiderspruch liegt derweil vor, wenn die unterschiedlichen Folgen zweier Normen zwar logisch miteinander vereinbar sind, die Befolgung der einen Norm aber dem Zweck der anderen Norm widerspricht.²²⁶ Da Wertungswidersprüche nicht logischer Natur sind, besteht grundsätzlich kein Zwang, sie zu beseitigen. Der verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) gebietet dies

²²³ Vgl. *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff der Jurisprudenz, S. 125 ff.; siehe auch BVerfGE 13, 31, 38 zum Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz durch „Systemwidrigkeit“.

²²⁴ *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 463 f.; *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, S. 84; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 155.

²²⁵ Vgl. *R. Koch*, VersR 2015, 655, 658; *Rust*, ZWeR 2015, 299, 306.

²²⁶ *Jarass*, in: VVDStRL 50 (1991), S. 239, 262.

lediglich, soweit sie auf eine willkürliche Ungleichbehandlung im wesentlichen gleicher Sachverhalte hinauslaufen.²²⁷

Ob es überhaupt zutrifft, dass der Gesetzgeber mit dem Bußgeldtatbestand die Wertung trifft, dass der wirtschaftliche Nachteil endgültig im Gesellschaftsvermögen verbleiben muss, braucht hier deshalb noch nicht vertieft werden.²²⁸ Denn selbst wenn durch den Binnenregress ein Wertungswiderspruch aufträte, wäre keine Ungleichbehandlung ersichtlich, die nach seiner Auflösung verlangte. Überdies würde sich kein zwingender Vorrang der öffentlich-rechtlichen Wertung ergeben, wenn ein Wertungswiderspruch aufzulösen wäre. Es wäre in diesem Fall ebenso denkbar, dass die öffentlich-rechtliche hinter die zivilrechtliche Wertung zurücktritt.

Aus der Forderung nach der Einheit der Rechtsordnung ergibt sich darum jedenfalls kein zwingendes Gebot, den Regress auszuschließen.

b) Höchstpersönlichkeit der Sanktion

Ferner könnte das Öffentliche Recht dem Verbandsgeldbußenregress unter dem Gesichtspunkt der Höchstpersönlichkeit der Sanktion entgegenstehen. Dabei handelt es sich um einen Ausdruck, der sonst vor allem in der Diskussion um Kriminalstrafen begegnet und über den ähnlich viele verschiedene Vorstellungen bestehen, wie über die Einheit der Rechtsordnung. Er beschreibt wohl kein Dogma, sondern lediglich eine rechtspolitische Forderung.²²⁹

Da sich die Sanktionsregime des deutschen und des Unionsrechts in wesentlichen Punkten unterscheiden, empfiehlt es sich, der behaupteten Höchstpersönlichkeit der Verbandsgeldbuße getrennt nach beiden Rechtsordnungen nachzugehen.

aa) Deutsches Recht

Nach deutschem Recht kann die Behörde sowohl den Verband als auch den Geschäftsleiter bebußen. Die Bußgeldhöhe unterscheidet sich allerdings erheblich, da sie an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Bußgeldadressaten anknüpft, die zwischen Gesellschaft und Geschäftsleiter naturgemäß deutlich variiert. Besonders ausgeprägt ist diese Diskrepanz im Kartellrecht. Für die Gesellschaft bemisst sich die Geldbuße anhand von Umsatzkriterien. Nach § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB kann sich ihr Betrag auf bis zu 10 % des Gesamtjahresumsatzes erstrecken. Eine Geldbuße gegen den Geschäftsleiter kann hingegen maximal 1 Mio. EUR betragen (§ 81 Abs. 4

²²⁷ Canaris, Systemdenken und Systembegriff der Jurisprudenz, S. 122 ff.; Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, S. 59, 62 ff.

²²⁸ Siehe dazu 2. Teil: B.I.2.

²²⁹ Vgl. Häger, in: LK, StGB, Vorb. § 40 Rn. 26; Hillenkamp, FS Lackner, 1987, S. 455, 469; zur damit verbundenen Frage der Strafbarkeit der Zahlung einer Geldbuße durch Dritte, siehe 2. Teil: B.III.1.

Satz 1 GWB). Geldbußen gegen die Gesellschaft fallen deshalb in aller Regel erheblich höher aus als solche gegen den Geschäftsleiter.²³⁰

Nach einer verbreiteten Auffassung wohnt der Verbandsgeldbuße damit ein besonderer Unternehmensbezug inne. Das Recht schneide die Belastung ausschließlich auf die Gesellschaft und ihre wirtschaftlichen Verhältnisse zu. Neben den Bemessungskriterien zeige sich dies auch an der kartellrechtlichen Kronzeugenregelung.²³¹ Diese ermögliche es der zuständigen Behörde, der Gesellschaft die Geldbuße zu erlassen oder sie spürbar zu reduzieren, wenn sie ihre Kartellbeteiligung offenbare. Dies verdeutliche, dass Verhängung und Höhe der Geldbuße ausschließlich auf das Unternehmen zugeschnitten seien.²³² Das Zivilrecht könne vor diesem besonderen Unternehmensbezug der Verbandsgeldbuße nicht die Augen verschließen, indem es in vollem Umfang den Regress beim Geschäftsleiter zulasse.²³³ Vor dem Hintergrund der differenzierten Behandlung, die Gesellschaft und Geschäftsleiter im Ordnungswidrigkeitenrecht erführen, verkäme dies sonst zu einer Selbstermächtigung des Zivilgerichts, eine Geldbuße gegen den Geschäftsleiter zu verhängen, die nach Öffentlichem Recht so nicht verhängt werden könne.²³⁴

Bereits abstrakt bestehen allerdings gewichtige Zweifel dagegen, dass eine Verbandsgeldbuße überhaupt höchstpersönlichen Charakter haben kann. Zunächst erlangt der Verband erst durch seinen Geschäftsleiter Handlungsfähigkeit. Nur weil das Gesetz ihm das Handeln seines Geschäftsleiters zurechnet, kann er überhaupt bebußt werden. Dass der Tatbestand auf der einen Seite die Zurechnung des Verhaltens Dritter voraussetzt, lässt sich mit einer höchstpersönlichen Rechtsfolge auf der anderen Seite schwerlich vereinigen.²³⁵ Auch mit den Vorschriften über die Rechtsnachfolge im Verbandsgeldbußenrecht lässt sich das Höchstpersönlichkeitspostulat kaum in Einklang bringen. Der Rechtsnachfolger des Verbandes tritt danach in dessen Verfahrensstellung ein; auch gegen ihn kann ein Bußgeld festgesetzt werden (§ 30 Abs. 2a OWiG, § 81 Abs. 3b, 3c GWB). Nach dem Gesetz kann die Verbandsgeldbuße also sogar im Außenverhältnis einen anderen treffen als den Verband, dem die Anknüpfungstat zuzurechnen ist.

²³⁰ Vgl. LAG Düsseldorf ZIP 2015, 829: Verbandsgeldbuße in Höhe von 191 Mio. EUR gegen die Gesellschaft.

²³¹ Siehe dazu BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen v. 7. 3. 2006 und Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. EU 2006 Nr. C 298/11.

²³² LAG Düsseldorf ZIP 2015, 829, 832.

²³³ LAG Düsseldorf ZIP 2015, 829, 832; A. Baur/Holle, ZIP 2018, 459, 463 f.; Dreher, FS Konzen, 2006, S. 85, 105; Horn, ZIP 1997, 1129, 1136; Lotze, NZKart 2014, 162, 167; Thomas, VersR 2017, 596, 599; siehe auch Ackermann, NZKart 2018, 1 f.; Bunte, NJW 2018, 123, 125 f.; R. Krause, BB-Special 8/2007, 2, 13; Mertens/Cahn, in: KölnKomm, AktG, § 93 Rn. 56; sympathisierend ferner Goette, ZHR 176 (2012), 588, 603 f.

²³⁴ Vgl. Ackermann, ZHR 179 (2015), 538, 561.

²³⁵ Vgl. Blassl, CCZ 2017, 37, 42.

Auch die konkrete Herleitung der Höchstpersönlichkeit aus dem Sanktionsregime vermag nicht zu überzeugen. Dass zur Bemessung der Verbandsgeldbuße unternehmensbezogene Kriterien herangezogen werden, beweist allein noch keinen höchstpersönlichen Charakter. Ebenso wenig muss sich aus dem für den Geschäftsleiter vorgesehenen Bußgeldrahmen abschließend dessen persönliche Belastung aus dem Rechtsverstoß ergeben.²³⁶ Andernfalls müsste der Bußgeldrahmen dem Geschäftsleiter auch Immunität vor Schadensersatzansprüchen Dritter gewähren – so konsequent möchte diesen Gedanken aber niemand verfolgen.²³⁷ Gerade im Kartellrecht, wo die Bußgeldrahmen zwischen Geschäftsleiter und Gesellschaft gravierend auseinanderfallen, nimmt die herrschende Meinung auch eine Eigenhaftung des Geschäftsleiters gegenüber Kartellgeschädigten an.²³⁸ Es ist folglich nicht geboten, die öffentlich-rechtlichen Bemessungskriterien unesehen auf zivilrechtliche Folgefragen zu übertragen.²³⁹ Ein höchstpersönlicher Charakter lässt sich der Verbandsgeldbuße im deutschen Recht folglich nicht nachweisen.

bb) Unionsrecht

Anders stellt sich die Frage der Höchstpersönlichkeit der auferlegten Sanktion für das Unionsrecht dar. Dieses kennt nur Unternehmen als Bußgeldadressaten, während ihm eine Bebußung der verantwortlichen Leitungspersonen fremd ist. Aus diesem Fehlen einer persönlichen Bußgeldverpflichtung des Geschäftsleiters möchte eine Literaturansicht schlussfolgern, dass es sich bei den unionsrechtlichen Bußgeldern um höchstpersönliche Sanktionen handelt, die ausschließlich die Gesellschaft treffen sollen. Sie nimmt daher an, dass der Anwendungsvorrang des Unionsrechts den Regress beim Geschäftsleiter ausschließt.²⁴⁰

²³⁶ *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, S. 291 f.; *P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung von Vorstandsmitgliedern in der Aktiengesellschaft, S. 56 f.; *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 456; konzедierend *Grunewald*, NZG 2016, 1121 f.

²³⁷ Siehe *Kapp/Hummel*, ZWeR 2011, 349, 359; zustimmend *Bayreuther*, NZA 2015, 1239, 1241.

²³⁸ Vgl. OLG Düsseldorf NZKart 2014, 68, 72; *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 33a GWB Rn. 17; *Dreher*, WuW 2009, 133, 137 ff.; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 33 GWB Rn. 31; *Kapp/Gärtner*, CCZ 2009, 168, 169 f.; *Rehbinder*, in: Loewenheim et al., Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, § 33 GWB Rn. 39; ablehnend aber *Franck*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 33a GWB Rn. 35 ff.; *Görner*, Die Anspruchsberechtigung der Marktbeteiligten nach § 33 GWB, S. 128 f.; *Kersting*, in: Loewenheim et al., Kartellrecht, § 33a GWB Rn. 41; *Kling/Thomas*, Kartellrecht, § 23 Rn. 72 f.

²³⁹ *Bayer*, FS K. Schmidt, 2009, S. 85, 97; *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33, 55; *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 419; *Kapp/Gärtner*, CCZ 2009, 168, 170; *M. Zimmermann*, WM 2008, 433, 437.

²⁴⁰ *Dreher*, FS Konzen, 2006, S. 85, 105; siehe auch *A. Baur/Holle*, ZIP 2018, 459, 464; *Gaul*, AG 2015, 109, 110 f.; zuletzt in einem *obiter dictum* LG Saarbrücken NZKart 2021, 64, 65.

Auch diese Schlussfolgerung ist nicht zwingend. Aus der unionsrechtlichen Ausgestaltung des Bußgeldregimes ließe sich ebenso gut auf das Gegenteil schließen: dass es dem Recht der Mitgliedstaaten obliegt, die ordnungs- und zivilrechtlichen Konsequenzen aus einem Wettbewerbsverstoß für den Geschäftsleiter zu bestimmen, da das Unionsrecht hierzu keine Aussage trifft.²⁴¹ Gegen einen höchstpersönlichen Charakter der unionsrechtlichen Geldbuße spricht zudem Art. 23 Abs. 4 VO 1/2003, wonach die Mitgliedsunternehmen einer Unternehmensvereinigung eine Ausfallhaftung für eine Geldbuße trifft, die gegen die Unternehmensvereinigung festgesetzt wurde. Wenngleich die Geldbuße auch nach dieser Vorschrift bloß Unternehmen trifft, so nimmt sie immerhin einen Dritten anstelle des Bußgeldadressaten in die Pflicht. Das Unionsrecht begreift das Bußgeld zumindest an dieser Stelle nicht als höchstpersönlich.²⁴²

In der VO 1/2003 finden sich noch weitere Indizien, die darauf hindeuten, dass das Unionsrecht keinen Einfluss auf die Regressfrage nimmt. So legt Erwägungsgrund 8 VO 1/2003 fest, dass es den Mitgliedstaaten unbenommen bleibt, strengere Rechtsvorschriften zum Schutz des Wettbewerbs zu erlassen oder anzuwenden. Dafür nennt er beispielhaft sogar strafrechtliche Sanktionen gegen natürliche Personen. Denselben Gedanken bringt auch Art. 12 Abs. 3 VO 1/2003 zum Ausdruck, wonach die Behörden der Mitgliedstaaten von der Kommission übermittelte Informationen unter bestimmten Voraussetzungen gebrauchen dürfen, um Sanktionen gegen natürliche Personen zu verhängen.²⁴³ Wenn es den Mitgliedstaaten schon freisteht, den Geschäftsleiter wegen eines Kartellverstoßes strafrechtlich zu belangen, kann schwerlich angenommen werden, dass das Unionsrecht einer zivilrechtlichen Haftung entgegensteht, indem es die Höchstpersönlichkeit des Bußgelds postuliert. Das Fehlen von Sanktionen gegen den verantwortlichen Geschäftsleiter kann damit nicht als Ausdruck einer bewussten Privilegierung begriffen werden, die der Regress unterliefe.²⁴⁴ Eine Höchstpersönlichkeit unionsrechtlicher Geldbußen, die dem Bußgeldregress im Wege stünde, lässt sich folglich ebenfalls nicht ausmachen.

2. Zweckvereitelung

Wenn das Öffentliche Recht die Regressfrage nicht schon präjudiziert, so kann es ihre Beurteilung dennoch in teleologischer Hinsicht beeinflussen. Das wäre der Fall, wenn man die Zwecke der Verbandsgeldbuße vereitelte, indem man sie als ersatz-

²⁴¹ So *Kersting*, ZIP 2016, 1266, 1268.

²⁴² *Fabisch*, ZWeR 2013, 91, 104; zustimmend *M. Arnold*, in: VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2018, S. 29, 43 f.

²⁴³ Vgl. zu beidem *Bayer/P. Scholz*, GmbHR 2015, 449, 451; *Rust*, ZWeR 2015, 299, 306; siehe zu Erwägungsgrund 8 VO 1/2003 auch *Hauff*, Der Regress von Verbandsgeldbußen im Kapitalgesellschaftsrecht, S. 146.

²⁴⁴ Vgl. *Glöckner/Müller-Tautphaeus*, AG 2001, 344, 345; *Koch*, Liber Amicorum Winter, 2011, S. 327, 335 f.

fähigen Schaden qualifiziert, und somit jenen Wertungswiderspruch herbeiführte, den es nach Möglichkeit zu vermeiden gilt.²⁴⁵

Wie oben beschrieben lassen sich insgesamt drei Zwecke der Verbandsgeldbuße ausmachen, mit denen der Binnenregress in Konflikt geraten könnte: Repression, Prävention und Effizienz.²⁴⁶

a) Repression

Die Verbandsgeldbuße soll eine allgemeine Repressionsfunktion erfüllen und im Besonderen die Möglichkeit der Vorteilsabschöpfung eröffnen.

aa) Nachteilszufügung

Die Verbandsgeldbuße soll im Allgemeinen repressiv auf die Gesellschaft wirken, indem sie ihr einen Nachteil zufügt. Eine verbreitete Literaturansicht meint, dass dieser Repressionszweck erst mit der Zuordnung der Belastung zum Vermögen des Adressaten verwirklicht werde. Ein Regressanspruch bräche die Zuordnung der Bußgeldbelastung zum Vermögen der Gesellschaft auf einer sekundären Ebene auf. Schon zum Zeitpunkt der Verhängung der Verbandsgeldbuße entstünde *ipso iure* eine gesetzliche Regresskette zum Geschäftsleiter. Die repressive Wirkungsrichtung würde damit automatisch von der Gesellschaft auf einen Dritten verlagert werden.²⁴⁷ Da die Gesellschaft anders als natürliche Personen nur durch ihren Geschäftsleiter handeln könne, erführe sie durch diesen Regressautomatismus eine Privilegierung gegenüber natürlichen Personen, welche die Verbandsgeldbuße gerade vermeiden solle.²⁴⁸

Eine zurückhaltendere Literaturmeinung möchte es derweil auf den Einzelfall ankommen lassen. Die Verbandsgeldbuße stelle nur dann keinen Schaden dar, wenn sie aus Repressionsgründen wirtschaftlich allein die Gesellschaft treffen muss. Davon sei auszugehen, wenn der Geschäftsleiter unmittelbar selbst sanktioniert werden könne oder sich die Höhe der Geldbuße nach bestimmten Unternehmensdaten bemesse.²⁴⁹ Da im Regelfall mindestens eines dieser beiden Kriterien erfüllt ist, unterscheidet sich diese Ansicht im Ergebnis kaum von der weitergehenden.

²⁴⁵ Siehe 2. Teil: B.II.1.a)bb).

²⁴⁶ Siehe 2. Teil: B.I.2.

²⁴⁷ Zur vorstehenden Argumentation insbesondere *Thomas*, NZG 2015, 1409, 1411; *ders.*, VersR 2017, 596, 599; ferner *A. Baur/Holle*, ZIP 2018, 459, 463; *Dreher*, FS Konzen, 2006, S. 85, 104 f.; *Gaul*, AG 2015, 109, 111; *Labusga*, VersR 2017, 394, 398 ff.

²⁴⁸ *Labusga*, VersR 2015, 634, 635.

²⁴⁹ *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm, AktG, § 93 Rn. 56; mit unklarer Differenzierung ferner *Buck-Heeb*, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, § 43 Rn. 66: „Auch ein gegen die Gesellschaft verhängtes Bußgeld ist nicht erstattungsfähig, wenn damit die Entscheidung des Gesetzgebers, ein Unternehmen zur Verantwortung zu ziehen, ins Leere läuft. Ansonsten kann es ersatzfähig sein.“

Beide Ansichten vermögen indessen nicht zu überzeugen. Schon ihre Prämisse, dass für die Verbandsgeldbuße ein Regressautomatismus entstünde, erweist sich als unzutreffend, da zwischen den Tatbeständen der Verbandsgeldbuße und der Geschäftsleiterhaftung kein Gleichlauf besteht. Dies zeigt bereits § 30 Abs. 1 Nr. 4 und 5 OWiG, der den Täterkreis der Bezugstat über den der Geschäftsleiter hinaus zieht. Ferner lässt es § 130 Abs. 1 Satz 1 a. E. OWiG genügen, dass eine Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht nur wesentlich erschwert worden wäre, während die Geschäftsleiterhaftung Kausalität erfordert. Mehr noch zeigt sich diese Diskrepanz im Unionsrecht: Während sich der EuGH nahezu durchgängig weigert, den schuldauusschließenden Rechtsirrtum für das europäische Kartellrecht anzuerkennen,²⁵⁰ akzeptiert ihn der BGH unter bestimmten Voraussetzungen für die Geschäftsleiterhaftung.²⁵¹ Die rigorose Linie des EuGH schlägt sich auch im nationalen Kartellrecht nieder, da die subjektiven Voraussetzungen des Bußgeldtatbestands dort so streng sein müssen wie im Unionsrecht, um dessen Wirksamkeit nicht infrage zu stellen.²⁵² Die Gesellschaft kann ihren Geschäftsleiter also nicht wegen jeder ihr auferlegten Verbandsgeldbuße in Regress nehmen.²⁵³

Selbst wenn im konkreten Fall Ordnungswidrigkeit und Binnenhaftung zusammentreffen, geht die Repressionswirkung nicht notwendig vollständig verloren, da die Gesellschaft im Außenverhältnis unverändert Bußgeldadressat bleibt. In der Konsequenz trägt sie sowohl das Prozess- als auch das Insolvenzrisiko des Geschäftsleiters.²⁵⁴ Vor allem Letzteres ist angesichts der potenziellen Höhe einer Verbandsgeldbuße erheblich. Selbst wenn eine D&O-Versicherung besteht und der Leistungsfall nicht wegen Vorsatzes ausgeschlossen ist, kann eine Verbandsgeldbuße ihre Deckungssumme übersteigen.²⁵⁵ Es ließe sich allenfalls bemängeln, dass auch in diesen Fällen ein normativer Widerspruch verbleibe. Denn der Geschäftsleiter müsse zumindest teilweise für eine Vermögenslast haften, die das Öffentliche Recht der Gesellschaft zuordne.²⁵⁶ Dieser Einwand wiederholt allerdings nur die Behauptung einer Höchstpersönlichkeit der Verbandsgeldbuße, die sich nicht hat nachweisen lassen.²⁵⁷

²⁵⁰ Vgl. EuGH NJW 2013, 3083, 3084 f.

²⁵¹ Vgl. BGH NJW-RR 2011, 1670, 1671 ff.

²⁵² EuGH NJW 2013, 3083, 3084.

²⁵³ Zum Vorstehenden *Bayer/P. Scholz*, GmbHR 2015, 449, 452; *Friedl/L. Titze*, ZWeR 2015, 318, 326.

²⁵⁴ Vgl. *Bayer/P. Scholz*, GmbHR 2015, 449, 452; *U. Binder/Kraayvanger*, BB 2015, 1219, 1225; *Hauff*, Der Regress von Verbandsgeldbußen im Kapitalgesellschaftsrecht, S. 151 f.; *Kersting*, ZIP 2016, 1266, 1268; *Rust*, ZWeR 2015, 299, 307.

²⁵⁵ Zu optimistisch daher die Einschätzung von *Lotze/Schmolinski*, NZKart 2015, 254, 256, das Insolvenzrisiko sei ob der Verbreitung der D&O-Versicherung zu vernachlässigen.

²⁵⁶ So *Thomas*, NZG 2015, 1409, 1411; ferner *A. Baur/Holle*, ZIP 2018, 459, 465: „Derartige rechtstatsächliche Zufälligkeiten können nicht darüber hinwegtäuschen, dass dogmatisch die Sanktionszwecke einer wirtschaftlichen Verlagerung der Geldbuße a priori entgegenstehen.“

²⁵⁷ Siehe 2. Teil: B.II.1.b).

Die bloße rechtliche Möglichkeit eines Bußgeldregresses beim Geschäftsleiter hebt die Repressionswirkung der Verbandsgeldbuße darum nicht auf. Einzugestehen ist lediglich, dass die Repressionswirkung zumindest beeinträchtigt wird, wenn es der Gesellschaft einmal gelingt, sie von ihrem Geschäftsleiter ersetzt zu bekommen.

bb) Vorteilsabschöpfung

Die Verbandsgeldbuße soll verhindern, dass Verbände gegenüber natürlichen Personen privilegiert werden, indem sie zwar den Nutzen aus dem Rechtsverstoß ziehen, nicht aber von der dafür angedrohten Sanktion betroffen sind. Dazu unterwirft sie auch die Gesellschaft der Vorteilsabschöpfung (§ 17 Abs. 4 OWiG).²⁵⁸ Diese Abschöpfungsfunktion der Verbandsgeldbuße bildet ein gewichtiges Argument dagegen, den Regress beim Geschäftsleiter zuzulassen. Schließlich wird der Abschöpfungserfolg nur erreicht, wenn das Gesellschaftsvermögen durch die Sanktion auch nachhaltig materiell geschmälert wird. Eine Binnenhaftung des Geschäftsleiters für die Verbandsgeldbuße würde dies verhindern, da sie das Gesellschaftsvermögen nach der Abschöpfung wieder auf den *status quo ante* zurückführen würde.²⁵⁹ Dieser Gesichtspunkt wiegt umso schwerer, als auch die Rechtsprechung dem Abschöpfungszweck der Verbandsgeldbuße einen herausragenden Stellenwert einräumt.²⁶⁰ Als das BVerfG die fachgerichtliche Auslegung des § 81 Abs. 4 GWB mit Art. 103 Abs. 2 GG für vereinbar erklärte, maß es dem gesetzgeberischen Ziel der Vorteilsabschöpfung tragende Bedeutung zu.²⁶¹ Zudem demonstriert die Rechtsprechung des BGH zum Innenregress zwischen Gesamtschuldern einer Kartellgeldbuße, dass sich der Abschöpfungszweck auch in zivilrechtlichen Folgefragen niederschlagen kann. Ihr zufolge ist beim Gesamtschuldnerausgleich sicherzustellen, dass die Buße eine wirksame und bleibende Sanktion darstellt.²⁶²

Diese Bedenken sind allerdings nur berechtigt, soweit man der Gesellschaft den Binnenregress für den vollen Betrag der Verbandsgeldbuße gewährt. Das aber bildet keineswegs eine notwendige Konsequenz aus der Entscheidung, die Verbandsgeldbuße als Schaden zu qualifizieren. Vielmehr ließe sich der Abschöpfungszweck auch auf nachgelagerter Ebene durch das schadensrechtliche Institut der Vorteilsausgleichung wahren. Durch sie können Vorteile, die der Gesellschaft aus dem Rechtsverstoß erwachsen, von ihrem Schadensersatzanspruch gegen den Geschäftsleiter abgezogen werden.²⁶³ Dem Gesellschaftsvermögen ließen sich die

²⁵⁸ Siehe 2. Teil: B.I.2.a).

²⁵⁹ Thomas, NZG 2015, 1409, 1413; siehe auch LAG Düsseldorf ZIP 2015, 829, 831 f.; Grunewald, NZG 2016, 1121, 1122.

²⁶⁰ Siehe zum Folgenden bereits Thomas, NZG 2015, 1409, 1413.

²⁶¹ BVerfG NJW 2015, 3641, 3642.

²⁶² BGHZ 203, 193, 201 f.

²⁶³ Siehe eingehend dazu 3. Teil: B.

Vorteile aus dem Rechtsverstoß also auch dann endgültig entziehen, wenn man Verbandsgeldbußen nicht schon die Schadenseigenschaft abspricht.²⁶⁴

Kritiker des Verbandsgeldbußenregresses wollen den Zweck der Vorteilsabschöpfung aber aus Gründen der Beweislast nicht erst auf Ebene der Vorteilsausgleichung berücksichtigen. Für die Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung trage nämlich der Geschäftsleiter die Darlegungs- und Beweislast. Da die Höhe der entstandenen Vorteile im Zivilverfahren eigenständig zu ermitteln sei, könne die Vorteilsausgleichung dem Abschöpfungszweck im Falle eines *non liquet* nicht Genüge tun. Sie sei damit nicht in gleicher Weise wie ein vollständiger Regressausschluss geeignet, den Abschöpfungszweck zu verwirklichen.²⁶⁵

Dieses Argument weist bereits den Weg zu seiner Widerlegung: Die dem Geschäftsleiter nachteilige Beweislastregel kommt erst bei einem *non liquet* zum Tragen. Lässt sich aber nicht klären, ob der Gesellschaft tatsächlich Vermögensvorteile aus dem Rechtsverstoß zugeflossen sind, verliert auch der Abschöpfungszweck seine Rechtfertigung. Er zwingt darum nicht dazu, den Binnenregress beim Geschäftsleiter vollständig auszuschließen.

b) Prävention

Die Verbandsgeldbuße richtet sich in präventiver Stoßrichtung an die in der Gesellschaft agierenden natürlichen Personen. Sie soll die verantwortlichen Organe zu sorgsamer Auswahl und Überwachung des Geschäftsleiters bewegen und jenen zu rechtskonformem Verhalten.²⁶⁶ Als Argument in der Debatte um den Verbandsgeldbußenregress scheint der Präventionszweck damit ein zweiseitiges Schwert zu sein. Betont man die präventive Wirkung auf die Kontrollorgane der Gesellschaft, so streitet der Präventionszweck gegen einen Bußgeldregress: Er würde den Verantwortlichen den Anreiz nehmen, bei der Auswahl, Instruktion und Überwachung des Geschäftsleiters Sorgfalt walten zu lassen, da die Gesellschaft aus einem von diesem begangenen Rechtsverstoß nichts zu befürchten hätte. Er wäre für sie gar lukrativ und risikolos, da sie sich im Fall der Entdeckung bei ihrem Geschäftsleiter schadlos halten könnte.²⁶⁷

Eine andere Schlussfolgerung liegt hingegen nahe, wenn man den Fokus der Präventionswirkung auf den Geschäftsleiter selbst legt. Die Gesellschaft ist erst durch ihn handlungsfähig. Zugleich ist er dafür verantwortlich, die Rechtmäßigkeit seines Handelns und dessen nachgeordneter Unternehmensebenen sicherzustellen. In dieser Hinsicht perpetuiert der Regress beim Geschäftsleiter gar den Präventi-

²⁶⁴ M. Arnold, in: VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2018, S. 29, 54; Bayer/P. Scholz, GmbHR 2015, 449, 453; Rust, ZWeR 2015, 299, 306.

²⁶⁵ LAG Düsseldorf ZIP 2015, 829, 832; A. Baur/Holle, ZIP 2018, 459, 465.

²⁶⁶ Siehe 2. Teil: B.I.2.b).

²⁶⁷ Vgl. Grunewald, NZG 2016, 1121, 1122; mit rechtspolitischem Impetus auch Hack, Vorstandsverantwortlichkeit bei Kartellrechtsverstößen, S. 79 f.

onszweck der Verbandsgeldbuße. Denn er stellt sicher, dass derjenige von der Sanktion des Rechtsverstößes betroffen wird, der befähigt und verpflichtet ist, ihn zu verhindern.²⁶⁸ Schlösse man hingegen den Regress aus, trüge der Geschäftsleiter erheblich geringere persönliche Risiken, wenn er seine Legalitäts- oder Compliancepflicht verletzt. Sein Anreiz, den Rechtsverstoß zu vermeiden, schwände.²⁶⁹

Das Präventionsargument erweist sich in der Regressfrage allerdings nicht mehr als beliebig, sobald man sich mit den gegen beide Schlussfolgerungen bestehenden Einwendungen auseinandersetzt. Die Sorge, die zuständigen Kontrollorgane würden ihre Aufsichtspflichten in dem Kalkül vernachlässigen, dass sich die Gesellschaft im Notfall beim Geschäftsleiter schadlos halten kann, ist unberechtigt. In Anbetracht des beträchtlichen Insolvenzrisikos des Geschäftsleiters liegt diese Erwägung fern.²⁷⁰ Den Bedenken, dass durch einen Regressausschluss die auf den Geschäftsleiter gerichtete Präventionswirkung der Verbandsgeldbuße verloren ginge, wird währenddessen entgegnet, dass die Gesellschaft häufig auch einen erheblichen Schaden durch zivilrechtliche Schadensersatzansprüche Dritter erleide. Der Binnenregress hierfür²⁷¹ und öffentlich-rechtliche Sanktionen gegen den Geschäftsleiter²⁷² seien ausreichend, um präventiv auf ihn einzuwirken. Dieses Argument verkennt jedoch, dass gerade diejenige Präventionswirkung infrage steht, die spezifisch von der Verbandsgeldbuße ausgeht. Diese wird nicht dadurch verwirklicht, dass auch andere Rechtsinstitute eine präventive Wirkung entfalten.

Nur eine Schlussfolgerung aus dem Präventionszweck der Verbandsgeldbuße überzeugt folglich: Diejenige, dass ein Regress beim Geschäftsleiter die Präventionswirkung der Verbandsgeldbuße verstärkt. Der Präventionszweck stellt also nicht nur kein Argument dafür dar, dass Verbandsgeldbußen nicht vom Schutzzweck der §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG, sondern streitet sogar für die gegenteilige Schlussfolgerung.

c) Effizienz

Die rechtsökonomische Zweckbestimmung der Verbandsgeldbuße beruht auf der Annahme, dass es effizienter sei, wenn die Behörde die Gesellschaft anstelle des Geschäftsleiters bebuße. Der Gesellschaft entstünden aufgrund ihres Informationsvorteils geringere Kosten bei der Ermittlung und Sanktionierung des für den

²⁶⁸ Thole, ZHR 173 (2009), 504, 533; so auch Bayer/P. Scholz, GmbHR 2015, 449, 452 f.; Blassl, CCZ 2017, 37, 42; Kapp/Hummel, ZWeR 2011, 349, 358; R. Koch, VersR 2015, 655, 658.

²⁶⁹ Vgl. Pant, CCZ 2015, 224, 227 f.

²⁷⁰ Konzedierend Grunewald, NZG 2016, 1121, 1122; siehe auch bereits 2. Teil: B.II.2.a) aa).

²⁷¹ Thomas, NZG 2015, 1409, 1414.

²⁷² Wilsing, in: Krieger/U. H. Schneider, Handbuch Managerhaftung, § 31 Rn. 36.

Rechtsverstoß Verantwortlichen als der Behörde.²⁷³ Dieser Gedankengang setzt bereits voraus, dass die Gesellschaft ihren Informationsvorteil auch nutzen und den verantwortlichen Geschäftsleiter in Regress nehmen kann. Im deutschen Diskurs fand die Effizienz als Zweck der Verbandsgeldbuße bislang allerdings kaum Beachtung, geschweige denn Anerkennung. Man kann diesem Gesichtspunkt darum lediglich den Stellenwert einer Hilferwägung einräumen.

d) Zwischenfazit

Eine Binnenhaftung des Geschäftsleiters für Verbandsgeldbußen der Gesellschaft hebt ihre Repressionswirkung zwar nicht auf, beeinträchtigt sie aber zumindest, wenn es der Gesellschaft einmal gelingt ihren Anspruch durchzusetzen. Mindestens ein anderer Zweck streitet aber gerade dafür, den Regress beim Geschäftsleiter zuzulassen: Die Prävention, die ihre Wirkung gerade dann auf den Geschäftsleiter entfaltet, wenn er zu befürchten hat, aufgrund einer Verbandsgeldbuße auch persönlich zu haften. Die Annahme, der Binnenregress würde die Zwecke der Verbandsgeldbuße vereiteln, lässt sich damit nicht belegen. Vielmehr bringt er einige ihrer Zwecke erst zur Geltung.

3. Existenzvernichtung

Angesichts der enormen Höhe der in der Praxis vor allem im Kartellrecht verhängten Verbandsgeldbußen befürchten einige Literaturstimmen, dass der Bußgeldregress beim Geschäftsleiter einem „wirtschaftlichen Todesurteil“ gleichkäme.²⁷⁴ Dies gelte insbesondere, wenn er bereits persönlich einer Bußgeldandrohung unterworfen sei und damit Gefahr laufe, doppelt sanktioniert zu werden.²⁷⁵ Sie plädieren deshalb dafür, den Verbandsgeldbußenregress zu verwehren, um den Geschäftsleiter vor einer damit einhergehenden Existenzvernichtung zu bewahren.²⁷⁶ Für den Bereich der Kartellbußen soll sich dieses Gebot auch § 81 Abs. 4 GWB entnehmen lassen, wonach gegen den Geschäftsleiter persönlich maximal ein Bußgeld von 1 Mio. EUR verhängt werden kann.²⁷⁷ Diesen Gedanken verfolgt auch eine Ansicht, die den Regress zwar nicht vollständig ausschließen, aber auf die Höhe eines Bußgelds begrenzen möchte, das theoretisch auch gegen den Geschäftsleiter verhängt werden könnte.²⁷⁸

²⁷³ Siehe 2. Teil: B.I.2.c).

²⁷⁴ Bayer, FS K. Schmidt, 2009, S. 85, 97; Blaurock, FS Bornkamm, 2014, S. 107, 110.

²⁷⁵ A. Baur/Holle, ZIP 2018, 459, 464 f.

²⁷⁶ Vgl. Ihlas, in: MünchKomm, VVG, Directors & Officers-Versicherung Rn. 802; Peltzer, FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 860, 863 f.; Thomas, NZG 2015, 1409, 1414; im Kontext eines Freistellungsanspruchs des Geschäftsleiters auch Schall, JZ 2015, 455.

²⁷⁷ ArbG Essen NZKart 2014, 193, 195.

²⁷⁸ Seibt, NZG 2015, 1097, 1101.

Als Paradebeispiel der existenzvernichtenden Wirkung der Geschäftsleiterhaftung für Verbandsgeldbußen gilt der ehemalige Finanzvorstand der Siemens AG Heinz-Joachim Neubürger.²⁷⁹ Wegen einer Verletzung der Compliancepflicht im Zuge der Siemens-Korruptionsaffäre hatte ihn das LG München I 2013 auf eine offene Teilklage hin zu einer Schadensersatzzahlung in Höhe von 15 Mio. EUR verurteilt,²⁸⁰ später verglich er sich mit der Gesellschaft auf eine Zahlung von 2,5 Mio. EUR. Im Februar 2015, neun Tage nachdem die Hauptversammlung der Siemens AG dem Vergleich zugestimmt hatte, nahm er sich das Leben.²⁸¹

a) Allgemeines Haftungsrisiko

Vor dem Hintergrund einer solchen menschlichen Tragödie ist der Wunsch, den Regress für Verbandsgeldbußen auszuschließen oder zumindest zu beschränken, allzu verständlich. Als schadensrechtliches Argument ist die Existenzvernichtung allerdings kaum tragfähig. Der Ansatz erweist sich bereits deshalb als unzulänglich, da es sich bei Verbandsgeldbußen nur um einen Teilbereich der von der Geschäftsleiterhaftung ausgehenden existenzvernichtenden Risiken handelt.²⁸² Die gleiche Wirkung kann auch von einem Binnenregress für zivilrechtliche Schadensersatzforderungen gegen die Gesellschaft ausgehen. Das illustriert etwa der Fall des ehemaligen Vorstandssprechers der Deutsche Bank AG Rolf-E. Breuer. Breuer hatte 2002 in einem Fernsehinterview die Kreditwürdigkeit des Medienunternehmers Leo Kirch infrage gestellt. Nachdem das OLG München eine Schadensersatzpflicht der Deutsche Bank AG gegenüber Kirchs Erben dem Grunde nach festgestellt hatte,²⁸³ verglich sich das Kreditinstitut mit ihnen auf eine Zahlung von 928 Mio. EUR, für die es Breuer in Regress nehmen wollte.²⁸⁴

Auch in einem größeren Kontext überzeugt das Argument nicht. Dass der Schadensersatz für den Schädiger möglicherweise existenzvernichtende Folgen hat, ist Ausfluss des Prinzips der Totalreparation: Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat ungeachtet seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit den gesamten Schaden auszugleichen.²⁸⁵ Da der Gesetzgeber den Geschäftsleiter mit diesem allgemeinen

²⁷⁹ Mit ausdrücklichem Bezug auf sein Schicksal *Schall*, JZ 2015, 455 Fn. 3.

²⁸⁰ Der Schaden der Siemens AG war beträchtlich höher, da sich allein die Bußgelder auf 596 Mio. EUR und 800 Mio. USD summierten, siehe LG München I ZIP 2014, 570, 572.

²⁸¹ Vgl. zu diesem Fall *Bachmann*, in: Fleischer/Thiessen, Gesellschaftsrechts-Geschichten, S. 691, 692 ff.

²⁸² *Wilsing*, FS Haarmann, 2015, S. 257, 263 f.

²⁸³ OLG München ZIP 2013, 558.

²⁸⁴ Die Parteien verglichen sich letztlich auf eine Zahlung von 3,2 Mio. EUR seitens *Breuers* und weiteren 90 Mio. EUR seitens seiner D&O-Versicherung, siehe zu allem *Schirmer*, in: Fleischer/Thiessen, Gesellschaftsrechts-Geschichten, S. 607.

²⁸⁵ Siehe 1. Teil: C.I.1.b)aa).

Haftungsrisiko bewusst belastet hat, kann sich der Rechtsanwender hierüber nicht ohne Weiteres hinwegsetzen.²⁸⁶

b) Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte

Möchte man diese gesetzgeberische Entscheidung *de lege lata* korrigieren, wird man darum auf höherrangiges Recht zurückgreifen und den Weg über die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte beschreiten müssen.²⁸⁷ In der Frage, ob sich aus den Grundrechten, insbesondere der aus Art. 2 Abs. 1 GG folgenden Privatautonomie,²⁸⁸ überhaupt ein genereller Schutz vor existenzvernichtenden Haftungsfolgen ergibt, besteht allerdings kein Konsens.²⁸⁹ Das BVerfG hat diesen bislang lediglich Minderjährigen gewährt.²⁹⁰

Selbst wenn man aber zu der Überzeugung gelangt, dass der Geschäftsleiter einen grundrechtlichen Schutz vor existenzvernichtenden Haftungsrisiken genießt,²⁹¹ folgt daraus allerdings noch nicht, dass es sich bei Verbandsgeldbußen nicht um einen zu ersetzenden Schaden handelt. Es ließe sich bereits gut vertreten, dass der Gesetzgeber seiner (potenziellen) Schutzpflicht bereits hinreichend nachgekommen ist, indem er dem Geschäftsleiter Pfändungsfreigrenzen bei der Zwangsvollstreckung und die Restschuldbefreiung im Verbraucherinsolvenzverfahren (§§ 304 ff. InsO) gewährt.²⁹² Überdies würde ein rigoroser Regressausschluss über das Ziel hinauschießen, da sich nicht jede Verbandsgeldbuße in für den Geschäftsleiter existenzvernichtenden Höhen bewegt. Will man also einen aus den Grundrechten fließenden Schutz vor Existenzvernichtung in das Zivilrecht implementieren, muss man sich filigranerer Instrumente bedienen. Einen Ansatzpunkt dafür könnten jene Vorschläge bieten, die den Regress nach den Grundsätzen über den innerbetrieblichen Scha-

²⁸⁶ Vgl. *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33, 80; *Pant*, CCZ 2015, 224, 225 f. Einige Autoren beschränken sich daher auch darauf, den Schutz des Geschäftsleiters vor einer existenzvernichtenden Haftung lediglich rechtspolitisch zu fordern: *Bachmann*, Gutachten 70. DJT, E 58; *G. Hoffmann*, NJW 2012, 1393; *P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung von Vorstandsmitgliedern in der Aktiengesellschaft, S. 351 ff.

²⁸⁷ So versucht es auch *Thomas*, NZG 2015, 1409, 1414.

²⁸⁸ Vgl. allgemein zur staatlichen Schutzpflicht für die Privatautonomie *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 107 ff.; *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts VII, § 150 Rn. 97 ff.; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 145.

²⁸⁹ Dafür *Canaris*, JZ 1987, 993, 1001 ff. mit Hinweis auf Artt. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Übermaßverbot; ablehnend *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, Vorb. § 249 Rn. 3; *Ramm*, JZ 1988, 489, 492.

²⁹⁰ Siehe BVerfGE 72, 155, 167 ff. zur unbegrenzten Verpflichtung durch die Eltern; vgl. auch BVerfG NJW 1998, 3557, 3558 zur Deliktshaftung.

²⁹¹ So etwa Fälle leichter Fahrlässigkeit bei der aktienrechtlichen Vorstandshaftung *P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung von Vorstandsmitgliedern in der Aktiengesellschaft, S. 245 ff.

²⁹² Vgl. zu diesem Argument *Bartelt*, Beschränkung des Schadensersatzumfangs durch das Übermaßverbot?, S. 194.

densausgleich oder aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht reduzieren möchten.²⁹³

4. Rechtsvergleichung

Die Rechtsvergleichung kann zumindest als subsidiäre Auslegungshilfe für komplexe Fälle herangezogen werden, für die das Gesetz keine klare Lösung bereithält.²⁹⁴ Wie die vorangegangene Betrachtung illustriert, handelt es sich bei dem Binnenregress für eine Verbandsgeldbuße um solch ein Problem. Inspiration zu seiner Bewältigung bieten die Rechtsprechung in England und Wales sowie das positive Recht Österreichs, die beide der Gesellschaft den Bußgeldregress zumindest partiell versagen.

a) England und Wales

aa) Ex turpi causa non oritur actio

Der Court of Appeal von England und Wales befasste sich 2010 in der Sache *Safeway Stores Ltd v Twigger* mit der Vorstandshaftung für eine Kartellgeldbuße. Der dem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt mutet wie ein Lehrbuchfall an: Die Klägerinnen waren Konzerngesellschaften einer Supermarktkette, die Beklagten (ehemalige) Manager und Arbeitnehmer bei ihnen. Die Beklagten hatten im Namen der Klägerinnen mit Lieferanten und Konkurrenten die Preise von Milchprodukten abgesprochen. Das Office of Fair Trading erkannte darin einen Verstoß gegen den Competition Act 1998²⁹⁵ und leitete ein Bußgeldverfahren gegen die Klägerinnen ein. Diese verlangten nunmehr Freistellung von den Beklagten für die ihnen dadurch entstehenden Kosten, zu denen eine Geldbuße von voraussichtlich mehr als 10 Mio. GBP zählte.²⁹⁶

Der Court of Appeal sah den Freistellungsanspruch gemäß dem Grundsatz *ex turpi causa non oritur actio* als präkludiert an. Jener Rechtssatz des Common Law besagt, dass die gerichtliche Durchsetzung eines Anspruchs verwehrt ist, wenn dieser auf einem Sitten- oder Gesetzesverstoß des Klägers beruht. Seinen Ursprung findet er in den Worten von Lord Mansfield in der Entscheidung *Holman v Johnson*:

²⁹³ Siehe dazu Einleitung: A.III.

²⁹⁴ Vgl. *Kischel*, Rechtsvergleichung, § 2 Rn. 72; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, § 3 Rn. 90 ff.

²⁹⁵ An Act to make provision about competition and the abuse of a dominant position in the market; to confer powers in relation to investigations conducted in connection with Article 85 or 86 of the treaty establishing the European Community; to amend the Fair Trading Act 1973 in relation to information which may be required in connection with investigations under that Act; to make provision with respect to the meaning of „supply of services“ in the Fair Trading Act 1973; and for connected purposes.

²⁹⁶ *Safeway Stores Ltd v Twigger* [2010] EWCA Civ 1472 [1]–[14].

No Court will lend its aid to a man who founds his cause of action upon an immoral or an illegal act. If, from the plaintiff's own stating or otherwise, the cause of action appears to arise *ex turpi causa*, or the transgression of a positive law of this country, there the Court says he has no right to be assisted.²⁹⁷

Die Rechtsprechung hat Inhalt und die Voraussetzungen des *ex turpi causa*-Einwands in einer Vielzahl von Fallgruppen näher konkretisiert.²⁹⁸ Sie schreibt ihm zwei Aussagen zu: Im engeren Sinne bedeute der Rechtssatz, dass der Kläger keine Strafe ersetzt verlangen könne, die ihm für rechtswidriges Verhalten auferlegt worden sei. In einem weiteren Sinne folge aus ihm, dass der Kläger auch keinen Schaden ersetzt verlangen könne, der ihm aus rechtswidrigem Verhalten entstanden sei.²⁹⁹

In der Eingangsinstanz des *Safeway*-Falls hielt der High Court noch die Frage für entscheidend, ob den Klägerinnen das Verhalten der Beklagten zuzurechnen sei. Nur dann beruhe ihr Anspruch auf einem eigenen Gesetzesverstoß, sodass der *ex-turpi-causa*-Einwand eingreife.³⁰⁰ Zurechnungsfragen treten bei der Anwendung des *ex-turpi-causa*-Satzes regelmäßig auf. Im selben Jahr, in dem der High Court den *Safeway*-Fall verhandelte, hatte sich auch das House of Lords in dem letzten Urteil vor der Abschaffung seiner judikativen Funktion mit einer ähnlichen Frage befasst. Mit der knappen Mehrheit von drei zu zwei Stimmen hatten die Lordrichter entschieden, dass einer Ein-Mann-Gesellschaft eine von ihrem Gesellschafter-Geschäftsführer begangene Bilanzfälschung zuzurechnen sei. Der *ex-turpi-causa*-Einwand verwehre es ihr deshalb, von einem Wirtschaftsprüfer dafür Schadensersatz zu verlangen, dass er die Bilanzfälschung nicht entdeckt habe – auch wenn die Gesellschaft insolvent sei und sich der Anspruchsabschluss deshalb mittelbar zu Lasten der Gläubiger auswirke.³⁰¹ Der High Court rekurrierte im *Safeway*-Fall hingegen auf einen Grundsatz aus dem Stellvertretungsrecht, dem zufolge dem Vertretenen eine Handlung seines Vertreters nicht zugerechnet wird, wenn der Vertreter dabei in gravierender Weise seine Treuepflicht verletzt.³⁰² Entsprechendes müsse für die Zurechnung des Kartellverstoßes zur Gesellschaft gelten. Zu einem Endurteil gelangte der High Court noch nicht, da er eine weitere Sachverhaltsaufklärung für

²⁹⁷ *Holman v Johnson* (1775) 1 Cowp 341, 343; anschaulich auch die Umschreibung anhand eines Beispiels von Lord Asquith in der Sache *National Coal Board v England* [1954] AC 408 (HL) 429: „If two burglars, A and B, agree to open a safe by means of explosives, and A so negligently handles the explosive charge as to injure B, B might find some difficulty in maintaining an action for negligence against A.“

²⁹⁸ Überblick bei *Peel/Goudkamp*, Winfield and Jolowicz on Tort, Kap. 26 Rn. 62 ff.; *Peel*, Treitel on The Law of Contract, Kap. 11 Rn. 22 ff.

²⁹⁹ *Gray v Thames Trains Ltd* [2009] UKHL 33 [29].

³⁰⁰ *Safeway Stores Ltd v Twigger* [2010] EWHC 11 (Comm) [44]–[117].

³⁰¹ *Stone & Rolls Ltd v Moore Stephens* [2009] UKHL 39 [36]–[111].

³⁰² Vgl. *Re Hampshire Land Co* [1896] 2 Ch 743 (QB) 749–750.

nötig hielt, um zu bestimmen, ob die Beklagten ihre Treuepflicht derart schwerwiegend verletzt hatten.³⁰³

Der Court of Appeal hob dieses Urteil einstimmig auf. Da der Unternehmens-träger alleiniger Adressat des Competition Act 1998 sei und niemand anderes danach belangt werden könne, stelle das Bußgeld eine persönliche Verbindlichkeit der Klägerinnen dar. Die Klägerinnen seien deshalb als Täter des Gesetzesverstößes anzusehen, ohne dass es eines Rückgriffs auf zivilrechtliche Zurechnungsfiguren bedürfe. Der *ex-turpi-causa*-Satz schließe Schadensersatzansprüche der Klägerinnen folglich aus.³⁰⁴

Die Entscheidung des Court of Appeal stößt in der Literatur auf erheblichen Widerspruch. Insbesondere wirft man dem Gericht vor, nicht hinreichend zu berücksichtigen, dass eine Gesellschaft von Natur aus nur durch Dritte handeln könne. Eine originäre Täterschaft der Gesellschaft lasse sich deshalb schon dogmatisch nicht konstruieren.³⁰⁵ Auch mehrere Richter des Supreme Court übten Kritik an der Rechtsprechung ihrer Kollegen. Anlass dafür gab ihnen 2015 ein Fall, in dem der Supreme Court entschied, dass der *ex-turpi-causa*-Einwand Binnenhaftungsansprüche einer insolventen Gesellschaft gegen ihre Geschäftsleiter wegen des Betriebs eines Umsatzsteuerkarussells nicht ausschließt.³⁰⁶ Die *Safeway*-Rechtsprechung galt den Richtern dabei als nicht entscheidungserheblich.³⁰⁷ Die Lords Toulson und Hodge machten in einem gemeinsamen *obiter dictum* gleichwohl deutlich, dass sie die Begründung des *Safeway*-Urteils nicht überzeugt, da die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des Bußgeldes die zivilrechtliche Regressfrage nicht präjudiziere. Im Ergebnis würde die Entscheidung zu der absurden Konsequenz führen, dass die Gesellschaft die verantwortlichen Mitarbeiter nicht einmal entlassen könnte.³⁰⁸ Für diese Kritik drückte auch Lord Mance in seinem Urteilsvotum Sympathien aus.³⁰⁹ Ein Kronanwalt spekulierte in einer Entscheidungsbesprechung daraufhin, dass der Supreme Court von der *Safeway*-Rechtsprechung möglicherweise Abstand nähme, wenn er selbst über einen Fall des Verbandsgeldbußenregresses zu entscheiden hätte.³¹⁰

³⁰³ Siehe *Safeway Stores Ltd v Twigger* [2010] EWHC 11 (Comm) [112]–[117].

³⁰⁴ *Safeway Stores Ltd v Twigger* [2010] EWCA Civ 1472 [19]–[31].

³⁰⁵ *Lim*, (2013) 13 JCLS 49, 54 ff.; *Watts*, [2011] JBL 213, 218 ff.; ebenfalls ablehnend *Davies/Worthington*, Gower's Principles of Modern Company Law, Kap. 7 Rn. 42.

³⁰⁶ Siehe zum Sachverhalt *Bilta Ltd v Nazir* [2015] UKSC 23 [1]–[4]. Ein Anspruchsausschluss hätte sich in diesem Fall mittelbar zum Nachteil des Fiskus ausgewirkt, welcher der größte Insolvenzgläubiger war.

³⁰⁷ Vgl. *Bilta Ltd v Nazir* [2015] UKSC 23 [31].

³⁰⁸ *Bilta Ltd v Nazir* [2015] UKSC 23 [159]–[161].

³⁰⁹ *Bilta Ltd v Nazir* [2015] UKSC 23 [52].

³¹⁰ *Robertson*, [2015] ECLR 325, 326; nicht so überzeugt aber *Hannigan*, Company Law, 4. Aufl. 2016, Kap. 4 Rn. 64: „It may be that the case can be distinguished as the company's direct liability was the result of an unusual statutory provision which attributed responsibility to the company [...]“.

bb) Transfer

Einige Literaturstimmen erkennen in der Rechtsprechung des Court of Appeal auch einen Begründungsansatz für das deutsche Recht.³¹¹ Ohne Weiteres lässt sich die Argumentation des Court of Appeal allerdings nicht übernehmen, da das deutsche Recht keine exakte Entsprechung zu dem *ex-turpi-causa*-Prinzip des Common Law kennt.³¹² Der Rechtsgedanke, dass eigenes rechtswidriges Verhalten Ansprüche ausschließt, begegnet jedoch auch dem deutschen Juristen bei verschiedener Gelegenheit.

Er kommt etwa im bereicherungsrechtlichen Rückforderungsausschluss nach § 817 Satz 2 BGB zum Ausdruck.³¹³ Danach kann der Kondiktionsgläubiger das Geleistete nicht zurückfordern, wenn ihm ein Gesetzes- oder Sittenverstoß zur Last fällt. Auch wenn die systematische Stellung der Norm zur Annahme verleiten könnte, dass sie sich lediglich auf die *condictio ob turpem vel iniustam causam* (§ 817 Satz 1 BGB) bezieht, erstreckt sich ihr Anwendungsbereich nach allgemeiner Meinung auf sämtliche Ansprüche aus Leistungskondiktion.³¹⁴ Ob die Vorschrift im Wege der Analogie auf andere Ansprüche anzuwenden ist oder gar einen allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatz darstellt, ist lebhaft umstritten. Die Rechtsprechung lehnt eine entsprechende Anwendung des § 817 Satz 2 BGB auf andere Rechtsverhältnisse strikt ab, da es sich bei der Norm um eine Ausnahmebestimmung mit Strafcharakter handle.³¹⁵ Weite Teile der Literatur stehen einer analogen Anwendung des § 817 Satz 2 BGB hingegen aufgeschlossen gegenüber.³¹⁶ Allgemeiner findet sich ein dem *ex-turpi-causa*-Rechtssatz ähnlicher Gedanke auch im Verbot widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) wieder, das sich aus § 242 BGB ergibt.³¹⁷ Diesem zufolge ist eine Rechtsausübung unzulässig, durch die sich die ausübende Partei in Widerspruch zu ihrem eigenen früheren Verhalten begibt.³¹⁸

Versucht man sich über eine Analogie zu § 817 Satz 2 BGB oder das Verbot des *venire contra factum proprium* der Regressproblematik zu nähern, stößt man auf dasselbe Problem: Beide setzen voraus, dass die Gesellschaft den Gesetzesverstoß

³¹¹ Thomas, NZG 2015, 1409, 1410 mit Fn. 17, 1412; vgl. auch den Hinweis bei Fleischer, DB 2014, 345, 348.

³¹² Vgl. Fabisch, ZWeR 2013, 91, 101.

³¹³ Siehe zur Parallele mit dem englischen Recht auch Gleim, (2018) 26 Eur Rev Private L 227, 234–238.

³¹⁴ Sprau, in: Palandt, BGB, § 817 Rn. 12 m. w. N.

³¹⁵ BGHZ 39, 87, 91; BGHZ 75, 299, 305; BGH NJW 1992, 310, 311; vgl. auch BVerwG NVwZ 2003, 993, 994.

³¹⁶ Früh bereits Heck, AcP 124 (1925), 1; siehe ferner Hadding, in: Soergel, BGB, § 817 Rn. 23 ff.; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 68 III.3.e), S. 165 f.; Lorenz, in: Staudinger, BGB, § 817 Rn. 14 ff.; Schwab, in: MünchKomm, BGB, § 817 Rn. 15 ff.; Wendehorst, in: BeckOK, BGB, § 817 Rn. 13.; Wieling/Finkenauer, Bereicherungsrecht, § 3 Rn. 59.

³¹⁷ Zur Ähnlichkeit beider Rechtsinstitute Kapp/Hummel, ZWeR 2011, 349, 356 ff.; siehe auch Fabisch, ZWeR 2013, 91, 101.

³¹⁸ Grüneberg, in: Palandt, BGB, § 242 Rn. 55 m. w. N.

durch eigenes Verhalten begeht. Die Gesellschaft ist als solche aber nicht handlungsfähig, sondern kann erst zur Bußgeldadressatin werden, indem ihr das Verhalten des Geschäftsleiters zugerechnet wird. In der *Safeway*-Entscheidung half dem Court of Appeal die rechtliche Ausgestaltung der Geldbuße durch den Competition Act 1998 hierüber hinweg: Da dieser allein die Gesellschaft adressiere, nicht aber den Geschäftsleiter, sei der Kartellverstoß als eigenes Verhalten der Gesellschaft zu behandeln. Ungeachtet der Tatsache, dass diese Begründung in Lehre und Rechtsprechung angefochten wird, versagt sie im deutschen Recht: Hier kann die Behörde Geldbußen gegen den verantwortlichen Geschäftsleiter verhängen; die Verbandsgeldbuße wird kumulativ durch die Zurechnungsnorm des § 30 Abs. 1 OWiG ermöglicht.³¹⁹ Die Argumentation des Court of Appeal lässt sich damit weder über § 817 Satz 2 BGB noch über § 242 BGB für das deutsche Recht fruchtbar machen.³²⁰ Anders ließe es sich allenfalls für das Unionsrecht vertreten, das wie der Competition Act 1998 keine persönliche Bebußung des Geschäftsleiters kennt. Die VO 1/2003 liefert aber eine Vielzahl von Anhaltspunkten dafür, dass der europäische Gesetzgeber den Regress mit dieser Ausgestaltung nicht unterbinden wollte.³²¹

Für die Binnenhaftung des Geschäftsleiters für eine Verbandsgeldbuße nach deutschem Recht lässt sich aus der *Safeway*-Rechtsprechung des Court of Appeal folglich kein Argument gewinnen.

b) Österreich

aa) Regressausschluss nach § 11 VbVG

§ 11 des österreichischen Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG) statuiert ein positives Regressverbot. Danach ist ein Rückgriff auf den Geschäftsleiter für Sanktionen und Rechtsfolgen³²², die die Gesellschaft aufgrund des VbVG treffen, ausgeschlossen.

Die Bedeutung dieser Norm erschließt sich erst, wenn man ihre Funktion im Kontext des VbVG in den Blick nimmt. Dieses 2006 in Kraft getretene Gesetz kodifiziert das österreichische Unternehmensstrafrecht. Motor für seine Einführung war eine Reihe kriminalpolitischer Erwägungen. Allen voran war bemängelt worden, dass Ausführungstätigkeit, Informationsbesitz und Entscheidungsmacht in Unternehmen oftmals auseinanderfielen, eine Individualstrafbarkeit aber voraussetze, dass sich alles in einer Person vereine. Durch einen gezielten Organisationszuschnitt könnten Unternehmen eine strukturelle, gar organisierte individuelle Unverantwortlichkeit schaffen, sodass niemand persönlich für Rechtsverstöße belangt werden

³¹⁹ Siehe 2. Teil: B.I.1.a).

³²⁰ Vgl. Hauff, Der Regress von Verbandsgeldbußen im Kapitalgesellschaftsrecht, S. 131; Kapp/Hummel, ZWeR 2011, 349, 356 ff.; siehe auch Fabisch, ZWeR 2013, 91, 101.

³²¹ Siehe bereits 2. Teil: B.II.1.b)bb).

³²² Dies erfasst neben Geldbußen auch Verteidigungskosten, siehe Stärker, VbVG, § 11.

könne. Daraus ergäben sich gravierende Präventionslücken.³²³ Überdies sei ein Unternehmensstrafrecht erforderlich, da der Unternehmensträger selbst Adressat der verletzten öffentlich-rechtlichen Normen sei und er aufgrund seiner großen Wirtschaftsmacht über ein enormes Schädigungspotenzial verfüge.³²⁴

Das VbVG richtet sich an „Verbände“, wozu nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 2 VbVG unter anderem juristische Personen zählen. Ein weiterer zentraler Begriff des Gesetzes ist der „Entscheidungsträger“, worunter insbesondere Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder fallen (§ 2 Abs. 1 VbVG). Nach § 3 Abs. 1 VbVG ist der Verband für eine Straftat verantwortlich, die zu seinen Gunsten begangen worden ist oder durch die Pflichten verletzt worden sind, die ihn treffen. Die Verantwortlichkeit des Verbandes setzt weiter voraus, dass entweder ein Entscheidungsträger diese Straftat rechtswidrig und schuldhaft begangen haben (§ 3 Abs. 2 VbVG) oder ein Mitarbeiter den Straftatbestand rechtswidrig verwirklicht hat und dies dadurch ermöglicht oder erleichtert wurde, dass Entscheidungsträger die nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt außer Acht gelassen haben (§ 3 Abs. 3 VbVG). Ist ein Verband für eine Straftat verantwortlich, so ist ihm gegenüber nach § 4 Abs. 1 VbVG eine Verbandsgeldbuße zu verhängen. Die Verbandsgeldbuße bemisst sich nach der Ertragslage des Verbandes und seiner sonstigen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (§ 4 Abs. 4 VbVG). Ihr Höchstbetrag ist entsprechend der korrespondierenden Strafandrohung für natürliche Personen gestaffelt (§ 4 Abs. 3 VbVG).

Nach § 3 Abs. 4 VbVG stehen die Verantwortlichkeit des Verbandes und die Strafbarkeit der handelnden Person nebeneinander. Diese Entscheidung steht im Kontrast zu anderen Rechtsordnungen, in denen die Unternehmensstrafbarkeit nur subsidiär zur Geltung kommt. Beispielsweise wird nach Schweizer Recht eine Straftat einem Unternehmen nur dann zugerechnet, wenn die Tat wegen mangelnder Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann (Art. 102 Abs. 1 chStGB).³²⁵ Von einer solchen Ausgestaltung sah der österreichische Gesetzgeber ab. Sie wäre kriminalpolitisch kontraproduktiv, weil es der Verband dann in der Hand hätte, durch Präsentation eines Schuldigen der eigenen Bestrafung zu entgehen.³²⁶

Vor dem Hintergrund dieses dogmatischen Gesamtkonzepts ist auch der Regressausschluss des § 11 VbVG zu verstehen. Die Gesetzesbegründung zu dieser Norm stellt klar, dass es dem Gesetzeszweck diametral zuwiderliefe, wenn der Verband die ihn treffenden Rechtsfolgen, insbesondere die Geldbuße, wiederum auf Einzelne überwälzen könne.³²⁷ Der Regressausschluss bringt somit die besondere gesetzgeberische Entscheidung für ein Unternehmensstrafrecht zum Ausdruck: Aus

³²³ Heine, ÖJZ 1996, 211, 212 f.; Zeder, ÖJZ 2001, 630, 635.

³²⁴ Zeder, ÖJZ 2001, 630, 635.

³²⁵ Vgl. dazu Moos, RZ 2004, 98, 99 f.

³²⁶ Regierungsvorlage zum VbVG, 994 der Beilagen XXII. GP, S. 24.

³²⁷ Regierungsvorlage zum VbVG, 994 der Beilagen XXII. GP, S. 30.

generalpräventiven Erwägungen soll der Verband als solcher gleich und neben den verantwortlichen natürlichen Personen sanktioniert werden.

bb) Transfer

Einmal mehr möchten Gegner des Verbandsgeldbußenregresses dieser Regelung auch einen Fingerzeig für das deutsche Recht entnehmen.³²⁸ Dieser Versuch erweist sich aber schon deshalb als problematisch, da es sich bei § 11 VbVG um nationales positives Recht handelt, das weder im deutschen noch im Unionsrecht eine Entsprechung findet.³²⁹ Selbst im österreichischen Recht handelt es sich bei § 11 VbVG um eine Ausnahmenvorschrift. Sie statuiert kein generelles Regressverbot für alle Verbandsgeldbußen, sondern lediglich für solche, die auf dem VbVG beruhen.³³⁰ Insbesondere gilt dieser Regressausschluss nicht für Kartellbußen,³³¹ an welchen sich die Debatte in Deutschland entzündet hatte. Der österreichische Gesetzgeber hatte sich bewusst dagegen entschieden, Kartellverstöße in den Anwendungsbereich des Unternehmensstrafrechts einzubeziehen, da sie nicht derart sozialschädlich seien, wie etwa Straftaten gegen das Leben und die körperliche Unversehrtheit, an die das VbVG im Übrigen anknüpfe.³³²

Bei § 11 VbVG handelt es sich folglich um eine originär unternehmensstrafrechtliche Norm. Ein Wertungstransfer in das deutsche Recht scheitert daran, dass diesem ein Unternehmensstrafrecht fremd ist.

5. Zwischenfazit

Die These, dass Verbandsgeldbußen nicht vom Schutzzweck der §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG erfasst sind, hat sich nicht belegen lassen. Sie lässt sich weder aus dem Postulat der Einheit der Rechtsordnung ableiten noch kann sich eine Höchstpersönlichkeit der Verbandsgeldbuße nachgewiesen werden. Ebenso wenig erfordert der Schutz des Geschäftsleiters vor existenzvernichtenden Haftungsfolgen dieses Ergebnis. Auch in rechtsvergleichenden Überlegungen findet sie keine Stütze. Nicht vollständig entkräften lässt sich einzig das Argument, dass die allgemeine Repressionswirkung der Verbandsgeldbuße durch einen Binnenregress beeinträchtigt werde. Für sich genommen kann es die These, dass Verbandsgeldbußen nicht dem Schutzzweck der Geschäftsleiterhaftung unterfallen, nicht tragen, da der Repressionszweck durch den Bußgeldregress nicht vollständig derogiert, der Präventionszweck aber gerade erst verwirklicht wird.

³²⁸ Thomas, NZG 2015, 1409, 1410.

³²⁹ Fleischer, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 255; Hauff, Der Regress von Verbandsgeldbußen im Kapitalgesellschaftsrecht, S. 134.

³³⁰ Leupold/Ramharter, GesRZ 2009, 253, 260 f.

³³¹ Kersting, ZIP 2016, 1266, 1267; Strasser, VersR 2017, 65, 66 f.

³³² Siehe Regierungsvorlage zum VbVG, 994 der Beilagen XXII. GP, S. 13.

III. Wertungsparallelen

Das Problem des Verbandsgeldbußenregresses weist Ähnlichkeiten zu einer Reihe anderer Rechtsfragen auf, mit denen sich die Rechtsprechung bereits eingehend befasst hat. Dazu zählen die (Nicht-)Strafbarkeit der Zahlung einer Geldstrafe für einen Anderen, die Beraterhaftung für Geldbußen und die Nichtigkeit rechtsgeschäftlicher Zusagen zur Übernahme künftiger Bußgelder. Es lohnt sich zu untersuchen, ob die dort gewonnen Erkenntnisse, der Annahme, dass Verbandsgeldbußen vom Schutzzweck der §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG umfasst sind, entgegenstehen oder sie stützen.

1. Bezahlung einer Geldstrafe durch Dritte

Nach § 258 Abs. 2 StGB macht sich strafbar, wer absichtlich oder wissentlich die Vollstreckung einer gegen einen anderen verhängten Strafe oder Maßnahme ganz oder zum Teil vereitelt. Dieser sogenannten Vollstreckungsvereitelung macht sich nach neuerer Rechtsprechung nicht schuldig, wer die Geldstrafe eines anderen zahlt.

a) Rechtsprechung: Keine Vollstreckungsvereitelung

Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts erfüllte die unmittelbare Zahlung der Geldstrafe eines anderen an die Justizkasse den Tatbestand des § 257 StGB a.F.³³³ Die Natur der Geldstrafe bestünde darin, dass der Verurteilte eine Vermögensminderung als Strafübel erleide. Ihre Funktion erschöpfe sich also nicht darin, eine Geldschuld des Verurteilten gegenüber dem Fiskus zu begründen. Zahle ein Dritter die Geldstrafe für den Verurteilten, vereitle er die Realisierung des Strafübels und entziehe den Verurteilten der zuerkannten Strafe, indem er die vom Gesetz intendierte Vermögensminderung abwende.³³⁴ Kein tatbestandliches Verhalten sei es hingegen, dem Verurteilten die Mittel zur Verfügung zu stellen, um die Geldstrafe zu bezahlen, oder sie ihm nachträglich zu erstatten. Dem Strafanspruch werde nämlich bereits genüge getan, wenn der Verurteilte die Geldstrafe entrichte.³³⁵

Der Ansicht des Reichsgerichts folgte die Rechtsprechung auch noch in der Nachkriegszeit – überwiegend in zivilrechtlichen Urteilen, die das Problem inzident

³³³ § 257 Satz 1 StGB in der Fassung vom 1. Januar 1872: „Wer nach Begehung eines Verbrechens oder Vergehens dem Thäter oder Theilnehmer wissentlich Beistand leistet, um denselben der Bestrafung zu entziehen oder um ihm die Vortheile des Verbrechens oder Vergehens zu sichern, ist wegen Begünstigung [...] zu bestrafen“; siehe zur historischen Entwicklung des Tatbestandes *Walter*, in: LK, StGB, § 257 Rn. 1 f.

³³⁴ RGSt 30, 232, 235.

³³⁵ RG GA 44 (1896), 253; RGZ 169, 267 f.; für eine Begünstigung auch in diesem Fall etwa *von der Decken*, ZStW 12 (1892), 97, 118 und wohl auch BAGE 9, 243, 249.

besprochen.³³⁶ Nach erheblicher Kritik aus der Literatur, die insbesondere bemängelte, dass so sozialadäquates Handeln bestraft werde,³³⁷ vollzog der BGH 1990 eine Rechtsprechungs-wende. Die Bezahlung einer Geldstrafe aus dem Vermögen eines Dritten stellt danach keine Strafvereitelung dar, selbst wenn der Dritte unmittelbar an die Justizkasse leistet. Eine Vollstreckungsvereitelung begehe nur, wer durch Störung äußerer Abläufe bewirke, dass eine gegen den Verurteilten verhängte Maßnahme nicht verwirklicht werden könne.

Der BGH zog drei Argumente zur Begründung seiner Auffassung heran: Erstens erschöpfe sich die durch den Urteilsspruch begründete Pflicht in einer Zahlung an die Gerichtskasse. Die persönliche Betroffenheit des Verurteilten sei hingegen nicht vollstreckbar und deshalb nicht Angriffsobjekt der Strafvereitelung. Zweitens verstoße die frühere Rechtsprechung gegen den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG, da nichts im Wortlaut des § 258 Abs. 2 StGB andeute, dass die Vollstreckung einer Geldstrafe auch vereitle, wer nicht in den äußeren Vollstreckungsvorgang eingreife. Drittens sei die Differenzierung danach, ob die Geldstrafe unmittelbar an die Justizkasse oder an den Verurteilten gezahlt werde, nicht tragfähig. Sie laufe auf eine Bestrafung des Ungeschickten hinaus, der es nicht verstehe, seine Zuwendung so zu etikettieren, dass er den Tatbestand nicht erfülle („Privilegierung von Komödien“).³³⁸

Diese Rechtsprechungsänderung erfuhr in der Literatur überwiegend Rückhalt.³³⁹ Eine bedeutende Gegenansicht möchte hingegen weiter daran festhalten, dass es sich zumindest bei der unmittelbaren Zahlung Dritter an die Justizkasse um eine Vollstreckungsvereitelung handelt. Ihre Vertreter weisen insbesondere das Wortlautargument zurück. Als Vereiteln lasse sich auch schon ein bloßes Verhindern verstehen.³⁴⁰ Dem BGH sei zwar darin zuzustimmen, dass ein subjektives Betroffensein nicht Vollstreckungsgegenstand ist. Wer aber direkt an die Justizkasse zahle, verhindere bereits das objektive Getroffenwerden.³⁴¹

b) Lehren für den Verbandsgeldbußenregress

Eine verbreitete Meinung sieht die Annahme, die Geldbuße müsse final beim Bußgeldadressaten verbleiben, durch die jüngere Rechtsprechung des BGH zur

³³⁶ Siehe BGHZ 23, 222, 224; BGHZ 41, 223, 228 ff.; im Strafrecht zuletzt OLG Frankfurt StV 1990, 112.

³³⁷ Vgl. etwa H. Noack, StV 1990, 113; Schmidhäuser, Strafrecht BT, S. 252.

³³⁸ Zu allem BGHSt 37, 226, 229 ff.

³³⁹ Cramer, in: MünchKomm, StGB, § 258 Rn. 35; Fischer, StGB, § 258 Rn. 32; V. Hoffmann/Wißmann, StV 2001, 249; Müller-Christmann, JuS 1992, 379, 381 f.; Wodicka, NSZ 1991, 487; trotz rechtspolitischem Bedauern auch: Krey, JZ 1991, 889; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 258 Rn. 13.

³⁴⁰ Scholl, NSZ 1999, 599, 603; Walter, in: LK, StGB, § 258 Rn. 50; trotz Befürwortung der übrigen Argumentation des BGH auch Wodicka, NSZ 1991, 487.

³⁴¹ Hillenkamp, JR 1992, 74, 75.

Vollstreckungsverteilung entkräftet. Wenn es den staatlichen Strafanspruch unberührt lasse, dass ein Dritter die Zahlungsverpflichtung des Verurteilten erfülle, stehe der Charakter der Sanktion einem Ausgleich des mit ihr verbundenen wirtschaftlichen Nachteils durch einen Dritten nicht entgegen.³⁴²

Dieser Schluss krankt bereits daran, dass sich die bei § 258 Abs. 2 StGB diskutierte Frage der Strafbarkeit und -würdigkeit nach strengeren Maßstäben beurteilt als die der zivilrechtlichen Haftung³⁴³ und es dort um freiwillige Zahlungen, nicht aber das Bestehen einer Zahlungspflicht geht.³⁴⁴ Auch wenn man die Argumentation aus dem Grundsatzurteil des BGH zur Vollstreckungsvereitelung näher unter die Lupe nimmt, zeigt sich, dass sich diese nicht auf das Problem des Verbandsgeldbußenregresses übertragen lässt: Das Wortlautargument ist ein strafrechtsspezifisches, da der Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG für das Zivilrecht keine Geltung beansprucht.³⁴⁵ Auch aus den leichten Umgehungsmöglichkeiten einer Strafbarkeit, lässt sich keine Schlussfolgerung für den zivilrechtlichen Regress ziehen.³⁴⁶

Lediglich an eine These des BGH ließe sich anknüpfen: Die im Urteilsspruch begründete Pflicht erschöpfe sich in einer Zahlung an den Fiskus, nach der persönlichen Betroffenheit des Verurteilten verlange sie nicht. Auch diese Aussage erlaubt aber keinen Rückschluss darauf, dass ein Binnenregress zulässig sei. Der BGH geht lediglich davon aus, dass allein die Zahlungsverpflichtung den Vollstreckungsgegenstand bildet, nicht aber die Höchstpersönlichkeit der Sanktion. Weder hat er damit aber bestritten, dass eine Höchstpersönlichkeit der Sanktion existiert, noch ihr die Relevanz für sämtliche Folgefragen abgesprochen.

Die strafrechtliche Rechtsprechung zur Vollstreckungsvereitelung bedient sich damit durchweg solcher Argumente, die sich auf die Binnenhaftung des Geschäftsleiters nicht übertragen lassen. Die Behauptung, dass die Höchstpersönlichkeit einer Verbandsgeldbuße dem Regress im Weg stünde, ist mit dieser Recht-

³⁴² Insbesondere *D. Krause*, NStZ 2000, 225, 230; ferner *Blaurock*, FS Bornkamm, 2014, S. 107, 114; *Fleischer*, BB 2008, 1070, 1073; *ders.*, DB 2014, 345, 348 (zurückhaltender aber jetzt *ders.*, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 253: „zumindest eine Tendenzaussage“); *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, S. 288 ff.; *Rust*, ZWeR 2015, 299, 306; *M. Zimmermann*, WM 2008, 433, 437; verhaltener auch *M. Arnold*, in: VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2018, S. 29, 46 f.; *Kersting*, ZIP 2016, 1266, 1268 Fn. 21.

³⁴³ *A. Baur/Holle*, ZIP 2018, 459, 463 f.; *Thomas*, NZG 2015, 1409, 1411.

³⁴⁴ LAG Düsseldorf ZIP 2015, 829, 830; *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33, 54; *Koch*, Liber Amicorum Winter, 2011, S. 327, 334; *Lotze/Schmolinski*, NZKart 2015, 254, 256; ähnlich auch schon BGHZ 41, 223, 228 ff.

³⁴⁵ BVerfGE 34, 269, 293; *Degenhart*, in: Sachs, GG, Art. 103 Rn. 60; *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 103 Abs. 2 Rn. 56 f.

³⁴⁶ *A. Baur/Holle*, ZIP 2018, 459, 464; zurückhaltend daher auch *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 532 f.

sprechung nicht widerlegt. Es ist aber daran zu erinnern, dass sie sich ebenso wenig im Ordnungswidrigkeitenrecht hat belegen lassen.³⁴⁷

2. Beraterhaftung für Geldbußen

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat sich mit dem Geldbußenregress bereits in einer Reihe von Fällen auseinandergesetzt, in denen der Geschädigte infolge einer Falschberatung gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstieß.

a) Rechtsprechung: Bußgeldregress

Schon das Reichsgericht entschied, dass ein Steuerberater seinem Mandanten eine gegen ihn wegen Steuerhinterziehung verhängte Geldstrafe zu ersetzen habe, wenn er ihm pflichtwidrig von einer strafbefreienden Selbstanzeige abräte. Das Reichsgericht ließ dabei dahinstehen, ob man die Nachteile seiner Bestrafung unter allen Umständen selbst tragen müsse und ein Regress bei einem Dritten damit generell ausgeschlossen sei. Den Schaden erblickte es im zu entscheidenden Fall bereits darin, dass dem Mandanten die gesetzlich vorgesehene Straffreiheit durch eine Selbstanzeige entgangen sei. Der Steuerberater habe seinen Rechtsrat gerade in Kenntnis und auf Grundlage der bereits begangenen Straftat und der an sich bestehenden Straffälligkeit erteilt. Der Mandant begehre deshalb nicht die Herstellung eines der Rechtsordnung widersprechenden Zustands, sondern einer Sachlage, die die Vorschriften über die strafbefreiende Selbstanzeige erlaube.³⁴⁸

Auch das Reichsarbeitsgericht befasste sich mit der Problematik des Geldbußenregresses. Im zugrunde liegenden Fall war gegen einen Arbeitgeber eine Geldstrafe wegen eines Verstoßes gegen preisrechtliche Vorschriften bei der Lieferung von Militärleder verhängt worden. Diese verlangte er von einem Arbeitnehmer ersetzt, der als Fachmann für Handelsrecht und Buchführung beschäftigt war und dem der Arbeitgeber vorwarf, den Verstoß pflichtwidrig und schuldhaft zugelassen zu haben. Das Reichsarbeitsgericht meinte, dem Arbeitgeber könne der Schadenersatzanspruch nicht abgesprochen werden, sofern seine Verurteilung nicht wegen einer eigenen schuldhaften Aufsichtspflichtverletzung erfolgt sei. Die Besonderheit des von ihm geltend gemachten Anspruchs liege darin, dass er den Arbeitnehmer als Fachmann gerade zur Vermeidung eines Zuwiderhandelns gegen gesetzliche Vorschriften angestellt habe. Ergänzend führte das Reichsarbeitsgericht aus, dass das Schadenersatzverlangen auch keinem gesetzlichen Verbot widerspreche, da der Ersatz einer bezahlten Geldstrafe durch einen anderen nicht strafbar sei.³⁴⁹

³⁴⁷ Siehe 2. Teil: B.II.1.b).

³⁴⁸ Siehe zu allem RGZ 169, 267, 269 f.

³⁴⁹ RAGE 27, 43, 46; siehe dazu auch die Anmerkung von *Herschel*, DR 1943, 558 f., der die Rechtsfrage lediglich in strafrechtlichem Lichte diskutiert. Ausführlich zur strafrechtlichen Bewertung des Ersatzes einer Geldstrafe für Dritte unter 2. Teil: B.III.1.

Der BGH bezog erstmals durch den II. Zivilsenat zum Bußgeldregress Stellung. Im zugrunde liegenden Fall hatte ein Bankkunde durch Auslandsüberweisungen gegen Vorschriften des Devisenrechts verstoßen und war dafür mit einem Bußgeld belegt worden. Er verlangte dafür von der Bank Ersatz, da sie es pflichtwidrig unterlassen habe, ihn auf rechtliche Bedenken gegen die von ihm erteilten Überweisungsaufträge aufmerksam zu machen. Der BGH betonte, dass es stets eines besonderen Rechtsgrundes bedürfe, der die Abwälzung einer solchen Strafe rechtfertige. Ein solcher sei jedenfalls dann zu bejahen, wenn ein Dritter den Täter durch schuldhaftes Verletzung einer vertraglichen Verpflichtung zur Tat veranlasst habe, deren Inhalt dahin gehe, den Täter vor der Begehung einer solchen Tat durch Warnungen oder ähnliche Hinweise zu schützen.³⁵⁰

Dieser Rechtsprechung schloss sich der IX. Zivilsenat in zwei Urteilen zur Steuerberaterhaftung an. In beiden Fällen war ein Mandant infolge einer Falschberatung mit einer Geldstrafe wegen eines Steuerdelikts belegt worden. Der IX. Zivilsenat betonte, dass derjenige, der eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begehe, die gegen ihn verhängte Sanktion nach deren Sinn und Zweck in eigener Person tragen und darum die ihm auferlegte Sanktion aus seinem eigenen Vermögen aufbringen müsse. Dies schließe aber eine Einstandspflicht desjenigen nicht aus, der vertraglich verpflichtet gewesen sei, den Täter vor der Begehung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit zu schützen. Diese beurteile sich allein nach dem Bürgerlichen Recht. Der IX. Zivilsenat entschied deshalb beide Male, dass der Steuerberater schadensersatzpflichtig sei.³⁵¹

Im Jahr 2018 nahm schließlich der X. Zivilsenat an, dass ein Luftverkehrsunternehmen einen Passagier für eine ausländische Geldbuße in Regress nehmen könne, die ihm dafür auferlegt wurde, dass es diesen ohne die für eine Einreise erforderlichen Dokumente transportiert hatte. Das Urteil problematisierte die Regressfähigkeit im Allgemeinen nicht.³⁵²

b) Lehren für den Verbandsgeldbußenregress

Das Reichsgericht verzichtete ausdrücklich darauf, verallgemeinerungsfähige Aussagen zum Bußgeldregress zu treffen. Es hielt für entscheidend, dass dem Mandanten die legale Möglichkeit der strafbefreienden Selbstanzeige entgangen war. Auf die Geschäftsleiterhaftung für Verbandsgeldbußen lässt sich diese Begründung nicht übertragen – sieht man vom Sonderfall ab, dass der Geschäftsleiter seine Pflicht allein dadurch verletzt, dass er es unterlässt, von der kartellrechtlichen Kronzeugenregelung Gebrauch zu machen.³⁵³ Es erscheint auch fraglich, ob sich das

³⁵⁰ BGHZ 23, 222, 225.

³⁵¹ Vgl. BGH NJW 1997, 518, 519; BGH DStR 2010, 1695.

³⁵² BGH NJW 2018, 2954.

³⁵³ Siehe dazu 2. Teil Fn. 231; vgl. auch zu den Geschäftsleiterpflichten in diesem Zusammenhang Dreher, ZWeR 2009, 397, 401 f.

Urteil des Reichsarbeitsgerichts verallgemeinern lässt, da es eine Sondervorschrift der Kriegswirtschaft betraf, die eine Haftung für vermutetes Verschulden anordnete.³⁵⁴

Sowohl Befürworter als auch Gegner des Verbandsgeldbußenregresses beanspruchen die BGH-Rechtsprechung zur Beraterhaftung für sich. Die Befürworter wollen aus ihr einen allgemeinen Grundsatz der Regressfähigkeit von Geldbußen herauslesen. Eine Ausnahme hiervon lasse sich bei der Geschäftsleiterhaftung nicht begründen.³⁵⁵ Demgegenüber erblicken die Gegner in der Rechtsprechung gerade ein gegenteiliges Regel-Ausnahme-Verhältnis: Es bedürfe stets eines besonderen Rechtsgrunds, der ausnahmsweise die Abwälzung der Geldbuße rechtfertige. Dieser liege in den Beraterfällen darin, dass sich jemand fachlichen Rat hole, um der Gefahr einer Sanktionierung seines Handelns zu begegnen, und, dass sich durch die Falschberatung genau dieses Risiko realisiere. An einem solchen besonderen Rechtsgrund fehle es aber bei der Geschäftsleiterhaftung.³⁵⁶

Dass sich der BGH-Rechtsprechung irgendein Regel-Ausnahme-Verhältnis zum Geldbußenregress entnehmen lässt, muss allerdings bezweifelt werden. Die Aussage, dass es stets eines besonderen Rechtsgrundes bedürfe, der die Abwälzung einer Geldbuße rechtfertige, findet sich zwar noch in dem Urteil des II. Zivilsenats zur Bankenhaftung wieder.³⁵⁷ wird von der jüngeren Rechtsprechung aber nicht mehr aufgegriffen. Vielmehr soll ihr zufolge nur maßgeblich sein, ob sich ein solcher Ersatzanspruch aus den allgemeinen Regeln des Bürgerlichen Rechts ergibt.³⁵⁸ Wollte man daraus aber schlussfolgern, dass Geldbußen nach allgemeinen Regeln regressfähig seien, läuft man Gefahr, einem Zirkelschluss zu unterliegen: Diese Frage gilt es nach den allgemeinen Regeln des Bürgerlichen Rechts erst zu beantworten.³⁵⁹ Ein Regel-Ausnahme-Verhältnis lässt sich der Rechtsprechung damit weder in die eine noch in die andere Richtung entnehmen.

Gleichwohl ist die Rechtsprechung zu den Beraterfällen aufschlussreich. Zunächst folgt aus ihr, dass der zivilrechtliche Rückgriff bei einem Dritten für eine Geldbuße nicht *a priori* ausgeschlossen ist.³⁶⁰ Es empfiehlt sich ferner, die spezifische Begründung ins Auge zu fassen, mit der die Rechtsprechung den Regress beim Berater zugelassen hat. Sie besteht darin, dass der Berater verpflichtet gewesen war, den Geschädigten vor der Begehung einer Ordnungswidrigkeit zu schützen.³⁶¹ Eine

³⁵⁴ *Holly/Friedhofen*, NZA 1992, 145, 151; siehe auch *Fleischer*, DB 2014, 345, 346 Fn. 15; für eine Verallgemeinerungsfähigkeit aus zeitgenössischer Perspektive aber *H. Titze*, ZAkDR 1943, 15.

³⁵⁵ *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 532; so auch *Fleischer*, DB 2014, 345, 347.

³⁵⁶ LAG Düsseldorf ZIP 2015, 829, 832 f.; *Labusga*, VersR 2017, 394, 396 ff.

³⁵⁷ BGHZ 23, 222, 225.

³⁵⁸ BGH NJW 1997, 518, 519; BGH DStR 2010, 1695.

³⁵⁹ Vgl. *Holly/Friedhofen*, NZA 1992, 145, 151.

³⁶⁰ Vgl. *Bayer*, FS K. Schmidt, 2009, S. 85, 96.

³⁶¹ BGH NJW 1997, 518, 519; BGH DStR 2010, 1695.

inhaltsgleiche Pflicht trifft den Geschäftsleiter aufgrund seiner Legalitäts- und Compliancepflicht, die es ihm sowohl gebieten, sich selbst bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben rechtstreu zu verhalten, als auch rechtstreu Verhalten auf nachgeordneter Unternehmensebene sicherzustellen.³⁶² Dass diese Pflichten anders als die des Beraters nicht auf einem Vertrag, sondern auf der Organstellung beruht, rechtfertigt eine unterschiedliche Behandlung nicht,³⁶³ da auch die Organstellung auf einem Rechtsgeschäft beruht: der Bestellung.³⁶⁴

Regressgegner halten diese Rechtsprechung gleichwohl nicht für auf den Verbandsgeldbußenregress beim Geschäftsleiter übertragbar. Anders als in den Beraterfällen habe man es hier nämlich mit einer Binnenhaftung zu tun. Eröffne man hier die Regressmöglichkeit, entstünde ein Entlastungsautomatismus, da die Gesellschaft den verantwortlichen Geschäftsleiter für jede Verbandsgeldbuße in Anspruch nehmen könne.³⁶⁵ Anders als die Geldbußen, über die die Rechtsprechung in den Beraterfällen befand, setze die Verbandsgeldbuße bereits voraus, dass der Geschäftsleiter pflichtwidrig und schuldhaft gehandelt habe. Dass der Gesetzgeber dennoch eine Bußgeldpflicht der Gesellschaft statuiere, impliziere, dass diese die Geldbuße aus eigenem Vermögen aufbringen müsse.³⁶⁶ Diese Einwendungen greifen allerdings lediglich zwei Thesen auf, die sich im Gang der Untersuchung bereits als unzutreffend erwiesen haben: Weder entsteht ein Regressautomatismus³⁶⁷ noch lässt sich eine gesetzgeberische Intention nachweisen, der zufolge Verbandsgeldbußen höchstpersönlich sind.³⁶⁸

Nimmt man die tragenden Erwägungen des BGH zur Beraterhaftung für Bußgelder ernst, muss man folglich auch eine Binnenhaftung des Geschäftsleiters für Verbandsgeldbußen bejahen.

³⁶² Vgl. *Bayreuther*, NZA 2015, 1239, 1240 f.; *U. Binder/Kraayvanger*, BB 2015, 1219, 1226; *Faerber/Engelhoven*, EWIR 2015, 313, 314; *Fleischer*, DB 2014, 345, 347; *Kapp/Gärtner*, CCZ 2009, 168, 170; *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, S. 289 f.; beschränkt auf die Verletzung einer Aufsichtspflicht auch *Dreher*, FS Konzen, 2006, S. 85, 104.

³⁶³ So aber LAG Düsseldorf ZIP 2015, 829, 832 f.

³⁶⁴ Vgl. *Bayreuther*, NZA 2015, 1239, 1240 f.; *Kersting*, ZIP 2016, 1266, 1267; *R. Koch*, VersR 2015, 655, 658; *Pant*, CCZ 2015, 224, 227; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 532.

³⁶⁵ LAG Düsseldorf ZIP 2015, 829, 832 f.; siehe auch *Wilsing*, in: Krieger/U. H. Schneider, Handbuch Managerhaftung, § 31 Rn. 36: „Die in Bezug genommene Entscheidung zu einem von seinem Mandanten in Regress genommenen Steuerberater dürfte allerdings nicht die besondere Interessenlage im Bereich der Unternehmensbußgelder im Blick gehabt haben.“

³⁶⁶ *Thomas*, NZG 2015, 1409, 1413; *ders.*, VersR 2017, 596, 600.

³⁶⁷ Siehe 2. Teil: B.II.2.a)aa).

³⁶⁸ Siehe 2. Teil: B.II.1.b).

3. Rechtsgeschäftliche Zusagen zur Übernahme von Geldbußen

a) Rechtsprechung: Sittenwidrigkeit

Schon unter Geltung des allgemeinen preußischen Landrechts entschied das Reichsgericht, dass Abreden zur Erstattung künftiger Geldstrafen nichtig seien. Da die Leistung von einer gesetzlich verbotenen Handlung abhängt, handle es sich um eine unerlaubte und damit nach §§ 227 f. I 5 ALR unwirksame Bedingung.³⁶⁹ Ausführlich setzte sich erstmals das OLG Hamm 1984 mit der Problematik auseinander. Im zugrunde liegenden Sachverhalt war gegen die Beklagte ein Bußgeld verhängt worden, weil sie Fleisch importiert hatte, das nicht den Vorschriften des deutschen Lebensmittelrechts entsprach. Sie behauptete, sie habe mit dem Kläger vereinbart, dass dieser ihr alle Geldbußen zu erstatten habe, die ihr aus Straf- und Ordnungswidrigkeitsverfahren wegen des gelieferten Fleisches erwachsen. Das OLG Hamm hielt eine solche Vereinbarung für nichtig, da sie gegen die guten Sitten verstoße (§ 138 Abs. 1 BGB). Sie zielte darauf ab und sei dazu geeignet, Schutzvorschriften des Lebensmittelrechts leerlaufen zu lassen, indem sie es der Beklagten ermöglichte, das Fleisch in den Verkehr zu bringen, das den Vorschriften des deutschen Lebensmittelrechts nicht entspreche, ohne selbst Sanktionen ausgesetzt zu sein. Auf diese Weise wäre der Beklagten jeder Anreiz genommen, die importierten Lebensmittel selbst zu überprüfen.³⁷⁰

Ähnlich argumentierte 2001 das BAG in einem vielzitierten Urteil. Im zugrunde liegenden Fall war ein Arbeitnehmer eines Transportunternehmens wegen erheblicher Lenkzeitüberschreitungen zu einem Bußgeld verurteilt worden. Er behauptete, dass sein Arbeitgeber allen Arbeitnehmern wiederholt zugesichert habe, sämtliche ihnen auferlegte Bußgelder zu erstatten, und sie so veranlasst habe, längere Fahrzeiten zu absolvieren, als gesetzlich erlaubt waren. Auch das BAG entschied, dass eine solche Zusage sittenwidrig und daher nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sei. Sie laufe dem Zweck von Straf- und Bußgeldvorschriften zuwider und sei geeignet, die Hemmschwelle des Arbeitnehmers herabzusetzen, Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten zu begehen. Ein Arbeitgeber, der im eigenen wirtschaftlichen Interesse seine Arbeitnehmer zur Vernachlässigung von Verkehrsvorschriften verleite, indem er von vornherein die Übernahme etwaiger Geldstrafen und Geldbußen zusage, gefährde nicht nur die Gesundheit seiner Arbeitnehmer, sondern auch die allgemeine Verkehrssicherheit. Das könne die Rechtsordnung nicht hinnehmen.³⁷¹ Die Literatur leistet dieser Rechtsprechung Folge,³⁷² plädiert aber teilweise dafür, das Sitten-

³⁶⁹ RGSt 30, 232, 234.

³⁷⁰ OLG Hamm ZIP 1984, 1382, 1384.

³⁷¹ BAG NJW 2001, 1962, 1963; im Anschluss daran auch FG Köln DStRE 2006, 203, 207; LAG Mainz VRR 2010, 203; LAG Köln ArbR 2012, 292.

³⁷² *Armbrüster*, in: MünchKomm, BGB, § 138 Rn. 42; *Holly/Friedhofen*, NZA 1992, 145, 148; vgl. auch bereits *Klemp*, BB 1977, 843, 845; verhalten aber *Rehbinder*, ZHR 148 (1984), 555, 566 f.

widrigkeitsverdikt auf Erstattungszusagen zu beschränken, die Vorsatztaten zum Gegenstand haben, da nur diese geeignet seien, den Rechtsverstoß zu fördern.³⁷³

b) Lehren für den Verbandsgeldbußenregress

Dieser Rechtsprechung möchte man einmal mehr auch ein Argument gegen den Verbandsgeldbußenregress entnehmen. Wenn die vertragliche Weitergabe einer Geldbuße im öffentlichen Interesse unterbunden werde, dürfte sie konsequenterweise auch nicht auf dem Weg der Geschäftsleiterhaftung erfolgen.³⁷⁴ Dies demonstriere eine Kontrollüberlegung: Eine anstellungsvertragliche Verpflichtung des Geschäftsleiters, der Gesellschaft das Bußgeld zu erstatten, wäre nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Was sich vertraglich nicht wirksam vereinbaren ließe, könne *a maiore ad minus* nicht bereits von Gesetzes wegen gelten. Eine Gesetzesauslegung, die zu dem Schluss gelange, dass eine Verbandsgeldbuße regressfähig sei, könne daher nicht zutreffen.³⁷⁵

Diese Argumentation blendet jedoch die rechtsethische Wertung aus, auf der das Sittenwidrigkeitsverdikt in den entschiedenen Fällen fußt. Sie gründet sich darin, dass die Erstattungszusage geeignet ist, die Hemmschwelle des Vertragspartners herabzusetzen, den Rechtsverstoß zu begehen. Dieser Gedankengang findet bei der Geschäftsleiterhaftung keine Entsprechung, da ein Rechtsverstoß der Gesellschaft die Zurechnung eines Handelns des Geschäftsleiters voraussetzt. Die Hemmschwelle des Geschäftsleiters, einen Rechtsverstoß zu begehen, würde durch seine Haftung nicht herab-, sondern allenfalls heraufgesetzt. Inkonsequent erscheint es deshalb vielmehr, den Regress zu verwehren: Das persönliche Risiko des Geschäftsleiters würde damit beträchtlich verringert, seine Hemmschwelle zum Rechtsverstoß herabgesetzt.³⁷⁶ Die Rechtsprechung zur Nichtigkeit von Erstattungszusagen für künftige Bußgelder spricht darum allenfalls dafür, jedenfalls aber nicht dagegen, der Gesellschaft den Verbandsgeldbußenregress bei ihrem Geschäftsleiter zu gewähren.

IV. Zwischenergebnis

Wendet man die Differenzhypothese ohne wertende Korrektur an, so handelt es sich bei Verbandsgeldbußen um einen Schaden der Gesellschaft. Die Gegner des Verbandsgeldbußenregresses tragen darum die Begründungslast für ein gegenteiliges Ergebnis, gleichgültig ob sie zu ihm über eine teleologische Reduktion, einen normativen Schadensbegriffs oder den Ausschluss des Zurechnungszusammenhangs gelangen möchten. Da sie nicht überzeugend haben darlegen können, dass die §§ 43

³⁷³ Kapp, NJW 1992, 2796, 2798.

³⁷⁴ LAG Düsseldorf ZIP 2015, 829, 831; Labusga, VersR 2017, 394, 399.

³⁷⁵ Grunewald, NZG 2016, 1121, 1122.

³⁷⁶ Vgl. Bayreuther, NZA 2015, 1239, 1242.

Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG das Vermögen der Gesellschaft nicht vor der Belastung durch Verbandsgeldbußen schützen sollen, sind sie ihrer Begründungslast nicht nachgekommen. Verbandsgeldbußen stellen damit einen Schaden dar, den die Gesellschaft von ihrem Geschäftsleiter ersetzt verlangen kann. Dieses Ergebnis findet zwar keine (weitere) Bestätigung in der strafrechtlichen Judikatur zur Vollstreckungsverweigerung, wohl aber in der Rechtsprechung zur Beraterhaftung für Geldbußen und zur Sittenwidrigkeit von vertraglichen Zusagen, künftige Geldbußen zu übernehmen.

C. Ersatzfähigkeit des Reputationsschadens

Eine Pflichtverletzung des Geschäftsleiters kann auch das öffentliche Ansehen der Gesellschaft in Mitleidenschaft ziehen, insbesondere wenn sie ein großes mediales Aufsehen nach sich zieht. Beispiele dafür liegen auf der Hand, etwa die Siemens-Korruptionsaffäre oder diverse Skandale, die die Deutsche Bank betrafen (Breuer-Interview, LIBOR-Manipulation, Cum-ex-Geschäfte). Es stellt sich daher die Frage, ob es sich auch bei solch einem Reputationsverlust der Gesellschaft um einen Schaden handelt, den sie von ihrem Geschäftsleiter nach den §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG ersetzt verlangen kann.

Wenn überhaupt, dann wird sie in der Literatur meist nur kurz behandelt. Die überschaubaren Stellungnahmen widersprechen einander in apodiktischem Tonfall: Ingo Drescher, seines Zeichens Vorsitzender Richter des II. Zivilsenats des BGH, meint, Rufschäden seien vom Geschäftsleiter nicht zu ersetzen, soweit sie sich nicht in der Vermögenssphäre der Gesellschaft niederschlugen.³⁷⁷ Gleichgesinnt heißt es bei Kindler, dass negative Presseberichterstattung über Korruptions- und Kartellverstöße allenfalls einen Schaden der Gesellschafter begründeten, wenn deren Anteile in der Folge an Wert verlören.³⁷⁸ Auch Ziemons hält nur in Geld bewertbare Vermögenseinbußen für ausgleichsfähig.³⁷⁹ Dementgegen behaupten Diekmann sowie Peter und Walter Doralt, dass auch ideelle Nachteile, die wie Rufschäden nicht wirtschaftlich zu beziffern seien, einen Schaden der Gesellschaft darstellten.³⁸⁰ Ebenso sieht Klöhn jeden Vermögens- und Nichtvermögensschaden als ersatzfähig

³⁷⁷ Drescher, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, Rn. 355; zustimmend Fleischer, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 249.

³⁷⁸ Kindler, FS G. Roth, 2011, S. 367, 373.

³⁷⁹ Ziemons, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 449 mit Fn. 1030; ähnlich U. Schmidt, in: Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, § 93 AktG Rn. 97; Seyfarth, Vorstandsrecht, § 23 Rn. 55.

³⁸⁰ Diekmann, in: Priester/Mayer/Wicke, Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts III, § 46 Rn. 17; P. Doralt/W. Doralt, in: Semler/v. Schenck/Wilsing, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, § 16 Rn. 48 mit Anwendungsbeispielen in Fn. 75.

an.³⁸¹ Sie alle berufen sich dabei auf Zöllner und Noack,³⁸² die von dieser Ansicht aber wieder Abstand genommen zu haben scheinen.³⁸³

Um der Frage auf den Grund zu gehen, ob die Gesellschaft einen Reputationsschaden im Wege der Binnenhaftung ersetzt verlangen kann, bedarf es eines abschichtenden Vorgehens. Vor der rechtlichen Würdigung empfiehlt es sich, die Begriffe „Reputation“ und „Reputationsschaden“ zu klären. Hierzu können vor allem Erkenntnisse aus der Ökonomie beitragen. Darauf aufbauend ist zu diskutieren, ob bei einem Reputationsschaden eine Naturalrestitution (§ 249 Abs. 1 BGB) möglich ist. Ist dies nicht der Fall, ist zu klären, ob es sich dabei um einen Vermögensschaden handelt, sodass für ihn nach § 251 Abs. 1 Var. 1 BGB eine Geldentschädigung verlangt werden kann. Handelt es sich hingegen um einen Nichtvermögensschaden, ist die Hürde des § 253 Abs. 1 BGB zu nehmen, wonach bei einem solchen nur in den gesetzlich bestimmten Fällen Anspruch auf eine Entschädigung in Geld besteht.

I. Reputation und Reputationsschaden

Seinen etymologischen Ursprung findet der Ausdruck Reputation im lateinischen *reputatio*, was so viel bedeutet wie Anrechnung, Erwägung oder Betrachtung. Über den französischen Ausdruck *réputation* – meist übersetzt mit „guter Ruf“ – fand das Wort Eingang in die deutsche Sprache.³⁸⁴ Die Wortbedeutung des guten Rufs findet sich auch heute noch im Duden wieder.³⁸⁵ Mit „guter Ruf“ oder „Ansehen“ ist die Reputation allerdings lediglich anhand von Synonymen umschrieben. Aufschluss über Inhalt und Bedeutung des Wortes geben diese nicht; zur Begriffsklärung ist durch sie wenig beigetragen.

1. Grundlagen der ökonomischen Reputationstheorie

Erkenntnisgewinn versprechen hingegen die umfangreichen ökonomischen Untersuchungen zur Reputation. Anfang der 1980er-Jahre weckte sie in den USA erstmals das Forschungsinteresse der Wirtschaftswissenschaften.³⁸⁶ Die Reputationforschung hat sich seither zu einer eigenständigen Wissenschaftsdisziplin ver-

³⁸¹ Klöhn, in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 43 Rn. 67.

³⁸² Vgl. Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 43 Rn. 15: „GFührer ist zum Schadensersatz auch verpflichtet, soweit er der Ges schuldhaft ideelle Nachteile zufügt, zB ihren Ruf schädigt, ohne dass dies zu geschäftlichen Nachteilen führt.“

³⁸³ Das obenstehende Zitat findet sich seit der 20. Aufl. nicht mehr in der Kommentierung wieder, vgl. Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 43 Rn. 15.

³⁸⁴ Pfeifer, Etymologisches Wörterbuch des Deutschen, Stichwort: Reputation.

³⁸⁵ Duden. Die deutsche Rechtschreibung, Stichwort: Reputation.

³⁸⁶ Grundlegend Shapiro, 13 Bell J. Econ. 20 (1982); ders., 98 Q. J. Econ. 659 (1983).

selbstständig, die als Querschnittsmaterie Kommunikationstheorie, Informationsökonomik, Spieltheorie und Managementlehre vereint. Mit ihr befassen sich spezialisierte Forschungseinrichtungen,³⁸⁷ ein komplettes Handbuch³⁸⁸ und eine eigene Fachzeitschrift³⁸⁹.

Die Reputationsforschung hat mittlerweile einen beträchtlichen Umfang erreicht, der sich nur noch schwer überblicken lässt. Für die Zwecke dieser Untersuchung ist es darum erforderlich, sich auf einen Ausschnitt des Erkenntnisstandes dieser Disziplin zu beschränken. Ausgeklammert wird deshalb insbesondere der Zweig der Reputationsforschung, der sich mit anderen Akteuren als Unternehmen befasst.³⁹⁰

a) Ausgangspunkt: Agenturproblem

Die ökonomische Betrachtung der Reputation baut auf dem Agenturproblem auf, jenem Modell der Neuen Institutionenökonomik, das sich mit der fremdnützigen Wahrung der Interessen eines Prinzipals durch einen Agenten auseinandersetzt. Verfügt der Agent bei der Ausführung der ihm anvertrauten Tätigkeit über einen Wissensvorsprung gegenüber dem Prinzipal, treten eine Reihe von Risiken auf.³⁹¹ Als Agenturproblem lässt sich nicht nur die Beziehung zwischen Geschäftsleiter und Gesellschaft beschreiben, sondern auch jeder Austauschvertrag, bei dem eine Informationsasymmetrie zwischen den Parteien besteht. Insbesondere tritt auch im Außenverhältnis des Unternehmens (Agent) zu seinen Kunden (Prinzipal) ein Agenturproblem auf: Wie auch im Kontext der Geschäftsleiterhaftung muss der Prinzipal gewärtigen, dass sich der Agent nach Vertragsschluss zu seinem Nachteil opportunistisch verhält (*moral hazard*), wenn er das Verhalten des Agenten nach Vertragsschluss nicht oder nur mit hohen Kosten beobachten kann.³⁹² So muss der Kunde insbesondere befürchten, dass seine Qualitätserwartung in die Produkte oder Dienstleistungen des Unternehmens enttäuscht werden.³⁹³

Vor Vertragsschluss droht demgegenüber das Phänomen der adversen Selektion, das Akerlof in seinem bahnbrechenden Aufsatz über den *market for lemons* am Beispiel des Gebrauchtwagenmarktes veranschaulichte: Auf dem Markt werden Fahrzeuge hoher und niedriger Qualität angeboten – letztere nennt man in den USA umgangssprachlich *lemons*. Nachdem der Verkäufer (Agent) das von ihm angebo-

³⁸⁷ Etwa das Reputation Institute, siehe <https://www.reputationinstitute.com> (Abruf vom 1. 10. 2018).

³⁸⁸ Pollock/Barnett, Oxford Handbook for Corporate Reputation, 2012.

³⁸⁹ Corporate Reputation Review, ISSN: 1363–3589; zu allem Vorstehenden bereits Klöhn/Schmolke, NZG 2015, 689.

³⁹⁰ Sie etwa zu einer umfassenderen Reputationstheorie Eisenegger/Imhof, in: Röttger, Theorien der Public Relations, S. 243.

³⁹¹ Siehe bereits 1. Teil: C.III.

³⁹² Siehe 1. Teil: C.III.

³⁹³ Vgl. Armour/Hansmann/Kraakman, in: Kraakman et al., The Anatomy of Corporate Law, Kap. 2, S. 30.

tene Fahrzeug, einige Zeit im Gebrauch hatte, kann er dessen Qualität mit einer gewissen Zuverlässigkeit beurteilen. Dem Käufer (Prinzipal) fehlt diese Beobachtungsmöglichkeit hingegen. Er kann allenfalls die Durchschnittsqualität aller angebotenen Gebrauchtwagen einschätzen. Für individuelle Fahrzeuge verbleibt für ihn derweil eine Qualitätsunsicherheit. Diese asymmetrische Informationsverteilung hat zur Folge, dass der Käufer lediglich dazu bereit sein wird, einen Preis zu zahlen, der der durchschnittlich angebotenen Gebrauchtwagenqualität entspricht. Verkäufer höherwertiger Fahrzeuge sind nicht dazu bereit, zu diesem Preis zu verkaufen und scheiden darum aus dem Markt aus. In der Folge werden nur noch *lemons* angeboten.³⁹⁴

Die Informationsasymmetrie bringt damit – auch in der Beziehung von Unternehmen zu Kunde – sowohl für den Prinzipal als auch den Agenten Nachteile mit sich: Der Prinzipal hat zu befürchten, dass der Agent seinen Informationsvorteil zu seinem eigenen Vorteil gebrauchen wird, der Agent, dass der Prinzipal ihn aufgrund dieser Befürchtung nicht oder nur mit Risikoabschlag beauftragen wird.

b) Funktionen der Reputation

Ausgehend von dieser Betrachtung des Agenturproblems lassen sich die Funktionen der Reputation beschreiben.³⁹⁵

aa) Signal

Da die Informationsasymmetrie sowohl für den Prinzipal als auch für den Agenten negative Auswirkungen hat, sind beide daran interessiert, ihren Effekten entgegenzuwirken. Dazu stehen ihnen zwei Arten von Gegenmaßnahmen zur Verfügung. Beim sogenannten *screening* beschafft sich der Prinzipal Informationen, indem er beispielsweise die Produktqualität vor der Transaktion überprüft oder um Expertenrat ersucht.³⁹⁶ Beim sogenannten *signaling* wird hingegen der Agent tätig und stellt dem Prinzipal Informationen zur Verfügung, entweder selbst oder mittelbar über Dritte.³⁹⁷

Die Reputation lässt sich als eine dieser *Signaling*-Aktivitäten des Agenten begreifen. Dies beruht auf der Annahme, dass die Informationsasymmetrie zwischen Prinzipal und Agent vor allem *ex ante* besteht, da der Prinzipal die Vertragstreue des Agenten und die Qualität der von ihm angebotenen Produkte kaum einschätzen kann,

³⁹⁴ Akerlof, 84 Q.J. Econ. 488, 489–492 (1970); zusammenfassend Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 121 ff.; Richter/Furubotn, Neue Institutionenökonomik, S. 175 f.; S. 241 f.

³⁹⁵ Auffächerung im Folgenden angelehnt an Kumpan, in: Bauer/Schuster, Nachhaltigkeit im Bankensektor, S. 323, 329 ff.

³⁹⁶ Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 124.

³⁹⁷ Spence, 87 Q.J. Econ. 355 (1973); siehe ferner zum *signaling* mittels Werbung Nelson, 82 J. Pol. Econ. 729 (1974).

bevor er sie in Anspruch genommen hat. *Ex post* ist der Prinzipal hingegen um eine Erfahrung reicher. Er weiß nun, ob der Agent den Vertrag erfüllt hat, und kennt die Qualität des gelieferten Produktes. Aus dieser gewonnenen Erfahrung kann er nunmehr einen Rückschluss auf das künftige Verhalten des Agenten ziehen. Die *ex ante* bestehenden Unsicherheiten fallen für ihn deutlich geringer aus, wenn er in Erwägung zieht, ein weiteres Mal mit dem Agenten zu kontrahieren. Eine Reputation des Agenten kommt daraus zustande, wenn der Prinzipal seine so gewonnene Erfahrung gegenüber Dritten kommuniziert – entweder unmittelbar oder indem er sie öffentlich macht, etwa über Bewertungsportale. Dritte, die ebenfalls vor der Entscheidung stehen, mit dem Agenten zu kontrahieren, können dann auf diese Erfahrungen zurückgreifen und dadurch die ihrerseits *ex ante* bestehenden Unsicherheiten reduzieren.³⁹⁸ Ein rationaler Prinzipal wird eher geneigt sein, mit einem Agenten zu kontrahieren, der die Reputation genießt, sich vertragstreu zu verhalten und Produkte mit einer hohen Qualität anzubieten. Reputation stellt darum einen entscheidenden Faktor bei der Selektion des Agenten durch den Prinzipal dar³⁹⁹ und lässt sich deshalb auch als Wettbewerbsvorteil begreifen.⁴⁰⁰

Wendet man diese abstrakte Reputationstheorie auf das Unternehmen an, so findet es sich in verschiedenen Konstellationen in der Rolle des Agenten wieder. Nahe-liegenderweise tritt das Unternehmen gegenüber seinen Kunden im Hinblick auf die eigene Vertragstreue und die Qualität der angebotenen Produkte als „Reputator“⁴⁰¹ auf. Reputation erlangt für das Unternehmen aber auch in anderen Beziehungen Bedeutung, nämlich immer dann, wenn bei einem seiner Stakeholder Unsicherheiten in Bezug auf bestimmte Eigenschaften des Unternehmens bestehen: Lieferanten können die Unternehmensreputation heranziehen, um die Zahlungsmoral des Unternehmens einzuschätzen, Investoren, um die Verlässlichkeit der Wirtschaftsdaten des Unternehmens zu bewerten, und potenzielle Arbeitnehmer bietet sie Orientierung über die Attraktivität des Unternehmens als Arbeitgeber.⁴⁰² Bei der Unternehmensreputation handelt es sich deshalb um ein mehrdimensionales Konstrukt. Ein Unternehmen hat nicht „eine“ Reputation, sondern entsprechend der Vielzahl seiner Stakeholdergruppen mehrere.⁴⁰³

³⁹⁸ Vgl. zu allem *Klein/Leffler*, 89 J. Political Econ. 615, 617 (1981); *Kreps/Wilson*, 27 J. Econ. Theory 253, 275–277 (1982); *Milgrom/Roberts*, 27 J. Econ. Theory 280–282 (1982); *Shapiro*, 13 Bell J. Econ. 20–22 (1982); *ders.*, 98 Q. J. Econ. 659–660 (1983); zusammenfassend *Herbig/Milewicz*, 10 J. Consum. Mark. 18–20 (1993); *Noe*, in: Pollock/Barnett, The Oxford Handbook of Corporate Reputation, S. 114, 120 ff.; *Ripperger*, Ökonomik des Vertrauens, S. 68 ff.

³⁹⁹ *Fombrun*, Reputation, S. 3 ff.

⁴⁰⁰ Siehe dazu die Studie von *Hall*, 14 SMJ 607 (1993); aus theoretischer Perspektive *Noe*, in: Pollock/Barnett, The Oxford Handbook of Corporate Reputation, S. 114, 122; *Rindova/Fombrun*, 20 SMJ 691 (1999).

⁴⁰¹ Zu diesem Begriff *Gerbaulet*, Der Unternehmer als Reputator, passim.

⁴⁰² Vgl. zu allem *Fombrun/Shanley*, 33 Acad. Manag. J. 233 (1990).

⁴⁰³ Vgl. *Noe*, in: Pollock/Barnett, The Oxford Handbook of Corporate Reputation, S. 114, 115 f.

bb) *Reputational capital*

Genießt ein Unternehmen bei seinen Stakeholdern eine hohe Reputation, kann es daraus finanziellen Nutzen ziehen. Gewinnt der Kunde durch die Unternehmensreputation an Sicherheit, dass die Leistung des Unternehmens seinen Vorstellungen entsprechen wird, wird er bereit sein, einen höheren Preis zu zahlen, als wenn diesbezüglich Unsicherheiten bestehen.⁴⁰⁴ Diese Schlussfolgerung leuchtet nicht nur in der Theorie ein, sondern findet auch in empirischen Untersuchungen Bestätigung: Mehrere Studien konnten belegen, dass Unternehmen, die bei Kunden eine hohe Reputation genießen, nachhaltig höhere Erträge erzielen als solche mit einer niedrigeren.⁴⁰⁵

Der gleiche Effekt lässt sich auch im Verhältnis zu anderen Stakeholdern beobachten. Schätzen Kreditgeber aufgrund einer entsprechenden Unternehmensreputation ihr Ausfallrisiko als gering ein, sind sie bereit, dem Unternehmen Darlehen zu günstigeren Konditionen bereitzustellen. Mithin sinken die Kapitalbeschaffungskosten des Unternehmens.⁴⁰⁶ Ebenso gelingt es Unternehmen mit einer hohen Reputation leichter qualifizierte Arbeitnehmer zu gewinnen.⁴⁰⁷ Reputation wird aus diesen Gründen auch als wirtschaftlicher Wert (*reputational capital*) begriffen.⁴⁰⁸

cc) *Reputational penalty*

Aus den Funktionen der Reputation als *signal* und *capital* ergibt sich eine weitere. Aufgrund des wirtschaftlichen Wertes einer hohen Reputation hat jedes Unternehmen ein natürliches Interesse daran, seine Reputation zu steigern. Es wird sich deshalb rationaler- und opportunistischerweise so verhalten, dass seine Stakeholder ihm auch in Zukunft eine hohe Reputation beimessen. Die Reputation wirkt somit in positiver Hinsicht als Disziplinierungsmittel, das sicherstellt, dass sich das Unternehmen in Zukunft vertragstreu geriert und die von ihm versprochene Produktqualität liefert.⁴⁰⁹

In negativer Hinsicht entspringt ihr damit zugleich ein Sanktionsmechanismus: Enttäuscht das Unternehmen die Erwartungen seiner Stakeholder, so werden diese daraus negative Rückschlüsse über das künftige Verhalten des Unternehmens ziehen und gewärtigen, dass das Unternehmen ihren Erwartungen auch in Zukunft nicht gerecht werden wird. Bei diesem Effekt handelt es sich somit um ein negatives

⁴⁰⁴ Klein/Leffler, 89 J. Political Econ. 615 (1981); Milgrom/Roberts, 27 J. Econ. Theory 280 (1986); Shapiro, 98 Q. J. Econ. 659–660 (1983).

⁴⁰⁵ Siehe etwa Roberts/Dowling, 23 SMJ 1077, 1090–1091 (2002) mit Fokus auf die USA; mit Blick auf die DAX30-Unternehmen Eberl/Schwaiger, 39 Eur J Mark 838, 847–852 (2005).

⁴⁰⁶ Fombrun, Reputation, S. 75 f.

⁴⁰⁷ Turban/Greening, 40 Acad. Manag. J. 658, 666–669 (1996).

⁴⁰⁸ Fombrun, Reputation, S. 81; Rindova/Martins, in: Pollock/Barnett, The Oxford Handbook of Corporate Reputation, S. 16.

⁴⁰⁹ Noe, in: Pollock/Barnett, The Oxford Handbook of Corporate Reputation, S. 114, 122.

signal. Er wird verbreitet als *reputational penalty* bezeichnet, im Deutschen auch als Reputationsschaden.⁴¹⁰ Häufig hat er für das Unternehmen auch wirtschaftliche Konsequenzen: Das gesunkene Vertrauen in das zukünftige Verhalten des Unternehmens kann zur Folge haben, dass Kunden es nicht mehr beauftragen, da sie nicht erwarten, die gewünschte Qualität zu erhalten, oder Kreditgeber höhere Zinsen verlangen, da sie das Ausfallrisiko höher bewerten. Der *reputational penalty* ist für das Unternehmen damit zumeist einschneidend, dauert lange an und erweist sich als nahezu irreversibel.⁴¹¹

Viele Studien haben sich mit dem *reputational penalty* befasst. Sie untersuchen dabei meistens die Entwicklung des Börsenkurses nach Bekanntwerden eines bestimmten Ereignisses, das der Unternehmensreputation abträglich ist. Insbesondere bei Wirtschaftsstraftaten wie Betrug oder der Fälschung von Handelsbüchern, lässt sich beobachten, dass der Börsenpreis der Unternehmensaktien in einem Maße sinkt, das sich nicht allein durch die zu erwartenden staatlichen Sanktionen und zivilrechtlichen Schadensersatzansprüche erklären lässt. Dies lässt die Deutung zu, dass der Kapitalmarkt einpreist, dass dem Unternehmen infolge des Reputationsverlustes weitere finanzielle Nachteile entstehen werden.⁴¹² Der gleiche Effekt kann aber auch jenseits der Börse auftreten, etwa infolge negativen Käuferfeedbacks auf Internet-Auktionsplattformen.⁴¹³

Diese disziplinierende Wirkung der Reputation ist eng mit der Theorie der selbst durchsetzenden (impliziten) Verträge verwandt: dem Phänomen, dass die Parteien Verträge schon deshalb erfüllen, weil sie die Kosten des Vertragsbruchs höher einschätzen als ihren daraus resultierenden Nutzen. Entscheidet sich der Schuldner schon aus intrinsischen Motiven ob des bei Vertragsbruch zu erwartenden Reputationsverlusts dazu, den Vertrag zu erfüllen, bedarf es der Drohung seiner gerichtlichen Durchsetzung nicht mehr.⁴¹⁴

2. Reputationsdefinition

Ausgehend von diesen Erkenntnissen über die ökonomischen Wirkungsweisen der Reputation lässt sich zu ihrer Definition vorstoßen.

⁴¹⁰ Klöhn/Schmolke, NZG 2015, 689, 692.

⁴¹¹ Zu allem Noe, in: Pollock/Barnett, The Oxford Handbook of Corporate Reputation, S. 114, 122 f.

⁴¹² Alexander, 42 J. L. & Econ. 489 (1999); Karpoff/Lee/Martin, 43 J. Fin. & Quant. Anal. 581 (2008); Murphy/Shrieves/Tibbs, 44 J. Fin. & Quant. Anal. 55 (2009); im Überblick dazu auch Karpoff, in: Pollock/Barnett, The Oxford Handbook of Corporate Reputation, S. 361, 370 ff.

⁴¹³ Siehe Cabral/Hortaçsu, 58 J. Indus. Econ. 54 (2010).

⁴¹⁴ Siehe dazu Klein/Leffler, 89 J. Political Econ. 615–616 (1981); Richter/Furubotn, Neue Institutionenökonomik, S. 203 f.; vgl. auch Posner, Economic Analysis of Law, § 8.9, S. 343.

a) *Meinungsstand*

Eine allgemein anerkannte Definition der Reputation existiert in der Ökonomie nicht. Noch weniger befindet sich eine interdisziplinäre in Sichtweite.⁴¹⁵ Wer nach ihr sucht, sieht sich mit einer kaum zu überblickenden Definitionsvielfalt konfrontiert, die der Reputationsforschung bereits Anlass zu Selbstironie gegeben hat.⁴¹⁶ Im Folgenden kann darum lediglich ein Überblick über einige der gängigsten Definitionen gegeben werden.

Einigen Definitionen ist anzumerken, dass ihre Urheber das Phänomen der Reputation lediglich aus einem bestimmten Blickwinkel analysieren. Sie sind dementsprechend eng zugeschnitten und lassen sich außerhalb ihres spezifischen Kontexts weder verstehen noch anwenden. So verhält es sich beispielsweise mit der im Zusammenhang mit dem *reputational penalty* zu lesenden Definition, Reputation sei der gegenwärtige Wert des Cashflows, den ein Individuum dadurch verdient, dass es sich vertragstreu verhält.⁴¹⁷

Dem steht ein ganzes Bündel an Definitionen gegenüber, die äußerst weit gefasst sind. Dazu zählt etwa die Umschreibung, Reputation sei ein dynamisches Konstrukt, das durch jede Außendarstellung des Unternehmens beeinflusst werde.⁴¹⁸ Als ähnlich unscharf erweisen sich Definitionen der Reputation als Einschätzung von Wirtschaftsakteuren über bestimmte Eigenschaften eines Unternehmens,⁴¹⁹ als die Konsumentenerwartung bezüglich der Produktqualität,⁴²⁰ als die Einschätzung über die Beständigkeit einer Eigenschaft eines Unternehmens⁴²¹ oder als die Wahrnehmung eines einzelnen Stakeholders über die Wertschätzung, die ein Unternehmen durch die Gesamtheit seiner Stakeholder erfährt.⁴²² Solchen Formulierungen lässt sich lediglich entnehmen, dass Reputation mit der Wahrnehmung Außenstehender zusammenhängt und sich in irgendeiner Form auf das Unternehmen bezieht. Das liegt auf der Hand. Mit diesen unspezifischen Formulierungen bleibt der Begriff aber weitgehend konturenlos.

Konkreter werden Definitionen, die die Entstehung der Reputation miteinbeziehen. Sie beschreiben Reputation als eine Reihe von Eigenschaften, die einem Unternehmen aufgrund seines früheren Handelns zugeschrieben werden⁴²³ oder als

⁴¹⁵ Siehe dazu *Eisenegger/Imhof*, in: Röttger, Theorien der Public Relations, S. 243, 244 f.

⁴¹⁶ *Barnett/Jermier/Lafferty*, 9 Corporate Reputation Review 26 (2006): „Definitional Landscape“.

⁴¹⁷ *Karpoﬀ*, in: Pollock/Barnett, The Oxford Handbook of Corporate Reputation, S. 361, 363.

⁴¹⁸ *Gotsi/Wilson*, 6 Corporate Communications 24, 29 (2001).

⁴¹⁹ *Noe*, in: Pollock/Barnett, The Oxford Handbook of Corporate Reputation, S. 114, 115.

⁴²⁰ *Alexander*, 42 J. L. & Econ. 489, 493 (1999).

⁴²¹ Vgl. *Herbig/Milewicz*, 10 J. Consum. Mark. 18 (1993).

⁴²² *Helm*, 8 Corporate Reputation Review 95, 100 (2005).

⁴²³ *Weigelt/Camerer*, 9 SMJ 443 (1988).

das auf Erfahrung gestützte Ansehen, das ein Individuum oder eine Organisation bei anderen Akteuren hat.⁴²⁴ Diese Ansätze machen darauf aufmerksam, dass Reputation auf Erfahrungen basiert, die in der Vergangenheit im Umgang mit dem Unternehmen gewonnen wurden. Weitere Definitionsansätze beziehen zudem den Gegenstand der Reputation ein. Sie definieren Reputation als die Außenwahrnehmung eines Unternehmens, die sich über die Zeit aufgebaut hat und zum Gegenstand hat, wie sich das Unternehmen verhält,⁴²⁵ die kollektive Darstellung des vergangenen Handelns eines Unternehmens, die die Fähigkeit des Unternehmens beschreibt, bestimmte Ergebnisse für bestimmte Stakeholder zu erzielen⁴²⁶ oder das kollektive Urteil Dritter über ein Unternehmen, das auf einer über die Dauer gewonnen Einschätzung der finanziellen, sozialen und ökologischen Auswirkungen seiner Tätigkeit beruht.⁴²⁷ Diese Definitionen verdeutlichen, dass Reputation zwar auf vergangenem Verhalten des Unternehmens fußt, sich aber auf dessen zukünftiges Verhalten bezieht.

b) Abgrenzung

Um den Reputationsbegriff weiter einzugrenzen, ist es hilfreich, zu klären, was Reputation *nicht* ist. Die Reputationsforschung diskutiert vor allem die Abgrenzung zu den Begriffen Image, Status und Stigma.⁴²⁸ Aus juristischer Perspektive kommt ferner der Unterscheidung zu Marke und Goodwill Relevanz zu.

aa) Image

Bei dem (Unternehmens-)Image handelt es sich um ein ökonomisches Konzept, das nicht nur eng mit der Reputation verknüpft, sondern auch mit ähnlichen Definitionsschwierigkeiten behaftet ist.⁴²⁹ Weithin versteht man unter Image den Gesamteindruck, den entweder die Öffentlichkeit⁴³⁰ oder ein bestimmter innen- oder außenstehender Beobachter vom Unternehmen hat.⁴³¹ Gelegentlich unterscheidet man auch drei Unterkategorien des Image: Den Eindruck vom Unternehmen, den Außenstehende nach dem Willen Innenstehender haben sollen (*projected image*), den Eindruck vom Unternehmen, den Außenstehende tatsächlich haben (*perceived*

⁴²⁴ Vgl. Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort: Reputation.

⁴²⁵ Vgl. Balmer, 14 J. Mark. Manage. 963, 971 (1998).

⁴²⁶ Fombrun/van Riel, 1 Corporate Reputation Review 5, 10 (1997).

⁴²⁷ Barnett/Jermier/Lafferty, 9 Corporate Reputation Review 26, 34 (2006).

⁴²⁸ Vgl. hierzu schon Klöhn/Schmolke, NZG 2015, 689, 691.

⁴²⁹ Überblick zu den verschiedenen Verständnissen bei Balmer, 14 J. Mark. Manage. 963, 967–970 (1998).

⁴³⁰ Nguyen/Leblanc, 8 Journal of Retailing and Consumer Services 227, 228 (2001).

⁴³¹ Barnett/Jermier/Lafferty, 9 Corporate Reputation Review 26, 34 (2006).

image) und das, was Innenstehende als den Eindruck Außenstehender vom Unternehmen wahrnehmen (*reflected image*).⁴³²

Soweit mit Image das *perceived image* gemeint ist, überschneidet sich der Begriff mit dem der Reputation. Der Reputationsbegriff ist aber in zweierlei Hinsicht enger gefasst als der des Image. Erstens bezieht sich Reputation jeweils auf ein bestimmtes (erwartetes) Verhalten des Unternehmens, etwa dessen Bereitschaft einen Vertrag zu erfüllen. Bei dem Image handelt es sich derweil um einen Gesamteindruck. Zweitens existiert Reputation jeweils nur im Verhältnis zu einer spezifischen Stakeholdergruppe (etwa den Kunden oder den Arbeitnehmern), nicht aber wie das Image im Verhältnis zur Gesamtheit aller Außenstehenden.⁴³³

bb) Status

Als Status bezeichnet man das öffentliche Ansehen eines Unternehmens, das auf der Assoziation des Unternehmens mit einer Organisation oder bestimmten Symbolen beruht. Wie auch der Reputation kann sich das Unternehmen den Status als *signal* zur Reduzierung einer Informationsasymmetrie nutzen. Anders als die Reputation beruht der Status eines Unternehmens aber nicht auf dem Verhalten des Unternehmens in der Vergangenheit, sondern wird dadurch erlangt, dass das Unternehmen Mitglied einer Organisation ist oder sich bestimmter Symbole bedient.⁴³⁴

cc) Stigma

Von einem Stigma spricht man, wenn dem Unternehmen eine negative Eigenschaft zugeschrieben wird, wie etwa die Zahlungsunfähigkeit. Setzte man den Begriff früher noch mit einer schlechten Reputation gleich,⁴³⁵ betont die jüngere Forschung demgegenüber, dass es sich bei Reputation und Stigma um grundlegend verschiedene Konzepte handle. Während Reputation ein mehrdimensionales, stakeholder-spezifisches Phänomen sei, erfasse ein Stigma universell das gesamte Unternehmen. Anders als die Reputation entstehe ein Stigma auch nicht zwangsläufig durch einen Rückschluss aus vergangenem Verhalten des Unternehmens. Zuletzt ließe die Reputation Abstufungen zu, das Stigma nicht: Ein Unternehmen ist entweder stigmatisiert oder nicht.⁴³⁶

⁴³² Foreman/Whetten/Mackey, in: Pollock/Barnett, The Oxford Handbook of Corporate Reputation, S. 179, 183.

⁴³³ Zu diesen Unterschieden Foreman/Whetten/Mackey, in: Pollock/Barnett, The Oxford Handbook of Corporate Reputation, S. 179, 186 ff.

⁴³⁴ Barron/Rolfe, in: Pollock/Barnett, The Oxford Handbook of Corporate Reputation, S. 160, 165 ff.

⁴³⁵ So etwa Fiol/Kovoor-Misra, 1 Corporate Reputation Review 147 (1997).

⁴³⁶ Zu allen Unterschieden Mishina/Devers, in: Pollock/Barnett, The Oxford Handbook of Corporate Reputation, S. 201, 202 ff.; ferner Klöhn/Schmolke, NZG 2015, 689, 691.

dd) Marke

Der Begriff der Marke begegnet sowohl in der Marketinglehre als auch im Recht. In der Marketinglehre wird unter einer Marke die Summe aller Vorstellungen verstanden, die ein Markenname oder Markenzeichen bei Kunden hervorruft oder hervorrufen soll, um die Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.⁴³⁷ In rechtlicher Perspektive setzen zwar sowohl das deutsche (§ 1 MarkenG) als auch das Unionsrecht (Art. 1 Abs. 1 UM-VO) den Begriff der Marke voraus, definieren ihn aber nicht legal. Auch das Schrifttum hat keine allgemeine Markendefinition entwickelt und bezweifelt gar dessen Sinn. Anerkannt ist lediglich, dass die Funktion, Produkte und Dienstleistungen eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen zu unterscheiden, zum Kern des Markenbegriffs gehört.⁴³⁸

Die Marke unterscheidet sich damit von der Reputation zunächst dadurch, dass sie das Unternehmen selbst schaffen kann und sie nicht erst dadurch zustande kommt, dass Stakeholder miteinander kommunizieren.⁴³⁹ Eine Marke kann allerdings als Vehikel für den Transfer einer bereits erworbenen Unternehmensreputation dienen. Hat das Unternehmen durch ein bestimmtes (Marken-)Produkt eine hohe Reputation bei seinen Stakeholdern erlangt, so kann es dieselbe Marke für weitere Produkte verwenden. Es steigert damit seinen Wiedererkennungswert und kann unter Umständen erreichen, dass sich die positive Qualitätserwartung der Stakeholder auch auf weitere Produkte überträgt.⁴⁴⁰

ee) Goodwill

Den Ausdruck Goodwill gebrauchen sowohl Teile der ökonomischen als auch der juristischen Literatur synonym zur Reputation.⁴⁴¹ Im Sprachgebrauch der Rechnungslegung versteht man darunter hingegen den Bilanzposten des Geschäfts- oder Firmenwerts.⁴⁴² Dabei handelt es sich nach der Legaldefinition des § 246 Abs. 1 Satz 4 HGB um den Unterschiedsbetrag, um den die für die Übernahme eines Unternehmens bewirkte Gegenleistung den Wert der einzelnen Vermögensgegenstände

⁴³⁷ Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort: Marke.

⁴³⁸ Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 1 Rn. 5; U. Müller, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 1 MarkenG Rn. 4.

⁴³⁹ Schult/Hatch/Adams, in: Pollock/Barnett, The Oxford Handbook of Corporate Reputation, S. 420, 424 f.

⁴⁴⁰ Herbig/Milewicz, 10 J. Consum. Mark. 18, 21–23 (1993); Schult/Hatch/Adams, in: Pollock/Barnett, The Oxford Handbook of Corporate Reputation, S. 420, 432 ff.

⁴⁴¹ Vgl. aus der Reputationsforschung: Jarrell/Peltzman, 93 J. Political Econ. 512, 533 (1985); Mitchell/Maloney, 32 J. L. & Econ. 329, 330 (1989); Shapiro, 98 Q.J. Econ. 659 (1983); aus der Rechtswissenschaft: Ziegelmayer, GRUR 2012, 761, 762.

⁴⁴² Hennrichs, in: MünchKomm, Bilanzrecht, § 246 HGB Rn. 143; Kahle/Baltromejus/Kopp, in: Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen, Bilanzrecht, § 246 HGB Rn. 190; siehe auch Fombrun, Reputation, S. 86 ff.

des Unternehmens abzüglich der Schulden im Zeitpunkt der Übernahme übersteigt. Erfasst wird dadurch lediglich der derivative Geschäfts- oder Firmenwert, der entsteht, wenn ein Unternehmen als Sachgesamtheit zu einem Preis erworben wird, der sein Reinvermögen übersteigt.⁴⁴³ Ein selbst geschaffener (originärer) Geschäfts- oder Firmenwert hingegen darf entsprechend § 248 Abs. 2 Satz 2 HGB nicht in Ansatz gebracht werden.⁴⁴⁴

Der Geschäfts- oder Firmenwert umfasst alle immateriellen Vermögensposten des erworbenen Unternehmens wie Ruf, Kundenloyalität, Geschäftsbeziehungen, Standortlage, Unternehmensorganisation, Mitarbeiterfähigkeiten, besondere Verfahrens- und Fertigungstechniken, Vertriebsnetze und ähnliches, die ansonsten nicht aktivierbar sind.⁴⁴⁵ Da diese weder einzelverwert- noch einzelveräußerbar sind, würde der Geschäfts- oder Firmenwert nach bilanziellen Kriterien keinen Vermögensgegenstand darstellen. Der Wortlaut des § 246 Abs. 1 Satz 4 HGB („gilt als [...] Vermögensgegenstand“) bringt jedoch zum Ausdruck, dass der derivative Geschäfts- oder Firmenwert als Vermögensgegenstand qua Fiktion zu behandeln ist.⁴⁴⁶ Als solcher ist er in der Bilanz zu aktivieren.⁴⁴⁷

Der bilanzielle Goodwill lässt sich nicht mit Reputation gleichsetzen. Auf der einen Seite entsteht ein derivativer Geschäfts- oder Firmenwert immer dann, wenn ein bestimmter Käufer zu einem bestimmten Zeitpunkt für das Unternehmen mehr gezahlt hat als dessen Reinvermögen der Bilanz zufolge wert war. Dafür kann es verschiedene Motive geben. Dass der Käufer der nicht aktivierbaren Unternehmensreputation einen seiner Mehrzahlung entsprechenden Wert beimisst, ist bloß eines davon. Und selbst wenn dies einmal die alleinige Motivation darstellen sollte, gibt der Geschäfts- oder Firmenwert bloß die subjektive Einschätzung des Käufers wieder, ohne dass er eine objektive Aussage zulassen würde. Auf der anderen Seite verfügt ein Unternehmen nicht erst dann über eine Reputation, wenn dieses im Wege eines *assets deals* verkauft wurde, sondern auch soweit ihre Bilanzierung noch nach § 248 Abs. 2 Satz 2 HGB verboten ist.

„Goodwill“ ist kein legaler *terminus technicus*. Außerhalb des Kontexts der Rechnungslegung mag man mit ihm daher etwas anderes bezeichnen als den Geschäfts- oder Firmenwert und ihn gar als Synonym zur Reputation verwenden. Der Klarheit halber werden die Begriffe aber im Folgenden voneinander unterschieden.

⁴⁴³ Vgl. Kahle/Baltromejus/Kopp, in: Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen, Bilanzrecht, § 246 HGB Rn. 192.

⁴⁴⁴ Vgl. Kahle/Baltromejus/Kopp, in: Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen, Bilanzrecht, § 246 HGB Rn. 192.

⁴⁴⁵ Hennrichs, in: MünchKomm, Bilanzrecht, § 246 HGB Rn. 143; Kahle/Baltromejus/Kopp, in: Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen, Bilanzrecht, § 246 HGB Rn. 190; Winnefeld, Bilanz-Handbuch, Kap. M. Rn. 456.

⁴⁴⁶ Kahle/Baltromejus/Kopp, in: Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen, Bilanzrecht, § 246 HGB Rn. 189.

⁴⁴⁷ Braun, in: KölnKomm, Rechnungslegungsrecht, § 246 HGB Rn. 85; Winnefeld, Bilanz-Handbuch, Kap. M Rn. 455.

c) *Stellungnahme*

Angesichts der langanhaltenden und nicht endend wollenden Suche der Ökonomie nach einer Reputationsdefinition wäre es vermessen, an dieser Stelle eine Lösung präsentieren zu wollen, die den Anspruch auf Allgemeinverbindlichkeit erhebt. Aus den Erkenntnissen zu den Funktionen der Reputation, den diskutierten Definitionsansätzen und den Abgrenzungen zu verwandten Instituten lassen sich allerdings einige Grundmerkmale ableiten, mit denen sich die Reputation abstrakt umschreiben lässt:

Erstens ist die Reputation Folge der zwischen einem Unternehmen und seinen Stakeholdern bestehenden Informationsasymmetrie. Sie dient den Stakeholdern dazu, ihren Informationsnachteil und damit ihre Agenturrisiken zu reduzieren. Könnten sich die Stakeholder sämtliche Informationen über das Unternehmen anderweitig mit geringem Aufwand verschaffen, bestünde kein Bedürfnis nach einer Unternehmensreputation.⁴⁴⁸

Zweitens besteht eine Reputation des Unternehmens jeweils im Verhältnis zu einer bestimmten Stakeholdergruppe. Einerseits hat ein Unternehmen keine einheitliche Reputation bei allen seinen Stakeholdern oder gar gegenüber der Öffentlichkeit. Hierdurch unterscheidet sich die Reputation vom Image. Andererseits beschränkt sich die Unternehmensreputation nicht auf einen individuellen Stakeholder, sondern erstreckt sich auf ein Kollektiv.

Drittens beruht Reputation darauf, dass die jeweiligen Stakeholder das vergangene Verhalten des Unternehmens beobachtet haben. Das betonen nicht nur die meisten der diskutierten Definitionen, sondern es unterscheidet die Reputation auch von den verwandten Begriffen des Status wie des Stigmas.

Viertens entsteht Reputation dadurch, dass die Stakeholder ihre Beobachtungen über dieses Verhalten austauschen. Reputation setzt folglich voraus, dass die Stakeholder miteinander kommunizieren.

Fünftens drückt die Reputation eine Erwartungshaltung der Stakeholder an das zukünftige Verhalten des Unternehmens aus. In dieser Hinsicht ist der Reputationsbegriff konkreter als der des Image. Aus diesem Zukunftsbezug ergibt sich, dass es bei der Reputation (dem juristischen Sprachgebrauch nach) um ein Werturteil der Stakeholder handelt. Die Einschätzung, wie sich das Unternehmen in Zukunft verhalten wird, ist nämlich durch das Element des Dafürhaltens geprägt und nicht wie eine Tatsachenbehauptung dem Beweis zugänglich.⁴⁴⁹

⁴⁴⁸ Treffend *Shapiro*, 98 Q.J. Econ. 659 (1983): „The idea of reputation makes sense only in an imperfect information world.“

⁴⁴⁹ Vgl. zur Unterscheidung von Werturteil und Tatsachenbehauptung BVerfGE 85, 1, 14 f.

Diese fünf Merkmale finden sich in unterschiedlich starker Ausprägung in den meisten der in der Reputationsforschung diskutierten Definitionen wieder.⁴⁵⁰ Sie verfügen über ein gewisses Maß an Trennschärfe und können damit als Grundlage für den Fortgang der Untersuchung dienen.

3. Bemessung des Reputationsschadens

Ein Reputationsschaden (*reputational penalty*) entsteht, wenn sich die Einschätzung der Stakeholder über das künftige Verhalten des Unternehmens in negativer Weise verändert.⁴⁵¹ Für die rechtliche Handhabung eines solchen Reputationsschadens ist relevant, ob er sich empirisch messen und monetär quantifizieren lässt. Aus den Unsicherheiten mit denen der Reputationsbegriff schon in theoretischer Hinsicht behaftet ist, folgen auch Schwierigkeiten für die praktische Reputationsbemessung.⁴⁵² In der Reputationsforschung werden verschiedene Bemessungsmethoden diskutiert, ohne dass ein Konsens über ihre Eignung in Sichtweite gelangt wäre.⁴⁵³

a) Umfragebasierte Bemessung

aa) Forschungsstand

Da es sich bei Reputation um das Werturteil eines Stakeholderkollektivs handelt, liegt es nahe, sie zu bemessen, indem man die Stakeholder nach ihrem Werturteil fragt. Die geläufigste Methode ist es, hierzu sogenannte Befragungsindizes zu bilden. Dazu wird eine repräsentative Menge bestimmter Stakeholder gebeten, bestimmte Eigenschaften eines Unternehmens auf einer Punkteskala zu bewerten, wie etwa die Qualität der von ihm angebotenen Produkte und Dienstleistungen, die Zahlungsfähigkeit oder die soziale Verantwortung. Daraus lässt sich sowohl für die spezifische Eigenschaft als auch für das gesamte Unternehmen ein Durchschnittswert errechnen, der als Reputationsquotient bezeichnet wird. Die Reputationsquotienten verschiedener Unternehmen lassen sich entsprechend ihres Wertes in einem Index anordnen (*reputational ranking*). Als relative Größe erlangen sie dadurch eine gewisse Aussagekraft.⁴⁵⁴

⁴⁵⁰ Siehe 2. Teil: C.I.2.a); vgl. auch den Definitionsversuch in der juristischen Sekundärliteratur von Klöhn/Schmolke, NZG 2015, 689, 690: „die (1) auf dem bisherigen Verhalten der Gesellschaft beruhende (2) Einschätzung (3) der Stakeholder einer Gesellschaft, (4) inwieweit sich die Gesellschaft in Zukunft im Interesse der Stakeholder verhalten wird.“

⁴⁵¹ Siehe 2. Teil: C.I.1.b)cc).

⁴⁵² Bromley, 5 Corporate Reputation Review 35, 38 (2002): „Although widely debated and researched, the concept of corporate reputation seems to lack an agreed theoretical basis, and this limits practical applications.“

⁴⁵³ Vgl. Fombrun, Reputation, S. 90 ff.

⁴⁵⁴ Siehe zu dieser Methode Fombrun/Shanley, 33 Acad. Manag. J. 233, 244–245 (1990); Helm, 8 Corporate Reputation Review 95, 99–106 (2005); Walsh/Beatry, 35 JAMS 127, 131 –

International existiert eine Vielzahl solcher Befragungsindizes. Sie konzentrieren sich zumeist auf eine bestimmte Region, Branche oder Stakeholdergruppe.⁴⁵⁵ Das wohl prominenteste Reputationsranking stellt das von Fortune herausgegebene *World's Most Admired Companies* dar, in das ausschließlich Unternehmen mit einem Jahresumsatz von 10 Milliarden US-Dollar aufgenommen werden und das allein auf der Befragung von Managern und professionellen Analysten beruht.⁴⁵⁶ Ein weiteres bekanntes umfragebasiertes Bemessungsinstrument ist der *Global RepTrak® 100*, der die Ansichten von Stakeholdern über eine Vielzahl von Unternehmenseigenschaften widerspiegelt.⁴⁵⁷

bb) Kritik

Die Aussagekraft der umfragebasierten Bemessung wird in der Reputationsforschung angezweifelt. Kritiker werfen den geläufigen Rankings vor allem diverse *biases* vor. Sie tendierten dazu, bloß große Unternehmen (insbesondere umsatzstarke oder börsennotierte) zu untersuchen und den Fokus in Bezug auf die Stakeholder auf Manager und Finanzanalysten zu verengen. Überdies wiesen die gängigen Untersuchungen methodische Unzulänglichkeiten auf. So würden die untersuchten Eigenschaften des Unternehmens mit abstrakten wertungsoffenen Begriffen umschrieben werden, die jeder Befragte anders interpretieren könne. Darüber hinaus sei weder sichergestellt, dass die Befragten ihre Antworten auf eigene oder fremde Wahrnehmungen früheren Verhaltens des Unternehmens stützen, noch auszuschießen, dass sie sich dabei von sachfremden Interessen leiten ließen – etwa wenn sie selbst in Konkurrenzunternehmen tätig seien.⁴⁵⁸

Diese beschränkte Aussagekraft und Fehleranfälligkeit erwecken Zweifel daran, dass solche Befragungsindizes im Haftungsprozess zum Beweis eines Reputations Schadens geeignet wären. Häufig würde die Gesellschaft zudem bereits an einer praktischen Hürde scheitern, da derartige Umfragen bislang nur fragmentarisch verfügbar sind. Ferner müssten Erhebungen zu dem betroffenen Unternehmen historisch lückenlos vorhanden sein, da ein Reputationsschaden erst anhand eines Vergleichs der Daten bestimmter Stichtage festgestellt werden kann. Damit tut sich vor allem – aber nicht nur – für mittelgroße und kleinere Unternehmen eine gra-

133 (2007); ferner *Rindova/Martins*, in: Pollock/Barnett, *The Oxford Handbook of Corporate Reputation*, S. 16, 22 ff.

⁴⁵⁵ Überblick zu einigen Indizes bei *Fombrun*, 10 *Corporate Reputation Review* 144 (2007).

⁴⁵⁶ Vgl. „World's Most Admired Companies“, *Fortune*, abrufbar unter <https://fortune.com/worlds-most-admired-companies/> (Abruf vom 31.07.2021), ehemals *America's Most Admired Companies*.

⁴⁵⁷ Vgl. „Global RepTrak®“, *The RepTrak Company*, abrufbar unter <https://www.reputationinstitute.com/why-reputation-institute> (Abruf vom 31.07.2021); zu dessen Methodik *Fombrun/Ponzi/Newbury*, 18 *Corporate Reputation Review* 3 (2015).

⁴⁵⁸ Vgl. zu diesen Kritikpunkten *Bromley*, 5 *Corporate Reputation Review* 35–38 (2002); *Dowling/Gardberg*, in: Pollock/Barnett, *The Oxford Handbook of Corporate Reputation*, S. 34, 46 ff.

vierende Datenlücke auf. Selbst wenn sich diese Hindernisse überwinden ließen, könnten umfragebasierte Bemessungsmethoden überdies allenfalls beweisen, dass überhaupt ein Reputationsschaden eingetreten ist. Eine monetäre Bewertung ermöglichen sie hingegen nicht.

b) Börsenpreisbasierte Bemessung

aa) Forschungsstand

Ein weiterer Ansatz möchte den Börsenkurs als Seismografen der Unternehmensreputation in den Dienst stellen. Dazu wird sich die Erkenntnis zunutze gemacht, dass das Unternehmen in der Regel finanzielle Nachteile zu erwarten hat, wenn es einen Reputationsschaden erleidet.⁴⁵⁹ Zudem wird angenommen, dass der Kapitalmarkt informationseffizient ist.⁴⁶⁰ Sobald ein Ereignis publik werde, das der Unternehmensreputation schade, würde der Kapitalmarkt die aufgrund des Reputationsschadens entstehenden monetären Einbußen antizipieren und zutreffend in den Börsenkurs einpreisen. Ein Reputationsschaden lasse sich also bemessen, indem man die Differenz zwischen zwei Börsenkursen ermittle: dem Kurs unmittelbar vor dem öffentlichen Bekanntwerden des reputationsschädlichen Ereignisses und dem Kurs zu einem späteren Zeitpunkt, zu dem der Markt ausreichend Gelegenheit hatte, diese Information einzupreisen. Von diesem Differenzbetrag seien sodann alle sonstigen Vermögenseinbußen abzuziehen, die das Unternehmen aufgrund des reputationsschädigenden Ereignisses erlitten habe, wie etwa Verbandsgeldbußen, Schadensersatzverpflichtungen und Prozesskosten. Der Restbetrag bilde den durch den Kapitalmarkt erwarteten Reputationsschaden ab.⁴⁶¹

Eine Reihe von Fallstudien, überwiegend aus den USA, hat diese Methode implementiert und dazu die Reaktionen des Kapitalmarkts auf das Bekanntwerden von unternehmensbezogenen Negativereignissen untersucht. Einige konnten dabei drastische Konsequenzen feststellen. Zwei Studien zufolge soll der Reputationsschaden bei Bilanzfälschung und Betrug bis zu neun Mal so hoch ausfallen wie der reine Sanktionsschaden.⁴⁶² Auch bei Produktrückrufen sei ein Vielfaches des Sanktionsschadens als Reputationsschaden auszumachen.⁴⁶³ Andere Untersuchungen zeichnen hingegen ein differenziertes Bild. Ihnen zufolge hängt das Ausmaß des

⁴⁵⁹ Siehe 2. Teil: C.I.1.b)cc).

⁴⁶⁰ Siehe grundlegend zur Theorie effizienter Kapitalmärkte *Fama*, 25 J. Finance 383 (1970).

⁴⁶¹ *Karpoff/Lott*, 36 J. L. & Econ. 757, 766–773 (1993); *Karpoff/Lee/Martin*, 43 J. Fin. & Quant. Anal. 581–584, 599–601 (2008); *Murphy/Shrieves/Tibbs*, 44 J. Fin. & Quant. Anal. 55, 60–63 (2009); allgemeiner *Fombrun*, Reputation, S. 91; siehe zu den *reputational penalties* bereits 2. Teil: C.I.1.b)cc).

⁴⁶² *Karpoff/Lee/Martin*, 43 J. Fin. & Quant. Anal. 581 (2008).

⁴⁶³ *Jarrell/Peltzman*, 93 J. Political Econ. 512, 527–536 (1985); *Karpoff/Lott*, 36 J. L. & Econ. 757, 780–785 (1993).

Reputationsschadens stark von der Art des schädigenden Ereignisses ab. So soll der Reputationsschaden bei aus dem Unternehmen heraus begangenen Wirtschaftsstraftaten danach variieren, ob sie zum Nachteil von Kunden oder nicht mit dem Unternehmen in Geschäftsbeziehung stehenden Dritten begangen wurden.⁴⁶⁴ Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangte auch eine jüngere Studie, die Verstöße gegen das Kapitalmarktrecht im Vereinigten Königreich analysiert hat: Würden diese zulasten von Geschäftspartner des Emittenten begangen, betrage der Reputationsschaden das Neunfache der öffentlich-rechtlichen Sanktionen, in anderen Fällen ließe sich gar kein Reputationsschaden nachweisen.⁴⁶⁵ Ebenso soll bei Flugzeugabstürzen ein Reputationsschaden überhaupt nur dann entstehen, wenn dieser auf einem Verschulden des Unternehmens beruhe.⁴⁶⁶ Zu einem interessanten Ergebnis gelangt ferner eine Studie, die sich mit den Auswirkungen von Umweltrechtsverletzungen auf den Börsenkurs im Zeitraum zwischen 1980 und 2000 befasst. Sie konnte nach Abzug von Sanktionen und Prozesskosten gar keinen Reputationsschaden beziffern.⁴⁶⁷ Demzufolge existieren auch „bloße Reputationsschäden“,⁴⁶⁸ die sich nicht in der Vermögenssphäre des Unternehmens niederschlagen.

bb) Kritik

Dass es die börsenpreisbasierte Bemessung unmittelbar erlaubt, den Reputationsschaden auch monetär zu quantifizieren, lässt sie sympathisch erscheinen. Sie muss sich gleichwohl eine Reihe von Einwendungen gefallen lassen. Zunächst ist ihr möglicher Anwendungsbereich naturgemäß beschränkt, da sie eine Börsennotierung des Unternehmens voraussetzt. Für nicht börsennotierte Unternehmen scheidet sie von vornherein aus. Zudem demonstriert sie selbst, dass sich nicht jeder Reputationsschaden überhaupt im Börsenpreis abbildet. Obwohl es sich bei dem „bloßen Reputationsschaden“ ebenfalls um einen Reputationsschaden handelt, kann er auf Grundlage der börsenkursorientierten Methode nicht erfasst werden.

Zweifel bestehen überdies an der Aussagekraft der auf Grundlage dieser Methode bemessenen Ergebnisse. Bereits die Prämisse, dass Kapitalmärkte künftige reputationsbedingte wirtschaftliche Nachteile zutreffend antizipieren, sieht sich erheblicher Kritik ausgesetzt. Empirische Studien deuten darauf hin, dass Anleger im Gegenteil aufgrund von Verlustaversion dazu tendieren, in irrationaler Weise überzureagieren, wenn negative Neuigkeiten über den Emittenten bekannt werden.⁴⁶⁹ Auch können bei der börsenpreisbasierten Berechnung sonstige Faktoren, die

⁴⁶⁴ Vgl. Alexander, 42 J. L. & Econ. 489, 512–522 (1999); geringere Abweichung bei Murphy/Shrieves/Tibbs, 44 J. Fin. & Quant. Anal. 55, 63–70 (2009).

⁴⁶⁵ Armour/Mayer/Polo, 52 J. Fin. & Quant. Anal. 1429, 1431 (2017).

⁴⁶⁶ Mitchell/Maloney, 32 J. L. & Econ. 329, 335–346 (1989).

⁴⁶⁷ Karpoff/Lott/Wehrly, 48 J. L. & Econ. 653–655 (2005).

⁴⁶⁸ Begriffsschöpfung von Klöhn/Schmolke, NZG 2015, 689, 693.

⁴⁶⁹ De Bondt/Thaler, 40 J. Finance 793 (1985) m. w. N.

den Kursverlauf im Beobachtungszeitraum beeinflussen, nicht zuverlässig abgebildet werden. So ist es beispielsweise denkbar, dass der Markt den Rückschluss zieht, das Unternehmen sei allgemein in finanziell schlechter Verfassung, wenn Wirtschaftsstraftaten publik werden, und dies zusätzlich zum Reputations- und Sanktionsschaden in den Kurs einpreist.⁴⁷⁰ Ebenso wenig berücksichtigt diese Methode, dass auch Ereignisse, die nicht mit dem untersuchten Vorfall zusammenhängen, im Beobachtungszeitraum Einfluss auf den Börsenpreis nehmen können.

c) Bilanzielle Bemessung

Der Geschäfts- oder Firmenwert wird lediglich nach einem Unternehmenserwerb in Form des *asset deals* bilanziert. Ihm lässt sich bloß entnehmen, dass ein Käufer zu einem in der Vergangenheit liegenden Stichtag bereit war, mehr für das Unternehmen zu bezahlen, als dessen Reinvermögen der Bilanz zufolge betrug. Eine objektive Aussage zum Wert der Unternehmensreputation lässt sich ihm nicht entnehmen. Der Geschäfts- oder Firmenwert fasst zudem ein ganzes Bündel an wertbildenden Faktoren zusammen, von denen die Unternehmensreputation nur einer ist.⁴⁷¹ Die Unternehmensreputation lässt sich deshalb nicht aus der Bilanz ablesen.

d) Zwischenfazit

Die Reputationsforschung hat zwei Methoden entwickelt, um die Unternehmensreputation zu bemessen. Die eine basiert auf Umfragen, die andere auf dem Börsenkurs. An beiden haften ähnliche grundlegende Mängel. Einerseits umfasst keine der beiden alle Unternehmen, ungeachtet ihrer Rechtsform und Größe. Während es theoretisch denkbar, wenn auch praktisch kaum umzusetzen ist, die umfragebasierte Methode auf sämtliche Unternehmen zu erstrecken, ist es der börsenpreisbasierten Methode inhärent, dass sie nur börsennotierte Unternehmen erfassen kann. Andererseits können beide nicht mit hinreichender Sicherheit ausschließen, dass sachfremde Faktoren ihre Ergebnisse beeinflussen. Eine universell anwendbare und zuverlässige Methode der Reputationsbemessung, die sich auch im Haftungsprozess verwerten ließe, existiert damit gegenwärtig nicht.

4. Implikationen für die Geschäftsleiterhaftung

Damit ist das ökonomische Grundgerüst der Unternehmensreputation erkundet. Es bleibt zu klären, ob und wenn ja wie sich diese ökonomischen Erkenntnisse im Recht fruchtbar machen lassen.

⁴⁷⁰ Konzedierend Karpoff/Lott, 36 J. L. & Econ. 757, 785–789 (1993).

⁴⁷¹ Siehe 2. Teil: C.I.2.b)ee).

a) Rechtliche Relevanz der ökonomischen Reputationstheorie

Der ökonomische Reputationsbegriff ist enger als derjenige der Alltagssprache. Einiges von dem, was nach ökonomischem Verständnis integrale Merkmale der Reputation sind, ist semantisch nicht zwingend – etwa, dass Reputation nur durch die Beobachtung früheren Verhaltens entsteht, sie sich auf konkretes künftiges Verhalten des Unternehmens bezieht und nur im Verhältnis zu einer bestimmten Stakeholdergruppe existiert. Sprachlich wäre es nicht ausgeschlossen, Reputation als Synonym zu Image zu benutzen und darunter den Gesamteindruck der Öffentlichkeit von einem Unternehmen zu verstehen.⁴⁷² Es drängt sich damit die Frage auf, ob ein auf ökonomischen Modellen basierendes Begriffsverständnis überhaupt in den juristischen Sprachgebrauch übernommen werden sollte.⁴⁷³

Auch wenn sich das ökonomische Reputationsverständnis dem Recht nicht aufzwingt, ist es darum noch nicht illegitim, dieses für das Recht fruchtbar zu machen. Bei der Reputation handelt es sich schließlich nicht um einen Rechtsbegriff, der nach einer autonomen normativen Definition verlangt. Überdies ist das ökonomische Reputationsverständnis lediglich konkreter als das alltagssprachliche, wird aber gleichwohl von dessen möglichem Wortsinn erfasst. Da das ökonomische Reputationskonzept zum Zustandekommen, der wirtschaftlichen Bedeutung und den Folgen des Reputationsverlusts vielversprechende Anknüpfungspunkte für eine rechtliche Würdigung bereithält, soll es für den Zweck dieser Untersuchung im Folgenden zugrunde gelegt werden.

b) Reputation und Geschäftsleiterpflichten

Die Unternehmensreputation hat sich zu einem Modeargument in der Diskussion um die Geschäftsleiterhaftung entwickelt. Jüngere Literaturstimmen halten das Reputationsmanagement für eine Geschäftsleiterpflicht, haben dessen Konturen bisher aber nur skizziert.⁴⁷⁴

aa) Geschäftsleiterermessen

Als Schlagwort findet die Reputation häufig Verwendung, um den unternehmerischen Ermessensspielraum des Geschäftsleiters zu erweitern. Das Ziel der langfristigen Reputationspflege soll dabei auch finanzielle Nachteile für die Gesellschaft aufwiegen können. Der Geschäftsleiter sei etwa befugt, davon abzusehen, legale und

⁴⁷² Siehe zur Abgrenzung von Reputation und Image 2. Teil: C.I.2.b)aa).

⁴⁷³ Kröger, Korruptionsschäden, Unternehmensgeldbußen und Imageschäden, S. 263 ff. will darum im rechtlichen Kontext ganz auf eine Unterscheidung von Reputation und Image verzichten.

⁴⁷⁴ Erstmals Seibt, DB 2015, 171, 175 ff.; ferner ders., DB 2016, 2707, 2709; Fleischer, DB 2017, 2015, 2020; ders., AG 2017, 509, 516: „Seine rechtssatzförmige Verdichtung steht allerdings noch aus.“; demgegenüber zurückhaltend Hüffer/Koch, AktG, § 76 Rn. 9.

für die Gesellschaft vorteilhafte Steuergestaltungen zu nutzen, wenn diese von Stakeholdern als aggressive Steuervermeidungsstrategie wahrgenommen werden könnten.⁴⁷⁵ Um reputationsschädigende öffentliche Gerichtsverfahren zu vermeiden, sei es auch erlaubt, Arbeitnehmern auferlegte Geldsanktionen aus dem Gesellschaftsvermögen zu erstatten.⁴⁷⁶ Im Kontext der kapitalmarktrechtlichen Pflichten beeinflusse die Unternehmensreputation ferner die Beurteilung der Frage, ob die unverzügliche Ad-hoc-Publizität geeignet wäre, die berechtigten Interessen des Emittenten zu beeinträchtigen, sodass sie nach Art. 17 Abs. 4 MMVO aufgeschoben werden dürfte.⁴⁷⁷

Auch mittelbar kommt dem Geschäftsleiter das Argument der Unternehmensreputation zugute. Beispielsweise hat der BGH in seiner ARAG/Garmenbeck-Entscheidung zwar festgestellt, dass der Aufsichtsrat in der Regel verpflichtet sei, Schadensersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder zu verfolgen, aber auch betont, dass dieser ausnahmsweise im Hinblick auf „negative Auswirkungen auf Geschäftstätigkeit und Ansehen der Gesellschaft in der Öffentlichkeit“ hiervon absehen könne.⁴⁷⁸ Damit hat er ein Einfallstor für Reputationserwägungen geschaffen.⁴⁷⁹

bb) Pflichtverletzung

Das Reputationsmanagement erweitert jedoch nicht nur das unternehmerische Ermessen des Geschäftsleiters, sondern auch dessen haftungsrelevantes Pflichtenprogramm. Die Frage, wann der Geschäftsleiter mit Hinblick auf die Unternehmensreputation seine Pflichten verletzt, ist bislang allerdings wenig beleuchtet worden. Jedenfalls soll dem Geschäftsleiter abzuverlangen sein, Reputationsrisiken anlassbezogen zu identifizieren, insbesondere wenn das Unternehmen in sensiblen Geschäftsfeldern mit einer hohen Risikoexposition tätig ist. Darüber hinaus soll es sich gebieten, erkannte Reputationsrisiken nach Möglichkeit quantitativ und qualitativ zu bewerten, um sie mit den unmittelbaren Geschäftsvorteilen im Rahmen einer Prognoseentscheidung abzuwägen.⁴⁸⁰ Bei konkret drohenden erheblichen Nachteilen für die Unternehmensreputation könne sich das dem Geschäftsleiter

⁴⁷⁵ Seibt, DB 2015, 171, 176 f.; zu den konkreten Anforderungen an die anzustellende Prognose *Fleischer*, DB 2017, 2015, 2020 f.

⁴⁷⁶ *Klöhn/Schmolke*, NZG 2015, 689, 694; *Kumpan*, in: Bauer/Schuster, Nachhaltigkeit im Bankensektor, S. 323, 339 f. entgegen BGHZ 202, 26.

⁴⁷⁷ *Klöhn/Schmolke*, ZGR 2016, 866, 871 ff.; noch zu § 15 Abs. 3 WpHG a.F.: *dies.*, NZG 2015, 689, 694 f.; *Kumpan*, in: Bauer/Schuster, Nachhaltigkeit im Bankensektor, S. 323, 341.

⁴⁷⁸ BGHZ 135, 244, 255.

⁴⁷⁹ Siehe *Klöhn/Schmolke*, NZG 2015, 689, 694; *Kumpan*, in: Bauer/Schuster, Nachhaltigkeit im Bankensektor, S. 323, 338.

⁴⁸⁰ *Fleischer*, DB 2017, 2015, 2021.

zukommende Ermessen auch auf null reduzieren, sodass er verpflichtet sei, eine bestimmte Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen.⁴⁸¹

Dabei gilt aber zu bedenken, dass sich vom Eintritt eines Reputationsschadens nicht auf eine Pflichtverletzung des Geschäftsleiters schließen lässt. Dies illustriert der ökonomische Lehrbuchfall der Reputationsschädigung, die Nichterfüllung einer Vertragspflicht der Gesellschaft. Nach herrschender Auffassung verletzt der Geschäftsleiter dadurch nicht zwangsläufig seine Pflichten im Binnenverhältnis, da Vertragspflichten der Gesellschaft nicht Gegenstand der Legalitätspflicht sind.⁴⁸² Auch eine Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflicht könne dabei nicht per se angenommen werden, denn insbesondere bei Liquiditätsengpässen könne es im Unternehmensinteresse liegen, eine Verbindlichkeit später zu erfüllen, in besonderen Konstellationen sogar, eine Verurteilung zum Schadensersatz abzuwarten.⁴⁸³ Bemerkenswerterweise gibt die Gegenansicht aber gerade zu bedenken, dass eine Vertragsverletzung die Unternehmensreputation in Mitleidenschaft zieht.⁴⁸⁴ Ferner sind die anerkannten Grundsätze der Geschäftsmoral zwar nicht Gegenstand der Legalitätspflicht,⁴⁸⁵ erlangen aber im Rahmen der allgemeinen Sorgfaltspflicht Relevanz.⁴⁸⁶ So wird der Geschäftsleiter die Rückwirkung unmoralischen Verhaltens auf die Unternehmensreputation zu berücksichtigen haben, wenn er sein unternehmerisches Ermessen ausübt.⁴⁸⁷

Neben Zweifelsfällen existieren aber auch evident pflichtwidrige Schädigungen der Unternehmensreputation. Zu denken ist dabei vor allem an Fälle, in denen der Geschäftsleiter seine Legalitätspflicht missachtet, indem er gegen das Öffentliche Recht verstößt, wie beispielsweise bei Kartellabsprachen und Korruptionsdelikten.

⁴⁸¹ *Seibt*, DB 2015, 171, 175: „Nur in extremen Einzelfällen“; zustimmend *J. Vetter*, ZGR 2018, 338, 343 f.; siehe zu möglichen Anwendungsfällen *Gaul*, AG 2018, 505, 510 f. (Abgastests an Tieren); *Hahn*, AG 2018, 472, 478 f. (Spende an eine rechtsradikale Partei).

⁴⁸² Siehe 1. Teil: A.II.2.b)aa).

⁴⁸³ *Bicker*, AG 2014, 8, 9 f.; *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 144; *Habersack*, FS U. H. Schneider, 2011, S. 429, 436; *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 148; *Hölters*, in: ders., AktG, § 93 Rn. 77; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 15; *Lutter*, ZIP 2007, 841, 843; *Paefgen*, AG 2014, 554, 559; *U. H. Schneider*, FS Hüffer, 2010, S. 905, 911 f.; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 518; *Windbichler*, ZGR 1989, 434, 437.

⁴⁸⁴ *Wiedemann*, ZGR 2011, 183, 199: „ein Vertragsbruch schadet obendrein der Reputation des Unternehmens mehr als mancher Gesetzesverstoß.“

⁴⁸⁵ Siehe 1. Teil: A.II.2.b)aa).

⁴⁸⁶ *Gaul*, AG 2018, 505, 509; *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 150; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 520.

⁴⁸⁷ *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 144 f.; *Hölters*, in: ders., AktG, § 93 Rn. 70; *Klöhn*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 43 Rn. 21; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 115.

*c) Reputations- und Reputationsfolgeschaden**aa) Abgrenzung*

Verwendet man den Ausdruck „Reputationsschaden“ im rechtlichen Kontext, bedarf er einer Präzisierung wie einer Abgrenzung. Der Reputationsschaden beschreibt das Phänomen, dass sich die Stakeholdererwartung in das künftige Verhalten des Unternehmens aufgrund eines bestimmten Ereignisses in negativer Weise verändert.⁴⁸⁸ Als Reaktion darauf kann es dazu kommen, dass einzelne Stakeholder ihr Verhalten gegenüber dem Unternehmen verändern: Kunden nehmen die Leistung des Unternehmens nicht mehr in Anspruch, Kreditgeber verlangen höhere Zinsen, qualifizierte potenzielle Arbeitnehmer bewerben sich nicht.⁴⁸⁹ Das veränderte Werturteil der Stakeholder und ihr hierauf basierendes Verhalten mag man in der Ökonomie als einheitliches Geschehen begreifen und untersuchen. Im juristischen Diskurs ist beides aber voneinander zu unterscheiden, da sich diese Phänomene auf verschiedene Weise rechtlich würdigen lassen.

Dazu wird im weiteren Verlauf der Untersuchung die folgende Terminologie verwendet: Als Reputationsschaden wird bezeichnet, dass bestimmte Stakeholder ihr Werturteil über das zukünftige Verhalten des Unternehmens in negativer Weise ändern. Demgegenüber wird von einem Reputationsfolgeschaden gesprochen, wenn ein Stakeholder aus diesem Grund auch sein Verhalten gegenüber dem Unternehmen verändert. Diese Differenzierung ist erforderlich, da sich gezeigt hat, dass aus Erstem nicht zwangsläufig das Zweite folgt. Es gibt auch „bloße Reputationsschäden“, die keine Verhaltensänderung der Stakeholder nach sich ziehen.⁴⁹⁰ Terminologisch knüpfen die gewählten Begriffe an die im allgemeinen Schadensrecht gebräuchliche Unterscheidung von Verletzungs- und Folgeschaden an, die sowohl für die Ersatzfähigkeit nach Spezialgesetzen als auch die Schadenszurechnung Relevanz genießt.⁴⁹¹

bb) Ersatzfähigkeit des Reputationsfolgeschadens

Die rechtliche Qualifikation des Reputationsfolgeschadens bereitet keine Schwierigkeiten. Entstehen der Gesellschaft reputationsbedingt ein Umsatzrückgang oder höhere Finanzierungskosten, erleidet sie dadurch einen ersatzfähigen Vermögensschaden. Dies stellt § 252 Satz 1 BGB klar, dem zufolge der zu ersetzende

⁴⁸⁸ Siehe 2. Teil: C.I.3.

⁴⁸⁹ Siehe 2. Teil: C.I.1.b)cc).

⁴⁹⁰ Siehe 2. Teil: C.I.3.b); abweichende Terminologie bei *Leumann Liebster*, FS Schwenzer II, 2011, S. 1031, 1032 ff. in Bezug auf Art. 74 CISG, der als „Reputationsschaden“ konkrete Vermögenseinbußen bezeichnet; *Kröger*, Korruptionsschäden, Unternehmensgeldbußen und Imageschäden, S. 273 ff. spricht von Primär- und Sekundärschaden.

⁴⁹¹ Siehe dazu *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 89; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 2 V.1., S. 67 ff.; *Roussos*, Schaden und Folgeschaden, S. 33 ff.; *Schiemann*, in: Staudinger, BGB, Vorb. § 249 Rn. 43 f.

Schaden auch den entgangenen Gewinn umfasst.⁴⁹² Das ist auch im Kontext der Binnenhaftung des Geschäftsleiters unstrittig. Diejenigen Literaturstimmen, die die Ersatzfähigkeit von „Rufschäden“ bestreiten, meinen damit explizit nur solche, die sich nicht in der Vermögenssphäre der Gesellschaft niederschlagen, also („bloße“) Reputationsschäden.⁴⁹³

Schwierigkeiten bereitet der Reputationsfolgeschaden weniger in rechtlicher als in tatsächlicher Hinsicht, da der Beweis der haftungsausfüllenden Kausalität die Gesellschaft häufig vor Herausforderungen stellen wird. Aufgrund der Komplexität des Marktgeschehens sind viele Ursachen für den Verlust von Kunden, die Steigerung von Finanzierungskosten oder den Mangel an qualifizierten Bewerbern denkbar.⁴⁹⁴ Insbesondere können sie alle auch durch externe Einflüsse der allgemeinen Wirtschaftslage bedingt sein. Der Beweis, dass sie auf einer reputations-schädigenden Pflichtverletzung des Geschäftsleiters beruhen, wird deshalb in der Regel schwerfallen. Der Gesellschaft kommen hier die Beweiserleichterungen der § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO, § 252 Satz 2 BGB zugute,⁴⁹⁵ die sich nicht nur auf den Nachweis der Schadenshöhe, sondern auch auf den der haftungsausfüllenden Kausalität erstrecken.⁴⁹⁶ Es genügt darum, dass ein Kausalzusammenhang wahrscheinlich ist, wobei an die Wahrscheinlichkeit aufgrund des komplexen Marktgeschehens keine überspannten Anforderungen zu stellen sind.⁴⁹⁷ Selbst wenn man aber einen großzügigen Maßstab anlegt, verbleiben der Gesellschaft Beweisschwierigkeiten.⁴⁹⁸ Dies gilt insbesondere bei solchen Reputationsschädigungen, für die es an Erfahrungswerten mangelt, an welche ein Wahrscheinlichkeitsurteil anknüpfen könnte.

Die rechtliche Qualifikation des Reputationsschadens fällt schwerer. Ihr ist im Folgenden detailliert nachzugehen. Die vorstehende Erkenntnis zum Reputations-

⁴⁹² Zu den Einzelfällen *Kröger*, Korruptionsschäden, Unternehmensgeldbußen und Imageschäden, S. 288 ff.; *Ohly*, GRUR 2007, 926, 934.

⁴⁹³ Siehe zum Meinungsstand 2. Teil: C.I.4.c); ferner *Bachmann*, ZGR 2018, 231, 250: „Hinzu tritt ein Reputationsschaden, der wenigstens im Verbund mit dadurch verursachten Folgeschäden wie höheren Finanzierungskosten, Umsatzrückgang, PR-Ausgaben einen ersatzfähigen Vermögensschaden darstellt.“; *Seyfarth*, Vorstandsrecht, § 33 Rn. 55: „Als Schadenspositionen kommen auch [...] Imageverluste [...] in Betracht, soweit es der Gesellschaft möglich ist, etwa entsprechenden entgangenen Gewinn nach § 252 BGB darzulegen“.

⁴⁹⁴ Vgl. *Klöhn/Schmolke*, NZG 2015, 689, 693; *Kröger*, Korruptionsschäden, Unternehmensgeldbußen und Imageschäden, S. 288 f.

⁴⁹⁵ Zur Anwendbarkeit auf die Geschäftsleiterhaftung: BGHZ 152, 280, 287 ff.; *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 431; *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbbecke, GmbHG, § 43 Rn. 182; *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 485. Zum Verhältnis von § 287 ZPO und § 252 Satz 2 BGB: *Oetker*, in: MünchKomm, BGB, § 252 Rn. 30; *Schiemann*, in: Staudinger, BGB, § 252 Rn. 18.

⁴⁹⁶ BGHZ 4, 192, 196 f.; BGHZ 74, 221, 224; BGH NJW-RR 1992, 997, 998; BGH NJW 2005, 3348.

⁴⁹⁷ Vgl. BGH NJW-RR 1992, 997, 998; BGH NJW 1998, 1633, 1634; BGH NJW 2005, 3348; konkret zum Reputationsschaden *Klöhn/Schmolke*, NZG 2015, 689, 693 Fn. 62 mit Berufung auf *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl. 2015, § 9 Rn. 1.23.

⁴⁹⁸ Vgl. *Ohly*, GRUR 2007, 926, 932.

folgeschaden offenbart bereits die Relevanz der Frage, ob auch der Reputationschaden zu ersetzen ist: Es geht um eine mittelbare Beweiserleichterung für die Gesellschaft im Haftungsprozess. Die Gesellschaft ist schließlich über den Reputationsfolgeschaden rechtlich bereits in der Lage, von ihrem pflichtvergessenen Geschäftsleiter Kompensation für konkrete wirtschaftliche Einbußen zu erlangen. Dieses Unterfangen droht aber an der Schwierigkeit des Beweises der haftungsausfüllenden Kausalität zu scheitern. Gewährt man der Gesellschaft aber schon für den Reputationsschaden Schadensersatz, hat man ihr auf einem Umweg über diese Beweisschwierigkeit hinweggeholfen, da sie auch dann Ersatz verlangen kann, wenn sie nicht beweisen kann, dass die Pflichtverletzung konkrete wirtschaftliche Einbußen verursacht hat.⁴⁹⁹

5. Zwischenfazit

Ihren Existenzgrund findet die Unternehmensreputation in den Informationsasymmetrien, die zwischen dem Unternehmen und seinen Stakeholdern über bestimmte Charakteristika des Unternehmens bestehen. Die Reputation dient dazu, diese Informationsasymmetrie einzuebnen, indem die Stakeholder ihre Beobachtung austauschen. Mit einem griffigen und präzisen Satz lässt sich Reputation nicht definieren. Ihre wichtigsten Merkmale bilden ihr Zustandekommen, die Kommunikation der Stakeholder über vergangenes Verhalten des Unternehmens, und ihr Bezugspunkt, das Verhalten des Unternehmens in der Zukunft. Daraus mündet auch die juristisch relevante Erkenntnis, dass es sich bei Reputation um ein Werturteil handelt.

Aus seiner Reputation kann das Unternehmen wirtschaftliche Vorteile ziehen. Eine hohe Reputation kann das Unternehmen vor allem Kunden gegenüber nutzen, sei es um diese zu gewinnen oder von ihnen höhere Preise zu verlangen. Das Gegenstück dazu bildet die Sanktion, die das Unternehmen erfährt, wenn es sich seinen Stakeholdern gegenüber nicht erwartungsgemäß verhält (*reputational penalty*), die sich ebenso finanziell bemerkbar machen kann. Als Reputationsschaden wird die negative Veränderung der Erwartungshaltung der Stakeholder über das zukünftige Verhalten des Unternehmens bezeichnet. Davon ist der Reputationsfolgeschaden zu unterscheiden, der die konkreten Vermögenseinbußen meint, die auf einem Reputationsschaden beruhen. Seine Ersatzfähigkeit stellt kein rechtliches Problem dar, wohl aber eines der praktischen Beweisbarkeit. Allgemein anerkannte und zuverlässige Bemessungsmethoden für den Reputationsschaden sind nicht vorhanden. Die diskutierten umfrage- und börsenkursgestützten Bemessungsinstrumente erfassen nur wenige (meist große) Unternehmen und weisen eine gravierende Fehleranfälligkeit auf.

⁴⁹⁹ Vgl. Ohly, GRUR 2007, 926, 929: „Gäbe es das Nachweisproblem nicht, so wäre die Schadensberechnung nach § 252 BGB, also der Ersatz des konkret entgangenen Gewinns, das Mittel der Wahl.“

II. Naturalrestitution

Nach § 249 Abs. 1 BGB ist im Wege des Schadensersatzes der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Diese Schadensersatzleistung durch Naturalrestitution bildet den gesetzlichen Regelfall und genießt Vorrang gegenüber der Entschädigung in Geld, die nur in Betracht kommt, soweit entsprechende Ausnahmetatbestände einschlägig sind.⁵⁰⁰ Die Gesetzesforderung nach Herstellung in Natur erhebt gleichermaßen für Vermögens- wie Nichtvermögensschäden Geltungsanspruch, da § 253 Abs. 1 BGB lediglich die Geldentschädigung für immaterielle Schäden beschränkt.⁵⁰¹ Ist der Geschäftsleiter in der Lage, den Reputationsschaden in Natur zu beseitigen, kommt es demzufolge nicht darauf an, ob es sich bei ihm um einen Vermögens- oder Nichtvermögensschaden handelt.

Sucht man nach Möglichkeiten einer Naturalrestitution des Reputationsschadens, so ist die Erkenntnis hilfreich, dass Reputation ein kollektives Werturteil einer Stakeholdergruppe über die Gesellschaft darstellt. Wie Stakeholder die Gesellschaft wahrnehmen und sich über diese äußern, kann der Geschäftsleiter aber nicht unmittelbar beeinflussen. Als Naturalrestitution denkbar sind darum lediglich Formen der mittelbaren Einflussnahme auf die Stakeholderwahrnehmung. Mögliche Vorbilder dafür finden sich vor allem im Presse- und Äußerungsrecht.

1. Berichtigung

Nach ständiger Rechtsprechung hat, wer durch eine unwahre ehrverletzende Tatsachenbehauptung in seinen Rechten verletzt wird, Anspruch darauf, dass der Schädiger seine Äußerung berichtigt, um das Ansehen des Geschädigten im Zuge der Naturalrestitution wiederherzustellen.⁵⁰² Diesem auf §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB gestützten Anspruch kommt praktisch eine geringe Bedeutung zu, da er anders als der daneben bestehende Beseitigungsanspruch analog § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB Verschulden voraussetzt.⁵⁰³ Für den Berichtigungsanspruch muss die Unwahrheit der behaupteten Tatsache erwiesen sein – anders als bei den Ansprüchen auf Unterlassung (analog § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB) und Geldentschädigung, für die entsprechend § 186 StGB die bloße Nichterweislichkeit der Tatsache genügt.⁵⁰⁴ Ferner muss

⁵⁰⁰ Siehe 1. Teil: C.I.1.a).

⁵⁰¹ Ebert, in: Erman, BGB, § 249 Rn. 9; Grüneberg, in: Palandt, BGB, § 253 Rn. 3; Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 5 II.2., S. 218 ff.; Oetker, in: MünchKomm, BGB, § 249 Rn. 321.

⁵⁰² Vgl. RGZ 97, 343, 345; OGHZ 1, 182, 192 f.; BGHZ 10, 104, 105; BGHZ 31, 308, 318 f.; BGHZ-GrSZ 34, 99, 102 f.; BGHZ 37, 187, 189.

⁵⁰³ Grüneberg, in: Palandt, BGB, § 253 Rn. 3; Hager, in: Staudinger, BGB, § 823 C. Rn. 271; Schiemann, in: Staudinger, BGB, § 249 Rn. 193; siehe zum Verhältnis zum negatorischen Beseitigungsanspruch auch BGHZ-GrSZ 34, 99, 102 f.; BGH NJW 1958, 1043.

⁵⁰⁴ Siehe BGHZ 37, 187, 189 ff.; BGHZ 69, 181, 182 ff.

der Widerruf geeignet und bestimmt sein, die erlittene Ansehensminderung zu beseitigen und darf nicht bloß der Genugtuung des Geschädigten dienen.⁵⁰⁵

Diese auf Kommunikationsdelikte gemünzte Rechtsprechung lässt sich auf die Geschäftsleiterbinnenhaftung für Reputationsschäden nicht übertragen. Die reputationsschädigende Pflichtverletzung des Geschäftsleiters liegt typischerweise nicht in einer ehrverletzenden Tatsachenbehauptung über die Gesellschaft, die sich richtigstellen ließe, sondern in sonstigen Realakten. Eine Naturalrestitution durch Berichtigung kommt dafür von vornherein nicht in Betracht.

2. Werbung

Ferner gewährt die Rechtsprechung einem durch ein Äußerungsdelikt geschädigten Unternehmensträger Anspruch darauf, dass der Schädiger den (Reputations-) Schaden durch Werbemaßnahmen beseitigt.⁵⁰⁶ In Form der Naturalrestitution genießt dieses Anspruchsziel kaum Relevanz. Meist zieht es der Geschädigte vor, die Werbung selbst zu veranlassen und vom Schädiger Geldersatz für die dadurch entstandenen Kosten zu verlangen.⁵⁰⁷ So werden die Interessen in aller Regel auch bei der Geschäftsleiterhaftung liegen. Die Gesellschaft wird dem pflichtvergessenen Geschäftsleiter, der womöglich bereits abberufen ist, kaum die Aufgabe übertragen wollen, in privater Funktion und eigener Verantwortung eine Werbekampagne durchzuführen.⁵⁰⁸ Der Naturalrestitution durch Werbung kommt deshalb allenfalls theoretische Bedeutung zu.

Selbst wenn man aber diesen theoretischen Gedankengang weiterverfolgt, gelangt man alsbald an seine Grenzen. In der Literatur wird vertreten, die Wiederherstellung der früheren Unternehmensreputation durch Werbung sei nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich und die Gesellschaft deshalb nach § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB auf eine Geldentschädigung verwiesen.⁵⁰⁹ Diese Auffassung erweist sich allerdings noch als zu optimistisch, soweit sie davon ausgeht, dass sich die Unternehmensreputation überhaupt mit irgendeinem (wenn auch unverhältnismäßigen) Aufwand in ihren alten Zustand versetzen ließe. Vielmehr ist es tatsächlich unmöglich, verlorengegangene Reputation allein durch Werbung wiederherzustellen. Zwar kann Werbung, wie auch Reputation, als *signaling*-Aktivität dazu dienen, Informationsasymmetrien abzubauen,⁵¹⁰ doch liegen diesen beiden *signals* verschiedene Wirkungsweisen zugrunde. Bei Werbung handelt es sich um eine

⁵⁰⁵ BGH NJW 1977, 1681, 1682 (insoweit nicht in BGHZ 69, 181 abgedruckt).

⁵⁰⁶ Vgl. BGHZ 66, 182, 191 f.

⁵⁰⁷ Siehe dazu BGHZ 70, 39, 42; BGH NJW 1979, 2197; *Steffen*, in: Löffler, Presserecht, § 6 LPG Rn. 319.

⁵⁰⁸ *Kröger*, Korruptionsschäden, Unternehmensgeldbußen und Imageschäden, S. 276.

⁵⁰⁹ *Hinrichs*, Möglichkeiten zur Korrektur der Geschäftsleiterbinnenhaftung, S. 214 f.; vgl. auch *Ohly*, GRUR 2007, 926, 930.

⁵¹⁰ Vgl. *Nelson*, 82 J. Pol. Econ. 729 (1974).

Selbstauskunft des Unternehmens, Reputation kann hingegen erst durch Äußerungen anderer Stakeholder zustande kommen. Reputation basiert auf konkretem Verhalten des Unternehmens, aus dem Stakeholder Rückschlüsse über das zukünftige Verhalten dieses Unternehmens ziehen – nicht auf dem bloßen Ankündigen zukünftigen Verhaltens seitens des Unternehmens, wie es für Werbung kennzeichnend ist. Werbung mag dazu dienen, ein Image zu fördern. Um aber die Unternehmensreputation zu steigern, ist sie nicht geeignet.⁵¹¹

3. Verhaltensänderung

Einen letzten Anhaltspunkt auf der Suche nach Wegen, Reputation in Natur wiederherzustellen, bietet das ökonomische Schrifttum. Die Forschung dazu, wie verlorene Reputation wiederhergestellt werden kann, ist zwar noch wenig vorangeschritten, doch bietet sie bereits erste Erkenntnisse. Ihr zufolge handelt es sich bei der Restitution einer beschädigten Reputation um einen komplexen Vorgang, der damit beginnt, die Ursache des Reputationsschadens im Verhalten des Unternehmens zu identifizieren. Das als Quelle des Reputationsschadens ausgemachte Verhalten muss sodann abgestellt werden.⁵¹² Dieser Gedankengang leuchtet unmittelbar ein, wenn man sich daran erinnert, dass Reputation ihren Ausgangspunkt stets im Verhalten des Unternehmens nimmt. Wie eine Verhaltensänderung zum Negativen der Reputation abträglich ist, fördert auch eine Verhaltensänderung zum Positiven die Reputation.

Soweit sich der schadensersatzpflichtige Geschäftsleiter noch im Amt befindet, ist er grundsätzlich in der Lage, das reputationsschädigende Verhalten abzustellen. Den hypothetischen Status, auf dem sich die Unternehmensreputation ohne seine Pflichtverletzung befände, wird er gleichwohl nicht herstellen können, denn er ist weder in der Lage, das reputationsschädigende Verhalten ungeschehen, noch, es vergessen zu machen. Auch wenn sich das Verhalten des Unternehmens zum Positiven wandelt, gehören die negativen Ereignisse der Vergangenheit weiterhin zum Erfahrungsschatz der Stakeholder. Sie werden in ihrem kollektiven Bewusstsein verbleiben und weiterhin zur Grundlage ihrer Prognose über das zukünftige Verhalten des Unternehmens zählen. Auch durch eine Verhaltensänderung lässt sich darum keine Naturalrestitution des Reputationsschadens erreichen.

4. Zwischenfazit

Es ist dem Geschäftsleiter unmöglich, die Reputation der Gesellschaft in Natur wiederherzustellen. Der Schadensersatzanspruch der Gesellschaft kann darum allenfalls eine Geldentschädigung zum Inhalt haben.

⁵¹¹ Siehe zur Unterscheidung beider Begriffe 2. Teil: C.I.2.b)aa).

⁵¹² Eingehend *Rhee/Kim*, in: Pollock/Barnett, *The Oxford Handbook of Corporate Reputation*, S. 446 ff.

III. Geldentschädigung: Vermögensschaden

Nach § 251 Abs. 1 Var. 1 BGB ist der Gläubiger des Schadensersatzes in Geld zu entschädigen, wenn die Naturalrestitution unmöglich ist. Die Norm beschränkt sich auf Vermögensschäden, wie sich im Umkehrschluss aus § 253 Abs. 1 BGB ergibt, der eine Geldentschädigung für Nichtvermögensschäden im Grundsatz ausschließt.⁵¹³ Eine Geldentschädigung nach § 251 Abs. 1 Var. 1 BGB setzt mithin voraus, dass es sich bei dem Reputationsschaden um einen Vermögensschaden handelt.

Eine Legaldefinition erfährt der Begriff des Vermögensschadens ebenso wenig wie der des Vermögens. Seinen Antagonisten, den Nichtvermögensschaden, umschreibt das Gesetz in § 253 Abs. 1 BGB lediglich durch eine Negation („Schaden[s], der nicht Vermögensschaden ist“). Die Differenzhypothese hilft zur Abgrenzung von Vermögens- und Nichtvermögensschaden nicht weiter. Sie besagt zwar, dass ein Vermögensschaden durch einen Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die sich ohne jenes Ereignis ergeben hätte, zu ermitteln ist.⁵¹⁴ Damit verlagert sich das Problem aber nur auf die Frage, was eine Vermögenslage ist.

Eine Richtschnur für die Abgrenzung von Vermögens- und Nichtvermögensschaden bildet jedoch die hinter § 253 Abs. 1 BGB stehende Wertung des Gesetzgebers: Sprechen Gerichte eine Geldentschädigung zu, sollen sie diese anhand nachvollziehbarer rationaler Kalkulationsgrundlagen bemessen und nicht anhand reiner Billigkeitserwägungen.⁵¹⁵ In Orientierung daran haben sich in Rechtsprechung und Literatur verschiedene Abgrenzungskonzepte herausgebildet.

1. Kommerzialisierungsthese

a) Aussagegehalt

Die Rechtsprechung vollzieht anhand der sogenannten Kommerzialisierungsthese eine marktbezogene Betrachtung. Ein Vermögensschaden liegt ihr zufolge vor, wenn für das beeinträchtigte Rechtsgut ein Markt vorhanden ist, es also gegen Geld „erkauft“ werden kann.⁵¹⁶ Ausschlaggebend für das Vorhandensein eines Marktes

⁵¹³ J. Flume, in: BeckOK, BGB, § 251 Rn. 4; Oetker, in: MünchKomm, BGB, § 251 Rn. 5.

⁵¹⁴ BGHZ-GrSZ 98, 212, 217; siehe auch 2. Teil: A.I.1.

⁵¹⁵ BGHZ-GrSZ 98, 212, 222; BGHZ 196, 101, 104 f.; siehe bereits Motive II, S. 22: „Durch allgemeine Anerkennung eines Entschädigungsanspruchs wegen Verletzung eines nicht vermögensrechtlichen Interesses würde dem Richter jene dem deutschen Rechte fremde Souveränität seiner Stellung gegenüber dem Streitverhältnisse beigelegt, welche [...] nach reiflicher Prüfung als bedenklich erfunden und deshalb verworfen wurde; insbesondere ließen sich Schranken für das Ermessen des Richters kaum aufstellen [...]“.

⁵¹⁶ Ständige Rechtsprechung, erstmals BGH NJW 1956, 1234, 1235 (Seereisefall), ferner BGHZ 40, 345, 349 f.; BGHZ 56, 214, 215 f.; BGHZ 63, 98, 102; BGHZ 92, 85, 90.

soll die herrschende Verkehrsauffassung sein.⁵¹⁷ Die Kommerzialisierungsthese lässt sich vom Gedanken leiten, dass eine objektivierbare Preisvorstellung des Verkehrs vorhanden sei, soweit eine ernsthafte Nachfrage nach einem Gut bestehe. Diese mache die individuelle Bewertung durch den Richter, die § 253 Abs. 1 BGB zu vermeiden versuche, entbehrlich, indem sie eine objektive und rationale Kalkulation der Geldentschädigung erlaube.⁵¹⁸

Korrekturen erfährt die Kommerzialisierungsthese in normativer Hinsicht. Aus der marktorientierten Betrachtung ausgenommen sind Güter, deren Kommerzialisierung die Rechtsordnung missbilligt.⁵¹⁹ Ferner schränkt die Rechtsprechung sie beim Fortfall einer bloß abstrakten Nutzungsmöglichkeit ein. Eine Geldentschädigung hierfür könne nur verlangt werden, wenn die entgangene Nutzungsmöglichkeit ein Wirtschaftsgut betreffe, dessen ständige Verfügbarkeit für den Einzelnen bei seiner eigenwirtschaftlichen Lebenshaltung typischerweise von zentraler Bedeutung ist und dessen Funktionsstörung sich als solche auf die materiale Grundlage der Lebenshaltung signifikant auswirkt.⁵²⁰

Die Literatur leistet dem Kommerzialisierungsgedanken überwiegend Folge.⁵²¹ Kritiker bemängeln neben einer inkonsistenten Anwendung,⁵²² dass sich nahezu jedes Gut kommerzialisieren ließe. Die Kommerzialisierungsthese drohe deshalb, die Grenzen zwischen Vermögens- und Nichtvermögensschaden bis zur Unkenntlichkeit zu verwischen und die Begrenzungsfunktion des § 253 Abs. 1 BGB zu unterlaufen.⁵²³

b) Anwendung

Wendet man die Kommerzialisierungsthese auf die Unternehmensreputation an, lautet die Testfrage, ob für die Unternehmensreputation ein Markt vorhanden ist, auf dem sie sich gegen Geld erwerben lasse. In einem ersten Zugriff liegt es nahe, diese Frage zu verneinen. Bei Reputation handelt es sich um ein Gut, das schon aufgrund

⁵¹⁷ BGHZ 45, 212, 215; BGHZ 56, 214, 215; BGHZ 63, 98, 102; BGHZ-GrSZ 98, 212, 223.

⁵¹⁸ Vgl. BGHZ 92, 85, 90 f.; BGHZ-GrSZ 98, 212, 222.

⁵¹⁹ BGHZ 67, 119, 121 ff. (sexuelle Selbstbestimmung, durch § 1 ProstG überholt, siehe *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 252 Rn. 3); BGH NJW 1974, 1374, 1375 ff. (unerlaubte Berufstätigkeit); BGH NJW 1994, 851, 852 (Schwarzarbeit).

⁵²⁰ BGHZ 196, 101, 105 f. (Ausfall des Internetzugangs als Vermögensschaden).

⁵²¹ *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 75 ff.; *J. Flume*, in: BeckOK, BGB, § 249 Rn. 85; *Hagen*, JZ 1983, 833; *Oetker*, in: MünchKomm, BGB, § 249 Rn. 41 ff.; *Wiese*, Der Ersatz des immateriellen Schadens, S. 21 ff.; im Ausgangspunkt auch *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 6 III., S. 253 ff.; *Köndgen*, AcP 177 (1977), 1, 25 ff.; *Medicus*, Festgabe 50 Jahre BGH I, 2000, S. 201, 216 ff.

⁵²² *Hagen*, JZ 1983, 833.

⁵²³ *Diederichsen*, FS Klingmüller, 1974, S. 65, 73 f.; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, Vorb. § 249 Rn. 11 f.; *Larenz*, Schuldrecht I, § 29 I.c), S. 484 ff.

seiner Beschaffenheit nicht selbstständig gehandelt werden kann. Reputation kann die Gesellschaft einzig erwerben, indem sie durch eigenes Verhalten zu einer bestimmten Außenwahrnehmung bei ihren Stakeholdern gelangt. Dies setzt Interaktionen in zwei verschiedenen Beziehungen voraus: einerseits zwischen dem Unternehmen und seinen Stakeholdern, anderseits zwischen den Stakeholdern untereinander, die ihre Erfahrungen kommunizieren müssen. Ferner erfordert Reputation einen kognitiven Prozess, durch den die Stakeholder zu einem Prognoseurteil über das zukünftige Verhalten des Unternehmens gelangen.⁵²⁴ Diese Vorgänge lassen sich nicht vom Unternehmen als ihrem Bezugsobjekt lösen. Das kollektive Werturteil der Stakeholder über das zukünftige Verhalten eines bestimmten Unternehmens kann darum nicht isoliert auf ein anderes Unternehmen übertragen werden. Für Unternehmensreputation gibt es deshalb ebenso wenig einen Markt wie einen Marktpreis.⁵²⁵

Es ließe sich jedoch erwägen, dass sich Unternehmensreputation zumindest mittelbar kommerzialisieren lässt. In der Literatur findet sich der Gedanke wieder, dass die Unternehmensreputation häufig eng mit einer Marke verbunden sei und für Marken schließlich ein Markt bestehe. Ferner sei bei der Anwendung der Kommerzialisierungsthese stets auch die Verkehrsauffassung zu berücksichtigen. Die Verkehrsauffassung messe der Unternehmensreputation einen Marktpreis bei, was sich an dem Umstand zeige, dass die im bilanziellen Geschäfts- oder Firmenwert zum Ausdruck kommende Reputation bei einem Unternehmenskauf als wertbildender Faktor Berücksichtigung finde.⁵²⁶

Bei näherem Hinsehen können beide Erwägungen nicht überzeugen. Es gilt zwar als grundsätzlich möglich, eine Marke als Reputationsvehikel einzusetzen, doch ist dieser Transfer bislang nur zwischen Produktgruppen desselben Unternehmens anerkannt.⁵²⁷ Selbst wenn man von der ungesicherten Annahme ausgeht, dass Marke und Unternehmensreputation untrennbar miteinander verknüpft sind, besteht ein Markt erst dann, wenn das konkrete Unternehmen tatsächlich eine Marke führt. Es ist darum nicht die Unternehmensreputation, der die Verkehrsanschauung einen Marktwert beimisst, sondern die Marke selbst.

Ähnlich verhält es sich in der Konstellation des Unternehmenskaufs. Wird bei einem Unternehmenskauf der Geschäfts- oder Firmenwert berücksichtigt, so dient er dem Verkehr dazu, einen Marktpreis für das Unternehmen und nicht für dessen Reputation zu ermitteln. Dies zeigt sich schon daran, dass der Geschäfts- oder Firmenwert nicht mit der Unternehmensreputation identisch ist: Der Geschäfts- oder Firmenwert kann nur nach einem Unternehmenskauf bilanziert werden und schließt

⁵²⁴ Siehe 2. Teil: C.I.1.

⁵²⁵ So im Ausgangspunkt auch Kröger, Korruptionsschäden, Unternehmensgeldbußen und Imageschäden, S. 281.

⁵²⁶ Kröger, Korruptionsschäden, Unternehmensgeldbußen und Imageschäden, S. 281; ihm folgend Hinrichs, Möglichkeiten zur Korrektur der Geschäftsleiterbinnenhaftung, S. 213 ff.

⁵²⁷ Siehe 2. Teil: C.I.2.b)dd).

auch andere immaterielle Werte als die Reputation ein.⁵²⁸ Bei einem Unternehmenskauf wird darum nicht die Unternehmensreputation kommerzialisiert, sondern – je nach Art der Transaktion – das Unternehmen als Sachgesamtheit oder der Unternehmensträger.

Auf Grundlage der Kommerzialisierungsthese begründet eine Beeinträchtigung der Unternehmensreputation folglich keinen Vermögensschaden.

2. Hypothetische Kommerzialisierbarkeit

An ihre Grenzen gelangt die Kommerzialisierungsthese bei Unikaten (etwa Kunstwerke und Antiquitäten), deren Eigentümer nicht willens ist, sie zu veräußern. Da sie nicht gegen Geld erhältlich sind, besteht für sie kein Markt. Gleichwohl berührt der Verlust oder die Beeinträchtigung solcher Gegenstände nicht den immateriellen Interessenbereich des Geschädigten, sondern dessen Vermögenssphäre.⁵²⁹

Die Rechtsprechung erweitert darum den Kommerzialisierungsgedanken um eine hypothetische Betrachtung. Entscheidend sei, ob die Verkehrsauffassung der Sache einen Geldwert beimesse. Das treffe auch für solche Sachen zu, die nicht ohne Weiteres wieder zu Geld zu machen seien, aber Geld kosten würden, wollte man sie für sich haben, und die der Verkehr als durch Geld kompensierbar ansehe. Mangels Marktwertes müssten in diesen Fällen lediglich andere plausible Indikatoren gefunden werden, die den Geldwert bestimmen und damit Grundlage für eine Schätzung der wirtschaftlichen Vermögenseinbuße des Geschädigten sein könnten.⁵³⁰

Eine solche hypothetische Betrachtung lässt sich für die Unternehmensreputation nicht fruchtbar machen. Es ist dem Wesen der Reputation als Werturteil geschuldet und nicht Folge einer Dispositionsentscheidung ihres Inhabers, dass für sie kein Markt existiert. Die Unternehmensreputation lässt sich unter keinen (auch nur hypothetisch denkbaren) Umständen gegen Geld erstehen, sondern kann nur über einen komplexen mehrstufigen kommunikativen Prozess erlangt werden. Eine Verkehrsanschauung, der zufolge verlorene Reputation durch Geld kompensierbar wäre, lässt sich nicht ermitteln. Der Reputationsschaden lässt sich auch mit dieser Betrachtung nicht als Vermögensschaden deuten.

⁵²⁸ Siehe 2. Teil: C.I.2.b)ee).

⁵²⁹ Oetker, in: MünchKomm, BGB, § 249 Rn. 50.

⁵³⁰ BGHZ 92, 85, 91 f.; vgl. ferner BGH NJW 2009, 1066, 1067.

3. Frustrationsthese

Einen weiteren Ansatz, um einen Vermögensschaden zu begründen, verfolgt die auf von Tuhr zurückgehende Frustrationsthese.⁵³¹ Sie hat die Fälle fehlgeschlagener Aufwendungen im Sinn – Vermögensdispositionen, die der Geschädigte freiwillig vor dem Schadensereignis trifft und die ihm in dessen Folge subjektiv nutzlos werden. Ihren *cause célèbre* bildet der sogenannte Jagdpachtfall des BGH.⁵³² Im zugrunde liegenden Sachverhalt war der Kläger eine mehrjährige Jagdpacht eingegangen. Infolge eines Verkehrsunfalls konnte er diese mindestens ein Jahr nicht ausüben. Er verlangte Ersatz für die ihm in dieser Zeit entstandene Jagdpacht, -steuer und -versicherung. Der BGH verwehrte ihm die geforderte Geldentschädigung, da er keinen Vermögensschaden erlitten habe, denn die Jagdpacht sei in ihrer Substanz unbeeinträchtigt und könne weiterhin genutzt werden.⁵³³ Dagegen erblicken die Vertreter der Frustrationsthese auch in solchen fehlgeschlagenen Aufwendungen grundsätzlich einen Vermögensschaden, einige von ihnen allerdings nur unter gewissen Einschränkungen.⁵³⁴

Die Rechtsprechung begegnet diesem Gedanken äußerst zurückhaltend.⁵³⁵ Eine gewisse Anerkennung fand er lediglich bei der Nichterfüllung vertraglicher Hauptpflichten, bei denen der Gläubiger aufgrund der Rentabilitätsvermutung auch Schadensersatz für Aufwendungen verlangen kann, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat.⁵³⁶ Außerhalb dieser Konstellation konnte sich die Frustrationsthese auch in der Literatur nicht durchsetzen. Man hält ihr insbesondere vor, die entlang der Freiwilligkeit verlaufende Grenze zwischen Aufwendung und Schaden zu verwischen und entgegen § 253 Abs. 1 BGB zu einer „uferlosen Materialisierung des Immateriellen“ zu führen.⁵³⁷

⁵³¹ Siehe v. Tuhr, KritVj 47 (1907), 63, 65 f.; *ders.*, Bürgerliches Recht AT I, § 18 II., S. 320 Fn. 33a.

⁵³² BGHZ 55, 146.

⁵³³ Zu allem Vorstehenden BGHZ 55, 146 ff.

⁵³⁴ Die Vertreter sind in chronologischer Reihenfolge: Löwe, VersR 1963, 307, 310 ff.; *ders.*, NJW 1964, 701, 704 f.; Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, S. 159 f. (später beschränkt auf die Nichterfüllung von Vertragspflichten *ders.*, in: Soergel, BGB, 12. Aufl. 1990, Vorb. § 249 Rn. 92 ff.); Larenz, Festgabe Oftinger, 1969, S. 151 (nur bei Aufwendungen, die über den allgemeinen Lebensunterhalt hinaus gehen, vollständig ablehnend später *ders.*, Schuldrecht I, § 29 II.c), S. 500 ff.); Köndgen, AcP 177 (1977), 1, 26 ff. (nur soweit Aufwendungen dem verletzten Rechtsgut dienen); Gottwald, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, S. 145 ff.; E. Schmidt, FS Gernhuber, 1993, S. 423 (einschränkend über die Schadenszurechnung); zuletzt Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 830 (beschränkt auf Sachschäden).

⁵³⁵ Vgl. BGHZ 55, 146, 151; BGHZ 99, 182, 198 ff.

⁵³⁶ Siehe dazu BGHZ 57, 78, 80 f.; BGHZ 71, 234, 238; BGHZ 114, 193, 197.

⁵³⁷ Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 6 IV., S. 255 ff.; ferner Baur, FS L. Raiser, 1974, S. 119, 134 ff.; Ekkenga/Kuntz, in: Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 82; Grüneberg, in: Palandt, BGB, Vorb. § 249 Rn. 19; Jahr, AcP 183 (1983), 725, 751 ff.; Medicus, Festgabe 50 Jahre BGH I, 2000, S. 201; Oetker, in: MünchKomm, BGB, § 249 Rn. 47 f.

Als allgemeine Abgrenzungslinie von Vermögens- und Nichtvermögensschaden kann die Frustrationsthese schon deshalb nicht dienen, da sie einzig auf das spezielle Rechtsproblem fehlgeschlagener Aufwendungen zugeschnitten ist. An solchen Aufwendungen fehlt es bei einem Reputationsschaden der Gesellschaft. Selbst wenn man entgegen der herrschenden Meinung die Frustrationsthese verfolgte, ließe sich der Reputationsschaden nicht als Vermögensschaden deuten.

4. Kontrollüberlegungen

Mit den in Rechtsprechungen und Literatur geläufigen Abgrenzungstheorien gelangt man zu dem Ergebnis, dass es sich bei einem Reputationsschaden der Gesellschaft nicht um einen Vermögensschaden handelt. Dass die ökonomische Theorie Reputation gleichwohl als *reputational capital* beschreibt⁵³⁸ und auch juristische Rezipienten ihrer davon ausgehen, dass der Reputationsschaden einen Vermögensschaden darstellt,⁵³⁹ gibt Anlass, dieses Ergebnis anhand einiger Kontrollüberlegungen zu überprüfen.

a) Allgemeines Persönlichkeitsrecht natürlicher Personen

Dazu drängt sich zunächst die Strukturparallele der Unternehmensreputation der Gesellschaft mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht natürlicher Personen auf,⁵⁴⁰ welches unter anderem auch dem Schutz der Selbstdarstellung dient.⁵⁴¹ Das allgemeine Persönlichkeitsrecht lässt sich ebenfalls in materielle und immaterielle Bestandteile aufteilen. Diese Differenzierung gewinnt bei der Gesamtrechtsnachfolge Relevanz, da lediglich Ansprüche wegen der Verletzung der vermögensrechtlichen Komponenten des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vererblich sind.⁵⁴² Auch in diesem Kontext werden nur solche Rechte als Vermögenswerte angesehen, die einer unmittelbaren kommerziellen Verwertung zugänglich sind, wie insbesondere die Rechte am eigenen Namen und Bild.⁵⁴³ Der bloße Verlust im Ansehen der Öffentlichkeit wird hingegen auch bei natürlichen Personen als Nichtvermögensschaden begriffen.⁵⁴⁴

⁵³⁸ Siehe 2. Teil: C.I.1.b)bb).

⁵³⁹ *Klöhn/Schmolke*, NZG 2015, 689, 695 sprechen ohne auf die Abgrenzungsproblematik einzugehen von einem „Reputationsvermögensschaden“.

⁵⁴⁰ So auch *Kröger*, Korruptionsschäden, Unternehmensgeldbußen und Imageschäden, S. 277.

⁵⁴¹ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 166 m. w. N.

⁵⁴² BGHZ 143, 214, 220 ff. (Vererblichkeit vermögensrechtlicher Ansprüche); BGHZ 201, 45, 48 ff.; BGH NJW 2017, 3004 (Unvererblichkeit nichtvermögensrechtlicher Ansprüche vor Rechtskraft); ablehnend zu dieser Ungleichbehandlung etwa *Kunz*, in: Staudinger, BGB, § 1922 Rn. 303 ff.

⁵⁴³ Vgl. BGHZ 143, 214, 219 ff.

⁵⁴⁴ Vgl. *Kunz*, in: Staudinger, BGB, § 1922 Rn. 308 ff.

b) Kreditgefährdung (§ 824 Abs. 1 BGB)

Noch deutlicher kommt diese Unterscheidung bei der deliktischen Kreditgefährdung zum Ausdruck. Nach § 824 Abs. 1 BGB hat, wer der Wahrheit zuwider eine Tatsache behauptet oder verbreitet, die geeignet ist, den Kredit eines anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen, dem anderen den daraus entstehenden Schaden auch dann zu ersetzen, wenn er die Unwahrheit zwar nicht kennt, aber kennen muss. Da die Norm keinen allgemeinen Schutz des unternehmerischen Ansehens, sondern lediglich des wirtschaftlichen Fortkommens gewährt, sind über sie nur Vermögensschäden zu ersetzen.⁵⁴⁵ Dazu zählt die herrschende Meinung ausschließlich konkrete wirtschaftliche Beeinträchtigungen der Geschäftstätigkeit des Unternehmens, nicht aber einen abstrakten Ansehensverlust.⁵⁴⁶ Übersetzt in die hier verwendete Terminologie bedeutet dies, dass § 824 Abs. 1 BGB nur den Reputationsfolgeschaden als Vermögensschaden begreift, den Reputationsschaden aber als Nichtvermögensschaden behandelt.

c) Reputational capital

Die Annahme, dass es sich bei einem Reputationsschaden um einen Nichtvermögensschaden handelt, gerät auch nicht in Widerspruch zur ökonomischen Erkenntnis, dass sich Reputation als *capital* für das Unternehmen wirtschaftlich nutzbar machen lässt. Die Rechtsordnung ignoriert diese nicht, sondern behandelt konkrete reputationsbedingte wirtschaftliche Verluste als Vermögensschaden in Form eines ersatzfähigen Reputationsfolgeschadens. Wer annimmt, dass der Reputationsschaden für sich bloß ein Nichtvermögensschaden sei, verkennt deshalb nicht, dass mit der Unternehmensreputation wirtschaftliche Werte einhergehen.

d) Geschäfts- oder Firmenwert

Auch zu der Tatsache, dass Reputation bei der Bilanzierung als Vermögensgegenstand in Gestalt des Geschäfts- oder Firmenwertes behandelt werden kann, begibt man sich nicht in Widerspruch, wenn man den Reputations- als Nichtvermögensschaden zu qualifizieren. Denn auch im Bilanzrecht gilt der Geschäfts- oder Firmenwert nicht als Vermögensgegenstand im originären Sinne, da er weder einzelverwert- noch einzelveräußerbar ist, sondern wird lediglich als solcher fingiert.⁵⁴⁷

⁵⁴⁵ *Sprau*, in: Palandt, BGB, § 824 Rn. 11.

⁵⁴⁶ Siehe RGZ 95, 339, 341; RGZ 140, 392, 395 f.; BGHZ 70, 39, 43; *Beater*, in: Soergel, BGB, § 824 Rn. 4; *Sprau*, in: Palandt, BGB, § 824 Rn. 8; *Wagner*, in: MünchKomm, BGB, § 824 Rn. 3, 62; großzügiger aber *Förster*, in: BeckOK, BGB, § 824 Rn. 36.

⁵⁴⁷ Siehe 2. Teil: C.I.2.b)ee).

e) *Telos des § 253 Abs. 1 BGB*

Der Befund, dass der Reputationsschaden keinen Vermögensschaden darstellt, findet zuletzt im teleologischen Leitmotiv der Abgrenzung von Vermögens- und Nichtvermögensschaden Bestätigung: Wird eine Geldentschädigung zugesprochen, so bedarf es für sie rationaler Kalkulationsgrundlagen. Trotz umfangreicher Forschungsarbeiten sind verlässliche Methoden zur monetären Quantifizierung des Reputationsschadens aber nicht vorhanden.⁵⁴⁸ Würde man ihn dennoch als Vermögensschaden einstufen, müsste der Richter den Geldersatz ohne objektive Maßstäbe anhand von Billigkeitserwägungen bemessen. Man hätte somit jenen Zustand herbeigeführt, den § 253 Abs. 1 BGB gerade zu vermeiden sucht.

5. Zwischenfazit

Die Kontrollüberlegungen bestätigen das auf Basis der geläufigen Abgrenzungen ermittelte Ergebnis: Der Reputationsschaden der Gesellschaft ist kein Vermögensschaden. Sie kann für ihn darum keine Geldentschädigung nach § 251 Abs. 1 Var. 1 BGB verlangen.

IV. Geldentschädigung: Nichtvermögensschaden

Damit handelt es sich bei dem Reputationsschaden um einen Nichtvermögensschaden. Nach § 253 Abs. 1 BGB kann für ihn nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen eine Geldentschädigung gefordert werden. Dieser Enumeration entspringt ein Analogieverbot.⁵⁴⁹

Als Fälle, in denen für Nichtvermögensschäden eine Geldentschädigung zu gewähren ist, zählt § 253 Abs. 2 BGB die Verletzung der Rechtsgüter des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit und der sexuellen Selbstbestimmung auf. Weitere Gesetze, die eine Geldentschädigung für Nichtvermögensschäden gewähren, finden sich im Antidiskriminierungs- (§§ 15 Abs. 2, 21 Abs. 2 Satz 3 AGG), Reisevertrags- (§ 651 f Abs. 2 BGB), Urheber- (§ 97 Abs. 2 Satz 4 UrhG) und Staatshaftungsrecht (§ 8 Abs. 2 BDSG; § 7 Abs. 3 StrEG, § 52 Abs. 2 BPolG, §§ 43, 45 BEG, Artt. 5 Abs. 5, 41 EMRK). Der Reputationsschaden einer Kapitalgesellschaft unterfällt keiner dieser Normen. Das positive Recht sieht für ihn somit keine Geldentschädigung vor.

Möchte man der Gesellschaft jene für ihren Reputationsschaden gleichwohl gewähren, muss man sich folglich an einer Rechtsfortbildung versuchen. Ein Vorbild hierfür bietet die ständige Rechtsprechung, der zufolge natürlichen Personen bei

⁵⁴⁸ Siehe 2. Teil: C.I.3.

⁵⁴⁹ BAG NJW 2013, 2699, 2700; *Oetker*, in: MünchKomm, BGB, § 253 Rn. 7; *Schiemann*, in: Staudinger, BGB, § 253 Rn. 10; einschränkend aber *Canaris*, FS Deutsch, 1999, S. 85, 100: lediglich Verbot einer Gesamtanalogie.

Verletzungen ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts eine Geldentschädigung auch des Nichtvermögensschadens wegen zusteht. Ratio und Inhalt dieser Rechtsfortbildung bedürfen zunächst einer Analyse, um zu ergründen, ob sich das Recht bei der Binnenhaftung des Geschäftsleiters für Reputationsschäden in ähnlicher Weise fortbilden lässt.

1. Rechtsfortbildung zur Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts natürlicher Personen

Abgesehen vom Sonderfall der sexuellen Selbstbestimmung erteilte der historische Gesetzgeber einer Geldentschädigung für Nichtvermögensschäden bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen eine deutliche Absage.⁵⁵⁰ Während das Reichsgericht dieser Entscheidung noch Folge leistete,⁵⁵¹ setzte sich der BGH in einem Akt der Rechtsfortbildung – *praeter*⁵⁵² wenn nicht gar *contra legem*⁵⁵³ – über sie hinweg.

a) Legitimation der Rechtsfortbildung

Ihren Ursprung nahm diese Rechtsfortbildung 1958 im Herrenreiter-Urteil des I. Zivilsenats. Zur Begründung rekurrierte dieser auf eine Analogie zu § 847 BGB a.F., der Vorgängervorschrift des § 253 Abs. 2 BGB. Der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gebiete es, dieses den im Gesetz aufgezählten Rechten gleichzustellen, deren Verletzung eine Geldentschädigung für Nichtvermögensschäden nach sich ziehe. Schließlich erkenne das Grundgesetz in den Artt. 2, 1 GG das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Grundwert der Rechtsordnung an und garantiere dessen uneingeschränkten Schutz. Vor dieser Wertentscheidung dürfe das Bürgerliche Recht nicht die Augen verschließen.⁵⁵⁴

Das Herrenreiter-Urteil bestätigte der VI. Zivilsenat drei Jahre später im Ginseng-Wurzel-Fall, stellte aber nicht mehr auf eine Analogie zu § 847 BGB a.F., sondern allein auf den verfassungsrechtlichen Schutzauftrag für die Grundrechte ab. Er betonte, dass der Standpunkt des vorkonstitutionellen Gesetzgebers vor dem Hintergrund der Wertentscheidung des Grundgesetzes nicht aufrechterhalten werden könne. Der Persönlichkeitsschutz bliebe lückenhaft und unzureichend, wenn dessen Verletzung keine der ideellen Beeinträchtigung adäquate Sanktion auslöste. Dies würde der dem Grundgesetz entspringenden objektiven Werteordnung, insbesondere

⁵⁵⁰ Motive II, S. 751: „Von dem Prinzipie des § 221 bei Beleidigungen eine Ausnahme zu machen und [...] dem Verletzten auch wegen eines nicht vermögensrechtlichen Schadens einen Anspruch auf eine billige Geldentschädigung einzuräumen, kann als angemessen nicht erachtet werden.“

⁵⁵¹ RGZ 142, 116, 122 f.

⁵⁵² Canaris, FS Deutsch, 1999, S. 85, 100: „Fall einer nachträglichen Lücke“.

⁵⁵³ Diederichsen, AcP 198 (1998), 171, 193; Giesen, NJW 1971, 801, 802; Larenz, Referat 42. DJT, D 25, D 36.

⁵⁵⁴ BGHZ 26, 349, 356 f.

den Artt. 2 Abs. 1 und 1 GG, nicht gerecht.⁵⁵⁵ Der Senat reicherte diese Begründung wenig später in der Fernsehansagerin-Entscheidung um einen rechtsvergleichenden Aspekt an: In fast allen Rechtsordnungen, in denen dem Personenwert des Einzelnen eine derart zentrale Bedeutung zukomme wie in der deutschen, sei eine Geldentschädigung als adäquate privatrechtliche Sanktion für Persönlichkeitsrechtsverletzungen anerkannt.⁵⁵⁶

Das BVerfG erteilte dieser Rechtsfortbildung 1973 mit dem Soraya-Beschluss seinen verfassungsrechtlichen Segen. Der BGH habe die verfassungsrechtlichen Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung nicht übertreten. Die Rechtsprechung sei gefordert, Wertvorstellungen der verfassungsmäßigen Rechtsordnung, die in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren. Die Auslegung einer Gesetzesnorm könne nicht immer auf Dauer bei dem ihr zu ihrer Entstehungszeit beigelegten Sinn stehenbleiben. Vielmehr sei zu berücksichtigen, welche vernünftige Funktion sie im Zeitpunkt der Anwendung haben könne. Der Richter genieße dabei notwendig die Freiheit zur schöpferischen Fortbildung des Rechts, müsse sich dabei aber von Willkür freihalten und seine Entscheidung auf eine rationale Argumentation stützen. Neben der grundrechtlichen Dimension betonte das BVerfG dabei bemerkenswerterweise auch die rechtsvergleichende. Andere Länder der westlichen Welt würden in weit höherem Maße Geldersatz auch für immaterielle Schäden gewähren. Nirgendwo im Westen bliebe eine unrechtmäßige Tat so häufig ohne zivilrechtliche Sanktion wie in Deutschland, wenn man sich dieser Rechtsentwicklung entgegenstelle.⁵⁵⁷

Nicht ganz von der Hand weisen lässt sich der in der Literatur gegen diese Judikatur erhobene Einwand, dass nicht zu begründen sei, weshalb der verfassungsrechtlich gebotene Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ausgerechnet durch einen zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch und nicht andere Mittel der Rechtsdurchsetzung verwirklicht werden müsse.⁵⁵⁸ Der Gesetzgeber selbst hat diese Rechtsfortbildung aber anlässlich des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften ausdrücklich gebilligt und aus diesem Grunde darauf verzichtet, die Geldentschädigung für Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts positiv zu regeln.⁵⁵⁹ *De lege lata* entzieht sich die Geldentschädigung für

⁵⁵⁵ BGHZ 35, 363, 367 ff.

⁵⁵⁶ BGHZ 39, 124, 132.

⁵⁵⁷ BVerfGE 34, 269, 281 ff.; kritisch dazu *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171, 198 ff.; *Hirsch*, AcP 175 (1975), 471, 474 ff.; *Knieper*, ZRP 1974, 137, 138 f.; *Schiemann*, Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts, S. 29.

⁵⁵⁸ *Giesen*, NJW 1971, 801, 802.

⁵⁵⁹ BT-Drucks. 14/7752, S. 24: „Dass Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht ausdrücklich in die Aufzählung der Schmerzensgeldansprüche auslösenden Rechtsverletzungen aufgenommen sind, steht auch künftig einer Geldentschädigung bei [...] erheblichen Persönlichkeitsrechtsverletzungen nicht entgegen.“

Persönlichkeitsrechtsverletzungen damit wohl einem Streit um ihre Anerkennung – selbst wenn man ihr noch nicht gewohnheitsrechtlichen Charakter beimessen möchte.⁵⁶⁰

b) Funktionen der Geldentschädigung

Die Rechtsprechung erkennt die Funktion der Geldentschädigung, neben dem Ausgleich, in der Genugtuung und der Prävention. Von diesen Funktionen her bemisst sich auch ihre Höhe.

Die Bedeutung der Genugtuung stellte der BGH bereits in seinen frühen Grundsatzentscheidungen heraus, um im Verbund mit der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte seine Abkehr vom Willen des historischen Gesetzgebers zu rechtfertigen.⁵⁶¹ Die Präventionsfunktion trat erst in jüngeren Entscheidungen hinzu. Die Rechtsprechung hob sie bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Massenmedien hervor. Hier sei zu berücksichtigen, dass der Schädiger die Verletzung der Persönlichkeit seines Opfers als Mittel zur Auflagensteigerung und damit zur Verfolgung eigener kommerzieller Interessen eingesetzt habe. Ohne eine für den Schädiger fühlbare Geldentschädigung sei der Geschädigte einer rücksichtslosen Zwangskommerzialisierung seines Persönlichkeitsrechts weitgehend schutzlos ausgeliefert. Sie sei erst dann geeignet, den gebotenen Präventionszweck zu erreichen, wenn sie der Höhe nach ein Gegenstück zur Gewinnerzielung bilde. Diese sei daher als Bemessungsfaktor in die Entscheidung über die Höhe der Geldentschädigung einzubeziehen.⁵⁶²

Zugleich betont der BGH jedoch, dass die Genugtuungsfunktion der Geldentschädigung im Vordergrund stehe. Der Präventionsgedanke vermöge die Gewährung einer Geldentschädigung nicht alleine zu tragen, weshalb eine Geldentschädigung nur gewährt werden könne, wenn sie überhaupt der Genugtuung dienen könne. Aus diesem Grund sei bei Verletzung des postmortalen Persönlichkeitsrechts keine Geldentschädigung zu gewähren⁵⁶³ und ein lebzeitig erworbener Anspruch auf eine Geldentschädigung vor Rechtskraft nicht vererblich.⁵⁶⁴

⁵⁶⁰ Für Gewohnheitsrecht *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 258 f.; lediglich für Richterrecht *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 235, 238.

⁵⁶¹ BGHZ 26, 349, 359; BGHZ 35, 363, 367 ff.

⁵⁶² BGHZ 128, 1; 15 f.; BGHZ 160, 298, 307; BGH NJW 1996, 984, 985 (Caroline-Rechtsprechung); siehe zur Vereinbarkeit dieser Bemessung der Geldentschädigung mit dem GG BVerfG NJW 2000, 2187.

⁵⁶³ BGHZ 165, 203, 207 f.

⁵⁶⁴ BGHZ 201, 45, 52; BGH NJW 2017, 3004, 3005 f.

c) Voraussetzungen der Geldentschädigung

Die Rechtsprechung knüpft den Anspruch auf eine Geldentschädigung für Persönlichkeitsrechtsverletzungen an zwei zusätzliche Voraussetzungen. Es müsse sich bei der Persönlichkeitsrechtsverletzung um einen schwerwiegenden Eingriff handeln und die Beeinträchtigung dürfe nicht in anderer Weise befriedigend aufgefangen werden können (Subsidiarität). Ob eine schwerwiegende Verletzung des Persönlichkeitsrechts vorliege, die die Zahlung einer Geldentschädigung erfordere, hänge insbesondere von der Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, ferner von Anlass und Beweggrund des Schädigers sowie vom Grad seines Verschuldens ab.⁵⁶⁵

Diese Beschränkungen sind den Ansprüchen auf Geldentschädigung für immaterielle Schäden bei der Verletzung anderer Rechte unbekannt. Der BGH rechtfertigt sie damit, dass der generalklauselartige Tatbestand des allgemeinen Persönlichkeitsrechts derart unbestimmt sei, dass häufig Grenzfälle aufträten. Es wäre daher unangemessen, jede geringfügige Übertretung der Grenze des Erlaubten schon mit einer Geldentschädigung zu sanktionieren.⁵⁶⁶ Auch diese Judikatur erhielt jüngst verfassungsrichterliche Billigung.⁵⁶⁷

2. Rechtsfortbildung zur Binnenhaftung des Geschäftsleiters für Reputationsschäden

Die Geldentschädigung für Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts hat die Rechtsprechung für natürliche Personen entwickelt. Um zu ergründen, ob sie sich auf die Binnenhaftung des Geschäftsleiters für Reputationsschäden der Gesellschaft übertragen lässt, ist mehrerlei in den Blick zu nehmen: einerseits die für die Legitimation der Rechtsfortbildung tragenden Aspekte der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte und der Durchsetzung einer Geldentschädigung in rechtsvergleichender Perspektive, andererseits die funktionalen Gesichtspunkte der Genugtuung und der Prävention.

Ob es überdies erforderlich wäre, dass der Reputationsschaden der Gesellschaft eine schwerwiegende Beeinträchtigung darstellt, die nicht anderweitig befriedigend aufgefangen werden kann, soll hier dahinstehen.

a) Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte

Betrachtet man die Unternehmensreputation der Gesellschaft in grundrechtlichem Lichte, so lässt sich sowohl an das allgemeine Persönlichkeitsrecht als auch Wirtschaftsgrundrechte anknüpfen. Für beide gilt es, Art. 19 Abs. 3 GG zu beachten.

⁵⁶⁵ BGHZ 35, 363, 368 f. (mit Hinweis auf Art. 49 Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts); BGHZ 128, 1, 12 f.; BGH NJW 2010, 763; BGHZ 199, 237, 256 f.

⁵⁶⁶ BGHZ 35, 363, 368 f.

⁵⁶⁷ BVerfG NJW-RR 2017, 879, 880 f.

Danach gelten die Grundrechte für inländische juristische Personen nur, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Knüpft der Grundrechtsschutz an Eigenschaften, Äußerungsformen oder Beziehungen an, die nur natürlichen Personen wesenseigen sind, kommt es demzufolge nicht in Betracht, sie auf juristische Personen als bloße Zweckgebilde der Rechtsordnung zu erstrecken.⁵⁶⁸ Demgegenüber findet ein Grundrecht auf juristische Personen Anwendung, wenn es auch korporativ betätigt werden kann, sodass sich die juristische Person in einer grundrechtstypischen Gefährdungslage befindet.⁵⁶⁹

aa) Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Nach Ansicht des BVerfG lässt sich die Frage, ob das allgemeine Persönlichkeitsrecht seinem Wesen nach auf juristische Personen anwendbar ist, nicht pauschal beantworten. Vielmehr seien die verschiedenen Ausprägungen dieses Grundrechts differenziert zu beurteilen.⁵⁷⁰ Das BVerfG hat es etwa abgelehnt, die dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht entspringende Selbstbeziehungsfreiheit auf juristische Personen anzuwenden. Die Konfliktlage, sich selbst einer strafbaren Handlung bezichtigen zu müssen, solle vor allem der Menschenwürde wegen vermieden werden. Sie könne bei juristischen Personen in dieser Form nicht auftreten, da sich diese als solche gar nicht strafbar machen könnten.⁵⁷¹ Anders sah es das BVerfG bei dem Schutz des gesprochenen Wortes. Dieser hänge nicht von einem besonderen personalen Kommunikationsinhalt ab, weswegen sich diesbezüglich auch juristische Personen in einer grundrechtstypischen Gefährdungslage befänden.⁵⁷² Bei der informationellen Selbstbestimmung fächert das BVerfG seine Differenzierung weiter auf. Nur wenn eine informationelle Maßnahme die juristische Person in ihrer spezifischen Zwecksetzung betreffe, könne sie sich auf die informationelle Selbstbestimmung berufen.⁵⁷³ Ob auch der durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht vermittelte Achtungsanspruch auf juristische Personen Anwendung findet, ließ das BVerfG demgegenüber offen.⁵⁷⁴

Der BGH erkennt einen deliktischen Schutz des Ansehens juristischer Personen hingegen in ständiger Rechtsprechung an.⁵⁷⁵ Mit dem Carrera-Urteil griff er erstmals auf Art. 19 Abs. 3 GG zurück, um diesen herzuleiten, und entschied, dass auch juristische Personen den grundrechtlichen Schutz des allgemeinen Persönlichkeits-

⁵⁶⁸ BVerfGE 95, 220, 242; BVerfGE 106, 28, 42.

⁵⁶⁹ BVerfGE 106, 28, 42 f.

⁵⁷⁰ BVerfGE 95, 220, 242; BVerfGE 118, 168, 203.

⁵⁷¹ BVerfGE 95, 220, 242.

⁵⁷² BVerfGE 106, 28, 43.

⁵⁷³ BVerfGE 118, 168, 203 f.

⁵⁷⁴ BVerfG NJW 1994, 1784.

⁵⁷⁵ Ohne Auseinandersetzung mit der grundrechtlichen Dimension zum Unterlassungsanspruch BGH NJW 1974, 1762; BGH NJW 1975, 1882, 1884; BGH NJW 1981, 2117, 2118 f.; siehe 2. Teil: C.IV.2.c) spezifisch zur Frage der Geldentschädigung.

rechts genießen.⁵⁷⁶ In späteren Urteilen relativierte er diese Aussage und schrieb dem Persönlichkeitsrecht juristischer Personen nur eine beschränkte Wirkungskraft zu. Eine Ausdehnung der Schutzwirkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf juristische Personen sei nur insoweit gerechtfertigt, als sie aus ihrem Wesen als Zweckschöpfung des Rechts und ihren Funktionen dieses Rechtsschutzes bedürfen. Das sei der Fall, wenn sie in ihrem sozialen Geltungsbereich als Arbeitgeber oder als Wirtschaftsunternehmen betroffen seien.⁵⁷⁷

Grundsätzliche Zweifel gegen diese Auffassung sind in der Literatur mit der Behauptung geäußert worden, das allgemeine Persönlichkeitsrecht wurzle in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG, die juristische Personen nicht erfasse.⁵⁷⁸ Sie konnten sich aber ebenso wenig durchsetzen wie eine Meinung, die zwar im Ergebnis mit der Rechtsprechung übereinstimmt, dogmatisch aber nicht auf einen Persönlichkeits-, sondern einen Funktionsschutz abstellt.⁵⁷⁹ Die herrschende Lehre verankert den Persönlichkeitsschutz derweil in Art. 2 Abs. 1 GG und erblickt in Art. 1 Abs. 1 GG nur eine Schutzverstärkung. Sie folgert daraus, dass auch juristische Personen in den Genuss der grundrechtlichen Gewährleistung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kommen. Ob ihrer fehlenden Menschenwürde liege dessen Niveau jedoch deutlich unter dem der natürlichen Personen. Dies rechtfertige es auch, den sozialen Achtungsanspruch von Kapitalgesellschaften auf ihre Funktion als Wirtschaftsunternehmen und Arbeitgeber zu beschränken, wie von der Rechtsprechung praktiziert.⁵⁸⁰

Mit dieser Maßgabe ist zugleich der sachliche Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Gesellschaft abgesteckt: Eine Schädigung der Unternehmensreputation müsste sie in ihrem sozialen Geltungsbereich als Wirtschaftsunternehmen und Arbeitgeber betreffen. Das ist bei einer Beeinträchtigung der Unternehmensreputation der Fall, da diese in einer stetigen Wechselwirkung zur Erwerbstätigkeit der Gesellschaft steht: Die Gesellschaft gelangt nur zu einer Unternehmensreputation, indem sie als Wirtschaftsakteur gegenüber ihren Stakeholdern auftritt. Die Unternehmensreputation beeinflusst wiederum das Verhalten ihrer Stakeholder und mittelbar den wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft.

⁵⁷⁶ BGHZ 81, 75, 78.

⁵⁷⁷ BGHZ 98, 94, 97 f.; BGH NJW 1994, 1281, 1282; jüngst auch mit Rückgriff auf Art. 8 Abs. 1 EMRK BGH NJW 2020, 1587, 1589.

⁵⁷⁸ Vgl. *Jarass*, NJW 1989, 857, 860; *Koreng*, GRUR 2010, 1065, 1068; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 39; *Leßmann*, AcP 170 (1970), 266, 268 f.

⁵⁷⁹ *Kau*, Vom Persönlichkeitsschutz zum Funktionsschutz, S. 95 ff.; ähnlich *Klass*, in: Erman, BGB, Anh. § 12 Rn. 61; *Rixecker*, in: MünchKomm, BGB, Anh. § 12 Rn. 33 f.; *Schwerdtner*, Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung, S. 120 ff.

⁵⁸⁰ Siehe insbesondere *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 224; *Dreier*, in: ders., GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 85; *Gostomzyk*, NJW 2008, 2082, 2084; ferner *Brändel/Schmitt*, in: Götting/Schertz/Seitz, Handbuch des Persönlichkeitsrechts, § 31 Rn. 5; *Enders*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte IV, § 89 Rn. 77; *Kannowski*, in: Staudinger, BGB, Vorb. § 1 Rn. 30; *Kraft*, FS Hubmann, 1985, S. 201, 215 ff.; *Kube*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts VII, § 148 Rn. 75; *Rixen*, in: Sachs, GG, Art. 2 Rn. 77.

Die Unternehmensreputation hat folglich am grundrechtlichen Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Gesellschaft Anteil.

bb) Wirtschaftsgrundrechte

In Fällen, die den Persönlichkeitsschutz juristischer Personen betrafen, hat das BVerfG gelegentlich auch Wirtschaftsgrundrechte zum Tragen gebracht. So leitete es aus der Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG) einen Anspruch auf Schutz von Geschäftsgeheimnissen⁵⁸¹ und aus der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) einen sozialen Geltungsanspruch als Wirtschaftsunternehmen⁵⁸² ab. Eine ähnliche Tendenz zeigte der BGH in einigen Entscheidungen zur Verteidigung gegen Produktkritiken. Dort griff er neben dem Unternehmenspersönlichkeitsrecht auf das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zurück, ohne die Schutzbereiche voneinander abzugrenzen.⁵⁸³ Im Zusammenhang mit der Unternehmensreputation wollen auch einige Literaturstimmen Wirtschaftsgrundrechte stärker zur Geltung bringen und den grundrechtlichen Schutz durch Wertungen der Berufsfreiheit aufladen.⁵⁸⁴

Dieser Ansatz überzeugt. Die Unternehmensreputation und die Erwerbstätigkeit der Gesellschaft bedingen einander: Reputation beruht darauf, dass sich die Gesellschaft in der Vergangenheit eine Lebensgrundlage geschaffen und erhalten hat, und wird jenes Unterfangen in der Zukunft beeinflussen. Damit eröffnet sich der sachliche Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG.⁵⁸⁵ Ebenso unterfällt die Unternehmensreputation der Eigentumsgarantie. Eigentum im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG stellt schließlich auch der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb dar, welcher alles umfasst, was in seiner Gesamtheit den wirtschaftlichen Wert des konkreten Unternehmens ausmacht, einschließlich seiner Außenbeziehungen.⁵⁸⁶

Es ist im Zusammenhang mit der Unternehmensreputation nicht möglich, die Schutzbereiche beider Grundrechte gemäß der Leitlinie, dass die Berufsfreiheit den Erwerb und die Eigentumsgarantie das Erworbenes schütze,⁵⁸⁷ voneinander abzugrenzen: Bei der Reputation handelt es sich um etwas Erworbenes, das zugleich dem

⁵⁸¹ BVerfGE 67, 100, 142 f.

⁵⁸² BVerfG NJW 1994, 1784; vgl. allgemein zu Art. 2 Abs. 1 GG als Grundrecht wirtschaftlicher Freiheit *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 77 ff.

⁵⁸³ Vgl. BGHZ 91, 117, 120; BGH NJW 2008, 2110, 2112; siehe auch OLG Dresden AfP 2012, 383, 385 (laut Fundstelle nicht rechtskräftig).

⁵⁸⁴ *Ziegelmayr*, GRUR 2012, 761, 762; siehe auch *Koreng*, GRUR 2010, 1065, 1068 f.

⁵⁸⁵ Vgl. zum sachliche Schutzbereich der Berufsfreiheit BVerfGE 9, 73, 78; BVerfGE 97, 228, 252; BVerfGE 111, 10, 28.

⁵⁸⁶ Vgl. BGHZ 23, 157, 162 f.; *Depenheuer/Froese*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 14 Rn. 133; *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 200; *Rixecker*, in: MünchKomm, BGB, Anh. § 12 Rn. 33; *Wendt*, in: Sachs, GG, Art. 14 Rn. 47 ff.; zurückhaltend jedoch BVerfGE 77, 84, 118.

⁵⁸⁷ Siehe BVerfGE 84, 133, 157; BVerfGE 126, 112, 135.

fortlaufenden Erwerb dient. Beide Grundrechte stehen daher zueinander in Idealkonkurrenz.⁵⁸⁸ Ob es zudem möglich wäre, auf Art. 2 Abs. 1 GG zurückzugreifen, kann dahinstehen, da dies den grundrechtlichen Schutz der Unternehmensreputation qualitativ nicht verändern würde. Was den persönlichen Schutzbereich betrifft, ergeben sich keine Schwierigkeiten, da juristische Personen in diesen bei sämtlichen Wirtschaftsgrundrechten gemäß Art. 19 Abs. 3 GG einbezogen sind.⁵⁸⁹

cc) Grundrechtskonkurrenzen

Eine Literaturansicht geht davon aus, dass Persönlichkeits- und Wirtschaftsgrundrechte einer unternehmenstragenden juristischen Person nur alternativ Anwendung finden können. Ihre Vertreter wollen deshalb den Geltungsanspruch der Kapitalgesellschaft allein in Art. 12 Abs. 1 GG verankern⁵⁹⁰ oder eine strenge Unterscheidung vornehmen: zwischen dem Verbandspersönlichkeitsrecht einerseits, das die institutionell-organisatorische Verselbstständigung der Gesellschaft schütze, und dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb andererseits, das ihre wirtschaftliche Betätigung absichere.⁵⁹¹

Dieser Auffassung kann jedenfalls für das hier interessierende Schutzgut der Unternehmensreputation nicht gefolgt werden. Die Reputation lässt sich schwerlich entweder nur einer vermögens- oder einer nichtvermögensrechtlichen Sphäre zuordnen, da sie materielle und immaterielle Interessen der Gesellschaft miteinander verknüpft: Sie ist sowohl Werturteil als auch Kapital; der Reputationsschaden zieht den Reputationsfolgeschaden häufig nach sich. Eine derartige Abgrenzung wäre deshalb kaum praktikabel. Welchen Ertrag sie bringen sollte, bleibt überdies ungewiss.⁵⁹²

dd) Stellungnahme

Die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte ist folglich auch beim zivilrechtlichen Schutz der Unternehmensreputation einer Kapitalgesellschaft zu berücksichtigen. Sie gründet sich in den Artt. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 Satz 1, 19 Abs. 3 GG. Mangels Menschenwürdebezug ist das Schutzniveau gegenüber dem des allgemeinen Persönlichkeitsrechts natürlicher Personen jedoch deutlich herabgesetzt. Dass sich zusätzlich zum Persönlichkeitsrecht auch der Schutzbereich einiger Wirtschaftsgrundrechte eröffnet, vermag den fehlenden Menschenwürdebezug nicht

⁵⁸⁸ Vgl. zu diesem Regelfall *Breuer*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts VIII, § 170 Rn. 129; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12 Rn. 290; *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn. 130.

⁵⁸⁹ Vgl. etwa BVerfGE 21, 261, 266; BVerfGE 35, 348, 360; BVerfGE 50, 290, 319, 363; BVerfGE 66, 116, 130.

⁵⁹⁰ *Koreng*, GRUR 2010, 1065, 1068 f.

⁵⁹¹ *Klippel*, JZ 1988, 625, 634; ferner *Hager*, ZHR 158 (1994), 675, 676 f.

⁵⁹² Vgl. auch *Forkel*, FS Neumayer, 1985, S. 229, 230 ff.

zu kompensieren. Auf Rechtsfolgenrechte ist das durch die Wirtschaftsgrundrechte geschützte Vermögensinteresse der Gesellschaft nämlich bereits über den ersatzfähigen Reputationsfolgeschaden gesichert. Eine Lücke im Grundrechtsschutz, die nach einer Rechtsfortbildung für den Nichtvermögensschaden verlangen könnte, tut sich in dieser Hinsicht nicht auf.

Überdies gilt es, die besondere Konstellation der Binnenhaftung zu berücksichtigen. Es ist kein Dritter, der die Unternehmensreputation der Gesellschaft schädigt, sondern ein Organ der Gesellschaft, dessen Verhalten der Gesellschaft als eigenes zuzurechnen ist. Die Gesellschaft hat ihren Geschäftsleiter selbst bestellt und ihm damit die Möglichkeit eröffnet, auf ihre Unternehmensreputation einzuwirken. Auch unter diesem Aspekt erweist sich die Gesellschaft als weniger schutzbedürftig als eine natürliche Person bei der Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

Die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte nimmt darum bei Reputationschäden einer Kapitalgesellschaft einen erheblich geringeren Stellenwert ein als bei der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts natürlicher Personen. Es besteht daher kein Zwang, die Verletzung beider Rechte im Zivilrecht auf dieselbe Art und Weise zu sanktionieren. Vielmehr erscheint eine differenzierende Behandlung auf Rechtsfolgenrechte nicht nur möglich, sondern auch geboten.⁵⁹³

b) Rechtsvergleichung

Sowohl der BGH als auch das BVerfG sahen die Rechtsfortbildung auch durch eine rechtsvergleichende Beobachtung indiziert: Durch die gesetzgeberische Entscheidung, natürlichen Personen keine Geldentschädigung für Nichtvermögensschäden bei der Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu gewähren, war ein deutscher Sonderweg beschritten worden, mit dem man sich innerhalb der westlichen Rechtsordnungen isoliert hatte.

Eine umfassende rechtsvergleichende Bestandsaufnahme zur Binnenhaftung des Geschäftsleiters für Reputationsschäden braucht hier nicht erfolgen. Um zu erkennen, dass sich eine Geldentschädigung hier noch nicht als internationaler Standard herausgebildet hat, genügt bereits eine Stichprobe anhand des Rechts der Vereinigten Staaten und des Vereinigten Königreichs.

aa) Vereinigte Staaten

In Delaware und New York, den beiden wirtschaftsrechtlich bedeutendsten Bundesstaaten der USA, hat eine Geldentschädigung für Reputationsschäden der Gesellschaft bislang keine Anerkennung gefunden. In zwei Urteilen des Delaware Court of Chancery findet sich der klägerische Vortrag wieder, der Geschäftsleiter habe pflichtwidrig der Unternehmensreputation geschadet. Zu einer Entscheidung

⁵⁹³ So auch Dreier, in: ders., GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 85; Gostomzyk, NJW 2008, 2082, 2084; Steffen, LM Nr. 53 zu Art. 5 GG.

der Rechtsfrage, ob ein Reputationsschaden im Wege der Binnenhaftung durch eine Geldentschädigung zu kompensieren sei, gelangt er beide Male aber nicht, da er die Klagen bereits aus anderen Gründen abwies.⁵⁹⁴ Der New York Court of Appeals zog die Unternehmensreputation zwar in einer Leitentscheidung zur organschaftlichen Treuepflicht heran, um den Pflichtenmaßstab des Geschäftsleiters zu konkretisieren.⁵⁹⁵ Dass es sich bei verlorener Reputation auch um einen eigenständigen Schadensposten handeln könnte, erwog er jedoch nicht.

Aus anderen Bundesstaaten finden sich allerdings einzelne Fälle, in denen eine *jury* der Gesellschaft Schadensersatz gegen ihren Geschäftsleiter verlorenen *good will*s wegen zugesprochen hat. Bei den Entscheidungen bleibt aber weitgehend im Unklaren, ob der Gesellschaft eine Geldentschädigung für den Reputationsschaden oder lediglich eine Beweiserleichterung für den Reputationsfolgeschaden gewährt wurde. In erstere Richtung lässt sich am ehesten ein Urteil aus Oregon verstehen. Diesem zufolge könne die Gesellschaft für den Verlust von Reputation und Geschäftschancen eine angemessene Entschädigung auch dann verlangen, wenn die genaue Schadenshöhe unsicher sei.⁵⁹⁶ Anders lesen sich Entscheidungen aus Missouri und Nebraska. Danach habe der Geschäftsleiter zwar Schäden am *good will* der Gesellschaft zu ersetzen. Die *jury* bedürfe aber einer ausreichenden Tatsachengrundlage, um die *actual damages* mit hinreichender Sicherheit und Genauigkeit zu bestimmen.⁵⁹⁷ Diese Ausführungen lassen den Schluss zu, dass bloß Reputationsfolgeschäden zu ersetzen sind, da der Terminus *actual damage* für gewöhnlich den Ersatz einer konkreten Vermögenseinbuße bezeichnet.⁵⁹⁸

Wenig Klarheit verschafft diesbezüglich ein Blick in die Sekundärliteratur. Zwar interpretiert ein Standardwerk die soeben diskutierten Urteile dahingehend, dass der *good will* ein Vermögensgegenstand und der Geschäftsleiter für diesen verantwortlich sei.⁵⁹⁹ Es enthält sich aber einer Aussage darüber, was unter *good will* zu

⁵⁹⁴ Vgl. *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Co.*, 182 A.2d 328, 329 (Del. Ch. 1962); *In re Massey Energy Co. Derivative & Class Action Litig.*, 160 A.3d 484, 503 (Del. Ch. 2017).

⁵⁹⁵ *Diamond v. Oreamuno*, 248 N.E.2d 910, 912 (N.Y. 1969): „Although the corporation may have little concern with the day-to-day transactions in its shares, it has a great interest in maintaining a reputation of integrity, an image of probity, for its management and in insuring the continued public acceptance and marketability of its stock. When officers and directors abuse their position in order to gain personal profits, the effect may be to cast a cloud on the corporation's name, injure stockholder relations and undermine public regard for the corporation's securities.“

⁵⁹⁶ *Crowd Management Services, Inc. v. Finley*, 784 P.2d 104, 106 (Or. Ct. App. 1989): „Uncertainty as to the extent of injury or the amount of damages that will properly compensate for an injury does not preclude recovery. [...] Here, plaintiff's loss of reputation and business opportunities amount to harm to good will and, once plaintiff established that defendant caused those injuries, the trier of fact was entitled to determine the appropriate compensation.“

⁵⁹⁷ *Sessinghaus Milling Co. v. Hanebrink*, 152 S.W. 354, 357 (Mo. 1912); *Frank H. Gibson, Inc. v. Omaha Coffee Co.*, 137 N.W.2d 701, 711–712 (Neb. 1965).

⁵⁹⁸ Vgl. *Garner*, Black's Law Dictionary, Stichwort: Damages.

⁵⁹⁹ *Fletcher*, *Fletcher Cyclopedia of the Law of Private Corporations*, § 1016.

verstehen ist und welche qualitativen Anforderungen sich an seinen Ersatz stellen. Soweit ersichtlich, bezieht auch das übrige Schrifttum hierzu nicht Stellung – selbst dort, wo es das Risiko von Reputationsschäden durch Pflichtverletzungen des Geschäftsleiters diskutiert.⁶⁰⁰

bb) Vereinigtes Königreich

Das Recht des Vereinigten Königreichs ist für die Fragestellung aus zwei Gründen von besonderem Interesse. Einerseits zeigt sich das Common Law juristischen Personen gegenüber im Deliktsrecht großzügig: Werden sie in ihrer geschäftlichen Sphäre durch ein Äußerungsdelikt (*libel and slander*) verletzt, so können sie Schadensersatz auch verlangen, soweit sich ein Vermögensschaden nicht konkret beziffern lässt.⁶⁰¹ Andererseits kodifiziert s 172(1)(e) Companies Act 2006 eine organschaftliche Pflicht des Geschäftsleiters, die Auswirkungen seines Handelns auf die Unternehmensreputation der Gesellschaft zu berücksichtigen.⁶⁰²

Die Rechtsprechung hat sich mit dieser Vorschrift überwiegend im Kontext der Frage befasst, ob Gesellschafter prozessstandschaftlich Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsleiter verfolgen dürfen.⁶⁰³ Ein solcher *derivative suit* setzt unter anderem voraus, dass auch ein pflichtgemäß handelnder Geschäftsleiter die Ansprüche geltend machen würde (s 263(2)(a) Companies Act 2006). Entscheidet ein Gericht über die Zulässigkeit eines *derivative suit*, muss es deshalb die negativen Auswirkungen eines Rechtsstreits auf die Unternehmensreputation mit dessen Vorteilen abwägen.⁶⁰⁴

Die einzig bekannte Entscheidung, die unmittelbar die Pflichten des Geschäftsleiters im Zusammenhang mit der Unternehmensreputation thematisierte, verneinte bereits eine Pflichtverletzung.⁶⁰⁵ Mit der Frage, ob der Gesellschaft im Rahmen der Binnenhaftung eine Geldentschädigung für Reputationsschäden zu gewähren ist, hat

⁶⁰⁰ Vgl. insbesondere *Zipes*, 15 J. Bus. & Sec. L. 105 (2014); ferner *Bailey et al.*, in: *Knepper/Bailey, Liability of Corporate Officers and Directors*, § 3 Rn. 15.

⁶⁰¹ Vgl. *D. & L. Caterers Ltd v D'Ajou* [1945] KB 364 (CA) 365–367; *Rubber Improvement Ltd v Daily Telegraph Ltd* [1964] AC 234 (HL) 262.

⁶⁰² Im Gesetzeswortlaut: „A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to [...] the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct [...]“.

⁶⁰³ Siehe auch zum deutschen Recht 1. Teil: B.II.2.a).

⁶⁰⁴ Vgl. *Wishart v Castlecroft Securities Ltd* [2009] CSIH 65 [37]; *Kleanthous v Paphitis* [2011] EWHC 2287 (Ch) [71]–[75].

⁶⁰⁵ *Re Phoenix Contracts (Leicester) Ltd* [2010] EWHC 2375 (Ch) [103]–[104].

sich die Rechtsprechung noch nicht auseinandergesetzt. Gedanken dazu finden sich auch in der gesellschaftsrechtlichen Sekundärliteratur nicht wieder.⁶⁰⁶

cc) Stellungnahme

Vereinzelt Urteilen aus einigen US-Bundesstaaten ließe sich mit etwas gutem Willen ein Fingerzeig dahingehend entnehmen, dass die Gesellschaft auch für Reputationsschäden eine Geldentschädigung von ihrem Geschäftsleiter verlangen kann. Der knappe Rundblick hat aber gezeigt, dass sich in dieser Frage noch kein internationaler Konsens etabliert hat. Eindeutige Stellungnahmen aus den für das Wirtschaftsrecht bedeutenden Bundesstaaten der USA wie dem Vereinigten Königreich finden sich bislang weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur. Die Rechtsvergleichung liefert deshalb kein so schlagkräftiges Argument wie bei der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts natürlicher Personen. Würde das deutsche Recht der Gesellschaft eine Geldentschädigung für Reputationsschäden verwehren, befände es sich jedenfalls nicht allein auf weiter Flur.

c) Genugtuung

Essenzielle Voraussetzung einer jeden Geldentschädigung für einen Nichtvermögensschaden stellt der Rechtsprechung zufolge das Genugtuungsbedürfnis des Geschädigten dar. Damit wirft sich die Frage auf, ob die Gesellschaft als juristische Person überhaupt über ein Genugtuungsbedürfnis verfügen kann. Der VI. und der III. Zivilsenat des BGH haben zu dieser Frage gegensätzliche Judikate abgegeben, die sich bemerkenswerterweise im selben Band der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen wiederfinden.

Der VI. Zivilsenat hatte sich mit dem Fall einer Kommanditgesellschaft zu befassen, die sich durch eine Buchveröffentlichung („Das Medizin-Syndikat“) in ihrer Ehre herabgesetzt sah. In der Publikation war der Gesellschaft sowie einem ehemaligen Gesellschafter eine Verstrickung in das Euthanasieprogramm der Nationalsozialisten vorgeworfen worden. Der VI. Zivilsenat meinte, dass die Kommanditgesellschaft als Interessenverbund keine Genugtuung erfahren könne, sondern allenfalls ihre Gesellschafter. Aus einem persönlichen Genugtuungswunsch der Gesellschafter ließe sich aber kein Entschädigungsanspruch der Gesellschaft ableiten, da die Gesellschafter bei einer Verletzung ihrer Persönlichkeitsrechte in der Lage wären, eigene Ansprüche zu verfolgen.⁶⁰⁷ Es bestehe kein unabweisbares In-

⁶⁰⁶ Vgl. *Davies/Worthington*, Gower's Principles of Modern Company Law, Kap. 16 Rn. 111; *French, Mayson, French & Ryan on Company Law*, Kap. 16 Rn. 5 ff.; *Hannigan*, Company Law, Kap. 14 Rn. 1 ff.

⁶⁰⁷ In zwei Parallelurteilen vom selben Tag sprach der Senat dem betroffenen ehemaligen Gesellschafter wegen der Buchveröffentlichung eine Geldentschädigung gegen den Autor sowie den Verlag zu, siehe BGH NJW 1980, 2801, 2807 (insoweit nicht in BGHZ 78, 9 abgedruckt); BGH NJW 1980, 2810 f.

teresse, diese Entschädigungsansprüche durch eigene Ansprüche der Gesellschaft zu verstärken oder gar auszuweiten. Mangels Genugtuungsbedürfnis stehe einer Personengesellschaft eine Geldentschädigung immaterieller Nachteile wegen somit generell nicht zu.⁶⁰⁸ Diese Aussage lässt sich *a fortiori* auf juristische Personen übertragen, deren Grad rechtlicher Verselbstständigung noch höher ist als der der Personengesellschaften.⁶⁰⁹

Keine drei Monate nach diesem Urteil gewährte der III. Zivilsenat mehreren Vereinen im Wege eines Amtshaftungsanspruchs eine Geldentschädigung für immaterielle Nachteile. Seinem Urteil lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Die Klägerinnen waren territoriale Sektionen der Scientology-Bewegung. Sie sahen sich durch eine Publikation des Bundeskriminalamts, in der die Scientology-Bewegung der Gehirnwäsche und mehrere ihrer Mitglieder schwerwiegender Straftaten bezichtigt wurden, in ihren Persönlichkeitsrechten verletzt.⁶¹⁰ Der III. Zivilsenat widersprach dem VI. Zivilsenat zwar nicht direkt, sah aber Anlass dafür, seinen Fall anders zu bewerten. Seine Ausführungen dazu lesen sich vergleichsweise apodiktisch:

„Den Klägerinnen kann ein eigenes Genugtuungsbedürfnis nicht abgesprochen werden. Insoweit liegen die Dinge hier anders als bei einer Personengesellschaft, der eine Geldentschädigung zum Ausgleich immaterieller Nachteile aus einer Rufschädigung nicht zubilligt werden kann, weil dem Persönlichkeitsschutz schon durch Gewährung einer Geldentschädigung an die persönlich betroffenen Gesellschafter genügt wird (vgl. BGHZ 78, 24, 28).“⁶¹¹

Vor dem Hintergrund dieser uneinheitlichen Rechtsprechung ist es angezeigt, sich der Problematik eigenständig zu nähern. Dabei lässt sich die Fragestellung ausgehend von den Instruktionen des VI. Zivilsenats aufteilen: Zunächst ist der Frage nachzugehen, ob sich die Gesellschaft auf ein eigenes Genugtuungsbedürfnis berufen kann. Ist dies nicht der Fall, so ist weiter zu fragen, ob sie ein Genugtuungsbedürfnis von ihren Gesellschaftern ableiten kann.

aa) Originäres Genugtuungsbedürfnis

Gegen ein originäres Genugtuungsbedürfnis juristischer Personen wehrt sich bereits das spontane Begriffsverständnis. Dessen Richtigkeit bestätigt sich, wenn man dem Genugtuungsbegriff auf den Grund geht.

Es existiert keine allgemein konsentrierte Definition von Genugtuung. Die Rechtsprechung betont zwar stets die essenzielle Bedeutung der Genugtuung für die Geldentschädigung, hat den Ausdruck aber nie definiert, weshalb er mit einigen

⁶⁰⁸ BGHZ 78, 24, 28.

⁶⁰⁹ So auch die Selbstinterpretation des am Urteilsspruch beteiligten Richters *Steffen*, LM Nr. 53 zu Art. 5 GG.

⁶¹⁰ BGHZ 78, 274 ff.

⁶¹¹ BGHZ 78, 274, 280.

Unsicherheiten behaftet ist.⁶¹² Sie gibt lediglich den Hinweis, dass der Genugtuungsgedanke eine besondere persönliche Beziehung zwischen Schädiger und Geschädigtem zum Ausdruck bringe.⁶¹³ In der Literatur versteht man Genugtuung entweder abstrakt als Sühne zum Zweck der Besänftigung des Geschädigten⁶¹⁴ oder spezifischer auch als die Wiederherstellung eines beeinträchtigten Selbstwertgefühls.⁶¹⁵ Dem lässt sich entnehmen, dass der Genugtuung eine psychologische Komponente innewohnt: Sie setzt eine bestimmte Form der subjektiven Betroffenheit voraus. Juristischen Personen aber fehlt es naturgemäß an einem eigenen Gefühlsleben, weshalb sie auch außerstande sind, ein Bedürfnis nach Genugtuung zu verspüren. Es verwundert daher nicht, dass sich in der obergerichtlichen Rechtsprechung und herrschenden Lehre die Auffassung durchgesetzt hat, dass juristische Personen generell über kein Genugtuungsbedürfnis verfügen.⁶¹⁶

Gleichwohl hat sich in der Literatur auch ein Deutungsmuster für die Rechtsprechung des BGH herausgebildet, dem zufolge zumindest in einzelnen Fällen ein Genugtuungsbedürfnis juristischer Personen anzuerkennen sei. Das maßgebliche Differenzierungskriterium stelle der Verbandszweck dar. Liege er bloß in einer wirtschaftlichen Betätigung, fehle es an einem Genugtuungsbedürfnis. Anders verhalte es sich bei einer ideellen Zwecksetzung. Werde der soziale Geltungsanspruch der juristischen Person gerade im Rahmen ihrer satzungsgemäßen Funktion verletzt, komme ihr ein eigenes Genugtuungsbedürfnis zu.⁶¹⁷

Dieser Auffassung ist zuzugestehen, dass sie zu einer konsistenten Deutung der Urteile des VI. und III. Zivilsenats gelangt: Der Kommanditgesellschaft wäre keine Geldentschädigung zuzusprechen, da ihr Zweck in der Gewinnerzielung liegt. Den Zweck der Scientology-Vereine bildet hingegen die Religionsausübung, in der sie durch die Publikation des Bundeskriminalamts berührt worden waren. Ihnen wäre darum eine Geldentschädigung zu gewähren. Allerdings vermag diese Ansicht nicht zu begründen, weshalb sich aus der Verletzung einer juristischen Person in ihrer

⁶¹² Vgl. *Göthel*, *RabelsZ* 69 (2005), 255, 304; *Wagner*, *ZEuP* 2000, 200, 205.

⁶¹³ BGHZ-GrSZ 18, 149, 157; BGHZ 128, 117, 120.

⁶¹⁴ *Deutsch*, FS Wahl, 1973, S. 339, 342; *Knöpfel*, *AcP* 155 (1956), 135, 153 f.; *Stoll*, Gutachten 45, DJT, S. 152; mit Kritik zur zivilrechtlichen Rechtfertigung dieses Gedankens auch *Kern*, *AcP* 191 (1991), 247, 249; *Köndgen*, *Haftpflichtfunktionen und Immaterialschaden am Beispiel von Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung*, S. 84 ff.

⁶¹⁵ *Lange/Schiemann*, *Schadensersatz*, § 7 V.2., S. 436.

⁶¹⁶ OLGR München 1996, 217; OLGR Frankfurt 2000, 200, 201; OLG München AfP 2003, 359, 360; *Beater*, in: Soergel, *BGB*, § 823 Anh. IV Rn. 23; *Brändel/Schmitt*, in: *Götting/Schertz/Seitz*, *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*, § 31 Rn. 19; *Burkhardt*, in: *Wenzel*, *Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung*, Kap. 14 Rn. 137; *Damm/Rehbock*, *Widerruf, Unterlassung und Schadensersatz in den Medien*, Rn. 1008; *Kannowski*, in: *Staudinger, BGB*, Vorb. § 1 Rn. 30; *Klass*, in: *Erman, BGB*, Anh. § 12 Rn. 68; *Klippel*, *JZ* 1988, 625, 634 f.; *Soehring/Hoene*, *Presserecht*, § 32 Rn. 38; *Sprau*, in: *Palandt, BGB*, § 823 Rn. 111; *Steffen*, in: *Löffler, Presserecht*, § 6 LPG Rn. 344.

⁶¹⁷ *K. Schäfer*, in: *Staudinger, BGB*, 12. Aufl. 1986, § 847 Rn. 151; ähnlich *Rixecker*, in: *MünchKomm, BGB*, Anh. § 12 Rn. 314.

satzungsmäßigen Funktion auch die für ein Genugtuungsbedürfnis notwendige psychologische Betroffenheit ergibt. Selbst soweit eine juristische Person eine ideelle Zwecksetzung verfolgt, fehlt es ihr immer noch an der kognitiven Fähigkeit, ein Verlangen nach Genugtuung wahrzunehmen. Daher lehnte auch das OLG München die Rechtsprechung des III. Zivilsenats 2003 ausdrücklich ab, obwohl sich die zu entscheidenden Sachverhalte stark ähnelten: Der Sektenbeauftragte einer Landeskirche hatte vor einem Verein gewarnt, der den Zweck der Religionsausübung verfolgte.⁶¹⁸

Ein originäres Genugtuungsbedürfnis ist juristischen Personen folglich abzusprechen.

bb) Derivatives Genugtuungsbedürfnis

Es verbleibt somit die Möglichkeit, ein Genugtuungsbedürfnis der juristischen Person aus dem individuellen Genugtuungsbedürfnis seiner Mitglieder abzuleiten. Dass die juristische Person stets das kollektive Genugtuungsbedürfnis ihrer Mitglieder verkörpere, wird man in dieser Pauschalität kaum annehmen können.⁶¹⁹ Verbreitet ist demgegenüber eine differenzierende Ansicht, die sich einmal mehr daran versucht, die uneinheitliche Rechtsprechung des BGH einer konsistenten Deutung zuzuführen: Soweit Ansprüche der Verbandsmitglieder zum Ausgleich ihres Nichtvermögensschadens nicht genügen, solle subsidiär ein Entschädigungsanspruch der juristischen Person zum Tragen kommen.⁶²⁰

Diese Interpretation kann sich vor allem auf eine Aussage aus dem Urteil des III. Zivilsenats stützen. Dieser wies im Wege eines *distinguishing* zum Urteil des VI. Zivilsenats darauf hin, dass dort dem Persönlichkeitsschutz schon dadurch genügt worden sei, dass dem persönlich betroffenen Gesellschafter eine Geldentschädigung gewährt wurde.⁶²¹ Mit dem Urteil des VI. Zivilsenats lässt sich diese Interpretation allerdings nicht vereinbaren, formulierte dieser doch im amtlichen Leitsatz einschränkungslos, dass einer Personengesellschaft eine Geldentschädigung zum Ausgleich immaterieller Nachteile aus einer Rufschädigung nicht zustehe.⁶²²

Unklar ist überdies, in welcher konkreten Konstellation Ansprüche der Gesellschafter einmal nicht dazu genügen sollen, ihren Nichtvermögensschaden auszugleichen. Da das Genugtuungsbedürfnis der Gesellschafter zugleich die Höhe ihrer

⁶¹⁸ OLG München AfP 2003, 359, 360: „Der für einen Sonderfall vertretenen anderen Auffassung des 3. Zivilsenats des BGH [...] kann für den vorliegenden Fall nicht gefolgt werden.“

⁶¹⁹ So aber Wronka, Das Persönlichkeitsrecht juristischer Personen, S. 146.

⁶²⁰ Ehmann, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, Anh. § 12 Rn. 300; Hager, in: Staudinger, BGB, § 823 C. Rn. 33; Zeuner, in: Soergel, BGB, 11. Aufl. 1985, § 847 Rn. 19; wohl auch Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 7 V.1.f), S. 435.

⁶²¹ BGHZ 78, 274, 280.

⁶²² BGHZ 78, 24.

Geldentschädigung bestimmt,⁶²³ lässt sich dafür nur ein Fall ersinnen: dass die Gesellschafter mangels Verletzung ihres eigenen Persönlichkeitsrechts über gar keinen eigenen Anspruch auf eine Geldentschädigung verfügen. Woraus sich aber ein Genugtuungsbedürfnis der Gesellschafter ergeben soll, wenn sie schon gar nicht in eigenen Rechten verletzt wurden, bleibt schleierhaft.

Diese Unzulänglichkeit illustriert der hier interessierende Fall des Reputationschadens einer Kapitalgesellschaft: Als Unternehmensträger ist einzig die Gesellschaft auch Träger der Unternehmensreputation. Die Gesellschafter werden durch die Schädigung nicht in ihren eigenen Rechten berührt und können darum kein eigenes Genugtuungsbedürfnis entwickeln, aus dem sich ein solches der Gesellschaft ableiten ließe. Jedenfalls für den Reputationsschaden ist deshalb auch ein derivatives Genugtuungsbedürfnis der Gesellschaft nicht anzuerkennen.

d) Prävention

Die Präventionsfunktion der Geldentschädigung scheint zunächst dafür zu sprechen, dass sich die Rechtsfortbildung auf die Binnenhaftung des Geschäftsleiters übertragen lässt. Schließlich nimmt die Präventionsfunktion bei den §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG ebenfalls eine prominente Position ein.⁶²⁴

Nimmt man die Aussagen der Rechtsprechung zur Präventionsfunktion der Geldentschädigung jedoch näher unter die Lupe, ergibt sich ein anderes Bild. So betont der BGH nicht nur, dass der Präventionsgedanke es allein nicht zu tragen vermag, eine Geldentschädigung zu gewähren, sondern stellt auch auf ihn als Bemessungsfaktor bislang nur bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Massenmedien ab. Hier soll die Geldentschädigung ein Korrelat zu dem aus der Verletzungshandlung gezogenen Profit in Form der Auflagensteigerung bilden, um einer rücksichtslosen Zwangskommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts vorzubeugen.⁶²⁵ Bei der Geschäftsleiterhaftung für Reputationsschäden findet dieser Gedanke keine Entsprechung. Die Gefahr einer rücksichtslosen Zwangskommerzialisierung der Unternehmensreputation durch den Geschäftsleiter besteht nicht, da er aus seiner Pflichtverletzung keinen unmittelbaren finanziellen Nutzen zieht. Die Präventionsfunktion der Geldentschädigung nimmt im Kontext der Binnenhaftung darum nicht denselben Stellenwert ein wie gegenüber den Massenmedien.

3. Zwischenfazit

Die Gesellschaft kann kein Genugtuungsbedürfnis empfinden, das sich durch eine Geldentschädigung befriedigen ließe. Da das Schicksal der Geldentschädigung für den Nichtvermögensschaden nach ständiger Rechtsprechung untrennbar an das

⁶²³ Siehe 2. Teil: C.IV.1.b).

⁶²⁴ Siehe 1. Teil: C.I.2.

⁶²⁵ Siehe 2. Teil: C.IV.1.b).

Genugtuungsbedürfnis gebunden ist, ist es bereits damit ausgeschlossen, der Gesellschaft eine Geldentschädigung wegen des Reputationsschadens gegen ihren Geschäftsleiter zu gewähren.

Auch wer es weniger rigoros halten möchte als die Rechtsprechung und etwa meint, die Präventionsfunktion könne ein fehlendes Genugtuungsbedürfnis im Einzelfall aufwiegen,⁶²⁶ wird das Recht beim Reputationsschaden der Gesellschaft nicht in einer Weise fortbilden können wie beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht natürlicher Personen. Sowohl die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte als auch die Präventionsfunktion nehmen bei der Geschäftsleiterhaftung einen weitaus geringeren Stellenwert ein. In rechtsvergleichender Perspektive sieht man sich zudem keinem internationalen Konsens ausgesetzt, nach dem solch eine Entschädigung zu gewähren wäre, wie es beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht natürlicher Personen der Fall ist. Überdies bietet bereits der Reputationsfolgeschaden der Gesellschaft die Möglichkeit, konkrete reputationsbedingte Verluste von ihrem Geschäftsleiter ersetzt zu verlangen. Mit der Entscheidung, dass der Reputationsschaden nicht zu ersetzen ist, bleibt der Gesellschaft also nicht jegliche Kompensation für den von ihr erlittenen *reputational penalty* verwehrt.

Bei alldem gilt es auch zu bedenken, dass es eine wohlerwogene gesetzgeberische Entscheidung war, die Geldentschädigung für Nichtvermögensschäden mit § 253 Abs. 1 BGB auf die positiv angeordneten Fälle zu beschränken. Die Rechtsprechung sah sich dazu genötigt, sie bei der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu übergehen, um verfassungskonforme Zustände herzustellen. Derart erdrückende Gründe für eine Rechtsfortbildung existieren bei der Binnenhaftung des Geschäftsleiters für Reputationsschäden nicht. Setzte man sich hier über die in § 253 Abs. 1 BGB unmissverständlich zum Ausdruck kommende Wertentscheidung des Gesetzgebers hinweg, überträte man die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung.⁶²⁷

V. Zwischenergebnis

Die Unternehmensreputation dient dazu, die zwischen dem Unternehmen und seinen Stakeholdern basierenden Informationsasymmetrien abzubauen. Aus einer hohen Reputation kann ein Unternehmen mittelbar wirtschaftlichen Nutzen ziehen, auch wenn sich der abstrakte Wert der Reputation nicht zuverlässig quantifizieren lässt. Für die juristische Behandlung eines Reputationsschadens bei der Geschäftsleiterbinnenhaftung ist zwischen dem unmittelbaren Schaden an der Unter-

⁶²⁶ So C. Born, AfP 2005, 110, 116 f.; für eine Geldentschädigung wegen immaterieller Schäden für juristische Personen in nicht näher benannten Ausnahmefällen auch Ricker/Werling, Handbuch des Presserechts, Kap. 44. Rn. 43b.

⁶²⁷ Vgl. BVerfG NJW 2018, 2542, 3. LS: „Richterliche Rechtsfortbildung darf den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers nicht übergehen und durch ein eigenes Regelungsmodell ersetzen.“

nehmensreputation (Reputationsschaden) und konkreten reputationsbedingten Nachteilen, wie dem Verlust von Kunden oder der Erhöhung von Finanzierungskosten (Reputationsfolgeschaden), zu unterscheiden. Der Reputationsfolgeschaden stellt einen Vermögensschaden dar. Problematisch ist hier für die Gesellschaft allenfalls der Beweis der haftungsausfüllenden Kausalität. Bei dem unmittelbaren Schaden an der Unternehmensreputation als solcher handelt es sich hingegen um einen Nichtvermögensschaden, dessen Naturalrestitution nicht möglich ist. Eine Geldentschädigung kann die Gesellschaft hierfür nicht verlangen, da sich dafür im positiven Recht keine Grundlage findet und es an durchgreifenden Argumenten für eine Rechtsfortbildung fehlt.

3. Teil

Vorteilsausgleichung bei der Geschäftsleiterhaftung

Um die Spezifika der Vorteilsausgleichung bei der Geschäftsleiterhaftung zu ergründen, gilt es zunächst, die Erkenntnisse des allgemeinen Zivilrechts zu dieser Rechtsfigur in den Blick zu nehmen. Darauf aufbauend lassen sich die unterschiedlichen Problemfälle untersuchen, welche die Vorteilsausgleichung bei der Binnenhaftung des Geschäftsleiters aufwirft und die sich nach der Art der Pflichtverletzung unterscheiden.

A. Vorteilsausgleichung im allgemeinen Schadensrecht

I. Grundlagen

Entsteht dem Geschädigten aus der Verletzungshandlung neben dem Schaden auch eine Vermögensmehrung, so stellt sich die Frage, ob diese auf seinen Schadensersatzanspruch anzurechnen ist. Die schadensrechtlichen Grundnormen der §§ 249 ff. BGB behandeln die Vorteilsausgleichung nicht, obwohl schon das gemeine Recht mit der *compensatio lucri cum damno* eine ähnliche Rechtsfigur kannte.¹ Der historische Gesetzgeber erkannte vor diesem Hintergrund ausdrücklich an, dass eine Gesamtbetrachtung erfolgen müsse, wenn das Schadensereignis sowohl schädliche als auch nützliche Folgen habe. Nichtsdestoweniger sah er ausdrücklich davon ab, die Vorteilsausgleichung positiv zu regeln, da ihre Einzelfälle zu komplex seien, um ihnen mit einer abstrakt-generellen Norm gerecht zu werden. Diese Aufgabe delegierte er deshalb ausdrücklich an Wissenschaft und Praxis.²

¹ Dazu Oertmann, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, S. 12 ff.

² Motive II, S. 18 f.: „Die Entscheidung der Frage, ob und inwiefern bei Schadensersatzansprüchen der Vorteil, welcher dem Beschädigten durch den schadenbringenden Umstand zugefallen ist, von der Ersatzsumme in Abrechnung zu bringen sei [...], muß der Rechtswissenschaft und Praxis überlassen werden. [...] Allein der Versuch einer Entscheidung der Frage durch einen Ausspruch im Gesetze wäre insbesondere für Deliktsfälle bedenklich. [...] Der Versuch müßte zu einer weitgehenden Kasuistik führen, von welcher keine befriedigenden Resultate zu erwarten wären. Die Praxis wird, uneingeengt durch eine gesetzliche Vorschrift, auch fernerhin im Einzelfall sich zurechtfinden.“

1. Geltungsgrund

Rechtsprechung und Literatur haben diesen Auftrag angenommen und in der Folge versucht, die Vorteilsausgleichung auf ein dogmatisches Fundament zu stellen. Zu einer Einigung darüber, woraus sich ihre Rechtsgeltung ergibt, sind sie dabei jedoch nicht gelangt.

a) Differenzhypothese

Nach einem klassischen Ansatz soll unmittelbar aus der Differenzhypothese folgen, dass Vorteile, die auf der Verletzungshandlung beruhen, auf den Schadensersatzanspruch in Anrechnung zu bringen sind. Diese Auffassung vertrat bereits Mommsen, der geistige Vater der Differenzhypothese.³ In seinem Gefolge finden sich eine Reihe älterer Literaturstimmen. Ihnen zufolge besage die Differenzhypothese, dass im Zuge der Schadensersatzleistung allein die Gesamtvermögenslage hergestellt werden soll, die bestünde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Folglich sei die vom Schädiger geschaffene Situation umfänglich zu bereinigen – nicht nur zugunsten des Geschädigten, sondern auch zu dessen Lasten.⁴

Mit dem heutigen gewandelten Verständnis der Differenzhypothese lässt sich diese Lesart nicht mehr in Einklang bringen. Nach ständiger Rechtsprechung handelt es sich bei der Differenzhypothese um eine wertneutrale Rechenoperation, die es erfordert, die in Rechnung zu stellenden Vergleichsposten zunächst wertend zu bestimmen.⁵ Wer aber schon aus der Differenzhypothese als solcher darauf schließen will, dass auch durch die Verletzungshandlung erlangte Vorteile in die Vergleichsrechnung einzustellen sind, übergeht diese notwendige Wertungsaufgabe. Die Differenzhypothese kann ihrer Wertneutralität wegen selbst kein Gebot enthalten, Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen.⁶

Zudem würde die Differenzhypothese den sich im Kontext der Vorteilsausgleichung ergebenden Sachproblemen ein Prokrustesbett bereiten. Wäre die Vorteilsausgleichung logische Konsequenz der Differenzhypothese, müssten ausnahmslos

³ Mommsen, Zur Lehre von dem Interesse, S. 191 ff., insbesondere S. 192: „Das Natürliche und eigentlich ganz von selbst sich Vernehmende ist, daß Beides [Schaden und Vorteil] zusammengerechnet wird. Denn in der That besteht die Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensbestande des Beschädigten und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft des beschädigenden Ereignisses gehabt hätte, nur in dem Schaden nach Abzug des *lucrum*.“ [Hervorhebung ausgelassen]; siehe dazu bereits 2. Teil: A.I.1.b)aa).

⁴ Siehe etwa Cantzler, AcP 156 (1957), 29, 31; H. A. Fischer, Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, § 15, S. 226; die Differenzhypothese deshalb rundheraus ablehnend Honsell, JuS 1973, 69, 74.

⁵ Siehe 2. Teil: A.I.1.e).

⁶ Müller-Laub, JZ 1991, 162, 164; Thiele, AcP 167 (1967), 193, 196; Zeuner, AcP 163 (1963), 380, 385; vgl. auch Hagen, Die Drittschadensliquidation, S. 157 f.

alle Vorteile auf den Schadensersatzanspruch angerechnet werden.⁷ Dieses Ergebnis entsprach zwar noch der Intention Mommsens, lässt sich aber nicht mehr mit dem Willen des historischen Gesetzgebers in Einklang bringen: Er erteilte solch einer holzschnittartigen Lösung eine klare Absage, da er sie als nicht sachgerecht empfand.⁸ Es widerspricht ebenso der heute einhelligen Auffassung, dass die Vorteilsausgleichung nach einer differenzierten Behandlung verlangt, in die eine Vielzahl einzelfallbezogener Wertungen einfließen müssen. Sie entgegen dem erklärten gesetzgeberischen Willen doch wieder in das unpassende Korsett der Differenzhypothese zu zwingen, lässt sich weder dogmatisch schlüssig begründen noch praktisch konsequent umsetzen. Der Ansatz muss damit als untauglich ausscheiden.

b) Bereicherungsverbot

Der Rechtsprechung zufolge trägt die Vorteilsausgleichung dem Bereicherungsverbot Rechnung: Da der Geschädigte durch den Schadensersatzanspruch nicht bereichert werden darf, sind Vorteile auf diesen anzurechnen.⁹

Gegen diese Herleitung ist in Erinnerung zu rufen, dass das Bereicherungsverbot seinerseits eine Legitimation vermissen lässt.¹⁰ Insbesondere kann es nicht auf die Differenzhypothese zurückgeführt werden,¹¹ da sich diese in einer wertneutralen Rechenoperation erschöpft, während sich im Bereicherungsverbot gerade eine Wertentscheidung ausdrückt.

Selbst wenn man das Bereicherungsverbot als allgemeines Rechtsprinzip akzeptieren möchte, wäre damit nur ein beschränkter Erkenntnisgewinn für die Vorteilsausgleichung verbunden. Der Rechtssatz, dass der Geschädigte durch den Schadensersatzanspruch nicht bessergestellt werden dürfe, als er ohne die Schädigung stünde, lässt in seiner Absolutheit nämlich keinen Raum für Differenzierungen. Konsequenter gehandelt müsste auch er dazu führen, dass ausnahmslos alle Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen wären. So ist er von seinen Vertretern aber erkennbar nicht gemeint. Das Bereicherungsverbot soll vielmehr ein abstraktes Prinzip des Schadensrechts darstellen, das lediglich in eine Gesamtabwägung einfließt und im Einzelfall hinter anderen Wertungen zurücktreten kann.¹² Als solches bleibt es aber weitgehend konturenlos, da es selbst kein Maßstab dafür bildet, wann eine Bereicherung des Geschädigten zu unterbleiben hat.¹³ Vielmehr beschränkt es

⁷ Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 843; Medicus, FS Nobbe, 2009, S. 995, 998; Wendehorst, Anspruch und Ausgleich, S. 133.

⁸ Siehe 3. Teil Fn. 2.

⁹ BGHZ 173, 83, 87.

¹⁰ Siehe 1. Teil: C.I.1.b)bb).

¹¹ Grunsky, NJW 1983, 2465, 2467; vgl. auch Ekkenga/Kuntz, in: Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 26: mögliche Konsequenz, aber keine notwendige Folge.

¹² Siehe 1. Teil: C.I.1.b)bb).

¹³ Thiele, AcP 167 (1967), 193, 197.

sich darauf, einen negativ konnotierten Begriff („Bereicherung“) vorauszusetzen, ohne die ihn tragenden rechtsethischen Wertungen offenzulegen. Als bloßes Schlagwort trägt das Bereicherungsverbot allenfalls dazu bei, die im konkreten Fall maßgeblichen Wertungen zu verschleiern.¹⁴

Ob seiner unzureichenden dogmatischen Legitimation und geringen praktischen Aussagekraft eignet sich auch das Bereicherungsverbot nicht als Geltungsgrund der Vorteilsausgleichung.

c) Treu und Glauben

Der BGH hat die Vorteilsausgleichung auch auf das Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zurückgeführt.¹⁵ Die zivilrechtliche Generalklausel zu bemühen, wirkt nicht nur brachial, sondern ist auch mit ähnlichen Problemen behaftet wie die Herleitung aus dem Bereicherungsverbot: Ob es treuwidrig wäre, wenn sich der Schädiger bestimmte Vorteile nicht anrechnen ließe, kann nur im Lichte der Einzelfallumstände festgestellt werden. Dafür, wie diese Einzelfallentscheidung vonstatten zu gehen hat, liefert das Gebot von Treu und Glauben aber keine Spezifikationen.¹⁶

d) Zwischenfazit

Die vorangegangene Betrachtung zeigt, dass keiner der diskutierten Ansätze die Vorteilsausgleichung schlüssig herzuleiten vermag und eine widerspruchsfreie Anwendung derselben verspricht. Wie auch in der Debatte um den Schadensbegriff¹⁷ hat sich darum mittlerweile in der Literatur die Erkenntnis durchgesetzt, dass sich die im Kontext der Vorteilsausgleichung auftretenden Rechtsprobleme nicht bewältigen lassen, indem man sie auf einen allgemeinen Rechtssatz herunterbricht. Vielmehr gehen Rechtsprechung und Lehre mittlerweile einhellig davon aus, dass für die Zwecke der Vorteilsausgleichung eine wertende Einzelfallbetrachtung vorzunehmen ist.¹⁸

Die Legitimation der Vorteilsausgleichung als Institut des allgemeinen Schadensrechts, ergibt sich indessen aus der Überzeugung des historischen Gesetzgebers und einem lange in Rechtsprechung und Literatur herrschenden Konsens. Wenn sie sich auch nicht aus anderen Rechtsprinzipien ableiten lässt, so genießt sie damit jedenfalls gewohnheitsrechtliche Anerkennung.

¹⁴ So auch *Stoll*, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, S. 182.

¹⁵ BGHZ 10, 107, 108; BGHZ 60, 353, 358; BGHZ 91, 206, 210; BGHZ 173, 83, 87.

¹⁶ Vgl. *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, S. 137 f.

¹⁷ Siehe 2. Teil: A.

¹⁸ Vgl. statt vieler BGHZ 136, 52, 55; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 9 III.3., S. 494; *Schiemann*, in: Staudinger, BGB, § 249 Rn. 140; im Einzelnen zu den verschiedenen Fallgruppen siehe 3. Teil: A.III.

2. Vorteil

Der anzurechnende Vorteil muss sich in einer real eingetretenen Vermögensmehrung manifestieren.¹⁹ Dies schließt auch infolge der Verletzungshandlung ersparte Aufwendungen²⁰ sowie sonstige durch sie abgewandte Vermögensnachteile²¹ ein. In der Regel sind nur solche Vorteile anrechenbar, die unmittelbar bei dem Geschädigten entstehen.²²

3. Abgrenzung zur Schadensentstehung

Eine Vorteilsausgleichung setzt voraus, dass dem Geschädigten überhaupt ein Schaden entstanden ist.²³ Mithin ist die Anrechnung von Vorteilen von solchen Faktoren zu unterscheiden, die dazu führen, dass dem Geschädigten von vornherein kein Schaden entstanden ist. Auch wenn die Unterscheidung von Schadensentstehung und Vorteilsausgleichung in Rechtsprechung und Literatur nicht immer trennscharf vollzogen wird,²⁴ ist sie nicht nur von rechtsdogmatischer, sondern auch von praktischer Bedeutung. Die Beweislast ist für Schadensentstehung und Vorteilsausgleichung nämlich unterschiedlich verteilt: Es ist Sache des Geschädigten, die Entstehung seines Schadens darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen.²⁵ Derweilen trägt der Schädiger die Beweislast in Bezug auf die Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung,²⁶ da sich diese wie eine rechtsvernichtende Einwendung auswirkt.²⁷

Wo die Grenze zwischen Schadensentstehung und Vorteilsausgleichung verläuft, ist noch weitgehend ungeklärt.²⁸ Stellungnahmen aus der Rechtsprechung hierzu fehlen, vereinzelte Literaturstimmen schlagen lediglich grobe Leitlinien vor. Es findet sich der Vorschlag zur Schadensentstehung alles zu zählen, was den Schaden

¹⁹ *Oetker*, in: MünchKomm, BGB, § 249 Rn. 229.

²⁰ *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 308.

²¹ BGH NJW 1989, 2117, 2118; *Oetker*, in: MünchKomm, BGB, § 249 Rn. 229.

²² *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 290; *Oetker*, in: MünchKomm, BGB, § 249 Rn. 232; zu Ausnahmen siehe etwa BGH NJW 1979, 2033, 2034 („lachender Doppelerte“); OLG Celle NJW 1969, 1765, 1766; KG Berlin VersR 1979, 137 (durch Krankenhausaufenthalt des Geschädigten ersparte Verpflegungskosten eines unterhaltspflichtigen Dritten).

²³ BGH NJW-RR 2008, 786, 787; *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 283.

²⁴ Vgl. zu einer Vermengung von beidem etwa RGZ 65, 57, 60; RGZ 103, 406, 408; BGHZ 30, 29, 32; *Heck*, Schuldrecht, § 15, S. 49; *Henke*, FS Hagen, 1999, S. 371, 378.

²⁵ *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, Vorb. § 249 Rn. 128.

²⁶ Allgemeine Meinung, siehe BGHZ 94, 195, 217; *Ebert*, in: Erman, BGB, Vorb. § 249 Rn. 84; *Luckey*, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, § 249 Rn. 27; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 9 XIII., S. 533.

²⁷ Vgl. *Rosenberg*, Die Beweislast, § 10 III., S. 144.

²⁸ Vgl. *Schiemann*, in: Staudinger, BGB, § 249 Rn. 133.

als von vornherein nicht oder nur in bestimmter Höhe entstanden erscheinen lässt.²⁹ Ein anderer lautet, der Schadensentstehung alle Umstände zuzurechnen, die sich nahezu zwangsläufig aus dem schadensstiftenden Ereignis ergeben.³⁰ Diese Abgrenzungsformeln bleiben freilich vage und lassen im Einzelfall große Interpretationsspielräume.

II. Voraussetzungen

Rechtsprechung und Literatur haben es verschiedentlich unternommen, allgemeine subsumtionsfähige Voraussetzungen für die Vorteilsausgleichung zu formulieren.

1. Rechtsprechung

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung durchlebte die Vorteilsausgleichung eine wechselhafte Geschichte, die in der Judikatur des Reichsgerichts ihren Ursprung nahm.

a) Reichsgericht

aa) Adäquate Kausalität

Das Reichsgericht begriff die Vorteilsausgleichung als bloßes Zurechnungsproblem. In seiner frühen Rechtsprechung ging es daher davon aus, dass eine Vorteilsausgleichung stets vorzunehmen sei, wenn die Verletzungshandlung kausal für den Vorteil sei.³¹ Schaden und Vorteil müssten demnach aus ein und demselben Ereignis erwachsen und nicht bloß einen tatsächlichen Zusammenhang aufweisen.³² Es genüge darum nicht, wenn der Vorteil erst durch eine selbstständige, vom Schadensereignis unabhängige Ursache bewirkt werde.³³

In seiner späteren Judikatur ergänzte das Reichsgericht das Kausalitätskriterium um das Adäquanzerfordernis. Es zog dabei eine Parallele zur Begründung der Schadensersatzpflicht. Dass dem Schädiger nur Folgen zuzurechnen seien, für die seine Handlung adäquat kausal sei, müsse spiegelbildlich für Schaden wie Vorteil gelten.³⁴ Der Eintritt des Vorteils müsse darum nach menschlicher Erfahrung über den naturgemäßen und gewöhnlichen Lauf der Dinge als Folge der Verletzungs-

²⁹ *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 9 I., S. 486 f.

³⁰ *Ganter*, NJW 2012, 801, 806.

³¹ RGZ 10, 50, 51; RGZ 34, 222, 225; RG JW 1901, 229.

³² RGZ 65, 57, 60.

³³ RG JW 1901, 229.

³⁴ RGZ 84, 386, 388.

handlung anzusehen sein.³⁵ Bei dessen Ermittlung seien die Natur der Sache und die Billigkeit besonders zu berücksichtigen.³⁶

bb) Kritik

Der Ansatz, die Vorteilsausgleichung auf eine Zurechnungsfrage zu reduzieren und ihr allein mit der Adäquanzformel gerecht werden zu wollen, trifft heute auf einhellige Ablehnung. Das liegt vor allem daran, dass das Adäquanzerfordernis als schematische Lösung in vielen Fallgruppen zu unbefriedigenden Ergebnissen führt. So sind es beispielsweise adäquate Folgen der Verletzungshandlung, dass der Geschädigte überobligatorische Anstrengungen unternimmt, um seinen Schaden zu beseitigen, oder Leistungen aus einer Versicherung erhält. Beides wäre ihm stets anzurechnen, wenn man sich mit dem Erfordernis der adäquaten Verursachung begnüge.³⁷ Dieses Kriterium sorgt darum – für sich genommen – für keine hinreichende Eingrenzung der Vorteilsausgleichung.³⁸

Überdies ist kritisiert worden, dass das Adäquanzerfordernis nicht nur einerseits unzureichend sei, sondern andererseits auch überschießend einschränke. Die adäquate Kausalität sei als positive Haftungsvoraussetzung konzipiert worden und diene dazu, Geschehnisse aus dem Verantwortungsbereich des Schädigers auszunehmen, die er nicht beherrschen könne. Bei der Vorteilsausgleichung fände dieser Gedanke aber keine sinnvolle Entsprechung, weshalb für sie äquivalente Kausalität genüge.³⁹

b) BGH

aa) Sinn und Zweck der Ersatzpflicht

Auch der BGH erkannte die Mängel der reichsgerichtlichen Rechtsprechung. An dem Adäquanzerfordernis hält er darum lediglich als Eingangsvoraussetzung der Vorteilsausgleichung fest,⁴⁰ reicherte dieses aber um normative Kriterien an. Die Vorteilsausgleichung stelle das Ergebnis einer wertenden Zuordnung von be-

³⁵ RG SeuffArch 87 (1933), 138.

³⁶ RGZ 80, 155, 159 f.; RGZ 84, 386, 388; RGZ 93, 144, 145; RG JW 1916, 577.

³⁷ Siehe zu den gegenteiligen Ergebnissen in diesen Fällen 3. Teil: A.III.

³⁸ Zu diesem Kritikpunkt etwa *Büdenbender*, Vorteilsausgleichung und Drittschadensliquidation bei obligatorischer Gefahrentlastung, S. 22; *ders.*, JZ 1995, 920, 922; *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 843; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 9 III.2., S. 493.

³⁹ Insbesondere *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 48 ff.; ferner *Esser*, MDR 1957, 522, 524; *Lange*, JuS 1978, 649, 651; *Schiemann*, in: Staudinger, BGB, § 249 Rn. 139; für das Adäquanzerfordernis aber *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 286; *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, Rn. 703; *Thüsing*, Wertende Schadensberechnung, S. 44 f.; *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, S. 121.

⁴⁰ BGHZ 49, 57, 62; BGH NJW 1990, 1360.

stimmten Vor- und Nachteilen aus dem Schadensereignis dar.⁴¹ Diese wertende Zuordnung hat der BGH auch damit umschrieben, dass eine Vorteilsausgleichung voraussetze, dass die Vor- und Nachteile miteinander korrespondieren⁴² oder gewissermaßen eine Rechnungseinheit bilden.⁴³ Die geläufigste Formel in der Rechtsprechung lautet, dass die Vorteilsausgleichung dem Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht nicht widersprechen dürfe. Sie müsse daher dem Geschädigten zumutbar sein und dürfe den Schädiger nicht unbillig entlasten.⁴⁴

bb) Kritik

Die Literatur sieht die durch den BGH entwickelte Formel überwiegend als untauglich an, um mit ihr konkrete Rechtsprobleme zu bewältigen. Was mit dem „Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht“ gemeint sei, bleibe unklar. Ebenso erschließe sich nicht, was dieser dem Rechtsanwender für konkrete Fragen der Vorteilsausgleichung mitteilen solle.⁴⁵ Der BGH umschreibe damit letztlich nur, dass eine wertende Entscheidung zu treffen ist, liefere aber keine Handreichung dafür, wie diese zu erfolgen habe. Um die Frage zu beantworten, wann eine Vorteilsausgleichung dem Sinn und Zweck der Ersatzpflicht widerspricht, liefere diese „Allerweltsformel“⁴⁶ keine Entscheidungskriterien.⁴⁷ Auch die ergänzend herangezogenen Kriterien der Zumutbarkeit und Billigkeit würden nicht für Klarheit sorgen. Es handle sich bei ihnen um gehaltlose generalisierende Beschreibungen, die mit rationalen Kriterien kaum zu greifen seien.⁴⁸ Dieser Eindruck mag sich auch darin bestärkt sehen, dass es der BGH selbst nicht unternimmt, unter die von ihm postulierten Merkmale zu subsumieren. Er nutzt sie lediglich, um zu einer fallspezifischen wertenden Betrachtung überzuleiten.⁴⁹

⁴¹ BGHZ 136, 52, 55.

⁴² BGH NJW 1987, 2741.

⁴³ BGHZ 77, 151, 154; BGHZ 136, 52, 54 f.

⁴⁴ Siehe beispielsweise BGHZ 91, 206, 210; BGHZ 136, 52, 54; BGHZ 173, 83, 87; BGH NJW 2007, 3130, 3132.

⁴⁵ Schiemann, in: Staudinger, BGB, § 249 Rn. 140; Weychardt, DB 1966, 1552, 1554.

⁴⁶ Esser/E. Schmidt, Schuldrecht I/2, § 33 V.3. S. 236.

⁴⁷ Thüsing, Wertende Schadensberechnung, S. 45; siehe auch Ekkenga/Kuntz, in: Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 287.

⁴⁸ Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 9 III.3., S. 494 f.

⁴⁹ Vgl. dazu etwa die in 3. Teil Fn. 44 zitierten Entscheidungen.

2. Lehre

Auch die Literatur hat es verschiedentlich unternommen, eine allgemeine Lehre der Vorteilsausgleichung zu entwickeln, die subsumtionsfähige Kriterien für die Rechtsanwendung liefert.⁵⁰

a) Förderung des verletzten Rechts

Cantzler zufolge soll eine Vorteilsausgleichung dann stattfinden, wenn der Schädiger mit seiner Handlung das verletzte Recht zugleich gefördert hat. Ausgangspunkt dieser Theorie ist die Überlegung, dass der Schadensersatzanspruch daran anknüpfe, dass er ein Recht des Geschädigten verletzt habe. Dieser Grund der Ersatzpflicht müsse für die Vorteilsausgleichung spiegelbildlich gelten. Es sei damit ein Gebot der „Logik und Gerechtigkeit“, dass sich die Ersatzpflicht des Schädigers in dem Maße beschränke, wie er es durch die Verletzungshandlung zugleich gefördert habe.⁵¹

Diese Theorie weist jedoch von vornherein einen sehr beschränkten Anwendungsbereich auf. Die Testfrage, ob der Schädiger das verletzte Recht zugleich gefördert hat, ergibt nur für solche Vorteile einen Sinn, die durch eine Handlung des Schädigers entstehen. Für andere Vorteile, die auf einer Leistung des Geschädigten oder eines Dritten beruhen, kann sie keine Antwort liefern.⁵²

b) Innerer Zusammenhang

Thiele betont, dass die rechtliche Verknüpfung von Vorteil und Verletzungshandlung die gleichen qualitativen Anforderungen erfüllen müsse wie die von Schaden und Nachteil. Zwischen Vor- und Nachteil müsse daher ein unlösbarer innerer Zusammenhang bestehen, der sie gleichsam zu einer Rechnungseinheit verbinde. Dieser könne sich aus verschiedenen Gründen ergeben, etwa aus Gesetz, Rechtsgeschäft oder ihrer natürlichen oder wirtschaftlichen Zusammengehörigkeit. Aufgrund dieser Vielfalt sei es nicht möglich, den inneren Zusammenhang allgemeingültig zu definieren.⁵³ Der Ausdruck des „inneren Zusammenhangs“ fand auch

⁵⁰ Die Habilitationsschriften von *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, insbesondere S. 141 ff. und *Thüsing*, Wertende Schadensberechnung, zusammenfassend auf S. 422 ff. erheben nicht den Anspruch, die Problematik der Vorteilsausgleichung abschließend mit einer allgemeinen Theorie bewerkstelligen zu können. Den diesen Untersuchungen zugrunde liegenden Gedankengängen (Statikprinzip; Rechtsökonomie) wird im Folgenden nicht nachgegangen.

⁵¹ *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 52 ff.

⁵² *Lange*, JuS 1978, 649, 651.

⁵³ *Thiele*, AcP 167 (1967), 193; zustimmend *Larenz*, Schuldrecht I., § 30 II.a), S. 531 f.

Eingang in die Judikatur des BGH,⁵⁴ ohne dass dieser damit aber Thieles Konzept konsequent adaptierte.

Auch dieses Konzept bietet weder eine schlüssige, noch verallgemeinerungsfähige Lösung für den Problemkomplex der Vorteilsausgleichung. Für die Prämisse, dass ein innerer Zusammenhang zwischen Vor- und Nachteil rechtliche Relevanz stiftet und die Notwendigkeit einer Anrechnung begründet, bleibt Thiele eine Begründung schuldig.⁵⁵ Ebenso mangelt es an allgemeinen Kriterien, nach denen sich ermitteln ließe, ob ein innerer Zusammenhang beziehungsweise eine Rechnungseinheit zwischen Vor- und Nachteilen besteht. Diese Begriffe drohen damit zu bloßen Leerformeln zu verkommen, die dem Rechtsanwender keine Anhaltspunkte bieten, wie sie mit Leben zu füllen sind.⁵⁶

c) Sorge, Glücksteilhabe, Würdigkeit

Nach Rudloffs soll über die Vorteilsausgleichung aufgrund dreier Prinzipien entschieden werden: Sorge, Glücksteilhabe und Würdigkeit. Vorteile, die auf der Sorge des Geschädigten beruhen, sollen grundsätzlich nicht angerechnet werden. Habe er sie jedoch in „sorgeleichter“ Weise erzielt, müssten sie zwecks Gewinnabwehr bei der Schadensberechnung berücksichtigt werden. Ebenso sollen Vorteile angerechnet werden, die der Geschädigte „glücklich“ erlangt hat, da es geboten sei, dass er den Schädiger an seinem Glück teilhaben zu lassen. Die Vorteilsausgleichung stehe aber unter dem Vorbehalt der Würdigkeit des Schädigers. Dem Geschädigten sei sie nur dann zumutbar, wenn sich der Schädiger nicht durch vorsätzliches oder grob fahrlässiges Handeln als unwürdig erwiesen habe.⁵⁷

Die wesentliche Schwäche der Postulate Rudloffs' besteht darin, dass er nicht klärt, woraus ihre Rechtsgeltung folgt. Es lässt sich kein allgemeiner Rechtssatz ermitteln, nach dem glücklich erlangte Vorteile mit anderen zu teilen sind. Weshalb für die Sonderverbindung von Schädiger und Geschädigtem etwas anderes gelten soll, ist nicht verständlich.⁵⁸ An einem ähnlichen Begründungsmangel leidet die Forderung, der Schädiger müsse der Vorteilsausgleichung würdig sein. Sie widerspricht der Grundkonzeption des Gesetzgebers, der sich ausdrücklich dagegen entschieden hat, den Umfang der Schadensersatzpflicht nach dem Verschulden abzuschichten, um das Schadensrecht frei von moralisierenden Wertungen zu halten.⁵⁹

⁵⁴ BGHZ 77, 151, 154; BGH WM 1970, 633, 637; BGH NJW 1982, 326.

⁵⁵ *Thüsing*, Wertende Schadensberechnung, S. 49 f.; *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, S. 135.

⁵⁶ *Thüsing*, Wertende Schadensberechnung, S. 49; *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, S. 122.

⁵⁷ *Rudloff*, FS v. Hippel, 1967, S. 423.

⁵⁸ *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, S. 139 f. mit der Bemerkung es handle sich bei *Rudloffs* Ausführungen um „diffuse Gefühlsargumente“; vgl. auch *Büdenbender*, Vorteilsausgleichung und Drittschadensliquidation bei obligatorischer Gefahrentlastung, S. 25.

⁵⁹ Siehe 1. Teil: C.I.3.a).

d) Exklusivität gesetzlicher Wertungen

Büdenbender geht davon aus, dass sich die Frage der Vorteilsausgleichung ausschließlich anhand gesetzlicher Wertungen vollziehe, die für den Einzelfall zu ermitteln seien. Diese könnten sich aus allgemein-schuldrechtlichen Vorschriften oder tragenden Prinzipien des Schuldrechts ergeben. Beispielhaft nennt er die Schadensminderungsobliegenheit des § 254 Abs. 2 BGB. Aus ihr ließe sich schlussfolgern, dass Vorteile nicht anzurechnen sind, die der Geschädigte durch überobligatorische Anstrengungen erlangt.⁶⁰ Ferner nehme etwa die Relativität der Schuldverhältnisse auf die Vorteilsausgleichung Einfluss. Ihr sei zu entnehmen, dass Rechtsgeschäfte, die der Geschädigte mit Dritten abschließe, nicht für den Schädiger wirkten und darum auch keine Anknüpfungsgrundlage für eine Vorteilsausgleichung böten.⁶¹

Büdenbenders Lehre ist mit einem ähnlichen Mangel behaftet wie Thieles: Er bietet keine Handreichung dazu, wie die maßgeblichen gesetzlichen Wertungen zu ermitteln sind. Der bloße Hinweis, dass allein auf gesetzliche Wertungen abzustellen sei, bietet – jenseits der von Büdenbender diskutierten Beispiele – keine Orientierung. Im Übrigen bleibt Büdenbender eine Begründung dafür schuldig, weshalb nur Wertungen, die sich dem positiven Recht entnehmen lassen, maßgebend sind und Billigkeitsgedanken gänzlich unberücksichtigt bleiben müssen.⁶²

3. Zwischenfazit

Schon 1932 bemängelte Walter Wilburg, dass die Rechtsfrage der Vorteilsausgleichung im Grunde unsicher geblieben sei.⁶³ An diesem Befund scheint sich auch Jahrzehnte später nichts geändert zu haben. Rechtsprechung und Literatur ist es bisher nicht gelungen, einen allgemeingültigen Rechtssatz aufzustellen, mit dem zuverlässig und sachgerecht über das Für und Wider der Vorteilsausgleichung befunden werden kann. Viele der allgemeinen Lehren werden von demselben Grundmangel durchzogen: Sie sind häufig vage und abstrakt, verlagern das Rechtsproblem bloß auf wertungsoffene Begriffe und bieten für die Falllösung keine Handhabung. Ein Konsens zu den Grundvoraussetzungen der Vorteilsausgleichung zeichnet sich nur hinsichtlich zweier Minimalkriterien ab. Erstens muss die Verletzungshandlung für den Vorteil ursächlich sein, wobei hier bereits strittig ist, ob auch in adäquater Weise. Zweitens erschöpft sich die Vorteilsausgleichung nicht im Kausalitätserfordernis, sondern wirft darüber hinaus eine Wertungsfrage auf.

⁶⁰ Siehe näher 3. Teil: A.III.2.

⁶¹ *Büdenbender*, Vorteilsausgleichung und Drittschadensliquidation bei obligatorischer Gefahrentlastung, S. 26 ff.; *ders.*, JZ 1995, 920, 922 ff.

⁶² Zu allem *Thüsing*, Wertende Schadensberechnung, S. 52 f.

⁶³ *Wilburg*, JherJb 82 (1932), 51.

III. Fallgruppen

Da es an subsumtionsfähigen Voraussetzungen für die Vorteilsausgleichung fehlt, hat sich eine umfangreiche Kasuistik entsponnen. Um ein Verständnis für die praktische Handhabung der Vorteilsausgleichung zu gewinnen, soll im Folgenden ein Überblick zu den wichtigsten Fallgruppen gegeben werden.

1. Gesetzliche Determinanten

Leicht fällt die Entscheidung über die Vorteilsausgleichung, wenn bereits das Gesetz sie vorgibt oder zumindest mittelbar determiniert.

a) Positives Recht

In einigen Fällen ordnet das positive Recht die Vorteilsausgleichung ausdrücklich an. Ein Beispiel hierfür findet sich im Werkvertragsrecht: Nach § 642 Abs. 2 BGB muss sich der Unternehmer auf seinen Entschädigungsanspruch wegen unterlassener Mitwirkung des Bestellers anrechnen lassen, was er an Aufwendungen erspart hat oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft hätte erwerben können. Eine ähnliche Regelung trifft § 615 Satz 2 BGB für den Vergütungsanspruch des Dienstverpflichteten bei Annahmeverzug des Dienstberechtigten. Umgekehrt versagt das Gesetz dem Schädiger in manchen Fällen die Vorteilsausgleichung. So wird beispielsweise der Rentenanspruch des deliktisch Geschädigten nach § 843 Abs. 4 BGB nicht dadurch ausgeschlossen, dass ihm ein Dritter Unterhalt zu gewähren hat.⁶⁴

b) Legalzession

Eine mittelbare Gesetzesentscheidung über die Vorteilsausgleichung lässt sich einigen Normen entnehmen, die eine Legalzession anordnen. Erhält der Geschädigte etwa für den ihm entstandenen Schaden eine Ersatzleistung aus einer gesetzlichen oder privaten Versicherung, geht sein Schadensersatzanspruch durch Legalzession auf den Versicherungsträger über (§ 86 Abs. 1 Satz 1 VVG, § 116 Abs. 1 Satz 1 SGB X). Gleiches wiederfährt dem Arbeitgeber oder Dienstherrn des Geschädigten, wenn dieser aufgrund der Schädigung dazu verpflichtet ist, dem Geschädigten Leistungen zu gewähren (§ 6 Abs. 1 EFZG, § 76 Satz 1 BBG). Unausgesprochen setzen alle diese Vorschriften voraus, dass keine Vorteilsausgleichung mit den Leistungen stattfindet, die der Geschädigte von seiner Versicherung beziehungsweise seinem Arbeitgeber oder Dienstherrn erhält, da der Ersatzanspruch ansonsten

⁶⁴ Vgl. dazu *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 9 IV., S. 515 ff.; *Wagner*, in: Münch-Komm, BGB, § 843 BGB Rn. 35.

erlöschen würde und nicht zediert werden könnte. Die Anordnung der Legalzession versagt damit implizit die Vorteilsausgleichung.⁶⁵

c) Abtretung von Ersatzansprüchen (§ 255 BGB)

Eine weitere gesetzliche Determinante der Vorteilsausgleichung stellt § 255 BGB dar. Nach dieser Norm ist, wer für den Verlust einer Sache oder eines Rechts Schadensersatz zu leisten hat, nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet, die dem Ersatzberechtigten aufgrund des Eigentums an der Sache oder aufgrund eines Rechts gegen Dritte zustehen. Aus dieser Norm lassen sich zwei Aussagen zum Fragenkreis der Vorteilsausgleichung ableiten. Einerseits setzt die gesetzlich vorgesehene Abtretung voraus, dass der Geschädigte trotz seines Schadensersatzanspruches überhaupt noch über den anderweitigen zu zedierenden Anspruch verfügt. Der Anspruch gegen den Dritten kann demzufolge nicht auf den Schadensersatzanspruch angerechnet werden.⁶⁶ Andererseits besteht der Normzweck darin, eine Doppelkompensation des Geschädigten zu vermeiden. Durch die Abtretung wird er der Möglichkeit beraubt, sowohl Schadensersatz zu verlangen als auch den anderweitigen Anspruch geltend zu machen.⁶⁷ In dieser Hinsicht ordnet die Norm keine Vorteilsausgleichung im eigentlichen Sinne an, da der Schadensersatzanspruch unvermindert fortbesteht und nur eine Einrede gegen ihn begründet wird. Das mit der Norm verfolgte Anliegen, eine Doppelkompensation des Geschädigten zu vermeiden, steht jedoch in einem engen inhaltlichen Zusammenhang zur Vorteilsausgleichung.⁶⁸

2. Vorteile durch Leistung des Geschädigten

Beruhen die Vorteile auf einer Leistung des Geschädigten, zieht die Schadensminderungsobliegenheit des § 254 Abs. 2 BGB ihrer Anrechnung auf den Schadensersatzanspruch eine Grenze. Da die Schadensminderungsobliegenheit dem Geschädigten im Interesse des Schädigers auferlegt wird, kommen dem Schädiger auch die Vorteile zugute, die aus der Erfüllung dieses Verhaltensgebots resultieren.⁶⁹ Vorteile, die auf einer eigenen Leistung des Geschädigten nach dem Schadensereignis beruhen, sind darum auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, wenn der

⁶⁵ *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 320 ff.; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, VIII., S. 520 ff.; *Schiemann*, in: Staudinger, BGB, § 249 Rn. 135.

⁶⁶ BGH NJW 2010, 1961, 1964; *Bittner/Kolbe*, in: Staudinger, BGB, § 255 Rn. 11; *Forster*, in: Soergel, BGB, § 255 Rn. 1; *Oetker*, in: MünchKomm, BGB, § 255 Rn. 1; *Selb*, Schadensbegriff und Regreßmethoden, S. 22.

⁶⁷ RGZ 53, 327, 328; *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, Rn. 708; *Oetker*, in: MünchKomm, BGB, § 255 Rn. 1.

⁶⁸ Vgl. bereits *Oertmann*, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, S. 274 ff.; siehe auch BGHZ 27, 241, 248 f.

⁶⁹ *Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, S. 499.

Geschädigte nach § 254 Abs. 2 BGB zu diesen Bemühungen verpflichtet war.⁷⁰ Unternimmt der Geschädigte darüber hinaus Anstrengungen den Schaden zu mindern, so werden daraus resultierende Vorteile nicht angerechnet, da überobligatorische Mühen des Geschädigten den Schädiger nicht entlasten sollen.⁷¹

3. Vorteile durch Leistung Dritter

Erhält der Geschädigte den Vorteil durch die Leistung eines Dritten, so ist danach zu differenzieren, ob dies freiwillig oder aufgrund einer gesetzlichen Pflicht erfolgt.

a) Freiwillige Leistungen

Leistet ein Dritter freiwillig an den Geschädigten, so kommt es auf den Willen des Leistenden an. Möchte er den Schädiger mit seiner Leistung entlasten, findet eine Vorteilsausgleichung statt, andernfalls unterbleibt sie.⁷² Dies ist im Ergebnis unumstritten, allein die Begründungen variieren. Nach einer Ansicht kommt darin die verfassungsrechtlich garantierte Privatautonomie zum Ausdruck, da sie dem Dritten die Freiheit garantiere, selbst darüber zu entscheiden, ob sein Vermögen dem Schädiger oder dem Geschädigten zugutekommen soll.⁷³ Nach anderer Auffassung lässt sich das Ergebnis auf die Relativität der Schuldverhältnisse zurückführen. Danach träfe die Rechtswirkung eines Geschäfts des Geschädigten mit einem Dritten im Grundsatz nur diese als Parteien, nicht aber den Schädiger.⁷⁴

b) Leistungen aufgrund einer Rechtspflicht

Als Leistungen, die der Geschädigte aufgrund einer gesetzlichen Pflicht von einem Dritten erhält, kommen Versicherungsleistungen, Entgeltfortzahlungen durch den Arbeitgeber oder Unterhalt in Betracht. Meist ist eine Vorteilsausgleichung hier schon von Gesetzes wegen ausgeschlossen: entweder kraft ausdrücklicher Anordnung, wie sie § 843 Abs. 4 BGB für Unterhaltsansprüche enthält, oder da eine Legalzession stattfindet.⁷⁵ Übrig bleiben vor allem Fälle der privaten Unfallversicherung. Hier ist einmal mehr der Zweck der Versicherung ins Auge zu fassen. Eine

⁷⁰ BGHZ 4, 170, 176 f.; BGHZ 55, 329, 332; BAG NJW 1968, 221, 222; *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 314; *Esser/E. Schmidt*, Schuldrecht I/2, § 33 V.3.b), S. 237; *Larenz*, Schuldrecht I, § 30 II.b), S. 533 f.; *Oetker*, in: MünchKomm, BGB, § 249 Rn. 273.

⁷¹ RG JW 1916, 577; BGH NJW 1974, 602, 603; BGH NJW 1987, 2741 f.; *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 314; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, Vorb. § 249 Rn. 77.

⁷² Vgl. BGHZ 10, 107, 108; *Müller-Laub*, JZ 1991, 162, 166; *Oetker*, in: MünchKomm, BGB, § 249 Rn. 251.

⁷³ *Thüsing*, Wertende Schadensberechnung, S. 454 f.

⁷⁴ *Büdenbender*, Vorteilsausgleichung und Drittschadensliquidation bei obligatorischer Gefahrentlastung, S. 42 ff.

⁷⁵ Siehe bereits 3. Teil: A.III.1.

durch den Geschädigten oder von einem Dritten zugunsten des Geschädigten abgeschlossene Versicherung dient der Vorsorge zugunsten des Geschädigten, soll aber nicht den Schädiger entlasten. Eine Vorteilsausgleichung mit diesen Versicherungsleistungen findet darum nicht statt.⁷⁶ Anders verhält es sich, wenn der Schädiger die Versicherung zugunsten des Geschädigten abgeschlossen hat. Hier gebührt dem Schädiger der Vorteil, da er für die Versicherungsprämien aufgekomen ist.⁷⁷

4. Vorteile ohne Zutun des Geschädigten oder Dritter

Es verbleiben Fälle, in denen die Vorteile weder durch das Zutun des Geschädigten noch eines Dritten, sozusagen „von selbst“⁷⁸, entstehen – so etwa wenn der Schädiger die Veräußerung eines Grundstückes vereitelt und dieses in der Zeit nach der geplanten Veräußerung eine Wertsteigerung erfährt.⁷⁹ Solche Vorteile sind nach einhelliger Meinung anzurechnen.⁸⁰ Zur Begründung pflegt man auf das Bereicherungsverbot hinzuweisen oder (überzeugender) auf die Parallele zu jenen Fällen, in denen dem Geschädigten von vornherein bereits kein Schaden entstanden ist.⁸¹

IV. Regel-Ausnahme-Verhältnis

In Anbetracht der vagen allgemeinen Leitlinien und der unübersichtlichen Kasuistik wäre es für die Rechtsanwendung hilfreich, wenn die Vorteilsausgleichung wenigstens einem normativen Regel-Ausnahme-Verhältnis folgte. Bestünde eine Vorrangregel zwischen Anrechnung und Nichtanrechnung, so träfe nur denjenigen eine Begründungslast, der von ihr abweicht.

1. Meinungsstand

Auf die Frage nach einem Regel-Ausnahme-Verhältnis werden in der Literatur alle denkbaren Antworten gegeben.

⁷⁶ BGHZ 19, 94, 99; BGHZ 25, 322, 328; *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 301; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 9 VIII.4., S. 522 ff.; entsprechendes gilt bei der privaten Krankenversicherung, siehe *Oetker*, in: MünchKomm, BGB, § 249 Rn. 258.

⁷⁷ *Schiemann*, in: Staudinger, BGB, § 249 Rn. 159.

⁷⁸ *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 9 IV.1., S. 502.

⁷⁹ BGHZ 77, 151.

⁸⁰ *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 311; *dies.*, Schadensersatz, § 9 IV., S. 502 ff.; siehe auch zur Lösung des soeben genannten Falles BGHZ 77, 151, 153 ff.

⁸¹ Vgl. *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 9 IV.1., S. 502.

a) Regelfall der Anrechnung

Überwiegend ältere Literaturstimmen gehen davon aus, dass im normativen Regelfall Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen seien. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis ergebe sich aus der Differenzhypothese, denn die Anrechnung von Vorteilen bilde deren logische Konsequenz. Wer die Vorteilsausgleichung unterlasse, nähme damit eine normative Korrektur der Differenzhypothese vor und trage für diese die Begründungslast.⁸² Eine ähnliche Ansicht möchte der Differenzhypothese eine Vermutung entnehmen: Gelange man nach Abwägung aller für und gegen eine Vorteilsausgleichung sprechenden Gesichtspunkte zu keinem eindeutigen Ergebnis, sei der Vorteil anzurechnen.⁸³

b) Grundsatz der Nichtanrechnung

Von einem gegenteiligen Regel-Ausnahme-Verhältnis geht Thiele aus, da ihm zufolge die Vorteilsausgleichung einen unlösbaren inneren Zusammenhang zwischen Vor- und Nachteil voraussetzt. Dieser Zusammenhang sei positiv zu begründen, der Regelfall also die Nichtanrechnung.⁸⁴

c) Kein Regel-Ausnahme-Verhältnis

Die heute herrschende Lehre geht davon aus, dass die Vorteilsausgleichung kein normatives Regel-Ausnahme-Verhältnis kennt. Die Differenzhypothese erweise sich durchweg als zu grobes Instrument, um den unterschiedlichen Problemkonstellationen gerecht zu werden. Die Vielzahl und Unterschiedlichkeit der Anwendungsfälle demonstrierte, dass es sich bei der Vorteilsausgleichung um eine Wertungsfrage handle, deren Beantwortung stets nach einer positiven Begründung verlange. Es sei deshalb immer erforderlich, darzulegen, weshalb eine Anrechnung erfolge oder unterbleibe.⁸⁵ Allenfalls in einem statistischen Sinne ließe sich bei der Vorteilsausgleichung von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis sprechen, da die Fälle der Nichtanrechnung überwiegen.⁸⁶

⁸² Baur, JW 1937, 1463; Esser/E. Schmidt, Schuldrecht I/2, § 33 V.1., S. 232; aktueller auch Schiemann, in: Staudinger, BGB, § 249 Rn. 132; gegenteilig aber noch ders., in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2005, § 249 Rn. 140.

⁸³ Grüneberg, in: Palandt, BGB, Vorb. § 249 Rn. 70.

⁸⁴ Vgl. Thiele, AcP 167 (1967), 193, 199 ff.; siehe zu dessen Theorie der Vorteilsausgleichung 3. Teil: A.II.2.b).

⁸⁵ Büdenbender, Vorteilsausgleichung und Drittschadensliquidation bei obligatorischer Gefahrentlastung, S. 24; Ekkenga/Kuntz, in: Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 281; Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, Rn. 703; Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 9 III.3., S. 495; Medicus, in: Staudinger, BGB, 12. Aufl. 1983, § 249 Rn. 146; Oetker, in: MünchKomm, BGB, § 249 Rn. 238.

⁸⁶ Ekkenga/Kuntz, in: Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 281; Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 9 III.3., S. 495.

2. Stellungnahme

Der herrschenden Lehre ist beizupflichten. Eine Regel, der zufolge ein Vorteil grundsätzlich auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen ist, entbehrt einer tragfähigen dogmatischen Herleitung. Ihre Vertreter schreiben der Differenzhypothese einen normativen Aussagegehalt zu, den sie nach modernem Verständnis nicht aufweist. Es ist abermals in Erinnerung zu rufen, dass es sich bei dieser nur um eine wertneutrale Rechenoperation handelt und sie nicht mehr besagt, als dass ein Vergleich zwischen tatsächlicher und hypothetischer Entwicklung anzustellen ist. Eine Aussage darüber, welche Positionen im Einzelnen in diese Rechnung einzubeziehen sind, trifft sie nicht.⁸⁷ Die Differenzhypothese kann daher auch nicht dazu dienen, einen normativen Regelfall der Vorteilsausgleichung zu begründen, da man ihr damit eine Wertung unterschieben würde, die sich ihr nicht entnehmen lässt.

Hilfsweise lässt sich das behauptete Regel-Ausnahme-Verhältnis auch anhand der Konzeption des Gesetzgebers widerlegen: Die positive Anordnung der Vorteilsausgleichung in den §§ 615 Satz 2, 642 Abs. 2 BGB wäre überflüssig, wenn die Vorteilsausgleichung schon gälte.⁸⁸ Ein Blick in die Rechtsprechung verrät ferner, dass solch eine Auffangregel nirgendwo zum Tragen kommt. Sowohl Anrechnung als auch die Nichtanrechnung erfahren seitens der Rechtsprechung stets eine positive Begründung.

Ein gegenteiliges Regel-Ausnahme-Verhältnis lässt sich ebenso wenig begründen. Für seine Forderung nach einem inneren Zusammenhang zwischen Vor- und Nachteil ist Thiele eine Begründung schuldig geblieben.⁸⁹ Zudem ließe sich nicht erklären, weshalb § 843 Abs. 4 BGB die Vorteilsausgleichung untersagt, wenn die Nichtanrechnung doch ohnehin schon die Regel bildete.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Vorteilsausgleichung Ausfluss einer fallspezifischen Wertungsentscheidung ist. Diese verlangt dem Rechtsanwender stets eine Begründung ab, gleichgültig wie sie ausfällt. Ein Grundsatz, dass Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen sind, existiert ebenso wenig wie sein Gegenteil.

V. Zwischenergebnis

Trotz ihrer reichen Geschichte und umfangreichen Diskussion in Rechtsprechung und Literatur bleibt die Vorteilsausgleichung mit großen Unsicherheiten hinsichtlich ihres Geltungsgrundes und ihrer Handhabung behaftet. Es fehlt an einem allgemeinen Rechtssatz der Vorteilsausgleichung mit dem sich alle zu ihrem Fragenkreis

⁸⁷ Siehe 2. Teil: A.I.1.d).

⁸⁸ Vgl. *Büdenbender*, Vorteilsausgleichung und Drittschadensliquidation bei obligatorischer Gefahrentlastung, S. 24.

⁸⁹ Siehe schon 3. Teil: A.II.2.b).

gehörenden Fälle befriedigend lösen ließen. Vielmehr kommt bei der Vorteilsausgleichung eine Vielzahl fallgruppenspezifischer Wertungen zum Ausdruck. Um diese auf eine allgemeingültige Formel herunterzubrechen, sind sie zu vielschichtig. Es ist vielmehr erforderlich, eine normative Entscheidung des Einzelfalls zu treffen, bei der insbesondere Wertungen des Gesetzes und allgemeiner Rechtsgedanken zu berücksichtigen sind.

B. Verletzung der externen Pflichtenbindung

Am intensivsten wird die Vorteilsausgleichung bei der Geschäftsleiterhaftung im Kontext der sogenannten „nützlichen Pflichtverletzungen“ diskutiert: Fälle, in denen der Geschäftsleiter in einer Weise gegen ein öffentlich-rechtliches Ge- oder Verbot verstößt, die aus *ex-ante*-Sicht subjektiv im Interesse oder objektiv zum Nutzen der Gesellschaft zu sein scheint. Praktische Beispiele dafür liegen auf der Hand: Kartellrechtswidrige Absprachen mit Wettbewerbern können für die Gesellschaft zunächst äußerst lukrativ sein, da sie damit erheblich höhere Preise für ihre Produkte oder Dienstleistungen erzielen kann.⁹⁰ Ähnliches gilt für die Bestechung von Amtsträgern, durch die die Gesellschaft an öffentliche Aufträge gelangt.⁹¹ Da das deutsche Recht die *efficient breach of public law*-Doktrin nicht anerkennt, verletzt der Geschäftsleiter mit solchen Verstößen jedoch stets die Legalitätspflicht, die ihm im Binnenverhältnis zur Gesellschaft obliegt.⁹²

Werden derartige Rechtsverletzungen entdeckt, hat die Gesellschaft empfindliche Sanktionen zu befürchten, insbesondere in Form von Bußgeldern, aber auch zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen.⁹³ Will die Gesellschaft den Geschäftsleiter hierfür nach den §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG in Regress nehmen, stellt sich die Frage, ob die ihr aus der Pflichtverletzung entstandenen Gewinne bei der Schadensermittlung in Anrechnung zu bringen sind. Um sie zu beantworten, wird zunächst gesondert darauf eingegangen, wie mit einer behördlichen Gewinnabschöpfung zu verfahren ist, da diese nach einer verbreiteten Meinung keine Frage der Vorteilsausgleichung sein soll. Danach werden die maßgeblichen Einzelaspekte der Vorteilsausgleichung im Wege einer wertenden Schadensbetrachtung aufgefächert.

⁹⁰ Dem von den Parteien geschlossenen Vergleich nach zu urteilen, konnte der Thyssen-Krupp-Konzern allein gegenüber der Deutschen Bahn AG durch das Schienenkartell um mehr als 100 Mio. EUR erhöhte Preise verlangen, siehe LAG Düsseldorf ZIP 2015, 829.

⁹¹ Legt man die gegenüber der Siemens AG verhängten Abschöpfungsgeldbußen zugrunde, konnte die Gesellschaft durch die Bestechung nigerianischer Beamter einen Gewinn von 595 Mio. EUR erzielen, siehe LG München I ZIP 2014, 570, 572.

⁹² Siehe 1. Teil: A.II.2.b)aa).

⁹³ Vgl. dazu wieder das Schienenkartell: 192 Mio. EUR Bußgeld und 100 Mio. EUR Schadensersatz, siehe LAG Düsseldorf ZIP 2015, 829, und den Siemens/Neubürger-Fall: Bußgelder in Höhe von 596 Mio. EUR und 800 Mio. USD, siehe LG München I ZIP 2014, 570, 572.

I. Schadensrechtliche Qualität der Gewinnabschöpfung

Ein aus der Rechtsverletzung erlangter Gewinn kann der Gesellschaft auf verschiedene Weise wieder abgeschöpft werden. Insbesondere soll eine Verbandsgeldbuße den wirtschaftlichen Vorteil übersteigen, den die Gesellschaft aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat (§§ 17 Abs. 4 Satz 1, 30 Abs. 3 OWiG). Der wirtschaftliche Vorteil zieht der Bußgeldhöhe damit im Regelfall eine Untergrenze.⁹⁴ Die Behörde ist allerdings nicht dazu verpflichtet, im Bußgeldbescheid zwischen Ahnungs- und Abschöpfungsteil der Geldbuße zu unterscheiden.⁹⁵ Sonderregeln gelten im Kartellrecht. Nach § 81 Abs. 5 GWB steht die Gewinnabschöpfung durch Kartellbußen im Ermessen der Behörde. Diese hat allerdings im Bußgeldbescheid zwischen dem Ahnungs- und Abschöpfungsteil zu differenzieren.⁹⁶ Die Behörde kann sich auch auf ein bloßes Ahnungsbußgeld beschränken und den Gewinn in einem eigenständigen Verfahren nach § 34 Abs. 1 GWB abschöpfen.⁹⁷ Das Unionsrecht kennt hingegen kein eigenständiges Gewinnabschöpfungsverfahren. Art. 23 Abs. 3 VO 1/2003 nennt als Bemessungskriterien für die Kartellbuße lediglich die Schwere der Zuwiderhandlung und deren Dauer. In der Praxis verfolgt die Europäische Kommission gleichwohl auch das Ziel, den Kartellgewinn beim Adressaten mittels der Geldbuße abzuschöpfen,⁹⁸ wie sie es auch in ihrer 2006 erlassenen Leitlinie über das Bußgeldverfahren vorsieht.⁹⁹

Handelt es sich bei dem Verstoß um eine Straftat, kann der daraus erlangte Gewinn der Gesellschaft nach §§ 73, 73b f. StGB eingezogen werden. Gleiches kann über die Einziehung im Ordnungswidrigkeitenrecht (§ 29a Abs. 1, 2 OWiG) geschehen, die aber lediglich eine Auffangfunktion für Fälle erfüllt, in denen keine Abschöpfungsgeldbuße festgesetzt werden kann, weil der Täter nicht vorwerfbar gehandelt hat.¹⁰⁰ Das Lauterkeitsrecht sieht zudem die Möglichkeit vor, den Gewinn auf Veranlassung Privater abzuschöpfen (§ 10 Abs. 1 UWG).

⁹⁴ BFHE 189, 79, 85; BayObLG NJW 1998, 2461, 2462.

⁹⁵ BFHE 189, 79, 85; *Mitsch*, in: KK, OWiG, § 17 Rn. 115.

⁹⁶ Vgl. BGH NStZ 2006, 231, 232; *Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 81 GWB Rn. 619; *Raum*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 81 GWB Rn. 204.

⁹⁷ Das Abschöpfungsverfahren nach § 34 Abs. 1 GWB besitzt keine rechtstatsächliche Bedeutung, siehe *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 34 GWB Rn. 4.

⁹⁸ Siehe beispielsweise Entscheidung der Kommission vom 17. Dezember 1975 betreffend ein Verfahren nach Artikel 86 des EWG-Vertrags (IV/26.699 — Chiquita), ABl. EG 1976 Nr. L 95/1, 18; Entscheidung der Kommission vom 12. Dezember 1978 betreffend ein Verfahren nach Artikel 85 des EWG-Vertrags (IV/29.430 — Kawasaki), ABl. EG 1979 Nr. L 16/9, 15 f.

⁹⁹ Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (2006/C 210/02), S. 6.

¹⁰⁰ *Meyberg*, in: BeckOK, OWiG, § 29a Rn. 2.

1. Meinungsstand

Geldbeträge, die der Gesellschaft auf eine der genannten Weisen abgeschöpft worden sind, sollen nach zwei verschiedenen Literaturansichten eine schadensrechtliche Sonderbehandlung beim Binnenregress erfahren.

a) Kein Schaden durch Gewinnabschöpfung

Der wohl herrschenden Lehre zufolge stellt ein abgeschöpfter Geldbetrag schon keinen Schaden der Gesellschaft dar. Die Frage, ob die der Gesellschaft entstandenen Vorteile auf ihn anzurechnen sind, stelle sich im Hinblick auf den Abschöpfungsbetrag deshalb nicht.¹⁰¹

Zur Begründung wird vor allem die Differenzhypothese bemüht. Ihr zufolge sei die Gesellschaft nur so zu stellen, wie sie stünde, wenn der Geschäftsleiter sich pflichtgemäß verhalten hätte. Hätte der Geschäftsleiter den Gesetzesverstoß unterlassen, wären der Gesellschaft die Gewinne weder zugeflossen noch durch die Abschöpfung entzogen worden. Die Gewinnabschöpfung selbst vollziehe damit schon die Differenzhypothese, indem sie den Zustand herstelle, der ohne die Pflichtverletzung des Geschäftsleiters bestünde. Einen Schaden erleide die Gesellschaft durch sie folglich nicht.¹⁰²

Begreife man den abgeschöpften Betrag dennoch als Schaden, drohe überdies ein Verstoß gegen das Bereicherungsverbot. Könne die Gesellschaft nämlich für den ihr abgeschöpften Gewinn Ersatz vom Geschäftsleiter verlangen, stünde sie durch seine Pflichtverletzung besser als ohne sie: Sie erhalte den Gewinn aus einer Rechtsverletzung, die ein pflichtgemäß handelnder Geschäftsleiter gar nicht erst begangen hätte.¹⁰³ Ferner belaste die Rechtsordnung den Vorteil bereits bei seinem Entstehen mit der Gefahr der Gewinnabschöpfung. Der Nachteil sei damit rechtlich schon im

¹⁰¹ *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 45 Rn. 50; *U. Binder/Kraayvanger*, BB 2015, 1219, 1228; *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 325; *Habersack*, FS U. H. Schneider, 2011, S. 429, 440; *R. Krause*, BB-Special 8/2007, 2, 14; *Krieger*, in: Krieger/U. H. Schneider, Handbuch Managerhaftung, § 3 Rn. 39; wohl auch *Paefgen*, AG 2014, 554, 570. Unklar, da nicht hinreichend zwischen Schadensentstehung und Vorteilsausgleichung differenzierend: *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm, AktG, § 93 Rn. 56; *Schöne/Petersen*, AG 2012, 700, 703.

¹⁰² LAG Düsseldorf ZIP 2015, 829, 831 f.; *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 325; *Fleischer*, DB 2014, 345, 348; *Götze/Bicker*, in: Krieger/U. H. Schneider, Handbuch Managerhaftung, § 30 Rn. 47; *Hauff*, Der Regress von Verbandsgeldbußen im Kapitalgesellschaftsrecht, S. 169; *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 419; *Horn*, ZIP 1997, 1129, 1136; *Labusga*, VersR 2017, 394, 401 f.; *Seibt/Cziupka*, DB 2014, 1598, 1601; *Spindler*, in: MünchKomm, AktG, § 93 Rn. 194.

¹⁰³ *R. Krause*, BB-Special 8/2007, 2, 13; so auch *Brock*, Legalitätsprinzip und Nützlichkeitsabwägungen, S. 309; *Fabisch*, ZWeR 2013, 91, 108; *Fleischer*, DB 2014, 345, 348.

Vorteil angelegt und unter der theoretischen Bedingung idealer Rechtsdurchsetzung mit einem absoluten Verlustrisiko behaftet.¹⁰⁴

b) Vorabsaldierung im Wege der Vorteilsausgleichung

Eine weitere Ansicht möchte den Abschöpfungsbetrag im Wege der Vorteilsausgleichung mit dem aus der Rechtsverletzung erlangten Gewinn „vorabsaldieren“. Da für eine Vorteilsausgleichung nur dort Raum besteht, wo ein Schaden entstanden ist, setzen ihre Vertreter – insoweit stillschweigend – voraus, dass es sich auch bei dem Abschöpfungsbetrag um einen Schaden handelt. Die Beweislast im Hinblick auf die Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung soll der Geschäftsleiter tragen.¹⁰⁵

Diese Vorabsaldierung unterscheide sich von der regulären Vorteilsausgleichung dadurch, dass sie nicht aus normativen Gründen versagt werden könne. Da der Gewinn nach der Abschöpfung nicht mehr im Gesellschaftsvermögen vorhanden sei, stünden sich Vor- und Nachteil von vornherein aufhebend gegenüber. Ob die Vorteile noch im Gesellschaftsvermögen vorhanden seien, bilde gleichsam eine Vorfrage zur wertenden Schadensbetrachtung. Diese Sonderdogmatik sei gerechtfertigt, da sich die Gewinnabschöpfung im Außenverhältnis bereits ähnlich einer Vorteilsausgleichung im Binnenverhältnis auswirke.¹⁰⁶

2. Stellungnahme

a) Gewinnabschöpfung begründet Schaden

Bei unbefangener Betrachtung erscheint der Rekurs auf die Differenzhypothese zunächst einleuchtend. Die zugrunde liegende Annahme, dass die Gesellschaft nach einer Gewinnabschöpfung nur so stehe, wie sie auch ohne die Pflichtverletzung ihres Geschäftsleiters stünde, trifft in ihrer Pauschalität allerdings nicht zu. Dies würde nämlich voraussetzen, dass Abschöpfungsbetrag und rechtswidrig erlangter Gewinn betragsmäßig übereinstimmen. So verhält es sich aber nur, wenn die Abschöpfungstatbestände optimal angewandt werden. Da die Behörde aber zur Schätzung des Abschöpfungsbetrags befugt ist,¹⁰⁷ kann er in der Rechtswirklichkeit auch den tatsächlich erzielten Gewinn übersteigen. In diesem Fall lässt sich mit Hinweis auf die Differenzhypothese nicht mehr begründen, dass die Gewinnabschöpfung kein

¹⁰⁴ Zu beiden Argumenten *S. Binder*, Grenzen der Vorstandshaftung, S. 236 ff.; zustimmend *Hauff*, Der Regress von Verbandsgeldbußen im Kapitalgesellschaftsrecht, S. 167 f.

¹⁰⁵ Vgl. *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 527 f., zustimmend *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, S. 276 f.

¹⁰⁶ Vgl. *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 528; zustimmend *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, S. 276 f.

¹⁰⁷ Siehe § 34 Abs. 4 Satz 1 GWB; zur Abschöpfung mittels Geldbuße vgl. *Biermann*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, § 81 GWB Rn. 629; *Krenberger/Krumm*, OWiG, § 17 Rn. 27.

Schaden sei, da der überschießende Abschöpfungsbetrag noch im Gesellschaftsvermögen vorhanden wäre, wenn sich der Geschäftsleiter pflichtgemäß verhalten hätte.¹⁰⁸

Der Einwand, dass man gegen das Bereicherungsverbot verstoße, wenn man den Abschöpfungsbetrag als Schaden einordne, greift ebenfalls nicht durch. Wer davon ausgeht, dass auch der Abschöpfungsbetrag ein Schaden ist, hat sich dadurch noch nicht darauf festgelegt, dass der Geschäftsleiter ihn auch zu ersetzen hat. Vielmehr eröffnet diese Qualifikation erst den Anwendungsbereich der Vorteilsausgleichung und die daraus folgende Möglichkeit, den Gewinn auf den Schaden anzurechnen. Es offenbart sich hier zudem die argumentative Schwäche eines jeden Rekurses auf das Bereicherungsverbot: Es gibt kein Dogma, dem zufolge dem Geschädigten jede Bereicherung durch die Verletzungshandlung untersagt ist.¹⁰⁹ Der bloße Verweis auf ein (angebliches) Bereicherungsverbot liefert deshalb noch keine Begründung dafür, dass die Gesellschaft keinen Ersatz der Gewinnabschöpfung erlangen soll.

Gleichfalls als wenig überzeugend erweist sich das Argument, der rechtswidrig erlangte Gewinn sei rechtlich von Beginn an mit seiner drohenden Abschöpfung belastet und deshalb nie intakt im Gesellschaftsvermögen vorhanden. Eine Rechtspflicht, den erhaltenen Gewinn wieder abzugeben, entsteht für die Gesellschaft erst durch die behördliche Anordnung der Gewinnabschöpfung. Die Gesellschaft kann zuvor über den Gewinn in ihrem Vermögen frei verfügen. Bei der Gewinnabschöpfung handelt es sich lediglich um eine abstrakte Gefahr, die sich erst durch die behördliche Anordnung realisiert.

Die These, der Gesellschaft entstände durch die Gewinnabschöpfung schon kein Schaden, ist aber nicht nur unzureichend begründet. Träfe sie zu, zöge dies auch gravierende Nachteile für die Gesellschaft im Haftungsprozess nach sich: Im Binnenhaftungsprozess hat die Gesellschaft zu beweisen, dass und in welcher Höhe ihr ein Schaden entstanden ist,¹¹⁰ der Geschäftsleiter hingegen, dass die Voraussetzungen einer Vorteilsausgleichung vorliegen.¹¹¹ Ebenjener Unterschied bei der Beweislastverteilung macht es gerade erst erforderlich, die Schadensentstehung von der Vorteilsausgleichung abzugrenzen.¹¹² Ordnet man die Gewinnabschöpfung also als Frage der Schadensentstehung ein, bürdet man der Gesellschaft in dieser Hinsicht die Beweislast auf. Erforderlichenfalls müsste die Gesellschaft im Regressprozess beweisen, dass die ihr auferlegte Geldbuße nicht der Gewinnabschöpfung, sondern der

¹⁰⁸ Vgl. *M. Arnold*, in: VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2018, S. 29, 62 f.; *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33, 58; *M. Zimmermann*, WM 2008, 433, 438.

¹⁰⁹ Siehe 1. Teil: C.I.1.b)bb) und 3. Teil: A.I.1.b).

¹¹⁰ Siehe 1. Teil: B.I.1.

¹¹¹ So die allgemeine Regel, siehe 3. Teil: A.I.3; für eine abweichend Beweislastverteilung bei Kartellvorteilen bei der Geschäftsleiterhaftung aber *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33, 58; *Kersting*, ZIP 2016, 1266, 1274 f.

¹¹² Siehe – auch zur Unklarheit der Abgrenzung zwischen Schadensentstehung und Vorteilsausgleichung im Allgemeinen – 3. Teil: A.I.3.

Ahndung dient. Das gereicht ihr zum Nachteil, wenn sich die für eine Geldbuße maßgeblichen Bemessungskriterien nicht aufklären lassen. Denkbar ist dies vor allem im allgemeinen Ordnungswidrigkeitenrecht, welches der Behörde nicht abverlangt, im Bußgeldbescheid zwischen Ahndungs- und Abschöpfungsteil zu differenzieren. Die Gesellschaft bliebe in diesem Fall beweisfällig und könnte weder für den Ahndungs- noch für den Abschöpfungsteil Ersatz verlangen.¹¹³

Die herrschende Lehre läuft somit auf eine faktische Beweislastumkehr zulasten der Gesellschaft hinaus. Eine Rechtfertigung dafür ist nicht in Sichtweite. Die Beweislastverteilung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG soll der Gesellschaft gerade eine realistische Regressmöglichkeit verschaffen, indem sie ihr über Beweismöhen hinweghilft und den Geschäftsleiter als sachnähere Partei in die Verantwortung nimmt.¹¹⁴ Dieses wohlerwogene gesetzliche Regelungsmodell würde unterlaufen, wenn man der Gesellschaft den Regress vollständig verwehrt, sobald sich die konkrete Zusammensetzung einer Geldbuße nicht mehr aufklären lässt. Um diese Friktion zu vermeiden, ist auch der Abschöpfungsbetrag als Schaden der Gesellschaft anzusehen und die Frage, ob aus dem Rechtsverstoß erlangte Gewinne auf ihn anzurechnen sind, dogmatisch im Problembereich der Vorteilsausgleichung zu verorten. Es kommt damit nicht darauf an, was nach Intention der Behörde der Abschöpfung und was der Ahndung dient, sondern darauf, welchen Gewinn die Gesellschaft tatsächlich aus dem Rechtsverstoß erlangt hat. Die Beweislast dafür trägt der Geschäftsleiter, da er als derjenige, der den Rechtsverstoß zu verantworten hat, über eine größere Sachnähe verfügt.

Dieses Ergebnis lässt sich auch zwanglos mit der Differenzhypothese in Einklang bringen: Die behördliche Gewinnabschöpfung legt der Gesellschaft eine Zahlungspflicht auf, die ihr Vermögen mindert. Diese Zahlungspflicht wäre ihr nicht entstanden, wenn sich der Geschäftsleiter pflichtgemäß verhalten hätte. Damit stellt sie einen Schaden im Sinne der Differenzhypothese dar. Ob aus der Pflichtverletzung erlangte Gewinne auf den Schadensersatzanspruch der Gesellschaft anzurechnen sind, ist hingegen eine Wertungsfrage, auf die die Differenzhypothese ihrer Wertneutralität wegen keine Antwort weiß.

b) Keine Vorabsaldierung

Der Vorschlag einer Vorabsaldierung vermeidet eine solche faktische Beweislastumkehr, da die Beweislast dafür, dass der Gesellschaft tatsächlich Gewinne entstanden sind, beim Geschäftsleiter verbleibt. Mit ihr würde man allerdings einen Fremdkörper in das System der Vorteilsausgleichung einführen. Nach Vorbildern für

¹¹³ Das Problem dieser faktischen Beweislastumkehr erkennt auch *Labusga*, VersR 2017, 394, 401, möchte aber nichtdestoweniger daran festhalten, dass es sich bei der Gewinnabschöpfung nicht um einen Schaden handelt; siehe auch *Danninger*, Organhaftung und Beweislast, S. 85 ff. zu der ähnlichen Problematik der „doppelrelevanten Tatsachen“.

¹¹⁴ Siehe 1. Teil: B.I.

eine „Vorabsaldierung im Wege der Vorteilsausgleichung“, die sich einer wertenden Betrachtung entzieht, sucht man im übrigen Schadensrecht vergeblich. Die für diese Sonderdogmatik vorgetragenen Argumente erweisen sich bei näherem Hinsehen als nicht stichhaltig. Dass Vor- und Nachteil einander aufhebend gegenüberstehen, ist kein Alleinstellungsmerkmal der aus „nützlichen“ Pflichtverletzungen erlangten Gewinne. Es handelt sich vielmehr um eine Gemeinsamkeit aller Fälle der Vorteilsausgleichung. Dieser Umstand kann sie darum nicht normativen Erwägungen entziehen.¹¹⁵

Das Anliegen der Vertreter der Vorabsaldierung liegt anscheinend darin, eine Wertungskongruenz zwischen der Gewinnabschöpfung im Außenverhältnis und der Vorteilsausgleichung im Innenverhältnis herzustellen. Dieser Ansatz ist bedenkenswert, doch bildet er keine Vorfrage zu einer wertenden Schadensbetrachtung. Vielmehr handelt es sich bei ihm um ein normatives Argument, das bereits Teil einer wertenden Schadensbetrachtung ist.¹¹⁶ Für die eigenartige Rechtsfigur der Vorabsaldierung besteht daneben kein Bedarf.

3. Zwischenfazit

Erlegt die Behörde der Gesellschaft zwecks Gewinnabschöpfung eine Zahlungspflicht auf, entsteht der Gesellschaft dadurch ein Schaden. Für diesen kann sie den pflichtvergessenen Geschäftsleiter grundsätzlich nach den §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG in Regress nehmen. Ob Gewinne, die die Gesellschaft aufgrund der Pflichtverletzung tatsächlich erlangt hat, auf den Schadenersatzanspruch gegen den Geschäftsleiter anzurechnen sind, ist eine Frage der Vorteilsausgleichung.¹¹⁷ Diese ist im Wege einer wertenden Schadensbetrachtung zu beantworten.

II. Wertende Schadensbetrachtung: Allgemeines

Nähert man sich der wertenden Schadensbetrachtung, bieten die allgemeine Formel der Rechtsprechung, gesetzliche Determinanten sowie die etablierten Fallgruppen mögliche Anknüpfungspunkte.

¹¹⁵ P. Scholz, Die existenzvernichtende Haftung von Vorstandsmitgliedern in der Aktiengesellschaft, S. 59.

¹¹⁶ Siehe dazu ausführlich 3. Teil: B.III.3.

¹¹⁷ So im Ergebnis auch, ohne auf die Abgrenzung zur Schadensentstehung einzugehen, Casper, ZHR 176 (2012), 617, 626; Seyfarth, Vorstandsrecht, § 33 Rn. 54; R. Werner, CCZ 2010, 143, 145.

1. Keine Erkenntnisse aus der Rechtsprechungsformel

Nach ständiger Rechtsprechung setzt eine Vorteilsausgleichung voraus, dass die Verletzungshandlung adäquat kausal für die Entstehung des Vorteils war. Ferner dürfe die Vorteilsausgleichung nicht dem Sinn und Zweck des Schadensersatzanspruches zuwiderlaufen. Sie müsse dem Geschädigten darum zumutbar sein und dürfe den Schädiger nicht unbillig entlasten.¹¹⁸

a) Zurechnungszusammenhang

Vorteile der Gesellschaft, wie Kartellgewinne oder durch Bestechung erlangte öffentliche Aufträge, beruhen auf der Verletzung der Legalitätspflicht des Geschäftsleiters. Denkt man sich die von ihm getroffene Preisabsprache oder das von ihm begangene Korruptionsdelikt weg, so wären der Gesellschaft diese Vorteile auch nicht zugeflossen. Die Pflichtverletzung ist auch im Allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet, der Gesellschaft solche Vorteile zu verschaffen.¹¹⁹ Die Pflichtverletzung ist für sie damit adäquat kausal.¹²⁰

Für den Fall, dass es sich bei der Pflichtverletzung um einen Kartellverstoß handelt, bestreitet eine Literaturansicht allerdings den erforderlichen Zurechnungszusammenhang. Eine Vorteilsausgleichung setze nicht nur adäquate Kausalität zwischen Verletzungshandlung und Vorteil voraus. Darüber hinaus sei auch erforderlich, dass sich der Vorteil ausschließlich einer bestimmten Schadensposition zuordnen lasse. Als Beleg für diese Prämisse dient der Leitsatz eines BGH-Urteils, in dem es heißt, ein die Vorteilsausgleichung rechtfertigender innerer Zusammenhang bestehe „nur insoweit, als sich ein bestimmter einzelner Vorteil auch einem bestimmten einzelnen Nachteil zuordnen läßt“.¹²¹ Dies sei bei Kartellverstößen aber nicht möglich, da die Pflichtverletzung hier in der Regel sowohl eine Verbands-geldbuße als auch zivilrechtliche Ansprüche Dritter gegen die Gesellschaft nach sich ziehe. Der Kartellgewinn ließe sich damit nicht spezifisch nur einem bestimmten Schaden der Gesellschaft zuordnen.¹²²

Wer das zitierte Urteil jedoch näher unter die Lupe nimmt, wird entdecken, dass sich ihm solch strenge Anforderungen nicht entnehmen lassen. Im zugrunde liegenden Fall ging es um die Frage, ob sich der Verkäufer einer Eigentumswohnung auf seinen Schadensersatzanspruch gegen den Käufer wegen Nichtleistung des Kaufpreises den Gewinn aus einem Deckungsverkauf anrechnen lassen muss. Der BGH

¹¹⁸ Siehe 3. Teil: A.II.1.

¹¹⁹ Vgl. allgemein zu dieser Formulierung des Adäquanzerfordernisses *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, Vorb. § 249 Rn. 26.

¹²⁰ Vgl. auch *Glöckner/Müller-Tautphaeus*, AG 2001, 344, 346.

¹²¹ BGHZ 136, 52, zitiert nach NJW 1997, 2378 bei *Thomas*, VersR 2017, 596, 600 Fn. 50.

¹²² Zum Vorstehenden *Thomas*, NZG 2015, 1409, 1414 f.; *ders.*, VersR 2017, 596, 600.

betonte, dass nicht alle Vor- und Nachteile, die adäquat auf der Verletzungshandlung beruhen, zu einem Gesamtvermögensschaden zu saldieren seien, sondern es vielmehr einer wertenden Zuordnung bedarf. Diese ergebe sich im vorliegenden Fall nicht schon daraus, dass der Verkäufer seinen Schadensersatz konkret anhand des Deckungsverkaufs berechnet habe. Sodann stellt er fest, dass der günstige Deckungsverkauf eine überobligatorische Anstrengung des Verkäufers darstellte, weshalb eine Vorteilsausgleichung zu unterbleiben habe.¹²³ Damit wird deutlich, dass der BGH entgegen dem missverständlichen Leitsatz keineswegs verlangt, dass sich der anzurechnende Vorteil nur einer bestimmten Schadensposition zurechnen lässt. Er wollte schlicht betonen, dass adäquate Kausalität nicht dafür genügt, alle Vorteile mit dem gesamten Schaden zu verrechnen, sondern eine Wertungsentscheidung erforderlich ist. Es lässt sich auch im Übrigen keine Rechtfertigung dafür finden, die Vorteilsausgleichung zwingend dann zu untersagen, wenn die Verletzungshandlung in mehreren einzelnen Schäden mündet. Aus Sicht des Geschädigten mag es bloß dem Zufall geschuldet sein, ob er mehrere verschiedene Schäden erleidet oder nicht. Der erforderliche Zurechnungszusammenhang zwischen Verletzungshandlung und Vorteil ist bei den „nützlichen“ Pflichtverletzungen folglich gegeben.

b) Sinn und Zweck des Schadensersatzanspruchs

Wer es unternimmt, unter die Sinn-und-Zweck-Formel zu subsumieren, stößt alsbald auf Schwierigkeiten. Sinn und Zweck der §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG ist sowohl die Kompensation der Gesellschaft als auch die Prävention von Pflichtverletzungen.¹²⁴ Der Versuch aus dem Kompensationszweck Argumente für und wider die Vorteilsausgleichung abzuleiten, ist zum Scheitern verurteilt, da diese gerade dazu dient, den Umfang der Kompensation zu bestimmen.¹²⁵ Der Präventionszweck mag abstrakt dafür sprechen, die Vorteilsausgleichung zu versagen, um das von der Haftungsdrohung ausgehende Abschreckungspotenzial zu erhöhen. Allein deshalb aber in allen Fällen der Binnenhaftung des Geschäftsleiters von einer Vorteilsausgleichung abzusehen, wäre zu rigoros: Es käme auch niemand auf die Idee, sie für alle deliktischen Schädigungen zu unterlassen, bloß weil das Deliktsrecht auch eine Präventionsfunktion verfolgt.¹²⁶

Keine Erkenntnis gewinnt auch, wer danach fragt, ob eine Vorteilsausgleichung der Gesellschaft zumutbar ist und den Geschäftsleiter nicht unbillig entlastet. Ein Zumutbarkeits- und Billigkeitsurteil kann nur ergehen, wenn man alle Umstände des Einzelfalles berücksichtigt, insbesondere die Schwere der Pflichtverletzung, das

¹²³ Vgl. zu allem BGHZ 136, 52, 54 ff., siehe zur Fallgruppe der überobligatorischen Anstrengungen des Geschädigten 3. Teil: A.III.2.

¹²⁴ Siehe 1. Teil: C.

¹²⁵ Vgl. Kindler, FS G. Roth, 2011, S. 367, 375.

¹²⁶ Siehe zu spezifischen Schlussfolgerungen aus der Präventionsfunktion noch 3. Teil: B.III.2.

Ausmaß des Schadens und die Höhe der Vergütung.¹²⁷ Es lässt sich daher nicht pauschal urteilen, dass der Gesellschaft die Vorteilsausgleichung stets zumutbar sei und sie den Geschäftsleiter nicht unbillig entlaste.¹²⁸ Die allgemeine Formel der Rechtsprechung liefert mithin keine Antwort darauf, ob Vorteile aus „nützlichen“ Pflichtverletzungen auf den Binnenhaftungsanspruch anzurechnen sind.

2. Keine gesetzliche Determinante

Gelegentlich entscheidet das Gesetz ausdrücklich oder mittelbar über die Frage der Vorteilsausgleichung.¹²⁹ Nach einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung der Vorteilsausgleichung für Verletzungen der externen Pflichtenbindung durch den Geschäftsleiter sucht man vergebens. Eine solche Bestimmung war allerdings bei den Beratungen des VorstAGs 2009 diskutiert worden. Der durch das VorstAG eingeführte § 116 Satz 3 AktG stellt klar, dass Aufsichtsratsmitglieder der Gesellschaft zum Schadensersatz verpflichtet sind, wenn sie entgegen § 87 Abs. 1 AktG eine unangemessene Vorstandsvergütung festsetzen.¹³⁰ Der Fraktionsentwurf zum VorstAG enthielt zusätzlich einen Satz 4, dem zufolge der Mehrbetrag zu einer angemessenen Vergütung als Mindestschadensersatz zu erstatten sei.¹³¹ Ausweislich der Begründung solle diese Mindestschadensregelung dem schadensersatzpflichtigen Aufsichtsratsmitglied die Vorteilsausgleichung versagen, wenn die Gesellschaft aufgrund der überhöhten Vergütung besonders hohe Wertzuwächse erzielt.¹³² Die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses nahm von der Mindestschadensregelung im weiteren Gesetzgebungsverfahren jedoch Abstand, da das „Verbot der Vorteilsausgleichung“ ohnehin der bestehenden Rechtslage entspreche.¹³³

Diese Aussage befremdet. Wie man zu dieser Annahme gelangte, lässt sich mangels näherer Erörterung oder Quellenangabe in der Beschlussempfehlung nicht nachvollziehen. Es bleibt unklar, ob man im Rechtsausschuss davon ausging, dass die

¹²⁷ Vgl. J. Möller, Vorteilsanrechnung bei nützlichen Pflichtverletzungen im Kapitalgesellschafts- und Kartellrecht, S. 134 f.

¹²⁸ Zumutbarkeit und Billigkeit der Vorteilsausgleichung unterstellen aber pauschal: Hack, Vorstandsverantwortlichkeit bei Kartellrechtsverstößen, S. 83; Kocher, CCZ 2009, 215, 219; jedenfalls bei Kartellverstöße auch: Blaurock, FS Bornkamm, 2014, S. 107, 113; Kersting, ZIP 2016, 1266, 1273; P. Scholz, Die existenzvernichtende Haftung von Vorstandsmitgliedern in der Aktiengesellschaft, S. 64 ff.

¹²⁹ Siehe 3. Teil: A.III.1.

¹³⁰ Da die Binnenhaftung bereits aus §§ 93 Abs. 2, 116 Satz 1 AktG, folgt kommt der Norm lediglich deklaratorische Bedeutung zu, siehe Drygala, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 116 Rn. 61; Fleischer, NZG 2009, 801, 804; Marsch-Barner, ZHR 173 (2009), 723, 731.

¹³¹ BT-Drucks. 16/12278, S. 3: „In diesem Fall ist der Mehrbetrag zu einer angemessenen Vergütung als Mindestschadenersatz zu erstatten.“

¹³² BT-Drucks. 16/12278, S. 6.

¹³³ BT-Drucks. 16/13433, S. 12: „Eine solche ausdrückliche Regelung ist allerdings nicht erforderlich, da sie lediglich die ohnehin bestehende Rechtslage des § 249 BGB wiederholen würde.“

Vorteilsausgleichung bei der Organhaftung allgemein, nur bei Verstößen gegen die Legalitätspflicht oder lediglich bei der Haftung des Aufsichtsrates wegen unangemessener Vorstandsvergütung ausgeschlossen sei. Jedenfalls entsprach keine dieser Auffassungen zum Zeitpunkt der Gesetzesentstehung der herrschenden Meinung.¹³⁴

Ein gesetzlicher Ausschluss der Vorteilsausgleichung kann sich jedenfalls nicht aus § 116 Satz 4 AktG-E ergeben, da die Norm nicht verabschiedet wurde. Ebenso wenig kann aus der Behauptung des Rechtsausschusses, ein „Verbot der Vorteilsausgleichung“ sei geltendes Recht, auf die Existenz eines solchen Verbots geschlossen werden. Gesetzesmaterialien können zwar zum Zweck der Normauslegung herangezogen werden, bilden selbst aber keine Rechtsquelle.¹³⁵ Der Rechtsausschuss hatte erklärtermaßen auch gar nicht die Absicht, mit seiner Äußerung Recht zu setzen, sondern meinte lediglich, eine Feststellung *de lege lata* zu treffen. Es handelt sich damit lediglich um ein legislatorisches Motiv ohne Rechtsqualität.¹³⁶

3. Keine Einordnung in die anerkannten Fallgruppen

Es verbleibt die Möglichkeit, die „nützlichen“ Pflichtverletzungen in eine der in Rechtsprechung und Literatur etablierten Fallgruppen einzuordnen. Diese lassen sich etwa danach einteilen, ob die Vorteile auf einer Leistung des Geschädigten, eines Dritten oder keinem von beiden beruhen.¹³⁷

Möchte man in diese Kasuistik Verstöße des Geschäftsleiters gegen seine externe Pflichtenbindung einsortieren, ließe sich gleich an mehrere Fallgruppen anknüpfen: Überhöhte Absatzpreise, die auf Kartellverstößen beruhen, ließen sich etwa als freiwillige Leistung der Kunden begreifen. Die Testfrage für freiwillige Drittleistungen lautet, ob der Dritte mit ihnen bezweckt, die Ersatzpflicht des Schädigers zu mindern.¹³⁸ Das ist hier zu verneinen, die Vorteilsausgleichung wäre dementsprechend zu versagen. Allerdings führt der Geschäftsleiter diese Vorteile zielgerichtet durch sein Verhalten herbei, weshalb sie sich auch als Leistung des Geschäftsleiters qualifizieren ließen.¹³⁹ Nach dem Grundsatz, dass Vorteile, die nicht aus einer Leistung Dritter oder des Geschädigten rühren, anzurechnen sind, wäre eine Vor-

¹³⁴ Vgl. BGH WM 1987, 957, 958; *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 151 f.; *R. Krause*, BB-Special 8/2007, 2, 14 f.; *M. Zimmermann*, WM 2008, 433, 439.

¹³⁵ Vgl. *Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 158 ff.; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, § 4 Rn. 156 ff.

¹³⁶ *S. Binder*, Grenzen der Vorstandshaftung, S. 242; *Marsch-Barner*, ZHR 173 (2009), 723, 731 f.; vgl. auch *Habersack*, FS U. H. Schneider, 2011, S. 429, 440.

¹³⁷ Siehe 3. Teil: A.III.

¹³⁸ Siehe 3. Teil: A.III.3.a).

¹³⁹ *Haas*, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, S. 302 f.; *Hinrichs*, Möglichkeiten zur Korrektur der Geschäftsleiterbinnenhaftung, S. 300 ff.; *M. Zimmermann*, WM 2008, 433, 439.

teilsausgleichung vorzunehmen.¹⁴⁰ Das Verhalten des Geschäftsleiters ist der Gesellschaft allerdings wiederum analog § 31 BGB zuzurechnen.¹⁴¹ Der Gewinn ließe sich damit auch als Vorteil begreifen, der auf einer Eigenleistung der Gesellschaft beruht.¹⁴² Maßgeblich wäre dann, ob die Gesellschaft durch die Einnahme der Gewinne lediglich ihrer Schadensminderungsobliegenheit nach § 254 Abs. 2 Satz 1 Var. 3 BGB nachkommt.¹⁴³ Mit diesen denkbaren Einsortierungen gelangt man folglich zu widersprüchlichen Ergebnissen: Nach der Ersten müsste die Vorteilsausgleichung unterbleiben, nach der Zweiten müsste sie stattfinden und nach der Dritten käme es auf weitere Umstände an.

Dieser Widerspruch lässt sich nicht auflösen, da es nicht möglich ist, das Problem der „nützlichen“ Pflichtverletzungen eindeutig einer der etablierten Fallgruppen zuzuordnen. Dies resultiert unter anderem daraus, dass die Fallgruppen für Konstellationen konzipiert wurden, in denen sich Schädiger und Geschädigter als Dritte gegenüberstehen. Die Gesellschaft kann als juristische Person aber nur durch ihren Geschäftsleiter handeln. Sein Handeln wird ihr als eigenes zugerechnet.¹⁴⁴ Stellt aber jede Leistung des Geschädigten zugleich eine Leistung des Schädigers dar, ist einer Differenzierung danach, durch wessen Leistung der Vorteil zustande kommt, der Boden entzogen. Die Frage nach der Vorteilsausgleichung bei Verstößen des Geschäftsleiters gegen die externe Pflichtenbindung der Gesellschaft, lässt sich folglich auch nicht anhand der etablierten Kasuistik klären.¹⁴⁵

4. Zwischenfazit

Allgemeine Erwägungen liefern keine Antwort auf die Frage, ob Vorteile, die der Gesellschaft aus Verstößen des Geschäftsleiters gegen seine externe Pflichtenbindung erwachsen, auf ihren Schadensersatzanspruch im Binnenverhältnis anzurechnen sind. Weder die allgemeine Rechtsprechungsformel, das Gesetz noch anerkannte Fallgruppen vermögen hier, einen Beitrag zur Problemlösung zu leisten. Es lässt sich lediglich festhalten, dass mit der adäquaten Kausalität eine Grundvoraussetzung der Vorteilsausgleichung erfüllt ist.

¹⁴⁰ So *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33, 56; vgl. auch *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, S. 278 f.

¹⁴¹ Siehe 1. Teil: D.I.2.c).

¹⁴² *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 526; vgl. auch *Habetha*, DZWIR 1995, 272, 276.

¹⁴³ Siehe 3. Teil: A.III.2.

¹⁴⁴ Siehe 1. Teil: D.I.2.c).

¹⁴⁵ So auch *S. Binder*, Grenzen der Vorstandshaftung, S. 244; *Brock*, Legalitätsprinzip und Nützlichkeitsabwägungen, S. 314; *Fabisch*, ZWeR 2013, 91, 107; *Habetha*, DZWIR 1995, 272, 276; *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, S. 279 f.

III. Wertende Schadensbetrachtung: Spezifika der Geschäftsleiterhaftung

Das Versagen allgemeiner Grundsätze demonstriert, dass es erforderlich ist, spezifische Wertungen der Binnenhaftung des Geschäftsleiters für „nützliche“ Pflichtverletzungen zu ermitteln, um über die Vorteilsausgleichung zu entscheiden. Da sowohl die Gewährung als auch Ausschluss der Vorteilsausgleichung positiv zu begründen sind, kann sich die Betrachtung nicht darauf beschränken, die für eine Versagung der Vorteilsausgleichung vorgetragenen Argumente zu entkräften.¹⁴⁶

1. Wertungskongruenzen

In einem ersten Schritt soll ergründet werden, ob sich eine Vorteilsausgleichung bei der Verletzung der externen Pflichtenbindung des Geschäftsleiters zu übrigen Wertungen der Rechtsordnung in Widerspruch begäbe.

a) Nichtanerkennung der *efficient breach of public law*-Doktrin

Gewährt man dem Geschäftsleiter die Vorteilsausgleichung für „nützliche Pflichtverletzung“, so könnte dies zu Friktionen mit der Weigerung der herrschenden Meinung führen, auf Tatbestandsebene die *efficient breach of public law*-Doktrin anzuerkennen.¹⁴⁷ Es wirkt inkonsequent, die Nützlichkeit auf Rechtsfolgenrechtsseite zugunsten des Geschäftsleiters zu berücksichtigen, wenn man ihr zuvor im Rahmen des Tatbestands die Relevanz abgesprochen hat. Eine Vorteilsausgleichung könnte im Ergebnis gar auf eine faktische Anerkennung der *efficient breach of public law*-Doktrin hinauslaufen.¹⁴⁸

Diesem unterstellten Wertungswiderspruch ist zunächst entgegenzuhalten, dass die Pflichtwidrigkeit den haftungsbegründenden und die Vorteilsausgleichung den haftungsausfüllenden Tatbestand betrifft. Diese Unterscheidung ist nicht bloß formaler Natur, sondern hat auch gravierende rechtspraktische Unterschiede zur Folge. Erkennt man die *efficient breach of public law*-Doktrin an, eröffnete man dem Geschäftsleiter auch einen Beurteilungsspielraum im Rahmen der Business Judgment Rule. Der Geschäftsleiter handelte dementsprechend bereits dann nicht pflichtwidrig, wenn nach einer *ex-ante*-Prognose davon auszugehen war, dass der Rechtsverstoß der Gesellschaft überwiegend Vorteile einbrächte. Selbst wenn sich diese Prognose im Nachhinein als falsch erwies und der Gesellschaft aus seinem Verhalten gar keine Vorteile entstünden, bliebe er von einer Haftung verschont. Im Kontext der Vorteilsausgleichung hingegen trifft den Geschäftsleiter die Darlegungs-

¹⁴⁶ Siehe 3. Teil: A.IV; für einen Regelfall der Anrechnung bei der Geschäftsleiterhaftung aber *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 49; *Kindler*, FS G. Roth, 2011, S. 367, 374.

¹⁴⁷ Siehe dazu 1. Teil: A.II.2.b)bb).

¹⁴⁸ *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 527; vgl. auch *Spindler*, FS Canaris II, 2007, S. 403, 425 f.

und Beweislast dafür, dass der Gesellschaft tatsächlich Vorteile erwachsen sind. Er trägt damit das Prognoserisiko.¹⁴⁹ Ferner ist eine Pflichtverletzung nicht nur Tatbestandsvoraussetzung des Schadensersatzanspruchs. An sie knüpfen sich auch andere zivilrechtliche Konsequenzen wie etwa eine Abberufung aus wichtigem Grund und eine außerordentliche Kündigung des Anstellungsvertrags.¹⁵⁰ Diese Rechtsfolgen berührt die Vorteilsausgleichung nicht, während nach der *efficient breach of public law*-Doktrin der Rechtsverstoß für den Geschäftsleiter vollständig ohne zivilrechtliche Sanktion bliebe.

Aufgrund dieser unterschiedlichen Konsequenzen, ginge mit einer Vorteilsausgleichung bei „nützlichen“ Gesetzesverstößen keine faktische Anerkennung der *efficient breach of public law*-Doktrin einher. Ein Wertungswiderspruch steht insoweit nicht zu befürchten.

b) Kartellrechtliche passing-on defence

Handelt es sich bei der Pflichtverletzung des Geschäftsleiters um einen Kartellverstoß, könnte ein Wertungswiderspruch der Vorteilsausgleichung zum Umgang mit der sogenannten *passing-on defence* im Kartellrecht auftreten.¹⁵¹ Unter diesem Terminus versteht man ein Rechtsproblem, das sich ergibt, wenn ein Abnehmer kartellbedingt einen erhöhten Preis zahlt, diese Preiserhöhung jedoch bei der Weiterveräußerung auf die nächste Marktstufe umlegt. Dem Abnehmer entstehen durch den überhöhten Kartellpreis sowohl Mehrausgaben als auch Mehreinnahmen. Auch hier stellt sich die Frage, ob er sich die Mehreinnahmen auf seinen Schadensersatzanspruch anrechnen lassen muss.¹⁵²

In Literatur und obergerichtlicher Rechtsprechung fand sich einst die Ansicht, dass dem Kartelltäter die Vorteilsausgleichung aus normativen Gründen zu versagen sei. Der Schadensersatzanspruch drohe ansonsten praktisch leerzulaufen, wodurch er seiner präventiv-verhaltenssteuernden Funktion nicht mehr gerecht werden könne.¹⁵³ Der BGH trat dem 2011 in einem Grundsatzurteil nicht bei. Durch eine Vorteilsausgleichung werde der Kartelltäter nicht unbillig entlastet, sondern nur vor einer mehrfachen Inanspruchnahme wegen desselben Schadens durch Abnehmer verschiedener Marktstufen bewahrt. Der Schadensersatzanspruch falle durch die Anerkennung der *passing-on defence* nicht weg, sondern werde bloß auf die Markt-

¹⁴⁹ Vgl. S. Binder, Grenzen der Vorstandshaftung, S. 249 f. Dies gesteht auch Thole, ZHR 173 (2009), 504, 527 f. ein.

¹⁵⁰ S. Binder, Grenzen der Vorstandshaftung, S. 250 f.; vgl. ferner J. Möller, Vorteilsanrechnung bei nützlichen Pflichtverletzungen im Kapitalgesellschafts- und Kartellrecht, S. 149 f.; siehe zu diesen Rechtsfolgen auch 1. Teil: D.I.1.

¹⁵¹ Vgl. Lohse, FS Hüffer, 2010, S. 581, 600 Fn. 122.

¹⁵² Vgl. Franck, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 33a GWB Rn. 112.

¹⁵³ KG Berlin BauR 2010, 235; Bechthold, DB 2004, 235, 239; Bulst, NJW 2004, 2201, 2202; Hempel, WuW 2004, 362, 369; Lettl, ZHR 167 (2003), 473, 487 f.

teilnehmer der nächsten Absatzstufe verlagert.¹⁵⁴ Die 9. GWB-Novelle machte den Meinungsstreit obsolet. Nunmehr stellt § 33c Abs. 1 Satz 2 GWB klar, dass der Schaden des Abnehmers ausgeglichen ist, soweit er den kartellbedingten Preisaufschlag an seine Abnehmer weitergegeben hat. Die *passing-on defence* erfährt dadurch den Segen des positiven Rechts.¹⁵⁵

Eine Wertungswiderspruch zwischen der *passing-on defence* im Außenverhältnis von Kartelltäter zu Kartellgeschädigtem und der Vorteilsausgleichung im Binnenverhältnis von Geschäftsleiter zu Gesellschaft droht damit nicht¹⁵⁶ – schließlich findet eine Vorteilsausgleichung bei der *passing-on defence* statt.

c) Wirtschaftsstrafrecht

Soweit es sich bei der Pflichtverletzung um eine Korruptionsstraftat (§§ 299 ff. StGB) handelt, meint Lohse, dass eine Vorteilsausgleichung in einen Wertungswiderspruch zum Wirtschaftsstrafrecht gerate. Eine Vielzahl von Bemühungen, wie die Einführung der entsprechenden Strafvorschriften im Jahr 1997 und die Aufhebung der steuerlichen Abzugsfähigkeit von Schmiergeldern (§ 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 10 EStG) 1999, zeugten vom gesetzgeberischen Streben, die Korruption zu bekämpfen. Diese gesetzgeberisch intendierte Verhaltenssteuerung dürfe nicht strafrechtliche Domäne bleiben, sondern müsse auch im Zivilrecht Widerhall finden.¹⁵⁷

Dieses Argument ließe sich durch das verfassungsrechtliche *ultima-ratio*-Prinzip untermauern. Diesem zufolge muss das Strafrecht das letzte Mittel bilden, um einen Belang der Allgemeinheit zu schützen. Sein Einsatz soll deshalb nur in Betracht kommen, wenn das inkriminierte Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung mithin besonders dringlich ist.¹⁵⁸ Daraus ließe sich ein Erst-Recht-Schluss ziehen: Wenn der Gesetzgeber ein Verhalten schon mit einer Strafandrohung versehe, bringe er damit ein besonderes Unwerturteil zum Ausdruck, das sich *a maiore ad minus* im Zivilrecht niederschlagen müsse, welches den hohen Anforderungen des *ultima-ratio*-Prinzips nicht unterliege.

Derart rigoros aus der Strafbarkeit eines Verhaltens zu schließen, dass eine Vorteilsausgleichung zu unterbleiben hat, überzeugt nicht. Ein Blick in das allgemeine Schadensrecht offenbart, dass die Strafbarkeit der Verletzungshandlung die

¹⁵⁴ BGHZ 190, 145, 164 ff.

¹⁵⁵ Vgl. dazu Klumpe/Thiede, BB 2016, 3011, 3012 f.; Lettl, WM 2016, 1961, 1962 f. Die Norm basiert auf der unionsrechtlichen Vorgabe des Art. 13 Satz 1 der Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union.

¹⁵⁶ So bereits Fleischer, BB 2008, 1070, 1073; Goette, ZHR 176 (2012), 588, 605.

¹⁵⁷ Lohse, FS Hüffer, 2010, S. 581, 600.

¹⁵⁸ BVerfGE 88, 203, 258; BVerfGE 120, 224, 239 f.

Vorteilsausgleichung nicht präjudiziert. Im Gegenteil wollte der historische Gesetzgeber strafrechtliche Gesichtspunkte erklärtermaßen aus dem Schadensrecht heraushalten.¹⁵⁹ Nichts anderes kann bei der Binnenhaftung des Geschäftsführers gelten. Auch wenn man dem Geschäftsführer die Vorteilsausgleichung gewährte, würde das Zivilrecht das strafrechtliche Unwerturteil nämlich nicht ignorieren. Vielmehr bewertet es die strafbare Handlung auf Tatbestandsebene ebenso als Unrecht und erblickt in ihr deshalb eine Verletzung der Legalitätspflicht des Geschäftsführers – so wie es die Einheit der Rechtsordnung im engeren Sinne gebietet.¹⁶⁰ Dass die Rechtsfolgen der zivilrechtlichen Rechtsfolgen abgebildet werden können, wo das Strafrecht mit seiner ganzen Schärfe eingreift, folgt aus der unterschiedlichen Zwecksetzung beider Rechtsgebiete: Das Strafrecht dient auch der Vergeltung, welche dem Zivilrecht grundsätzlich fremd ist.¹⁶¹ Ein Wertungswiderspruch der beiden Rechtsgebiete steht deshalb nicht zu befürchten. Überdies ist gerade dort, wo eine Strafandrohung existiert, die Sorge gering, dass nicht ausreichend verhaltenssteuernde Anreize für den Geschäftsführer bestünden.

2. Präventionszweck der Geschäftsführerhaftung

Vielfach wird der Präventionszweck der Geschäftsführerhaftung ins Feld geführt, um eine Versagung der Vorteilsausgleichung bei Verstößen gegen die externe Pflichtenbindung zu begründen. Das Meinungsspektrum dazu ist breit gefächert. Einige Stimmen möchten die Vorteilsausgleichung bei „nützlichen“ Pflichtverletzungen des Geschäftsführers aus Präventionsgründen generell untersagen. Andere möchten dies von bestimmten Einzelfallumständen abhängig machen.

a) Generelle Versagung

Die weitestgehende Literaturansicht möchte dem Geschäftsführer die Vorteilsausgleichung bei Verstößen gegen seine externe Pflichtenbindung lediglich für die Gewinnabschöpfung gewähren¹⁶² und im Übrigen versagen. Die Vorteilsausgleichung untergrabe nämlich die von der Haftungsandrohung ausgehende verhaltenssteuernde Wirkung, indem sie den zu leistenden Schadensersatz erheblich mindere und im Extremfall sogar ganz aufhebe. Es sei zu befürchten, dass die Vorteilsaus-

¹⁵⁹ Siehe 1. Teil: C.I.3.b).

¹⁶⁰ Siehe dazu 2. Teil: B.II.1.a).

¹⁶¹ Siehe zu Unterschieden und Gemeinsamkeiten haftungs- und strafrechtliche Zwecke bereits 1. Teil: C.I.3.c).

¹⁶² Lediglich *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbke, GmbHG, § 43 Rn. 184 meint die Vorteilsausgleichung im Hinblick auf den Abschöpfungsteil einer Verbandsgeldbuße widerspreche ihrem Sanktionszweck und sei daher zu versagen. Die von ihm hierzu in Fn. 596 zitierten Literaturstimmen stützen diese Aussage nicht, sondern plädieren dafür, die Vorteilsausgleichung lediglich in Bezug auf den Ahndungsteil der Geldbuße zu versagen. Ihr liegt mutmaßlich das Vorverständnis zugrunde, dass es sich bei einem abgeschöpften Geldbetrag schon gar nicht um einen Schaden handelt, siehe dazu 3. Teil: B.I.

gleichung die gesetzlich intendierte Anreizwirkung gar in ihr Gegenteil verkehre und zu rechtswidrigem Verhalten anrege. Könne der Geschäftsleiter nämlich darauf vertrauen, dass die aus seiner Pflichtverletzung erwachsenden Gewinne auf einen möglichen Schadensersatzanspruch der Gesellschaft angerechnet werden, sei der Gesetzesverstoß für ihn persönlich quasi risikolos.¹⁶³ Das Präventionsargument werde dadurch bestärkt, dass die Geschäftsleiterhaftung nicht nur die Gesellschaft schützen solle. Die Pflicht des Geschäftsleiters, die externe Gesetzesbindung der Gesellschaft zu achten, diene namentlich im Umwelt- und Kartellrecht auch den Interessen Dritter sowie der Allgemeinheit. Der Vorteil im Vermögen der Gesellschaft werde bei diesen Verstößen gleichsam durch einen Nachteil bei geschädigten Dritten erkaufte; der Schaden dadurch bloß verlagert. Es liege damit auch im öffentlichen Interesse, dass die Vorteilsausgleichung unterbleibe.¹⁶⁴

Die herrschende Lehre tritt einer solchen Totalabsage an die Vorteilsausgleichung entgegen und führt dazu eine ganze Reihe an Argumenten an. Auch wenn davon nicht alle überzeugen, so ist ihr im Ergebnis doch beizutreten:

aa) Dogmatische Einwände

In erster Linie werden gegen eine generelle Versagung dogmatische Bedenken erhoben. Namentlich wirft man ihren Vertretern vor, sich in Widerspruch zur Differenzhypothese zu begeben¹⁶⁵ und zu verkennen, dass die Geschäftsleiterhaftung nicht der Prävention von Pflichtverletzungen diene, sondern allein diesen ausgehenden Schäden.¹⁶⁶ Mit einer Totalversagung der Vorteilsausgleichung funktioniere man die Geschäftsleiterhaftung überdies in einen dem deutschen Recht fremden Schadensersatz um.¹⁶⁷

Diese Einwände greifen nicht durch. Abermals kommt in ihnen ein überholtes Verständnis der Differenzhypothese zum Ausdruck. Diese liefert lediglich methodische Instruktionen für die Schadensberechnung, trifft aber keine normative Aussage zur Vorteilsausgleichung.¹⁶⁸ Da die Differenzhypothese nur eine wertneutrale Rechenoperation darstellt, widerspricht es ihr nicht, aus Wertungsgründen bestimmte Rechnungsposten nicht einzubeziehen und damit die Vorteilsausgleichung zu versagen. Ebenso wenig trifft die Annahme zu, die Geschäftsleiterhaftung diene nicht der Prävention von Pflichtverletzungen, sondern lediglich der von auf ihnen

¹⁶³ *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 45 Rn. 54; *Lohse*, FS Hüffer, 2010, S. 581, 599; mit ähnlicher Argumentation, im Ergebnis aber differenzierter *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 527.

¹⁶⁴ Vgl. *Spindler*, FS Canaris II, 2007, S. 403, 425 f.; ähnlich *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 530 f.

¹⁶⁵ Vgl. *Habersack*, in: E. Lorenz, Karlsruher Forum 2009, S. 5, 34.

¹⁶⁶ *Kindler*, FS G. Roth, 2011, S. 367, 376.

¹⁶⁷ *Hölters*, in: ders., AktG, § 93 Rn. 258; *Kindler*, FS G. Roth, 2011, S. 367, 376.

¹⁶⁸ Siehe 3. Teil: A.I.1.a).

beruhenden Schäden. Richtigerweise soll die Geschäftsleiterhaftung Pflichtverletzungen vorbeugen, um dadurch Schäden der Gesellschaft zu verhindern.¹⁶⁹ Das Argument übersieht ferner, dass die Literaturstimmen, die dem Geschäftsleiter die Vorteilsausgleichung verwehren möchten, gar nicht bestreiten, dass der Binnenhaftungsanspruch einen Schaden voraussetzt – sie stellen bloß andere qualitative Anforderungen an ihn als die herrschende Lehre. Darin zeigt sich auch der Unterschied einer Totalversagung der Vorteilsausgleichung zum angelsächsischen Konzept der *punitive damages*: Die Gesellschaft müsste weiterhin beweisen, dass ihr ein Vermögensschaden entstanden ist und würde nicht etwa einen im freien Ermessen einer *jury* stehenden Geldbetrag erhalten, der der Vergeltung und Belohnung für die Rechtsdurchsetzung dient.¹⁷⁰

bb) Relevanz von Präventionszweck und öffentlichem Interesse

Gleichfalls wenig Überzeugungskraft wohnt dem Argument inne, dass der Präventionszweck allein einen Ausschluss der Vorteilsausgleichung nicht tragen könne, da er gegenüber dem Kompensationszweck nachrangig sei, was sich etwa an der Möglichkeit zeige, eine D&O-Versicherung abzuschließen.¹⁷¹ Es hat sich vielmehr herausgestellt, dass Kompensation und Prävention gleichwertige Zwecke der Geschäftsleiterhaftung bilden und auch die D&O-Versicherung den Präventionszweck nicht entwertet.¹⁷²

Ferner wird behauptet, dass das öffentliche Interesse ein untauglicher Maßstab sei, um die private Binnenrechtsbeziehung von Geschäftsleiter und Gesellschaft zu beurteilen, weil er dort keine Relevanz genieße.¹⁷³ Diese Annahme steht jedoch in Widerspruch zu dem, was die herrschende Meinung seit Langem zur *efficient breach of public law*-Doktrin vertritt: Die Gesetzesbindung der Gesellschaft im Außenverhältnis schlägt sich auch im Binnenverhältnis zum Geschäftsleiter nieder und hat dort sogar unbedingten Vorrang vor Nützlichkeitsabwägungen.¹⁷⁴ Der Damm ist damit längst gebrochen: Das öffentliche Interesse ist ein legitimes Argument, um die private Rechtsbeziehung von Gesellschaft und Geschäftsleiter zu beurteilen.

cc) Wahrung des Präventionszwecks

Wesentlich mehr überzeugt dafür der Hinweis, dass die Vorteilsausgleichung allein noch nicht jeden steuernden Einfluss auf das Geschäftsleiterverhalten zu-

¹⁶⁹ Siehe 1. Teil: C.I.2.b)aa).

¹⁷⁰ Siehe zu den *punitive damages* 1. Teil: C.I.3.b).

¹⁷¹ Vgl. *U. Binder/Kraayvanger*, BB 2015, 1219, 1228; *Hüffner/Koch*, AktG, § 93 Rn. 49; *Marsch-Barner*, ZHR 173 (2009), 723, 727.

¹⁷² Siehe 1. Teil: C.

¹⁷³ *Fleischer*, DB 2014, 345, 350; *Marsch-Barner*, ZHR 173 (2009), 723, 730; *Pospiech*, Die Rechtsfolgen der zivilrechtlichen Organhaftung, S. 120.

¹⁷⁴ Siehe 3. Teil: B.III.1.a).

nichtemacht. Das zeigt sich bereits an der rechtspraktischen Hürde, die der Geschäftsleiter auf dem Weg zu ihr zu überwinden hat. Da es ihm obliegt die Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, kann er mitnichten bei jedem Gesetzesverstoß darauf vertrauen, in einem späteren Haftungsprozess die Vorteilsausgleichung als Verteidigungseinwand zur Verfügung zu haben.¹⁷⁵ Selbst wenn ihm dies gelingt, muss die Vorteilsausgleichung überdies nicht seine vollständige Schadensersatzpflicht aufheben. Insbesondere bei den im Kartellrecht üblichen beträchtlichen Bußgeldbeträgen,¹⁷⁶ wird im Regelfall auch nach einer Vorteilsausgleichung ein empfindlicher Schadensersatzbetrag verbleiben.

Einmal mehr gilt es auch zu bedenken, dass eine Pflichtverletzung für den Geschäftsleiter nicht zwangsläufig sanktionslos bleibt, wenn man ihm die Vorteilsausgleichung gewährt. An eine Verletzung der Legalitätspflicht knüpfen sich für ihn eine Reihe weiterer zivilrechtlicher Konsequenzen an. Im Binnenverhältnis zur Gesellschaft können diese Pflichtverletzungen eine Abberufung und außerordentliche Kündigung des Anstellungsvertrages nach sich ziehen. Darüber hinaus drohen dem Geschäftsleiter vielfach auch öffentlich-rechtliche Sanktionen. Er kann beispielsweise persönlich mit einem Bußgeld belegt werden. Für eine Reihe von Gesetzesverstößen drohen ihm zudem strafrechtliche Konsequenzen, etwa bei Korruptionsdelikten (§§ 299 ff. StGB). Nicht nur den von solchen Sanktionen unmittelbar ausgehenden Nachteilen wohnt ein Abschreckungseffekt inne, sondern auch von denen mit ihnen einhergehenden Reputationsschäden.¹⁷⁷ Ein Geschäftsleiter, dessen Entlassung oder Strafverfahren mediales Aufsehen erregt hat, wird es schwer haben, beruflich wieder Fuß zu fassen.¹⁷⁸

dd) Förderung risikoaversen Verhaltens

Eine Totalversagung der Vorteilsausgleichung zöge darüber hinaus auch unerwünschte Folgewirkungen nach sich. Sie würde die asymmetrischen Risikoeinstellungen von Geschäftsleiter und Gesellschaft(-ern) perpetuieren. Die Vorteile aus

¹⁷⁵ Bayer, FS K. Schmidt, 2009, S. 85, 95; *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, S. 284; *Marsch-Barner*, ZHR 173 (2009), 723, 729 f.

¹⁷⁶ Vgl. etwa das von LAG Düsseldorf ZIP 2015, 829 behandelte Schienenkartell: 191 Mio. EUR.

¹⁷⁷ Vgl. zu allem *Fleischer*, DB 2014, 345, 350; *Habersack*, FS U. H. Schneider, 2011, S. 429, 440; *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 411; *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, S. 283; *Kindler*, FS G. Roth, 2011, S. 367, 376; *Seibt/Cziupka*, DB 2014, 1598, 1601; siehe auch zum österreichischen Recht *Kusznier*, GesRZ 2017, 156, 158.

¹⁷⁸ Hier ist einmal mehr an den Fall *Neubürger* zu erinnern, siehe *Bachmann*, in: *Fleischer/Thiessen*, Gesellschaftsrechts-Geschichten, S. 691, 722: „Neubürger hatte nach dem tiefen Fall beruflich nicht mehr richtig Fuß fassen können, es haftete, auch wenn es keiner offen aussprach (und die Nachrufe das Gegenteil bekunden), der Makel des Ausgestoßenen an ihm.“

dem Rechtsverstoß verblieben im Vermögen der Gesellschaft, soweit sie nicht durch die Behörde abgeschöpft werden. Die aus der Entdeckung des Rechtsverstoßes resultierenden Nachteile würden derweil allein dem Geschäftsleiter zur Last fallen. Ein so ausgestaltetes Haftungsregime würde einem äußerst risikoaversen Verhalten des Geschäftsleiters Vorschub leisten, insbesondere in Fällen, in denen die Rechtslage unklar oder umstritten ist. Diese Konsequenz stünde in eklatantem Widerspruch zu allen Bestrebungen, eine übertriebene Risikoaversion des Geschäftsleiters im Interesse der Gesellschaft zu verhindern.¹⁷⁹

b) Partielle Versagung

Neben der soeben diskutierten Extremposition finden sich auch differenzierende Lösungsmodelle, die dem Geschäftsleiter die Vorteilsausgleichung nur unter bestimmten Umständen versagen möchten.

aa) Sanktionierung des Geschäftsleiters durch Strafrecht oder Bußgeld

Eine Literaturauffassung macht den vorhin formulierten Einwand, dass neben der Haftung weitere Mittel der Verhaltenssteuerung zur Verfügung stünden, für eine konkrete Differenzierung fruchtbar. Ihr zufolge sei die Vorteilsausgleichung dem Geschäftsleiter dann zu gewähren, wenn er persönlich in der gleichen Sache einer Strafverfolgung oder einem Bußgeld unterworfen sei. Nur in diesen Fällen sei schließlich nicht zu befürchten, dass er sich im Vertrauen auf die Vorteilsausgleichung pflichtwidrig verhalten werde.¹⁸⁰

Wie sich gezeigt hat, geht allerdings nicht allein von straf- wie öffentlich-rechtlichen Sanktionen eine verhaltenssteuernde Wirkung aus. Auch sonstige zivilrechtliche Konsequenzen, Reputationseffekte und die rechtspraktischen Probleme einer Vorteilsausgleichung geben dem Geschäftsleiter erhebliche Anreize zu pflichtgemäßem Verhalten.¹⁸¹ Die potenzielle straf- oder bußgeldrechtliche Sanktionierung des Geschäftsleiters bildet damit keinen tauglichen Anknüpfungspunkt dafür, die Vorteilsausgleichung zu verwehren.

bb) Qualifiziertes öffentliches Interesse

Eine weitere Ansicht möchte nach dem spezifischen Zweck des verletzten Gesetzes unterscheiden. Die Vorteilsausgleichung sei lediglich dann zu verwehren, wenn dieses dem Schutz eines qualifizierten öffentlichen Interesses diene. Von einem

¹⁷⁹ Kaulich, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, S. 281; konzedierend auch Thole, ZHR 173 (2009), 504, 530; eingehend zur asymmetrischen Risikoeinstellung von Geschäftsleiter und Gesellschaft 1. Teil: C.III.1.b).

¹⁸⁰ Vgl. Mertens/Cahn, in: KölnKomm, AktG, § 93 Rn. 63; daran anknüpfend auch Ekenga/Kuntz, in: Soergel, BGB, § 249 Rn. 328.

¹⁸¹ Siehe 3. Teil: B.III.2.a)cc).

qualifizierten öffentlichen Interesse sei auszugehen, wenn bei Nichteinhaltung der Rechtspflicht typischerweise soziale Schäden und externe Effekte drohten. In diesen Fällen sei dem Gesetzgeber an der unbedingten Einhaltung der Regel gelegen, sodass dieses Interesse auf das Binnenverhältnis zwischen Gesellschaft und Geschäftsleiter durchschlage. Ein qualifiziertes öffentliches Interesse an der Normbefolgung bestehe beispielsweise im Kartellrecht, da Verstöße dort zu weitreichenden und diffusen Konsequenzen für das Marktgeschehen führten. Ähnliches gelte für das Umweltrecht. Kein qualifiziertes öffentliches Interesse liege hingegen bei einfachen deliktischen Schädigungen von Individualrechtsgütern vor, da dort kein über das allgemeine Rechtsbewährungsinteresse hinausgehendes Präventionsinteresse vorhanden sei.¹⁸²

Diese Lösung würde zunächst eine erhebliche Rechtsunsicherheit nach sich ziehen, da sich die Abgrenzung von qualifiziertem öffentlichem und allgemeinem Rechtsbewährungsinteresse schwierig gestaltet. Schon abstrakt sind diese Kategorien zweifelhaft. Ist nicht immer davon auszugehen, dass der Gesetzgeber auf eine unbedingte Einhaltung der von ihm statuierten Normen Wert legt? Auch im konkreten Fall wirft diese Unterscheidung viele Fragen auf: Besteht ein qualifiziertes öffentliches Interesse daran, dass die Gesellschaft ihre CSR-bezogenen Berichtspflichten erfüllt?¹⁸³ Gibt es lediglich ein allgemeines Rechtsbewährungsinteresse daran, dass vorsätzliche deliktische Tötungen von Individuen unterbleiben?

Abgesehen von diesen Abgrenzungsschwierigkeiten trägt auch die Beschränkung auf ein qualifiziertes öffentliches Interesse den Einwänden nicht Rechnung, die auch gegen eine Totalversagung der Vorteilsausgleichung bestehen. So existieren gerade in den beispielhaft benannten Fällen eines qualifizierten öffentlichen Interesses (Kartell- und Umweltrecht) auch empfindliche hoheitliche Sanktionen, die den Geschäftsleiter zur Befolgung seiner Pflichten anhalten. Im Ergebnis überzeugt diese Ansicht damit nicht.

cc) Schwere von Pflichtverletzung und Verschulden

Eine letzte Ansicht möchte die Vorteilsausgleichung von der Schwere von Pflichtverletzung und Verschulden des Geschäftsleiters abhängig machen. Jedenfalls bei vorsätzlichen und systematischen Gesetzesverstößen soll die Vorteilsausgleichung unterbleiben, um dem Präventionszweck der Geschäftsleiterhaftung Genüge zu tun. Dabei soll auch zu berücksichtigen sein, ob die Verurteilung zum Schadensersatz auf einem konkreten Nachweis pflichtwidrigen und schuldhaften Ver-

¹⁸² So die Ansicht von *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 530 f.; vgl. auch den Hinweis bei *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 411 auf die Teleologie des jeweiligen öffentlich-rechtlichen Verbots.

¹⁸³ Vgl. dazu *Fleischer/Hahn*, RIW 2018, 397, 398 ff.

haltens beruht oder lediglich auf der dem Geschäftsleiter ungünstigen Beweislastregel.¹⁸⁴

Diese Ansicht kann an ältere Stellungnahmen im Schrifttum anknüpfen, die dafür plädierten, die Vorteilsausgleichung bei Vorsatztatzen per se auszuschließen. Soweit sie diesen Rechtssatz überhaupt begründeten, gingen sie allerdings nicht über allgemeine Billigkeitserwägungen hinaus.¹⁸⁵ Diese Meinung konnte sich aus gutem Grund nicht durchsetzen: Sie steht in eklatantem Widerspruch zur Entscheidung des Gesetzgebers, bei der Schadensberechnung nicht nach dem Grad des Verschuldens zu differenzieren, um „moralisierende oder strafrechtliche Gesichtspunkte“ aus dem Schadensersatzrecht fernzuhalten.¹⁸⁶ Auch bei der Geschäftsleiterhaftung empfiehlt es sich nicht, dieses wesensfremde Element in das Schadensrecht zu tragen. Gerade bei vorsätzlichen Pflichtverletzungen des Geschäftsleiters steht ein Verlust der Präventionswirkung nicht zu befürchten, da Bandbreite und Intensität sonstiger Sanktionsmöglichkeiten dort besonders groß sind.¹⁸⁷

c) Zwischenfazit

Es ist nicht erforderlich, dem Geschäftsleiter die Vorteilsausgleichung aus Präventionsgründen zu verwehren. Das Argument übersieht sowohl, dass die Präventionswirkung der Binnenhaftung nicht mit der Vorteilsausgleichung steht und fällt, als auch, dass eine Vielzahl anderer Mechanismen den Geschäftsleiter zu pflichtgemäßem Verhalten anhalten. Dem tragen auch die differenzierten Ansätze nicht oder nur unzureichend Rechnung. Eine Versagung der Vorteilsausgleichung bei „nützlichen“ Pflichtverletzungen lässt sich damit aus dem Präventionszweck der §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG nicht begründen.

3. Gläubigerschutz

Eine Literaturmeinung will dem Geschäftsleiter die Vorteilsausgleichung verwehren, um die Gläubiger der Gesellschaft zu schützen. Die Geschäftsleiterhaftung erfülle eine gläubigerschützende Wirkung, indem sie die den Gläubigern zur Verfügung stehende Haftungsmasse nach einer pflichtwidrigen Schmälerung wieder auffülle. Diese Funktion genieße insbesondere praktische Bedeutung, wenn die

¹⁸⁴ Mertens/Cahn, in: KölnKomm, AktG, § 93 Rn. 63; im Anschluss daran auch *Frischmeier*, Die Haftung geschäftsführender Organe für Compliance-Verstöße in Tochtergesellschaften, S. 245 f.

¹⁸⁵ Baur, JW 1937, 1463 mit Hinweis auf das „Rechtsempfinden“; apodiktisch *He. Stoll/Felgentraeger*, Vertrag und Unrecht, S. 238 f.; letztmals *Rudloff*, FS v. Hippel, 1967, S. 423, 435: Der Schädiger müsse der Vorteilsausgleichung „würdig“ sein, siehe dazu 3. Teil: A.II.2.c).

¹⁸⁶ Siehe 1. Teil: C.I.3.a); gegen das Verschulden des Schädigers als Kriterium der Vorteilsausgleichung auch *Thüsing*, Wertende Schadensberechnung, S. 58 ff.

¹⁸⁷ So im Ergebnis auch *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, S. 283 f.

Gesellschaft aufgrund der Pflichtverletzung im Außenverhältnis Dritten gegenüber schadensersatzpflichtig sei. Würde die Gesellschaft zahlungsunfähig, würde die Vorteilsausgleichung schadensersatzberechtigten Dritten zum Nachteil gereichen, da sie die ihnen zur Verfügung stehende Masse schmälere.¹⁸⁸

Der Effekt der mittelbaren Gläubigerbenachteiligung bildet allerdings keine Besonderheit der Vorteilsausgleichung bei der Geschäftsleiterhaftung. Eine Vorteilsausgleichung belastet mittelbar immer auch die Gläubiger des Geschädigten, indem sie sein Vermögen und damit die Haftungsmasse schmälert, auf die dessen Gläubiger zurückgreifen können. Als Reflex nimmt man diese Folge allgemein hin. Wenn bei der Geschäftsleiterhaftung etwas anderes gelten soll, müsste der Gläubigerschutz dort einen erheblich höheren Stellenwert genießen als im allgemeinen Deliktsrecht.

Dafür fehlen allerdings Anhaltspunkte. Die §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG schützen Gläubigerinteressen lediglich in mediatisierter Weise; sie stellen keine Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB dar.¹⁸⁹ Ein über das allgemeine Maß gesteigerter Gläubigerschutz ließe sich allenfalls bei der Vorstandshaftung aus § 93 Abs. 5 Satz 1–3 AktG herauslesen. Danach haben die Gläubiger unter bestimmten Voraussetzungen einen eigenen Schadensersatzanspruch gegen das Vorstandsmitglied.¹⁹⁰ Die Ersatzpflicht gegenüber den Gläubigern wird weder durch einen Verzicht oder Vergleich der Gesellschaft aufgehoben noch dadurch, dass die Handlung auf einem Beschluss der Hauptversammlung beruht (§ 93 Abs. 5 Satz 3 AktG). Die Norm adressiert jedoch nur anspruchsbeeinträchtigende Rechtshandlungen, die von der Gesellschaft ausgehen. Schutz vor *ex lege* erfolgenden Anspruchsminderungen, wie der Vorteilsausgleichung, gewährt sie nicht.¹⁹¹ Der Gläubigerschutz liefert folglich auch im Kontext der Geschäftsleiterhaftung keine tragfähige Begründung dafür, die Vorteilsausgleichung zu versagen.¹⁹²

4. Perpetuierung des Sanktionszwecks der verletzten Norm

Da die Rechtsordnung kein Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen der Anrechenbarkeit und Nichtanrechenbarkeit von Vorteilen auf den Schadensersatzanspruch kennt,¹⁹³ ist es nicht damit getan, die gegen eine Vorteilsausgleichung vor-

¹⁸⁸ Vgl. *Grunst*, Der Geschäftsleiter im Deliktsrecht, S. 84 f.; *Spindler*, FS Canaris II, 2007, S. 403, 426.

¹⁸⁹ Siehe 1. Teil: D.I.2.b)bb).

¹⁹⁰ Siehe dazu 1. Teil: B.II.3.

¹⁹¹ S. *Binder*, Grenzen der Vorstandshaftung, S. 255.

¹⁹² So auch *Pospiech*, Die Rechtsfolgen der zivilrechtlichen Organhaftung, S. 121; vgl. ferner *Haas*, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, S. 301 ff., der dies bei seinen Ausführungen zur Vorteilsausgleichung nicht einmal in Erwägung zieht.

¹⁹³ Siehe 3. Teil: A.IV.

gebrachten Argumente zu entkräften. Vielmehr verlangt auch die Anrechnung eines Vorteils nach einer positiven Begründung.

Eine solche liefert der Zweck der öffentlich-rechtlichen Norm, die der Geschäftsleiter verletzt hat. Normadressat im Außenverhältnis ist die Gesellschaft selbst. Die deshalb gegen sie verhängte Verbandsgeldbuße belastet sie mit einem Nachteil, um bei ihr eine Sanktionswirkung zu entfalten. Sie verfolgt dabei sowohl eine repressive, als auch eine präventive Stoßrichtung: In repressiver Hinsicht soll sie einen Ausgleich dafür schaffen, dass der Gesellschaft auch die Vorteile aus dem Gesetzesverstoß zufließen. Unter präventiven Gesichtspunkten soll sie nicht nur den Geschäftsleiter selbst zur Rechtstreue anhalten, sondern auch das in der Gesellschaft zuständige Organ dazu bewegen, bei der Auswahl, Instruktion und Überwachung des Geschäftsleiters auf dessen Rechtstreue zu achten.¹⁹⁴ Eine Vorteilsausgleichung im Binnenverhältnis zwischen Gesellschaft und Geschäftsleiter perpetuiert diesen Zweck. Denn sie stellt sicher, dass der Nachteil der Geldbuße zumindest teilweise im Gesellschaftsvermögen verbleibt und damit seine repressive und präventive Wirkung entfalten kann.

Insbesondere die Vorschriften über die Gewinnabschöpfung bezeugen die Notwendigkeit einer Vorteilsausgleichung. Das Öffentliche Recht trifft in ihnen die Wertung, dass der Gesellschaft keine Bereicherung aus dem Rechtsverstoß verbleiben soll.¹⁹⁵ Dieses Ziel würde die Geschäftsleiterhaftung aber vereiteln, wenn man die Vorteilsausgleichung unterlässt.¹⁹⁶ Über den Regress beim Geschäftsleiter könnte sich die Gesellschaft dann einen Vermögensvorteil verschaffen, den ihr das Öffentliche Recht bewusst genommen hat. Der Rechtsverstoß würde sich entgegen dem gesetzgeberischen Ziel für die Gesellschaft lohnen; ihr würde ein *windfall profit* erwachsen.¹⁹⁷ Das aber würde die ordnungswidrigkeitenrechtliche Zielsetzung konterkarieren, da die Gesellschaft gegenüber rechtstreuen Mitbewerbern besser gestellt wäre.¹⁹⁸ Diesen drohenden Widerspruch zwischen zivilrechtlicher Haftung und öffentlich-rechtlicher Geldbuße löst die Vorteilsausgleichung auf. Durch die Vorteilsausgleichung kann die Gesellschaft Gewinne, die ihr abgeschöpft wurden, nicht vom Geschäftsleiter wiedererlangen.

¹⁹⁴ Siehe ausführlich zu den Zwecken der Verbandsgeldbuße 2. Teil: B.I.2.

¹⁹⁵ Siehe dazu bereits 3. Teil: B.I.

¹⁹⁶ Vgl. *Fleischer*, BB 2008, 1070, 1073; *ders.*, DStR 2009, 1204, 1210; *Glöckner/Müller-Tautphaeus*, AG 2001, 344, 346; *Hauff*, Der Regress von Verbandsgeldbußen im Kapitalgesellschaftsrecht, S. 180 f.; *Paefgen*, AG 2014, 554, 570; *Wilsing*, in: Krieger/U. H. Schneider, Handbuch Managerhaftung, § 31 Rn. 37 f.; *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 465.

¹⁹⁷ Vgl. *Bayer*, FS K. Schmidt, 2009, S. 85, 95 ff.; *Bicker*, AG 2014, 8, 13; *Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, S. 271; *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 151; *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33, 56 f.; *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, S. 281; *P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung von Vorstandsmitgliedern in der Aktiengesellschaft, S. 62; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 527; *M. Zimmermann*, WM 2008, 433, 439.

¹⁹⁸ *Bayer*, FS K. Schmidt, 2009, S. 85, 95; *M. Zimmermann*, WM 2008, 433, 439.

Das öffentlich-rechtliche Ziel der Gewinnabschöpfung beschränkt sich allerdings nicht nur auf abgeschöpfte Geldbeträge, sondern beansprucht für den Ahndungsteil einer Geldbuße erst recht Gültigkeit. Dazu muss man sich verdeutlichen, in welchen Fällen eine Vorteilsausgleichung auf den Abschöpfungsteil allein relevant wird: wenn die tatsächlich aus dem Rechtsverstoß erlangten Vorteile den Abschöpfungsteil der Geldbuße überschreiten. In einem solchen Fall hat das Öffentliche Recht sein Ziel nicht erreicht, da die erlangten Vorteile die Untergrenze der Geldbuße bilden sollen (§ 17 Abs. 4 Satz 1 OWiG). Gerade hier ist es geboten, seinem Normbefehl zur Durchsetzung zu verhelfen und der Gesellschaft die aus dem Rechtsverstoß verbleibenden Gewinne über die Vorteilsausgleichung zu entziehen.

Dieses Ergebnis scheint auf den ersten Blick Inkonsistenzen mit der zum Verbandsgeldbußenregress gewonnen Erkenntnis aufzuweisen, dass der Sanktionszweck der verletzten öffentlich-rechtlichen Norm nicht dazu zwingt, die Gesellschaft ihrer Regressmöglichkeit zu berauben.¹⁹⁹ Es stellt allerdings einen qualitativen wie quantitativen Unterschied dar, ob man den Regress vollständig versagt oder ihn lediglich um die aus der Rechtsverletzung erlangten Gewinne kürzt. Die in der Diskussion um den Verbandsgeldbußenregress beleuchteten Argumente sprechen sogar dafür, dem Geschäftsleiter die Vorteilsausgleichung zu gewähren. Gerade der Verweis darauf, dass beim Binnenregress eine Vorteilsausgleichung möglich ist, entkräftet nämlich das Vorbringen, die durch das Bußgeld bezweckte Vorteilsabschöpfung verlange danach, ihn vollständig auszuschließen.²⁰⁰

Dem Bereicherungsverbot kommt als eigenständige Forderung des Zivilrechts nur eine geringe Bedeutung zu, da seine Legitimation fragwürdig und seine Aussagekraft beschränkt ist.²⁰¹ Stellt sich aber die Pflichtverletzung des Geschäftsleiters im Binnenverhältnis zugleich als Rechtsverstoß seitens der Gesellschaft im Außenverhältnis dar, kommt ein öffentlich-rechtliches Bereicherungsverbot zum Tragen: Der Sanktionszweck der im Außenverhältnis verletzten Norm gebietet, dass im Binnenverhältnis eine Vorteilsausgleichung erfolgt.

IV. Zwischenfazit

Die vorangegangene Betrachtung bestätigt zunächst, dass sich allgemeine Maßstäbe kaum eignen, um eine Einzelfrage der Vorteilsausgleichung zu lösen. Sie liefern auf die Frage keine Antwort, ob dem Geschäftsleiter bei der Verletzung seiner externen Legalitätsbindung, die Vorteilsausgleichung zu gewähren ist. Stattdessen ist es auch hier erforderlich, fallspezifische Einzelwertungen zu ermitteln und zu gewichten.

¹⁹⁹ Siehe dazu 2. Teil: B.II.2.

²⁰⁰ Siehe 2. Teil: B.II.2.a)bb).

²⁰¹ Siehe 3. Teil: A.I.1.b).

Als durchschlagend erweist sich die Wertung des Öffentlichen Rechts, dass der Gesellschaft aus dem Rechtsverstoß kein Gewinn verbleiben soll (§ 17 Abs. 4 OWiG). Sie gebietet es, dem Geschäftsleiter die Vorteilsausgleichung zu gewähren, da sich das Zivilrecht andernfalls in einen unauflöslichen Widerspruch zum öffentlich-rechtlichen Postulat der Gewinnabschöpfung begäbe. Diese Problematik hat die herrschende Lehre zutreffend identifiziert, berücksichtigt sie aber irrigerweise schon auf Ebene der Schadensentstehung. Sie verkennt dabei, dass die tatsächlich aus dem Rechtsverstoß erlangten Vorteile nicht mit der Gewinnabschöpfung gleichzusetzen sind und führt eine faktische Beweislastumkehr zum Nachteil der Gesellschaft herbei, ohne dass dies indiziert wäre.

Das Ergebnis des vorstehenden Abschnitts lässt sich auf eine einfache Rechtsregel herunterbrechen: Verletzt der Geschäftsleiter seine Legalitätspflicht in Gestalt der externen Pflichtenbindung, sind Vorteile auf den Binnenhaftungsanspruch der Gesellschaft gegen ihn anzurechnen. Er hat darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, dass diese Vorteile der Gesellschaft tatsächlich aus seiner Pflichtverletzung entstanden sind.

C. Verletzung der internen Pflichtenbindung

Die Legalitätspflicht gebietet es dem Geschäftsleiter nicht nur, Normen zu befolgen, deren Adressat die Gesellschaft ist, sondern auch, seinen im Verhältnis zur Gesellschaft bestehenden Pflichten nachzukommen (interne Pflichtenbindung). Dazu zählt insbesondere, sowohl den Unternehmensgegenstand als auch die Kompetenzordnung der Gesellschaft zu wahren und zu Maßnahmen erforderlichenfalls die Zustimmung anderer Gesellschaftsorgane einzuholen.²⁰² Da das Vertretungsrecht des Geschäftsleiters keine *ultra-vires*-Doktrin kennt,²⁰³ schlagen sich Kompetenzbeschränkungen im Innenverhältnis aber nicht im Außenverhältnis nieder, soweit man von den Fällen des Missbrauchs der Vertretungsmacht²⁰⁴ absieht. Geschäfte, die der Geschäftsleiter unter Überschreitung seiner internen Pflichtenbindung tätigt, sind Dritten gegenüber damit gleichwohl wirksam. Unterlässt es der Geschäftsleiter, das zuständige Gesellschaftsorgan vor einem zustimmungspflichtigen Geschäft zu konsultieren, macht er sich somit im Binnenverhältnis nach den §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG schadensersatzpflichtig.²⁰⁵ Den Schaden stellt dabei zumeist die Leistung dar, welche die Gesellschaft aufgrund der im Außenverhältnis

²⁰² Siehe 1. Teil: A.II.2.a).

²⁰³ *Fleischer*, in: BeckOGK, § 78 AktG Rn. 9; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 37 Rn. 53.

²⁰⁴ Vgl. dazu BGH NJW 2006, 2776; OLG Stuttgart NZG 1999, 1009, 1010; OLG Hamm NZG 2006, 827, 828 f.; kritisch zu dieser Doktrin *Stephan/Tieves*, in: MünchKomm, GmbHG, § 37 Rn. 179.

²⁰⁵ Siehe 1. Teil: A.II.2.a).

wirksamen Verpflichtung zu erbringen hat: aus dem Gesellschaftsvermögen abgeflossene Geldmittel²⁰⁶ oder die Belastung mit einer Verbindlichkeit, soweit das Geschäft noch nicht vollzogen ist. Da die Gesellschaft aus dem Geschäft aber meist auch eine Gegenleistung erhält, stellt sich einmal mehr die Gretchenfrage: Ist die erhaltene Gegenleistung vom Schadensersatzanspruch gegen den Geschäftsleiter im Wege der Vorteilsausgleichung abzuziehen?

Anders als bei der Verletzung der externen Pflichtenbindung hilft hier für einen ersten Zugriff eine der vertrauten Fallgruppen weiter: Es handelt sich bei der Gegenleistung um einen Vorteil, der auf der Leistung eines Dritten beruht, die dieser aufgrund einer Rechtspflicht erbringt. Diese Rechtspflicht hat der Geschäftsleiter durch eine eigene Leistung begründet. Wie auch dem Schädiger, der für den Geschädigten eine Versicherung abgeschlossen hat, gebührt ihm damit auch der Vorteil.²⁰⁷

Bei näherem Hinsehen sieht man sich jedoch mit einer Reihe von Unterfällen konfrontiert, bei denen dieser Grundsatz infrage steht: Kann eine Vorteilsausgleichung auch stattfinden, wenn die Gesellschaft für die erhaltene Gegenleistung gar keine Verwendung hat? Ist es darüber hinaus erforderlich, dem Geschäftsleiter die Vorteilsausgleichung vollständig zu versagen, um Verstöße gegen die Kompetenzordnung effektiv zu sanktionieren? Und was gilt, wenn der Geschäftsleiter seine Kompetenzen nicht nur einmal, sondern bei verschiedenen Gelegenheiten, überschreitet und der Gesellschaft hieraus einmal Gewinne und ein andermal Verluste entstehen? Sind dann alle gleich gelagerten kompetenzwidrigen Geschäfte miteinander zu saldieren?

I. Subjektiv wertlose Gegenleistung

Erwirbt der Geschäftsleiter im Namen der Gesellschaft einen Gegenstand unter Überschreitung seiner Kompetenzen, kann dieser für die Gesellschaft subjektiv nutzlos sein, obwohl er objektiv den gezahlten Kaufpreis wert ist. Dabei ist insbesondere an den praktischen Fall des Erwerbs eines Unternehmens zu denken, das nicht dem Unternehmensgegenstand der Gesellschaft entspricht. In dieser Konstellation erscheint es erwägenswert, dem Geschäftsleiter die Vorteilsausgleichung zu versagen.

Die Betrachtung zu diesem Problem kann an Vorarbeiten aus dem Personengesellschaftsrecht anknüpfen, das bereits Rechtsprechungsmaterial dazu bereithält. Ebenso bietet sich ein Blick auf ähnlich gelagerte Fragestellungen des Straf- und Zivilrechts an, in denen die Vermögensrelevanz subjektiv wertloser Gegenstände bereits intensiv erörtert wurde.

²⁰⁶ BGH NJW 1997, 741, 742; OLG München NZG 2000, 741, 742 f.; OLG Celle NZG 2002, 823, 824 (laut Fundstelle nicht rechtskräftig); KG Berlin GmbHR 2005, 477, 478.

²⁰⁷ Siehe zu dieser Fallgruppe 3. Teil: A.III.3.b).

1. Rechtsprechung zum Personengesellschaftsrecht

Schon das Reichsgericht hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem ein OHG-Gesellschafter die Bebauung eines Grundstücks der Gesellschaft veranlasste, ohne dabei die im Innenverhältnis erforderliche Zustimmung seiner Mitgesellschafter einzuholen. Es war streitig, ob sich die Gesellschaft den Wert der Bebauung auf ihren Schaden (die für die Bebauung aufgewandten Mittel) im Wege der Vorteilsausgleichung anrechnen lassen musste. Das Reichsgericht verneinte dies, da sich nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen ließ, dass der Gesellschaft durch die Bebauung ein Nutzen entstanden sei. Der Richter dürfe bei der Bewertung des Nutzens nicht sein Ermessen an die Stelle des gesetzlich gewährleisteten Mitbestimmungsrechts der Gesellschafter setzen. Sollte sich später herausstellen, dass die Bebauung für die Gesellschaft von Wert sei, stünden dem beklagten Gesellschafter gegebenenfalls Kondiktionsansprüche zu.²⁰⁸ Den Urteilsgründen lässt sich allerdings nicht eindeutig entnehmen, ob das Reichsgericht die Vorteilsausgleichung versagte, weil die Bebauung für die Gesellschaft subjektiv nutzlos war,²⁰⁹ oder lediglich die dem Beklagten ungünstige Beweislastregel hinsichtlich ihres objektiven Wertes²¹⁰ anwandte.

Eindeutiger ist diesbezüglich ein Urteil des BGH aus dem Jahr 1988. Dort hatte ein Gesellschafter im Namen einer OHG einen Anstellungsvertrag mit einem Rechtsanwalt geschlossen, ohne die nach dem Gesellschaftsvertrag erforderliche Zustimmung seiner Mitgesellschafter einzuholen. Zwischen den Parteien war streitig, ob die Arbeitsleistung des Rechtsanwalts auf den Schaden des gezahlten Gehalts anzurechnen ist. Der BGH führte aus, dass bei der Wertungsentscheidung über die Vorteilsausgleichung zu beachten sei, dass die Gesellschaft das Geschäft unfreiwillig eingegangen und offen sei, ob und wie weit sie die ihr praktisch aufgedrängte Gegenleistung sinnvoll nutzen könne. Infolgedessen müsse der beklagte Gesellschafter den Nachweis erbringen, dass die Gesellschaft die Gegenleistung oder Teile von ihr ohnehin beansprucht hätte oder dass sie aus der verbotenen Maßnahme andere vermögenswerte Vorteile erlangt habe, die ihr sonst vorenthalten geblieben wären.²¹¹

2. Straf- und zivilrechtliche Vorbilder für eine subjektive Wertbestimmung

a) Lehre vom individuellen Schadenseinschlag im Betrugsstrafrecht

Der Betrug (§ 263 StGB) setzt voraus, dass das Opfer einen Vermögensschaden erlitten hat. Dazu ist ein Vergleich der Vermögenslage vor und nach der Vermö-

²⁰⁸ Zu allem RGZ 109, 56, 60 f.

²⁰⁹ Für diese Interpretation *Fleischer*, DStR 2009, 1204, 1205; *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, S. 357 Fn. 112.

²¹⁰ In diesem Sinne wohl KG Berlin OLGE 27, 332 f. in einem ähnlich gelagerten Fall.

²¹¹ Zu allem BGH NJW-RR 1988, 995, 996.

gensverfügung anzustellen: Steht der Vermögensminderung ein gleichwertiger Vermögenszuwachs entgegen, fehlt es an einem Vermögensschaden.²¹² Eine Ausnahme von diesem Saldierungsgrundsatz entwickelte der BGH in seinem berühmten Melkmaschinen-Fall. Bei der Schadensermittlung sind danach auch die persönlichen Bedürfnisse und Verhältnisse des Erwerbers eines Gegenstandes zu berücksichtigen. Trotz einer objektiv gleichwertigen Gegenleistung entstünde dem Erwerber darum ein Schaden, wenn er die Leistung nicht oder nicht in vollem Umfang zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbarer Weise verwenden könne, er durch die eingegangene Verpflichtung zu sonstigen vermögensschädigenden Maßnahmen genötigt werde oder infolge der Verpflichtung nicht mehr über die Mittel verfüge, die zur ordnungsmäßigen Erfüllung seiner Verbindlichkeiten oder sonst für eine seinen persönlichen Verhältnissen angemessene Wirtschafts- oder Lebensführung unerlässlich sind.²¹³ Diese sogenannte Lehre vom individuellen Schadenseinschlag hat sich seither zur ständigen Rechtsprechung aufgeschwungen²¹⁴ und erfährt auch großen Rückhalt in der Literatur²¹⁵.

b) Subjektive Schadensbestimmung im Zivilrecht

Auch im Kontext der §§ 249. ff. BGB finden sich gelegentlich Ansätze, die individuelle Nützlichkeit einer erlangten Gegenleistung bei der Schadensfeststellung zu berücksichtigen – zum Teil ausdrücklich in Parallele zur strafrechtlichen Judikatur.²¹⁶ So entschied der BGH beispielsweise in einem Prospekthaftungsfall, dass das durch den Anleger erhaltene Investitionsobjekt bei der Schadensermittlung unberücksichtigt bleibe, wenn es sich bei ihm um ein vom im Prospekt beschriebenen Anlagemodell grundlegend verschiedenes, in keiner Weise austauschbares handle. Da die Investitionsentscheidung in aller Regel von persönlichen Wert- und Risikovorstellungen abhängt und deshalb unvertretbar sei, dürfe dem Anleger kein Investitionsmodell gegen seinen Willen aufgedrängt werden.²¹⁷ Ähnlich verfuhr die

²¹² Vgl. BGHSt 3, 99, 102; *Hefendehl*, in: MünchKomm, StGB, § 263 Rn. 528 ff.; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rn. 99; *Tiedemann*, in: LK, StGB, § 263 Rn. 159.

²¹³ BGHSt 16, 321, 325 ff.

²¹⁴ BGHSt 23, 300, 302 f. (für den Besteller unbrauchbare Zeitschrift); BGH NJW 1968, 261; BGH StV 2011, 728, 731 f.; BGH NStZ 2012, 629; siehe auch OLG Köln NJW 1976, 1222 (Verkauf eines Lexikon an Ungebildete); OLG Düsseldorf StV 1995, 591, 592. In einem *obiter dictum* äußerte der 5. Strafsenat allerdings in jüngerer Zeit Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit dieser Rechtsprechung, siehe BGH NStZ 2014, 318, 320.

²¹⁵ *Fischer*, StGB, § 263 Rn. 147 ff.; *Hefendehl*, in: MünchKomm, StGB, § 263 Rn. 794 ff.; *Mitsch*, Strafrecht BT II, S. 324 ff.; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rn. 121 ff.; *Tiedemann*, in: LK, StGB, § 263 Rn. 177 ff.; mit Einschränkungen auch *Schmoller*, ZStW 103 (1991), 92, 132 ff.

²¹⁶ Vgl. BGH NJW 1998, 302, 304; BGH WM 2014, 2214; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 1 III.2., S. 41; *Medicus*, in: Staudinger, BGB, 12. Aufl. 1983, § 249 Rn. 9.

²¹⁷ BGHZ 115, 213, 221 f. mit Bezug auf BGH WM 1990, 145, 147, wo das Problem jedoch im Kontext einer Aufklärungspflicht und nicht des Schadens erörtert wird, sowie nicht nachvollziehbarem Hinweis auf BGH WM 1990, 1210, 1213.

Rechtsprechung in Fällen, in denen der Käufer bei Eingehung des Vertrages über bestimmte Eigenschaften der Kaufsache getäuscht wurde. Könne der Käufer die Sache nicht zu dem im Vertrag vorausgesetzten Zweck verwenden, entstehe ihm auch dann ein Schaden, wenn sie den gezahlten Preis wert sei.²¹⁸

Das prominenteste Urteil aus dieser Rechtsprechungslinie ist aber wohl die Leitentscheidung des BGH zum Abgassskandal. In dieser musste sich der VI. Zivilsenat mit der Frage befassen, ob dem arglistig getäuschten Käufer eines mit manipulierter Software ausgestatteten Kraftfahrzeugs durch den Abschluss des Kaufvertrags ein Schaden entstanden war, auch wenn das gekaufte Fahrzeug „sein Geld“ objektiv wert war. Der VI. Zivilsenat führte dazu aus, dass der Käufer auch bei objektiver Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung dadurch einen Vermögensschaden erleiden können, dass die Leistung für seine Zwecke nicht voll brauchbar sei. Dies erfordere aber, dass die durch den unerwünschten Vertrag erlangte Leistung nicht nur aus rein subjektiv willkürlicher Sicht als Schaden angesehen wird, sondern dass auch die Verkehrsanschauung bei Berücksichtigung der obwaltenden Umstände den Vertragsschluss als unvernünftig, den konkreten Vermögensinteressen nicht angemessen und damit als nachteilig ansehe. Diese Voraussetzungen sah das Gericht im Abgassskandal als erfüllt an.²¹⁹

3. Stellungnahme

Unter dem Eindruck der strafrechtlichen Lehre vom individuellen Schadenserschlag und ähnlicher Ansätze im zivilen Schadensrecht erscheint es schlüssig, die von der Gesellschaft erhaltene Gegenleistung auch bei der Geschäftsleiterhaftung unberücksichtigt zu lassen, soweit die Gesellschaft für sie keine Verwendung hat. Die zum Personengesellschaftsrecht ergangene Rechtsprechung, der zufolge Gegenleistungen, die für die Gesellschaft nutzlos sind, nicht im Wege der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen sind, lässt sich nahtlos in das Kapitalgesellschaftsrecht übertragen.²²⁰ Eine Legitimation dafür bietet der Kompensationszweck des Schadensersatzes: Hat der Geschädigte durch die Verletzungshandlung ein Gut erlangt, das für ihn ohne Wert ist, so hat er dadurch keine Schadenskompensation erfahren und bedarf folglich weiterhin eines Ausgleichs durch den Schädiger.²²¹

²¹⁸ BGH NJW 1998, 302, 304 f.; BGH NJW 1998, 898, 899; OLG Köln NJW 1972, 497, 498 f.

²¹⁹ BGHZ 225, 316, 335 f.

²²⁰ So auch OLG Düsseldorf BeckRS 2013, 12051; *Fleischer*, DStR 2009, 1204, 1206 f.; *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 49; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 46; *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, S. 357 f. (der die Haftungsfolge allerdings als drakonisch bezeichnet).

²²¹ Vgl. *Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, S. 271; in allgemeinerem Zusammenhang auch *Thüsing*, Wertende Schadensberechnung, S. 428 ff.

Zu klären bleibt, wie sich dieses Ergebnis im dogmatischen Gesamtgefüge der Vorteilsausgleichung verordnen lässt. Begnügt man sich dazu mit dem Verweis auf den normativen Schadensbegriff,²²² so hat man allein dargetan, dass eine Wertungsentscheidung erfolgt, nicht aber deren Begründung geliefert.²²³ Einen eleganteren Lösungsweg zeigt indessen die allgemein zivilrechtliche Judikatur zur subjektiven Schadensbestimmung auf. Sie diskutiert die Frage nicht als Problem der Vorteilsausgleichung, sondern auf einer vorgelagerten Ebene: Da die erlangte Gegenleistung für den Geschädigten wertlos ist, fehlt es ihm bereits an einem Vorteil, der sich auf seinen Anspruch anrechnen ließe. Mangels Vorteils erübrigt es sich auch, nach Gründen für die Versagung der Vorteilsausgleichung zu suchen.²²⁴

4. Zwischenfazit

Erhält die Gesellschaft aus einem Kompetenzverstoß des Geschäftsleiters eine Gegenleistung, die ihr subjektiv nutzlos ist, hat sie keinen Vorteil aus der Pflichtverletzung erlangt. Eine Anrechnung auf den Schadensersatzanspruch gegen ihren Geschäftsleiter kommt deshalb nicht in Betracht.

II. Schutz der Kompetenzordnung

Über den eben diskutierten Fall hinausgehend wird in Erwägung gezogen, dem Geschäftsleiter stets die Vorteilsausgleichung zu versagen, wenn er ein Zustimmungserfordernis übergeht, um dadurch die Kompetenzordnung der Gesellschaft zu schützen.

1. Meinungsstand

a) Obergerichtliche Rechtsprechung

Diese Sichtweise ist bislang vor allem in der obergerichtlichen Rechtsprechung vertreten worden. Aufmerksamkeit erhielt insbesondere ein Urteil des OLG München. Der Beklagte war Komplementär einer KGaA, deren Unternehmensgegenstand im Betrieb einer Brauerei bestand. Er erwarb im Namen der Gesellschaft eine stille Beteiligung an einer anderen Brauerei, ohne dabei die nach der Satzung erforderliche Zustimmung eines Beirats einzuholen. Die Gesellschaft verlangte deshalb Schadensersatz in Höhe der für die Beteiligung geleisteten Einlage. Das OLG Münchens entschied, dass auf diesen Schadensersatzanspruch nicht der Wert der

²²² So OLG Düsseldorf BeckRS 2013, 12051.

²²³ Siehe zu dieser Kritik am normativen Schadensbegriff im Allgemeinen bereits 2. Teil: A.I.3.b).

²²⁴ Vgl. allgemein zur subjektiven Vorteilsbemessung *Thüsing*, Wertende Schadensberechnung, S. 430 f.

Beteiligung im Wege der Vorteilsausgleichung anzurechnen sei, da dies dem Sinn und Zweck des satzungsmäßigen Zustimmungserfordernisses widerspräche. Dieses bezwecke gerade, Investitionen von der internen Prüfung und Zustimmung des Beirats abhängig zu machen. Bezöge man die Gegenleistung bei der Schadensberechnung mit ein und lasse so in vollem Umfang eine Differenzbetrachtung zu, missachte man diesen Schutzzweck, indem man dem Beirat gegen seinen Willen eine durch ihn gerade nicht gebilligte Investition aufdränge. Dabei verwies das OLG München auch auf die strafrechtliche Lehre vom individuellen Schadenseinschlag. Es verurteilte den Beklagten zum Schadensersatz in Höhe der zum Beteiligungserwerb aufgewandten Mittel Zug-um-Zug gegen die Abtretung der aus der stillen Beteiligung resultierenden Ansprüche (§ 255 BGB).²²⁵

Dieser Rechtsauffassung schloss sich auch das Kammergericht an. Im zugrunde liegenden Fall hatte ein GmbH-Geschäftsführer im Namen der Gesellschaft Buchhaltungssoftware erworben. Die dafür aufgrund des Transaktionsvolumens (über 100.000 DM) notwendige Zustimmung der Alleingesellschafterin hatte er nicht eingeholt, weshalb die Gesellschaft ihn auf Schadensersatz in Anspruch nahm. Das Kammergericht befand, dass der Geschäftsführer in Höhe des vollen Erwerbspreises ersatzpflichtig sei und griff dabei auf dieselben Erwägungen zurück wie schon das OLG München.²²⁶

b) Lehre

Diese rigorose Rechtsprechung stieß in der Literatur auf ein geteiltes Echo. Ihre Gegner versuchen ihre Argumentation mit einem systematischen Schluss aus den §§ 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG, 93 Abs. 3 AktG zu entkräften. Da nur bei diesen Sondertatbeständen eine Gesamtvermögensbetrachtung ausscheide, könne dem Geschäftsleiter die Vorteilsausgleichung in anderen Fällen nicht pauschal verwehrt werden.²²⁷ Ihre Befürworter bemühen hingegen einmal mehr den Präventionszweck der Geschäftsleiterhaftung. Dieser gebiete es, die Vorteilsausgleichung zu versagen, um das Abschreckungspotenzial der Haftungsandrohung aufrechtzuhalten und den Geschäftsleiter dazu zu bewegen, die erforderliche Zustimmung der Geschäftsorgane einzuholen.²²⁸

²²⁵ Zu allem OLG München NZG 2000, 741, 743; zustimmend *Sailer-Coceani*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 36.

²²⁶ KGR Berlin 2005, 126, 127 f.; zustimmend *Brötzmann*, GmbHR 2005, 480, 481.

²²⁷ *Harzenetter*, Innenhaftung des Vorstands der Aktiengesellschaft für so genannte nützliche Pflichtverletzungen, S. 137; *Fleischer*, DStR 2009, 1204, 1207; siehe allgemein zur Vorteilsausgleichung bei der Verletzung der Sondertatbestände 3. Teil: D.

²²⁸ Vgl. *Spindler*, FS Canaris II, 2007, S. 403, 425 f. Unklar *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 410 und *Marsch-Barner*, ZHR 173 (2009), 723, 729, die OLG München NZG 2000, 741 zwar zustimmend zitieren, dabei aber nur § 255 BGB ansprechen.

2. Stellungnahme

Der Rückschluss aus den §§ 43 Abs. 3 Satz 1, 93 Abs. 3 AktG überzeugt für sich genommen nicht. Mit der Prämisse, dass dem Geschäftsleiter die Vorteilsausgleichung nur (!) bei der Verletzung der Sondertatbestände per se zu versagen sei, setzt dieses Argument voraus, was es erst zu begründen gilt, und läuft damit Gefahr, ins Zirkuläre zu geraten.

Gleichwohl ist der obergerichtlichen Rechtsprechung nicht beizutreten. Sie sieht sich zunächst demselben Einwand ausgesetzt, der auch schon gegen einen Ausschluss der Vorteilsausgleichung bei Verstößen gegen die externe Pflichtenbindung der Gesellschaft spricht: Auch hier steht und fällt die präventive Einwirkung auf den Geschäftsleiter nicht mit der Vorteilsausgleichung. Für ihn besteht schon deshalb Anreiz dazu, die Zustimmung der zuständigen Gesellschaftsorgane einzuholen, da auch bei einem Verstoß gegen die interne Pflichtenbindung eine Kündigung des Anstellungsvertrags und eine Abberufung drohen.²²⁹ Keinen zureichenden Versagungsgrund stellt ferner der Wunsch dar, das zuständige Gesellschaftsorgan davor zu schützen, dass ihm ein Geschäft gegen seinen Willen „aufgedrängt“ wird. Dieses Risiko weist die Rechtsordnung der Gesellschaft bewusst zu, indem sie dem Schutz des Rechtsverkehrs Vorrang vor den Interessen der Gesellschaft gewährt und deshalb auch binnenrechtswidrige Geschäfte Dritten gegenüber für wirksam erklärt.

Anders als das OLG München meint, findet seine Auffassung auch in einer Analogie zur strafrechtlichen Lehre vom individuellen Schadenseinschlag keine Stütze. Bei dieser Doktrin geht es ausschließlich darum, Umstände zu berücksichtigen, die sich aus der individuellen Sphäre des Erwerbers ergeben – etwa die Brauchbarkeit der Gegenleistung für den Erwerber oder sonstige Auswirkungen auf sein Vermögen.²³⁰ Es lässt sich nicht erkennen, dass solche Umstände in den beiden obergerichtlich entschiedenen Fällen vorlagen. Im Gegenteil liegt die Annahme nahe, dass es für eine Brauerei subjektiv nützlich ist, eine stille Beteiligung an einer anderen Brauerei zu erwerben. Die Gerichte hielten deshalb in der Sache auch gar nicht individuelle Besonderheiten der Gesellschaft für maßgeblich, sondern ein abstraktes Gebot, die Dispositionsfreiheit der übergangenen Gesellschaftsorgane zu schützen. Diese Herleitung lässt sich aber mit einer Analogie zur strafrechtlichen Lehre vom individuellen Schadenseinschlag nicht begründen, da das Betrugsstrafrecht keinen Schutz der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit als solcher vermittelt.²³¹

Auch im zivilrechtlichen Korsett der §§ 249 ff. BGB lässt sich die erhaltene Gegenleistung nicht vollständig ausblenden, da die Zustimmungskompetenz der

²²⁹ Siehe dazu 3. Teil: B.III.2.

²³⁰ Siehe dazu 3. Teil: C.I.2.a).

²³¹ Allgemeine Meinung, siehe RGSt 16, 1, 4 ff.; BGHSt 16, 321, 325; BGH NZtZ-RR 2001, 41 f.; Fischer, StGB, § 263 Rn. 146; Schmoller, ZStW 103 (1991), 92, 111 ff.; Tiedemann, in: LK, StGB, § 263 Rn. 178.

übergangenen Gesellschaftsorgane keinen Selbstzweck darstellt. Sie soll es dem jeweiligen Gesellschaftsorgan ermöglichen, die Rechtmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit des zustimmungspflichtigen Geschäfts sicherzustellen.²³² Ein Eigenwert, der sich schadensersatzrechtlich beziffern ließe, wohnt ihr darum nicht inne.²³³ Erweist sich das Geschäft, bei dem der Geschäftsleiter ein Gesellschaftsorgan pflichtwidrig übergangen hat, als im Übrigen rechtmäßig, wirtschaftlich und zweckmäßig, lässt sich ein Vermögensschaden deshalb nicht konstruieren.²³⁴

3. Zwischenfazit

Die Vorteilsausgleichung ist dem Geschäftsleiter nicht bei jedem Kompetenzverstoß zu verwehren. Soweit die erhaltende Leistung der Gesellschaft auch subjektiv nützlich ist, findet eine Vorteilsausgleichung gemäß der Regel statt, dass Leistungen Dritter, die auf einer vom Schädiger geschaffenen Rechtspflicht beruhen, anzurechnen sind.²³⁵ Die anderslautende obergerichtliche Rechtsprechung, die eine Vorteilsausgleichung zum Schutz der Kompetenzordnung stets unterlassen möchte, verdient keine Zustimmung.

III. Saldierung mehrerer pflichtwidriger Geschäfte

Das letzte Problem der Vorteilsausgleichung bei der Verletzung der internen Pflichtenbindung tritt auf, wenn der Geschäftsleiter mehrere gleich gelagerte kompetenzwidrige Geschäfte tätigt, durch die der Gesellschaft bei einer Gelegenheit Gewinne und bei anderer Gelegenheit Verluste entstehen. Fraglich ist dann, ob die verlustträchtigen Geschäfte bei der Schadensbestimmung isoliert zu betrachten oder mit den Gewinnen aus den anderen Geschäften zu saldieren sind.

Der II. Zivilsenat des BGH hatte sich 2013 mit dieser Frage im sogenannten Hypothekenbank-Fall auseinanderzusetzen: Die Beklagten waren Vorstände der klagenden AG, deren Unternehmensgegenstand der Betrieb einer Hypothekenbank im Sinne des Hypothekenbankgesetzes bildete. Sie tätigten im Namen der Klägerin mehrere Zinsderivatgeschäfte (darunter Zins-Swap-Geschäfte und Forward-Rate-

²³² Vgl. *Brouwer*, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht, S. 82 ff.; *Götz*, ZGR 1990, 633, 640; *Schönberger*, Der Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates bei Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands (§ 111 Abs. 4 Satz 2–4 AktG), S. 62.

²³³ Siehe BGH NJW-RR 2012, 728, 730: „§ 43 Abs. 2 GmbHG [...] sanktioniert nicht den Kompetenzverstoß des Geschäftsführers an sich, sondern setzt einen dadurch verursachten Schaden voraus“; fortgesetzt von BGH NJW 2013, 3636, 3640 (insoweit nicht in BGHZ 197, 304 abgedruckt) und BGHZ 219, 193, 198 f.; ferner *Pospiech*, Die Rechtsfolgen der zivilrechtlichen Organhaftung, S. 84.

²³⁴ *S. Binder*, Grenzen der Vorstandshaftung, S. 251 f.; *Fleischer*, DStR 2009, 1204, 1207.

²³⁵ Siehe hierzu 3. Teil: A.III.3.b).

Agreements), die das Volumen des originären Hypothekenbankgeschäfts weit überstiegen. Während einige dieser Geschäfte zu einem Verlust von über 250 Mio. EUR führten, erzielte die Gesellschaft aus anderen Gewinne. Dem Prozessvortrag der Beklagten zufolge hatte die Gesellschaft durch ihre Zinsderivatgeschäfte im Saldo gar einen Überschuss von 345,6 Mio. EUR erwirtschaftet.²³⁶ Der II. Zivilsenat bejahte eine Haftung der Beklagten nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG dem Grunde nach. Sie hätten ihre Legalitätspflicht verletzt, da die Zinsderivatgeschäfte nicht vom Unternehmensgegenstand gedeckt gewesen seien.²³⁷ Im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität stellte sich dem Senat die Frage, ob die Gewinne aus den Zinsderivatgeschäften auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen sind.

Diese Konstellation erinnert an einen Klassiker, der die Bühne der Rechtsgeschichte in wechselnder Gestalt betreten hat. Seine Wurzeln lassen sich bis zu den Digesten zurückverfolgen. Pomponius besprach dort einen Fall der *negotiorum gestio*, bei der sich einige Geschäfte als gewinnträchtig und andere als verlustreich erwiesen, und plädierte dafür, beide miteinander zu saldieren.²³⁸ Philipp Heck diskutierte 1929 den Fall eines Prokuristen, der entgegen seiner Instruktion Börsentermingeschäfte im Namen seines Prinzipals schloss, von denen einige Gewinne und andere Verluste einbrachten. Heck sprach sich ebenfalls dafür aus, beide im Wege der Vorteilsausgleichung miteinander zu verrechnen.²³⁹ Die schadensrechtliche Literatur rezipiert den heckschen Prokuristen²⁴⁰ verschiedentlich und sprach sich ebenfalls für eine Vorteilsausgleichung aus.²⁴¹ In einer aktuellen Kommentierung gilt er gar als „Musterbeispiel“ dafür, dass eine Vorteilsausgleichung erfolgt, wenn die Vermögensmehrung weder aus einem Zutun des Geschädigten noch eines Dritten rührt.²⁴²

²³⁶ BGH NJW 2013, 1958 f.; vgl. auch die Sachverhaltsschilderung der Vorinstanzen LG Frankfurt AG 2006, 510; OLG Frankfurt AG 2011, 595.

²³⁷ BGH NJW 2013, 1958, 1959 f.; anders noch in der Eingangsinstanz LG Frankfurt AG 2006, 510 f.: Die Beklagten hätten nicht pflichtwidrig gehandelt, da die zuständige Aufsichtsbehörde die Verstöße ausdrücklich geduldet habe.

²³⁸ Digesten 3.5.10.: „Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes. Sed Proculus interdum etiam casum praestare debere, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine eius geras: veluti venales novicios coemendo vel aliquam negotiationem ineundo. Nam si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur, lucrum vero absentem: quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet.“; siehe dazu auch H. A. Fischer, Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 228 ff.; Oertmann, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, S. 176 ff.

²³⁹ Heck, Schuldrecht, § 15, S. 49 f.

²⁴⁰ In einer Abwandlung der Erzählung handelt es sich auch mal um eine Bank, die mehrere Wertpapierordern zu spät ausführt, siehe Büdenbender, Vorteilsausgleichung und Drittschadensliquidation bei obligatorischer Gefahrentlastung, S. 12, 52.

²⁴¹ Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 9 IV.1., S. 503; Rudloff, FS v. Hippel, 1967, S. 423, 434 ff.

²⁴² Ekkenga/Kuntz, in: Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 311; siehe allgemein zu dieser Fallgruppe 3. Teil: A.III.4.

Auch die höchstrichterliche Rechtsprechung sah sich mehrmals mit derartigen Fällen konfrontiert. Bereits 1975 entschied der VI. Zivilsenat über die Haftung eines Nachlassverwalters, der sowohl Nachlassvermögen verspekuliert als auch eine Nachlassgläubigerin zum Anspruchsverzicht bewogen hatte.²⁴³ Zudem befasste sich der XI. Zivilsenat, zwei Jahre nachdem der II. Zivilsenat den Hypothekenbank-Fall behandelt hatte, mit einem sehr ähnlichen Sachverhalt: Eine Bank hatte einem Kunden pflichtwidrig zu Swap-Geschäften geraten, von denen einige zu Gewinnen und andere zu Verlusten geführt hatten.²⁴⁴

Das gemeinsame Problem jener Fälle besteht darin, dass die Kausalität zwischen Verletzungshandlung und Vorteil fraglich ist.²⁴⁵ Ob der reichen Geschichte dieser Fallkonstellation verwundert es, dass dieses Problem bislang nur wenig Beachtung fand. Um sich seiner Lösung zu nähern, empfiehlt sich ein schrittweises Vorgehen. Zuerst ist zu untersuchen, ob sich die verschiedenen Geschäfte zu einer normativen Handlungseinheit verknüpfen lassen. Wäre dies der Fall, ließen sie sich als eine einheitliche Verletzungshandlung verstehen und auch die kausale Vorteilsentstehung zwanglos begründen. Soweit dies nicht möglich ist, bedarf es einer Erörterung, ob die Vorteilsausgleichung unmittelbar oder entsprechend angewandt werden kann, wenn der Vorteil nicht kausal auf die Verletzungshandlung zurückgeht. Sofern auch dieser Weg ausscheidet, ist zu fragen, ob sich eine Saldierung jenseits des Rechtsinstituts der Vorteilsausgleichung begründen lässt.

1. Vorteilsausgleichung bei Handlungseinheit

Soweit die infrage stehenden Geschäfte eine Handlungseinheit darstellen, lässt sich die Kausalitätshürde der Vorteilsausgleichung überwinden, da in diesem Fall sämtliche Verluste und Gewinne kausal auf eine Verletzungshandlung zurückgingen.²⁴⁶

a) Voraussetzungen einer Handlungseinheit

Für die Dogmatik der Handlungseinheit bietet die strafrechtliche Konkurrenzlehre Inspiration. Die dort gewonnenen Erkenntnisse können dem Zivilrecht zumindest als Richtschnur dienen.²⁴⁷ Anknüpfen ließe sich insbesondere an die Rechtsfigur der natürlichen Handlungseinheit. Für diese ist ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen mehreren menschlichen Verhaltensweisen kennzeichnend, sodass sich das gesamte Tätigwerden bei natürlicher Betrachtungsweise als ein

²⁴³ BGH FamRZ 1975, 576.

²⁴⁴ BGHZ 205, 117.

²⁴⁵ Vgl. *Thüsing*, Wertende Schadensberechnung, S. 31 ff.

²⁴⁶ Dies erwägend bereits *H. A. Fischer*, Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 230 f.; ferner *Oetker*, in: MünchKomm, BGB, § 249 Rn. 231.

²⁴⁷ Vgl. *Hildebrandt*, Zur Handlungseinheit und Handlungsmehrheit im Zivilrecht, S. 94.

einheitlich zusammengefasstes Tun erkennbar macht.²⁴⁸ Für eine natürliche Handlungseinheit müssen sowohl objektive als auch subjektive Kriterien erfüllt sein. Objektiv muss der Handelnde denselben Tatbestand in einem engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang wiederholt verwirklichen.²⁴⁹ In subjektiver Hinsicht muss er einen einheitlichen Willen aufweisen, wovon auszugehen ist, wenn die Handlung auf einen einheitlichen Entschluss zurückgeht.²⁵⁰

b) Handlungseinheit bei der Geschäftsleiterhaftung

Der Sache nach ging wohl das OLG Frankfurt in seiner Berufungsentscheidung zum Hypothekbank-Fall von einer natürlichen Handlungseinheit aus. Es fasste die verschiedenen Geschäfte in der schadensrechtlichen Betrachtung zusammen, da im Rahmen der Sitzungen des Vorstands regelmäßig nicht einzelne Swap-Geschäfte beschlossen worden seien, sondern der Abschluss ganzer Pakete von Zinsderivatgeschäften. Die einheitliche Beschlussfassung verklammere die Einzelgeschäfte, sodass zwischen ihnen eine Wechselwirkung und innere Abhängigkeit bestanden habe.²⁵¹ Dem folgte der II. Zivilsenat nicht, da nicht die Beschlussfassung, sondern der Abschluss der einzelnen Geschäfte die Pflichtverletzung darstelle, welche für die schadensrechtliche Beurteilung maßgeblich sei.²⁵² Gleichgesinnt entschied auch der XI. Zivilsenat in ähnlich gelagerten Fällen der Bankenhaftung bei Zins-Swap-Geschäften: Die einzelnen Swap-Geschäfte bildeten nicht schon deshalb eine schadensrechtliche Einheit, weil Bank und Kunde einen Rahmenvertrag über sie abgeschlossen hätten.²⁵³

Beruhet der Abschluss mehrerer pflichtwidriger Geschäfte auf einer einheitlichen Entscheidung des Vorstands, ist lediglich das subjektive Kriterium der natürlichen Handlungseinheit erfüllt. Dem II. Zivilsenat ist darin zu zustimmen, dass dies für sich genommen nicht ausreicht, um die Geschäfte zu einer natürlichen Handlungseinheit zu verklammern,²⁵⁴ da eine natürliche Handlungseinheit überdies objektive Voraussetzungen erfüllen muss: Das Vorstandsmitglied müsste auch wiederholt in engem zeitlichem und räumlichem Zusammenhang gegen denselben

²⁴⁸ RGSt 58, 113, 116; BGHSt 4, 219, 220; BGH NJW 1990, 2896.

²⁴⁹ BGHSt 1, 168; BGH NJW 1996, 1604, 1605; BGH StV 1996, 481.

²⁵⁰ BGHSt 1, 168, 170; BGH NJW 1977, 2321.

²⁵¹ OLG Frankfurt AG 2011, 595 ff. Mit dieser Argumentation schloss das Gericht auch solche Geschäfte ein, bei denen sich der Vorstand pflichtgemäß verhalten hatte.

²⁵² Vgl. BGH NJW 2013, 1958, 1960; auch in der Eingangsstanz ging LG Frankfurt AG 2006, 510, 511 davon aus, dass sich die Geschäfte nicht zu einer Handlungseinheit zusammenfassen lassen.

²⁵³ BGHZ 205, 117, 149 f.; BGH NJW-RR 2013, 948 f.; zustimmend *Bausch*, BKR 2016, 297, 298; siehe für die Gegenansicht: OLG München ZIP 2013, 511, 513; *Lehmann*, ZBB 2015, 282, 291; *Stackmann*, NJW 2012, 2913, 2915; *Zoller*, BKR 2012, 405, 410.

²⁵⁴ So auch *Bausch*, LMK 2013, 345913; *Illhardt/P. Scholz*, DZWIR 2013, 512, 516; *Wittmann*, jurisPR-BKR 9/2013 Anm. 3.

Tatbestand verstoßen. Da die haftungsrelevante Pflichtverletzung nicht im Vorstandsbeschluss, sondern in der Ausführung der Geschäfte liegt, muss die objektive Betrachtung der Handlungseinheit an Letztere anknüpfen. Die im Hypothekendarlehenbank-Fall streitgegenständlichen Geschäfte erstreckten sich aber über einen Zeitraum von anderthalb Jahren,²⁵⁵ weshalb ein enger zeitlicher Zusammenhang dort nicht mehr angenommen werden kann.

Wären die Geschäfte hingegen zeitgleich oder zumindest zeitnah abgeschlossen worden, würden sie sich objektiv als äußerlich zusammengefasstes Tun darstellen. Beruhen mehrere kompetenzwidrige Geschäfte also auf einem einheitlichen Beschluss und werden sie in enger zeitlicher Folge ausgeführt, liegen sowohl die subjektiven als auch objektiven Voraussetzungen einer natürlichen Handlungseinheit vor.²⁵⁶ In diesem Fall beruhen die Gewinne und Verluste auf derselben Verletzungshandlung, womit das Kausalitätskriterium der Vorteilsausgleichung erfüllt wäre.

2. Vorteilsausgleichung bei Handlungsmehrheit

Fraglich ist, ob die Gewinne und Verluste auch dann unmittelbar oder entsprechend im Wege der Vorteilsausgleichung miteinander verrechnet werden können, wenn sie auf verschiedenen Pflichtverletzungen des Vorstands beruhen.

a) Unmittelbare Anwendung der Vorteilsausgleichung

Eine Vorteilsausgleichung setzt voraus, dass der Vorteil auf der Verletzungshandlung beruht. Trotz aller Meinungsverschiedenheiten über die Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung im Einzelnen besteht Einigkeit darüber. Zweifel bestehen lediglich daran, ob auch das Adäquanzkriterium heranzuziehen ist.²⁵⁷ Das Kausalitätserfordernis erfüllt eine bedeutende Filterfunktion, indem es den rechtlichen Konnex zwischen Schaden und Vorteil schafft. Verzichtete man darauf, würde die Vorteilsausgleichung nahezu uferlos, da der Schädiger Anspruch darauf erheben könnte, an jeder erdenklichen Vermögensmehrung des Geschädigten teilzuhaben. Mithin ist die Vorteilsausgleichung nicht unmittelbar auf Vorteile anwendbar, die nicht kausal auf die Verletzungshandlung zurückgehen.

²⁵⁵ BGH NJW 2013, 1958; OLG Frankfurt AG 2011, 595. Das zeitliche Moment hielt auch der XI. Zivilsenat in seiner Rechtsprechung zur Bankenhaftung bei Swap-Geschäften für maßgeblich, siehe BGHZ 205, 117, 148.

²⁵⁶ Vgl. auch S. Binder, Grenzen der Vorstandshaftung, S. 266; Illhardt/P. Scholz, DZWIR 2013, 512, 516: einheitliche Pflichtverletzung.

²⁵⁷ Siehe 3. Teil: A.II.1.a).

b) Entsprechende Anwendung der Vorteilsausgleichung

Der II. Zivilsenat gelangte im Hypothekenbank-Fall zu einer „entsprechende[n] Anwendung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung“. Diese begründete er mit drei Argumenten: Die Gesellschaft dürfe sich nicht entgegen dem Bereicherungsverbot aufgrund eines Fehlers des Geschäftsleiters auf dessen Kosten bereichern. Sie verhalte sich treuwidrig und widersprüchlich, wenn sie den Geschäftsleiter für einen Fehler ersatzpflichtig mache, aber den Gewinn behalte, wenn er den gleichen Fehler erneut begehe. Darüber hinaus zog der Senat eine Parallele zur gesetzlichen Wertung bei der unberechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag. Dort schulde der Geschäftsführer zwar auch Schadensersatz (§ 678 BGB), könne aber eine Bereicherung des Geschäftsherrn herausverlangen (§ 684 Satz 1 BGB), wodurch sich sein Anspruch um diese kürze.²⁵⁸ Im Ergebnis geht der II. Zivilsenat deshalb davon aus, dass die Gesellschaft von den Beklagten lediglich den Gesamtsaldo aller pflichtwidrigen Geschäfte ersetzt verlangen kann.

Ins Auge fällt zunächst die dogmatische Unklarheit dieses Vorgehens. Die vom II. Zivilsenat verwendete Terminologie („entsprechende[n] Anwendung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung“)²⁵⁹ legt nahe, dass es sich methodisch um einen Analogieschluss handelt. Dazu bedürfte es einer Regelungslücke und einer gleichgelagerten Interessenlage.²⁶⁰ Der II. Zivilsenat unterließ es allerdings, sich mit den Analogievoraussetzungen auseinanderzusetzen, und führte stattdessen allgemeine Erwägungen ins Feld, die aus seiner Sicht dafürsprechen, Gewinne und Verluste miteinander zu verrechnen. Damit gelangt er im Ergebnis dazu, dass das Kausalitätserfordernis der Vorteilsausgleichung fortfällt – und mit ihm dessen Begrenzungsfunktion. Die Konturen dieser Rechtsfigur hat er damit erheblich verwässert.²⁶¹ Schon im Allgemeinen wirkt dieses Vorgehen wenig überzeugend. Dieser Eindruck bestätigt sich, sobald man den einzelnen Argumenten des II. Zivilsenats auf den Zahn fühlt.

aa) Bereicherungsverbot

Was den Hinweis auf das Bereicherungsverbot angeht, ist einmal mehr in Erinnerung zu rufen, dass diesem kein eigenständiger argumentativer Wert innewohnt. Dass eine Bereicherung des Geschädigten unzulässig ist, bedarf einer einzelfallbe-

²⁵⁸ BGH NJW 2013, 1958, 1961. Diese Argumentation ist zu großen Teilen *Gregor*, Das Bereicherungsverbot, S. 199 f. entnommen; zustimmend *Brock*, Legalitätsprinzip und Nützlichkeitserwägungen, S. 319; *Fleischer*, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 52; *Hoffmann-Becking*, in: ders., Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts IV, § 26 Rn. 19; *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbbecke, GmbHG, § 43 Rn. 183; *Spindler*, in: MünchKomm, AktG, § 93 Rn. 192; wohl auch *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 411.

²⁵⁹ BGH NJW 2013, 1958, 1961.

²⁶⁰ Vgl. *Möllers*, Juristische Methodenlehre, § 6 Rn. 106 f.; *Reimer*, Juristische Methodenlehre, Rn. 562 ff.; *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 889.

²⁶¹ Vgl. *Illhardt/P. Scholz*, DZWIR 2013, 512, 514.

zogenen Begründung, die sich durch den schlagwortartigen Gebrauch des Begriffs „Bereicherungsverbot“ nicht ersetzen lässt.²⁶² Die Argumentation des BGH im Hypothekenbank-Fall illustriert die allgemeinen Unzulänglichkeiten des Bereicherungsverbots. Eine „Bereicherung“ der Gesellschaft ergibt sich hier nämlich nicht aus der haftungsbegründenden Pflichtverletzung, sondern anderen Handlungen des Vorstandsmitglieds. Zu einer angeblich verbotenen Bereicherung der Gesellschaft aufgrund *eines* Fehlers des Vorstandsmitglieds gelangt man deshalb nur dann, wenn man beide Handlungen miteinander verknüpft. Genau das versucht der II. Zivilsenat durch das Bereicherungsverbot aber erst herzuleiten und unterliegt damit einem Zirkelschluss.²⁶³

bb) Verbot widersprüchlichen Verhaltens

Auch die Behauptung, die Gesellschaft verhalte sich treuwidrig und widersprüchlich, wenn sie den Geschäftsleiter für den gleichen Fehler einmal schadensersatzpflichtig mache und ein andermal den daraus resultierenden Gewinn behielte, leuchtet nicht ein. Der II. Zivilsenat recurriert damit anscheinend auf das in § 242 BGB verankerte Verbot des *venire contra factum proprium*. Diesem zufolge ist eine Rechtsausübung unzulässig, wenn sich der Gläubiger dadurch in Widerspruch zu seinem eigenen früheren Verhalten setzt.²⁶⁴

Weshalb sich die Gesellschaft zu ihrem eigenen früheren Verhalten in Widerspruch setzten würde, wenn sie den Geschäftsleiter auf den vollen Schaden ohne Abzug der Gewinne in Anspruch nähme, begründet der II. Zivilsenat nicht. Die Behauptung lässt sich schwer nachvollziehen, da die Gesellschaft ihren Anspruch erst verfolgen kann, wenn die Kompetenzüberschreitung in einem Schaden mündet und sie davon Kenntnis erlangt.²⁶⁵ Ein schutzwürdiges Vertrauen des Geschäftsleiters, nicht in Anspruch genommen zu werden, ließe sich allenfalls erwägen, wenn das zuständige Gesellschaftsorgan gleich gelagerte Geschäfte in der Vergangenheit wissentlich geduldet hat. In dieser Konstellation liegt es aber näher, in der Duldung bereits eine konkludente Einwilligung in weitere Geschäfte zu erblicken, sodass sich der Geschäftsleiter schon gar nicht pflichtwidrig verhalten hätte.²⁶⁶

Selbst wenn man aber mit dem II. Zivilsenat von einem *venire contra factum proprium* ausgehen möchte, handelte es sich bei der entsprechenden Anwendung der Vorteilsausgleichung um ein *non sequitur*: Rechtsfolge des Verbots widersprüchlichen Verhaltens ist lediglich, dass das „an sich“ bestehende Recht einer Partei als

²⁶² Siehe 3. Teil: A.I.1.b).

²⁶³ Illhardt/P. Scholz, DZWIR 2013, 512, 515.

²⁶⁴ Vgl. Kähler, in: BeckOGK, § 242 BGB Rn. 1209 ff.; Looschelders/Olzen, in: Staudinger, BGB, § 242 Rn. 284 ff.

²⁶⁵ Illhardt/P. Scholz, DZWIR 2013, 512, 516.

²⁶⁶ Vgl. dazu Fleischer, in: MünchKomm, GmbHG, § 43 Rn. 279; Paefgen, in: Habersack/Casper/Löbke, GmbHG, § 43 Rn. 221.

unzulässige Rechtsausübung ignoriert wird,²⁶⁷ nicht aber eine Rechtsvernichtung, wie sie von der Vorteilsausgleichung ausgeht. So hat zwar auch schon der VI. Zivilsenat einmal für möglich erachtet, dass Treu und Glauben eine Saldierung mit nicht kausal entstandenen Vorteilen gebieten, doch dabei zugleich klargestellt, dass die Vorteilsausgleichung dafür nicht den richtigen methodischen Ansatzpunkt bildet.²⁶⁸

cc) Parallele zur Geschäftsführung ohne Auftrag

Zuletzt überzeugt auch der Versuch nicht, Wertungen der Geschäftsführung ohne Auftrag heranzuziehen. Der Geschäftsleiter unterfällt dem Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht, da er nicht „ohne Auftrag“, sondern kraft seiner Organstellung mit sonstiger Berechtigung handelt.²⁶⁹ Dies gilt auch dann, wenn er die Grenzen seiner Geschäftsführungsbefugnis überschreitet, da das Gesellschaftsrecht die Folgen dieser Pflichtverletzung abschließend regelt.²⁷⁰ Das Tatbestandsmerkmal „ohne Auftrag“ stellt aber die entscheidende Eingangsvoraussetzung in die Rechtsfolgen der §§ 677 ff. BGB dar, da in ihm die Subsidiarität der Geschäftsführung ohne Auftrag gegenüber anderen Rechtsverhältnissen zum Ausdruck kommt.²⁷¹ Wertungen der Geschäftsführung ohne Auftrag können deshalb nicht unbesehen auf andere Sachverhalte übertragen werden.²⁷²

Gerade der vom II. Zivilsenat herangezogenen Herausgabeanspruch des § 684 Satz 1 BGB verdeutlicht die Unterschiede zwischen Geschäftsführung ohne Auftrag und Geschäftsleiterhaftung: Der Geschäftsleiter hat keinen Anspruch gegen die Gesellschaft auf Herausgabe des aus seiner Pflichtverletzung Erlangten, wie ihn § 684 Satz 1 BGB dem unberechtigten Geschäftsführer gegen seinen Geschäftsherrn gewährt.²⁷³ Zu der Norm lässt sich keine Wertungsparallele ziehen, da sie im Gegenteil eine Wertungsdiskrepanz zwischen beiden Rechtsmaterien verdeutlicht.

²⁶⁷ Schubert, in: MünchKomm, BGB, § 242 Rn. 221 f.; vgl. auch BGHZ 12, 154, 157; Looschelders/Olzen, in: Staudinger, BGB, § 242 Rn. 225.

²⁶⁸ BGH FamRZ 1975, 576, 577, näher dazu 3. Teil: C.III.3.

²⁶⁹ Vgl. Dornis, in: Erman, BGB, § 677 Rn. 49; F. Schäfer, in: MünchKomm, BGB, § 677 Rn. 82.

²⁷⁰ Vgl. BGH NJW-RR 1988, 995, 996; BGH NJW-RR 1989, 1255, 1257 f.; Bergmann, in: Staudinger, BGB, Vorb. § 677 Rn. 190; Sprau, in: Palandt, BGB, § 677 Rn. 11; siehe auch I. Teil: D.I.1.a); für eine Anwendbarkeit der Geschäftsführung ohne Auftrag bei Kompetenzüberschreitungen im Personengesellschaftsrecht aber noch RGZ 158, 302, 312 ff.

²⁷¹ Vgl. F. Schäfer, in: MünchKomm, BGB, § 677 Rn. 75.

²⁷² Zum Vorstehenden Illhardt/P. Scholz, DZWIR 2013, 512, 515.

²⁷³ Illhardt/P. Scholz, DZWIR 2013, 512, 515.

dd) *Windfall profit* und Hin- und Herzahlen

Eine dem II. Zivilsenat sekundierende Literaturansicht führt noch zwei weitere Gesichtspunkte ins Feld: Erstens entstünde der Gesellschaft ein *windfall profit*, wenn man die Vorteilsausgleichung nicht zulasse.²⁷⁴ Zweitens vermeide die Vorteilsausgleichung ein überflüssiges Hin- und Herzahlen zwischen Gesellschaft und Geschäftsleiter, indem sie von vornherein eine Saldierung herbeiführe.²⁷⁵

Beide Einwände lassen sich allerdings durch eine Kontrollüberlegung entkräften, die sich bereits bei der Parallele zur Geschäftsführung ohne Auftrag angedeutet hat: Erweisen sich alle durch den Geschäftsleiter abgeschlossenen Geschäfte als gewinnträchtig, steht diesem kein Herausgabeanspruch gegen die Gesellschaft zu. Die Gewinne verbleiben in diesem Fall endgültig im Gesellschaftsvermögen. Anders als bei der Verletzung der externen Pflichtenbindung²⁷⁶ stellt eine Kompetenzüberschreitung des Geschäftsleiters hier auch nicht zugleich einen Rechtsverstoß der Gesellschaft im Außenverhältnis dar. Ein (öffentlich-rechtliches) Gebot, dem zufolge ihr aus der Kompetenzüberschreitung kein Gewinn verbleiben darf, lässt sich damit ebenfalls nicht ermitteln. In dem hier entstehenden „*windfall profit*“ kommt vielmehr die gesetzgeberische Entscheidung zum Ausdruck, dass die Gesellschaft im Außenverhältnis auch dann wirksam verpflichtet wird, wenn der Geschäftsleiter seine Geschäftsführungsbefugnis im Innenverhältnis überschreitet. Es lässt sich darum nicht schlüssig begründen, dass die Gesellschaft mittelbar im Wege der Vorteilsausgleichung den Gewinn dann wieder an den Geschäftsleiter auskehren muss, wenn sich dieser durch eine andere Handlung ihr gegenüber schadensersatzpflichtig macht.²⁷⁷ Zugleich ist damit auch die Sorge vor einem überflüssigen Hin- und Herzahlen unbegründet. Zu diesem kann es nicht kommen, da der Geschäftsleiter keinen Zahlungsanspruch gegen die Gesellschaft hat.

ee) Rechtsprechung des XI. Zivilsenats

Bezeichnenderweise hat auch der XI. Zivilsenat in einer Entscheidung zur Bankenhaftung bei Zins-Swap-Geschäften eine entsprechende Anwendung der Vorteilsausgleichung abgelehnt und Gewinne aus anderen Swap-Geschäften nicht auf den Schadensersatzanspruch des Kunden angerechnet. Den entscheidenden Unterschied zum Hypothekenbank-Urteil erblickte er darin, dass dort die besondere Treuepflicht zwischen Geschäftsleiter und Gesellschaft ausschlaggebend gewesen sei, die sich nicht mit der zwischen Bank und Kunde vergleichen ließe.²⁷⁸ Da sich die Argumentation des II. Zivilsenats aber nicht in einem Rekurs auf die Treuepflicht

²⁷⁴ *Fleischer*, DSrR 2009, 1204, 1210; ähnlich *Brock*, Legalitätsprinzip und Nützlichkeitsabwägungen, S. 319.

²⁷⁵ *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 465.

²⁷⁶ Siehe dazu 3. Teil: B.III.4.

²⁷⁷ Vgl. *Illhardt/P. Scholz*, DZWIR 2013, 512, 515 f.

²⁷⁸ BGHZ 205, 117, 149.

erschöpft, bleibt sehr zweifelhaft, ob die Ausprägung der Treuepflicht allein eine unterschiedliche Behandlung der im Übrigen gleich gelagerten Fälle rechtfertigt. Überzeugender wäre es gewesen, wenn der XI. Zivilsenat den Großen Senat für Zivilsachen mit dieser Frage befasst hätte.

c) Zwischenfazit

Gewinne und Verluste aus mehreren Pflichtverletzungen lassen sich nicht über eine Vorteilsausgleichung miteinander saldieren. Der durch den II. Zivilsenat beschrittene Weg einer entsprechenden Anwendung der Vorteilsausgleichung überzeugt weder methodisch noch im Ergebnis.

3. Saldierung aufgrund von Treu und Glauben

Der VI. Zivilsenat hielt es in einem älteren Urteil für möglich, dass eine Anrechnung von Vorteilen, die keine Kausalbeziehung zur Verletzungshandlung aufweisen, unmittelbar aus dem Gebot von Treu und Glauben folgt. In dem zugrunde liegenden Rechtsstreit wollte eine Erbin einen Nachlassverwalter auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, da er Nachlassmittel verlustträchtig und möglicherweise pflichtwidrig in Goldbarren angelegt hatte. Der Nachlassverwalter hielt dem entgegen, dass er eine Nachlassgläubigerin durch überobligatorische Verhandlungsanstrengungen dazu bewogen habe, auf den Großteil ihrer Forderungen zu verzichten.²⁷⁹

Zunächst erwog es der VI. Zivilsenat, den Gewinn aus dem Forderungsverzicht auf den Verlust aus dem Goldgeschäft im Wege der Vorteilsausgleichung anzurechnen. Davon nahm er Abstand, da der Schaden aus dem Anlagegeschäft und der Vorteil aus den Verhandlungsbemühungen resultiere, beide also nicht auf derselben Handlung beruhten. Er meinte aber, dass sich die Erbin unter Umständen treuwidrig verhielte, wenn sie einerseits den Gewinn aus dem Forderungsverzicht behalten und andererseits den Nachlassverwalter auf den vollen aus dem Anlagegeschäft entstandenen Schaden in Anspruch nehmen würde. Der VI. Zivilsenat beurteilte diese Frage nicht abschließend, sondern verwies die Sache hierzu an das Berufungsgericht zurück. Dieses habe insbesondere die Schwere des möglichen Verschuldens des Beklagten zu berücksichtigen.²⁸⁰

Dieses Urteil fristet ein Einzeldasein.²⁸¹ Der Maßstab, nach dem sich beurteilt, wann Treu und Glauben eine Anrechnung gebieten, ist deshalb nicht konkretisiert

²⁷⁹ BGH FamRZ 1975, 576.

²⁸⁰ BGH FamRZ 1975, 576 f.

²⁸¹ Eine ähnliche Erwägung findet sich allerdings im erstinstanzlichen Urteil zum Hypothekenbank-Fall des LG Frankfurt AG 2006, 510, 511. Dort heißt es lapidar, dass es nicht zulässig sei, sich die Geschäfte herauszusuchen, die schlecht gelaufen sind, hierfür Schadensersatz zu begehren und sich den Ertrag der gut gelaufenen gutschreiben zu lassen. Es nahm

worden. Die Urteilsbegründung erscheint im Übrigen aus ähnlichen Gründen zweifelhaft, wie die des Hypothekbank-Urteils: Soweit der Nachlassverwalter wegen des Forderungsverzichts keinen Anspruch gegen die Erbin hat, lässt es sich nicht schlüssig begründen, dass die verzichtsbedingte Vermögensmehrung auf seine Schadensersatzpflicht anzurechnen ist. Ebenso wenig vermag es zu überzeugen, nach dem Grad des Verschuldens zu differenzieren, soll dieser doch nach dem gesetzgeberischen Willen keinen Einfluss auf den Umfang der Schadensersatzpflicht nehmen.²⁸²

Dem Urteil des VI. Zivilsenats ist deshalb nicht zu folgen. Aus Treu und Glauben ergibt sich kein abstraktes Gebot, Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, für die die Verletzungshandlung nicht kausal war.²⁸³ Dieser Lösungsweg scheidet damit auch für die Geschäftsleiterhaftung aus.

4. Zwischenfazit

Tätigt der Geschäftsleiter mehrere kompetenzwidrige Geschäfte, von denen sich einige als gewinn- und andere als verlustbringend erweisen, ist einer Vorteilsausgleichung der Weg geebnet, soweit die Geschäfte eine natürliche Handlungseinheit bilden. In diesem Fall handelt es sich um eine Pflichtverletzung, auf der alle Vor- und Nachteile beruhen. Andernfalls scheidet eine Vorteilsausgleichung mangels Kausalität zwischen haftungsrelevanter Pflichtverletzung und Vorteil aus. Auch eine entsprechende Anwendung der Vorteilsausgleichung findet dann ebenso wenig wie eine Saldierung aufgrund von Treu und Glauben statt.

D. Verletzung der Sondertatbestände

Die Sondertatbestände (§§ 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG, 93 Abs. 3 AktG)²⁸⁴ interessieren im Kontext der Vorteilsausgleichung, da der Gesellschaft häufig unmittelbar Ansprüche gegen Dritte entstehen, wenn der Geschäftsführer seine Kapitalschutzpflichten verletzt. Erhält ein Gesellschafter eine Leistung unter Verletzung der §§ 30 GmbHG, 57 AktG, hat er diese der Gesellschaft nach § 31 Abs. 1 GmbHG beziehungsweise § 62 Abs. 1 Satz 1 AktG zurückzugewähren.²⁸⁵ Tätigt der Vorstand der

dabei aber weder auf BGH FamRZ 1975, 576 Bezug, noch bemühte es die Rechtsfigur von Treu und Glauben.

²⁸² Siehe 1. Teil: C.I.3.a).

²⁸³ So auch der XI. Zivilsenat, siehe BGHZ 205, 117, 149.

²⁸⁴ Siehe dazu 1. Teil: A.VI.

²⁸⁵ Nach herrschender Meinung sind weder Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft bei einem Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG nichtig, weshalb die Gesellschaft weder Vindikations-, noch Kondiktionsansprüche hat, vgl. *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 30 Rn. 120 m. w. N. Selbiges gilt für § 57 AktG, siehe BGHZ 196, 312, 316 ff.

Gesellschaft bei Insolvenzzureife eine Zahlung entgegen § 92 Abs. 2 AktG, wird die Gesellschaft dadurch meistens zugleich von einer Verbindlichkeit befreit.²⁸⁶ Es ließe sich bedenken, diese Vermögensvorteile im Rahmen der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen und den Ersatzanspruch entfallen zu lassen.

I. Meinungsstand

Im Ergebnis besteht Einigkeit, dass der Geschäftsleiter die bloße Existenz eines Rückzahlungsanspruchs der Gesellschaft gegen einen Dritten nicht im Wege der Vorteilsausgleichung geltend machen kann. Lediglich die Begründungsansätze variieren.

1. Besonderer Schadensbegriff

Rechtsprechung und herrschende Lehre suchen die Begründung in einem besonderen Schadensbegriff, der im Kontext der §§ 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG, 93 Abs. 3 AktG gelte. Bei den Sondertatbeständen stellt danach immer schon der Abfluss der Mittel einen Schaden dar. Für eine bilanzielle Gesamtvermögensbetrachtung, die das Bestehen eines Rückgewähranspruchs berücksichtige, bleibe kein Raum.²⁸⁷ Im Einzelnen herrscht dabei eine große Begriffsvielfalt. So ist die Rede von einem eigenständigen Schadensbegriff,²⁸⁸ von einer authentischen Schadensinterpretation,²⁸⁹ einem Mindestschaden²⁹⁰ oder auch – mit unterschiedlicher Nuancierung – von einem normativen Schadensbegriff.²⁹¹ Eine Vorteilsausgleichung könne

²⁸⁶ Vgl. zur Parallelvorschrift des § 64 Satz 1 GmbHG OLG Düsseldorf ZIP 2018, 1542, 1546.

²⁸⁷ Vgl. BGH NJW 2009, 68, 70; OLG Stuttgart NZG 2010, 141, 145; *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel, BGB, Vorb. § 249 Rn. 71; *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 151; *ders.*, DStR 2009, 1204, 1206; *Hoffmann-Becking*, in: *ders.*, Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts IV, § 26 Rn. 28; *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 68; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm, AktG, § 93 Rn. 134; *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, § 43 Rn. 270.

²⁸⁸ *Fleischer*, in: MünchKomm, GmbHG, § 43 Rn. 293; *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, § 43 Rn. 270; siehe auch *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 507 („Auszahlungsschaden“).

²⁸⁹ *Koppensteiner/Gruber*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 43 Rn. 24.

²⁹⁰ *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 68; vgl. auch BGHZ 157, 73, 78: „der Schaden [entspricht] zumindest der erbrachten Leistung“.

²⁹¹ *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 58 (normspezifischer Schadensbegriff); OLG Stuttgart NZG 2010, 141, 146 und *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm, AktG, § 93 Rn. 134 („normative Präzisierung“).

deshalb erst stattfinden, soweit die Gesellschaft ihren Rückgewähranspruch realisieren und damit den Mittelabfluss kompensieren.²⁹²

So liege der Schaden bei einer Haftung nach § 43 Abs. 3 Satz 1 Var. 1 GmbHG bereits im Liquiditätsabfluss durch die gegen § 30 Abs. 1 GmbHG verstoßende Auszahlung, ohne dass der Erstattungsanspruch gegen den Zahlungsempfänger nach § 31 Abs. 1 GmbHG auf diesen Anrechnung finde.²⁹³ Erwerbe die Gesellschaft entgegen § 71 AktG eigene Aktien, so sei der Schaden bei der Haftung nach § 93 Abs. 3 Nr. 3 AktG in den dafür aufgewandten Mitteln zu sehen.²⁹⁴ Gebe die Gesellschaft Aktien vor der vollen Leistung des Ausgabebetrags aus (§ 93 Abs. 3 Nr. 4 AktG), bestehe der Schaden darin, dass ihr nicht tatsächlich Kapital zufließe. Der Anspruch der Gesellschaft auf Einlageleistung gegen den Inferenten sei hierauf nicht anzurechnen, da das Gebot, Aktien erst nach Leistung der Bareinlage auszugeben, gerade vor dem Ausfall der Bareinlageforderung schützen solle.²⁹⁵

Ähnlich verhalte es sich mit § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG, der Verstöße gegen das Zahlungsverbot des § 92 Abs. 2 AktG adressiert. Die verbotswidrigen Zahlungen führten bei der Gesellschaft nur zu einer Verkürzung der Bilanzsumme, nicht aber zu einem Vermögensschaden im Sinne der §§ 249 ff. BGB, da die Gesellschaft von Verbindlichkeiten im Wert der aufgewandten Mittel frei werde. Es werde aber die Masse in einem nachfolgenden Insolvenzverfahren beeinträchtigt, was einen Schaden der Insolvenzgläubiger verursache. Diesen Drittschaden stelle das Gesetz einem Schaden der Gesellschaft gleich, um die Gesamtheit der Gläubiger der AG davor zu schützen, dass ihre Quote durch masseschmälernde Leistungen gemindert werde, indem bei Zahlungen in der Krise die Neutralität gewahrt bleibe.²⁹⁶

Es sei aber zu vermeiden, dass die Gesellschaft eine Doppelkompensation erhält, wenn sowohl der Geschäftsleiter als auch der ersatzpflichtige Dritte leiste. Dazu befinden sich zwei Ansätze in der Diskussion. Die wohl herrschende Meinung erblickt die Lösung in § 255 BGB. Danach sei der Geschäftsleiter nur Zug-um-Zug gegen Abtretung der Rückgewähransprüche zum Schadensersatz verpflichtet.²⁹⁷ Eine andere Ansicht möchte den Geschäftsleiter und den ersatzpflichtigen Dritten als

²⁹² BGH NJW-RR 2011, 1670, 1673; OLG Hamburg NZG 2010, 309, 310; *Hoffmann-Becking*, in: ders., Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts IV, § 26 Rn. 28; *Spindler*, in: MünchKomm, AktG, § 93 Rn. 264.

²⁹³ Vgl. BGH NJW 1992, 1166; BGH NJW 2009, 68, 70.

²⁹⁴ OLG Stuttgart NZG 2010, 141, 145.

²⁹⁵ Vgl. BGH NJW-RR 2011, 1670, 1673; siehe auch schon RGZ 159, 211, 231 ff. zur Vorgängervorschrift des § 241 Abs. 3 HGB a.F.

²⁹⁶ BGHZ 187, 60, 64 f.; OLG Düsseldorf AG 2013, 171, 173; anders aber noch zur Parallelvorschrift des § 99 Abs. 2 GenG a.F. RG Das Recht 1920, 2927.

²⁹⁷ RGZ 159, 211, 230; OLG Stuttgart NZG 2010, 141, 145; *Fleischer*, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 311; *Strohn*, ZInsO 2009, 1417, 1419; *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, § 43 Rn. 274; für eine Analogie zu § 255 BGB *Hopt/M. Roth*, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 342.

Gesamtschuldner behandeln. Leiste der Geschäftsleiter auf seine Haftungsverbindlichkeit, werde sie nach § 426 Abs. 2 BGB legalzediert.²⁹⁸

2. Verschuldensunabhängiger Folgenbeseitigungsanspruch

Eine Mindermeinung im Schrifttum sucht die Lösung hingegen darin, die §§ 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG, 93 Abs. 3 AktG als verschuldensunabhängigen Folgenbeseitigungsanspruch einzustufen. Da die Vorteilsausgleichung nicht nur auf den Schadensersatz, sondern anerkanntermaßen auf alle Ansprüche Anwendung findet, die in einem dem Gläubiger erwachsenden Nachteil wurzeln,²⁹⁹ folgt aus dieser Einordnung allein noch nicht ihr Ausschluss. Der Inhalt eines Folgenbeseitigungsanspruchs – die Beseitigung des gesellschaftsrechtswidrigen Zustands – wird aber noch nicht dadurch verwirklicht, dass der Gesellschaft ein Zahlungsanspruch gegen einen Dritten zusteht. Eine Vorteilsausgleichung soll darum auch nach dieser Ansicht erst erfolgen, wenn die Störung durch einen realen Mittelrückfluss tatsächlich beseitigt ist.³⁰⁰ Eine Doppelkompensation der Gesellschaft soll auch nach dieser Auffassung dadurch vermieden werden, dass der Geschäftsleiter nach § 255 BGB nur gegen Abtretung von Ersatzansprüchen gegen Dritte zum Ersatz verpflichtet sei.³⁰¹

Die Vertreter dieser Mindermeinung nehmen für sich in Anspruch, die unnötigen dogmatische Kunstgriffe zu vermeiden, auf welche die herrschende Meinung angewiesen sei, um bei den Sondertatbeständen einen Schaden zu konstruieren.³⁰² Der Wortlaut sei für ein solches Verständnis offen, da er als Rechtsfolge lediglich „Ersatz“, nicht aber „Schadensersatz“ anordne.³⁰³ Im Übrigen könne sich diese Einordnung auf die Parallele des § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG zu § 64 Satz 1 GmbHG stützen.

²⁹⁸ Vgl. *Altmeyen*, GmbHG, § 43 Rn. 120; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 91; *Geißler*, GmbHR 2003, 394, 400; für ein Nebeneinander von Gesamtschuldnerregress und § 255 BGB *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 508; zur Unvereinbarkeit beider Ansätze *Paefgen*, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, § 43 Rn. 274 Fn. 848.

²⁹⁹ Vgl. *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S 9 XII., S. 531; im Einzelnen: RGZ 57, 242, 245 (Enteignungsschädigung); BGH NJW 1992, 2884 (nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch); BAGE 43, 242, 246 ff. (Freistellungsanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber bei innerbetrieblichem Gefahrenausgleich); OLG Oldenburg VersR 1972, 1178 (Aufwendungsersatz für Schäden bei der Geschäftsführung ohne Auftrag); ferner aufgrund gesetzlicher Anordnung bei der bauplanungsrechtliche Enteignung (§ 93 Abs. 3 Satz 1 BauGB) und der Beamtenbesoldung (§ 9a BBesG).

³⁰⁰ Vgl. auch *S. Binder*, Grenzen der Vorstandshaftung, S. 243 Fn. 707; *Habersack*, in: E. Lorenz, Karlsruher Forum 2009, S. 5, 33.

³⁰¹ *Habersack/Schürmbrand*, WM 2005, 957, 960 f.

³⁰² *Habersack/Schürmbrand*, WM 2005, 957, 961; *Schürmbrand*, NZG 2010, 1207, 1209.

³⁰³ *Habersack/Schürmbrand*, WM 2005, 957, 960 f.; *Schürmbrand*, NZG 2010, 1207, 1209; siehe auch schon zur Vorgängervorschrift des § 84 Abs. 3 AktG a. F. *Cunio*, AG 1958, 63; sowie zur Vor-Vorgängervorschrift des § 241 Abs. 3 HGB a. F. *Brodmann*, Aktienrecht, § 241 Anm. 3; *Goldschmit*, Die Aktiengesellschaft, § 241 Anm. 11.

Wie das Vorstandsmitglied der AG nach § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG sei der GmbH-Geschäftsführer nach § 64 Satz 1 GmbHG zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Insolvenzzureife der Gesellschaft geleistet werden. Bei dieser Norm handle es sich anerkanntermaßen aber auch nicht um einen Schadensersatzanspruch, sondern einen Ersatzanspruch eigener Art.³⁰⁴ Da es an Gründen fehle, die Rechtsnatur der Ansprüche aus § 64 Satz 1 GmbHG und § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG differenziert zu bewerten, sei letzter ebenfalls als Ersatzanspruch eigener Art zu qualifizieren.³⁰⁵

II. Stellungnahme

Der Mindermeinung ist zugute zu halten, dass sie die umständliche Konstruktion eines besonderen Schadensbegriffs vermeidet. Mit dem Wortlaut der Sondertatbestände lässt sie sich aber nur schwer vereinbaren. Die dort verwendeten Begriffe „insbesondere“ (§ 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG) respektive „namentlich“ (§ 93 Abs. 3 AktG) lassen sich kaum anders interpretieren, als dass es sich bei ihnen um eine Konkretisierung der allgemeinen Schadensersatzhaftung der §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG handelt.³⁰⁶ Als unberechtigt erweist sich demgegenüber der Einwand, durch einen verschuldensunabhängigen Folgenbeseitigungsanspruch erhalte die Gesellschaft eine Doppelkompensation, sofern auf ihren Anspruch gegen den Dritten geleistet werde.³⁰⁷ Wie gezeigt, trägt auch die Mindermeinung dieser Gefahr durch eine Vorteilsausgleichung bei tatsächlichem Mittelrückfluss sowie der Anwendung von § 255 BGB Rechnung.³⁰⁸

Da beide Ansichten aber zum selben Ergebnis gelangen, soll hier zum Grundsatzstreit um die Rechtsnatur der §§ 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG, 93 Abs. 3 AktG nicht abschließend Stellung genommen werden. Vielmehr interessiert, ob und wie sich das Ergebnis mit der hergebrachten Kasuistik der Vorteilsausgleichung in Einklang bringen lässt. Hier lassen sich die Sondertatbestände als gesetzliche Determinanten der Vorteilsausgleichung lesen:³⁰⁹ Obwohl eine Verletzung der §§ 30 Abs. 1 GmbHG, 57 AktG zwangsläufig Ausgleichsansprüche gegen Dritte nach sich zieht, ordnen die § 43 Abs. 3 Satz 1 Var. 1 GmbHG, § 93 Abs. 3 Nr. 1 AktG eine Haftung

³⁰⁴ Vgl. OLG Düsseldorf ZIP 2018, 1542, 1545; so auch bereits zur Vorgängervorschrift des § 64 Abs. 2 GmbHG BGHZ 146, 264, 278; BGH NJW 1974, 1088, 1089; Haas, NZG 2004, 737, 738 ff.; Röhricht, ZIP 2005, 505, 509; für die Qualifikation als Schadensersatzanspruch aber K. Schmidt, ZHR 168 (2004), 637, 650 ff.

³⁰⁵ Vgl. Habersack/Schürnbrand, WM 2005, 957, 960; Schürnbrand, NZG 2010, 1207, 1209.

³⁰⁶ BGH NJW 2009, 68, 70; Fleischer, in: BeckOGK, § 93 AktG Rn. 308; Hopt/M. Roth, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 327; Spindler, in: MünchKomm, AktG, § 93 Rn. 251; Verse, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 372.

³⁰⁷ So Fleischer, in: MünchKomm, GmbHG, § 43 Rn. 285; Hopt/M. Roth, in: GroßKomm, AktG, § 93 Rn. 327; Spindler, in: MünchKomm, AktG, § 93 Rn. 251.

³⁰⁸ Siehe 3. Teil: D.I.2.

³⁰⁹ Siehe 3. Teil: A.III.1.

des Geschäftsleiters für sie an. Die Rechtsfolge der Sondertatbestände würde niemals verwirklicht werden, wenn man bereits mit dem Rückzahlungsanspruch eine Vorteilsausgleichung vornähme. Das Gesetz setzt damit implizit voraus, dass eine solche Vorteilsausgleichung nicht stattfindet. Selbiges gilt für § 255 BGB, der auf die Sondertatbestände anwendbar sein soll. Die Norm ordnet an, dass nur Zug-um-Zug gegen die Abtretung der Ersatzansprüche gegen Dritte Schadensersatz zu leisten ist. Daraus folgt, dass die Schadensersatzhaftung trotz der Existenz dieser Ansprüche bestehen bleibt.³¹⁰

III. Zwischenfazit

Auch wenn die Gesellschaft durch eine Verletzung der §§ 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG, 93 Abs. 3 AktG einen (vollwertigen und liquiden) Rückzahlungsanspruch oder die Befreiung von einer Verbindlichkeit erlangt, unterbleibt eine Vorteilsausgleichung bei der Binnenhaftung des Geschäftsleiters. Erst sobald der Gesellschaft die Mittel tatsächlich zurückfließen, hat sie stattzufinden. Um dies zu begründen, kann die Rechtsnatur der Sondertatbestände dahinstehen, da jedenfalls das Gesetz die Vorteilsausgleichung untersagt.

³¹⁰ Siehe 3. Teil: A.III.1.c).

Zusammenfassung und Thesen

A. Schadensbegriff der Geschäftsleiterhaftung

I. Die schadensrechtlichen Probleme sind derart vielgestaltig, dass ihnen mit einem allgemeinen Schadensbegriff nicht gerecht zu werden ist. Dies hat sich an der Diskussion der besonders verbreiteten Schadensbegriffe gezeigt: Die Differenzhypothese kann den Nichtvermögensschaden von vornherein nicht erfassen und erweist sich auch als zu statisch, um eine signifikant hohe Zahl von Einzelfällen sachgerecht zu bewältigen. Der natürliche Schadensbegriff verlagert das Definitionsproblem bloß auf andere Begriffe wie Einbuße oder Nachteil, ohne es dadurch einer Lösung näherzubringen. Bei dem normativen Schadensbegriff handelt es sich schon gar nicht um einen Begriff im eigentlichen Sinne, sondern einen Sammelausdruck für allerlei höchst unterschiedliche Einzelkorrekturen verschiedener Schadenskonzepte.¹

II. Um einen Vermögensschaden festzustellen, lässt sich die Differenzhypothese in modifizierter Form wenigstens als Ausgangspunkt der Rechtsanwendung fruchtbar machen. Als wertneutrale Rechenoperation erfordert sie es zunächst, die beiden Vergleichsgrößen – die reale Vermögenslage des Geschädigten und die, die ohne die Verletzungshandlung bestünde – wertend zu bestimmen. Sodann ist rechnerisch der Differenzbetrag zu ermitteln. Das Ergebnis ist in einem letzten Schritt einer normativen Kontrolle zu unterziehen. Eine wesentliche Funktion der Differenzhypothese liegt dabei darin, die Begründungslast zu verteilen: Diese trägt, wer vom Ergebnis abweichen möchte, das die Differenzhypothese vorgibt.²

III. Das Schadensrecht zeichnet sich somit weniger durch allgemeingültige Lösungen aus, als durch seine kasuistische Vielfalt. Die Lösung schadensrechtlicher Fragestellungen erfordert es stets, sowohl Wertungen der jeweiligen Haftungsnorm als auch allgemeine Prinzipien, wie etwa den Ausgleichszweck, die Totalreparation oder die Subjektbezogenheit, zu berücksichtigen.³

IV. Ebenso wenig wie einen allgemeinen gibt es einen eigenständigen, geschäftsleiterhaftungsspezifischen Schadensbegriff. Insbesondere überzeugt der von Mertens vorgeschlagene subjektive Schadensbegriff nicht, dem zufolge ein Schaden nur in einer dem Unternehmenszweck widersprechenden und nicht auf rechtmäßige unternehmerische Zweckverfolgung zurückführbaren Vermögenseinbuße liegt.

¹ Siehe 2. Teil: A.I.

² Siehe 2. Teil: A.I.1.e).

³ Siehe 2. Teil: A.I.4.

Dieses Konzept unterliefe die gesetzliche Beweislastverteilung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG, dem zufolge es dem Geschäftsleiter als sachnäherer Partei obliegt, darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, dass er sich pflichtgemäß verhalten hat. Es fehlt an tragfähigen Gründen, diese bewusste gesetzgeberische Entscheidung über einen besonderen Schadensbegriff außer Kraft zu setzen.⁴

V. Es ist auch nicht angezeigt, den Schaden bei der Geschäftsleiterhaftung zweigligdrig zu betrachten, wie nunmehr von Mertens und Cahn propagiert: als den Schaden, der Anlass zur Anspruchsprüfung bietet, einerseits und den Schaden, der den Haftungsumfang bestimmt, andererseits. Diese Unterteilung wirft nicht nur unbeantwortete methodische und dogmatische Fragen auf, sondern derogiert wie auch der ursprüngliche mertensche Schadensbegriff die gesetzliche Beweislastverteilung, ohne dafür eine Legitimation zu liefern.⁵

B. Ersatzfähigkeit von Verbandsgeldbußen

I. Verbandsgeldbußen belasten das Gesellschaftsvermögen mit einer Verbindlichkeit und stellen damit nach der Differenzhypothese *prima facie* einen zu ersetzenden Schaden der Gesellschaft dar. Dieses Ergebnis ist nicht über den normativen Schaden, eine teleologische Reduktion oder über den Ausschluss des Schutzzweckzusammenhangs zu korrigieren. Diesen Ansätzen ist die Prämisse gemein, dass Verbandsgeldbußen nicht vom Schutzzweck der Binnenhaftung des Geschäftsleiters umfasst sind. Der sie dafür treffenden Begründungslast sind sie jedoch nicht nachgekommen.⁶

II. Das Öffentliche Recht präjudiziert die Regressfrage nicht. Aus der Forderung nach der Einheit der Rechtsordnung folgt nicht, dass Verbandsgeldbußen nicht vom Schutzzweck der Binnenhaftung erfasst sind, da durch den Binnenregress weder ein Normwiderspruch noch ein zwingend aufzulösender Wertungswiderspruch entstünde. Ein höchstpersönlicher Charakter lässt sich der Verbandsgeldbuße weder im deutschen noch im Unionsrecht nachweisen.⁷

III. Die durch den Repressionszweck der Verbandsgeldbuße intendierte Nachteilszufügung würde durch einen Binnenregress ob des bei der Gesellschaft verbleibenden Prozess- und Insolvenzrisikos nicht vollständig vereitelt, wohl aber beeinträchtigt werden. Die ebenfalls aus dem Repressionszweck hervorgehende Vorteilsabschöpfung ließe sich hingegen auch über das zivilrechtliche Instrumentarium der Vorteilsausgleichung verwirklichen, soweit man einen Regress zulässt.⁸

⁴ Siehe 2. Teil: A.II.

⁵ Siehe 2. Teil: A.II.2.

⁶ Siehe 2. Teil: B.

⁷ Siehe 2. Teil: B.II.1.

⁸ Siehe 2. Teil: B.II.2.a).

IV. Der Präventionszweck der Verbandsgeldbuße nimmt gerade den Geschäftsleiter als diejenige natürliche Person ins Visier, die dazu verpflichtet und befähigt ist, die Rechtmäßigkeit des Handelns der Gesellschaft im Außenverhältnis sicherzustellen. Durch einen Binnenregress ist der Geschäftsleiter auch von der Sanktion betroffen, die sich an eine Verletzung der die Gesellschaft im Außenverhältnis treffenden Rechtspflichten anknüpft. Damit würde die Präventionswirkung der Verbandsgeldbuße perpetuiert. Der Präventionszweck spricht somit nicht dagegen, sondern dafür, den Binnenregress beim Geschäftsleiter zuzulassen.⁹

V. Die Verbandsgeldbuße lässt sich auch als Mittel der effizienten Rechtsdurchsetzung betrachten: Die Gesellschaft genießt aufgrund ihrer Sachnähe einen erheblichen Informationsvorteil gegenüber der öffentlichen Hand bei der Beurteilung der Frage, welche natürlichen Personen für den Rechtsverstoß verantwortlich sind. Es ist demzufolge kostensparend, wenn die Behörde den Verband sanktioniert, der sodann die verantwortlichen Individuen ermittelt und in Regress nehmen kann. Dieser Gedankengang setzt bereits voraus, dass die Gesellschaft rechtlich imstande ist, den Geschäftsleiter in Regress zu nehmen. Er hat bislang aber keinen Eingang in die deutsche Diskussion gefunden.¹⁰

VI. Dass der Verbandsgeldbußenregress für den Geschäftsleiter möglicherweise existenzvernichtende Folgen haben kann, ist Ausfluss des schadensrechtlichen Prinzips der Totalreparation. Eine Korrektur ließe sich *de lege lata* allenfalls über die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte begründen. Wenn man nicht ohnehin davon ausgeht, dass der Gesetzgeber bereits ein ausreichendes Schutzniveau für die Grundrechte des Geschäftsleiters gewährleistet, ist das Schadensrecht aber jedenfalls der falsche Ort, um solch eine Korrektur zu verwirklichen. Die pauschale Annahme, dass Verbandsgeldbußen keinen Schaden darstellen, wäre zu diesem Zweck ebenso unzureichend wie überschießend: Weder geht von jedem Verbandsgeldbußenregress eine existenzvernichtende Wirkung für den Geschäftsleiter aus, noch handelt es sich bei allen existenzvernichtenden Risiken der Geschäftsleiterhaftung um Fälle des Verbandsgeldbußenregresses. Es bedürfte darum flexiblerer Instrumente, um den Schutz des Geschäftsführers vor einer Existenzvernichtung in das Binnenhaftungsrecht zu integrieren.¹¹

VII. Die rechtsvergleichenden Hinweise auf den Ausschluss des Binnenregresses für Verbandsgeldbußen in England und Wales sowie Österreich entpuppen sich bei näherem Hinsehen als Scheinargumente. In ihnen kommen Besonderheiten der jeweiligen nationalen Rechtsordnung zum Ausdruck. Die *Safeway*-Rechtsprechung des Court of Appeal stützt sich maßgeblich darauf, dass eine Verbandsgeldbuße nach dem Recht des Vereinigten Königreichs nur gegen Unternehmensträger verhängt werden kann. § 11 VbVG stellt eine unternehmensstrafrechtliche Sondernorm dar.

⁹ Siehe 2. Teil: B.II.2.b).

¹⁰ Siehe 2. Teil: B.II.2.c).

¹¹ Siehe 2. Teil: B.II.3.

Im deutschen Recht, das zwar Geldbußen gegen Geschäftsleiter, aber kein Unternehmensstrafrecht kennt, findet beides keine Entsprechung.¹²

VIII. Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Beraterhaftung für Geldbußen hält es für maßgeblich, dass der Berater gerade dazu verpflichtet war, den Rechtsverstoß zu verhindern. Eine solche Pflicht trifft auch den Geschäftsleiter. Diese Rechtsprechungslinie bestätigt deshalb das hier gefundene Ergebnis, dass Verbandsgeldbußen einen zu ersetzenden Schaden der Gesellschaft darstellen.¹³ Eine weitere Stütze findet es in der Rechtsprechung zur Nichtigkeit vertraglicher Zusagen, künftige Bußgelder zu übernehmen. Diese stellt darauf ab, dass eine Erstattungszusage die Hemmschwelle für Rechtsverstöße herabsetze. Damit bestärkt sie die Schlagkraft des Präventionsarguments im Kontext der Geschäftsleiterhaftung, welches ebenfalls betont, dass ein Regressausschluss die Hemmschwelle des Geschäftsleiters für Rechtsverstöße herabsetzte.¹⁴

C. Ersatzfähigkeit des Reputationsschadens

I. Reputation gewinnt stets aufgrund einer Informationsasymmetrie an Bedeutung – im hier relevanten Kontext derjenigen zwischen dem Unternehmen und seinen Stakeholdern. Die Reputation dient den Stakeholdern als *signal* dazu, Unsicherheiten in Ansehung des künftigen Verhaltens des Unternehmens zu verringern.¹⁵ Sie kommt dadurch zustande, dass Stakeholder das vergangene Verhalten des Unternehmens ihnen gegenüber beobachten, daraus Rückschlüsse auf das zukünftige Verhalten des Unternehmens ziehen und hierüber miteinander kommunizieren. Unternehmensreputation lässt sich deshalb als ein kollektives Werturteil einer Stakeholdergruppe über das zukünftige Verhalten des Unternehmens ihr gegenüber begreifen.¹⁶

II. Aus einer hohen Reputation kann ein Unternehmen wirtschaftlichen Nutzen ziehen. Gewinnen Stakeholder aufgrund der Unternehmensreputation an Sicherheit, dass sich das Unternehmen ihren Interessen entsprechend verhalten wird, werden sie eher geneigt sein, mit diesem Unternehmen – ohne oder mit geringem Risikoabschlag – zu kontrahieren. Ein Unternehmen kann über seine Reputation somit Kunden und qualifizierte Arbeitnehmer gewinnen oder günstigere Konditionen bei Lieferanten und Kreditgebern erreichen. Reputation lässt sich darum auch als wirtschaftlicher Wert (*reputational capital*) begreifen.¹⁷

III. Erfüllt das Unternehmen die Erwartungen seiner Stakeholder nicht, werden diese ihr Werturteil über das zukünftige Verhalten des Unternehmens in negativer Weise

¹² Siehe 2. Teil: B.II.4.

¹³ Siehe 2. Teil: B.III.2.

¹⁴ Siehe 2. Teil: B.III.3.

¹⁵ Siehe 2. Teil: C.I.1.b)aa).

¹⁶ Siehe 2. Teil: C.I.2.c).

¹⁷ Siehe 2. Teil: C.I.1.b)bb).

verändern. Die Unternehmensreputation verschlechtert sich damit, dem Unternehmen entsteht ein Reputationsschaden (*reputational penalty*).¹⁸ Dieser (abstrakte) Reputationsschaden zieht einen (konkreten) Reputationsfolgeschaden nach sich, wenn Stakeholder ihr Verhalten zum Nachteil des Unternehmens verändern, etwa gar nicht mehr oder nur mit höheren Risikoabschlägen mit diesem kontrahieren.¹⁹

IV. Die Methoden, um Unternehmensreputation zu bemessen, sind bislang nicht universell einsetzbar und zeichnen sich durch eine signifikante Fehleranfälligkeit aus. Ein prozessual verwertbares Mittel, um den Reputationsschaden zu quantifizieren, existiert nicht.²⁰

V. Der Reputationsfolgeschaden lässt sich mühelos als Vermögensschaden qualifizieren. Praktische Probleme wird es der Gesellschaft im Binnenhaftungsprozess aber häufig bereiten, die haftungsausfüllende Kausalität zu beweisen, auch wenn ihr die Beweiserleichterungen der §§ 252 Satz 2 BGB, 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO zugute kommen. Darin offenbart sich zugleich die Relevanz der Frage, ob auch der Reputationsschaden zu ersetzen ist: Hält man ihn für ersatzfähig, hilft man damit mittelbar der Gesellschaft über etwaige Beweisschwierigkeiten beim Reputationsfolgeschaden hinweg.²¹

VI. Die Naturalrestitution eines Reputationsschadens ist unmöglich. Dies liegt am Wesen der Reputation als Werturteil Dritter, das der Geschäftsleiter nicht unmittelbar steuern. Er hat zwar die Möglichkeit, mittelbar darauf Einfluss zu nehmen, insbesondere indem er ein reputationsförderndes Verhalten an den Tag legt. Er wird die Unternehmensreputation aber nicht in den Zustand versetzen können, in dem sie sich ohne seine Pflichtverletzung befände.²²

VII. Ein Reputationsschaden stellt keinen Vermögensschaden dar, weshalb die Gesellschaft für ihn keinen Geldersatz nach § 251 Abs. 1 Var. 1 BGB von ihrem Geschäftsleiter verlangen kann. Die Unternehmensreputation kann zwar einen erheblichen wertbildenden Faktor für das Unternehmen darstellen, lässt sich aber nicht selbstständig handeln, sondern ist untrennbar mit dem Unternehmen als ihrem Träger verbunden. Dass dieses auf dem Kommerzialisierungsgedanken fußende Ergebnis zutrifft, zeigt sich vor allem darin, dass es an gesicherten Methoden fehlt, den Wert der Unternehmensreputation zu bemessen. Würde man den Reputationsschaden gleichwohl als Vermögensschaden einstufen, hätte man jene Bewertungsunsicherheit geschaffen, die § 253 Abs. 1 BGB gerade verhindern soll, indem er eine Geldentschädigung für Nichtvermögensschäden ausschließt.²³

¹⁸ Siehe 2. Teil: C.I.1.b)cc).

¹⁹ Siehe 2. Teil: C.I.4.c)aa).

²⁰ Siehe 2. Teil: C.I.3.

²¹ Siehe 2. Teil: C.I.4.c)bb).

²² Siehe 2. Teil: C.II.

²³ Siehe 2. Teil: C.III.

VIII. Der Reputationsschaden stellt deshalb einen Nichtvermögensschaden dar. Eine Geldentschädigung für ihn scheitert an § 253 Abs. 1 BGB. Die höchstrichterliche Rechtsfortbildung, die natürlichen Personen bei der Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts entgegen dem Gesetzeswortlaut eine Geldentschädigung gewährt, lässt sich auf die Binnenhaftung des Geschäftsleiters für Reputationsschäden nicht übertragen. Dieses Unterfangen scheitert bereits daran, dass das Schicksal der Geldentschädigung an ihre Genugtuungsfunktion geknüpft ist, die Gesellschaft als juristische Person naturgemäß aber keine Genugtuung erfahren kann. Selbst wenn man vom fehlenden Genugtuungsbedürfnis absähe, würde eine solche Rechtsfortbildung einer Legitimation entbehren. Insbesondere kommt der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte, welche ausschlaggebend für die Rechtsfortbildung beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht war, bei Kapitalgesellschaften ein erheblich geringerer Stellenwert zu – zumal bereits der Ersatz des Reputationsfolgeschadens deren Vermögensinteresse rechtlich absichert.²⁴

D. Vorteilsausgleichung bei der Geschäftsleiterhaftung

I. Bei der Vorteilsausgleichung handelt es sich um ein autonomes Institut des Schadensrechts. Sie ist weder Konsequenz der Differenzhypothese noch des Bereicherungsverbots oder des Gebots von Treu und Glauben.²⁵

II. Seiner Popularität zum Trotz ist das Bereicherungsverbot dogmatisch auf Sand gebaut. Bei der Rechtsanwendung zeichnet es sich überdies durch mehrere Unzulänglichkeiten aus. Es handelt sich bei ihm gar nicht um ein „Verbot“ im eigentlichen Sinne, sondern eine Art Programmsatz, der nur sporadisch zur Geltung durchdringt. Ferner knüpft es mit der „Bereicherung“ an einen wertenden Begriff an, dessen Wertung es selbst aber nicht offenzulegen vermag. Als Schlagwort kann es damit allenfalls dazu dienen, die in ihm zum Ausdruck kommenden Wertungen zu verschleiern.²⁶

III. Eine Vorteilsausgleichung setzt stets voraus, dass die Verletzungshandlung adäquat kausal für die Vorteilsentstehung ist. Im Übrigen lässt sich die Frage nach der Anrechnung von Vorteilen auf den Schadensersatzanspruch nicht nach einer allgemeinen, subsumtionsfähigen Regel entscheiden. Insbesondere existiert ein Grundsatz, nach dem Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen sind, ebenso wenig wie eine gegenteilige Auffangregel. Eine solches Regel-Ausnahme-Verhältnis ließe eine dogmatische Rechtfertigung vermissen und entspräche auch nicht der gelebten Praxis, die sowohl die Anrechnung als auch die Nichtanrechnung positiv begründet.²⁷

²⁴ Siehe 2. Teil: C.IV.

²⁵ Siehe 3. Teil: A.I.1.

²⁶ Siehe 3. Teil: A.I.1.b).

²⁷ Siehe 3. Teil: A.IV.

IV. Die Vorteilsausgleichung ist eine Wertungsentscheidung, bei der eine Vielzahl einzelfallbezogener Argumente zu berücksichtigen ist. In einigen Fällen treffen bereits das positive Recht oder allgemeine Rechtsprinzipien mittelbar oder unmittelbar eine Entscheidung über die Vorteilsausgleichung. Ferner hat sich in Rechtsprechung und Literatur eine Reihe von Fallgruppen etabliert, die dem Rechtsanwender eine gewisse Orientierung bietet.²⁸

V. Entgegen der herrschenden Lehre handelt es sich auch bei einem Geldbetrag, mit dem der Gesellschaft auf behördliche Anordnung hin Gewinne abgeschöpft werden sollen, um einen Schaden. Die Gewinnabschöpfung belastet das Gesellschaftsvermögen nämlich mit einer Zahlungspflicht, die der Gesellschaft bei pflichtgemäßem Verhalten des Geschäftsleiters nicht entstanden wäre. Die gegenteilige Ansicht würde zu Friktionen führen, soweit die Behörde mehr abschöpft als die Gesellschaft tatsächlich aus dem Rechtsverstoß erlangt hat und verschiebt die Beweislast im Regressprozess zulasten der Gesellschaft, ohne dass eine Rechtfertigung hierfür ersichtlich wäre. Die Frage, ob Gewinne aus dem Rechtsverstoß auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen sind, ist vielmehr ein Problem der Vorteilsausgleichung. Dabei trägt der Geschäftsleiter die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Gesellschaft tatsächlich Gewinne aus dem Rechtsverstoß entstanden sind.²⁹

VI. Entstehen der Gesellschaft aus einem Verstoß des Geschäftsleiters gegen seine externe Pflichtenbindung auch Vorteile, sind diese auf ihren Binnenhaftungsanspruch anzurechnen. Der Präventionszweck und der Gläubigerschutz gebieten es weder kategorisch noch im Einzelfall, die Vorteilsausgleichung zu versagen. Vielmehr verhilft die Vorteilsausgleichung in dieser Konstellation dem öffentlich-rechtlichen Normbefehl des § 17 Abs. 4 OWiG zur Durchsetzung, dem zufolge der Gesellschaft kein Vorteil aus dem Rechtsverstoß verbleiben soll.³⁰

VII. Im Einklang mit der zum Personengesellschaftsrecht ergangenen höchststrichterlichen Rechtsprechung ist eine aus einem Kompetenzverstoß erhaltene Gegenleistung nicht im Wege der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen, wenn diese der Gesellschaft subjektiv nutzlos ist. Wie auch bei der strafrechtlichen Lehre vom individuellen Schadenseinschlag und ähnlichen Fallkonstellationen im Zivilrecht ist der Vorteil anhand seines subjektiven Wertes für den Geschädigten zu bemessen. Hat die Gesellschaft für die Gegenleistung keine Verwendung, so hat sie damit bereits keinen Vorteil erlangt, der sich auf den Schadensersatzanspruch anrechnen ließe.³¹

VIII. Der Ansatz aus der obergerichtlichen Rechtsprechung, dem zufolge der Schutz der Kompetenzordnung allgemein gebieten soll, die Vorteilsausgleichung bei Kompetenzverstößen des Geschäftsleiters zu versagen, verdient hingegen keine Zustimmung. Die Zustimmungskompetenz der übergangenen Gesellschaftsorgane

²⁸ Siehe 3. Teil: A.III.

²⁹ Siehe 3. Teil: B.I.

³⁰ Siehe 3. Teil: B.III.4.

³¹ Siehe 3. Teil: C.I.

ist kein Selbstzweck, weshalb ihr kein schadensersatzrechtlicher Eigenwert inneohnt.³²

IX. Begeht der Geschäftsleiter mehrere gleich gelagerte Kompetenzverstöße, durch die der Gesellschaft sowohl Gewinne als auch Verluste entstehen, sind diese im Wege der Vorteilsausgleichung miteinander zu verrechnen, wenn sich die Geschäfte zu einer Handlungseinheit verknüpfen lassen. Handelt es sich hingegen um mehrere eigenständige Pflichtverletzungen, so sind die Gewinne und Verluste weder in entsprechender Anwendung der Vorteilsausgleichung noch aufgrund von § 242 BGB miteinander zu saldieren. Dies demonstriert insbesondere die Kontrollüberlegung, dass der Geschäftsleiter von der Gesellschaft auch nicht die Herausgabe des aus seiner Pflichtverletzung Erlangten fordern kann. Es lässt sich nicht begründen, dass die Gesellschaft mittelbar dennoch dazu verpflichtet sein soll, den Gewinn an den Geschäftsleiter auszukehren, wenn sich dieser durch eine andere Pflichtverletzung ihr gegenüber schadensersatzpflichtig macht.³³

X. Verstößt der Geschäftsleiter gegen die Sondertatbestände der §§ 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG, 93 Abs. 3 AktG, sind daraus notwendig resultierende Vorteile (wie etwa Rückforderungsansprüche gegen Dritte) nicht auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen. Dies lässt sich mittelbar aus dem Gesetz folgern, da die Sondertatbestände ansonsten überwiegend leerliefen, und überdies mit der Wertung des § 255 BGB belegen.³⁴

E. Dogmatik und Kasuistik im Schadensrecht der Geschäftsleiterhaftung

I. Die Untersuchung hat das Spannungsfeld zwischen dem theoretischen Bedürfnis nach dogmatischer Stringenz und der praktischen Notwendigkeit kasuistischer Differenzierung offengelegt, in welchem sich das Schadensrecht sowohl im Allgemeinen als auch im Speziellen bei der Geschäftsleiterhaftung bewegt. Bei den einzelnen Untersuchungsgegenständen ist das Pendel dabei in unterschiedliche Richtungen ausgeschlagen: Häufig haben sich spezifisch gesellschaftsrechtliche Wertungen als maßgeblich herausgestellt. Gelegentlich kamen aber auch die Stärken der allgemeinen Schadensdogmatik zum Vorschein.

II. Bereits der Schadensbegriff des allgemeinen Zivilrechts ist stark kasuistisch überformt. Es überrascht daher nicht, dass es auch für das Spezialgebiet der Geschäftsleiterhaftung keinen allgemeinverbindlichen, subsumtionsfähigen Schadensbegriff gibt. Wer aber der Literaturmeinung, die für einen eigenständigen Schadensbegriff plädiert, entgegenhält, sie führe zu Unsicherheiten, überschätzt

³² Siehe 3. Teil: C.II.

³³ Siehe 3. Teil: C.III.

³⁴ Siehe 3. Teil: D.

dabei die Leistungsfähigkeit der Differenzhypothese. Ob ihrer unzähligen normativen Überlagerungen vermag sie es nicht, bedeutend mehr Sicherheit zu bieten.

III. Dem Streit um den Binnenregress für eine Verbandsgeldbuße liegt ein (vermeintliches) Koordinationsproblem zwischen Öffentlichem und Zivilrecht zugrunde. Um es zu bewältigen, sind vor allem die Spezifika beider Rechtsregime ins Auge zu fassen. Mit schadensdogmatischen Erwägungen allein lässt sich dieses Problem hingegen nicht lösen. Gleichwohl ist die Schadensdogmatik nicht wertlos, sondern bietet dem Rechtsanwender zumindest Instruktionen für den Zugriff auf die Rechtsfrage: Da eine Verbandsgeldbuße das Gesellschaftsvermögen mit einer Verbindlichkeit belastet, handelt es sich bei ihr nach der Differenzhypothese *prima facie* um einen Vermögensschaden. Die Differenzhypothese wird hier ihrer Funktion gerecht, die Begründungslast zu verteilen.

IV. Die Frage, ob ein Reputationsschaden im Zuge der Binnenhaftung durch den Geschäftsleiter zu ersetzen ist, lässt sich mit tradierten schadensrechtlichen Konzeptionen sachgerecht lösen. Dies zeigt sich sowohl bei der Kommerzialisierungsthese, anhand derer sich Vermögens- und Nichtvermögensschaden abgrenzen lassen, als auch an der gesetzgeberischen Wertentscheidung des § 253 Abs. 1 BGB, für Nichtvermögensschäden grundsätzlich keine Geldentschädigung zu gewähren. Am Beispiel des Reputationsschadens offenbart sich damit, dass auch abstrakte schadensrechtliche Regeln einen Beitrag zur Lösung konkreter Fälle leisten können.

V. Das Spannungsverhältnis zwischen allgemeiner Dogmatik und fallspezifischer Wertung illustriert die Vorteilsausgleichung in besonderem Maße. Eine allgemeine Formel erweist sich als durchweg untauglich, um über die Vorteilsausgleichung in einem konkreten Fall zu entscheiden. Dies hat sich im Besonderen bei den „nützlichen“ Pflichtverletzungen des Geschäftsleiters gezeigt. Das Rechtsproblem ist allein zu bewältigen, indem man die geschäftsleiterhaftungsspezifischen Besonderheiten berücksichtigt. Allgemeine Grundsätze und etablierte Fallgruppen helfen derweil nicht weiter. Anders verhält es sich jedoch bei den Sondertatbeständen. Dort lässt sich die Versagung der Vorteilsausgleichung durch einen Rekurs auf jene Fallgruppe begründen, in der das Gesetz die Vorteilsausgleichung determiniert.

VI. Als wiederkehrende Besonderheit der Geschäftsleiterhaftung hat sich ihre Eigenheit als Binnenhaftung herausgestellt. Während sich in den üblichen Fällen, an denen die Rechtsfiguren des Schadensrechts entwickelt wurden, Schädiger und Geschädigter als Dritte gegenüberstehen, wird der Gesellschaft das Handeln ihres Geschäftsleiters im Außenverhältnis zugerechnet. Dieser Umstand prägt insbesondere die Debatte um den Verbandsgeldbußenregress. Ferner liegt in ihm der Grund dafür, dass sich die etablierten Fallgruppen der Vorteilsausgleichung auf die Geschäftsleiterhaftung meist nicht übertragen lassen.

VII. Als weitere Eigenheit der Geschäftsleiterhaftung lässt sich ihre Beweislastverteilung ausmachen. Als sachnähere Partei hat der Geschäftsleiter darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, dass ihm keine Pflichtverletzung oder kein Verschulden zur Last fällt (§ 93 Abs. 2 Satz 2 AktG). Damit soll die Gesellschaft vor

einer drohenden Beweisnot bewahrt und ihr eine realistische Regressmöglichkeit verschafft werden. Diese gesetzgeberische Konzeption darf man auf Rechtsfolgende nicht unterlaufen, indem man überhöhte Anforderungen an den von der Gesellschaft zu beweisenden Schaden stellt. Deshalb ist der Schaden weder begrifflich auf Vermögensminderungen zu verengen, die dem Unternehmenszweck widersprechen, noch ist von ihm eine Gewinnabschöpfung auszunehmen.

VIII. Zudem zeichnet sich die Geschäftsleiterhaftung dadurch aus, dass bei ihr der Präventionszweck gleichrangig zum Kompensationszweck zu berücksichtigen ist. Gleichwohl tendiert man gelegentlich dazu, den Einfluss des Präventionszwecks auf die Beurteilung schadensrechtlicher Fragen überzubetonen. Dabei wird übersehen, dass auch andere (rechtsförmige wie soziale) Mechanismen als die Haftung präventiv auf den Geschäftsleiter einwirken und drakonische Haftungsfolgen zu einer unerwünschten Risikoscheu führen können.

IX. In der Gesamtschau hat sich gezeigt, dass es nicht immer zielführend, wohl aber in einigen Fällen lohnend ist, die Schadensprobleme der Geschäftsleiterhaftung an allgemeine zivilrechtliche Erkenntnisse rückanzuknüpfen. Vor allem sollte im gesellschaftsrechtlichen Diskurs das Verständnis für das allgemeine Schadensrechts geschärft werden, um nicht vorschnell aufgrund vermeintlicher dogmatischer Zwänge zu einem unzureichend begründeten Ergebnis zu gelangen. Insbesondere die Differenzhypothese und das Bereicherungsverbot weisen die unglückliche Tendenz auf, zu bloßen Schlagworten zu verkümmern und den Rechtsanwender in die Irre zu führen. Dies hat sich an den Begründungsmängeln der jeweils herrschenden Auffassung zu den Fragen gezeigt, ob es sich bei einer Gewinnabschöpfung um einen Schaden handelt und die Vorteilsausgleichung auf gleich gelagerte, selbstständige Pflichtverletzungen entsprechend anzuwenden ist.

Literaturverzeichnis

- Ackermann*, Thomas: Unternehmenssteuerung durch finanzielle Sanktionen, ZHR 179 (2015), 538–562.
- Ackermann*, Thomas: Organhaftung für Kartellgeldbußen: Gedanken zum Zeitvertreib, NZKart 2018, 1–3.
- Akerlof*, George A.: The Market for „Lemons“. Quality Uncertainty and the Market Mechanism, 84 Q. J. Econ. 488–500 (1970).
- Alexander*, Cindy R.: On the Nature of the Reputational Penalty for Corporate Crime: Evidence, 42 J. L. & Econ. 489–526 (1999).
- Allen*, William T./*Kraakman*, Reinier H.: Commentaries and Cases on the Law of Business Organization, 5. Aufl., New York 2016.
- Altmeyen*, Holger: Grenzen der Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats und die Folgen ihrer Verletzung durch den Vorstand, in: Bitter, Georg et al. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, Köln 2009, S. 23–40 (zit.: FS K. Schmidt).
- Altmeyen*, Holger: Die rätselhafte Haftung von Geschäftsleitern für insolvenzbegründende „Zahlungen“ an Gesellschafter, in: Kindler, Peter/Koch, Jens/Ulmer, Peter/Winter, Martin (Hrsg.), Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, München 2010, S. 1–14 (zit.: FS Hüffer).
- Altmeyen*, Holger (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Kommentar, 10. Aufl., München 2021 (zit.: Altmeyen, GmbHG).
- Arkes*, Hal R./*Schipani*, Cindy A.: Medical Malpractice v. the Business Judgement Rule: Differences in Hindsight Bias, 73 Or. L. Rev. 587–638 (1994).
- Armour*, John/Mayer, Colin/Polo, Andrea: Regulatory Sanctions and Reputational Damage in Financial Markets, 52 J. Fin. & Quant. Anal. 1429–1448 (2017).
- Arnold*, Arnd: Die Steuerung des Vorstandshandelns. Eine rechtsökonomische Untersuchung der Principal-Agent-Problematik in Publikumskapitalgesellschaften, München 2007.
- Arnold*, Michael: Organhaftung für Unternehmensgeldbußen, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2018. Jahrestagung der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung (VGR), Köln 2019, S. 29–81.
- Arsht*, S. Samuel: The Business Judgment Rule Revisited, 8 Hofstra L. Rev. 93–134 (1979–1980).
- Ausness*, Richard C.: Retribution and Deterrence: The Role of Punitive Damages in Products Liability Litigation, 74 Ky. L.J. 1–125 (1985–1986).
- Bachmann*, Gregor: Compliance – Rechtsgrundlagen und offene Fragen, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2007. Jahrestagung der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung (VGR), Köln 2008, S. 65–101.

- Bachmann, Gregor*: Reformbedarf bei der Business Judgement Rule?, ZHR 177 (2013), 1–12.
- Bachmann, Gregor*: Anmerkung zu LG München I, Urt. v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, ZIP 2014, 579–583.
- Bachmann, Gregor*: Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen. Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlung des 70. Deutschen Juristentags. Hannover 2014, Bd. 1: Gutachten, München 2014 (zit.: Gutachten 70. DJT).
- Bachmann, Gregor*: Anmerkung zu LAG Düsseldorf, Urt. v. 20.1.2015 – 16 Sa 459/14, BB 2015, 911.
- Bachmann, Gregor*: Die Beschränkung der Organhaftung nach den Grundsätzen des Arbeitsrechts, ZIP 2017, 841–851.
- Bachmann, Gregor*: § 22 – Siemens/Neubürger – LG München INZG 2014, 345. Compliance-Pflicht des Vorstands und Organhaftung, in: Fleischer, Holger/Thiessen, Jan (Hrsg.), Gesellschaftsrechts-Geschichten, Tübingen 2018, S. 691–727.
- Bachmann, Gregor*: CSR-bezogene Vorstands- und Aufsichtsratspflichten und ihre Sanktionierung, ZGR 2018, 231–261.
- Bainbridge, Stephen M.*: Corporation Law and Economics, New York 2002.
- Baldus, Manfred*: Die Einheit der Rechtsordnung. Bedeutungen einer juristischen Formel in Rechtstheorie, Zivil- und Staatsrechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts, Berlin 1995.
- Balmer, John M. T.*: Corporate Identity and the Advent of Corporate Marketing, 14 J. Mark. Manage. 963–996 (1998).
- Bar, Christian von*: Gemeineuropäisches Deliktsrecht. Bd. 2: Schaden und Schadensersatz, Haftung für und ohne eigenes Fehlverhalten, Kausalität und Verteidigungsgründe, München 1999 (zit.: Gemeineuropäisches Deliktsrecht II).
- Barnett, Michael L./Jermier, John M./Lafferty, Barbara A.*: Corporate Reputation: The Definitional Landscape, 9 Corporate Reputation Review 26–38 (2006).
- Barron, David N./Rolfe, Meredith*: It Ain't What You Do, It's Who You Do It with: Distinguishing Reputation and Status, in: Pollock, Timothy G./Barnett, Michael L. (Hrsg.), The Oxford Handbook of Corporate Reputation, Oxford 2012, S. 160–178.
- Bartelt, Johann Christian*: Beschränkung des Schadensersatzumfangs durch das Übermaßverbot? Eine Untersuchung der Vereinbarkeit des Grundsatzes der Totalreparation (§ 249 I BGB) mit dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip, Berlin 2004.
- Baumbach, Adolf (Begr.)*: GmbH-Gesetz. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 16. Aufl., München 1996 (zit.: Baumbach/Hueck, 16. Aufl. 1996).
- Baumbach, Adolf (Begr.)*: GmbH-Gesetz. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 17. Aufl., München 2000 (zit.: Baumbach/Hueck, 17. Aufl. 2000).
- Baumbach, Adolf (Begr.)*: GmbH-Gesetz. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 18. Aufl., München 2006 (zit.: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006).

- Baumbach*, Adolf (Begr.): GmbH-Gesetz. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 19. Aufl., München 2010 (zit.: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 19. Aufl. 2010).
- Baumbach*, Adolf (Begr.): GmbH-Gesetz. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 20. Aufl., München 2013 (zit.: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl. 2013).
- Baumbach*, Adolf (Begr.): GmbH-Gesetz. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 21. Aufl., München 2017 (zit.: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 21. Aufl. 2017).
- Baumbach*, Adolf (Begr.): GmbH-Gesetz. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 22. Aufl., München 2019 (zit.: *Baumbach/Hueck*, GmbHG).
- Baumgärtel*, Gottfried (Begr.): Handbuch der Beweislast, Bd. 2: §§ 1–811 BGB, 4. Aufl., Köln 2019 (zit.: *Baumgärtel/Laumen/Prütting*, Handbuch der Beweislast).
- Baums*, Theodor: Empfiehlt sich eine Neuregelung des aktienrechtlichen Anfechtungs- und Organhaftungsrechts, insbesondere der Klagemöglichkeiten von Aktionären? Gutachten F zum 63. Deutschen Juristentag, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlung des dreiundsechzigsten Deutschen Juristentags. Leipzig 2000, Bd. 1: Gutachten, München 2000 (zit.: Gutachten 63. DJT).
- Baur*, Alexander/*Holle*, Philipp Maximilian: Bußgeldregress im Kapitalgesellschaftsrecht nach der (Nicht-)Entscheidung des BAG. Zugleich Besprechung BAG v. 29.6.2017 – 8 AZR 189/15, ZIP 2017, 2424, ZIP 2018, 459–467.
- Baur*, Fritz: Zum Problem der Vorteilsausgleichung, JW 1937, 1463–1464.
- Baur*, Fritz: Einige Bemerkungen zum Stand des Schadensausgleichsrechts, in: *Baur, Fritz/ Esser, Josef/Kübler, Friedrich/Steindorff, Ernst* (Hrsg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 119–139 (zit.: FS L. Raiser).
- Bausch*, Stephan: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 15.01.2013 – II ZR 90/11, LMK 2013, 345913.
- Bausch*, Stephan: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 22.3.2016 – XI ZR 425/14, BKR 2016, 297–299.
- Bayer*, Walter: Legalitätspflicht der Unternehmensleitung, nützliche Gesetzesverstöße und Regress bei verhängten Sanktionen, in: *Bitter, Georg et al.* (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, Köln 2009, S. 85–103 (zit.: FS K. Schmidt).
- Bayer*, Walter/*Scholz*, Philipp: Haftungsbegrenzung und D&O-Versicherung im Recht der aktienrechtlichen Organhaftung. Grundsatzüberlegungen zum 70. DJT 2014, NZG 2014, 926–934.
- Bayer*, Walter/*Scholz*, Philipp: Zulässigkeit und Grenzen des Kartellbußgeldregresses – Zugleich Kommentar zu LAG Düsseldorf vom 20. 1. 2015 – 16 Sa 459/1 –, GmbHR 2015, 449–456.
- Bayreuther*, Frank: Haftung von Organen und Arbeitnehmern für Unternehmensgeldbußen, NZA 2015, 1239–1243.
- Bechthold*, Rainer: Grundlegende Umgestaltung des Kartellrechts: Zum Referentenentwurf der 7. GWB-Novelle, DB 2004, 235–241.

- Beckmann*, Roland Michael/*Matusche-Beckmann*, Annemarie (Hrsg.): Versicherungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., München 2015 (zit.: Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch).
- Berle*, Adolf A./*Means*, Gardiner C.: The Modern Corporation & Private Property, New Brunswick 1991.
- Bicker*, Eike: Legalitätspflicht des Vorstands – ohne Wenn und Aber?, AG 2014, 8–14.
- Bieberstein*, Wolfgang Freiherr von: Zum Ersatz der Vorsorgekosten bei Verwendung eines Reservefahrzeugs, in: Caemmerer, Ernst von/Mentschikoff, Soia/Zweigert, Konrad (Hrsg.), Ius privatum gentium. Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag am 5. Juli 1969, Bd. 2: Nationales und vergleichendes Privatrecht, Tübingen 1969, S. 625–641 (zit.: FS Rheinstein II).
- Binder*, Jens-Hinrich: Geschäftsleiterhaftung und fachkundiger Rat, AG 2008, 274–287.
- Binder*, Sabrina: Grenzen der Vorstandshaftung. Eine Untersuchung der vorhandenen Beschränkungen der Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber der Aktiengesellschaft und der Möglichkeiten und Notwendigkeiten der Schaffung von Haftungserleichterungen de lege lata und de lege ferenda, Berlin 2016.
- Binder*, Ulrike/*Kraayvanger*, Jan: Regress der Kapitalgesellschaft bei der Geschäftsleitung für gegen das Unternehmen verhängte Geldbußen, BB 2015, 1219–1230.
- Blaschl*, Johannes S.: Compliance-Fragen in M&A-Prozessen. Zur Legalitätsprüfung bei Unternehmenstransaktionen und Regressansprüchen bei Unternehmensgeldbußen, CCZ 2017, 37–43.
- Blaurock*, Uwe: Kartellbußgeldhaftung und gesellschaftsrechtlicher Rückgriff, in: Büscher, Wolfgang et al. (Hrsg.), Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, München 2014, S. 107–119 (zit.: FS Bornkamm).
- Böckenförde*, Ernst-Wolfgang: Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt am Main 1976.
- Boos*, Karl-Heinz/*Fischer*, Reinfrid/*Schulte-Mattler*, Hermann (Hrsg.): KWG. CRR-VO, Bd. 1: Kommentar zu Kreditwesengesetz, VO (EU) Nr. 575/2013 (CRR) und Ausführungsvorschriften, 5. Aufl., München 2016 (zit.: Boos/R. Fischer/Schulte-Mattler, KWG/CRR-VO).
- Bork*, Reinhard/*Schäfer*, Carsten (Hrsg.): GmbHG. Kommentar zum GmbH-Gesetz, 4. Aufl., Köln 2019 (zit.: Bork/Schäfer, GmbHG).
- Born*, Christian: Gen-Milch und Goodwill – Äußerungsrechtlicher Schutz durch das Unternehmenspersönlichkeitsrecht, AfP 2005, 110–117.
- Brinker*, Jürgen: Die Dogmatik zum Vermögensschadensersatz. Differenzierungsdefizite, Ressourcenverwendungspläne und das Wertproblem, Berlin 1982.
- Brock*, Karl: Legalitätsprinzip und Nützlichkeitsabwägungen, Berlin 2017.
- Brodmann*, Erich: Aktienrecht. Kommentar, Berlin/Leipzig 1928 (zit.: Brodmann, Aktienrecht).
- Bromley*, Dennis: Comparing Corporate Reputations: League Tables, Quotients, Benchmarks, or Case Studies?, 5 Corporate Reputation Review 35 (2002).

- Brommer, Andreas*: Folgen einer reformierten Aktionärsklage für die Vorstandsinnenhaftung, AG 2013, 121–130.
- Brötzmann, Ulrich*: Anmerkung zu KG Berlin, Urt. v. 17.12.2004 – 14 U 226/03, GmbHR 2005, 480–481.
- Brouwer, Tobias*: Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats im Aktien- und GmbH-Recht. Zur Funktion und Wirkweise von Aufsichtsratsvorbehalten im Einheitsunternehmen und im Konzern, Berlin 2008.
- Brüggemeier, Gert*: Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich. Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts, Berlin et al. 2006.
- Büdenbender, Ulrich*: Vorteilsausgleichung und Drittschadensliquidation bei obligatorischer Gefahrentlastung. Gemeinsamkeiten, Berührungspunkte und Unterschiede, Tübingen 1995.
- Büdenbender, Ulrich*: Wechselwirkungen zwischen Vorteilsausgleichung und Drittschadensliquidation, JZ 1995, 920–928.
- Bulst, Friedrich Wenzel*: Private Kartellrechtsdurchsetzung durch die Marktgegenseite – deutsche Gerichte auf Kollisionskurs zum EuGH, NJW 2004, 2201–2203.
- Bunte, Hermann-Josef*: Regress gegen Mitarbeiter bei kartellrechtlichen Unternehmensgeldbußen, NJW 2018, 123–126.
- Bürgers, Tobias*: Compliance in Aktiengesellschaften. Arbeitsteilung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat sowie innerhalb der Organe, ZHR 179 (2015), 173–206.
- Bürgers, Tobias/Körber, Torsten* (Hrsg.): Aktiengesetz, 4. Aufl., Heidelberg 2017 (zit.: Bürgers/Körber, AktG).
- Burmannel, Michael/Heß, Rainer/Hühnermann, Katrin/Jahnke, Jürgen* (Hrsg.): Straßenverkehrsrecht. Kommentar mit StVO nebst CsgG, dem StVG, den wichtigsten Vorschriften der StVZO und der FeV, dem Verkehrsstraf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, dem Schadensersatzrecht des BGB, Zivilprozessrecht und Versicherungsrecht, der Bußgeldkatalog-Verordnung sowie Verwaltungsvorschriften, 26. Aufl., München 2020 (zit.: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke, Straßenverkehrsrecht).
- Busch, Louis et al.* (Hrsg.): Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Bd. 1: Allgemeiner Teil. Recht der Schuldverhältnisse I (allgemeiner Teil), 6. Aufl., Berlin/Leipzig 1928 (zit.: RGRK, BGB, 6. Aufl. 1928).
- Bydlinski, Franz*: Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht, Stuttgart 1964.
- Bydlinski, Franz*: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien/New York 1991.
- Cabral, Luis/Hortaçsu, Ali*: The Dynamics of Seller Reputation: Evidence from eBay, 58 J. Indus. Econ. 54–78 (2010).
- Caemmerer, Ernst von*: Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht, Karlsruhe 1962 (zit.: Das Problem der überholenden Kausalität).
- Canaris, Claus-Wilhelm*: Systemdenken und Systembegriff der Jurisprudenz entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Berlin 1983 (zit.: Systemdenken und Systembegriff der Jurisprudenz).

- Canaris*, Claus-Wilhelm: Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, 993–1004.
- Canaris*, Claus-Wilhelm: Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, in: Ahrens, Hans-Jürgen et al. (Hrsg.), Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag, Köln 1999, S. 85–109 (zit.: FS Deutsch).
- Cantzler*, Klaus: Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch, AcP 156 (1957), 29–59.
- Casper*, Matthias: Hat die grundsätzliche Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats im Sinne des ARAG/Garmenbeck-Urteils ausgedient?, ZHR 176 (2012), 617–651.
- Claussen*, Carsten Peter/*Scherrer*, Gerhard (Hrsg.): Kölner Kommentar zum Rechnungslegungsrecht. §§ 238–342e HGB, Köln 2011 (zit.: KölnKomm, Rechnungslegungsrecht).
- Cooter*, Robert/*Ulen*, Thomas S.: Law & Economics, 6. Aufl., Boston 2012.
- Creifelds*, Carl (Begr.): Rechtswörterbuch, 26. Aufl., München 2021.
- Cunio*, Hermann: § 84 Aktiengesetz, Ersatz oder Schadenersatz?, AG 1958, 63–66.
- Damm*, Renate/*Rehbock*, Klaus: Widerruf, Unterlassung und Schadensersatz in den Medien, 3. Aufl., München 2008.
- Danninger*, Nadja: Organhaftung und Beweislast, Tübingen 2020.
- Davies*, Paul L./*Worthington*, Sarah: Gower's Principles of Modern Company Law, 10. Aufl., London 2016.
- De Bondt*, Werner F. M./*Thaler*, Richard: Does the Stock Market Overreact?, 40 J. Finance 793–805 (1985).
- Decken*, Louis von der: Ist die Bezahlung einer Geldstrafe durch einen Dritten zulässig oder strafbar?, ZStW 12 (1892), 97–118.
- Degenkolb*, Heinrich: Der spezifische Inhalt des Schadensersatzes, AcP 76 (1890), 1–88.
- Deutsch*, Erwin: Haftungsrecht als Strafrecht, in: Müller, Klaus/Soell, Hermann (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. Festschrift für Eduard Wahl zum 70. Geburtstag am 29. März 1973, Heidelberg 1973, S. 339–352 (zit.: FS Wahl).
- Deutsch*, Erwin: Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., Köln 1996.
- Diederichsen*, Uwe: Argumentationsstrukturen in der Rechtsprechung zum Schadensersatzrecht, in: Hauß, Fritz/Schmidt, Reimer (Hrsg.), Festschrift für Ernst Klingmüller, Karlsruhe 1974, S. 65–85 (zit.: FS Klingmüller).
- Diederichsen*, Uwe: Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre, AcP 198 (1998), 171–260.
- Dierlamm*, Alfred: Der faktische Geschäftsführer im Strafrecht – ein Phantom?, NSTZ 1996, 153–157.
- Dobbs*, Dan B.: Ending Punishment in Punitive Damages: Deterrence-Measured Remedies, 40 Ala. L. Rev. 831–917 (1988–1989).
- Dobbs*, Dan B.: Law of Remedies. Damages–Equity–Restitution, 2. Aufl., St. Paul 1993.

- Dowling, Grahame R./Gardberg, Naomi A.*: Keeping Score: The Challenges of Measuring Corporate Reputation, in: Pollock, Timothy G./Barnett, Michael L. (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Corporate Reputation*, Oxford 2012, S. 34–68.
- Dregelies, Max*: Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers für Patent- und andere Immaterialgüterrechte, GRUR 2018, 8–15.
- Dreher, Meinrad*: Die persönliche Verantwortlichkeit von Geschäftsleitern nach außen und die innergesellschaftliche Aufgabenteilung, ZGR 1992, 22–63.
- Dreher, Meinrad*: Die kartellrechtliche Bußgeldverantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern, in: Dauner-Lieb, Barbara et al. (Hrsg.), *Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen 2006, S. 85–107 (zit.: FS Konzen).
- Dreher, Meinrad*: Die selbstbeteiligungslose D&O-Versicherung in der Aktiengesellschaft, AG 2008, 429–438.
- Dreher, Meinrad*: Die persönliche Außenhaftung von Geschäftsleitern auf Schadenersatz bei Kartellrechtsverstöße, WuW 2009, 133–143.
- Dreher, Meinrad*: Kartellrechtliche Kronzeugenprogramme und Gesellschaftsrecht, ZWeR 2009, 397–426.
- Dreher, Meinrad*: Die Vorstandsverantwortung im Geflecht von Risikomanagement, Compliance und interner Revision, in: Kindler, Peter/Koch, Jens/Ulmer, Peter/Winter, Martin (Hrsg.), *Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag*, München 2010, S. 161–177 (zit.: FS Hüffer).
- Dreier, Horst* (Hrsg.): *Grundgesetz. Kommentar*, Bd. 1: Präambel, Artikel 1–19, 3. Aufl., Tübingen 2013 (zit.: Dreier, GG).
- Drescher, Ingo*: *Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers*, 8. Aufl., Köln 2019.
- Duden. *Das Wörterbuch der Abkürzungen. Über 50.000 nationale und internationale Abkürzungen und Kurzwörter mit ihren Bedeutungen*, 6. Aufl., Mannheim et al. 2011.
- Duden. *Die deutsche Rechtschreibung. Auf der Grundlage der aktuellen amtlichen Rechtsschreiberegeln*, 28. Aufl., Berlin 2020.
- Dunz, Walter*: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 8. 7. 1980 – VI ZR 177/78, LM Nr. 48 zu § 249 (A) BGB.
- Easterbrook, Frank H./Fischel, Daniel R.*: Antitrust Suits by Targets of Tender Offers, 80 Mich. L. Rev. 1155–1178 (1981–1982).
- Easterbrook, Frank H./Fischel, Daniel R.*: *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge 1996.
- Eberl, Markus/Schwaiger, Manfred*: Corporate Reputation: Disentangling the Effects on Financial Performance, 39 Eur J Mark 838–854 (2005).
- Ebert, Ina*: *Pönale Elemente im deutschen Privatrecht. Von der Renaissance der Privatstrafe im deutschen Recht*, Tübingen 2004.
- Ebke, Werner F./Geiger, Hermann*: Personelle Verflechtungen von Kapitalgesellschaften, Unternehmenskonzentrationen und Wettbewerb, ZVglRWiss 93 (1994), 38–79.

- Eckert, Georg/Grechenig, Kristoffel/Stremitzer, Alexander*: Ökonomische Analyse der Organhaftung, in: Kalss, Susanne (Hrsg.), Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern, Wien 2005, S. 95–164.
- Eisenberg, Melvin Aron*: The Director's Duty of Care in Negotiated Dispositions, 51 Miami L. Rev. 579–604 (1996–1997).
- Eisenegger, Mark/Imhof, Kurt*: Funktionale, soziale und expressive Reputation – Grundzüge einer Reputationstheorie, in: Röttger, Ulrike (Hrsg.), Theorien der Public Relations, 2. Aufl., Wiesbaden 2009, S. 243–264.
- Engelhart, Marc*: Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA, Berlin 2010.
- Engisch, Karl*: Die Einheit der Rechtsordnung. Mit einem Geleitwort zum Neudruck von Arthur Kaufmann, Nachdruck, Darmstadt 1987.
- Enneccerus, Ludwig/Lehmann, Heinrich*: Recht der Schuldverhältnisse. Ein Lehrbuch, 14. Aufl., Tübingen 1954 (zit.: Schuldrecht).
- Erbs, Georg* (Begr.): Strafrechtliche Nebengesetze, Bd. 2: F–L, Loseblattsammlung, Stand: 235. Ergänzungslieferung, März 2021, München (zit.: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze).
- Erman, Walter* (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1: §§ 1–758, AGG, UKlaG, 12. Aufl., Köln 2008 (zit.: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008).
- Erman, Walter* (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1: §§ 1–761, AGG, 16. Aufl., Köln 2020 (zit.: Erman, BGB).
- Erman, Walter* (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2: §§ 762–2385, ProdHaftG, ErbbauRG, VersAusglG, VBVG, LPartG, WEG, EGBGB, 16. Aufl., Köln 2020 (zit.: Erman, BGB).
- Esser, Josef*: Zur Entwicklung der Lehre von der Vorteilsausgleichung, MDR 1957, 522–524.
- Esser, Josef*: Abschluß des Streites um den Ersatz des sog. „merkantilen Minderwertes“ bei Unfallwagen?, MDR 1958, 726–728.
- Esser, Josef/Schmidt, Eike*: Schuldrecht, Bd. 1: Allgemeiner Teil. Teilbd. 2: Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrheitigkeit beim Schuldverhältnis, 7. Aufl., Heidelberg 1993 (zit.: Schuldrecht I/2).
- Eufinger, Alexander*: Die Regresshaftung von Vorstand und Geschäftsführer für Kartellverstöße der Gesellschaft, WM 2015, 1265–1271.
- Fabisch, Artur Robert*: Managerhaftung für Kartellrechtsverstöße, ZWeR 2013, 91–119.
- Faerber, Georg/Engelhoven, Philipp*: Anmerkung zu LAG Düsseldorf, Urt. v. 20.01.2015 – 16 Sa 459/14, EWiR 2015, 313–314.
- Falkenhausen, Alexander von*: Vorhalte- und Vorsorgekosten. Schadensvorsorgeaufwendungen im Spannungsfeld zwischen dem Kausalitätsprinzip und präventiv-poenalen Intentionen des Deliktrechts, Königstein im Taunus 1979.
- Fama, Eugene F.*: Efficient Capital Markets. A Review of Theory and Empirical Work, 25 J. Finance 383–417 (1970).

- Fama, Eugene F./Jensen, Michael C.*: Agency Problems and Residual Claims, 26 J. L. & Econ. 327–349 (1983).
- Fikentscher, Wolfgang/Heinemann, Andreas*: Schuldrecht, 11. Aufl., Berlin 2017.
- Finke, Tilman*: Die Minderung der Schadensersatzpflicht in Europa. Zu den Chancen für die Aufnahme einer allgemeinen Reduktionsklausel in ein europäisches Schadensrecht, Göttingen 2006.
- Fiol, C. Marlene/Kovoor-Misra, Sarah*: Two-Way Mirroring: Identity and Reputation when Things Go Wrong, 1 Corporate Reputation Review 147–151 (1997).
- Fischer, Hans Albrecht*: Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena 1903 (zit.: Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch).
- Fischer, Hans Albrecht*: Bereicherung und Schaden, in: Stier-Somlo, Fritz (Hrsg.), Festschrift für Ernst Zitelmann zu seinem 60. Geburtstage. Überreicht von Verehrern und Schülern, München 1913, S. 1–55 (zit.: FS Zitelmann).
- Fischer, Thomas*: Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 68. Aufl. 2021 (zit.: Fischer, StGB).
- Fischhoff, Baruch*: Hindsight $\neq$ Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment Under Uncertainty, 1 Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance 288–299 (1975).
- Fleck, Hans-Joachim*: Vertrag, unerlaubte Eigengeschäftsführung und Anspruchsverjährung, ZIP 1991, 1269–1274.
- Fleck, Hans-Joachim*: Zur Beweislast für pflichtwidriges Organhandeln, GmbHR 1997, 237–240.
- Fleischer, Holger*: Grundfragen der ökonomischen Theorie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2001, 1–32.
- Fleischer, Holger*: Informationsasymmetrie im Vertragsrecht. Eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlußbezogener Aufklärungspflichten, München 2001.
- Fleischer, Holger*: Die „Business Judgement Rule“ im Spiegel von Rechtsvergleichung und Rechtsökonomie, in: Wank, Rolf et al. (Hrsg.), Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, München 2002, S. 827–849 (zit.: FS Wiedemann).
- Fleischer, Holger*: Vorstandsverantwortlichkeit und Fehlverhalten von Unternehmensangehörigen – Von der Einzelüberwachung zur Errichtung einer Compliance-Organisation, AG 2003, 291–300.
- Fleischer, Holger*: Behavioral Law and Economics im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht – ein Werkstattbericht, in: Fuchs, Andreas/Schwintowski, Hans-Peter/Zimmer, Daniel (Hrsg.), Wirtschafts- und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie, Wettbewerb und Regulierung. Festschrift für Ulrich Immenga zum 70. Geburtstag, München 2004, S. 575–587 (zit.: FS Immenga).
- Fleischer, Holger*: Die „Business Judgment Rule“: Vom Richterrecht zur Kodifizierung, ZIP 2004, 685–692.
- Fleischer, Holger*: Legal Transplants im deutschen Aktienrecht, NZG 2004, 1129–1137.

- Fleischer, Holger*: Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Organe, AG 2004, 517–528.
- Fleischer, Holger*: Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche“ Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern, ZIP 2005, 141–152.
- Fleischer, Holger*: Haftungsfreistellung, Prozesskostensersatz und Versicherung für Vorstandsmitglieder – eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme zur Enthftung des Managements –, WM 2005, 909–920.
- Fleischer, Holger* (Hrsg.): Handbuch des Vorstandsrechts, München 2006.
- Fleischer, Holger*: Kartellrechtsverstöße und Vorstandsrecht, BB 2008, 1070–1076.
- Fleischer, Holger*: Aktuelle Entwicklungen der Managerhaftung, NJW 2009, 2337–2343.
- Fleischer, Holger*: Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), NZG 2009, 801–806.
- Fleischer, Holger*: Kompetenzüberschreitungen von Geschäftsleitern im Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht. Schaden – rechtmäßiges Alternativverhalten – Vorteilsausgleichung, DStR 2009, 1204–1210.
- Fleischer, Holger*: Verantwortlichkeit von Bankgeschäftsleitern und Finanzmarktkrise, NJW 2010, 1504–1506.
- Fleischer, Holger*: Das unternehmerische Ermessen des GmbH-Geschäftsführers und seine GmbH-spezifischen Grenzen, NZG 2011, 521–527.
- Fleischer, Holger*: Zur GmbH-rechtlichen Verantwortlichkeit des faktischen Geschäftsführers, GmbHR 2011, 337–346.
- Fleischer, Holger*: Die Geschäftschancenlehre im Recht der BGB-Gesellschaft. Von der corporate opportunities zur partnership opportunities doctrine, NZG 2013, 361–367.
- Fleischer, Holger*: Aktienrechtliche Compliance-Pflichten im Praxistest: Das Siemens/Neubürger-Urteil des LG München I, NZG 2014, 321–329.
- Fleischer, Holger*: Regresshaftung von Geschäftsleitern wegen Verbandsgeldbußen, DB 2014, 345–352.
- Fleischer, Holger*: Corporate Social Responsibility. Vermessung eines Forschungsfeldes aus rechtlicher Sicht, AG 2017, 509–525.
- Fleischer, Holger*: Ehrbarer Kaufmann – Grundsätze der Geschäftsmoral – Reputationsmanagement: Zur „Moralisierung“ des Vorstandsrechts und ihren Grenzen, DB 2017, 2015–2022.
- Fleischer, Holger/Goette, Wulf* (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Bd. 2: §§ 35–52, München 2012 (zit.: MünchKomm, GmbHG, 2012).
- Fleischer, Holger/Goette, Wulf* (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Bd. 1: §§ 1–34, 3. Aufl., München 2018 (zit.: MünchKomm, GmbHG).
- Fleischer, Holger/Goette, Wulf* (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Bd. 2: §§ 35–52, 3. Aufl., München 2019 (zit.: MünchKomm, GmbHG).

- Fleischer, Holger/Hahn, Jakob*: Berichtspflichten über menschenrechtliche Standards in der Lieferkette. Eine internationale Bestandsaufnahme, RIW 2018, 397–405.
- Fleischer, Holger/Schmolke, Klaus Ulrich/Zimmer, Daniel*: Verhaltensökonomie als Forschungsinstrument für das Wirtschaftsrecht, in: *Fleischer, Holger/Zimmer, Daniel* (Hrsg.), *Beitrag der Verhaltensökonomie (Behavioral Economics) zum Handels- und Wirtschaftsrecht*, Frankfurt am Main 2011, S. 9–62.
- Fletcher, William Meade* (Begr.): *Fletcher Cyclopedia of the Law of Private Corporations*. Bd. 3, Überarbeitete Aufl., Egan 2010.
- Fombrun, Charles J.*: *Reputation. Realizing Value from the Corporate Image*, Boston 1996.
- Fombrun, Charles J.*: List of Lists. A Compilation of International Corporate Reputation Ratings, 10 *Corporate Reputation Review* 144–153 (2007).
- Fombrun, Charles J./Ponzi, Leonard J./Newbury, William*: Stakeholder Tracking and Analysis. The RepTrak® System for Measuring Corporate Reputation, 18 *Corporate Reputation Review* 3–24 (2015).
- Fombrun, Charles J./Shanley, Mark*: What's in a Name? Reputation Building and Corporate Strategy, 33 *Acad. Manag. J.* 233–258 (1990).
- Fombrun, Charles J./van Riel, Cees B. M.*: The Reputational Landscape, 1 *Corporate Reputation Review* 5–13 (1997).
- Foreman, Peter O./Whetten, David A./Mackey, Alison*: An Identity-Based View of Reputation, Image, and Legitimacy: Clarifications and Distinctions among Related Constructs, in: *Pollock, Timothy G./Barnett, Michael L.* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Corporate Reputation*, Oxford 2012, S. 179–200.
- Forkel, Hans*: Allgemeines Persönlichkeitsrecht und „wirtschaftliches Persönlichkeitsrecht“, in: *Barfuß, Werner et al.* (Hrsg.), *Festschrift für Karl H. Neumayer zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden 1985, S. 229–247 (zit.: FS Neumayer).
- Frank, Rainer/Löffler, Wolf*: Grundfragen der überholenden Kausalität, *JuS* 1985, 689–694.
- Freitag, Robert/Korch, Stefan*: Die Angemessenheit der Information im Rahmen der Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG), *ZIP* 2012, 2281–2286.
- French, Derek*: *Mayson, French & Ryan on Company Law*, 34. Aufl., Oxford 2017.
- Friedl, Markus J./Titze, Laura A.*: Der Sanktionszweck heiligt den Regressausschluss – Zur Haftung von Vorstandsmitgliedern für Verbandsgeldbußen. Besprechung LAG Düsseldorf v. 20. 1. 2015 – 16 Sa 459/14, *ZWeR* 2015, 318–332.
- Frischmeier, André*: *Die Haftung geschäftsführender Organe für Compliance-Verstöße in Tochtergesellschaften*, Frankfurt am Main 2013.
- Fuchs, Maximilian/Pauker, Werner/Baumgärtner, Alex*: *Delikts- und Schadensersatzrecht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung des Rechts der unerlaubten Handlungen und der Gefährdungshaftung*, 9. Aufl., Berlin/Heidelberg 2017.
- Gabler Wirtschaftslexikon. K–O, 19. Aufl., Wiesbaden 2019.
- Gabler Wirtschaftslexikon. P–S, 19. Aufl., Wiesbaden 2019.
- Ganter, Hans Gerhard*: Schadensberechnung und Vorteilsausgleichung in der Haftung der rechtsberatenden Berufe, *NJW* 2012, 801–806.

- Garner*, Bryan A.: Black's Law Dictionary, 11. Aufl., St. Paul 2019.
- Gaul*, Felix: Regressansprüche bei Kartellbußen im Lichte der Rechtsprechung und der aktuellen Debatte über die Reform der Organhaftung, AG 2015, 109–118.
- Gaul*, Felix: Tierversuche in der Autoindustrie – ein Belastungstest auch für Vorstand und Aufsichtsrat?, AG 2018, 505–513.
- Gebauer*, Martin: Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund, Tübingen 2007.
- Gehrlein*, Markus/*Born*, Manfred/*Simon*, Stefan (Hrsg.): GmbHG. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Kommentar, 5. Aufl., Köln 2021 (zit.: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG).
- Geigel*, Reinhart (Begr.): Der Haftpflichtprozess mit Einschluss des materiellen Haftpflichtrechts, 28. Aufl., München 2020 (zit.: Geigel, Haftpflichtprozess).
- Geißler*, Markus: Verdeckte Gewinnausschüttungen und Rückforderungsansprüche der GmbH, GmbHR 2003, 394–404.
- Gerbaulet*, Daniel: Der Unternehmer als Reputator, Tübingen 2016.
- Gerkan*, Hartwin von: Die Beweislastverteilung beim Schadensersatzanspruch der GmbH gegen ihren Geschäftsführer, ZHR 154 (1990), 39–63.
- Gerlach*, Jürgen von: Der merkantile Minderwert in der Rechtsprechung des BGH. Eine problematische Rechtsfigur, DAR 2003, 49–55.
- Gernhuber*, Joachim: Haftung bei alternativer Kausalität, JZ 1961, 148–152.
- Geßler*, Ernst: Die Haftung des Vorstandes für wirtschaftliche Fehlentscheidungen, NB 1972, Heft 2, 13–20.
- Geßler*, Ernst/*Hefermehl*, Wolfgang/*Eckardt*, Ulrich/*Kropff*, Bruno (Hrsg.): Aktiengesetz, Bd. 2: §§ 76–147, München 1974 (zit.: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG).
- Giesen*, Dieter: Ersatz immateriellen Schadens bei Persönlichkeitsverletzung, NJW 1971, 801–802.
- Glanzmann*, Lukas: Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate-Governance-Aspekten, ZSR 119/II (2000), 135–194.
- Gleim*, Jakob: Patel v Mirza und die Illegality-Doktrin im Vergleich zum deutschen Recht, (2018) 26 Eur Rev Private L 227–244.
- Glöckner*, Jochen/*Müller-Tautphaeus*, Ken: Rückgriffshaftung von Organmitgliedern bei Kartellrechtsverstößen, AG 2001, 344–348.
- Goette*, Wulf: Zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast der objektiven Pflichtwidrigkeit bei der Organhaftung, ZGR 1995, 648–674.
- Goette*, Wulf: Leitung, Aufsicht, Haftung – zur Rolle der Rechtsprechung bei der Sicherung einer modernen Unternehmensführung, in: Geiß, Karlmann/Nehm, Kay/Brandner, Hans Erich/Hagen, Horst (Hrsg.), Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, Köln 2000, S. 123–142 (zit.: FS 50 Jahre BGH).
- Goette*, Wulf: Organisationspflichten in Kapitalgesellschaften zwischen Rechtspflicht und Opportunität, ZHR 175 (2011), 388–400.

- Goette, Wulf*: „Zur ARAG/GARMENBECK-Doktrin“, in: Hoffmann-Becking, Michael/Hüffer, Uwe/Reichert, Jochem (Hrsg.), Liber Amicorum für Martin Winter, Köln 2011, S. 153–166 (zit.: Liber Amicorum Winter).
- Goette, Wulf*: Grundsätzliche Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats bei sorgfaltswidrig schädigendem Verhalten im AG-Vorstand?, ZHR 176 (2012), 588–616.
- Goette, Wulf*: Zu den vom Aufsichtsrat zu beachtenden Abwägungen im Rahmen seiner Entscheidung nach den ARAG/GARMENBECK-Kriterien – dargestellt am Beispiel des Kartellrechts, in: Krieger, Gerd/Lutter, Marcus/Schmidt, Karsten (Hrsg.), Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag, München 2013, S. 377–394 (zit.: FS Hoffmann-Becking).
- Goette, Wulf/Habersack, Mathias* (Hrsg.): Münchner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 3: §§ 118–178, 4. Aufl. 2018 (zit.: MünchKomm, AktG).
- Goette, Wulf/Habersack, Mathias* (Hrsg.): Münchner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2: §§ 76–117. MitbestG. DrittelbG., 5. Aufl., München 2019 (zit.: MünchKomm, AktG).
- Goldschmit, Friedrich*: Die Aktiengesellschaft. Handelsgesetzbuch § 178 bis § 319. Handausgabe mit Erläuterungen, München 1927.
- Görner, André*: Die Anspruchsberechtigung der Marktbeteiligten nach § 33 GWB, Köln/München 2007.
- Gostomzyk, Tobias*: Äußerungsrechtliche Grenzen des Unternehmenspersönlichkeitsrechts – Die Gen-Milch-Entscheidung des BGH, NJW 2008, 2082–2085.
- Göthel, Stephan R.*: Funktionen des Schmerzensgeldes. Gedanken am Beispiel des US-amerikanischen Rechts, RabelsZ 69 (2005), 255–307.
- Gotsi, Manto/Wilson, Alan M.*: Corporate Reputation: Seeking a Definition, 6 Corporate Communications 24–30 (2001).
- Götting, Horst-Peter/Schertz, Christian/Seitz, Walter* (Hrsg.): Handbuch des Persönlichkeitsrechts, 2. Aufl., München 2019 (zit.: Götting/Schertz/Seitz, Handbuch des Persönlichkeitsrechts).
- Gottwald, Peter*: Schadenszurechnung und Schadensschätzung. Zum Ermessen des Richters im Schadensrecht und im Schadensersatzprozeß, München 1979.
- Götz, Heinrich*: Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrates der Aktiengesellschaft, ZGR 1990, 633–656.
- Graf, Jürgen-Peter* (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar OWiG, 31. Edition, München 2021 (zit.: BeckOK, OWiG).
- Gregor, Stephan*: Das Bereicherungsverbot. Ausdruck der Trennung von Schaden und Haftung, Tübingen 2012.
- Grigoleit, Hans Christoph* (Hrsg.): Aktiengesetz. Kommentar, 2. Aufl. München 2020 (zit.: Grigoleit, AktG).
- Großmann, Adolf*: Unternehmensziele im Aktienrecht. Eine Untersuchung über Handlungsmaßstäbe für Vorstand und Aufsichtsrat, Köln et al. 1980.
- Grunewald, Barbara*: Die Haftung von Organmitgliedern nach Deliktsrecht, ZHR 157 (1993), 451–463.

- Grunewald*, Barbara: Die Abwälzung von Bußgeldern, Verbands- und Vertragsstrafen im Wege des Regresses, NZG 2016, 1121–1124.
- Grunsky*, Wolfgang: Der Ersatz fiktiver Kosten bei der Unfallschadensregulierung, NJW 1983, 2465–2471.
- Grunst*, Christian: Der Geschäftsleiter im Deliktsrecht. Plädoyer gegen die deliktische Organaußenhaftung von Geschäftsführern und Vorständen gegenüber gesellschaftsfremden Dritten, München 2016.
- Gsell*, Beate et al. (Hrsg.): beck-online.GROSSKOMMENTAR, Stand: 1.6.2021, München (zit.: BeckOGK).
- Haas*, Ulrich: Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz. Unternehmerische Verhaltenspflichten des GmbH-Geschäftsführers zum Schutz Dritter, München 1997.
- Haas*, Ulrich: Der Erstattungsanspruch nach § 64 II GmbHG, NZG 2004, 737–745.
- Habersack*, Mathias: Managerhaftung, in: Lorenz, Egon (Hrsg.), Karlsruher Forum 2009: Managerhaftung. Mit Vorträgen von Mathias Habersack und Ansgar Staudinger und Dokumentation der Diskussion, Karlsruhe 2010, S. 5–40.
- Habersack*, Mathias: Die Legalitätspflicht des Vorstands der AG, in: Burgard, Ulrich et al. (Hrsg.), Festschrift für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag, Köln 2011, S. 429–441 (zit.: FS U. H. Schneider).
- Habersack*, Mathias: Perspektiven der aktienrechtlichen Organhaftung, ZHR 177 (2013), 782–806.
- Habersack*, Mathias/*Casper*, Matthias/*Löbbe*, Marc (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Großkommentar, Bd. 1: Einleitung; §§ 1–28, 3. Aufl., Tübingen 2019 (zit.: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG).
- Habersack*, Mathias/*Casper*, Matthias/*Löbbe*, Marc (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Großkommentar, Bd. 2: §§ 29–52, 3. Aufl., München 2020 (zit.: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG).
- Habersack*, Mathias/*Schürnbrand*, Jan: Die Rechtsnatur der Haftung aus §§ 93 Abs. 3 AktG, 43 Abs. 3 GmbHG, WM 2005, 957–1004.
- Habetha*, Joachim W.: Deliktsrechtliche Geschäftsführerhaftung und gesellschaftsfinanzierte Haftpflichtversicherung, DZWIR 1995, 272–284.
- Habetha*, Joachim W.: Direktorenhaftung und gesellschaftsfinanzierte Haftpflichtversicherung. Ein deutsch-englischer Rechtsvergleich vor dem Hintergrund des Binnenmarktes für Versicherungsleistungen, Heidelberg 1995.
- Hachenburg*, Max (ehem. Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Großkommentar, Bd. 2: §§ 35–52, 8. Aufl., Berlin 1997 (zit.: Hachenburg, GmbHG).
- Hachmeister*, Dirk/*Kahle*, Holger/*Mock*, Sebastian/*Schüppen*, Matthias (Hrsg.): Bilanzrecht. Kommentar. Handelsbilanz – Steuerbilanz – Prüfung – Offenlegung – Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Köln 2020 (zit.: Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen, Bilanzrecht).
- Hack*, Frank Sebastian: Vorstandsverantwortlichkeit bei Kartellrechtsverstößen, Frankfurt am Main 2012.

- Hagen*, Horst: Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik. Ein Beitrag zur Koordinierung von Rechtsfortbildungen, Frankfurt am Main 1971 (zit.: Die Drittschadensliquidation).
- Hagen*, Horst: Zur Normativität des Schadensbegriffs in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in: Caemmerer, Ernst von (Hrsg.), Festschrift für Fritz Hauß zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 1978, S. 83–102 (zit.: FS Hauß).
- Hagen*, Horst: Entgangene Gebrauchsvorteile als Vermögensschaden? Eine kritische Bestandsaufnahme der Rechtsprechung des BGH, JZ 1983, 833–840.
- Hager*, Johannes: Schutz einer Handelsgesellschaft gegen die Analyse ihrer Jahresabschlüsse im Lichte der Grundrechte, ZHR 158 (1994), 675–684.
- Hagmann*, Hanns Harald: Der Umfang der Ersatzpflicht des Ladendiebes, JZ 1978, 133–138.
- Hahn*, Jakob: Die Parteispende der Aktiengesellschaft, AG 2018, 472–480.
- Hall*, Richard: A Framework Linking Intangible Resources and Capabilities to Sustainable Competitive Advantage, 14 SMJ 607–618 (1993).
- Hannigan*, Brenda M.: Company Law, 4. Aufl., Oxford 2016.
- Hannigan*, Brenda M.: Company Law, 5. Aufl., Oxford 2018.
- Hansen*, Wilhelm Matthias: Auswirkungen des normativen Schadensbegriffs auf die Methodik der Schadensberechnung, MDR 1978, 361–365.
- Hanson*, Jon D./Logue, Kyle D.: First-Party Insurance Externalities: An Economic Justification for Enterprise Liability, 76 Cornell L. Rev. 129–196 (1990–1991).
- Harzenetter*, Tobias: Innenhaftung des Vorstands der Aktiengesellschaft für so genannte nützliche Pflichtverletzungen. Illegales Verhalten von Vorstandsmitgliedern in der Absicht, das Unternehmenswohl zu fördern, und die Haftung aus § 93 Abs. 2 AktG, Hamburg 2008.
- Hasselbach*, Kai/Ebbinghaus, Felix: Anwendung der Business Judgement Rule bei unklarer Rechtslage, AG 2014, 873–883.
- Hau*, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar BGB, 58. Edition, München 2021 (zit.: BeckOK, BGB).
- Hauff*, Rebecca: Der Regress von Verbandsgeldbußen im Kapitalgesellschaftsrecht, Berlin 2019.
- Hauger*, Nils F. W./Palzer, Christoph: Kartellbußen und gesellschaftsrechtlicher Innenregress, ZGR 2015, 33–83.
- Hauschka*, Christoph E./Moosmayer, Klaus/Lösler, Thomas (Hrsg.): Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, 3. Aufl., München 2016 (zit.: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance).
- Hauß*, Fritz: Referat von Bundesrichter Dr. Fritz Hauß, Karlsruhe, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des Dreiundvierzigsten Deutschen Juristentages. München 1960. Bd. 2: Sitzungsberichte, Tübingen 1962, C 23–C 45 (zit.: Referat 43. DJT).
- Heck*, Philipp: Die Ausdehnung des § 817, S. 2 auf alle Bereicherungsansprüche, AcP 124 (1925), 1–68.

- Heck*, Philipp: Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929 (zit.: Schuldrecht).
- Heermann*, Peter W.: Unternehmerisches Ermessen, Organhaftung und Beweislastverteilung, ZIP 1998, 761–769.
- Heidel*, Thomas (Hrsg.): Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2014 (zit.: Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. 2014).
- Heidel*, Thomas (Hrsg.): Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl., Baden-Baden 2020 (zit.: Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht).
- Heine*, Günter: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung – nationale Konsequenzen, ÖJZ 1996, 211–219.
- Helm*, Sabrina: Designing a Formative Measure for Corporate Reputation, 8 Corporate Reputation Review 95–109 (2005).
- Hempel*, Rolf: Privater Rechtsschutz im deutschen Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle, WuW 2004, 362–374.
- Henke*, Horst-Eberhard: Die Vorteilsausgleichung, in: Brambring, Günter/Medicus, Dieter/Vogt, Max (Hrsg.), Festschrift für Horst Hagen, Köln 1999, S. 371–408 (zit.: FS Hagen).
- Hennrichs*, Joachim/Kleindiek, Detlef/Watrin, Christoph (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, Bd. 2: Bilanzrecht. §§ 238–342e HGB, München 2013 (zit.: MünchKomm, Bilanzrecht).
- Herbig*, Paul/Milewicz, John: The Relationship of Reputation and Credibility to Brand Success, 10 J. Consum. Mark. 18–24 (1993).
- Herschel*, Wilhelm: Anmerkung zu RAG, Beschl. v. 27. 11. 1942 – RAG 88/42, DR 1943, 558–559.
- Hicks*, John R.: The Foundations of Welfare Economics, 49 Econ. J. 696–712 (1939).
- Hildebrandt*, Meinhard: Zur Handlungseinheit und Handlungsmehrheit im Zivilrecht, Marburg 1966.
- Hillenkamp*, Thomas: Zur Höchstpersönlichkeit der Geldstrafe, in: Küper, Wilfried/Puppe, Ingeborg/Tenckhoff, Jörg (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, Berlin 1987, S. 455–470 (zit.: FS Lackner).
- Hillenkamp*, Thomas: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 7. 11. 1990 – 2 StR 439/90, JR 1992, 74–76.
- Hinrichs*, Erik: Möglichkeiten zur Korrektur der Geschäftsleiterbinnenhaftung gem. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG, § 43 Abs. 2 GmbHG für sog. „nützliche“ Pflichtverletzungen, Hamburg 2015 (zit.: Möglichkeiten zur Korrektur der Geschäftsleiterbinnenhaftung).
- Hirsch*, Ernst E.: Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze, AcP 175 (1975), 471–511.
- Hirte*, Heribert/Mülbert, Peter O./Roth, Markus (Hrsg.): AktG. Aktiengesetz. Großkommentar, Bd. 4/1: §§ 76–91, 5. Aufl., Berlin et al. 2015 (zit.: GroßKomm, AktG).
- Hirte*, Heribert/Mülbert, Peter O./Roth, Markus (Hrsg.): AktG. Aktiengesetz. Großkommentar, Bd. 4/2: §§ 92–94, 5. Aufl., Berlin et al. 2015 (zit.: GroßKomm, AktG).
- Hoffmann*, Gunter M.: Existenzvernichtende Haftung von Vorständen und Aufsichtsräten?, NJW 2012, 1393–1399.

- Hoffmann*, Volker H./*Wißmann*, Anke C.: Die Erstattung von Geldstrafen, Geldauflagen und Verfahrenskosten im Strafverfahren durch Wirtschaftsunternehmen gegenüber ihren Mitarbeitern, StV 2001, 249–252.
- Hoffmann-Becking*, Michael (Hrsg.): Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4: Aktiengesellschaft, 2. Aufl., München 1999 (zit.: Hoffmann-Becking, Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts IV, 2. Aufl. 1999).
- Hoffmann-Becking*, Michael (Hrsg.): Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4: Aktiengesellschaft, 3. Aufl., München 2007 (zit.: Hoffmann-Becking, Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts IV, 3. Aufl. 2007).
- Hoffmann-Becking*, Michael (Hrsg.): Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4: Aktiengesellschaft, 5. Aufl., München 2020 (zit.: Hoffmann-Becking, Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts IV).
- Hoffmann-Becking*, Michael/*Gebele*, Alexander (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch. Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 13. Aufl., München 2019 (zit.: Hoffmann-Becking/Gebele, Beck'sches Formularbuch).
- Hofmann*, Manfred: Der merkantile Minderwert als Problem des Schadenersatzrechts unter Berücksichtigung der österreichischen, französischen und amerikanischen Rechtsordnung, Diss., Freiburg im Breisgau 1970 (zit.: Der merkantile Minderwert).
- Hohloch*, Gerhard: Allgemeines Schadensrecht. Empfiehlt sich eine Neufassung der gesetzlichen Regelung des Schadensrechts (§§ 249–255 BGB)?, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts. Bd. 1, Köln 1981, S. 375–478.
- Holle*, Philipp Maximilian: Legalitätskontrolle im Kapitalgesellschafts- und Konzernrecht, Tübingen 2014.
- Holly*, Hans G./*Friedhofen*, Peter: Die Abwälzung von Geldstrafen und Geldbußen auf den Arbeitgeber, NZA 1992, 145–153.
- Hölters*, Wolfgang (Hrsg.): Aktiengesetz, 3. Aufl., München 2017 (zit.: Hölters, AktG).
- Hommelhoff*, Peter: Die Konzernleitungspflicht. Zentrale Aspekte eines Konzernverfassungsrechts, Köln et al. 1982.
- Honsell*, Heinrich: Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadenersatzrecht, JuS 1973, 69–75.
- Honsell*, Heinrich: Differenztheorie und normativer Schadensbegriff, in: Fuhrer, Stephan (Hrsg.), Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht. Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, Zürich et al. 2010, S. 255–271 (zit.: FS 50 Jahre SGHVR).
- Hopt*, Klaus J.: Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat. – Zugleich ein Beitrag zur corporate governance-Debatte –, in: Immenga, Ulrich/Möschel, Wernhard/Reuter, Dieter (Hrsg.), Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag, Baden-Baden 1996, S. 909–931 (zit.: FS Mestmäcker).
- Hopt*, Klaus J.: Die Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat: Grundsatz und Praxisprobleme – unter besonderer Berücksichtigung der Banken, ZIP 2013, 1793–1806.
- Horn*, Norbert: Die Haftung des Vorstands der AG nach § 93 AktG und die Pflichten des Aufsichtsrates, ZIP 1997, 1129–1139.

- Hübner, Ulrich*: Managerhaftung. Rechtsgrundlagen und Risikopotentiale einer persönlichen Inanspruchnahme der Unternehmensleiter von Kapitalgesellschaften, München 1992.
- Hüffer, Uwe* (Begr.): Aktiengesetz, 15. Aufl., München 2021 (zit.: Hüffer/Koch, AktG).
- Ihrig, Hans-Christoph*: Reformbedarf beim Haftungstatbestand des § 93 AktG, WM 2004, 2098–2107.
- Illhardt, Daniel/Scholz, Philipp*: Anrechnung von Gewinnen aus pflichtwidrigen Geschäften. Besprechung des BGH-Urteils vom 15.1.2013 – II ZR 90/11, DZWIR 2013, 512–517.
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst Joachim* (Hrsg.): Wettbewerbsrecht, Bd. 1: EU/Teil 2. Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 5. Aufl., München 2012 (zit.: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012).
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst Joachim* (Hrsg.): Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB/Teil 1. Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 5. Aufl., München 2014 (zit.: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014).
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst Joachim* (Begr.): Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB. Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 6. Aufl., München 2020 (zit.: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht).
- Ingerl, Reinhard/Rohnke, Christian*: Markengesetz. Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen, 3. Aufl., München 2010 (zit.: Ingerl/Rohnke, MarkenG).
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 7: Freiheitsrechte, 3. Aufl., Heidelberg 2009 (zit.: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts VII).
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 8: Grundrechte: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit, 3. Aufl., Heidelberg 2010 (zit.: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts VIII).
- Jaeger, Carsten/Trölitzsch, Thomas*: Unternehmerisches Ermessen des Aufsichtsrats bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegenüber Vorstandsmitgliedern, ZIP 1995, 1157–1163.
- Jahr, Günther*: Schadensersatz wegen deliktischer Nutzungsentziehung – zu Grundlagen des Rechtsgüterschutzes und des Schadensersatzrechts, AcP 183 (1983), 725–794.
- Jansen, Nils*: Konturen eines europäischen Schadensrechts, JZ 2005, 160–173.
- Jarass, Hans D.*: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, 857–862.
- Jarass, Hans D.*: Verwaltungsrecht als Vorgabe für Zivil- und Strafrecht, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Bd. 50: Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft. Verwaltungsrecht als Vorgabe für Zivil- und Strafrecht. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Zürich vom 3. bis 6. Oktober 1990, Berlin/Boston 1991, S. 239–270.
- Jarrell, Gregg/Peltzman, Sam*: The Impact of Product Recalls on the Wealth of Sellers, 93 J. Political Econ. 512–536 (1985).
- Jensen, Michael C./Meckling, William H.*: Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, 3 J. Financial Econ. 305–360 (1976).

- Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus* (Hrsg.): Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5: §§ 263–358 StGB, 3. Aufl., München 2019 (zit.: MünchKomm, StGB).
- Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus* (Hrsg.): Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 7: Nebenstrafrecht II. Strafvorschriften aus: MarkenG, UrhG, UWG, AO, SchwarzArbG, AÜG, BetrVG, AktG, AWG, BauFordSiG, BörsG, DepotG, GenG, GewO, GmbHG, HGB, InsO, KWG, WpHG, TKG, TMG, 3. Aufl., München 2019 (zit.: MünchKomm, StGB).
- Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus* (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4: §§ 185–262 StGB, 4. Aufl., München 2021 (zit.: MünchKomm, StGB).
- Jungmann, Carsten*: Die Business Judgment Rule – ein Institut des allgemeinen Verbandsrechts? – Zur Geltung von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG außerhalb des Aktienrechts –, in: Bitter, Georg et al. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, Köln 2009, S. 831–855 (zit.: FS K. Schmidt).
- Kahrs, Hans Jürgen*: Kausalität und überholende Kausalität im Zivilrecht, Hamburg 1969.
- Kaldor, Nicholas*: Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility, *Econ. J.* 1939, Heft , 549–552.
- van Kann, Jürgen*: Zwingender Selbstbehalt bei der D&O-Versicherung – Gut gemeint, aber auch gut gemacht? Änderungsbedarf an D&O-Versicherungen durch das VorstAG, NZG 2009, 1010–1013.
- Kapp, Thomas*: Dürfen Unternehmen ihren (geschäftsführenden) Mitarbeitern Geldstrafen bzw. -bußen erstatten?, *NJW* 1992, 2796–2800.
- Kapp, Thomas/Gärtner, Daniel*: Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat bei Verstößen gegen das Kartellrecht, *CCZ* 2009, 168–174.
- Kapp, Thomas/Hummel, Karin*: Haftung von Managern und Mitarbeitern für Unternehmensbußgelder?, *ZWeR* 2011, 349–360.
- Karpoff, Jonathan M.*: Does Reputation Work to Discipline Corporate Misconduct?, in: Pollock, Timothy G./Barnett, Michael L. (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Corporate Reputation*, Oxford 2012, S. 361–382.
- Karpoff, Jonathan M./Lee, D. Scott/Martin, Gerald S.*: The Cost to Firms of Cooking the Books, 43 *J. Fin. & Quant. Anal.* 581–611 (2008).
- Karpoff, Jonathan M./Lott, John R., Jr.*: The Reputational Penalty Firms Bear from Committing Criminal Fraud, 36 *J. L. & Econ.* 757–802 (1993).
- Karpoff, Jonathan M./Lott, John R., Jr./Wehrly, Eric W.*: The Reputational Penalties for Environmental Violations: Empirical Evidence, 48 *J. L. & Econ.* 653–675 (2005).
- Kau, Wolfgang*: Vom Persönlichkeitsschutz zum Funktionsschutz. Persönlichkeitsschutz juristischer Personen des Privatrechts in verfassungsrechtlicher Sicht, Heidelberg 1989.
- Kaulich, Matthias*: Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler, Berlin 2012.
- Keeton, W. Page/Dobbs, Dan B./Keeton, Robert E./Owen, David G.*: *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5. Aufl., St. Paul 1984.
- Kern, Bernd-Rüdiger*: Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes – ein pönales Element im Schadensrecht?, *AcP* 191 (1991), 247–272.

- Kerst*, Andreas: Haftungsmanagement durch die D&O-Versicherung nach Einführung des aktienrechtlichen Selbstbehaltes in § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG, WM 2010, 596–605.
- Kersting*, Christian: Organhaftung für Kartellbußgelder, ZIP 2016, 1266–1275.
- Keuk*, Brigitte: Vermögensschaden und Interesse, Bonn 1972.
- Kindler*, Peter: Pflichtverletzung und Schaden bei der Vorstandshaftung wegen unzureichender Compliance, in: Altmeyden, Holger/Fitz, Hanns/Honsell, Heinrich (Hrsg.), Festschrift für Günter H. Roth zum 70. Geburtstag, München 2011, S. 367–377 (zit.: FS G. Roth).
- Kirchhof*, Paul: Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung, Heidelberg 1978.
- Kirchner*, Hildebert: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Aufl., Berlin 2018.
- Kischel*, Uwe: Rechtsvergleichung, München 2015.
- Klein*, Benjamin/Leffler, Keith B.: The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance, 89 J. Political Econ. 615–641 (1981).
- Kleindiek*, Detlef: Deliktshaftung und juristische Person. Zugleich zur Eigenhaftung von Unternehmensleitern, Tübingen 1997.
- Klemp*, Wolfgang: Die steuerliche Behandlung kartellbehördlicher Geldbußen, BB 1977, 843–845.
- Kling*, Michael/Thomas, Stefan: Kartellrecht, 2. Aufl., München 2016.
- Klippel*, Diethelm: Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz von Verbänden, JZ 1988, 625–634.
- Klöhn*, Lars/Schmolke, Klaus Ulrich: Unternehmensreputation (Corporate Reputation), NZG 2015, 689–697.
- Klöhn*, Lars/Schmolke, Klaus Ulrich: Der Aufschub der Ad-hoc-Publizität nach Art. 17 Abs. 4 MAR zum Schutz der Unternehmensreputation, ZGR 2016, 866–896.
- Klumpe*, Gerhard/Thiede, Thomas: Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle: Änderungsbedarf aus Sicht der Praxis, BB 2016, 3011–3018.
- Knepper*, William E. (Begr.): Liability of Corporate Officers and Directors, 8. Aufl., Loseblattsammlung, Stand: 24. Ergänzungslieferung, November 2017, Newark (zit.: Knepper/Bailey, Liability of Corporate Officers and Directors).
- Knieper*, Rolf: Soraya und die Schmerzensgeldrechtsprechung des BVerfG, ZRP 1974, 137–140.
- Knöpfel*, Gottfried: Billigkeit und Schmerzensgeld, AcP 155 (1956), 135–157.
- Kobayashi*, Bruce H.: Antitrust, Agency, and Amnesty: An Economic Analysis of the Criminal Enforcement of the Antitrust Laws Against Corporations, 69 Geo. Wash. L. Rev. 715–744 (2000–2001).
- Koch*, Jens: Das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) – ein Überblick, ZGR 2006, 769–804.
- Koch*, Jens: Beschränkungen des gesellschaftsrechtlichen Innenregresses bei Bußgeldzahlungen, in: Hoffmann-Becking, Michael/Hüffer, Uwe/Reichert, Jochem (Hrsg.), Liber Amicorum für Martin Winter, Köln 2011, S. 327–350 (zit.: Liber Amicorum Winter).

- Koch, Jens*: Beschränkung der Regressfolgen im Kapitalgesellschaftsrecht, AG 2012, 429–440.
- Koch, Jens*: Regressreduzierung im Kapitalgesellschaftsrecht – eine Sammelreplik, AG 2014, 513–525.
- Koch, Robert*: Ersatzfähigkeit von Kartellbußen – Zugleich Anmerkung zum Urteil des LAG Düsseldorf vom 20. 1. 2015 (VersR 2015, 6299) –, VersR 2015, 655–661.
- Kocher, Dirk*: Zur Reichweite der Business Judgment Rule, CCZ 2009, 215–221.
- Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim* (Hrsg.): Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Preisangabenverordnung. Unterlassungsklagengesetz. Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung, 33. Aufl., München 2015 (zit.: Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl. 2015).
- Kollmann, Anni/Aufdermauer, Christian*: Anmerkung zu LAG Düsseldorf, Urt. v. 20. 1. 2015 – 16 Sa 459/14, BB 2015, 1024.
- Köndgen, Johannes*: Haftpflichtfunktionen und Immaterialschaten am Beispiel von Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung, Berlin 1976.
- Köndgen, Johannes*: Ökonomische Aspekte des Schadensproblems, AcP 177 (1977), 1–34.
- Korch, Stefan*: Haftung und Verhalten. Eine ökonomische Untersuchung des Haftungsrechts unter Berücksichtigung begrenzter Rationalität und komplexer Präferenzen, Tübingen 2015.
- Koreng, Ansgar*: Das „Unternehmenspersönlichkeitsrecht“ als Element des gewerblichen Reputationsschutzes, GRUR 2010, 1065–1070.
- Körner, Marita*: Zur Aufgabe des Haftungsrechts – Bedeutungsgewinn präventiver und punitiver Elemente, NJW 2000, 241–246.
- Kornhauser, Lewis A.*: An Economic Analysis of the Choice Between Enterprise and Personal Liability for Accidents, 70 Calif. L. Rev. 1345–1392 (1982).
- Kort, Michael*: Compliance-Pflichten von Vorstandsmitgliedern und Aufsichtsratsmitgliedern, in: Grundmann, Stefan et al. (Hrsg.), Unternehmen, Markt und Verantwortung. Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010, Bd. 1, Berlin 2010, S. 983–1003 (zit.: FS Hopt I).
- Kort, Michael*: Compliance-Pflichten und Haftung von GmbH-Geschäftsführern, GmbHR 2013, 566–574.
- Kötz, Hein*: Ziele des Haftungsrechts, in: Baur, Jürgen F./Hopt, Klaus J./Mailänder, K. Peter (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin/New York 1990, S. 643–666 (zit.: FS Steindorff).
- Kraakman, Reinier H. et al.*: The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach, 3. Aufl., Oxford 2017.
- Kraft, Alfons*: Gedanken zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht juristischer Personen, in: Forkel, Hans/Kraft, Alfons (Hrsg.), Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen. Festschrift für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 1985, S. 201–219 (zit.: FS Hubmann).
- Kramer, Ernst A.*: Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., München et al. 2019.
- Krause, Daniel*: Die zivilrechtliche Haftung des Strafverteidigers, NSTz 2000, 225–234.

- Krause, Rüdiger*: „Nützliche“ Rechtsverstöße im Unternehmen – Verteilung finanzieller Lasten und Sanktionen. Die Verteilung von Verfahrenskosten, Geldstrafen und Geldbußen zwischen Gesellschaft, (ehemaligen) Vorstandsmitgliedern und Mitarbeitern sowie die Möglichkeit von Sanktionen bei Pflichtverletzungen, BB-Special 8/2007, 2–16.
- Krenberger, Benjamin/Krumm, Carsten*: Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz, 5. Aufl., München 2018 (zit.: Krenberger/Krumm, OWiG).
- Kreps, David M./Wilson, Robert*: Reputation and Imperfect Information, 27 J. Econ. Theory 253–279 (1982).
- Krey, Volker*: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 7. 11. 1990 – 2 StR 439/90, JZ 1991, 889–890.
- Krieger, Gerd/Schneider, Uwe H.* (Hrsg.): Handbuch Managerhaftung. Vorstand, Geschäftsführer, Aufsichtsrat. Pflichten und Haftungsfolgen. Typische Risikobereiche, 3. Aufl., Köln 2017 (zit.: Krieger/U. H. Schneider, Handbuch Managerhaftung).
- Kröger, Jens*: Korruptionsschäden, Unternehmensgeldbußen und Imageschäden. Haftungs- und schadensrechtliche Fragen der Organmitgliederhaftung, Baden-Baden 2013.
- Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas* (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 1: §§ 1–354, 6. Aufl., München 2020 (zit.: MünchKomm, ZPO).
- Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas* (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 2: §§ 355–945b, 6. Aufl., München 2020 (zit.: MünchKomm, ZPO).
- Kumpan, Christoph*: Reputation im Unternehmensrecht, in: Bauer, Denise A./Schuster, Gunnar (Hrsg.), Nachhaltigkeit im Bankensektor. Konzepte. Rechtsfragen. Kulturwandel, Köln 2016, S. 323–346.
- Kuntz, Thilo*: Geltung und Reichweite der Business Judgment Rule in der GmbH, GmbHR 2008, 121–128.
- Kusznier, Florian*: Vorteilsanrechnung bei Vorstandshaftung, GesRZ 2017, 156–161.
- Labusga, Katja*: Anmerkung zu LAG Düsseldorf, Urt. v. 20.01.2015 – 16 Sa 459/14, VersR 2015, 634–635.
- Labusga, Katja*: Die Ersatzfähigkeit von Unternehmensgeldbußen im Innenregress gegen verantwortliche Vorstandsmitglieder, VersR 2017, 394–402.
- Lackner, Karl* (ehem. Hrsg.): Strafgesetzbuch. Kommentar, 29. Aufl., München 2018 (zit.: Lackner/Kühl, StGB).
- Lange, Hermann*: Zum Problem der überholenden Kausalität, AcP 152 (1952/53), 153–168.
- Lange, Hermann*: Empfiehlt es sich, die Haftung für schuldhaft verursachte Schäden zu begrenzen? Kann für den Umfang der Schadensersatzpflicht auf die Schwere des Verschuldens und die Tragweite der verletzten Norm abgestellt werden? Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des Dreißigsten Deutschen Juristentages. München 1960. Bd. 1/I: Gutachten, Tübingen 1960 (zit.: Gutachten 43. DJT).
- Lange, Hermann*: Die Vorteilsausgleichung, JuS 1978, 649–657.
- Lange, Hermann/Schiemann, Gottfried*: Schadensersatz, 3. Aufl., Tübingen 2003.

- Lange*, Oliver: D&O-Versicherung und Managerhaftung. Handbuch, München 2014.
- Langen*, Eugen (Begr.): Kartellrecht. Kommentar, Bd. 1: Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl., Köln 2018 (zit.: *Langen/Bunte*, Kartellrecht).
- Langen*, Eugen (Begr.): Kartellrecht. Kommentar, Bd. 2: Europäisches Kartellrecht, 13. Aufl., Köln 2018 (zit.: *Langen/Bunte*, Kartellrecht).
- Langenbucher*, Katja: Rechtsermittlungspflicht und Rechtsbefolgungspflicht des Vorstands – Ein Beitrag zur aktienrechtlichen Legalitätspflicht, in: Bitter, Georg/Ott, Claus/Schimansky, Herbert (Hrsg.), Bankgeschäfte zwischen Markt, Regulierung und Insolvenz. Festschrift für Hans-Jürgen Lwowski zum 75. Geburtstag, München 2014, S. 333–347 (zit.: *FS Lwowski*).
- Langheid*, Theo/*Wandt*, Manfred (Hrsg.): Münchner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Bd. 3: Nebengesetze. Systematische Darstellungen, 2. Aufl., München 2017 (zit.: *MünchKomm*, VVG).
- Larenz*, Karl: Die Berücksichtigung hypothetischer Schadensursachen bei der Schadensermittlung, NJW 1950, 487–493.
- Larenz*, Karl: Referat von Professor Dr. Karl Larenz, Kiel, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des Zweiundvierzigsten Deutschen Juristentages. Düsseldorf 1957, Bd. 2: Sitzungsberichte, Tübingen 1959, D 25–D 39 (zit.: Referat 42. DJT).
- Larenz*, Karl: Nutzlos gewordene Aufwendungen als erstattungsfähiger Schaden, in: Keller, Max (Hrsg.), Revolution der Technik, Evolutionen des Rechts. Festgabe zum 60. Geburtstag von Karl Oftinger, Zürich 1969, S. 151–169 (zit.: Festgabe Oftinger).
- Larenz*, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts. Bd. 1: Allgemeiner Teil, München 1987 (zit.: Schuldrecht I).
- Larenz*, Karl/*Canaris*, Claus-Wilhelm: Lehrbuch des Schuldrechts. Bd. 2: Besonderer Teil. 2. Halbband, München 1994 (zit.: Schuldrecht II/2).
- Larenz*, Karl/*Canaris*, Claus-Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin 1995.
- Laufhütte*, Heinrich Wilhelm/*Rissing-van Saan*, Ruth/*Tiedemann*, Klaus (Hrsg.): Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar, Bd. 2: §§ 32–55, 12. Aufl., Berlin/New York 2006 (zit.: *LK*, StGB).
- Laufhütte*, Heinrich Wilhelm/*Rissing-van Saan*, Ruth/*Tiedemann*, Klaus (Hrsg.): Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar, Bd. 8: §§ 242–262, 12. Aufl., Berlin/New York 2010 (zit.: *LK*, StGB).
- Laufhütte*, Heinrich Wilhelm/*Rissing-van Saan*, Ruth/*Tiedemann*, Klaus (Hrsg.): Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar, Bd. 9/1: §§ 263–266b, 12. Aufl., Berlin/New York 2012 (zit.: *LK*, StGB).
- Lehmann*, Matthias: Kommunale Swap-Verträge: Wirksamkeit und Beratungspflichten nach neuer BGH-Rechtsprechung. Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 28.4.2015 – XI ZR 378/13, ZBB 2015, 322, ZBB 2015, 282–294.
- Lepsius*, Oliver: Rechtswissenschaft in der Demokratie, Der Staat 52 (2013), 157–186.
- Leßmann*, Herbert: Persönlichkeitsschutz juristischer Personen, AcP 170 (1970), 266–294.

- Lettl*, Tobias: Der Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 81 Abs. 1 EG, ZHR 167 (2003), 473–493.
- Lettl*, Tobias: Anmerkung zu LAG Düsseldorf, Urt. v. 20.01.2015 – 16 Sa 459/14, WuB 2015, 637–638.
- Lettl*, Tobias: Schadensersatz bei Kartellverstößen in der 9. GWB-Novelle, WM 2016, 1961–1966.
- Leumann Liebster*, Pascal: Reputationsschaden im UN-Kaufrecht (CISG), in: Böhler, Andrea/Müller-Chen, Markus (Hrsg.), Private law. national – global – comparative. Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Bd. 2, Bern 2011, S. 1031–1049 (zit.: FS Schwenzer II).
- Leupold*, Petra/Ramharter, Martin: Nützliche Gesetzesverletzungen – Innenhaftung der Geschäftsleiter wegen Verletzung der Legalitätspflicht?, GesRZ 2009, 253–267.
- Lieb*, Manfred: „Wegfall der Arbeitskraft“ und normativer Schadensbegriff. Besprechung der Entscheidung BGH VI ZR 212/68 vom 5.5.1970 und BAG 3 AZR 324/69 vom 24.4.1970, JZ 1971, 358–362.
- Lim*, Ernest: The Illegality Defence and Company Law, (2013) 13 JCLS 49–61.
- Lindacher*, Walter F.: Haftung des GmbH-Geschäftsführers und Einwand des Auswahl- und Überwachungsmitverschuldens – BGH, NJW 1983, 1856, JuS 1984, 672–675.
- Littbarski*, Sigurd: Die Entwicklung der Rechtsprechung des BGH zu den Vorhaltekosten bei Verwendung von Reservefahrzeugen, BB 1980, 1448–1451.
- Loewenheim*, Ulrich et al.: Kartellrecht. Kommentar, 3. Aufl., München 2016.
- Loewenheim*, Ulrich et al.: Kartellrecht. Kommentar zum Deutschen und Europäischen Recht, 4. Aufl., München 2020.
- Löffler*, Martin (Begr.): Presserecht. Kommentar zu den deutschen Landespressegesetzen mit systematischen Darstellungen zum pressebezogenen Ständerecht, Anzeigenrecht, Werbe- und Wettbewerbsrecht, Urheber- und Verlagsrecht, Arbeitsrecht, Titelschutz, Mediendatenschutz, Jugendmedienschutz und Steuerrecht, 6. Aufl., München 2015.
- Lohse*, Andrea: Schmiergeld als Schaden? Zur Vorteilsausgleichung im Gesellschaftsrecht, in: Kindler, Peter/Koch, Jens/Ulmer, Peter/Winter, Martin (Hrsg.), Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, München 2010, S. 581–601 (zit.: FS Hüffer).
- Looschelders*, Dirk: Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, Tübingen 1999.
- Lotze*, Andreas: Haftung von Vorständen und Geschäftsführern für gegen Unternehmen verhängte Kartellbußgelder, NZKart 2014, 162–170.
- Lotze*, Andreas/Schmolinski, Sebastian: Entschärfung der Organhaftung für kartellrechtliche Unternehmensgeldbußen, NZKart 2015, 254–258.
- Löwe*, Walter: Schadenersatz bei Nutzungsentgang von Kraftfahrzeugen?, VersR 1963, 307–312.
- Löwe*, Walter: Gebrauchsmöglichkeiten einer Sache als selbständiger Vermögenswert?, NJW 1964, 701–705.

- Lüneborg, Cäcilie/Resch, André Pierre*: Die Ersatzfähigkeit von Kosten interner Ermittlungen und sonstiger Rechtsberatung im Rahmen der Organhaftung, NZG 2018, 209–217.
- Lutter, Marcus*: Zur persönlichen Haftung des Geschäftsführers aus deliktischen Schäden im Unternehmen, ZHR 157 (1993), 464–482.
- Lutter, Marcus*: Die Business Judgment Rule und ihre praktische Anwendung, ZIP 2007, 841–848.
- Lutter, Marcus*: Interessenkonflikte und Business Judgment Rule, in: Heldrich, Andreas/Prölss, Jürgen/Koller, Ingo (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag. Bd. 2, München 2007, S. 245–256 (zit.: FS Canaris II).
- Lutter, Markus/Hommelhoff, Peter* (Begr.): GmbH-Gesetz. Kommentar, 20. Aufl., Köln 2020 (zit.: Lutter/Hommelhoff, GmbHG).
- Magnus, Ulrich*: Schaden und Ersatz. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Ersatzfähigkeit von Einbußen, Tübingen 1987.
- Mangoldt, Hermann von* (Begr.): Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1: Präambel, Artikel 1–19, 7. Aufl., München 2018 (zit.: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG).
- Marsch-Barner, Reinhard*: Vorteilsausgleich bei der Schadensersatzhaftung nach § 93 AktG, ZHR 173 (2009), 723–734.
- Martinek, Michael*: Repräsentantenhaftung. Die Organhaftung nach § 31 BGB als allgemeines Prinzip der Haftung von Personenverbänden für ihre Repräsentanten – Ein Beitrag zum System der Verschuldenszurechnung –, Berlin 1979.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter* (Begr.): Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1: Art. 1–5, Loseblattsammlung, Stand: 94. Ergänzungslieferung, Januar 2021, München (zit.: Maunz/Dürig, GG).
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter* (Begr.): Grundgesetz. Kommentar, Bd. 2: Art. 6–15, Loseblattsammlung, Stand: 94. Ergänzungslieferung, Januar 2021, München (zit.: Maunz/Dürig, GG).
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter* (Begr.): Grundgesetz. Kommentar, Bd. 6: Art. 86–106b, Loseblattsammlung, Stand: 94. Ergänzungslieferung, Januar 2021, München (zit.: Maunz/Dürig, GG).
- May, Erich*: Das verkehrsrichtige Verhalten als Rechtfertigungsgrund, NJW 1958, 1262–1265.
- Medicus, Dieter*: Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes, Köln/Graz 1962.
- Medicus, Dieter*: Normativer Schaden, JuS 1979, 233–239.
- Medicus, Dieter*: Zur deliktischen Eigenhaftung von Organpersonen, in: Pfister, Bernhard/Will, Michael R. (Hrsg.), Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1991, S. 155–169 (zit.: FS W. Lorenz).
- Medicus, Dieter*: Deliktische Außenhaftung der Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer, ZGR 1998, 570–585.
- Medicus, Dieter*: Allgemeines Schadensrecht. Insbesondere zur Grenzziehung zwischen Vermögens- und Nichtvermögensschäden, in: Canaris, Claus-Wilhelm/Heldrich, Andreas

- (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 1: Bürgerliches Recht, München 2000, S. 201–222 (zit.: Festgabe 50 Jahre BGH I).
- Medicus*, Dieter: Was ist von der Differenzhypothese noch übrig?, in: Habersack, Mathias/Joeres, Hans-Ulrich/Krämer, Achim (Hrsg.), Entwicklungslinien im Bank- und Kapitalmarktrecht. Festschrift für Gerd Nobbe, Köln 2009, S. 995–1008 (zit.: FS Nobbe).
- Merkt*, Hanno: Managerhaftung im Finanzsektor: Status quo und Reformbedarf, in: Erle, Bernd et al. (Hrsg.), Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, Köln 2012, S. 711–729 (zit.: FS Hommelhoff).
- Merten*, Detlef/*Papier*, Hans-Jürgen (Hrsg.): Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 4: Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte I, Heidelberg 2011 (zit.: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte IV).
- Mertens*, Hans-Joachim: Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, Stuttgart et al. 1967.
- Mertens*, Hans-Joachim: Zur Auslegung und zum Verhältnis von § 76 Abs. 1 und § 58 AktG im Hinblick auf uneigennützige soziale Aktivitäten der Aktiengesellschaft, in: Havermann, Hans (Hrsg.), Bilanz- und Konzernrecht. Festschrift zum 65. Geburtstag von Dr. Dr. h.c. Reinhard Goerdeler, Düsseldorf 1987, S. 349–360 (zit.: FS Goerdeler).
- Mertens*, Hans-Joachim: Schadensfragen im Kapitalgesellschaftsrecht, in: Medicus, Dieter/Mertens, Hans-Joachim/Nörr, Knut Wolfgang/Zöllner, Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag am 24. Januar 1992, Stuttgart et al. 1992, S. 561–582 (zit.: FS Lange).
- Mertens*, Hans-Joachim/*Mertens*, Georg: Anmerkung zu BGH, Urt v. 5. 12. 1989 – VI ZR 335/88, JZ 1990, 488–490.
- Mertens*, Hans-Joachim/*Stein*, Ursula: Das Recht des Geschäftsführers der GmbH, 2. Aufl., Berlin 1997 (zit.: Mertens/Stein, Das Recht des Geschäftsführers der GmbH).
- Michalski*, Lutz (Hrsg.): Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Bd. 2: §§ 35–85 GmbHG. §§ 1–4 EGGmbHG, 2. Aufl., München 2010 (zit.: Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010).
- Michalski*, Lutz (Begr.): Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Bd. 2: §§ 35–85 GmbHG. §§ 1–4 EGGmbHG, 3. Aufl., München 2017 (zit.: Michalski, GmbHG).
- Michalski*, Lutz (Begr.): Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Bd. 1: Systematische Darstellungen. §§ 1–34 GmbHG, 3. Aufl., München 2017 (zit.: Michalski, GmbHG).
- Milgrom*, Paul/*Roberts*, John: Predation, Reputation, and Entry Deterrence, 27 J. Econ. Theory 280–312 (1982).
- Mishina*, Yuri/*Devers*, Cynthia E.: On Being Bad: Why Stigma is not the Same as a Bad Reputation, in: Pollock, Timothy G./Barnett, Michael L. (Hrsg.), The Oxford Handbook of Corporate Reputation, Oxford 2012, S. 201–220.
- Mitchell*, Mark L./*Maloney*, Michael T.: Crisis in the Cockpit? The Role of Market Forces in Promoting Air Travel Safety, 32 J. L. & Econ. 329–355 (1989).
- Mitsch*, Wolfgang: Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2005.

- Mitsch*, Wolfgang: Strafrecht, Besonderer Teil 2. Vermögensdelikte, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 2015 (zit.: Strafrecht BT II).
- Mitsch*, Wolfgang (Hrsg.): Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Aufl., München 2018 (zit.: KK, OWiG).
- Mitterlechner*, Hermann/*Wax*, Thomas/*Witsch*, Hendrik: D&O-Versicherung mit internationalen Bezügen, 2. Aufl. München 2019.
- Möller*, Jochen: Vorteilsanrechnung bei nützlichen Pflichtverletzungen im Kapitalgesellschafts- und Kartellrecht, Frankfurt am Main et al. 2012.
- Möller*, Reinhard: Das Präventionsprinzip des Schadensrechts, Berlin 2006.
- Möllers*, Thomas M. J.: Juristische Methodenlehre, 3. Aufl., München 2020.
- Mommsen*, Friedrich: Beiträge zum Obligationenrecht. Zweite Abtheilung: Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855 (zit.: Zur Lehre von dem Interesse).
- Moos*, Reinhard: Die Strafbarkeit juristischer Personen und der Schuldgrundsatz, RZ 2004, 98–105.
- Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. 1, Berlin/Leipzig 1888 (zit.: Motive I).
- Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. 2, Berlin/Leipzig 1888 (zit.: Motive II).
- Mugdan*, Benno: Die gesammten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899 (zit.: Materialien II).
- Müller*, Peter: Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht, Berlin 2000.
- Müller-Christmann*, Bernd: Die Bezahlung einer Geldstrafe durch Dritte – BGHSt 37, 226, JuS 1992, 379–382.
- Müller-Glöge*, Rudi/*Preis*, Ulrich/*Schmidt*, Ingrid (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Aufl., München 2018 (zit.: ErfKomm, Arbeitsrecht).
- Müller-Laub*, Hans Martin: Auswirkung vorteilhafter Rechtsgeschäfte des Geschädigten auf die Schadensabrechnung mit dem Schädiger, JZ 1991, 162–168.
- Münch*, Ingo von (Begr.): Grundgesetz. Kommentar. Präambel bis Art. 69, 6. Aufl., München 2012 (zit.: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012).
- Murphy*, Deborah L./*Shrieves*, Ronald E./*Tibbs*, Samuel L.: Understanding the Penalties Associated with Corporate Misconduct: An Empirical Examination of Earnings and Risk, 44 J. Fin. & Quant. Anal. 55–83 (2009).
- Nelson*, Philip: Advertising as Information, 82 J. Pol. Econ. 729–754 (1974).
- Neuner*, Robert: Interesse und Vermögensschaden, AcP 131 (1931), 277–314.
- Nguyen*, Nha/*Leblanc*, Gaston: Corporate Image and Corporate Reputation in Customers' Retention Decisions in Services, 8 Journal of Retailing and Consumer Services 227–236 (2001).
- Niederländer*, Hubert: Schadensersatz bei hypothetischen Schadensereignissen, AcP 153 (1954), 41–79.

- Niederländer*, Hubert: Schadensersatz bei Aufwendungen des Geschädigten vor dem Schadensereignis, JZ 1960, 617–621.
- Noack*, Harald: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 7. 11. 1990 – 2 StR 439/90, StV 1990, 113–114.
- Noe*, Thomas: A Survey of the Economic Theory of Reputation: Its Logic and Limits, in: Pollock, Timothy G./Barnett, Michael L. (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Corporate Reputation*, Oxford 2012, S. 114–139.
- Note: Exemplary Damages in the Law of Torts, 70 Harv. L. Rev. 517–533 (1956–1957).
- Oertmann*, Paul: Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, Berlin 1901.
- Ohly*, Ansgar: Schadensersatzansprüche wegen Rufschädigung und Verwässerung im Marken- und Lauterkeitsrecht, GRUR 2007, 926–934.
- Oltmanns*, Martin: Geschäftsleiterhaftung und unternehmerisches Ermessen. Die Business Judgment Rule im deutschen und im amerikanischen Recht, Frankfurt am Main et al. 2001.
- Ossenbühl*, Fritz: Verwaltungsrecht als Vorgabe für Zivil- und Strafrecht, DVBl. 1990, 963–973.
- Owen*, David G.: Punitive Damages in Products Liability Litigation, 74 Mich. L. Rev. 1257–1371 (1975–1976).
- Paefgen*, Walter G.: Dogmatische Grundlagen, Anwendungsbereich und Formulierung einer Business Judgment Rule im künftigen UMAG, AG 2004, 245–261.
- Paefgen*, Walter G.: Organhaftung: Bestandsaufnahme und Zukunftsperspektiven. Ein kritischer Werkstattbericht vor dem Hintergrund der Beratungen des 70. Deutschen Juristentages 2014, AG 2014, 554–584.
- Palandt*, Otto (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch. Mit Einführungsgesetz, Beurkundungsgesetz, Abzahlungsgesetz, Zweites Wohnraumkündigungsschutzgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Ehegesetz, Jugendwohlfahrtsgesetz, Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 36. Aufl., München 1977 (zit.: *Palandt*, BGB, 36. Aufl. 1977).
- Palandt*, Otto (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen. Insbesondere mit Einführungsgesetz (Auszug) einschließlich Rom I-, Rom II- und Rom III-Verordnungen sowie EU-Güterrechtsverordnungen, Haager Unterhaltsprotokoll und EU-Erbrechtsverordnung, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, Unterlassungsklagengesetz (PalHome), Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsausgleichsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz (PalHome), Gewaltschutzgesetz, 80. Aufl., München 2021 (zit.: *Palandt*, BGB).
- Pammler*, Sebastian: Die gesellschaftsfinanzierte D&O-Versicherung im Spannungsfeld des Aktienrechts. Eine Arbeit über den Einfluss der D&O-Versicherung auf die Organisationsverfassung der Aktiengesellschaft und die daraus zu ziehenden rechtlichen Konsequenzen, Berlin 2006.
- Pant*, Michael: Ein gefährliches Urteil. Anmerkung zum Teilurteil des LAG Düsseldorf vom 20. 1. 2015, CCZ 2015, 224–228.
- Peel*, Edwin: *Treitel on The Law of Contract*, 14. Aufl., London 2015.
- Peel*, Edwin/*Goudkamp*, James: *Winfield and Jolowicz on Tort*, 19. Aufl., London 2014.

- Peine*, Franz-Joseph: Die Legalisierungswirkung, JZ 1990, 201–212.
- Peltzer*, Martin: Mehr Ausgewogenheit bei der Vorstandshaftung, in: Krieger, Gerd/Lutter, Marcus/Schmidt, Karsten (Hrsg.), Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag, München 2013, S. 860–870 (zit.: FS Hoffmann-Becking).
- Pfeifer*, Wolfgang: Etymologisches Wörterbuch des Deutschen, München 2010.
- Planck*, Gottlieb (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. 2/1: Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil) § 241–432, 4. Aufl., Berlin 1914 (zit.: Planck, BGB, 4. Aufl. 1914).
- Posner*, Richard A.: Economic Analysis of Law, Austin et al. 2011.
- Pospiech*, Lutz: Die Rechtsfolgen der zivilrechtlichen Organhaftung. Schadensberechnung, gesamtschuldnerische Haftung und nachträgliche Haftungsbeschränkungen, Frankfurt am Main 2017.
- Pratt*, John W./*Zeckhauser*, Richard J.: Principal and Agents: An Overview, in: Pratt, John W./Zeckhauser, Richard J. (Hrsg.), Principals and Agents: The Structure of Business, Boston 1985, S. 1–35.
- Pregler*, Bernhard: Der Selbstbehalt des Vorstands im Spannungsfeld des Aktien- und Versicherungsrechts. Sinnvolle Maßnahme zur Reduzierung des Moral Hazard oder Sinnbild ineffizienter Krisengesetzgebung?, Baden-Baden 2012.
- Priester*, Hans-Joachim/*Mayer*, Dieter/*Wicke*, Hartmut (Hrsg.): Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3: Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 5. Aufl., München 2018 (zit.: Priester/Mayer/Wicke, Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts III).
- Prölss*, Erich R. (Begr.): Versicherungsvertragsgesetz mit Nebengesetzen, Vertriebsrecht und Allgemeinen Versicherungsbedingungen, 31. Aufl., München 2021 (zit.: Prölss/Martin, VVG).
- Ramm*, Thilo: Drittwirkung und Übermaßverbot — Eine Erwiderung auf den Aufsatz von Canaris in JZ 1987, S. 933 ff., JZ 1988, 489–493.
- Rebmann*, Kurt/*Säcker*, Franz Jürgen (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2: Schuldrecht. Allgemeiner Teil. §§ 241–432, 3. Aufl., München 1994 (zit.: MünchKomm, BGB, 3. Aufl. 1994).
- Reese*, Jürgen: Die Haftung von „Managern“ im Innenverhältnis, DStR 1995, 532–537.
- Rehbinder*, Eckard: Rechtliche Schranken der Erstattung von Bußgeldern an Organmitglieder und Angestellte, ZHR 148 (1984), 555–578.
- Reichert*, Jochem: Existenzgefährdung bei der Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen, ZHR 177 (2013), 756–781.
- Reimer*, Franz: Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2019.
- Reuter*, Alexander: Unternehmensgeldbußen, Organregress, Grenzen der Versicherbarkeit und Gesellschaftsrecht: eine systematische Verletzung der Grundrechte der Anteilseigner?, BB 2016, 1283–1294.
- Rhee*, Mooweon/*Kim*, Tohyun: After the Collapse: A Behavioral Theory of Reputation Repair, in: Pollock, Timothy G./Barnett, Michael L. (Hrsg.), The Oxford Handbook of Corporate Reputation, Oxford 2012, S. 446–465.

- Richter, Rudolf/Furubotn, Eirik G.*: Neue Institutionenökonomik. Eine Einführung und kritische Würdigung, 4. Aufl., Tübingen 2010.
- Ricker, Reinhart/Weberling, Johannes*: Handbuch des Presserechts, 6. Aufl., München 2012.
- Rindova, Violina P./Fombrun, Charles J.*: Constructing Competitive Advantage: The Role of Firm-Constituent Interactions, 20 SMJ 691–710 (1999).
- Rindova, Violina P./Martins, Luis L.*: Show Me the Money: A Multidimensional Perspective on Reputation as an Intangible Asset, in: Pollock, Timothy G./Barnett, Michael L. (Hrsg.), The Oxford Handbook of Corporate Reputation, Oxford 2012, S. 16–33.
- Ripperger, Tanja*: Ökonomik des Vertrauens. Analyse eines Organisationsprinzips, Tübingen 1997.
- Roberts, Peter W./Dowling, Grahame R.*: Corporate Reputation and Sustained Superior Financial Performance, 23 SMJ 1077–1093 (2002).
- Robertson, Aidan*: Pulling the Twigger: Directors and Employees back in the Firing Line for Damages after Jetivia in the Supreme Court?, [2015] ECLR 325–326.
- Röhrich, Volker*: Insolvenzrechtliche Aspekte im Gesellschaftsrecht, ZIP 2005, 505–516.
- Rosenberg, Leo*: Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, 5. Aufl., München 1965 (zit.: Die Beweislast).
- Rosengarten, Joachim*: Der Präventionsgedanke im deutschen Zivilrecht. Höheres Schmerzensgeld, aber keine Anerkennung und Vollstreckung US-amerikanischer punitive damages?, NJW 1996, 1935–1938.
- Roth, Markus*: Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands. Handlungsspielräume und Haftungsrisiken insbesondere in der wirtschaftlichen Krise, München 2001.
- Rother, Werner*: Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, München 1965.
- Roussos, Kleanthis*: Schaden und Folgeschaden. Die systematischen und Wertungsgrundlagen der Schadenszurechnung, Köln et al. 1992.
- Rowedder, Heinz (Begr.)*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 5. Aufl., München 2013 (zit.: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 5. Aufl. 2013).
- Rowedder, Heinz (Begr.)*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Kommentar, 6. Aufl., München 2017 (zit.: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG).
- Roxin, Claus/Greco, Luís*: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Bd. 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Aufl., München 2020 (zit.: Strafrecht AT I).
- Rudloff, Karl*: Der Vorteilsausgleich als Gewinnabwehr und Glücksteilhabe, in: Esser, Josef/Thieme, Hans (Hrsg.), Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag, Tübingen 1967, S. 423–461 (zit.: FS v. Hippel).
- Ruffner, Markus*: Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft. Ein Beitrag zur Theorie der Corporate Governance, Zürich 2000.
- Ruffner, Markus*: Sorgfalts- und Treuepflichten und die Versicherbarkeit von Haftungsrisiken in Publikumsgesellschaften – Eine ökonomische Analyse, ZSR 119/II (2000), 195–234.

- Rust, Ulrich*: Innenregress und Haftung der Unternehmensleitung bei Kartellverstößen. Zugleich Besprechung LAG Düsseldorf v. 20. 1. 2015 – 16 Sa, ZWeR 2015, 299–317.
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel*: Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 11. Aufl., München 2021 (zit.: Rechtstheorie).
- Sachs, Michael* (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar, 9. Aufl., München 2021 (zit.: Sachs, GG).
- Säcker, Franz Jürgen/Bien, Florian/Meier-Beck, Peter/Montag, Frank* (Hrsg.): Münchner Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Bd. 1: Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., München 2020 (zit.: MünchKomm, Wettbewerbsrecht).
- Säcker, Franz Jürgen/Meier-Beck, Peter* (Hrsg.): Münchner Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Bd. 2: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), § 1–96, 185, 186, Verfahren vor den europäischen Gerichten, 3. Aufl., München 2020 (zit.: MünchKomm, Wettbewerbsrecht).
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina* (Hrsg.): Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1: Allgemeiner Teil. §§ 1–240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 8. Aufl., München 2018 (zit.: MünchKomm, BGB).
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina* (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, 8. Aufl., München 2019 (zit.: MünchKomm, BGB).
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina* (Hrsg.): Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4: Schuldrecht – Besonderer Teil I. §§ 433–534. Finanzierungsleasing. CISG, 8. Aufl., München 2019 (zit.: MünchKomm, BGB).
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina* (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5: Schuldrecht – Besonderer Teil II. §§ 535–630 h. BetrKV, HeizkostenV, WärmeLV, EFZG, TzBfG, KSchG, MiLoG, 8. Aufl. 2020 (zit.: MünchKomm, BGB).
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina* (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6: Schuldrecht – Besonderer Teil III. §§ 631–704, 8. Aufl. 2020 (zit.: MünchKomm, BGB).
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina* (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 7: Schuldrecht – Besonderer Teil IV. §§ 705–853. Partnerschaftsgesellschaftsgesetz. Produkthaftungsgesetz, 8. Aufl., München 2020 (zit.: MünchKomm, BGB).
- Schäfer, Carsten*: Strafe und Prävention im Bürgerlichen Recht, AcP 202 (2002), 397–434.
- Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus*: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., Berlin et al. 2012.
- Schall, Alexander*: Organhaftung und Freistellungsanspruch aus § 670 BGB, JZ 2015, 455–459.
- Schauer, Martin*: Zum Schadensbegriff bei der Haftung der Organe im Gesellschaftsrecht, in: Altmeppen, Holger/Fitz, Hanns/Honsell, Heinrich (Hrsg.), Festschrift für Günter H. Roth zum 70. Geburtstag, München 2011, S. 687–694 (zit.: FS G. Roth).
- Schieder, Christian*: Interesse und Sachwert. Zur Konkurrenz zweier Grundbegriffe des römischen Rechts, Göttingen 2011.

- Schiemann, Gottfried*: Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts, München 1981.
- Schiemann, Gottfried*: Perspektiven des Rechts der Verkehrsunfallschäden, NZV 1996, 1–7.
- Schiemann, Gottfried*: „Neues“ allgemeines Schadensrecht durch Rückfall hinter Friedrich Mommsen?, in: Zimmermann, Reinhard/Knütel, Rolf/Meincke, Jens Peter (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, Heidelberg 1999, S. 259–268.
- Schiemann, Gottfried*: Rechtspolitik und Rechtsdogmatik im gegenwärtigen deutschen Sachschadensrecht, in: Brambring, Günter/Medicus, Dieter/Vogt, Max (Hrsg.), Festschrift für Horst Hagen, Köln 1999, S. 27–47 (zit.: FS Hagen).
- Schilcher, Bernd*: Theorie der sozialen Schadensverteilung, Berlin 1977.
- Schirmer, Jan-Erik*: Abschied von der „Baustoff-Rechtsprechung“ des VI. Zivilsenats?, NJW 2012, 3398–3400.
- Schirmer, Jan-Erik*: Das Körperschaftsdelikt, Tübingen 2015.
- Schirmer, Jan-Erik*: § 19 – Kirch/Breuer – BGHZ 166, 84. Das Millionen-Interview, in: Fleischer, Holger/Thiessen, Jan (Hrsg.), Gesellschaftsrechts-Geschichten, Tübingen 2018, S. 607–635.
- Schlechtriem, Peter*: Schadenersatzhaftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften, in: Kreuzer, Karl F. (Hrsg.), Die Haftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften. Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Würzburg vom 13.–16. 9. 1989, Baden-Baden 1991, S. 9–78.
- Schlobach, Klaus*: Das Präventionsprinzip im Recht des Schadenersatzes, Baden-Baden 2004.
- Schlueter, Linda L.*: Punitive Damages. Bd. 1, 7. Aufl., New Providence/San Francisco 2015 (zit.: Punitive Damages I).
- Schmidhäuser, Eberhard*: Strafrecht, Besonderer Teil. Grundriß, 2. Aufl., Tübingen 1983 (zit.: Strafrecht BT).
- Schmidt, Eike*: Die verpatzte Jubiläumsfeier, in: Lange, Hermann/Nörr, Knut Wolfgang/Westermann, Harm Peter (Hrsg.), Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, Tübingen 1993, S. 423–433 (zit.: FS Gernhuber).
- Schmidt, Karsten*: Zur Durchgriffsfestigkeit der GmbH. Grenzen der Gesellschafter- und Geschäftsführerhaftung gegenüber Dritten nach dem BGH-Urteil vom 13. April 1994, ZIP 1994, 867, ZIP 1994, 837–844.
- Schmidt, Karsten*: Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln et al. 2002.
- Schmidt, Karsten*: Verbotene Zahlungen in der Krise von Handelsgesellschaften und die daraus resultierenden Ersatzpflichten. Insolvenzrechtliche Brotvermehrung durch Klagen nach § 64 Abs. 2 GmbHG (§§ 92 AktG, 130a, 177a HGB, 99 GenG), ZHR 168 (2004), 637–672.
- Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus* (Hrsg.): Aktiengesetz. Kommentar, Bd. 1: §§ 1–132, 4. Aufl., Köln 2020 (zit.: K. Schmidt/Lutter, AktG).
- Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus* (Hrsg.): Aktiengesetz. Kommentar, Bd. 2: §§ 133–410, 4. Aufl., Köln 2020 (zit.: K. Schmidt/Lutter, AktG).

- Schmoeckel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard* (Hrsg.): Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. 2: Schuldrecht: Allgemeiner Teil. §§ 241–432. Teilbd. 1: vor § 241–§ 304, Tübingen 2007 (zit.: HKK-BGB).
- Schmoller, Kurt*: Ermittlung des Betrugsschadens bei Bezahlung eines marktüblichen Preises. Zur wirtschaftlichen Relevanz subjektiver Nützlichkeitsvorstellungen, ZStW 103 (1991), 92–135.
- Schneider, Sven H.*: „Unternehmerische Entscheidungen“ als Anwendungsvoraussetzung für die Business Judgment Rule, DB 2005, 707–712.
- Schneider, Uwe H.*: Haftungsmitderung für Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer bei fehlerhafter Unternehmensleitung?, in: Hadding, Walther et al. (Hrsg.), Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag am 17. Oktober 1984. Handelsrecht und Wirtschaftsrecht in der Bankpraxis, Berlin/New York 1984, S. 795–815 (zit.: FS Werner).
- Schneider, Uwe H.*: Compliance als Aufgabe der Unternehmensleitung, ZIP 2003, 645–650.
- Schneider, Uwe H.*: Die Haftung von Mitgliedern des Vorstands und der Geschäftsführer bei Vertragsverletzungen der Gesellschaft, in: Kindler, Peter/Koch, Jens/Ulmer, Peter/Winter, Martin (Hrsg.), Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, München 2010, S. 905–916 (zit.: FS Hüffer).
- Scholl, Amand*: Die Bezahlung einer Geldstrafe durch Dritte – ein altes Thema und noch immer ein Problem, NSTZ 1999, 599–605.
- Scholz, Franz* (Begr.): Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang zum Konzernrecht, Bd. 2: §§ 35–52, 11. Aufl., Köln 2014 (zit.: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014).
- Scholz, Franz* (Begr.): Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang zum Konzernrecht, Bd. 1: §§ 1–34, 12. Aufl., Köln 2018 (zit.: Scholz, GmbHG).
- Scholz, Franz* (Begr.): Kommentar zum GmbH-Gesetz, Bd. 2: §§ 35–52, 12. Aufl., Köln 2021 (zit.: Scholz, GmbHG).
- Scholz, Philipp*: Die existenzvernichtende Haftung von Vorstandsmitgliedern in der Aktiengesellschaft. Eine Untersuchung der Notwendigkeit und Möglichkeiten einer Beschränkung der Vorstandshaftung im geltenden und künftigen Recht, Jena 2014.
- Scholz, Philipp*: Haftungsprivileg, safe harbor oder verbindliche Konkretisierung des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabs? Zur zivilrechtlichen Erfassung der deutschen Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG), AG 2018, 173–185.
- Schönberger, Katja*: Der Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates bei Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands (§ 111 Abs. 4 Satz 2–4 AktG), Jena 2006.
- Schöne, Torsten/Petersen, Sabrina*: Regressansprüche gegen (ehemalige) Vorstandsmitglieder – quo vadis?, AG 2012, 700–706.
- Schönke, Adolf* (Begr.): Strafgesetzbuch. Kommentar, 30. Aufl., München 2019 (zit.: Schönke/Schröder, StGB).
- Schultz, Majken/Hatch, Mary Jo/Adams, Nick*: Managing Corporate Reputation through Corporate Branding, in: Pollock, Timothy G./Barnett, Michael L. (Hrsg.), The Oxford Handbook of Corporate Reputation, Oxford 2012, S. 420–445.

- Schürnbrand*, Jan: Überwachung des insolvenzrechtlichen Zahlungsverbots durch den Aufsichtsrat, NZG 2010, 1207–1213.
- Schwerdtner*, Peter: Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung. Offene Probleme einer juristischen Entdeckung, Berlin 1977.
- Segerson*, Kathleen/*Tietenberg*, Tom: The Structure of Penalties in Environmental Enforcement: An Economic Analysis, 23 J. Environ. Econ. Manage. 179–200 (1992).
- Seibt*, Christoph H.: 20 Thesen zur Binnenverantwortung im Unternehmen im Lichte des reformierten Kapitalmarktsanktionsrechts, NZG 2015, 1097–1103.
- Seibt*, Christoph H.: Corporate Reputation Management: Rechtsrahmen für Geschäftsleiterhandeln, DB 2015, 171–178.
- Seibt*, Christoph H.: CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz: Berichterstattung über nichtfinanzielle Aspekte der Geschäftstätigkeit. Neues Element des Corporate Reputation Management, DB 2016, 2707–2716.
- Seibt*, Christoph H.: 20 Thesen zur Corporate Governance und Unternehmensorganisation in VUCA-Zeiten, DB 2018, 237–245.
- Seibt*, Christoph H./*Cziupka*, Johannes: 20 Thesen zur Compliance-Verantwortung im System der Organhaftung aus Anlass des Siemens/Neubürger-Urteils. LG München I vom 10. 12. 2013 – 5 HK O 1387/10, DB 2014 S. 766, DB 2014, 1598–1602.
- Selb*, Walter: Schadensbegriff und Regreßmethoden. Eine Studie zur Wandlung der Denkformen des Regresses bei Schuldnermehrheit mit der Veränderung des Schadensbegriffes, Heidelberg 1963.
- Selb*, Walter: Rezension von Keuk, Brigitte: Vermögensschaden und Interesse, 1972, AcP 173 (1973), 366–368.
- Semler*, Johannes (Begr.): Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 3. Aufl., München 2009 (zit.: Semler/v. Schenck, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 3. Aufl. 2009).
- Semler*, Johannes (Begr.): Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 4. Aufl., München 2013 (zit.: Semler/v. Schenck, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 4. Aufl. 2013).
- Semler*, Johannes (Begr.): Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 5. Aufl., München 2021 (zit.: Semler/v. Schenck/Wilsing, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder).
- Seyfarth*, Georg: Vorstandsrecht, Köln 2016.
- Shapiro*, Carl: Consumer Information, Product Quality, and Seller Reputation, 13 Bell J. Econ. 20–35 (1982).
- Shapiro*, Carl: Premiums for High Quality Products as Returns to Reputations, 98 Q. J. Econ. 659–679 (1983).
- Shavell*, Steven: Foundations of Economic Analysis of Law, Cambridge 2004.
- Soehring*, Jörg/*Hoene*, Verena: Presserecht. Recherche, Darstellung und Haftung im Recht der Presse, des Rundfunks und der neuen Medien, 6. Aufl., Köln 2019.
- Soergel*, Hans Theodor (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz, Bd. 4: Schuldrecht III (§§ 705–853), 11. Aufl., Stuttgart et al. 1985 (zit.: Soergel, BGB, 11. Aufl. 1985).

- Soergel*, Hans Theodor (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 2: Schuldrecht I (§§ 241–432), 12. Aufl., Stuttgart et al. 1990 (zit.: *Soergel*, BGB, 12. Aufl. 1990).
- Soergel*, Hans Theodor (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 1: Allgemeiner Teil 1. §§ 1–103, 13. Aufl., Stuttgart 2000 (zit.: *Soergel*, BGB).
- Soergel*, Hans Theodor (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 12: Schuldrecht 10. §§ 823–853. ProdHG. UmweltHG, 14. Aufl., Stuttgart 2005 (zit.: *Soergel*, BGB).
- Soergel*, Hans Theodor (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 11/3: Schuldrecht 9/3. §§ 780–822, 13. Aufl., Stuttgart 2012 (zit.: *Soergel*, BGB).
- Soergel*, Hans Theodor (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 3/2: Schuldrecht 1/2. §§ 243–304, 13. Aufl., Stuttgart 2014 (zit.: *Soergel*, BGB).
- Spence*, A. Michael: Job Market Signaling, 87 Q. J. Econ. 355–374 (1973).
- Spindler*, Gerald: Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat für fehlerhafte Auslegung von Rechtsbegriffen, in: Heldrich, Andreas/Prölss, Jürgen/Koller, Ingo (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag. Bd. 2, München 2007, S. 403–428 (zit.: FS Canaris II).
- Spindler*, Gerald: Organhaftung in der AG – Reformbedarf aus wissenschaftlicher Perspektive, AG 2013, 889–904.
- Spindler*, Gerald/*Schuster*, Fabian (Hrsg.): Recht der elektronischen Medien. Kommentar, 4. Aufl., München 2019 (zit.: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien).
- Stackmann*, Nikolaus: Aufklärungsdefizite und Verjährung im Bankgewerbe, NJW 2012, 2913–2917.
- Ständige Deputation des Deutschen Juristentages: Verhandlung des 70. Deutschen Juristentages. Hannover 2014. Bd. 2/1: Sitzungsberichte – Referate und Beschlüsse, München 2015 (zit.: Sitzungsberichte I 70. DJT).
- Stärker*, Lukas: Unternehmensstrafrecht/Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG). Kommentar, Wien 2007 (zit.: *Stärker*, VbVG).
- Staudinger*, Julius von (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. 1. Teil: §§ 241–432, 9. Aufl., München et al. 1930 (zit.: *Staudinger*, BGB, 9. Aufl. 1930).
- Staudinger*, Julius von (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 243–254, 12. Aufl., Berlin 1983 (zit.: *Staudinger*, BGB, 12. Aufl. 1983).
- Staudinger*, Julius von (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 833–853, 12. Aufl., Berlin 1986 (zit.: *Staudinger*, BGB, 12. Aufl. 1986).
- Staudinger*, Julius von (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse; §§ 249–254 (Scha-

- densersatzrecht), Neubearbeitung, Berlin 2005 (zit.: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2005).
- Staudinger*, Julius von (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse; §§ 812–822 (Unge-rechtfertigte Bereicherung), Neubearbeitung, Berlin 2007 (zit.: Staudinger, BGB).
- Staudinger*, Julius von (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 249–254 (Schadensersatzrecht), Neubearbeitung, Berlin 2017 (zit.: Staudinger, BGB).
- Staudinger*, Julius von (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse; §§ 823 A–D (Unerlaubte Handlungen 1 – Rechtsgüter und Rechte; Persönlichkeitsrecht; Gewerbebetrieb), Neubearbeitung, Berlin 2017 (zit.: Staudinger, BGB).
- Staudinger*, Julius von (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 5. Erbrecht. Einleitung zum Erbrecht; §§ 1922–1966 (Erbfolge), Neubearbeitung, Berlin 2017 (zit.: Staudinger, BGB).
- Staudinger*, Julius von (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 1. Allgemeiner Teil. Einl zum BGB; §§ 1–14; Verschollenheitsgesetz (Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer), Neubearbeitung, Berlin 2018 (zit.: Staudinger, BGB).
- Staudinger*, Julius von (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 1. Allgemeiner Teil; §§ 21–79 (Vereine), Neubearbeitung, Berlin 2019 (zit.: Staudinger, BGB).
- Staudinger*, Julius von (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. Einleitung zum Schuldrecht; §§ 241–243 (Treu und Glauben), Neubearbeitung, Berlin 2019 (zit.: Staudinger, BGB).
- Staudinger*, Julius von (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse; §§ 255–304 (Leistungsstörungenrecht 1), Neubearbeitung, Berlin 2019 (zit.: Staudinger, BGB).
- Staudinger*, Julius von (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 677–704 (Geschäftsführung ohne Auftrag), Neubearbeitung, Berlin 2020 (zit.: Staudinger, BGB).
- Staudinger*, Julius von (Begr.): Eckpfeiler des Zivilrechts, 7. Aufl., Berlin 2020 (zit.: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts).
- Steffen*, Erich: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 8. 7. 1980 – VI ZR 177/78, LM Nr. 53 zu Art. 5 GG.
- Steffen*, Erich: Der normative Verkehrsunfallschaden, NJW 1995, 2057–2063.
- Steindorff*, Ernst: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 2. 2. 1966 – VI ZR 72/65, JZ 1967, 361–363.
- Stoll*, Hans: Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden? Gutachten für den 45. Deutschen Juristentag, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des fünfundvierzigsten Deutschen Juristentags. Karlsruhe 1964, Bd. 1/1: Gutachten, München/Berlin 1964 (zit.: Gutachten 45. DJT).
- Stoll*, Hans: Begriff und Grenzen des Vermögensschadens, Karlsruhe 1973.

- Stoll, Hans*: Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht. Eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage, Heidelberg 1993.
- Stoll, Heinrich/Felgentraeger, Wilhelm*: Vertrag und Unrecht, 4. Aufl., Tübingen 1944.
- Strasser, Philipp*: Die Deckung von Schäden aus Kartellgeldbußen in der D&O-Versicherung, *VersR* 2017, 65–72.
- Strohn, Lutz*: Geschäftsführerhaftung als Innen- und Außenhaftung, *ZInsO* 2009, 1417–1425.
- Stürner, Rolf/Eidenmüller, Horst/Schoppmeyer, Heinrich* (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Bd. 1: §§ 1–79. Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung (InsVV), 4. Aufl., München 2019 (zit.: MünchKomm, InsO).
- Suter, Claudia*: Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Zürich/St. Gallen 2010.
- Sykes, Alan O.*: The Economics of Vicarious Liability, 93 *Yale L.J.* 1231–1280 (1983–1984).
- Thiele, Wolfgang*: Gedanken zur Vorteilsausgleichung, *AcP* 167 (1967), 193–240.
- Thiele, Wolfgang*: Die Aufwendungen des Verletzten zur Schadensabwehr und das Schadensersatzrecht, in: Kaser, Max/Thieme, Werner/Weber, Werner/Wieacker, Franz (Hrsg.), *Festschrift für Wilhelm Felgentraeger zum 70. Geburtstag*, Göttingen 1969, S. 398–408 (zit.: FS Felgentraeger).
- Thole, Christoph*: Managerhaftung für Gesetzesverstöße, *ZHR* 173 (2009), 504–535.
- Thomas, Stefan*: Die Haftungsfreistellung von Organmitgliedern. Bürgerlichrechtliche, gesellschaftsrechtliche und versicherungsrechtliche Grundlagen der Freistellung und der Versicherung von organschaftlichen Haftungsrisiken im Kapitalgesellschaftsrecht, Tübingen 2010.
- Thomas, Stefan*: Bußgeldregress, Übelszufügung und D&O-Versicherung, *NZG* 2015, 1409–1419.
- Thomas, Stefan*: Haftungs- und Versicherungsrecht bei Kartellverstößen, *VersR* 2017, 596–601.
- Thümmel, Roderich C.*: Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten. Haftungsrisiken bei Managementfehlern, Risikobegrenzung und D&O-Versicherung, 5. Aufl., Stuttgart et al. 2016.
- Thüsing, Gregor*: Wertende Schadensberechnung, München 2001.
- Tiedemann, Klaus*: Die „Bebußung“ von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, *NJW* 1988, 1169–1174.
- Tieves, Johannes*: Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, Köln 1998.
- Tipke, Klaus/Kruse, Heinz Wilhelm* (Hrsg.): Abgabenordnung – Finanzgerichtsordnung. Kommentar zur AO (ohne Steuerstrafrecht) und FGO, Loseblattsammlung, Stand: 166. Ergänzungslieferung, Mai 2021, Köln (zit.: Tipke/Kruse, AO/FGO).
- Titze, Heinrich*: Bemerkung zu RG, Urteil vom 10.6.1942, III 14/42, *ZaKDR* 1943, 15.
- Többens, Hans W.*: Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch die Troika der §§ 9, 130 und 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten, *NStZ* 1999, 1–8.

- Tuhr*, Andreas von: Rezension von Fischer, Hans Albrecht: Der Schaden nach dem BGB, 1903, KritVj 47 (1907), 63–96.
- Tuhr*, Andreas von: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Erster Band. Allgemeine Lehren und Personenrecht, Leipzig 1910 (zit.: Bürgerliches Recht AT I).
- Turban*, Daniel B./*Greening*, Daniel W.: Corporate Social Performance and Organizational Attractiveness to Prospective Employees, 40 Acad. Manag. J. 658–672 (1997).
- Ulmer*, Peter: Strikte aktienrechtliche Organhaftung und D&O-Versicherung – zwei getrennte Welten?, in: Heldrich, Andreas/Prölss, Jürgen/Koller, Ingo (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag. Bd. 2, München 2007, S. 451–472 (zit.: FS Canaris II).
- Verse*, Dirk A.: Organwalterhaftung und Gesetzesverstoß. Überlegungen zur Außenhaftung der Organwalter bei Verletzung von Schutzgesetzen (§ 823 Abs 2 BGB), ZHR 170 (2006), 398–421.
- Verse*, Dirk A.: Compliance im Konzern. Zur Legalitätskontrollpflicht der Geschäftsleiter einer Konzernobergesellschaft, ZHR 175 (2011), 401–424.
- Vetter*, Eberhard: Aktienrechtliche Probleme der D&O-Versicherung, AG 2000, 453–458.
- Vetter*, Jochen: Reformbedarf bei der Aktionärsklage nach § 148 AktG?, in: Krieger, Gerd/Lutter, Marcus/Schmidt, Karsten (Hrsg.), Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag, München 2013, S. 1315–1340 (zit.: FS Hoffmann-Becking).
- Vetter*, Jochen: Geschäftsleiterpflichten zwischen Legalität und Legitimität – Muss sich Ethik lohnen? –, ZGR 2018, 338–378.
- Vuia*, Mihai: Der merkantile Minderwert als Teil des Vermögensschadens, NJW 2012, 3057–3061.
- Wagner*, Gerhard: Öffentlich-rechtliche Genehmigung und zivilrechtliche Rechtswidrigkeit, Köln et al. 1989.
- Wagner*, Gerhard: Haftung und Versicherung als Instrumente der Techniksteuerung, VersR 1999, 1441–1453.
- Wagner*, Gerhard: Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen, ZEuP 2000, 200–228.
- Wagner*, Gerhard: Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden. Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des sechsundsechzigsten Deutschen Juristentages. Stuttgart 2006, Bd. 1: Gutachten, München 2006 (zit.: Gutachten 66. DJT).
- Wagner*, Gerhard: Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352–476.
- Wagner*, Gerhard: Schadensersatz – Zwecke, Inhalte, Grenzen, in: Lorenz, Egon (Hrsg.), Karlsruher Forum 2006: Schadensersatz – Zwecke, Inhalte, Grenzen. Mit Vortrag von Gerhard Wagner und Dokumentation der Diskussion, Karlsruhe 2006, S. 5–138.
- Wagner*, Gerhard: Organhaftung im Interesse der Verhaltenssteuerung – Skizze eines Haftungsregimes, ZHR 178 (2014), 227–281.

- Walsh, Gianfranco/Beatty, Sharon E.: Customer-Based Corporate Reputation of a Service Firm. Scale development and validation, 35 JAMS 127–143 (2007).
- Walter, Tonio: Sanktionen im Wirtschaftsstrafrecht, JA 2011, 481–486.
- Wansleben, Till: Vermeidung und Überlagerung zwingenden Rechts durch Versicherungen: Vorstandsinnenhaftung und D&O-Versicherung, in: Behme, Caspar/Fries, Martin/Stark, Johanna (Hrsg.), Versicherungsmechanismen im Recht, Tübingen 2016, S. 183–238.
- Watts, Peter: Illegality and Agency Law: Authorising Illegal Action, [2011] JBL 213–228.
- Weigelt, Keith/Camerer, Colin: Reputation and Corporate Strategy: A Review of Recent Theory and Applications, 9 SMJ 443–454 (1988).
- Weis, Eckart: Schadensersatz bei Aufwendungen des Geschädigten vor dem Schadensereignis, Heidelberg 1967.
- Wendehorst, Christiane: Anspruch und Ausgleich. Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, Tübingen 1999.
- Wendler, Jan-Sebastian: Die Justiziabilität ökonomischer Unternehmensentscheidungen im US-amerikanischen und deutschen Recht. Business Judgment Rule und UMAG, Frankfurt am Main et al. 2007.
- Wenzel, Karl Egbert (Begr.): Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung. Handbuch des Äußerungsrechts, 6. Aufl., Köln 2018.
- Werner, Rüdiger: Die zivilrechtliche Haftung des Vorstands einer AG für gegen die Gesellschaft verhängte Geldbußen gegenüber der Gesellschaft, CCZ 2010, 143–147.
- Werner, Rüdiger: Möglichkeiten einer privatautonomen Beschränkung der Geschäftsführerhaftung, GmbHR 2014, 792–798.
- Weychardt, Dieter: Zum Problem der Vorteilsausgleichung, DB 1966, 1552–1555.
- Wiedemann, Gerhard (Hrsg.): Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl., München 2020 (zit.: G. Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts).
- Wiedemann, Herbert: Organverantwortung und Gesellschafterklagen in der Aktiengesellschaft, Opladen 1989.
- Wiedemann, Herbert: Verantwortung in der Gesellschaft – Gedanken zur Haftung der Geschäftsleiter und der Gesellschafter in der Kapitalgesellschaft, ZGR 2011, 183–217.
- Wieling, Hans Josef/Finkenauer, Thomas: Bereicherungsrecht, 5. Aufl., Berlin 2020.
- Wiese, Günther: Der Ersatz des immateriellen Schadens, Tübingen 1964.
- Wilburg, Walter: Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung, JherJb 82 (1932), 51–148.
- Wilhelmi, Rüdiger: Beschränkung der Organhaftung und innerbetrieblicher Schadensausgleich, NZG 2017, 681–690.
- Wilk, Burkhard: Die Erkenntnis des Schadens und seines Ersatzes, Berlin 1983.
- Williams, Cynthia A.: Corporate Compliance with the Law in the Era of Efficiency, 76 N. C. L. Rev. 1265–1385 (1997–1998).
- Wilsing, Hans-Ulrich: Der Vergleich über Organhaftungsansprüche – Überlegungen zum materiellen Prüfungsmaßstab des § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG, in: Blumenberg, Jens/Crezelius,

- Georg/Gosch, Dietmar/Schüppen, Matthias (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Haarmann, Düsseldorf 2015, S. 257–295 (zit.: FS Haarmann).
- Windbichler, Christine: Schadenersatzansprüche des stillen Gesellschafters. Besprechung der Entscheidung BGH WM 1987, 1193 ff, ZGR 1989, 434–444.
- Windscheid, Bernhard: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2, 6. Aufl., Frankfurt am Main 1887 (zit.: Pandektenrecht II, 6. Aufl. 1887).
- Winnefeld, Robert: Bilanz-Handbuch. Handels- und Steuerbilanz. Rechtsformspezifisches Bilanzrecht. Bilanzielle Sonderfragen. Sonderbilanzen. IAS/IFRS-Rechnungslegung, 5. Aufl., München 2015.
- Wittmann, Martin: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 15.01.2013 – II ZR 90/11, jurisPR-BKR 9/2013 Anm. 3.
- Wodicka, Josef M.: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 7. 11. 1990 – 2 StR 439/90, NStZ 1991, 487–488.
- Wolf, Ernst: Grundfragen des Schadensbegriffs und der Methode der Schadenserkenntnis, in: Lüke, Gerhard/Jauernig, Othmar (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Schiedermaier zum 70. Geburtstag, München 1976, S. 545–578 (zit.: FS Schiedermaier).
- Wolf, Ernst: Lehrbuch des Schuldrechts. Bd. 1: Allgemeiner Teil, Köln et al. 1978 (zit.: Schuldrecht AT).
- Wronka, Georg: Das Persönlichkeitsrecht juristischer Personen, Diss., Bonn 1972.
- Würthwein, Susanne: Schadenersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? Zur Dogmatik des Schadenersatzrechts, Tübingen 2001 (zit.: Schadenersatz).
- Zachert, Nico: Grenzen des unternehmerischen Ermessens bei der Vergabe von Unternehmensspenden im US-amerikanischen Gesellschafts- und im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht, Berlin 2005 (zit.: Grenzen des unternehmerischen Ermessens bei der Vergabe von Unternehmensspenden).
- Zeder, Fritz: Ein Strafrecht juristischer Personen: Grundzüge einer Regelung in Österreich, ÖJZ 2001, 630–641.
- Zeuner, Albrecht: Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden, AcP 163 (1963), 380–401.
- Zieglmayer, David: Die Reputation als Rechtsgut. Plädoyer für die Stärkung des sozialen Geltungsanspruchs von Unternehmen im Netz, GRUR 2012, 761–765.
- Zimmer, Mark/Walther, Michael: Kartellanten und Böllerwerfer – Bußgeldregress beim Verursacher, BB 2017, 629–632.
- Zimmermann, Martin: Kartellrechtliche Bußgelder gegen Aktiengesellschaft und Vorstand: Rückgriffsmöglichkeiten, Schadensumfang und Verjährung, WM 2008, 433–442.
- Zimmermann, Reinhard: The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition, Kapstadt et al. 2006.
- Zipes, Greg M.: Ties that Bind: Codes to Conduct that Require Automatic Reductions to the Pay of Directors, Officers, and Their Advisors for Failure of Corporate Governance, 15 J. Bus. & Sec. L. 105–147 (2014).

Zitelmann, Ernst: Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99 (1906), 1–130.

Zoller, Michael: Die Haftung anlageberatender Banken bei Cross-Currency-Swaps – zugleich Anmerkung zu OLG München, Hinweisbeschl. v. 29.3.2012 – 5 U 216/12 (bereits abgedruckt in BKR 2012, S. 245 ff.) und zu OLG Stuttgart, Urt. v. 1.2.2012 – 9 U 57/11 (bereits abgedruckt in BKR 2012, S. 300 ff.), BKR 2012, 405–410.

Zöllner, Wolfgang (Hrsg.): Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2: §§ 76–117 AktG und Mitbestimmung im Aufsichtsrat, 2. Aufl., Köln et al. 1996 (zit.: KölnKomm, AktG, 2. Aufl. 1996).

Zöllner, Wolfgang/*Noack*, Ulrich (Hrsg.): Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2/1: §§ 76–94, 3. Aufl., Köln 2010 (zit.: KölnKomm, AktG).

Zöllner, Wolfgang/*Noack*, Ulrich (Hrsg.): Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 3/2: §§ 142–178, 3. Aufl., Köln 2015 (zit.: KölnKomm, AktG).

Sachverzeichnis

- Abgassskandal 261
Actio pro socio 58
Ad-hoc-Publizität 181
Agenturproblem 75 ff., 164 ff.
Aktionärsklage 57 f.
ARAG/Garmenbeck 30, 45, 56, 181
- Baustoffentscheidung 85 ff.
Bereicherungsverbot 63 f., 217 f., 234 ff., 270 f.
Berufsfreiheit 203 ff.
Beweislast 54 ff., 119 ff., 141, 184, 219, 237
Business Judgement Rule 44 ff.
- Compliancepflicht 41 ff., 131, 133, 142 ff., 159
Cum-ex 162
- D&O-Versicherung 67, 69, 79 ff.
Deutscher Corporate Governance Kodex 42
Differenzhypothese 93 ff., 110, 123 f., 189, 216 f., 230 f., 234 ff.
Drittwirkung, mittelbare 200 ff.
- Einheit der Rechtsordnung 131 ff.
Ex turpi cause non oritur actio 146 ff.
Existenzvernichtung 143 ff.
- Faktischer Geschäftsführer 35 f.
Folgenbeseitigungsanspruchs 278 ff.
Frustrationsthese 193 f.
- Genugtuung 199, 208 ff.
Geschäftsführung ohne Auftrag 270, 272
Gewinnabschöpfung 71, 127 ff., 233 ff., 255 f.
Gläubigerschutz 74, 253 f.
Goodwill 172 f.
Grundsätze der Geschäftsmoral 39, 182
- Handlungseinheit 267 ff.
Hypothekenbankfall 265 ff.
- Image 170 f.
Insolvenz 30, 35, 37, 53, 57 f., 82, 87, 139, 145
- Kartellrecht 42, 127 ff., 134 ff., 182, 245 f., 251 f.
Kommerzialisierungsthese 189 ff.
Korruption 42, 91, 182, 246 f.,
Kreditgefährdung 195
- Legalitätspflicht 37 ff., 86, 131, 133, 182, 232, 239 ff., 257 ff.
LIBOR 162
- Marke 172
- Naturalrestitution 60 f., 95, 186 ff.
Natürlicher Schadensbegriff 106 ff.
Nichtvermögensschaden 95, 189 ff.
Normativer Schadensbegriff 109 ff.
Nützliche Pflichtverletzung 40 f., 232 ff., 244 ff.
- Persönlichkeitsrecht 194, 201 ff.
Prävention 64 ff., 73, 130, 141 ff., 199, 212 f., 247 ff.
Punitive damages 71 f.
- Rechtmäßiges Alternativverhalten 29
Reputation 28, 30 f., 162 ff.
Reserveursache 97 ff.
Risikoaversion S. 46, 78, 250 f.
Rückschafehler 46 f.
- Safeway Stores v Twigger 146 ff.
Schienenkartell 27, 124, 232
Schmerzensgeld 31 f., 197 ff.
Siemens/Neubürger 29, 144

- Signaling 165 ff.
Sondertatbestände 52 ff., 74, 275 ff.
Status 171
Stigma 171

Totalreparation 61 ff., 104, 144 f.
Treuepflicht 29, 36, 42

UMAG 33, 41, 44, 49, 57

Verbandsgeldbuße 27, 30, 124 ff., 233
Verbandsverantwortlichkeitsgesetz 150 ff.
Verjährung 59
Verschwiegenheitspflicht 36, 42
Vollstreckungsvereitelung 153 ff.
VorstAG 241 f.
Vorteilsausgleichung 28, 31 f., 96 f., 140 f.,
215 ff.

Weisung 44, 51, 74