

§ 4 Gesetzliche Anknüpfungspunkte

„In der Masse von Begriffen, Regeln und Kunstausdrücken, die wir von unsren Vorgängern empfangen, wird unfehlbar der gewonnenen Wahrheit ein starker Zusatz von Irrthum beygemischt seyn, der mit der traditionellen Macht eines alten Besitzstandes auf uns einwirkt und leicht die Herrschaft über uns gewinnen kann. Um dieser Gefahr zu begegnen, müssen wir wünschen, daß von Zeit zu Zeit die ganze Masse des Überlieferten neu geprüft, in Zweifel gezogen, um seine Herkunft befragt werde.“

Friedrich Carl v. Savigny
Aus der Vorrede (S. XI) zum
System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1 (1840)

Die Suche nach dem genauen Berührungspunkt von Zivil- und Ordnungswidrigkeitenrecht soll damit beginnen, taugliche Anknüpfungspunkte in der maßgebenden Haftungsanordnung aufzuspüren. Damit ist zugleich die verschiedentlich zu lesende These zu entkräften, wonach die wortlautgetreue oder buchstabengemäße Anwendung des Gesetzes ohne größere Deutungsspielräume zu einem der Höhe nach unbeschränkten Regress bei dem pflichtvergessenen Vorstandsmitglied führe.¹ Dem Wortlaut des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG – so die Argumentation – fehle ein wertungsoffener Begriff, der als Anknüpfungspunkt für eine Korrektur verwendet werden könne.²

Diese Einschätzung soll in diesem Kapitel *neu geprüft, in Zweifel gezogen und um ihre Herkunft befragt* werden.³ Dabei wird sich zeigen, dass auch ihr *ein starker Zusatz von Irrtum beigemischt* ist.⁴ Dieser beruht letztlich darauf, dass § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG⁵ erst im Zusammenspiel mit den §§ 249 ff. BGB

1 So sinngemäß *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 29, 43 f. u. 232; *Fleischer*, ZIP 2014,²⁸ S. 1305 (1307); *J. Koch*, in: GS Winter (2011), S. 327 (330, 334 u. 335) u. in: AG 2012,¹² S. 429 (432); *Scholz*, S. 106. Siehe auch *Kersting*, ZIP 2016,²⁷ S. 1266 (1266), den ein auf Geldbußen beschränkter Regressausschluss „verwundert“. *Bayreuther*, NZA 2015,²⁰ S. 1239 (1240) spricht von „insoweit eindeutigen Bestimmungen des Schadensrechts“, mit denen „der Fall an sich entschieden“ scheine.

2 Ausdr. *Konrads*, S. 35; ähnlich auch *Kersting*, ZIP 2016,²⁷ S. 1266 (1270), für den das geltende Recht „keinen überzeugenden Anhaltspunkt [bietet], um diese reinen Billigkeitserwägungen aufzugreifen“.

3 Vgl. das Eingangszitat.

4 Siehe auch insoweit das Eingangszitat.

zu einer vollständigen Regelung führt und die Verzahnung dieser Regelungskomplexe bislang zu wenig genau untersucht worden ist. Das hat zur Folge, dass entscheidende Haftungsvoraussetzungen – namentlich die Merkmale des Schadens und der Schadenszurechnung – im Niemandsland zwischen Tatbestand und Rechtsfolge ein Schattendasein fristen. Ihnen wurde in der bisherigen Diskussion nicht das ihnen zukommende Gewicht beigemessen.

In einem ersten Schritt (A.) ist deshalb das genaue Zusammenspiel von § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG und den §§ 249 ff. BGB auszuleuchten. Die exakte Grenzziehung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge wird zeigen, dass die Merkmale des Schadens und der Schadenszurechnung als *Voraussetzungen* der Ersatzpflicht § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG unterfallen. Sie werden entgegen der fast einhelligen Auffassung weder von den §§ 249 ff. BGB noch von der Differenzhypothese und dem Grundsatz der Totalreparation beherrscht. Aufbauend auf diesem Verständnis der Haftungsanordnung ist sodann (B.) zu zeigen, dass die „wortlautgetreue Anwendung“ des Gesetzes bei angemessener Berücksichtigung der bislang ausgeklammerten Voraussetzungen keineswegs zwingend und erst recht nicht „ohne Deutungsspielräume“ zu einer unbeschränkten Haftung führt.

A. Grundlegung

Der Angriff auf die genannte These setzt gewisse Vorarbeiten voraus. Denn Voraussetzung einer jeden wissenschaftlichen Auseinandersetzung ist ein Mindestmaß an begrifflicher Übereinstimmung. Gerade seit langem bestehende Begriffe – etwa des sog. Schadensrechts – verleiten zu der Annahme einer stillschweigenden Übereinkunft. Tatsächlich entsteht jedoch der Eindruck, dass die verschiedenen Autoren bei der Verwendung der üblichen Begriffe mit unterschiedlichem Vorverständnis vorgehen⁶ und deshalb aneinander vorbei reden.⁷

Zur Vermeidung von Missverständnissen und zur größtmöglichen Präzision und Falsifizierbarkeit der sich anschließenden Überlegungen ist deshalb

5 Die aktienrechtliche Haftungsvorschrift steht insoweit stellvertretend für alle sog. Anspruchsgrundlagen auf Schadenersatz.

6 Zu begrifflichen u. konzeptionellen Divergenzen bei der Diskussion um den Gewinnabschöpfungsteil bereits oben § 3 B. I. (S. 63).

7 So auch – in anderem Zusammenhang – *Deutsch*, *HaftungsR*² Rn. 27. Von uneinheitlicher Terminologie gerade im „Schadensersatzrecht“ spricht *Jansen*, in: *HistKritKomm-BGB*, §§ 249–253, 255 Rn. 1 in Fn. 1.

zunächst das hier zugrunde liegende Vorverständnis offenzulegen. Diese Offenlegung soll entlang der beiden Teilaspekte der anzugreifenden These erfolgen. Über das Ergebnis der „wortlautgetreuen Anwendung des Gesetzes“ kann nur streiten, wer (I.) ein gemeinsames Verständnis des Begriffs der Rechtsanwendung hat. Außerdem muss klar sein, (II.) welche Vorschriften der Gesamtrechtsordnung zur Anwendung gelangen sollen und wie diese Vorschriften zusammenspielen.

I. Prozess der Rechtsanwendung

Allem voran stellt sich die Frage, was genau mit der wortlautgemäßen oder buchstabengetreuen Anwendung des Gesetzes gemeint ist. Rechtsanwendung ist begrifflich die Anwendung des geltenden Rechts auf den zu entscheidenden Einzelfall. Sie stellt einen komplexen Prozess dar, der sich in verschiedene Stufen gliedert.⁸

Am Anfang steht die Suche nach den Rechtsnormen, denen der Entscheidungsmaßstab⁹ für den zu beurteilenden Sachverhalt zu entnehmen ist.¹⁰ Die einzelnen Bestandteile dieses Entscheidungsmaßstabs können im Gesetz aus technischen Gründen auseinander gerissen sein und müssen vom Rechtsanwender zunächst zusammengesetzt werden.¹¹ Die dergestalt ermittelte Regelung – der vollständige rechtliche Sollensgedanke¹² – enthält die Anordnung einer Rechtsfolge. Deren Eingreifen ist dadurch bedingt, dass die im Tatbestand normierten Voraussetzungen erfüllt sind.¹³ Deshalb gilt es, die einzelnen (Tatbestands-)Merkmale herauszuarbeiten, von deren Vorliegen die Anordnung der Rechtsfolge abhängt. Der Vergleich des zu beurteilenden Sachverhaltes mit den abstrakten Voraussetzungen des Tatbestands – sprich: die Subsumtion – erlaubt ein Urteil darüber, ob die abstrakte Rechtsfolgenanordnung auch im konkreten Einzelfall gilt.¹⁴

8 Monographisch zur juristischen Methodik im Prozess der Rechtsanwendung *Looschelders/W. Roth*, dort zu den Stufen der Rechtsanwendung S. 119 ff.; dazu auch *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie,¹¹ Rn. 730b ff. jew. m. w. N.

9 Ausf. zur Funktion des Gesetzes als Entscheidungsmaßstab *Looschelders/W. Roth*, S. 5 ff.

10 *Engisch*, Einführung,¹² Kap. IV (S. 96); *Looschelders/W. Roth*, S. 86; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie,¹¹ Rn. 730b.

11 Ähnlich *Engisch*, Einführung,¹² Kap. IV (S. 96).

12 *Engisch*, Einführung,¹² Kap. IV (S. 96).

13 *Engisch*, Einführung,¹² Kap. II (S. 61 ff.); *Looschelders/W. Roth*, S. 87.

14 *Bydlinski*, Methodenlehre,² S. 395; *Looschelders/W. Roth*, S. 87.

Damit sind freilich nur die ersten Schritte der Rechtsanwendung umschrieben. Für die folgenden Überlegungen ist dies jedoch ausreichend. Mit welchen Methoden vorzugehen ist, um verbleibende Unklarheiten über Inhalt und Reichweite von Normbegriffen zu beseitigen oder wenn ein gesetzlicher Entscheidungsmaßstab sich nicht finden lässt, kann vorerst offen bleiben. Auf sie wird später¹⁵ zurückzukommen sein.

II. Der gesetzliche Entscheidungsmaßstab

Zunächst ist deshalb der gesetzliche Entscheidungsmaßstab für die Frage nach dem Bußgeldregress zu ermitteln. Dazu ist (1.) der vollständige rechtliche Sollensgedanke zusammenzufügen. Anschließend sind dessen einzelne Bestandteile herauszuarbeiten (2.) und jeweils als Voraussetzung oder als Element der Rechtsfolge zu qualifizieren (3.). Eng damit verbunden ist (4.) die Zuweisung des jeweiligen Merkmals entweder zu § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG oder zu den §§ 249 ff. BGB. Die sich anschließende Zusammenfassung einiger der ermittelten Haftungsvoraussetzungen unter einem – hier so bezeichneten – Verletzungstatbestand (6.) ist gesetzlich nicht vorgegeben und erfolgt aus reinen Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten.

1. Vollständige Haftungsregelung

Bei der Haftungsnorm des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG handelt es sich – wie bei allen sog. Anspruchsgrundlagen auf Schadenersatz¹⁶ – um eine unvollständige Norm. Sie ordnet als Rechtsfolge lediglich die Verpflichtung zum Ersatz an. Für die konkrete Ausgestaltung dieser Rechtsfolge im Einzelfall ist der Rechtsanwender an die §§ 249 ff. BGB verwiesen. Erst die Zusammenführung mit diesen „Hilfsnormen“¹⁷ führt zu einer aus Tatbestand und (konkreter) Rechtsfolge bestehenden und deshalb vollständigen Regelung.

Ann. 4.1: Die Einordnung des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG als Anspruchsgrundlage und der §§ 249 ff. BGB als dessen „Hilfsnormen“ ist jedenfalls nicht unangreifbar. Nach der Legaldefinition des § 194 Abs. 1 BGB ist der Anspruch das „Recht, von einem

15 Ausf. zu Lückenfüllung u. Gesetzesberichtigung unten § 6 A. I. (S. 162).

16 Vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie!¹ Rn. 130.

17 Als solche bezeichnet sie *Schiemann*, in: Staudinger (2017), Vorbem zu §§ 249 ff. Rn. 4. *E. Schmidt*, in: Esser/Schmidt⁸ § 30 II (S. 169) spricht von einer „Assistentenrolle“.

anderen ein Tun oder Unterlassen“ zu verlangen.¹⁸ § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG ordnet als Rechtsfolge nur an, dass das Vorstandsmitglied „zum Ersatz [...]“¹⁹ verpflichtet“ ist. Welche konkrete Handlung – welches „Tun“ – die Aktiengesellschaft verlangen kann, ergibt sich nicht hieraus, sondern (nur) aus den §§ 249 ff. BGB. Sie legen fest, ob das Vorstandsmitglied einen bestimmten Zustand herstellen (§ 249 Abs. 1), ob es – unter weiter gehenden Voraussetzungen – den zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag ersetzen (§ 249 Abs. 2 Satz 1) oder ob es – unter abermals anderen Voraussetzungen – eine Entschädigung in Geld leisten (§ 251 Abs. 1 u. 2) muss.²⁰ Wenn aber den §§ 249 ff. BGB zu entnehmen ist, welches konkrete Verhalten die Aktiengesellschaft von dem Vorstandsmitglied verlangen kann, so sind diese Vorschriften Grundlage des Anspruchs i. S. d. § 194 Abs. 1 BGB, sprich: die Anspruchsgrundlage(n). Die „Assistentenrolle“²¹ kommt dagegen § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG zu.²² Dieser Hilfsnorm ist lediglich zu entnehmen, ob²³ die gemeinsame Voraussetzung der §§ 249 ff. BGB²⁴ vorliegt: das Bestehen einer Verpflichtung zum Schadenersatz. Gleichwohl soll nicht verkannt werden, dass es sich bei solchen Überlegungen (wohl) um eine dogmatische Spielerei handelt, die jedenfalls das hier gesteckte Untersuchungsprogramm nicht fördert. Der Gedanke soll deshalb an dieser Stelle nicht vertieft werden. Dennoch wird im Folgenden für die bisher als Anspruchsgrundlagen bezeichneten Normen der treffendere Begriff der Ersatzpflichtanordnung verwendet.

Ausgangsvorschrift dieser Hilfsnormen ist § 249 Abs. 1 BGB. Für die hier geregelte und grundsätzlich vorrangige Naturalrestitution sehen § 249 Abs. 2, § 250²⁵ und § 251 Abs. 1 u. 2 BGB jeweils Substitutionsmöglichkeiten durch

18 Ausf. zum Anspruchsbegriff *Okuda*, AcP 164⁵ (1964), S. 536 ff.

19 Die Wendung „des daraus entstehenden Schadens“ enthält nach dem hier noch zu entwickelnden Verständnis die Merkmale des Schadens u. der Schadenszurechnung. Dabei handelt es sich um Voraussetzungen der Ersatzpflicht, die nicht Teil der Rechtsfolge sind. Siehe dazu noch 3. (S. 103).

20 Ob § 250 Satz 2 mit dem „Ersatz in Geld“ die Erstattung der Herstellungskosten (§ 249 Abs. 2 Satz 1) oder die Entschädigung in Geld (§ 251) meint, ist umstritten. Details u. Nachw. hierzu etwa bei *H. Lange*, in: *Lange/Schiemann*³, § 5 V 1 (S. 233 f.) u. *Schiemann*, in: *Staudinger* (2017), § 250 Rn. 2 ff.

21 *E. Schmidt*, in: *Esser/Schmidt*⁸, § 30 II (S. 169).

22 § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG steht insoweit stellvertretend für alle üblicherweise als Anspruchsgrundlagen auf Schadenersatz qualifizierten Vorschriften, mithin auch für § 280 Abs. 1 u. § 823 Abs. 1 BGB.

23 Nach hier vertretener Auffassung regelt § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG darüber hinaus, hinsichtlich welcher konkreter Schadenspositionen eine solche Pflicht besteht.

24 § 249 Abs. 1: „Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, [...]“ § 249 Abs. 2 u. § 253 Abs. 2: „Ist wegen [...] Schadensersatz zu leisten, [...]“ § 250 Satz 1, an den Satz 2 anknüpft, sowie § 251 Abs. 1 u. 2 sprechen jeweils von dem „Ersatzpflichtige[n]“.

25 *Schiemann*, in: *Staudinger* (2017), Vorbem zu §§ 249 ff. Rn. 1 attestiert der Vorschrift praktische Bedeutungslosigkeit.

Geldersatz vor. § 252 BGB erläutert im deklaratorischen²⁶ Satz 1, dass auch der entgangene Gewinn zu dem zu ersetzenden Schaden gehört, und enthält in Satz 2 eine „kaum nennenswerte Nuance“²⁷ zu § 287 ZPO. § 253 BGB beschränkt in Abs. 1 die Möglichkeit des Ersatzes in Geld für Nichtvermögensschäden auf die gesetzlich vorgesehenen Fälle;²⁸ Abs. 2 benennt einige davon. § 254 BGB schließlich enthält die Regelung des Mitverschuldens.

Für den Bußgeldregress interessieren hieraus lediglich § 249 Abs. 1, § 251 Abs. 1 und § 254 Abs. 1 BGB.²⁹ Nimmt man § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG hinzu, so ergeben die genannten Vorschriften im Zusammenhang gelesen folgende Regelung:

Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, sind der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet (§ 93 Abs. 2 Satz 1 AktG), indem sie den Zustand herstellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (§ 249 Abs. 1 BGB), und,³⁰ soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, die Gesellschaft in Geld entschädigen (§ 251 Abs. 1 BGB). Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen des Einzelfalles ab (§ 254 Abs. 1 BGB).

Diese „Gesamtregelung der Vorstandsinnenhaftung“ ist für die Zwecke dieser Untersuchung zu unhandlich. Für die genaue Zuordnung der Merkmale des Schadens und der Schadenszurechnung genügt es, sich auf die Rechtsfolge des § 249 Abs. 1 BGB zu beschränken und die – nachgelagerte³¹ – Frage nach

26 Der Inhalt des § 252 Satz 1 BGB ergibt sich nach herkömmlichem Verständnis bereits aus § 249 Abs. 1 BGB, siehe BGH (GrS), Beschl. v. 9. 7. 1986 – GSZ 1/86 – BGHZ 98, 212 ff. (219); *Larenz*, SchuldR I¹⁴ § 29 II (S. 492); *Oetker*, in: MünchKomm-BGB⁸ § 252 Rn. 1 m. w. N. Nach dem hier entwickelten Schadensverständnis bedarf es insoweit auch nicht der Vorschrift des § 249 Abs. 1 BGB.

27 So *Schiemann*, in: Staudinger (2017), Vorbem zu §§ 249 ff. Rn. 1.

28 Siehe die umfangreiche Auflistung bei *Schiemann*, in: Staudinger (2017), § 253 Rn. 4.

29 Die bußgeldbedingte Zahlungsverpflichtung ist weder ein entgangener Gewinn (§ 252 BGB) noch ein Nicht-Vermögensschaden (§ 253 BGB). § 249 Abs. 2 BGB ist tatbestandlich nicht einschlägig. Wie das Vorstandsmitglied nach Fristablauf die Kosten der Herstellung erstatten soll (§ 250 BGB), ist nicht ersichtlich.

30 Über das genaue Verhältnis von § 249 Abs. 1 u. § 251 Abs. 1 BGB ließe sich Vieles sagen. Für die Zwecke dieser Untersuchung kommt es hierauf jedoch nicht an. Insofern genügt es, dass der Geldersatz nur insoweit *neben* die Herstellung tritt, wie letztere nicht möglich oder zur Befriedigung des Gläubigers nicht genügend ist. Deshalb kann das hier gewählte „und, soweit [...]“ sowohl Kumulation als auch Alternativität ausdrücken.

dem Mitverschulden auszuklammern. Dann verbleibt als Arbeitsgrundlage die folgende Haftungsregelung:

Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, sind der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet (§ 93 Abs. 2 Satz 1 AktG), indem sie den Zustand herstellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (§ 249 Abs. 1 BGB).

2. Die einzelnen Bestandteile

Dieser Haftungsanordnung lassen sich die einzelnen Bestandteile entnehmen, aus denen sie zusammengesetzt ist: Ein Vorstandsmitglied muss schuldhaft³² eine Pflicht verletzt haben. Ferner muss es bei der Aktiengesellschaft zu einem Schaden gekommen sein. Dieser Schaden muss aus der Pflichtverletzung entstanden sein, dieser also zugerechnet werden können. Schließlich wird angeordnet, dass ein bestimmter, in § 249 Abs. 1 BGB bezeichneter Zustand herzustellen ist.

3. (Tatbestands-)Voraussetzung und Rechtsfolge

Die verschiedenen Bestandteile der (Gesamt-)Regelung sind entweder Anspruchsvoraussetzung oder Teil der Rechtsfolge.³³ Tertium non datur. Organstellung, Pflichtverletzung und Verschulden lassen sich ohne Weiteres der Voraussetzungsseite zuordnen. Umgekehrt ist die Anordnung, den bezeichneten Zustand herzustellen, Teil der Rechtsfolge.

Zweifel ergeben sich hingegen bei der Einordnung der Merkmale des Schadens und der Schadenszurechnung. Deren sprachliche Verschränkung mit der Anordnung der Ersatzpflicht – *sind [...] zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens [...] verpflichtet* – erschwert die eindeutige Zuordnung.³⁴

31 Nachgelagert ist die Frage nach dem Mitverschulden, soweit dieses auf *den Umfang des zu leistenden Ersatzes* (§ 254 Abs. 1 Fall 2) einwirkt u. nicht *die Verpflichtung zum Ersatz* (Fall 1) an sich entfallen lässt.

32 Das ungeschriebene Verschuldenserfordernis ist allgemein anerkannt. Siehe nur *Fleischer*, in: BeckOGK-AktG, § 93 Rn. 240; *Hölters*, in: Hölters,³ § 93 Rn. 248; *J. Koch*, in: Hüffer/Koch,¹⁴ § 93 Rn. 43.

33 Siehe eingehend zu Grundelementen u. Aufbau der Rechtsnorm nur *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*,¹¹ Rn. 120 ff.

34 Siehe nur *Larenz*, *SchuldR I*,¹⁴ § 27 III (S. 432), der bei dem insoweit wortgleich formulierten § 823 Abs. 1 BGB wegen dieser Verschränkung die haftungsausfüllende

Richtig verstanden, ist das Vorliegen eines Schadens eine Voraussetzung der Ersatzpflicht.³⁵ Das ergibt sich bereits aus dem Begriff des *Schadenersatzanspruchs*.³⁶ Ohne einen Schaden gibt es nichts zu ersetzen. Ein Anspruch auf Ersatz eines nicht vorhandenen Schadens ginge ins Leere. § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG ist – anders als etwa die Abberufung nach § 84 Abs. 3 Satz 2 AktG – keine Sanktion für die Pflichtverletzung als solche.³⁷

Dasselbe gilt für die Schadenszurechnung:³⁸ Nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG ist das pflichtvergesene Vorstandsmitglied lediglich zum Ersatz des *daraus entstehenden* Schadens verpflichtet. Zu einer Ersatzpflicht kommt es deshalb nicht, wenn der Gesellschaft nur irgendein Schaden entstanden ist, der mit der Verletzung in keinem Zusammenhang steht.³⁹

Der Schaden und die Schadenszurechnung treten deshalb als Voraussetzungen der in § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG ausgesprochenen Ersatzpflicht neben die

Kausalität – unzutreffend – der Rechtsfolgenseite zuordnet. *Engisch*, Einführung¹² Kap. II (S. 59) entnimmt der wortgleichen Wendung in § 823 Abs. 1 BGB einen doppelten Gehalt, der teils dem Tatbestand u. teils der Rechtsfolge zuzuordnen sei.

35 So auch die Einordnung bei *Dreher*, in: FS Konzen (2006), S. 86 (103 f.); *Hopt/Roth*, in: GroßKomm-AktG⁵ § 93 Rn. 406; *Fleischer*, in: *Fleischer*, § 11 Rn. 11, 60 u. in: BeckOGK-AktG, § 93 Rn. 247; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm-AktG³ § 93 Rn. 55; *J. Koch*, in: Hüffer/Koch¹⁴ § 93 Rn. 47; *Spindler*, in: MünchKomm-AktG⁵ § 93 Rn. 192. Aus dem allgemeinen Schuldrecht etwa *Deutsch*, HaftungsR² Rn. 866; *H. Lange*, in: Lange/Schiemann³ Einl. III 2 c) (S. 12).

36 Siehe auch *Peters/Jacoby*, in: Staudinger (2019), § 199 Rn. 32: „Schadensersatzansprüche setzen begrifflich voraus, dass der Schaden überhaupt eingetreten ist“. Ähnlich u. auf diese verweisend *Konrads*, S. 122. Beide Fundstellen befassen sich zwar mit der Fälligkeit des Anspruchs; die Aussage, dass der Anspruch einen Schaden voraussetzt, ist darin gleichwohl enthalten.

37 So sinngemäß zu § 43 Abs. 2 GmbHG BGH, Urt. v. 18. 6. 2013 – II ZR 86/11 – BGHZ 197, 304 ff. (Rn. 44) u. Urt. v. 13. 3. 2012 – II ZR 50/09 – NZG 2012²⁰ S. 795 ff. (Rn. 27) m. w. N. Ausdr. beziehen sich die Entscheidungen auf Kompetenzverstöße. Die Aussage trifft aber darüber hinaus auf jede denkbare Pflichtverletzung zu.

38 Anders abermals etwa *Larenz*, SchuldR I⁴ § 27 III (S. 432), der die haftungsausfühlende Kausalität – u. damit die Schadenszurechnung – ausdr. der Rechtsfolgenseite zuordnet. Wie hier wohl *Deutsch*, in: FS Jahr (1993), S. 251 (259); *Dreher*, in: FS Konzen (2006), S. 86 (103 f.); *Fleischer*, in: *Fleischer*, § 11 Rn. 11; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm-AktG³ § 93 Rn. 55; *Spindler*, in: MünchKomm-AktG⁵ § 93 Rn. 192.

39 Vgl. aus dem allg. Schuldrecht BGH, Urt. v. 6. 6. 2013 – IX ZR 204/12 – NJW 2013³² S. 2345 ff. (Rn. 20): „Nur eine Vermögensminderung, die durch das haftungsbegründende Ereignis verursacht ist, [...] ist als ersatzfähiger Schaden anzuerkennen“ m. w. N. aus der Rspr. Ähnlich aus der Lit. *Jansen*, in: HistKritKomm-BGB, §§ 249–253, 255 Rn. 63; *H. Lange*, in: Lange/Schiemann³ § 3 III (S. 80); *Oetker*, in: MünchKomm-BGB⁸ § 249 Rn. 103 m. w. N.

übrigen Voraussetzungen Organstellung, Pflichtverletzung und Verschulden. Für die Rechtsfolge verbleibt lediglich die Anordnung, den dort bezeichneten Zustand herzustellen.

Gesamtregelung

(§ 93 Abs. 2 Satz 1 AktG i. V. m. § 249 Abs. 1 BGB)

Voraussetzungen					Rechtsfolge
Organstellung	Pflichtverletzung	Verschulden	Schaden	Schadenszurechnung	Zustand herstellen

Abbildung 4.1: Voraussetzungen und Rechtsfolge

4. § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG und § 249 Abs. 1 BGB

Diese Einordnung des Schadens und der Schadenszurechnung als Voraussetzungen der Ersatzpflicht wird man – trotz vereinzelt anzutreffender unscharfer Formulierungen – ohne Weiteres zum schadensrechtlichen Allgemeingut rechnen müssen. Sie ist nicht Ziel, sondern Ausgangspunkt dieses Abschnittes. Vielmehr geht es hier um eine aus der Voraussetzungsqualität zwingend folgende Konsequenz, die in der bisherigen Diskussion ganz überwiegend nicht gezogen worden ist.

Innerhalb der Gesamtregelung unterfallen die einzelnen Bestandteile entweder § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG oder § 249 Abs. 1 BGB. Dabei weist die – beinahe⁴⁰ – allgemeine Auffassung in Rechtsprechung⁴¹ und Literatur⁴² die

40 Vereinzelt Beiträge im schadensrechtlichen Schrifttum gelangen – wenn auch auf anderem Wege – zum selben Ergebnis wie hier. Siehe etwa *Reinecke*, S. 56 ff.; *Würthwein*, S. 233 f. u. S. 329 f.

41 Ausdr. Anknüpfung an die §§ 249 ff. BGB zur Schadensberechnung etwa bei BGH, Urt. v. 5. 2. 2015 – IX ZR 167/13 – NJW 2015,¹⁹ S. 1373 ff. (Rn. 7) m. w. N.; BAG, Urt. v. 15. 9. 2011 – 8 AZR 846/09 – NZA 2012,⁷ S. 377 ff. (Rn. 47) m. w. N.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 28. 11. 1996 – 6 U 11/95 („*ARAG-Garmenbeck*“) – ZIP 1997,¹ 27 ff. (36); LAG Düsseldorf, Urt. v. 20. 1. 2015 – 16 Sa 459/14 („*Schienerkartell I*“) – ZIP 2015,¹⁷ S. 829 ff. (830); LG München I, Urt. v. 10. 12. 2013 – 5 HK O 1387/10 („*Siemens-Neubürger*“) – ZIP 2014,¹² S. 570 ff. (576). Zuvor bereits das RG, Urt. v. 4. 10. 1911 – Rep. III 492/10 – RGZ 77, 99 ff. (101). Von einem „Schaden im Sinne des § 249 BGB“ spricht etwa das BVerfG, Beschl. v. 12. 11. 1997 – 1 BvR 479/92 u. a. („*Kind als Schaden*“) – BVerfGE 96, 375 ff. (395).

Merkmale des Schadens und der Schadenszurechnung § 249 Abs. 1 bzw. den §§ 249 ff. BGB zu.

Anm. 4.2: Welche Unsicherheit hinsichtlich der Verortung dieser Merkmale besteht, belegt bereits ein Blick in die Kommentare zum allgemeinen Schadensrecht.⁴³ So werden Schaden und Schadenszurechnung überwiegend in gesonderten Vorbemerkungen zu den §§ 249 ff. BGB,⁴⁴ teilweise aber auch im Rahmen der Kommentierung zu § 249 BGB⁴⁵ erörtert. *Schiemann* handelt vom Schadensbegriff in den Vorbemerkungen⁴⁶ und von der Schadenszurechnung in der Kommentierung zu § 249 BGB.⁴⁷

Die einhellig vorgenommene Einordnung des Schadens und dessen Zurechnung als Voraussetzungen der Ersatzpflicht zwingt jedoch dazu, diese Merkmale der Tatbestandsseite⁴⁸ des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG und nicht etwa § 249 Abs. 1 BGB zuzuordnen: Verletzt das Vorstandsmitglied eine Pflicht, ohne

42 Siehe nur *Bayer*, in: FS K. Schmidt (2009), S. 85 (93 f.); *Bayreuther*, NZA 2015;²⁰ S. 1239 (1240); *Fleischer*, in: BeckOGK-AktG, § 93 Rn. 247; *Hack*, S. 73; *Hoffmann*, NJW 2012;²⁰ S. 1393 (1393); *Hölters*, in: Hölters,³ § 93 Rn. 252; *Hopt/Roth*, in: GroßKomm-AktG,⁵ § 93 Rn. 406; *Kaulich*, S. 91 u. 272; *J. Koch*, in: Hüffer/Koch,¹⁴ § 93 Rn. 47; *Sailer-Coceani*, in: K. Schmidt/Lutter,⁴ § 93 Rn. 36; *H. Lange*, in: Lange/Schiemann,³ § 1 I (S. 26 f.); *Magnus*, in: NomosKomm-BGB³ Vor §§ 249–255 Rn. 2; *Wilsing*, in: Krieger/Schneider,³ § 31 Rn. 29; *M. Zimmermann*, WM 2008,¹⁰ S. 433 (437).

43 Darauf hat – zwar in anderem Zusammenhang – schon 1981 *Schiemann*, Argumente, S. 1 (Einl.) hingewiesen.

44 *Ebert*, in: Erman,¹⁶ Vor § 249 Rn. 14 ff. („Begriff und Arten des Schadens“) u. Rn. 28 ff. („Zurechnung des Schadens“); *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel,¹³ Vor § 249 Rn. 74 ff. („Arten und Einteilung des Schadens“) u. Rn. 121 ff. („Schadenszurechnung“); *Grüneberg*, in: Palandt,⁷⁸ Vorb v § 249 Rn. 9 ff. („Begriff und Arten des Schadens“) u. Rn. 24 ff. („Zurechnungszusammenhang“); *Magnus*, in: NomosKomm-BGB³ Vor §§ 249–255 Rn. 17 ff. („Schadensbegriff und Schadensarten“) u. Rn. 62 ff. („Zurechnung des Schadens“); *Schulze*, in: Schulze,¹⁰ Vor §§ 249–253 Rn. 5 ff. u. 13 ff.; *Teichmann*, in: Jauernig,¹⁸ Vor §§ 249–253 Rn. 3 ff. („Der Begriff des Vermögensschadens“) u. Rn. 24 ff. („Das Ausmaß des zu ersetzenden Schadens“).

45 *J. Flume*, in: BeckOK-BGB,⁵⁶ § 249 Rn. 37 ff. („Grundlagen des Schadensrechts“) u. Rn. 279 ff. („Schadenszurechnung“); *Oetker*, in: MünchKomm-BGB,⁸ § 249 Rn. 16 ff. („Begriff und Formen des Schadens“) u. Rn. 103 ff. („Zurechnungskriterien“).

46 *Schiemann*, in: Staudinger (2017), Vorbem zu §§ 249 ff. Rn. 35 ff.

47 *Schiemann*, in: Staudinger (2017), § 249 Rn. 8 ff.

48 Schon in der ersten Monographie zum Schaden i. S. d. BGB aus dem Jahr 1903 war von dem „Schadensbegriff als Moment im Tatbestande des Schadensersatzes“ die Rede, siehe *Fischer*, S. 3. Ausdr. gegen eine Einordnung des Schadens als Tatbestandsmerkmal des Haftungstatbestands etwa *Keuk*, S. 26 f., die aber nicht zwischen

dass es bei der Gesellschaft zu einem Schaden kommt, so fehlt eine Voraussetzung der Ersatzpflicht. Das Vorstandsmitglied ist deshalb zum Schadenersatz nicht verpflichtet. Bei einer solchen „schadenslosen Pflichtverletzung“ kann die Vorschrift des § 249 Abs. 1 BGB dann aber schon nicht zur Anwendung gelangen. Denn dort werden Art und Umfang des Schadenersatzes nur für denjenigen festgelegt, der *zum Schadenersatz verpflichtet* ist.⁴⁹ Wenn aber das Bestehen eines Schadens Voraussetzung für die Ersatzpflicht und die Ersatzpflicht ihrerseits Anwendungsvoraussetzung des § 249 Abs. 1 BGB ist, so kann letztere Vorschrift nicht „zugleich festlegen, ob das für die Haftungsbegründung erforderliche Tatbestandsmerkmal eines ersatzfähigen Schadens erfüllt ist.“⁵⁰ Noch bevor die in § 249 Abs. 1 BGB genannten Zustände verglichen werden (dürfen), muss die Schadensfrage bereits beantwortet sein.⁵¹

Nicht anders steht es um die Schadenszurechnung: Ist die Zurechenbarkeit des Schadens eine Voraussetzung der Ersatzpflicht, so muss das Merkmal feststehen, bevor der Rechtsanwender dem eine Ersatzpflicht voraussetzenden § 249 Abs. 1 BGB eine Anweisung entnehmen darf. Deshalb ist es ausgeschlossen, dass sich § 249 Abs. 1 BGB zu Einzelheiten der Schadenszurechnung äußern kann.

Entgegen der unzähligen anders lautenden Stimmen bemessen sich der Schaden und die Schadenszurechnung deshalb nicht nach § 249 Abs. 1 bzw. den §§ 249 ff. BGB.⁵² Die Vorschriften müssten Unmögliches leisten, indem sie Inhalt und Reichweite solcher Merkmale bestimmen, deren Vorliegen sie voraussetzen. Der Schaden und seine Zurechnung sind als Anspruchsvoraussetzung vielmehr der Tatbestandsseite zuzuordnen und allein § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG unterworfen.

den Kategorien von Schaden u. Ersatzleistung unterscheidet, mit dem Begriff des Schadens vor allem letztere meint u. diese zutr. der Rechtsfolgenseite zuweist.

49 § 249 Abs. 1 BGB: *Wer zum Schadenersatz verpflichtet ist*, hat [...].

50 So aber ausdr. *Magnus*, in: *NomosKomm-BGB*;² Vor §§ 249–255 Rn. 2.

51 Das Gegenteil vertritt insoweit *Ebert*, in: *Erman*,¹⁶ Vor § 249 Rn. 24: Die Antwort auf die Frage, „ob überhaupt ein Schaden [...] vorliegt“, ergebe sich „nur mittelbar aus § 249 I.“ Dieser schreibe den Vergleich der dort genannten Zustände vor. „Nur dann, wenn dieser Zustandsvergleich eine [für den Geschädigten nachteilige] Differenz aufweist, stellt sich die Schadensfrage.“ Die Worte „vorliegen“ u. „Zustandsvergleich“ sind im Original durch Fettdruck hervorgehoben.

52 So auch *Reinecke*, S. 56 ff. u. *Würthwein*, S. 233 f. u. S. 329 f., wengleich diese auf ganz anderem Wege zu diesem Ergebnis gelangen.

5. Zwischenergebnis

Mit dieser Zuordnung lässt sich das genaue Ineinandergreifen von § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG und § 249 Abs. 1 BGB darstellen. Die in § 249 Abs. 1 BGB angeordnete Rechtsfolge – die Anordnung, den dort bezeichneten Zustand herzustellen – ist durch das Vorliegen genau einer Voraussetzung bedingt: der Verpflichtung zum Schadenersatz. Diese Verpflichtung spricht § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG als („Zwischen-“)Rechtsfolge aus, wenn die dort bezeichneten Voraussetzungen erfüllt sind. Bei Zusammenfügung der Vorschriften geht die Rechtsfolge des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG in der Voraussetzung des § 249 Abs. 1 BGB auf. Dieses Zusammenspiel verdeutlicht Abbildung 4.2.

Gesamtregelung

(§ 93 Abs. 2 Satz 1 AktG i. V. m. § 249 Abs. 1 BGB)

§ 93 Abs. 2 Satz 1 AktG				Zustand herstellen
Voraussetzungen			(Zwischen-)Rechtsfolge	
Organst.	Schaden	Zurechnung	Verpflichtung zum Ersatz	Rechtsfolge
PflichtV.			Voraussetzung(en)	
Versch.			§ 249 Abs. 1 BGB	

Abbildung 4.2: Verzahnung der Vorschriften.

Die Verpflichtung zum Schadenersatz ist zugleich Rechtsfolge des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG und Voraussetzung des § 249 Abs. 1 BGB. Sie stellt das Bindeglied zwischen den Vorschriften dar.

Werden die beiden Vorschriften zu einer Gesamtregelung zusammengefügt, so kann der gesetzestechnisch notwendige Schritt über die Zwischenrechtsfolge⁵³ gestrichen werden. Liegen die Voraussetzungen des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG vor, so wird unmittelbar⁵⁴ die Rechtsfolge des § 249 Abs. 1 BGB

53 Dieser gesetzgeberische Kunstgriff ermöglicht es, den schuldrechtlichen Anspruch auf Schadenersatz zentral zu Beginn des Schuldrechts abzulegen. Die verschiedenen Ersatzpflichtanordnungen können über alle Bücher des BGB (etwa § 122 Abs. 1, § 179 Abs. 1 Fall 2, §§ 280 ff., §§ 823 ff. BGB etc.) u. gar die gesamte Rechtsordnung (§ 93 Abs. 2 Satz 1 AktG, § 7 StVG, § 717 Abs. 2 Satz 1 ZPO etc.) verteilt u. dort verortet werden, wo sie thematisch hingehören.

54 Hier ergeben sich Unterschiede, wenn die Rechtsfolge § 251 Abs. 1 BGB zu entnehmen ist. Diese hat zwei Voraussetzungen: Zum einen braucht es – parallel zu § 249 Abs. 1 – einen „Ersatzpflichtigen“, sprich: die Zwischenrechtsfolge des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG. Sie stellt auch hier das Bindeglied zwischen den Vorschriften dar. Hinzu kommen muss jedoch, dass die Herstellung i. S. d. § 249 Abs. 1 „nicht möglich oder

ausgelöst. § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG und § 249 Abs. 1 BGB verschmelzen hiernach zu einer Gesamregelung, die sich aus einem Tatbestand mit den Voraussetzungen des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG und der Rechtsfolge des § 249 Abs. 1 BGB zusammensetzt (siehe Abbildung 4.3).

Gesamregelung

(§ 93 Abs. 2 Satz 1 AktG i. V. m. § 249 Abs. 1 BGB)

Tatbestand (§ 93 Abs. 2 Satz 1 AktG)					Rechtsfolge (§ 249 Abs. 1 BGB)
Organ- stellung	Pflicht- verletzung	Ver- schulden	Schaden	Schadens- zurechnung	Zustand herstellen

Abbildung 4.3: Tatbestand und Rechtsfolge

Die Zuordnung von Schaden und Schadenszurechnung zur Tatbestandsseite wird schließlich deutlich, wenn deren sprachliche Verschränkung mit der Rechtsfolgenanordnung in § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG⁵⁵ aufgelöst wird. Dazu müssen das Vorliegen und die Zurechenbarkeit eines Schadens konditional formuliert sein, um deren Voraussetzungscharakter zu verdeutlichen.⁵⁶ Die zusammengefügte Gesamregelung wäre dann wie folgt zu modifizieren:

Wenn Vorstandsmitglieder ihre Pflichten verletzen, (wenn) der Gesellschaft ein Schaden entsteht und (wenn) dieser Schaden auf der Pflichtverletzung beruht (§ 93 Abs. 2 Satz 1 AktG), müssen sie den Zustand herstellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (§ 249 Abs. 1 BGB).

6. Weitere Untergliederung

Die zur Anwendung des Gesetzes erforderliche Analyse der maßgebenden Vorschriften ist damit abgeschlossen. Die einzelnen Merkmale des vollständigen rechtlichen Sollensgedankens sind ermittelt, als Voraussetzung oder als Element der Rechtsfolge qualifiziert und jeweils § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG oder § 249 Abs. 1 BGB zugewiesen worden. Jede weitere Untergliederung der gefundenen Merkmale erfolgt ohne gesetzlich vorgegebene Funktion

zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend“ ist. Dann wird (insoweit) die Rechtsfolge des § 251 Abs. 1 ausgelöst.

55 § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG: Vorstandsmitglieder [...] sind [...] zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens [...] verpflichtet.

56 Zur Notwendigkeit, den Gesetzestext umzuformulieren, um die konditionale Struktur eines Rechtssatzes zu erkennen, *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie,¹¹ Rn. 116.

und deshalb letztlich willkürlich. Der Maßstab für die Berechtigung solcher Differenzierungen ist allein deren Zweckmäßigkeit. Ihre Berechtigung verlieren sie jedenfalls dort, wo die notwendige Unterscheidung von Tatbestand(svoraussetzung) und Rechtsfolge verschleiert oder die Zuordnung eines Merkmals zu dessen maßgebender Vorschrift aufgebrochen wird.

Insoweit soll in einem letzten Schritt die Anordnung der Ersatzpflicht in § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG in den Blick genommen und sollen deren Voraussetzungen in drei Untereinheiten aufgeteilt werden. Neben dieser bloß zweckmäßigen Aufteilung geht es ganz wesentlich darum, die Gefahren der übrigen, derzeit verwendeten Unterscheidungen – etwa nach Haftungs begründung und Haftungsausfüllung – aufzudecken, von denen Abstand genommen werden sollte.

a) Dreiteilung der Ersatzpflichtanordnung

Für das hier verwendete Begriffsverständnis sollen die Voraussetzungen der Ersatzpflicht neu gruppiert werden. Bei § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG sind dies die Merkmale Organstellung, Pflichtverletzung, Verschulden, Schaden und Schadenszurechnung.

aa) Der „Dreiklang“ der Ersatzpflicht

Dabei fällt auf, dass die ersten drei Merkmale eine weit engere Verbindung zueinander aufweisen als zu den übrigen Merkmalen. § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG wendet sich an „Vorstandsmitglieder, die *ihre* Pflichten“ verletzen. Erst die Eigenschaft als Vorstandsmitglied⁵⁷ führt zu den Pflichten, deren Verletzung eine Ersatzpflicht auslösen kann. Eine haftungsrelevante Pflichtverletzung ohne Organstellung ist deshalb nicht denkbar.⁵⁸ Hinzu kommt das Verschulden. Es muss sich allein auf die Pflichtverletzung, nicht aber auf den Schaden oder die Schadenszurechnung beziehen.⁵⁹ Diese enge Verbindung rechtfertigt es, die Merkmale Organstellung, Pflichtverletzung und Verschulden zu einer funktionalen Einheit zusammenzufassen. Sie sollen

57 Eingehend zum Adressatenkreis *Fleischer*, in: *Fleischer*, § 11 Rn. 12 ff.; *Hölters*, in: *Hölters*,³ § 93 Rn. 227 ff.; *Hopt/Roth*, in: *GroßKomm-AktG*,⁵ § 93 Rn. 344 ff.; *J. Koch*, in: *Hüffer/Koch*,¹⁴ § 93 Rn. 37 ff.; *Hoffmann-Becking*, in: *MünchHdb-GesR*, IV (AG),⁵ § 26 Rn. 7 ff.

58 Das faktische Organ sei insoweit als Organ i. S. d. Regelung verstanden.

im Folgenden unter dem „Verletzungstatbestand“ gruppiert und dadurch von den übrigen Voraussetzungen separiert sein.

Als Voraussetzungen der Ersatzpflicht verbleiben damit der Schaden und die Schadenszurechnung. Diese in einem „Schadenstatbestand“⁶⁰ zusammenzufassen ist nicht notwendig und schlimmstenfalls missverständlich. Sie sollen im Folgenden jeweils gleichrangig neben dem Verletzungstatbestand stehen. Die Anordnung der Ersatzpflicht in § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG setzt danach den „Dreiklang“ von Verletzungstatbestand, Schaden und Schadenszurechnung voraus.

bb) Berechtigung der Aufteilung

Die Berechtigung dieser Dreiteilung ergibt sich aus zweierlei: Zum einen vermag sie, die drei Teilfragen des „Ob“ der Ersatzpflicht präzise herauszustellen. Erst das kumulierte und kraft Zurechnung miteinander verknüpfte Vorliegen von Verletzungstatbestand und Schaden löst die Rechtsfolge der Verpflichtung zum Schadenersatz aus.⁶¹

Anm. 4.3: Dazu kann man sich die Regelung des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG als Brücke vorstellen, die den Graben des *casum sentit dominus*⁶² zur Rechtsfolge des § 249 Abs. 1 BGB überwinden soll. Deren „Unterbau“ besteht aus zwei Brückenpfeilern: Verletzungstatbestand und Schaden. Die Pfeiler alleine genügen jedoch nicht, um den Graben zu überwinden. Erst die Schadenszurechnung, die als „Überbau“ die Verbindung zwischen Verletzungstatbestand und Schaden herstellt, gibt den Weg zur Rechtsfolge frei. Das Fehlen auch nur eines Brückenelementes macht das Erreichen der Rechtsfolge unmöglich und es bleibt beim Grundsatz des *casum sentit dominus*.

Zugleich wird es durch die Dreiteilung möglich, die verschiedenen Prüfungsschritte klar voneinander abzugrenzen: Die Verknüpfung von Verlet-

59 Siehe *Fleischer*, in: *Fleischer*, § 11 Rn. 58; *Hopt/Roth*, in: *GroßKomm-AktG*⁵ § 93 Rn. 394; *Mertens/Cahn*, in: *KölnKomm-AktG*³ § 93 Rn. 137; *Spindler*, in: *Münch-Komm-AktG*² § 93 Rn. 201 teilw. m. w. N.

60 Mit diesem Begriff im allg. Haftungsrecht *Deutsch*, *HaftungsR*² Rn. 28 u. ö. der aber entgegen der hier vertretenen Auffassung meint, im Schadenstatbestand „alle gesetzlichen Merkmale der Rechtsfolge wieder“ zu finden (Rn. 793).

61 Insoweit wie hier *Jansen*, in: *HistKritKomm-BGB*, §§ 249–253, 255 Rn. 63. Ähnlich, aber weniger präzise, *Deutsch*, *HaftungsR*² Rn. 866; *Kröger*, S. 68 u. – in anderem Zusammenhang – *Scholz*, S. 98, die jew. das eigenständige Gewicht der Schadenszurechnung verkennen.

62 Zum Spannungsverhältnis der beiden haftungsrechtlichen Grundprinzipien – *casum sentit dominus* u. *neminem laedere* – etwa *Schramm*, S. 15 ff. (insb. S. 17 ff.).

zungstatbestand und Schaden wird von dem eigenständigen Merkmal der Schadenszurechnung übernommen. Es muss nicht festlegen, ob Schaden und Verletzung vorliegen. Deren Vorliegen wird bei der Untersuchung eines Zurechnungszusammenhangs vorausgesetzt. Gleichzeitig entlastet die eigenständige Schadenszurechnung die übrigen Merkmale. Schaden und Verletzung können und müssen unvermengt und unabhängig voneinander untersucht werden. Das Merkmal des Schadens adressiert die Frage, ob ein potentiell ausgleichender Nachteil besteht. Das Vorliegen eines Nachteils und dessen Qualifikation als Schaden im Rechtssinne ist nicht davon abhängig, dass eine Pflicht verletzt wurde. Trifft das Vorstandsmitglied eine „falsche“ unternehmerische Entscheidung im Sinne und im Rahmen des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG, so kann es hierbei zweifelsfrei einen Schaden verursachen. Eine Pflicht hat es gleichwohl nicht verletzt. Gleiches gilt für den Verletzungstatbestand. Er stellt die Frage, ob sich eine Person durch die Verletzung einer Pflicht potentiell ausgleichspflichtig gemacht hat. Das ist unabhängig davon zu untersuchen, ob es zu einem Schaden kam. Das Vorstandsmitglied, das ohne mögliche Due Dilligence ein Unternehmen erwirbt, verletzt eine Pflicht – und zwar auch dann, wenn sich das erworbene Unternehmen als Goldgrube erweist und der Gesellschaft nur Vorteile beschert.⁶³ Die Schadenszurechnung stellt schließlich die Verbindung her. Nur wenn der potentiell ausgleichende Nachteil auf dem potentiell ausgleichspflichtig-machenden Verhalten beruht, spricht: der Verletzer für den (konkreten) Schaden verantwortlich ist, wird aus der potentiellen eine tatsächliche Ersatzpflicht.

Wegen dieser beiden Aspekte ist die Dreiteilung der Haftungsvoraussetzungen in höchstem Maße zweckmäßig. Sie vergegenwärtigt dem Rechtsanwender die drei Stellschrauben, an denen zur Lösung eines beliebigen Sachverhaltes angesetzt werden kann. Sie ermöglicht ferner die präzise Zuordnung eines Rechtsanwendungsproblems zu einer dieser Teilfragen. Viele Problemfälle im Schadenersatzrecht lassen sich auf diesem Wege sehr viel bewusster und zielführender angehen.

b) Ersatzpflichtrecht und Ersatzleistungsrecht

Diese Voraussetzungen hinsichtlich des „Ob“ der Ersatzpflicht sollen im Folgenden unter dem Oberbegriff des Ersatzpflichtrechts zusammengefasst sein.

63 Vgl. *Scholz*, S. 98.

Für die übrigen Fragestellungen, die sich mit Art und Umfang – gleichsam dem „Wie“ – der Ersatzleistung befassen, empfiehlt sich als Gegenbegriff das Ersatzleistungsrecht. Von den übrigen, derzeit gängigen Untergliederungen sollte dagegen Abstand genommen werden. Gemeint sind all jene, die von Haftungs begründung und Haftungsausfüllung, Haftungsrecht und Schadensrecht und dergleichen mehr reden.⁶⁴

Bei all diesen Begriffspaarungen umfasst der erste Begriff jene Merkmale, die hier im Verletzungstatbestand zusammengefasst sind. Der jeweilige Gegenbegriff muss entsprechend alle übrigen Bestandteile der Gesamtregelung unter sich vereinigen. Das führt dazu, dass die Merkmale des Schadens und der Schadenszurechnung stets der Haftungsausfüllung und dem Schadensrecht zugeordnet werden.

Die gedankliche Zweiteilung der Gesamtregelung hat zur Folge, dass Anspruchsvoraussetzungen und Elemente der Rechtsfolge unter einem gemeinsamen Begriff zusammengefasst werden. Das führt beinahe zwangsläufig dazu, dass die Merkmale des Schadens und der Schadenszurechnung intuitiv zur Rechtsfolge gezählt und den §§ 249 ff. BGB unterworfen werden.⁶⁵ Der dort für die Bestimmung des Umfangs der Ersatzleistung – sprich: der Umkehrung des Schadens – vorgesehene Zustandsvergleich, wird nunmehr auch zur Bestimmung des Schadens als Voraussetzung der Ersatzpflicht herangezogen.⁶⁶ Aus dem gesetzlich normierten Alles-oder-Nichts-Prinzip bei der Ersatzleistung wird ein – gesetzlich nicht vorgesehenes⁶⁷ – Alles-oder-Nichts-Prinzip beim Schaden als Voraussetzung der Ersatzpflicht.

Anm. 4.4: Um die Banalität einmal beim Namen zu nennen: Das Vorstehende ruht auf dem Gedanken, dass zwischen dem Schaden und der Ersatzleistung zwingend unterschieden werden muss.⁶⁸ Der Schaden ist das „Loch“, das in die Güterwelt des Geschädigten gerissen wird. Wird etwa jemandem ein 50 Euro-Schein gestoh-

64 Siehe stellvertretend für viele andere die verschiedenen Begriffsbestimmungen u. Unterscheidungen bei *Grüneberg*, in: Palandt,⁷⁸ Vorb v § 249 Rn. 1; *Mertens*, S. 11 (in Fn. 1); *Schäfer/Ott*, ökon. Analyse⁵ S. 148; *E. Schmidt*, Schuldverhältnis, Rn. 348.
65 Siehe dazu die Nachw. unter 4. (S. 106). Die Kausalität mag freilich auch umgekehrt sein: Die intuitive Zuweisung von Schaden u. Schadenszurechnung zur Rechtsfolge u. den §§ 249 ff. BGB könnte der Auslöser für die gedankliche Zweiteilung gewesen sein.

66 Zu den Gründen, weshalb gerade die in § 249 Abs. 1 BGB genannten Zustände zur Ermittlung des Schadens nicht verglichen werden dürfen, § 5 B. III. (S. 155).

67 Zu der eigentlichen Funktion der §§ 249 ff. BGB noch § 6 D. II. 3. (S. 182).

68 Oft wird i. R. d. §§ 249 ff. BGB statt der *Ersatzleistung* der *Schaden* berechnet. Siehe exemplarisch nur *Wolf*, in: FS Schiedermaier (1976), S. 545 (545) gleich zu Beginn des Beitrages.

len, so ist ihm ein Schaden i. H. v. 50 Euro entstanden, spricht: in seiner Güterwelt eine Veränderung von –50 Euro eingetreten. Die Ersatzleistung ist die Umkehrung des Schadens, spricht: die (Wieder-)Herstellung des gesetzlich gewünschten Zustandes. Dem Geschädigten würde ein Betrag von 50 Euro erstattet, spricht: in seiner Güterwelt eine Veränderung von +50 Euro eintreten. Der Schaden führt zu einer Verschlechterung, die Ersatzleistung zu einer Verbesserung, die sich betragsmäßig oft – aber nicht zwangsläufig – mit der Verschlechterung deckt. Das Alles-oder-Nichts-Prinzip bei der Ersatzleistung bedeutet insoweit nur, dass jeder ersatzpflichtig machende Schaden vollständig ausgeglichen werden soll.⁶⁹

Danach sind die hier angegriffenen Begriffspaarungen in doppelter Hinsicht gefährlich missverständlich: Zum einen vermengen sie Voraussetzungen und Elemente der Rechtsfolge. Zum anderen entziehen sie Anspruchsvoraussetzungen der für sie maßgebenden Vorschrift und weisen Sie einer anderen Vorschrift zu, die sich mit ihnen systematisch nicht befassen kann. Von diesen Begriffspaarungen sollte deshalb tunlichst Abstand genommen werden.

7. Die „fertige“ Gesamtregelung

Das führt zu der „fertigen“ Gesamtregelung: Sofern ein Verletzungstatbestand und ein Schaden durch einen Zurechnungszusammenhang verknüpft sind, ordnet § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG die Verpflichtung zum Ersatz an. Diese Verpflichtung löst die Rechtsfolge des § 249 Abs. 1 BGB aus, spricht: die Anordnung, den dort bezeichneten Zustand herzustellen (siehe Abbildung 4.4).

III. Zwischenergebnis

Die notwendigen Vorarbeiten sind damit abgeschlossen. Rechtsanwendung bedeutet – zunächst – den Vergleich des zu entscheidenden Sachverhaltes mit den abstrakten Voraussetzungen des maßgebenden gesetzlichen Entscheidungsmaßstabs. Stimmen beide überein, gilt die Rechtsfolgenanordnung – grundsätzlich – auch in dem zu entscheidenden Sachverhalt.

Der gesetzliche Entscheidungsmaßstab ist in seinen Grundzügen herausgearbeitet. § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG setzt das kumulierte und kraft Zurechnung miteinander verknüpfte Vorliegen eines Verletzungstatbestands und eines als Schaden zu qualifizierenden Nachteils voraus. Ist dies gegeben, so hat das Vorstandsmitglied nach § 249 Abs. 1 BGB den Zustand herzustellen, der ohne

⁶⁹ So etwa *Gregor*, S. 2 m. zahlr. Nw. (in Fn. 6).

Gesamtregelung

(§ 93 Abs. 2 Satz 1 AktG i. V. m. § 249 Abs. 1 BGB)

Tatbestand (§ 93 Abs. 2 Satz 1 AktG)			Rechtsfolge (§ 249 Abs. 1 BGB)		
Verletzungstatbestand			Schaden	Zurechnung	Zustand herstellen
Vorstitgl.	Pflichtverl.	Verschulden			
Ersatzpflichtrecht				Ersatzleistungsrecht	

Unzutreffend dagegen:

Haftungsbegründung (§ 93 Abs. 2 Satz 1 AktG)	Haftungsausfüllung (§ 249 Abs. 1 BGB)
--	---

Abbildung 4.4: Der gesetzliche Entscheidungsmaßstab.

Neben dem „Dreiklang im Tatbestand“ verdeutlicht die Abbildung, warum das Begriffspaar von Haftungsbegründung und Haftungsausfüllung zur unzutreffenden Zuordnung des Schadens und der Schadenszurechnung zu § 249 Abs. 1 BGB verleitet.

die Pflichtverletzung bestehen würde. Wo die Herstellung dieses Zustands nicht möglich oder zur Entschädigung der Gesellschaft nicht genügend ist, kann diese nach § 251 Abs. 1 BGB Entschädigung in Geld verlangen.

B. Anwendung des Gesetzes

Auf dieser Grundlage lassen sich die oben¹ kritisierten Thesen untersuchen. Zur Erinnerung: Die wortlautgetreue Anwendung des Gesetzes soll ohne größere Deutungsspielräume zu einem der Höhe nach unbeschränkten Regress beim pflichtvergessenen Vorstandsmitglied führen.² Dem Wortlaut des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG fehle ein wertungsoffener Begriff, der als Anknüpfungspunkt für jedwede Korrektur herhalten könne.³

§ 93 Abs. 2 Satz 1 AktG erfordert nach dem Vorstehenden den Dreiklang aus Verletzungstatbestand, Schaden und Schadenszurechnung. Der Verletzungstatbestand (I.) hält für die Zwecke einer Regressbeschränkung oder gar

1 Siehe oben § 4 (S. 97).

2 So sinngemäß *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 29, 43 f. u. 232; *Fleischer*, ZIP 2014;²⁸ S. 1305 (1307); *J. Koch*, in: GS Winter (2011), S. 327 (330, 334 u. 335) u. in: AG 2012;¹² S. 429 (432); *Scholz*, S. 106.

3 So *Konrads*, S. 35. Ähnlich *Kersting*, ZIP 2016;²⁷ S. 1266 (1270).

eines -ausschlusses in der Tat keinen Anknüpfungspunkt bereit. Das Merkmal des Schadens (II.) hingegen wird sich als das entscheidende Einfallstor für eine Abstimmung zwischen privatem Haftungs- und öffentlich-rechtlichem Sanktionsrecht erweisen. Bevor aber der Blick im weiteren Verlauf der Untersuchung vollends auf das Merkmal des Schadens verengt wird, sollen zur Abrundung die übrigen Stellschrauben (III.) benannt werden, mit denen anderen Problemfällen der möglicherweise zu scharfen Vorstandshaftung nachgegangen werden kann.

I. Verletzungstatbestand

Der Verletzungstatbestand erfordert eine verschuldete Pflichtverletzung durch das Vorstandsmitglied. Wer als Vorstandsmitglied⁴ nachweislich gegen gesetzliche Vorgaben verstößt und damit eine Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG auslöst, erfüllt diese Vorgaben in aller Regel. Das ist in vielen Beiträgen ausführlich und überzeugend herausgearbeitet worden.⁵ Deshalb bedarf es keiner weiteren, alle Einzelheiten beleuchtenden Darstellung. Unter Verweis auf weiterführende Literatur sei lediglich das Folgende in Erinnerung gerufen.

1. Pflichtverletzung

Eine Pflichtverletzung liegt nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG⁶ jedenfalls nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.⁷ Auf die hier interessierenden Gesetzesverstöße ist diese sog. „Business Judgment Rule“ nach dem erklärten

4 Eingehend zum Adressatenkreis etwa *Fleischer*, in: *Fleischer*, § 11 Rn. 12 ff.; *Hölters*, in: *Hölters*,³ § 93 Rn. 227 ff.; *Hopt/Roth*, in: *Großkomm-AktG*,⁵ § 93 Rn. 344 ff.; *J. Koch*, in: *Hüffer/Koch*,⁴ § 93 Rn. 37 ff.; *Hoffmann-Becking*, in: *MünchHdb-GesR*, IV (AG),⁵ § 26 Rn. 7 ff.

5 Insoweit sei etwa auf *Hauff*, S. 69 ff. verwiesen.

6 Eingefügt durch Art. 1 Nr. 1a lit. a) des Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts v. 22. 9. 2005 (UMAG), BGBl. I⁶⁰ S. 2802 (2802).

7 Zu Voraussetzungen u. Rechtsfolge der Business Judgment Rule etwa *Bachmann*, in: *FS Stilz* (2014), S. 25 (26 ff.) m. w. N.

Willen des Gesetzgebers⁸ und der diesem folgenden allgemeinen Ansicht⁹ nicht anwendbar, weil es sich schon nicht um eine unternehmerische, sondern um eine rechtlich gebundene Entscheidung handelt.

Sind die Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG nicht erfüllt, so ist das Vorliegen einer Pflichtverletzung nach allgemeinen Grundsätzen festzustellen.¹⁰ Vorstandsmitglieder haben gem. § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Das umfasst die sog. Legalitätspflicht, nach der die Vorstandsmitglieder auch im Innenverhältnis verpflichtet sind, die Einhaltung aller gesetzlichen Ge- und Verbotsnormen sicherzustellen, die die Gesellschaft als solche treffen.¹¹ Ein Gesetzesverstoß im Außenverhältnis begründet deshalb regelmäßig auch eine Pflichtverletzung im Innenverhältnis.¹² Ein anderes mag sich in Fällen unsicherer Rechtslage ergeben können, die im Rahmen dieser Untersuchung jedoch ausgeklammert bleiben sollen.¹³ Auch jenseits dieser Fälle verbleibt ausreichend Anschauungsmaterial, um der Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit des Bußgeldregresses nachzugehen. Der Gesetzesverstoß ist schließlich auch dann als Pflichtverletzung einzuord-

8 Begr. zum RegE-UMAG, BT-Drs. 15/5092, S. 11 (li. Sp.).

9 Bayer, in: FS K. Schmidt (2009), S. 85 (91 f.); Bicker, AG 2012;¹⁵ S. 542 (543); Blau-rock, in: FS Bornkamm (2014), S. 107 (111); Mertens/Cahn, in: KölnKomm-AktG³ § 93 Rn. 21; Karbaum, AG 2013;²³ S. 863 (866); Kaulich, S. 170 f.; Kersting, ZIP 2016;²⁷ S. 1266 (1266); J. Koch, in: GS Winter (2011), S. 327 (330); Konrads, S. 162 f.; Kröger, S. 48; Spindler, in: MünchKomm-AktG⁵ § 93 Rn. 86; Wilsing, in: Krieger/Schneider,³ § 31 Rn. 24; M. Zimmermann, WM 2008,¹⁰ S. 433 (435).

10 J. Koch, in: Hüffer/Koch,¹⁴ § 93 Rn. 12; Schäfer, ZIP 2005;²⁹ S. 1253 (1255). Für nicht-unternehmerische Entscheidungen auch Scholz, S. 75.

11 BGH, Urt. v. 10. 7. 2012 – VIZR 341/10 – NJW 2012;⁴⁷ S. 3439 ff. (Rn. 22) u. LAG Düsseldorf, Urt. v. 20. 1. 2015 – 16 Sa 459/14 („Schiennenkartell I“) – ZIP 2015;¹⁷ S. 829 ff. (829) jew. m. w. N. aus der Rspr. Siehe aus der Lit. etwa Bayer, in: FS K. Schmidt (2009), S. 85 (88); Fleischer, in: BeckOGK-AktG, § 93 Rn. 28; Glöckner/Müller-Tautphaeus, AG 2001;⁷ S. 344 (344 f.); Jungermann/Renz, CB 2015;⁴ S. 132 (132); Lotze, NZKart 2014;⁵ S. 162 (163); Wilsing, in: Krieger/Schneider,³ § 31 Rn. 19; M. Zimmermann, WM 2008,¹⁰ S. 433 (435).

12 Brommer, Vorstandshaftung, S. 26; Fleischer, BB 2008;²¹ S. 1070 (1070); Hack, S. 41; J. Koch, in: GS Winter (2011), S. 327 (330); Thole, ZHR 173⁴ (2009), S. 504 (509); für den GmbH-Geschäftsführer Bayer, GmbHR 2014;¹⁷ S. 897 (900) m. w. N. zum GmbH-Recht. Nach Bayer/Scholz, GmbHR 2015;⁹ S. 449 (449) ist die Qualifikation des Kartellverstoßes als Pflichtverletzung gar unbestritten.

13 Monographisch zu der Frage, ob das Vorstandsmitglied im Falle unsicherer Rechtslage ausnahmsweise nicht pflichtwidrig handelt Harnos, passim u. Kaulich, passim. Siehe auch die zahlr. Nachw. bei Brommer, Vorstandshaftung, S. 28 (Fn. 32).

nen, wenn er subjektiv ex ante zum Vorteil der Gesellschaft erfolgte.¹⁴ Für die Anerkennung sog. „nützlicher Pflichtverletzungen“¹⁵ ist im deutschen Recht kein Raum.¹⁶

2. Verschulden

Weiter setzt § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG ein Verschulden voraus.¹⁷ Auch insofern sollen die Fälle unklarer Rechtslage ausgeklammert bleiben. Deshalb kann dahinstehen, ob bei einer objektiven Pflichtverletzung auch die Schuldhaftigkeit vermutet wird¹⁸ oder ob ein unvermeidbarer Rechtsirrtum das Verschulden auszuschließen vermag.¹⁹ Verursacht ein Vorstandsmitglied jenseits der Fälle unklarer Rechtslage eine Verbandsgeldbuße, ist dies nur durch einen vorsätzlichen oder fahrlässigen Gesetzesverstoß denkbar. Insofern wird regelmäßig auch im Rahmen des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG ein Verschulden zu bejahen sein.

3. Zwischenergebnis

Der Verletzungstatbestand ist – sofern man die problematischen Randfälle ausklammert – in der Tat ohne größere Deutungsspielräume erfüllt. Ein wertungsoffener Rechtsbegriff, mit dem sich der Bußgeldregress in allen Fällen reduzieren oder ausschließen ließe, ist nicht ersichtlich. Für die weitere Untersuchung spielen die Voraussetzungen des Verletzungstatbestands jedenfalls keine Rolle.

14 So die schöne Umschreibung der „nützlichen Pflichtverletzung“ bei OLG Karlsruhe, UrT. v. 31. 7. 2013 – 7 U 184/12 – NZG 2013³⁰ S. 1177 ff. (Rn. 23).

15 Monographisch zu den nützlichen Pflichtverletzungen *Harzenetter*, passim.

16 *Bayer*, in: FS K. Schmidt (2009), S. 85 (90 f.); *Blaurock*, in: FS Bornkamm (2014), S. 107 (111); *Hölters*, in: *Hölters*³ § 93 Rn. 75; *Kaulich*, S. 188; *Kersting*, ZIP 2016²⁷ S. 1266 (1266); zum GmbH-Geschäftsführer LAG Düsseldorf, UrT. v. 20. 1. 2015 – 16 Sa 459/14 („*Schienenkartell I*“) – ZIP 2015¹⁷ S. 829 ff. (829).

17 *Fleischer*, in: BeckOGK-AktG, § 93 Rn. 240; *Hölters*, in: *Hölters*³ § 93 Rn. 248; *J. Koch*, in: Hüffer/Koch¹⁴ § 93 Rn. 43.

18 Siehe dafür etwa *Hölters*, in: *Hölters*³ § 93 Rn. 248; *Kaulich*, S. 89 ff.; *Spindler*, in: MünchKomm-AktG⁵ § 93 Rn. 200.

19 Dafür mit beachtlichen Argumenten *Harnos*, S. 253 ff. Zust. *J. Koch*, in: Hüffer/Koch¹⁴ § 93 Rn. 43.

II. Schaden

Allein mit Verwirklichung des Verletzungstatbestands steht die Ersatzpflicht des Vorstandsmitglieds nach dem oben Gesagten²⁰ indes noch nicht fest. Die Verpflichtung zum Schadenersatz setzt vielmehr noch auf Seiten des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG das Vorliegen eines Schadens voraus, der kraft Zurechnungszusammenhangs mit der Verwirklichung des Verletzungstatbestands verknüpft werden kann.

Eine Auseinandersetzung mit dem Merkmal des Schadens, wie es hier verstanden wird, hat in der Diskussion um den Bußgeldregress bislang nicht stattgefunden. Allerdings lassen sich die hier untersuchten Thesen auch bei Zugrundelegung des derzeit üblichen Schadensverständnisses nicht halten. Vielfach wurde in der kapitalgesellschaftsrechtlichen Diskussion (1.) ein überformales und quasi-mathematisches Schadensverständnis verwandt, das sich (2.) schon mit dem Stand der Dogmatik im allgemeinen Schuldrecht nur teilweise in Einklang bringen lässt. Hinzu kommt, dass (3.) auch dieses Schadensverständnis überwiegend auf der unzutreffenden Zuordnung des Merkmals zu den §§ 249 ff. BGB beruht. Nimmt man all dies zusammen, so tritt die Vieldeutigkeit – und damit die Wertungsoffenheit – des Schadens offen zu Tage.

1. Der Schaden im Kapitalgesellschaftsrecht

Die Ursachen für die geradezu stiefmütterliche Behandlung des Schadens liegen auf der Hand. Der Haftungstatbestand des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG ist auf dessen Verletzungstatbestand beschränkt worden. Schaden, Schadenszurechnung sowie Art und Umfang der Ersatzleistung wurden nicht als voneinander zu unterscheidende und unterschiedlichen Vorschriften unterfallende Einzelfragen wahrgenommen. Vielmehr sind die verschiedenen Teilaspekte der Gesamtsregelung miteinander vermengt und zur Haftungsausfüllung zusammengefasst worden, die traditionell den §§ 249 ff. BGB zugeordnet ist. Damit wurden auch Schaden und Schadenszurechnung als Fragen der §§ 249 ff. BGB verkannt²¹ und überwiegend an das allgemeine Zivilrecht delegiert.

Wo sich die Beiträge im Schrifttum mit dem Merkmal des Schadens explizit auseinandergesetzt haben,²² wurde der Schaden durch Anwendung

20 Dazu oben A. II. 3. (S. 103).

21 Eingehend dazu, weshalb dies nicht überzeugt, oben A. II. 4. (S. 106).

der Differenzhypothese des § 249 Abs. 1 BGB ermittelt, sprich: dem dort normierten Zustandsvergleich unterworfen. Die tatsächliche Vermögenslage der Gesellschaft ist mit der hypothetischen Vermögenssituation verglichen worden, die ohne die Pflichtverletzung des Vorstandsmitglieds bestünde.²³ Ein Schaden wurde danach in jeder nicht kompensierten Minderung des Gesellschaftsvermögens²⁴ bzw. jedem unfreiwilligen Vermögensopfer der Gesellschaft²⁵ gesehen.

Bei einem solchen Verständnis des Schadens stellt sich die Geldbuße ganz zwanglos als Schaden dar.²⁶ Selbstverständlich führt sie zu einer nicht kompensierten Minderung des Gesellschaftsvermögens, zu der es bei pflichtgemäßem Verhalten des Vorstandsmitglieds nicht gekommen wäre. Dieses Vermögensopfer wird durch Hoheitsakt erzwungen und ist deshalb ein unfreiwilliges. Erschöpfte sich die Schadensfeststellung in einem einfachen, von § 249 Abs. 1 BGB vorgegebenen Zustandsvergleich, so stünde auch das Merkmal des Schadens für wertende Korrekturen nicht zur Verfügung. Für Beschränkungen des Bußgeldregresses hätte es keine Bedeutung.

2. Der Schaden im allgemeinen Schuldrecht

Im Ausgangspunkt stimmt dieses Schadensverständnis durchaus mit jenem überein, das derzeit im allgemeinen Schuldrecht²⁷ favorisiert wird. Dort hat

22 Vielfach hat eine solche Auseinandersetzung nicht statt gefunden. Siehe nur *Kersting*, ZIP 2016;²⁷ S. 1266 (1266), der das Merkmal bei seiner kursorischen Anspruchsprüfung unterschlägt. *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 26 weist lediglich darauf hin, dass „die überwiegende Ansicht [...] das der Gesellschaft [...] auferlegte Bußgeld als einen Vermögensschaden“ ansehe. *Dreher*, in: FS Konzen (2006), S. 86 (103 f.) nimmt schlicht an, eine „kausale Vermögensminderung“ sei gegeben, u. wendet sich sogleich dem Schutzzweck der Norm zu. Siehe auch *J. Koch*, in: GS Winter (2011), S. 327 (331): „Können [...] Pflichtverletzung und bußgeldbedingter Schaden festgestellt werden, so wird [...]“. Wie hier krit. auch *Thomas*, NZG 2015;³⁶ S. 1409 (1410).

23 *Bayer*, in: FS K. Schmidt (2009), S. 85 (93 f.); *Blaurock*, in: FS Bornkamm (2014), S. 107 (113); *Fleischer*, DB 2014;⁷ S. 345 (348); *Hack*, S. 73; *Kaulich*, S. 272; *Konrads*, S. 46.

24 So etwa *Hopt/Roth*, in: GroßKomm-AktG;⁵ § 93 Rn. 406 u. *Wilsing*, in: Krieger/Schneider;³ § 31 Rn. 29.

25 *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015;⁹ S. 449 (450); *Konrads*, S. 38 u. 122; *Kröger*, S. 216; *Scholz*, S. 40.

26 Zu den Gründen, weshalb ein ähnliches u. naheliegendes Vorverständnis von der Geldbuße als Schaden nicht selbstverständlich ist, sogleich zu 4. (S. 123).

man den Schaden – bei zahllosen terminologischen und konzeptionellen Differenzen im Detail²⁸ – im Kern als Einbuße an einer rechtlich geschützten Position umschrieben.²⁹ Eine Einbuße kann nur durch den Vergleich zweier Zustände ermittelt werden. Da § 249 Abs. 1 BGB zur Bestimmung des Umfangs der Ersatzleistung den Vergleich zweier Zustände anordne, liege es nahe, die Differenz zwischen den dort bezeichneten Zuständen als Schaden anzusehen.³⁰

Die – keineswegs unumstrittene³¹ – Differenzhypothese des § 249 Abs. 1 BGB³² ist für die Schadensermittlung jedoch nur der Ausgangspunkt.³³ In beinahe jeder schuldrechtlichen Kommentierung³⁴ findet sich der Hinweis,

27 Die folgenden Ausführungen beschränken sich – angesichts des Bibliotheken-füllenden Schrifttums – weitgehend auf die Auswertung der einschlägigen Kommentierungen. Anderenfalls drohte man mit *Stüdemann*, VersR 1990²⁸ S. 1048 (1058) in „ein schwarzes Loch“ zu fallen, weil es „so viele Schadensbegriffe wie darüber nachdenkende Köpfe“ gibt.

28 Eingehend zum Schadensbegriff *H. Lange*, in: *Lange/Schiemann*³ § 1 (S. 26 ff.).

29 So die Zusammenfassung bei *Ebert*, in: *Erman*¹⁶ Vor § 249 Rn. 14 u. *Magnus*, in: *NomosKomm-BGB*³ Vor §§ 249–255 Rn. 17 jew. m. w. N. *Oetker*, in: *MünchKomm-BGB*⁸ § 249 Rn. 16 f. spricht von der „Beeinträchtigung eines Interesses“ u. weist zugleich darauf hin (Rn. 17), dass mit einer solchen Definition „wenig ausgesagt“ sei.

30 So *Oetker*, in: *MünchKomm-BGB*⁸ § 249 Rn. 18 f. Ähnlich *Magnus*, in: *NomosKomm-BGB*³ Vor §§ 249–255 Rn. 20; *Schulze*, in: *Schulze*¹⁰ Vor §§ 249–253 Rn. 6. Für *Ebert*, in: *Erman*¹⁶ Vor § 249 Rn. 24 ergibt sich die Antwort auf die Frage, was ein Schaden sei, immerhin „nur mittelbar“ aus § 249 Abs. 1 BGB.

31 Besonders krit. etwa *Honsell*, JuS 1973² S. 69 ff. u. *Keuk*, S. 15 ff., die jew. „die *Mommens*’sche Großtat“ auf einen Übersetzungsfehler zurückführen. Siehe auch die prägnante Zusammenstellung der Kritik an der Differenzhypothese bei *Oetker*, in: *MünchKomm-BGB*⁸ § 249 Rn. 21 u. *Schiemann*, in: *Staudinger* (2017), § 249 Rn. 4 ff. jew. m. w. N.

32 Schon die Frage, ob der Gesetzgeber in § 249 Abs. 1 BGB *Mommens*’s Lehre vom Interesse übernommen hat, ist umstritten. Für eine Übernahme „im Wesentlichen“ *Medicus*, in: *FS Nobbe* (2009), S. 995 (996); *Teichmann*, in: *Jauernig*¹⁸ Vor §§ 249–253 Rn. 5 u. *Schulze*, in: *Schulze*¹⁰ Vor §§ 249–253 Rn. 6. Ausdr. dagegen etwa *Ekkenga/Kuntz*, in: *Soergel*¹³ Vor § 249 Rn. 44; *J. Flume*, in: *BeckOK-BGB*⁵⁶ § 249 Rn. 39; *Honsell*, JuS 1973² S. 69 (70) u. *Keuk*, S. 19 f.

33 *Ekkenga/Kuntz*, in: *Soergel*¹³ Vor § 249 Rn. 44; *Grüneberg*, in: *Palandt*⁷⁸ Vorb v § 249 Rn. 10; *Magnus*, in: *NomosKomm-BGB*³ Vor §§ 249–255 Rn. 20 u. 29; *Oetker*, in: *MünchKomm-BGB*⁸ § 249 Rn. 22; *Rüßmann*, in: *jurisPK-BGB*⁹ § 249 Rn. 4; *Schiemann*, in: *Staudinger* (2017), § 249 Rn. 6; *Schulze*, in: *Schulze*¹⁰ Vor §§ 249–253 Rn. 7; *Teichmann*, in: *Jauernig*¹⁸ Vor §§ 249–253 Rn. 5.

34 Siehe nur *Alff*, in: *RGRK-BGB*¹² Vor § 249 Rn. 2; *Ekkenga/Kuntz*, in: *Soergel*¹³ Vor § 249 Rn. 44; *Grüneberg*, in: *Palandt*⁷⁸ Vorb v § 249 Rn. 10; *Magnus*, in: *Nomos-*

die Differenzhypothese bedürfe in vielen Fällen zwingender Ausnahmen und wertender Korrekturen.³⁵ Als „wertneutrale Rechenoperation“ – so der Große Senat des BGH³⁶ – enthebe sie nicht davon, die „in die Differenzbilanz einzusetzenden Rechnungsposten wertend zu bestimmen.“³⁷ Sie liefere keinen „Universalschlüssel“,³⁸ mit dem sich „das Schadensrecht in ein problemloses und wertungsfreies Rechenexempel“³⁹ überführen ließe.

Wird die Diskussion im Kapitalgesellschaftsrecht an diesem unausgesprochen zugrunde gelegten Schadensverständnis gemessen, fällt zweierlei auf: Zum einen ist ein nicht unerhebliches Begründungsdefizit aufgedeckt. Die bisherigen Beiträge zum Bußgeldregress sind beim Ausgangspunkt, bei der „wertneutrale[n] Rechenoperation“⁴⁰ stehen geblieben. Die Wertungsgrundlagen, die für und gegen die Qualifikation der Geldbuße als einen „in die Differenzbilanz einzusetzende[n] Rechnungsposten“⁴¹ sprechen, sind nicht untersucht, geschweige denn aufgedeckt worden. Allein die – nachgelagerte – Diskussion um wertende Einschränkungen der Schadenszurechnung über den Schutzzweck der Norm oder um die Anwendbarkeit der Grundsätze der Vorteilsanrechnung vermag dieses Defizit nicht zu überspielen.

Jedenfalls aber lässt sich die These, wonach dem Wortlaut des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG ein wertungsoffener Begriff fehle, schon nicht mehr halten. Das Merkmal des Schadens ist – schon nach dem an §§ 249 ff. BGB angelehnten Verständnis – „ein in vieler Hinsicht der Konkretisierung bedürftiger Rahmenbegriff“,⁴² der „der Ausgestaltung im Einz[elnen] durch Rechtslehre und

Komm-BGB³, Vor §§ 249–255 Rn. 17, 20 u. 29; *Oetker*, in: MünchKomm-BGB⁸, § 249 Rn. 22; *Schulze*, in: Schulze,¹⁰ Vor §§ 249–253 Rn. 7; *Teichmann*, in: Jauernig¹⁸, Vor §§ 249–253 Rn. 5.

35 Angesichts der Vielzahl an Ausnahmen fragt *Medicus*, in: FS Nobbe (2009), S. 995: „Was ist von der Differenzhypothese noch übrig?“ – „Fast nichts!“, scheint die Zusammenfassung des Beitrags (S. 1007 f.) zu antworten.

36 Beschl. v. 9. 7. 1986 – GSZ 1/86 – BGHZ **98**, 212 ff. (217).

37 Zust. *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel,¹³ Vor § 249 Rn. 42; *Jansen*, in: HistKritKomm-BGB, §§ 249–253, 255 Rn. 108; *Kröger*, S. 93; *Magnus*, in: NomosKomm-BGB³, Vor §§ 249–255 Rn. 20 u. 21; *Rüßmann*, in: jurisPK-BGB⁹, § 249 Rn. 25. Weitere Nachw. aus Rspr. u. Lit. bei *Oetker*, in: MünchKomm-BGB⁸, § 249 Rn. 21 (Fn. 81).

38 *Schiemann*, in: Staudinger (2017), § 249 Rn. 7; *Oetker*, in: MünchKomm-BGB⁸, § 249 Rn. 22.

39 *Rüßmann*, in: jurisPK-BGB⁹, § 249 Rn. 6 u. 25.

40 So die Formulierung des BGH (GrS), Beschl. v. 9. 7. 1986 – GSZ 1/86 – BGHZ **98**, 212 ff. (217).

41 BGH (GrS), Beschl. v. 9. 7. 1986 – GSZ 1/86 – BGHZ **98**, 212 ff. (217).

42 *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel,¹³ Vor § 249 Rn. 73. „Rahmenbegriff“ ist im Original durch Fettung hervorgehoben.

Praxis ebenso fähig wie bedürftig“ ist.⁴³ Schon deshalb kann keineswegs davon die Rede sein, der Haftungsstatbestand des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG führe *ohne Deutungsspielräume* zu einer der Höhe nach unbeschränkten Haftung.⁴⁴ Mit dem Merkmal des Schadens enthält die Vorschrift vielmehr einen nach vielen Seiten hin wertungsoffenen Begriff,⁴⁵ der nicht unerhebliche Deutungsspielräume eröffnet.

3. Der Schaden als Voraussetzung der Ersatzpflicht

Noch größer werden diese Deutungsspielräume, wenn bei der „wortlautgetreuen Anwendung des Gesetzes“ die Voraussetzungs-Qualität des Schadens beachtet wird. Oben⁴⁶ ist entwickelt worden, dass der Schaden als Voraussetzung der Ersatzpflicht § 249 Abs. 1 BGB weder unterfällt, noch unterfallen kann. Eine der gesetzlichen Systematik verpflichtete Rechtsanwendung muss die Antwort auf die Frage, was ein Schaden ist, ohne Rückgriff auf § 249 Abs. 1 BGB, dessen Differenzhypothese und den Vergleich der dort bezeichneten Zustände finden. Wird das Merkmal des Schadens dergestalt von den engen Fesseln⁴⁷ der §§ 249 ff. BGB befreit, so enthält es kaum etwas anderes als Deutungsspielräume.

4. Geldbuße als „typischer Schaden“?

Der Gang der weiteren Darstellung macht es an dieser Stelle erforderlich, einem möglichen und naheliegenden Vorverständnis entgegenzutreten. Im Folgenden wird es unternommen, aus den bei dem Merkmal des Schadens erkannten Deutungsspielräumen eine äußer(st)e Grenze des Schadensbegriffs festzulegen. An dieser Grenze gemessen wird sich die Geldbuße als ein Nachteil erweisen, der außerhalb dessen liegt, was der Rechtsanwender als Schaden im Sinne einer beliebigen Ersatzpflichtanordnung anerkennen darf.

43 Ebert, in: Erman,¹⁶ Vor § 249 Rn. 14.

44 So aber sinngemäß Brommer, Vorstandshaftung, S. 29, 43 f. u. 232; J. Koch, in: GS Winter (2011), S. 327 (330, 334 u. 335) u. in: AG 2012,¹² S. 429 (432); Scholz, S. 106.

45 Entgegen Konrads, S. 35.

46 Siehe oben A. II. (S. 100) sowie insb. A. II. 3. (S. 104).

47 Gemeint ist die These, dass *jede* nachteilige Zustandsveränderung ein ausgleichspflichtiger Schaden u. *jede* Ausnahme hiervon begründungsbedürftig sei.

Ein solches Vorgehen muss freilich jeden verwundern, der in der Geldbuße nachgerade den Archetypus eines zivilrechtlichen Schadens erkennen will. Wer – ganz unabhängig von einer dogmatischen Anknüpfung an die §§ 249 ff. BGB – *jede* zwangsweise auferlegte, nachteilige Zustandsveränderung als Schaden qualifiziert, muss dies auch für die Geldbuße tun. Zweifellos führt sie zu einer im Wege staatlichen Zwangs hervorgerufenen Minderung des Verbandsvermögens. Aus dieser Perspektive möchte man beinahe fragen, was denn ein Schaden sein soll, wenn nicht die Geldbuße. Ist aber die Geldbuße danach – in den Worten *Hecks*⁴⁸ – dem Kern des Schadensbegriffs zuzuordnen, so spielen Umfang und Herkunft etwaiger Deutungsspielräume und der – hier im Folgenden untersuchte – Grenzverlauf an den äußeren Rändern des Begriffshofes selbstverständlich keine Rolle.

Dieses (Vor-)Verständnis von der Geldbuße als einem „typischen Schaden“ greift jedoch zu kurz. Das wird deutlich, wenn man die einzelnen Phänomene des zivilrechtlichen Schadensausgleichs und der staatlichen Ahndung in ihrer zeitlichen Abfolge vergleicht. Die bloße Beschreibung der Wesensmerkmale dieser Phänomene führt dann einige Kriterien zutage, in denen Schaden und Geldbuße sich ganz erheblich unterscheiden.

Bei einem typischen Schadensereignis – etwa einem Sach- und Körperschaden nach einem Verkehrsunfall – führt ein menschliches (Fehl-)Verhalten zu der tatsächlichen, natürlich sich entwickelnden Verschlechterung eines Rechtsgutes. Die Verschlechterung erfolgt – jedenfalls aus staatlicher Perspektive⁴⁹ – ohne jede Steuerungswirkung und stellt sich als unerwünschtes, zweck- und sinnfreies Ereignis dar. Auf dieses *Schadens*-Ereignis reagiert die Rechtsordnung – beim Vorliegen aller Voraussetzungen einer Ersatzpflichtanordnung – mit der Verpflichtung zum Schadenersatz. Der Schädiger wird – im Bedarfsfall staatlich erzwingbar – dazu verpflichtet, die eingetretene Verschlechterung zu kompensieren. Dazu wird ihm regelmäßig⁵⁰ eine Vermögenslast auferlegt, die bis dahin nicht bestand und die allein⁵¹ zum staatlich gewollten Zweck des Ausgleichs zur Entstehung gebracht wird.

48 Für die Unterscheidung von *Begriffskern* u. *Begriffshof* siehe *Heck*, AcP 112¹ (1914), S. 1 (46 u. 173).

49 Dass der vorsätzlich oder absichtlich handelnde Schädiger die Nachteilszufügung anstreben u. mit ihr eigene Zwecke verfolgen kann, steht dem nicht entgegen.

50 Das in der gesetzlichen Konzeption vorgesehene Regel-Ausnahme-Verhältnis von Naturalrestitution u. Geldersatz hat sich in der Praxis umgekehrt.

51 Über das genaue Verhältnis von Kompensation u. Prävention lässt sich bekanntlich trefflich streiten. Zur hier entwickelten These der Prävention *durch* Kompensation noch § 14 B. II. (S. 573).

Bei der staatlichen Ahndung zeigen sich zahlreiche Parallelen, bezogen auf die hier entscheidende Frage aber auch ganz wesentliche Unterschiede: Auch hier führt ein menschliches Fehlverhalten zur Verletzung eines durch einen Ordnungswidrigkeitentatbestand geschützten Rechtsgutes. Diese Verletzung ist der tatbestandliche Erfolg. Auch er ist eine aus staatlicher Perspektive ungewollte, zweck- und sinnfreie Verschlechterung des Rechtsgutes, die sich natürlich und staatlich unkontrolliert entwickelt. Für einen oder mehrere zivilrechtlich Berechtigte⁵² oder gar für die Allgemeinheit an sich stellt sich die Rechtsgutsverletzung als ein Schaden dar.⁵³ Diesen Taterfolg(*s-Schaden*) nimmt der Staat zum Anlass, dem Täter – oder sonst einem möglichen Adressaten – eine der Tat angemessene Vermögens-Einbuße in Gestalt der Geldbuße aufzuerlegen. Dabei handelt es sich um eine Vermögenslast, die bis dahin nicht bestand und die unter Anwendung gesetzlicher Zumessungskriterien bewusst und zur Verfolgung kriminalpolitischer Zwecke⁵⁴ ins Leben gerufen wird.



Abbildung 4.5: Im Vergleich von zivilrechtlichem Schadensausgleich und staatlicher Ahndung stellt sich der Taterfolg als Pendant zum Schaden und die Ersatzpflicht als Pendant zur Geldbuße dar. Letztere unterscheidet sich in ihren Wesensmerkmalen erheblich von einem „typischen“ Schaden.

52 Diese können entsprechend – neben der staatlichen Ahndung – zivilrechtlichen Schadenersatz verlangen.

53 Zur ursprünglichen Konzeption gerade der Verbandsgeldbuße als eines „öffentlich-rechtlichen Gewinnabschöpfungs- u. Schadenersatzanspruchs“ noch ausf. § 9 B. III. 3. (S. 303).

54 Worin diese Zwecke bei der Verbandsgeldbuße bestehen, ist Gegenstand des dritten Teils dieser Untersuchung, siehe §§ 7–11.

Mit anderen Worten: Der typische Schaden ist – wie der Taterfolg – eine natürlich sich entwickelnde, ungewollte, sinn- und zweckfreie Verschlechterung eines rechtlich geschützten Gutes. Die Geldbuße ist – parallel viel eher zur Ersatzpflicht – eine erfundene, staatlich gewollte, zur Verfolgung kriminalpolitischer Zwecke anhand gesetzlich vorgegebener Kriterien vorausbemessen ins Leben gerufene Vermögenslast, die als Reaktion auf einen zuvor eingetretenen (Taterfolgs-)Schaden festgesetzt wird. Wegen dieser geradezu handgreiflichen Unterschiede erscheint es wenig überzeugend – jedenfalls nicht mehr zwingend – die Geldbuße ohne Weiteres zu den typischen Schadenspositionen zu zählen.

Aus dem Vorstehenden allein folgt selbstverständlich nicht, dass der durch die Geldbuße verursachte Vermögensnachteil kein Schaden i. S. d. Ersatzpflichtordnung sein kann. Das herauszufinden, ist Gegenstand und Ziel der verbleibenden Untersuchung. Vielmehr gelingt es durch diese Erkenntnis, ein möglicherweise unausgesprochenes Vorverständnis zu hinterfragen und den Blickwinkel zu verschieben, aus dem der Leser der weiteren Untersuchung folgt: Bei der Frage nach der Schadens-Qualität der Geldbuße geht es nicht darum, eine eindeutige Schadensposition aus dem *Kernland* des Schadensbegriffs auszuklammern. Die letztlich aus den § 249 ff. BGB und der dortigen Differenzhypothese abgeleiteten Kategorien von natürlichem und normativem Schaden führen nicht zum Ziel. Vielmehr stellt sich die – methodisch völlig anders gelagerte – Frage, ob ein zwangsweise auferlegter Nachteil, der deshalb Schaden sein könnte, tatsächlich noch dem *Hof* des Schadensbegriffs zuzuordnen und deshalb Schaden ist. Dazu ist jedoch die Frage zu stellen, wo genau die Grenze des Begriffshofes verläuft, und der Geldbußen-Nachteil dieser oder jener Seite der Grenze zuzuordnen.

5. Zwischenergebnis

Das oben⁵⁵ ausgegebene Ziel dieses Kapitels ist damit bereits erreicht, die Ausgangsthesen der Regressbefürworter sind widerlegt: Weder führt die „wortlautgetreue“ oder „buchstabengemäße Anwendung des Gesetzes“ zwingend und ohne größere Deutungsspielräume zu einer unbeschränkten Haftung für Geldbußen, noch fehlt dem gesetzlichen Entscheidungsmaßstab ein wertungsoffener Begriff. Schon das Merkmal des Schadens stellt einen nach vielen Seiten hin der Ausfüllung bedürftigen Begriff zur Verfügung. Eine an

55 Siehe § 4 (S. 97).

der gesetzlichen Systematik ausgerichtete Befassung mit diesem Merkmal hat bislang nicht stattgefunden und soll im Folgenden nachgeholt werden.

III. Exkurs: Weitere Stellschrauben

Der Schaden als Voraussetzung der Ersatzpflicht ist im Übrigen keineswegs das einzige Einfallstor für wertende Korrekturen. Zwar kann den übrigen Kandidaten im Rahmen dieser Untersuchung nicht nachgegangen werden. Gleichwohl sollen sie an dieser Stelle wenigstens kurz benannt sein.

Der Dreiklang der Ersatzpflicht setzt noch auf der Tatbestandsseite voraus, dass der Schaden auf der Erfüllung des Verletzungstatbestands beruht, dieser also zugerechnet werden kann. Wann dies der Fall ist, lässt sich dem Gesetz jedoch nicht entnehmen⁵⁶ – erst Recht nicht den §§ 249 ff. BGB.⁵⁷ Als weitere Voraussetzung der Ersatzpflicht kann auch die Schadenszurechnung – befreit von den (vermeintlich) strengen Vorgaben der Differenzhypothese – nach den teleologischen Bedürfnissen der jeweiligen Ersatzpflichtanordnung ausgeformt werden,⁵⁸ ohne dass es auf die Verrenkungen der Lehre vom Schutzzweck der Norm ankäme. Hieraus ergeben sich weitere Deutungsspielräume, um unbillige Härten im Rahmen der Organwalterhaftung abzumildern.

Soweit eine Ersatzpflicht des Organwalters bejaht wird, stehen auch auf Rechtsfolgenseite Instrumente zur Verfügung, die im Rahmen der Regressbeschränkung bereits lebhaft diskutiert werden. Insoweit ist an die Grundsätze der Vorteilsanrechnung⁵⁹ sowie eine mögliche analoge Anwendung des § 254 BGB⁶⁰ zu denken.

56 Der historische Gesetzgeber – siehe *Mugdan*, Bd. II, S. 10 – begnügte sich mit der lapidaren Feststellung, dass der Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des Verpflichteten u. dem Schaden, dessen Ersatz verlangt werde, „selbstverständliche Voraussetzung“ des Schadenersatzanspruchs sei. Das „Zutreffen dieser Voraussetzung“ sei „im gegebenen Falle nach den besonderen Umständen zu prüfen.“

57 Zu den Gründen, weshalb sich die §§ 249 ff. BGB mit Fragen der Schadenszurechnung weder befassen noch befassen können, bereits oben A. II. 4. (S. 105).

58 Im Sinne des hier noch zu entwickelnden methodisch-dogmatischen Fundaments handelte es sich auch bei der Arbeit am Merkmal der Schadenszurechnung um Rechtsfortbildung *praeter legem*. Siehe hierzu § 6.

59 Zu dem hiesigen Verständnis dieser Grundsätze siehe – in aller Kürze – § 6 D. II. 4. (S. 183).

60 Siehe dazu die Anm. 14.3 in § 14 B. II. (S. 575).

Ohne eine vertiefte Auseinandersetzung mit diesen Stellschrauben lässt sich nicht beantworten, welchen Gehorsam der Gesetzgeber vom Rechtsanwender verlangt. Ohne diese Antwort lässt sich allerdings auch nicht darüber entscheiden, ob die Beschränkung oder gar der vollständige Ausschluss der Organwalterhaftung eben diesen Gehorsam verweigert.⁶¹

C. Ergebnis und Ausblick

Die gesetzliche Ausgangslage ist keineswegs so eindeutig, wie sie im Rahmen der Regressdiskussion allgemein dargestellt wird. Diese hat sich auf die *von unsren Vorgängern gewonnene Wahrheit* gestützt, wonach der Schaden den strengen Vorgaben der §§ 249 ff. BGB zu unterwerfen ist. Das hat sich als *ein starker Zusatz von Irrtum* erwiesen.⁶² Befreit von den insoweit falschen Vorgaben der Differenzhypothese eröffnet das nach vielen Seiten hin wertungsoffene Merkmal des Schadens ganz erhebliche Deutungsspielräume, mit denen sich dem Kollisionsproblem des Bußgeldregresses nachspüren lässt. Die These, wonach die Verbandsgeldbuße zwingend ein zu regressierender Schaden sei, lässt sich jedenfalls nicht mehr halten.

Zwar kann es im Rahmen dieser Untersuchung selbstverständlich nicht gelingen, die entdeckten Deutungsspielräume zu nutzen, um allen Fragen des Schadens auf den Grund zu gehen. Einer solch prometheischen Großtat bedarf es für die viel bescheidenere Frage nach der Zulässigkeit des Bußgeldregresses auch gar nicht. Denn dazu wird es genügen, eine äußer(st)e Grenze des Schadens festzulegen und die Verbandsgeldbuße hieran zu messen.

61 Vgl. *J. Koch*, AG 2012,¹² S. 429 (436).

62 Vgl. abermals das Eingangszitat *v. Savigny*, System I, S. XI.