

§ 13 Verteidigung gegen Einwände

Der Bundesgerichtshof ist dieser Meinung. Gut, aber ist das allein eine genügende Begründung? [Heiterkeit] Wir diskutieren hier wissenschaftlich und lassen daher keine Autoritäten gelten, weder den Gesetzgeber noch den Bundesgerichtshof; die Autorität für die wissenschaftliche Erörterung ist allein die Überzeugungskraft der Argumente.

Larenz, in: Verh. d. 43. DJT (1962), C 52

Zum Abschluss der Untersuchung bleibt eine Aufgabe: Der hier entwickelte Standpunkt ist noch gegen jene – noch wesentlichen¹ – Einwände zu verteidigen, auf die bislang nicht eingegangen werden konnte. Dabei wird es vor allem darum gehen, (A.) die entgegenstehende und ständige Rechtsprechung zu entkräften, die – schon seit Zeiten des Reichsgerichtes – eine zwangsweise Sanktionsabwälzung im Wege des Schadenersatzes für möglich und zulässig hält. Von den übrigen Einwänden sollen daran anschließend (B.) jene gebündelt behandelt werden, auf die trotz des erheblich anderen Problemzugriffes sinnvoll erwidert werden kann und muss.

Dabei ist eine weitere Besonderheit zu beachten: Soweit bisher um die Abwälzbarkeit von Geldsanktionen gestritten worden ist, tat man dies im Ausgangspunkt stets entweder im Hinblick auf die Verbandssanktion oder im Hinblick auf die Individualsanktion. Diese – wie das vorangegangene Kapitel gezeigt hat – sachbedingt sehr unterschiedlichen Argumente sind dann jedoch jeweils übertragen worden, ohne darauf zu achten, ob sie sich wegen der großen Unterschiede zwischen diesen Sanktionsinstrumenten überhaupt übertragen lassen. Das folgende Kapitel will den Spagat schaffen, den Weg der jeweiligen Argumentation mitzugehen und gleichwohl verbleibende Begründungsdefizite aufzudecken.

1 Allen übrigen Einwänden, die im Wesentlichen auf dem aus §§ 249 ff. BGB abgeleiteten Schadensverständnis beruhen, ist bereits der Boden entzogen.

A. Rechtsprechung zur Beraterhaftung

Allem voran ist der hier eingenommene Standpunkt gegen den Einwand zu verteidigen, dass er sich gegen eine seit eh und je gefestigte ständige Rechtsprechung wendet.² Eine solche ständige Rechtsprechung lässt sich in der Tat nicht leugnen. Zahllos sind die Entscheidungen, die eine Abwälzbarkeit von Geldsanktionen für anerkannt halten.

Diese Rechtsprechung zwingt jedoch nur dann zur Aufgabe der hier vertretenen Auffassung, wenn sie ihrerseits zu überzeugen vermag. Das ist indes – auch jenseits der Frage der Schadensqualität – nicht der Fall. Der dazu erforderliche Gegenbeweis soll im Folgenden schrittweise erbracht werden: Zunächst sind die Ursprünge dieser Rechtsprechungslinie (I.) nachzuzeichnen und kritisch zu würdigen. Die intensive Analyse wird zeigen, dass diese Ursprünge einer Überprüfung nicht standhalten und ein nur sehr wackeliges und wenig überzeugendes Fundament geschaffen haben. Der hierauf aufbauenden, jüngeren Rechtsprechung (II.) ist es in der Folge auch nicht gelungen, die geerbten Begründungsdefizite zu beseitigen.

I. Ursprünge der ständigen Rechtsprechung

Blickt man in jüngere Urteile zur Frage des Sanktionsregresses, so findet sich oft nur die lapidare Feststellung, es sei „in der höchstrichterlichen Rechtsprechung für die Beraterhaftung anerkannt, dass ein Anspruch des Mandanten auf Erstattung einer gegen ihn festgesetzten Geldbuße oder Geldstrafe in Betracht kommen“ könne.³ Die Ursprünge dieser heute nicht hinterfragten ständigen Rechtsprechung lassen sich zurückverfolgen auf ein Urteil des BGH⁴ aus dem Jahr 1957. Dieses knüpft seinerseits an Entscheidungen des Reichsgerichts⁵ und des Reichsarbeitsgerichts⁶ jeweils aus dem Jahre 1942

2 So sinngemäß etwa *Fleischer*, DB 2014,⁷ S. 345 (347); *Kaulich*, S. 289 f.; *R. Koch*, VersR 2015,¹⁶ S. 655 (656); *Suhy*, NZG 2015,¹⁵ S. 591 (592 f.).

3 So etwa ausdr. BGH, Urt. v. 15. 4. 2010 – IX ZR 189/09 – DStRE 2010,¹⁹ S. 1219 ff. (Rn. 7) m. w. N. zur Rspr. Wortgleich LG Saarbrücken, Urt. v. 23. 1. 2012 – 9 O 251/10 – BeckRS 2013, 3306, zu I 1. d) aa) der Gründe. Ähnlich auch OLG Nürnberg, Urt. v. 24. 2. 2017 – 5 U 1687/16 – DStRE 2017,²⁴ S. 1531 ff. (Rn. 4) u. OLG Frankfurt, Urt. v. 8. 10. 2009 – 3 U 60/09 – BeckRS 2010, 11987.

4 Urt. v. 31. 1. 1957 – II ZR 41/56 – BGHZ 23, 222 ff.

5 Urt. v. 10. 6. 1942 – III 14/42 – RGZ 169, 267 ff.

6 Beschl. v. 27. 11. 1942 – RAG 88/42 – RAGE 27, 43 ff.

an. Weil die dort entwickelten Grundsätze als Fundament der heutigen Rechtsprechung kaum je in Frage gestellt worden sind und werden, soll zunächst untersucht werden, wie tragfähig dieses Fundament ist.

1. RGZ 169, 267 ff.

Den Ausgangspunkt bildet ein Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahre 1942. Es befasst sich mit der Haftung eines Steuerberaters, der seinem Mandanten – wohl – von einer Selbstanzeige abgeraten hatte, und behandelt den folgenden

Sachverhalt⁷

Der Kläger war wegen umfangreicher und nicht bestrittener Steuerhinterziehungen zu einer Geldstrafe von 150000 RM verurteilt worden, die er auch selbst entrichtet hatte. Klageweise wollte er seine beiden Steuerberater auf Erstattung dieser Strafe in Anspruch nehmen. Das Reichsgericht musste – mangels „gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts“ – umfassend den Tatsachenvortrag des Klägers zugrunde legen.⁸ Er habe im Frühjahr 1938 Selbstanzeige erstatten wollen, um nach § 410 RAbG⁹ Straffreiheit zu erlangen. Diese Selbstanzeige hätte Erfolg gehabt. Sie sei jedoch allein deshalb unterblieben, weil der erstbeklagte Steuerberater dem Kläger von ihr abgeraten habe.¹⁰

7 Für den in RGZ 169, 267 ff. nur bruchstückhaft wiedergegebenen Sachverhalt siehe RG, Urt. v. 10. 6. 1942 – III 14/42 – ZAKDR 1943¹, S. 13 f. (13).

8 Siehe – auch für das Zitat – RG, Urt. v. 10. 6. 1942 – III 14/42 – RGZ 169, 267 ff. (267). Titze, ZAKDR 1943¹, S. 15 (15) hat zutr. darauf hingewiesen, dass die Tatfrage vom Standpunkt des Berufungsgerichtes aus unerheblich war u. sich dieses – entsprechend der Segelanweisung a. E. des Urt. (S. 271) – erst nach Rückverweisung mit ihr würde befassen müssen.

9 § 410 RAbG lautete sowohl i. d. F. der Bekanntmachung der Reichsabgabenordnung v. 22. 5. 1931, RGBI. I,²⁰ S. 160 (213) als auch i. d. F. des Art. 1 Nr. 19 des Gesetzes zur Änderung der Reichsabgabenordnung v. 4. 7. 1939 (RAbG-ÄndG₃₉), RGBI. I,²⁰ S. 1181 (1184): „Wer [...], bevor er angezeigt oder eine Untersuchung gegen ihn eingeleitet ist [...], unrichtige oder unvollständige Angaben bei der Steuerbehörde, ohne dazu durch eine unmittelbare Gefahr der Entdeckung veranlaßt zu sein, berichtigt oder ergänzt oder unterlassene Angaben nachholt, bleibt insoweit straffrei. Sind [...] Steuerverkürzungen bereits eingetreten [...], so tritt die Straffreiheit nur ein, wenn der Täter die Summe, die er schuldet, nach ihrer Festsetzung innerhalb der ihm bestimmten Frist entrichtet.“ Er ist Vorläufer des heutigen § 371 AO. Details bei Joecks, in: Joecks/Jäger/Randt⁸, § 371 AO Rn. 1 ff. u. Kohler, in: MünchKomm-StGB³; § 371 AO Rn. 3 ff.

10 Nach dem klägerischen Vortrag in RG, Urt. v. 10. 6. 1942 – III 14/42 – ZAKDR 1943¹, S. 13 f. (13) habe der Steuerberater auf die geringe Entdeckungswahrscheinlichkeit

§ 13 Verteidigung gegen Einwände

Die Beklagten zeichneten mit ihrem – vom Kläger bestrittenen und im Urteil nicht berücksichtigten – Vortrag ein ganz anderes Bild:¹¹ Die Selbstanzeige sei zu dem Zeitpunkt, als der Kläger an sie herangetreten war, schon nicht mehr möglich gewesen, weil das Fahndungsverfahren einen Monat zuvor auf ihn ausgedehnt worden sei. Keineswegs hätten sie ihm von der Selbstanzeige abgeraten, sondern ihm diese im Gegenteil empfohlen. Er habe die Anzeige nur deshalb unterlassen, weil er die Aufdeckung von Beamtenbestechungen und Urkundenfälschungen habe fürchten müssen. Die Klage diene allein der Glaubhaftmachung der wahrheitswidrigen Behauptung des Klägers, er sie durch die Steuerberater von der Selbstanzeige abgehalten worden, mit der er sich im Strafverfahren hatte verteidigen wollen.

a) Vorinstanz: OLG Köln

Das OLG Köln hatte die Klage in der Berufung abgewiesen. Seine in der Entscheidung des Reichsgerichts wiedergegebene Argumentation¹² ruht auf drei zusammenhängenden Gedanken:

Wolle die „Strafe den Täter persönlich treffen“, so sei es unmöglich, „daß ihm diese höchstpersönliche Sühne im Wege des Rückgriffs gegen einen Dritten abgenommen werde.“ Solche Rückgriffsansprüche vermöge die Rechtsordnung nicht anzuerkennen. Ferner könne ein fehlsamer Rechtsrat allenfalls bei der Strafzumessung mildernd berücksichtigt werden. Keinesfalls aber könne er dem Täter die Grundlage dafür abgeben, sich nachträglich „durch einen Schadenersatzanspruch von den Folgen der Bestrafung“ zu befreien, die dieser vielmehr „endgültig selbst zu tragen“ habe. Schließlich setze ein Anspruch auf Schadenersatz „einen der Rechtsordnung nicht entsprechenden Zustand voraus“, an dem es gerade fehle, wenn der klagende Täter „zu Recht bestraft worden sei.“ Aus alledem schloss das Berufungsgericht, dass eine „rechtmäßig verhängte Strafe [...] keinen zum Ersatz verpflichtenden Umstand im Sinne des § 249 BGB bilden“ könne. „Deshalb“ – so heißt es gleich im Anschluss – „sei im vorliegenden Fall ein ersatzfähiger Schaden nicht vorhanden.“

u. die Gefahr einer nunmehr schärferen Kontrolle hingewiesen, die gewiss in eine Haftstrafe münden werde.

11 Auch der Vortrag der Beklagten ist nur in RG, Urt. v. 10.6.1942 – III 14/42 – ZAKDR 1943!¹ S. 13 f. (13) wiedergegeben.

12 Siehe RG, Urt. v. 10.6.1942 – III 14/42 – RGZ 169, 267 ff. (268). Die wörtlichen Zitate des folgenden Absatzes sind dort entnommen.

Anm. 13.1: Unterstellt, die Argumentation des OLG Köln sei richtig wiedergegeben, ist ihr vor allem eines entgegenzuhalten: Der zum „Ersatz verpflichtende Umstand“ in § 249 Abs. 1 BGB¹³ ist nicht der Schaden, sondern die Erfüllung des Verletzungstatbestands, die zurechenbar einen Schaden verursacht hat. Wenn das OLG einen ersatzfähigen Schaden verneint, weil die „rechtmäßig verhängte Strafe [...] keinen zum Ersatz verpflichtenden Umstand im Sinne des § 249 BGB“ bilde, so hat es diese Fragen vermengt. Weil es insoweit – § 546 ZPO¹⁴ – eine Rechtsnorm nicht richtig angewendet hat, hätte das Urteil jedenfalls mit dieser Begründung tatsächlich aufgehoben werden können.

b) Entscheidung des RG

Das Reichsgericht hat sich dem nicht angeschlossen. Das Berufungsurteil wurde im Umfang der Revisionanträge¹⁵ aufgehoben und insoweit zurückverwiesen.¹⁶ Das Berungsgericht habe schon die eigentliche Rechtsfrage verkannt:¹⁷ Es gehe im zu entscheidenden Sachverhalt gar nicht darum, ob der durch fehlsamen Rechtsrat zu einer Straftat Veranlassste „die vermögensrechtlichen Nachteile seiner Bestrafung unter allen Umständen selbst tragen“ müsse. Denn der Kläger habe die Steuervergehen – auch nach seinem eigenen Vortrag – ohne Zutun der Beklagten verübt und mache sie für seine Verfehlungen selbst nicht verantwortlich. Verantwortlich mache er die Beklagten vielmehr nur für seine Bestrafung, die durch eine rechtzeitige und ordnungsgemäße Selbstanzeige zu vermeiden gewesen wäre und nicht unbedingt die Folge seiner Steuervergehen hätte sein müssen.

In der Sache sei es unzutreffend, dass ein zum Schadenersatz verpflichtender Umstand, ein ersatzfähiger Schaden fehle. Mangels anderweitiger Feststellungen des Berungsgerichts müsse davon ausgegangen werden,

13 Damals freilich noch § 249 Satz 1 BGB.

14 Damals § 550 ZPO.

15 Statt der ursprünglich begehrten Zahlung i. H. v. 150 000 RM für die eigene Geldstrafe u. der Feststellung einer Ersatzpflicht für künftige Schäden bis zur Höhe von abermals 150 000 RM verfolgte der in beiden Vorinstanzen unterlegene Kläger seine Anträge nur mehr im Betrage von 20 000 RM weiter u. verzichtete i. Ü. auf das Rechtsmittel. Siehe RG, Urt. v. 10. 6. 1942 – III 14/42 – ZAKDR 1943!¹ S. 13 f. (13).

16 RG, Urt. v. 10. 6. 1942 – III 14/42 – RGZ 169, 267 ff. (270 f.). Wie das OLG Köln nach der Rückverweisung zuletzt entschieden hat, lässt sich (wohl) nicht mehr rekonstruieren.

17 Dieser und der folgende Absatz geben die Argumentation des RG, Urt. v. 10. 6. 1942 – III 14/42 – RGZ 169, 267 ff. (268 f.) wieder. Wörtliche Zitate sind dort entnommen.

§ 13 Verteidigung gegen Einwände

dass allein der fehlsame Rechtsrat der Beklagten den Kläger dazu gebracht habe, sich die noch mögliche und „vom Gesetz selbst dargebotene Straffreiheit zu verscherzen.“ Dann aber sei „auch der Schaden des Klägers durch diese Vertragsverletzung ursächlich herbeigeführt worden.“ Schon „dieser besonderen Gestaltung des Ursachenzusammenhangs“ sei das Berufungsurteil nicht gerecht geworden.

Dem stehe auch nicht entgegen, dass „die Bestrafung des Klägers ohne seine Steuervergehen allerdings nicht denkbar“ sei. Das Berungsgericht habe insoweit nicht beachtet, dass mit ihnen nur eine „historische“ Vorbedingung für den Schaden gesetzt war, die „im Umkreise der vertraglichen Haftung“ in den „haftungsbegründenden Ursachenzusammenhang nicht einzubeziehen“ sei. Vielmehr sei durch die Steuervergehen, solange die Selbstanzeige – was zu unterstellen sei – noch mit Erfolg möglich war, „nur eine auf gesetzlichem Wege abwendbare Gefahr seiner späteren Bestrafung geschaffen worden“. Der „endgültige Schaden“ sei erst „durch den [...] Verlust der Vergünstigung aus § 410 RAbGÖ“ eingetreten, den die Beklagten schuldhaft und pflichtwidrig herbeigeführt hätten.

Schließlich habe das Berungsgericht verkannt, dass der klagende Täter keineswegs die Wiederherstellung eines der Rechtsordnung widersprechenden Zustandes verlange.¹⁸ Er begehrte vielmehr nur, in diejenige Lage versetzt zu werden, „die bei sorgfältiger und pflichtmäßiger Beratung für ihn bestehen würde.“ In diesem Falle wäre er trotz der begangenen Steuervergehen wegen § 410 RAbGÖ ohne Strafe davon gekommen. Dieser Zustand würde „weder den Grundgedanken der Rechtsordnung noch irgendeiner gesetzlichen Bestimmung“ widersprechen. Er würde sich „im Gegenteil durchaus in der Zweckrichtung des § 410 RAbGÖ“ bewegen.¹⁹

Jenseits der vorgebrachten Argumente stellt das RG fest, die Ausführungen des Berungsgerichts müssten „zu [einer] unhaltbaren Folge“ führen:²⁰ Der Steuerberater wäre dann nämlich „von jeder Verantwortung für seine in einschlägigen Fällen entfaltete Tätigkeit“ freigestellt. Dass „dies nicht vertretbar“ sei, liege „auf der Hand“. Gebe etwa der Steuerberater infolge eigenen

18 RG, Urt. v. 10. 6. 1942 – III 14/42 – RGZ **169**, 267 ff. (269 f.).

19 Den Zweck der Regelung gibt das RG mit der Entlastung der Steuerbehörden u. der Vermehrung des Steueraufkommens an. Dem Täter solle durch Inaussichtstellung der Straffreiheit ein Anreiz geschaffen werden, nachträglich u. freiwillig die hinterzogenen Beträge zu entrichten. Es liege also im Sinne der Vorschrift, von ihr in möglichst großem Umfang Gebrauch zu machen.

20 Siehe auch zum Folgenden RG, Urt. v. 10. 6. 1942 – III 14/42 – RGZ **169**, 267 ff. (270).

Verschuldens die ihm anvertraute Selbstanzeige nicht rechtzeitig weiter und nehme er dem anzeigenwilligen Auftraggeber wegen dieser Verzögerung die Möglichkeit der Straffreiheit, so sei eine Verpflichtung zum Schadenersatz besonders einleuchtend. Von diesem Falle unterscheide es sich jedoch nicht, wenn der Steuerberater „die Selbstanzeige durch eine schulhaft fehlsame Beratung hintanhält.“

c) Stellungnahme

Von einigen wenigen Ausnahmen abgesehen,²¹ ist das Urteil des Reichsgerichtes ganz überwiegend positiv aufgenommen worden.²² Auch in der heutigen Diskussion um den Regress der Verbandsgeldbuße wird es rege und kritiklos zitiert.²³ Der darin entwickelte Rechtsgedanke, wonach die Sanktionsabwälzung nicht kategorisch ausgeschlossen sei, ist von der Rechtsprechung beinahe nicht mehr angezweifelt worden. Das mag daran liegen, dass das Urteil auf den ersten Blick durchaus erschöpfend und überzeugend scheint. Umso mehr muss es verwundern, dass die Entscheidung einer kritischen Überprüfung in beinahe keiner Hinsicht stand hält.

aa) Schaden als Voraussetzung der Ersatzpflicht

Allem voran hat das Reichsgericht verkannt, dass der Schaden eine eigenständige Voraussetzung der Ersatzpflicht ist. Wohl von der – insoweit ebenfalls

21 Ausdr. gegen das Urteil – „Im Grundsatz nicht richtig sein kann, [...]“ – *Hillenkamp*, in: FS Lackner (1987), S. 455 (463) u. *Holly/Friedhofen*, NZA 1992⁴, S. 145 (151). Skeptisch noch *Ebert*, in: Erman,¹² § 249 Rn. 57: „Dem [scil.: Geldstrafe scheidet als staatliche Sanktion ihrer Natur nach als Schaden aus] kann RG 169, 267 schwerlich entgegengehalten werden. Dort hatte ein Steuerberater [...]. Hierin dürfte eher eine strafwürdige Beteiligung liegen.“ Seit der 13. Aufl. ist der krit. Hinweis jedoch verschwunden.

22 Siehe schon die positive Urteilsanmerkung von *Titze*, ZAKDR 1943¹, S. 15 (15). Aus der heutigen Rspr. nur BGH, Urt. v. 15. 4. 2010 – IX ZR 189/09 – DStRE 2010¹⁹, S. 1219 ff. (Rn. 7); OLG Nürnberg, Urt. v. 24. 2. 2017 – 5 U 1687/16 – DStRE 2017²⁴, S. 1531 ff. (Rn. 4).

23 *Bayer*, in: FS K. Schmidt (2009), S. 85 (96); *Fleischer*, BB 2008²¹ S. 1070 (1073), in: DB 2014⁷, S. 345 (345) u. in: BeckOGK-AktG, § 93 Rn. 251; *Hauff*, S. 117; *Kaulich*, S. 289; *J. Koch*, in: GS Winter (2011), S. 327 (336); *Thole*, ZHR 173⁴ (2009), S. 504 (532) u. *M. Zimmermann*, WM 2008¹⁰ S. 433 (437) teilw. m. w. N.

§ 13 Verteidigung gegen Einwände

ungenauen²⁴ – Argumentation der Vorinstanz geleitet, hat es den Geldstrafenregress in dieser Konstellation auf ein reines Kausalitätsproblem verkürzt.²⁵ In der insoweit zentralen Passage heißt es, der Kläger habe sich die vom Gesetz dargebotene Straffreiheit nur wegen des fehlsamen Rechtsrates der Beklagten verscherzt; dann aber sei „auch der Schaden des Klägers durch diese Vertragsverletzung ursächlich herbeigeführt worden.“²⁶

Der Ursächlichkeit (auch) des fehlsamen Rechtsrates für die spätere Geldstrafe lässt sich in der Tat nichts Wesentliches entgegenhalten.²⁷ Ob aber die Geldstrafe überhaupt ein Schaden ist, hat das Reichsgericht gar nicht untersucht, sondern schlicht unterstellt. All die wesentlichen und entscheidenden Fragen – die Lückenhaftigkeit des Gesetzes zum Begriff des Schadens, die Notwendigkeit, diese Lücke im Wege der Rechtsfortbildung zu schließen, die damals sicher anders gelagerten Grenzen²⁸ einer solchen Rechtsfortbildung – sind nicht erkannt, geschweige denn beantwortet worden. Aus der Perspektive des hier zugrunde gelegten Schadensverständnisses disqualifiziert sich das Urteil dann aber schon deshalb und sollte es in der heutigen Diskussion nicht mehr und jedenfalls nicht kritiklos herangezogen werden.

bb) Verantwortlichkeit für Straftat und Bestrafung

Darüber hinaus kann die – wenigstens eigenwillige – Unterscheidung zwischen der Verantwortlichkeit für die Straftat und für die Bestrafung jedenfalls heute²⁹ nicht überzeugen. Die Selbstanzeige bietet nach heute ganz herrschen-

24 Siehe dazu Anm. 13.1 unter a) (S. 501).

25 Zutr. Holly/Friedhofen, NZA 1992⁴, S. 145 (151).

26 RG, Urt. v. 10. 6. 1942 – III 14/42 – RGZ 169, 267 ff. (269).

27 Immerhin wenig überzeugend ist es, wenn das RG die Steuervergehen als „historische“ Vorbedingung der Geldstrafe beim „haftungsbegründenden Ursachenzusammenhang“ nicht einbezogen wissen will – RG, Urt. v. 10. 6. 1942 – III 14/42 – RGZ 169, 267 ff. (269). Herv. nur hier. Wollte man in dieser – besser vermiedenen, siehe oben § 4 A. II. 6. b) (S. 112) – Terminologie bleiben, ginge es nicht um die Frage, ob die Verletzung der Vertragspflicht auf einer Handlung der Beklagten beruht (haftungsbegründender Zusammenhang), sondern darum, ob der eingetretene „Schaden“ Folge der Verletzung der Vertragspflicht ist (haftungsausfüllender Zusammenhang). Zu dem eigenwilligen Verständnis von der Rechtsnatur der Selbstanzeige sogleich.

28 Die äußere Grenze des Schadensbegriffes ist hier – siehe oben § 6 C. (S. 178) – aus Art. 20 Abs. 3 GG hergeleitet worden u. konnte für das RG im Jahr 1942 selbstredend nicht gelten.

der Meinung einen persönlichen Strafaufhebungsgrund.³⁰ Das bedeutet, dass sich der Täter mit Vollendung der Steuervergehen strafbar macht und der „bereits entstandene Strafanspruch rückwirkend wieder beseitigt“ wird.³¹ Straffreiheit verdient sich deshalb nur, wer objektiv die Voraussetzungen der „Rechtswohltat“ der Selbstanzeige erfüllt.³² Der „Täter, der die [...] Steuerstrafat begangen hat, trägt das Risiko, im Zeitpunkt der Selbstanzeige an den erforderlichen Angaben verhindert zu sein“.³³ Ob der Steuerpflichtige „schuldhaft oder ohne jede Schuld [...] außerstande war, die im Sinne der Berichtigung [...] liegende Sachaufklärung zu beschaffen“, spielt keine Rolle.³⁴

Es ist deshalb keineswegs zutreffend, dass der klagende Täter durch „seine Steuervergehen [...] nur eine [...] Gefahr seiner späteren Bestrafung geschaffen“ hat, die „erst durch den [...] von den Beklagten schuldhaft und pflichtwidrig herbeigeführten Verlust der Vergünstigung“ endgültig in einen „Schaden“ umgeschlagen ist.³⁵ Mit Vollendung der Steuervergehen ist der staatliche Strafanspruch entstanden. Selbst wenn die Beklagten für den Verlust der Vergünstigung verantwortlich gewesen sein sollten,³⁶ hat der klagende Täter die Voraussetzungen der Selbstanzeige objektiv schlüssig nicht erfüllt. Er wurde nicht wegen dieser Nichterfüllung, sondern wegen der begangenen Steuervergehen bestraft, für die (nur) er selbst verantwortlich war.³⁷

29 Ob dies damals anders gewesen sein mag, braucht u. soll hier nicht entschieden werden. Es geht allein um die Frage, ob u. inwieweit des damalige Urt. heute noch Beachtung finden muss.

30 Joecks, in: Joecks/Jäger/Randt⁸ § 371 AO Rn. 39 m. zahlr. Nw. dazu u. zum Gegenstück des Strafausschließungsgrundes, bei dem „die strafbefreien Umstände bereits zum Zeitpunkt der Tat vorliegen“ müssen.

31 So Joecks, in: Joecks/Jäger/Randt⁸ § 371 AO Rn. 39 m. w. N.

32 Siehe nur Joecks, in: Joecks/Jäger/Randt⁸ § 371 AO Rn. 41 u. Kohler, in: Münch-Komm-StGB³ § 371 AO Rn. 11 ff. jew. m. w. N. Letzterer hat (Rn. 17 m. w. N.) zahlreiche Umschreibungen für die Ausnahmeherscheinung der Selbstanzeige zusammengestellt, darunter auch die „einmalige gesetzgeberische Rechtswohltat“.

33 BGH, Urt. v. 14. 12. 1976 – I StR 196/76 – DB 1978;⁴⁵ S. 2155 (2155) m. w. N. Für den dort nur wiedergegebenen Originalwortlaut siehe BeckRS 1976, 31113556, zu II 1) a) cc) der Gründe.

34 BGH, Urt. v. 13. 11. 1952 – 3 StR 398/52 – BGHSt 3, 373 ff. (376).

35 So aber RG, Urt. v. 10. 6. 1942 – III 14/42 – RGZ 169, 267 ff. (269).

36 Was zu unterstellen war, worauf es aber gerade nicht ankommt.

37 Vgl. zuletzt auch BGH, Urt. v. 9. 11. 2017 – IX ZR 270/16 – NJW 2018⁸ S. 541 ff. (Rn. 35), für den die Beratungskosten im Zusammenhang mit einer tatsächlich geschuldeten Steuernachzahlung „bei wertender Zurechnung zuvörderst auf der von

Anm. 13.2: Ohnehin will es nicht einleuchten, weshalb die mögliche Straffreiheit allein durch den fehlsamen Rechtsrat der Steuerberater verscherzt worden sein sollte. Auch nach dem klägerischen Vortrag³⁸ hatte der Berater von der Selbstanzeige nur abgeraten, weil dann eine „mit 10 oder 12 Beamten“ vorgenommene, „weit umfangreichere und schärfere Kontrolle“ zu befürchten sei und man den Kläger „auch gewiß einsperren“ würde, was „er bei seinem Gesundheitszustand nicht aushalten werde.“ An einer eigenen Selbstanzeige oder der Hinzuziehung eines anderen Steuerfachmannes war der Kläger dadurch aber freilich nicht gehindert.³⁹ Er gab an, er habe „seine Steuerehrlichkeit durch eine Selbstanzeige zurückgewinnen wollen“ und hatte zu diesem Zweck auch einen Rechtsanwalt ins Vertrauen gezogen. Mit ihm hätte er den – angeblich offenbar fehlsamen – Rat des Steuerberaters ohne Weiteres überprüfen können. Ferner sind die Anforderungen an eine Selbstanzeige nach allgemeiner Auffassung nicht zu überspannen⁴⁰ und sollten in aller Regel von dem Laien auch ohne Zuhilfenahme eines Fachmannes zu bewerkstelligen sein.⁴¹ Und im schlimmsten Falle führt die „verunglückte Selbstanzeige“ des anzeigenwilligen Täters zwar nicht zur Strafaufhebung, möglicherweise aber zur Strafmilderung.⁴² Bei entsprechend großer Gewissensnot wäre der Kläger danach sehr wohl im Stande gewesen, die Bedingungen einer – wenigstens verunglückten – Selbstanzeige zu erfüllen.⁴³ Dass ihm die Möglichkeit der Straffreiheit allein durch den fehlsamen Rechtsrat genommen wurde, vermag nach alledem auch bei Zugrundelegung des klägerischen Vortrages nicht zu überzeugen.

der Klägerin eigenverantwortlich verübten Steuerhinterziehung“, mithin der hier angeblich unbeachtlichen, weil nur „historischen“ Vorbedingung beruhen.

38 Dieser ist nur in RG, Urt. v. 10. 6. 1942 – III 14/42 – ZAKDR 1943!¹ S. 13 f. (13), nicht aber in RGZ 169, 267 ff. wiedergegeben.

39 Siehe bereits die Urteilsanmerkung von *Titze*, ZAKDR 1943!¹ S. 15 (15), der – allerdings nur i. R. d. Mitverschuldens (§ 254 BGB) – berücksichtigt wissen will, dass der Kläger „den Rat des Beklagten ohne jedes eigene Nachdenken hingenommen“ habe. Es dürfe nicht übersehen werden, dass „der erteilte Rat eben nichts weiter als ein Rat ist, über dessen Befolgung oder Nichtbefolgung der Beratene schließlich selbst zu entscheiden“ habe.

40 Siehe – statt vieler u. m. zahlr. Nw. – *Joecks*, in: *Joecks/Jäger/Randt*⁸ § 371 AO Rn. 60: Der Steuerpflichtige muss es der Finanzbehörde nicht ermöglichen, die Berichtigungsveranlagung auf der Stelle durchführen zu können, sondern muss sie in die Lage versetzen, den Sachverhalt ohne die weitere gutwillige Mithilfe des Anzeigerstatters aufzuklären.

41 Anders aber *Brüggemann*, GA 1968, S. 161 (171), der die Anforderungen in manchen Fällen für so komplex hält, dass sie „ein Laie nicht immer gut überblicken kann“, u. deshalb auf die Zuziehung eines Fachmannes angewiesen sein wird. Dabei verkennt er jedoch, dass der Laie, der die Situation nicht immer gut überblicken kann, nach redlicher Zuziehung eines gewissenhaften Fachmannes regelmäßig einem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterliegen wird, der eine Sanktion gerade unmöglich macht.

42 Siehe nur *Jäger*, in: *Klein*,¹⁵ § 371 AO Rn. 11.

cc) Der Rechtsordnung nicht entsprechender Zustand

Der – inhaltlich nicht zu beanstandende⁴⁴ – Einwand, der Kläger habe nicht die Herstellung eines der Rechtsordnung widersprechenden Zustandes verlangt, liegt bei Lichte betrachtet neben der Sache. Mitnichten hatte sich das OLG Köln daran gestört, dass der Kläger die Wiederherstellung eines rechtswidrigen Zustandes verlange.⁴⁵ Ganz im Gegenteil – und völlig zu Recht – hat es einen der Rechtsordnung nicht entsprechenden Zustand als *Voraussetzung* eines Schadenersatzanspruches identifiziert.⁴⁶ Nur dort, wo ein Dritter für die Einbuße des Geschädigten verantwortlich ist,⁴⁷ wird diese ausnahmsweise von dem grundsätzlich Schadens-zuständigen Rechtsgutsinhaber auf den verantwortlichen Dritten übergeleitet. Der Verbleib dieser Einbuße bei dem Geschädigten wäre nach dem Gesamurteil der Rechtsordnung unerwünscht, sprich: ein ausgleichsbedürftiger – der Rechtsordnung nicht entsprechender – Zustand, der in der Tat Voraussetzung eines jeden Anspruchs auf Schadenersatz ist. Das Argument, dass es an einem solchen Zustand fehle, wenn der Kläger zu Recht mit Geldstrafe belegt worden ist, hat das Reichsgericht weder aufgegriffen, noch zu widerlegen vermocht – vor allem nicht mit dem Hinweis auf das nicht rechtswidrige Begehr des Klägers.⁴⁸

43 So zur ähnlichen Situation bei der täglichen Reue *v. Spiegel*, S. 148. Dem zust. u. den Gedanken ausdr. auf den Sanktionsregress erstreckend *Holly/Friedhofen*, NZA 1992⁴, S. 145 (151 in Fn. 96).

44 Selbstverständlich sieht die Regelung der Selbstanzeige in § 410 RAbG die Straffreiheit des Täters trotz begangener Steuervergehen vor. Diese kann deshalb kein der Rechtsordnung widersprechender Zustand sein. Und selbstverständlich ist es im Sinne dieser Regelung, dass von ihr rege Gebrauch gemacht werde. Das Begehr des Klägers, so gestellt zu werden, wie er bei pflichtgemäßiger Beratung stünde, ist in der Tat nicht auf die Herstellung eines der Rechtsordnung widersprechenden Zustandes gerichtet.

45 So aber ausdr. RG, Urt. v. 10. 6. 1942 – III 14/42 – RGZ **169**, 267 ff. (269), wo es dem Berufungsgericht eine Verkennung von Zusammenhängen vorwirft.

46 Siehe die eigene Wiedergabe der Vorinstanz bei RG, Urt. v. 10. 6. 1942 – III 14/42 – RGZ **169**, 267 ff. (268): „Ein Schadenersatzanspruch setze einen der Rechtsordnung nicht entsprechenden Zustand *voraus*.“ Herv. nur hier. Vgl. zuletzt auch BGH, Urt. v. 9. 11. 2017 – IX ZR 270/16 – NJW 2018⁸ S. 541 ff. (Rn. 24 ff.): Hat der Steuerberater versehentlich u. pflichtwidrig eine Selbstanzeige übermittelt, so kann der Mandant für die Belastung der Steuernachzahlung keinen Ersatz verlangen, weil diese Belastung rechtmäßig ist – sprich: ein der Rechtsordnung nicht entsprechender Zustand fehlt.

47 Sei es durch schuldhafte und widerrechtliche Verletzung, durch Schaffung einer Gefährdung, durch wissentliche Aufopferung eines fremden Gutes u. dgl. mehr, vgl. *Deutsch, HaftungsR*²; Rn. 2.

dd) Freizeichnung des Steuerberaters

An dem – allenfalls emotional und auch da nur *prima facie* überzeugenden⁴⁹ – Argument, der Steuerberater würde bei einer Versagung eines Ersatzanspruches ungeschoren davonkommen, ist schließlich gar nichts richtig.⁵⁰ Wo der Ersatzanspruch des Klägers damit begründet wird, der Steuerberater dürfe nicht ungeschoren davon kommen, wird der dem Ausgleichsgedanken verpflichtete Schadenersatz⁵¹ zu einem pönalisierenden Sanktionsinstrument pervertiert.⁵² Die dem Täter zugefügte Strafe,⁵³ die sich als Grundrechtseingriff nur aus den bei ihm verfolgten und bewirkten Strafzwecken legitimieren lässt, müsste teilweise auch das Verhalten des Steuerberaters sanktionieren, das dem Täter selbst gerade nicht vorgeworfen werden kann. Denn Schuld und Vorwurf im Sinne der Strafzumessung „ist nur dasjenige, das übrigbleibt, wenn man von der Vorwerfbarkeit der Tat alles abzieht, was dem Täter im wahrsten Sinne des Wortes zur Entschuldigung dienen kann“.⁵⁴ Der Beschuldigte verantwortet insoweit nur seinen eigenen Beitrag zum gesetz-

48 Die Tatsache, dass bei pflichtgemäßer Beratung durch den Steuerberater ein anderer Zustand bestünde, der seinerseits rechtmäßig hätte sein können, entbindet nicht von der Feststellung, dass der aktuelle Zustand der Rechtsordnung nicht entspricht.

49 Anders etwa *Fleischer*, DB 2014,⁷ S. 345 (345) u. *Hauff*, S. 117, die das Argument – zwar in distanzierter indirekter Rede, dafür aber – kritiklos wiedergibt. Auch *Ebke Mößle*, JZ 1997²³ S. 1179 (1180) halten das insoweit identische Haftungsmodell des BGH für alternativlos, weil es eine Ausgleichsmöglichkeit schaffe, „die wegen der Schwierigkeit der praktischen Handhabung der öffentlich-rechtlichen Vorschrift des § 378 AO erforderlich werden“ könne.

50 Ob es seinerseits auf einer Verkennung von Zusammenhängen beruht oder sich hier tatsächlich heute überwundene national-sozialistische Rechtsanschauungen Bahn brechen, braucht nicht entschieden zu werden. Unter Geltung des Grundgesetzes ist die Idee jedenfalls geradezu absurd.

51 Schon der historische Gesetzgeber wollte die „Hereinziehung moralisierender oder strafrechtlicher Gesichtspunkte [...] bei der Bestimmung der civilrechtlichen Folgen unerlaubten, widerrechtlichen Verhaltens durchaus fern gehalten“ wissen. Siehe die Mot. in: *Mugdan*, Bd. II, S. 10.

52 Monographisch zu „Pönale[n] Elemente[n] im deutschen Privatrecht“, *Ebert*, passim.

53 Mit den treffenden Worten von *Thomas*, NZG 2015;³⁶ S. 1409 (1411): „eine Vermögenslast [...], die der Staat überhaupt nur in Gestalt der [Strafe] zur Entstehung gebracht hat, um damit das [Vermögen des Täters] zu treffen.“

54 So treffend *Späth*, DStZ 1990!¹⁸ S. 467 (468) in Anlehnung an [das damals noch nicht veröffentlichte] AG Langenfeld, Urt. v. 31. 3. 1989 – 12 C 737/88 – StB 1991² S. 65 f. (66).

lich missbilligten Erfolg.⁵⁵ Beiträge von Mittätern oder sonstigen Beteiligten dürfen bei der Strafzumessung nicht berücksichtigt werden.⁵⁶

Wenn und soweit sich der Steuerberater durch sein Verhalten tatsächlich nicht strafbar macht oder ordnungswidrig verhält,⁵⁷ darf der – im Jahre 1942 freilich dispensierte⁵⁸ – Vorbehalt des Gesetzes nicht über die Bande des Zivilrechts umgangen werden. Nichts anderes würde aber geschehen, nähme man das Reichsgericht beim Wort. Der Sanktionsausspruch gegen den Steuerpflichtigen müsste teilweise auch das Verhalten des anders nicht zu treffenden Steuerberaters ahnden. Dem (primären) Sanktionsadressaten würde das zivilrechtliche Instrumentarium gegeben und der Auftrag erteilt, den staatlichen Strafanspruch gegen den insoweit eigentlich verantwortlichen Täter vor den Zivilgerichten zu verfolgen.

Nicht nur würde über das Ob und die Höhe der nach dem Willen der Gesamtrechtsordnung letztlich und von vornherein für den Steuerberater vorgesehenen Sanktion in einem Verfahren entschieden, an dem dieser gar nicht beteiligt ist.⁵⁹ Dem zur zwischengeschalteten Zahlstelle degradierten (primären) Sanktionsadressaten würden darüber hinaus Prozess- und Insolvenzrisiko des Steuerberaters aufgebürdet.⁶⁰ Sollte dieser nämlich zahlungsunfähig werden oder im Regressprozess nachweisen, dass auch ihm der Vorwurf nicht zu machen ist, bliebe jener auf der insoweit für ihn nicht bestimmten Sanktion sitzen; einer Vermögenslast, die der Staat nur zur Erreichung bestimmter Zwecke zur Entstehung gebracht hat und bringen durfte,⁶¹ die aber beim Kläger selbst weder erreicht werden können noch je hätten erreicht werden sollen.

55 Späth, DStZ 1990¹⁸ S. 467 (468).

56 Späth, DStZ 1990¹⁸ S. 467 (468).

57 Auf den heutigen § 378 AO sei insoweit nur hingewiesen.

58 Siehe das gesetzliche Analogiegebot in § 2 StGB i. d. F. des Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs v. 28. 6. 1935, RGBl. I 1935⁷⁰ S. 839 (839): „Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.“

59 Diese Umgehung aller Beteiligungsrechte u. rechtsstaatlicher Sicherungsmittel würde – heute – in der Verschuldensvermutung des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB gipfeln, die den „in dubio pro reo“-Grundsatz auf den Kopf stellte.

60 Ähnlich, wenn auch ausschließlich zur Situation bei der Verbandsgeldbuße, Thomas, NZG 2015³⁶ S. 1409 (1412).

61 Vgl. Thomas, NZG 2015³⁶ S. 1409 (1411).

§ 13 Verteidigung gegen Einwände

Kurzum: Ein jeder Sanktionseingriff, der einen zu regressierenden Aufschlag enthält, um den Dritten nicht ungeschoren davonkommen zu lassen, wäre gegenüber dem primären Sanktionsadressaten – nach heutiger Lesart – rechts- und verfassungswidrig. Diese Rechts- und Verfassungswidrigkeit ist nicht durch eine zivilrechtliche Nachbereitung zu bereinigen, sondern kann in der Konsequenz nur dazu führen, dass die Sanktion auf diese Weise schon nicht verhängt wird. Wo gleichwohl täterfremdes Verhalten sanktionserhöhend berücksichtigt worden ist, kann der Täter die rechtswidrige Vermögenslast nicht auf einen Dritten abwälzen, sondern hat er sich gegenüber dem Staat gegen die rechtswidrige Sanktion selbst zu wehren.⁶²

d) Zwischenergebnis

Nimmt man diese Ungenauigkeiten und Mängel zusammen, so vermag die in dem Urteil des Reichsgerichtes gegebene Begründung – jedenfalls aus heutiger Sicht – das gefundene Ergebnis nicht recht zu tragen. Eine nur hierauf gestützte ständige Rechtsprechung ruht danach auf wackeligem Fundament.

2. RAGE 27, 43 ff.

Noch im selben Jahr musste sich auch das Reichsarbeitsgericht mit der Frage befassen, ob eine (Ordnungs-)Geldstrafe Gegenstand eines Schadenersatzanspruchs sein kann.¹ Der Fall spielte im damals besetzten Österreich und zugrunde lag ihm der folgende

Sachverhalt²

Während des zweiten Weltkrieges waren im Betrieb der Klägerin die Preise für Militärleder nicht ordnungsgemäß errechnet worden.³ Deshalb hatte die Preis-

62 Vgl. bereits *Herschel*, DR 1943,¹⁸ S. 558 (559), der aber die Tragweite seines Einwandes verkennt, weil er ihn nur i. R. d. § 254 BGB berücksichtigen wollte: Wer „sich gegen die Ordnungsstrafe nicht verteidigt, obgleich er es vermag, kann nicht verlangen, daß diese ihm (ganz) von einem [Dritten] ersetzt wird.“

1 RAG, Beschl. v. 27. 11. 1942 – RAG 88/42 – RAGE 27, 43 ff.

2 RAG, Beschl. v. 27. 11. 1942 – RAG 88/42 – RAGE 27, 43 ff. (43 f.). Wohlwollende Anmerkung bei *Herschel*, DR 1943,¹⁸ S. 558 ff.

3 Aus dem nicht gehörten Vortrag des Beklagten – RAG, Beschl. v. 27. 11. 1942 – RAG 88/42 – RAGE 27, 43 ff. (44) – geht hervor, dass für die Grundpreise für einzelne Ledersorten keine Genehmigung von dem Reichskommissar eingeholt worden sei.

überwachungsstelle gegen sie eine auf § 8 Abs. 1 Satz 2 Preisstrafen-VO⁴ gestützte Ordnungsstrafe i. H. v. 5000 RM festgesetzt.⁵ Klageweise wollte sie diesen Betrag gegen den Beklagten, ihren Angestellten, als Schadenersatz geltend machen. Die Klägerin gab insoweit an, sie habe den Beklagten wegen seiner besonderen Fachkenntnisse und ausdrücklich zur Einhaltung sämtlicher Vorschriften der Überwachungsstellen angestellt. Der sanktionsauslösende Verstoß gegen die Preisvorschriften beruhe allein auf dessen grober Pflichtverletzung. Der Beklagte bestritt jedes Verschulden. Er wandte ein,⁶ die sanktionsauslösenden Verstöße beruhten auf einem Verhalten der Klägerin, an dem er gar nicht beteiligt gewesen sei, und seien deshalb ohne sein Wissen und Zutun erfolgt.

a) Vorinstanz: Gewerbegericht Klagenfurt

Das Gewerbegericht Klagenfurt hatte – wie schon zuvor das Landgericht – die Klage ohne Beweisaufnahme abgewiesen. Es nahm den Standpunkt des ehemaligen Obersten Gerichtshofes in Wien ein. Dieser hatte per Urteil vom 23. Januar 1917⁷ entschieden, dass „die von einer Behörde verhängte Geldstrafe nicht auf jemanden anderen abgewälzt werden könne.“⁸

Darüber hinaus seien unzulässigerweise neue Ledersortimente gebildet worden, statt die Ledersorten unter der ursprünglichen Sortimentbezeichnung anzubieten u. zu liefern.

4 § 8 Abs. 1 der Verordnung über Strafen und Strafverfahren bei Zu widerhandlungen gegen Preisvorschriften v. 3. 6. 1939 (Preisstrafen-VO), RGBI. I,¹⁰⁵ S. 999 (1000) lautete: „Bei Zu widerhandlungen [...] können die [...] Behörden gegen die schuldigen Personen [...] Ordnungsstrafen in Geld festsetzen. Wird die Zu widerhandlung in einem Geschäftsbetrieb begangen, so können außerdem gegen die Inhaber [...] Ordnungsstrafen [...] festgesetzt werden, wenn sie nicht nachweisen, daß sie die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zur Verhütung der strafbaren Handlung angewandt haben.“ Man beachte auch Abs. 3: „Das Höchstmaß der Geldstrafe ist unbeschränkt.“

5 Gegen wen genau die Ordnungsstrafe festgesetzt wurde, wird aus dem Beschl. nicht recht deutlich. Im Rubrum ist von einer Firma K. als Klägerin die Rede. Die Ordnungsstrafe des § 8 Abs. 1 Satz 2 Preisstrafen-VO richtet sich gegen den Betriebsinhaber, der gem. Abs. 2 auch eine „Handelsgesellschaft, eine juristische Person oder sonstige Personenvereinigung“ sein konnte. Für diesen Fall ist – ebenfalls in Abs. 2 a. E. – vorgesehen, dass der Exkulpationsbeweis von „den zur gesetzlichen Vertretung befugten Personen zu führen“ ist.

6 Dieser Einwand findet sich nicht im Tatbestand, sondern den Entscheidungsgründen, RAG, Beschl. v. 27. 11. 1942 – RAG 88/42 – RAGE 27, 43 ff. (44).

7 Bei dem Verweis auf „Nowak, OGSlg. N. F. Bd. XIX Nr. 1817“ scheint es sich um ein Fehlzitat zu handeln. Die Fundstelle existiert nicht. Auch auf Nachfrage bei den zuständigen Stellen in Österreich ließ sich das Originalurteil nicht ermitteln.

b) Entscheidung des Reichsarbeitsgericht

Das Reichsarbeitsgericht wollte sich dem nicht anschließen. Es hob das Berufungsurteil auf und verwies die Sache zur weiteren Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Gewerbegericht zurück.⁹ Ganz wesentlich stützte es sich dabei auf die eben erörterte Entscheidung des Reichsgerichts. Ausdrücklich heißt es in dem Beschluss, dass die „in jener Entscheidung ausgesprochenen Rechtsgrundsätze auch für den vorliegenden Rechtsfall anzuwenden“ seien.¹⁰ Diese Rechtsgrundsätze sind wie folgt zusammengefasst: Das Reichsgericht habe sich mit einer „auf ähnlichem Gebiete liegenden Frage befaßt“. Es habe den „ursächlichen Zusammenhang für den vertraglichen Schadensersatzanspruch schon aus dem Grunde“ bejaht, dass der „Steuerberater dem Auftraggeber die Erlangung der Straffreiheit vereitelt habe“. Dessen Steuervergehen habe „nur eine historische Vorbedingung für den Schaden“ gebildet und sei für den Ersatzanspruch nicht bedeutsam.

Mangels jedweder Tatsachenfeststellung durch das Berufungsgericht habe das Reichsarbeitsgericht „einstweilen von den Tatsachenbehauptungen der Klägerin“ ausgehen müssen.¹¹ Die Besonderheit des Falles liege darin, dass die Klägerin „eben zur Vermeidung eines Zu widerhandelns gegen gesetzliche Vorschriften einen Fachmann angestellt habe“. Die Klägerin dürfe sich in einem solchen Falle darauf verlassen, dass der „angestellte Fachmann die dem Gesetz entsprechenden notwendigen Maßnahmen treffe, um seine Dienstgeberin vor Nachteilen zu bewahren.“ Eine Überprüfung der Tätigkeit des Fachmannes sei der Klägerin nur insoweit zumutbar, „als ihr etwa von dem Fachmann begangene Verstöße auch ohne eingehende Sachkenntnisse hätten auffallen müssen.“

Wenn die Geldstrafe – was zu unterstellen war – tatsächlich nur auf einer gröblichen Pflichtverletzung des Beklagten beruhe, könne der Klägerin „das Recht nicht abgesprochen werden, Schadensersatz [...] zu verlangen.“¹²

8 Siehe – auch zum Vorstehenden – RAG, Beschl. v. 27.11.1942 – RAG 88/42 – RAGE 27, 43 ff. (43 f.). Eine darüber hinaus gehende Darstellung der Argumentation der Vorinstanz lässt sich dem Beschl. nicht entnehmen.

9 RAG, Beschl. v. 27.11.1942 – RAG 88/42 – RAGE 27, 43 ff. (47).

10 RAG, Beschl. v. 27.11.1942 – RAG 88/42 – RAGE 27, 43 ff. (44). Schon *Herschel*, DR 1943¹⁸ S. 558 (558) hielt die Berufung auf RGZ 169, 267 ff. in seiner sonst wohlwollenden Entscheidungsanmerkung für „bedenklich“. Die Entscheidung des RG betreffe einen „Sonderfall“ u. dürfe „nicht verallgemeinert werden.“

11 Siehe – auch zum Folgenden – RAG, Beschl. v. 27.11.1942 – RAG 88/42 – RAGE 27, 43 ff. (44 f.). Wörtliche Zitate sind dort entnommen.

Das gelte aber nur, sofern die Verurteilung „nicht wegen eigener schuldhafter Säumigkeit in der Aufsicht über den Beklagten“ erfolgt sei. Soweit die Bestrafung „wegen eines ohne Veranlassung des Beklagten begangenen Verstoßes erfolgt“ sei, könne die Klägerin „Schadensersatz natürlich nicht beanspruchen.“ Die insoweit fehlenden und entscheidungserheblichen Tat-sachenfeststellungen würde das Berufungsgericht nach Zurückverweisung nachholen müssen.¹³

c) Stellungnahme

Der Beschluss des Reichsarbeitsgerichts wird ebenfalls bis heute meist kritiklos und oft in einem Atemzug mit dem Urteil des Reichsgerichts zitiert.¹⁴ Auch er hält jedoch einer kritischen Überprüfung nicht stand.

aa) Erstreckung der Grundsätze des Reichsgerichts

Allem voran legt es die Rechtsgrundsätze aus der Entscheidung des Reichsgerichts zugrunde, die dieses ausdrücklich nur für den ganz spezifischen Sonderfall mit einer ganz „besonderen Gestaltung des Ursachenzusammenhangs“ aufgestellt hatte.¹⁵ Ob die Fälle für eine Erstreckung der Rechtsgrundsätze ähnlich genug sind, kann dabei dahin stehen. Denn jedenfalls wird der Geldstrafenregress durch diese Übertragung auch im Beschluss des Reichsarbeitsgerichts wesentlich auf ein Kausalitätsproblem verkürzt.¹⁶ Eine

12 Auch hier u. im Folgenden sind die wörtlichen Zitate RAG, Beschl. v. 27. 11. 1942 – RAG 88/42 – RAGE 27, 43 ff. (45) entnommen.

13 Vgl. RAG, Beschl. v. 27. 11. 1942 – RAG 88/42 – RAGE 27, 43 ff. (47). Auch hier lässt sich (wohl) nicht rekonstruieren, wie das Gewerbegericht Klagenfurt nach der Rückverweisung entschieden hat.

14 Bayer, in: FS K. Schmidt (2009), S. 85 (96); Fleischer, DB 2014⁷, S. 345 (345); Hauff, S. 117; D. Krause, NStZ 2000⁵, S. 225 (229); Krieger, in: FS Bezzenger (2000), S. 211 (213 Fn. 9).

15 RG, Urt. v. 10. 6. 1942 – III 14/42 – RGZ 169, 267 ff. (269). Krit. auch Herschel, DR 1943¹⁸ S. 558 (558): Die Entscheidung des RG betreffe einen „Sonderfall“ u. dürfe „nicht verallgemeinert werden.“

16 Bemerkenswert ist, dass das RAG auf die eigentlich herangezogenen Rechtsgrund-sätze in den weiteren Entscheidungsgründen an keiner Stelle zurückgreift. Es scheint deshalb nur den – vom RG nicht begründeten – Gedanken zugrunde gelegt zu haben, dass Geldstrafen sehr wohl ein ursächlicher Schaden sein könnten.

§ 13 Verteidigung gegen Einwände

Auseinandersetzung mit den schon vom Reichsgericht übersehnen Fragen – Lückenhaftigkeit des Gesetzes, Notwendigkeit und Grenzen der Rechtsfortbildung – findet an keiner Stelle statt, wodurch sich auch die Entscheidung des Reichsarbeitsgericht für heutige Zwecke disqualifiziert.

bb) Ordnungsstrafe für vermutete Schuld

Ferner wurde die streitbefangene Ordnungsstrafe auf eine Vorschrift der Kriegswirtschaft gestützt, die – jedenfalls heute¹⁷ – wegen Verstoßes gegen den Schuldgrundsatz in krassem Widerspruch zu unserem Strafrecht stünde.¹⁸ Denn nach § 8 Abs. 1 Satz 2 Preisstrafen-VO konnte gegen die Betriebsinhaber eine – der Höhe nach nicht beschränkte¹⁹ – Ordnungs(geld)strafe verhängt werden, „wenn sie nicht nachweisen, daß sie die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zur Verhütung der strafbaren Handlung angewandt haben.“²⁰ Wollte der Betriebsinhaber – aus welchem Grund auch immer – diesen ihm möglichen Nachweis nicht erbringen, so bestand die heute undenkbare Möglichkeit, ihm ohne positiven Nachweis eigenen Verschuldens eine Strafe aufzuerlegen, die nicht schon deshalb rechtswidrig war.

cc) Keine Regressfälle denkbar

Selbst wenn man aber die Möglichkeit einer Strafe für vermeintliches Verschulden zugrunde legen wollte,²¹ übersieht das Reichsarbeitsgericht in seinen

17 Noch im Beschl. v. 4. 2. 1959 – 1 BvR 197/53 („Wirtschaftsstrafgesetz“) – BVerfGE 9, 167 ff. (169 ff.) hatte sich das BVerfG nicht dazu durchringen können, eine nicht mehr geltende, auf vermeintlichem Verschulden beruhende Strafvorschrift (i. w. S.) nachträglich für verfassungswidrig zu erklären. Dem lag u. a. die Erwägung zugrunde (173), dass solche Vorschriften im u. kurz nach dem Zweiten Weltkrieg unerlässlich waren. Eine neuerliche Einführung solcher Tatbestände hätte damit wohl auch das BVerfG krit. gesehen.

18 So auch OLG Koblenz, Urt. v. 20. 11. 1979 – 3 U 973/78 – DStR 1981⁸ S. 237 ff. (238) u. Holly/Friedhofen, NZA 1992⁴ S. 145 (151).

19 Ausdr. § 8 Abs. 3 der Preisstrafen-VO, RGBI. I 1939¹⁰⁵ S. 999 (1000): „Das Höchstmaß der Geldstrafe ist unbeschränkt.“

20 Siehe § 8 Abs. 1 Satz 2 (a. E.) der Preisstrafen-VO, RGBI. I 1939¹⁰⁵ S. 999 (1000).

21 Erst recht gilt das Folgende für die heutige Rechtslage, die ohne positiven Nachweis von Verschulden u. Vorwurf zu keiner Sanktion kommen kann – vgl. § 11 Abs. 2, § 12 Abs. 2 u. §§ 15 f. OWiG.

Ausführungen einen ganz wesentlichen Punkt:²² Der Betriebsinhaber soll sich darauf verlassen dürfen, dass der „angestellte Fachmann die dem Gesetz entsprechenden notwendigen Maßnahmen treffe“.²³ Er müsse diese Tätigkeit auch nur insoweit überprüfen, als ihm die „von dem Fachmann begangenen Verstöße auch ohne eingehende Sachkenntnisse hätten auffallen müssen.“²⁴ Erfolge die Verurteilung hingegen „wegen eigener schuldhafter Säumigkeit in der Aufsicht über den Beklagten“ oder wegen eines „ohne Veranlassung des Beklagten begangen Verstoßes“, so könne die Klägerin „Schadensersatz natürlich nicht beanspruchen.“

Nimmt man das Reichsarbeitsgericht beim Wort und denkt man den Gedanken zu Ende, kommt es zu einer geradezu bemerkenswerten Konsequenz: Es bleiben keine Fälle übrig, in denen ein Geldstrafenregress möglich wäre.

Entweder der Betriebsinhaber musste die Arbeit des Fachmannes im konkreten Einzelfall nicht überprüfen, sondern hatte sich auf sie verlassen dürfen. Dann hat er i. S. d. § 8 Abs. 1 Satz 2 Preisstrafen-VO a. E. „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zur Verhütung der strafbaren Handlung angewandt“. Eine Ordnungsstrafe hätte gegen ihn nicht festgesetzt werden dürfen. Begehrte er mit dem Nachweis dieser Voraussetzungen Schadenersatz bei dem Fachmann, so hätte er mit demselben Nachweis schon die insoweit ungerechte – heute: rechtswidrige – Ordnungsstrafe zu Fall bringen können und jedenfalls²⁵ im Hinblick auf § 254 BGB auch müssen.²⁶ Denn „wer sich gegen die

22 Siehe RAG, Beschl. v. 27. 11. 1942 – RAG 88/42 – RAGE 27, 43 ff. (45). Die wörtlichen Zitate sind dort entnommen.

23 Siehe, wenn auch in anderem Zusammenhang, BGH, Beschl. v. 27. 1. 1966 – KRB 2/65 – BGHSt 21, 18 ff. (21): Der Täter kann „sich der ihm obliegenden persönlichen Entscheidung über Recht oder Unrecht seines Tuns nicht schlechthin dadurch entziehen“, dass er „eine Meinungsaußerung eines Rechtskundigen einholt.“ Ähnlich Rengier, in: Karlsruher Komm-OWiG⁵, § 11 Rn. 76 m. w. N.

24 Das entspricht – wenn auch weniger ausdifferenziert – dem heutigen Verständnis eines vorwurfsausschließenden Verbotsirrtums i. S. d. § 17 Abs. 2 OWiG. Details etwa bei Rengier, in: Karlsruher Komm-OWiG⁵, § 11 Rn. 76 ff.

25 Zur Vermeidung von Missverständnissen: Nach hier vertretener Auffassung dürfte die Ordnungsstrafe wegen der dadurch überspielten öffentlich-rechtlichen Wertungen schon nicht als Schaden i. S. d. Ersatzpflichtanordnung anerkannt werden. Wer dies – wie hier das RAG – anders sehen wollte u. einen Ersatzanspruch nicht schon wegen widersprüchlichen Verhaltens – der Kläger verlangt von einem Dritten Ersatz für eine Strafe, die es nicht geben dürfte u. die er selbst zu Fall bringen könnte – ausschließen wollte, müsste die Untätigkeit des Klägers als Mitverschulden i. S. d. § 254 BGB werten.

26 So auch – im obiter dictum – OLG Koblenz, Urt. v. 20. 11. 1979 – 3 U 973/78 – DStR 1981⁸, S. 237 ff. (239).

§ 13 Verteidigung gegen Einwände

Ordnungsstrafe nicht verteidigt, obgleich er es vermag, kann nicht verlangen, daß diese ihm (ganz) von einem Angestellten ersetzt wird.“²⁷

Oder ihm gelingt dieser Nachweis nicht – weder im Straf- noch im Zivilverfahren. Dann hat er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht angewandt. Er hätte sich folglich auf die Arbeit des Fachmannes nicht verlassen dürfen, sondern hätte sie im Rahmen eigener Sachkenntnis überprüfen können und müssen. Die Verurteilung ist „wegen eigener schuldhafter Säumigkeit bei der Aufsicht des Beklagten“ oder gar wegen eines Verstoßes erfolgt, der mit dem Beklagten nichts zu tun hat. Für diese Fälle – in denen alleine eine nicht angreifbare Ordnungsstrafe denkbar ist – hat aber auch das Reichsarbeitsgericht den Schadenersatz ganz selbstverständlich für ausgeschlossen erklärt.

Kurzum: Wo der Regress denkbar ist, darf es die Ordnungsstrafe (so) nicht geben; und wo es die Ordnungsstrafe (so) geben darf, ist ein Regress nicht denkbar.

d) Zwischenergebnis

Nach kritischer Würdigung tragen auch die Gründe des Reichsarbeitsgericht die getroffene Entscheidung nicht. Im Gegenteil ist dort der Nachweis gelungen, dass es denkbare Fälle des Geldstrafenregresses gar nicht geben kann. Vor diesem Hintergrund sollte das Urteil nicht mehr kritiklos zur Stützung eines möglichen Geldstrafenregresses zitiert werden.

3. BGHZ 23, 227 ff.

Das erste Urteil zum Geldstrafenregress unter Geltung des Grundgesetzes, das zugleich Anknüpfungspunkt für die bis heute währende ständige Recht-

27 So ausdr. – wenn auch unter dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens – *Herschel*, DR 1943,¹⁸ S. 558 (559) in der sonst wohlwollenden Anmerkung zur Entscheidung des RAG. Im Anschluss an den Nassauskiesungsbeschluss des BVerfG noch pointierter *Wolfgang/Tervooren*, ZfZ 2004,³ S. 82 (85): „Der althergebrachte Rechtssatz ‚Dulde und Liquidiere‘ gilt nicht mehr. [...] Jetzt heißt es vielmehr ‚Wer sich nicht wehrt, lebt verkehrt‘.“

sprechung ist, stammt aus dem Jahr 1957.²⁸ Es spielt im damals noch von der Militärregierung gesetzten Devisenrecht und befasst sich mit folgendem

Sachverhalt

Klägerin war eine GmbH mit Sitz in „H.“, einer deutschen Stadt wohl in der Britischen Besatzungszone. Sowohl die Klägerin als auch ihr alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer hatten bei der Beklagten Bankkonten eröffnet. Die Klägerin hatte ihrem Geschäftsführer u. a. Lizenzgebühren für Patente zu zahlen und überwies diese und andere Beträge auf dessen Konto. Allerdings hatte der Geschäftsführer, nachdem sein Betrieb und sein Wohnhaus – wohl im Zweiten Weltkrieg – zerstört worden waren, seinen Wohnsitz nach Holland verlegt. Weil er dadurch zum Devisenausländer geworden war, verstießen die verschiedenen Zahlungen zwischen der GmbH und ihm gegen nicht näher bezeichnete Devisenvorschriften des 53. Gesetzes der Militärregierung.²⁹ Wegen dieser Verstöße unterwarf sich die GmbH einer Geldbuße i. H. v. 30 000 DM. Einen Teil dieses Betrages machte die Klägerin gegen die beklagte Bank als Schadenersatz geltend.

Sie stützte ihr Begehren auf den Bankvertrag. Aus ihm sei die Bank dazu verpflichtet gewesen, unzulässige Überweisungen überhaupt zu unterlassen, jedenfalls aber rechtzeitig zu solchen Maßnahmen zu raten, die eine zu erwartende Strafe hätten mindern können. Die Bank bestritt jedes Verschulden und berief sich hilfsweise auf ein Mitverschulden sowohl der Klägerin als auch ihres damaligen Geschäftsführers.

a) Vorinstanz: OLG Düsseldorf

Das Berufungsgericht hatte die Klage abgewiesen. Die Klägerin – so wird es wiedergegeben³⁰ – könne „die ihr auferlegte Buße [...] selbst dann nicht auf die Beklagte abwälzen, wenn ihr nach bürgerlichem Recht ein Ersatz-

28 BGH, Urt. v. 31. 1. 1957 – II ZR 41/56 – BGHZ 23, 222 ff. Die aus heutiger Perspektive ungewöhnlich anmutende Zuständigkeit des II. Senats ergibt sich daraus, dass Rechtsstreitigkeiten über „Ansprüche aus Kontokorrenten (HGB § 355)“ damals noch diesem u. nicht dem XI. Senat zugewiesenen waren. Siehe die Geschäftsverteilungspläne des BGH für die Jahre 1956 u. 1957 für den II. Zivilsenat zu Nr. 3 lit. d) jew. im BAnz¹⁹⁷ v. 10. Oktober 1956 S. 3; BAnz¹⁹ v. 29. Januar 1957 S. 3 u. BAnz¹⁵² v. 10. August 1956 S. 2.

29 Ausf. zu diesem Gesetz u. den damit verbundenen Besonderheiten sogleich c) cc) (S. 523).

30 BGH, Urt. v. 31. 1. 1957 – II ZR 41/56 – BGHZ 23, 222 ff. (224). Siehe aber den Leitsatz u. später (225 f.), wo das Berufungsgericht dafür kritisiert wird, es habe „der Klägerin die Geltendmachung eines Ersatzanspruches auch für den Fall“ eines bestehenden Ersatzanspruches versagen wollen, was in der Sache freilich etwas anderes wäre. Herv. nur hier.

§ 13 Verteidigung gegen Einwände

anspruch zustehen würde.“ Die Entscheidungen des Reichsgerichts und des Reichsarbeitsgerichts, die zu einem anderen Ergebnis gekommen waren, beträfen lediglich fernliegende Ausnahmefälle.³¹ Das OLG Düsseldorf hat sich damit – wenn auch in etwas verklausulierter Form – in die Tradition der Berufungsinstanzen eingereiht: Ein Anspruch auf Ersatz der Geldbuße sei aus Rechtsgründen ausgeschlossen – und zwar auch dann, wenn die Voraussetzungen einer Ersatzpflichtanordnung erfüllt sein sollten.

b) Entscheidung des BGH

Auch der BGH blieb der Tradition treu und wollte sich dem Judiz der Vorinstanzen nicht anschließen. Das Berufungsurteil wurde aufgehoben und die Sache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.³²

Zwar sei es durchaus zutreffend, dass der mit einer öffentlich-rechtlichen Strafe belegte Täter „diese grundsätzlich aus seinem Vermögen selbst tragen“ müsse.³³ Dem stünden die Entscheidungen des Reichsgerichts und des Reichsarbeitsgerichts – auch unabhängig von ihrer Verallgemeinerungsfähigkeit³⁴ – nicht entgegen. Denn ihnen liege der „zutreffende Rechtsgedanke“ zugrunde, dass „es stets eines besonderen Rechtsgrundes“ bedürfe, „der die Abwälzung einer solchen Strafe“ rechtfertige.³⁵ Das Berufungsurteil habe dies verkannt und beruhe deshalb auf „einem grundlegenden Rechtsirrtum“.³⁶ Statt „der Klägerin die Geltendmachung eines Ersatzanspruchs auch für den Fall“ zu versagen, dass „ihr ein solcher nach bürgerlichem Recht“ zustehe, hätte es prüfen müssen, „ob das bürgerliche Recht einen solchen Anspruch aus besonderen Gründen“ gewähre.³⁷ Wo sich ein besonderer Rechtsgrund finden lasse, werde der dergestalt qualifizierte Ersatzanspruch „nicht dadurch ausgeschlossen, daß er inhaltlich auf die Abwälzung der der Klägerin auferlegten Strafe gerichtet“ sei.³⁸

31 Dieser Einwand des Berufungsgerichts findet sich bei BGH, Urt. v. 31. 1. 1957 – II ZR 41/56 – BGHZ 23, 222 ff. (225) in den Gründen.

32 BGH, Urt. v. 31. 1. 1957 – II ZR 41/56 – BGHZ 23, 222 ff. (223).

33 BGH, Urt. v. 31. 1. 1957 – II ZR 41/56 – BGHZ 23, 222 ff. (224).

34 BGH, Urt. v. 31. 1. 1957 – II ZR 41/56 – BGHZ 23, 222 ff. (225): Ob „die beiden genannten Urteile [...], wie das Berufungsgericht“ meine, nur „fernliegende Ausnahmefälle“ beträfen, bedürfe keiner Entscheidung.

35 BGH, Urt. v. 31. 1. 1957 – II ZR 41/56 – BGHZ 23, 222 ff. (225).

36 BGH, Urt. v. 31. 1. 1957 – II ZR 41/56 – BGHZ 23, 222 ff. (225 f.). Zust. *Brommer, Vorstandshaftung*, S. 44.

37 BGH, Urt. v. 31. 1. 1957 – II ZR 41/56 – BGHZ 23, 222 ff. (225 f.).

Einen solchen besonderen Rechtsgrund meinte der BGH jedenfalls³⁹ dann bejahen zu können, wenn zwei Voraussetzungen vorlägen: Zum einen müsse der beklagte Dritte vertraglich verpflichtet sein, „den Täter von der Begehung einer [...] Straftat durch Warnungen oder ähnliche Hinweise zu schützen.“⁴⁰ Zum anderen müsse die Straftat des Täters dadurch veranlasst sein, dass der Dritte ebendiese Pflicht schuldhaft verletzt habe.⁴¹ Sei dies der Fall, stehe „nichts entgegen, einen Erstattungsanspruch für eine bereits gezahlte Strafe [...] zu bejahen“.⁴²

Dies zugrunde gelegt, gäben der Parteivortrag und die Feststellungen des Berufungsgerichtes keinen hinreichenden Anhalt, eine Ersatzpflicht zu verneinen.⁴³ Die Bank sei aus dem Kontokorrentvertrag grundsätzlich dazu verpflichtet, „den Kunden auf solche rechtliche Bedenken aufmerksam zu machen, die sie gegenüber einem ihr erteilten Auftrag des Kunden hat oder bei Anwendung der ihr obliegenden Sorgfalt [...] haben muß.“ Der BGH müsse als Revisionsinstanz von der Unterstellung ausgehen, die Überweisungen seien von der Beklagten bzw. deren Angestellten ohne jeden Hinweis auf mögliche Verstöße gegen Devisenvorschriften ausgeführt worden. Die Tatfrage, ob der Hinweis schuldhaft oder ohne Verschulden unterlassen wurde, werde dadurch zum Dreh- und Angelpunkt für das Vorliegen des besonderen Rechtsgrundes, der allein die Abwälzung der Strafe rechtfertigen könnte. Das lasse sich bislang weder positiv feststellen, noch könne ausgeschlossen werden, dass die Beklagte von dem Hinweis ohne Verschulden habe absehen dürfen, „weil [...] bei dem Kunden eine hinreichende Kenntnis dieser Vorschriften“ angenommen werden konnte. Jedenfalls aber dürfe das

38 BGH, Urt. v. 31. 1. 1957 – II ZR 41/56 – BGHZ 23, 222 ff. (226).

39 Mit der Wendung „jedenfalls“ lässt es sich in der Tat nicht vereinbaren, wenn das OLG Koblenz, Urt. v. 20. 11. 1979 – 3 U 973/78 – DStR 1981⁸, S. 237 ff. (238) u. Dreher, in: FS Konzen (2006), S. 86 (104) den besonderen Rechtsgrund auf gerade diese Konstellation hatten beschränken wollen. Darauf haben Brommer, Vorstandshaftung, S. 42 u. – etwas vorsichtiger – Kaulich, S. 289 (in Fn. 732 a. E.) zutr. hingewiesen. Das allein bedeutet jedoch nicht, dass der BGH mit seiner Einschätzung auch Recht hätte.

40 BGH, Urt. v. 31. 1. 1957 – II ZR 41/56 – BGHZ 23, 222 ff. (225).

41 Die Erteilung eines unverbindlichen Rates oder die Begehung einer unerlaubten Handlung soll dagegen nicht genügen, BGH, Urt. v. 31. 1. 1957 – II ZR 41/56 – BGHZ 23, 222 ff. (225).

42 BGH, Urt. v. 31. 1. 1957 – II ZR 41/56 – BGHZ 23, 222 ff. (225).

43 Dieser Absatz zeichnet die Argumentation in BGH, Urt. v. 31. 1. 1957 – II ZR 41/56 – BGHZ 23, 222 ff. (226 f.) nach. Wörtliche Zitate sind dort entnommen.

§ 13 Verteidigung gegen Einwände

Berufungsurteil, dessen Begründung auf dem grundlegenden Rechtsirrtum beruhe, nicht aufrechterhalten werden.

c) Stellungnahme

Dieses vielfach für überzeugend gehaltene und auch heute noch unkritisch zitierte⁴⁴ Urteil hält einer kritischen Würdigung nicht stand. Es leidet an gleich drei erheblichen Mängeln, die – jeder für sich – das Urteil als Anknüpfungspunkt für eine ständige Rechtsprechung wenigstens zweifelhaft erscheinen lassen. Dass selbstverständlich auch der BGH ohne das hier entwickelte Konzept des Schadens als Lücke operiert, ist dabei keineswegs der gewichtigste Einwand. Denn darüber hinaus postuliert der BGH bewusst eine begründungsbedürftige Ausnahme vom grundsätzlich auch von ihm anerkannten Verbot der Geldstrafenabwälzung, deren Begründung er umfassend schuldig bleibt. Und schließlich befasst sich das Urteil mit einem historisch so extrem gelagerten Ausnahmefall, dass es allein deshalb fraglich erscheint, ob ein dazu entwickelter Rechtsgedanke heute noch ohne Weiteres Anwendung finden könnte.

aa) Schaden als Lücke

Allem voran hat der BGH das Problem des Geldstrafenregresses noch weiter verkürzt als seine Vorgänger. Das Reichsgericht⁴⁵ hatte lediglich den Schaden als Voraussetzung der Ersatzpflicht übersehen und gemeint, den Dreh- und Angelpunkt bei der Frage des Ursachenzusammenhangs suchen zu müssen. Der BGH hat sich hingegen auch damit nicht befasst. Er stellt allein die Frage nach einem qualifizierten Verletzungstatbestand,⁴⁶ namentlich ob der Kläger seinen Ersatzanspruch auf einen „besonderen Rechtsgrund“ stützen könne. Dass der BGH von einer Prüfung von Schaden und Kausalität abgesehen ha-

44 Siehe nur *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 42 ff.; *Hack*, S. 80; *Kersting*, ZIP 2016²⁷; S. 1266 (1267); *J. Koch*, in: GS Winter (2011), S. 327 (336); *R. Koch*, VersR 2015¹⁶; S. 655 (657); *D. Krause*, NStZ 2000⁵; S. 225 (229) u. *Thole*, ZHR 173⁴ (2009), S. 504 (532).

45 Das RAG hatte sich insoweit damit begnügt, die Rechtsgrundsätze des RG für anwendbar zu erklären.

46 Zum Begriff des Verletzungstatbestands u. dazu, dass er keineswegs alle Voraussetzungen der Ersatzpflicht in sich vereint, oben § 4 A. II. 6. a) aa) (S. 110).

ben mag, weil deren Vorliegen im Rahmen der – vermeintlich einschlägigen – §§ 249 ff. BGB tatsächlich unstreitig zu bejahen gewesen wäre, spielt dabei keine Rolle. Die bisherige Untersuchung hat – nunmehr oft genug – gezeigt, dass sich Schaden und Kausalität als Voraussetzung der Ersatzpflicht aus den §§ 249 ff. BGB weder ergeben, noch ergeben können. Mit den wesentlichen und entscheidungserheblichen Fragen – Lückenhaftigkeit des Gesetzes, Notwendigkeit und Grenzen der Rechtsfortbildung – hat sich auch der BGH an keiner Stelle auseinandergesetzt.⁴⁷

Das wiederum bedeutet, dass nicht (nur) das OLG Düsseldorf, sondern (auch) der BGH einem „grundlegenden Rechtsirrtum“ unterlag.⁴⁸ Er hat wesentliche Voraussetzungen der Anspruchsgrundlage schon nicht in seine Prüfung einbezogen und deshalb i. S. d. § 546 ZPO „eine Rechtsnorm [...] nicht richtig angewendet“. Eine gedachte Super-Revisionsinstanz hätte das Urteil wegen einer Verletzung des Rechts aufheben müssen. Keinesfalls sollte dieses (Fehl-)Urteil zum Anknüpfungspunkt für eine ständige Rechtsprechung gemacht werden.

bb) Begründungsdefizit

Ferner begegnet die Begründung des BGH auch jenseits dieses grundlegenden Einwandes schwerwiegenden Bedenken. Schiebt man nämlich den Schleier an Schein-Begründungen beiseite, so stellt sich heraus, dass der BGH an beinahe allen entscheidenden Stellen seiner Argumentation jede Begründung schuldig geblieben ist: Sein Ausgangspunkt ist die These, dass der „Täter, dem eine öffentlich-rechtliche Strafe auferlegt ist, diese grundsätzlich aus seinem Vermögen“ und deshalb selbst tragen solle.⁴⁹ Auch der BGH ging folglich davon aus, dass die Abwälzung der Strafe eine rechtferdigungsbedürftige Ausnahme sei. Das wird besonders deutlich, wenn man eines seiner Argumente umkehrt: Der BGH sagt, ein vom bürgerlichen Recht aus besonderen Gründen gewährter Ersatzanspruch werde nicht dadurch

47 Zu Recht hat *Ebert*, in: *Erman*,¹² § 249 Rn. 57 dem Urteil noch Indifferenz attestiert. Allerdings ist diese Aussage seit der 13. Aufl. verschwunden.

48 So der Vorwurf des BGH, Urt. v. 31. 1. 1957 – II ZR 41/56 – BGHZ 23, 222 ff. (225 f.) zum i. E. richtigen Berufungsurteil des OLG Düsseldorf.

49 BGH, Urt. v. 31. 1. 1957 – II ZR 41/56 – BGHZ 23, 222 ff. (224). Zwar hat der BGH auch diese These mit keinem Wort begründet. Vor dem Hintergrund der Wirkungsweise des Strafrechts, wie sie hier (dazu oben § 7 C. [S. 209]) verstanden wird, ist sie jedoch nicht zu beanstanden.

ausgeschlossen, dass er inhaltlich auf die Abwälzung einer Strafe gerichtet sei.⁵⁰ Das kann im Umkehrschluss nur bedeuten, dass ein darauf gerichteter Ersatzanspruch sehr wohl ausgeschlossen sein muss, wenn das bürgerliche Recht ihn nicht aus einem besonderen, sondern nur aus einem gewöhnlichen Grund gewährt.⁵¹

Entsprechend macht es sich der BGH zu leicht, wenn er den Ersatzanspruch jedenfalls dann bejahen will, wenn die beklagte Bank ihre vertragliche Pflicht zur Verhütung von Straftaten des Klägers verletzt habe. Denn er operiert hier mit gleich drei eng miteinander verwobenen Behauptungen, von denen jede einzelne begründungsbedürftig wäre, er aber keine einzige begründet: Erstens behauptet er,⁵² dass die Pflichtverletzung der beklagten Bank einen besonderen Rechtsgrund abgebe. Worin diese Besonderheit liege und was diese Pflichtverletzung von den nur gewöhnlichen Rechtsgründen unterscheide, wird mit keinem Wort erläutert.⁵³ Zweitens behauptet er, dass dieser als besonders postulierte Rechtsgrund die ausnahmsweise Abwälzung der Strafe rechtfertige. Auch insoweit hat er jedoch an keiner Stelle erläutert, welchen Voraussetzungen ein besonderer Rechtsgrund zur Rechtfertigung einer Straf-Abwälzung genügen muss. Entsprechend kann schon nicht untersucht werden, ob die Pflichtverletzung der beklagten Bank hierunter zu subsumieren ist.⁵⁴ Schließlich ist schon die Ausgangsthese eine an keiner Stelle begründete

50 Siehe BGH, Urt. v. 31. 1. 1957 – II ZR 41/56 – BGHZ **23**, 222 ff. (226).

51 Deshalb muss es verwundern, wenn der BGH 40 Jahre später im Urt. v. 14. 11. 1996 – IX ZR 215/95 – JZ 1997²³ S. 1177 ff. (1178) unter Verweis auf dieses Urt. davon spricht, dass es „für die Frage eines Ersatzanspruches allein darauf“ ankomme, „ob ein solcher sich aus den *allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts*“ ergebe. Herv. nur hier. Dazu noch ausf. II. 2. c) aa) (S. 536).

52 BGH, Urt. v. 31. 1. 1957 – II ZR 41/56 – BGHZ **23**, 222 ff. (225). Die vorstehenden Ausführungen, dem Berufungsgericht sei teilweise zuzustimmen u. auf die Verallgemeinerungsfähigkeit der Entscheidungen des RG u. des RAG komme es nicht an, können schwerlich als Begründung gewertet werden.

53 Vielmehr begnügt sich der BGH, Urt. v. 31. 1. 1957 – II ZR 41/56 – BGHZ **23**, 222 ff. (225) mit einer dreifachen Negativ-Abgrenzung: 1.) Ein besonderer Rechtsgrund sei nicht anzunehmen, weil eine Tat von mehreren begangen sei. 2.) Ob es sich bei den Entscheidungen von RG u. RAG um Sonderfälle gehandelt habe, bedürfe keiner Entscheidung. 3.) Dass sich besondere Rechtsgründe nicht sehr häufig feststellen ließen, möge zutreffen, sei aber ohne Bedeutung. Ein positives Argument zur Begründung der Besonderheit des Rechtsgrundes wird nirgends gegeben.

54 Mehr noch: Der BGH hat seinen „besonderen Rechtsgrund“ aus der verallgemeinerten Umschreibung der Pflichtverletzung der Beklagten entwickelt u. deren Pflichtverletzung dann hieran gemessen. Damit liegt jedenfalls insoweit keine Begründung, sondern ein Zirkelschluss vor.

Unterstellung. Selbst wenn es einen zutreffenden Rechtsgedanken gäbe, dass es stets eines besonderen Rechtsgrundes bedürfe, der die Abwälzung einer solchen Strafe rechtfertige, blieben damit alle entscheidenden Fragen offen. Der besondere Rechtsgrund ist in dieser Formulierung eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung. Und Gründe, weshalb der – letztlich aus der Luft gegriffene⁵⁵ – Rechtsgedanke zutreffend sein sollte, gibt der BGH auch nicht an.

Der BGH sagt also: Geldstrafen sind grundsätzlich von dem verurteilten Täter selbst zu tragen, die Abwälzung einer Strafe ist eine rechtfertigungsbedürftige Ausnahme. Gerechtfertigt ist sie nur dort, wo ein besonderer Rechtsgrund vorliegt. Zu einem besonderen wird dieser Rechtsgrund nur, wenn er in der Lage ist, die Abwälzung der Strafe zu rechtfertigen. Kurzum:⁵⁶ Die Abwälzung einer Strafe ist als rechtfertigungsbedürftige Ausnahme immer dann gerechtfertigt, wenn es einen besonderen Rechtsgrund gibt, der diese Abwälzung rechtfertigt.

cc) Verfassungswidrige Geldbuße

Schließlich handelt es sich auch bei der hier streitbefangenen Geldbuße um einen – heute unvorstellbaren, fast schon absurden – Sonderfall. Grundlage war der zum Besatzungsrecht⁵⁷ gehörende Art. VIII MilRegG Nr. 53.⁵⁸

55 Dass die beiden Entscheidungen, denen der Gedanke zugrunde liegen soll, keinen tauglichen Anknüpfungspunkt liefern, ist oben nachgewiesen u. auch vom BGH nicht behauptet worden. Eine darüber hinaus gehende Erläuterung zu Herkunft u. Berechtigung des Gedankens liefert er an keiner Stelle.

56 Damit dürfte die Begründung des BGH jedenfalls in der Nähe eines Zirkelschlusses liegen, der ihm von *Holly/Friedhofen*, NZA 1992⁴ S. 145 (151) vorgeworfen wird.

57 Kompakt wie instruktiv der historische Abriss zum damaligen Rechtszustand in: BT-Drs. III/1285, S. 229 (li. Sp. ff.) u. bei BVerfG, Beschl. v. 21. 3. 1961 – 1 BvL 3/58 u. a. („*Devisenbewirtschaftung*“) – BVerfGE 12, 281 ff. (282 ff.). Zu den Besonderheiten im Interzonengeschäft zwischen West- u. Ost-Deutschland siehe den Beschl. v. 16. 2. 1965 – 1 BvL 15/62 („*Interzonengeschäft I*“) – BVerfGE 18, 353 ff. (353 ff.) u. den Beschl. v. 3. 11. 1982 – 1 BvR 210/79 („*Interzonengeschäft II*“) – BVerfGE 62, 169 ff. (169 ff.).

58 Darunter seien im Folgenden die im Wesentlichen gleichlautenden Gesetze Nr. 53 der amerikanischen u. britischen Militärregierung sowie die Verordnung Nr. 235 des französischen Hohen Kommissars in Deutschland gemeint. In der Neufassung v. 18. September 1949 sind sie veröffentlicht im ABl. MReg (AmZ) v. 21. September 1949, Ausgabe O, S. 20 ff., im ABl. MReg (BrZ) v. 8. Oktober 1949,³⁹ Teil 5 B,

§ 13 Verteidigung gegen Einwände

Danach konnte – auch als juristische Person⁵⁹ – bestraft werden, wer gegen die Bestimmungen dieses Gesetzes verstieß.⁶⁰ Art. I Abs. 1 MilRegG Nr. 53 enthielt insoweit ein umfassendes Verbot jeglichen Außenhandels mit Erlaubnisvorbehalt.⁶¹ Verboten waren u. a. – nach lit. c) – alle Geschäfte über „im Gebiet befindliche Vermögenswerte, die [...] im Eigentum [...] von Personen außerhalb des Gebietes stehen“.

Nur wenige Jahre nach dem Urteil des BGH stellte das BVerfG fest, dass „ein generelles Verbot jeglichen Außenhandels“ und mit ihm der „absolute Verbotsgrundsatz des Art. I der Devisenbewirtschaftungsgesetze mit Art. 12 Abs. 1 GG nicht vereinbar“ sei.⁶² Wenngleich das bisherige devisenrechtliche System „mit der Verfassung nicht voll in Einklang“ stand, habe man es auch nach Beendigung des Besetzungsregimes fortführen müssen, schon um eine „chaotische Unordnung“ durch „regellose Freiheit“ zu vermeiden.⁶³ Die „Duldung [des Art. 12 Abs. 1 GG] nicht voll entsprechenden Übergangszustandes“ war jedoch nur möglich gewesen, weil die dafür „unerlässliche Voraussetzung“ erfüllt worden war.⁶⁴ Die „auf prinzipielle Freiheit des Au-

S. 14 ff. u. dem ABl. des französischen Oberkommandos in Deutschland v. 20. September 1949³⁰⁵ S. 2155 ff.

59 Nach Art. X lit. a) MilRegG Nr. 53 bedeutet „Person“ i. S. d. Gesetzes u. a. auch „jede Personenvereinigung oder juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts“. Zum vergleichbaren „Stahl-Händler“-Urteil des BGH u. wie er eine solche Geldstrafe/-buße verstanden wissen wollte, oben § 9 B. II. (S. 295).

60 Art. VIII Abs. 1 MilRegG Nr. 53: „Wer gegen die Bestimmungen dieses Gesetzes [...] verstößt, macht sich strafbar und wird, wenn schuldig befunden, [...] bestraft.“ — Abs. 2: „Falls [die] beschuldigte Person die Auferlegung einer Geldbuße der Durchführung eines Strafverfahrens vorzieht, so kann die Verwaltungsbehörde eine derartige Buße [...] verhängen.“

61 Art. I Abs. 1 MilRegG Nr. 53: „Vorbehaltlich einer von der Militärregierung [...] erteilten Ermächtigung sind alle Geschäfte verboten, die zum Gegenstande haben oder sich beziehen auf: [lit. a)–h)]“.

62 BVerfG, Beschl. v. 21. 3. 1961 – 1 BvL 3/58 u. a. („Devisenbewirtschaftung“) – BVerfGE 12, 281 ff. (295). Das Gericht räumt gleichwohl ein, dass im Jahre 1961 das „absolute Verbot nur noch im rechtstechnischen Sinne“ bestand, „praktisch aber durch die Fülle der Ausnahmeregelungen überholt“ worden sei. Ob dieser mehr oder weniger verfassungskonforme Zustand im Hinblick auf Art. 12 GG schon in den Jahren 1951–1953, also der Zeit des BGH-Urteils bestand, lässt sich kaum mehr rekonstruieren. Ein Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip wurde im Beschl. v. 3. 11. 1982 – 1 BvR 210/79 („Interzonenhandel II“) – BVerfGE 62, 169 ff. (181 ff.) angenommen, soweit damit die Wahrung des Gegenseitigkeitsprinzips im Verhältnis zwischen BRD u. DDR gesichert werden sollte.

63 BVerfG, Beschl. v. 21. 3. 1961 – 1 BvL 3/58 u. a. („Devisenbewirtschaftung“) – BVerfGE 12, 281 ff. (292 u. 293).

ßenhandels [...] gerichtete Entwicklung“ war „planmäßig und ohne grundätzliche Abweichung weitergeführt“, „die Vorarbeiten für ein neues, dem Grundgesetz entsprechendes deutsches Gesetz“ waren alsbald aufgenommen worden und „bis zu dem Inkrafttreten dieses Gesetzes“ würde „nicht zu viel Zeit verstreichen“.⁶⁵

Weil aber das besagte (Außenwirtschafts-)Gesetz auf den Handel zwischen West- und Ost-Deutschland nicht (umfassend) anwendbar war,⁶⁶ konnte das BVerfG zwei Jahrzehnte später ausdrücklich bezweifeln, ob die weitere Anwendung des MilRegG Nr. 53 „für den innerdeutschen nichtkommerziellen Zahlungsverkehr noch verfassungsrechtlich zulässig“ sei.⁶⁷ Das Gesetz sei „in einer rechtlich wie politisch extrem gelagerten historischen Ausnahmesituation entstanden; deutsche Stellen hatten auf seine rechtstechnische Ausgestaltung keinen Einfluß“.⁶⁸ Es handle sich um eine Regelung, „die in einer Normalsituation unter der Herrschaft des Grundgesetzes erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken“ begegne.⁶⁹

Mit anderen Worten: Das Urteil des BGH befasst sich mit der zivilrechtlichen Nachbereitung einer Geldbuße, die es in der heutigen Normalsituation unter der Herrschaft des Grundgesetzes so nicht geben dürfte. Sie beruhte auf einer Vorschrift, die aus einer politisch wie rechtlich extrem gelagerten historischen Ausnahmesituation geboren war, schon damals mit der Verfassung nicht voll in Einklang stand und nur wegen der Unmöglichkeit verfassungskonformer Zustände für eine Übergangszeit hingenommen werden

64 BVerfG, Beschl. v. 21. 3. 1961 – 1 BvL 3/58 u. a. („*Devisenbewirtschaftung*“) – BVerfGE 12, 281 ff. (293 f.) auch zum Folgenden.

65 Das Außenwirtschaftsgesetz v. 28. 4. 1961 (AWG), BGBI. I²⁹ S. 481 ff. ist dem Bundestag im Jahre 1959 als BT-Drs. III/1285 vorgelegt worden. Mit seinem vier Monate auf die Verkündung folgenden Inkrafttreten – § 52 AWG (S. 494) – sollte das MilRegG Nr. 53 auf den Außenwirtschaftsverkehr nicht mehr anzuwenden sein – § 47 Abs. 1 Nr. 1 AWG (S. 492). Für den Handel zwischen Ost- u. West-Deutschland galt es gleichwohl bis zur Wiedervereinigung fort.

66 Nach BVerfG, Beschl. v. 16. 2. 1965 – 1 BvL 15/62 („*Interzonenhandel I*“) – BVerfGE 18, 353 ff. (354) sei der Interzonenhandel weder Außenhandel, noch reiner Binnenhandel, weil zwischen der BRD u. der Sowjetischen Besatzungszone eine Herrschaftsgrenze, nicht aber eine Zollgrenze bestand.

67 BVerfG, Beschl. v. 3. 11. 1982 – 1 BvR 210/79 („*Interzonenhandel II*“) – BVerfGE 62, 169 ff. (181 u. ff.).

68 BVerfG, Beschl. v. 3. 11. 1982 – 1 BvR 210/79 („*Interzonenhandel II*“) – BVerfGE 62, 169 ff. (182) m. Verw. auf den Beschl. v. 16. 2. 1965 – 1 BvL 15/62 („*Interzonenhandel I*“) – BVerfGE 18, 353 ff. (363).

69 BVerfG, Beschl. v. 3. 11. 1982 – 1 BvR 210/79 („*Interzonenhandel II*“) – BVerfGE 62, 169 ff. (182).

musste. Bei einer solchen Geldbuße mag es tatsächlich nicht ausgeschlossen gewesen sein,⁷⁰ dass das Verschulden der Bank sanktionserhöhend in die Geldbuße eingepreist worden ist, ohne dass die Klägerin sich gegen diesen Aufschlag hätte wehren können. Und in diesem Falle mag es möglicherweise auch (ge-)recht gewesen sein, den Aufschlag im Wege einer zivilrechtlichen Umverteilung an die dafür zuständige Bank weiterzugeben.

Bei einer Geldbuße, wie sie heute rechtmäßig verhängt werden könnte, ist diese Sondersituation jedoch völlig ausgeschlossen. Die Geldbuße ist gem. § 17 Abs. 3 Satz 1 OWiG u. a. nach dem Vorwurf zu bemessen, der den Täter trifft. Entweder der Rechtsverstoß kann dem Täter trotz des unterbliebenen Hinweises der Bank vorgeworfen werden.⁷¹ Nur dann bildet die Geldbuße einen ihn treffenden Vorwurf ab, der gerade nicht Verantwortung der Bank ist, und nur dann kann die Geldbuße auch der Höhe nach rechtmäßig sein. Oder der fehlende Hinweis der Bank schließt insoweit die Vorwerfbarkeit beim Täter aus. Dann aber darf die Geldbuße den (nur) der Bank zu machenden Vorwurf gegenüber dem Täter nicht sanktionserhöhend berücksichtigen. Tut sie es gleichwohl, so ist sie insoweit zu hoch bemessen und deshalb rechtswidrig. Sie müsste insoweit vom Täter gegenüber dem Staat zu Fall gebracht werden. Allein die zivilrechtliche Umverteilung des rechtswidrigen Bußgeldanteils würde diesen nicht rechtmäßig machen.

Aus heutiger Perspektive kann aus alledem nur folgender Schluss gezogen werden: Selbst wenn das Kartenhaus aus nicht begründeten Behauptungen für die damalige Ausnahme-Geldbuße Recht gewesen sein sollte; auf heutige Fälle kann und sollte der dazu entwickelte Rechtsgedanke des BGH nicht – jedenfalls nicht unkritisch – übertragen werden.

70 Allerdings heißt es im Tatbestand bei BGH, Urt. v. 31. 1. 1957 – II ZR 41/56 – BGHZ 23, 222 ff. (223), die Klägerin habe sich am 24. August 1953 einer Geldbuße unterworfen. Art. VIII Abs. 2 MilRegG Nr. 53 hatte diese Möglichkeit für Fälle vorgesehen, in denen der Täter die Durchführung eines Strafverfahrens vermeiden wollte. Das wird wohl bedeuten, dass die Klägerin sich nicht unter Verweis auf ein mögliches Verschulden der Bank gegen die eigene, offenbar für zu hoch empfundene u. deshalb wohl damals schon rechtswidrige Sanktion zur Wehr gesetzt hat.

71 So auch *Hillenkamp*, in: FS Lackner (1987), S. 455 (463). Zust., wenn auch ausdr. nur zur Konstellation des Arbeitnehmers, *Holly/Friedhofen*, NZA 1992⁴, S. 145 (151).

4. Zwischenergebnis

Die ursprüngliche Entscheidungstrias hat danach für die Möglichkeit des Geldstrafen- und Geldbußen-Regresses kein einziges überzeugendes Argument hervorgebracht. Allen Entscheidungen liegt wohl die unausgesprochene Annahme zugrunde, der Schaden sei durch den von §§ 249 ff. BGB vorgegebenen Zustandsvergleich zu ermitteln. Hierauf aufbauend ist die Schadensqualität der Geldbuße tatsächlich zwingend.

Tatsächlich aber, das hat diese Arbeit nun schon mehrfach herausgestellt, handelt es sich bei eben dieser Grundannahme um einen „grundlegenden Rechtsirrtum“.⁷² Der Schaden als Voraussetzung der Ersatzpflicht kann sich schon logisch nicht aus den §§ 249 ff. BGB ergeben, die ihrerseits das Vorliegen einer Ersatzpflicht voraussetzen. Diese entscheidende Stellschraube der Ersatzpflichtanordnung, aus der hier die Unmöglichkeit des Geldbußenregresses entwickelt wurde, ist in keiner der Entscheidungen erkannt und diskutiert worden. Auch jenseits dieser grundsätzlichen Einwände weisen die Entscheidungen eine Vielzahl von Widersprüchen, Inkonsistenzen und Begründungslücken auf. Eine nur hierauf gestützte ständige Rechtsprechung vermag den hier eingenommenen Standpunkt deshalb nicht zu entkräften.

II. Sanktionsabwälzung in der jüngeren Rechtsprechung

Knappe vier Jahrzehnte sollte es dauern, bis der BGH erneut Gelegenheit hatte, sich zu dem Problem zu äußern.¹ In der Zwischenzeit hatten sich die Instanz- und Obergerichte² darum bemüht, die zu eng begrenzten Ausnahmefällen ergangene Rechtsprechungslinie auf eben diese Ausnahmen zu beschränken. Dabei ist es jedoch nicht gelungen, die regelmäßige Unmöglichkeit des Regresses methodisch überzeugend zu begründen. Deshalb konnte der BGH dieser Entwicklung ein jähes Ende setzen und die Möglichkeit des Sanktionsregresses endgültig zum nicht mehr hinterfragten Dogma machen.

Entscheidend wird aber sein, ob es dem BGH seinerseits gelungen ist, das von der ursprünglichen Entscheidungstrias geerbte Begründungsdefizit

72 So der gegen die i. E. zutr. Begründung des Berufungsurteils gerichtete Vorwurf des BGH, Urt. v. 31. 1. 1957 – II ZR 41/56 – BGHZ 23, 222 ff. (225 f.).

1 Urt. v. 14. 11. 1996 – IX ZR 215/95 – JZ 1997²³ S. 1177 ff. m. Vorsicht anmahnder Anmerkung von Ebke/Mößle, JZ 1997²³ S. 1179 ff.

2 Siehe die Zusammenstellungen bei Ebke/Mößle, JZ 1997²³ S. 1179 (1179 m. Fn. 1) u. bei Späth, DStZ 1990,¹⁸ S. 467 (468 mit Fn. 4), sowie sogleich in den Fn.

§ 13 Verteidigung gegen Einwände

zu überwinden. Nur dann wäre die entgegenstehende Rechtsprechung ein ernstzunehmender Einwand gegen den hier eingenommenen Standpunkt.

1. Tendenz zur Beschränkung

Soweit sich die Rechtsprechung zwischen den beiden Entscheidungen des BGH³ mit dem Regressproblem hatte befassen müssen, ist die Möglichkeit des Sanktionsregresses durchweg verneint worden.⁴ Das war von dem – nach hier vertretener Auffassung exakt zutreffenden – Wunsch getragen, die Verbindlichkeit der straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktion zugrundeliegenden Wertungen auch im Zivilrecht zu gewährleisten.⁵ Obwohl die Verfahren sehr verschiedene Konstellationen betrafen und sich die Begründungen im Detail durchaus unterschieden, hatte sich ein sehr einheitlicher Argumentationskern herausgebildet, der im Folgenden kurz wiedergegeben sein soll.

a) Ausgangspunkt

Ganz selbstverständlich sei derjenige, der schuldhaft seine vertraglichen Pflichten verletze, zum Ersatz aller daraus unmittelbar und mittelbar hervorgehenden Schäden verpflichtet.⁶ Ob aber dieser verursachte und zu ersetzende Schaden auch Geldstrafen und Bußgelder erfasse, sei jedenfalls nicht zwingend.⁷ Denn nach Sinn und Zweck der Strafe soll der Täter die Folgen seiner Straftat verspüren; dazu müsse er sie aus eigenem Vermögen tragen und dürfe er sie wenigstens im Regelfall nicht auf einen Dritten abwälzen können.⁸

³ Gemeint sind das Urt. v. 31. 1. 1957 – II ZR 41/56 – BGHZ 23, 222 ff. u. das Urt. v. 14. 11. 1996 – IX ZR 215/95 – JZ 1997²³ S. 1177 ff.

⁴ OLG Koblenz, Urt. v. 20. 11. 1979 – 3 U 973/78 – DStR 1981⁸ S. 237 ff.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 22. 1. 1987 – 18 U 146/86 – StB 1988, S. 97 f.; OLG Stuttgart, Urt. v. 30. 1. 1989 – 2 U 83/88 – StB 1989⁶ S. 200 f. (200); OLG München, Urt. v. 28. 3. 1990 – 20 U 2259/89 – DStZ 1990¹⁸ S. 467; LG München I, Urt. v. 23. 12. 1976 – 10 O 13 799/76 – DStR 1978¹ S. 51 u. AG Langenfeld, Urt. v. 31. 3. 1989 – 12 C 737/88 – StB 1991² S. 65 f.

⁵ So die Einschätzung bei Ebke/Mößle, JZ 1997²³ S. 1179 (1179).

⁶ OLG Koblenz, Urt. v. 20. 11. 1979 – 3 U 973/78 – DStR 1981⁸ S. 237 ff. (238).

⁷ OLG Koblenz, Urt. v. 20. 11. 1979 – 3 U 973/78 – DStR 1981⁸ S. 237 ff. (238); OLG Düsseldorf, Urt. v. 22. 1. 1987 – 18 U 146/86 – StB 1988, S. 97 f. (98).

Den BGH wählten die Gerichte bei dieser Einschätzung hinter sich. Die ursprüngliche Entscheidungstrias wurde überwiegend⁹ kritiklos wiedergegeben und deren Ergebnis pflichtschuldig zur Kenntnis genommen.¹⁰ Die Abwälzung einer Geldsanktion sei eine begründungsbedürftige Ausnahme.¹¹ Sie bedürfe stets eines besonderen Rechtsgrundes. Das Unbehagen gegenüber diesen Grundsätzen wird jedoch deutlich, wenn dem BGH nachgerade unterstellt wird,¹² er habe diesen besonderen Rechtsgrund ausschließlich dort anerkennen wollen, wo es um die Verletzung einer vertraglichen Pflicht zur Verhütung von Straftaten gehe.¹³

Und tatsächlich schien sich die Regressfrage mit dem Erfordernis einer qualifizierten Pflichtverletzung nicht überzeugend begründen zu lassen. Denn auch in den Fällen, in denen das Vorliegen überhaupt einer Pflichtverletzung verneint wurde,¹⁴ sahen sich die Gerichte dazu veranlasst, quasi als obi-

8 Damit haben OLG Koblenz, Urt. v. 20. 11. 1979 – 3 U 973/78 – DStR 1981⁸ S. 237 ff. (238) u. OLG Düsseldorf, Urt. v. 22. 1. 1987 – 18 U 146/86 – StB 1988, S. 97 f. (98) den Grund für den grds. Verbleib der Strafe beim Täter ausgesprochen, der bei BGH, Urt. v. 31. 1. 1957 – II ZR 41/56 – BGHZ 23, 222 ff. (224) noch im Dunkeln geblieben war.

9 Immerhin auf die Besonderheit der jew. Fallgestaltungen haben OLG Koblenz, Urt. v. 20. 11. 1979 – 3 U 973/78 – DStR 1981⁸ S. 237 ff. (238) u. OLG Düsseldorf, Urt. v. 22. 1. 1987 – 18 U 146/86 – StB 1988, S. 97 f. (98) hingewiesen. Jenes wollte vor allem bei der Entscheidung des RAG beachtet wissen, dass die dortige Geldbuße „nach den heute geltenden rechtsstaatlichen Prinzipien“ so nicht mehr würde festgesetzt werden können.

10 Anders nur LG München I, Urt. v. 23. 12. 1976 – 10 O 13 799/76 – DStR 1978,¹ S. 51 (51), das es ohne Hinweis auf den BGH u. ausnahmslos für „mit dem Sinn und Zweck einer Strafe bzw. einer verschuldensunabhängigen Ordnungsmaßnahme nicht vereinbar“ ansieht, „wenn es möglich wäre, diese im Wege des Schadensersatzes auf Dritte abzuwälzen.“

11 OLG Koblenz, Urt. v. 20. 11. 1979 – 3 U 973/78 – DStR 1981⁸ S. 237 ff. (238); OLG Stuttgart, Urt. v. 30. 1. 1989 – 2 U 83/88 – StB 1989⁶ S. 200 f. (201). Bemerkenswert ist das OLG München, Urt. v. 28. 3. 1990 – 20 U 2259/89 – DStZ 1990,¹⁸ S. 467 (467), das diesen Gedanken der Rspr. entnimmt, ohne dabei auf den BGH, das RG oder das RAG zu verweisen.

12 BGH, Urt. v. 31. 1. 1957 – II ZR 41/56 – BGHZ 23, 222 ff. (225) wollte die Abwälzung der Geldsanktion „jedenfalls“ in diesen Fällen bejahen. Er hat die Ausnahmen gerade nicht auf diese Konstellation beschränkt. Insoweit zutr., wenn auch ausschließlich gegen den entsprechenden Gedanken bei Dreher, in: FS Konzen (2006), S. 86 (104) gerichtet, Brommer, Vorstandshaftung, S. 42 u. – etwas vorsichtiger – Kaulich, S. 289 (in Fn. 732 a. E.).

13 So OLG Koblenz, Urt. v. 20. 11. 1979 – 3 U 973/78 – DStR 1981⁸ S. 237 ff. (238) u. OLG Stuttgart, Urt. v. 30. 1. 1989 – 2 U 83/88 – StB 1989⁶ S. 200 f. (201).

ter dictum auch die Ursächlichkeit einer möglicherweise nur unterstellten Pflichtverletzung für den Bußgeld-„Schaden“ zu verneinen. Wohl aus vermeintlicher Alternativlosigkeit erschien die Schadenszurechnung als einzig verbleibendes Einfallstor für die notwendigen wertenden Korrekturen.¹⁵ Teilweise wurde versucht, die Ursächlichkeit der Pflichtverletzung schlechthin in Abrede zu stellen.¹⁶ Teilweise wurde der Rechtswidrigkeitszusammenhang verneint bzw. vertreten, der Nachteil des Sanktionsübelns liege außerhalb des Schutzzwecks der verletzten Norm.¹⁷ Keiner dieser Wege war in der Lage, das gewünschte – und zutreffende – Ergebnis überzeugend zu begründen. Denn in beiden Varianten ging die Begründung an den eigens gesetzten Maßstäben vorbei.

b) Pflichtverletzung nicht ursächlich

Dass die Pflichtverletzung des Steuerberaters für die spätere Geldbuße nicht ursächlich gewesen sein sollte, wurde auf die Art und Weise der Sanktionszumessung gestützt.¹⁸ Der Steuerpflichtige werde nicht bestraft, weil er sich das Verhalten seines Beraters zurechnen lassen müsste, noch werde ein mögliches Fehlverhalten des Steuerberaters bei der Bemessung sanktionserhöhend berücksichtigt. Maßgeblich für das Ob und die Höhe der Sanktion sei allein das Verhalten des jeweiligen Steuerpflichtigen selbst. Eine Sanktion werde nur festgesetzt, wenn dem Täter nach Abzug aller ihn entschuldigenden

14 OLG Stuttgart, Urt. v. 30. 1. 1989 – 2 U 83/88 – StB 1989⁶, S. 200 f. (201) u. OLG München, Urt. v. 28. 3. 1990 – 20 U 2259/89 – DStZ 1990¹⁸, S. 467 (467). OLG Koblenz, Urt. v. 20. 11. 1979 – 3 U 973/78 – DStR 1981⁸, S. 237 ff. (238) ließ offen, ob die erkannte Pflichtverletzung einen besonderen Rechtsgrund in diesem Sinne abgebe. AG Langenfeld, Urt. v. 31. 3. 1989 – 12 C 737/88 – StB 1991², S. 65 f. (66) ließ die Frage nach einer Pflichtverletzung von vornherein dahinstehen.

15 Zu demselben Versuch im Kapitalgesellschaftsrecht u. den damit verbundenen methodischen Tücken bereits oben § 3 C. I. 2. (S. 76) u. § 3 C. II. 3. a) (S. 86).

16 So etwa OLG Stuttgart, Urt. v. 30. 1. 1989 – 2 U 83/88 – StB 1989⁶, S. 200 f. (201); LG München I, Urt. v. 23. 12. 1976 – 10 O 13 799/76 – DStR 1978¹, S. 51 (51) u. AG Langenfeld, Urt. v. 31. 3. 1989 – 12 C 737/88 – StB 1991², S. 65 f. (66).

17 OLG Koblenz, Urt. v. 20. 11. 1979 – 3 U 973/78 – DStR 1981⁸, S. 237 ff. (238) u. OLG Düsseldorf, Urt. v. 22. 1. 1987 – 18 U 146/86 – StB 1988, S. 97 f. (98). In der Tendenz sieht auch LG München I, Urt. v. 23. 12. 1976 – 10 O 13 799/76 – DStR 1978¹, S. 51 (51) das Sanktionsübel außerhalb des Schutzzwecks der Norm.

18 Siehe – auch zum Folgenden – OLG Stuttgart, Urt. v. 30. 1. 1989 – 2 U 83/88 – StB 1989⁶, S. 200 f. (201) u. LG München I, Urt. v. 23. 12. 1976 – 10 O 13 799/76 – DStR 1978¹, S. 51 (51).

Umstände ein Vorwurf gemacht werden könne¹⁹ – sprich: wenn er sich trotz Rückversicherung beim Fachmann sorgfaltspflichtwidrig und vorwerfbar verhalten habe.²⁰ Dann aber beruhe die Geldbuße nur auf dem eigenen Fehlverhalten des Täters. Das Verhalten des Steuerberaters sei für sie gerade nicht ursächlich geworden.

Inhaltlich ist dem wenig entgegenzuhalten. An der Frage des Zurechnungszusammenhangs geht der Gedanke gleichwohl vorbei. Denn dabei geht es – auf einer ganz grundlegenden Ebene – schlicht darum, ob das Verhalten des Steuerberaters condicio sine qua non für das spätere Sanktionsübel war.²¹ Dem Berater wird im Regressprozess gerade vorgeworfen, er habe den Steuerpflichtigen nicht von eigenem, individuell vorwerfbarem Verhalten abgehalten. Denkt man folglich das unterlassene pflichtgemäße Verhalten des Steuerberaters hinzu,²² so hätte der Steuerpflichtige gar kein Fehlverhalten an den Tag gelegt. Mangels eines individuellen vorwerfbaren Fehlverhaltens hätte eine Geldbuße in keiner Höhe festgesetzt werden können. Das unterlassene Verhalten des Steuerberaters kann deshalb nicht hinzu gedacht werden, ohne dass der eingetretene Nachteil des Sanktionsübels mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfiele. In diesem Sinne ist sein Verhalten für den eingetretenen Nachteil sehr wohl ursächlich gewesen.

c) Schutzzweck der Norm

Der Versuch, den eingetretenen Nachteil aus dem Schutzzweck der Norm auszuklammern, erfolgte in derselben Weise wie in der heutigen kapitalgesellschaftsrechtlichen Diskussion. Deshalb gilt das oben²³ Gesagte entsprechend. Nach der Lehre vom Schutzzweck der Norm sind nur solche Nachteile zuersetzen, „die aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren A[b]wendung

19 So treffend AG Langenfeld, Urt. v. 31. 3. 1989 – 12 C 737/88 – StB 1991² S. 65 f. (66).

20 OLG Koblenz, Urt. v. 20. 11. 1979 – 3 U 973/78 – DStR 1981⁸ S. 237 ff. (238).

21 Siehe statt aller BGH, Urt. v. 9. 11. 2017 – IX ZR 270/16 – NJW 2018⁸ S. 541 ff. (Rn. 18) m. w. N., der jedoch entgegen der hier vertretenen Auffassung die Differenzhypothese für maßgebend hält.

22 Siehe abermals BGH, Urt. v. 9. 11. 2017 – IX ZR 270/16 – NJW 2018⁸ S. 541 ff. (Rn. 18): Zu prüfen ist, „welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten genommen hätten und wie die Vermögenslage des Betroffenen sein würde, wenn der [Berater] die Pflichtverletzung nicht begangen, sondern pflichtgemäß gehandelt hätte.“

23 Siehe oben § 3 C. II. 3. a) (S. 86).

die verletzte Norm erlassen worden“ ist.²⁴ Die Gerichte hätten deshalb zweierlei leisten müssen: Zum einen hätte der Bereich der Gefahren benannt werden müssen, deren Abwendung die Ersatzpflichtanordnung im Verhältnis zwischen Steuerberater und Mandant bezweckt. Und darauf aufbauend hätte der – freilich nicht mögliche²⁵ – Nachweis erbracht werden müssen, dass die Begehung von Steuer-Straftaten und -Ordnungswidrigkeiten nicht zu diesen Gefahren gehört.

Das ist ganz überwiegend²⁶ weder geschehen, noch recht unternommen worden. Wie auch in der kapitalgesellschaftsrechtlichen Diskussion²⁷ ist nicht der Zweck der Ersatzpflichtanordnung, sondern der Zweck der öffentlich-rechtlichen Sanktion herangezogen worden.²⁸ Damit aber geht die Argumentation an der Lehre vom Schutzzweck der Norm vorbei und kann – ganz unabhängig von der inhaltlichen Richtigkeit der angebrachten Argumente – den erstrebten Ausschluss der Ersatzpflicht nicht begründen.

d) Zwischenergebnis

Die Instanz- und Obergerichte hatten tatsächlich alles herausgearbeitet, was zu einer überzeugenden Ablehnung des Geldsanktionen-Regresses erfor-

24 So statt vieler OLG Düsseldorf, Urt. v. 22. 1. 1987 – 18 U 146/86 – StB 1988, S. 97 f. (98) m. w. N. Siehe für weitere Nachw. auch oben § 3 C. II. 3. a) (S. 86).

25 Insoweit zutr. BGH, Urt. v. 14. 11. 1996 – IX ZR 215/95 – JZ 1997,²³ S. 1177 ff. (1178 f.).

26 Tendenziell richtig nur OLG Koblenz, Urt. v. 20. 11. 1979 – 3 U 973/78 – DStR 1981⁸, S. 237 ff. (239), das den Vorwurf der Geldbuße in der fehlenden Überwachung des Steuerberaters erblickt. Weil diese Aufgabe auch während des Beratungsmandates dem Steuerpflichtigen obliegt u. nicht an den gerade zu überwachenden Steuerberater delegiert werden könne, sei dies eine Gefahr, zu deren Abwendung der Steuerberater nicht verpflichtet sei.

27 Siehe abermals oben § 3 C. II. 3. a) (S. 86). Harnos, S. 105 hat präzise herausgearbeitet, dass nicht der Zweck des § 93 Abs. 2 AktG, sondern jener der Verbandsgeldbuße herangezogen wird. Deren Zweck sei bei der Lehre vom Schutzzweck der (Ersatz-) Norm aber gerade nicht gemeint.

28 Siehe ausdr. OLG Koblenz, Urt. v. 20. 11. 1979 – 3 U 973/78 – DStR 1981⁸, S. 237 ff. (238): „Bei der Prüfung dieses Rechtswidrigkeitszusammenhangs ist auszugehen von der Frage, aus welchen Gründen das gezahlte Bußgeld verhängt worden ist, insbesondere, worin der Schuldvorwurf liegt.“ u. OLG Düsseldorf, Urt. v. 22. 1. 1987 – 18 U 146/86 – StB 1988, S. 97 f. (98): „Besteht der ersetzt verlangte Schaden in einer vom Strafgericht verhängten Geldstrafe, so sind Sinn und Zweck der öffentlich-rechtlichen Strafe zu bedenken.“ Herv. jew. nur hier

derlich gewesen wäre. Völlig zu Recht stellten sie die Frage nach Sinn und Zweck einer öffentlich-rechtlichen Sanktion, wenngleich die Antwort stets ziemlich im Dunkeln blieb. Dieser gebiete es, dass der Täter die Sanktion aus eigenem Vermögen zu erfüllen habe. Denn die Wertungen des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts, die der Sanktion zu Grunde liegen, würden überspielt, wenn sich Geldstrafen und -bußen mittels des zivilen Haftungsrechts wirtschaftlich auf den Steuerberater abwälzen ließen.²⁹

Allerdings fehlte – worauf auch im kapitalgesellschaftsrechtlichen Schrifttum stets hingewiesen worden ist³⁰ – eine Möglichkeit, diese zutreffenden und überzeugenden Gedanken zu Sinn und Zweck der Strafe im Rahmen der Ersatzpflichtanordnung zu berücksichtigen. Die methodische Rumpelkammer der – ohnehin zu überdenkenden – Lehre vom Schutzzweck der Norm war dazu nicht in der Lage. Mit dem hier entwickelten Konzept des Schadens als Voraussetzung der Ersatzpflicht, der wegen der Lückenhaftigkeit des Gesetzes zur Rechtsfortbildung in den Grenzen des Art. 20 Abs. 3 GG berechtigt, hätte dieses Begründungsdefizit überwunden werden können.

2. BGH locuta, causa finita

Wie gesagt setzte der BGH dieser Entwicklung ein Ende. Gelegenheit bot auch ihm ein Fall zur Haftung des Steuerberaters mit folgendem

Sachverhalt³¹

Der Kläger war Betreiber einer Arztpraxis, der Beklagte sein Steuerberater. Mit einem vom Beklagten entworfenen Vertrag hatten der Kläger und dessen Ehefrau ein deutlich überhöhtes Ruhegeld vereinbart. Die dafür getätigten Rückstellungen wollte das Finanzamt nicht anerkennen, weil es die Pensionszusage für nicht ernstgemeint ansah. Wegen – wohl dieser und auch³² – anderer unzutreffender Angaben in den Steuererklärungen wurde gegen den Kläger wegen leichtfertiger Steuerverkürzung

29 So die knappe Zusammenfassung der Rspr. bei *Ebke/Mößle*, JZ 1997²³ S. 1179 (1179).

30 Für eine teleologische Reduktion als (vermeintlich) einziger verbleibender Ausweg zuerst *J. Koch*, in: GS Winter (2011), S. 327 (334, 335 u. 338). Zust. *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015⁹ S. 449 (451); *Spindler*, in: MünchKomm-AktG⁵ § 93 Rn. 194; *Scholz*, S. 54.

31 BGH, Urt. v. 14. 11. 1996 – IX ZR 215/95 – JZ 1997²³ S. 1177 ff. (1177).

32 Der Sachverhalt ist bei BGH, Urt. v. 14. 11. 1996 – IX ZR 215/95 – JZ 1997²³ S. 1177 ff. (1177) insoweit nicht gerade eindeutig formuliert: „Wegen verschiedener unzutreffender Angaben, die die ursprünglichen Steuererklärungen in anderen Punkten enthielten [...], wurde [...] ein Bußgeld [...] verhängt.“ Herv. nur hier.

§ 13 Verteidigung gegen Einwände

ein Bußgeld i. H. v. 6000 Euro verhängt. Unter anderem für dieses Bußgeld verlangte der Kläger Ersatz vom Steuerberater, weil diese Belastungen auf dessen fehlerhafter Beratung beruhten.

a) Vorinstanz: OLG Hamm

Das OLG Hamm hatte als Berufungsinstanz die Klage abgewiesen. Dabei argumentierte es ganz im Sinne der eben wiedergegebenen Rechtsprechungslinie:³³ Die Erstattung einer Geldbuße sei nur in Ausnahmefällen möglich. Deren Sinn und Zweck gebiete die persönliche Belastung des Täters. Sie werde allein nach Vorwurf und Schuld des Steuerpflichtigen bemessen. Das Verhalten des Steuerberaters, mag es auch eine Pflichtverletzung durch Schlechterfüllung gewesen sein, finde bei der Sanktionszumessung keine Berücksichtigung. Dann aber beruhe die Belastung des Mandanten nicht auf der Pflichtverletzung des Beraters. Insoweit fehle der Rechtswidrigkeitszusammenhang und liege der Nachteil außerhalb des Schutzbereichs der Norm.

b) Entscheidung des BGH

Wieder wollte sich der BGH der Entscheidung der Vorinstanz nicht anschließen. Auf Grundlage des zu unterstellenden klägerischen Vortrags könne ein Ersatzanspruch entgegen der Begründung des OLG Hamm nicht verneint werden. Dabei ging der BGH von den überkommenen Rechtsgrundsätzen zur Sanktionsabwälzung aus. Die Möglichkeit einer solchen Abwälzung sei davon abhängig, ob der Beratungsvertrag den Steuerberater dazu verpflichte, seinen Mandanten von der Begehung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit abzuhalten. Das sei entgegen anders lautender Stimmen aus Literatur und Instanzgerichten zu bejahen. Vor allem könne dem nicht entgegengehalten werden, dass der Steuerpflichtige „nur entsprechend seinem eigenen schuldhafthen Fehlverhalten“ und „damit ohne Zurechnung der Handlungsweise des Steuerberaters“ sanktioniert werde.³⁴

Denn dabei würde verkannt, dass das Steuerrecht „vielfach kompliziert und jedenfalls für den Laien undurchsichtig“ sei. Oft sei es bei dem nach-

33 Siehe BGH, Urt. v. 14. 11. 1996 – IX ZR 215/95 – JZ 1997²³ S. 1177 ff. (1177), der die Argumentation des OLG Hamm wiedergegeben hat.

34 BGH, Urt. v. 14. 11. 1996 – IX ZR 215/95 – JZ 1997²³ S. 1177 ff. (1178).

vollziehbaren Wunsch, die Steuerlast möglichst gering zu halten, nur schwer erkennbar, was noch gesetzmäßig sei und was den Rahmen der steuerrechtlichen Legalität sprenge. Der zu Rate gezogene Steuerberater habe deshalb nicht lediglich die Aufgabe, mögliche Steuervorteile auszuschöpfen. Vielmehr sei er auch und gerade dazu verpflichtet, den Steuerpflichtigen „davor zu bewahren, sich durch Überschreitung des zulässigen Rahmens der steuerstrafrechtlichen Verfolgung auszusetzen.“³⁵ Diese Pflicht ende, wenn der Steuerpflichtige sich der Rechtswidrigkeit seines Vorgehens bewusst sei. Der Mandant bedürfe dann keiner Aufklärung und könne „die sein Vermögen treffenden steuerstrafrechtlichen Folgen nicht auf seinen Berater abwälzen“.

Dann aber könne dem Steuerpflichtigen, der nur leichtfertig gehandelt habe (§ 378 Abs. 1 AO), ein Ersatzanspruch nicht versagt werden. Zwar dürfe er sich nicht blindlings auf seinen Berater verlassen, sondern müsse er sich im Rahmen des Möglichen ein eigenes Bild über seine Verpflichtungen machen und die Arbeit des Beraters im Rahmen eigener Kenntnisse kontrollieren. Verlasse er sich grob sorgfaltspflichtwidrig auf den eingeholten Rat, so könne er zu Recht mit einer öffentlich-rechtlichen Sanktion belegt werden. Gleichwohl habe der Steuerberater dann „wegen Verletzung seiner Vertragspflichten den daraus entstehenden Vermögensschaden zu ersetzen.“ Denn – so wird man den BGH wohl verstehen müssen – der nur leichtfertig handelnde Steuerpflichtige sei sich wegen der Komplexität und Undurchsichtigkeit des Steuerrechts der Rechtswidrigkeit seines Verhaltens nicht bewusst.³⁶ Es hätte deshalb noch zu den Pflichten des Steuerberaters gehört, den Mandanten vor dem Verstoß zu bewahren. Tue er dies nicht, so verletze er eine qualifizierte vertragliche Pflicht. Deren Ursächlichkeit für den Vermögensnachteil der öffentlich-rechtlichen Sanktion lasse sich so wenig leugnen wie die Tatsache, dass dieser Vermögensnachteil sehr wohl unter den Schutzzweck der Norm falle.

c) Stellungnahme

Zwar ist es dem BGH gelungen, den Fehler in der Begründung des Berufungsgerichts und der vorhergehenden Rechtsprechungslinie freizulegen.

35 BGH, Urt. v. 14. 11. 1996 – IX ZR 215/95 – JZ 1997²³ S. 1177 ff. (1178).

36 So noch deutlicher BGH, Urt. v. 15. 4. 2010 – IX ZR 189/09 – DStRE 2010¹⁹ S. 1219 ff. (Rn. 10) u. OLG Frankfurt, Urt. v. 8. 10. 2009 – 3 U 60/09 – BeckRS 2010, 11987.

§ 13 Verteidigung gegen Einwände

Weder lässt sich leugnen, dass der Steuerberater die Pflicht hat, den Mandanten vor der Begehung von Steuerdelikten zu bewahren, noch lässt sich der Ursachenzusammenhang zwischen dieser Pflichtverletzung und dem späteren Vermögensnachteil in Abrede stellen. Bei der korrekten Anwendung der Lehre vom Schutzzweck der Norm darf auch nicht auf den Zweck der Geldsanktion, sondern muss auf den Zweck der Ersatzpflichtanordnung abgestellt werden.

Die Widerlegung einer unzutreffenden Begründung bedeutet jedoch nicht, dass der BGH seinerseits richtig entschieden und eine überzeugende Begründung gegeben hätte. Ohne abermalige Wiederholung des auch hier berechtigten Vorwurfs,³⁷ das Wesen des Schadens als Voraussetzung der Ersatzpflicht verkannt zu haben, leidet das Urteil an wenigstens zwei erheblichen Mängeln. Zum einen ist das Begründungsdefizit der ursprünglichen Entscheidungstrias nicht nur perpetuiert, sondern sogar verschärft worden. Darüber hinaus müsste die Argumentation des BGH, wenn man sie konsequent zu Ende befolgte, ebenfalls dazu führen, dass keine denkbaren Regresskonstellationen übrig blieben.

aa) Verschärfung des Begründungsdefizits

Den Ausgangspunkt nimmt der IX. Senat bei den Rechtsgrundsätzen, die der II. Senat knapp vier Jahrzehnte zuvor aufgestellt hatte.³⁸ Diese gibt er gleich zu Beginn seiner Argumentation wieder. Dabei unterlaufen ihm zwei kleine, aber entscheidende Ungenauigkeiten. Die zentrale Passage der Entscheidungsgründe lautet im – nur marginal bereinigten – Volltext:³⁹

„Wer eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen hat, muß zwar die deswegen gegen ihn verhängte Sanktion nach deren Sinn und Zweck in eigener Person tragen und damit auch eine ihm auferlegte Geldstrafe oder -buße aus seinem eigenen Vermögen aufbringen. Das schließt indessen für sich allein einen Anspruch gegen einen anderen auf Ersatz für einen solchen Vermögensnachteil nicht aus.“ Weder sei die nachträgliche Erstattung als Begünstigung,⁴⁰ noch sei die vorherige Zurverfügungstellung der Geldmittel als Strafvereitelung⁴¹ strafbar oder verboten. „Es

37 Das oben zu I. 1. c) aa) (S. 503) u. zu I. 3. c) aa) (S. 520) Gesagte gilt hier entsprechend.

38 Ausf. zu BGH, Urt. v. 31. 1. 1957 – II ZR 41/56 – BGHZ 23, 222 ff. bereits oben I. 3. (S. 516).

39 BGH, Urt. v. 14. 11. 1996 – IX ZR 215/95 – JZ 1997,²³ S. 1177 ff. (1178). Die im Original in Klammern gesetzten Verweise werden im Folgenden durch Fußnoten kenntlich gemacht.

40 Verweis auf RG, Urt. v. 10. 6. 1942 – III 14/42 – RGZ 169, 267 ff.

kann deshalb, wie auch das Berufungsgericht im Ansatz nicht verkannt hat, für die Frage eines Ersatzanspruchs allein darauf ankommen, ob ein solcher sich aus den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts ergibt.“⁴² Allein die Tatbegehung durch mehrere biete insoweit keinen tauglichen Abwälzungsgrund, weil die §§ 830, 840, 426 BGB insoweit nicht anwendbar seien. „Das schließt aber eine Einstandspflicht desjenigen, der vertraglich verpflichtet war, den Täter vor der Begehung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit und deren Folgen zu schützen, nicht aus.“⁴³

Daran ist gleich dreierlei bemerkenswert: Einmal hat der BGH offenbar kein Bedürfnis gesehen, sich mit der inhaltlichen Richtigkeit der überkommenen Rechtsgrundsätze auseinanderzusetzen.⁴⁴ Weder ist deshalb aufgefallen, dass es sich bei dem ursprünglichen Fall um die zivilrechtliche Nachbereitung einer schon damals nicht recht verfassungskonformen Geldbuße gehandelt hatte.⁴⁵ Noch ist erkannt worden, dass der II. Senat den angeblich „zutreffenden Rechtsgedanken“ überhaupt nicht begründet, sondern ihn aus einer fast zirkulären Reihe ineinandergreifender Behauptungen gewonnen hatte.⁴⁶ Eine kritische Auseinandersetzung mit den Rechtsgrundsätzen hätte den BGH dazu veranlassen müssen, diese zu verwerfen. Statt dessen hat er sie kritiklos zugrunde gelegt. Damit ruht das Urteil bereits im Ausgangspunkt auf einem äußerst wackeligen Fundament.

Dieses wackelige Fundament schwächt der IX. Senat weiter, indem er sich schon in den ersten beiden Sätzen in einen Widerspruch verstrickt. Denn einerseits *müsste* der Täter einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit die „deswegen gegen ihn verhängte Sanktion nach deren Sinn und Zweck in eigener Person tragen und [...] aus seinem eigenen Vermögen aufbringen.“ Das aber soll andererseits – so heißt es gleich im Anschluss – für sich alleine einen Ersatzanspruch nicht ausschließen. Diese beiden Aussagen können nicht gleichzeitig richtig sein. Entweder der Täter muss die Sanktion selbst tragen; dann kann er keinen Ersatzanspruch haben. Oder er kann einen Er-

41 Verweis auf BGH, Urt. v. 7. 11. 1990 – 2 StR 439/90 – BGHSt 37, 226 ff.

42 Es wird mit den Worten „so schon“ auf BGH, Urt. v. 31. 1. 1957 – II ZR 41/56 – BGHZ 23, 222 ff. (225) verwiesen.

43 Erneuter Verweis auf BGH, Urt. v. 31. 1. 1957 – II ZR 41/56 – BGHZ 23, 222 ff. (225).

44 Beinahe wortgleich – u. deshalb erneut ohne jedes Problembewusstsein – hat der BGH diese Grundsätze knapp 15 Jahre später im Urt. v. 15. 4. 2010 – IX ZR 189/09 – DStRE 2010,¹⁹ S. 1219 ff. (Rn. 8) wiedergegeben. Im Urt. v. 9. 11. 2017 – IX ZR 270/16 – NJW 2018,⁸ S. 541 ff. (Rn. 32) hat er von der Wiedergabe vollends abgesehen.

45 Siehe oben I. 3. c) cc) (S. 523).

46 Siehe oben I. 3. c) bb) (S. 521).

satzanspruch haben; dann aber muss er die Sanktion nicht – jedenfalls nicht ausnahmslos – selbst tragen. Auf einen Widerspruch lässt sich bekanntermaßen jedes beliebige Ergebnis stützen.⁴⁷

Das mag man noch als eine nur ungenaue Formulierung abtun, die später relativiert wird. Allerdings folgt kurz auf die erste eine weitere und letztlich fatale Ungenauigkeit: Die (freiwillige) Erstattung der Sanktion eines Dritten sei nicht strafbar.⁴⁸ Stehe das Strafrecht nicht entgegen, so könne es „deshalb [...] für die Frage eines Ersatzanspruchs allein darauf ankommen, ob ein solcher sich aus den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts“ ergebe.⁴⁹ Hatte der II. Senat für die ausnahmsweise Abwälzung noch einen „besonderen Rechtsgrund“ verlangt,⁵⁰ so lässt der IX. Senat wohl einen gewöhnlichen Rechtsgrund genügen.

Diese weitere Ungenauigkeit hat zur Folge, dass sich die Begründung in einen Zirkelschluss verstrickt.⁵¹ Denn im Ausgangspunkt ist die Frage zu beantworten, ob der Kläger vom Beklagten Ersatz für die Geldbuße verlangen kann, ob also das bürgerliche Recht dem Kläger einen Anspruch auf Ersatz der Geldbuße gewährt. Regelmäßig sei das nicht der Fall, weil der Kläger als verurteilter Täter die Sanktion nach deren Sinn und Zweck selbst tragen müsse. Das alleine schließe jedoch die Möglichkeit eines Ersatzanspruches nicht aus. Voraussetzung hierfür sei, dass sich ein solcher Anspruch aus den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts ergebe.

Kurzum: Das bürgerliche Recht gewährt dem Täter einen Anspruch auf Ersatz der Geldbuße nur dann, wenn das bürgerliche Recht ihm einen Anspruch auf Ersatz der Geldbuße gewährt. Die Antwort auf die Frage führt zurück zur Ausgangsfrage und der Zirkelschluss ist perfekt. Mag ein solcher Schluss formallogisch nicht zu beanstanden sein, bleibt er „erkenntnistheore-

47 Instruktiv zum sog. Prämissenwiderspruch u. der Regel „ex contradictione (sequitur) quodlibet“ *Klug*, in: Skeptische Rechtsphilosophie (1981), S. 383 (390 f.) u. *Joerden*, Logik³ S. 314.

48 BGH, Urt. v. 9. 11. 2017 – IX ZR 270/16 – NJW 2018⁸ S. 541 ff. (1178) m. Verw. auf das Urt. v. 7. 11. 1990 – 2 StR 439/90 – BGHSt 37, 226 ff. Dazu noch B. I. (S. 544).

49 BGH, Urt. v. 9. 11. 2017 – IX ZR 270/16 – NJW 2018⁸ S. 541 ff. (1178) m. Verw. auf das Urt. v. 31. 1. 1957 – II ZR 41/56 – BGHZ 23, 222 ff. (226). Herv. nur hier. *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015⁹ S. 449 (451) sind der Meinung, dass „der BGH seine Rechtsprechung zur Steuerberaterhaftung [...] allein auf das Argument der fehlenden Strafbarkeit“ stütze, sodass „mit dem Verweis auf die dort bejahte Möglichkeit des Bußgeldregresses letztlich wenig gewonnen“ sei.

50 Und dadurch einen echten Zirkelschluss wohl knapp vermieden.

51 Instruktiv u. mit einigen Bsp. zum Zirkelschluss als petitio principii *Klug*, in: Skeptische Rechtsphilosophie (1981), S. 383 (399 ff.).

tisch unergiebig“.⁵² Denn er setzt unausgesprochen voraus, dass die eben zu beweisende ausnahmsweise Möglichkeit der Sanktionsabwälzung tatsächlich existiert. Darüber hinaus lässt er in jeder Hinsicht offen, unter welchen Voraussetzungen eine solche Möglichkeit ausnahmsweise bestehen soll. Wegen eines Verstoßes gegen die Denkgesetze hätte eine gedachte Super-Revisionsinstanz auch dieses Urteil aufheben müssen.⁵³

bb) Abermals: Keine Regressfälle denkbar

Für die übrige Argumentation des BGH gilt das oben⁵⁴ zum Reichsarbeitsgericht Gesagte entsprechend. Dass das Steuerrecht „vielfach kompliziert und jedenfalls für den Laien undurchsichtig“ sei,⁵⁵ kann nur bedeuten, dass die Gefahr eines Verbotsirrtums relativ groß ist. Dem Täter, der einem Verbotsirrtum unterliegt, kann eine Sanktion jedoch nur auferlegt werden, wenn er den Irrtum hätte vermeiden können, vgl. § 11 Abs. 2 OWiG bzw. § 17 Satz 1 StGB. Andernfalls handelt er nicht vorwerfbar oder ohne Schuld und eine gleichwohl verhängte Sanktion wäre rechts- und letztlich verfassungswidrig.

Das wiederum lässt nur zwei alternative Zustände zu:⁵⁶ Entweder der Steuerpflichtige durfte auf den eingeholten Rat des Fachkundigen vertrauen.⁵⁷ Dann aber hat die Rückversicherung die Vermeidbarkeit des Irrtums und damit die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Steuerpflichtigen beseitigt. Eine öffentlich-rechtliche Sanktion hätte schon nicht festgesetzt werden dürfen. Vermag der Steuerpflichtige nunmehr im Regressprozess diesen Nachweis zu erbringen, so hätte er sich schon gegen die rechtswidrige Sanktion zur Wehr setzen können und müssen.⁵⁸

52 Klug, in: Skeptische Rechtsphilosophie (1981), S. 383 (401).

53 Siehe zu dem „Verstoß gegen Denkgesetze als Revisionsgrund“ Klug, in: Skeptische Rechtsphilosophie (1981), S. 383 ff. u. speziell zum Zirkelschluss S. 399 ff. Als Bsp. für einen Zirkelschluss als Revisionsgrund BGH, Urt. v. 8. 12. 2004 – 2 StR 441/04 – StV 2005, S. 487 f.

54 Siehe oben I. 2. c) cc) (S. 514).

55 BGH, Urt. v. 14. 11. 1996 – IX ZR 215/95 – JZ 1997²³ S. 1177 ff. (1178).

56 So bereits Hillenkamp, in: FS Lackner (1987), S. 455 (463) u. – zwar nur zum Arbeitnehmer – Holly/Friedhofen, NZA 1992⁴ S. 145 (151).

57 Ausf. zu den jew. Voraussetzungen, unter denen fachkundiger Rat eingeholt werden muss u. auf diesen vertraut werden darf, etwa Rengier, in: Karlsruher Komm-OWiG⁵ § 11 Rn. 63 ff. u. Valerius, in: BeckOK-OWiG²⁸ § 11 Rn. 45 ff.

58 Vgl. – freilich in anderem Zusammenhang – das BVerfG, Beschl. v. 15. 7. 1981 – 1 BvL 77/78 („Nassauskiesung“) – BVerfGE 58, 300 ff. (324): „Wer von den ihm

Kann er umgekehrt nicht nachweisen, dass er sich auf den Steuerberater hätte verlassen dürfen, so war der Irrtum eben doch vermeidbar. Dann aber kannte der Steuerpflichtige die Rechtswidrigkeit seines Vorgehens, bzw. hätte sie kennen müssen und kann er auch nach dem BGH „die sein Vermögen treffenden steuerstrafrechtlichen Folgen nicht auf seinen Berater abwälzen“.⁵⁹ Auch hier gilt folglich: Wo der Regress denkbar ist, darf es die Sanktion (so) nicht geben; und wo es die (so) Sanktion geben darf, ist ein Regress nicht denkbar.

Anm. 13.3: Das gilt in gleicher Weise für das spätere Urteil des BGH, dem keine Geldbuße, sondern eine im Strafbefehlsverfahren festgesetzte und vom Kläger nicht angegriffene Geldstrafe zugrunde lag.⁶⁰ Dort heißt es, das Berufungsgericht habe es nicht vermocht, „hinsichtlich des subjektiven Tatbestands der dem Kläger angelasteten Steuerhinterziehungen [...] Feststellungen zu treffen, die darauf schließen lassen, dass sich der Kläger über die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens im Klaren gewesen“ sei.⁶¹

Dem ist entgegenzuhalten, dass der Richter im Strafbefehlsverfahren dem Antrag der Staatsanwaltschaft nach § 408 Abs. 3 Satz 1 StPO nur entsprechen darf, „wenn dem Erlaß des Strafbefehls keine Bedenken entgegenstehen.“ Der Strafrichter muss nach rechtlicher und tatsächlicher Prüfung des Antrags in Übereinstimmung mit der Staatsanwaltschaft zu der Überzeugung gelangt sein, „dass der Angeschuldigte die ihm zur Last gelegte Tat schuldhafte begangen“ habe.⁶² Das ist jedoch nur der Fall, wenn der Täter bei Begehung der Tat die Einsicht hatte, Unrecht zu tun, oder er eine diesbezügliche Fehlvorstellung hätte vermeiden können, vgl. § 17 Satz 1 StGB. Soweit sich der Steuerpflichtige auf den Rat des Fachmannes verlassen durfte, unterlag er einem unvermeidbaren und deshalb die Schuld ausschließenden Verbotsirrtum. Ein Strafbefehl darf dann nicht ergehen. Ergeht er gleichwohl, so muss sich der Steuerpflichtige auch hier – im Wege des Einspruchs (§ 410 StPO) –

durch das [Gesetz] eingeräumten Möglichkeiten, sein Recht auf Herstellung des [rechtmäßigen] Zustandes zu wahren, keinen Gebrauch macht, kann wegen eines etwaigen, von ihm selbst herbeigeführten Rechtsverlustes nicht anschließend von [einem Dritten] Geldersatz verlangen.“ Im Anschluss hieran pointiert wie treffend Wolfgang/Tervooren, ZfZ 2004;³ S. 82 (85): „Der althergebrachte Rechtssatz ‚Dulde und Liquidiere‘ gilt nicht mehr. [...] Jetzt heißt es vielmehr ‚Wer sich nicht wehrt, lebt verkehrt‘.“

59 BGH, Urt. v. 14. 11. 1996 – IX ZR 215/95 – JZ 1997²³ S. 1177 ff. (1178) m. w. N.

60 BGH, Urt. v. 15. 4. 2010 – IX ZR 189/09 – DStRE 2010¹⁹ S. 1219 ff.

61 BGH, Urt. v. 15. 4. 2010 – IX ZR 189/09 – DStRE 2010¹⁹ S. 1219 ff. (Rn. 10). Dass hier zwischen Tatbestand u. Schuld nicht unterschieden wird, sei nur am Rande angemerkt.

62 So Maur, in: Karlsruher Komm.-StPO⁸ § 408 Rn. 15 m. w. N. zu der umstrittenen Frage, ob insoweit auch ein „hinreichender Tatverdacht“ genügt.

gegen die rechtswidrige Geldstrafe zur Wehr setzen, statt diese auf zivilrechtlichem Wege an den Steuerberater weiterzureichen.

d) Zwischenergebnis

Nach alledem hält auch dieses Urteil des BGH einer kritischen Würdigung nicht stand. Das aber hat weder ihn⁶³ noch die übrige Rechtsprechung⁶⁴ davon abgehalten, die ausnahmsweise Erstattungsfähigkeit von Geldsanktionen als in Stein gemeißelte, ewige Wahrheit anzusehen. Neue Argumente sind in den jüngeren Entscheidungen nicht mehr hinzugereten, sodass auf deren Darstellung hier verzichtet werden kann.

3. Zwischenergebnis

Dem BGH und der jüngeren Rechtsprechung ist es danach nicht gelungen, das geerbte Begründungsdefizit zu beheben. Vielmehr sind die überkommenen Rechtsgrundsätze unreflektiert und kritiklos zu Grunde gelegt worden. Schon die Notwendigkeit, an der Richtigkeit des vermeintlich „zutreffenden Rechtsgedankens“ zu zweifeln, ist nicht erkannt worden. Statt dessen ist die ursprünglich für außergewöhnliche Sonderfälle entwickelte Abwälzungsmöglichkeit in ganz erheblichem Maße ausgedehnt worden.

63 Siehe die beinahe wortgleiche Wiedergabe der Rechtsgrundsätze in BGH, Urt. v. 15. 4. 2010 – IX ZR 189/09 – DStRE 2010;¹⁹ S. 1219 ff. (Rn. 8) u. die schlichte Feststellung der grds. Erstattungsfähigkeit im Urt. v. 9. 11. 2017 – IX ZR 270/16 – NJW 2018;⁸ S. 541 ff. (Rn. 32).

64 Siehe nur OLG Frankfurt, Urt. v. 1. 6. 2017 – 17 U 151/16 – BeckRS 2017, 147620 (Rn. 50) u. Urt. v. 8. 10. 2009 – 3 U 60/09 – BeckRS 2010, 11987; OLG Nürnberg, Urt. v. 24. 2. 2017 – 5 U 1687/16 – DStRE 2017;²⁴ S. 1531 ff. (Rn. 4) u. LG Saarbrücken, Urt. v. 23. 1. 2012 – 9 O 251/10 – BeckRS 2013, 3306, zu I 1. d) aa) der Gründe. Auch das LAG Düsseldorf, Urt. v. 20. 1. 2015 – 16 Sa 459/14 („Schienenkartell I“) – ZIP 2015;¹⁷ S. 829 ff. (833) hat nicht versucht, die Rechtsgrundsätze zu widerlegen, sondern die entschiedenen Sachverhalte nur für nicht vergleichbar halten wollen.

III. Ergebnis: Der Einwand der Beraterhaftungs-Rechtsprechung

Damit ist aber auch der verbreitete Einwand entkräftet, wonach sich ein kategorischer Regress-, „Ausschluss“ zu der ständigen Rechtsprechung in Widerspruch setze. Zwar ist es durchaus richtig, dass die ständige Rechtsprechung zur Beraterhaftung die grundsätzliche Möglichkeit der Sanktionsabwälzung seit langem anerkannt hat. Und auch ist es im Hinblick auf die Geschäftsleiterhaftung richtig, dass die besseren Gründe für die Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung streiten.⁶⁵ Das alles hilft jedoch nichts, solange die Rechtsprechung ihrerseits nicht überzeugt. Dieser Nachweis scheint nach dem Vorstehenden erbracht zu sein.

Die heutige ständige Rechtsprechung beruht auf der unreflektierten und kritiklosen Übernahme vermeintlich überzeugender Rechtsgrundsätze. Fühlt man diesen Grundsätzen auf den Zahn, so stellen sie sich schon in ihrer ursprünglichen Variante als ein auf Sand gebautes Kartenhaus aus nicht begründeten Behauptungen dar. An allen entscheidenden Stellen wird mit begründungsbedürftigen Behauptungen operiert, deren Begründung zu keiner Zeit recht unternommen worden ist. Hinzu kommt eine nicht unerhebliche Anzahl an logischen Widersprüchen und Denkfehlern. Schon deshalb hätte die ursprüngliche Rechtsprechungslinie als eine Reihe von Fehlentscheidungen erkannt und die aus ihr hervorgegangenen Grundsätze verworfen werden sollen.

Statt dessen hat der BGH das wackelige Fundament übernommen und noch weiter geschwächt. Hatten die Grundsätze die Abwälzung ursprünglich nur für ganz außergewöhnliche Sonderfälle begründen müssen, so sind sie im Laufe der Zeit auf immer weitere Fälle übertragen worden. Dabei ist zu keinem Zeitpunkt darauf geachtet worden, ob die jeweiligen Besonderheiten – der ohnehin fragwürdigen Entscheidungen – einer solchen Weiterung im Wege standen.

Schließlich, und das ist aus der Perspektive dieser Arbeit freilich der am schwersten wiegende Einwand, beruht die ständige Rechtsprechung auf der vollständigen Ausblendung der letztlich zentralen Frage. Die Konsequenzen, die sich daraus ergeben, dass der Schaden als Voraussetzung der Ersatzpflicht eine zur Rechtsfortbildung berechtigende und verpflichtende Lücke darstellt, sind zu keinem Zeitpunkt gezogen worden. Stets ist versucht worden, das Regressproblem über die Merkmale der (qualifizierten) Pflichtverletzung oder der Schadenszurechnung zu lösen. Diesen Merkmalen ist damit eine

65 Insoweit zutr. etwa *Scholz*, S. 45 f.

Aufgabe aufkotriert worden, zu deren Erfüllung sie weder gedacht noch in der Lage sind. Wären die notwendigen Konsequenzen aus der Voraussetzungsqualität des Schadens gezogen worden, so hätten die im weiteren Sinne strafrechtlichen Wertungen ohne Weiteres vor zivilrechtlicher Sabotage geschützt werden können.

Als Fazit lässt sich danach festhalten: Die ständige Rechtsprechung des BGH zur Beraterhaftung hält einer kritischen Würdigung nicht stand. Sie zwingt deshalb nicht dazu, den hier eingenommenen Standpunkt von der Unmöglichkeit der Sanktionsabwälzung aufzugeben.

Anm. 13.4: Daraus folgt unmittelbar, dass ein weiterer Einwand in sich zusammenfällt. So ist vorgebracht worden, die singuläre Anerkennung eines aktienrechtlichen Regressverbots sei eine in höchstem Maße begründungsbedürftige Abweichung von allgemeinen Grundsätzen.⁶⁶ Der Gedanke der begründungsbedürftigen Ausnahme beruht allerdings auf der – unausgesprochenen oder jedenfalls nicht hinterfragten – Prämisse, dass die im allgemeinen Schadensrecht anerkannte Regel der Abwälzungsmöglichkeit überzeugt. Tatsächlich aber ist diese Regel aufzugeben. Ohne die regelmäßige Möglichkeit der Sanktionsabwälzung stellt deren Unmöglichkeit im Kapitalgesellschaftsrecht keine Ausnahme dar und unterliegt sie deshalb keinen besonders gesteigerten Begründungsanforderungen – jedenfalls keinen solchen, denen im Rahmen dieser Untersuchung nicht entsprochen worden wäre.

B. Weitere Einwände

Von den übrigen Einwänden fallen drei ins Auge, die einer Erwiderung bedürfen: Einmal, dass sich ein Regress-„Ausschluss“ mit der heutigen Dogmatik des Strafrechts nicht in Einklang bringen lasse, weil dieses (I.) die Höchstpersönlichkeit der Geldsanktion (vermeintlich) aufgegeben habe. Ferner ist gegen einen Regress-„Ausschluss“ vorgebracht worden, dass er (II.) die mit der Verbundsgeldbuße intendierte verhaltenssteuernde Wirkung auf die handelnden Organwalter zunichte mache. Und schließlich seien die Bedenken der Regressgegner schon deshalb überzeichnet, weil (III.) der Verband mangels ausreichender Solvenz des Organwalters ohnehin den überwiegenden Anteil der Sanktion aus eigenem Vermögen wird bestreiten müssen.

⁶⁶ So vor allem *Thole*, ZHR 173⁴ (2009), S. 504 (532) u. später *Fleischer*, DB 2014,⁷ S. 345 (347). Tendenziell auch *Scholz*, S. 45.

I. Höchstpersönlichkeit der Geldbuße

Ein ganzes Bündel an Argumenten ist aus der Rechtsprechung des BGH¹ entwickelt worden, wonach die Drittzahlung auf eine Geldstrafe keine Vollstreckungsvereitelung i. S. d. § 258 Abs. 2 StGB darstelle. Aus dieser Sanktionslosigkeit der Drittzahlung ist abgeleitet worden,² dass es für die Erreichung der Sanktionszwecke nicht entscheidend darauf ankomme, wer die Sanktion letztlich bezahle. Ihr fehle in diesem Sinne die Höchstpersönlichkeit. Dann aber könne die Höchstpersönlichkeit der Übelzufügung auch einem zivilrechtlichen Regressanspruch nicht entgegengehalten werden.

1. Tatbestandlich keine Vollstreckungsvereitelung

Zutreffend ist zunächst, dass die vorherige oder nachträgliche Drittzahlung auf eine *Geldbuße* strafrechtlich sanktionslos ist. Bei Lichte betrachtet beruht das jedoch nicht auf der insoweit teilweise³ herangezogenen Rechtsprechung des BGH.⁴ Vielmehr stellt die Drittzahlung auf eine *Geldbuße* schon tatbestandlich keine Vollstreckungsvereitelung dar.⁵ Denn nach § 258 Abs. 2 StGB ist strafbar nur, wer die Vollstreckung einer gegen einen anderen verhängten *Strafe oder Maßnahme* vereitelt. Die *Geldbuße* ist weder Strafe noch Maßnahme in diesem Sinne.

Der Begriff der Strafe in § 258 Abs. 2 StGB entspricht jenem des Abs. 1, an den die Vorschrift anknüpft.⁶ Dort ist strafbar, wer „vereitelt, dass ein anderer dem Strafgesetz gemäß wegen einer rechtwidrigen Tat bestraft“ wird. Rechtwidrige Taten sind gem. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB „nur solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes“ verwirklichen. Die (Individual-)Geldbuße ist nicht staatliche Reaktion auf die Verletzung eines Strafgesetzes, sondern

1 Urt. v. 7. 11. 1990 – 2 StR 439/90 – BGHSt 37, 226 ff.

2 Dazu ausf. oben § 3 C. II. 1. (S. 78).

3 Siehe nur *Blaurock*, in: FS Bornkamm (2014), S. 107 (114); *Fleischer*, in: BeckOGK-AktG, § 93 Rn. 253; *Horrer/Patzschke*, CCZ 2013³, S. 94 (94) u. *Thole*, ZHR 173⁴ (2009), S. 504 (532).

4 Grundlegend BGH, Urt. v. 7. 11. 1990 – 2 StR 439/90 – BGHSt 37, 226 ff. (227 ff.) mit Nachw. zum damaligen Streitstand. Die Entscheidung wird etwa zitiert bei BGH, Urt. v. 15. 4. 2010 – IX ZR 189/09 – VersR 2011⁵, S. 132 ff. (Rn. 8); LAG Düsseldorf, Urt. v. 20. 1. 2015 – 16 Sa 459/14 („Schienenkartell I“) – ZIP 2015¹⁷, S. 829 ff. (830).

5 Zutr. *Kröger*, S. 227; zust. *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 41. Zuvor bereits *Bastuck*, S. 136.

6 § 258 Abs. 2 StGB: „Ebenso wird bestraft, wer [...].“

Ahdung für die Verwirklichung eines Ordnungswidrigkeitentatbestands, vgl. § 1 Abs. 1 OWiG.⁷ Sie ist deshalb keine Strafe im Sinne des § 258 Abs. 2 StGB.⁸ Für den Begriff der Maßnahme verweist § 258 Abs. 1 StGB ausdrücklich auf § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB.⁹ In der dortigen Aufzählung ist die Geldbuße nicht aufgeführt. Sie ist deshalb auch keine Maßnahme im Sinne des § 258 Abs. 2 StGB. Wer also die Vollstreckung einer Geldbuße vereitelt, vereitelt weder eine Strafe noch eine Maßnahme im Sinne des § 258 Abs. 2 StGB.

2. BGH zur Vollstreckungsvereitelung

Gleichwohl hat der BGH auch und gerade die Drittzahlung auf eine Geldstrafe nicht als strafbare Vollstreckungsvereitelung eingeordnet.¹⁰ Damit hat er sich in dieser seit jeher sehr umstrittenen Frage¹¹ gegen die damals überwiegende Ansicht gestellt, die zwischen unmittelbarer und mittelbarer, sowie zwischen vor- und nach-tatlicher Erstattung hatte unterscheiden wollen.¹²

Im Kern sei das strafbewehrte Verbot der Drittzahlung von der überwiegenden Meinung auf die Erwägung gestützt worden, dass die Verhängung der Geldstrafe eine höchstpersönliche Leistungspflicht begründe, die den Verurteilten persönlich treffen und für ihn ein fühlbares Übel darstellen sollte. Sie verlöre deshalb ihren Sinn, wenn sie dem Täter durch einen Dritten abgenommen würde. Dem meinte der BGH „zwei durchgreifende Einwände entgegenhalten“ zu können.¹³

7 Zur Abgrenzung von Ordnungswidrigkeit u. Straftat bereits oben § 7 A. I. (S. 194). Dazu eingehend nur *Mitsch*, OWiR² § 3 u. in: *KarlsruKomm-OWiG*⁵; *Einl. Rn. 50 ff.*; *Radtke*, in: *MünchKomm-StGB*⁴, § 11 Rn. 129; *Roxin*, in: *FS Volk* (2009), S. 601 (601 ff.).

8 So bereits das BayObLG, Beschl. v. 15. 10. 1980 – RReg. 3 St 87/80 – NJW 1981¹⁴, S. 772 (772). Siehe auch *Altenhain*, in: *NomosKomm-StGB*⁵, § 258 Rn. 17; *T. Fischer*, *StGB*⁶⁵ § 258 Rn. 5; *Hecker*, in: *Schönke/Schröder*³⁰, § 258 Rn. 12; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*²⁹, § 258 Rn. 11; *Pascal*, in: *MünchKomm-StGB*³, § 258 Rn. 6; u. *Walter*, in: *LeipzKomm-StGB*¹², § 258 Rn. 20.

9 Dabei soll es sich nach *Hecker*, in: *Schönke/Schröder*³⁰, § 11 Rn. 56 u. *Radtke*, in: *MünchKomm-StGB*⁴, § 11 Rn. 153 – ohne dass der Unterschied recht deutlich würde – lediglich um ein verweisungstechnisches Hilfsmittel, nicht aber um eine Legaldefinition handeln.

10 BGH, Urt. v. 7. 11. 1990 – 2 StR 439/90 – BGHSt 37, 226 ff. (229).

11 Siehe schon v. *Bar*, Gesetz u. Schuld II, S. 774 ff.

12 Siehe die Zusammenstellungen des Streitstandes bei BGH, Urt. v. 7. 11. 1990 – 2 StR 439/90 – BGHSt 37, 226 ff. (227 ff.) u. bei *Hillenkamp*, in: *FS Lackner* (1987), S. 455 (466 f.).

Einmal stehe die Wortlautgrenze unüberwindlich entgegen.¹⁴ Wer ohne in den äußeren Vollstreckungsvorgang einzugreifen dafür sorge, dass die Geldstrafe eines Dritten bezahlt werde, vereitle die Vollstreckung auch dann nicht, wenn er eine Beeinträchtigung des Verurteilten vereitle. Ob der Verurteilte sich die Zahlungspflicht als Handlungsanleitung zu Herzen nehme, sie ihn persönlich „betroffen“ mache, sei weitgehend von seinem Willen abhängig. Das könne mit Vollstreckungsmaßnahmen nicht durchgesetzt werden und sei deshalb nicht Angriffsobjekt der Strafvereitelung. Ein anderes Ergebnis ließe sich nur auf eine – zulasten des Beschuldigten freilich unzulässige – Analogie stützen.

Vor allem aber wollte der BGH die vorgenommenen Differenzierungen zwischen vor-tatlichen und nach-tatlichen, zwischen mittelbaren und unmittelbaren Drittzahlungen nicht billigen.¹⁵ Denn jede dieser Gestaltungen, die „der Sache nach die Abwendung der unmittelbar fühlbaren Auswirkungen des Strafübels beim Verurteilten“ bezwecke, sei im Hinblick auf die Vereitelung der verfolgten Strazfzwecke gleich zu bewerten. Das eine zu verbieten und das andere zu erlauben, wäre eine „Privilegierung von Komödien“.¹⁶ Die Strafbarkeit des Dritten hinge allein von seiner Geschicklichkeit ab, die an sich verbotene Zahlung so zu etikettieren, dass sie nicht als tatbestandsmäßige Handlung erscheine.¹⁷ Damit verbleibe die Wahl zwischen der Straflosigkeit der Drittzahlung oder dem strafbewehrten Verbot einer jeden Zuwendung an den Verurteilten. Letzteres würde in einer nicht mehr tragbaren Weise in private Beziehungen eingreifen und letztlich sozial adäquates Verhalten unter Strafe stellen.

13 BGH, Urt. v. 7. 11. 1990 – 2 StR 439/90 – BGHSt 37, 226 ff. (230).

14 BGH, Urt. v. 7. 11. 1990 – 2 StR 439/90 – BGHSt 37, 226 ff. (230). Die folgenden wörtlichen Zitate sind dort entnommen.

15 BGH, Urt. v. 7. 11. 1990 – 2 StR 439/90 – BGHSt 37, 226 ff. (230 f.). Die wörtlichen Zitate sind dort entnommen.

16 So zuerst *v. Bar*, Gesetz u. Schuld II, S. 778: „Die [eben im Text wiedergegebenen] Unterscheidungen laufen also auf Privilegierung von Komödien hinaus [...], und es bleibt nur die Wahl, entweder auch den späteren Ersatz der Geldstrafe als Begünstigung zu strafen, was wiederum zu den sonderbarsten Konsequenzen führen müßte, oder die Zahlung überhaupt nicht als Begünstigung zu bestrafen.“

17 Siehe abermals *v. Bar*, Gesetz u. Schuld II, S. 778: „Man bedenke auch, zu welchen Subtilitäten diejenigen Ansichten Anlaß geben, welche von verschiedenen Arten der Schenkung oder Zahlung die Bestrafung abhängig machen, wie leicht danach das Gesetz, wenn es solchen Sinn hätte, umgangen, verhöhnt werden könnte.“

3. Konsequenzen für den Bußgeld-Regress

Ob diese Argumentation des BGH vollends oder im Detail überzeugen muss, mögen andere entscheiden.¹⁸ Für die Zwecke dieser Untersuchung kommt es darauf ohnehin nicht an. Denn auch bei Zugrundelegung dieser Rechtsprechung sind die Ausführungen des BGH für die Frage nach der Zulässigkeit eines Geldbußenregresses nur wenig ergiebig.

a) Tatsächlich kann ihnen nur eine einzige Aussage entnommen werden: Wäre die Drittzahlung auf eine Geldstrafe oder Geldbuße als Vollstreckungsvereitelung anzusehen, so könnte das Gesetz keine entsprechende Ersatzpflicht aussprechen. Andernfalls wäre der Schuldner zur staatlich erzwingbaren Begehung einer Straftat verpflichtet. Wenn aber die Drittzahlung – bei der Geldstrafe nach der Rechtsprechung des BGH und bei der Geldbuße schon tatbestandlich – keine Vollstreckungsvereitelung darstellt, steht das Strafrecht – jedenfalls insoweit¹⁹ – einer zivilrechtlichen Abwälzung des Sanktionsübels nicht entgegen.²⁰

b) Ob das Zivilrecht eine solche Abwälzung vorsehen will und muss, ist dadurch jedoch noch nicht entschieden. Der früher vertretene²¹ Schluss von der strafrechtlichen Unbedenklichkeit auf eine zivilrechtliche Verpflichtung zur Übernahme der Sanktion ist nunmehr oft genug als Fehlschluss enttarnt worden:²² Denn derjenige, der aus der Sanktionslosigkeit der *freiwilligen* Übernahme einen mit staatlichen Mitteln erzwingbaren Erstattungsanspruch folgt, schließt – mittels einer quaternio terminorum²³ – von dem rechtlichen

18 Überzeugender scheinen die Differenzierungen etwa bei *Walter*, in: LeipzKomm-StGB;¹² § 258 Rn. 47 ff. m. zahlr. Nw. Eine gute Zusammenstellung der krit. Stimmen zum Urt. bei *Scholl*, NSZ 1999;¹² S. 599 ff.

19 Die Untersuchung hat gezeigt, dass bei der Rechtsfortbildung des Schadens als Voraussetzung der Ersatzpflicht auch die fernwirkenden Wertungen des Strafrechts i. w. S. zu beachten sind. In diesem Sinne steht das Strafrecht einer Sanktionsabwälzung unüberwindlich entgegen. Siehe dazu § 12.

20 Insoweit zutr. BGH, Urt. v. 14. 11. 1996 – IX ZR 215/95 – JZ 1997;²³ S. 1177 ff. (1178); *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 42; *Dreher*, in: FS Konzen (2006), S. 86 (104); *Suchy*, NZG 2015;¹⁵ S. 591 (592).

21 Siehe etwa *Bayer*, in: FS K. Schmidt (2009), S. 85 (96); *M. Zimmermann*, WM 2008;¹⁰ S. 433 (437).

22 Siehe vor allem *Krieger*, in: FS Bezzemberger (2000), S. 211 (213) u. *J. Koch*, in: GS Winter (2011), S. 327 (334). Zust. *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015;⁹ S. 449 (451); *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 41; *Hauger/Palzer*, ZGR 2015;¹ S. 33 (54); *Scholz*, S. 45. Zuvor bereits *Holly/Friedhofen*, NZA 1992;⁴ S. 145 (148).

§ 13 Verteidigung gegen Einwände

Dürfen auf das rechtliche Müssten. Dass ein generelles Verbot der freiwilligen Sanktionsübernahme in nicht mehr tragbarer Weise in private Beziehungen eingreifen und möglicherweise sozial adäquates Verhalten bestrafen würde, bedeutet nicht zwingend, dass die Rechtsordnung dem Verurteilten einen entsprechenden Erstattungsanspruch gewähren müsste.

Anm. 13.5: Dieser Gedanke gilt auch und gerade für Fälle von Bagatellverstößen. Angenommen, der Geschäftsführer erhält eine geringe gebührenpflichtige Verwarnung, weil er zur Wahrnehmung eines sehr wichtigen Geschäftstermins zu schnell gefahren und „geblitzt“ worden ist. Hier erscheint es im Hinblick auf den möglicherweise erheblichen Vorteil des Verbandes unbillig, dem Geschäftsführer den Ersatz der ggf. sehr kleinen Geldsanktion zu versagen.

Gleichwohl ist dies auch hier richtig. Niemand hindert den Verband daran, dem Geschäftsführer freiwillig die Sanktion zu erstatten. Das mag in solchen Fällen wirklicher Bagatellverstöße betriebswirtschaftlich auch sinnvoll sein. Eine völlig andere Frage ist es jedoch, ob der Geschäftsführer einen einklagbaren und vollstreckbaren Anspruch auf Erstattung der Sanktion haben soll. Letztlich würde auch hier die ordnungswidrigkeitenrechtliche Wertung überspielt, wonach der Geschäftsführer für das zu schnelle Fahren – mit dem er nicht zuletzt auch andere, von dem Geschäft nicht profitierende Verkehrsteilnehmer gefährdet – ein für ihn bestimmtes und nach dem ihn treffenden Vorwurf bemessenes Vermögensübel erleiden soll. Die Rechtsordnung wäre in sich widersprüchlich.

Die fehlende Vergleichbarkeit dieser Konstellationen lässt sich auch rechtlich untermauern. Wenn dies auch teilweise übersehen wird,²⁴ ist die – vorwie die nach-tatliche – Erstattungszusage ein Schenkungsversprechen i. S. d. § 518 Abs. 1 Satz 1 BGB. Versprochen wird eine „Zuwendung, durch die [der zusagende Dritte] aus seinem Vermögen [den potentiellen oder verurteilten Täter] bereichert“ und bei der „beide Teile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich“ erfolgen soll.²⁵ Stellt der Dritte nur solche Mittel bereit, auf die der Verurteilte einen Anspruch hat, stellt sich die Frage

23 Ausf. zum Fehlschluss der quaternio terminorum, die auch als Begriffsverschiebung oder als Vervierfachung der Begriffe bezeichnet wird, *Joerden, Logik*,³ S. 317 ff.

24 Siehe exemplarisch nur *Laws, DAR 2010*,¹² S. 691 (692), der eine nach-tatliche Erstattungszusage – offenbar als atypischen Vertrag qualifiziert u. – ausdr. § 311 Abs. 1 BGB zuordnet. Der BFH, Urt. v. 14. 11. 2013 – VIR 36/12 – NZA-RR 2014,⁴ S. 206 hat die Übernahme von Geldbußen unter gewissen Voraussetzungen als Arbeitslohn qualifiziert u. der Lohnsteuer unterworfen. Dadurch wird aber der Gesetzesverstoß – wenig überzeugend – zur arbeitsvertraglich geschuldeten Gegenleistung des Arbeitnehmers.

25 So die Legaldefinition der Schenkung in § 516 Abs. 1 BGB. Siehe zur Maßgeblichkeit dieses Schenkungsbegriffs für § 518 BGB statt aller *J. Koch*, in: *MünchKomm, BGB*,⁸ § 518 Rn. 2.

einer Sanktionsabwendung schon nicht. Die dem Verurteilten zustehende Forderung würde als bilanzneutraler Aktiv-Tausch in Geld umgewandelt, ohne dass eine die Sanktionswirkung beeinträchtigende Vermögensmehrung einträte. Alle Versuche, die von vornherein als solche gedachte Schenkung als Darlehen oder ähnliches umzuetikettieren, sind als Scheingeschäfte nichtig und nach § 117 Abs. 2 BGB den Vorschriften des Schenkungsrechtes zu unterwerfen. Das hat zur Folge, dass die Gültigkeit dieses Vertrages – ganz unabhängig von den §§ 134, 138 BGB – gem. § 518 Abs. 1 Satz 1 BGB der notariellen Beurkundung des Schenkungsversprechens bedarf – ein Erfordernis, dem praktisch keine Erstattungszusage nachkommen wird.

Anm. 13.6: Zwar kann dieser Formmangel nach § 518 Abs. 2 BGB durch den Vollzug der Schenkung geheilt werden. Dann aber ist das schenkweise Zugewandte im Falle der vorherigen Zuwendung schon Vermögen des Verurteilten geworden, das durch die Sanktion gemindert wird. Oder das Vermögen des Verurteilten ist durch die Sanktion bereits gemindert worden und wird durch die nachträgliche Zuwendung (teilweise) wieder aufgefüllt.

Daraus ergibt sich ein entscheidender Unterschied zwischen freiwilliger Übernahme und erzwungener Abwälzung. Der potentielle oder verurteilte Täter hat schon wegen der regelmäßigen Formnichtigkeit des Schenkungsversprechens zu keinem Zeitpunkt einen einklagbaren Anspruch gegen seinen Gönner. Stets ist er darauf angewiesen, dass der wohlwollende Dritte Wort hält und ihm die Sanktion absprachegemäß abnimmt. Wann immer der Dritte es sich anders überlegt oder zur Zahlung nicht (mehr) in der Lage ist, muss der Verurteilte die Sanktion selbst und aus eigenen Mitteln bestreiten oder die bereits eingetretene Einbuße weiter erleiden. Er kann – anders als bei einem unterstellten zivilrechtlichen Erstattungsanspruch – zu keinem Zeitpunkt staatlichen Zwang beanspruchen, um sich von seiner Sanktion zu befreien. Die Rechtsordnung ist hier nicht in sich widersprüchlich.²⁶ Schon deshalb kann – auch jenseits des logischen Fehlschlusses – nicht von der Sanktionslosigkeit der freiwilligen Übernahme auf die zwangsweise Abwälzbarkeit der Geldsanktion geschlossen werden.

c) Zu weit geht ferner, wer dem Urteil des BGH die Aussage entnimmt, dieser habe die Höchstpersönlichkeit der Geldstrafe beschränken oder gar aufgeben wollen.²⁷ Schon im Ausgangspunkt ist dem entgegenzuhalten, dass

26 Zutr. Thomas, NZG 2015³⁶ S. 1409 (1411).

27 So etwa Fleischer, DB 2014⁷ S. 345 (347 f.) u. BeckOGK-AktG, § 93 Rn. 253; Thole, ZHR 173⁴ (2009), S. 504 (532). Ähnlich auch Kaulich, S. 288 f. Twele, S. 165 befürchtet gar, dass der Regress-„Ausschluss“ einen „Rückschritt zur Lehre der

§ 13 Verteidigung gegen Einwände

es sich bei dem schillernden Begriff der Höchstpersönlichkeit der Geldstrafe um ein begriffsjuristisches Scheinargument handelt, dem jede Trennschärfe fehlt.

Will man den Begriff der Höchstpersönlichkeit mit Erkenntnisgewinn verwenden, muss ihm die fehlende Trennschärfe gegeben werden. Dabei ist vor allem Folgendes zu beachten:²⁸ Festsetzung und Beitreibung einer Geldsanktion sind Grundrechtseingriffe, die als solche verhältnismäßig sein müssen. Ihr legitimer Zweck besteht darin, Ernst und Wirklichkeit der Sanktionsandrohung zu beweisen. Der damit verbundene reaktiv-retrospektive und vor allem zwangsweise Eingriff in die geschützte Rechtsposition des Bürgers ist jedoch nur gerechtfertigt, wenn dieser selbst und schuldhaft gegen die Sanktionsnorm verstoßen hat, wegen deren Verletzung das Übel angedroht wurde und zugefügt wird. Darf aber das zwangsweise Übel nur dem Täter selbst zugefügt werden, so handelt es sich in diesem Sinne um ein höchstpersönliches Übel. Die *Verpflichtung* zur Zahlung der Geldsanktion wird als Vermögenslast nur ihm auferlegt, weil der Staat nur ihm gegenüber berechtigt ist, genau diesen Grundrechtseingriff vorzunehmen. Welche Absprache der Verurteilte auch immer mit einem Dritten geschlossen haben mag: Zu keinem Zeitpunkt dürfte der Staat zwangsweise in Grundrechte des Dritten eingreifen, um die Geldsanktion des Verurteilten zu tilgen.

Anm. 13.7: Das bedeutet freilich nicht, dass der Dritte durch sein eigenes schuldhaftes Verhalten nicht seinerseits eine Sanktionsnorm erfüllen könnte. In diesem Falle dürfte der Staat auch ihm eine Zahlungspflicht auferlegen und dadurch in seine Grundrechte eingreifen. Dieser Eingriff würde jedoch nicht die Schuld des Ersttäters tilgen. Vielmehr würde die zusätzliche Vermögenslast nur dem Dritten auferlegt, weil der Staat nur ihm gegenüber berechtigt ist, wegen des eigenen Verhaltensnormverstoßes genau diesen Grundrechtseingriff vorzunehmen.

Auch dieser Gedanke lässt sich verdeutlichen, wenn man sich die zugrundeliegende Schenkungskonstruktion vor Augen führt. Das Vermögen (nur) des Verurteilten wird mit einer Verbindlichkeit belastet, die (nur) er gegenüber der Staatskasse zu erfüllen verpflichtet ist. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, so stehen dem Staat gegenüber dem Verurteilten die Mittel der Ersatz- oder Erzwingungshaft zur Verfügung. Findet sich ein wohlwollender Dritter, der dem Verurteilten Geldmittel zur Tilgung der Sanktion schenkweise zuwendet, so wird das mit der Sanktionsverbindlichkeit belastete Vermögen

Höchstpersönlichkeit von Strafzahlungen“ bedeute, die *Habersack*, in: Karlsruher Forum 2009, S. 5 (32 f.) für „längst und zu Recht überwunde[n]“ hält.

28 Ausf. zum Folgenden bereits oben § 7 C. II. (S. 220) u. § 12 B. I. (S. 470).

an anderer Stelle wieder aufgefüllt. Zahlt der Dritte das Geld – sofern dies möglich ist – mit befreiender Wirkung unmittelbar an die Gerichtskasse, so schenkt er dem Verurteilten den entsprechenden Betrag im Wege der Befreiung von einer Verbindlichkeit. Sollte aber der Dritte nur die Mittel zur teilweisen Tilgung der Sanktion zuwenden oder nur einen Teil der Sanktion tilgen, so bleibt weiterhin nur der Verurteilte verpflichtet, den noch ausstehenden Betrag zu bezahlen. Zu keinem Zeitpunkt verwandelt sich die in diesem Sinne höchstpersönliche Zahlungspflicht des Verurteilten in eine Verpflichtung des Dritten. Die Mittel der Ersatz- oder Erzwingungshaft dürfen nicht gegen den Dritten, sondern allein gegen den verurteilten Täter ergriffen werden.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob es dem Dritten bei Androhung von Strafe untersagt ist, dem verurteilten Täter Geldmittel zur Tilgung der Sanktion zuzuwenden. Nur mit dieser Frage hat sich der BGH befasst. Bei einem sehr weiten Verständnis davon, was die Höchstpersönlichkeit der Geldsanktion umfassen soll, mag man diese Frage auch dazu zählen können. An der Tatsache, dass im Falle der nur teilweisen Drittleistung nur der Verurteilte zur Begleichung des Sanktionsrestes verpflichtet ist, und diese Verpflichtung in diesem Sinne eine höchstpersönliche ist, vermag das jedoch nichts zu ändern. Diesen Begriffskern der Höchstpersönlichkeit hat der BGH nicht angerührt, geschweige denn aufgegeben.

Ein anderes folgt auch nicht aus der Passage der Urteilsbegründung, in der der BGH – wenigstens missverständlich – den Unterschied zwischen Freiheits- und Geldstrafe herausstellt.²⁹ Die Vollstreckungsorgane hätten dafür zu sorgen, „daß der richterliche Urteilsspruch durchgesetzt wird, daß *der Verurteilte die ihm auferlegte Verpflichtung* erfüllt.“ Der Unterschied bestehe in dem Erfüllungssubstrat. Bei der Freiheitsstrafe sei „der Verurteilte verpflichtet, die (zeitweise) Entziehung eines höchstpersönlichen, unübertragbaren Rechts, des Rechts auf persönliche Freiheit hinzunehmen.“ Bei einer Verurteilung des Angeklagten zu einer Geldstrafe habe (nur) „er einen bestimmten Geldbetrag – eine vertretbare Sache – an die Gerichtskasse zu zahlen.“ In beiden Fällen (!) sei „die weitgehend vom Willen des Verurteilten abhängige ‚persönliche Betroffenheit‘“ mit Vollstreckungsmaßnahmen nicht durchsetzbar.³⁰

29 BGH, Urt. v. 7. 11. 1990 – 2 StR 439/90 – BGHSt 37, 226 ff. (229 f.). Die wörtlichen Zitate sind dort entnommen. Herv. nur hier.

30 Auch bei dem zu Freiheitsstrafe Verurteilten ist es nicht von vornherein gesichert u. jedenfalls nicht erzwingbar, dass ihn der Aufenthalt in der Vollzugsanstalt persönlich betroffen mache.

Die Verpflichtung trifft in beiden Fällen allein den Verurteilten und ist in diesem Sinne höchstpersönlich. Bei der Geldstrafe ist es möglich, den Verurteilten zu entlasten. Er muss die Verpflichtung durch Hingabe einer vertretbaren Sache erfüllen, sodass sein Vermögen zuvor oder nachträglich durch *anderes Geld* wieder aufgefüllt werden kann. Seine persönliche Freiheit kann ihm, eben weil sie ein höchstpersönliches Gut ist, von keinem erstattet werden. Das bedeutet, dass der BGH den Begriff der Höchstpersönlichkeit – ohne dies kenntlich zu machen – einmal im Zusammenhang mit der (Sanktions-)Verpflichtung des Verurteilten und einmal im Zusammenhang mit dem Erfüllungssubstrat verwendet. Die hier wiedergegebene Passage befasst sich nur mit letzterem. Damit aber erweist sich auch der Schluss von der Höchstpersönlichkeit des Erfüllungssubstrates auf die (fehlende) Höchstpersönlichkeit der Verpflichtung als eine *quaternio terminorum*³¹ – sprich: als ein unzulässiger Fehlschluss.

d) Damit ist auch der letzten insoweit zu besprechenden These der Boden entzogen: Teilweise ist aus der (vermeintlichen) Aufgabe der Höchstpersönlichkeit der Geldsanktion gefolgert worden, dass sich die Zahlungsverpflichtung von den Strafzwecken trennen lasse.³² Es komme aus der Perspektive des öffentlichen Rechts nicht darauf an, wer die Sanktion letztlich bezahle.³³ Das werde vom Ordnungswidrigkeitenrecht nicht vorgegeben³⁴ und von der Verfolgungsbehörde nicht entschieden.³⁵ Der Sanktionszweck der Geldsanktion sei mit deren Festsetzung erreicht.³⁶ Dann aber könne der be-

31 Ausf. zum Fehlschluss der *quaternio terminorum*, die auch als Begriffsverschiebung oder als Vervierfachung der Begriffe bezeichnet wird, *Joerden*, Logik³ S. 317 ff.

32 So vor allem *D. Krause*, *NStZ* 2000⁵ S. 225 (229 f.).

33 *M. Zimmermann*, WM 2008¹⁰ S. 433 (437); *Blaurock*, in: *FS Bornkamm* (2014), S. 107 (115).

34 So zuerst *M. Zimmermann*, WM 2008¹⁰ S. 433 (437). Zust. *Fabisch*, ZWeR 2013¹ S. 91 (106); *Fleischer*, in: BeckOGK-AktG, § 93 Rn. 253 u. in: BB 2008²¹ S. 1070 (1073); *Hopt/Roth*, in: GroßKomm-AktG⁵ § 93 Rn. 419; *Kersting*, ZIP 2016²⁷ S. 1266 (1267); *Werner*, ZWH 2015⁶ S. 169 (172).

35 So zuerst *Glöckner/Müller-Tautphaeus*, AG 2001⁷ S. 344 (346). Zust. *Twele*, S. 164 f.; *Wilsing*, in: *Krieger/Schneider*²; § 27 Rn. 39 (nicht mehr in: *Krieger/Schneider*³ § 31 Rn. 37) u. *M. Zimmermann*, WM 2008¹⁰ S. 433 (437). Ähnlich auch *Kaulich*, S. 291 f.

36 So zuerst *M. Zimmermann*, WM 2008¹⁰ S. 433 (437). Zust. *Blaurock*, in: *FS Bornkamm* (2014), S. 107 (114 f.); *Fleischer*, BB 2008²¹ S. 1070 (1073), in: DB 2014⁷ S. 345 (347) u. BeckOGK-AktG, § 93 Rn. 253; *Hack*, S. 80; *Werner*, ZWH 2015⁶ S. 169 (172). *Thole*, ZHR 173⁴ (2009), S. 504 (532 f.) knüpft an „Erfüllung und Vollstreckung“ der Geldbuße an. Ähnlich wohl auch *R. Koch*, VersR 2015¹⁶ S. 655 (658).

reits erreichte Sanktionszweck durch einen nachträglich geltend gemachten Regressanspruch nicht mehr vereitelt werden.

Schon im Ausgangspunkt wird dabei verkannt, dass es sich bei Festsetzung und Beitreibung der Geldsanktion um zwei verschiedene Grundrechtseingriffe handelt. Jeder von ihnen muss deshalb – schon um verhältnis- und verfassungsmäßig zu sein – einem legitimen Zweck dienen.³⁷ Das aber bedeutet, dass der mit der Beitreibung der Sanktion verfolgte Zweck nicht schon mit deren Festsetzung erreicht sein kann. Andernfalls wäre die Beitreibung der Sanktion zur Erreichung des Zwecks nicht erforderlich und deshalb rechts- und verfassungswidrig. Die Beitreibung der Sanktion verdeutlicht Ernst und Wirklichkeit von deren Festsetzung, die ihrerseits Ernst und Wirklichkeit der Androhung beweist. Mit der Sanktionsandrohung wird der Allgemeinheit ein klugheitsbezogener Grund angegeben, bestimmte zum Zwecke des Güterschutzes aufgestellte, primäre Verhaltensnormen einzuhalten. Der Zweck der Sanktionsbeitreibung wird deshalb frühestens erreicht, wenn die Verpflichtung des Verurteilten erfüllt ist.

Ohnehin ist der Zeitpunkt der Geltendmachung des Regressanspruches nicht der richtige, um eine Vereitelung des Sanktionszwecks der Beitreibung zu untersuchen. Wäre die Geldbuße – entgegen der hier vertretenen Auffassung – ein Schaden im Sinne der Ersatzpflichtanordnung, so würde der entsprechende Ersatzanspruch exakt in dem Zeitpunkt entstehen, in dem das Sanktionsübel als Verbindlichkeit das Vermögen des Verurteilten belastet. Dann nämlich würde der kausal verursachte „Schaden“ zu der Erfüllung des Verletzungstatbestands treten und wären alle Voraussetzungen der Ersatzpflichtanordnung erfüllt. Noch während der strafende Arm des Staates die Wunde schläge, würde der zivilrechtlich regelnde Arm des Staates das Vermögen des Verurteilten durch Gewährung eines Anspruchs um eben diesen Betrag wieder auffüllen. Per saldo schuldete der Verurteilte folglich nichts, mag er auch den Betrag vorstrecken und auf dem mühsamen und unsicheren Weg der Klage zurückholen müssen.³⁸ Die Werthaltigkeit dieses Anspruchs oder ein mögliches Prozess- und Insolvenzrisiko sind insoweit unbeachtlich. Diese Risiken haften einem jeden zivilrechtlichen Anspruch an und lassen

37 Siehe dazu die hervorragende Arbeit von *Geiger*, der es (S. 28) auf den Punkt bringt: „Mit dem Ausspruch dieses Strafbüels werden die erstrebten Strafzwecke verfolgt; durch den Vollzug dieses Strafbüels werden die erstrebten Zwecke bewirkt.“ Die Passage ist im Original kursiv gesetzt. In Fn. 48 verweist *Geiger* zur Vertiefung auf weitere Stellen in seiner Arbeit.

38 *Hillenkamp*, in: FS Lackner (1987), S. 455 (462).

sich deshalb nicht in die spezifische Sanktionswirkung einer Geldstrafe oder Geldbuße umdeuten.

Das ist bei den Fällen der freiwilligen und nachträglichen Sanktionsübernahme, aus denen der Gedanke abgeleitet worden ist,³⁹ keineswegs der Fall. Die vor- oder nach-tatliche Erstattungszusage gewährt dem Verurteilten – als in aller Regel formnichtiges Schenkungsversprechen⁴⁰ – zu keinem Zeitpunkt einen einklagbaren Anspruch. Sein Vermögen wird mit der Sanktionsverbindlichkeit belastet, die nicht durch einen im selben Zeitpunkt entstehenden Anspruch kompensiert wird. Sein zu diesem Zeitpunkt bestehendes⁴¹ Vermögen wird gemindert. Ob es später tatsächlich absprachegemäß wieder aufgefüllt wird, ist ungewiss und mit staatlichen Mitteln nicht erzwingbar. Auch in dieser Hinsicht sind die Fälle nicht vergleichbar und lässt sich aus der Zulässigkeit der freiwilligen Sanktionsübernahme nicht auf die Abwälzbarkeit von Geldsanktionen schließen.

Schließlich folgt schon aus dem Vorstehenden, dass der BGH nicht die Höchstpersönlichkeit der Geldsanktion aufgegeben hat. Die Zahlungsverpflichtung trifft als rechtfertigungsbedürftiger Grundrechtseingriff allein den Verurteilten. Selbstverständlich muss das Ordnungswidrigkeitenrecht vorgeben und die Verfolgungsbehörde darüber entscheiden, in wessen Grundrechte durch die Belastung mit einer Verbindlichkeit eingegriffen wird.⁴² Aus der Perspektive des öffentlichen Rechts ist es keineswegs unerheblich, wer zur Zahlung verpflichtet ist. Dem Dritten ist es lediglich nicht bei Strafe verboten, das Vermögen des Verurteilten dadurch zu mehren, dass er ihm schenkweise Geld zuwendet oder ihn durch direkte Zahlung an die Gerichtskasse (teilweise) von einer Verbindlichkeit befreit.

4. Zwischenergebnis

Das Argumentebündel aus und im Zusammenhang mit der (vermeintlich fehlenden) Höchstpersönlichkeit der Geldsanktion ist danach umfassend

39 Siehe bspw. *J. Koch*, in: GS Winter (2011), S. 327 (333 f.) u. *Werner*, ZWH 2015,
S. 169 (171).

40 Siehe dazu oben b) (S. 548).

41 Ist das formnichtige Schenkungsversprechen vor der Belastung mit der Sanktionsverbindlichkeit durch Vollzug geheilt worden, so sind die zugewandten Mittel schon Teil des Vermögens geworden, das mit der Sanktion auch in diesem Fall gemindert wird.

42 So völlig zu Recht LAG Düsseldorf, Urt. v. 20. 1. 2015 – 16 Sa 459/14 („*Schienkartell I*“) – ZIP 2015,¹⁷ S. 829 ff. (830 f.).

entkräftet. Es hat keinen Gesichtspunkt hervorgebracht, der zur Aufgabe des hier eingenommenen Standpunktes zwingt.

II. Präventionsausfall

Bemerkenswert ist ferner der Einwand, wonach der Regress-„Ausschluss“ die präventive Wirkung der Verbandsgeldbuße zunichte mache. Er beruht auf der – völlig zutreffenden¹ – Erwägung, dass die juristische Person als solche in einem natürlichen Sinne nicht selbst handeln kann, sondern sich hierzu ihrer Organwalter bedienen muss.² Das heißt, dass die Verbandsdelikte nur durch eben diese natürlichen Personen begangen werden und werden können. Daraus wird – im Grundsatz ebenfalls zu Recht – geschlossen, dass die durch die Verbandsgeldbuße intendierte Verhaltenslenkung bei den handelnden Personen ansetzen, sprich: das Verhalten der Geschäftsführungsorganwalter lenken müsse.³ Dann aber sei ein Regress-„Ausschluss“ geradezu kontraproduktiv:⁴ Er ließe die verhaltenssteuernde Wirkung auf den Organwalter überall dort entfallen, wo eine persönliche Sanktion aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht verhängt werde oder werden könne.⁵ Gerade bei den besonders gravierenden Verstößen im europäischen Kartellrecht, das eine persönliche Sanktion gegen den Organwalter nicht vorsehe, sei dieser Präventionsausfall besonders schmerhaft.⁶

1 Siehe nur BT-Drs. V/1269, S. 58 (li. Sp.): „Die juristische Person [...] ist als fiktives und im natürlichen Sinne handlungsunfähiges Wesen“ einer (S. 61 li.) „Tat im natürlichen Sinne nicht fähig. Sie selbst kann keine Ordnungswidrigkeit oder Straftat begehen.“

2 Bayreuther, NZA 2015²⁰ S. 1239 (1241); Brommer, Vorstandshaftung, S. 45; Kaulich, S. 293 u. 298.

3 Bayer/Scholz, GmbHR 2015⁹ S. 449 (452); Bayreuther, NZA 2015²⁰ S. 1239 (1241); Habersack, in: Karlsruher Forum 2009, S. 5 (31 f.); Kapp/Hummel, ZWeR 2011³ S. 349 (359); Kaulich, S. 293 u. 298; Kersting, ZIP 2016²⁷ S. 1266 (1268); Scholz, S. 52.

4 So vor allem Fleischer, in: BeckOGK-AktG, § 93 Rn. 253 u. in: DB 2014⁷ S. 345 (348).

5 Siehe nur Bayreuther, NZA 2015²⁰ S. 1239 (1241); Fleischer, DB 2014⁷ S. 345 (348); Hauger/Palzer, ZGR 2015¹ S. 33 (54); J. Koch, in: GS Winter (2011), S. 327 (334 f.); Thole, ZHR 173⁴ (2009), S. 504 (533).

6 Bayer/Scholz, GmbHR 2015⁹ S. 449 (452); Bayreuther, NZA 2015²⁰ S. 1239 (1241); Brommer, Vorstandshaftung, S. 45 ff.; Kaulich, S. 298; Kersting, ZIP 2016²⁷ S. 1266 (1268); J. Koch, in: GS Winter (2011), S. 327 (334 f.); Scholz, S. 50; Thole, ZHR 173⁴ (2009), S. 504 (533); Twele, S. 163.

§ 13 Verteidigung gegen Einwände

1. Präventions-Mechanismus

Diesem Einwand ist im Ausgangspunkt entgegenzuhalten, dass er den – völlig im Dunkeln gelassenen – Präventions-Mechanismus der Verbandsgeldbuße verkennt. Dieser ist, wenn man die Entstehungsgeschichte des Institutes nicht ausblenden will,⁷ gar nicht darauf angewiesen, dem individualverantwortlichen Täter ein Vermögensübel zuzufügen.⁸ Mehr noch: Die Verbandsgeldbuße ist zur Schließung einer Präventionslücke geschaffen worden, die durch ein zusätzliches Vermögensübel für den Individual-Täter verfassungskonform nicht hatte geschlossen werden können. Sie sichert die Durchschlagskraft der individuellen Sanktionsandrohung, indem sie durch Abschöpfung der rechtswidrigen Verbandsvorteile⁹ den Anreiz zur ökonomisch-rationalen Kollusion beseitigt. Sie lenkt das Individualverhalten nicht durch Androhung eines zusätzlichen (und deshalb unzulässigen) hoheitlichen Vermögensübels. Vielmehr nimmt sie dem Täter vor Begehung der Tat die Gewissheit,¹⁰ dass der Verband aus den Taterträgen für die Individualsanktion aufkommen werde. Muss der potentielle Täter davon ausgehen, den angedrohten und nach seinem Vermögen bemessenen Nachteil aus eigenem Vermögen bestreiten zu müssen, so ist ihm ein klugheitsbezogener Grund angegeben, nicht gegen die primären Verhaltensnormen zu verstößen – auch nicht im (vermeintlichen) Interesse des Verbandes.

2. Petio principii

Darüber hinaus beruht der Einwand auf einem gut getarnten Fehlschluss. In gestraffter Form lautet der Gedankengang etwa: Die Verbandsgeldbuße drohe ein Vermögensübel an, um der Begehung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten vorzubeugen. Diese Taten werden nicht von der juristischen Person selbst, sondern von deren Organwaltern begangen. Soll die Androhung des

7 Dazu ausf. §§ 9 u. 10.

8 Zu einer anderen Fehlannahme zum Wirkmechanismus der Verbandssanktion bereits oben § 10 C. IV. 2. c) (S. 368).

9 Auch eine trans-restitutive Verbandsgeldbuße würde durch die Belastung des Verbandsvermögens versuchen, den Anreiz zur ökonomisch-rationalen Kollusion – ggf. noch stärker – zu beseitigen.

10 Dass der Verband es – aus welchen Gründen auch immer – auf sich nimmt, den Delinquenten aus eigenen Mitteln freiwillig freizustellen, lässt sich durch die Konstruktion der Verbandssanktion kaum vermeiden.

Vermögensübels die Begehung von Straftaten verhindern und werden diese Straftaten von den Organwaltern begangen, so muss das Übel diesen gelten. Damit aber das angedrohte Vermögensübel diejenigen erreiche, auf die es einwirken möchte, müsste es im Wege des Innenregresses an diese weitergereicht werden können.

Dieser Gedankengang, der die Abwälzbarkeit der Verbands-Geldbuße begründen möchte, setzt deren zivilrechtliche Abwälzbarkeit jedoch voraus. Wenn nämlich der Regress tatsächlich nicht möglich wäre, könnte das (unterstellt) für den individualverantwortlichen Täter bestimmte Übel diesen nicht erreichen. Es müsste bei der juristischen Person verbleiben, die den Verstoß selbst nicht begehen kann und sich durch eine Übelsandrohung und -zufügung nicht zum „richtigen“ Verhalten veranlassen lässt. Die Verbandsgeldbuße wäre zwecklos – oder jedenfalls ungeeignet – und deshalb verfassungswidrig. Sie könnte nicht den Zweck und den Mechanismus haben, den der hier angegriffene Einwand zum Ausgangspunkt nimmt. Damit beruht der Gedanke auf einer Zwecksetzung der Verbandsgeldbuße, die sich nur halten lässt, wenn man ihre Abwälzbarkeit a priori voraussetzt. Bei Lichte betrachtet handelt es sich deshalb um eine petitio principii, mit der sich die Abwälzbarkeit der Verbandsgeldbuße gerade nicht begründen lässt.¹¹

3. Mehr Haftung = Mehr Abschreckung?

Weiter muss bezweifelt werden, ob ein Mehr an angedrohtem Vermögensübel immer auch ein Mehr an Abschreckung bedeutet. Zwar mag im Bereich niedriger Geldsanktionen durchaus eine beinahe lineare Korrelation zwischen Sanktionshöhe und Abschreckungswirkung bestehen – auf nichts anderem beruht der Gedanke, Taten größerer Bedeutung mit höheren Geldsanktionen zu begegnen. Der Täter, der sich über einen klugheitsbezogenen Grund zur Einhaltung einer Verhaltensnorm hinweggesetzt hat, soll gleichwohl einen klugheitsbezogenen Grund haben, sich mit dem geringeren Delikt zu begnügen und nicht noch größeres Unrecht zu begehen und größere Schuld auf sich zu laden. Soll eine Geldsanktion von der Erzielung rechtswidriger Sondervorteile abschrecken, so muss sie so bemessen sein, dass die erwartbaren Sanktionskosten den erwartbaren Gewinn übersteigen.¹² Unter den

11 Auch das Gegenteil lässt sich auf diesen Gedanken freilich nicht stützen, sodass er insgesamt unergiebig bleibt.

§ 13 Verteidigung gegen Einwände

erwartbaren Sanktionskosten ist dabei das Produkt aus Entdeckungswahrscheinlichkeit und angedrohter Geldsanktion zu verstehen.

Anm. 13.8: Angenommen, der Täter hat Aussicht auf rechtswidrige Tatgewinne von 1 Mio. Euro und muss eine Aufdeckungswahrscheinlichkeit von nur 25 %, sprich: einem Viertel fürchten. Insoweit müsste eine Sanktion i. H. v. wenigstens 4 Mio. Euro angedroht werden, um den Täter vor der Begehung der Tat wirksam abschrecken zu können. Weil sich die Aufdeckungswahrscheinlichkeit nicht ohne Weiteres und nicht unendlich steigern lässt, muss zur wirksamen Abschreckung – in gewissem Umfang – an der Sanktionshöhe geschraubt werden.

Dann aber liegt es auf der Hand, dass die Zunahme der Abschreckungswirkung einer Geldsanktion nicht grenzenlos möglich und durch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters begrenzt ist. Für denjenigen, der eine Sanktion in Höhe von 5 Mio. Euro als „wirtschaftliche Todesstrafe“ wahrnimmt, macht es im Hinblick auf die Abschreckung de facto keinen Unterschied, ob ihm 50 Mio., 500 Mio. oder 5 Mrd. Euro angedroht werden. Sobald die angedrohte Sanktion die Zahlungsfähigkeit des Täters übersteigt, lässt sich die Abschreckungswirkung durch eine Erhöhung des angedrohten (finanziellen) Übels nicht mehr steigern.¹³ Dann aber wird dem Täter – von der Steigerung der Entdeckungswahrscheinlichkeit einmal abgesehen – auch kein klugheitsbezogener Grund mehr gegeben, nicht ein weiteres oder ein noch schwerer wiegendes Delikt zu begehen.

Für den Verbandsgeldbußen-Regress bedeutet das Folgendes: Wollte man zur Steigerung der Abschreckung die nach der Leistungsfähigkeit und den Gewinnen des Verbandes bemessene Geldbuße zivilrechtlich auf den Vorstand überwälzen, wäre die Abschreckungsfalle¹⁴ schnell erreicht. Dem potentiellen Täter drohte für (beinahe) jeden – in manchen Branchen wohl nie völlig vermeidbaren¹⁵ – Verstoß eine Sanktion, die er aus eigenen Mitteln nicht bestreiten könnte. Wenn aber die wirtschaftliche Todesstrafe Konsequenz einer

12 So vor allem *Coffee*, MichLawRev 79³ (1981), S. 386 (389 ff.) – auch zum Folgenden. Er räumt selbst ein, dass sein Konzept auf gewissen Vereinfachungen u. Ungenauigkeiten beruht. Auch *Wagner*, NZWiSt 2018,¹⁰ S. 399 (405) hält es für geboten, den „Schaden mit dem Kehrwert der Durchsetzungswahrscheinlichkeit zu multiplizieren“, um die „aus wohlfahrtsökonomischer Sicht“ richtige Strafe zu erhalten.

13 Auch deshalb droht dem Täter ab einem gewissen Unrecht nicht Geldstrafe, sondern Haft.

14 Treffend spricht *Coffee*, MichLawRev 79³ (1981), S. 386 (389 ff.) in Anlehnung an den aus der Volkswirtschaftslehre bekannten Begriff der Liquiditätsfalle („liquidity trap“) von einer „deterrence trap“ – einer Abschreckungsfalle (S. 390 Fn. 15). Übersetzung von mir.

jeden Zu widerhandlung ist, besteht für den deliktgeneigten Täter kein Anreiz, sich mit kleinen Taten zu begnügen. Die vom Täter ohnehin nicht erfüllbare zusätzliche Sanktion, die ihm über die Bande des Zivilrechts angedroht und zugefügt würde, vermochte die gewünschte Steuerungswirkung im positiven Sinne nicht zu steigern.¹⁶ Im Gegenteil würde sie das – mehr oder weniger – fein austarierte System der öffentlich-rechtlichen Verantwortlichkeit überspielen und damit auch dessen Verhaltenssteuerung annulieren.

Wird umgekehrt verhindert, dass das Übel der Verbandsgeldbuße zivilrechtlich auf den „eigentlich verantwortlichen“ Täter abgewälzt wird, so ist dies im Hinblick auf die Präventionswirkung keineswegs kontraproduktiv. Im Gegenteil: Die Präventionswirkung der individuellen Sanktionsandrohung wird dadurch geschützt. Deren zivilrechtliche Überlagerung durch ein für den Täter ohnehin nicht tragbares Vermögensübel wird verhindert. Dadurch ist gewährleistet, dass dem Täter ein tat proportionales und (nur) nach seinem Vermögen bemessenes Übel angedroht wird, das als klugheitsbezogener Grund allein in der Lage ist, im Rahmen des strafrechtlich Möglichen die richtigen Verhaltensanreize zu setzen.

4. (Keine) Individualsanktion im europäischen Kartellrecht

Damit verbleibt nur der Einwand, wonach das europäische Kartellrecht keine Individualsanktionen vorsehe. Gerade diese besonders gravierenden Fälle machten deutlich, dass der Innenregress der Verbandssanktion zulässig sein müsse, weil der Einzel-Täter anderenfalls nicht zu treffen sei.¹⁷ Auch dieser Einwand kann jedoch nicht gelten.

Im Ausgangspunkt ist es zutreffend, dass das europäische Kartellrecht selbst keine Individual-Sanktion enthält. Die insoweit maßgebliche Sanktionsvorschrift ist Art. 23 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1/2003.¹⁸ Danach kann die

15 Zur Vermeidung von Missverständnissen: Das Wort „vermeidbar“ ist hier untechnisch verwendet. Ein wirklich unvermeidbarer Verstoß wäre u. a. nach § 17 StGB u. § 11 Abs. 2 OWiG selbstverständlich sanktionslos.

16 Hinzu kommen zahllose negative Begleiterscheinungen, die etwa *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 71 ff. beinahe erschöpfend zusammengetragen hat. Anders als hier will *Brommer* daraus jedoch nur eine Regressbeschränkung herleiten.

17 So sinngemäß etwa *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015⁹ S. 449 (452); *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 27; *Kaulich*, S. 298; *Kersting*, ZIP 2016²⁷ S. 1266 (1268); *J. Koch*, in: GS Winter (2011), S. 327 (334 f.) teilw. m. w. N.

§ 13 Verteidigung gegen Einwände

Kommission unter den dort genannten Voraussetzungen Geldbußen nur „gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen“ verhängen.

Allerdings hat diese Zurückhaltung – jedenfalls de jure¹⁹ – nicht zur Folge, dass der individuelle Täter bei einem Verstoß gegen das europäische Kartellrecht keine Sanktion fürchten muss.²⁰ Der Verstoß gegen die in den Mitgliedstaaten unmittelbar geltenden Art. 101 f. AEUV kann wegen der dezentralisierten Anwendung des europäischen Kartellrechts auch von den deutschen Kartellbehörden nach § 81 GWB mit Geldbußen belegt werden; und zwar nach Abs. 1 auch und gerade gegenüber natürlichen Personen.²¹

Daran ändert auch die Zuständigkeitsverteilung zwischen den mitgliedstaatlichen Kartellbehörden und der Europäischen Kommission nichts. Zwar sieht Art. 11 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1/2003 vor, dass „die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten“ entfällt, wenn „die Kommission ein Verfahren zum Erlass einer Entscheidung [u. a.]“²² nach Kapitel III“ einleitet. Das Tätigwerden der Kommission entfaltet insoweit eine Sperrwirkung. Die Befugnis der Kommission ist jedoch darauf beschränkt, Geldbußen (nur) gegen die Unternehmen zu verhängen. Dann kann aber auch Art. 11 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1/2003 keine Sperrwirkung im Hinblick auf die persönliche Verantwortlichkeit der handelnden Personen entfalten. Das bedeutet, dass auch die Verfahrenseinleitung gegen das Unternehmen durch die Kommission den nationalen Kartellbehörden nicht die Möglichkeit nimmt, parallel oder im Anschluss hieran ein persönliches Bußgeld gegen den verantwortlichen Organwalter festzusetzen.²³

18 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 u. 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. (EG) v. 4. Januar 2003, L 1/1.

19 Siehe noch 4. (S. 561).

20 Darauf ist schon oft hingewiesen worden. Siehe – auch zum Folgenden – nur *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 29; *Hack*, S. 106; *Hauger/Palzer*, ZGR 2015¹, S. 33 (38 f.); *Konrads*, S. 19 u. *Twele*, S. 28.

21 Die an sich nur auf das Unternehmen anwendbare Sanktionsvorschrift wird über § 9 OWiG auch – genauer: nur – auf den jew. Organwalter angewandt.

22 Die Geldbußenregelung des Art. 23 VO (EG) Nr. 1/2003 steht im Kapitel VI. Gleichwohl ist eine Entscheidung nach – dem im Kapitel III befindlichen – Art. 7 faktisch condicio sine qua non für die Verhängung eines Bußgeldes, sodass die Sperrwirkung des Art. 11 Abs. 6 auch diese Entscheidungen erfassen muss. Dazu – u. zum Folgenden – nur *Bardong*, in: MünchKomm-WettbR, EurWettbR²; Art. 11 VO Nr. 1/2003 Rn. 80 m. w. N. u. *Konrads*, S. 25.

23 So zu Recht *Bardong*, in: MünchKomm-WettbR, EurWettbR²; Art. 11 VO Nr. 1/2003 Rn. 87 u. *Konrads*, S. 25, die auch auf die Notwendigkeit einer engen Zusammen-

Ann. 13.9: Mittelbar spricht auch Art. 12 VO (EG) Nr. 1/2003 für die Richtigkeit dieser Einschätzung. Darin ist ein Informationsaustausch u. a. zwischen der Kommission und den mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden vorgesehen. In Abs. 3 ist ausdrücklich geregelt, unter welchen Voraussetzungen diese ausgetauschten Informationen „als Beweismittel verwendet werden [dürfen], um Sanktionen gegen natürliche Personen zu verhängen“. Zwar ist es nach Art. 12 Abs. 3 SpStr. 1 VO (EG) Nr. 1/2003 nicht zulässig, dass die Empfängerbehörde solche Informationen zur Festsetzung einer Individualsanktion verwertet, die von der Kommission zur Verhängung einer Unternehmenssanktion eingeholt worden sind.²⁴ Gleichwohl macht diese Regelung deutlich, dass ein von der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörde durchgeführtes Individualverfahren, bei dem die Informationen aus dem gegen das Unternehmen geführten Verfahren brauchbar sein könnten, nicht per se ausgeschlossen sein kann.

Dem mag man mit Recht entgegenhalten, dass bislang de facto kein Fall bekannt ist, in dem die nationale Behörde nach dem Tätigwerden der Kommission eine individuelle Sanktion festgesetzt hat. An der Stichhaltigkeit des Einwandes ändert das gleichwohl nichts. Auf welchen Gründen auch immer dies beruhen mag: Es ist nicht Aufgabe des Zivilrechts, ein – möglicherweise genau so gewolltes – Umsetzungs- und Durchsetzungs-Defizit der nationalen Kartellbehörden zu kompensieren.²⁵

5. Zwischenergebnis

Damit dürfte auch der Einwand entkräftet sein, wonach der Regress-„Ausschluss“ die präventive Wirkung der Verbundsgeldbuße auszuhebeln drohe. Auch er zwingt nicht dazu, den hier eingenommenen Standpunkt aufzugeben.

III. Insolvenzrisiko des Organwalters

Weit verbreitet ist schließlich die These,²⁶ dass der Sanktionswirkung der Verbundsgeldbuße durch den Regress keine wirkliche Gefahr drohe – worin

arbeit hinweisen, um eine Doppelung der Ermittlungsarbeit u. widersprüchliche Entscheidungen zu vermeiden.

24 So etwa *Ritter/Wirtz*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Bd. I⁶; Art. 12 VO Nr. 1/2003 Rn. 14.

25 Mit diesem zutr. Gedanken in anderem Zusammenhang *Scholz*, S. 67. Wie hier auch *Bastuck*, S. 130.

26 Siehe nur *Bayer/Scholz*, *GmbHR* 2015⁹ S. 449 (452); *Bayreuther*, *NZA* 2015²⁰ S. 1239 (1242); *Brommer*, *Vorstandshaftung*, S. 46; *Kersting*, *ZIP* 2016²⁷ S. 1266

auch immer diese Sanktionswirkung genau bestehen möge. Der einzelne Organwalter sei in Anbetracht der in Rede stehenden Summen ohnehin kaum je in der Lage, den „Schaden“ in Gänze zu ersetzen. Der überwiegende Teil der Sanktion werde deshalb auch nach einem Regress von der juristischen Person getragen. Er belaste de facto doch das Vermögen des Verbandes und könne dort seine Wirkung entfalten. Dem ist aus dreierlei Gründen entgegenzutreten:

Einmal setzt das Verbleiben eines beim Organwalter nicht liquidierbaren Bußgeldrestes voraus, dass der Organwalter bis an die Pfändungsgrenzen in Anspruch genommen worden ist. Die Bewirkung der Sanktionszwecke beim Verband wäre in den potentiellen Regresskonstellationen deshalb stets davon abhängig, dass dem Organwalter ebenjene „wirtschaftliche Todesstrafe“ zugefügt würde, die der Staat ihm selbst nicht auferlegen dürfte. Dass aber der Staat die Sanktionswirkung beim Verband von einer für ihn verfassungswidrigen und deshalb im Zivilrecht versteckten Übelzufügung beim Einzeltäter abhängig machen wollte, muss ernstlich bezweifelt werden. Mit anderen Worten: Auch dieser Einwand übersieht die dem Gesetzgeber durch die Verfassung gesetzten Grenzen, die bei den Verbandsdelikten bestehende Präventionslücke ohne verfassungswidrige Überforderung des verantwortlich Handelnden zu schließen.

Zum anderen ist zu beachten, dass auch bei Zugrundelegung der These schon dieser überwiegende Teil der Sanktion ausreichend sein müsste, um die mit der Sanktion bei dem Verband verfolgten Zwecke zu bewirken. Andernfalls wäre die per saldo beim Verband verbleibende Sanktion zu niedrig, deshalb ungeeignet und letztlich verfassungswidrig. Dann aber ist nur diese denklogisch geringere Vermögenslast der erforderliche und deshalb verhältnismäßige Grundrechtseingriff. Automatisch stellt sich die Frage, mit welchem Recht der Staat zunächst ein größeres und gegenüber dem Verband deshalb auch nicht erforderliches Bußgeld sollte festsetzen dürfen. Die Frage stellt sich noch drängender, weil die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Organwalters bei der Festsetzung der Verbandsgeldbuße nicht berücksichtigt wird. Es steht zu diesem Zeitpunkt gar nicht fest, ob und in welchem Umfang der Organwalter von dem Verband in Anspruch genommen und ob dadurch der nicht erforderliche Teil der Verbandsgeldbuße tatsächlich von diesem weggeleitet würde.

(1267); *J. Koch*, AG 2012¹² S. 429 (434 f.); *R. Koch*, VersR 2015¹⁶ S. 655 (658); *Scholz*, S. 48; *Suchy*, NZG 2015¹⁵ S. 591 (592); *Twele*, S. 162 f.

Schließlich ist das Argument in sich widersprüchlich. Die Abwälzbarkeit der Verbandsgeldbuße ruht im Ausgangspunkt auf der These, dass die Buße an den Organwalter weitergereicht werden müsse, weil nur er für deren verhaltenssteuernde Wirkung empfänglich sei. Die juristische Person als solche könne keine Delikte begehen und durch eine Übelsandrohung nicht zu gesetzeskonformem Verhalten animiert werden. Das heißt, der mit der Buße eigentlich verfolgte Zweck – Verhaltenslenkung der natürlichen Person – kann mit einem Vermögensübel beim Verband nicht erreicht werden. Dann aber ist es völlig ausgeschlossen, dass der beim Verband verbleibende Bußgeldrest bei diesem noch einen sinnvollen Zweck erfüllen kann. Die Verbandsgeldbuße hat entweder den Zweck, die natürliche Person zu treffen – dann muss sie so bemessen sein, dass nach dem Regress kein zweckloser Sanktionsrest beim Verband verbleibt. Oder sie hat einen Zweck, der auf welchem Weg auch immer bei dem Verband selbst wirken soll – dann muss sie ohne Verfälschung durch einen Regress beim Verband verbleiben. Oder sie hat einen doppelten Zweck – dann muss bei der Bemessung berücksichtigt werden, in welchem Umfang sich der Verband beim Organwalter erholen kann, damit der verbleibende Sanktionsrest seine Wirkung beim Verband erfüllen kann. Wo diese Faktoren bei der Bemessung nicht berücksichtigt werden, bleibt die Aufteilung des Sanktionsübels zwischen Organwalter und Verband mehr oder weniger dem Zufall überlassen. Wo aber der Grundrechtseingriff am Verhältnismäßigkeitsprinzip zu messen ist, kann die Intensität des Eingriffs nicht dem Zufall überlassen sein.

C. Ergebnis

Damit sind die wesentlichen Einwände entkräftet. Weder zwingt die Rechtsprechung des BGH zur Beraterhaftung, noch zwingen die übrigen hier besprochenen Einwände dazu, den hier entwickelten Standpunkt aufzugeben: Geldbußen können, weil sie nicht als Schaden im Sinne der Ersatzpflichtanordnung qualifiziert werden dürfen, nicht Gegenstand eines zivilrechtlichen Schadenersatzanspruches sein.

