

§ 12 Geldbuße als Schaden

*Von [Grothendieck] habe ich auch gelernt, mich nicht der Komplexität eines Beweises zu rühmen: Komplexität bedeutet, dass wir nicht verstanden haben. Im Idealfall gelingt es, eine Landschaft zu malen, in der der Beweis offensichtlich ist.**

Pierre Deligne

(belgischer Mathematiker, † 3. Oktober 1944)

Nachruf auf Alexandre Grothendieck in:

Artin et al., Notices of the AMS 63³ (2016), S. 242 (250)

Sind damit die Fragen beantwortet, die „präjudizirlich“ und noch ungelöst vor der hier entscheidenden lagen, so kann die Untersuchung nun endlich „da beginnen [...], wo sie so gerne gleich begonnen hätte.“¹ Namentlich bei der Frage, ob Geldbußen – genauer: die durch sie verursachten Vermögensnachteile – Gegenstand von Schadenersatzansprüchen sein können. Dabei wird sich zeigen, dass die Beantwortung der Forschungsfrage im Hinblick auf Komplexität und Umfang weit hinter den Ausführungen zu den Vorfragen zurückbleiben wird. Das mag aus dramaturgischen Gesichtspunkten durchaus etwas unglücklich sein. Gleichwohl dürfte es mit dem aufwändigen Unterbau gelungen sein, im Sinne des Eingangszitates „eine Landschaft zu malen, in der der Beweis offensichtlich ist.“

Der strafrechtliche Teil der Untersuchung hat u. a. ergeben, dass zwischen der Individual- und der Verbands-Geldbuße ganz erhebliche Unterschiede bestehen. Diese Unterschiede sind so groß, dass die Beantwortung der Forschungsfrage für jedes dieser Instrumente getrennt erfolgen muss. Die Individual-Geldbuße, mit der die Untersuchung beginnen soll, hat sich ihrerseits als ein kombiniertes Sanktionsinstrument erwiesen. Es vereinigt in sich den restitutiven Abschöpfungsteil und den trans-restitutiven Ahndungsteil. Sie dienen jeweils unterschiedlichen Zwecken und verlangen deshalb im

* Übersetzung von mir. Im Original: „From him and his example, I have also learned not to take glory in the difficulty of a proof: difficulty means we have not understood. The ideal is to be able to paint a landscape in which the proof is obvious.“

1 Vgl. so schon *Binding* in seinem Vorwort zu Normen I, S. VII (= Normen I² S. V). Das vollständige Zitat ist zu Beginn von § 7 wiedergegeben.

Hinblick auf die Forschungsfrage – zwar nicht nach einer anderen Antwort, wohl aber – nach einer unterschiedlichen Begründung.

Damit ist der Gang der weiteren Untersuchung vorgezeichnet: Zuerst sollen der Abschöpfungs- (A.) und der Ahndungsteil (B.) der Individual-Geldbuße auf ihre mögliche „Schadens“-Qualität hin untersucht werden. Ausgerüstet mit diesen Erkenntnissen wird sich sodann (C.) auch die Frage angehen lassen, die Auslöser für die Untersuchung war: Die Frage, ob der durch die Verbandsgeldbuße hervorgerufene Vermögensnachteil Gegenstand eines Ersatzanspruches sein kann.

Der radikal andere Problemzugriff macht es dabei unmöglich, auf alle aktuell gegen einen Regress-„Ausschluss“² vorgebrachten Einwände einzugehen. Deshalb soll die Antwort auf die Forschungsfrage in diesem Abschnitt autonom entwickelt werden. Wo es sich anbietet, sollen die denkbaren Einwände sogleich aufgegriffen und entkräftet werden. Die verbleibenden Gegenargumente, die sich ohne Verrenkungen nicht parieren lassen, werden – soweit ein Eingehen möglich und notwendig ist³ – erst im nächsten Kapitel (§ 13) gebündelt abgehandelt.

A. Abschöpfungsteil der Individualgeldbuße

Nach § 17 Abs. 4 Satz 1 OWiG soll die „Geldbuße [...] den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen.“ Soweit „das gesetzliche Höchstmaß hierzu nicht aus[reicht],“ kann es nach Satz 2 überschritten werden. Für die Antwort auf die Frage, ob dieser sog. Abschöpfungsteil der Geldbuße ein zivilrechtlicher Schaden sein kann, ist schrittweise vorzugehen: Zunächst sind (I.) die Wertungen freizulegen, die in dem Abschöpfungsteil zum Ausdruck kommen. Anschließend ist (II.) nachzuweisen, dass diese Wertungen durchkreuzt, wer in dem Abschöpfungsteil zugleich einen Schaden sehen will. Das erlaubt auf Grundlage des hier entwickelten Schadensverständnisses die Schlussfolgerung (III.), dass der Abschöpfungsteil außerhalb dessen liegt, was der Rechtsanwender im Wege der Rechtsfortbildung als Schaden anerkennen darf.

2 Das Wort „Ausschluss“ suggeriert, dass der Regressanspruch besteht u. durch eine nachträgliche Korrektur ausgeschlossen wird. Tatsächlich aber sind mangels eines Schadens schon die Voraussetzungen des Regressanspruches nicht erfüllt, sodass schwerlich von dessen Ausschluss gesprochen werden kann.

3 Soweit diese Einwände auf dem aus §§ 249 ff. BGB abgeleiteten Schadensverständnis beruhen, ist ihnen ohnehin der Boden entzogen.

I. Wertungen hinter dem Abschöpfungsteil

Im ersten Schritt ist deshalb zu untersuchen, welche Wertungen in dem Abschöpfungsteil der Geldbuße zum Ausdruck kommen. Das ist im Rahmen der Arbeit bereits erfolgt, soll hier aber unter dem spezifischen Blickwinkel der Regressfrage wiederholt und zugespitzt werden. Insoweit lassen sich im hier entscheidenden Kontext zwei Dimensionen unterscheiden: Zum einen beseitigt die Abschöpfung des Tatertrages die daraus hervorgegangene, rechtswidrige Vermögenszuordnung und stellt auf diese Weise den rechtmäßigen Urzustand wieder her. Zum anderen stellt die Gewinnabschöpfung den Täter so, wie er vor Tatbegehung stand, und bereitet dadurch den Boden für eine effektive Übelszufügung.

1. Herstellung des status quo ante

Die Abschöpfung der rechtswidrigen Tatgewinne ist insoweit Selbstzweck, als sie der Bekräftigung der bestehenden Rechtsordnung dient.⁴ Dürfte der Täter einer Ordnungswidrigkeit die deliktisch erlangten Vorteile behalten, könnte er sich einen (Markt-)Vorteil anmaßen, der seinen rechtstreuen Mitbürgern und Konkurrenten verwehrt bliebe. Das „Vertrauen der Bevölkerung in die Gerechtigkeit und die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung“ müsste nachhaltigen Schaden nehmen.⁵ Deshalb muss die gestörte (Rechts-)Güterzuordnung beseitigt und der rechtmäßige Zustand – soweit als möglich⁶ – wiederhergestellt werden.⁷ Im Zivilrecht stehen zur (teilweisen) Wiederherstellung des rechtmäßigen, vor der Tat bestehenden Zustandes durch Abschöpfung des unrechtmäßig Erlangten die Instrumente des Bereicherungsrechts zur Verfügung. Fehlt ein anspruchsberechtigter Dritter, so wird diese Aufgabe durch die im weiteren Sinne strafrechtliche Vermögensabschöpfung und deshalb auch durch den Abschöpfungsteil einer Geldbuße übernommen.⁸

4 So – hier u. im Folgenden zum Verfall vor dem VermAbsch-RefG – Geiger, S. 230.

5 So die Begründung zum neuen Einziehungsrecht im RegE des VermAbsch-RefG in: BT-Drs. 18/9525, S. 45.

6 Siehe etwa § 459g StPO zur Aussetzung der Vollstreckung, wenn „der Wert des Erlangten nicht mehr im Vermögen des Betroffenen vorhanden ist“.

7 Geiger, S. 230.

8 Vgl. Jescheck/Weigend, StrafR-AT⁵ § 76 I 5 (S. 792). Der Verfall ist – im Anschluss an Eser, Sanktionen, S. 284 ff. – denn auch als „quasi-konditionelle Ausgleichsmaß-

Anm. 12.1: Über die Frage, ob eine strafrechtliche Vermögensabschöpfung allein mit dem „Ausgleich einer unrechtmäßigen Vermögensverschiebung“ begründbar ist, ließe sich trefflich streiten.⁹ Schon die Frage, „ob der Gesetzgeber mit der Reklamierung öffentlicher Ausgleichsinteressen einen verfassungslegitimierten Zweck“ verfolge, sei unklar. Eine Berechtigung des Staates, „eine unrechtmäßig zustandegekommene Rechtsgüterzuordnung zu korrigieren, ohne selbst zuvor an der Rechtsgüterverschiebung beteiligt gewesen oder von den Beteiligten angerufen zu sein,“ sei keineswegs selbstverständlich und deshalb begründungsbedürftig. Hier soll der Frage gleichwohl nicht nachgegangen werden. Die weiteren Wertungen der Vermögensabschöpfung – etwa die Funktionsgewährleistung des sonst wirkungslosen Ahndungsteils – machen ihre Berechtigung ausreichend deutlich.

Das Ordnungswidrigkeitenrecht enthält mit dem Abschöpfungsteil des § 17 Abs. 4 OWiG die Wertung, dass der Täter den angemessenen Vorteil nicht behalten darf. Er soll eine Vermögensseinbuße erleiden, die im Idealfall jeden Vorteil entzieht, den sich der Täter rechtswidrig angemaßt hat. Der Vermögenszustand nach Tatbegehung wird nicht anerkannt. Es soll vielmehr der Zustand herrschen, der vor der Tat bestanden hat.¹⁰

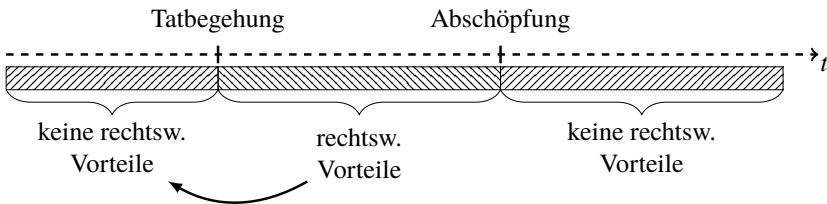


Abbildung 12.1: Der Zustand nach Tatbegehung samt der rechtswidrigen Vorteile wird nicht anerkannt. Durch Gewinnabschöpfung soll der Zustand (wieder-)hergestellt werden, der vor Tatbegehung bestand, sprich: der Zustand ohne rechtswidrige Vorteile.

nahme“ bezeichnet worden. Siehe etwa *Joecks/Meißner*, in: MünchKomm-StGB⁴, § 73 Rn. 4 m. w. N. (Fn. 10).

⁹ Als Ausgangspunkt hierzu u. zum Folgenden nur *Julius*, ZStW 109¹ (1997), S. 58 (34 f.). Die wörtlichen Zitate sind dort entnommen. Zur „Unhaltbarkeit des Verwirkungsgedankens als Rechtfertigungsgrund“ für den strafrechtlichen Verfall auch *Geiger*, S. 237 ff.

¹⁰ *Geiger*, S. 229 m. w. N. Zur Vermeidung von Missverständnissen: Selbstverständlich ist damit nur gemeint, dass der Vermögenszuwachs aus der rechtswidrigen Tat beseitigt werden soll. Soweit der einzelne Täter neben der Tat redlichen Gewinn erwirtschaftet hat, ist dieser nicht Gegenstand der Gewinnabschöpfung.

2. Notwendige Bedingung der Übelszufügung

Vor allem aber hat der Abschöpfungsteil dienende Funktion. Das Strafrecht im weiteren Sinne dient dem Schutz von Rechtsgütern durch Deliktsvorbeugung. Das zentrale Instrument des Ordnungswidrigkeitenrechts ist insoweit die Geldbuße. Ihr Ahndungsteil droht dem potentiellen Täter für die Verletzung einer Verhaltensnorm die Zufügung eines trans-restitutiven Übels an. Der Täter soll befürchten, nach der Tatbegehung schlechter zu stehen, als er ohne Tatbegehung stünde. Diese angedrohte Schlechterstellung ist der klugheitsbezogene Grund, der den tatgeneigten Täter vom Rechtsverstoß abhalten soll.¹¹

Dabei ist zu bedenken, dass Ordnungswidrigkeiten jedenfalls im Bereich der Wirtschaftskriminalität regelmäßig zur Gewinnerzielung begangen werden.¹² Solange diese Gewinne die Sanktion übersteigen, kann der Täter die rechtswidrigen Früchte der Tat nutzen, um die Geldbuße aus ihnen zu begleichen.¹³ In Höhe des verbleibenden Überschusses wäre der Rechtsverstoß ein lohnendes Geschäft. Der Täter stünde nach Aufdeckung der Tat nicht schlechter, sondern besser als vor der Tat. Ihm würde gerade kein trans-restitutives Übel zugefügt. Die Androhung eines solchen Nicht-Übels kann den potentiellen Täter nicht von der Tatbegehung abschrecken. Das Ordnungswidrigkeitenrecht bliebe wirkungslos und könnte zum Güterschutz durch Deliktsvorbeugung nichts beitragen. Im Gegenteil: Es würde den Anreiz zur Begehung solcher Taten setzen, deren Gewinne die zu befürchtende Sanktion übersteigen.¹⁴

Insoweit bereitet der Abschöpfungsteil den Boden, auf dem der angeordnete Ahndungsteil seine Wirkung entfalten kann.¹⁵ Die Abschöpfung der rechtswidrigen Tatgewinne stellt beim Täter die Vermögenslage her, die vor Begehung der Tat – sprich: zum Zeitpunkt der Übelsandrohung – bestanden hat. Dadurch ist sichergestellt, dass dem Täter durch den Ahndungsteil tatsächlich ein Übel zugefügt, ihm (trans-restitutiv) mehr entzogen wird, als er

11 Ausf. zur Übelsandrohung als klugheitsbezogener Grund zur Einhaltung der Verhaltensnorm oben § 7 C. II. (S. 220).

12 So zum Großteil der jährlich begangenen Straftaten BT-Drs. 18/9525, S. 45.

13 Vgl. hierzu u. zum Folgenden auch *Geiger*, S. 229 f.

14 Dazu bereits in aller Deutlichkeit *Göhler*, in: Prot. SondA-StrafR V²⁸ S. 542 (li. Sp.): Eine Rechtsordnung, die dem Täter den Gewinn aus der Straftat belässt, enthielte „geradezu ein[en] Anreiz [...], weitere Straftaten zu begehen, die [...] einen Gewinn einbringen.“

15 Vgl. *Geiger*, S. 230.

aus der Tat erlangt hat. Die *Binding*'sche Wunde¹⁶ wird in sein Fleisch geschlagen, nicht bloß in das schützende Polster der rechtswidrigen Tatvorteile. Der Täter muss fürchten, dass er das angedrohte Übel als solches verspüren werde, sodass dessen Androhung – im Rahmen des strafrechtlich Möglichen – abschreckend wirken kann.

Die Abschöpfung der rechtswidrigen Tatvorteile ist danach notwendige Bedingung für einen effektiven Sanktionseingriff.¹⁷ Der Abschöpfungsteil der Geldbuße bringt zum Ausdruck, dass der Täter den Tatgewinn nicht behalten darf, weil anderenfalls der Ahndungsteil – und mit ihm die Geldbuße als solche – wirkungslos bliebe.

II. (Hypothetische) Kollision zwischen Zivil- und Ordnungswidrigkeitenrecht

Das führt zu der Frage, was geschehen würde, wenn die durch den Abschöpfungsteil – zweifellos unfreiwillig und nachteilig – verursachte Zustandsveränderung im Vermögen des Sanktions-Adressaten zivilrechtlich zugleich als Schaden anerkannt würde. Unterstellt man das Vorliegen auch der übrigen Anspruchsvoraussetzungen,¹⁸ so könnte der Täter von dem zivilrechtlich letztverantwortlichen Dritten verlangen, die rechtswidrigen Tatvorteile zu ersetzen. Darin käme zum Ausdruck, dass der Täter die Vermögensbelastung nicht selbst verspüren soll. Zivilrechtlich wäre ihm das Instrumentarium gegeben, um „im Bedarfsfall mit den Mitteln arbeitsteilig organisierten Zwanges“¹⁹ den Zustand herzustellen, der zwischen der Begehung der Tat und der strafrechtlichen Gewinnabschöpfung bestanden hat. Das ist jedoch eben der Zustand, den das Ordnungswidrigkeitenrecht nicht anerkennen und durch die Vermögensabschöpfung hatte beseitigen wollte. Zivilrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht würden verschiedene Zustände anstreben, die nicht gleichzeitig bestehen können.

Anm. 12.2: Zwar sind selbstverständlich Fälle denkbar, in denen der Ersatzanspruch am Fehlen (auch) einer anderen Anspruchsvoraussetzung scheitern mag.²⁰ Die Ahndungsvoraussetzungen im Sanktionsrecht decken sich nicht zwangsläufig

16 *Binding*, Normen I, S. 170 (= Normen I² S. 288): „Die Strafe *soll* eine Wunde schlagen, der Schadenersatz eine andere heilen, [...] ohne eine zweite zu verursachen.“ Herv. im Original durch Sperrung.

17 Vgl. *Geiger*, S. 230.

18 Siehe zur Berechtigung dieser Unterstellung die Anm. 12.2.

19 So treffend *Bydlinski*, Methodenlehre² S. 489.

fig mit den Anspruchsvoraussetzungen im Zivilrecht. Für die Frage nach der „Schadens“-Qualität und der Abwälzbarkeit der Geldbuße und ihrer Teile kommt es – jedenfalls bei dem hier zu Grunde gelegten Verständnis²¹ – indessen gar nicht darauf an, ob das Gesetz einen Regress-Automatismus vorsieht.²² Denn auch wenn es Fälle geben mag, in denen es aus anderen Gründen nicht zu einer Kollision zwischen Zivil- und Ordnungswidrigkeitenrecht kommt: Die Fälle, in denen die übrigen Anspruchsvoraussetzungen vorliegen, lassen sich dadurch nicht beantworten. Deshalb sollen im Folgenden nur jene Fälle untersucht werden, in denen das Kollisionsproblem einzig von der Qualifikation der Geldbuße(nteile) als Schaden abhängig ist.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass die verschiedenen Zustände nacheinander und deshalb gerade nicht gleichzeitig bestehen sollen. Jeder einzelne Euro, der im Wege zivilrechtlichen Schadenersatzes von dem Dritten an den Täter zurückflösse, würde genau die rechtswidrige Güterzuordnung (wieder-)herstellen und perpetuieren, die durch die Vermögensabschöpfung hatte beseitigt werden sollen. Der rechtswidrige Vorteil wäre zwar nicht mehr auf Kosten der Allgemeinheit, wohl aber auf Kosten des ersatzpflichtigen Dritten angemessen. Der Vorsprung, den der Täter sich gegenüber den rechtstreuen Mitbürgern erschlichen hat, bliebe gleichwohl erhalten. *Crime would pay!* Das Vertrauen der Bevölkerung in Gerechtigkeit und Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung müsste eben jenen nachhaltigen Schaden nehmen, den die strafrechtliche Vermögensabschöpfung verhindern möchte. Das Zivilrecht würde zur rechtmäßigen, erstrebenswerten und mit staatlichen Mitteln erzwingbaren Güterzuordnung erheben, was das Ordnungswidrigkeitenrecht als rechtswidrigen und unerträglichen Zustand mit staatlichen Mitteln bekämpft. Es würde dem Täter einen klag- und vollstreckbaren Anspruch auf die Früchte des Rechtsverstoßes geben, die das Ordnungswidrigkeitenrecht gerade deshalb abschöpfen darf und abschöpft, weil sie rechtswidrig sind und auf sie kein schutzwürdiger Anspruch besteht.

20 Darauf haben in der Diskussion um die Verbandsgeldbuße vor allem *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015⁹, S. 449 (452) u. *Scholz*, S. 48 ff. hingewiesen. Ähnlich auch *Blassl*, CCZ 2017¹, S. 37 (42) u. *Twle*, S. 162.

21 Ausgehend von dem Weg, den die eben zitierten Stimmen methodisch eingeschlagen haben, war das in der Tat anders. Sie hatten gefragt, ob ein tatbestandlich an sich einschlägiger Regressanspruch im Wege der teleologischen Reduktion zu beschränken sei. Dafür war eine gewisse Häufung erforderlich, weil sich der „Befund rechtspolitischer Wünschbarkeit“ zu einer „teleologischen Zwangsläufigkeit“ hätte verdichten müssen, vgl. *J. Koch*, in: GS Winter (2011), S. 327 (335).

22 Dafür etwa das LAG Düsseldorf, Urt. v. 20. 1. 2015 – 16 Sa 459/14 („*Schienenkartell I*“) – ZIP 2015¹⁷, S. 829 ff. (830).

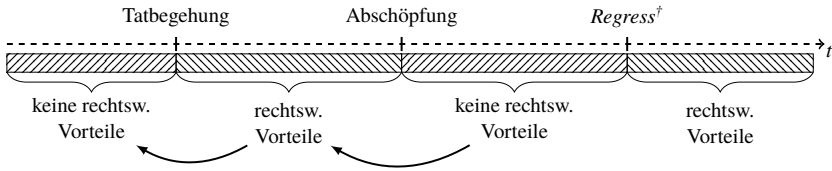


Abbildung 12.2: Ein unterstellter Regress würde den Zustand wiederherstellen, der zwischen Tatbegehung und Abschöpfung bestand. Zivilrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht würden deshalb unterschiedliche Zustände anstreben, die nicht gleichzeitig bestehen können.

Schließlich würde die zivilrechtliche Rückführung der rechtswidrigen Tatgewinne dazu führen, dass der Täter das ihm auferlegte Sanktionsübel letztlich doch aus den Früchten der Tat begleichen kann. Schlimmer noch: Der Ersatzanspruch würde in dem Augenblick entstehen, in dem der Täter durch die Vermögensabschöpfung den „Schaden“ erleidet.²³ Das Vermögen des Täters würde in derselben Sekunde, in der es belastet wird, durch einen diese Belastung egalisierenden Anspruch aufgefüllt, per saldo folglich gar nicht gemindert. Die *Binding*'sche Wunde würde deshalb nicht in das Fleisch des Täters, sondern doch nur in das Polster der – gegebenenfalls noch einzuklagenden, aber immerhin einklagbaren – rechtswidrigen Taterträge geschlagen. Wo aber die Sanktion aus den Taterträgen beglichen werden kann, wird der Sanktionseingriff nicht mehr als spürbares Übel, sondern als bloße Schmälerung des Gewinns empfunden. Seine Androhung wird insoweit wirkungslos. Die zivilrechtliche Nachbereitung machte die Gewinabschöpfung rückgängig, die ihrerseits notwendige Bedingung für einen wirksamen Sanktionseingriff ist.

Mit anderen Worten: Die Anerkennung des Abschöpfungsteils als Schaden würde die Möglichkeit der Geldbuße schwächen bzw. beseitigen, durch Deliktvorbeugung zum Güterschutz beizutragen. Der ordnungswidrigkeitenrechtliche Güterschutz würde der zivilrechtlichen Sabotage zum Opfer fallen.

23 Schon deshalb sind die Fälle der rechtlich erzwungenen Abwälzung nicht mit jenen vergleichbar, in denen sich ein Dritter nachträglich u. freiwillig zur Sanktionsübernahme bereit erklärt. Siehe dazu noch B. III. (S. 476) u. § 13 B. I. 3. b) (S. 548).

III. Auflösung der „Normenkollision“

Solange also der Abschöpfungsteil zivilrechtlich als Schaden qualifiziert würde, käme es zur Kollision zwischen Zivil- und Ordnungswidrigkeitenrecht. Die Rechtsordnung schlug sich mit dem Zivilrecht die Waffe aus der Hand, die sie sich im Strafrecht geschmiedet hatte.²⁴ Zivil- und Ordnungswidrigkeitenrecht gäben auf den einheitlichen Lebenssachverhalt verschiedene Antworten, die sich unmöglich miteinander vereinbaren ließen.

Träfen der zivilrechtliche und der ordnungswidrigkeitenrechtliche Regelungskomplex mit demselben Kampfgewicht aufeinander, müsste ein Weg gefunden werden, den Widerspruch aufzulösen. Und prima facie scheint dies durchaus der Fall zu sein. So sehr das Ordnungsrecht die Abschöpfung der Taterträge gesetzlich anordnet (§ 17 Abs. 4 OWiG), schreibt das Zivilrecht gesetzlich den Ersatz des Schadens vor (§ 249 BGB i. V. m. der jeweiligen Ersatzpflichtanordnung).

Tatsächlich aber kann es auf Grundlage des hier entwickelten Schadensverständnisses zu einer Normenkollision²⁵ nicht kommen.²⁶ Der Schaden kann sich als Voraussetzung der Ersatzpflicht nicht aus den §§ 249 ff. BGB ergeben. Denn diese wenden sich ihrerseits nur an denjenigen, der schon „zum Schadensersatz verpflichtet ist“, § 249 Abs. 1 BGB. Auch sonst ist der Begriff des Schadens als Voraussetzung einer jeden Ersatzpflichtanordnung im Gesetz nicht geregelt. Der Gesetzgeber hat ihn bei Schaffung des BGB vielmehr bewusst offen gelassen. Mag sich die Ersatzverpflichtung als solche aus dem Gesetz ergeben, hat der Gesetzgeber den Entscheidungsmaßstab im Hinblick auf den Schaden als Anspruchsvoraussetzung gerade nicht festgelegt. Insoweit hat er eine Lücke gelassen, die den Rechtsanwender zur Rechtsfortbildung berechtigt und verpflichtet. Weil der Rechtsanwender – anders als der nur den Grenzen der Verfassung unterworfenen Gesetzgeber – nach Art. 20 Abs. 3 GG an „Gesetz und Recht“ gebunden ist, hat er bei der Fortbildung des Rechts „die bestehende Gesetzesordnung, auch die fernwirkenden gesetzlichen Wertungen anderer Rechtsgebiete, strikt zu beachten.“²⁷

24 So das schöne Bild zur Geldstrafe bei *Holly/Friedhofen*, NZA 1992⁴, S. 145 (150).

25 Vgl. die Definition der Normkollision bei *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie,¹

Rn. 271: „Mehrere Vorschriften regeln denselben Lebenssachverhalt mit unterschiedlichen, oft entgegengesetzten Rechtsfolgen.“

26 Siehe ausf. zum Folgenden den zivilrechtlich-methodischen Teil der Arbeit, §§ 4–6.

27 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie,¹ Rn. 887 u. 910. Vgl. auch *Bydlinski*, Methodenlehre², S. 584: Die Rechtsfortbildung – er spricht von der Ausfüllung von Generalklauseln – darf sich „nicht mit konkreten gesetzlichen Interessenbewertungen

De lege lata als „verbindlich festgestellte [...] konkretere normative Maßstäbe dürfen nicht durchkreuzt werden.“²⁸

Die in § 17 Abs. 4 OWiG angeordnete Abschöpfung des rechtswidrigen Vorteils ist ein solcher konkreterer normativer Maßstab. Anders als bei der Anordnung der Ersatzverpflichtung hat der Gesetzgeber hier die maßgebliche Regelungsentscheidung getroffen, den gesetzlichen Entscheidungsmaßstab festgelegt: Dem Täter soll der rechtswidrige Vorteil entzogen werden, weil er auf diesen keinen Anspruch habe und damit er nicht aus ihm das zugefügte Übel bezahlen könne.²⁹ Damit hat die ordnungswidrigkeitenrechtliche Wertung im Gesetz Ausdruck gefunden. Sie ist als konkreterer normativer Maßstab „Gesetz“ i. S. d. Art. 20 Abs. 3 GG. Mit ihr endet deshalb das Wertungs-Vakuum, das den Rechtsanwender zur Rechtsfortbildung berechtigt.

Die Anerkennung des Abschöpfungsteils als Schaden i. S. d. Ersatzpflichtanordnung würde eine positivierte gesetzgeberische Wertung überspielen und damit den Rahmen zulässiger Rechtsfortbildung sprengen. Mag auch der Abschöpfungsteil der Geldbuße eine unfreiwillige und nachteilige Veränderung im potentiell schutzwürdigen Vermögen des Täters darstellen; ein Schaden als Voraussetzung einer Ersatzpflicht kann er gleichwohl nicht sein. Solange die methodischen zwingenden äußeren Grenzen des Schadensbegriffes beachtet werden, kann es im Hinblick auf den Abschöpfungsteil zu einer Kollision zwischen Zivil- und Ordnungswidrigkeitenrecht nicht kommen.

IV. Zwischenergebnis

Für den Abschöpfungsteil einer (Individual-)Geldbuße kann im Wege des Schadenersatzes kein Ersatz verlangt werden. Das dürfte im Ergebnis auch dem Standpunkt der herrschenden Meinung entsprechen,³⁰ der bislang jedoch ein überzeugendes und konsensfähiges methodisches Konzept fehlt.³¹

und Prinzipien, die in der geltenden Rechtsordnung maßgeblich sind, in Widerspruch setzen“.

28 So *Bydlinski*, Methodenlehre² S. 584, allerdings auch hier zur Ausfüllung von Generalklauseln. Zust. *Scholz*, 277 f.

29 Dazu ausf. oben § 10 B. I. (S. 327).

30 Eine wirkliche Diskussion um den Ersatz des Abschöpfungsteils einer Individual-Geldbuße scheint es nicht zu geben. Für den Abschöpfungsteil einer Verbandsgeldbuße geht die h. M. jedoch beinahe geschlossen davon aus, dass dieser dem ansonsten vermeintlich möglichen Regress entzogen sein solle. Siehe die Nachw. oben § 3 B. I. (S. 63) u. unten C. V. (S. 493).

31 Für eine Auswahl an Vorschlägen siehe oben § 3 B. I. (S. 63).

Ausgehend von dem hier entwickelten Ausgangspunkt, wonach der Schaden als Voraussetzung der Ersatzpflicht eine im Wege der Rechtsfortbildung zu schließende Lücke ist, gelingt der Nachweis zwanglos: Die hinter dem Abschöpfungsteil der Geldbuße liegenden Wertungen würden überspielt, wenn in der strafrechtlich intendierten Vermögensbelastung zugleich ein ausgleichsfähiger und -bedürftiger Schaden erblickt würde. Damit ist der Abschöpfungsteil zwar eine nachteilige Zustandsveränderung. Diese liegt jedoch außerhalb dessen, was der – an Gesetz und Recht gebundene (Art. 20 Abs. 3 GG) – Rechtsanwender im Wege der Rechtsfortbildung als einen Schaden i. S. d. Ersatzpflichtanordnung anerkennen darf.

B. Ahndungsteil der Individualgeldbuße

Eine Geldbuße wäre ohne die vorherige Abschöpfung etwaiger Gewinne wirkungslos. Umgekehrt aber könnte das Ordnungswidrigkeitenrecht einen wirksamen Rechtsgüterschutz ebensowenig gewährleisten, wenn es sich mit der bloßen Gewinnabschöpfung begnüge. Der Täter müsste im Falle der Aufdeckung lediglich zurückgeben, was er aus der Tat erlangt hat – sprich: was er auch ohne Begehung der Tat nicht haben würde. Der Rechtsverstoß wäre ein reines Null-Summen-Spiel. Bei einer deutlich unter 100 % liegenden Aufdeckungsrate stellte das Abschöpfungsrisiko einen „wegen seiner exakten Begrenzung nach oben hin leicht kalkulierbaren Kostenfaktor dar, dessen Inkaufnahme von einer reinen Nutzen-Kosten-Analyse geradezu geboten“ würde.¹ Entsprechend sieht § 17 Abs. 4 OWiG vor, dass die Geldbuße „den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen“ soll und zu diesem Zweck auch das gesetzliche Höchstmaß überschreiten kann. Damit stellt sich die Frage, ob dieser trans-restitutive Ahndungsteil der Geldbuße zivilrechtlich ein Schaden sein kann.

Auch insoweit empfiehlt sich dieselbe Vorgehensweise wie eben: Nach einer kurzen Rekapitulation zur Übelszufügung im System des Güterschutzes (I.) sind zunächst (II.) die Wertungen hinter dem Ahndungsteil freizulegen. Sodann ist (III.) zu untersuchen, ob diese Wertungen durchkreuzt, wer den Ahndungsteil im Wege der Rechtsfortbildung als einen zivilrechtlichen Schaden qualifizieren wollte. Sofern es zum Widerspruch kommt, ist dieser (IV.)

1 So *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, S. 161 f. zum ehemaligen Verfall, der in der „Beschränkung des Verfalls auf die *Wiederherstellung des status quo ante*“ die „gravierendste Lücke“ des Instrumentes erkennen wollte. Herv. im Original.

im Sinne der hier entwickelten Konstruktion aufzulösen. Soweit ein Eingehen auf die Einwürfe, wie sie gegenwärtig gegen einen vollständigen Regress-„Ausschluss“ vorgebracht werden, nicht en passant möglich ist, sollen sie im im nächsten Kapitel (§ 13) aufgegriffen und entkräftet werden.

I. Rekapitulation: Übelszufügung und Güterschutz

Der genaue Zweck der Übelszufügung ist oben² im Zusammenhang mit dem Wirkmechanismus des Ordnungswidrigkeitenrechts ausführlich beleuchtet worden. Die dortigen Gedanken sollen zunächst kurz in Erinnerung gerufen und für die konkrete Regressfrage zugespitzt werden. Aus diesem Gedanken der Androhungsgeneralprävention lassen sich sodann entscheidende Konsequenzen ableiten und – im nächsten Abschnitt (II.) – die Wertungen hinter dem Ahndungsteil freilegen.

1. Übelszufügung im Gefüge des ordnungswidrigkeitenrechtlichen Güterschutzes

Das Ordnungswidrigkeitenrecht „bezweckt als [paen-]ultima ratio den Rechtsgüterschutz durch das Mittel der mit Androhungsgeneralprävention ausgestatteten Verhaltensnormen“.³ Die (primären) Verhaltensnormen stellen Ge- und Verbote auf, um Rechtsgüter zu schützen. Sie selbst nennen jedoch keinen Grund, weshalb sie eingehalten werden sollten.⁴ Diese Lücke wird dadurch geschlossen, dass die (primäre) Verhaltensnorm mit einer (sekundären) Sanktionsnorm bewehrt wird. Als spezifisch ordnungswidrigkeitenrechtliche Sanktionsnorm droht diese an, auf Verhaltensnormverstöße mit Festsetzung und Beitreibung einer Geldbuße zu reagieren – sprich: mit der Zufügung eines kommunikativen und eines körperlich-sinnlichen Übels. Der Allgemeinheit wird folglich ein (klugheitsbezogener) Grund angegeben, die Verhaltensnorm einzuhalten: Wer sich klug verhalten und die Zufügung des angedrohten Übels vermeiden will, ist gehalten, das auf diese Weise

2 Siehe oben § 7 C. II. (S. 220).

3 So *Schünemann*, ZIS 2014! S. 1 (3) zum Strafrecht i. e. S.

4 Gleichwohl greift auch die Verhaltensvorschrift schon mit ihrem Inkrafttreten in Grundrechte ein, „weil das entsprechende Verhalten schon durch das Gesetz selbst verboten ist“. Siehe *Lagodny*, StrafR u. GrundR, § 4 B u. C (S. 85 ff.) m. w. N. (in Fn. 46).

verstärkte Ge- oder Verbot zu beachten. Mit anderen Worten: Die Androhung der Übelszufügung bezweckt die Bildung der „Maxime [...]“, das Gesetz aus Klugheit nicht zu verletzen.“⁵

Die tatsächliche Zufügung des (körperlich-sinnlichen)⁶ Übels – durch Beitreibung der festgesetzten Geldbuße – beweist den Ernst und die Wirklichkeit der Übelsandrohung. Würde auf die Festsetzung der Geldbuße nicht wenigstens im Regelfall das persönliche Bußgeldübel folgen, so müssten Zweifel an Ernst und Endgültigkeit der Sanktionsandrohung aufkommen, die die güterschützende Wirksamkeit des Ordnungswidrigkeitenrechts selbst gefährden würden.⁷ Denn die Drohung mit dem Übel würde sich als leere Drohung erweisen; das Versprechen, mit Geldbuße zu reagieren, würde nicht eingehalten. Der klugheitsbezogene Grund, zur Vermeidung des angedrohten Übels auf den rechtswidrigen Sondervorteil zu verzichten und die Verhaltensnorm einzuhalten, würde sich in sein Gegenteil verkehren: Es wäre geradezu unklug, zur Vermeidung eines nicht ernsthaft angedrohten Übels – eines angedrohten nicht-Übels – auf diesen dann kostenlosen Sondervorteil zu verzichten.

Kurzum: Die Übelzufügung beweist den Ernst der Übelsandrohung. Die Übelsandrohung ihrerseits erklärt, weshalb es unklug wäre, die Verhaltensnorm nicht einzuhalten. Die dergestalt bewehrte Verhaltensnorm stellt Ge- und Verbote auf, die dem Schutz von Rechtsgütern dienen. Die Übelszufügung ist danach das letzte Zahnrad im ordnungswidrigkeitenrechtlichen Räderwerk, der Schlussstein, ohne den sich der (End-)Zweck des präventiven Güterschutzes durch Deliktsvermeidung nicht erreichen ließe.

2. Konsequenzen aus der Androhungsgeneralprävention

Sinnvoll und legitimierbar ist die Zufügung eines Übels allein wegen eines in der Vergangenheit liegenden Ereignisses⁸ zum Zwecke des Güterschutzes

5 So schon treffend *E. Klein*, ArchCrimR 24 (1802), S. 56 (111), dem *Greco*, S. 357 „meisterhafte Kürze“ attestiert.

6 Für das kommunikative Übel – als ein der Naturalrestitution nicht zugänglicher immaterieller Schaden – kann mangels gesetzlicher Anordnung ohnehin kein Ersatz verlangt werden, vgl. § 253 Abs. 1 BGB. Dazu bereits oben Anm. 7.9 in § 7 C. I. 3. (S. 218).

7 Vgl. zur Strafe i. e. S. *Hillenkamp*, in: FS Lackner (1987), S. 455 (461). Zust. *Holly/Friedhofen*, NZA 1992⁴, S. 145 (149).

nur, „wenn es um eine schuldhafte (= vermeidbare) Normverletzung geht.“⁹ Der individuell nicht vermeidbare¹⁰ Verhaltensnormverstoß ist keine unkluge Verhaltensweise, der sich durch eine Übelsandrohung hätte vorbeugen lassen. Die abschreckende (= güterschützende) Wirkung der Übelsandrohung ist vielmehr darauf angewiesen, dass der Adressat der Verhaltensnorm die Möglichkeit hat, sich durch sie zu einem Verhalten bestimmen zu lassen, das die Übelszufügung vermeidet.¹¹ Nur derjenige, der zum Verstehen und zur Befolgung der Norm befähigt war und sich gleichwohl für den vermeidbaren Verstoß entschieden hat,¹² handelt unklug und hat in diesem Sinne¹³ Schuld und Vorwurf auf sich geladen. Und nur in dem Umfang dieses Vorwurfs – spricht: dem Umfang, in dem die Normverletzung individuell vermeidbar war – erlaubt es das Schuldprinzip, dem Täter das angedrohte Übel zuzufügen.¹⁴

II. Wertungen hinter dem Ahndungsteil

Aus dem – wohl auch jenseits der Androhungsgeneralprävention anschlussfähigen¹⁵ – Gedanken, die Zufügung des Übels bewiese den Ernst und die Wirklichkeit seiner Androhung, folgt wiederum zweierlei:

8 Sprich: Losgelöst von der künftigen Gefährlichkeit des Täters. Anderenfalls wäre sie nicht (reaktiv-retrospektive) Strafe i. w. S., sondern (reaktiv-prospektive) Maßregel. Zu dieser Terminologie oben § 7 C. I. (S. 210).

9 So *Schünemann*, ZIS 2014¹, S. 1 (2), der damit die logische Unmöglichkeit einer echten Verbandsstrafbarkeit erklären will.

10 Vgl. § 11 Abs. 2, § 12 Abs. 2 u. §§ 15 f. OWiG.

11 So zum identischen Mechanismus der Prävention im Schadenersatzrecht *Larenz*, SchuldRI¹⁴, § 27 I (S. 423).

12 Siehe BGH (GrS), Beschl. v. 18. 3. 1952 – GStt 2/51 – BGHSt 2, 194 ff. (200 f.): „Mit dem Unwerturteil der Schuld wird dem Täter vorgeworfen, daß er sich nicht rechtmäßig verhalten, daß er sich für das Unrecht entschieden hat, obwohl er sich rechtmäßig verhalten, sich für das Recht hätte entscheiden können. [...] Wer weiß, daß das, wozu er sich in Freiheit entschließt, Unrecht ist, handelt schuldhaft, wenn er es gleichwohl tut.“

13 Ausf. u. präzise zur „Lehre von der Schuld als strafbezogener Unklugheit“ *Greco*, S. 495 ff. Gleichwohl erhebt er nicht den Anspruch (S. 500), „eine vollständige Schuldlehre“ angeboten zu haben.

14 Siehe § 17 Abs. 3 Satz 1 OWiG: „Grundlage für die Zumessung der Geldbuße sind die Bedeutung der Ordnungswidrigkeit und *der Vorwurf, der den Täter trifft*.“ Herv. nur hier.

15 Siehe dazu bereits Anm. 7.12 in § 7 C. II. 3. (S. 226).

1. Belastung (nur) des Täters

Einmal die geradezu banale Erkenntnis, dass das Übel eben demjenigen zugefügt werden muss, der gegen die Verhaltensnorm verstoßen hat.¹⁶ Die Verhaltensnorm schreibt als abstrakt-generelle Regelung eine bestimmte Verhaltensweise jedem vor, der potentiell gegen sie verstoßen kann. Die abstrakt-generelle Sanktionsnorm droht jedem Einzelnen an, dass *gerade ihm* im Falle eines (vermeidbaren) Verstoßes ein Übel zugefügt werden wird. Würde das Übel einem Dritten angedroht, so müsste der potentielle Täter es nicht fürchten. Er hätte keinen Grund, auf den rechtswidrigen Sondervorteil zu verzichten, wenn das davor abschreckende Übel nicht ihm, sondern einem Dritten drohte. Und umgekehrt: Der redliche Bürger hätte keinen Anreiz, zur Vermeidung eines Übels die primären Verhaltensnormen zu beachten, wenn er jederzeit für den von einem Dritten begangenen Verstoß sanktioniert werden könnte. Eine abschreckende Präventionswirkung – im positiven wie im negativen Sinne – entfaltet die Übelsandrohung folglich nur, wenn das künftige Übel nur demjenigen in Aussicht gestellt wird, der gegen die Verhaltensnorm verstoßen wird.

Soll nun die Übelszufügung Ernst und Wahrheit genau dieser Androhung beweisen, so kann und muss das Übel auch nur genau demjenigen zugefügt werden, der den Verstoß selbst begangen hat.¹⁷ Ein Ernst und Wahrheit der Androhung beweisender Nachteil kann nur entstehen, wenn das Vermögen desjenigen belastet wird, der die Verhaltensnorm verletzt hat – wenn die Belastung dem Vermögen des Verletzers zugeordnet wird.¹⁸

Mit anderen Worten: Der Ahndungsteil der Geldbuße fügt demjenigen ein Vermögensübel zu, der sich trotz Androhung eines Übels unklug verhalten und die Verhaltensnorm verletzt hat. Er soll nach Aufdeckung und

16 Schon v. Savigny, System, Bd. II, S. 313 sah „die Identität des Verbrechers und des Bestraften“ als „ein Grundprincip des Criminalrechts“ an. Siehe auch statt vieler Jakobs, Staatliche Strafe, S. 34, der – auf Grundlage seiner Theorie von der Strafe als Antwort auf die Gefährdung der Rechtsgeltung – den schönen Vergleich zum zivilrechtlichen Schadenersatz zieht: „Es gilt im Zivilrecht, einen eingetretenen Schaden, oder im Strafrecht, die Gefährdung der Rechtsgeltung *durch einen Eingriff bei demjenigen auszugleichen, der diesen Schaden oder diese Gefährdung zu verantworten hat*, und zwar soweit sein Verantwortlichkeit reicht.“ Herv. nur hier.

17 Dem stehen die Figuren von Anstiftung, Beihilfe, Mittäterschaft u. mittelbarer Täterschaft nicht entgegen. Denn diese Figuren erheben es zum eigenen vorwerfbaren Verhaltensnormverstoß, eben als Anstifter, Gehilfe, Mittäter oder mittelbarer Täter an einem Verhaltensnormverstoß beteiligt gewesen zu sein.

18 Vgl. Thomas, NZG 2015;³⁶ S. 1409 (1411).

Aburteilung der Tat schlechter stehen, als er vor der Begehung der Tat stand. Diese Übelzufügung soll Ernst und Wirklichkeit der Androhung beweisen, was nur gelingen kann, wenn das Übel des Ahndungsteils tatsächlich das Vermögen des Täters mindert.

2. Rechtswidrigkeit der Vorwurfs-übersteigenden Geldbuße

Zum anderen wäre jede Vorwurfs-übersteigende Geldbuße als Verstoß gegen das auch im Ordnungswidrigkeitenrecht geltende Schuldprinzip rechts- und verfassungswidrig. Der Täter würde, um der Allgemeinheit den Ernst und die Wirklichkeit der Übelsandrohung zu beweisen, in größerem Umfang herangezogen, als dies „durch sein eigenes freies Verhalten legitimiert wird.“¹⁹ Eine solche, durch sein freies Verhalten nicht mehr legitimierte „Benutzung des [Täters] als Mittel für andere Zwecke“²⁰ wäre mit dem Menschenbild des Grundgesetzes nicht zu vereinbaren. Denn der Täter würde „unter Verletzung seines verfassungsrechtlich geschützten sozialen Wert- und Achtungsanspruchs zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung gemacht“.²¹

Soll danach die festgesetzte und zugefügte Geldbuße nicht rechts- und verfassungswidrig sein, darf sie den Vorwurf, der den Täter trifft, nicht übersteigen. Das lässt – was bei der Frage nach der Zulässigkeit des Bußgeldregresses bislang meist übersehen worden ist – für die Geldbuße nur zwei mögliche Zustände zu: Entweder die Geldbuße entspricht ihrer Höhe nach dem Vorwurf, der dem Täter zu machen ist. Dann ist sie rechtmäßig. Oder sie enthält (teilweise) einen Vorwurf, für den nicht der Täter, sondern ein Dritter verantwortlich ist. Dann aber ist sie (insoweit) zu hoch bemessen und deshalb rechts- und letztlich verfassungswidrig. Will man dem Ahndungsteil einer konkreten Geldbuße nicht unterstellen, rechts- und verfassungswidrig zu sein, so kommt in ihm stets eines zum Ausdruck: Er bildet der Höhe nach nur den Vorwurf ab, der einzig und allein dem Täter zu machen ist.

19 Siehe – auch zum Vorstehenden – *Schünemann*, ZIS 2014¹ S. 1 (3).

20 *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, S. 199 f.

21 Vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 16. 1. 1979 – 2 BvL 44/77 („*Rückfall*“) – BVerfGE 50, 125 ff. (133) m. w. N. Zur Herleitung des Schuldprinzips aus der Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes u. den daraus zu ziehenden Konsequenzen bereits oben § 10 C. IV. 1. (S. 360).

III. (Hypothetische) Kollision zwischen Zivil- und Ordnungswidrigkeitenrecht

Dass die Anerkennung des Ahndungsteils als eines Schadens diese Wertungen durchkreuzen würde, liegt auf der Hand.²² Der verurteilte Täter könnte – die übrigen Voraussetzungen der Ersatzpflichtanordnung unterstellt²³ – von dem Dritten Ersatz für die Vermögenseinbuße²⁴ verlangen, die er durch Zufügung des Ahndungsteils erlitten hat. Das Haftungsrecht würde die Einbuße von dem grundsätzlich schadenszuständigen Inhaber des Rechtsgutes (Vermögen) auf einen Dritten überleiten. Die aus der Perspektive des Ordnungsrechts erwünschte und dem Täter rechtmäßig zugefügte Wunde würde aus der Perspektive des Zivilrechts als ein unerwünschter und deshalb ausgleichsbedürftiger Zustand wahrgenommen, zu dessen Beseitigung der Dritte herangezogen wird.

Dadurch würde aber die für das Ordnungswidrigkeitenrecht essentielle Zuordnung des Sanktionsübels zum Adressatenvermögen durch das Zivilrecht aufgebrochen,²⁵ das Ordnungswidrigkeitenrecht zum Opfer zivilrechtlicher Sabotage.²⁶ Soweit sich das körperlich-sinnliche Übel letzten Endes gegen den Dritten wendete, würde die Sanktionswirkung gegenüber dem Verurteilten aufgehoben.²⁷ Wird aber das Übel nicht demjenigen zugefügt, der gegen die Verhaltensnorm verstoßen hat, so kann die Übelszufügung

22 So bereits *Hillenkamp*, in: FS Lackner (1987), S. 455 (464), der m. Verw. auf v. *Spiegel*, S. 77 ff. u. S. 107 ff. meinte, nachgewiesen zu haben, dass „es eine die verfassungsmächtig verankerten Strafzwecke respektierende Rechtsprechung zu einer *rechtlichen* Abwälzung nirgends kommen lassen darf, wenn sie auf eine in den Grundlagen widerspruchsfreie Gesetzesanwendung reflektiert.“ Herv. im Original. Zust. *Holly/Friedhofen*, NZA 1992⁴, S. 145 (151).

23 Auch insoweit sei für die Berechtigung dieser Unterstellung auf Anm. 12.2 unter A. II. (S. 464) verwiesen.

24 Nochmal – siehe Anm. 7.9 in § 7 C. I. 3. (S. 217): Das in dem Sanktionsausspruch liegende kommunikative Übel ist dem Regress ganz unabhängig von seiner „Schadens-“ Qualität entzogen. Denn es wäre allenfalls ein Nichtvermögensschaden, bei dem Naturalrestitution nicht möglich ist. Die danach allein in Betracht kommende Entschädigung in Geld wäre jedoch schon deshalb nicht möglich, weil die dazu nach § 253 Abs. 1 BGB erforderliche gesetzliche Anordnung fehlt.

25 *Thomas*, NZG 2015;³⁶ S. 1409 (1411) u. ähnlich in: *VersR* 2017;¹⁰ S. 596 (600) jew. zur Verbandsgeldbuße.

26 Vgl. *Geiler*, JW 1919;¹² S. 837 (837) zum umgekehrten Fall des Aufwendungsersatzanspruchs nach § 110 HGB: „Eine solche Sabotierung des Strafrechts durch das Zivilrecht ist unmöglich.“

27 Vgl. *Geiler*, JW 1919;¹² S. 837 (837).

nicht mehr Ernst und Wirklichkeit der Sanktionsandrohung beweisen. Die zivilrechtliche Nachbereitung würde die Wertungen durchkreuzen, die im staatlichen Sanktionsvorgang zum Ausdruck kommen: Das Zivilrecht wäre darum bestrebt, eben jene Schlechterstellung des Täters zu verhindern, die das Ordnungswidrigkeitenrecht herbeiführen will. Auch insoweit würden Zivil- und Ordnungswidrigkeitenrecht unterschiedliche Zustände anstreben, die gleichzeitig nicht bestehen können.

Und auch insoweit kann dem nicht entgegengehalten werden, dass die Zustände nacheinander und deshalb nicht gleichzeitig bestehen sollen. Zwar ist selbstverständlich nicht zu verlangen, dass der verurteilte Täter auf Lebzeiten um den Betrag seiner Geldsanktion gebracht wird.²⁸ Es muss aber doch an der Sinnhaftigkeit und – im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip auch – der Legitimation des Unterfangens gezweifelt werden, wenn das Schlagen und das Heilen der Wunde quasi in einer juristischen Sekunde zusammenfallen.²⁹ Genau dazu käme es jedoch, würde der Ahndungsteil als Schaden anerkannt: Denn nach § 89 OWiG wird die Sanktionsentscheidung vollstreckbar, sobald sie rechtskräftig ist.³⁰ In diesem Zeitpunkt wird das Vermögen des Täters mit einer vollstreckbaren Verbindlichkeit belastet und dadurch gemindert.³¹ Im selben Augenblick, in dem dieser „Schaden“ zu den übrigen (unterstellten) Voraussetzungen der Ersatzpflicht träte, würde er im Vermögen des Täters einen Ersatzanspruch entstehen lassen, der die Sanktions-Belastung (teilweise) egalisierte. In diesem Umfang würde dem Täter durch die Übelszufügung ein Übel nicht zugefügt. Per saldo schuldet er (insoweit) nichts, mag er auch den vorzustreckenden Betrag auf dem gegebenenfalls mühsamen Weg der Klage zurückholen müssen.³² Diese Mühsal mutet das Gesetz freilich – neben dem Prozessrisiko und dem Insolvenzrisiko des Dritten – jedem Inhaber einer Forderung zu. Sie kann deshalb kein ausreichender Anhaltspunkt sein, um darin den Kern der Sanktionswirkung erblicken zu wollen.³³

28 Hillenkamp, in: FS Lackner (1987), S. 455 (462) auch zum Vorstehenden.

29 Siehe nur Schiemann, in: Staudinger (2017), § 249 Rn. 203: Der „Sinn einer Geldstrafe dürfte verfehlt sein, wenn der Täter von Anfang an weiß, dass er die bezahlte Strafsomme zivilrechtlich von einem anderen ersetzt verlangen kann.“ Gleichwohl hält er – ohne jede Begründung – eine Abwälzung bei Ordnungswidrigkeiten u. bei geringfügigem kriminellem Unrecht für unbedenklich.

30 Daran ändert auch die sog. Schonfrist des § 95 OWiG nichts. Details bei Mitsch, in: KarlsruKomm-OWiG⁵, § 95 Rn. 2 ff.

31 Diese Belastung mit einer Verbindlichkeit als Minderung des Passivvermögens wandelt sich durch die spätere Beitreibung lediglich in eine Güterminderung durch Beeinträchtigung des Aktivvermögens um. Vgl. zur Geldstrafe v. Spiegel, S. 141.

32 Vgl. Hillenkamp, in: FS Lackner (1987), S. 455 (462).

Mit anderen Worten: Noch während der Staat mit dem strafenden Arm den Schlag zur Übelszufügung führte, böte er dem Täter den zivilrechtlich ausgleichenden Arm, damit dieser sich beim Dritten erhole.³⁴ Der Denketzel, der dem Täter seiner Schuld und seinem Vorwurf entsprechend verpasst werden soll, würde mit dem Freibrief versandt, ihn zur Erledigung an den Dritten weiterzureichen.³⁵ Eine solche gesetzlich normierte und von vornherein intendierte „aberratio ictus der Übelszufügung“³⁶ müsste aber beinahe zwangsläufig zu der Frage führen,³⁷ mit welchem Recht und zu welchem Zweck der Staat die für den Dritten bestimmte Wunde diesem nicht unmittelbar, sondern über den Umweg des primären Sanktionsadressaten zufügte.

Diese Frage stellt sich umso drängender, wenn man die Legitimationsvoraussetzungen einer jeden staatlichen Strafe bedenkt: Ein reaktives und rein retrospektives Übel darf dem Täter nur auferlegt werden, wenn und soweit er Schuld und Vorwurf auf sich geladen hat – sprich: sich bezogen auf das Strafrecht unklug verhalten hat. Wo er den Verstoß nicht vermeiden konnte, handelt er in diesem Sinne nicht unklug, deshalb ohne Schuld und darf er nicht bestraft werden.³⁸ Das bürgerliche Recht sieht die Überleitung oder Abwälzung einer Einbuße jedoch nur ausnahmsweise und stets nur unter einer gemeinsamen Voraussetzung vor:³⁹ Der Dritte muss für die Einbuße

33 So aber in der Tendenz *Bayer/Scholz*, GmbH 2015⁹, S. 449 (452); *Bayreuther*, NZA 2015²⁰, S. 1239 (1242); *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 46; *Harzenetter*, S. 135; *Kersting*, ZIP 2016²⁷, S. 1266 (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., die deshalb meinen, die repressive u. präventive Wirkung einer – anders als hier verstandenen – Verbandsgeldbuße werde durch einen nachträglichen Regress nicht beeinflusst.

34 Vgl. die entsprechende Argumentation der Beklagten in RG, Urt. v. 10. 6. 1942 – III 14/42 – ZAKDR 1943¹, S. 13 f. (13), die in RGZ **169**, 227 ff. nicht wiedergegeben ist.

35 Vgl. *Hillenkamp*, in: FS Lackner (1987), S. 455 (462), der zu Recht darauf hinweist, dass sich die abschreckende Denketzelwirkung unter diesen Bedingungen nicht aufrechterhalten lasse.

36 In Anlehnung an *Zipf*, MDR 1968⁸, S. 632 (633), der in ähnlichem Zusammenhang von der „aberratio ictus der Strafzumessung“ sprach.

37 Wie hier – wenn auch zur Verbandsgeldbuße – *Thomas*, NZG 2015³⁶, S. 1409 (1412): „Ein solches Paradigma wäre schlicht unlogisch. Es müsste [...] die Frage beantwortet werden, warum der Staat überhaupt noch eine Buße gegen das Unternehmen verhängt, wenn diese Folge vom Haftungsrecht sogleich als unerwünschter Schaden auf das Organmitglied verlagert würde.“

38 § 17 StGB u. § 11 Abs. 2 OWiG.

39 Besonders deutlich *Larenz*, SchuldR I¹⁴, § 27 I (S. 424): „Dem Geschädigten soll der Nachteil, den er infolge eines Vorgangs erlitten hat, für den ein anderer verantwortlich

des Geschädigten verantwortlich sein – sei es durch schuldhafte und widerrechtliche Verletzung, durch Schaffung einer Gefährdung, durch wissentliche Aufopferung eines fremden Gutes und dergleichen mehr.⁴⁰

Soweit die Einbuße des Ahndungsteils auf den Dritten abgewälzt werden könnte, enthielte das Zivilrecht die Aussage, dass (insoweit nur)⁴¹ der Dritte und nicht der abwälzungsberechtigte Täter für sie verantwortlich ist. Ist aber der Täter für sein Verhalten nicht verantwortlich, weil er sich insoweit auf den Dritten hatte verlassen dürfen, so muss dieses Verhalten des Dritten schon im Strafrecht die Verantwortlichkeit des Täters ausschließen.⁴² Denn Schuld und Vorwurf „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“ – sprich: auch das sanktionsauslösende Verhalten Dritter, derentwegen der Täter den Verhaltensnormverstoß nicht hat vermeiden können.⁴³ Soweit also das Zivilrecht die Abwälzung des Sanktionsübels zuließe und damit den Dritten für verantwortlich erklärte, widerspräche es der Aussage des Ordnungswidrigkeitenrechts: Denn dieses hatte das Übel (rechtmäßig) nur zufügen dürfen, wenn und soweit der Täter – und eben nicht der Dritte – für den Verstoß verantwortlich war.

Anm. 12.3: Dem mag man mit Recht entgegengehalten, dass sich die Verantwortungsbegriffe im Zivil- und im Ordnungswidrigkeitenrecht unterscheiden. An der Antwort auf die Regressfrage ändert das jedoch nichts: Zum einen ist es im Rahmen der straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Regelungen zum Verbotsirrtum anerkannt, dass der sich redlich auf den Rat des qualifizierten Fachmannes verlassende Täter keine Schuld bzw. keinen Vorwurf auf sich lädt und deshalb nicht mit einer Sanktion belegt werden darf.⁴⁴ Trotz möglicher Unterschiede herrscht hier zwischen zivil- und ordnungswidrigkeitenrechtlicher Verantwortlichkeit ein gewisser Gleichlauf. Zum anderen handelt es sich bei der staatlichen Sanktion um einen

ist, nach Möglichkeit ausgeglichen, wieder gut gemacht werden. [...] Es genügt [...] nicht, daß jemand überhaupt einen Schaden erlitten hat; auszugleichen ist dieser Schaden nur, soweit ein anderer für ihn rechtlich verantwortlich ist.“ Herv. nur hier.

40 Überblick bei *Deutsch*, HaftungsR² Rn. 2.

41 Nichts anderes folgt aus dem Mitverschulden nach § 254 Abs. 1 BGB.

42 Vgl. § 17 StGB u. § 11 Abs. 2 OWiG. Details zu den Voraussetzungen, unter denen die Rückversicherung bei einem Dritten Schuld bzw. Vorwurf des Täters auszuschließen vermag, etwa bei *Neumann*, in: *NomosKomm-StGB*⁵ § 17 Rn. 74 ff. u. *Rengier*, in: *KarlsruKomm-OWiG*⁵ § 11 Rn. 76 ff.

43 So treffend *Späth*, *DSzZ* 1990¹⁸ S. 467 (468) in Anlehnung an das bemerkenswerte [damals noch nicht veröffentlichte] *AG Langenfeld*, *Urt. v. 31. 3. 1989 – 12 C 737/88 – StB* 1991² S. 65 f. (66).

44 Siehe auch insoweit nur *Neumann*, in: *NomosKomm-StGB*⁵ § 17 Rn. 74 ff. u. *Rengier*, in: *KarlsruKomm-OWiG*⁵ § 11 Rn. 76 ff. jew. m. zahlr. Nw.

hoheitlichen Grundrechtseingriff. Die Anforderungen an die Verantwortlichkeit des Täters müssten deshalb im Verhältnis zwischen Staat und Bürger strenger sein, als im Verhältnis der Privatpersonen untereinander. Wenn also das Zivilrecht im Verhältnis zwischen dem Dritten und dem Verurteilten den Dritten für verantwortlich hält, verneint es insoweit die Verantwortlichkeit des Verurteilten. Dann aber lässt sich insoweit auch eine Verantwortlichkeit des Verurteilten im strafrechtlichen Sinne nicht konstruieren.⁴⁵

Wird die Frage des Geldsanktionenregresses danach aus der Perspektive der Gesamtrechtsordnung betrachtet, bleiben nur zwei sich gegenseitig ausschließende Konstellationen möglich:⁴⁶ Entweder hat der Täter trotz des Verhaltens des Dritten in vermeidbarer und deshalb verantwortlicher und vorwerfbarer Weise gegen die Verhaltensnorm verstoßen. Dann trifft ihn ein eigener Vorwurf, für den nur er verantwortlich ist und dessen nachteilige Folgen das bürgerliche Recht nicht auf einen Dritten überleiten will und kann. Oder der Verhaltensnormverstoß des Täters beruht auf einem für ihn nicht vermeidbaren Verhalten, für das nur der Dritte verantwortlich ist. Dann aber handelte der Täter (insoweit) nicht vorwerfbar und hätte eine Sanktion (insoweit) nicht ergehen dürfen. Ergeht sie gleichwohl, so ist sie (insoweit) rechtswidrig und von dem Täter mit dem dafür vorgesehenen Instrumentarium gegenüber dem Staat zu Fall zu bringen. Der Rechtsgedanke, den das BVerfG⁴⁷ im berühmten Nassauskiesungsbeschluss zur Amtshaftung formuliert hat, gilt auch hier: „Wer von den ihm 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.“⁴⁸

Für die Regressfrage lässt sich das Vorstehende auf eine einfache Formel bringen: Wo der Regress denkbar ist, darf es die Sanktion (so) nicht geben;

45 Anders aber die aktuelle st. Rspr. Dass diese auf einer langen Reihe von nachweisbaren Fehlentscheidungen beruht, soll später ausf. belegt werden, siehe § 13 A. (S. 498).

46 Zum Folgenden vor allem *Hillenkamp*, in: FS Lackner (1987), S. 455 (464), dem sich für das Arbeitsrecht *Holly/Friedhofen*, NZA 1992⁴, S. 145 (151) angeschlossen haben.

47 Beschl. v. 15. 7. 1981 – 1 BvL 77/78 („*Nassauskiesung*“) – BVerfGE 58, 300 ff. (324).

48 Daran angelehnt, aber noch pointierter *Wolffgang/Tervooren*, ZfZ 2004³, S. 82 (85): „Der althergebrachte Rechtssatz ‚Dulde und Liquidiere‘ gilt nicht mehr. [...] Jetzt heißt es vielmehr ‚Wer sich nicht wehrt, lebt verkehrt‘.“ Inhaltlich identisch, aber lange Zeit davor *Herschel*, DR 1943¹⁸, S. 558 (559): Wer „sich gegen die Ordnungsstrafe nicht verteidigt, obgleich er es vermag, kann nicht verlangen, daß diese ihm (ganz) von einem [Dritten] ersetzt wird.“

und wo es die Sanktion (so) geben darf, ist ein Regress nicht denkbar. Wer die Rechtsordnung insgesamt widerspruchsfrei anwenden möchte, darf es zu einer Abwälzung der Geldsanktion nicht kommen lassen.⁴⁹

Anm. 12.4: Wie sehr sich die Aussagen von Zivil- und Ordnungswidrigkeitenrecht unterscheiden, wird deutlich, wenn man die Aussagen zusammenstellt und miteinander zu kombinieren versucht.⁵⁰

Die Geldbuße sagt: Du hast in verantwortlicher und vorwerfbarer Weise gegen eine Verhaltensnorm verstoßen. Deshalb sollst Du durch Zufügung des dafür angedrohten Übels einen Nachteil erleiden. Dieser Nachteil entspricht der Höhe nach dem Vorwurf, der (ausschließlich) Dir zu machen ist.

Die (unterstellte) zivilrechtliche Ersatzpflichtanordnung würde sagen: Nicht Du, sondern der ersatzpflichtige Dritte ist (teilweise) für den Verhaltensnormverstoß verantwortlich. Deshalb sollst Du, soweit der Dritte rechtlich verantwortlich ist und die Geldbuße Dir gegenüber zu hoch bemessen ist, aus der Geldbuße keinen Nachteil erleiden.

Zusammen: Nicht Du, sondern der Dritte ist für den Verhaltensnormverstoß verantwortlich, für den Du verantwortlich bist. Den Nachteil, den Du deshalb erleiden sollst, sollst nicht Du, sondern soll der Dritte erleiden.

IV. Auflösung der „Normenkollision“

Für die Auflösung dieser Widersprüche zwischen Zivil- und Ordnungswidrigkeitenrecht gilt das oben zum Abschöpfungsteil Gesagte⁵¹ entsprechend: Der Gesetzgeber hat mit Schaffung der Tatbestände des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts die eben freigelegten Wertungen gesetzlich positiviert – wenngleich sie ihm möglicherweise nicht so deutlich vor Augen standen. Jedenfalls aber besteht hier ein positiver gesetzgeberischer Entscheidungsmaßstab, der das zur Rechtsfortbildung berechtigende und verpflichtende Wertungs-Vakuum beseitigt. Wer das anders sehen wollte, müsste den unmöglichen Nachweis erbringen, weshalb das Gesetz in den hier relevanten Fällen rechts- und verfassungswidrige Übel androht und zufügt. Die Aussagen des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts sind deshalb „Gesetz“ i. S. d. Art. 20 Abs. 3 GG. Würde der Ahndungsteil zugleich als ein zivilrechtlicher Schaden qualifiziert, so würden diese konkreteren normativen Maßstäbe

49 Vgl. *Hillenkamp*, in: FS Lackner (1987), S. 455 (464).

50 Ähnlich bereits *Thomas*, NZG 2015³⁶ S. 1409 (1412) zur Verbandsgeldbuße. Von einem eklatanten Widerspruch gehen auch *Hillenkamp*, in: FS Lackner (1987), S. 455 (464) u. *Holly/Friedhofen*, NZA 1992⁴, S. 145 (151) aus.

51 Siehe oben A. III. (S. 467).

überspielt und der Rahmen zulässiger Rechtsfortbildung gesprengt. Auch die durch den Ahndungsteil hervorgerufene unfreiwillige und nachteilige Zustandsveränderung im Vermögen des Täters liegt außerhalb dessen, was der Rechtsanwender im Rahmen der Rechtsfortbildung als einen Schaden anerkennen darf.

V. Zwischenergebnis

Der durch den Ahndungsteil einer (Individual-)Geldbuße herbeigeführte Vermögensnachteil kann im Wege des Schadenersatzes nicht ersetzt verlangt werden. Dieses Ergebnis steht im scharfen Gegensatz zur ständigen Rechtsprechung und der darauf aufbauenden herrschenden Meinung.⁵² Wird der Schaden als Voraussetzung der Ersatzpflicht irrig aus der Differenzhypothese des § 249 Abs. 1 BGB abgeleitet, so ist die Bejahung der Regressfähigkeit in der Tat konsequent und beinahe alternativlos. Wird jedoch, wozu schon die der Systematik des Gesetzes verpflichtete Auslegung der §§ 249 ff. BGB zwingt, das hier entwickelte Konzept des Schadens als einer zur Rechtsfortbildung berechtigenden und verpflichtenden Lücke zum Ausgangspunkt genommen, muss ein Regress des Ahndungsteils verneint und ausgeschlossen werden: Denn die hinter dem Ahndungsteil der Geldbuße liegenden Wertungen würden überspielt, würde die strafrechtlich intendierte Vermögensbelastung zugleich als ein ausgleichsfähiger und -bedürftiger Schaden qualifiziert. Zwar führt auch der Ahndungsteil zu einer nachteiligen Zustandsveränderung im grundsätzlich schutzwürdigen Vermögen des Täters. Gleichwohl liegt diese Einbuße wegen der damit verfolgten Zwecke außerhalb dessen, was der nach (Art. 20 Abs. 3 GG) an Recht und Gesetz gebundene Rechtsanwender im Wege der Rechtsfortbildung als einen Schaden i. S. d. Ersatzpflichtanordnung anerkennen darf.

C. Verbandsgeldbuße

Damit verbleibt die Frage, die den Anlass zu dieser Untersuchung gab: Die Frage, ob eine Verbandsgeldbuße Gegenstand eines zivilrechtlichen Anspruchs auf Schadenersatz sein kann. Auch das ist nicht der Fall, wenn die

52 Ausf. Kritik an der st. Rspr. zur Beraterhaftung u. weshalb diese nicht dazu zwingt, den hier eingenommenen Standpunkt aufzugeben, unten § 13 A. (S. 498).

Verbandsgeldbuße ihrerseits nicht als ein Schaden im Sinne einer zivilrechtlichen Ersatzpflichtanordnung qualifiziert werden darf.

Die nunmehr bewehrte Vorgehensweise soll auch hier eingehalten werden: Nach einer kurzen Rekapitulation (I.) sollen zuerst (II.) die Wertungen hinter der Verbandsgeldbuße ausdrücklich benannt werden. Das führt (III.) zu der Frage, ob diese Wertungen durchkreuzt, wer die Vermögenslast der Verbandsgeldbuße als einen Schaden qualifizieren wollte. Ist dies der Fall, so ist (IV.) der Normwiderspruch im Sinne der hier entwickelten Konstruktion aufzulösen. Auch hier macht es der radikal andere Problemzugriff beinahe unmöglich, auf die aktuell gegen den Regress-„Ausschluss“ erhobenen Anwürfe einzugehen. Sie sollen deshalb, soweit sie sich ohne Verrenkungen nicht parieren lassen, im nächsten Kapitel (§ 13) aufgegriffen werden.

I. Rekapitulation: Verbandsgeldbuße

Die richtig verstandene Verbandsgeldbuße ist eine reaktiv-retrospektive und (nur) restitutive Sanktion.¹ Sie soll dem Verband alle unmittelbaren und mittelbaren Vorteile entziehen, die er aus einer verbands- und vertretungsbezogenen Tat eines Organwalters² erlangt hat. Angelehnt an die Individual-Geldbuße gliedert sie sich in einen Abschöpfungsteil und einen Pseudo-Ahndungsteil. Der Abschöpfungsteil (§ 30 Abs. 3 i. V. m. § 17 Abs. 4 OWiG entsprechend) schultert dabei regelmäßig die Hauptlast. Er entzieht dem Verband den unmittelbaren und – wegen eines Betriebsunfalls im Rechtsausschuss³ – in großem Umfang auch den mittelbaren Gewinn. Der darüber hinaus gehende und oft symbolisch bleibende Pseudo-Ahndungsteil (§ 30 Abs. 1 u. 2 OWiG) entzieht – in immer größerem Umfang⁴ – den mittelbaren Gewinn, der nicht schon durch den Abschöpfungsteil entzogen worden ist. Eine wirkliche, trans-restitutive Übelzufügung ist in der Verbandsgeldbuße hingegen nicht vorgesehen⁵ – jedenfalls dann nicht, wenn sie im Sinne

1 Ausf. zur hier entwickelten Terminologie von Reaktion, Retrospektion u. Restitution oben § 7 C. I. (S. 210).

2 Zum Zwecke der besseren Lesbarkeit seien im Folgenden unter dem Begriff des Organwalters auch die übrigen tauglichen Täter des § 30 Abs. 1 OWiG erfasst. Zu den Begriffen des Verbands- u. Vertretungsbezugs bereits oben § 8 A. I. (S. 230).

3 Zu der unbedachten Ausdehnung des Abschöpfungsteils im RechtsA, deren Auswirkungen auf die Verbandsgeldbuße nicht bedacht worden sind, § 10 D. III. 1. (S. 387).

4 Zur schrittweisen Anhebung der Sanktionsobergrenze bereits oben § 11 A. II. 1. c) (S. 408), § 11 A. V. (S. 417) u. § 11 A. VI. 2. (S. 420).

des historischen Gesetzgebers verstanden wird,⁶ dessen Konzeption trotz zahlreicher Umgestaltungen nie aufgegeben worden ist.⁷

II. Wertungen hinter der Verbandsgeldbuße

Besteht der Zweck – aller Teile⁸ – der Verbandsgeldbuße in der Abschöpfung des rechtswidrigen Gewinns, so gilt das oben⁹ zum Abschöpfungsteil der (Individual-)Geldbuße Gesagte mit gewissen Modifikationen auch hier: Die Verbandsgeldbuße ist insoweit Selbstzweck, als sie die rechtswidrige Güterzuordnung beseitigt. Darüber hinaus bereitet die Abschöpfung der Verbandsgewinne den Boden für eine effektive Übelszufügung bei dem individualverantwortlichen Täter.

1. Beseitigung der rechtswidrigen Güterzuordnung

Anders als bei der im Eigeninteresse begangenen Tat entsteht der rechtswidrige Gewinn aus einem Verbandsdelikt nicht bei dem Individual-Täter. Mit einer gegen diesen gerichteten Sanktion kann er deshalb nicht abgeschöpft werden.¹⁰ Er kommt vielmehr der juristischen Person¹¹ zugute, für die gehandelt worden ist.

Dürfte der Verband den rechtswidrigen Vorteil behalten, so könnte er sich einen Wettbewerbsvorteil anmaßen, der seinen Konkurrenten mit redlichen – oder immerhin redlicheren – Organwaltern verwehrt bliebe. Mittel- und langfristig würde sich ein nicht mehr aufholbarer Vorsprung entwickeln, mit

5 Auch sie würde an dem hier gefundenen Ergebnis jedoch nichts ändern. Siehe dazu Anm. 12.7 unter III. (S. 491).

6 Ausf. zu der Konzeption des historischen Gesetzgebers § 10 u. insb. § 10 D. (S. 379).

7 Zur Änderungsgeschichte des § 26 OWiG₆₈, die Zweck u. Wirkmechanismus der Verbandsgeldbuße unberührt ließ, ausf. oben § 11.

8 Das bedeutet freilich, dass es der typischerweise vorgenommenen Aufschlüsselung nach Abschöpfungsteil u. (Pseudo-)Ahndungsteil gar nicht bedarf. Anders etwa *Harinos*, S. 100 m. zahlr. Nw. (in Fn. 330).

9 Siehe oben A. I. (S. 461)

10 Ausf. zu den Gründen, weshalb eine die verfassungsrechtlichen Grenzen beachtende Individualsanktion den Verbandsvorteil auch de lege ferenda nicht erreichen kann, § 10 B. II. 1. (S. 334).

11 Zum Zwecke der besseren Lesbarkeit seien im Folgenden unter der juristischen Person auch die übrigen, in § 30 Abs. 1 OWiG genannten Rechtsträger gemeint.

dem sich vor allem und gerade die gesetzestreuen Konkurrenten aus dem Felde schlagen ließen.¹² Die hier zu befürchtende „Erschütterung des Glaubens an die Unverbrüchlichkeit und die Allgemeinverbindlichkeit der Rechtsordnung“ müsste noch gravierender sein als bei der Tat des egoistischen Täters.¹³ Denn es würde nur „das Individuum in der Interessenverwirklichung vom Staate gehemmt“, wo es rechtlich verbotene Wege beschreite, „nicht aber der über größere Machtmittel und Lebenskräfte verfügende Verband.“ Das Gefühl der Ungleichbehandlung und „des unzureichenden Schutzes des Einzelnen vor den Verbänden“ müsste zu der Überzeugung führen, dass sich der Staat „gegenüber diesen mächtigen Interessenträgern nicht durchsetzen“ könne, was letztlich „die Existenz der Rechtsordnung unmittelbar in Frage stellen“ müsste.

Insoweit hat die – Gewinnabschöpfung durch – Verbandsgeldbuße den (Selbst-)Zweck, die rechtswidrige Güterzuordnung zu beseitigen und die rechtmäßige Güterzuordnung wiederherzustellen. Sie bringt damit zum Ausdruck, dass der Verband den Vorteil aus der Tat des Organwalters schon deshalb nicht behalten darf, weil dieser rechtswidrig ist und auf ihn niemand einen Anspruch hat. Das Verbandsvermögen soll durch die Geldbuße eine Belastung erfahren, die diese Vorteile – so umfassend wie möglich – abschöpft. Der rechtswidrige Vermögenszuwachs wird nicht gebilligt, der Vermögenszustand nach Begehung der Tat nicht anerkannt. Es soll der Zustand bestehen, der vor Begehung der Tat bestanden hat.¹⁴

2. Bekämpfung der ökonomisch-rationalen Kollusion

Vor allem aber hat die Verbandsgeldbuße im Gefüge des ordnungswidrigkeitenrechtlichen Güterschutzes eine dienende Funktion: Sie soll die Wirksamkeit der individuellen Sanktionsandrohung und -zufügung gewährleisten, indem sie den Anreiz zur ökonomisch-rationalen Kollusion bekämpft.

Zur Erinnerung:¹⁵ Die juristische Person als solche ist – aller Zurechnungsakrobatik zum Trotz – in einem natürlichen Sinne handlungs- und erst Recht

12 Siehe die Fälle, die *Hartung*, Korreferat 40. DJT (1953), E 53 f. u. *Koffka*, in: Ndschr. GrStrKomm, Bd. IV, S. 568 (li. Sp.) geschildert haben. Noch eindrücklicher, der Praxisbericht von *Bauerle*, in: Ndschr. GrStrKomm, Bd. IV;⁵⁰ S. 325 (li. Sp. f.).

13 So bereits im Jahre 1933 *Busch*, S. 112 – auch zum Folgenden.

14 Auch hier ist damit selbstredend nicht gemeint, dass sonstige, aus redlicher Betätigung erwirtschaftete Vorteile von der Gewinnabschöpfung erfasst wären.

15 Dazu schon ausf. oben § 9 A. III. 3. a) (S. 274), § 10 B. II. 3. (S. 339) u. ö.

schuldunfähig; ihr selbst ist es unmöglich, Verhaltensnormen zu verletzen.¹⁶ Es wäre nachgerade sinnlos, ihr einen klugheitsbezogenen Grund zur Einhaltung der Verhaltensnorm zu nennen.¹⁷ Vielmehr werden Verbandsdelikte – wie alle anderen Delikte auch – allein von natürlichen Personen begangen. Sie sind es deshalb, denen der klugheitsbezogene Grund zur Einhaltung der Verhaltensnorm angegeben werden muss. Allerdings muss diese Sanktion, auch wenn der Täter die ungeheuren Macht- und Betriebsmittel des Verbandes einsetzt, schon von Verfassungen wegen nach seinen persönlichen wirtschaftlichen Verhältnissen bemessen werden. Der Tatgewinn jedoch fließt dem Vermögen des Verbandes und nicht jenem des individual-verantwortlichen Täters zu. Das hat zur Folge, dass die mögliche Individualsanktion gemessen an den eingesetzten Mitteln und den dadurch erzielbaren Gewinnen geradezu lächerlich klein erscheinen muss. Ohne eine sie flankierende Verbandssanktion kann sie unmöglich in einem angemessenen Verhältnis zu Bedeutung und Tragweite der Tat stehen.

Könnte dem Verband der erzielte Tatgewinn nicht durch eine gegen ihn gerichtete, hoheitliche Sanktion entzogen werden, wäre der Anreiz zur ökonomisch-rationalen Kollusion gesetzt. Der Verband dürfte die erzielten Gewinn gar im Falle der Aufdeckung behalten. Das Verbandsdelikt wäre ein lohnendes, der Wiederholung würdiges Geschäft. Für die im Verband zusammengefassten Einzelpersonen wäre es geradezu ein Gebot ökonomischer Vernunft, den individuellen Täter aus den ungeheuerlichen Taterträgen von den Folgen seiner lächerlich kleinen, persönlichen Sanktion freizustellen. Denn dadurch wäre zu erwarten, dass er auch in Zukunft möglichst viele lukrative Verbandsdelikte begehe und andere potentielle Täter sich an ihm ein Beispiel nähmen. Wegen des Missverhältnisses von erzielbaren, nicht entziehbaren Vorteilen einerseits und der Höhe der möglichen Individualsanktionen andererseits wären Tatertrags-finanzierte Freistellung und Belohnung des altruistischen Delinquenten ein Leichtes.

Kann sich umgekehrt der potentielle Täter eines Verbandsdeliktes schon vor Tatbegehung darauf verlassen, dass ihm das angedrohte Sanktionsübel

16 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.“

17 Siehe den treffenden Vergleich bei *Schünemann*, ZIS 2014¹, S. 1 (2 f.): „Jeder gegen-teilige Versuch wäre eine Torheit wie diejenige des persischen Großkönigs Xerxes, der [...] bei einem Unwetter die [...] Wellen [...] zur Strafe mit 300 Rutenschlägen züchtigen ließ.“

später aus den Erträgen der Tat abgenommen werde, so verliert die Sanktionsandrohung jeden Schrecken. Die *Binding*'sche Wunde¹⁸ würde nicht ihm geschlagen, sondern träfe die durch die Taterträge gut gepolsterte Hand des Verbandes, die dieser schützend über den Organwalter hielte. Der klugheitsbezogene Grund, wegen des unerwünschten persönlichen Übels auf den rechtswidrigen Sondervorteil für den Verband zu verzichten, wird in sein Gegenteil verkehrt: Es wäre geradezu unklug, auf den Sondervorteil für den Verband zu verzichten. Denn dieser Sondervorteil würde sicher ausreichen und würde sicher dazu genutzt werden, das persönliche Übel zu annullieren und die Opferbereitschaft des Delinquenten fürstlich zu entlohnen.

Die Verbandsgeldbuße ist damit notwendige Konsequenz des streng anthropo-zentrischen Strafrechts. Sie schafft den Ausgleich dafür, dass bei dem Verbandsdelikt das begünstigte und das per Individual-Sanktion fassbare Vermögen auseinanderfallen. Der rechtswidrige Tatgewinn wird dort abgeschöpft, wo er entstanden ist. Er steht dann – genau wie beim egoistisch handelnden Täter – nicht mehr zur Verfügung, um aus ihm die Sanktion zu begleichen. Das im fehlgeleiteten Interesse des Verbandes begangene Delikt stellt sich im (zweit-)besten¹⁹ Falle als ein Null-Summen-Spiel, wahrscheinlicher aber als ein Verlust-Geschäft dar.²⁰ Der Anreiz zur ökonomisch-rationalen Kollusion wird vielleicht nicht vollends beseitigt, aber immerhin erheblich gemindert.²¹ Der individuelle Täter kann sich nicht mehr auf die – ökonomisch jedenfalls nicht mehr gebotene²² – Sanktionsabnahme ver-

18 Siehe *Binding*, Normen I, S. 170 (= Normen I² S. 288): „Die Strafe *soll* eine Wunde schlagen, der Schadenersatz eine andere heilen, wenn möglich ohne eine zweite zu verursachen“. Herv. im Original durch Sperrung.

19 Im besten Falle wird das Verbandsdelikt selbstverständlich nicht aufgedeckt. Dann stellt sich der „kostenlose“ Rechtsverstoß als lukratives Geschäft dar. Die Wirksamkeit des Güterschutzes ist jedoch stets von der Aufdeckung begangener Verbandsdelikte abhängig. Daran kann eine beliebige Ausgestaltung der Verbandsgeldbuße nichts ändern.

20 Im Regelfall dürfte der Verband durch „*negative Publizität*“ sowie „*Verlust an Akzeptanz, an Arbeitszeit und -kraft*“ einen ganz erheblichen Nachteil erleiden. So *Eidam*, Unternehmen u. Strafe, S. VIII. Herv. im Original.

21 Wegen des von *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, S. 161 f. attestierten „unbestrittenermaßen riesigen, im einzelnen freilich unbekannten Dunkelfeldes der Wirtschaftskriminalität“ dürfte sich die Begehung möglichst vieler, meist unaufgedeckter Verbandsdelikte trotz der möglichen Verbandsgeldbußen per saldo lohnen. Das aber lässt sich nicht durch die Ausgestaltung der Verbandssanktion, sondern nur durch eine Steigerung der Verfolgungseffizienz durch entsprechende Ausstattung der entsprechenden Behörden beseitigen.

lassen. Er muss vielmehr fürchten, das persönliche Übel unvermittelt und unverwässert selbst zu erleiden. An ihm werden der Allgemeinheit Ernst und Wirklichkeit der Sanktionsandrohung bewiesen. Mehr noch: Er müsste in einem effizienten und auf Gewinnmaximierung ausgerichteten Verband damit rechnen, dass der für unzureichend erachteten hoheitlichen Sanktion verbandsinterne Sanktionen zur Seite gestellt werden.

Die reaktiv-retrospektive und restitutive Verbandsgeldbuße schützt danach die Wirksamkeit der individuellen Übels-Androhung und Zufügung. Der Verband darf den rechtswidrigen Vorteil nicht behalten, weil die Abschöpfung dieser Gewinne notwendige Bedingung für einen effektiven Sanktionseingriff ist. Ohne sie wäre das Strafrecht im weiteren Sinne im Hinblick auf die Verbandsdelikte wirkungslos und könnte es insoweit keinen Beitrag zum Güterschutz durch Deliktsvermeidung leisten.

III. (Hypothetische) Kollision zwischen Zivil- und Ordnungswidrigkeitenrecht

Soweit die Gewinnabschöpfung durch Verbandsgeldbuße den Selbstzweck hat, die rechtswidrige Güterzuordnung zu beseitigen, gilt das oben²³ zum Abschöpfungsteil Gesagte entsprechend: Das Zivilrecht stellte dem Verband das Instrumentarium zur Verfügung, mit staatlichem Zwang den Zustand herzustellen, der zwischen Begehung der Tat und Abschöpfung des Gewinns bestand – sprich: jenen Zustand, den das Ordnungswidrigkeitenrecht nicht anerkennen und durch Gewinnabschöpfung mit staatlichem Zwang hatte beseitigen wollen. Zivilrechtlich würde zur rechtmäßigen und erstrebenswerten Güterzuordnung erhoben, was das Ordnungswidrigkeitenrecht als rechtswidrigen und unerträglichen Zustand bekämpft. Dem Verband würde ein zivilrechtlicher Anspruch auf Taterträge eingeräumt, die im Ordnungswidrigkeitenrecht (nur) abgeschöpft werden (können), weil auf sie kein Anspruch besteht. Das Zivilrecht gäbe auf den einheitlichen Lebenssachverhalt eine Antwort, die sich mit jener des Ordnungswidrigkeitenrechts nicht vereinbaren

22 Die für den Verband handelnden Einzelpersonen mögen den Täter aus verschiedenen Gründen gleichwohl freistellen. Das können sie jedoch nur aus sonstigem Vermögen des Verbandes tun. Die Abmilderung des Individual-Übels wird dann in ein Verbands-Übel verwandelt. Der individuelle Täter darf – jedenfalls bei gedachter Häufung – nicht darauf vertrauen, dass der Verband stets die schützende Hand über ihn halten werde.

23 Siehe oben A. II. (S. 464).

ließe. Kurzum: Wer die Verbandsgeldbuße zivilrechtlich als Schaden qualifiziert, setzt sich zu wenigstens einer Wertung des Ordnungswidrigkeitenrechts in Widerspruch.

Im Hinblick auf die Bekämpfung der ökonomisch-rationalen Kollusion ist der Widerspruch gut versteckt. Im Ausgangspunkt ist einzuräumen, dass auch die richtig verstandene Verbandsgeldbuße mittelbar das Verhalten des potentiellen individualverantwortlichen Täters beeinflussen möchte. Sie will über die Abschöpfung der Verbandsgewinne (auch) sicherstellen, dass der Einzeltäter nicht aus diesen freigestellt werde. Vielmehr soll er das angeandrohte Sanktionsübel persönlich fürchten und verspüren müssen, damit über Ernst und Wirklichkeit der Sanktionsandrohung kein Zweifel bestehe. *Prima facie* würde die Abwälzung der Verbandsgeldbuße dem nicht widersprechen. Im Gegenteil: Der Verband würde schwerlich die ihm auferlegte Geldbuße einklagen, um später den Individualverantwortlichen aus erstatteten Tatgewinnen von dessen persönlichem Übel freizustellen – ganz abgesehen davon, dass dem Organwalter dann Steine statt Brot gegeben würden. Vielmehr müsste der Einzeltäter neben der hoheitlich angedrohten Sanktion fürchten, auch zivilrechtlich und oft in ruinösem Ausmaß von dem Verband in Anspruch genommen zu werden. In diesem Sinne würde die mögliche Abwälzung der Verbandssanktion die ökonomisch-rationale Kollusion bekämpfen – vielleicht²⁴ gar wirksamer als deren Versagung.²⁵

Bei dieser Argumentation würde jedoch ein ganz wesentlicher Punkt übersehen: Der Gesetzgeber durfte zur Beseitigung der ökonomisch-rationalen Kollusion nicht jedes beliebige Mittel wählen. Bei Schaffung der damals nicht gerade populären Verbandssanktionen ist ausgiebig darüber nachgedacht worden, ob sich die Defizite des anthropo-zentrischen Strafrechts nicht durch eine drastische Erhöhung der persönlichen Sanktionsandrohung beseitigen ließen. Stets aber setzte sich die Erkenntnis durch, dass Gründe der Pragmatik, der Gerechtigkeit und später die Vorgaben der Verfassung eine ausreichende Erhöhung unmöglich machten.²⁶ Das finanzielle Übel, das man

24 Dazu, dass mehr Haftungs-Androhung nicht automatisch auch mehr Abschreckung bedeutet, noch § 13 B. II. 3. (S. 557).

25 Ohne den Bezug zur ökonomisch-rationalen Kollusion herzustellen, versprechen sich von einem Innenregress eine Förderung des präventiven Zwecks der Verbandsgeldbuße etwa *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015⁹, S. 449 (452 f.); *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 45 f.; *Kapp/Hummel*, ZWeR 2011³, S. 349 (358 u. 359 f.); *Scholz*, S. 50 u. S. 52.

26 Siehe nur *Busch*, S. 108: „Geldstrafen, die der Tat angepaßt wären, sind mangels eines entsprechenden Vermögens gegen den Einzeltäter nicht vollstreckbar.“ u. *Koffka*, in: *NdSchr. GrStrKomm*, Bd. I¹², S. 301 (li. Sp. f.): Man habe beim Verbandsdelikt „den

dem individuellen Täter (maximal) zumuten konnte, reichte zur wirksamen Bekämpfung der Verbandskriminallität wegen der dabei erzielbaren Gewinne nicht aus. Es hinterließ eine Präventionslücke, zu deren Schließung der Einzeltäter nicht herangezogen werden konnte und durfte. Nur deshalb sah sich der Gesetzgeber gezwungen, zur mittelbaren Steuerung des allein mit Handlungs- und Vermeidemacht ausgestatteten Täters direkt auf den Verband zuzugreifen.

Anm. 12.5: Schon daraus folgt, dass die – auch nur teilweise – Abwälzbarkeit der Verbandsgeldbuße in sich widersprüchlich wäre. Jeder Teilbetrag der Verbandsgeldbuße, der zivilrechtlich ohne Bedenken auf den Organwalter übergeleitet werden kann, hätte diesem schon durch die hoheitliche Sanktion zugemutet werden können. Der Sanktionsrahmen für die Individualsanktion hätte erhöht, die verbleibende Präventionslücke verringert werden können. Dann aber wäre insoweit auch das Bedürfnis nach einer Verbandssanktion beseitigt, die diese insoweit nicht mehr existente Lücke schließen sollte. Wer also die (teilweise) Abwälzbarkeit der Verbandsgeldbuße bejahen will, muss die schwierige Frage beantworten, weshalb der Staat den kostspieligen, unsicheren und ineffizienten Umweg über den Verband wählt, obwohl er das für den Organwalter bestimmte Übel diesem unmittelbar selbst hatte zufügen wollen und dürfen.

Mit anderen Worten: Jeder für die Tat des Organwalters verhängte Euro an Verbandsgeldbuße ist ein zur Wirksamkeit des Güterschutzes insgesamt notwendiges Vermögensübel – anderenfalls ließe er sich als nicht erforderlicher und deshalb unverhältnismäßiger Eingriff in Grundrechte weder gegenüber dem Verband noch gegenüber dem Täter legitimieren. Diese Vermögenslast wird nur deshalb dem Verband angedroht und zugefügt, weil sie dem Täter nicht abverlangt werden darf. Der gut versteckte Widerspruch tritt dann zu Tage, wenn man mit dieser zusätzlichen Erwägung die Frage stellt, die nun schon mehrfach gestellt worden ist: Was würde geschehen, wenn die Vermögenslast der Verbandsgeldbuße als zivilrechtlicher Schaden qualifiziert und – beim unterstellten Vorliegen auch der übrigen Voraussetzungen²⁷ – auf den Täter abgewälzt würde?

Standpunkt vertreten, daß man hier eine Geldstrafe festsetzen müsse, die so hoch sei, daß sie [alle mittelbaren und unmittelbaren Verbandsgewinne] erfasse. Doch diese kann dem Einzeltäter nicht auferlegt werden; weil er so viel Geld einfach nicht hat.“ Deutlich auch *Dreher*, in: Prot. RechtsA V⁴¹ S. 46: Wenn „ein Organ[walter] etwas pekziert habe,“ könne „das nur nach seinen Einkommensverhältnissen geahndet werden. An den großen Gewinn, den die Aktiengesellschaft dabei vielleicht gemacht habe, komme man auf diese Weise nicht heran. Daher müsse eine Geldbuße gegen die juristische Person selber verhängt werden können“.

27 Siehe dazu Anm. 12.2 unter A. II. (S. 464).

Der Staat würde mit der Verbandsgeldbuße eine Vermögenslast ins Leben rufen, um strafrechtliche Zwecke zu verfolgen, die letztlich nur beim Täter selbst bewirkt werden können. Ihm kann und darf die Sanktion aber in ausreichender Höhe nicht auferlegt werden. Mit der liquidationsfähigen Verbandsgeldbuße würde der Staat das zusätzlich notwendige Vermögensübel bei dem Verband „parken“. Er fügte es einem anderen Zivilrechtssubjekt zu, bei dem sich die gewünschten Zwecke aber gar nicht bewirken lassen. Zum Ausgleich für diese Ungerechtigkeit²⁸ würde dem Verband ein zivilrechtlicher Anspruch gewährt, um den staatlich „erfundenen Schaden“ bei dem Organwalter zu liquidieren. Der Verband würde zum Statthalter des staatlichen Strafanspruches gemacht. Er sollte – mit Hilfe der Zivilgerichte, aber belastet mit dem Prozess- und dem (sehr realen) Insolvenzrisiko des Täters – das von vornherein nicht für ihn gedachte Vermögensübel demjenigen zufügen, dem der Staat es selbst nicht hätte zufügen dürfen. Anders gewendet: Der Staat würde durch die raffinierte Zwischenschaltung der juristischen Person die rechtsstaatlichen Schranken umgehen, die ihn an einer ausreichend scharfen Sanktionierung des Individualtäters hindern. Die von vornherein für den Täter bestimmte, aber als solche verfassungswidrige zusätzliche Individualsanktion würde als liquidationsfähige Verbandsgeldbuße im Zivilrecht versteckt.

Anm. 12.6: Wird die Brücke zu der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH²⁹ geschlagen, so wird besonders deutlich, dass eine liquidationsfähige Verbandsgeldbuße bewusst und von vornherein für den individualverantwortlichen Organwalter bestimmt wäre. Neben der Konturierung des Geschäftsleiterermessens wurde in dieser Entscheidung auch die mit eigener Ersatzpflicht bewehrte Regelverpflichtung des Aufsichtsrates ausgesprochen, bestehende Schadenersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder zu verfolgen.³⁰ Ein Absehen von der Geltendmachung sei nur

28 Das übersehen jene, die die Abwälzung der Verbandsgeldbuße auf den verantwortlichen Organwalter mit Gründen der Gerechtigkeit befürworten. Siehe etwa *Jungermann/Renz*, CB 2015⁴ S. 132 (132) u. *Schönel/Petersen*, AG 2012⁹ S. 700 (701), sowie *D. Krause*, NSTZ 2000⁵ S. 225 (229) im Verhältnis von Mandant zu Anwalt. Sie müssen – freilich unausgesprochen – voraussetzen, dass die beim Verband verbleibende Geldbuße ungerecht wäre. Eine in diesem Sinne „ungerechte“ hoheitliche Sanktion wäre im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip quasi per definitionem unverhältnismäßig u. deshalb verfassungswidrig. Sie dürfte es deshalb gar nicht geben.

29 Urt. v. 21. 4. 1997 – II ZR 175/96 („ARAG/Garmenbeck“) – BGHZ 135, 244 ff.

30 BGH, Urt. v. 21. 4. 1997 – II ZR 175/96 („ARAG/Garmenbeck“) – BGHZ 135, 244 ff. (252 ff.). Die folgenden wörtlichen Zitate sind (255 f.) entnommen. Herv. nur hier. Für einen kompakten Überblick zu Inhalt u. Kritik dieser Rspr. siehe nur *Habersack*, in: MünchKomm-AktG⁵ § 111 Rn. 34 ff. m. zahlr. Nw.

ausnahmsweise und nur dann zulässig, „wenn gewichtige Interessen und Belange *der Gesellschaft* dafür“ sprächen, „den ihr entstandenen Schaden ersatzlos hinzunehmen.“ Belange und Interessen des jeweiligen Vorstandsmitglieds dürfen den Aufsichtsrat hingegen nur in äußersten Ausnahmefällen leiten. Die Verfolgung von Ansprüchen gegen das Vorstandsmitglied muss danach die Regel, das Absehen von Verfolgung die Ausnahme sein, die „gewichtiger Gründe und einer besonderen Rechtfertigung bedarf.“

Würde die Verbandsgeldbuße als ein Schaden qualifiziert, so wäre der Aufsichtsrat beim Vorliegen auch der übrigen Voraussetzungen im Regelfall verpflichtet, die Vermögenslast auf den Organwalter abzuwälzen. Sähe er von der Geltendmachung ab, so handelte er pflichtwidrig und machte er sich selbst ersatzpflichtig. Mit der Festsetzung der Verbandsgeldbuße würde die Pflicht des Aufsichtsrates begründet, diese auf das Vorstandsmitglied abzuwälzen. Sie wäre also von vornherein nicht dazu bestimmt, beim Verband zu verbleiben, sondern sollte durch dessen Zwischenschaltung lediglich die ausreichende Tarnung erhalten, um nicht sogleich als verfassungswidrige Sanktion zu erscheinen.

Zwar würde, wer die Verbandsgeldbuße als einen zivilrechtlichen Schaden qualifizieren wollte, sich nicht zu dem Konzept der Bekämpfung der ökonomisch-rationalen Kollusion an sich in Widerspruch setzen. Es würde dadurch aber beim Organwalter konzentriert, was im Ordnungswidrigkeitenrecht zur Wahrung verfassungsrechtlicher Vorgaben auf Organwalter und Verband aufgeteilt wurde und werden musste. Die für den Täter bestimmte hoheitliche Sanktion würde, weil sie dem Täter gegenüber verfassungswidrig wäre, zunächst und nur vorübergehend dem Verband zugefügt. Sobald sie das Vermögen des Verbandes belastet, würde ihr das Mäntelchen eines zivilrechtlichen Schadens übergestreift. Das allein führt jedoch nicht dazu, dass die nur plump getarnte hoheitliche Sanktion nunmehr ohne verfassungsrechtliche Bedenken an den Organwalter weitergereicht werden kann. Die kurze Stippvisite im Vermögen der juristischen Person ist nicht in der Lage, die hoheitliche Sanktion von dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit reinzuwaschen. Die Qualifikation der Verbandsgeldbuße als zivilrechtlicher Schaden würde deshalb der Wertung widersprechen, den Anreiz zur ökonomisch-rationalen Kollusion zu bekämpfen, *ohne den handelnden Täter in verfassungswidriger Weise in Anspruch zu nehmen*.

Anm. 12.7: Vor diesem Hintergrund macht es für die Abwälzbarkeit des Pseudo-Ahndungsteils letztlich keinen Unterschied, ob in ihm ein Instrument der Gewinnabschöpfung oder die Zufügung eines echten (trans-restitutiven) Übels gesehen wird. Jede Übelszufügung beim Verband müsste als Eingriff in dessen Grundrechte einem legitimen Zweck dienen. Als Instrument des Strafrechts i. w. S. müsste dieser Zweck darin bestehen, unmittelbar oder mittelbar zum Schutz von Rechtsgütern durch Deliktsvermeidung beizutragen. Die parallel dazu mögliche Sanktionierung des

individualverantwortlichen Täters dient jedoch stets demselben Zweck. Auch ein trans-restitutives Übel würde dem Verband nur deshalb zugefügt, weil die maximal mögliche Individualsanktion eine Präventionslücke ließe, dem Einzeltäter selbst aber kein größeres Übel abverlangt werden dürfte.

Mit anderen Worten: Jeder einzelne Euro an zusätzlich notwendigem Verbands-„Übel“ würde dem Verband nur zugefügt, weil er dem individualverantwortlichen Täter zum Zwecke des Güterschutzes nicht auferlegt werden darf. Dieser verfassungsrechtlichen Beschränkung darf sich der Gesetzgeber nicht dadurch – planmäßig – entziehen, dass er das hoheitliche Sanktionsübel als einen zivilrechtlichen Schaden tarnt und dem Aufsichtsrat die Pflicht und den Auftrag auferlegt, das verfassungskonform nicht festsetzbare Übel an den eigentlich Verantwortlichen weiterzureichen.

IV. Auflösung der „Normenkollision“

Wie dieser (hypothetische) Widerspruch zwischen Zivil- und Ordnungswidrigkeitenrecht aufzulösen ist, dürfte nunmehr keine Überraschung sein. Der Gesetzgeber hat in § 30 OWiG die Verbandsgeldbuße vorgesehen. Darin hat er die eben freigelegten Regelungsentscheidungen umgesetzt. Er hat einen gesetzgeberischen Entscheidungsmaßstab vorgegeben, den er hinsichtlich des Schadens als Voraussetzung der Ersatzpflicht gerade nicht hatte aufstellen wollen.

Anm. 12.8: Wer diesen Maßstab anders interpretieren wollte, muss entweder zur Verfassungswidrigkeit der Verbandsgeldbuße kommen, durch die aber auch das Regressproblem in sich zusammenfiel. Oder er muss nachweisen, dass die Verbandsgeldbuße andere Wertungen zum Ausdruck bringt, und die Kollision zwischen Zivil- und Ordnungswidrigkeitenrecht anhand dieser Wertungen untersuchen.

Damit ist der in § 30 OWiG positivierter gesetzgeberischer Entscheidungsmaßstab ein konkreterer normativer Maßstab, den der mit der Schadensfrage befasste Rechtsanwender bei der Rechtsfortbildung zu berücksichtigen hat. Er setzt dem zur Rechtsfortbildung berechtigenden und verpflichtenden Wertungs-Vakuum ein Ende. Weil diese Wertungen durchkreuzt würden, soweit die Verbandsgeldbuße als ein Schaden im Sinne einer beliebigen zivilrechtlichen Ersatzpflichtanordnung qualifiziert würde, ist die Antwort auf die Regressfrage so eindeutig wie zwingend: Die fraglos unfreiwillige und nachteilige Zustandsveränderung im Vermögen des Verbandes, die durch die Verbandsgeldbuße verursacht wird, liegt außerhalb dessen, was der nach

Art. 20 Abs. 3 GG an Recht und Gesetz gebundene Rechtsanwender im Wege der Rechtsfortbildung als einen Schaden anerkennen darf.

V. Zwischenergebnis

Der durch eine Verbandsgeldbuße verursachte Vermögensnachteil kann nicht Gegenstand eines Schadenersatzanspruchs sein. Dabei kommt es nicht darauf an, ob er durch deren Abschöpfungsteil oder deren Pseudo-Ahndungsteil verursacht worden ist. Jeder Euro einer rechtmäßig festgesetzten Verbandsgeldbuße dient bestimmten strafrechtlichen Zwecken, die durchkreuzt würden, wenn der Vermögensnachteil durch eine zivilrechtliche Nachbereitung vom Verband auf den Organwalter abgewälzt würde. Der Vermögensnachteil darf deshalb im Wege der Rechtsfortbildung nicht als ein zivilrechtlicher Schaden qualifiziert werden, Art. 20 Abs. 3 GG. Mangels eines Schadens sind die tatbestandlichen Voraussetzungen der Ersatzpflichtanordnung nicht erfüllt. Ein Regress des Vermögensnachteils, der durch die Verbandsgeldbuße hervorgerufen wird, kommt schon tatbestandlich nicht Betracht.³¹

Bei Lichte betrachtet, deckt sich dieses Ergebnis mit dem Standpunkt der ganz allgemeinen Auffassung. Denn auch sie will den Regress der Verbandsgeldbuße ausgeschlossen wissen, soweit diese der Abschöpfung rechtswidriger Gewinne dient.³² Anderenfalls würden öffentlich-rechtliche Wertungen überspielt, weil dem Verband genau jene Vorteile wieder zufließen, die das (Kartell-)Ordnungswidrigkeitenrecht ihm hatte entziehen wollen.³³ Dient aber die richtig verstandene Verbandsgeldbuße insgesamt – und nicht nur

31 Deshalb wird die missverständliche Redeweise von einem Regress-„Ausschluss“ hier vermieden.

32 Siehe als Auswahl nur *Fleischer*, DB 2014⁷, S. 345 (348); *Harnos*, S. 100 f.; *Hauger/Palzer*, ZGR 2015¹, S. 33 (56 f.); *Kaulich*, S. 276 ff.; *J. Koch*, in: Hüffer/Koch,¹⁴ § 93 Rn. 48; *Krieger*, in: *Krieger/Schneider*³, § 3 Rn. 37; *Mertens/Cahn*, in: *KölnKomm-AktG*³, § 93 Rn. 56; *Schöne/Petersen*, AG 2012⁹, S. 700 (703); *Spindler*, in: *Münch-Komm-AktG*⁵, § 93 Rn. 194 u. *Thole*, ZHR 173⁴ (2009), S. 504 (526 ff.) teilw. m. w. N.

33 *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 204; *Fabisch*, ZWeR 2013¹, S. 91 (108); *Fleischer*, BB 2008²¹, S. 1070 (1073); *Hack*, S. 83 f.; *Hauger/Palzer*, ZGR 2015¹, S. 33 (56 f.); *Hölters*, in: *Hölters*³, § 93 Rn. 258; *Kaulich*, S. 281 ff.; *Kersting*, ZIP 2016²⁷, S. 1266 (1272); *Scholz*, S. 52 f.; *Thole*, ZHR 173⁴ (2009), S. 504 (527); *Werner*, ZWH 2015⁶, S. 169 (172); *Wilsing*, in: *Krieger/Schneider*³, § 31 Rn. 34; *M. Zimmermann*, WM 2008¹⁰, S. 433 (439). Anders wohl nur *Suchy*, NZG 2015¹⁵, S. 591 (593), der die öffentlich-rechtlichen Zwecke auch beim Regress des Abschöpfungsteils für unerheblich hält.

im Hinblick auf ihren Abschöpfungsteil – der Abschöpfung rechtswidriger Gewinne, so ist sie dem Regress insgesamt entzogen.

Die h. M. sieht dies jedoch anders.³⁴ Sie will im Pseudo-Ahndungsteil der Verbandsgeldbuße kein Instrument der Gewinnabschöpfung, sondern ein solches der Übelszufügung erkennen. Selbst wenn man sich dem – unter Ausblendung der historischen Entwicklung des Institutes – anschließen wollte, müsste der hier eingenommene Standpunkt nicht aufgegeben werden. Die Verbandsgeldbuße schlosse auch dann eine Präventionslücke, die sich aus den von der Verfassung vorgegebenen Beschränkungen der Individualsanktionen ergibt. Diese Beschränkungen darf der Staat nicht durch die Zwischenschaltung des Zivilrechts umgehen. Er darf ein letztlich für den Täter bestimmtes Sanktionsübel, das er diesem persönlich nicht zufügen darf, nicht bei dem Verband als einen „erfundenen Schaden“ zwischenlagern, um es dem Täter über die Bande des Zivilrechts zuzufügen.

D. Ergebnis

Damit lässt sich die Forschungsfrage dieser Arbeit kurz und bündig beantworten: Geldbußen können nicht Gegenstand von Schadenersatzansprüchen sein. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Vermögensnachteil durch eine Verbands- oder eine Individual-Geldbuße hervorgerufen wird, ob er Konsequenz ihres Abschöpfungsteils oder ihres (Pseudo-)Ahndungsteils ist. In keinem Fall darf der Vermögensnachteil im Wege der Rechtsfortbildung als zivilrechtlicher Schaden qualifiziert werden. Ohne Schaden fehlt eine Tatbestandsvoraussetzung einer jeden denkbaren Ersatzpflichtanordnung. Ein Regress kommt deshalb schon tatbestandlich nicht in Betracht. Übt sich der Rechtsanwender, der das Zivilrecht im Hinblick auf den Schaden nur in den Grenzen

34 Als bloße Auswahl aus dem unübersehbaren Schrifttum für eine grds. „Erstattungs-fähigkeit“ des (Pseudo-)Ahndungsteils nur: *Bayer*, in: FS K. Schmidt (2009), S. 85 (93 f.); *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015,⁹ S. 449 (451); *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 26; *Fleischer*, BB 2008,²¹ S. 1070 (1073); *Fleischer*, DB 2014,⁷ S. 345 (347); *Glöckner/Müller-Tautphaeus*, AG 2001,⁷ S. 344 (346); *Harbarth/Höfer*, NZG 2016,¹⁸ S. 686 (687); *Hauger/Palzer*, ZGR 2015,¹ S. 33 (54); *Hoffmann*, NJW 2012,²⁰ S. 1393 (1393); *Hölters*, in: Hölters,³ § 93 Rn. 255; *Hopt/Roth*, in: GroßKomm-AktG⁵ § 93 Rn. 419; *Karbaum*, AG 2013,²³ S. 863 (876); *Kersting*, ZIP 2016,²⁷ S. 1266 (1269); *J. Koch*, in: MünchHdb-GesR VII (CL),⁶ § 30 Rn. 23; *Scholz*, S. 44; *Spindler*, in: MünchKomm-AktG⁵ § 93 Rn. 194; *Werner*, ZWH 2015,⁶ S. 169 (175) u. *M. Zimmermann*, WM 2008,¹⁰ S. 433 (437 f.) teilw. m. w. N.

des Art. 20 Abs. 3 GG fortbilden darf, in der methodisch und verfassungsrechtlich gebotenen Zurückhaltung, so ist eine zivilrechtliche Sabotage des Ordnungswidrigkeitenrechts in der Tat unmöglich.³⁵

³⁵ Vgl. schon *Geiler*, JW 1919;¹² S. 837 (837).

