

§ 14 Ergebnisse und Ausblick

*Uns ist es nicht gelungen, alle aufgeworfenen Probleme zu lösen – tatsächlich haben wir manchmal den Eindruck, dass wir kein einziges vollständig gelöst hätten. Vielmehr haben die Antworten, die wir gefunden haben, eine ganze Reihe neuer Fragen aufgeworfen. In mancherlei Hinsicht fühlen wir uns so verwirrt wie eh und je; allerdings meinen wir, auf höherem Niveau und hinsichtlich wichtigerer Fragen verwirrt zu sein.**

Earl C. Kelley
(amerikanischer Erziehungswissenschaftler)
The Workshop Way of Learning, S. 2

A. Ergebnisse

Die Frage nach dem Bußgeldregress hat sich als ein Kollisions-Problem erwiesen. Das zivile Schadenersatzrecht und das öffentlich-rechtliche Sanktionenrecht geben auf einen einheitlichen Lebenssachverhalt (scheinbar) unterschiedliche Antworten. Wohl und Wehe des Bußgeldregresses hängen deshalb letztlich allein davon ab, welcher der beteiligten Normkomplexe sich gegen den anderen durchzusetzen vermag. Zur Auflösung der Kollision waren mögliche Berührungspunkte zwischen den beiden Normkomplexen und deren jeweiliges Kampfgewicht an diesen Kollisions-Punkten zu ermitteln. Die Beantwortung der Forschungsfrage war danach von zwei Vorfragen abhängig, denen in einem zivilrechtlich-methodischen und einem sanktionsrechtlichen Teil nachgegangen werden musste.

I. Zivilrechtlich-methodischer Teil

Zu Beginn des zivilrechtlich-methodischen Teil konnte gezeigt werden, dass sich das Merkmal des Schadens als Voraussetzung der Ersatzpflicht aus den

* Übersetzung von mir. Im Original: „We have not succeeded in answering all our problems—indeed we sometimes feel we have not completely answered any of them. The answers we have found have only served to raise a whole set of new questions. In some ways we feel that we are as confused as ever, but we think we are confused on a higher level and about more important things.“

§§ 249 ff. BGB weder ergibt noch ergeben kann. Denn diese Vorschriften richten sich, wie sich aus § 249 Abs. 1 BGB ergibt, allein an denjenigen, der „zum Schadensersatz verpflichtet ist“. Sie setzen folglich eine Ersatzpflicht und mit ihr das Vorliegen eines Schadens voraus. Sollen die §§ 249 ff. BGB nicht ihre eigenen Anwendungsvoraussetzungen definieren müssen, so ist es logisch ausgeschlossen, dass sie ihrerseits festlegen, unter welchen Voraussetzungen ein Schaden vorliegen soll. Vor allem mit den Gesetzgebungs-Materialien ließ sich nachweisen, dass es sich dabei nicht um einen begrifflichen Betriebsunfall, sondern um eine bewusste Entscheidung des historischen Gesetzgebers handelte.

Auch andernorts hat der Gesetzgeber keinen Entscheidungsmaßstab dafür aufgestellt, welche eingetretenen Nachteile als ein potentiell ersatzpflichtig machender „Schaden“ im Sinne einer beliebigen Ersatzpflichtanordnung zu qualifizieren sind. Gleichwohl ist der mit einem Schadenersatzverlangen befasste Richter dazu gezwungen, den ihm vorgetragenen Sachverhalt auch im Hinblick auf das Vorliegen eines Schadens zu beurteilen. Er darf die Rechtsfrage gerade nicht offen lassen. Damit erzwingt die Rechtsordnung die Antwort auf eine Frage, für die sie selbst keinen Entscheidungsmaßstab enthält. Das Gesetz ist insoweit lückenhaft.

Die Arbeit am Merkmal des Schadens als Voraussetzung der Ersatzpflicht ist danach Rechtsfortbildung (*praeter legem*). Die typischen Instrumente der Analogie und der teleologischen Reduktion helfen nicht weiter. Der Rechtsanwender ist vielmehr berechtigt und berufen, die Lücke *modo legislatoris* zu schließen: Er hat sich in die Rolle des Gesetzgebers hineinzudenken und muss die festgestellte Lücke in der Art und Weise schließen, von der er annehmen darf, dass auch der zur Regelung entschlossene Gesetzgeber sie wählen würde. Allerdings ist er – anders als der demokratisch legitimierte und allein durch die Grenzen der Verfassung beschränkte Gesetzgeber – zu keiner Umgestaltung der Rechtsordnung befugt. Denn er ist nach Art. 20 Abs. 3 GG an „Recht und Gesetz“ gebunden. Findet er, während er sich in dem vom Gesetzgeber gelassenen Wertungs-Vakuum vorsichtig vorantastet, (irgend-)eine positivierte gesetzgeberische Wertung, so endet dieses Vakuum und mit ihm die Befugnis zur Rechtsfortbildung. Der – demokratisch (wenn überhaupt) weit weniger legitimierte – Rechtsanwender darf die Lücke im Recht nicht nutzen, um einen gesetzgeberischen – und deshalb demokratisch stärker legitimierten – Entscheidungsmaßstab zu überspielen.

Damit war die zivilrechtlich-methodische Vorfrage geklärt: Der zivilrechtliche Schadenersatz geht im Hinblick auf seine Voraussetzung eines Schadens mit sehr geringem Kampfgewicht in die Kollision. Jede positivierte gesetzge-

berische Wertung, die durch die Anerkennung eines eingetretenen Nachteils als eines zivilrechtlichen Schadens überspielt zu werden droht, steht einer solchen Anerkennung dieses Nachteils unüberwindlich entgegen.

II. Sanktionsrechtlicher Teil

Entscheidend war danach, welche Wertungen und welche Entscheidungsmaßstäbe der Gesetzgeber durch die Regelungen zur Individual- und zur Verbands-Geldbuße aufgestellt hat. Dabei ist der sehr aufwändige Versuch unternommen worden, die Wertungen hinter den Sanktionsinstrumenten auf die Grundlagen des öffentlichen Sanktionsrechts zurückzuführen. Für Zweck und Mechanismus öffentlich-rechtlicher Sanktionen ist die Formel der „Prävention durch Repression“ aufgestellt worden. Das Strafrecht bezweckt den präventiven Güterschutz. Dazu droht es für die Verletzung primärer Verhaltensnormen (proaktiv-prospektiv) die Zufügung eines Übels an, das im Falle der Verletzung (reaktiv-retrospektiv) auch tatsächlich zugefügt wird. Die Zufügung des Übels beweist, dass der Staat es mit dessen Androhung ernst gemeint hat und auch künftig ernst meinen wird. Diese ernstgemeinte Androhung stellt wiederum einen klugeitsbezogenen Grund dar, die primären Verhaltensnormen einzuhalten.

Der effektive Sanktionseingriff setzt jedenfalls bei den auf Gewinnerzielung ausgerichteten Delikten das Zusammenspiel zweier (Grundrechts-) Eingriffe voraus. Ein restitutives Abschöpfungsinstrument gewährleistet, dass dem Täter aus der rechtswidrigen Tat keinerlei Vorteile verbleiben. Die rechtswidrige Güterzuordnung wird beseitigt und der Täter insoweit so gestellt, wie er vor Begehung der Tat stand. Ist der status quo ante hergestellt, so fügt das zweite trans-restitutive Sanktionsinstrument das angedrohte Übel tatsächlich zu und stellt den Täter schlechter, als er ohne Deliktsbegehung stünde.

Handelt der Täter nicht für sich selbst, sondern als Organwalter für eine juristische Person, so drohte das Phänomen, das hier als ökonomisch-rationale Kollusion bezeichnet worden ist. Dieses systemische Defizit des anthropo-zentrischen Strafrechts hat der Gesetzgeber durch Schaffung einer verbandsgerichteten Sanktion beseitigt. Sie war (ursprünglich) als rein restitutive Maßnahme gedacht: Als öffentlich-rechtlicher Schadenersatz- und Bereicherungsanspruch sollte sie – insoweit funktionsgleich zur Gewinnabschöpfung bei der natürlichen Person – die rechtswidrige Güterzuordnung und mit ihr den Anreiz zur ökonomisch-rationale Kollusion beseitigen. Die Präventionslücke, die das auf Einzelpersonen zugeschnittene Strafrecht

im Hinblick auf die erzielbaren Verbandsgewinne unweigerlich offenlassen musste, sollte geschlossen werden, ohne dass die handelnden natürlichen Personen in überfordernder und deshalb verfassungswidriger Weise in Anspruch genommen würden.

III. Synthese

Die Antwort auf die Forschungsfrage bereitet auf Grundlage dieser Vorarbeiten keine Mühe: Individual- und Verbands-Geldbuße verfolgen in allen Teilen und Ausgestaltungen spezifisch strafrechtliche Zwecke – ohne diese wären sie als Grundrechtseingriffe auch nicht legitimierbar. Diese Zwecke würden überspielt, wenn der durch eine Geldbuße verursachte Vermögensnachteil zugleich als zivilrechtlicher Schaden anerkannt, von dem Verurteilten weggeleitet und auf einen Dritten abgewälzt würde. Das gilt gleichermaßen für die Individual- wie für die Verbands-Geldbuße, gleichviel ob sie die restitutive Gewinnabschöpfung oder die trans-restitutive Übelszufügung bezweckt.

Die Wertungen des öffentlichen Sanktionsrechts sind gesetzlich positiviert. Für das Merkmal des Schadens als Voraussetzung der Ersatzpflicht hat der Gesetzgeber einen gesetzlichen Entscheidungsmaßstab jedoch gerade nicht aufgestellt. Damit ist die Auflösung des Kollisions-Problems vorgegeben: Dem an Recht und Gesetz gebundenen Rechtsanwender ist es im Rahmen der Rechtsfortbildung beim Schadensbegriff verwehrt, die positivierten Wertungen der öffentlich-rechtlichen Sanktionsnormen zu überspielen. Der durch eine Geldbuße verursachte Vermögensnachteil darf nicht als ein zivilrechtlicher Schaden anerkannt werden. Kurzum: Geldbußen können nicht Gegenstand von Schadenersatzansprüchen sein.

B. Ausblick

Vor diesem Hintergrund ist es – entgegen des Eingangszitates – gelungen, die Forschungsfrage nach der Abwälzbarkeit von Geldsanktionen abschließend zu beantworten. Gleichwohl ist nicht zu verkennen, dass die Antworten auf diese Frage und ihre Vorfragen eine Unmenge an neuen Fragen aufgeworfen haben. Einige dieser Fragen sollen zum Ausklang der Untersuchung hier zusammengestellt sein – verbunden mit nicht mehr als einem Fingerzeig in Richtung einer möglichen Lösung.

I. Schadensrecht

Ergeben sich der Begriff des Schadens und die Schadenszurechnung als Voraussetzungen der Ersatzpflicht nicht aus den §§ 249 ff. BGB, so sind unzählige bisher gefundene Lösungen zu schadensrechtlichen Problemen auf ein neues Fundament zu stellen. Auf die von *Medicus* gestellte Frage, was von der Differenzhypothese noch übrig sei, mag man – jedenfalls im Hinblick auf Schaden und Schadenszurechnung – mit Überzeugung antworten: „Fast nichts – und das ist gut so!“¹

Literatur und Rechtsprechung sind in langer und mühsamer Auseinandersetzung dem Auftrag des historischen Gesetzgebers nachgekommen und haben – bei Lichte betrachtet: modo legislatoris – auf zahllose Probleme eine gerechte und überzeugende Antwort gefunden. Sie taten dies jedoch stets mit dem schlechten Gewissen, die engen Fesseln der §§ 249 ff. BGB nicht recht beachtet zu haben. Auf Grundlage des hier entwickelten Verständnisses vom Schaden als einer zur Rechtsfortbildung berechtigenden und verpflichtenden Lücke mag man auch künftig überzeugende Antworten auf schadensrechtliche Fragen finden – dann aber mit Selbstbewusstsein und ohne schlechtes Gewissen, befreit von den falschen Fesseln.

Wo der Rechtsanwender nicht durch fernwirkende positivierte Wertungen des Gesetzgebers gebunden ist, darf er schadensrechtliche Probleme allein nach Maßgabe von Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit lösen. Gelingt es, in der Auseinandersetzung mit Einzelfällen erst Fallgruppen und später allgemeine Leitlinien zu entwickeln, so kann am Ende des Weges gar ein verallgemeinerungsfähiger Schadensbegriff gefunden und dem (europäischen) Gesetzgeber zur Positivierung angeboten werden.

Anm. 14.1: Insoweit sei ein letztes Zitat eines bedeutenden Denkers gestattet. Der große John Stuart *Mill* schrieb in seinem berühmten Aufsatz zum Utilitarismus: „Freilich herrscht [...] Verwirrung und Unsicherheit [...] hinsichtlich der ersten Prinzipien aller Wissenschaften, [...] allerdings ohne die Zuverlässigkeit der Resultate dieser Wissenschaft[en] erheblich zu beeinträchtigen [...]. Die Lehrsätze, die man letztlich zu den ersten Prinzipien einer Wissenschaft erklärt, sind im Grunde die letzten Ergebnisse einer philosophischen Analyse der grundlegenden Annahmen, mit denen die Wissenschaft operiert, und verhalten sich zur Wissenschaft nicht wie das Fundament zum Gebäude, sondern wie die Wurzeln zum Baum, die ihre

¹ Das scheint – ohne den letzten Halbsatz – auch das Fazit zu sein, zu dem schon *Medicus*, in: FS Nobbe (2009), S. 995 (1007 f.) gekommen ist – wenn auch aus anderen Gründen.

Aufgabe ja auch dann erfüllen, wenn sie niemals ausgegraben und dem Tageslicht ausgesetzt werden.“²

Der vollständige und „richtige“ Schadensbegriff ist in diesem Sinne das erste Prinzip des Schadensrechts und deshalb zugleich das letzte Ergebnis, das die Rechtswissenschaft insoweit hervorbringen kann. Gleichwohl ist es Literatur und Rechtsprechung gelungen, dem Baum des Schadens(ersatz)rechts zu gesundem und geradem Wachstum zu verhelfen, ohne dass bisher die Wurzel des Schadensbegriffs freigelegt worden wäre.

Der so verstandene Schadensbegriff wäre nicht nur von den falschen Fesseln der §§ 249 ff. BGB befreit. Er hätte eine spezifische Funktion und brauchte sich um die Fragen der Schadenszurechnung, die Modalitäten und den Umfang der Ersatzleistung, die Vorteilsanrechnung und das Mitverschulden nicht zu kümmern. Die Suche nach einem solchen „entfesselten Schadensbegriff“ wird man keineswegs als ein fruchtloses Unterfangen, als die berühmte *Selb'sche*³ „Jugendsünde“ abtun können.

II. Organhaftungsrecht

Auch im Hinblick auf die möglicherweise zu scharfe Vorstandshaftung müssen unzählige Fragen offenbleiben. Selbstverständlich ist – was schon zu Beginn der Arbeit eingeräumt wurde⁴ – ein Ausschluss der Organwalterhaftung bei Verbandssanktionen eine sektorale Lösung. Und selbstverständlich vermag diese sektorale Lösung keine Aussagen über solche Konstellationen zu treffen, bei denen es nicht um den Regress einer Geldsanktion geht.⁵ Das Ziel dieser Arbeit besteht insoweit auch nur darin, die Frage nach der mögli-

2 Übersetzung von *Birnbacher* in: *Mill*, Utilitarismus, S. 7 ff. Für das Original siehe die Erstveröffentlichung der Aufsatzreihe in: *Fraser's Magazine* 64 (1861), S. 391, 525, 659 (391): „It is true that [...] confusion and uncertainty [...] exist respecting the first principles of all the sciences, [...] without much impairing [...] the trustworthiness of the conclusions of those sciences. [...] The truths which are ultimately accepted as the first principles of a science, are really the last results of metaphysical analysis, practised on the elementary notions with which the science is conversant; and their relation to the science is not that of foundations to an edifice, but of roots to a tree, which may perform their office equally well though they be never dug down to and exposed to light.“

3 AcP 173⁴ (1973), S. 366 (367).

4 Siehe oben § 3 A. III. (S. 61).

5 So etwa die Kritik bei *Brommer*, Vorstandshaftung, S. 44 f. u. *Harnos*, S. 106. Tendenziell auch *J. Koch*, in: *GS Winter* (2011), S. 327 (333).

cherweise zu scharfen Vorstandshaftung von einem besonders brisanten und konfliktträchtigen Teilaspekt zu befreien.⁶

Diese Entlastung der Diskussion sollte es ermöglichen, das Gesamtproblem der Vorstandshaftung neu auszumessen. Befreit vom Bußgeldregress wird man zunächst untersuchen müssen, ob das Zusammenspiel von Business-Judgment-Rule und D & O-Versicherung andere korrekturbedürftige Haftungskonstellationen zulässt.⁷ Bejahendenfalls wird man auch diese Konstellationen einer maßgeschneiderten Lösung zuführen müssen.

Der „Dreiklang der Ersatzpflichtanordnung“ in § 93 Abs. 2 AktG mag insoweit dabei helfen, diese Fragen bewusster und präziser anzugehen. An der Stellschraube des Verletzungstatbestands – der verschuldeten Pflichtverletzung eines Organwalters – wird man nur solche Verhaltensweisen ausscheiden müssen, die auch die Rechtsfolge einer Kündigung und Abberufung nicht auslösen sollen. Daneben stehen der Schaden und die Schadenszurechnung zur Verfügung, die ihrerseits Tatbestandsmerkmale des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG sind. Sie lassen sich deshalb nach den Vorgaben und Erfordernissen ebendieser Vorschrift formen und ausgestalten.⁸ Begreift man auch diese Merkmale als Stellschrauben der Organwalterhaftung, lassen sich auch mit ihnen gewisse Schadenspositionen ausklammern.

Dazu wird man jedoch den Zweck der Organwalterhaftung sehr viel präziser ausformulieren müssen, als dies bislang mit den Worthülsen von *Kompensation und Prävention* geschehen ist.⁹ Jede Ersatzpflichtanordnung soll (bestimmte) eingetretene Schäden ausgleichen (kompensieren) und durch die Androhung dieser Pflicht schon den Eintritt solcher Schäden vermeiden (prävenieren) helfen. Wenn aber Kompensation und Prävention der Zweck einer

6 Siehe auch hier *Fleischer*, DB 2014,⁷ S. 345 (345) u. *Blaurock*, in: FS Bornkamm (2014), S. 107 (107), die in diesem Zusammenhang von „einem außerordentlich wichtigen Schadensproblem“ bzw. einem „besonders strittigen Einzelaspekt“ der Organ(walter)haftung sprechen. *Bachmann*, BB 2015,¹⁶ S. 911 (911) sieht im Bußgeldregress gar eine „zentral[e] Frage des Organhaftungsrechts“, die durch einen Regressausschluss „rechtspolitisch deutlich entschärft“ würde, BB 2015,¹⁴ S. 771 (775).

7 Skeptisch wohl *Hauger/Palzer*, ZGR 2015,¹ S. 33 (75).

8 Auf die Lehre vom Schutzzweck der Norm, in der solche Gedanken bislang zusammengefasst worden sind, kommt es deshalb eigentlich nicht mehr an. Diese methodische Rumpelkammer des Schadensrechts kann u. sollte in erheblichem Umfang entrümpelt, wenn nicht gar vollständig ad acta gelegt werden.

9 So etwa *Brommer*, AG 2013,⁴ S. 121 (122); *Fleischer*, in: BeckOGK-AktG, § 93 Rn. 2; *Hölters*, in: *Hölters*,³ § 93 Rn. 8; *Kaulich*, S. 281; *J. Koch*, in: *Hüffer/Koch*,¹⁴ § 93 Rn. 1; *Scholz*, S. 278; *Thomas*, Haftungsfreistellung, S. 145 ff. u. *Twele*, S. 110.

jeden Ersatzpflichtanordnung sind, können sie nicht zugleich der spezifische Zweck der Organwalterhaftung sein.

Anm. 14.2: Jedenfalls das Verhältnis von Kompensation und Prävention lässt sich bereits mit der Unterscheidung von Verhaltens- und Sanktionsnorm präziser fassen: § 93 Abs. 1 AktG schreibt dem Vorstandsmitglied als Verhaltensnorm vor, seine Geschäftsführungstätigkeit auf das Wohl der Gesellschaft auszurichten und diese vor (bestimmten) Schäden zu bewahren. Als zivilrechtliche Sanktionsnorm¹⁰ knüpft § 93 Abs. 2 AktG an die Verletzung u. a. dieser Verhaltensnorm die Verpflichtung zum Schadenersatz. Dem Vorstandsmitglied wird dadurch ein klugheitsbezogener Grund zur Einhaltung der Verhaltensnorm (an-)gegeben. Das übergeordnete Ziel des präventiven Güterschutzes wird durch (proaktiv-prospektive) Androhung und (reaktiv-retrospektive) Vollstreckung von Schadenersatz verfolgt. Die aktienrechtliche Organwalterhaftung¹¹ bezweckt mithin – in Anlehnung an die oben¹² zum Sanktionsrecht entwickelte Formel – nicht Kompensation *und* Prävention, sondern Prävention *durch* Kompensation.¹³

Darüber hinaus beweist schon die Existenz des – auch vor der Kodifizierung der Business-Judgment-Rule so anerkannten¹⁴ – Geschäftsleiterermessens, dass es bei der Organwalterhaftung keineswegs darum geht, alle denkbaren Schäden der juristischen Person zu vermeiden. Der Organwalter soll als Vertreter der juristischen Person solche Risiken eingehen, die ein Einzelkaufmann wegen des Risikos der persönlichen Haftung nicht eingehen würde, die aber volkswirtschaftlich sinnvoll und notwendig sind.

§ 93 Abs. 2 AktG markiert in diesem Sinne die Grenze, an der ein Schaden nicht mehr dem Geschäftsrisiko der juristischen Person, sondern dem Haftungsrisiko des handelnden Organwalters zuzuweisen ist.¹⁵ Je weiter man diese Grenze in Richtung der persönlichen Haftung des Organwalters verschiebt, umso weniger eignet sich das Konstrukt der Aktiengesellschaft, ein Vehikel zur Eingehung volkswirtschaftlich sinnvoller, aber vom Einzelnen nicht tragbarer Risiken zu sein. Umgekehrt darf es wegen des moral-hazard und des Prinzipal-Agent-Konflikts¹⁶ nicht dazu kommen, dass der

10 Anders als im Strafrecht schreibt § 93 Abs. 2 AktG dem Vorstandsmitglied seinerseits eine Verhaltensweise vor – den Ersatz des entstandenen Schadens. Damit wäre diese sekundäre Sanktionsnorm ihrerseits eine primäre Verhaltensnorm.

11 Pars pro toto für letztlich alle Ersatzpflichtanordnungen.

12 Siehe oben § 7 C. III. (S. 227).

13 Freilich entbindet dieser Gedanke nicht von der Aufgabe, das spezifische Präventions- u. Kompensationsprogramm der aktienrechtlichen Innenhaftung präziser zu bestimmen.

14 Siehe nur BGH, Urt. v. 21. 4. 1997 – II ZR 175/96 („ARAG/Garmenbeck“) – BGHZ 135, 244 ff. (253 f.).

15 So zu Recht Scholz, S. 69 (Fn. 152).

handelnde Organwalter keinerlei Haftung fürchten muss. Irgendwo in diesem Spannungsfeld wird man die Grenze des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG ziehen müssen.

Je präziser diese Grenze herausgestellt ist, umso präziser lassen sich eingetretene Nachteile der juristischen Person dieser oder jener Seite zuschlagen. Das Merkmal des Schadens i. S. d. § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG mag dann teleologisch so ausgeformt werden, dass all jene Nachteile ausgeklammert werden, die (nur)¹⁷ im Rahmen dieser Ersatzpflichtanordnung niemals Gegenstand eines Regressanspruches sein sollen – etwa der durch Kursverfall eintretende Vermögensnachteil, wenn die Aktiengesellschaft Inhaberin eigener Aktien ist. Das Merkmal der Schadenszurechnung mag solche Nachteile behandeln, die mal als erstattungsbedürftig und mal als nicht erstattungsbedürftig wahrgenommen werden – etwa weil sie sich in gewissen Konstellationen als Geschäftsrisiko der Gesellschaft verwirklicht haben.

Anm. 14.3: Schließlich dürfte es beinahe unausweichlich sein, eine aus dem Rechtsgedanken des § 254 BGB abgeleitete Haftungsaufteilung zwischen der Aktiengesellschaft und dem handelnden Organwalter zu entwickeln.¹⁸ Die umfangreichen und verdienstvollen Vorarbeiten¹⁹ sollten weiter vorangetrieben und zuendegedacht werden. Allerdings, so scheint es, bedarf es einer genuin kapitalgesellschaftsrechtlichen Lösung, die sich von ihrer großen Schwester aus dem Arbeitsrecht emanzipiert. Es sollte nicht weiter im Steinbruch des innerbetrieblichen Schadensausgleichs ein jeder passender Kiesel aufgegriffen und an den entgegenstehenden Findlingen vorbeigesehen werden. Statt dessen sollten die Regeln zur beschränkten Arbeitnehmerhaftung als spezifisch arbeitsrechtliche Ausgestaltung eines höheren Prinzips

16 Der Prinzipal ist dabei die juristische Person als solche u. nicht etwa die Aktionäre, die als Mitglieder des Organs Hauptversammlung ihrerseits nur Mitglieder eines Agenten sind.

17 Solche Nachteile, die von keiner Ersatzpflichtanordnung erfasst sein sollen, sind schon nach dem Schadensgrundbegriff ausgeschlossen – etwa die hier untersuchten Geldsanktionen.

18 Zur Vermeidung von Missverständnissen: Für den Bußgeldregress bedarf es einer solchen Konstruktion nicht, weil Geldsanktionen nach der hier entwickelten Auffassung schon keinen Regressanspruch auszulösen vermögen. Es geht allein um die übrigen Regresskonstellationen, die sich auch nach Ausschöpfung aller Stellschrauben als korrekturbedürftig erweisen.

19 Siehe vor allem *J. Koch* u. a. in: GS Winter (2011), S. 327 (338 ff.), in: FAZ v. 19. 12. 2012,²⁹⁶ S. 19, in: AG 2012,¹² S. 429 (435 ff.) u. in: AG 2014,¹⁵ S. 513 (515 ff.), der den Gedanken *Bayers* in: FS K. Schmidt (2009), S. 85 (97) aufgegriffen u. weiterentwickelt hat. In diese Richtung monographisch auch *Brommer*, Vorstands haftung, passim u. zuvor in: AG 2013,⁴ S. 121 (128 f.) sowie *Wilhelmi*, NZG 2017,¹⁸ S. 681 ff. Im Ergebnis ähnlich, methodisch aber auf anderem Wege *Scholz*, passim.

erkannt werden: In (auch-)altruistischen und auf Kooperation angelegten Dauerschuldverhältnissen ist das „Alles oder Nichts“-Prinzip der Differenzhypothese durch eine gerechte Haftungsaufteilung zu ersetzen.²⁰

Die arbeitsrechtliche Ausprägung dieses Prinzips beruht auf dem Zusammentreffen der Weisungsabhängigkeit und der Überforderungssituation des Arbeitnehmers, der Betriebsmittel einsetzt, die zu seinen persönlichen Verhältnissen in keinem Verhältnis stehen. Beim Vorstandsmitglied kommen nicht diese, aber andere Aspekte in Betracht: Insoweit ließe sich – auch jenseits der vielbemühten Allzweckwaffe (kapital-)gesellschaftsrechtlicher Treuepflichten – an die schadenspotenzierende Wirkung des Unternehmens und die Grundidee der Aktiengesellschaft denken, die eine Kapitalsammelstelle zur Eingehung volkswirtschaftlich sinnvoller, den Einzelnen aber überfordernder Risiken sein soll.

In jedem Falle aber muss die Lösung für die möglicherweise zu scharfe Vorstandshaftung auf der Ebene des materiellen Rechts gesucht und gefunden werden. Alle Versuche, durch eine Korrektur der ARAG/Garmenbeck-Grundsätze nur die Verfolgungsintensität durch den Aufsichtsrat zu modifizieren, erscheinen insoweit als ein völlig unzureichendes Substitut. Die Durchsetzung von Regressansprüchen hat dienenden Charakter und sollte nicht zugleich über Berechtigung und Reichweite der durchzusetzenden Ansprüche entscheiden müssen.

III. Verbandssanktionenrecht

Schließlich musste sich die Arbeit im Hinblick auf das Sanktionsrecht gegen Verbände mit dem geltenden Recht und seinen Vorläufern begnügen. Ob dieses gegenwärtige Recht reformbedürftig ist und wie ein künftiges Verbandssanktionenrecht ausgestaltet werden kann oder soll, sind äußerst aktuelle und spannende Fragen, die aber außerhalb des Themas lagen. Gleichwohl dürfte die Arbeit auch insoweit kleinere Impulse für die anstehenden Fragen hervorgebracht haben.

Der bislang kaum greifbare Begriff der Repression ist – für die Zwecke dieser Arbeit – präzisiert worden. Er ist hier als Kurzfassung für eine reaktiv-retrospektive und trans-restitutive Maßnahme verwandt worden. Dadurch wurde es möglich, von der (ursprünglichen) Verbandsgeldbuße als einer zwar reaktiv-retrospektiven, nicht aber einer trans-restitutiven Maßnahme zu

20 Gemeint ist damit, dass im Falle eines eingetretenen *Schadens* (auf Seiten der Ersatzpflichtanordnung) die *Ersatzleistung* (auf Rechtsfolgenseite) gerecht zwischen Verband u. Organwalter aufgeteilt wird.

sprechen. Mit den (vermeintlich gegensätzlichen) Worthülsen von Prävention und Repression, die bei der Verbandsgeldbuße auch noch gleichzeitig vorliegen sollten, ließen sich diese Bedeutungsdimensionen schon sprachlich nicht abbilden. Allerdings dürfte weder die Leistungsfähigkeit dieser begrifflichen Aufspaltung vollends ausgereizt, noch dürfte das Maximum an terminologischer Präzision erreicht sein. Vielleicht mag es auf Grundlage – oder durch Weiterentwicklung – dieser Terminologie gelingen, die relevanten Konzepte präziser zu fassen und die Anforderungen an eine künftige Verbandssanktion genauer zu durchdenken. Zu einer effizienten und systemkonformen Verbandssanktion wird dabei jedoch auch künftig nur kommen, wer die – rein restitutiv oder auch trans-restitutiv denkbaren – Verbandssanktionen darauf zurückführt, wie sie – als quasi tertiäre Maßnahme – die Durchschlagskraft der sekundären Sanktionsnorm (wieder-)herstellen und auf diesem Weg zur Einhaltung der primären Verhaltensnormen beitragen.

Dabei mag auch die hier ausgebreitete und bislang oft ausgeblendete Entstehungsgeschichte der Verbandssanktion helfen. Viele der Fragen, mit denen wir heute ringen, haben schon den historischen Gesetzgeber und seine Impulsgeber beschäftigt. Wenn auch bei weitem nicht alle Fragen vollends überzeugend beantwortet worden sind, wurden dabei zahlreiche Gedanken geäußert und Wege erwogen, die auch in der heutigen Diskussion um ein künftiges Verbandssanktionenrecht fruchtbar gemacht werden können und sollten.

C. Finis!

Nach alledem steht am Ende dieser Arbeit die Hoffnung, die am Ende einer jeden wissenschaftlichen Arbeit stehen dürfte. Es ist viel erreicht, wenn sich der Leser – gemeinsam mit dem Autor und im Sinne des Eingangszitates – an dieser Stelle denkt:

„Ich bin immer noch verwirrt – allerdings auf höherem Niveau.“
