

34. Jahrgang
Heft 10
8. März 2013

Herausgeber:

RA Dr. Bruno M. Kübler
(Geschäftsführender Herausgeber)
Prof. Dr. Reinhard Bork
Prof. Dr. Wolfgang Lücke
Prof. Dr. Hanns Prütting
Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Karsten Schmidt
Prof. Dr. Wolfram Timm

Herausgeberbeirat:

Prof. Dr. Holger Altmeppen
Vors. Richter am BGH Prof. Dr. A. Bergmann
Prof. Dr. Georg Bitter
Prof. Dr. Moritz Brinkmann
Prof. Dr. Dr. h. c. mult. C.-W. Canaris
Prof. Dr. Ulrich Ehrliche
Prof. Dr. Holger Fleischer
Prof. Dr. Walter Gerhardt
Vors. Richter am BGH a. D. Prof. Dr. W. Goette
MinDir. Marie Luise Graf-Schlicker
Prof. Dr. Mathias Habersack
Prof. Dr. Dr. h. c. Wolfram Henckel

Prof. Dr. Florian Jacoby
RA/StB Dr. Günter Kahlert
Vors. Richter am BGH Prof. Dr. G. Kayser
RA Dr. Bernd Klasmeyer
Prof. Dr. Lars Klöhn
Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Marcus Lutter
Prof. Dr. Christoph G. Paulus
Vors. Richter am BGH a. D. Dr. h. c. V. Röhrich
Prof. Dr. Carsten Schäfer
Prof. Dr. Christoph Thole
Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Peter Ulmer
RA Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen

Inhaltsverzeichnis

ZIP-aktuell

EuGH: Ausgleichsanspruch wegen verspätetem Zubringerflug	A 19	Nr. 69
BGH zur Rückabwicklung eines Grundstückskaufs in der Insolvenz des Käufers	A 19	Nr. 70
BGH zur Begründung von Masseverbindlichkeiten bei vorläufiger Eigenverwaltung	A 19	Nr. 71
BGH: Legitimationswirkung eines Firmenstempels	A 19	Nr. 72
BAG: Altersgrenzen in Betriebsvereinbarungen	A 20	Nr. 73
BAG zum AGG-Entschädigungsanspruch wegen Benachteiligung im Bewerbungsverfahren	A 20	Nr. 74
BTag: Kostenhilfe für Drittbetroffene vor EGMR	A 20	Nr. 75
Neue Regeln für den Derivate-Markt in Kraft	A 20	Nr. 76

Aufsätze

<i>Martin Diller, Stuttgart</i> <i>Charlotte Beck, Berlin</i>	Darf der Arbeitgeber bei der Teuerungsanpassung von Betriebsrenten (§ 16 BetrAVG) die gestiegene Lebenserwartung gegenrechnen?	437
<i>Heinrich Honsell, Salzburg</i>	Haftung für wahre Äußerungen?	444
<i>Gerrit Hölzle, Bremen</i>	Zur Disponibilität der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters	447

Rechtsprechung

Bank- und Kreditsicherungsrecht

OLG Frankfurt/M. 23. 1. 2013 – 17 U 54/12	Zur Wirksamkeit einer Entgeltklausel für die Nacherstellung von Kontoauszügen	452
---	--	-----

Internet

www.zip-online.de: Volltexte ab Heft 1/1980 mit komfortabler Suchfunktion und zitierfähigen Fundstellen – für ZIP-Abonnenten kostenfrei

3. Es bleibt abzuwarten, wie groß die Bereitschaft der anpassungspflichtigen Unternehmen sein wird, die eingefahrenen Bahnen der Teuerungsanpassung zu verlassen und das Risiko der hier beschriebenen Gegenrechnung einzugehen. Die Gefahr, in Massenverfahren von Rentnern verwickelt zu werden, die die Gegenrechnung der gestiegenen Lebenserwartung für unvereinbar mit § 16 BetrAVG halten, ist natürlich erheblich.

Gleichwohl werden sich die Gerichte so oder so in absehbarer Zeit mit der hier diskutierten Frage beschäftigen müssen.

Heinrich Honsell^{*)}

Haftung für wahre Äußerungen?

*Alle Unbefangenheit der Konversation wäre dahin,
das harmloseste Wort würde zum Strick.*

Rudolph von Jhering

Nach dem Deliktsrecht des BGB haftet man nur für bewusste Behauptung unwahrer Tatsachen (§ 824 BGB – Kreditgefährdung). Die grundsätzliche Nichthaftung für durch Äußerungen fahrlässig verursachte Vermögensschäden stellt keine planwidrige Lücke im Deliktsrecht dar, sondern ist ein wesentliches Element der Privatautonomie. Dieses Grundprinzip wird im Fall Kirch gegen Deutsche Bank verkannt. Nach Ansicht des BGH macht auch die Äußerung einer wahren Tatsache haftpflichtig, wenn zwischen den Parteien ein Vertrag besteht. Der BGH hat im Feststellungsverfahren eine Vertragsverletzung angenommen, aber die Frage der Kausalität offen gelassen, weil über diese im Rahmen der Leistungsklage entschieden werden könne. In diesem Verfahren hat das OLG München jetzt die Kausalität bejaht, was offenbar auf eine Schadensersatzpflicht von einer Milliarde Euro und mehr hinauslaufen soll. Das ist nicht nachvollziehbar, denn bereits im Feststellungsverfahren war bindend festgestellt worden, dass die Banken schon vor der Interview-Äußerung Breuers nicht mehr bereit gewesen waren, frisches Geld zur Verfügung zu stellen. War diese Tatsache jedoch wahr oder hat sie auf Grund tatrichterlicher Feststellung als wahr zu gelten, so konnte die Interview-Äußerung keine Wirkung mehr entfalten.

I. Einleitung

Die Haftung für fahrlässige Äußerungen hat in den letzten Jahrzehnten eine beträchtliche Ausweitung erfahren. Entgegen dem in § 675 Abs. 2 BGB verankerten Grundsatz, dass man für Rat, Empfehlung oder Auskunft (usw.) nicht haftet, sofern nicht ausnahmsweise ein Vertrag oder ein Delikt vorliegt, hat die Judikatur die Haftung durch Vertragskonstruktionen¹⁾ und Annahme stillschweigender Verträge, sogar mit Schutzwirkung für Dritte, aber auch durch Ausdehnung des § 826 BGB auf Fälle grober Fahrlässigkeit, beträchtlich erweitert.²⁾

Das Vermögen als solches wird im Deliktsrecht nach § 823 BGB grundsätzlich nicht geschützt, denn es ist kein absolutes Recht und – anders als eine Sache, die beschädigt oder entzo-

gen werden kann – einem unmittelbaren Eingriff, der Rechtswidrigkeit begründet, nicht zugänglich. Eine Vermögensbeeinträchtigung führt daher nicht wie beim Eigentum automatisch zu Rechtswidrigkeit und Schadensersatz. Nur bei vorsätzlich sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) und bei vorsätzlicher Kreditgefährdung (§ 824 BGB) oder bei vorsätzlichen Straftatbeständen wie Betrug oder Untreue besteht nach § 823 Abs. 2 BGB eine Haftung für primäre Vermögensschäden. Die grundsätzliche Nichthaftung für reine Vermögensschäden stellt keine Lücke im Deliktsrecht dar, sondern ist ein zentrales Element der Privatautonomie. Das Einstehenmüssen für Schädigung fremder Rechtsgüter ist die Kehrseite und das notwendige Komplement der Handlungsfreiheit. Umgekehrt bestimmt die Nichthaftung den Bereich der Handlungsfreiheit, der nicht ohne wichtigen Grund eingeschränkt werden sollte. Die Vermögensschädigung durch eine Erklärung oder Äußerung hat insofern etwas ähnlich Ominöses wie die Fälle psychologisch vermittelter Kausalität, als bloßes Reden im Allgemeinen nicht zu einem Vermögensschaden führt.

II. Das Urteil des BGH

Ein vorläufiger Höhepunkt der Haftungsausweitung in den letzten Jahrzehnten war ein Urteil des BGH³⁾ aus dem Jahre 2006, das eine zwar zutreffende, aber (nach Meinung des Gerichts) fahrlässig pflichtwidrige Äußerung in einem Interview für eine Haftung wegen Kreditgefährdung genügen lässt. Aller-

^{*)} Dr. iur., em. Professor an der Universität Zürich, Honorarprofessor an der Universität Salzburg

1) So wird etwa nach BGHZ 127, 378 = ZIP 1994, 1954 = JZ 1995, 306 (m. zust. Anm. Medicus) – Spitzboden, der Käufer eines Hauses in den Schutzbereich eines Gutachtervertrages selbst dann einbezogen, wenn der Gutachter vom Verkäufer arglistig getäuscht wurde. In Fällen ohne Arglist bejaht Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte auch BGH ZIP 1985, 398 = JZ 1985, 951 (m. abl. Anm. Honsell) – Bodenwertgutachten, dazu EWiR 1985, 151 (König).

2) Nach einer Floskel der Judikatur liegt eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung schon vor, wenn eine Erklärung „leichtfertig und ins Blaue hinein“ abgegeben wird, vgl. etwa BGH JZ 1986, 1111 (m. Anm. Ebke/Fechtrup); BGH NJW 1991, 3282, dazu EWiR 1991, 1191 (Grothe); BGH ZIP 1987, 376, dazu EWiR 1987, 591 (Gräfe); BGHZ 74, 281; BGH NJW 1973, 321; damit genügt statt Vorsatz grobe Fahrlässigkeit. S. ferner die Nachweise bei Ebke/Scheel, WM 1991, 389, 390; Honsell, JuS 1976, 621.

3) BGH v. 24.1.2006 – XI ZR 384/03, BGHZ 166, 84 = ZIP 2006, 317 (m. Bespr. Ehrlicke/Rotstegge, S. 925), dazu EWiR 2006, 289 (Rösler).

dings hat der BGH im Feststellungsverfahren nur über die Pflichtverletzung geurteilt, nicht über die Kausalität,⁴⁾ weil darüber im Betragsverfahren entschieden werden könne. Das ist problematisch, denn die haftungsbegründende Kausalität gehört, wie schon der Name sagt, zum Haftungsgrund und sollte nicht der Leistungsklage eines zweiten Verfahrens vorbehalten werden.⁵⁾ Pflichtwidrigkeit und Kausalität gehören, wie auch die Kausalität der Unterlassung zeigt, zusammen und sollten nicht getrennt beurteilt werden. Dabei geht es nicht um eine bloße *unité de doctrine*, sondern um die Besorgnis, dass bei einer Aufteilung der Entscheidung über einzelne Elemente eines Anspruchs leicht der Blick auf das Ganze verloren geht. Es sollte von *einem* Gericht bzw. im selben Instanzenzug über den ganzen Haftungsgrund entschieden werden. Der BGH hätte also, anstatt in einem abschließenden Feststellungsurteil die Kausalitätsfrage auszuklammern, den Fall zurückverweisen müssen.

Nachdem sodann das LG München⁶⁾ im Verfahren der Leistungsklage eine Haftung für die Interviewäußerung wegen rechtmäßigen Alternativverhaltens abgelehnt hatte, hat das OLG München (unten III) Kausalzusammenhang und Haftung jetzt bejaht.

Breuer, der damalige Vorstandssprecher der Deutschen Bank, hatte sich am 3. 2. 2002 in einem Interview mit dem Wirtschaftsnachrichtendienst Bloomberg TV⁷⁾ über die in finanzielle Schwierigkeiten geratene Kirch-Gruppe folgendermaßen geäußert:

Bloomberg TV: „Fragen wir mal anders: Kirch hat sehr, sehr viele Schulden, sehr hohe Schulden. Wie exponiert ist die Deutsche Bank?“

Breuer: „Relativ komfortabel, würde ich mal sagen, denn – das ist bekannt und da begehe ich keine Indiskretion, wenn ich das erzähle – der Kredit, den wir haben, ist 1. zahlenmäßig nicht einer der größten, sondern relativ im mittleren Bereich und 2. voll gesichert durch ein Pfandrecht auf Kirchs Aktien am Springer-Verlag.“

Uns kann also eigentlich nichts passieren, wir fühlen uns gut abgesichert. Es ist nie schön, wenn ein Schuldner in Schwierigkeiten kommt, und ich hoffe, das ist nicht der Fall. Aber wenn das so käme, wir bräuchten keine Sorgen zu haben.“

Bloomberg TV: „Die Frage ist ja, ob man mehr ihm hilft, weiter zu machen.“

Breuer: „Das halte ich für relativ fraglich. Was alles man darüber lesen und hören kann, ist ja, dass der Finanzsektor nicht bereit ist, auf unveränderter Basis noch weitere Fremd- oder gar Eigenmittel zur Verfügung zu stellen. Es können also nur Dritte sein, die sich gegebenenfalls für eine – wie Sie gesagt haben – Stützung interessieren.“

Im Wesentlichen ähnliche Feststellungen fanden sich z. B. in der Süddeutschen Zeitung, im Managermagazin und im Handelsblatt vom 1. 2. 2002. Die berichtete Tatsache war nach der (rechtsfehlerfreien) Feststellung des OLG München⁸⁾ als Vorinstanz, an die der BGH als Revisionsinstanz gem. § 561 Abs. 2 ZPO gebunden ist, wahr.⁹⁾ Breuer hat auch nicht gesagt, dass bestehende Kredite gekündigt würden, sondern nur, dass der Finanzsektor (nach dem, was man hören und lesen kann

usw.) auf unveränderter Basis kein frisches Geld zur Verfügung stelle, sondern allenfalls Dritte. Gleichwohl machte Kirch Schadensersatz in Milliardenhöhe gegen Breuer und die Deutsche Bank mit der Behauptung geltend, die Äußerung habe zum Zusammenbruch seiner Gruppe geführt.

Früher war allgemein anerkannt, dass bloße Äußerungen außerhalb von Verträgen grundsätzlich keine Haftung begründen, weil eine Haftung allein für Worte zu weit geht und nicht der Verkehrsauffassung entspricht. Davor hat schon im 19. Jahrhundert der berühmte Jurist *Rudolph v. Jhering* gewarnt.¹⁰⁾ Der vorliegende Fall ist ein abschreckendes Beispiel dafür, was herauskommt, wenn man diese Warnung nicht beachtet. Selbst wenn man unterstellt, Breuers Aussage wäre falsch gewesen, so wäre es kaum vorstellbar, dass ein Großkonzern bloß wegen einer solchen Äußerung zusammenbricht. Kirch hatte Schulden von ca. 6,5 Mrd. € angehäuft und konnte 767 Mio. € für eine ausgeübte Put-Option des Springer Verlages für eine Beteiligung an der ProSieben Sat.1 Media AG nicht mehr aufreiben. Er hatte sich beim Kauf von Sportübertragungsrechten (Fernsehübertragungen von Fußball und Formel 1) für sein Pay-TV und beim Versuch der feindlichen Übernahme des Springer Verlages übernommen. Unbefangen betrachtet war nicht die Äußerung Breuers die Ursache für den Konkurs der Kirch-Gruppe, sondern eine übermäßige Inanspruchnahme von Kredit durch Kirch.

Deliktisch haftet man nur für bewusste Kreditschädigung durch Behauptung falscher Tatsachen (§ 824 BGB). Anders, wenn ein Vertrag vorliegt; dann genügt schon einfache Fahrlässigkeit. Die Rechtsprechung verzichtet hier aber auch auf das Erfordernis, dass die Tatsachenbehauptung falsch sein muss. Sogar die Äußerung wahrer Tatsachen kann nach dem Urteil des BGH haftpflichtig machen. Da zwischen einer Tochter der Kirch-Gruppe und der Deutschen Bank ein Kreditvertrag bestand, nahm der BGH an, dass sich die Deutsche Bank durch die Äußerung ihres Vorstandssprechers über die Kirch-Gruppe im Bloomberg-Interview einer vertraglichen Pflichtverletzung schuldig gemacht habe. Indessen war die hohe Verschuldung der Kirch-Gruppe Ende Januar 2002 allgemein bekannt und Breuer hatte nur gesagt, was in allen Zeitungen stand. Die haben den wahren Grund der Kirch-Pleite

4) BGHZ 166, 84 = ZIP 2006, 317, Rz. 43.

5) Die Prüfung der Kausalität erst im Rahmen der Leistungsklage mag bei noch nicht entstandenen Schäden zutreffen, in Fällen wie dem vorliegenden, wo der Schaden abgeschlossen und nur noch nicht exakt bezifferbar ist, ist die Aufspaltung abzulehnen. Gegen die Ausklammerung der Kausalität bei der Feststellungsklage richtig *Wagner*, ZInsO 2003, 485 und *Bütter/Tonner*, BKR 2005, 344, die von einer „sich aufdrängenden Verneinung“ der Kausalitätsfrage sprechen.

6) LG München I v. 22. 2. 2011 – 33 O 9550/07, ZIP 2011, 511.

7) Zum Text des Interviews, soweit er hier interessiert, s. etwa BGHZ 166, 84, 88 = ZIP 2006, 317, Rz. 6.

8) OLG München v. 10. 12. 2003 – 21 U 2392/03, ZIP 2004, 19, 25 f. (m. Bespr. *Tiedemann*, S. 294), unter C. III 1b, 3b u. passim, dazu *EWiR* 2004, 1097 (*Tetzlaff*). Das OLG bejahte einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des Bankgeheimnisses. Ablehnend zu Recht *Canaris*, ZIP 2004, 1781; dagegen nicht überzeugend *Schumann*, ZIP 2004, 2353 – die Beiträge wurden auf Anfrage der Parteien verfasst.

9) Das Urteil des BGH hat diese Feststellung denn auch an mehreren Stellen übernommen, s. ZIP 2006, 317, Rz. 39, 70, 75, 103: „Die von ihm (sc. dem Bkl. zu 2)) behaupteten Tatsachen waren nach den – wie dargelegt – rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts wahr.“

10) Vgl. das eingangs zitierte Motto, Jherings Jahrbücher der Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, 1861, S. 12.

viel unverblümter genannt als Breuer: So konnte man z. B. in der Süddeutschen Zeitung¹¹⁾ vom 1. 2. 2002 lesen: „Die Banken weigern sich, die waghalsige Expansionspolitik beim Fernsehen, beim Fußball und zuletzt bei der Formel 1 weiter wie gehabt zu finanzieren. Es gibt einstweilen keine neuen Großkredite, die jetzt nötig wären.“ Im Managermagazin¹²⁾ v. 1. 2. 2002 hieß es unter der Überschrift „Jahrelange Schuldenwirtschaft brachte den ... Medienkonzern in eine fast ausweglose Lage“: „Mit Kirchs Unternehmungen in ihrer jetzigen Form geht es zu Ende: ..., alte Kredite laufen aus, neue lassen sich kaum ergattern.“

Der BGH sah in der öffentlichen Äußerung Breuers über die Lage der Kirch-Gruppe, ungeachtet ihrer sachlichen Richtigkeit, eine Verletzung vertraglicher Interessenwahrungs-, Schutz- und Loyalitätspflichten, die, falls für den Zusammenbruch kausal, eine Haftung zur Folge hätte. Nun mag es zutreffen, dass die Äußerung eines Bankvorstands mehr Gewicht hat als Zeitungsmeldungen. Auch mag es Fälle geben, in denen man bei Bestehen eines Vertrages wegen der Verschwiegenheitspflicht auch eine wahre Tatsache nicht mitteilen darf. Die Äußerung Breuers enthielt aber nur öffentlich bekannte Tatsachen. Er hat nichts gesagt, was ihm nur aufgrund des Vertrages bekannt war¹³⁾ und hätte geheim gehalten werden müssen oder auch nur können. Die vom BGH kreierte Loyalitätspflicht geht über die Geheimhaltungspflicht eines Auftragsverhältnisses weit hinaus und sollte nicht einfach nur festgestellt, sondern sorgfältig begründet werden. Wir wollen diese Debatte, die auch unter dem Stichwort „Verletzung des Bankgeheimnisses“ geführt wurde,¹⁴⁾ hier nicht neu aufrollen, sondern auf einen anderen Einwand hinweisen, den das Urteil nicht überzeugend ausgeräumt hat: Wenn der Finanzsektor – wie das Berufungsgericht, vom BGH bestätigt, rechtsfehlerfrei festgestellt hat – nicht mehr bereit war, weitere Fremd- oder gar Eigenmittel zur Verfügung zu stellen, so kann nur diese (wahre) Tatsache Ursache der Insolvenz gewesen sein und nicht die Äußerung Breuers. Denn die bloße Äußerung einer Ursache kann nicht an die Stelle der tatsächlich schon vorhandenen Ursache treten. Auch nach den Grundsätzen der überholenden Kausalität¹⁵⁾ bleibt eine Zweitursache irrelevant, wenn die erste den Erfolg bereits herbeigeführt hat. So wie eine bereits zerstörte Sache nicht mehr zerstört werden kann und eine Leiche nicht getötet.¹⁶⁾ Die Äußerung käme als Ursache der Insolvenz nur in Betracht, wenn ohne sie die Bereitschaft des Finanzsektors zur weiteren Kreditgewährung noch bestanden hätte. War dies nicht mehr der Fall, so blieb sie ohne Wirkung. Die Loyalitätspflicht, eine Kreditgefährdung zu vermeiden, stößt ins Leere, wenn die Aussage den Tatsachen entspricht und das Kind quasi schon in den Brunnen gefallen ist. Tatsache und Äußerung schließen sich als Ursachen gegenseitig aus. Beide zugleich können nicht kausal gewesen sein, sondern nur entweder die Tatsache oder die Äußerung.

Der BGH hat freilich versucht, den Vorwurf eines logischen Widerspruchs zu entkräften. In der Urteilsbegründung wird ausgeführt, die vom Berufungsgericht festgestellte Ursächlichkeit der wahren Tatsache würde eine Haftung für ihre (zutreffende) Wiedergabe in dem TV-Interview nicht ausschließen, etwa weil es sein könne, dass Banken nach dem Interview zur

Gewährung zusätzlicher Kredite auch auf *veränderter* Basis nicht mehr bereit gewesen seien.¹⁷⁾ Soll heißen: Die wahre Äußerung könne dazu geführt haben, dass die Banken, die zuvor auf unveränderter Basis nicht mehr bereit gewesen waren, jetzt auch auf *veränderter* Basis nicht mehr bereit gewesen wären. Das ist Spekulation, denn für die Zerstörung einer auf veränderter Basis allenfalls wiederzugewinnenden Kreditwürdigkeit durch eine Interviewäußerung, die diese Möglichkeit gerade offenließ, gab und gibt es keine Anhaltspunkte. Der Hinweis auf diese angeblich mögliche Kausalentwicklung war trotz des verschleiernenden „etwa“ allerdings der einzige Weg, um den Vorwurf eines logischen Widerspruchs wenigstens formal zu entkräften. In Wahrheit ist das Argument aber bloße Sophisterei. Aus der vorsichtigen Formulierung Breuers („auf unveränderter Basis“) wird quasi der Jhering'sche Strick gedreht.

III. Das Urteil des OLG München

Das Urteil des OLG München¹⁸⁾ v. 14. 12. 2012 ist noch nicht begründet und ausgefertigt, so dass man auf die Reportagen der bei der Urteilsverkündung anwesenden Medien angewiesen ist.¹⁹⁾ Danach hat das Gericht die Kausalität bejaht. Es sah es als erwiesen an, dass die Äußerung das Ende des Imperiums besiegelt hätte.²⁰⁾ Das wäre keine korrekte Anwendung des Kausalitätsprinzips, denn das Verhalten des Schädigers muss *conditio sine qua non* gewesen sein, also eine Bedingung, die nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch die Insolvenz entfällt. Entscheidend ist also, ob ohne die Äußerung die Insolvenz mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vermieden worden wäre. Das Urteil über die Kausalität enthält regelmäßig ein hypothetisches Element, denn mit der Bejahung der Kausalität eines Ereignisses wird gleichzeitig mitentschieden über eine Kausalkette, die nicht eingetreten ist.

Nach den Medienberichten hat das OLG München nicht nur die Kausalität bejaht, sondern auch eine sittenwidrige vorsätz-

11) Zit. nach BGH ZIP 2006, 317, Rz. 5.

12) Zit. nach BGH ZIP 2006, 317, Rz. 5.

13) Auf den „inneren Zusammenhang mit der Geschäftsverbindung“ stellt zutreffend *Canaris*, ZIP 2004, 1781 ab.

14) S. in krit. Auseinandersetzung mit dem OLG München einerseits *Canaris*, ZIP 2004, 1781, der eine Verletzung des Bankgeheimnisses vermeint, andererseits *Schumann*, ZIP 2004, 2353, der sie bejaht.

15) Verwandt ist der vom LG München I herangezogene Gedanke des rechtmäßigen Alternativverhaltens. Tritt durch rechtswidriges Verhalten ein Schaden ein, der auch bei rechtmäßigem Verhalten eintreten würde, so entfällt eine Haftung. Nach der hier vertretenen Auffassung war das Verhalten nicht ursächlich.

16) In Anspielung auf die Behauptung Kirchs, „der Rolf [Breuer] hat mich erschossen“, titelte die Gerichtsreporterin *Gisela Friedrichsen* in: *Der Spiegel* 51/2012, S. 32: „Eine Leiche erschossen?“

17) BGH ZIP 2006, 317, Rz. 30 letzter Satz.

18) 5 U 2472/09.

19) Die berichten auch über Ton und Stil der Verhandlung. So schreibt etwa die für ihre objektive und ausgewogene Berichterstattung bekannte Gerichtsreporterin *Gisela Friedrichsen* (*Der Spiegel* 51/2012, S. 32 f.): „Kotschy [sc. der Vorsitzende Richter] versuchte erst gar nicht, seinem Naturell wenigstens den Anschein von Neutralität zu geben. Aus seiner Abneigung gegen die Welt der gläsernen Banktürme ... machte er keinen Hehl.“ In *Welt online* hieß es über Kotschy: „Richter zeigte sich erbost“. <http://www.welt.de/wirtschaft/article112020490/Deutsche-Bank-muss-Kirch-Erben-Schadenersatz-zahlen.html>, zuletzt gesehen am 24. 12. 2012. In der FAZ hieß es über die Sitzung v. 19. 5. 2011: „Alle drei Richter unter Vorsitz von Guido Kotschy fielen durch ungewöhnlich scharfe Fragen ... auf“, <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/kirch-prozess-gericht-nimmt-deutsche-bank-in-die-zange-1754.html>, zuletzt gesehen am 24. 12. 2012.

20) S. z. B. *Die Welt online* (Fußn. 19).

liche Schädigung (§ 826 BGB) angenommen.²¹⁾ Das wirft Fragen auf, weil dieser Tatbestand im Feststellungsverfahren vom OLG München²²⁾ als Vorinstanz und vom BGH²³⁾ verneint worden ist.

Das Gericht hat die Revision nicht zugelassen, so dass nur noch eine Nichtzulassungsbeschwerde helfen kann.

Das Ergebnis ist, dass die Kirch-Erben jetzt Schadensersatz von der Deutschen Bank erhalten, obwohl Kirch es selbst und alleine war, der seine Gruppe durch übermäßige Inanspruchnahme von Kredit in den Ruin geführt hat.

Über die Höhe des Schadensersatzes muss noch entschieden werden. Kolportiert wird ein Betrag von bis zu 1 Mrd. € und mehr, nachdem das OLG München zuvor einen Vergleichsvorschlag von 800 Mio. € gemacht hatte. Ist ein solches Ergebnis in einem Rechtsstaat möglich? Kann eine wahre Äußerung solche extremen Schadensersatzpflichten auslösen? Die Frage stellen, heißt sie verneinen. Auch fragt man sich, weshalb in der übermäßigen Verschuldung kein erhebliches Mitverschulden gesehen wurde.²⁴⁾

Den Schadensersatz werden sich die Kirch-Erben mit den Gläubigern teilen, unter denen nicht wenige Banken sind, die von der Deutschen Bank nur unterscheidet, dass sie vermieden haben, über die Kirch-Gruppe etwas allgemein Bekanntes öffentlich zu sagen.

IV. Zusammenfassung

Nach dem Deliktsrecht des BGB haftet man nur für bewusste Behauptung unwahrer Tatsachen (§ 824 BGB – Kreditgefährdung). Dieses sog. Vorsatzprivileg und die grundsätzliche

Nichthaftung für fahrlässig verursachte (reine) Vermögensschäden stellen keine Lücke im Deliktsrecht dar, sondern sind ein, freilich zunehmend erodierender Grundpfeiler der Privatautonomie, deren wesentlicher Kern die Freiheitsrechte des Einzelnen sind, die nicht durch eine zu weitgehende Haftung eingeschränkt werden dürfen. Nach Ansicht des BGH macht jedoch auch eine nicht vertragspezifische Äußerung über wahre und allgemein bekannte Tatsachen haftpflichtig, wenn zwischen den Parteien ein Vertrag besteht.

Der BGH hat über die Frage der Kausalität im Feststellungsverfahren nicht entschieden, weil diese nach der Rechtsprechung dem Betragsverfahren vorbehalten bleiben könne. Das OLG München hat die Kausalität jetzt zu Unrecht bejaht. Wenn der Finanzsektor – wie das Berufungsgericht, vom BGH bestätigt, rechtsfehlerfrei festgestellt hat – nicht mehr bereit war, weitere Fremd- oder gar Eigenmittel zur Verfügung zu stellen, so kann indes nur diese Tatsache für den Zusammenbruch der Kirch-Gruppe kausal gewesen sein und nicht die Interviewäußerung, die diese bereits feststehende und allgemein bekannte Tatsache nur wiederholt hat. Die Ursachen schließen sich gegenseitig aus. Beide zugleich können nicht kausal gewesen sein.

21) Vgl. auch Der Spiegel 51/2012, S. 32.

22) OLG München ZIP 2004, 19, 27 unter C. III 4.

23) BGH ZIP 2006, 317, Rz. 112, 120, ferner Rz. 22 (in ZIP 2006, 317 nicht abgedruckt).

24) Im Urteil des BGH, ZIP 2006, 317, Rz. 42 a. E., findet sich dazu nur der dürre Satz, es fehle ein substantiiertes Vorbringen, aus dem sich ein Mitverschulden ergeben könnte.

Gerrit Hölzle^{*)}

Zur Disponibilität der Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters

Replik zu *Bork*, ZIP 2013, 145, und *Vallender/Zipperer*, ZIP 2013, 149, im Anschluss an *Schmidt/Hölzle*, ZIP 2012, 2238

Gemeinsam mit Andreas Schmidt habe ich in dieser Zeitschrift (ZIP 2012, 2238) Thesen zum Umgang mit der fachlichen – nicht der persönlichen – Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters in Zeiten des ESUG vorgestellt. Diese Thesen sind – erwartungsgemäß – auf erhebliche Kritik gestoßen, wobei ich glaube, dass bei gewissenhafter Anwendung der allseits für richtig gehaltenen Standards die Positionen nicht so sehr weit auseinander liegen. Auf die Kritik zu den von Schmidt und mir vertretenen Thesen soll daher hier in der gebotenen Kürze repliziert werden; nicht zuletzt, um noch einmal eine Lanze für allgemeinverbindliche Leitprinzipien zu brechen, deren es angesichts der grundverschiedenen Praxis der Insolvenzgerichte in Deutschland dringend bedarf.

I. Einführung

Andreas Schmidt und ich haben vertreten, dass das Vertrauen in die Institution „Insolvenzverfahren“ ein Vertrauen selbst-

verständlich in die Person des Insolvenzverwalters und damit auch ein Vertrauen in die Planbarkeit des Verfahrens voraussetzt.¹⁾ Dieses Vertrauen darf natürlich nicht auf persönlicher Verbundenheit basieren, die stets die Gefahr der Gewährung von Sondervorteilen mit sich bringt, sondern darf nur sachlich-fachlicher Natur sein.²⁾

Geboren sind die Überlegungen um die Verzichtbarkeit auf das Verbot einer sachlich-fachlichen Vorbefassung im Rahmen der Diskussionen auf der ZIP-Jahrestagung 2012 in Köln.

^{*)} Dr. iur. habil., Rechtsanwalt/Insolvenzverwalter, Privatdozent an der Universität Bremen, Fachanwalt für Insolvenzrecht, für Handels- und Gesellschaftsrecht und für Steuerrecht, Partner der Sozietät GÖRG an den Standorten Hamburg, Bremen, Kevelaer

1) *Schmidt/Hölzle*, ZIP 2012, 2238, 2239.

2) Auch *Bork*, ZIP 2013, 145, unterstellt nicht, dass *Schmidt* und ich für die Möglichkeit eingetreten wären, einen persönlich befängenen Insolvenzverwalterassistenten zu benennen.