

**La responsabilità nella gestione delle società e il
risarcimento del danno prodotto dagli amministratori nel diritto
tedesco^{(*)(**)}**

PROF. PETER KINDLER
Università di Augsburg

Indice

- I. Introduzione**
p. 3

- II. Rischi di responsabilità per gli amministratori**
p. 4
 - 1. In generale**
p. 4
 - 2. Responsabilità verso la GmbH in base alla fattispecie generale
ex § 43 commi 1 e 2 GmbHG**
p. 5
 - a) Obblighi dell'amministratore
p. 5
 - b) Livello di diligenza e colpa
p. 7
 - c) Responsabilità solidale
p. 7
 - d) Eccezioni e prescrizione
p. 8
 - e) Esercizio delle pretese
p. 8
 - f) Situazione rispetto alla responsabilità derivante dal rapporto di
assunzione
p. 8
 - 3. Responsabilità nei confronti della GmbH per fattispecie speciali di
diritto societario e da atto illecito**
p. 9
 - a) Violazione di divieti di pagamento
p. 9

- b) Acquisto di quote sociali proprie
p. 9
- c) Riduzione della massa
p. 9
- d) Informazioni false in occasione della costituzione o dell'aumento di capitale
p. 10
- e) Responsabilità verso la società per atto illecito
p. 10
- 4. Responsabilità verso i soci**
p. 11
- 5. Responsabilità verso creditori privati della società**
p. 12
- a) *Apparentia iuris della responsabilità personale*
p. 12
- b) Responsabilità personale per atto colposo in occasione di trattative contrattuali
p. 12
- c) Violazione di diritti e beni giuridici tutelati dalle norme in materia di atti illeciti
p. 14
- d) Violazione di norme di protezione; ritardi nella presentazione dell'istanza di insolvenza
p. 15
- e) Danno doloso contrario al buon costume
p. 16

III. Aspetti risarcitori

- p. 17
- 1. Riassunto**
p. 17
- 2. Danno della società**
p. 17
- 3. Compensazione del guadagno con il danno**
p. 18
- a) Quesito
p. 18
- b) *Principi generali della compensatio lucri cum damno*
p. 19
- c) Limitazione a benefici percepiti con un adeguato nesso causale
p. 20

- d) Nessun divieto di compensazione in base allo scopo della norma di responsabilità
p. 20

IV. Conclusione

p. 22

I. Introduzione

Non solo da quando è scoppiata la crisi finanziaria nel 2008 la responsabilità degli amministratori di persone giuridiche assume a livello pratico un ruolo sempre più importante nel diritto societario tedesco. Già nel 2000 si parlò della „fine della tregua” mentre negli anni 80 si sostenne ancora che le pretese risarcitorie contro i manager assumevano “a livello giuridico *de facto* un ruolo del tutto marginale”.¹ L'accresciuta probabilità che i manager vengano chiamati a rispondere è dovuta all'interazione dinamica fra errori manageriali con forte risonanza a livello collettivo, una percezione più critica da parte della collettività, una maggiore disponibilità a perseguire la responsabilità² e requisiti più severi imposti dalla giurisprudenza, a partire dalla sentenza ARAG pronunciata dalla BGH nel 1997³. Il seguente contributo delinea i più importanti rischi di responsabilità cui gli amministratori sono esposti, prendendo come esempio l'amministratore di una GmbH di diritto tedesco e ponendo quindi al centro una delle forme societarie più ricorrenti fra le imprese tedesche (v. punto II). Successivamente saranno discussi alcuni aspetti delle norme civilistiche in materia di danno che spesso assumono rilevanza per la responsabilità dei soggetti preposti alla direzione dell'impresa (v. punto III).

(*) Relazione tenuta in occasione del XXIII Convegno della Deutsch-italienischen Juristenvereinigung/Associazione per gli scambi culturali tra giuristi italiani e tedeschi in data 15.10.2010 a Napoli. L'autore è titolare della cattedra per Diritto Civile, Diritto dell'Economia e Societario, Diritto Internazionale Privato e Diritto Comparato presso l'Università di Augsburg.

(**) Traduzione di Sabine Buchberger.

¹ Werres, *manager magazin* 8/2000, 92; Harnos/Rudzio, *JuS* 2010, 104, 105.

² Kiehte, *BB* 2003, 537.

³ BGHZ 135, 244, 253f. = *NJW* 1997, 1926; cfr., sul tema, Kindler, *ZHR* 162 (1998), 101ss.

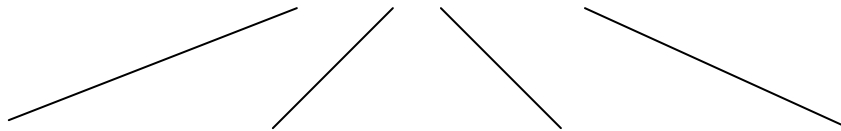
II. Rischi di responsabilità per gli amministratori⁴

1. In generale

Gli amministratori di una GmbH possono essere chiamati a rispondere soprattutto dalla società stessa, dai soci e da creditori privati della società.⁵ Possono inoltre sorgere delle responsabilità – che non saranno affrontate nel presente contributo – nei confronti di creditori tributari ed enti dell'assicurazione sociale in virtù di obblighi di diritto pubblico o in seguito a violazioni delle norme in materia di concorrenza e di diritti di tutela commesse dall'amministratore. Solo la prima categoria di fattispecie di responsabilità rientra nel nucleo centrale del diritto societario la cui sistematizzazione è illustrata nel seguente

schema:

responsabilità degli amministratori nella GmbH



responsabilità verso la GmbH in base alla clausola gen. di cui al § 43 comma 1 (violazione dei doveri dell'amministratore, errori di gestione)	responsabilità verso la GmbH in base a fattispecie speciali (§§ 9a, 43 comma 3, 64 GmbHG) e per atto illecito (§§ 823, 826 BGB)	responsabilità verso i soci in base al § 31 comma 6 GmbHG e (pen.) per atto illecito in caso di violazione dei diritti sociali in qualità di altro diritto ai sensi del § 823 comma 1 BGB	responsabilità verso creditori privati in qualità di soggetti che agiscono ai sensi del § 11 comma 2 GmbHG, per apparenza giuridica, c.i.c. (§§ 311 comma 2, 280 comma 1 BGB) e atto illecito (§§ 823, 826 BGB, ad es. per ritardi nella presentazione dell'istanza di insolvenza)
--	---	---	--

Questa suddivisione è alla base dell'illustrazione che segue.

⁴ L'illustrazione dei rischi di responsabilità si basa sull'opera di *Kindler*, *Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht*, 4a ed., 2009, p. 381ss., che è stata integrata di alcuni dati comparatistici riguardanti il diritto italiano.

⁵ Sulla responsabilità dell'amministratore secondo la MoMiG cfr. *K. Schmidt*, *GmbHR* 2008, 449ss.; *Kleindiek*, *FS K. Schmidt*, 2009, p. 893ss.

2. Responsabilità verso la GmbH in base alla fattispecie generale ex § 43 commi 1 e 2 GmbHG

a) *Obblighi dell'amministratore.* Secondo Raiser⁶ gli **obblighi** degli amministratori di una GmbH possono essere suddivisi in **cinque categorie**:

(1) Anzitutto gli amministratori devono osservare gli **obblighi e divieti** previsti espressamente **dalla legge**. Ne fanno ad esempio parte l'obbligo di fornire dati esatti al momento della costituzione della società e in occasione di aumenti di capitale (§§ 9a, 57 comma 4 GmbHG), l'obbligo di preservare il capitale ex §§ 30 ss. GmbHG, il divieto di acquistare quote sociali proprie ex § 33 GmbHG, l'obbligo di seguire le istruzioni fornite dai soci secondo il § 37 comma 1 GmbHG, l'obbligo di far iscrivere determinati fatti nel registro delle imprese (ad es. secondo i §§ 7, 39, 40 GmbHG, §§ 29, 53 HGB), l'obbligo di tenere la contabilità ex §§ 41ss. GmbHG, il divieto di concedere prestiti a rappresentanti della società, l'obbligo di presentare l'istanza di insolvenza secondo il § 15a InsO e il divieto di diminuire la massa secondo il § 64 GmbHG.

Secondo il § 43, comma 1 GmbHG l'amministratore deve agire con la **diligenza del buon commerciante** nelle questioni riguardanti la società. In caso di violazione colposa dei propri doveri, secondo il § 43 comma 2 GmbHG l'amministratore risponde per i danni derivanti nei confronti della società. La responsabilità prevista dalla clausola generale di cui al § 43 commi 1 e 2 GmbHG (cfr., nel diritto italiano, l'art. 2476 c.c. nonché l'art. 31, comma 4 della proposta di un regolamento sulla "società privata europea" – SPE⁷) serve solo indirettamente alla tutela dei creditori e può quindi essere limitata dallo statuto riguardo alle ipotesi di colpa non grave.⁸ L'amministratore ha inoltre l'obbligo generale di rispettare la delimitazione delle competenze fra gli organi della GmbH (assemblea dei soci, organo direttivo, eventuale collegio sindacale), ad esempio di provvedere affinché l'attività della società rispetti i limiti dell'oggetto dell'impresa stabilito nello statuto (§ 3 comma 1 n. 2 GmbHG). L'amministratore deve attenersi altresì alle limitazioni ai poteri previsti dallo statuto, da un regolamento interno deliberato dai soci o dal contratto di assunzione, ad esempio con riferimento a riserve di approvazione stabilite in favore dei soci.⁹

(2) La **società**, in qualità di persona giuridica, è soggetta a una serie di **obblighi imputabili a diversi settori giuridici**, ad esempio all'obbligo di versare le tasse e i contributi all'assicurazione sociale e di rispettare le norme di diritto penale, del lavoro, industriale e ambientale nonché le disposizioni in materia di antitrust, ecc. Gli amministratori rispondono nei confronti della società per il rispetto di questi obblighi ("principio di legalità"); non esistono "*nützliche Pflichtverletzungen*" ("utili violazioni di doveri"). L'amministratore risponde ex § 43 commi 1 e 2 GmbHG per i danni subiti dalla società a causa del loro mancato adempimento.

⁶ Raiser/Veil, Kapitalgesellschaftsrecht, 5a ed., 2010, 32 Rn. 79ss.

⁷ Testo del 25.6.2008, COM (2008) 396.

⁸ BGH NJW 2002, 3777 (sulla riduzione dei termini di prescrizione del § 43 comma 4 GmbHG). Per un contributo dettagliato v. Roth/Altmeyen, § 43 Rn. 82.

⁹ Siffatte limitazioni non rilevano nel *rapporto esterno*.

Esempio: l'amministratore Cleverle raggiunge, in nome della GmbH, con un suo concorrente un'intesa sul prezzo vietata dal § 14 GWB (cfr. art. 2 comma 2 lett. a Legge 287/1990¹⁰). Per questa violazione della normativa antitrust la GmbH viene sanzionata ex § 81 comma 1 GWB (cfr. art. 15 legge 287/1990). Se ha agito con colpa – e non ricorre neanche una fattispecie di esclusione (v. punto d) – egli dovrà pagare questo importo alla GmbH a titolo di risarcimento del danno.

(3) Ciascun amministratore deve garantire, in base a obblighi di rendiconto e informazione, la **collaborazione** con gli altri amministratori e con gli altri organi della società (assemblea dei soci, eventuale collegio sindacale). Quindi, non è consentito nascondere ai soci o agli altri amministratori informazioni importanti.

(4) Gli amministratori hanno l'**obbligo di dirigere l'impresa in modo diligente**. Secondo l'opinione tradizionale, vi rientrano anzitutto:¹¹

- il comportamento leale della società verso terzi,
- la programmazione della politica imprenditoriale e la consulenza in favore dei soci,
- l'attuazione dei principi della politica imprenditoriale stabiliti dai soci,
- l'attuazione di specifiche istruzioni dei soci (v. anche il punto 1),
- tutte le decisioni imprenditoriali che non siano già prefissate dai soci,
- l'orientamento dell'organizzazione interna dell'impresa secondo legge e statuto.

Altri elementi per siffatti obblighi degli amministratori di una GmbH risultano dal **Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK)** (Codice tedesco di Corporate Governance) a meno che le regole ivi previste non si riferiscano specificamente ai rapporti all'interno della SpA quotata in borsa.¹²

Esempio:¹³ La Metz-GmbH produce macchinari. La diminuzione delle commesse acquisite comporta un insufficiente sfruttamento delle capacità produttive. La GmbH accusa l'amministratore Schnarch di non aver reagito tempestivamente a questa situazione, contravvenendo ai propri obblighi, e anzitutto di non aver fatto ricorso alla cassa integrazione. In questo modo la società avrebbe subito un danno consistente in costi salariali pagati inutilmente.

(5) Dall'**obbligo di fedeltà o lealtà** scaturisce l'obbligo degli amministratori di privilegiare gli interessi dell'impresa rispetto a quelli privati e di non sfruttare la loro carica a proprio vantaggio. Ne fa parte anche il dovere di mantenere la segretezza su informazioni riservate e segreti della società (cfr. anche §§ 85 GmbHG, 17ss. UWG). L'obbligo di fedeltà comprende anzitutto un **divieto di concorrenza** che corrisponde a livello contenutistico ai §§ 112 HGB, 88 AktG (in Italia 2390 c.c.), in base al quale all'amministratore non è consentito compiere negozi in nome proprio o in nome di terzi nel settore in cui opera la società per la durata della sua carica e eventualmente anche dopo la cessazione della stessa.¹⁴ Contravviene all'obbligo di fedeltà anche l'amministratore di una GmbH che approfitti personalmente di opportunità commerciali

¹⁰ V., sul tema, *Kindler*, Ital. Handels- und Wirtschaftsrecht, 2002, p. 122.

¹¹ Cfr. *Scholz/U. H. Schneider*, § 43 Rn. 42.

¹² Cfr. il testo disponibile su: www.corporate-governance-code.de; www.ecgi.org; www.beck-online.de; v. anche le 20 regole d'oro della Schmalenbach-Gesellschaft in ZIP 2006, 1068 che corrisponde in Italia al „Codice di autodisciplina delle società quotate“, www.assonime.it.

¹³ Secondo BGHZ 152, 280 = NJW 2003, 358.

¹⁴ BGHZ 49, 30, 31 = NJW 1968, 396; *BGH* NJW-RR 1989, 1255, 1256.

spettanti alla società (*Geschäftschancenlehre*).

Esempio:¹⁵ un amministratore trasferisce un contratto di locazione, avente ad oggetto locali che la GmbH potrebbe sublocare con profitto, ad una terza società di cui è procuratore, senza concordare una controprestazione in favore della GmbH.

b) Livello di diligenza e colpa. L'amministratore che viola i propri doveri (v. punto 2 a) risponde in base al livello di diligenza previsto dal § 43, comma 1 GmbHG. Il buon commerciante menzionato da tale norma è equiparato al gestore di beni altrui, cioè a un soggetto che salvaguarda in maniera autonoma e fiduciaria gli interessi dei beni altrui in una posizione dirigenziale e responsabile.¹⁶ Se la società ha subito un danno causato dal comportamento di un amministratore nell'ambito dei suoi obblighi, la violazione del dovere e la colpa dell'amministratore vengono presunte – fino a prova contraria –.¹⁷ E' ovvio che l'amministratore ha un potere discrezionale imprenditoriale e, quindi, non tutte le decisioni sbagliate e tutti gli errori rappresentano automaticamente una violazione dell'obbligo di diligenza („Business Judgment Rule“; disciplinata dal § 93 comma 1 2° periodo AktG).¹⁸ La liberazione dell'amministratore di una GmbH dalla responsabilità in considerazione del suo potere discrezionale presuppone tuttavia che le basi per le decisioni imprenditoriali vengano individuate con diligenza; ciò significa che per la decisione concreta egli deve utilizzare tutte le fonti di informazione di fatto e di diritto disponibili, valutando diligentemente i vantaggi e gli svantaggi delle opzioni possibili e tenendo conto dei rischi prevedibili.¹⁹

Nell'ambito imprenditoriale l'obbligo di risarcire il danno nasce quindi soltanto se il comportamento dell'amministratore è del tutto inaccettabile, ad esempio quando ha esposto la società a rischi irresponsabili.

Esempio:²⁰ fornitura di veicoli all'estero senza garanzie relative al prezzo d'acquisto. In questo caso l'amministratore risponde nei confronti della GmbH per la perdita del credito.

c) Responsabilità solidale. Secondo il § 43 comma 2 GmbHG (e secondo l'art. 2476 comma 1 c.c.) **gli amministratori rispondono „solidarisch“**, cioè **in solido** ai sensi dei §§ 421ss. BGB. Ciò presuppone che ciascun amministratore integri per se la fattispecie di responsabilità di cui al § 43 comma 2 GmbHG (carica di amministratore, violazione di un dovere, mancata diligenza, causalità per il danno). La situazione non pone problemi se gli amministratori hanno congiuntamente posto in essere azioni o omissioni contrarie ai propri doveri. Tuttavia, nella prassi è spesso prevista una **ripartizione delle attribuzioni**, ad esempio nello statuto della GmbH o in un regolamento interno. Se in questo caso la violazione del dovere non è commessa dall'amministratore “non competente” secondo questo regolamento, quest'ultimo risponde soltanto se non osserva i propri obblighi di

¹⁵ Così *KG NZG* 2001, 129.

¹⁶ *Lutter/Hommelhoff*, § 43 Rn. 21.

¹⁷ *BGHZ* 152, 280 = *NJW* 2003, 358 con rinvio al § 93 comma 2 AktG, § 34 comma 2 GenG.

¹⁸ *BGHZ* 135, 244 = *NJW* 1997, 1926 – ARAG (zur AG); v., sul tema, *Kindler*, *ZHR* 162 (1998), 101ss.

¹⁹ *BGH NJW* 2008, 3361 Tz. 11.

²⁰ Così *OLG Jena NZG* 2001, 86.

sorveglianza nei confronti degli altri amministratori.²¹

d) *Esclusioni e prescrizioni.* La responsabilità non si configura quando l'amministratore agisce in base a **istruzioni** vincolanti impartite da un altro organo societario.²² Anche se i soci hanno **approvato il suo operato** (§ 46 n. 5 GmbHG) l'amministratore è esonerato da tutte le pretese che erano prevedibili per i soci ovvero di cui tutti i soci erano personalmente a conoscenza.²³ Lo stesso effetto è prodotto da una **Generalbereinigung** (definizione globale), ossia da una rinuncia o una transazione avente ad oggetto tutte le pretese individuabili e non individuabili tra l'amministratore e la società; la conclusione di un siffatto accordo è soggetta ad una deliberazione dei soci ex § 46 n. 5, 8 GmbHG.²⁴ Secondo il § 43 comma 4 GmbHG le pretese risarcitorie nei confronti dell'amministratore si prescrivono in cinque anni a partire dal momento in cui la pretesa è sorta (§ 200 1° periodo BGB).²⁵

e) *Esercizio delle pretese.* Secondo il § 46 n. 8 GmbHG per l'esercizio di una pretesa risarcitoria nei confronti di un amministratore è necessaria una **deliberazione dei soci**. In assenza di tale deliberazione l'azione di responsabilità proposta dalla società è ammissibile ma infondata.²⁶ Ciò consegue dal fine perseguito dall'attribuzione di cui al § 46 n. 8 GmbHG. La necessità della deliberazione non solo deve tutelare i soci e gli amministratori dall'esercizio di pretese illegittime ma anche la società stessa dalla possibilità che questioni interne vengano discusse nell'ambito di trattative con terzi e di controversie giudiziarie.²⁷ I soci stabiliscono inoltre chi rappresenta la GmbH nel processo avente ad oggetto la responsabilità.²⁸ In caso di rifiuto della deliberazione il socio deve proporre un'azione di impugnazione insieme ad un'azione di accertamento positivo (§ 256 ZPO).²⁹ Solo in via eccezionale il socio può agire direttamente nei confronti dell'amministratore, ossia quando l'azione nei confronti della società rappresenta un onere inaccettabile.³⁰

f) *Situazione rispetto alla responsabilità derivante dal rapporto di assunzione.* La responsabilità derivante dal contratto di assunzione non è un'ulteriore fonte di responsabilità rispetto alla responsabilità dell'amministratore ex § 43 GmbHG. La responsabilità che scaturisce dal contratto obbligatorio è invece assorbita dalla responsabilità dell'amministratore. Quanto precede è riconducibile al fatto che il § 43

²¹ BGHZ 133, 370, 377s. = NJW 1997, 130; BGH NJW 2001, 969, 971.

²² BGHZ 122, 333, 336 = NJW 1993, 1922.

²³ BGH NJW 1986, 2250; NJW-RR 2003, 895.

²⁴ BGH NJW 1998, 1315.

²⁵ *Schmitt-Rolfes/Bergwitz*, NZG 2006, 535s.; di altro avviso è *Hüffer*, AktG, 8a ed., 2008, § 93 AktG Rn. 37 (sulla norma parallela in materia di società per azioni): termine di prescrizione calcolato dalla fine dell'anno secondo il § 199 comma 1 BGB. Tuttavia, la previsione di questa norma è limitata espressamente al termine ordinario di prescrizione – che nel caso in esame non risulta applicabile – del § 195 BGB. L'intenzione è quella di raddoppiare il termine di prescrizione a dieci anni, v. *Jahn*, FAZ n. 155 del 8.7.2010, S. 11.

²⁶ BGHZ 28, 355, 359 = NJW 1959, 194.

²⁷ *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, § 46 Rn. 61.

²⁸ Se è nominato un collegio sindacale il potere di introdurre il processo è attribuito a quest'ultimo. Ciò consegue dal § 112 AktG in connessione con il § 52 GmbHG nonché dalle leggi in materia di partecipazione dei lavoratori.

²⁹ *Grunewald*, 2.F.56.

³⁰ *BGH WM* 1982, 928 = *ZIP* 1982, 1203.

GmbHG assume la natura di una legge speciale rispetto ai §§ 280 comma 1, 611ss. BGB.³¹ L'ambito di applicazione della responsabilità di cui al § 43 GmbHG è più ampio soltanto per il fatto che essa opera anche in mancanza di un contratto di assunzione. Dall'**effetto preclusivo prodotto dal § 43 GmbHG** consegue ad es. che anche le pretese nascenti dalla violazione del contratto con l'amministratore si prescrivono secondo il § 43 comma 4 GmbHG.³²

3. Responsabilità nei confronti della GmbH per fattispecie speciali di diritto societario e da atto illecito

a) *Violazione di divieti di pagamento.* Secondo il **§ 43, comma 3, 1° periodo, 1a ipotesi GmbHG**, gli amministratori rispondono per **pagamenti effettuati ai soci con fondi provenienti dal capitale sociale**³³ in contrasto con le disposizioni del § 30, comma 1 GmbHG³⁴ (cfr. art. 2626 c.c.). La responsabilità dell'amministratore si aggiunge a quella del destinatario disciplinata al § 31 comma 1 GmbHG. Un divieto di pagamento e allo stesso tempo una norma in tema di responsabilità è altresì la **responsabilità causale per l'insolvenza secondo il 64, 3° periodo GmbHG** introdotta nel 2008. Senza una norma di questo tipo, la responsabilità dell'amministratore per interventi distruttivi è configurabile, semmai, nell'ambito del concorso di colpa (§ 830 BGB). Questa lacuna deve essere colmata dal § 64 3° periodo GmbHG³⁵ secondo cui il divieto già vigente di effettuare pagamenti – contrari al principio di diligenza – che comportino una riduzione della massa si estende ora anche a pagamenti versati ai *soci* nella misura in cui essi erano destinati a portare all'insolvenza della società, ciò vale anche nei casi in cui non venga toccato il patrimonio societario necessario a conservare il capitale sociale.³⁶

b) *Acquisto di quote sociali proprie.* La norma del § 33 GmbHG contiene un ampio **divieto di acquistare quote sociali proprie** (in Itali art. 2474 c.c.). Le violazioni di questo divieto fanno sorgere la responsabilità dell'amministratore secondo il § 43 comma 3 1° periodo, 2a ipotesi GmbHG. I venditori delle quote della GmbH rispondono inoltre ex § 812 BGB per la restituzione del prezzo di acquisto.³⁷

c) *Riduzione della massa.* Secondo il § 64 periodi 1 e 2 GmbHG gli amministratori sono obbligati nei confronti della società al rimborso dei pagamenti che siano effettuati successivamente al verificarsi dell'insolvenza o successivamente all'accertamento del suo grave indebitamento. La norma serve a garantire il principio, stabilito dalla legge in materia di insolvenza, della parità di trattamento dei creditori di cui al § 1, 1° periodo InsO che obbliga gli amministratori a preservare i beni della società che esistono al momento in cui matura lo stato di insolvenza e a evitare qualsiasi disparità nella

³¹ BGH NJW-RR 1989, 1255, 1256; ZIP 2010, 1288; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 43 Rn. 4.

³² BGH NJW-RR 1989, 1255.

³³ Sulla nozione v. Grundkurs (nota 4) § 14 Rn. 18.

³⁴ Sul vincolo del capitale Grundkurs (nota 4) § 15 Rn. 30s.

³⁵ Norma parallela in § 130a I HGB.

³⁶ BegrRegE del 23.7. 2007, BT-Dr 16/6140, p. 46s.; per dettagli v. Kindler, NJW 2008, 3249, 3255; nonché Casper a cura di Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, p. 185, 208ss.

³⁷ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 43 Rn. 50.

soddisfazione dei creditori della società; solo il curatore dell'insolvenza dovrà decidere a chi possono essere pagate quali somme.³⁸ I criteri dell'insolvenza e dell'indebitamento eccessivo vengono valutati in base ai §§ 17, 19 InsO.

Al fine di tutelare i creditori, la nozione di pagamento è interpretato in senso molto lato e comprende sia pagamenti in denaro, a prescindere dal fatto che essi siano stati effettuati in contanti o con fondi disponibili sul conto o se abbiano prodotto un aumento del saldo a debito.³⁹ Ricadono nell'ambito di applicazione del § 64, periodi 1 e 2 GmbHG altresì il versamento di assegni emessi dai clienti su un conto societario con saldo negativo (in questo caso si configura una soddisfazione anticipata della banca!),⁴⁰ nonché la fornitura di merci appartenenti alla massa per il loro valore di mercato.⁴¹ Rappresenta una riduzione della massa addirittura la soddisfazione anticipata dell'erario per quanto riguarda debiti tributari in quanto a partire dal momento in cui è maturato lo stato di insolvenza neanche il fisco può essere soddisfatto in via privilegiata.⁴²

Nell'insolvenza senza massa (§ 26 InsO) la pretesa risarcitoria della GmbH nei confronti del suo amministratore in base al § 64, periodi 1 e 2 GmbHG può essere pignorata dal singolo creditore della società^{43, 44}. Anche l'amministratore di fatto risponde in base al § 64, periodi 1 e 2 GmbHG.⁴⁵

d) Informazioni false in occasione della costituzione o dell'aumento di capitale. Se vengono fornite informazioni false in occasione della costituzione („*Gründungsschwindel*“), gli amministratori rispondono – insieme ai soci – nei confronti della società, tra l'altro, per pagamenti mancanti e per qualsiasi altro danno. La responsabilità scaturisce da tutte le informazioni false fornite all'ufficio del registro delle imprese nel corso dell'atto di costituzione, ad esempio assicurazioni false ex § 8, commi 2 e 3 GmbHG, nonché da informazioni false contenute nei documenti che devono essere depositati secondo il § 8 comma 1 GmbHG, come ad esempio l'assicurazione non corretta secondo cui sarebbero state assunte tutte le quote sociali.

La legge prevede un'analogia responsabilità per informazioni false riguardo all'aumento di capitale (§ 57 comma 4 GmbHG – „*Kapitalerhöhungsschwindel*“). La responsabilità per informazioni false è rafforzata dalle sanzioni previste al § 82 comma 1 n. 1, 3, 5 GmbHG.

e) Responsabilità verso la società per atto illecito. Il § 43 GmbHG **non esclude la responsabilità dell'amministratore per atto illecito** nei confronti della GmbH (§§ 823ss. BGB). L'interesse pratico mira prevalentemente a un obbligo risarcitorio **in base**

³⁸ BGH NJW 2003, 2316s.; Goette, DStR 2003, 887, 893.

³⁹ Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh, § 64 Rn. 79.

⁴⁰ BGHZ 143, 184, 186s. = NJW 2000, 668; BGH NJW 2001, 304; NZG 2007, 462 Ls. 3; per osservazioni critiche v. K. Schmidt, ZIP 2008, 1401ss.

⁴¹ GroßKommAktG/Habersack, § 92 Rn. 93 riguardo alla norma parallela contenuta nelle disposizioni in materia di società per azioni.

⁴² BGHZ 146, 264 = NJW 2001, 1280.

⁴³ Musielak, Grundkurs ZPO, 8a ed., 2005, Rn. 622ss.

⁴⁴ BGH NJW 2001, 304.

⁴⁵ BGHZ 150, 61 = NJW 2002, 1803.

al § 823 comma 2 BGB in connessione con una fattispecie penale quale norma di protezione, ad esempio **infedeltà** (§ 266 StGB) o **frode** (§ 263 StGB).⁴⁶ In presenza di danni dolosi e contrari al buon costume può configurarsi una pretesa risarcitoria ex § 826 BGB. Si tratta anzitutto di casi in cui l'amministratore abusi della propria posizione per salvaguardare i propri interessi, senza rispettare i requisiti minimi imposti in materia di lealtà e di rispetto per la società.⁴⁷ La responsabilità per atto illecito si aggiunge alla responsabilità dell'amministratore secondo il § 43 commi 1 e 2 GmbHG.

Esempio:⁴⁸ La Immo-GmbH si occupa della realizzazione di unità abitative e le si presenta l'occasione di acquistare alcuni terreni che sono necessari per la sua attività. L'amministratore Gier agisce in contrasto con il buon costume se non sfrutta l'opportunità di acquistare i terreni a un prezzo conveniente lasciando che a comprarli sia un'altra impresa da lui partecipata, con l'intenzione di acquistare i terreni poi a un prezzo molto più elevato da questa impresa in nome della società da lui gestita.

4. Responsabilità verso i soci

In caso di mancato rispetto dell'obbligo di **mantenimento del capitale** (§ 30 comma 1 GmbHG) rispondono sia i beneficiari dei pagamenti e l'amministratore (v. 3 a) sia gli altri soci in base al § 31 comma 3 GmbHG per il fatto che gli importi versati vengano rimborsati alla società („*Ausfallhaftung*“). Secondo il § 31 comma 6 GmbHG l'amministratore risponde tuttavia pienamente nel rapporto interno nei confronti di questi soci. Il § 31 comma 6 GmbHG è l'unico caso previsto espressamente dalla legge in cui l'amministratore risponde nei confronti dei soci; il diritto italiano conosce una responsabilità più ampia verso i soci (art. 2576 comma 6 c.c.).

Il **Mitgliedschaftsrecht** (diritti sociali) – ovvero l'insieme di tutti i rapporti giuridici tra il socio e la società e tra il socio e gli altri consoci – è un “altro” diritto assoluto ai sensi del § 823 comma 1 BGB che può essere violato ad es. mediante interventi modificativi della struttura, cambiamenti di fatto dell'oggetto dell'impresa, mancata osservanza dell'obbligo di pari trattamento nei confronti dei soci, ingerenze nelle attribuzioni dell'assemblea dei soci o l'avviamento di un procedimento di esclusione infondato.⁴⁹ Gli amministratori rispondono, in linea di principio, secondo il § 823 comma 1 BGB nella misura in cui violino, come autori, istigatori o complici, i diritti sociali di un membro protetti dalla responsabilità per atto illecito.⁵⁰ A ciò si aggiunge la responsabilità della società stessa ex § 31 BGB.⁵¹

⁴⁶ Cfr. BGHZ 149, 10 = NJW 2001, 3622 – Bremer Vulkan (sulla responsabilità dei soci); BGH NZG 2005, 755.

⁴⁷ BGH NJW-RR 1989, 1255.

⁴⁸ Nach BGH, *op. loc. cit.*

⁴⁹ Cfr. gli esempi illustrati da *Marsch-Barner/Diekmann* a cura di Priester/Mayer, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, vol. 3, GmbH, 2a ed., 2003, § 46 Rn. 59; *Habersack*, *Die Mitgliedschaft – subjektives und „sonstiges“ Recht*, 1996, p. 209.

⁵⁰ BGHZ 110, 323, 334s. = NJW 1990, 2877 – Schärenkreuzer; in senso favorevole *Habersack*, (nota 49), p. 202ss. 209; per dettagli sullo stato della controversia v. *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 65.

⁵¹ Cfr. BGHZ 99, 298 = NJW 1987, 1193; BGH NJW 2005, 2450, 2451s. (società per azioni). Riguardo al § 31 BGB v. *Grundkurs* (nota 4) § 10 Rn. 85ss.

5. Responsabilità verso creditori privati della società⁵²

a) *Apparentia iuris della responsabilità personale.* L'amministratore risponde personalmente secondo i principi dell'*apparentia iuris* nei confronti dei creditori della società quando (1) abbia creato, in maniera a lui attribuibile, l'apparenza di agire come imprenditore individuale o per conto di un imprenditore individuale o di una società di persone e (2) in questo modo sia sorto l'affidamento che risponda almeno una persona fisica.⁵³ Avendo creato l'apparenza giuridica, l'amministratore non può invocare il fatto che dal registro delle imprese risulta la GmbH come vero titolare dell'impresa (§ 15 comma 2 1° periodo HGB; art. 2193 Abs. 2 c.c.), in quanto l'obbligo di indicare la forma giuridica nelle relazioni giuridiche (§§ 4, 35 a GmbHG; art. 2250 c.c.) mira alla tutela specifica dell'affidamento.

Esempio:⁵⁴ G é amministratore della „Heinrich F. Großtschlerei GmbH“. All'accettazione di una cambiale vi appone il timbro „falegnameria Heinrich F.“ e la propria firma senza aggiungere la sigla “GmbH”. In questo modo G crea l'apparenza che con l'accettazione della cambiale sorga un obbligo non in capo a una GmbH, bensì a una persona fisica, e precisamente in capo al titolare dell'impresa individuale „falegnameria Heinrich F.“. G risponde quindi per *apparentia iuris* in base all'art. 28 comma 1 WG.

b) *Responsabilità personale per atto colposo in occasione di trattative contrattuali.* Nei §§ 241 comma 2, 311 commi 2 e 3 BGB, la legge di modernizzazione del diritto delle obbligazioni 2002 (SMG) ha accolto la *culpa in contrahendo* nel diritto positivo (in Italia art. 1337, 1338 c.c.). E' pur vero che queste norme contengono semplicemente una serie di clausole generali che esprimono i principi già elaborati dai giudici in materia di responsabilità per c.i.c. Ne consegue anzitutto che per la loro interpretazione si può e deve ricorrere al *Richterrecht* esistente⁵⁵ secondo cui la responsabilità per c.i.c. colpisce in generale soltanto le parti del contratto avviato; i rappresentanti e ausiliari possono essere chiamati a rispondere di solito soltanto per atto illecito.⁵⁶ Secondo i principi elaborati dalla giurisprudenza vi sono però due casi di eccezione in cui il rappresentante può rispondere personalmente per c.i.c.: (1) se ha approfittato dell'affidamento personale dei suoi partner d'affari che vada oltre il normale livello di affidamento durante le trattative o (2) se ha un proprio interesse economico diretto alla stipula del contratto.⁵⁷

La responsabilità del terzo per c.i.c. si rinviene nel § 311 comma 3 1° periodo BGB, il quale prevede che un rapporto obbligatorio con un obbligo di comportamento ex § 241 comma 2 BGB può sorgere anche verso le persone che non sono destinate a diventare

⁵² Di seguito vengono affrontate unicamente fattispecie di responsabilità di diritto civile.

⁵³ BGH NJW 1996, 2645; NZG 2007, 426 = NJW 2007, 1529 con contributo di Kindler, 1785ss.; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 4 Rn. 15; o. § 4 Rn. 52.

⁵⁴ Secondo BGHZ 64, 11, 17s. = NJW 1975, 1166; per altri dettagli v. *Canaris*, § 6 Rn. 36ss.

⁵⁵ Cfr., per tutti, MünchKommBGB/Emmerich, § 311 Rn. 54 con ulteriore bibliografia.

⁵⁶ Palandt/Heinrichs, § 311 Rn. 52.

⁵⁷ BGHZ 126, 181, 183 = NJW 1994, 2220; BGHZ 129, 136, 170 = NJW 1995, 1739; BGH NJW 2002, 208, 212.

parti contrattuali. L'appena menzionata *prima categoria* della responsabilità del terzo per c.i.c. (sfruttamento di un particolare affidamento personale) è messa specificamente in luce dal § 311 comma 3 2° periodo BGB. Secondo i principi riconosciuti anche prima della SMG, l'amministratore di una GmbH sfrutta un **particolare affidamento personale** quando suscita l'impressione che sarà egli stesso a garantire il corretto svolgimento dell'affare senza tener conto della situazione della società e quando l'affidamento in questa circostanza è rilevante per la formazione della volontà dell'altra parte. La giurisprudenza è prudente nel ritenere soddisfatti questi presupposti, cfr. il seguente

esempio:⁵⁸ Grünlich è amministratore e socio unico della Schlawiner-GmbH. In nome della GmbH ordina da Volz merci per un valore complessivo di 50.000,- €. V fornisce le merci contro fattura. Nella procedura di insolvenza successivamente instaurata con riferimento al patrimonio della S-GmbH, V ottiene un pagamento di soli 4.000,- €. Per il credito residuo, non riconosciuto nella procedura di insolvenza, chiede il risarcimento dei danni a G perché questi sapeva già al momento dell'ordine che la S-GmbH era indebitata e insolvente. In questo caso non si configura una responsabilità di G per c.i.c. secondo i §§ 280 comma 1, 241 comma 2, 311 commi 2 e 3 BGB in quanto G avrebbe sfruttato, semmai, il "normale livello di affidamento che nasce durante le trattative" e per la cui violazione dovrebbe rispondere il contraente (la S-GmbH). Per affermare la responsabilità personale di G, V non doveva fare in modo evidente affidamento sulla S-GmbH e G doveva approfittare di un affidamento personale in se stesso, indipendente dalla GmbH, e non solo nella società (ad es. con promesse come "garantisco personalmente per il Suo denaro"). Secondo la giurisprudenza deve trattarsi addirittura di "dichiarazioni preliminari ad una promessa di garanzia".⁵⁹ Quindi, V potrebbe invocare, semmai, una responsabilità di G per ritardi nella presentazione dell'istanza di insolvenza in base al § 823 comma 2 BGB in combinato disposto con il § 15a InsO (v. punto d).

La responsabilità nell'ambito della *seconda categoria* sopra menzionata (interesse personale dell'amministratore) non è esclusa dal § 311 comma 3 2° periodo BGB; la disposizione contiene semplicemente una regola esemplificativa per la responsabilità del terzo disciplinata in via generale nel § 311 comma 3 1° periodo BGB. Si è anche molto prudenti nel supporre una responsabilità personale del rappresentante per **interesse proprio**. E' vero che questa fattispecie di responsabilità risulta riconosciuta nel suo principio visto che il rappresentante agisce per conto proprio (procurator in rem suam),⁶⁰ ad es. quando l'amministratore, già alla stipula del contratto con il terzo, ha intenzione di non inoltrare la controprestazione alla società ma di utilizzarla per scopi a proprio beneficio.⁶¹ D'altra parte, un diretto interesse economico personale dell'amministratore non si desume dal semplice fatto che egli detenga una importante partecipazione nella società o che sia il suo unico socio perché questa circostanza è irrilevante in considerazione dell'attenuazione della responsabilità di cui al § 13 comma 2 GmbHG.⁶² E

⁵⁸ Secondo BGHZ 126, 181 = NJW 1994, 2220.

⁵⁹ BGHZ 126, 181, 189 = NJW 1994, 2220.

⁶⁰ Roth/Altmeyden, § 43 Rn. 36.

⁶¹ BGHZ 126, 181, 184s. = NJW 1994, 2220; successivamente ad es. BGH NJW 2002, 208, 212.

⁶² BGH NJW 1986, 586, 587 („Valutazione contraddittoria rispetto al regime di responsabilità vigente nella

anche se il socio-amministratore ha emesso garanzie con riferimento ai debiti della società non si configura un interesse personale dal quale potrebbe scaturire una responsabilità perché sotto *questo* profilo possono applicarsi al socio-amministratore unicamente le sanzioni delle norme in materia di rimborso del capitale (§§ 39, 135 InsO; in Italia art. 2467 c.c.).⁶³

c) Violazione di diritti e beni giuridici tutelati dalle norme in materia di atti illeciti. L'amministratore risponde per danni causati a terzi con i propri atti illeciti colposi. Come qualsiasi altra persona, anch'egli è sottoposto alle norme generali in materia di atti illeciti. A ciò si aggiunge la responsabilità della società di cui al § 31 BGB.⁶⁴ Secondo la giurisprudenza, l'amministratore compie un atto illecito ad esempio quando vende o impartisce semplicemente l'ordine di vendere il bene di un terzo tramite la società. Se il proprietario perde i propri diritti sul bene in seguito ad un acquisto in buona fede si configura – ad avviso della BGH – una violazione della proprietà ai sensi del § 823 comma 1 BGB⁶⁵ e l'amministratore ne risponde personalmente.

Esempio:⁶⁶ Lief avevo fornito alla Zumschlinge-GmbH materiali edili sotto riserva di proprietà prolungata.⁶⁷ La Z-GmbH, il cui amministratore era Honk, aveva utilizzato le forniture per un progetto di costruzione di Reich, avendo escluso negli accordi con R la cessione di crediti vantati nei suoi confronti (§ 399 BGB).⁶⁸ Il credito di L non fu soddisfatto nell'ambito dell'insolvenza della Z-GmbH ed egli ne pretese il pagamento da H personalmente in base al § 823 comma 1 BGB per violazione della proprietà. La fattispecie oggettiva della violazione della proprietà consiste nel fatto che L secondo il § 946 BGB ha perso la sua proprietà dei materiali edili in favore di R e H vi ha contribuito in modo censurabile. In effetti, secondo la BGH, H ha violato il suo obbligo di garantire affinché la riserva di proprietà prolungata non venisse elusa attraverso un divieto di cessione. La BGH ha desunto questo obbligo di garanzia dal rapporto giuridico fra H e la Z-GmbH.⁶⁹

La dottrina dominante rifiuta giustamente una così ampia responsabilità personale dell'amministratore per atto illecito perché porta a un raddoppiamento degli obblighi di diligenza della GmbH nella persona dell'amministratore. La responsabilità personale dell'amministratore di una GmbH ai sensi del § 823 comma 1 BGB, insieme agli obblighi di tutela imposti *alla società*, non è inoltre compatibile con il mancato carattere di norma di protezione del § 43 comma 1 GmbHG (cfr. § 823 comma 2 BGB).⁷⁰

GmbH⁶³); 1989, 292; Roth/*Altmeyden*, § 43 Rn. 37.

⁶³ BGHZ 126, 181, 187ff. = NJW 1994, 2220; in senso critico Roth/*Altmeyden*, § 43 Rn. 37; il tema è trattato approfonditamente in MünchKomm BGB/*Emmerich*, § 311 Rn. 208ss., 219s.

⁶⁴ Sul § 31 BGB v. Grundkurs (nota 4) § 10 Rn. 85ss.

⁶⁵ Norma parallela in Italia: art. 2043 c.c.; v., sul tema, *Kindler*, Einführung in das ital. Recht, 2a ed., 2008, § 17 Rn. 20 ss.

⁶⁶ Così BGHZ 109, 297 = NJW 1990, 976 – „Baustoff“-Fall; seguita da BGH NJW 1996, 1535, 1536 – Lamborghini.

⁶⁷ Per la costruzione dogmatica cfr. Grundkurs (nota 4) § 7 Rn. 52.

⁶⁸ Non avendo R la qualità di commerciante, in questo caso è esclusa l'applicazione del § 354 a HGB.

⁶⁹ BGHZ 109, 297, 303s. = NJW 1990, 976.

⁷⁰ *Lutter/Hommelhoff*, § 43 Rn. 46s.

d) *Violazione di norme di protezione; ritardi nella presentazione dell'istanza di insolvenza.* La responsabilità personale dell'amministratore per atto illecito verso terzi può scaturire inoltre dal § 823 comma 2 BGB in combinato disposto con una **norma di protezione** (in Italia art. 185 comma 2 codice penale). Anche in questo caso la responsabilità della società si aggiunge ex § 31 BGB a quella dell'amministratore.⁷¹ L'interesse pratico si concentra anzitutto sulle **fattispecie penali** dei §§ 263, 266, 266 a, 283ss. StGB (frode, infedeltà, sottrazione, mancato versamento e malversazione di retribuzioni, reati connessi all'insolvenza).

Esempio:⁷² l'amministratore inganna un partner d'affari circa la situazione economica della società e accetta consapevolmente un suo danneggiamento (perdita del credito). Egli risponde ai sensi del § 823 comma 2 BGB in combinato disposto con il § 263 StGB per *Eingehungsbetrugs* (insolvenza fraudolenta).

Altre norme di protezione sono, ad esempio, i §§ 32 KWG, 265b StGB (ricorso abusivo al credito) e 82 comma 2 n. 2 GmbHG (informazioni inesatte e dolose sulla situazione patrimoniale della società). Non è una norma di protezione ai sensi del § 823 comma 2 BGB la responsabilità generale degli amministratori di cui al § 43 GmbHG.⁷³

Un'importante ipotesi in cui l'amministratore risponde per la violazione di norme di protezione è l'**inosservanza dell'obbligo di presentare l'istanza di insolvenza**. Secondo il § 15a InsO gli amministratori devono chiedere l'apertura della procedura di insolvenza entro tre settimane dal momento in cui si è verificato lo stato di insolvenza (cfr. in Italia l'art. 217 n. 4 Legge fallimentare⁷⁴); quanto precede si applica in via analogica al caso di un indebitamento eccessivo della società. Dal 2008 **anche i soci** sono obbligati a presentare l'istanza di insolvenza ove la società non abbia un amministratore (§ 35 comma 1 2° periodo GmbHG). Lo scopo della norma è quello di escludere un'impresa con capitali sociali limitati dalle relazioni commerciali e di evitare che terzi possano essere lesi nei loro interessi patrimoniali o subire danni dopo aver concesso crediti in denaro o natura alla GmbH insolvente; essa rappresenta quindi una norma di protezione ai sensi del § 823 comma 2 BGB. La tendenza dell'obbligo di presentare istanza di insolvenza a tutelare il creditore risulta dal fatto che l'omissione o il ritardo dell'istanza di insolvenza causa *normalmente* danni ai creditori.⁷⁵ Occorre distinguere fra due gruppi di creditori:

– **nei confronti degli Altgläubiger** (i cui crediti sono sorti prima del momento in cui è maturato lo stato di insolvenza) l'amministratore risponde per il c.d. *Quotenschaden*, ossia per l'importo di cui la quota di recupero del creditore è diminuita in ragione del

⁷¹ Sul § 31 BGB v. Grundkurs (nota 4) § 10 Rn. 85ss.

⁷² Scholz/U. H. Schneider, § 43 Rn. 234.

⁷³ Tesi dell'opinione dominante, cfr., per tutti, Scholz/U. H. Schneider, § 43 Rn. 218 in seguito a RGZ 159, 211, 224; BGH NJW 1979, 1829 (sul § 93 AktG). Per esempi relativi alla responsabilità dell'amministratore secondo il § 823 comma 2 BGB cfr. anche BGH ZIP 2006, 1764 = NJW-RR 2006, 173 (§ 32 KWG) e BGH NJW 2006, 3573 (§ 266a StGB).

⁷⁴ Per dettagli v. Kindler/Conow, Länderbericht Italien Rn. 13, 317, a cura di Kindler/Nachmann, Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 2010.

⁷⁵ Di fondamentale importanza è BGHZ 29, 100, 102s. = NJW 1959, 623, che precisa anche che questa tutela in favore del creditore sarebbe ancora più opportuna in quanto i soci di una GmbH non rispondono personalmente per i debiti della società (§ 13 comma 2 GmbHG); seguito ad esempio da BGHZ 126, 181, 190 = NJW 1994, 2220; BGH ZIP 2001, 1496, 1497 = DStR 2001, 1671; BGHZ 164, 50 = NJW 2005, 3137; per dettagli v. Casper, a cura di Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, p. 185ss.

ritardo con cui è stata aperta la procedura.⁷⁶

– i **Neugläubiger** (i cui crediti sono sorti dopo la maturazione dello stato di insolvenza) possono far valere nei confronti dell'amministratore il risarcimento del loro **interesse negativo** („*Kontrahierungsschaden*“) nel senso che vengono messi nelle condizioni in cui si troverebbero senza aver concluso il contratto con la GmbH. Il *Neugläubiger* può anche aver diritto al risarcimento del mancato utile se a causa della stipula del contratto con la società insolvente abbia perduto un utile conseguibile con altri affari.⁷⁷ I *Neugläubiger* sono – riguardo alla *ratio* della norma – quelli che anticipano prestazioni nei confronti della società dopo il momento in cui sarebbe stato necessario presentare l'istanza di insolvenza; il fatto che il contratto sia stato stipulato già prima che fosse maturato lo stato di insolvenza non trasforma il creditore che ha anticipato una prestazione in un *Altgläubiger*.⁷⁸ L'amministratore ha diritto alla cessione del credito insinuato dal *Neugläubiger* danneggiato allo stato passivo dell'insolvenza.⁷⁹

La responsabilità ex § 823 comma 2 BGB presuppone una colpa. Al riguardo, è sufficiente la **colpa lieve**; l'amministratore deve decidere con la diligenza del buon commerciante (cfr. § 43 comma 1 GmbHG) se è necessario chiedere l'apertura della procedura di insolvenza.⁸⁰ E' configurabile altresì la **corresponsabilità dei soci per concorso**,⁸¹ a meno che essi non rispondano personalmente come autori secondo il § 15a comma 3 InsO in combinato disposto con il § 823 comma 2 BGB.

e) *Danno doloso contrario al buon costume*. Sorge una responsabilità ex § 826 BGB in capo all'amministratore - e in capo alla GmbH secondo il § 31 BGB –⁸² quando l'amministratore afferma **in malafede che la società è in grado di adempiere i propri obblighi** danneggiando così i suoi contraenti.⁸³ Con riferimento al *Kontrahierungsschaden* dei *Neugläubiger* derivante dalla non tempestiva presentazione dell'istanza di insolvenza (v. punto d), l'orientamento giurisprudenziale più recente prescinde dal dolo perché il danno dei *Neugläubiger* deve essere risarcito già in presenza di colpa lieve (§ 823 comma 2 BGB in combinato disposto con il § 15a InsO).⁸⁴ Il § 826 BGB acquista rilevanza autonoma quando l'amministratore accetta di non poter soddisfare *in un secondo momento* una nuova obbligazione assunta dalla GmbH in

⁷⁶ BGHZ 126, 181, 190 = NJW 1994, 2220; BGH NJW 1995, 398. Dalla pronuncia di BGHZ 138, 211 = NJW 1998, 2667 la BGH esclude che gli *Altgläubiger* possano far valere individualmente il loro *Quotenschaden* e che il curatore dell'insolvenza deve aggiungere il *Quotenschaden* degli *Altgläubiger* alla massa, §§ 92, 26 comma 3 InsO.

⁷⁷ BGH NZG 2009, 750.

⁷⁸ BGH NZG 2007, 347 Tz. 13 = NJW-RR 2007, 759 = EWiR 2007, 305 con breve commento di Haas/Reiche, che è di segno opposto rispetto a BGHZ 126, 181, 190ss. = NJW 1994, 2220 (rilevanza del momento della stipula del contratto); BGH NJW 1995, 398; NZG 2003, 923; kritisch Ulmer, ZIP 1993, 769, 771f., secondo cui l'obbligo di presentare l'istanza di insolvenza rappresenta una legge che tutela esclusivamente i creditori già esistenti della società; per quanto riguarda i *Neugläubiger*, si tratterebbe, in effetti, della tutela della collettività e non di una tutela individuale; per critiche fondamentali alla *Insolvenzverschleppungshaftung* secondo i principi della BGH v. *Altmeyden*, ZIP 2001, 2201ss. (contributo che merita di essere letto).

⁷⁹ BGH NZG 2007, 347 Tz. 20 = NJW-RR 2007, 759 = EWiR 2007, 305 con breve commento di Haas/Reiche.

⁸⁰ Näher BGHZ 126, 181, 199s. = NJW 1994, 2220.

⁸¹ BGHZ 164, 50 = NJW 2005, 3137; per un approfondimento v.: Bayer/Lieder, WM 2006, 1ff.; Arends/Möller, GmbHR 2008, 169ss.

⁸² Sul § 31 BGB v. Grundkurs (nota 4) § 10 Rn. 85ss.

⁸³ BGH NJW-RR 1991, 1312, 1314s.; 1992, 1061, 1062.

⁸⁴ BGHZ 126, 181 = NJW 1994, 2220.

cambio di rilevanti prestazioni anticipate dall'altra parte, anche se in quel momento non vi è ancora alcuna ragione per presentare un'istanza di insolvenza.⁸⁵ Di regola, in questi casi si configura contestualmente un *Eingehungsbetrug* (riguardo al § 263 StGB v. punto d).

Un'altra categoria di rilevanza pratica è caratterizzata dal fatto che l'amministratore conclude **affari rischiosi** con clienti sprovvisti di esperienze nel settore economico, senza fornirgli informazioni in merito.

Esempio:⁸⁶ la sig.ra Zahlemann chiede a Groß il risarcimento dei danni subiti in seguito a perdite conseguite con operazioni d'opzione a termine presso le borse degli Stati Uniti. G è amministratore di una GmbH la cui attività consiste nella mediazione di operazioni d'opzione. Z, di professione odontotecnica, aveva stipulato con la GmbH un contratto di mediazione e assistenza ed era stata informata in modo insufficiente circa i rischi. Le operazioni d'opzione si sono concluse con enormi perdite.

In questo caso, l'amministratore di una GmbH operante nella mediazione di investimenti finanziari deve fornire informazioni sui rischi. Agisce quindi contrariamente al buon costume l'amministratore di una GmbH che conclude o fa concludere affari di questo tipo o che non impedisce volutamente la loro conclusione senza fornire sufficienti informazioni al cliente; egli abusa della sua supremazia professionale.⁸⁷

III. Aspetti risarcitori

1. Riassunto

L'affermazione secondo cui ricorre una violazione di obblighi ai sensi del § 43 commi 1 e 2 GmbHG (v. punto II 2) è ovviamente ancora lungi dal soddisfare tutti i presupposti per configurare una responsabilità. In effetti, è altresì necessario che la società abbia subito un danno proprio dalla violazione integrante la fattispecie e colposa. Per quanto riguarda la risarcibilità del danno è ad esempio molto dubbio se l'amministratore debba risarcire la sanzione inflitta alla società in quanto ciò eluderebbe lo scopo sanzionatorio.⁸⁸ In effetti, la sanzione è stata applicata nei confronti della società e non nei confronti dell'amministratore il quale potrebbe aver ricevuto un avviso con una sanzione personale.⁸⁹ Questioni particolarmente difficili si pongono con riferimento alla persona del danneggiato (v. punto 2.) e ad una possibile compensazione dei benefici (v. punto 3.).

2. Danno della società

Per quanto riguarda la persona del danneggiato, occorre verificare con attenzione se si è verificato un danno presso la società il cui amministratore viene chiamato a rispondere.

⁸⁵ BGH NJW 1994, 197.

⁸⁶ Così BGH NJW 2002, 2777; di tenore simile BGH NJW-RR 2005, 558.

⁸⁷ BGH, *op. loc. cit.*; nonché BGH ZIP 2003, 1782, 1784.

⁸⁸ Cfr. Hüfner (nota 25) § 93 AktG Rn. 14.

⁸⁹ Per una valutazione diversa v. Zimmermann, WM 2008, 433, 437.

All'interno di un gruppo risulta spesso già incerto se la società madre abbia subito un danno o meno quando, ad esempio, sono stati pagati tangenti o sanzioni pecuniarie con il patrimonio della società figlia. E' vero che queste operazioni riducono l'utile di bilancio della società figlia e quindi i fondi disponibili per la distribuzione degli utili alla società madre in base alla sua partecipazione alla società danneggiata (cfr. §§ 268 comma 1 HGB; 58, 174 AktG; 29 GmbHG). Ma è perlomeno discutibile se una mera aspettativa di ricevere un dividendo in un determinato esercizio possa già considerarsi un bene patrimoniale della società madre suscettibile di subire pregiudizi alla stregua di un danno.⁹⁰ Sembra più corretto supporre una responsabilità gestionale in capo all'amministratore della società madre nei confronti della società figlia quando si tratta di un gruppo legato da un contratto o di un'incorporazione (nel diritto tedesco §§ 309, 323 AktG) ovvero di una costellazione equivalente secondo il diritto straniero.

Un altro problema distintivo si pone riguardo al danno dei soci.⁹¹ Se il valore delle quote di partecipazione nella società madre diminuisce ad esempio in seguito a comunicati stampa su casi di corruzione o di infrazioni alla normativa in materia di antitrust – ovviamente, anche la dimostrazione di questo nesso di causalità rappresenta un capitolo a parte – il danno colpisce i suoi soci ma non la società stessa e, perlomeno sotto questo aspetto, la responsabilità ex § 43, comma 2 GmbHG è da escludersi.⁹²

3. Compensazione del guadagno con il danno

a) *Quesito* Il tema della *compensatio lucri cum damno* è stato in tempi recenti oggetto di dibattiti soprattutto in connessione con difetti organizzativi (difetti di *Compliance*) da cui sono scaturite infrazioni commesse a livelli inferiori rispetto al consiglio di amministrazione, ad es. atti di corruzione. In effetti, la mancanza o il fallimento della *Compliance Organization* a volte non provoca soltanto la diminuzione del patrimonio della società ma le fa conseguire contestualmente dei benefici economici. In questo caso occorre quindi chiedersi fino a che punto la pretesa risarcitoria debba essere compensata con questi benefici.⁹³ Prendiamo ad esempio un evento accaduto nel gruppo *Siemens* che semplificherò leggermente:⁹⁴ Nel 1999 il gruppo italiano *ENEL* indisse la gara per un appalto intitolato “La Casella” e riguardante la fornitura di turbine a gas. Nel mese di novembre 1999 la *Siemens-Power Generation* consegnò un'offerta per partecipare alla gara. Successivamente, nel mese di dicembre 1999 l'amministratore C di una società del gruppo *ENEL* contattò V – un collaboratore *freelance* della *Siemens-PG* – per dirgli che sarebbe stato in grado di manipolare l'assegnazione dell'appalto, che per *Siemens-PG* ebbe un valore di 132,5 milioni di Euro, in favore della *Siemens-PG*, facendo capire che

⁹⁰ Riguardo al diritto penale (§ 266 StGB), cfr., la tesi restrittiva espressa da *Hefendehl*, Vermögensgefährdung und Expektanzen, 1994.

⁹¹ V. G. Müller, Gesellschafts- und Gesellschafterschaden, FS Kellermann, 1991, p. 317 ss.; Hüffer (nota 25) § 93 AktG Rn. 19.

⁹² *Marsch-Barner*, ZHR 173 (2009), 723, 725.

⁹³ Per un contributo più recente v. *Bayer*, FS K. Schmidt, 2009, S. 85 ss. (infrazioni alla materia antitrust); *Marsch-Barner* (nota 92) 723 ff; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 526 ss.; *Lohse*, FS Hüffer, 2010, p. 581 ss. (pagamento di tangenti); in via generale *Staudinger/Schiemann* (2005) § 249 BGB Rn. 132 ss.

⁹⁴ Cfr., a questo proposito, la fattispecie di BGHSt 52, 323.

per questa manipolazione si aspettava una tangente milionaria. In occasione di un colloquio svoltosi il 15.1.2000, al quale partecipò per la parte italiana anche V oltre a C, l'amministratore di ENEL, fu concordato un pagamento complessivo di 2,65 milioni di Euro da Siemens-PG in favore di C. P, come membro dell'organo direttivo della Siemens-AG, non era informato di questo accordo ma non aveva neanche provveduto all'istituzione di un'ampia *Compliance-Organization* che avrebbe consentito di scoprire ed evitare il pagamento della tangente concordata. Se viene chiamato a rispondere per infrazioni in materia di *Compliance*, può P eccepire che la corruzione avrebbe fatto guadagnare all'impresa un appalto redditizio i cui ricavi andavano ben oltre la tangente pagata? (Con entrambi gli appalti la Siemens-AG conseguì un utile complessivo di 103,8 milioni di Euro al netto delle imposte). La stessa domanda sorgerebbe se si trattasse di una violazione della normativa antitrust con cui la società sia riuscita a ottenere non soltanto una sanzione pecuniaria ma anche benefici economici.

Alla Siemens-AG fu inflitta una sanzione pecuniaria di 500.000 Euro per aver omesso di introdurre efficaci modelli organizzativi e di management atti a prevenire reati come quello commesso e le fu inoltre vietato di stipulare per la durata di un anno contratti con l'amministrazione pubblica. Le fu imposto altresì il prelievo di utili illeciti pari a 6.121.000 Euro. Sotto la pressione delle indagini in corso, già nel 2003 la Siemens-AG aveva concordato con ENEL S.p.A. rilevanti compensazioni per un valore di 113 milioni di Euro.

Nel caso della Siemens l'impresa non conseguì quindi alcun vantaggio che l'amministratore chiamato a rispondere avrebbe potuto opporre per ridurre il danno fatto valere.

b) *Principi generali della compensatio lucri cum damno.* La compensazione del guadagno con il danno non dipende dalla causa della responsabilità – anzitutto non dalla violazione di un dovere (§ 43 commi 1 e 2 GmbHG) –, bensì dall'entità della responsabilità (§ 249 BGB).⁹⁵

L'esame in materia, come parte dell'accertamento del danno⁹⁶, si basa quindi sulla *Differenzhypothese* (teoria differenziale):⁹⁷ l'amministratore che ha agito in violazione dei propri doveri deve reintegrare lo stato che sarebbe sussistito se non si fosse verificata la circostanza che obbliga al risarcimento (§ 249 comma 1 BGB; nel diritto italiano art. 1223 c.c.). Lo stato che si è venuto a creare effettivamente deve essere valutabile come danno, cioè l'evento dal quale scaturisce la responsabilità deve aver causato una diminuzione del patrimonio sociale.⁹⁸ Al riguardo, la giurisprudenza tiene da sempre conto del fatto che al danneggiato devono essere imputati in una certa misura i benefici conseguiti con un adeguato nesso causale attraverso l'evento dannoso.⁹⁹ L'obiettivo è l'equa compensazione

⁹⁵ Lohse (nota 93) p. 581, 598.

⁹⁶ Thole (nota 93) 504, 527.

⁹⁷ Sull'istituto della *compensatio lucri cum damno* come parte dell'ipotesi differenziale v. MünchKommBGB/Oetker, 5a ed., 2007, § 249 Rn. 222.

⁹⁸ Sul fatto (ovvio) che questi principi generali del diritto civile valgono anche nell'ambito della responsabilità ex § 93 comma 2 AktG v., per tutti, GroßKommAktG/Hopt, 4a ed., 2008, § 93 Rn. 261, 264; Hüffer (nota 25) § 93 AktG Rn. 15; Marsch-Barner (nota 93) 723, 724.

⁹⁹ V., per tutte, BGHZ 173, 83 = NJW 2007, 2695 Tz. 18; BGH v. 12.11.2009 – VII ZR 233/08 Tz. 9.

fra gli interessi che si contrappongono nel caso di un evento dannoso. Quindi, la società danneggiata non deve trovarsi in una situazione più favorevole rispetto a quella in cui si troverebbe senza l'evento dannoso; secondo l'orientamento giurisprudenziale costante della BGH, ciò si porrebbe in contrasto con il divieto dell'arricchimento ingiustificato in materia risarcitoria che consegue dall'applicazione rigorosa della teoria differenziale.¹⁰⁰ D'altra parte, dalla pretesa risarcitoria non vanno detratti tutti i vantaggi provocati dall'evento dannoso ma solo quelli la cui detrazione coincida con lo scopo della pretesa stessa ossia quelli che possono esigersi dal danneggiato e non rappresenti un'agevolazione iniqua per l'autore del danno. Nell'ambito della valutazione i vantaggi e gli svantaggi devono essere riuniti in un'unica unità di calcolo.¹⁰¹ La mancata detrazione è l'eccezione alla teoria differenziale e necessita di adeguata motivazione.¹⁰²

c) Limitazione a benefici percepiti con un adeguato nesso causale. La violazione di un dovere – in questo caso: l'omessa istituzione di un'efficace *Compliance-Organization* valutata alla stregua di un dovere – dovrebbe aver provocato non solo un danno consistente nel pagamento della tangente ma anche un suo beneficio.¹⁰³ Nel nostro caso questo beneficio riguarda l'utile conseguito con la vendita delle turbine e gas all'acquirente italiano. Al riguardo, ipotizziamo che questo utile non sia stato sottratto alla società attraverso il prelievo dei guadagni previsto dalla normativa in materia di antitrust o di concorrenza (nel diritto tedesco §§ 34, 34a GWB; § 10 UWG)¹⁰⁴ o attraverso la confisca secondo il diritto penale (§ 73 StGB)¹⁰⁵. Il fatto che questo utile sia stato conseguito grazie ad un atto di corruzione rappresenta palesemente un adeguato nesso causale ed è nell'intenzione della persona che agisce.¹⁰⁶ Quanto precede vale sia per un utile normale in linea con i valori di mercato sia per un "*Korruptionserlös*" straordinario – che va oltre questi valori –. Un siffatto ricavo straordinario si realizza quando, oltre alla maggiorazione, il corrotto fa conseguire al corruttore anche delle condizioni contrattuali straordinariamente vantaggiose.¹⁰⁷ E' quindi evidente che è il legislatore stesso a sopporre la presenza di un adeguato nesso causale fra l'atto di corruzione e i benefici in capo all'impresa corruttrice perché altrimenti non sarebbero previste sanzioni per la corruzione nelle relazioni d'affari (§§ 299, 300 StGB).

d) Nessun divieto di compensazione in base allo scopo della norma di responsabilità

Come detto, per l'accertamento del danno rilevano soltanto quei guadagni la cui detrazione sia in linea con lo scopo perseguito dalla pretesa risarcitoria.¹⁰⁸ La compensazione del guadagno è quindi esclusa quando vanificherebbe lo scopo preventivo

¹⁰⁰ BGHZ 173, 83 = NJW 2007, 2695 Tz. 18 con numerose indicazioni; un contributo fondamentale è fornito da Ph. Heck, Schuldrecht, 1929, p. 50: di „Gewinnabwehr“; e addirittura di „Glücksteilhabe“ parla Rudloff, Der Vorteilsausgleich als Gewinnabwehr und Glücksteilhabe, in: FS F. v. Hippel, 1967, p. 429 ss.

¹⁰¹ V. nota precedente.

¹⁰² Staudinger/Schiemann (2005), § 249 BGB Rn. 132.

¹⁰³ MünchKomm BGB/Oetker (nota 97) § 249 Rn. 227; Staudinger/Schiemann (2005) § 249 BGB Rn. 138.

¹⁰⁴ Vgl. Thole (nota 93) 504, 528.

¹⁰⁵ Vgl. Lohse (nota 93) p. 581, 585.

¹⁰⁶ Per una motivazione più dettagliata v. Lohse (nota 93) p. 581, 591 s.

¹⁰⁷ V. nota precedente.

¹⁰⁸ BGHZ 173, 246, o. nota 100.

o compensativo – che sono i due obiettivi dichiarati della responsabilità dell'amministratore ex § 43 comma 2 GmbHG¹⁰⁹. E' pur vero che questi obiettivi non giustificano una nozione di danno particolarmente ampia ma presuppongono anzitutto che vi sia un danno. La legge rinuncia all'accertamento specifico del danno solo in casi d'eccezione, e precisamente nelle ipotesi contemplate dal § 43 comma 3 GmbHG e dal § 64 2° periodo GmbHG che, anzitutto per motivi legati alla tutela del capitale, disciplinano determinate fattispecie di responsabilità (divieto di restituzione dei conferimenti, pagamenti effettuati nel periodo antecedente l'insolvenza, ecc.).¹¹⁰

Il § 43, comma 2 GmbHG richiede invece uno specifico accertamento del danno. La prevenzione o compensazione di un danno effettivo può essere resa particolarmente efficace applicando requisiti severi alle *altre* condizioni della responsabilità, ad esempio attraverso la previsione di criteri rigorosi per doveri e colpa. Per quanto riguarda l'accertamento stesso del danno, sia l'idea della *prevenzione* del danno sia quella della *compensazione* del danno non forniscono elementi utili. Equivarrebbe ad una *petitio principii* essere particolarmente generosi nell'affermare l'esistenza di un danno con la motivazione che la legge mira ad impedire il suo verificarsi e – nei casi in cui si manifesta comunque – a procedere al risarcimento. Con riferimento al § 43 comma 2 GmbHG la *compensatio lucri cum damno* non può quindi essere limitata invocando le finalità della pretesa risarcitoria.

Anzitutto, non è possibile negare la compensazione del guadagno nei confronti dell'amministratore chiamato a rispondere, richiamandosi allo scopo preventivo, perché in questo modo si finirebbe per riconoscere *nützliche Pflichtverletzungen* (utili violazioni dei doveri)¹¹¹. Si sostiene che non sarebbe consentito premiare le violazioni di legge trattando l'inadempimento del vincolo giuridico alla stregua della violazione di un dovere senza prevedere però un obbligo risarcitorio per questa violazione.¹¹² Ma questa tesi non tiene correttamente conto dei principi fondamentali e della dogmatica della normativa in materia di danno. Uno dei principi fondamentali è quello che il risarcimento di carattere punitivo è estraneo al diritto tedesco, come è stato osservato, tra l'altro, dalla *BVerfG* per la notifica dell'atto di citazione nelle relazioni giuridiche tedesco-americane,¹¹³ nonché dal legislatore della *VorstAG*¹¹⁴. Almeno nell'accertamento di danni patrimoniali non vi è spazio per valutazioni eticizzanti. In giurisprudenza risulta riconosciuto già dai tempi della *RG* che la compensazione del guadagno può essere applicata perfino in favore dell'autore di un *atto illecito doloso*; il principio giuridico su cui si fonda il § 393 BGB –

¹⁰⁹ Hüffer (nota 25) § 93 AktG Rn. 1; Fleischer, a cura di Spindler/Stilz, AktG, 2007, § 93 Rn. 2; Ulmer, FS Canaris, vol. 2, 2007, S. 451, 463 f.; Thole (nota 94) 504, 527.

¹¹⁰ Per questo motivo, secondo Habersack/Schürnbrand, WM 2005, 957 ss. non si tratterebbe di una pretesa risarcitoria bensì di una *Folgenbeseitigungsanspruch eigener Art* (pretesa specifica al ripristino della situazione originaria).

¹¹¹ E' contrario al riconoscimento di una siffatta figura giuridica Harzenetter, Innenhaftung des Vorstands der Aktiengesellschaft für sogenannte nützliche Pflichtverletzungen; Fleischer, ZIP 2005, 141, 145; Luter, ZIP 2007, 841, 843.

¹¹² Di questo avviso è tuttavia Thole (nota 94) 504, 527 s., 529; Lohse (nota 94) p. 581, 599.

¹¹³ BVerfGE 91, 335, 340 = NJW 1995, 649 punto II 2 b aa; v. sul tema Schack, IZVR, 4a ed., 2006, Rn. 605, 818, 869; BGHZ 118, 312, 334 ss.; da ultimo OLG Düsseldorf, NJW-RR 2009, 500. Per una trattazione monografica v. ad es. Ebert, Pönale Elemente im deutschen Privatrecht, 2004; cfr. anche art. 26 con il considerando n. 32 del regolamento (CE) n. 864/2007 sul diritto applicabile a rapporti obbligatori extracontrattuali („Roma II“).

¹¹⁴ BT-Dr 16/13433, p. 12; Marsch-Barnier (nota 92) 723 s.

l'esclusione della compensazione per motivi morali e sociali¹¹⁵ – non opera in questo caso.¹¹⁶

A livello dogmatico non è possibile desumere dalla – presunta – violazione di un dovere il verificarsi di un danno. In effetti, la compensazione del guadagno non è un problema legato alla violazione di un dovere ma un aspetto relativo all'accertamento del danno (v. punto b). La violazione di un dovere, la colpa e il danno sono presupposti autonomi di una pretesa risarcitoria ex § 43 comma 2 GmbHG. Tali presupposti devono sussistere in via cumulativa. Non si può affermare che si è verificato un danno perché è stato violato un dovere.¹¹⁷ Lo scopo della norma è solo quello di prevenire un danno per la società e non di prevenire già la violazione di doveri a prescindere degli effetti che producono sul patrimonio sociale. Quindi, se la compensazione del guadagno viene negata lo scopo non è quello di “punire” il danneggiante ma di tenere adeguatamente conto del comportamento e delle intenzioni dei terzi e del danneggiato stesso.¹¹⁸ Peraltro, le violazioni prive di conseguenze dannose vengono comunque sanzionate e possono provocare la revoca della carica rivestita nell'organo direttivo (cfr. § 84 comma 3 AktG), la risoluzione senza preavviso del contratto di assunzione (§ 626 BGB) e perfino la negazione del trattamento pensionistico,¹¹⁹ nonché sanzioni di diritto penale e pubblico. La possibilità di punire la corruzione nelle relazioni commerciali (§ 299 StGB) non presuppone ad esempio che si verifichi un danno patrimoniale.¹²⁰ Quindi, non è neanche necessario interpretare la normativa in maniera di danno contrariamente ai suoi principi per applicare congrue sanzioni agli amministratori che abbiano agito in contrasto con i propri doveri.¹²¹

IV. Conclusione

1. I doveri imposti all'amministratore di una GmbH e le responsabilità cui è esposto secondo il diritto tedesco coincidono essenzialmente con quanto previsto dal diritto italiano e dalla proposta di un regolamento sulla SPE. Non si ravvisa né la necessità di intervenire con riforme di fondamentale importanza né con un ricorso eccessivo al potere discrezionale dei giudici per esasperare le responsabilità dell'amministratore.

2. La responsabilità dell'amministratore di una GmbH presuppone ex § 43 comma 2 GmbHG che la società abbia subito un danno. Questo danno va separato dal danno di società figlie di rango inferiore dello stesso gruppo e dal danno dei soci (svalutazione delle quote sociali).

3. Per quanto concerne l'accertamento del danno, l'amministratore che abbia agito in contrasto con i propri doveri può invocare le regole della *compensatio lucri cum damno*.

¹¹⁵ RG, LZ 1912, 71 Nr. 23; MünchKomm BGB/Schlüter, 5a ed., 2007, § 393 Rn. 1.

¹¹⁶ RGZ 54, 137; BGH NJW 1962, 1909; MünchKomm BGB/Oetker (nota 97) § 249 Rn. 267; Staudinger/Schiemann (2005) § 249 BGB Rn. 142.

¹¹⁷ A questa conclusione giunge tuttavia Lohse (nota 93) p. 581, 599.

¹¹⁸ Staudinger/Schiemann (2005) § 249 BGB Rn. 147.

¹¹⁹ BGH NJW-RR 1997, 348; v., sul tema, Hüffer (nota 25) § 84 AktG Rn. 17.

¹²⁰ Lohse (nota 93) S. 581, 598 con ulteriore bibliografia.

¹²¹ Tuttavia, così tendenzialmente Lohse (nota 93) p. 581 ss.; Thole (nota 93) 504, 526 ss.: una limitazione difficilmente sostenibile alla compensazione del guadagno attraverso argomentazioni di carattere penale.

In linea di principio, ciò vale anche per i guadagni conseguiti dalla società in violazione della legge (tangenti, infrazioni alla normativa antitrust). Quanto precede non è anzitutto escluso dallo scopo perseguito dal § 43 comma 2 GmbHG ma presuppone che questi guadagni siano ancora presenti nel patrimonio sociale, ossia che non siano stati oggetto di un prelievo di utili secondo la GWB/UWB o di una confisca imposta dal giudice penale e che l'impresa non vi abbia rinunciato di sua spontanea volontà.