

**Die Vorteilsausgleichung im Rahmen der  
Geschäftsführerinnenhaftung aus  
§ 43 Abs. 2 GmbHG**

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der  
Rechte durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät der  
Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von            Christian Müller  
aus                            Dorsten  
2019

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Ingo Saenger  
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Petra Pohlmann  
Dekan: Prof. Dr. Klaus Boers  
Tag der mündlichen Prüfung: 30.10.2018

*„Die Organhaftung hat viele Gesichter,  
meist hässliche und selten vergnügte.“*

Uwe H. Schneider, in: Festschrift für Uwe Hüffer,  
München 2010, S. 905



## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde im Juli 2018 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur entsprechen dem Stand Januar 2019.

Meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Ingo Saenger gilt mein Dank für die Betreuung während der Anfertigung dieser Arbeit, die konstruktive Kritik und die überaus schnelle Erstellung des Erstgutachtens.

Gleichfalls danken möchte ich Frau Prof. Dr. Petra Pohlmann für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Bei der Kanzlei Streitbörgers möchte ich mich für die Möglichkeit bedanken, dort neben meiner Promotion tätig sein zu dürfen und im Zuge dessen alle erdenkliche Unterstützung zu erfahren. Meinen Kollegen danke ich für die zahlreichen interessanten Diskussionen und Anregungen.

Schließlich gilt mein ganz besonderer Dank meiner Freundin Franziska, ohne die ich den langen und teils langwierigen Prozess der Promotion nicht überstanden hätte, die mich seit vielen Jahren durch alle Höhen und Tiefen begleitet und in der Anfertigung dieser Arbeit wie auch in allen anderen Aspekten bedingungslos und mit aller Kraft unterstützt hat. Ihr widme ich diese Arbeit.

Münster, Februar 2019

Christian Müller



## **Inhaltsübersicht**

Inhaltsverzeichnis .....	IV
Literaturverzeichnis .....	XXI
A. Einleitung und Gang der Darstellung.....	1
B. Das Haftungssystem des § 43 Abs. 2 GmbHG .....	5
I. Die Haftungsverteilung in der GmbH .....	6
II. Normzweck des § 43 Abs. 2 GmbHG .....	7
III. Zur Geschichte der Norm .....	9
IV. Verhältnis zu anderen Anspruchsgrundlagen .....	10
V. Anwendungsbereich.....	11
C. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 43 Abs. 2 GmbHG .....	19
I. Pflichtverletzung.....	19
II. Verschulden .....	41
III. Schaden.....	44
VI. Darlegungs- und Beweislast.....	47
VII. Haftung mehrerer Geschäftsführer.....	50
VII. Geltendmachung von Ersatzansprüchen.....	51
D. Die Rechtsfigur der Vorteilsausgleichung.....	59
I. Begriffsbestimmung, Abgrenzung und Grundbegriffe der Vorteilsausgleichung.....	60
II. Zur Geschichte der Vorteilsausgleichung .....	70
III. Ansichten in der Literatur .....	74
IV. Ansicht der Rechtsprechung .....	106
V. Eigene Bewertung.....	110
VI. Zwischenergebnis zu Teil D .....	157

E. Die Vorteilsausgleichung im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG..	160
I. Anwendbarkeit der Vorteilsausgleichung im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG.....	161
II. Besonderheiten der Vorteilsausgleichung im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG.....	171
III. Zwischenergebnis zu Teil E.....	253
F. Anwendung der bisherigen Ergebnisse auf einzelne Haftungskonstellationen .....	257
I. Kartell- oder Korruptionsverstöße des Geschäftsführers .....	257
II. Vorsätzliche Rechtsverletzungen zur Gewinnerzielung – Die „ <i>VW-Abgasaffäre</i> “ .....	261
III. Ersparte Aufwendungen bei pflichtwidrigem Unterlassen – Der „ <i>Siemens/Neubürger</i> “-Fall .....	268
G. Zusammenfassung der Ergebnisse und Fazit.....	273
I. Zusammenfassung der Ergebnisse.....	273
II. Fazit .....	282



## **Inhaltsverzeichnis**

Literaturverzeichnis .....	XXI
A. Einleitung und Gang der Darstellung.....	1
B. Das Haftungssystem des § 43 Abs. 2 GmbHG .....	5
I. Die Haftungsverteilung in der GmbH .....	6
II. Normzweck des § 43 Abs. 2 GmbHG .....	7
1. Anreiz zu pflichtgemäßem Verhalten des Geschäftsführers ...	7
2. Ausgleich von Vermögensnachteilen der Gesellschaft .....	8
3. Mittelbarer Schutz von Gesellschaftern und Gläubigern.....	8
III. Zur Geschichte der Norm.....	9
IV. Verhältnis zu anderen Anspruchsgrundlagen .....	10
V. Anwendungsbereich.....	11
1. Persönlicher Anwendungsbereich .....	11
a) Besteller Geschäftsführer.....	12
b) Faktischer Geschäftsführer.....	13
c) Gesellschafter.....	15
d) Sonstige Personen .....	16
2. Sachlicher Anwendungsbereich .....	16
3. Zeitlicher Anwendungsbereich .....	17
C. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 43 Abs. 2 GmbHG .....	19
I. Pflichtverletzung.....	19
1. Quelle der Pflichten .....	19
2. Die Pflichten des Geschäftsführers.....	20
a) Zur Systematik der Pflichten.....	21

b) Sorgfaltspflicht .....	22
aa) Pflicht zu rechtmäßigem Verhalten .....	23
bb) Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensleitung ..	26
cc) Pflicht zur ordnungsgemäßen Organisation .....	26
c) Treuepflicht .....	27
aa) Pflicht zur Förderung der Gesellschaft.....	28
bb) Verbot der Ausnutzung der Organstellung .....	29
cc) Wettbewerbsverbot .....	29
dd) Geschäftschancenlehre .....	30
ee) Verschwiegenheitspflicht.....	31
3. Unternehmerischer Ermessensspielraum als Grenze der Pflichtverletzung .....	32
a) Ursprung und Bedeutung.....	33
b) Tatbestandsvoraussetzungen privilegierter unternehme- rischer Ermessensentscheidungen .....	34
aa) Unternehmerische Entscheidung .....	34
bb) Handeln zum Wohle der Gesellschaft .....	35
cc) Handeln auf angemessener Informationsgrundlage .....	36
dd) Gutgläubigkeit des Geschäftsführers.....	36
4. Keine Pflichtverletzung bei Weisung oder Billigung der Gesellschafter .....	37
a) Weisungen .....	37
b) Billigung.....	40
II. Verschulden .....	41
1. Bezugspunkt des Verschuldens.....	41

2. Genereller Verschuldensmaßstab.....	41
3. Berücksichtigung des Einzelfalls .....	43
III. Schaden.....	44
1. Grundlagen und Schadensbegriff .....	44
2. Schadensberechnung und Umfang des Schadensersatzes .....	45
3. Reduzierung aufgrund von Mitverschulden.....	46
VI. Darlegungs- und Beweislast.....	47
1. Organeigenschaft, Schaden, Kausalität .....	48
2. Pflichtwidrigkeit der Handlung und Verschulden.....	49
VII. Haftung mehrerer Geschäftsführer.....	50
VII. Geltendmachung von Ersatzansprüchen.....	51
1. Zur Geltendmachung berechtigter Personen.....	51
a) Gesellschafterversammlung.....	51
b) Einzelne Gesellschafter.....	52
c) Aufsichtsrat.....	54
d) Gesellschaftsgläubiger.....	54
e) Insolvenzverwalter.....	55
2. Modalitäten der Geltendmachung.....	56
a) Rechtsweg und zuständiges Gericht.....	56
b) Verjährung von Ersatzansprüchen.....	57
D. Die Rechtsfigur der Vorteilsausgleichung.....	59
I. Begriffsbestimmung, Abgrenzung und Grundbegriffe der Vorteilsausgleichung.....	60
1. Zur Bezeichnung des Rechtsinstituts .....	61

2. Die der Vorteilsausgleichung zugrundeliegende Problemstellung.....	62
3. Definition der verwendeten Begriffe und Klarstellung der Terminologie.....	63
a) Vorteil .....	64
b) Schaden bzw. Nachteil.....	64
c) Äquivalente Kausalität .....	64
d) Adäquate Kausalität .....	65
e) Kongruenz und Korrespondenz.....	65
4. Abgrenzung der Vorteilsausgleichung von anderen Rechtsinstituten.....	66
a) Abgrenzung zur Schadensberechnung.....	66
b) Abgrenzung zur hypothetischen Kausalität .....	67
c) Abgrenzung zum Wertersatz „neu für alt“ .....	68
d) Ersparte Aufwendungen als Bestandteil der Vorteilsausgleichung .....	69
II. Zur Geschichte der Vorteilsausgleichung .....	70
1. Diskussion vor Inkrafttreten des BGB.....	70
2. Entscheidung gegen eine gesetzliche Regelung im BGB und anschließende Diskussion.....	71
3. Zur Rechtsprechungsgeschichte .....	73
III. Ansichten in der Literatur .....	74
1. Abstellen auf Adäquanz .....	75
2. Lösung über eine wertende Betrachtung .....	77
3. Abstellen auf Förderung des verletzten Rechtsguts .....	78

4. Abstellen auf den inneren Zusammenhang von Vor- und Nachteil.....	82
a) Ansatz von Thiele.....	83
b) Ansatz von Henke.....	86
5. Lösung über Sorgeleichigkeit des Vorteils.....	87
6. Lösung über das Statikprinzip.....	90
7. Abgrenzung nach Art des Vorteils.....	92
8. Lösung über Gesetzssystematik.....	95
9. Lösung über die Vermeidung von Schadensverlagerungen...	99
10. Lösung über Fallgruppenbildung.....	102
a) Allgemeine Kriterien der Fallgruppenbildung.....	102
b) Heranziehung der Kriterien der Rechtsprechung.....	104
c) Zu den aufgestellten Fallgruppen.....	105
IV. Ansicht der Rechtsprechung.....	106
V. Eigene Bewertung.....	110
1. Dogmatischer Ausgangspunkt.....	110
2. Zu den generellen Abgrenzungskriterien.....	113
a) Äquivalente Kausalität.....	114
b) Adäquate Kausalität.....	115
aa) Für die Adäquanz vorgebrachte Argumente.....	115
bb) Gegen die Adäquanz vorgebrachte Argumente.....	117
(1) Zum Ursprung der Kritik am Adäquanzkriterium..	117
(2). Argumente der Vertreter dieser Ansicht.....	119
cc) Streitentscheid.....	121

(1) Zu den Argumenten gegen das Kriterium der Adäquanz .....	122
(2). Zu den Argumenten für das Kriterium der Adäquanz .....	124
(3) Wertende Entscheidung .....	127
c) Kongruenz zwischen Vorteil und Schaden .....	129
d) Innerer Zusammenhang zwischen Vor- und Nachteil ....	130
e) Zum Kriterium der Förderung des verletzten Rechtsguts	132
f) Zum Kriterium der Sorgeleichtigkeit des Vorteils .....	133
g) Zur Lösung über das Statikprinzip .....	133
h) Die Wertungskriterien der Rechtsprechung .....	134
aa) Die Kritik der Literatur .....	134
bb) Zu den bereits behandelten Abgrenzungskriterien ...	135
cc) Zur Abgrenzung nach dem Zweck der Norm .....	135
dd) Zumutbarkeit für den Geschädigten und keine unbillige Entlastung des Schädigers .....	137
ee) Schlussfolgerung .....	139
i) Zwischenergebnis .....	139
3. Einschränkung des grundsätzlichen Ergebnisses in besonderen Konstellationen .....	140
a) Der Maßstab des § 254 Abs. 1 BGB bei Eigenleistungen des Geschädigten .....	142
b) Der Leistungszweck bei Dritteleistungen .....	145
aa) Generelle Behandlung von Dritteleistungen .....	145
bb) Sonderfall: Leistungen Dritter aufgrund vertraglicher Verpflichtung .....	147

c) Legalzessionen als Wertentscheidungen des Gesetzgebers .....	149
4. Praktische Durchführung der Vorteilsausgleichung .....	150
a) Berücksichtigung von Vorteilen Dritter .....	150
b) Zeitliches Auseinanderfallen von Vor- und Nachteil .....	151
c) Vorteilsausgleichung bei immateriellen Schäden, insbesondere bei Schmerzensgeldansprüchen .....	153
d) Vorteilsausgleichung bei abstrakter Schadensberechnung .....	154
e) Zur Beweislast für die Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung .....	155
f) Zur Art und Weise der Anrechnung eines Vorteils .....	156
VI. Zwischenergebnis zu Teil D .....	157
E. Die Vorteilsausgleichung im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG..	160
I. Anwendbarkeit der Vorteilsausgleichung im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG.....	161
1. Bejahende Auffassung .....	161
2. Ablehnende Auffassung .....	162
3. Stellungnahme .....	164
4. Die Vermeidung eines „ <i>windfall profit</i> “ als eigener Begründungsansatz der Vorteilsausgleichung? .....	167
5. Die Abgrenzung der Vorteilsausgleichung von der so genannten „ <i>nützlichen Pflichtverletzung</i> “ .....	169
II. Besonderheiten der Vorteilsausgleichung im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG.....	171

1. Vorbemerkung: Zum Verständnis der Vorteilsausgleichung im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum .....	171
a) Die Vorteilsausgleichung im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum .....	172
b) Übertragung des im Teil D erarbeiteten Verständnisses der Vorteilsausgleichung.....	174
2. Anpassung aufgrund der besonderen Zielsetzung des § 43 Abs. 2 GmbHG? .....	175
a) Die Zielsetzung des § 43 Abs. 2 GmbHG .....	176
aa) Schutz der Gesellschafter und Gesellschaftsgläubiger als Reflex .....	176
bb) Zu Präventions- und Kompensationsfunktion .....	177
b) Erforderlichkeit einer Modifikation der Vorteilsausgleichung .....	180
aa) Ansicht in Literatur und Rechtsprechung.....	180
bb) Eigene Bewertung .....	181
(1) Zur Präventionsfunktion.....	182
(2) Zur Kompensationsfunktion .....	183
(3) Interessengegensatz nur in eine Richtung denkbar	184
(4) Zwischenergebnis zur Anpassung der Vorteilsausgleichung aufgrund der Zielsetzung des § 43 Abs. 2 GmbHG .....	184
3. Zum Verhältnis von schädigendem Ereignis und Vorteil....	185
a) Grundsätzliche Anforderung .....	185
E. b) Verringerung der Kausalitätsanforderung im Organhaftungsrecht – Der Sonderfall sowohl verlust- als auch gewinnbringender Pflichtverletzungen .....	187



aa) Das Beispiel der Spekulationsgeschäfte – Die „Corealcredit“-Entscheidung des BGH.....	187
bb) Die Argumentation des BGH in dieser Entscheidung	188
cc) Die Ansichten in der Literatur.....	190
(1) Die vom BGH angeführte Literatur .....	190
(2) Ansicht in der übrigen Literatur .....	193
c) Stellungnahme .....	194
aa) Die Billigkeit und Zumutbarkeit einer Anrechnung..	196
bb) Die Parallele zum unberechtigten Geschäftsführer ohne Auftrag .....	197
cc) Der Grundsatz des Bereicherungsverbots .....	199
dd) Zur Treuwidrigkeit und Widersprüchlichkeit des Handelns der Gesellschaft.....	201
(1) Verstoß gegen die Treupflicht gegenüber dem Geschäftsführer.....	201
(2) Widersprüchliches Verhalten entgegen § 242 BGB	203
(3) Nach beiden Alternativen keine Treuwidrigkeit ....	205
ee) Die Berücksichtigung des Präventionsinteresses im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG .....	206
ff) Das Einwand vom fehlenden Anspruch bei Hinwegdenken des Schadens.....	207
gg) Die abweichende Rechtsprechung zur Falschberatung bei Finanzgeschäften .....	208
hh) Schlussfolgerung .....	212
4. Berücksichtigungsfähigkeit von Vorteilen der Gesellschafter .....	212

5. Behandlung von Kompensationshandlungen des Geschäftsführers .....	216
a) Zur Problemstellung .....	217
b) Behandlung in Rechtsprechung und Literatur .....	218
c) Stellungnahme .....	221
6. Anrechenbarkeit ersparter Aufwendungen .....	224
7. Berücksichtigung einer wirtschaftlichen Überforderung des Geschäftsführers durch die Haftung?.....	226
a) Problemstellung.....	227
b) Bedeutung der Vorteilsausgleichung und Stellung- nahme .....	230
8. Vorteilsausgleichung bei Kompetenzüberschreitung des Geschäftsführers .....	232
a) Zur Problemstellung .....	233
b) Behandlung in Rechtsprechung und Literatur .....	235
c) Stellungnahme .....	238
aa) Zum Verständnis der Vorteilsausgleichung .....	238
bb) Zur Behandlung weiterer Vorteile .....	239
(1) Einschränkung der Anrechenbarkeit von Vortei- len infolge dauerhafter Kompetenzüberschreitung.....	239
(2) Beschränkung auf schwerwiegende Kompetenzverstöße.....	242
(3) Ausgestaltung der Restriktion der Vorteilsausgleichung .....	243
d) Ergebnis .....	246
9. Zur Beweislast.....	246

a) Grundsätzliche Verteilung und Bedeutung .....	246
b) Zur Erforderlichkeit einer Anpassung der Beweislast .....	247
aa) Verschiebung zulasten des Geschäftsführers .....	247
bb) Verschiebung zugunsten des Geschäftsführers .....	248
c) Besonderheit: Ersparte Aufwendungen .....	250
d) Beweislast nach Ausscheiden des Geschäftsführers.....	252
III. Zwischenergebnis zu Teil E.....	253
F. Anwendung der bisherigen Ergebnisse auf einzelne Haftungskonstellationen .....	257
I. Kartell- oder Korruptionsverstöße des Geschäftsführers .....	257
II. Vorsätzliche Rechtsverletzungen zur Gewinnerzielung – Die „ <i>VW-Abgasaffäre</i> “ .....	261
1. Zum Hintergrund der „ <i>Abgasaffäre</i> “ .....	261
2. Zur Vorteilsausgleichung.....	263
3. Folgerungen aus dem Beispielfall.....	267
III. Ersparte Aufwendungen bei pflichtwidrigem Unterlassen – Der „ <i>Siemens/Neubürger</i> “-Fall .....	268
1. Zum Sachverhalt.....	268
2. Zur Vorteilsausgleichung.....	269
3. Folgerungen aus dem Beispielfall.....	272
G. Zusammenfassung der Ergebnisse und Fazit.....	273
I. Zusammenfassung der Ergebnisse.....	273
1. Zum Haftungssystem des § 43 Abs. 2 GmbHG.....	273
2. Zu den Tatbestandsvoraussetzungen des § 43 Abs. 2 GmbHG .....	273

3. Zur Rechtsfigur der Vorteilsausgleichung .....	274
4. Die Vorteilsausgleichung im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG .....	278
5. Anwendung der Ergebnisse auf einzelne Haftungskonstellationen .....	280
II. Fazit .....	282

## Literaturverzeichnis

- Abeltshauser,  
Thomas E.                      Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht, Köln u.a. 1998
- Ackermann, Hans-Peter                      Die deutsche und amerikanische Rechtsprechung zur Anrechenbarkeit von Erbschaftsstamm und -erträgen auf Unterhaltsansprüche (§ 844 Abs. 2 BGB) im Wege der Vorteilsausgleichung, Teil 1, JZ 1991, S. 818 ff., Teil 2, JZ 1991, S. 967 ff.
- Allner, Uwe                      Die tatsächliche Vermutung mit besonderer Berücksichtigung der GEMA-Vermutung, Pfaffenweiler 1993
- Altmeppen, Holger                      Haftung für Delikte „aus dem Unternehmen“, dargestellt am Fall „Dieselgate“, ZIP 2016, S. 97 ff.
- Altmeppen, Holger; Roth, Günther H.                      Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – Kommentar, 9. Auflage, München 2019 (zitiert als: Roth/Altmeppen/*Bearbeiter*)
- Armbrüster, Christian                      Verschwiegenheitspflicht des GmbH-Geschäftsführers und Abtretung von Vergütungsansprüchen, GmbHR 1997, S. 56 ff.
- Bachmann, Gregor                      Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, in:

- Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Band I, München 2014
- Baer, Susanne Rechtssoziologie, 3. Auflage, Baden-Baden 2017
- Bamberger, Heinz  
Georg et. al.  
(Hrsg.) Beck'scher Online-Kommentar BGB, 48. Edition, Stand 01.08.2018, München 2018 (zitiert als: BeckOK BGB/*Bearbeiter*)
- Bassler, Moritz Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens - kritische Würdigung der richterrechtlichen Beweislastumkehr im Kapitalanlegerberatungsrecht, WM 2013, S. 544 ff.
- Baumbach, Adolf;  
Hueck, Alfred  
(Hrsg.) GmbHG Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 21. Auflage, München 2017 (zitiert als: Baumbach/Hueck/*Bearbeiter*)
- Baumbach, Adolf;  
Hueck, Alfred  
(Hrsg.) GmbHG Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 18. Auflage, München 2006 (zitiert als: Baumbach/Hueck/*Bearbeiter* (18. Auflage))
- Bayer, Walter Legalitätspflicht der Unternehmensleitung, nützliche Gesetzesverstöße und Regress bei verhängten Sanktionen, in: Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, Köln 2009, S. 85 ff.
- Ders. Die Innenhaftung des GmbH-Geschäftsführers de lege lata und de lege ferenda, GmbHR 2014, S. 897 ff.

- Ders. Vorstandshaftung in der AG de lege lata und de lege ferenda, NJW 2014, S. 2546 ff.
- Bayer, Walter; Scholz, Philipp Haftungsbegrenzung und D&O-Versicherung im Recht der aktienrechtlichen Organhaftung, NZG 2014, S. 926 ff.
- Bayer, Walter; Scholz, Philipp Zulässigkeit und Grenzen des Kartellbußgeldregresses, GmbHR 2015, S. 449 ff.
- Bicker, Eike Legalitätspflicht des Vorstands – ohne Wenn und Aber?, AG 2014, S. 8 ff.
- Binder, Ulrike; Kraayvanger, Jan Regress der Kapitalgesellschaft bei der Geschäftsleitung für gegen das Unternehmen verhängte Geldbußen, BB 2015, S. 1219 ff.
- Boemke, Burkhard Aktuelles zum GmbH-Geschäftsführer aus arbeitsrechtlicher Sicht, RdA 2018, S. 1 ff.
- Boorgest, Kai Manipulation von Abgaswerten, Wiesbaden 2017
- Bork, Reinhard Verfolgungspflichten – Muss der Insolvenzverwalter alle Forderungen einziehen?, ZIP 2005, S. 1120 ff.
- Bork, Reinhard; Schäfer, Carsten (Hrsg.) GmbHG – Kommentar zum GmbH-Gesetz, 3. Auflage, Köln 2015 (zitiert als: Bork/Schäfer/*Bearbeiter*)
- Breithaupt, Werner Anmerkung zum Urteil des BGH vom 19.06.1952 – III ZR 295/51, NJW 1953, S. 97

- Brommer, Andreas      Folgen einer reformierten Aktionärsklage für die Vorstandsinnenhaftung, AG 2013, S. 121 ff.
- Bruck, Ernst; Möller, Hans; Sieg, Karl      Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Zweiter Band §§ 49-80 VVG, 8. Auflage, Berlin, New York 1980 (zitiert als: *Bruck/Möller*, VVG)
- Bryant, Jennifer      Gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbote für Geschäftsleiter, Hamburg 2013
- Büdenbender, Ulrich      Vorteilsausgleichung und Drittschadensliquidation bei obligatorischer Gefahrentlastung, Tübingen 1996 (zitiert als: *Büdenbender*, Gefahrentlastung)
- Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.)      Kartellrecht Kommentar, Band 1, 13. Auflage, Köln 2018 (zitiert als *Lange/Bunte/Bearbeiter*)
- Busche, Jan; Röhling, Andreas (Hrsg.)      Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Band 2, Köln 2014 (zitiert als *KK-KartR/Bearbeiter*)
- Cantzler, Klaus      Die Vorteilsausgleichung beim Schadenersatzanspruch, AcP 156 (1957), S. 29 ff.
- Casper, Matthias      Hat die grundsätzliche Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats im Sinne des ARAG/Garmenbeck-Urteils ausgedient?, ZHR 176 (2012), S. 617 ff.



Deutsch, Erwin	Allgemeines Haftungsrecht, 2. Auflage, Köln u.a. 1996
Dinkhoff, Marc	Der faktische Geschäftsführer in der GmbH, Baden-Baden 2003
Drachner, Linda	Vorteilsausgleichung im Schadensrecht, München 1987 (zitiert als: <i>Drachner</i> , Vorteilsausgleichung)
Dreher, Meinrad	Die kartellrechtliche Bußgeldverantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern, in: Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, S. 85 ff.
Drescher, Ingo	Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 7. Auflage, Köln 2013
Drygala, Tim	Zur Neuregelung der Tätigkeitsverbote für Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften, ZIP 2005, S. 423 ff.
Ebert, Ina	Pönale Elemente im deutschen Privatrecht, Tübingen 2004
Ebert, Sabine	Folgepflicht und Haftung des GmbH-Geschäftsführers beim Erhalt und bei der Ausführung von Weisungen, GmbHR 2003, S. 444 ff.
Eisenberg, Ulrich; Köbel, Ralf	Kriminologie, 7. Auflage, München 2017

- Enneccerus, Ludwig; Lehmann, Heinrich  
Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958 (zitiert als: *Enneccerus/Lehmann*, Schuldverhältnisse)
- Enneccerus, Ludwig; Lehmann, Heinrich  
Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Recht der Schuldverhältnisse, 12. Bearbeitung, Marburg 1932 (zitiert als: *Enneccerus/Lehmann*, Schuldverhältnisse (12. Bearbeitung))
- Erdmann, Elisabeth  
Anrechnung schadensmindernder Handlungen des Geschädigten auf den von ihm zu leistenden Ersatz, Düsseldorf 1934 (zitiert als: *Erdmann*, Anrechnung)
- Erm, Dominik  
Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld – ein Beitrag zur Fortentwicklung des Schadens(ersatz)rechts, Karlsruhe 2013 (zitiert als: *Erm*, Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld)
- Esser, Josef  
Zur Entwicklung der Lehre von der Vorteilsausgleichung, MDR 1957, S. 522 ff.
- Ders.  
Schuldrecht, 2. Auflage, Karlsruhe 1960
- Esser, Josef; Schmidt, Eike  
Schuldrecht, Band I Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Auflage, Heidelberg 2000 (zitiert als: *Esser/Schmidt*, Schuldrecht)
- Eufinger, Alexander  
Die Regresshaftung von Vorstand und Geschäftsführer für Kartellverstöße der Gesellschaft, VersR 2015, S. 1265 ff.

- Fischer, Hans Albrecht      Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Jena 1903
- Fleck, Hans-Joachim      Zur Beweislast für pflichtwidriges Organhandeln, GmbHR 1974, S. 237 ff.
- Ders.      Die Drittanstellung des GmbH-Geschäftsführers, ZHR 149 (1985), S. 387 ff.
- Ders.      Vertrag, unerlaubte Eigengeschäftsführung und Anspruchsverjährung, ZIP 1991, S. 1269ff.
- Fleischer, Holger      Die „Business Judgement Rule“ im Spiegel von Rechtsvergleichung und Rechtsökonomie, in: Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, München 2002, S. 827 ff.
- Ders.      Zur organschaftlichen Treuepflicht der Geschäftsleiter im Aktien- und GmbH-Recht, WM 2003, S. 1045 ff.
- Ders.      Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche“ Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern, ZIP 2005, S. 141 ff.
- Ders.      Kompetenzüberschreitungen von Geschäftsleitern im Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht, DStR 2009, S. 1204 ff.

- Ders. Das unternehmerische Ermessen des GmbH-Geschäftsführers und seine GmbH-spezifischen Grenzen, NZG 2011, S. 521 ff.
- Ders. Zur GmbH-rechtlichen Verantwortlichkeit des faktischen Geschäftsführers, GmbHR 2011, S. 337 ff.
- Ders. Aktienrechtliche Compliance-Pflichten im Praxistest: Das Siemens/Neubürger-Urteil des LG München I, NZG 2014, S. 321 ff.
- Ders. Regresshaftung von Geschäftsleitern wegen Verbandsgeldbußen, DB 2014, S. 345 ff.
- Ders. Ruinöse Managerhaftung: Reaktionsmöglichkeiten de lege lata und de lege ferenda, ZIP 2014, S. 1305 ff.
- Ders. Verjährung von Organhaftungsansprüchen: Rechtspraxis – Rechtsvergleichung – Rechtspolitik, AG 2014, S. 457 ff.
- Fleischer, Holger; Bauer, Leopold Von Vorstandsbezügen, Flugreisen, Festschriften, Firmensponsoring und Festessen – Vorstandshaftung für übermäßige Vergütung und „fringe benefits“, ZIP 2015, S. 1901 ff.
- Fleischer, Holger; Goette, Wulf (Hrsg.) Münchener Kommentar zum GmbHG, Band 1, 3. Auflage, München 2018; Band 2, 3. Auflage, München 2019 (zitiert als: MüKo-GmbHG/*Bearbeiter*)

Foerster, Max	Beweislastverteilung und Einsichtsrecht bei Inanspruchnahme ausgeschiedener Organmitglieder, ZHR 176 (2012), S. 221 ff.
Freund, Stefan	Konturierung der Organpflichten von Geschäftsführern und Vorständen, GmbHR 2011, S. 238 ff.
Führ, Martin	Der Dieselskandal und das Recht, NVwZ 2017, S. 265 ff.
Ganter, Hans Gerhard	Schadensberechnung und Vorteilsausgleichung in der Haftung der rechtsberatenden Berufe, NJW 2012, S. 801 ff.
Gehrlein, Markus; Born, Manfred; Si- mon, Stefan	GmbHG Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 4. Auflage, Köln 2018 (zitiert als: Gehrlein/Born/Simon/ <i>Bearbeiter</i> )
Geißler, Markus	Die Haftung des faktischen GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 2003, S. 1106 ff.
Geitzhaus, Georg	Verlustrücklagepflicht als Motor der Konzernplanung, GmbHR 1989, S. 397 ff.
Goette, Wulf	Zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast der objektiven Pflichtwidrigkeit bei der Organhaftung, ZGR 1995, S. 648 ff.
Ders.	Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Rechtsprechung des BGH, DStR 1998, S. 1308 ff.

- Ders. Leitung, Aufsicht, Haftung – zur Rolle der Rechtsprechung bei der Sicherung einer modernen Unternehmensführung, in: Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, Köln u.a. 2000, S. 123 ff.
- Ders. Die GmbH – Darstellung anhand der Rechtsprechung des BGH, 2. Auflage, München 2002 (zitiert als: *Goette*, Die GmbH)
- Goette, Wulf; Habersack, Mathias (Hrsg.) Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2, 5. Auflage, München 2019 (zitiert als: MüKo-AktG/*Bearbeiter*)
- Graeff, Peter; Schröder, Karolina; Wolf, Sebastian Der Korruptionsfall Siemens, Baden-Baden 2009
- Grigoleit, Hans Christoph GmbH-Recht nach dem MoMiG, München 2009
- Grüneberg, Christian Aktuelle Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, WM 2017, S. 11 ff., S. 61 ff.
- Grunsky, Wolfgang Hypothetische Kausalität und Vorteilsausgleichung, in: Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag am 25. Januar 1992, Stuttgart u.a. 1992, S. 469 ff.

- Grützner, Thomas;  
Boerger, Björn;  
Momsen, Carsten
- Die „Dieselaffäre“ und ihre Folgen für Compliance-Management-Systeme, CCZ 2018, S. 50 ff.
- Haas, Ulrich
- Die Disziplinierung des GmbH-Geschäftsführers im Interesse der Gesellschaftsgläubiger, Teil II, WM 2006, S. 1417 ff.
- Haase, Karsten
- Der Erholungsurlaub des Geschäftsführers einer GmbH aus rechtlicher Sicht, Teil I GmbHR 2005, S. 265 ff.; Teil II GmbHR 2005, S. 338 ff.
- Habersack, Matthias
- Die Legalitätspflicht des Vorstands der AG, in: Festschrift für Uwe H. Schneider, Köln 2011, S. 429 ff.
- Ders.
- Perspektiven der aktienrechtlichen Organhaftung, ZHR 177 (2013), S. 782 ff.
- Hachenburg, Max (Begr.)
- Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG); Großkommentar, Zweiter Band, 8. Auflage, Berlin, New York 1997 (zitiert als: Hachenburg/*Bearbeiter*)
- Hack, Frank Sebastian
- Vorstandsverantwortlichkeit bei Kartellrechtsverstößen, Frankfurt u.a., 2012 (zitiert als *Hack*, *Vorstandsverantwortlichkeit*)
- Harbarth, Stephan
- Unternehmerisches Ermessen des Vorstandes im Interessenkonflikt, in: Festschrift für

- Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, Köln 2012, S. 323 ff.
- Ders. Anforderungen an die Compliance-Organisation in börsennotierten Unternehmen, ZHR 179 (2015), S. 136 ff.
- Harbarth, Stephan; Jaspers, Philipp Verlängerung der Verjährung von Organhaftungsansprüchen durch das Restrukturierungsgesetz, NZG 2011, S. 368 ff.
- Harzenetter, Tobias Innenhaftung des Vorstands der Aktiengesellschaft für so genannte nützliche Pflichtverletzungen, Hamburg 2008 (zitiert als *Harzenetter*, Innenhaftung)
- Hauger, Nils F. W.; Palzer, Christoph Kartellbußen und gesellschaftsrechtlicher Innenregress, ZGR 2015, S. 33 ff.
- Heck, Philipp Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929
- Heidinger, Andreas; Leible, Stefan; Schmidt, Jessica (Hrsg.) Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Band 1, 3. Auflage, München 2017; Band 2, 3. Auflage, München 2017 (zitiert als: Michalski/*Bearbeiter*)
- Heisse, Matthias Die Beschränkung der Geschäftsführerhaftung gegenüber der GmbH, Köln 1987
- Henke, Horst-Eberhard Die Vorteilsausgleichung, in: Festschrift für Horst Hagen, Köln 1999, S. 371 ff.



- Henssler, Martin;  
Strohn, Lutz  
(Hrsg.)      Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, München  
2019 (zitiert als: Henssler/Strohn/*Bearbeiter*)
- Heyers, Johannes      Gestaltungsperspektiven aktienrechtlicher  
Organhaftung am Beispiel der Regressan-  
sprüche der Gesellschaft infolge von Kartel-  
lordnungswidrigkeiten, WM 2016,  
S. 581 ff.
- Hirte, Heribert;  
Mülbert, Peter;  
Roth, Markus  
(Hrsg.)      Aktiengesetz Großkommentar, Vierter  
Band, Teilband 2, 5. Auflage, Berlin, Mün-  
chen, Boston 2015 (zitiert als: GK-AktG/*Be-  
arbeiter*)
- Hoffmann, Gunter      Existenzvernichtende Haftung von Vor-  
ständen und Aufsichtsräten?, NJW 2012,  
S. 1393 ff.
- Höhn, Reinhard      Allgemeines Schuldrecht, Berlin 1934
- Hölters, Wolfgang  
(Hrsg.)      Aktiengesetz Kommentar, 3. Auflage, Mün-  
chen 2017 (zitiert als: Hölters/*Bearbeiter*)
- Horn, Norbert      Die Haftung des Vorstands der AG nach §  
93 AktG und die Pflichten des Aufsichts-  
rats, ZIP 1997, S. 1129 ff.
- Hucke, Anja      Geschäftsführer – Unternehmensleiter oder  
Geleitete?, AG 1994, S. 397 ff.
- Hüffer, Uwe      Vorteilsausgleich und Schmerzensgeld,  
VersR 1969, S. 500 ff.

- Hüffer, Uwe;  
Koch, Jens                      Aktiengesetz, 13. Auflage, München 2018  
(zitiert als: Hüffer/*Koch*)
- Illhardt, Daniel;  
Scholz, Phillip                Anrechnung von Gewinnen aus pflichtwid-  
rigen Geschäften, DZWIR 2013, S. 512 ff.
- Jacoby, Florian                Das private Amt, Tübingen 2007
- Janert, Ingo                    Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur  
Beschränkung der Geschäftsführerhaftung,  
BB 2013, S. 3016 ff.
- Jungmann, Carsten         Die Business Judgement Rule – ein Institut  
des allgemeinen Verbandsrechts?, in: Fest-  
schrift für Karsten Schmidt zum 70. Ge-  
burtstag, Köln 2009, S. 831 ff.
- Kersting, Christian         Organhaftung für Kartellbußen, ZIP 2016,  
S. 1266 ff.
- Kiel, Heinrich;  
Lunk, Stefan; Oet-  
ker, Hartmut  
(Hrsg.)                          Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht,  
Band 1, 4. Auflage, München 2018 (zitiert  
als MHdb ArbR/*Bearbeiter*)
- Kindler, Peter                 Pflichtverletzung und Schaden bei der Vor-  
standshaftung wegen unzureichender Com-  
pliance, in: Festschrift für Günther H. Roth  
zum 70. Geburtstag, München 2011,  
S. 367 ff.
- Klimke, Manfred             Vorteilsausgleich im immateriellen Be-  
reich, VersR 1969, S. 111 ff.

- Klingmüller, Ernst      Zum Problem eines gerechten Schadensausgleichs, VersR 1973, S. 385 ff.
- Knobbe-Keuk, Brigitte      „Steuervorteile“ und Schadensersatz, in: 25 Jahre Karlsruher Forum, Karlsruhe 1983, S. 134 ff.
- Koch, Jens      Beschränkung der Regressfolgen im Kapitalgesellschaftsrecht, AG 2012, S. 429 ff.
- Koch, Raphael      Fehlerhafte Weisungen eines Stiftungsrates und die Haftung des Stiftungsvorstandes, WM 2016, S. 2105 ff.
- Ders.      Die Erweiterung des Anwendungsbereichs der Beweislastumkehr im Kaufrecht, NJW 2017, S. 1068 ff.
- Kock, Martin; Dinkel, Renate      Die zivilrechtliche Haftung von Vorständen für unternehmerische Entscheidungen, NZG 2004, S. 441 ff.
- Krebs, Peter      Geschäftsführungshaftung bei der GmbH & Co. KG und das Prinzip der Haftung für sorgfaltswidrige Leitung, Baden-Baden 1991
- Krieger, Gerd      Beweislastumkehr und Informationsanspruch des Vorstandsmitglieds bei Schadensersatzforderungen nach § 93 Abs. 2 AktG, in: Festschrift für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag, Köln 2011, S. 717 ff.

- Krieger, Gerd;  
Schneider, Uwe H.  
(Hrsg.)                      Handbuch Managerhaftung, 3. Auflage,  
Köln 2017 (zitiert als: Hdb Mangerhaf-  
tung/*Bearbeiter*)
- Kunst, Egon                      Zur Sorgfaltspflicht und Verantwortlich-  
keit eines ordentlichen und gewissenhaften  
Geschäftsleiters, WM 1980, S. 758 ff.
- Kunz, Karl-Lud-                      Kriminologie, 7. Auflage, Bern 2016  
wig; Singelnstein,  
Tobias
- Lange, Hermann                      Die Vorteilsausgleichung, JuS 1978,  
S. 649 ff.
- Ders.                      Anmerkung zum Urteil des BGH vom  
06.06.1997 – V ZR 115/96, JZ 1998 S. 98 f.
- Lange, Hermann;  
Schiemann, Gott-                      Schadensersatz, 3. Auflage, Tübingen 2003  
fried
- Langenbucher,  
Katja                      Vorstandshandeln und Kontrolle - Zu eini-  
gen Neuerungen durch das UMAG, DStR  
2005, S. 2083 ff.
- Larenz, Karl                      Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band,  
München, Berlin 1953 (zitiert als: *Larenz*,  
Schuldrecht (1953))
- Ders.                      Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band,  
14. Auflage, München 1987 (zitiert als:  
*Larenz*, Schuldrecht)

Laumen, Hans-Willi	Die sog. tatsächliche Vermutung, MDR 2015, S. 1 ff.
Lehmann, Matthias	Die Swap-Malaise - Zur Aufklärungspflicht über den negativen Marktwert von Swap-Geschäften, NJW 2016, S. 2913 ff.
Leonhard, Franz	Die Beweislast, 2. Auflage, Berlin 1926
Lieder, Jan	Annexkompetenzen der Gesellschafterversammlung, NZG 2015, S. 569 ff.
Lindacher, Walter F.	Haftung des GmbH-Geschäftsführers und Einwand des Auswahl- und Überwachungsmitverschuldens, JuS 1984, S. 672 ff.
Lohr, Martin	Die Beschränkung der Innenhaftung des GmbH-GF, NZG 2000, S. 1204 ff.
Lohse, Andrea	Schmiergeld als Schaden? Zur Vorteilsausgleichung im Gesellschaftsrecht, in: Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, München 2010, S. 581 ff.
Lotze, Andreas	Haftung von Vorständen und Geschäftsführern für gegen Unternehmen verhängte Kartellbußgelder, NZKart 2014, S. 162 ff.
Lüneborg, Cäcilie; Resch, André Pierre	Die Ersatzfähigkeit von Kosten interner Ermittlungen und sonstiger Rechtsberatung im Rahmen der Organhaftung, NZG 2018, S. 209 ff.

- Lutter, Marcus                      Haftung und Haftungsfreiräume des GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 2000, S. 301 ff.
- Lutter, Marcus;  
Hommelhoff, Peter (Hrsg.)              GmbH-Gesetz Kommentar, 19. Auflage, Köln 2016 (zitiert als: Lutter/Hommelhoff/*Bearbeiter*)
- Marsch-Barner, Reinhard              Vorteilsausgleichung bei Schadensersatzhaftung nach § 93 AktG, ZHR 173 (2009), S. 723 ff.
- Medicus, Dieter;  
Lorenz, Stephan                      Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 21. Auflage, München 2015 (zitiert als: *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht)
- Menne, Martin                      Zum Rückgriffsanspruch der Treuhandanstalt gegen den vorläufigen Geschäftsführer eines Treuhandunternehmens nach § 16 Absatz II 3 TreuHG, VIZ 1998, S. 21 ff.
- Mertens, Hans-Joachim              Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, Stuttgart u.a. 1967
- Meyer-Landrut, Joachim; Miller, Georg; Niehus, Rudolf J.              Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbHG) einschließlich Rechnungslegung zum Einzel- sowie zum Konzernabschluß, Berlin, New York 1987 (zitiert als Meyer-Landrut/Miller/Niehus/*Bearbeiter*)
- Michalski, Lutz (Hrsg.)                      Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Band 2, München 2002,

- (zitiert als: Michalski/*Bearbeiter* (1. Auflage))
- Ders.                      Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Band 2, 2. Auflage, München 2010, (zitiert als: Michalski/*Bearbeiter* (2. Auflage))
- Mitsch, Wolfgang  
(Hrsg.)                      Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Auflage, München 2018 (zitiert als: KK-OWiG/*Bearbeiter*)
- Möller, Jochen                      Vorteilsanrechnung bei nützlichen Pflichtverletzungen im Kapitalgesellschafts- und Kartellrecht, Frankfurt u.a. 2012 (zitiert als: *Möller*, Vorteilsanrechnung)
- Mommsen, Friedrich                      Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855
- Mugdan, Benno  
(Hrsg.)                      Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 2, Berlin 1899 (zitiert als: *Mugdan*, Materialien)
- Müller-Glöge,  
Rudi; Preis, Ulrich;  
Schmidt, Ingrid  
(Hrsg.)                      Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Auflage, München 2018 (zitiert als: ErfK/*Bearbeiter*)

- Müller-Laube,  
Hans-Martin      Auswirkungen vorteilhafter Rechtsgeschäfte des Geschädigten auf die Schadensabrechnung mit dem Schädiger, JZ 1991, S. 162 ff.
- Musilak, Hans-Joachim; Voit,  
Wolfgang (Hrsg.)      Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 15. Auflage, München 2018 (zitiert als: Musilak/*Bearbeiter*)
- Oertman, Paul      Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, Berlin 1901
- Oppenheim, Robert      Die Pflicht des Vorstands zur Einrichtung einer auf Dauer angelegten Compliance-Organisation, DStR 2014, S. 1063 ff.
- Oswald, Thomas  
Christian      Anspruchsrelevante Verknüpfungshän-  
deltene im Schuldrecht, Frankfurt u.a. 2011  
(zitiert als: *Oswald*, Verknüpfungshän-  
deltene)
- Paefgen, Walter G.      Die Darlegungs- und Beweislast bei der Business Judgment Rule, NZG 2009, S. 891 ff.
- Ders.      „Compliance“ als gesellschaftsrechtliche Organpflicht?, WM 2016, S. 433 ff.
- Palandt, Otto  
(Begr.)      Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 77. Auflage, München 2018 (zitiert als: Palandt/*Bearbeiter*)
- Pauge, Burkhard      Vorteilsausgleich bei Sach- und Personenschäden, VersR 2007, S. 569 ff.



- Priester, Hans-Joachim; Mayer, Dieter, Wicke, Hartmut (Hrsg.)      Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3 Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 5. Auflage, München 2018 (zitiert als: MüHdb GesR/*Bearbeiter*)
- Prütting, Hanns      Gegenwartsprobleme der Beweislast, München 1983
- Rack, Manfred      Das Rechtsrisiko des Dunning-Kruger-Effekts – eine rechtspsychologische Erklärung für Rechtsverstöße wegen unterlassener präventiver Rechtsprüfung, Compliance-Berater 2017, S. 216 ff.
- Raiser, Thomas      Rechtssoziologie, 6. Auflage, Tübingen 2013
- Rauscher, Thomas; Krüger, Wolfgang      Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1, 5. Auflage, München 2016 (zitiert als: MüKo-ZPO/*Bearbeiter*)
- Rebmann, Kurt et al. (Hrsg.)      Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 3. Auflage, München 1985 (zitiert als: MüKo-BGB/*Bearbeiter* (3. Auflage)); Band 2, 8. Auflage, München 2019, Band 5/2, 7. Auflage, München 2017 (jeweils zitiert als: MüKo-BGB/*Bearbeiter*)

- Reichert, Jochem            Existenzgefährdung bei der Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen, ZHR 177 (2013), S. 756 ff.
- Rother, Werner            Haftungsbeschränkungen im Schadensrecht, München, Berlin 1965 (zitiert als: *Rother*, Haftungsbeschränkungen)
- Rudloff, Karl              Der Vorteilsausgleich als Gewinnabwehr und Glücksteilhabe, in: Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag, Tübingen 1967, S. 421 ff.
- Saenger, Ingo  
(Hrsg.)                      Zivilprozessordnung, 7. Auflage, Baden-Baden 2017 (zitiert als: Saenger/*Bearbeiter*)
- Saenger, Ingo; In-  
hester, Michael  
(Hrsg.)                      GmbHG Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2013 (zitiert als: Saenger/Inhester/*Bearbeiter*)
- Schäfer, Hans-  
Bernd; Ott, Claus        Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Auflage, Berlin, Heidelberg 2012
- Schauer, Martin            Zum Schadensbegriff bei der Haftung der Organe im Gesellschaftsrecht, in: Festschrift für Günther H. Roth zum 70. Geburtstag, München 2011, S. 687 ff.
- Schiemann, Gott-  
fried                        Vorteilsanrechnung beim werkvertraglichen Schadensersatz, NJW 2007, S. 3037 ff.

- Ders. Das Rätsel Vorteilsausgleichung, in: Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag, Tübingen 2010, S. 695 ff.
- Ders. Der Kartellschaden als Problem des allgemeinen Schadensrechts, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel, Baden-Baden 2011, S. 548 ff.
- Ders. Vorteilsausgleichung beim Schmerzensgeld, in: Festschrift für Lothar Jaeger zum 75. Geburtstag, Köln 2014, S. 411 ff.
- Schmidt, Karsten Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Köln u.a. 2002
- Ders. Geltendmachung der Geschäftsführerhaftung in Insolvenz und masseloser Liquidation, KTS 2005, S. 261 ff.
- Schmidt, Karsten; Lutter, Marcus (Hrsg.) Aktiengesetz Kommentar, I. Band, 3. Auflage, Köln 2015 (zitiert als Schmidt/Lutter/*Bearbeiter*)
- Schmidt-Leithoff, Christian (Hrsg.) Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbHG) Kommentar, 6. Auflage, München 2017 (zitiert als Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Bearbeiter*)
- Schmitt-Rolfes, Günter; Bergwitz, Christoph Beginn der Verjährung nach § 93 VI AktG, § 34 IV GmbHG und § 34 VI GenG, NZG 2006, S. 535 f.

- Schmoeckel, Matthias; Rückert, Joachim; Zimmermann, Reinhard Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band II, 1. Teilband, Tübingen 2007 (zitiert als: HKK/*Bearbeiter*)
- Schneider, Uwe H. Haftungsmilderung für Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer bei fehlerhafter Unternehmensleitung? In: Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag am 17. Oktober 1984, Berlin 1984, Seite 795 ff.
- Ders. Die Haftung von Mitgliedern des Vorstands und der Geschäftsführung bei Vertragsverletzungen der Gesellschaft, in: Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, München 2010, S. 905 ff.
- Scholz, Frank (Hrsg.) Kommentar zum GmbHG, II. Band, 7. Auflage, Köln 1988 (zitiert als: Scholz/*Bearbeiter* (7. Auflage))
- Ders. Kommentar zum GmbHG, II. Band, 11. Auflage, Köln 2013 (zitiert als: Scholz/*Bearbeiter*)
- Scholz, Philipp Die existenzvernichtende Haftung von Vorstandsmitgliedern in der Aktiengesellschaft, Jena 2014
- Schöne, Torsten; Petersen, Sabrina Regressansprüche gegen (ehemalige) Vorstandsmitglieder – quo vadis?, AG 2012, S. 700 ff.

- Schulze, Reiner  
(Schriftleitung)      Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar,  
10. Auflage, Baden-Baden 2019 (zitiert als:  
Hk-BGB/*Bearbeiter*)
- Schwab, Martin      Das Prozeßrecht gesellschaftsinterner  
Streitigkeiten, Tübingen 2005
- Siegmann,  
Matthias; Vogel,  
Joachim      Die Verantwortlichkeit des Strohmanngeschäftsführers einer GmbH, ZIP 1994,  
S. 1821 ff.
- Sievers, Alexander      Rechtsprechungsübersicht zur Abgasthematik (EA 189), DAR 2016, S. 543 ff., Teil II, DAR 2017, S 538 ff.
- Soergel, Hans Theodor (Begr.)      Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, 12. Auflage, Stuttgart 1990 (zitiert als: Soergel/*Bearbeiter* (12. Auflage))
- Ders.      Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 3/2, 13. Auflage, Stuttgart 2014; Band 10, 13. Auflage, Stuttgart 2012 (zitiert als: Soergel/*Bearbeiter*)
- Sonnenberger,  
Hans Jürgen      Der Vorteilsausgleich – rechtsvergleichende Anmerkungen zu einer fragwürdigen Rechtsfigur, in: Festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1995, S. 723 ff.

- Spindler, Gerald                      Unternehmensorganisationspflichten – Zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Regelungskonzepte, 2. Auflage, Göttingen 2011 (zitiert als: *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten)
- Spindler, Gerald;  
Stilz, Eberhard                      Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, 2. Auflage, München 2010 (zitiert als: Spindler/Stilz/*Bearbeiter* (2. Auflage))
- Dies.                                      Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, 4. Auflage, München 2019 (zitiert als: Spindler/Stilz/*Bearbeiter*)
- Stein, Ursula                          Das faktische Organ, Köln 1984
- Dies.                                      Die Normadressaten der §§ 64, 68 GmbHG und die Verantwortlichkeit von Nichtgeschäftsführern wegen Konkursverschleppung, ZHG 148 (1984), S. 207 ff.
- Stintzing, Wolfgang                Findet Vorteilsanrechnung beim Schadensersatzanspruch statt?, Leipzig 1905
- Strohal, Emil  
(Hrsg.)                                  Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Auflage, Berlin 1914 (zitiert als: Planck/*Bearbeiter*)
- Strohn, Lutz                            Beratung der Geschäftsleitung durch Spezialisten als Ausweg aus der Haftung, ZHR 176 (2012), S. 137 ff.

Sturm, Andreas	Die Verjährung von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegen Leitungsorganmitglieder gemäß §§ 93 Abs. 6 AktG, 43 Abs. 4 GmbHG, 34 Abs. 6 GenG, Jena 2005
Thesling, Hans-Josef	Die Vorteilsausgleichung, Bonn 1994 (zitiert als: <i>Thesling</i> , Vorteilsausgleichung)
Thiele, Wolfgang	Gedanken zur Vorteilsausgleichung, AcP 167 (1967), S. 193 ff.
Thiessen, Jan	Zur Neuregelung der Verjährung im Handels- und Gesellschaftsrecht, ZHR 168 (2004), S. 503 ff.
Thole, Christoph	Managerhaftung für Gesetzesverstöße, ZHR 173 (2009), S. 504 ff.
Thomas, Stefan	Die Haftungsfreistellung von Organmitgliedern, Tübingen 2010
Thöni, Wilfried	Zur Haftung des GmbH-Gesellschafters in Geschäftsführungsangelegenheiten, GmbHR 1989, S. 187 ff.
Thüsing, Gregor	Wertende Schadensberechnung, München 2001 (zitiert als: <i>Thüsing</i> , Schadensberechnung)
Timm, Wolfram	Wettbewerbsverbot und „Geschäftschancen“-Lehre im Recht der GmbH, GmbHR 1981, S. 177 ff.

- Timme, Michael Die abstrakte Berechnung des Käuferschadens, JA 1998, S. 895 ff.
- Traeger, Ludwig Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, Marburg 1904
- Ulmer, Peter (Hrsg.) Hachenburg, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 8. Auflage, Berlin, New York 1997 (zitiert als: Hachenburg/*Bearbeiter*)
- Ulmer, Peter; Habersack, Mathias; Winter, Martin (Hrsg.) Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Großkommentar, Band II, Tübingen 2006 (zitiert als: Ulmer/*Bearbeiter* (1. Auflage))
- Dies. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Großkommentar, Band I, 2. Auflage, Tübingen 2013, Band II, 2. Auflage, Tübingen 2014 (zitiert als: Ulmer/*Bearbeiter*)
- Verse, Dirk A. Die *actio pro socio* im Personengesellschafts- und GmbH-Recht nach der Reform der derivativen Aktionärsklage, in: Festschrift für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag, Köln 2011, S. 1325 ff.
- Vetter, Jochen Reformbedarf bei der Aktionärsklage nach § 148 AktG? In: Festschrift für Michael Hoffman-Becking zum 70. Geburtstag, München 2013, S. 1317ff.



- von Bredow, Maria  
 von Bredow, Maria  
 von Koppenfels-Spies, Katharina  
 von Staudinger, Julius (Begr.)  
 Ders.  
 Wagner, Gerhard
- Verminderung der Schadensersatzpflicht als Folge von Rechtsverhältnissen des Geschädigten zu Dritten, Breslau 1930 (zitiert als: *von Bredow*, Verminderung)
- Richtungswechsel in der Rechtsprechung zur Vorteilsausgleichung?, *VersR* 2005, S. 1511 ff.
- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 249 – 254 (Schadensersatzrecht), Berlin, Neubearbeitung 2005, (zitiert als: *Staudinger/Bearbeiter* (Neubearbeitung 2005))
- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, §§ 241-243 (Treu und Glauben), Berlin, Neubearbeitung 2015; §§ 249 – 254 (Schadensersatzrecht), Berlin, Neubearbeitung 2017; §§ 677 – 704 (Geschäftsführung ohne Auftrag), Berlin, Neubearbeitung 2015; §§ 812-822 (Ungerechtfertigte Bereicherung), Berlin 2007; § 823 A-D, Berlin, Neubearbeitung 2017 (insgesamt zitiert als: *Staudinger/Bearbeiter*)
- Organhaftung im Interesse der Verhaltenssteuerung – Skizze eines Haftungsregimes, *ZHR* 178 (2014), S. 227 ff.

- Warning, Susanne      Manager mit beschränkter Haftung - Die D&O-Versicherung im Rahmen der Corporate Governance, München, Mering, 2016
- Weiß, Matthias M.      D&O-Versicherung: Grundzüge und aktuelle Fragen, GmbHR 2014, S. 574 ff.
- Wendehorst, Christiane      Anspruch und Ausgleich. Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, Tübingen 1999 (zitiert als: *Wendehorst*, Ausgleich)
- Wernecke, Frauke      Abwehr und Ausgleich „aufgedrängter Bereicherungen“ im Bürgerlichen Recht, Berlin 2004
- Werner, Alfred      Vorteilsausgleichung, Kausalität und das Wesen der Schadensersatzpflicht, NJW 1955, S. 769 ff.
- Westermann, Harm Peter; Grunewald, Barbara; Maier-Reimer, Georg (Hrsg.)      Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Band I, 15. Auflage, Köln 2017 (zitiert als: Erman/*Bearbeiter*)
- Weycharadt, Dieter      Zum Problem der Vorteilsausgleichung, DB 1966, S. 1552 ff.
- Wicke, Hartmut      Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 3. Auflage, München 2016 (zitiert als: *Wicke*)

- Wilhelm, Jan                      Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, Köln u.a. 1981
- Winter, Martin                    Mitgliedschaftliche Treuebindung im GmbH-Recht, München 1988
- Wurm, Felix J.                    Verbotene Zuwendungen im internationalen Wirtschaftsverkehr und die aktienrechtliche Haftung des Vorstands einer Aktiengesellschaft, Bonn 1989
- Zimmermann,  
Martin                              Kartellrechtliche Bußgelder gegen Aktiengesellschaft und Vorstand: Rückgriffsmöglichkeiten, Schadensumfang und Verjährung, WM 2008, S. 433 ff.
- Zoller, Michael                    (Keine) Aufklärungspflicht anlageberater der Banken über den negativen Marktwert bei Swap-Verträgen?, NJW 2015, S. 2220 ff.
- Zöllner, Wolfgang;  
Noack, Ulrich  
(Hrsg.)                              Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2/1, 3. Auflage, Köln 2010 (zitiert als: KK-AktG/*Bearbeiter*)



## A. Einleitung und Gang der Darstellung

Das Problem der Haftung der vertretungsberechtigten Organe von Kapitalgesellschaften, seien es Vorstand oder Geschäftsführer, hatte in Deutschland lange Zeit eher geringe praktische Bedeutung. Solange sie die Gesellschaft nicht vorsätzlich oder unter Verletzung von Strafgesetzen geschädigt hatten, war oftmals war die einzige Sanktion für erfolglose genau wie für pflichtwidrig handelnde Manager die Abberufung und Beendigung des Anstellungsverhältnisses. Dies änderte sich grundlegend erst mit dem bekannten Urteil des BGH in der Sache ARAG/Garmenbeck aus dem Jahr 1997,<sup>1</sup> in dem der BGH eine Pflicht des Aufsichtsrates einer AG zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Vorstand betonte.

In Folge dieser Rechtsprechung geriet das Thema der Organhaftung stärker in den Fokus von Wissenschaft und Praxis.<sup>2</sup> Die potentiell gravierenden Auswirkungen des aktuellen Haftungssystems wurden durch ein Urteil des LG München verdeutlicht, welches am 10.12.2013 ein Vorstandsmitglied der Siemens AG zu Schadensersatz in Höhe von 15 Millionen Euro verurteilte.<sup>3</sup> Und auch in Folge des momentanen Skandals um die Volkswagen AG aufgrund des massenhaften Verkaufs manipulierter Dieselfahrzeuge<sup>4</sup> sind vermutlich hohe Regressklagen gegen gegenwärtige oder ehemalige Vorstandsmitglieder zu erwarten. Die jüngere wissenschaftliche Diskussion zu diesem Thema beschränkt sich dabei ganz überwiegend auf die Haftung des Vorstandes der Aktiengesellschaft gemäß § 93 AktG sowie teilweise noch die des Aufsichtsrates nach § 116 AktG. Demgegenüber konzentriert sich die vorliegende Arbeit auf die vielleicht nicht summen-, aber doch zahlenmäßig bedeutsamere Haftung des GmbH-Geschäftsführers, die im

---

<sup>1</sup> BGHZ 135, 244.

<sup>2</sup> Vgl. etwa den FAZ-Artikel vom 12.1.2015: „*Manager haften immer stärker*“. So auch die Einschätzung von Hdb Managerhaftung/*Schneider*, § 2 Rn. 2.3.

<sup>3</sup> LG München I, NZG 2014, 345, 345 ff.

<sup>4</sup> Siehe dazu unten unter F.III.

wissenschaftlichen Diskurs bislang eher wenig beachtet wurde. Bedenkt man, dass der Wortlaut der zentralen Norm zur Haftung des Geschäftsführers, § 43 GmbHG, seit Inkrafttreten des GmbHG 1892 quasi unverändert Bestandteil des GmbH-Rechts ist, überrascht es, wie viele Aspekte der Geschäftsführerhaftung noch ungeklärt sind.

Dies betrifft insbesondere einen wichtigen Aspekt der zentralen Frage jeder Haftung: Für welche Schäden wird in welcher Höhe gehaftet? Diesbezüglich wird meist lediglich auf die auch im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG maßgebliche Differenzhypothese verwiesen. Hauptstreitpunkt war lange lediglich die maßgeblich von *Mertens* geprägte Lehre vom „*besonderen gesellschaftsrechtlichen Schadensbegriff*“.<sup>5</sup> Weitgehend ungeklärt ist demgegenüber, ob, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang die Grundsätze der Vorteilsausgleichung im Rahmen der Haftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG Anwendung finden.

Gemäß den allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen der Vorteilsausgleichung ist unter bestimmten Voraussetzungen ein Schaden um einen im Zusammenhang damit erlangten Vorteil zu mindern.<sup>6</sup> Dabei sind jedoch bereits die allgemeinen Grundsätze, insbesondere die Tatbestandsvoraussetzungen, seit langer Zeit hoch umstritten. Bezogen auf das Haftungsrecht der GmbH ist die Anwendung dieser Grundsätze bislang wenig erforscht<sup>7</sup> und „*bisher nicht systematisch aufgearbeitet*“,<sup>8</sup> wobei bereits streitig ist, ob diese Grundsätze überhaupt auf das GmbH-Recht Anwendung finden.<sup>9</sup> Die jüngere Literatur konzentrierte sich demgegenüber ganz überwiegend auf die Frage, ob durch Korruption und Kartellbildung erzielte Gewinne auf einen durch diesen Pflichtverstoß entstandenen Schaden anzurechnen sind,

---

<sup>5</sup> Vgl. dazu Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 179f.

<sup>6</sup> Vgl. dazu MüKo-BGB/*Oettker*, § 249 Rn. 228 ff.

<sup>7</sup> Ausführlich lediglich *Möller*, Vorteilsanrechnung, jedoch ohne Fokus auf die GmbH und mit deutlichem Schwerpunkt auf Korruptions- und Kartellrechtsverstöße.

<sup>8</sup> So MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 45.

<sup>9</sup> Kritisch etwa Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 182 f.

während grundsätzliche Untersuchungen fehlen.<sup>10</sup> Zudem beschäftigen sich auch die vorgenannten Arbeiten nicht mit den Besonderheiten des GmbH-Rechts; meist wird stattdessen allgemein auf das Recht der Kapitalgesellschaften<sup>11</sup> oder explizit das der AG<sup>12</sup> Bezug genommen.

Im Rahmen dieser Arbeit soll daher der Frage nachgegangen werden, ob, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang die Grundsätze der Vorteilsausgleichung im Rahmen der Haftung des GmbH-Geschäftsführers für Pflichtverletzungen Anwendung finden. Hierbei wird sich diese Arbeit auf die allgemeine Haftung für Pflichtverletzungen des Geschäftsführers gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG beschränken, um den gebotenen Umfang zu wahren und der Tatsache Rechnung zu tragen, dass insbesondere die Haftung in der Krise sowie die Haftung aus Sondertatbeständen des GmbH-Rechts wie etwa § 43 Abs. 3 GmbHG zahlreiche Spezialprobleme aufweisen, die einer gesonderten Behandlung bedürfen. Auch auf die Frage der Vorteilsausgleichung bei Korruptionsverstößen oder Kartellbildung soll nicht vertieft eingegangen werden, da diese Spezialprobleme, wie erwähnt, bereits wiederholt diskutiert worden sind.<sup>13</sup>

Zur Heranführung an das Thema wird in einem ersten Schritt das gegenwärtige System der Haftung des Geschäftsführers für Pflichtverletzungen gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG dargestellt.

Im zweiten Schritt wird sodann in der gebotenen Kürze auf die Tatbestandsvoraussetzungen der Norm eingegangen. Hierbei wird insbesondere auf die den Geschäftsführer treffenden Pflichten, die den ihm dabei eingeräumten Ermessenspielraum sowie, als Spezifikum der GmbH gegenüber der AG, die Möglichkeit einer Weisungserteilung durch die

---

<sup>10</sup> Vgl. etwa *Kindler*, in: FS Roth, S. 367, 373 ff.; *Lohse*, in: FS Hüffer, S. 581 ff.; *Marsch-Barner*, ZHR 173 (2009), S. 723 ff.; *Möller*, Vorteilsanrechnung; *Thole*, ZHR 173 (2009), S. 504, 526 ff. Siehe dazu ausführlich und mit weiteren Nachweisen unten unter F.I.

<sup>11</sup> So beispielsweise *Möller*, Vorteilsanrechnung.

<sup>12</sup> So *Marsch-Barner*, ZHR 173 (2009), S. 723 ff.

<sup>13</sup> Vgl. Nachweise unter Fußnote 9 sowie unten unter F.I.

Gesellschafter einzugehen sein. Ebenfalls zu untersuchen ist die gerade für die praktische Durchsetzung von Haftungsansprüchen ausgesprochen bedeutsame Frage der Darlegungs- und Beweislast im Falle eines geltend gemachten Schadensersatzanspruchs.

Nachfolgend wird sodann ein das allgemeine Rechtsinstitut der Vorteilsausgleichung zu untersuchen sein. Anders als die im vorherigen Abschnitt ist in Bezug auf die Vorteilsausgleichung bereits deren grundlegende Struktur streitig. Einleitend ist es daher erforderlich, die Grundlagen und die Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten zu beleuchten. Anschließend werden die im Laufe der Zeit entstandenen Ansichten in Literatur und Rechtsprechung dargestellt, eine Bewertung vorgenommen und ein eigenes Verständnis der Vorteilsausgleichung im Allgemeinen entwickelt werden.

Nach der Darstellung der Vorteilsausgleichung im Allgemeinen wird sodann die Anwendung dieses Rechtsinstituts auf die Geschäftsführerhaftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG behandelt. Hierbei wird im ersten Schritt darauf eingegangen, ob die Vorteilsausgleichung im Haftungsrecht der GmbH überhaupt Anwendung findet und wie diese Frage von Rechtsprechung und Literatur beantwortet wird. Im weiteren Verlauf dieses Abschnitts wird sodann untersucht werden, ob und wie das zuvor entwickelte Verständnis der Vorteilsausgleichung aufgrund der besonderen Verhältnisse innerhalb einer GmbH sowie der Ausgestaltung speziell des Haftungsanspruchs gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG anzupassen ist.

Das so entwickelte Verständnis der Vorteilsausgleichung im Rahmen der Geschäftsführerinnenhaftung wird anschließend auf drei beispielhaft ausgewählte Sachverhaltskonstellationen angewandt und der Frage nachgegangen werden, ob sich auf diese Weise praktikablen Ergebnisse erzielen lassen und welche Auswirkungen eine Anwendung dieses Verständnisses für die Praxis hätte.

Abschließend werden die Ergebnisse der Untersuchung zusammengefasst und ein Fazit gezogen werden.



## B. Das Haftungssystem des § 43 Abs. 2 GmbHG

In einem ersten Schritt ist das generelle System der Haftung des GmbH-Geschäftsführers nach § 43 Abs. 2 GmbHG darzustellen. Hierzu sollen in diesem Kapitel zuerst die Grundlagen des Haftungssystems beleuchtet werden und dabei der Frage nachgegangen werden, wer Adressat der Norm ist und wie sich Normzweck und Normgeschichte darstellen, während die genauen Tatbestandsvoraussetzungen erst im darauffolgenden Schritt dargestellt werden.<sup>14</sup> Dabei ist zu beachten, dass die Grundstrukturen der Haftung zwar im Detail seit langem umstritten sind, etwa bezüglich der Haftung des faktischen Geschäftsführers,<sup>15</sup> des Verhältnisses des § 43 Abs. 2 GmbHG zum Geschäftsführeranstellungsvertrag<sup>16</sup> oder auch des Verhältnisses der Haftungsziele zueinander,<sup>17</sup> die grundsätzlichen Umrisse aber sowohl unstrittig als auch zur Genüge an anderer Stelle detailliert dargestellt worden sind, wobei insbesondere auf die entsprechenden Kommentierungen verwiesen werden kann.<sup>18</sup> Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich daher zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf das zum Verständnis des Haftungssystems Essentielle. Insbesondere werden Meinungsstreitigkeiten, auf deren Entscheidung es für die hier untersuchte Frage der Vorteilsausgleichung im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG nicht ankommt, nur knapp dargestellt und dort auf eigene Bewertungen verzichtet, wo dies für den Fortgang der Untersuchung nicht erforderlich ist. Für eine vertiefte Darstellung zu den hier nur angerissenen Problemen kann demgegenüber erneut auf die eingangs genannten Kommentierungen verwiesen.<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> Siehe dazu unter Teil C.

<sup>15</sup> Siehe dazu unten unter Teil B.VI.1.b).

<sup>16</sup> Siehe dazu unten unter B.V.

<sup>17</sup> Siehe dazu unten unter Teil B.II.

<sup>18</sup> Vgl. nur die jeweils umfangreichen Ausführungen bei MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 1 ff., Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 1 ff. oder Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 1 ff.

<sup>19</sup> Siehe dazu oben unter Fn. 5.

## I. Die Haftungsverteilung in der GmbH

Um das gegenwärtige Haftungssystem des deutschen GmbH-Rechts in Bezug auf die Haftung des Geschäftsführers zu verstehen und seine Funktionalität zu bewerten ist neben der Frage, welchen Zwecken die Haftung des Geschäftsführers dient,<sup>20</sup> essentiell, zu berücksichtigen, *wofür* der Geschäftsführer gemäß dem in § 43 Abs. 2 GmbHG geregelten System haften soll beziehungsweise wofür er gerade nicht haften soll.

Grundsätzlich regelt § 43 Abs. 2 GmbHG die Haftung des Geschäftsführers für Pflichtverletzungen im Organverhältnis.<sup>21</sup> Der Geschäftsführer führt die Geschäfte der GmbH für die Gesellschafter.<sup>22</sup> Verletzt er dabei seine ihm gegenüber der Gesellschaft obliegenden Pflichten, kann dies eine Haftung auslösen.<sup>23</sup>

Der Geschäftsführer haftet daher nur dann aus § 43 Abs. 2 GmbHG, wenn er seine Pflichten verletzt.<sup>24</sup> Demgegenüber haftet der Geschäftsführer als Fremdverwalter gerade nicht für Verbindlichkeiten der Gesellschaft<sup>25</sup> und vor allem nicht für deren wirtschaftlichen Erfolg. Das Risiko der Wirtschaftlichkeit (auch „*Unternehmerisiko*“<sup>26</sup> genannt) tragen vielmehr die Gesellschafter und, in gewissem Umfang, die Gesellschaftsgläubiger. Dies bedeutet nicht, dass eine Haftung für Missmanagement ausgeschlossen ist, geschuldet ist jedoch kein bestimmter Erfolg und allein die Tatsache, dass sich das allgemeine wirtschaftliche Risiko jeder unternehmerischen Tätigkeit verwirklicht hat, begründet keine Haftung.<sup>27</sup>

---

<sup>20</sup> Vgl. dazu sogleich unter B.II.

<sup>21</sup> Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 1; Henssler/Strohn/*Oetker*, § 43 GmbHG Rn. 1.

<sup>22</sup> MüHdbGesR/*Diekmann/Marsch-Barner*, Band 3, § 41 Rn. 1.

<sup>23</sup> Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 165.

<sup>24</sup> Saenger/*Inhexter/Lücke/Simon*, § 43 Rn. 39.

<sup>25</sup> Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 8.

<sup>26</sup> Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 8.

<sup>27</sup> Michalski/*Haas/Ziemons* (2. Auflage), § 43 Rn. 22a. Zum Aktienrecht vgl. BGHZ 134, 244, 253 ff., *Horn*, ZIP 1997, 1129, 1131.

## II. Normzweck des § 43 Abs. 2 GmbHG

Neben der Frage, wofür der Geschäftsführer haftet, ist fundamental, *warum* er haftet. § 43 Abs. 2 GmbHG verfolgt hierbei verschiedene Ziele,<sup>28</sup> wobei die Frage nach der Bedeutung der jeweiligen Ziele wird jedoch nicht einheitlich beantwortet wird.

### 1. Anreiz zu pflichtgemäßem Verhalten des Geschäftsführers

Ein Regelungsziel der Geschäftsführerhaftung ist dabei unstreitig die Steuerung des Verhaltens des Geschäftsführers.<sup>29</sup> Die Möglichkeit, das Pflichtverletzungen durch Schadensersatzforderungen geahndet werden können und so potentiell direkt auf das persönliche Vermögen des Geschäftsführers durchschlagen, soll diesen dazu motivieren, Pflichtverletzungen zu vermeiden und auf diese Weise präventiv Schäden der Gesellschaft vorbeugen.<sup>30</sup> Aus diesem Grund wird diesbezüglich auch von der Präventionsfunktion des Innenhaftungsrechts gesprochen. Welchen Stellenwert dieser Funktion dabei zukommt, wird unterschiedlich beantwortet: Während manche die Möglichkeit der präventiven Verhaltenssteuerung durch Organhaftung generell für eher begrenzt halten,<sup>31</sup> sehen andere gerade in der verhaltenslenkenden Funktion der Hauptzweck der Haftung.<sup>32</sup> Einigkeit besteht jedenfalls dahingehend, dass die Haftung des Geschäftsführers keine Vergeltungs- oder Genugtuungsfunktion habe.<sup>33</sup>

---

<sup>28</sup> MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 2.

<sup>29</sup> Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 1; *Fleischer*, ZIP 2014, 1305, 1310; *Haas*, WM 2006, 1417ff.; *Ulmer/Paefgen*, § 43 Rn. 4.

<sup>30</sup> Ausführlich zur präventiven Wirkung *Thomas*, Die Haftungsfreistellung von Organmitgliedern, S. 147 ff.

<sup>31</sup> BGHZ 134, 392, 398 f.; *Goette*, in: FS BGH, S. 124; aufbauen auf einer empirischen Untersuchung *Hucke*, AG 1994, S. 397, 402.

<sup>32</sup> *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926, 928; *Vetter*, in: FS Hoffman-Becking, S. 1324 f.; *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227, 255 ff.

<sup>33</sup> MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 2; *Thomas*, Die Haftungsfreistellung von Organmitgliedern, S. 163 ff.

## 2. Ausgleich von Vermögensnachteilen der Gesellschaft

Neben dem Ziel der Schadensprävention soll der Schadensersatzanspruch, entsprechend dem generellen Ausgleichsgedanken des deutschen Schadensersatzrechts,<sup>34</sup> die bei der Gesellschaft entstandenen Schäden ausgleichen, indem die Gesellschaft so gestellt wird, wie sie ohne das schädigende Ereignis stünde.<sup>35</sup> Die Bedeutung dieser Funktion wird zwar in neuer Zeit teilweise als nachrangig angesehen,<sup>36</sup> ihre Existenz wird jedoch auch von diesen kritischen Stimmen regelmäßig nicht angezweifelt.<sup>37</sup>

## 3. Mittelbarer Schutz von Gesellschaftern und Gläubigern

Über die vorgenannten Regelungsziele hinaus sollen durch den Schutz der Gesellschaft vor Vermögensverlusten mittelbar auch die Gesellschafter als Träger des Gesellschaftsvermögens geschützt werden.<sup>38</sup> Ebenso mittelbar geschützt werden die Gläubiger,<sup>39</sup> da die Regelung durch die präventive Verhinderung oder den nachträglichen Ausgleich von Vermögensschäden zugleich die Stellung der Gesellschaft als solvente Schuldnerin absichert.<sup>40</sup> Im Vergleich zu den Gläubigern

---

<sup>34</sup> Vgl. hierzu nur Palandt/*Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 2.

<sup>35</sup> *Fleischer*, ZIP 2014, 1305, 1310; *Schneider*, in: FS Werner, S. 807; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 6; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 4.

<sup>36</sup> *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926, 928; *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227, 253 ff. Vgl. zum Aktienrecht *Vetter*, in: FS Hoffmann-Becking, S. 1323 f. Kritisch zu dieser Position *Fleischer*, ZIP 2014, 1305, 1310; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 2 jeweils m.w.N.

<sup>37</sup> Wörtlich *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926, 928: „Das heißt nicht, dass die Haftung nicht mehr auf den Ausgleich eines erlittenen Schadens gerichtet sein sollte [...]“. Die Ausgleichsfunktion im Rahmen der Vorstandshaftung aufgrund der praktischen Häufigkeit von hiergegen abgeschlossenen Vermögensschadenshaftpflichtversicherungen (sog. D&O-Versicherungen) ablehnend jedoch *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227, 253 ff.

<sup>38</sup> *Michalski/Ziemons*, § 43 Rn. 7 m.w.N.; *Schneider*, in: FS Werner, S. 802.

<sup>39</sup> *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 1; *Goette*, DStR 1998, 1308; *Michalski/Ziemons*, § 43 Rn. 7 m.w.N.

<sup>40</sup> *Michalski/Ziemons*, § 43 Rn. 7; *Roth/Altmeyen/Altmeyen*, § 43 Rn. 57.

etwa einer AG ist die Bedeutung des Gläubigerschutzes bei der Geschäftsführerinnenhaftung jedoch bereits strukturell geringer, da, worauf noch einzugehen ist,<sup>41</sup> ein Geschäftsführer sich anerkanntermaßen nicht pflichtwidrig verhält, wenn er auf Weisung der Gesellschafter handelt und im Rahmen solcher Konstellationen die Interessen der Gesellschaftsgläubiger nicht berücksichtigt werden.<sup>42</sup>

### III. Zur Geschichte der Norm

Der Wortlaut des § 43 Abs.2 GmbHG ist, wie die gesamte Norm des § 43 GmbHG, bereits seit 1892 Bestandteil des GmbHG.<sup>43</sup> Wesentliche Änderungen erfolgten bis heute nicht.<sup>44</sup> Das vom Gesetzgeber mit dieser Norm bezweckte Ziel war dabei eine Regelung vergleichbar der zur Verantwortlichkeit des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft.<sup>45</sup>

Eine weitreichende Änderung war im Zuge der geplanten, aber letztlich gescheiterten GmbH-Reform im Jahr 1971 vorgesehen: § 43 GmbHG sollte durch § 75 Regierungs-Entwurf ersetzt werden, der sich noch näher am Recht der Aktiengesellschaft orientierte.<sup>46</sup>

Lediglich für infolge der deutschen Wiedervereinigung auftretende Sonderkonstellationen erfuhr § 43 GmbHG mit Wirkung bis zum 31.07.1990 durch das Treuhandgesetz eine Modifikation: Gemäß § 16 Abs. 2 S.2 dieses Gesetzes haftete statt der Organe selbst die Treuhandanstalt für Ansprüche aus Pflichtverletzungen gegen vorläufig bestellte Geschäftsführer im Sinne von § 16 Abs. 1 Treuhandgesetz.<sup>47</sup>

---

<sup>41</sup> Siehe dazu unten unter C.I.4.

<sup>42</sup> *Schneider*, in: FS Werner, S. 811.

<sup>43</sup> Bekanntmachung am 20.05.1898 im Reichsgesetzblatt S. 846 ff.

<sup>44</sup> *Ulmer/Paefgen*, § 43 Rn. 1.

<sup>45</sup> *MüKo-GmbHG/Fleischer*, § 43 GmbHG Rn. 3.

<sup>46</sup> Siehe dazu BT-Drucksachen VI/3088, 21 (Normtext) und 125 ff. (Begründung).

<sup>47</sup> Vgl. *Menne*, VIZ 1998, 21 ff.

Auch das MoMiG,<sup>48</sup> die letzte größere Reform des GmbHG,<sup>49</sup> führte zu keiner inhaltlichen Änderung, lediglich die heutige Überschrift wurde Zuge dessen eingeführt.

#### IV. Verhältnis zu anderen Anspruchsgrundlagen

Die Haftung gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG verdrängt grundsätzlich nicht die Haftung aufgrund anderer Anspruchsgrundlagen, insoweit besteht potentiell Anspruchskonkurrenz mit anderen Ansprüchen.<sup>50</sup> Dies gilt etwa für deliktische Ansprüche gemäß §§ 823 ff. BGB<sup>51</sup> sowie für die Haftung wegen Zahlungen trotz Insolvenzreife bzw. bei Insolvenznähe nach § 64 GmbHG.<sup>52</sup> Anspruchskonkurrenz besteht auch mit etwaigen Ansprüchen gegen den Gesellschafter-Geschäftsführer gemäß § 280 Abs. BGB wegen Verletzung der Treuepflicht.<sup>53</sup> Demgegenüber wird die Haftung gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG von den spezielleren Anspruchsgrundlagen der §§ 9a, 57 Abs. 4 GmbHG verdrängt.<sup>54</sup>

Umstritten ist das Verhältnis zur angemäßen Eigengeschäftsführung gemäß § 687 Abs. 2 BGB. Während die Rechtsprechung<sup>55</sup> und die herrschende Meinung in der

---

<sup>48</sup> Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008, BGBl. I S. 2026 ff.

<sup>49</sup> Vgl. hierzu etwa *Grigoleit*, GmbH-Recht nach dem MoMiG.

<sup>50</sup> Hdb Managerhaftung/Schneider, § 2 Rn. 2.8; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 384.

<sup>51</sup> BGH DStR 2008, 58; ZIP 2005, 852, 853; DStR 1997, 1735, 1736; GmbHR 1992, 303; ZIP 1989, 1390, 1397; Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 6; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 19; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 5.

<sup>52</sup> Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 6; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 2.

<sup>53</sup> BGH, NJW 1989, 2697; OLG Köln, NZG 2000, 1137, 1138; Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 6; *Goette*, Die GmbH, § 8 Rn. 197.

<sup>54</sup> OLG Celle, NZG 2000, 1178, 1179; OLG Rostock, GmbHR 1995, 658, 660; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 63; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 6.

<sup>55</sup> Der BGH lehnt bereits das Vorliegen eines „fremden Geschäfts“ ab, BGH, GmbHR 2005, 544; DStR 1997, 1735, 1736; NJW-RR 1992, 800, 801; GmbHR 1989, 1390, 1397.

Literatur<sup>56</sup> § 43 Abs. 2 GmbHG als vorrangig betrachten, geht eine andere Ansicht in der Literatur von Anspruchskonkurrenz aus.<sup>57</sup>

Ebenfalls umstritten ist das Verhältnis zur Haftung aus dem schuldrechtlichen Anstellungsvertrag oder Auftrag: Während die frühere Rechtsprechung<sup>58</sup> sowie ein Teil der Literatur<sup>59</sup> von Anspruchskonkurrenz ausgehen, nimmt die neuere Rechtsprechung<sup>60</sup> sowie die wohl überwiegende Ansicht in der Literatur<sup>61</sup> auch diesbezüglich eine Konsumtion durch die Haftung gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG an. Die Bedeutung dieses Streits wird jedoch, da regelmäßig beide Ansprüche gegeben sein dürften, für eher gering gehalten.<sup>62</sup>

## V. Anwendungsbereich

Betrachtet man den Anwendungsbereich der Norm, so müssen die Grenzen in persönlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht unterschieden werden.

### 1. Persönlicher Anwendungsbereich

In Bezug auf den persönlichen Anwendungsbereich ist zuerst die Anwendung auf den bestellten Geschäftsführer maßgeblich. Daneben

---

<sup>56</sup> *Goette*, Die GmbH, § 8 Rn. 194; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, § 43 Rn. 6; *MüHdb GesR/Diekmann*, § 46 Rn. 62; *MüKo-GmbHG/Fleischer*, § 43 Rn. 9; *Ulmer/Paefgen*, § 43 Rn. 6.

<sup>57</sup> *Bork/Schäfer/Klöhn*, § 43 Rn. 6; *Fleck*, ZIP 1991, 1269, 1271 ff.

<sup>58</sup> BGHZ 75, 321; BGHZ 76, 326; BGH GmbHR 1980, 270, 272.

<sup>59</sup> *Fleck*, ZHR 149 (1985), 387, 397; *Michalski/Ziemons*, § 43 Rn. 14; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 36 II 4 a; *Scholz/Schneider*, § 43 Rn. 18.

<sup>60</sup> BGH, ZIP 1997, 199, 200; ZIP 1989, 1390, 1392; OLG Brandenburg, NZG 1999, 210, 211. A.A. wohl LG Berlin, GmbHR 2000, 234, 235.

<sup>61</sup> *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 4; *Bork/Schäfer/Klöhn*, § 43 Rn. 6; *Goette*, Die GmbH, § 8 Rn. 193; *Henssler/Strohn/Oetker*, § 43 GmbHG Rn. 3; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, § 43 Rn. 6; *MüHdb GesR/Diekmann*, § 46 Rn. 62; *MüKo-GmbHG/Fleischer*, § 43 Rn. 8; *Roth/Altmeppen/Altmeppen*, § 43 Rn. 2; *Ulmer/Paefgen*, § 43 Rn. 6; i.E. auch *Jacoby*, Das Private Amt, S. 544 f.

<sup>62</sup> *Michalski/Ziemons*, § 43 Rn. 14; *Scholz/Schneider*, § 43 Rn. 18.

kommt jedoch eine Anwendung der Norm auf andere Personen in Betracht, beispielsweise auf den so genannten faktischen Geschäftsführer.

### a) Besteller Geschäftsführer

Unzweifelhaft unterliegt der gemäß § 6 GmbHG rechtmäßig bestellte Geschäftsführer der Anwendung des § 43 Abs. 2 GmbHG.<sup>63</sup> Dies gilt dabei unabhängig von der Wirksamkeit des Anstellungsverhältnisses<sup>64</sup> und auch auf eine Eintragung ins Handelsregister kommt es nicht an.<sup>65</sup> Auch der fehlerhaft bestellte Geschäftsführer, also derjenige, bei dem zwar ein rechtsgeschäftlicher Bestellungsakt vorlag, dieser aber unwirksam war,<sup>66</sup> haftet gemäß § 43 Abs. 2, vorausgesetzt er ist geschäftsfähig und hat das Amt angenommen<sup>67</sup> oder übt es mit Wissen der Gesellschafter tatsächlich aus.<sup>68</sup> Ausgeschlossen ist eine Haftung nur, wenn der Geschäftsführer nicht amtsfähig ist,<sup>69</sup> also beispielsweise bei einer juristischen Person. Andere Bestellungshindernisse gemäß § 6 Abs. 2 GmbHG sind demgegenüber unschädlich.<sup>70</sup> Auch bei Unvollständigkeit oder Funktionsunfähigkeit eines Gremiums aus mehreren Geschäftsführern haften dessen Mitglieder gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG dafür, ihre Pflichten, gegebenenfalls so gut wie unter den jeweiligen Umständen möglich, zu erfüllen.<sup>71</sup> Ebenfalls der Haftung unterfällt der

---

<sup>63</sup> *Fleck*, ZHR 149 (1985), 387, 396; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 1; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 15; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 215; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 21.

<sup>64</sup> BGH, NJW 1994, 2027; Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 7; Henssler/Strohn/*Oetker*, § 43 GmbHG Rn. 6; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 15.

<sup>65</sup> BGH, GmbHR 2003, 666, 667; BGH, NJW 1004, 2027; Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 7; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 216.

<sup>66</sup> BGHZ 129, 30; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 2; *Fleischer*, GmbHR 2011, 337, 338; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 18.

<sup>67</sup> Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 8; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 18.

<sup>68</sup> Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 7; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 19.

<sup>69</sup> BGHZ 150, 61, 68; Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 8.

<sup>70</sup> Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 7.

<sup>71</sup> Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 18.



Strohmann-Geschäftsführer;<sup>72</sup> die Geltendmachung von etwaigen Haftungsansprüchen kann jedoch, sofern keine redlichen Gesellschafter oder Gläubiger betroffen sind, als rechtsmissbräuchlich ausgeschlossen sein.<sup>73</sup> Wer demgegenüber gemäß § 6 Abs. 2 GmbHG vom Amt des Geschäftsführers ausgeschlossen ist und die Gesellschaft mithilfe eines Strohmanns lenkt, haftet mangels Geschäftsführereigenschaft nicht gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG.<sup>74</sup>

## b) Faktischer Geschäftsführer

Umstritten ist hingegen die Haftung des sogenannten faktischen Geschäftsführers. Insbesondere die Definition des Begriffs des faktischen Geschäftsführers ist äußerst Streitig und kann an dieser Stelle, wie auch die weiteren Aspekte dieses komplexen Meinungsstreits, nur grob skizziert werden.<sup>75</sup>

Im Kern soll faktischer Geschäftsführer sein, wer ohne Bestellungsakt Aufgaben eines Geschäftsführers ausübt.<sup>76</sup> Wann aber genau eine Stellung als faktischer Geschäftsführer vorliegt, ist hoch umstritten.<sup>77</sup> Streitig ist unter anderem, ob faktischer Geschäftsführer nur sein kann, wer den bestellten Geschäftsführer verdrängt,<sup>78</sup> ob eine Stellung

---

<sup>72</sup> OLG Frankfurt, GmbHR 2009, 317; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 3; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 16; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 17. Eingehend *Siegmann/Vogel*, ZIP 1994, 1821, 1821 ff.

<sup>73</sup> Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 17; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 17.

<sup>74</sup> BGHZ 31, 258, 277; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 17. A.A. Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 22.

<sup>75</sup> Einzelheiten bei MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 220 ff.

<sup>76</sup> *Drescher*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, Rn. 84; Henssler/Strohn/*Oetker*, § 43 GmbHG Rn. 9; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 2; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 220.

<sup>77</sup> Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 23; *Stein*, Das faktische Organ, S. 97.

<sup>78</sup> Für „maßgeblichen“ Einfluss BGHZ 150, 61, 69f.; BGHZ 104, 44, 48; Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 11; *Geißler*, GmbHR 2003, 1106, 1112; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 229; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 28a; wohl auch Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 23. Für vollständige Verdrängung *Drygala*, ZIP 2005, 423, 431; *Stein*, Das faktische Organ, S. 184 ff.

als faktischer Geschäftsführer ein Auftreten als Geschäftsführer nach außen hin voraussetzt,<sup>79</sup>

ob eine Billigung der Tätigkeit durch die Gesellschafter erforderlich ist<sup>80</sup> oder ob auch juristische Personen faktische Geschäftsführer sein können.<sup>81</sup> Insbesondere *Fleischer* spricht aufgrund der schweren Fassbarkeit des Begriffs des faktischen Geschäftsführers ausdrücklich von einem *Typusbegriff*, dessen Vorliegen durch verschiedene Merkmale begründet werden könne, ohne dass eines davon zwingend vorliegen müsse.<sup>82</sup>

Bezüglich der Haftung eines faktischen Geschäftsführers wird von der Rechtsprechung und der überwiegenden Literatur vertreten, dass auch dieser gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG<sup>83</sup> für Pflichtverletzungen haftet,<sup>84</sup>

---

<sup>79</sup> Dafür BGHZ 104, 44, 47; BGHZ 150, 61, 69; ZIP 2015, 1414; WM 2005, 1410; NZG 2008, 468; Baumbach/ Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 3; *Drescher*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, Rn. 89; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 21 f. Für Tätigwerden im Innern Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn.12; *Fleischer*, GmbHR 2011, 337, 342 f.; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 231 f.; kritisch auch Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 28.

<sup>80</sup> Dafür BGHSt 21, 101, 103; 31, 118, 121; 46, 62, 64; *Drescher*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, Rn. 100, *Geißler*, GmbHR 2003, 1106, 1108. Dagegen MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 234; *Stein*, ZHG 184, 207, 216; Ulmer/*Paefgen*, § 43 GmbHG Rn. 27.

<sup>81</sup> Dagegen BGHZ 150, 61, 68; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack* § 43 Rn. 3; *Drescher*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, Rn. 85; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 5; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 19. Dafür *Fleischer*, GmbHR 2011, 337, 343; MüKo-GmbHR/ *Fleischer*, § 43 Rn. 235; Ulmer/*Paefgen*, § 43 GmbHG Rn. 28.

<sup>82</sup> *Fleischer*, GmbHR 2011, 337, 341; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 228.

<sup>83</sup> Nach Ansicht von Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 10 gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG analog.

<sup>84</sup> Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 3; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 22; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 242; Ulmer/*Paefgen*; § 6 Rn. 44 m.w.N.

während Teile der Literatur die Haftung des faktischen Geschäftsführers kritisch sehen.<sup>85</sup> Als Begründung für eine Haftung entsprechend der eines bestellten Geschäftsführers werden verschiedene Ansätze angeführt. So wird vertreten, die Haftung des faktischen Geschäftsführers diene dem Gleichlauf von Herrschaft und Haftung.<sup>86</sup> Andere führen an, gemäß dem Gedanken der Übernahmeverantwortung müsse derjenige, der sich als Geschäftsführer geriere, auch wie ein solcher haften<sup>87</sup> oder die Haftung sei Folge der Okkupierung der Organstellung.<sup>88</sup> Keiner dieser Begründungsansätze ist dabei unumstritten.<sup>89</sup>

### c) Gesellschafter

Nach ganz herrschender Ansicht ist eine Haftung der Gesellschafter analog § 43 Abs. 2 ausgeschlossen,<sup>90</sup> da Gesellschafter nur eigene Mitverwaltungsrechte wahrnehmen und keine weiteren Pflichten gegenüber der Gesellschaft zur Wahrung fremder Interessen hätten.<sup>91</sup> Eine Gegenansicht nimmt demgegenüber eine Haftung von Gesellschaftern für Beschlüsse zur Unternehmensleitung an.<sup>92</sup>

---

<sup>85</sup> Nach Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 43 Rn. 3 entfaltet die Figur des faktischen Geschäftsführers „*mythische Kraft als Quelle freier Rechtsfindung*“. Vgl. umfassend Dinkoff, Der faktische Geschäftsführer in der GmbH.

<sup>86</sup> Bork/Schäfer/Klöhn, § 43 Rn. 10.

<sup>87</sup> BGHZ 104, 44, 47f.; OLG Düsseldorf, NZG 2000, 312, 313.

<sup>88</sup> Fleischer, GmbHR 2011, 337, 340.

<sup>89</sup> Überblick bei MüKo-GmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 225 f.

<sup>90</sup> BGHZ 150, 61, 69f.; Scholz/Schneider, § 43 Rn. 23; Ulmer/Paefgen, § 43 Rn. 24 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

<sup>91</sup> Scholz/Schneider, § 43 Rn. 23.

<sup>92</sup> Abeltschauser, Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht, S. 158 f.; Geitzhaus, GmbHR 1989, 397, 403 f.; Krebs, Geschäftsführungshaftung bei der GmbH & Co. KG und das Prinzip der Haftung für sorgfaltswidrige Leitung, S. 230 ff, S. 250 ff.; Stein, Das faktische Organ, S. 118, 179; Thöni, GmbHR 1989, 187, 187 ff.; Wilhelm, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, S. 344 ff.

## d) Sonstige Personen

§ 43 Abs. 2 findet neben dem (eentlichen) Geschäftsführer gemäß § 44 GmbHG auch auf stellvertretende Geschäftsführer Anwendung.<sup>93</sup> Ebenso dem Anwendungsbereich unterfallen Arbeitsdirektoren in mitbestimmten Gesellschaften,<sup>94</sup> Notgeschäftsführer, die analog § 29 BGB gerichtlich bestellt wurden,<sup>95</sup> Liquidatoren gemäß § 71 Abs. 4 GmbHG i.V.m. § 43 GmbHG<sup>96</sup> sowie der vorläufigen Insolvenzverwalter im Insolvenzeröffnungsverfahren gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 2 InsO und der Insolvenzverwalter im eröffneten Insolvenzverfahren nach §§ 27, 80 InsO.<sup>97</sup>

## 2. Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich des § 43 Abs.2 GmbHG umfasst gemäß dem weiten Wortlaut der Vorschrift alle Schäden, die der Geschäftsführer beim Tätigwerden in Angelegenheiten der Gesellschaft, also im Zusammenhang mit seiner Organstellung, verursacht, nicht jedoch Schäden ohne Zusammenhang mit seinen Pflichten als Geschäftsführer.<sup>98</sup>

§ 43 GmbHG statuiert jedoch keine Haftung für fremde Pflichtverletzungen, sondern setzt stets eine eigene schuldhaftige Pflichtverletzung des Geschäftsführers voraus.<sup>99</sup> Insbesondere eine Haftung für Ange stellte der GmbH nach § 831 BGB oder § 278 BGB kommt nicht in

---

<sup>93</sup> MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 215.

<sup>94</sup> Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 17.

<sup>95</sup> Henssler/Strohn/*Oetker*, § 43 GmbHG Rn. 6.

<sup>96</sup> Bork/Schäfer/*Klöhn* § 43 Rn. 8; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 215.

<sup>97</sup> Bork/Schäfer/*Klöhn* § 43 Rn. 9.

<sup>98</sup> Henssler/Strohn/*Oetker*, § 43 GmbHG Rn. 16; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 247; *Schneider*, in: FS Werner, S. 812 f.; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 29.

<sup>99</sup> Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 38; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 245.

Betracht,<sup>100</sup> da deren Geschäftsherr stets die GmbH selbst ist.<sup>101</sup> Etwas anderes gilt nur, wenn Angestellte nicht zu Geschäftsführungszwecken sondern für Aufgaben eingesetzt werden, die originär dem Geschäftsführer obliegen. Nur in dieser Konstellation kommt eine Haftung des Geschäftsführers für *eigenes* Verschulden bei Auswahl oder Überwachung in Betracht.<sup>102</sup>

Ausgeschlossen ist weiter auch eine Haftung für schuldhafte Pflichtverletzungen anderer Geschäftsführer, da diese auch ihre Verpflichtungen unmittelbar gegenüber der Gesellschaft ausüben.<sup>103</sup> Liegt demgegenüber ein Sachverhalt vor, bei dem mehreren Geschäftsführern jeweils eigenes pflichtwidriges Handeln vorzuwerfen ist, so haften diese für den insgesamt entstandenen Schaden gesamtschuldnerisch.<sup>104</sup> Auf ein anspruchsminderndes Mitverschulden eines anderen Geschäftsführers kann sich ein Geschäftsführer nie berufen.<sup>105</sup>

### 3. Zeitlicher Anwendungsbereich

Die Haftung des Geschäftsführers gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG beginnt mit dem Zeitpunkt, zu dem die Geschäftsführertätigkeit aufgenommen<sup>106</sup> bzw. trotz Amtsannahme pflichtwidrig vernachlässigt wurde.<sup>107</sup> Der Abschluss des Anstellungsvertrags oder die Eintragung

---

<sup>100</sup> BGH, ZIP 2011, 2097; BGH NJW 1974, 1371; BGHZ 109, 279; BGHZ 125, 366; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus*, § 43 Rn. 69; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 31.

<sup>101</sup> Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 31; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 30.

<sup>102</sup> Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 31.

<sup>103</sup> Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus*, § 43 Rn. 69; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 32.

<sup>104</sup> Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 1; MüHdbGesR/*Diekmann/Marsch-Barner*, Band 3, § 46 Rn. 20.

<sup>105</sup> BGH NJW 1983, 1856; BGH DStR 1993, 1637; *Goette*, Die GmbH, § 8 Rn. 211; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 33.

<sup>106</sup> BGH WM 1986, 789; *Goette*, Die GmbH, § 8 Rn. 190; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 41; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 3.

<sup>107</sup> MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 216.

ins Handelsregister sind auch diesbezüglich irrelevant,<sup>108</sup> maßgeblich ist allein die Eigenschaft als Organ der Gesellschaft.<sup>109</sup> Umfasst sind potentiell auch Handlungen im Gründungsstadium vor Eintragung der Gesellschaft.<sup>110</sup>

Die Haftung endet erst, sobald der Geschäftsführer tatsächlich nicht mehr als solcher tätig wird,<sup>111</sup> auch in dieser Hinsicht sind Anstellungsvertrag oder Eintragung im Handelsregister nicht maßgeblich.<sup>112</sup> Auch ein formell ausgeschiedener Geschäftsführer haftet daher weiter, wenn er faktisch weiterhin für die Gesellschaft tätig ist.<sup>113</sup>

---

<sup>108</sup> BGH, WM 1986, 789; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 216; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 34.

<sup>109</sup> BGHZ 197,304; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 42; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 216; Roth/*Altmeppen/Altmeppen*, § 43 Rn. 2.

<sup>110</sup> BGH NJW 1994, 2027; WM 1986, 789; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 43; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 34.

<sup>111</sup> Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 45.

<sup>112</sup> Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 35.

<sup>113</sup> BGH, NZG 2006, 62, 64; BGHZ 47, 341, 343; Lutter/*Hommelhoff/Kleindiek*, § 43 Rn. 3; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 217.

## C. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 43 Abs. 2 GmbHG

Im nächsten Schritt werden nun nach der Darstellung der grundlegenden Prinzipien die konkreten Tatbestandsvoraussetzungen der Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG dargestellt.<sup>1</sup> Da über die grundsätzlichen Voraussetzungen in Literatur und Rechtsprechung Einigkeit herrscht, wird im Folgenden nur die Grundstruktur der Tatbestandsvoraussetzungen dargestellt. Soweit spezifische Pflichten und Pflichtverletzungen demgegenüber aufgrund ihrer Relevanz für eine (mögliche) Vorteilsausgleichung für diese Untersuchung von besonderer Relevanz sind, werden diese später erneut aufgegriffen.<sup>2</sup>

### I. Pflichtverletzung

Voraussetzung jeder Haftung des Geschäftsführers ist dabei, dass dieser eine ihm obliegende Pflicht verletzt hat. In einem ersten Schritt ist es daher erforderlich, zu klären, welche Pflichten einen Geschäftsführer treffend und was deren Ursprung ist.

#### 1. Quelle der Pflichten

Aus welcher normativen Grundlage sich die Pflichten des Geschäftsführers ergeben, ist dabei bereits umstritten.

Die überwiegende Ansicht in Literatur und Rechtsprechung geht davon aus, dass § 43 Abs. 1 GmbHG nicht nur einen allgemeinen Sorgfalts- bzw. Verschuldensmaßstab festlegt,<sup>3</sup> sondern auch „*general*

---

<sup>1</sup> Vgl. etwa die umfangreichen Darstellungen bei MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 21 ff.; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 14 ff. und Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 36 ff.

<sup>2</sup> Vgl. dazu Teil E.

<sup>3</sup> Dazu unten unter C.II.

*klauselartig*<sup>4</sup> die allgemeinen Pflichten, die der Geschäftsführer beschreibt.<sup>5</sup>

Nach der Gegenansicht lassen sich Absatz 1 demgegenüber keine Pflichten entnehmen.<sup>6</sup> Die Pflichten eines Geschäftsführers ergäben sich vielmehr aus dem Gedanken der Treuepflicht, der Geschäftsführungsaufgabe und Sondernormen.<sup>7</sup>

Die Bedeutung dieses Streites sowohl in der Praxis als auch für die weitere Systematik des Haftungsrechts ist, auch nach Einschätzung der Literatur selbst, gering,<sup>8</sup> da beide Ansichten keine konkreten Aussagen zum Umfang und der präzisen Ausgestaltung der Pflichten treffen. Eine Entscheidung des Streits ist daher, entsprechend der hier bezweckten, knappen Darstellung, verzichtbar, insbesondere, da er auch für die weitere Dogmatik des § 43 GmbH ohne Folgen bleibt.

## 2. Die Pflichten des Geschäftsführers

Fraglich ist jedoch weiter, welche konkreten Pflichten den Geschäftsführer treffen. Zu wissen, welche Pflichten ein Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft zu erfüllen hat, ist ersichtlich notwendig, um zu beurteilen, ob er sich ordnungsgemäß verhält. Spiegelbildlich kann ein Haftungsfall nur bestehen, wenn durch ein Tun oder Unterlassen eine Pflicht verletzt wurde.

---

<sup>4</sup> MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 10.

<sup>5</sup> OLG Jena, NZG 2001, 86, 87; KG, NZG 1999, 400; Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 1; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 10; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 15; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 3, 166. Wohl auch Roth/*Altmeppen/Altmeppen*, § 43 Rn. 6 ff. Zurückhaltender Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 11.

<sup>6</sup> Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 8; Gehrlein/Born/Simon/*Buck-Heeb*, § 43 Rn. 13; *Goette*, in: FS BGH, S. 125; *Heisse*, Die Beschränkung der Geschäftsführerhaftung gegenüber der GmbH, S. 15; Henssler/Strohn/*Oetker*, § 43 GmbHG Rn. 14; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus*, § 43 Rn. 14.

<sup>7</sup> Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 8; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus*, § 43 Rn. 14.

<sup>8</sup> Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 8; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 53.



Der genaue Umfang der Pflichten eines GmbH-Geschäftsführers ist dabei, angesichts der in jedem Fall eher unpräzisen Grundlage der Pflichten<sup>9</sup> nicht überraschend, wie oben bereits erwähnt, im Detail nicht präzise bestimmbar und entscheidend von der Rechtsprechung geprägt.

### a) Zur Systematik der Pflichten

Unabhängig davon, welche normative Anknüpfung man für die Pflichten des Geschäftsführers für vorzugswürdig hält, lässt sich festhalten, dass das Gesetz bezüglich der Frage, welche konkreten Pflichten oder auch nur Pflichtenkreise ein Geschäftsführer einzuhalten hat, wenig konkret ist.<sup>10</sup>

Von der Literatur werden die Pflichten des Geschäftsführers dabei zwecks besserer Systematisierung in unterschiedliche Pflichtenkreise eingeteilt. Verbreitet ist dabei eine Zweiteilung der Pflichten in die Pflichtenkreise der „*Sorgfaltspflichten*“ und der „*Treuepflichten*“.<sup>11</sup> Diese Pflichtenkreise werden in Anlehnung an das angloamerikanische Gesellschaftsrecht auch als „*duty of care*“ und „*duty of loyalty*“ bezeichnet.<sup>12</sup> Alternativ dazu wird auch eine Einteilung in eine „*Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensführung*“ (alternativ auch als „*Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensleitung*“ bzw. „*Geschäftsführungspflicht*“ bezeichnet) und eine „*Treuepflicht*“ (alternativ auch „*Loyalitätspflicht*“ genannt) vertreten.<sup>13</sup> Trotz terminologischer Differenzen stimmen diese beiden Einteilungen inhaltlich weit-

---

<sup>9</sup> Vgl. dazu oben unter C.I.1.

<sup>10</sup> Goette, in: FS BGH, S. 125

<sup>11</sup> Ulmer/Paefgen, § 43 Rn. 47.

<sup>12</sup> Bork/Schäfer/Klöhn, § 43 Rn. 15; MüKo-GmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 6.

<sup>13</sup> So Gehrlein/Born/Simon/Buck-Heeb, § 43 Rn. 16 ff.; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 43 Rn. 10 ff.; Henssler/Strohn/Oetker, § 43 GmbHG Rn. 13 ff.; Saenger/Inhester/Lücke/Simon, § 43 Rn 18 ff., Wicke, § 43 GmbHG Rn. 8.

gehend überein. Daneben werden jedoch auch vielfältige andere Einteilungen vorgenommen.<sup>14</sup> Diese unterscheiden sich von der oben dargestellten Zweiteilung jedoch insgesamt ebenfalls nicht inhaltlich. Vielmehr wird regelmäßig eine Pflicht, in bei einer binären Einteilung als Unterfall einer der beiden Pflichtengruppen zugeteilt wird, zur eigenständigen Pflicht erhoben, etwa im Falle der Legalitätspflicht<sup>15</sup> oder der Pflicht zur Verschwiegenheit.<sup>16</sup> Dabei wird jedoch auch in diesen alternativen Einteilungsmodellen keine Pflicht statuiert, die gemäß dem binären Einteilungsmodell (grundsätzlich) nicht bestünde. Aufgrund der Tatsache, dass das die Einteilung der Pflichten in Sorgfaltspflichten und Treuepflichten dabei klar zwischen den verschiedenen Bezugspunkten der Pflichtenbindung unterteilt, diese übersichtlich darstellt und zudem alle von anderen Einteilungen betonten Pflichten mitumfasst, wird im Folgenden dieses Modell zugrunde gelegt.

## b) Sorgfaltspflicht

Die Sorgfaltspflicht meint dabei die Pflicht, das Amt des Geschäftsführers mit der erforderlichen Sorgfalt auszuüben.<sup>17</sup> Diese weitgefaste Pflicht wird überwiegend grob in die Pflicht zu rechtmäßigem Verhalten (auch „*Legalitätspflicht*“<sup>18</sup> genannt), die Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensleitung (auch als „*Sorgfaltspflicht im engeren*

---

<sup>14</sup> Vgl. etwa die Einteilungen von Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 30 (vier Kategorien), Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 28 ff. (sechs Kategorien), Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 55 ff. (fünf Kategorien), Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus*, § 43 Rn. 15 ff. (vier Kategorien) und Roth/Altmeppen/*Altmeppen*, § 43 Rn. 6 ff. (vier Kategorien)

<sup>15</sup> So Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus*, § 43 Rn. 36 ff. und Roth/Altmeppen/*Altmeppen*, § 43 Rn. 6 ff.

<sup>16</sup> So Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 291 ff. und Roth/Altmeppen/*Altmeppen*, § 43 Rn. 25.

<sup>17</sup> Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 16.

<sup>18</sup> Vgl. etwa Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 49; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 12.

*Sinne*<sup>19</sup> bezeichnet) und die Pflicht zur ordnungsgemäßen Organisation und Überwachung der Gesellschaft unterteilt.<sup>20</sup>

Wie auch bei der generellen Zweiteilung der Geschäftsführerpflichten, ist die Terminologie und Systematik hier nicht einheitlich. Dies zeigt sich exemplarischen an der Pflicht zur angemessenen Organisation und Kontrolle der Gesellschaft. Diesbezüglich unterscheidet *Fleischer* zwischen einer allgemeinen „*Überwachungspflicht*“ und eine spezielleren „*Compliancepflicht*“.<sup>21</sup> *Paefgen* betrachtet die Kontroll- und Organisationspflicht als Unterfall der Legalitätspflicht<sup>22</sup> und *Ziemons* und *Buck-Heeb* ordnen diese Pflicht umgekehrt als Teil der Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung ein.<sup>23</sup> Andere sehen diese Pflicht, wie oben dargestellt, als eigene Pflicht neben der Legalitätspflicht und der Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensleitung.<sup>24</sup> Dieser Ansicht wird auch vorliegend gefolgt werden, wobei zu beachten ist, dass dies genaue Einteilung der Bestandteile der Sorgfaltspflicht, wie bereits ausgeführt, für deren konkreten Inhalt keine Auswirkungen hat.

### **aa) Pflicht zu rechtmäßigem Verhalten**

Zu den wichtigsten Pflichten eines GmbH-Geschäftsführers gehört die Pflicht, im Rahmen der Geschäftsführung gesetzestreu zu agieren.<sup>25</sup> Im Rahmen dieser Pflicht hat der Geschäftsführer sowohl die Einhaltung

---

<sup>19</sup> Vgl. etwa MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 48.

<sup>20</sup> Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 16; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 12; Saenger/Inhester/*Lücke/Simon*, § 43 Rn. 18 ff.; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 46 ff.

<sup>21</sup> MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 12

<sup>22</sup> Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 52 ff.

<sup>23</sup> Gehrlein/Born/Simon/*Buck-Heeb*, § 43 Rn. 17; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 164 ff.

<sup>24</sup> Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 16 ff.; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus*, § 43 Rn. 30 ff.; Saenger/Inhester/*Lücke/Simon*, § 43 Rn. 18 ff.

<sup>25</sup> Vgl. nur BGH, NJW 2012, 3439, 3441.

der Gesetze als auch der Satzung und der Gesellschafterbeschlüsse sicherzustellen.<sup>26</sup> Dabei ist zu beachten, dass der Geschäftsführer nicht nur für die Einhaltung der ihn selbst treffenden Gesetze verantwortlich ist, sondern auch dafür zu sorgen hat, dass an die Gesellschaft adressierte Regelungen eingehalten werden.<sup>27</sup>

Die weit gefasste Pflicht zu rechtmäßigem Verhalten wird dabei überwiegend weiter in einen „*internen*“ und einen „*externen*“ Bereich unterteilt, wobei die Terminologie auch hier nicht einheitlich ist:<sup>28</sup>

Die interne Pflichtenbindung des Geschäftsführers verpflichtet ihn dazu, die das Innenverhältnis der Gesellschaft betreffenden Regelungen einzuhalten und darüber hinaus für ihre Einhaltung zu sorgen.<sup>29</sup> Dazu zählt insbesondere die Einhaltung der Satzung und einer eventuellen Geschäftsordnung.<sup>30</sup> Zudem folgt daraus die Verpflichtung, die innergesellschaftlichen Zuständigkeitsregelungen zu befolgen und den Unternehmensgegenstand einzuhalten.<sup>31</sup>

Die externe Pflichtenbindung verpflichtet den Geschäftsführer demgegenüber zur Einhaltung aller Normen, die das Außenverhältnis zu ihm oder zur Gesellschaft betreffen.<sup>32</sup> Dazu zählen vor allem die Vorgaben des GmbHG selbst, etwa das Verbot der Einlagenrückgewähr bei Unterbilanz nach § 30 GmbHG oder die Pflicht zur Buchführung

---

<sup>26</sup> A.M., vgl. nur Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 49 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

<sup>27</sup> Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 12.

<sup>28</sup> Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 17 ff.; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 46 ff.; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 74. *Paefgen* unterscheidet zudem noch zwischen der organisationsrechtlichen und der materiellen Legalität, Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 52 ff.

<sup>29</sup> Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 52.

<sup>30</sup> OLG Köln, NZG 2009, 1223

<sup>31</sup> OLG Celle NZG 2002, 823; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 81 ff.

<sup>32</sup> BGH, DStR 1996, 2029; vgl. weiter Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 66 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

gemäß § 41 GmbHG,<sup>33</sup> darüber hinaus aber auch alle weiteren rechtlichen Pflichten privat- oder öffentlich-rechtlicher Art.<sup>34</sup>

Sofern in einem konkreten Sachverhalt die Rechtslage unklar ist, kann und muss der Geschäftsführer rechtlichen Rat einholen.<sup>35</sup> Dabei ist darauf zu achten, dass die Person, die diesen erteilt, unabhängig, fachlich qualifiziert sowie umfassend und wahrheitsgemäß über den Sachverhalt informiert ist und der Geschäftsführer den erteilten Rat einer eigenen Plausibilitätskontrolle unterzieht.<sup>36</sup> Bloße Gefälligkeitsgutachten ändern dementsprechend nichts an der Pflichtwidrigkeit eines Gesetzesverstößes.<sup>37</sup> Erst in jüngerer Zeit beschäftigt sich die Literatur zur Compliance dabei mit dem sich dabei ergebenden, in der praktischen Anwendung bedeutsamen Problem, dass diese Anforderungen dabei voraussetzen, dass der Geschäftsführer in der Lage ist, rechtlichen Beratungsbedarf selbständig zu erkennen und die Plausibilität eingeholten Rechtsrats zutreffend zu bewerten, obwohl beides für rechtliche Laien praktisch nur schwer möglich sein dürfte.<sup>38</sup>

Die Wahrung der Legalitätspflicht ist dabei vor allen anderen Pflichten vorrangig, insbesondere steht ihre Erfüllung nicht im Ermessen des Geschäftsführers.<sup>39</sup> Der Geschäftsführer kann daher nicht gegen einen Gesetzesverstoß einwenden, er habe im Interesse der Gesellschaft gelegen oder ihr genutzt, eine Rechtfertigung durch solche „*nützlichen Pflichtverletzungen*“ bzw. „*efficient breaches of law*“ wird

---

<sup>33</sup> Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 57.

<sup>34</sup> Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 63. Zu den öffentlich-rechtlichen Pflichten ausführlich *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 15 ff.

<sup>35</sup> Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 13.

<sup>36</sup> BGH, DStR 2007, 1174; WM 2012, 1124; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 417. Ausführlich zu den diesbezüglichen Anforderungen *Strohn*, ZHR 176 (2012), 137, 137 ff.

<sup>37</sup> Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 69; *Strohn*, ZHR 176 (2012), 137, 141.

<sup>38</sup> Vgl. dazu *Rack*, Compliance-Berater 2017, 216, 216 ff. m.w.N.

<sup>39</sup> Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 74.

einheitlich abgelehnt.<sup>40</sup> Demgegenüber wird auf die Frage, ob im Rahmen solcher Gesetzesverstöße erlangte Vorteile allerdings schadensmindernd anzurechnen sind, weiter unten erneut zurückzukommen sein.<sup>41</sup>

### **bb) Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensleitung**

Die Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensleitung verpflichtet den Geschäftsführer dazu, die ihm übertragenen Geschäft der Gesellschaft zu führen und den Gesellschaftszweck zu verfolgen.<sup>42</sup> Welche Pflichten sich daraus im Speziellen ergeben, ist jedoch angesichts der großen Vielfalt an Erscheinungsformen der GmbH in der Praxis nicht generell bestimmbar.<sup>43</sup> *Fleischer* schlägt diesbezüglich als Maßstab den „*professionellen und hauptamtliche Geschäftsführer*“ vor, weist jedoch darauf hin, dass die einzelnen Verhaltenspflichten nicht abstrakt festlegbar sind.<sup>44</sup> Eine konkrete Festlegung des Umfangs dieser Pflicht erscheint dabei tatsächlich schwierig, anerkannt sind jedoch verschiedene Fallgruppen. So zählen etwa die Planung der Unternehmenspolitik, deren Umsetzung sowie das Treffen unternehmerischer Entscheidungen zu den Pflichten des Geschäftsführers.<sup>45</sup>

### **cc) Pflicht zur ordnungsgemäßen Organisation**

Den Geschäftsführer trifft weiter die, teilweise als Bestandteil der Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensleitung eingeordnete,<sup>46</sup>

---

<sup>40</sup> BGH, NJW 2011, 88, 92; NZG 2010, 1190, 1192; allg. Meinung in der Literatur, vgl. statt aller MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 43 mit umfangreichen weiteren Nachweisen. Siehe auch *Möller*, Vorteilsanrechnung, S. 46 ff.

<sup>41</sup> Siehe dazu unter E.III.5.

<sup>42</sup> Gehrlein/Born/Simon/*Buck-Heeb*, § 43 Rn. 16; *Goette*, Die GmbH, § 8 Rn. 27 ff.; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 55.

<sup>43</sup> BGH, NJW 1995, 1290; Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 24.

<sup>44</sup> MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 48.

<sup>45</sup> Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 46. Ausführlich zur diesbezüglichen höchstrichterlichen Rechtsprechung *Goette*, Die GmbH, § 8 Rn. 128 ff.

<sup>46</sup> Vgl. die Nachweise bei Fn. 23 und 24.

Pflicht, die Gesellschaft ordnungsgemäß zu organisieren.<sup>47</sup> Dabei hängt diese Pflicht noch stärker als die Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensleitung von den Umständen, der konkreten Ausgestaltung und insbesondere der Größe der Gesellschaft ab.

Der Geschäftsführer ist grundsätzlich nicht verpflichtet, alle Aufgaben der Geschäftsführung persönlich wahrzunehmen, sondern darf diese delegieren.<sup>48</sup> Ausnahmen davon sind einige Pflichtaufgaben, etwa die Stellung des Insolvenzantrages gemäß § 15a InsO, bei denen gesetzlich angeordnet ist, dass sie vom Geschäftsführer persönlich erfüllt werden müssen.<sup>49</sup> Wenn der Geschäftsführer jedoch eine Aufgabe delegiert, trifft ihn die Pflicht, den Delegatar sorgfältig auszuwählen, einzuweisen und zu überwachen.<sup>50</sup>

Generell trifft den Geschäftsführer zudem die Pflicht, die Gesellschaft so zu organisieren, dass ein angemessener Informationsfluss gewährleistet ist und er die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft überblicken<sup>51</sup> und für eine rechtmäßige und effiziente Geschäftsführung sorgen kann.<sup>52</sup> Abhängig von der Größe und der konkreten Situation trifft den Geschäftsführer diesbezüglich die Pflicht, durch die Schaffung geeigneter Strukturen die Einhaltung der Gesetze durch Mitarbeiter („Compliance“) sicherzustellen.<sup>53</sup>

### c) Treuepflicht

Obwohl in § 43 Abs. 1 GmbHG nicht ausdrücklich geregelt,<sup>54</sup> trifft den Geschäftsführer nach allgemeiner Meinung eine besondere, im Wege

---

<sup>47</sup> Zurückhaltender Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 31.

<sup>48</sup> Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 41.

<sup>49</sup> Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 27.

<sup>50</sup> MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 130; Roth/Altmeppen/*Altmeppen*, § 43 Rn. 23.

<sup>51</sup> Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 60.

<sup>52</sup> Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 165.

<sup>53</sup> Ausführlich MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 142 ff.

<sup>54</sup> Kritisch diesbezüglich *Fleischer*, WM 2003, 1045; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 152.

der Rechtsfortbildung von Rechtsprechung und Wissenschaft ausgearbeitete, Treuepflicht.<sup>55</sup> Die Begründung für diese Pflicht liegt in der bereits oben dargelegte Tatsache, dass der Geschäftsführer in seiner Organstellung auf das Wohl der Gesellschaft verpflichtet ist.<sup>56</sup> Mehr noch als die Sorgfaltspflicht stellt die Treuepflicht einen allgemeinen Grundsatz dar, deren Umfang nicht abstrakt sondern nur im Einzelfall festgestellt werden kann.<sup>57</sup> Grundsätzlich umfasst die Treuepflicht dabei zwei Leitgedanken: Die Pflicht zur Förderung der Gesellschaft und das Verbot der Ausnutzung der Organstellung<sup>58</sup> bzw. die Vermeidung von Interessenkonflikten und das Verbot von Sondervorteilen.<sup>59</sup> Wichtige und anerkannte Ausprägungen der Treuepflicht sind das Wettbewerbsverbot des Geschäftsführers, seine Pflicht zur Verschwiegenheit sowie die sogenannte Geschäftschancenlehre.

#### **aa) Pflicht zur Förderung der Gesellschaft**

Der Geschäftsführer ist gemäß dem oben Gesagten gehalten, seine gesamte Arbeitskraft sowie sein gesamtes Wissen und all seine Kenntnisse und Fähigkeiten vorbehaltlos für die Gesellschaft einzusetzen.<sup>60</sup> Sofern die Situation der Gesellschaft es erfordert, hat er Überstunden zu leisten oder einen Urlaub abzubrechen.<sup>61</sup> Auch im privaten Bereich hat er auf das Ansehen der Gesellschaft zu achten und zuwiderlaufende Äußerungen gegebenenfalls zu unterlassen.<sup>62</sup>

---

<sup>55</sup> Allgemeine Meinung, siehe bereits BGH, WM 1964, 1320, 1321. Grundlegend *Fleischer*, WM 2003, 1045 ff.

<sup>56</sup> Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 204 ff.

<sup>57</sup> Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 70 m.w.N.

<sup>58</sup> Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 42.

<sup>59</sup> MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 160 ff.

<sup>60</sup> Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 43; Gehrlein/Born/Simon/*Buck-Heeb*, § 43 Rn. 31; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 215; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus*, § 43 Rn. 52. Kritisch zur Einordnung unter die Treuepflicht MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 169.

<sup>61</sup> Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 35 Rn. 49.

<sup>62</sup> OLG Hamm, GmbHR 1985, 157f.; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 221.



## bb) Verbot der Ausnutzung der Organstellung

Korrespondierend zur Pflicht zur Förderung der Gesellschaft hat es der Geschäftsführer zu unterlassen, seine besondere Stellung entgegen den Interessen der Gesellschaft zum eigenen Vorteil auszunutzen, dieses Prinzip wird als „*Verbot der Selbst- und Drittbegünstigung*“ bezeichnet.<sup>63</sup> Insbesondere ist es ihm verboten, sich Vermögen der Gesellschaft anzueignen<sup>64</sup> oder Ressourcen der Gesellschaft für nicht-dienstliche Zwecke zu nutzen.<sup>65</sup> Ebenfalls treuwidrig ist die Entgegennahme von Bestechungsgeldern, Provisionen oder sonstigen Vorteilen als Gegenleistung für einen Vertragsschluss mit der Gesellschaft.<sup>66</sup> Geschäfte zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer (so genannte Drittgeschäfte) müssen einem „*Drittvergleich*“ (im englischsprachigen Schrifttum bezeichnet als „*dealing at arm's length*“ bezeichnet“)<sup>67</sup> standhalten, also zu marktüblichen Bedingungen abgeschlossen werden, die auch bei Geschäften mit einem Dritten vereinbart worden wären.<sup>68</sup> Auch bei Spenden und Sponsoring muss stets das Interesse der Gesellschaft gewahrt werden.<sup>69</sup>

## cc) Wettbewerbsverbot

Anders als etwa das Recht der Aktiengesellschaft mit § 88 AktG kennt das GmbHG kein ausdrückliches Wettbewerbsverbot für den Geschäftsführer. Trotzdem ist allgemein anerkannt, dass sich als Ausprägung der Treupflicht des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft

---

<sup>63</sup> Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 72.

<sup>64</sup> OLG Celle, GmbHR 2006, 377 ff.; OLG Zweibrücken, ZIP 2002, 130, 131; Roth/*Altmeyen/Altmeyen*, § 43 Rn. 28.

<sup>65</sup> BGH NJW 2003, 431 ff.; WM 1976, 77f.; OLG Koblenz, GmbHR 2014, 599 ff.; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 35 GmbHG Rn. 39.

<sup>66</sup> BGH, DStR 1997, 1735; WM 1992, 691, 693; GmbHR 1983, 300; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 211.

<sup>67</sup> *Fleischer/Bauer*, ZIP 2015, 1901, 1902.

<sup>68</sup> OLG Koblenz, GmbHR 1999, 1201 f.; OLG München, GmbHR 1997, 1003, 1005; Roth/*Altmeyen/Altmeyen*, § 43 Rn. 28; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus*, § 43 Rn. 54.

<sup>69</sup> Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 76 f.

ein solches Verbot ergibt,<sup>70</sup> für das § 88 Abs. 1 AktG entsprechend gilt.<sup>71</sup> Durch dieses Wettbewerbsverbot soll einerseits sichergestellt werden, dass der Geschäftsführer seine gesamte Arbeitskraft für die Gesellschaft einsetzt, andererseits sollen Loyalitätskonflikte durch ein Ausnutzen der Kenntnisse des Geschäftsführers von Interna der Gesellschaft verhindert werden.<sup>72</sup> Aus dem Wettbewerbsverbot folgt, dass es dem Geschäftsführer während der Zeit seiner Organstellung untersagt ist, in leitender Position bzw. als Mehrheitsgesellschafter für Unternehmen tätig zu werden, die mit der Gesellschaft, deren Geschäftsführer er ist, in ihrem in der Satzung definierten Geschäftsbe- reich im Wettbewerb steht.<sup>73</sup> Ob die Gesellschaft in diesen Bereichen auch tatsächlich tätig ist, ist nach der herrschenden Meinung irrele- vant.<sup>74</sup>

#### **dd) Geschäftschancenlehre**

Ähnlichkeit mit dem Wettbewerbsverbot weist die Geschäftschan- cenlehre auf:<sup>75</sup> Danach ist es dem Geschäftsführer verboten, Geschäfts- chancen, von denen er als Organmitglied oder privat<sup>76</sup> erfährt, selbst

---

<sup>70</sup> BGH, NJW 1997, 2055, 2056; ZIP 1989, 1390; NJW 1986; WM 1964, 1320, 1321; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 82 m.w.N. Ausführlich *Bryant*, Gesellschafts- rechtliche Wettbewerbsverbote für Geschäftsleiter und Hdb Managerhaf- tung/*Verse*, § 26 Rn. 26.4 ff.

<sup>71</sup> BGH NJW 1997, 2055, 2056; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 35 GmbHG Rn. 41; *Goette*, Die GmbH, § 8 Rn. 142; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 82. A.A Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 155.

<sup>72</sup> BGH, NZG 2001, 800, 801; NJW 1997, 2055, 2056; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 227; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 156.

<sup>73</sup> Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 49; MüKo-GmbHG/*Stephan/Tieves/Jae- ger/Steinbrück*, § 35 Rn. 360 ff.

<sup>74</sup> Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, Anhang zu § 6 Rn. 22; MüKo-GmbHG/*Ste- phan/Tieves/Jaeger/Steinbrück*, § 35 Rn. 361.

<sup>75</sup> Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 52; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 176 m.w.N. Zur dogmatischen Einordnung Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 98.

<sup>76</sup> BGH, NJW 1986, 585, 586; KG, GmbHR 2010, 869f.; OLG Frankfurt, GmbHR 1998, 376, 378; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 205; *Timm*, GmbHR 1981, 177, 181.

oder zugunsten Dritter<sup>77</sup> zu nutzen, vielmehr muss er solche Geschäftschancen aufgrund seiner Treuhänderstellung für die Gesellschaft nutzen.<sup>78</sup> Diese Pflicht erstreckt sich auch über die Beendigung der Organstellung hinaus auch auf Geschäftschancen, die dem Geschäftsführer noch während seiner Zeit als Organ bekannt geworden sind.<sup>79</sup>

### ee) Verschwiegenheitspflicht

Der Geschäftsführer ist weiter aufgrund der allgemeinen Treuepflicht<sup>80</sup> zur Verschwiegenheit über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft verpflichtet.<sup>81</sup> Auch diese Pflicht ist, anders als etwa in § 93 Abs. 1 S. 3 AktG oder § 34 Abs. 1 S. 2 GenG, im GmbHG nicht ausdrücklich geregelt, wird aber in § 85 GmbHG vorausgesetzt.<sup>82</sup>

Geheimnisse im Sinne der Verschwiegenheitspflicht sind nicht offenkundig bekannte Tatsachen, die nach dem mutmaßlichen Willen der

---

Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 100. Für eine generelle Anwendung auch auf Geschäftschancen, von denen privat Kenntnis erlangt wurde: BGH, NJW 1986, 585, 586; KG, GmbHR 2010, 869, 869 f.; OLG Frankfurt, GmbHR 1998, 376, 378.

<sup>77</sup> BGH, NJW 1986, 584; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 254.

<sup>78</sup> BGH, NJW 1986, 584; KG, GmbHR 2010, 869 f.; OLG Frankfurt, GmbHR 1998, 376, 378. Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 35 Rn. 41; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 201; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 98. Ausführlich hierzu Hdb Managerhaftung/*Verse* § 26 Rn 26.24 ff.

<sup>79</sup> BGH, NJW 1986, 585, 586; OLG Frankfurt, GmbHR 1998, 376, 378; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 267.

<sup>80</sup> *Armbrüster*, GmbHR 1997, 56, 57; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 35 Rn. 40; Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 58. A.A. Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 149.

<sup>81</sup> OLG Koblenz, WM 1987, 480, 481 ff.; OLG Hamm, GmbHR 1985, 157, 157 f.; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 20; Rowedder/Schmidt-Leit-hoff/*Schnorbus*, § 43 Rn. 66; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 149.

<sup>82</sup> *Armbrüster*, GmbHR 1997, 56, 57.

Gesellschaft auch nicht bekannt werden sollen und an deren Geheimhaltung ein berechtigtes Interesse der Gesellschaft besteht,<sup>83</sup> wobei das Geheimhaltungsinteresse sowohl nach objektiven als auch subjektiven Kriterien zu bestimmen ist.<sup>84</sup> Vertrauliche Angaben sind Umstände, deren Bekanntwerden sich für die Gesellschaft nachteilig auswirken kann.<sup>85</sup>

Die Verschwiegenheitspflicht gilt dabei nicht unbegrenzt, ihre Grenze findet sie etwa bei Bestehen gesetzlicher Auskunftspflichten,<sup>86</sup> aber auch dann, wenn Geheimhaltung nicht im Interesse der Gesellschaft<sup>87</sup> oder für den Geschäftsführer unzumutbar wäre.<sup>88</sup> Ein strafprozessrechtliches Zeugnisverweigerungsrecht folgt aus der Verschwiegenheitspflicht nicht.<sup>89</sup>

### **3. Unternehmerischer Ermessensspielraum als Grenze der Pflichtverletzung**

Eine wesentliche Begrenzung der oben dargestellten Pflichten stellt dabei der Umstand dar, dass der Geschäftsführer zwar uneingeschränkt zu deren Einhaltung verpflichtet ist, dies aber stets unter der Maßgabe geschehen muss, dass den Geschäftsführer darüber hinaus keine Haftung für den geschäftlichen Erfolg der Gesellschaft trifft.<sup>90</sup> Zugleich ist der Geschäftsführer als ausführendes Organ der Gesell-

---

<sup>83</sup> BGH, ZIP 1996, 1341, 1342; Scholz/Schneider, § 43 Rn. 146; Ulmer/Paefgen, § 43 Rn. 150.

<sup>84</sup> MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 203; Roth/Altmeyden/*Altmeyden*, § 43 Rn. 25; Scholz/Schneider, § 43 Rn. 147. A.A. Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 35 Rn. 40.

<sup>85</sup> Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 58; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 204.

<sup>86</sup> Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 59; Ulmer/Paefgen, § 43 Rn. 156.

<sup>87</sup> Gehrlein/Born/Simon/*Buck-Heeb*, § 43 Rn. 48; Ulmer/Paefgen, § 43 Rn. 157 f. Zur AG: BGH, NJW 1975, 1412 ff.

<sup>88</sup> Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 311.

<sup>89</sup> MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 211.

<sup>90</sup> Siehe dazu bereits unter B.I.

schaft in einer Position, in der potentiell fehleranfällige Entscheidungen getroffen werden müssen. Um diesem Umstand Rechnung zu tragen, wird dabei auf die Grundsätze vom unternehmerischen Ermessensspielraum zurückgegriffen:

### a) Ursprung und Bedeutung

Basierend auf dem im US-amerikanischen Gesellschaftsrecht bereits länger anerkannten Prinzip der „*Business Judgement Rule*“<sup>91</sup> und der darauf aufbauenden ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH<sup>92</sup> hat der Gesetzgeber mit § 93 Abs. 1 S. 2 AktG das Prinzip eines unternehmerischen Ermessensspielraums erstmals ausdrücklich ins deutsche Gesellschaftsrecht übernommen.<sup>93</sup> Diese Regelung ist nach ganz überwiegender Meinung auch im Recht der Geschäftsführerhaftung entsprechend anzuwenden,<sup>94</sup> wenn auch die Frage, inwieweit GmbH-spezifische Besonderheiten eine Anpassung erforderlich machen, noch nicht abschließend geklärt ist.<sup>95</sup> Bei Entscheidungen, die die diesbezüglich aufgestellten Kriterien erfüllen, steht dem Geschäftsführer dabei ein „*Recht zum Irrtum*“ zu, ohne dass diese unternehmerische Fehleinschätzung haftungsrechtlich geahndet würde.<sup>96</sup> Dogmatisch stellt dies, wie ausgeführt, eine konsequente Folge der Tatsache dar, dass gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG gerade keine Haftung für den wirtschaftlichen Erfolg bestehen soll.

---

<sup>91</sup> Ausführlich und rechtsvergleichend dazu *Fleischer*, in: FS Wiedemann, S. 827 ff.

<sup>92</sup> BGH, DStR 1997, 880 ff.

<sup>93</sup> Vgl. dazu *Langenbacher*, DStR 2005, 2083, 2083 ff.

<sup>94</sup> BGH, NZG 2008, 751 ff.; DStR 2003, 124, 125; NJW 2003, 358; Baum-bach/Hueck/Zöllner/Noack, § 43 Rn. 22; Henssler/Strohn/Oetker, § 43 GmbHG Rn. 27; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 43 Rn. 23; Michalski/Ziemons, § 43 Rn.128; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 71 Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 53; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 111. Im Ergebnis auch Saenger/Inhester/*Lücke/Simon*, § 43 Rn. 32 f. A.A. *Jungmann*, in: FS K. Schmidt, S. 831 ff.

<sup>95</sup> Ausführlich dazu *Fleischer*, NZG 2011, 521 ff; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 72 ff.

<sup>96</sup> Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 133.

Entsprechend § 93 Abs. 1 S. 2 AktG führen die Grundsätze des unternehmerischen Ermessenspielraums dazu, dass bei Einhaltung der, weiter unten noch darzustellenden, Tatbestandsvoraussetzungen unwiderleglich vermutet wird, dass ein Verhalten des Geschäftsführers ordnungsgemäß und nicht pflichtwidrig war, auch dann, auch wenn es einen Schaden der Gesellschaft zur Folge hatte.<sup>97</sup>

## **b) Tatbestandsvoraussetzungen privilegierter unternehmerischer Ermessensentscheidungen**

Um auf diese Grundsätze zurückgreifen zu können, müssen dabei jedoch die entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sein, die für das Recht der AG in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG niedergelegt sind.

### **aa) Unternehmerische Entscheidung**

Das erste Kriterium ist dabei, dass es sich bei der zu beurteilenden Maßnahme um eine unternehmerische Entscheidung handelte, da die „*Business Judgement Rule*“ grundsätzlich nur auf unternehmerische Entscheidungen Anwendung findet beziehungsweise dem Geschäftsführer nur bei solchen Entscheidungen ein unternehmerischer Ermessensspielraum zusteht.<sup>98</sup> Der Begriff der unternehmerischen Entscheidung ist als Typusbegriff positiv kaum präzise zu definieren,<sup>99</sup> gemäß der Gesetzgebung sind unternehmerische Entscheidungen dadurch geprägt, dass sie zukunftsbezogen und durch nicht justiziable Einschätzungen geprägt und von Prognosen abhängig sind.<sup>100</sup> Andere

---

<sup>97</sup> Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 55.

<sup>98</sup> Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 117.

<sup>99</sup> Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 37; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 82. Ausführlich *Goette*, in: FS BGH, S. 133 ff.

<sup>100</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 15/5092, S. 11. Auch *Schneider* unterscheidet diesbezüglich zwischen „*Prognoseentscheidungen*“ und „*gebundenen Entscheidungen*“, Hdb Managerhaftung/*Schneider*, § 2 Rn. 2.15 f.

Autoren stellen darauf ab, dass eine bewusste Auswahl einer Handlungsmöglichkeit<sup>101</sup> oder ein Handeln unter Unsicherheit erfolgt.<sup>102</sup>

Prinzipiell ausgenommen sind in jedem Fall anerkanntermaßen die Verpflichtung zur Einhaltung sowohl der Treuepflicht als auch der Legalitätspflicht.<sup>103</sup> In beiden Bereichen hat der Geschäftsführer die ihn treffenden Pflichten uneingeschränkt ordnungsgemäß zu erfüllen, ohne dass für ihn ein diesbezüglicher Entscheidungsspielraum bestünde.<sup>104</sup>

### **bb) Handeln zum Wohle der Gesellschaft**

Weiter muss der Geschäftsführer davon ausgehen, dass die getroffene Entscheidung im langfristigen<sup>105</sup> Interesse der Gesellschaft liegt.<sup>106</sup> Dabei sind die besonderen Verhältnisse der Gesellschaft, beispielsweise die Risikopräferenz der Gesellschafter, zu berücksichtigen.<sup>107</sup>

Die Entscheidung des Gesellschafters darf zudem nicht durch sachfremde Einflüsse oder gar eigene Interessen beeinflusst sein.<sup>108</sup> Anhand welcher Kriterien jedoch genau festgelegt wird, wann ein Interessenkonflikt vorliegt, der ein Berufen auf die „*Business Judgement Rule*“ verhindert, ist abschließend noch ungeklärt.<sup>109</sup> Nicht unter die Privilegierung der „*Business Judgement Rule*“ fallen, jedenfalls ausweislich

---

<sup>101</sup> Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 117.

<sup>102</sup> Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 37.

<sup>103</sup> Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 23, 27; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 56a.

<sup>104</sup> Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 37; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 110, 117.

<sup>105</sup> *Goette*, in: FS BGH, S. 135.

<sup>106</sup> Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 147; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 57.

<sup>107</sup> Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 38, *Fleischer*, NZG 2011, 521, 525. Ausführlich (zur AG) *Harbarth*, in: FS Hommelhoff, S. 323 ff.

<sup>108</sup> Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 25; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 151.

<sup>109</sup> MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 10.

der Gesetzesbegründung zu § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, Handlungen zum eigenen Nutzen oder zum Nutzen von nahestehender Personen.<sup>110</sup>

### **cc) Handeln auf angemessener Informationsgrundlage**

Der Geschäftsführer muss zudem davon ausgehen, dass er bezüglich der Entscheidung über eine angemessene Informationsgrundlage verfügt,<sup>111</sup> wobei sich die Angemessenheit der verfügbaren Informationen nach den Umständen des Einzelfalles, etwa der wirtschaftlichen Bedeutung der Entscheidung, bestimmt.<sup>112</sup> Maßgeblich ist ausweislich des Wortlauts des entsprechend anzuwendenden § 93 Abs. 1 S. 2 AktG die Sichtweise des handelnden Geschäftsführers, der „*vernünftigerweise*“ von einem Handeln auf angemessener Informationsgrundlage ausgegangen sein musste.<sup>113</sup> Diesbezüglich geht der BGH von einer Pflicht zur Ausschöpfung aller verfügbaren Informationsquellen aus,<sup>114</sup> wohingegen die Literatur ganz überwiegend unter Verweis auf den Gesetzeswortlaut eine „*angemessene*“ Informationsbeschaffung als ausreichend erachtet.<sup>115</sup>

### **dd) Gutgläubigkeit des Geschäftsführers**

Abschließend muss der Geschäftsführer in gutem Glauben gehandelt haben.<sup>116</sup> Erforderlich ist entsprechend § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, dass der

---

<sup>110</sup> BegR. RegE; BT-Drucksachen 15/5092, S. 11. Weitere Beispiele bei Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 113.

<sup>111</sup> BGH, GmbHR 2008, 1033, 1034; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 26; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 139 ff.

<sup>112</sup> *Freund*, GmbHR 2011, 238, 239; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 26; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 126.

<sup>113</sup> *Goette*, in: FS BGH, S. 140; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 58.

<sup>114</sup> BGH, DNotZ 2014, 138, 144; GmbHR 2008, 1033, 1034.

<sup>115</sup> Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 39; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 142; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 85a; Saenger/Inhester/*Lücke/Simon*, § 43 Rn. 36; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 58; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 127. A.A. Baum-bach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 22c.

<sup>116</sup> MüKo/*Fleischer*, § 43 Rn. 89.



Geschäftsführer davon ausging und vernünftigerweise davon ausgehen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.<sup>117</sup> Nicht erforderlich ist, dass er diesbezüglich keinerlei Zweifel hegt.<sup>118</sup> Eine reine subjektive, jedoch unangemessene Gutgläubigkeit ist demgegenüber nicht ausreichend.<sup>119</sup>

#### **4. Keine Pflichtverletzung bei Weisung oder Billigung der Gesellschafter**

Eine weitere Einschränkung der Haftung des Geschäftsführers nach § 43 Abs. 2 GmbHG folgt daraus, dass er die Gesellschaft gerade nicht in eigener Verantwortung leitet, wie es etwa § 76 Abs. 1 AktG für den Vorstand anordnet.<sup>120</sup> Oberstes Leitungsorgan einer GmbH ist vielmehr die Gesellschafterversammlung.<sup>121</sup> Anders als ein Vorstand<sup>122</sup> ist der Geschäftsführer daher verpflichtet, Weisungen der Gesellschafterversammlung Folge zu leisten.<sup>123</sup>

##### **a) Weisungen**

Konsequenz dieser Folgepflicht des Geschäftsführers ist es, dass dieser grundsätzlich nicht pflichtwidrig handelt, wenn er einer Weisung

---

<sup>117</sup> Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 59.

<sup>118</sup> Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 153.

<sup>119</sup> *Kock/Dinkel*, NZG 2004, 441, 443.

<sup>120</sup> Scholz/*Schneider/Schneider*, § 37 Rn. 37.

<sup>121</sup> Vgl. nur Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 40.

<sup>122</sup> Vgl. dazu etwa Hölters/*Weber*, § 76 Rn. 35 ff.; Hüffer/*Koch*, § 76 Rn. 25 ff., jeweils m.w.N.

<sup>123</sup> BGH, NJW 1960, 285, 285 ff.; Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 61; Gehrlein/Born/Simon/*Buck-Heeb*, § 37 Rn. 11 ff.; *Koch*, WM 2016, 2105, 2108; Michalski/*Lenz*, § 37 Rn. 16 ff.; MüKo/*Stephan/Tieves*, § 37 Rn. 115 ff.; Scholz/*Schneider/Schneider*, § 37 Rn. 37 ff.

Folge leistet<sup>124</sup> und diese ordnungsgemäß ausführt.<sup>125</sup> Begründet wird dies zutreffend damit, dass es widersprüchlich wäre, ein Verhalten, zu dem der Geschäftsführer verpflichtet ist, als Pflichtverletzung anzusehen.<sup>126</sup> Dieses Ergebnis kann weiter auch auf einen Gegenschluss aus § 43 Abs. 3 S. 3 GmbHG gestützt werden,<sup>127</sup> zudem würde eine Inanspruchnahme wohl auch ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Gesellschafter darstellen.<sup>128</sup>

Eine Weisung setzt dabei stets einen zumindest mit einfacher Mehrheit gefassten<sup>129</sup> Weisungsbeschluss der Gesellschafterversammlung voraussetzt,<sup>130</sup> insbesondere genügt eine formlose Anweisung eines Mehrheitsgesellschafters nicht.<sup>131</sup> In der Satzung kann alternativ dazu

---

<sup>124</sup> BGH, NJW 1960, 285; ZIP 1993, 917; NZG 2000, 544; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 43 Rn. 33; Ebert, GmbHR 2003, 444, 447 f.; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 43 Rn. 40; MüKo/Fleischer, § 43 Rn. 275; Roth/Altmeppen/Altmeppen, § 43 Rn. 122; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus, § 43 Rn. 89; Saenger/Inhester/Lücke/Simon, § 43 Rn. 59; Scholz/Schneider, § 43 Rn. 119; Ulmer/Paefgen, § 43 Rn. 214.

<sup>125</sup> Bork/Schäfer/Klöhn, § 43 Rn. 61; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus, § 43 Rn. 91; Scholz/Schneider, § 43 Rn. 120.

<sup>126</sup> BGH NJW 2010, 64; NJW 2000, 1571 f.; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 43 Rn. 33; Gehrlein/Born/Simon/Buck-Heeb, § 43 Rn. 73; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 43 Rn. 40; Roth/Altmeppen/Altmeppen, § 43 Rn. 122; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus, § 43 Rn. 89; Saenger/Inhester/Lücke/Simon, § 43 Rn. 59; Ulmer/Paefgen, § 43 Rn. 214.

<sup>127</sup> BGH, GmbHR 2000, 330, 331; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 43 Rn. 33; Bork/Schäfer/Klöhn, § 43 Rn. 61; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus, § 43 Rn. 89; Ulmer/Paefgen, § 43 Rn. 214.

<sup>128</sup> BGH, NJW 1974, 1098, 1090; MüKo/Fleischer, § 43 Rn. 275; Ulmer/Paefgen, § 43 Rn. 214.

<sup>129</sup> Gehrlein/Born/Simon/Buck-Heeb, § 37 Rn. 13; Ulmer/Paefgen, § 43 Rn. 215.

<sup>130</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 43 Rn. 33; Gehrlein/Born/Simon/Buck-Heeb, § 37 Rn. 13; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 43 Rn. 40; MüKo/Fleischer, § 43 Rn. 278; Saenger/Inhester/Lücke/Simon, § 43 Rn. 60; Scholz/Schneider, § 43 Rn. 121.

<sup>131</sup> Gehrlein/Born/Simon/Buck-Heeb, § 37 Rn. 13; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 43 Rn. 40; Michalski/Ziemons, § 43 Rn. 98; MüKo/Fleischer, § 43 Rn. 278; Roth/Altmeppen/Altmeppen, § 43 Rn. 121; Ulmer/Paefgen, § 43 Rn. 215.

auch vorgesehen sein, dass das Weisungsrecht auch oder ausschließlich einem anderen Gesellschaftsorgan, etwa einem Aufsichtsrat, zusteht.<sup>132</sup>

Sofern eine Weisung rechtsfehlerhaft ist, ist wie bei allen fehlerhaften Gesellschafterbeschlüssen<sup>133</sup> zwischen bloß anfechtbaren und nichtigen Weisungen zu unterscheiden.<sup>134</sup>

Nichtige Weisungen, gleich ob die Nichtigkeit aus formellen oder materiellen Gründen besteht,<sup>135</sup> müssen bzw., wenn es etwa um die Weisung zu verbotenem Verhalten geht, dürfen nicht befolgt werden.<sup>136</sup> Umgekehrt kann sich der Geschäftsführer nicht auf eine nichtige Weisung berufen.<sup>137</sup>

Bei lediglich anfechtbaren Weisungen muss weiter differenziert werden: Wurde die Weisung bereits wirksam angefochten, muss sie nicht mehr befolgt werden und entlastet den Geschäftsführer auch nicht.<sup>138</sup>

---

<sup>132</sup> Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 61; Koch, WM 2016, 2105, 2106, 2109; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 40; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 96.

<sup>133</sup> Vgl. ausführlich dazu Ulmer/*Raiser*, Anh. § 47 GmbHG.

<sup>134</sup> Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 100; MüKo/*Fleischer*, § 43 Rn. 278; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 238.

<sup>135</sup> Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 35; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 102; MüKo/*Fleischer*, § 43 Rn. 278; Roth/Altmeppen/*Altmeppen*, § 43 Rn. 123; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus*, § 43 Rn. 92; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 239. A.A. Ebert, GmbHR 2003, 444, 447; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 127; Wicke, § 43 Rn. 15: Aus formellen Gründen nichtige Weisungen können ausgeführt werden, entlasten den Geschäftsführer aber nicht.

<sup>136</sup> Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 101; Saenger/Inhester/*Lücke/Simon*, § 43 Rn. 65. Vgl. auch Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 127 mit Beispielen für Nichtigkeitsgründe.

<sup>137</sup> Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 42; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 101; MüKo/*Fleischer*, § 43 Rn. 278; Roth/Altmeppen/*Altmeppen*, § 43 Rn. 124; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus*, § 43 Rn. 92; Saenger/Inhester/*Lücke/Simon*, § 43 Rn. 65; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 127; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 239.

<sup>138</sup> Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 33; Ebert, GmbHR 2003, 444, 447; Saenger/Inhester/*Lücke/Simon*, § 43 Rn. 66.

Ist sie bestandskräftig, besteht eine Folgepflicht sowie korrespondierend dazu eine Entlastungswirkung.<sup>139</sup> Ist die Weisung lediglich anfechtbar oder wurde über eine Anfechtung noch nicht rechtskräftig entschieden, muss der Geschäftsführer abwägen, ob er die Ausführung der Weisung bis zur Entscheidung über die Anfechtung aufschieben kann oder stattdessen eine sofortige Ausführung geboten ist,<sup>140</sup> wobei ihm dabei ein gewisser Ermessenspielraum zusteht.<sup>141</sup>

## b) Billigung

Entsprechend den Rechtsfolgen einer vor Vornahme der Handlung erteilten Weisung an den Geschäftsführer wirkt es auch haftungsausschließend, wenn eine konkrete Handlung des Geschäftsführers im Nachhinein durch sämtliche Gesellschafter gebilligt wird,<sup>142</sup> was auch als Einverständnis bezeichnet werden kann.<sup>143</sup> Für eine entlastende Billigung ist dabei kein förmlicher Billigungsbeschluss erforderlich,<sup>144</sup> ausreichend kann vielmehr auch eine stillschweigende Billigung sein.<sup>145</sup> Einschränkend wird in der Literatur jedoch teilweise gefordert,

---

<sup>139</sup> BGH, NJW 1974, 1088, 1089; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 43 Rn. 35; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 278; Roth/Altmeppen/*Altmeppen*, § 43 Rn. 125; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 130; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 240.

<sup>140</sup> Gehrlein/Born/Simon/*Buck-Heeb*, § 37 Rn. 15; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 42; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 106 ff.; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 278; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus*, § 43 Rn. 93; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 240 ff.

<sup>141</sup> Gehrlein/Born/Simon/*Buck-Heeb*, § 37 Rn. 15; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 108; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 278; Saenger/Inhester/*Lücke/Simon*, § 43 Rn. 65.

<sup>142</sup> BGH, NJW 2000, 576; NZG 2003, 528; ZIP 2013, 1712; NZG 2015, 225, 226; Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 61; Gehrlein/Born/Simon/*Buck-Heeb*, § 43 Rn. 73; Roth/Altmeppen/*Altmeppen*, § 43 Rn. 122; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus*, § 43 Rn. 90; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 218.

<sup>143</sup> Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 61; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 279.

<sup>144</sup> MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 279.

<sup>145</sup> BGH, NJW 2000, 576; NZG 2003, 528; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 40; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 279.

dass auch eine stillschweigende Billigung zumindest den Anforderungen eines konkludenten Gesellschafterbeschlusses genügen muss.<sup>146</sup> Nicht ausreichend ist es demgegenüber, wenn die Gesellschafter eine Geschäftsführungsmaßnahme lediglich zu Kenntnis nehmen.<sup>147</sup>

## II. Verschulden

Neben der Verletzung einer Pflicht setzt eine Haftung des Geschäftsführers gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG zusätzlich voraus, dass diese Pflichtverletzung schuldhaft begangen worden ist.<sup>148</sup>

### 1. Bezugspunkt des Verschuldens

Bezugspunkt des Verschuldens ist grundsätzlich nur die begangene Pflichtverletzung, nicht der dadurch entstandene Schaden.<sup>149</sup> Maßgeblich ist daher, ob die Pflichtverletzung selbst schuldhaft begangen wurde, während ein Verschulden auch in Bezug auf die Entstehung des Schadens, insbesondere ein Bewusstsein dafür, durch die Pflichtverletzung die Gesellschaft (potentiell) zu schädigen, für eine Haftung nicht erforderlich ist.<sup>150</sup>

### 2. Genereller Verschuldensmaßstab

Grundsätzlich haftet der Geschäftsführer entsprechend der allgemeinen Definition des § 276 Abs. 1 BGB sowohl für vorsätzliche als auch

---

<sup>146</sup> MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 279; Roth/Altmeppen/*Altmeppen*, § 43 Rn. 122.

<sup>147</sup> BGH, ZIP 1999, 1352; Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 61; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 279; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus*, § 43 Rn. 90; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 218.

<sup>148</sup> A.M., vgl. nur MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 255 m.w.N.

<sup>149</sup> Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 12; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 416.

<sup>150</sup> Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 167.

für fahrlässige Pflichtverletzungen,<sup>151</sup> es genügt dabei die leichteste Fahrlässigkeit (*omnis culpa*).<sup>152</sup>

Der Maßstab der geschuldeten Sorgfalt wird durch die Regelung des § 43 Abs. 1 GmbHG jedoch gegenüber den allgemeinen Anforderungen des § 276 BGB hinaus erhöht.<sup>153</sup> Geschuldet ist gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes, was von Rechtsprechung<sup>154</sup> und Literatur<sup>155</sup> in Anlehnung an eine Formulierung des OLG Bremen<sup>156</sup> regelmäßig mit fast identischem Wortlaut als diejenige einer Person bei selbstständiger, treuhänderischer Verwaltung fremder Vermögensinteressen in leitender Position beschrieben wird. Dieser Maßstab entspricht dabei dem des „*ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters*“ gemäß § 93 Abs. 1 AktG.<sup>157</sup>

Während in der Rechtsprechung zudem teilweise vertreten wird, der Pflichtenstandard entspreche zudem dem der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes gemäß § 347 Abs. 1 HGB,<sup>158</sup> wird dies von einem anderen Teil der Rechtsprechung und der ganz überwiegenden Ansicht in der Literatur mit der Begründung abgelehnt, für einen Geschäftsführer würden als Verwalter fremden Vermögens strengere

---

<sup>151</sup> Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 407.

<sup>152</sup> MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 256.

<sup>153</sup> Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 64; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 408.

<sup>154</sup> Aus der jüngeren Rechtsprechung z.B. OLG Brandenburg, NZG 2001, 756; OLG Celle, NJOZ 2006, 1563; OLG Oldenburg, GmbHR 2006, 1263, 1264.

<sup>155</sup> Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 9; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 410; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek* § 43 Rn. 10; Roth/Altmeyen/*Altmeyen*, § 43 Rn. 3; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 36 ff.

<sup>156</sup> OLG Bremen, GmbHR 1964, 8, 9. Vgl. dazu Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Koppenstein/Gruber* (2. Auflage), § 43 Rn. 7.

<sup>157</sup> OLG Celle, NZG 2000, 1178, 1179; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 7; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus*, § 43 Rn. 13; Saenger/Inhester/*Lücke/Simon*, § 43 Rn. 15; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 166. A. A. *Kunst*, WM 1980, 758, 758.

<sup>158</sup> OLG Koblenz, GmbHR 1995, 730 f.; OLG München, GmbHR 1997, 1103 f.; KG, NZG 1999, 400; OLG Naumburg, NZG 1999, 353, 354. So auch Henssler/Strohn/*Oetker*, § 43 GmbHG Rn. 15.

Anforderungen gelten als für einen Kaufmann, der potentiell nur eigenes Vermögen gefährde.<sup>159</sup>

Insgesamt bedeutet diese Definition des Verschuldens dabei, dass es zu weitgehenden Überschneidungen mit den einen Geschäftsführer generell treffenden Pflichten kommt,<sup>160</sup> sodass nur in wenigen Fällen trotz der Pflichtwidrigkeit einer Handlung kein Verschulden vorliegt.<sup>161</sup>

### 3. Berücksichtigung des Einzelfalls

Grundsätzlich ist für die Verschuldensanforderung jeweils auf die objektiven Anforderungen des übernommenen Amtes abzustellen,<sup>162</sup> das heißt, ein Geschäftsführer muss stets die Kenntnisse und Fähigkeiten aufweisen, die sein Amt erfordert.<sup>163</sup> Fehlen daher diese Eigenschaften, befreit dies nicht vom Verschuldensvorwurf.<sup>164</sup> Ebenfalls nicht eingewandt werden kann, dass die Gesellschafter den Geschäftsführer falsch ausgewählt hätten.<sup>165</sup> Sollten die individuellen Fähigkeiten demgegenüber über das Erforderliche hinausgehen oder sollte Sonderwissen vorliegen, ist der Geschäftsführer verpflichtet, dieses für die die Gesellschaft einzusetzen.<sup>166</sup>

Wie oben bereits ausgeführt, sind daher nur wenige Situationen ersichtlich, in denen eine Pflichtverletzung nicht schuldhaft begangen

---

<sup>159</sup> OLG Celle, 1178, 1179; OLG Zweibrücken, NZG 1999, 506, 507; OLG Koblenz, GmbHR 1999, 1201 f.; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 409; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 10; Roth/Altmeppen/*Altmeppen*, § 43 Rn. 3; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 37; *Wicke*, § 43 Rn. 3.

<sup>160</sup> Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 18; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 168.

<sup>161</sup> MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 255.

<sup>162</sup> Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 168.

<sup>163</sup> Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 411.

<sup>164</sup> BGH, NJW 1995, 1290, 1291; WM 1983, 725, 726; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 10; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 411 ff.; Roth/Altmeppen/*Altmeppen*, § 43 Rn. 4.

<sup>165</sup> BGH, NJW 1983, 1856.

<sup>166</sup> Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 18; Bayer, GmbHR 2014, 897, 898. Für die AG: BGH, NZG 2011, 1271; DSrR 2006, 1610, 163.

wurde. Diesbezüglich kommen insbesondere entschuld bare Rechtsirrtümer<sup>167</sup> sowie daneben Handlungen unter beeinträchtigt er Willensfreiheit, etwa durch Krankheit, Drohung oder körperlichen Zwang, in Betracht.<sup>168</sup>

### III. Schaden

Voraussetzung eines Anspruches der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer ist darüber hinaus, dass der Gesellschaft durch die schuldhaft e Pflichtverletzung des Geschäftsführers auch ein Schaden entstanden ist.<sup>169</sup> Eine reine Pflichtverletzung, durch die kein Schaden entstanden ist, löst entsprechend keinen Schadensersatzanspruch aus.<sup>170</sup>

#### 1. Grundlagen und Schadensbegriff

Nach mittlerweile fast einhelliger Auffassung entspricht der Begriff des Schadens im Sinne des § 43 Abs. 2 GmbHG dem allgemeinen zivilrechtlichen Schadensbegriff der §§ 249 ff. BGB.<sup>171</sup> Teilweise wird demgegenüber ein eigenständiger gesellschaftsrechtlicher Schadensbegriff vertreten, der einen ersatzfähigen Schaden nur bei einer dem Unternehmenszweck widersprechenden Vermögenseinbuße der Gesellschaft annimmt.<sup>172</sup> Auf diese Weise soll eine ausufernde Inan-

---

<sup>167</sup> Vgl. zu den diesbezüglichen Voraussetzungen MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 42a ff.

<sup>168</sup> Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 168.

<sup>169</sup> A.M., vgl. nur Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 67 m.w.N.

<sup>170</sup> OLG Hamm, NJW-RR 1999, 1715; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 45.

<sup>171</sup> OLG Düsseldorf, BeckRS 1997, 00514; Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 67; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 227.

<sup>172</sup> Grundlegend *Mertens*, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, S. 128 ff., 165 ff.; Hachenburg/*Mertens*, § 43 Rn. 57 ff.



spruchnahme des Geschäftsführers für Vermögensnachteile der Gesellschaft verhindert werden.<sup>173</sup> Von der großen Mehrheit der Stimmen in der Literatur wird dieser Ansatz (mittlerweile) abgelehnt,<sup>174</sup> sodass auch dieser Arbeit daher im Folgenden der allgemeine Schadensbegriff zugrunde gelegt wird.

## 2. Schadensberechnung und Umfang des Schadensersatzes

Die Schadensberechnung erfolgt auch im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG grundsätzlich gemäß der im gesamten Schadensrecht maßgeblichen Differenzhypothese: Verglichen wird dabei vorhandene Gesellschaftsvermögen infolge der Pflichtverletzung mit dem hypothetischen Gesellschaftsvermögen, welches bei Hinwegdenken der Pflichtverletzung bestünde.<sup>175</sup> Abzustellen ist dabei gemäß dem so genannten „*Prinzip der Haftungskonzentration*“ ausschließlich auf das Vermögen der Gesellschaft selbst, etwaige Veränderungen im Vermögen der Gesellschafter oder der Gläubiger bleiben außer Betracht.<sup>176</sup> Maßgeblich ist dabei der Zeitpunkt der Schadensfeststellung, bei gerichtlicher Geltendmachung somit der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung.<sup>177</sup>

Auch der Umfang des Schadensersatzes richtet sich nach den Grundsätzen des Schadensrechts: Geschuldet ist gemäß § 249 Abs. 1 BGB grundsätzlich die Wiederherstellung des Zustandes, der ohne das schädigende Ereignis bestünde.<sup>178</sup> Auch entgangene Gewinne sind gemäß

---

<sup>173</sup> Hachenburg/*Mertens*, § 43 Rn. 57.

<sup>174</sup> Vgl. nur MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 262 m.w.N. Eingehend *Schauer*, in: FS Roth, S. 687 ff.

<sup>175</sup> BGH, NZG 2008, 314; WM 2013, 456, 458; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 15; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 449 f.; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 46; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 178.

<sup>176</sup> BGH GmbHR 1974, 131, 132; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 264; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus*, § 43 Rn. 107.

<sup>177</sup> Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 15; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 181.

<sup>178</sup> BGH NZG 2008, 314, NZG 2013, 1958; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 47; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 263.

§ 252 BGB ersatzfähig,<sup>179</sup> gleiches gilt für Schäden, die dadurch entstehen, dass sich die Gesellschaft aufgrund der Pflichtverletzung des Geschäftsführers Haftungsansprüchen Dritter ausgesetzt sieht.<sup>180</sup> Keinen Schaden stellen demgegenüber bloße Vermögensgefährdungen dar.<sup>181</sup> Auch ideelle Nachteile wie Imageschädigungen sind nur dann ersatzfähig, wenn sie sich konkret vermögensmindernd auswirken.<sup>182</sup>

### 3. Reduzierung aufgrund von Mitverschulden

Eine Reduzierung der Ersatzpflicht aufgrund von Mitverschulden anderer Beteiligten gemäß § 254 BGB ist im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG ist nur in Ausnahmefällen möglich.<sup>183</sup>

Prinzipiell ausgeschlossen ist etwa die Berufung auf ein Mitverschulden eines Mitgeschäftsführers gemäß §§ 254, 31 BGB,<sup>184</sup> da mehrere Geschäftsführer gemäß dem Wortlaut des § 43 Abs. 2 GmbHG „*solidarisch*“ haften.<sup>185</sup> Gleiches gilt für das Mitverschulden eines Angestellten, welches sich die Gesellschaft zurechnen lassen müsste.<sup>186</sup>

---

<sup>179</sup> BGH, NJW 2009, 2598; Henssler/Strohn/*Oetker*, § 43 GmbHG Rn. 40; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 449; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 181.

<sup>180</sup> OLG Naumburg, BeckRS 2007, 00361; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 15; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 185.

<sup>181</sup> MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 263.

<sup>182</sup> *Drescher*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, Rn. 314.

<sup>183</sup> Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 45; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 260; Roth/Altmeppen/*Altmeppen*, § 43 Rn. 116. Noch weitergehender BGH NZG 2015, 38, 39f.; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 47.

<sup>184</sup> BGH, NZG 2015, 38, 39f.; NZG 2008, 104; NJW 1983, 1856; Henssler/Strohn/*Oetker*, § 43 GmbHG Rn. 44; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 260; Roth/Altmeppen/*Altmeppen*, § 43 Rn. 116. Siehe auch BGH NZG 2015, 38 für den Vorstand einer Stiftung.

<sup>185</sup> BGH, NJW 1983, 1856, WM 1986, 789; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 45; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 245.

<sup>186</sup> OLG Köln, GmbHR 2000, 942; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 45; Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 70; Henssler/Strohn/*Oetker*, § 43 GmbHG Rn. 44; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 176.

Auch gegenüber der Gesellschafterversammlung kann regelmäßig nicht geltend gemacht werden, diese habe den Geschäftsführer nicht richtig überwacht, da die Pflichten sämtlicher Organe der Gesellschaft grundsätzlich unabhängig nebeneinander stehen und jedes Organ selbstständig für die ordnungsgemäße Pflichterfüllung verantwortlich ist.<sup>187</sup> Ebenso wenig kann sich der Geschäftsführer darauf berufen, er sei unzureichend qualifiziert und die Gesellschafterversammlung träfe aufgrund seiner Bestellung ein Auswahl- oder Überwachungsver schulden.<sup>188</sup> Möglich ist demgegenüber nach überwiegender Ansicht in Einzelfällen ein Mitverschulden der Gesellschafterversammlung für den Fall, dass sie dem Geschäftsführer rechtswidrige Weisungen erteilt<sup>189</sup> oder einen ersichtlich unqualifizierten Mitgeschäftsführer be stellt<sup>190</sup> oder unzureichend überwacht.<sup>191</sup>

## VI. Darlegungs- und Beweislast

Neben der Frage, welche Voraussetzungen für die Begründung eines Anspruchs auf Schadensersatz erfüllt sein müssen, stellt sich stets die Frage, wer im Zweifel die Beweislast für ihr Vorliegen trägt. Von der generellen Regel, dass der Anspruchsteller die Voraussetzungen des

---

<sup>187</sup> BGH NZG 2015, 38 39f.; NJW 1983, 1856; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 47; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 469.

<sup>188</sup> BGH NZG 2015, 38, 39 f.; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 45; Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 70; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 47. Kritisch *Lindacher*, JuS 184, 672, 672 ff. Für ausnahmsweises Mitverschulden bei Aufdrängung der Geschäftsführerstellung trotz bekannter Unerfahrenheit Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 246.

<sup>189</sup> Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 70; Henssler/Strohn/*Oetker*, § 43 GmbHG Rn. 43; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 260; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 173. A.A. Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 467 f.

<sup>190</sup> MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 260; Roth/Altmeppen/*Altmeppen*, § 43 Rn. 116; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 246. A.A. BGH, NZG 2015, 38, 39, Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 469.

<sup>191</sup> Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 47; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 174.

Anspruchs zu beweisen hat,<sup>192</sup> wird von der Rechtsprechung in Bezug auf § 43 Abs. 2 GmbHG wie im gesamten Haftungsrecht der Kapitalgesellschaften verschiedentlich stark zugunsten der Anspruchsteller abgewichen. Begründet wird dies mit der „*praktischen Funktionsfähigkeit*“ des Haftungssystems<sup>193</sup> und damit, dass nur so eine realistische Regressmöglichkeit der Gesellschaft bestehe.<sup>194</sup>

## 1. Organeigenschaft, Schaden, Kausalität

Bezüglich der Organeigenschaft des Geschäftsführers sowie der Tatsache, dass eine von ihm vorgenommene Handlung zu kausal für einen Schaden der Gesellschaft war, gelten dabei keine Besonderheiten; für diese Voraussetzungen trägt daher nach einhelliger Ansicht von Rechtsprechung und Literatur die Gesellschaft die Beweislast.<sup>195</sup> Jedenfalls bezüglich der konkreten Höhe des Schadens,<sup>196</sup> wohl aber auch bezüglich der Kausalität der Handlung für den Schaden<sup>197</sup> genügt jedoch ein Vortrag, der gemäß § 287 ZPO eine (Schadens-)Schätzung durch das Gericht ermöglicht. Für den Sonderfall von Kassen- oder Warenfehlbeständen ist weiter anerkannt, dass, wenn der Fehlbestand an sich feststeht, die Gesellschaft nicht verpflichtet ist, nachzuweisen, welche konkrete Handlung oder Handlungen diesen hervorgerufen haben.<sup>198</sup> Nicht ausreichend ist dagegen die Darlegung der bloßen Möglichkeit einer Kausalität.<sup>199</sup> Sollte der Beweis von Eintritt oder

---

<sup>192</sup> A.M., vgl. statt aller Musilak/*Foerste*, § 286 Rn. 35, Saenger/*Saenger*, § 286 Rn. 58.

<sup>193</sup> So Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 202.

<sup>194</sup> MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 272.

<sup>195</sup> St. Rspr., vgl. nur BGHZ 152, 280, 284. Aus der Literatur statt aller MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 271 m.w.N.

<sup>196</sup> BGHZ 152, 280, 287; BGH GmbHR 2008, 488, 489; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 485.

<sup>197</sup> BGHZ 152, 280, 287; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 271.

<sup>198</sup> BGH, WM 1980, 1190; NJW 1986, 54; ZIP 1991, 159; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 240.

<sup>199</sup> Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 37; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 488; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 203

Höhe des Schadens gerade durch ein Verhalten des Geschäftsführers vereitelt worden sein, geht dies zu seinen Lasten.<sup>200</sup> Sofern die Gesellschaft hingegen von einer Haftung des Handelnden als faktischer Geschäftsführer ausgeht, trifft sie diesbezüglich die volle Beweislast.<sup>201</sup>

## 2. Pflichtwidrigkeit der Handlung und Verschulden

Bezüglich der Pflichtwidrigkeit und des Verschuldens gilt im Gegensatz zu den vorgenannten Kriterien nach Ansicht der Rechtsprechung<sup>202</sup> und der fast einhelligen Literatur<sup>203</sup> eine Beweislastumkehr. Die Gesellschaft muss daher nur nachweisen, dass ein möglicherweise pflichtwidriges Handeln des Geschäftsführers vorlag, nicht aber, dass dieses auch pflichtwidrig und/oder schuldhaft war. Vielmehr muss der Geschäftsführer den Beweis dafür antreten muss, dass er nicht pflichtwidrig und/oder nicht schuldhaft handelte.<sup>204</sup> Dies wird dabei auf die entsprechende Anwendung des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG, § 34 Abs. 2 GenG gestützt.<sup>205</sup> Beruft der Geschäftsführer sich auf die, wie oben dargestellt,<sup>206</sup> auch im Recht der GmbH geltende Fiktion der Pflichtgemäßheit bei Einhaltung seines unternehmerischen Ermessensspiel-

---

<sup>200</sup> BGH, NJW-RR 1991, 485; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 43 Rn. 37.

<sup>201</sup> Ulmer/Paefgen, § 43 Rn. 202.

<sup>202</sup> St. Rspr., vgl. nur BGH, NJW 2009, 850, 853; NZG 2003, 81. Zur Entwicklung der Rechtsprechung vgl. Goette, ZGR 1995, 648, 649 ff.

<sup>203</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 43 Rn. 36; Bork/Schäfer/Klöhn, § 43 Rn. 71 f.; Henssler/Strohn/Oetker, § 43 GmbHG Rn. 57; MüKo-GmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 270; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 43 Rn. 52; Michalski/Ziemons, § 43 Rn. 474; Roth/Altmeyen/Altmeyen, § 43 Rn. 112; Scholz/Schneider, § 43 Rn. 247; Ulmer/Paefgen, § 43 Rn. 205. Einschränkung Fleck, GmbHR 1997, 237, 237 ff.; Heisse, Die Beschränkung der Geschäftsführerhaftung gegenüber der GmbH, S. 49, 130.

<sup>204</sup> MüKo-GmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 272.

<sup>205</sup> BGH, NZG 2003, 81; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 43 Rn. 52.

<sup>206</sup> Vgl. hierzu und zu den Voraussetzungen oben unter C.I.3.

raums, trägt er auch für das Vorliegen der diesbezüglichen Voraussetzungen die Beweislast.<sup>207</sup> Ebenso trägt der Geschäftsführer, der sich darauf beruft, auf eine Weisung der Gesellschafterversammlung gehandelt zu haben, hierfür die Beweislast.<sup>208</sup>

Diese Beweislastverteilung gilt nach ganz überwiegender Ansicht auch gegenüber ausgeschiedenen Geschäftsführern.<sup>209</sup> Diese haben zur angemessenen Verteidigung gegen eine Inanspruchnahme jedoch einen auf Treu und Glauben und den Rechtsgedanken des § 810 BGB gestützten Anspruch gegen die Gesellschaft auf Herausgabe der erforderlichen Informationen.<sup>210</sup>

## VII. Haftung mehrerer Geschäftsführer

Gemäß dem Wortlaut des § 43 Abs. 2 GmbHG haften „*Geschäftsführer [...] solidarisch für den entstandenen Schaden*“. Zwar findet diesbezüglich keine Zurechnung der Pflichtverletzungen anderer Geschäftsführer entsprechend § 278 oder § 831 BGB statt,<sup>211</sup> sofern jedoch mehrere Geschäftsführer zusammen eine Pflichtverletzung begehen, haften sie unabhängig vom konkreten Anteil an der Pflichtverletzung und vom Ausmaß des individuellen Verschuldens<sup>212</sup> gesamtschuldne-

---

<sup>207</sup> BGH, GmbHR 2013, 1044, 1047; Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 72; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 272; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 52. Vgl. auch Begr. RegE, BT-Drs. 15/5092, 12. A.A. *Paefgen*, NZG 2009, 891, 892; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 209

<sup>208</sup> BGH, NZG 2013, 293; GmbHR 2008, 805; Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 72; *Ebert*, GmbHR 2003, 444, 448; Roth/Altmeppen/*Altmeppen*, § 43 Rn. 113.

<sup>209</sup> BGH; DStR 2003, 124, 127; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 44; Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 71; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 274; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 242; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 211. A. A. *Foerster*, ZHR 176 (2012), 221, 221 ff.; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 491.

<sup>210</sup> Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 71. Vgl. ausführlich dazu *Krieger*, in: FS Schneider, S. 718 ff.

<sup>211</sup> Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 29.

<sup>212</sup> RGZ 106, 346, 349; 123, 216, 220 ff.; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 198.

risch gemäß §§ 421 ff. für den entstandenen Schaden.<sup>213</sup> Sofern eine Pflichtverletzung feststeht und sich lediglich nicht feststellen lässt, wer daran konkret beteiligt war, haften alle Geschäftsführer gemäß dem Gedanken des § Abs. 1 S. 2 BGB gemeinsam.<sup>214</sup>

Der Ausgleich im Innenverhältnis erfolgt gemäß §§ 426 ff. BGB, wonach grundsätzlich alle Gesamtschuldner zu gleichen Teilen haften.<sup>215</sup> Gemäß § 254 BGB ist bei unterschiedlichen Graden von Pflichtverletzung und Verschulden davon abweichend jedoch eine unterschiedliche Verteilung der Haftungssumme möglich.<sup>216</sup>

## **VII. Geltendmachung von Ersatzansprüchen**

Neben der Frage, ob ein Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG besteht, stellt sich die Frage, von wem und in welcher Weise ein entsprechender Anspruch geltend zu machen ist.

### **1. Zur Geltendmachung berechnigte Personen**

Grundsätzlich obliegt die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen den Geschäftsführer der Gesellschafterversammlung, in Betracht kommt jedoch auch eine Geltendmachung durch andere Personen, etwa einzelne Gesellschafter, der Aufsichtsrat, Gläubiger der Gesellschafter oder ein Insolvenzverwalter.

#### **a) Gesellschafterversammlung**

Gemäß § 46 Nr. 8 GmbHG fällt die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen einen, auch ausgeschiedenen,<sup>217</sup> Geschäftsführer in den Aufgabenkreis der Gesellschafterversammlung und erfordert ei-

---

<sup>213</sup> MüKo/*Fleischer*, § 43 Rn. 318; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 198.

<sup>214</sup> Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 75; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 248.

<sup>215</sup> Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 29; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 251.

<sup>216</sup> Saenger/*Inhexter/Lücke/Simon*, § 43 Rn. 56

<sup>217</sup> BGHZ 152, 280, 282; GmbHR 2004, 1279; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 305.

nen Gesellschafterbeschluss.<sup>218</sup> Der Beschluss ist für die Geltendmachung dabei ein materielles Erfordernis.<sup>219</sup> Ohne einen solchen Gesellschafterbeschluss ist eine entsprechende Klage daher unbegründet.<sup>220</sup> Der Beschluss kann aber auch noch während es Rechtsstreits gefasst werden.<sup>221</sup> Begründet wird dieses Erfordernis damit, dass die Geltendmachung von Haftungsansprüchen gegen den Geschäftsführer zur Offenlegung innerer Gesellschaftsverhältnisse führen oder das Ansehen der Gesellschaft beschädigen kann und daher nur mit dem Einverständnis der Gesellschafter erfolgen soll.<sup>222</sup>

Etwas anderes gilt in Einpersonen-Gesellschaften:<sup>223</sup> Dort genügt es, wenn der Alleingesellschafter schriftlich unmissverständlich seinen Willen zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Geschäftsführer kundtut,<sup>224</sup> ein förmlicher Gesellschafterbeschluss ist gemäß § 48 Abs. 3 GmbHG entbehrlich. Gleiches gilt in der zweigliedrigen GmbH, sofern der betroffene Gesellschafter-Geschäftsführer gemäß § 47 Abs. 4 GmbHG einem Stimmverbot unterfällt.<sup>225</sup>

## b) Einzelne Gesellschafter

Ob und unter welchen Voraussetzungen anstelle der Gesellschafterversammlung auch einzelne Gesellschafter Schadensersatzansprüche im Wege der auch im GmbH-Recht anerkannten *actio pro socio*<sup>226</sup> geltend machen können, ist äußerst streitig.<sup>227</sup> Allgemein anerkannt ist

---

<sup>218</sup> Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 80.

<sup>219</sup> St. Rspr. seit BGHZ 28, 355, 357 ff.; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 30; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 231.

<sup>220</sup> BGH NZG 2004, 962, 964; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 305.

<sup>221</sup> BGH GmbHR 1999, 714; GmbHR 2008, 144, 145; *Bayer*, GmbHR 2014, 897, 901; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 289.

<sup>222</sup> BGHZ 28, 355, 357; OLG Düsseldorf, GmbHR 1995, 232; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 321; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 306.

<sup>223</sup> BGH WM 1983, 498; NJW 2010, 64; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 306.

<sup>224</sup> BGH ZIP 1997, 199, 200; Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 80.

<sup>225</sup> BGH NJW, 1991, 1884, 1995; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 306.

<sup>226</sup> Siehe dazu Scholz/*K. Schmidt*, § 46 Rn. 161 m.w.N.

<sup>227</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 32.



insoweit lediglich, dass eine Geltendmachung in jedem Fall nur im Namen der Gesellschaft erfolgen kann.<sup>228</sup>

Die überwiegende Ansicht sieht die *actio pro socio* als subsidiär gegenüber einer Geltendmachung durch die Gesellschafterversammlung an.<sup>229</sup> Erforderlich sei, dass der Kläger im Vorfeld auf einen Beschluss hingewirkt und einen Beschluss, der die Geltendmachung von Schadensersatzforderungen ablehnt, sodann im Wege der Anfechtungsklage angreift.<sup>230</sup> Diese Klage könne dann gegebenenfalls mit einer positiven Beschlussfeststellungsklage verbunden werden.<sup>231</sup> Eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit des ablehnenden Beschlusses im Wege der Klage auf Schadensersatz reiche nicht aus, da auch anfechtbare Beschlüsse grundsätzlich Bindungswirkung entfalten.<sup>232</sup> Vom Erfordernis der vorherigen Anfechtungsklage bestünden jedoch recht großzügige Ausnahmen, wenn eine vorherige Beschlussfassung nicht möglich oder sinnlos sei, etwa wenn die übrigen Gesellschafter sich bereits gegen eine Beschlussfassung sperrten oder ein positiver Beschluss aufgrund der Mehrheitsverhältnisse von vorneherein nicht zu erwarten wäre.<sup>233</sup>

Die Gegenansicht hält demgegenüber eine vorherige Anfechtungsklage nicht für erforderlich,<sup>234</sup> sofern nicht zugleich ein Verzicht auf

---

<sup>228</sup> Siehe zur Haftungskonzentration etwa Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 48.

<sup>229</sup> Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek* § 43 Rn. 50; Michalski/*Ebbing*, § 13 Rn. 104; MüKo-GmbHG/*Merkt*, § 13 Rn. 323; Saenger/Inhexter/*Greitemann*, § 13 Rn. 7; Scholz/*K. Schmidt*, § 46 Rn. 161; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 307; jeweils m.w.N.

<sup>230</sup> BGH DStR 1993, 1111; OLG Köln, GmbHR 1993, 816, 817; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 50.

<sup>231</sup> Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 308.

<sup>232</sup> BGH NJW 1999, 2115, 2116; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 50; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 308.

<sup>233</sup> BGH WM 1982, 928 f.; Scholz/*K. Schmidt*, § 46 Rn. 161; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 309.

<sup>234</sup> Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 81; *Verse*, in: FS Schneider, S. 135 f. Für Geltendmachung über Einsetzen eines besonderen Vertreters Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 32.

den Ersatzanspruch beschlossen wurde.<sup>235</sup> Begründet wird dies unter anderem mit einer nicht begründbaren Verkomplizierung der Anspruchsdurchsetzung.<sup>236</sup>

### c) Aufsichtsrat

Soweit eine GmbH über einen Aufsichtsrat verfügt, ergibt sich dadurch eine Zweiteilung der Geltendmachung: Im Innenverhältnis muss nach wie vor die Gesellschafterversammlung beschließen, dass Ersatzansprüche verfolgt werden sollen,<sup>237</sup> nach außen hin obliegt die Geltendmachung demgegenüber dem Aufsichtsrat,<sup>238</sup> beim freiwilligen Aufsichtsrat im Rahmen seiner satzungsmäßigen Befugnisse.<sup>239</sup>

### d) Gesellschaftsgläubiger

Auch die Frage, ob Gläubigern der Gesellschaft ein Recht zur Geltendmachung von Haftungsansprüchen zusteht, wird nicht einheitlich beantwortet:

Nach einer Ansicht besteht für Gläubiger der Gesellschaft kein eigenes Recht auf Durchsetzung von Ersatzansprüchen.<sup>240</sup> Die Gläubiger müssen stattdessen gemäß den Vorgaben der §§ 829, 835 ZPO Ansprüche der Gesellschaft pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen,

---

<sup>235</sup> Henssler/Strohn/*Verse*, § 14 GmbHG Rn. 125; *Schwab*, Das Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 84 ff.; *Ulmer/Hüffer/Schürnbrand*, § 46 Rn. 115; *Verse*, in: FS Schneider, S. 136; *Winter*, Mitgliedschaftliche Treuebindung im GmbH-Recht, S. 315 f. jeweils m.w.N.

<sup>236</sup> *Ulmer/Hüffer/Schürnbrand*, § 46 Rn. 115.

<sup>237</sup> *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, § 46 Rn. 59.

<sup>238</sup> *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 46 Rn. 43; *Ulmer/Hüffer/Schürnbrand*, § 46 Rn. 117.

<sup>239</sup> *Bayer*, GmbHR 2014, 897, 902.

<sup>240</sup> BGH WM 1990, 548, 555; *Bork/Schäfer/Klöhn*, § 43 Rn. 81; *Gehrlein/Born/Simon/Buck-Heeb*, § 43 Rn 80; *Scholz/Schneider*, § 43 Rn. 291; *Ulmer/Paeffgen*, § 43 Rn. 291.

wozu es keines Gesellschafterbeschlusses bedarf.<sup>241</sup>

Die Gegenansicht will demgegenüber unter analoger Anwendung des § 93 Abs. 5 AktG auch den Gesellschaftsgläubigern ein eigenes Klage-recht einräumen,<sup>242</sup> wenn etwa wegen masseloser Insolvenz oder Lös- schung der Gesellschaft aus dem Handelsregister eine anderweite Rechtsverfolgung kaum möglich ist.<sup>243</sup>

### e) Insolvenzverwalter

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer GmbH geht nach § 80 Abs. 1 InsO auch die Verfügungsbefugnis über Ansprüche gegen den Geschäftsführer auf den Insolvenzverwalter über.<sup>244</sup> Gleiches gilt für den Fall der Liquidation einer GmbH, bei der ein Insolvenzverfahren mangels Masse nicht eingeleitet wurde.<sup>245</sup> In diesen Fällen ist das Interesse der Gesellschafter an der Verhinderung des Bekanntwerdens von Gesellschaftsinterna weniger schutzwürdig als das Gläubigerinteresse, weswegen ein Gesellschafterbeschluss ge- mäß § 46 Nr. 8 GmbH nicht mehr erforderlich ist.<sup>246</sup> Dabei besteht für den Insolvenzverwalter grundsätzlich die Pflicht, alle der Masse vo- raussichtlich dienlichen Ansprüche zu verfolgen.<sup>247</sup>

---

<sup>241</sup> BGH GmbHR 1992, 303; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 325. Vgl. dazu insb. *K. Schmidt*, KTS 2005, 261 ff.

<sup>242</sup> *Bayer*, GmbHR 2014, 897, 902; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 31; Henssler/Strohn/*Oetker*, § 43 GmbHG Rn. 48; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 51; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 327; Ulmer/*Paeffgen*, § 43 Rn. 310.

<sup>243</sup> Vgl. dazu und zu den verschiedenen diesbezüglich vertretenen Ansichten MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 327.

<sup>244</sup> Ulmer/*Paeffgen*, § 43 Rn. 306.

<sup>245</sup> BGH, NZG 2004, 962, 964 f.; GmbHR 1992, 303; Baumbach/Hueck/*Zöll- ner/Noack*, § 43 Rn. 30; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 328.

<sup>246</sup> BGH, GmbHR 2004, 1279, 1281; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 51; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 11; Ulmer/*Paeffgen*, § 43 Rn. 310.

<sup>247</sup> *Drescher*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, Rn. 49 f. Ausführlich *Bork*, ZIP 2005, 1120, 1120 ff.

## 2. Modalitäten der Geltendmachung

Bezüglich der Modalitäten der Geltendmachung seien hier nur die gerichtliche Zustimmung sowie die Verjährung des Anspruches hingewiesen:

### a) Rechtsweg und zuständiges Gericht

Sachlich zuständig für Haftungsklagen gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG sind die ordentlichen Gerichte, die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte ist demgegenüber gemäß § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG grundsätzlich ausgeschlossen.<sup>248</sup> Dies gilt bereits für die Geschäftsführer der Vor-GmbH und der Vorgründungsgesellschaft<sup>249</sup> sowie für den Geschäftsführer einer GmbH & Co KG. Abweichend davon kann sich eine arbeitsgerichtliche Zuständigkeit ergeben, sollten die Parteien gemäß § 2 Abs. 4 ArbGG die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte vereinbaren oder neben der Stellung als Geschäftsführer ein Arbeitsverhältnis bestehen.<sup>250</sup>

Die funktionelle Zuständigkeit liegt bei Landgerichten bei der Kammer für Handelssachen, § 95 Abs. 1 Nr. 4 lit. a GVG.

Die örtliche Zuständigkeit folgt den üblichen Bestimmungen, also insbesondere aus dem allgemeinen Gerichtsstand des Geschäftsführers gemäß §§ 12, 13 ZPO oder dem Erfüllungsort gemäß § 29 ZPO,<sup>251</sup> wobei sich der Erfüllungsort nach dem Sitz der Gesellschaft bestimmt.<sup>252</sup>

---

<sup>248</sup> Vgl. etwa BAG GmbHR 2003, 1208; BAG GmbHR 2011, 1200, 1201; vgl. auch Ulmer/*Paefgen*, § 35 Rn. 513 m.w N.

<sup>249</sup> BAG GmbHR 1996, 681 ff.; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, Anh. zu § 6 Rn. 75.

<sup>250</sup> Vgl. zum Ganzen MüKo-GmbHG/*Stephan/Tieves/Jaeger/Steinbrück*, § 35 Rn. 296 f.

<sup>251</sup> Saenger/Inhester/*Lücke/Simon*, § 43 Rn. 135.

<sup>252</sup> BGH NJW 1985, 1286, 1287; Ulmer/*Paefgen*, § 35 Rn. 515.

## b) Verjährung von Ersatzansprüchen

Gemäß § 43 Abs. 4 GmbHG verjähren Ansprüche gegen den Geschäftsführer aus § 43 Abs. 2 GmbHG innerhalb von fünf Jahren.<sup>253</sup>

Dies gilt auch für Ansprüche aus dem Anstellungsvertrag.<sup>254</sup>

Anders als die Regelverjährung gemäß §§ 194 ff. BGB handelt es sich dabei um eine objektive, kenntnisunabhängige Frist. Die Verjährung beginnt daher bereits mit dem Zeitpunkt der Entstehung des Schadens.<sup>255</sup> Dieser muss zu diesem Zeitpunkt noch nicht bezifferbar sein können, ausreichend ist vielmehr, dass der Anspruch im Wege der Feststellungsklage geltend gemacht werden kann.<sup>256</sup> Auch muss seine Dauerhaftigkeit zu diesem Zeitpunkt noch nicht gewiss sein,<sup>257</sup> es muss sich jedoch um mehr als eine bloße Vermögensgefährdung handeln.<sup>258</sup> Zu diesem Zeitpunkt beginnt auch die Verjährung vorhersehbarer, üblicher Folgeschäden,<sup>259</sup> lediglich für unvorhersehbare Schadensfolgen beginnt mit deren Eintritt eine neue Verjährung.<sup>260</sup>

Der Beginn der Frist ist taggenau nach § 187 Abs. 1 BGB zu berechnen, das Fristende gemäß § 188 Abs. 2 BGB.<sup>261</sup> Als objektive Frist ist der Beginn der Verjährungsfrist dabei insbesondere von der Kenntnis der

---

<sup>253</sup> Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 520; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 278. Vgl. allgemein dazu auch *Thiessen*, ZHR 168 (2004) 503 ff. sowie *Sturm*, Die Verjährung von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegen Leitungsorganmitglieder gemäß §§ 93 Abs. 6 AktG, 43 Abs. 4 GmbHG, 34 Abs. 6 GenG. Rechtsvergleichend dazu *Fleischer*, AG 2014, 257 ff.

<sup>254</sup> BGH, GmbHR 1989, 365; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 58; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 67.

<sup>255</sup> BGHZ 100, 228, 231; BGH, NZG 2015, 792, 792; NJW 2009, 68; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 331; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 281.

<sup>256</sup> BGHZ 100, 191, 199; 100, 228, 231; BGH, ZIP 2005, 852; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 57; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 67; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 531.

<sup>257</sup> BGHZ 100, 228, 231; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 331a.

<sup>258</sup> BGHZ 124, 27, 30; OLG Frankfurt, AG 2008, 453, 455.

<sup>259</sup> BGHZ 100, 228, 232.

<sup>260</sup> BGHZ 100, 228, 231; *Fleischer*, AG 2014, 457, 460.

<sup>261</sup> Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 289.

Gesellschafter unabhängig.<sup>262</sup> Auch wenn der Geschäftsführer den Schaden verheimlicht, beginnt die Frist daher schon mit der Entstehung des Schadens.<sup>263</sup>

Bei dauerhaftem Verhalten gilt bei mehraktigem Tun, dass erst mit dem Abschluss der letzten (Teil-) Handlung die Verjährungsfrist beginnt.<sup>264</sup> Bei Pflichtverletzungen durch Unterlassen wird mittlerweile darauf abgestellt, wann das Unterlassen als „soziale Handlungseinheit“<sup>265</sup> beziehungsweise ab wann die pflichtwidrig unterlassene Handlung nicht mehr nachgeholt werden kann.<sup>266</sup>

Auch die Hemmung und der Neubeginn der Verjährung richten sich nach den allgemeinen Regeln der §§ 203ff. BGB.<sup>267</sup>

---

<sup>262</sup> BGH NZG 2008, 908; BGH, GmbHR 2008, 1033, 1034; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 67; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 531; *Schmitt-Rolfes/Bergwitz*, NZG 2006, 535, 536.

<sup>263</sup> BGH, NZG 2008, 908; BGH, ZIP 2005, 852; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 233; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 290.

<sup>264</sup> OLG Düsseldorf, GmbHR 200, 667, 670; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 67; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 291.

<sup>265</sup> So Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 291.

<sup>266</sup> MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 331c; *Harbarth/Jansen*, NZG 2011, 368, 370.

<sup>267</sup> MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 333; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 293.

## D. Die Rechtsfigur der Vorteilsausgleichung

Im nächsten Schritt nach der Darstellung der Systematik und der Tatbestandsvoraussetzungen der Haftung des Geschäftsführers wird es nun darum gehen, das Rechtsinstitut der Vorteilsausgleichung im Allgemeinen darzustellen. Denn nur, wenn man in einem ersten Schritt Inhalt und Voraussetzungen dieses Rechtsinstituts definiert, kann man im nächsten Schritt untersucht werden, welche Wechselwirkungen und Besonderheiten dabei im Zusammenspiel mit dem Haftungsrecht des GmbH-Geschäftsführers auftreten. Doch anders als das Haftungssystem nach § 43 Abs. 2 GmbHG, bei dem, wie gezeigt, über dessen Grundstruktur im Wesentlichen Einigkeit besteht, ist die Rechtsfigur der Vorteilsausgleichung von deutlich diffuserer Natur.

Das zugrundeliegende rechtliche Phänomen, dass nämlich durch ein schädigendes Ereignis dem Geschädigten auch Vorteile erwachsen können, erscheint naheliegend und beschäftigt die rechtliche Theorie und Praxis bereits seit Jahrhunderten,<sup>1</sup> *Wendehorst* argumentiert gar, dass sich diese Problemstellung bereits in den Werken des Aristoteles findet.<sup>2</sup> Dennoch ist es weder der deutschen höchstrichterlichen Rechtsprechung der letzten 140 Jahre<sup>3</sup> noch der Literatur, die sich jedenfalls seit Inkrafttreten des BGB ausführlich mit diesem Thema beschäftigt,<sup>4</sup> gelungen, eine allgemein anerkannte Lösung für diese Problematik zu finden, obwohl es an Lösungsvorschlägen nicht mangelte.<sup>5</sup> Die Tatsache, dass die Verfasser des BGB dieses Problems zwar erkannt

---

<sup>1</sup> Siehe dazu unter D.II.

<sup>2</sup> *Wendehorst*, Ausgleich, S. 3 ff., 43 f.

<sup>3</sup> Die erste auffindbare Entscheidung eines gesamtdeutschen höchsten Gerichts zu dieser Thematik ist die des Reichsoberhandelsgerichts vom 06.06.1877, SeuffA Band 34 Nr. 24.

<sup>4</sup> Ausführlich zur Vorteilsausgleichung unter dem BGB erstmalig im Jahr 1901 *Oertman*, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht.

<sup>5</sup> Vgl. dazu unter D.IV.

haben, aber bewusst auf eine grundsätzliche Regelung im Gesetz verzichteten,<sup>6</sup> trug ebenfalls nicht zur Schaffung von Rechtssicherheit bei. Manche Autoren beschäftigen sich mit diesem Problem nunmehr seit Jahrzehnten,<sup>7</sup> trotzdem wird in der Literatur teilweise bezweifelt, dass es eine allgemeine Lösung oder auch nur allgemeine Kriterien für die Anwendung der Vorteilsausgleichung überhaupt geben kann.<sup>8</sup> Parallel finden sich in der Literatur seit Inkrafttreten des BGB<sup>9</sup> bis in die jüngere Vergangenheit hin<sup>10</sup> Stimmen, die die Existenz der Vorteilsausgleichung als Rechtsinstitut ablehnen. Erschwerend hinzu kommt, dass nicht einmal Einigkeit darüber besteht, welche rechtlichen Vorgänge vom Begriff der Vorteilsausgleichung umfasst sein sollen und selbst die Bezeichnung des Vorgangs nicht einheitlich erfolgt.<sup>11</sup> Angesichts dieser in jeder Hinsicht unklaren Gemengelage erscheint die Bezeichnung der Vorteilsausgleichung als „*Quadratur des Zirkels*“<sup>12</sup> nicht ganz von der Hand zu weisen und auch *J. W. Flume* spricht bezeichnenderweise davon, dass die Vorteilsausgleichung „*eines der nebulösesten Zurechnungsinstitute des Schadensrechts*“ sei.<sup>13</sup>

## **I. Begriffsbestimmung, Abgrenzung und Grundbegriffe der Vorteilsausgleichung**

In einem ersten Schritt muss dabei der Frage nachgegangen werden, was genau mit dem Begriff der Vorteilsausgleichung gemeint ist.

---

<sup>6</sup> Vgl. dazu unter D.II.2.

<sup>7</sup> Vgl. beispielsweise *Hermann Lange*, JuS 1978, S. 649 ff. und *ders.*, *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Auflage 2003, S. 486 ff. mit teilweise wortgleichen Ausführungen.

<sup>8</sup> Z.B. MüKo-BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 239 oder *Staudinger/Schiemann* (Neubearbeitung 2005), § 249 Rn. 140, der in der Neuauflage nunmehr jedoch optimistischer ist, *Staudinger/Schiemann*, § 249 Rn. 140.

<sup>9</sup> Vgl. etwa im Jahr 1905 *Stintzing*, Findet Vorteilsanrechnung beim Schadensersatzanspruch statt?

<sup>10</sup> So 1995 *Sonnenberger*, in: FS *Trinkner*, S. 724 ff.

<sup>11</sup> Vgl. zu beidem unter D.I.1.

<sup>12</sup> So *Breithaupt*, NJW 1953, 97, 97.

<sup>13</sup> BeckOK BGB/*Flume*, § 249 Rn. 331.



Bereits an dieser Stelle zeigt sich die erwähnte Unschärfe des Rechtsinstituts, sei es bezüglich dessen Bezeichnung oder der Abgrenzung von anderen Rechtsinstituten.

## 1. Zur Bezeichnung des Rechtsinstituts

Einleitend ist daher zuerst die Frage zu klären, wie das zu untersuchende Rechtsinstitut überhaupt bezeichnet werden soll. Im Vergleich zu anderen Rechtsfiguren erweist sich dies dabei als unerwartet schwierig, denn wo sich für diese meist recht schnell einheitliche Bezeichnungen gebildet haben, findet sich hier eine bemerkenswert reichhaltige Nomenklatur: Vor Inkrafttreten des BGB wurde überwiegend die Bezeichnung *compensatio lucri cum damno* verwendet,<sup>14</sup> bevor durch *Oertmann* wurde sodann erstmals der Begriff der Vorteilsausgleichung genutzt wurde, wenn auch ersichtlich parallel zu dem der *compensatio*.<sup>15</sup> Daneben wurden im Folgenden jedoch auch eine ganze Reihe andere Bezeichnungen gewählt, am verbreitetsten davon der Begriff der Vorteilsanrechnung;<sup>16</sup> andere sind Vorteilsausgleich<sup>17</sup> oder Schadensausgleich<sup>18</sup>. Die weit überwiegende Zahl der Stimmen in Literatur<sup>19</sup> und Rechtsprechung<sup>20</sup> bezeichnet das Verfahren jedoch als Vorteilsausgleichung.

---

<sup>14</sup> So etwa *Mommsen*, Zur Lehre von dem Interesse, S. 191 ff.

<sup>15</sup> *Oertmann*, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht.

<sup>16</sup> *Ackermann*, JZ 1991, 818 ff.; BeckOK BGB/*Flume*, § 249 Rn. 331; *Erm*, Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld, S. 179; *Müller-Laube*, JZ 1991, 162, 167; *Sonnenberger*, in: FS Trinkner, S. 725. So schon *Stintzing*, Findet Vorteilsanrechnung beim Schadensersatzanspruch statt?, S. 1 ff.

<sup>17</sup> *Rudloff*, in: FS Hippel, S. 423 f.

<sup>18</sup> *Klingmüller*, VersR 1973, 386, 386.

<sup>19</sup> Vgl. nur *Drachner*, Vorteilsausgleichung; Hk-BGB/*Schulze*, vor §§ 249 – 253 Rn. 31; MüKo-BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 228; Palandt/*Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 67; *Thesling*, Vorteilsausgleichung; *Thüsing*, Schadensberechnung; *Wendehorst*, Ausgleich.

<sup>20</sup> Vgl. dazu unter D.III. und D.IV.

Da alle oben genannten Bezeichnungen dabei, ungeachtet eines teilweise gravierend abweichenden Verständnisses des Vorgangs im Übrigen, synonym verwendet werden<sup>21</sup> und, wie sich im Folgenden zeigen wird, dieses Rechtsinstitut genügend andere terminologische Probleme aufweist, wird daher in dieser Untersuchung aus Gründen der Einfachheit ebenfalls die Bezeichnung als Vorteilsausgleichung genutzt.

## **2. Die der Vorteilsausgleichung zugrundeliegende Problemstellung**

Im nächsten Schritt soll noch einmal verdeutlicht werden, welche Problemstellung dem Rechtsinstitut der Vorteilsausgleichung zugrunde liegt.

Wählt man dazu ein Beispiel aus dem Deliktsrecht, so besteht ein deliktischer Schadensersatzanspruch regelmäßig dann, wenn durch ein schädigendes Ereignis ein Rechtsgut zurechenbar und schuldhaft verletzt wird.<sup>22</sup> Wird etwa mit einem Stein (zurechenbar und schuldhaft) eine Scheibe eingeworfen, muss der dadurch entstehende Schaden ersetzt werden, da das Eigentumsrecht des Geschädigten verletzt wurde.

Das Problem der Vorteilsausgleichung stellt sich nun, wenn durch die schädigende Handlung zugleich auch Vorteile für den Geschädigten entstehen: Der Schädiger entwurzelt etwa einen Baum des Geschädigten, zugleich wird dadurch aber ein verborgener Schatz entdeckt.<sup>23</sup> Möglich sind aber auch indirektere, etwa zeitlich nachfolgende oder durch das schädigende Ereignis zwar kausal hervorgerufene, aber von Dritten erbrachte Vorteile: Der Schädiger verletzt das Opfer an Körper und Eigentum, aber eine vom Opfer abgeschlossene Versicherung begleicht den Sachschaden und Freunde und Verwandte veranstalten eine Spendensammlung zugunsten des Verletzten.

---

<sup>21</sup> So auch BeckOK BGB/*Flume*, § 249 Rn. 331.

<sup>22</sup> Vgl. nur Palandt/*Sprau*, § 823 Rn. 2 ff.

<sup>23</sup> Gerade die Literatur hat dabei eine bemerkenswerte Vorliebe für derartige, eher unwahrscheinliche Beispiele. Ein Überblick über diese sowie anderer, lebensnäherer Fallgestaltungen findet sich etwa bei *Thiele*, AcP 167 (1967), 193, 207 ff.

Das Rechtsinstitut der Vorteilsausgleichung beschäftigt sich damit, eine Antwort auf die Frage zu finden, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen solche oder andere Vorteile schadensmindernd auf den Schadensersatzanspruch des Geschädigten anzurechnen sind.

### **3. Definition der verwendeten Begriffe und Klarstellung der Terminologie**

Die terminologischen Schwierigkeiten bei der Behandlung des Problems erschöpfen sich jedoch nicht in der vorgenannten Uneinigkeit über die grundlegende Bezeichnung des Rechtsinstituts. Vielmehr hat sich in der jahrzehntealten Diskussion über die Vorteilsausgleichung im Laufe der Zeit teilweise eine eigene Terminologie und teils auch ein spezifisches Verständnis von auch im übrigen Schadensrecht genutzten Begrifflichkeiten gebildet, welche Angesichts der ansonsten stark fragmentierten Diskussion mit bemerkenswerter Einheitlichkeit genutzt wird. Dies birgt für die rechtliche Diskussion den Vorteil einer einfacheren Kommunikation, jedoch setzten gerade jüngere Quellen eine bereits bestehende Kenntnis dieser Terminologie voraus. Da die folgende Darstellung der zur Vorteilsausgleichung vertretenen Positionen<sup>24</sup> nicht chronologisch erfolgt, ist es, auch aus Übersichtsgründen, erforderlich, die wichtigsten dieser Begriffe einleitend darzustellen. Zugleich kann in diesem Wege das Verständnis dieser Begriffe im Rahmen dieser Untersuchung klargestellt werden. Soweit im Folgenden daher die nachstehenden Begriffe verwendet werden, liegen dem stets die hier genutzten Definitionen bzw. Beschreibungen zugrunde. Sollte im Einzelfall ein Autor ein anderes Verständnis der Begriffe zugrunde legen, wird daher gesondert darauf hingewiesen werden. Vorsorglich sei darauf hingewiesen, dass aus der Definition der Begriffe nicht bereits folgt, dass diese taugliche Kriterien der Abgrenzung anrechenbarer von nicht anrechenbarer Vorteile sind.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Siehe dazu unter D.III.

<sup>25</sup> Vgl. dazu unter D.V.

### a) Vorteil

Vorteil ist die für den Geschädigten günstige Veränderung, die sich beim Vergleich der Lage nach vollzogener, allein die nachteiligen Veränderungen erfassender Ersatzleistung mit der Lage, wie sie ohne das schädigende Ereignis bestünde, ergibt.<sup>26</sup> Erforderlich ist, dass sich diese Besserstellung auch tatsächlich dergestalt verwirklichte -und sei es in Form von ersparten Nachteilen-,<sup>27</sup> dass der Geschädigte die Möglichkeit der Realisierung hat.<sup>28</sup>

### b) Schaden bzw. Nachteil

Schaden ist die Einbuße an Rechten, Vermögenswerten oder Lebensgütern, die durch den Vergleich der durch das schädigende Verhalten wirklich entstehenden Lage mit der hypothetischen Lage ohne das schädigende Verhalten bestimmt wird.<sup>29</sup> Der Begriff des Nachteils ist ein Synonym hierzu.

### c) Äquivalente Kausalität

Äquivalente Kausalität meint im Rahmen der Vorteilsausgleichung, entsprechend dem auf *Traeger* zurückgehenden Verständnis im allgemeinen Schadensrecht,<sup>30</sup> dass das schädigende Verhalten Ursache im Sinne einer *conditio sine qua non* für den Eintritt des Vorteils ist.<sup>31</sup> Eine schädigende Handlung ist daher dann äquivalent kausal für einen Vorteil, wenn sie nicht hinweggedacht werden könnte, ohne dass der Vorteil entfiel.

---

<sup>26</sup> *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 33.

<sup>27</sup> MüKo-BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 229; Palandt/*Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 72.

<sup>28</sup> *Oswald*, Verknüpfungspänomene, S. 86.

<sup>29</sup> *Thiele*, AcP 167 (1967), 193, 194.

<sup>30</sup> *Traeger*, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Vgl. zur Äquivalenz im Schadensrecht etwa MüKo-BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 109 ff.

<sup>31</sup> *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 492.

#### d) Adäquate Kausalität

Demgegenüber beschreibt der Begriff der adäquaten Kausalität, ebenfalls wie im übrigen Schadensrecht, eine über die Äquivalenz hinausgehende, wertende Einschränkung der Kausalität.<sup>32</sup> Ein Vorteil geht dabei dann adäquat kausal auf die schädigende Handlung zurück, wenn diese generell geeignet war, Folgen in der Art des Vorteils herbeizuführen.<sup>33</sup> Ausgeklammert werden sollen damit Vorteile, die nur rein zufällig auf das schädigende Ereignis zurückgehen und deren Verursachung außerhalb aller Wahrscheinlichkeit liegt.<sup>34</sup>

#### e) Kongruenz und Korrespondenz

Der Begriff der Kongruenz beschreibt im Rahmen der Vorteilsausgleichung das Verhältnis zwischen einem Vorteil und einem Nachteil, wobei ein Vorteil dann kongruent zu einem Schaden ist, wenn er gerade den konkret aus dem Schaden entstandenen Nachteil verringert und nicht nur zu einem generellen Vermögenszuwachs führt; Rechtsprechung und Teile der Literatur wollen dabei eine Anrechnung nur solcher kongruenter Vorteile zulassen.<sup>35</sup> Im Ergebnis gleichbedeutend<sup>36</sup> ist der von *Möller* geprägte Begriff der Korrespondenz von Schaden und Vorteil, der ebenfalls eine Beschränkung der Anrechenbarkeit eines Vorteils nur auf den entsprechend „*korrespondierenden*“ Nachteil beschreibt.<sup>37</sup>

---

<sup>32</sup> Ausführlich hierzu, insbesondere zu den Ursprüngen der Adäquanz als Maßstab, Staudinger/*Schiemann*, § 249 Rn. 12 ff.

<sup>33</sup> So auch die Definition im allgemeinen Schadensrecht, vgl. etwa BGH NJW 1990, 2882, 2883. Grundlegend hierzu *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 43 ff. Kritisch zu *Cantzlers* Verständnis der Adäquanz *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 48.

<sup>34</sup> *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 493.

<sup>35</sup> BGH, NJW-RR 2004, 79, 80; Palandt/*Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 73. Maßgeblich zum Gedanken der Kongruenz *Thiele*, AcP 167 (1967), 193, 202, der den Begriff jedoch selbst nicht verwendet.

<sup>36</sup> So auch Staudinger/*Schiemann*, § 249 Rn. 144.

<sup>37</sup> *Bruck/Möller*, VVG, Vor §§ 49-80 Anm. 51.

#### 4. Abgrenzung der Vorteilsausgleichung von anderen Rechtsinstituten

Die unklare Natur des Rechtsinstituts der Vorteilsausgleichung zeigt sich weiter darin, dass auch seine Abgrenzung von beziehungsweise sein Verhältnis zu anderen Rechtsinstituten oder auch nur zur allgemeinen Schadensberechnung weiterhin streitig ist.<sup>38</sup> Um ein klares Bild von den Grenzen der Vorteilsausgleichung zu gewinnen, ist eine solche Abgrenzung jedoch notwendig und daher im Folgenden in der gebotenen Kürze vorzunehmen.

##### a) Abgrenzung zur Schadensberechnung

Eine solche Abgrenzung muss damit beginnen, die Vorteilsausgleichung von der grundsätzlichen Schadensberechnung abzugrenzen.<sup>39</sup> Diesbezüglich ist bereits umstritten, welches Verhältnis zwischen der Schadensberechnung und der Vorteilsberechnung besteht.

Eine verbreitete Ansicht sieht die Vorteilsberechnung als Bestandteil der Schadensberechnung, wobei innerhalb dieser Ansicht danach differenziert wird, ob die Vorteilsausgleichung als eigenständiger „*Berechnungsschritt*“ innerhalb der Schadensberechnung vorgenommen wird,<sup>40</sup> oder ob es sich um einen Bestandteil der allgemeinen Berechnung ohne eigenständige Sonderstellung handelt.<sup>41</sup>

Eine andere Ansicht sieht demgegenüber in der Vorteilsausgleichung ein eigenständiges, von der Schadensberechnung als solcher getrenntes, Rechtsinstitut.<sup>42</sup>

---

<sup>38</sup> *Rother*, Haftungsbeschränkungen, S. 223; *Sonnenberger*, in: FS Trinkner, S. 724 f., 746 f.

<sup>39</sup> Auf diesbezügliche Schwierigkeiten hinweisend schon *Klimke*, VersR 1969, 111, 111 ff.

<sup>40</sup> *Möller*, Vorteilsanrechnung, S. 112 ff.; *Thiele*, AcP 167 (1967), 193, 199.

<sup>41</sup> *Oswald*, Verknüpfungssphänomene, S. 79; *Rother*, Haftungsbeschränkungen, S. 225; *Sonnenberger*, in: FS Trinkner, S. 725.

<sup>42</sup> *Büdenbender*, Gefahrentlastung, S. 16; *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 32; *Henke*, in: FS Hagen, S. 379 f.; *Klimke*, VersR 1969, 111, 111; *Lange*, JuS 1978, 649, 649; *Wendehorst*, Ausgleich, S. 40 ff.; 498 ff.

Die Frage nach der genauen dogmatischen Klassifizierung der Vorteilsausgleichung ist dabei, jedenfalls unter Berücksichtigung der der Zielsetzung dieser Arbeit, unerheblich. Wichtig ist insoweit lediglich das Verständnis der Vorteilsausgleichung als eigenem Schritt im Zuge der Bestimmung der Rechtsfolgen einer schädigenden Handlung, bei dem nicht die Summe des ursprünglichen Schadens berechnet wird, sondern über die Berücksichtigung von zugleich entstandenen vorteilhaften Auswirkungen entschieden wird.<sup>43</sup> Ob dieser Schritt hierbei als Bestandteil der (umfassenden) Schadensberechnung oder als eigenständiges, davon losgelöstes Institut verstanden wird, ändert an diesem Vorgehen nichts, sodass dieser Streit für den weiteren Gang dieser Untersuchung ohne Relevanz ist. Soweit daher im Folgenden (auch) vom Rechtsinstitut der Vorteilsausgleichung gesprochen wird, dient dies nur der sprachlichen Abgrenzung und Klarheit.

#### **b) Abgrenzung zur hypothetischen Kausalität**

Weiter muss die Vorteilsausgleichung von der der Rechtsfigur der hypothetischen Kausalität abgrenzt werden. Grundsätzlich können sich bei beiden Rechtsfiguren durchaus ähnliche Fragen stellen: So wird etwa im Rahmen der hypothetischen Kausalität darüber entschieden, wie mit Schäden umzugehen ist, die zu einem späteren Zeitpunkt auch ohne die schädigende Handlung entstanden wären.<sup>44</sup> Ein typischer Anwendungsbereich der Vorteilsausgleichung ist demgegenüber der umgekehrte Fall, wie nämlich schadensmindernde Vorteile zu berücksichtigen sind, die nach dem schädigenden Ereignis durch den Geschädigten erzielt worden sind.

Hier zeigt sich aber auch zugleich die Unterscheidung der beiden Rechtsfiguren: Bei der hypothetischen Kausalität handelt es sich um ein Kausalitätsproblem, da über die kausale Verantwortung des Schädigers für einen Schaden entschieden werden muss. Demgegenüber

---

<sup>43</sup> So auch *Büdenbender*, Gefahrentlastung, S. 16.

<sup>44</sup> *Wendehorst*, Ausgleich, S. 104.

wird bei der Durchführung der Vorteilsausgleichung der Kausalverlauf als bekannt vorausgesetzt; Gegenstand des Rechtsinstituts ist vielmehr die Wertung, welche Vorteile schadensmindern zu berücksichtigen sind.<sup>45</sup>

Andere nehmen die Abgrenzung danach vor, dass in Fällen der Vorteilsausgleichung ein realer Vorteil entstanden ist, wohingegen in den Fällen der hypothetischen Kausalität ein irrealer Vorteil durch die Verhinderung einer späteren Vermögensminderung entsteht.<sup>46</sup> Praktische Auswirkungen hat dieses abweichende Verständnis jedoch regelmäßig nicht.

### c) Abgrenzung zum Wertersatz „neu für alt“

Von der sogenannten Anrechnung „neu für alt“, der Minderung des Schadensersatzanspruchs, wenn der Geschädigte als Ersatz für eine gebrauchte bzw. alte Sache eine neue, wertvollere Sache erhält,<sup>47</sup> ist die Vorteilsausgleichung dadurch abzugrenzen, dass der Abzug „neu für alt“ für Vorteile anfällt, die erst im Rahmen des Schadensausgleichs entstehen und die sich insoweit zwangsweise ergeben.<sup>48</sup> Der Vorteil entsteht dabei nicht aus dem schädigenden Ereignis oder seinen Folgen, sondern aus der Art und Weise, wie der Schaden ausgeglichen wird,<sup>49</sup> und ergibt sich insbesondere zwangsweise durch einen Wert-

---

<sup>45</sup> So auch *Büdenbender*, *Gefahrentlastung*, S. 18. A.A. *Grunsky*, in: FS Lange, S. 471 ff., der in der hypothetischen Kausalität einen Unterfall der Vorteilsausgleichung sieht. Zweifelhaft auf *Thüsing*, *Schadensberechnung*, S. 26 f.

<sup>46</sup> *Lange/Schiemann*, *Schadensersatz*, S. 182 unter Verweis auf *Esser*. Kritisch hierzu *Wendehorst*, *Ausgleich*, S. 104.

<sup>47</sup> Vgl. dazu etwa BGH, NJW 2014, 143, 144; MüKo-BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 348 ff.

<sup>48</sup> *Esser/Schmidt*, *Schuldrecht*, § 33 V Rn. 2. A.A. *Rother*, *Haftungsbeschränkungen*, S. 223.

<sup>49</sup> *Büdenbender*, *Gefahrentlastung*, S. 16; *Lange/Schiemann*, *Schadensersatz*, S. 261, 487; *Staudinger/Schiemann*, § 249 Rn. 175; *Thüsing*, *Schadensberechnung*, S. 29 f.



zuwachs desjenigen Vermögensgegenstandes, in den durch die pflichtwidrige Handlung eingegriffen wurde. Die Vorteilsausgleichung behandelt demgegenüber Vorteile, die regelmäßig unabhängig von der Art des Schadensausgleichs entstehen und die sich auch nicht auf denselben Vermögensgegenstand beziehen müssen.

#### **d) Ersparte Aufwendungen als Bestandteil der Vorteilsausgleichung**

Anders als der Abzug „*neu für alt*“ werden Vorteile, die der Geschädigte dadurch erzielt, dass er Aufwendungen einsparen kann, hier als vom Begriff der Vorteilsausgleichung umfasst angesehen.<sup>50</sup> Ein klassisches, soweit ersichtlich auf *Larenz* zurückgehendes, Beispiel für solche ersparten Aufwendungen sind etwa die Lebenserhaltungskosten, die der Geschädigte einspart, der aufgrund eines Unfalls im Krankenhaus behandelt wird und aus diesem Grund beispielsweise keine Lebensmittel kaufen muss.<sup>51</sup> *Grunsky* spricht diesbezüglich von einem „*klassischen Fall der Vorteilsausgleichung*“.<sup>52</sup> Hiergegen wenden einige Autoren ein, dass solche ersparten Aufwendungen nicht einzubeziehen seien, da sie, vergleichbar mit dem vorgenannten Abzug „*neu für alt*“, quasi von selbst entstünden und daher nur die Höhe des ursprünglich entstandenen Schadens minderten.<sup>53</sup> Dieser Ansatz kann jedoch nicht überzeugen. Denn anders als der Abzug im Wege des Wertersatzes „*neu für alt*“ beziehen sich ersparte Aufwendungen nicht zwangsweise auf den geschädigten Vermögensgegenstand selbst, sondern entstehen im Gesamtvermögen des Geschädigten. Zudem ist die

---

<sup>50</sup> So auch die überwiegende Literatur, vgl. etwa *Drachner*, Vorteilsausgleichung, S. 25 f.; *Erman/Ebert*, § 249 Rn. 98 ff.; Hk-BGB/*Schulze*, vor §§ 249 – 253 Rn. 32; *Lange*, JuS 1978, 649, 650; MüKo-BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 241; *Pauge*, VersR 2007, 569, 572; *Soergel/Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 310; *Staudinger/Schiemann*, § 249 Rn. 169; *Thiele*, AcP 167 (1967), 193, 201; *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 65; *Wendehorst*, Ausgleich, S.124.

<sup>51</sup> *Larenz*, Schuldrecht (1953), S. 114.

<sup>52</sup> *Grunsky*, in: FS Lange, S. 471.

<sup>53</sup> *Büdenbender*, Gefahrentlastung, S. 16 f.; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, § 33 V Rn. 2 f.; *Oswald*, Verknüpfungsphänomene, S. 79.

Anrechnung keineswegs für alle ersparten Aufwendungen und keinesfalls in voller Höhe<sup>54</sup> selbstverständlich, während beim Abzug „*neu für alt*“ stets der volle Mehrwert der Ersatzsache in Abzug gebracht wird.

## II. Zur Geschichte der Vorteilsausgleichung

Wie oben dargestellt, wird nunmehr kurz dargestellt, wie im deutschen Rechtskreis vor Inkrafttreten des BGB und in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts die Rechtsfigur der Vorteilsausgleichung behandelt wurde, da ohne eine solche Einleitung eine Einordnung der nach 1945 veröffentlichten Arbeiten, die sich naheliegender Weise auf die bisherigen Diskussionen bezogen, erschwert würde. Für eine ausführlichere Darstellung sei auf die umfangreichen Ausführungen von *Cantzler*<sup>55</sup> und *Erdmann*<sup>56</sup> verwiesen.

### 1. Diskussion vor Inkrafttreten des BGB

Das Problem der Vorteilsausgleichung ist, wie ausgeführt, alles andere als neu.<sup>57</sup> Vielmehr wurde bereits im späten gemeinen Recht unter der Bezeichnung „*compensatio lucri cum damno*“ ausführlich darüber diskutiert, ob und inwieweit ein Geschädigter sich durch die schädigende Handlung entstandene Vorteile anrechnen lassen muss.<sup>58</sup> Aufbauend auf dem Begriff des „*Interesses*“ wurde dabei regelmäßig eine Anrechnung befürwortet; das eine Anrechnung stattfand, wurde als „*das Natürliche und eigentlich ganz von selbst sich verstehende*“ bezeichnet und als Selbstverständlichkeit aufgefasst und damit begründet, dass

---

<sup>54</sup> Vgl. diesbezüglich etwa zu den ersparten Lebenserhaltungskosten bei einem Krankenhausaufenthalt Staudinger/*Schiemann*, § 249 Rn. 169.

<sup>55</sup> *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 36 ff.

<sup>56</sup> *Erdmann*, Anrechnung, S. 29 ff.

<sup>57</sup> Vgl. unter D.II. Ausführlich zur Rechtshistorie auch HKK/*Jansen*, §§ 249-253, 255 Rn. 78 ff.

<sup>58</sup> Vgl. etwa *Oertmann*, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, S. 1 ff., 26 ff.; *Stitzinger*, Findet Vorteilsanrechnung beim Schadensersatzanspruch statt?, jeweils m.w.N. Weitere Nachweise auch bei HKK/*Jansen*, §§ 249-253, 255 Rn. 78.

dem Geschädigten sonst eine ihm nicht zustehende Bereicherung verbliebe.<sup>59</sup> Voraussetzung dafür war, das Vorteil und Schaden auf derselben Handlung beruhten,<sup>60</sup> womit die Vorteilsausgleichung als Kausalitätsproblem gelöst werden sollte.<sup>61</sup>

## 2. Entscheidung gegen eine gesetzliche Regelung im BGB und anschließende Diskussion

Die Möglichkeit, die Vorteilsausgleichung im Rahmen der Schaffung des BGB gesetzlich zu regeln, wurde von den Verfassern des BGB, die sich des Problems durchaus bewusst waren, ausdrücklich nicht genutzt, stattdessen wurde die Findung einer Lösung für dieses Problem ausdrücklich Rechtsprechung und Lehre überlassen:

*„Die Entscheidung der Frage, ob und inwiefern der Vorteil, welcher dem Geschädigten durch den Schadensbringenden Umstand zugefallen ist, von der Ersatzsumme in Anrechnung zu bringen sei (comp. lucri et damni), muss der Wissenschaft und Praxis überlassen werden.“<sup>62</sup>*

Es wurde diesbezüglich zwar festgehalten, dass eine Anrechnung an sich *„sich wohl von selbst“* verstehe, andererseits wurde befürchtet, dass eine Regelung durch den Gesetzgeber zu einer ausufernden Kasuistik im Gesetz führen würde.<sup>63</sup>

Angesichts der klaren Aussagen zum Problem kann demgegenüber die ohne weitere Belege vorgebrachte Auffassung *Hecks*, der Gesetzgeber habe das Problem *„gar nicht ins Auge gefasst“*,<sup>64</sup> nicht überzeugen. Umgekehrt überinterpretiert *Sonnenberger*, welcher aus den Gesetzgebungsmaterialien entnehmen möchte, dass der Gesetzgeber das Problem für überhaupt keiner generellen Lösung zugänglich gehalten

---

<sup>59</sup> *Mommsen*, Zur Lehre von dem Interesse, S. 192.

<sup>60</sup> *Mommsen*, Zur Lehre von dem Interesse, S. 193. *Dernburg*, Pandekten, Bd. II, S. 122 § 45 Rn. 4

<sup>61</sup> *HKK/Jansen*, §§ 249-253, 255 Rn. 79.

<sup>62</sup> *Mugdan*, Materialien zum BGB, Band II, S. 10.

<sup>63</sup> *Mugdan*, Materialien zum BGB, Band II, S. 10.

<sup>64</sup> *Heck*, Grundriß des Schuldrechts, § 15 Rn. 3.

habe,<sup>65</sup> die knappen Fundstellen. Vielmehr versteht die ganz überwiegende rechtswissenschaftliche Literatur die Ausführungen des Gesetzgebers zu Recht so, dass dieser bewusst von einer Regelung abgesehen und dies Rechtswissenschaft und Rechtsprechung überlassen hat, um eine umfassende und wenig systematische Kasuistik zu vermeiden.<sup>66</sup> Ob dies darüber hinaus auch deswegen geschah, um eine klare Festlegung auf einen Schadensbegriff zu vermeiden,<sup>67</sup> kann demgegenüber dahinstehen.

In den ersten Jahren nach Inkrafttreten des BGB wurden solche generelle Lösungen sodann überwiegend mit dem Grundsatz des Bereicherungsverbots und der Differenztheorie begründet und erlangte Vorteile dementsprechend umfangreich einbezogen.<sup>68</sup> *Heck* lehnte demgegenüber die Lösung über die Differenztheorie als zu weitgehend ab und geht von einer Lücke im Gesetz aus, die nur über eine Einzelfallbetrachtung geschlossen werden könne.<sup>69</sup> Mit der Etablierung der adäquaten Kausalität als Abgrenzungskriterium im Schadensrecht wurde in den folgenden Jahren dieser Aspekt verstärkt auch im Rahmen der

---

<sup>65</sup> *Sonnenberger*, in: FS Trinkner, S. 725 f.

<sup>66</sup> *Büdenbender*, Gefahrentlastung, S. 3 f.; *Erman/Ebert*, § 249 Rn. 82; *Es-ser/Schmidt*, Schuldrecht, § 33 V Rn. 1; *Ganther*, NJW 2012, 801, 802; *Palandt/Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 67; *Rudloff*, in: FS Hippel, S. 426; *Schiemann*, in: FS Picker, S. 695; *von Koppenfels-Spies*, VersR 2005, 1511, 1511; *Wendehorst*, Ausgleich, S. 132.

<sup>67</sup> So *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 842 und *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 488.

<sup>68</sup> *Fischer*, Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, S. 218 ff.; *Oertmann*, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, S. 61 ff.; *Planck/Siber*, § 249 Anm. 5.

<sup>69</sup> *Heck*, Grundriß des Schuldrechts, § 15 Rn. 3

Vorteilsausgleichung als maßgeblich angesehen,<sup>70</sup> zudem wurde daneben vermehrt auf allgemeine Billigkeitsgesichtspunkte abgestellt.<sup>71</sup>

### 3. Zur Rechtsprechungsgeschichte

Auch die Rechtsprechung muss sich bereits seit Jahrzehnten mit dem Problem der Vorteilsausgleichung befassen. Die, soweit ersichtlich, erste Entscheidung eines (gesamt-)deutschen obersten Gerichts, die sich ausdrücklich mit der *compensatio lucri et damni* befasste, ist das Urteil des Reichsoberhandelsgerichts vom 06.06.1877, welches feststellte, dass diesbezüglich kein einheitlicher Lösungsansatz bestehe, die Anrechnung eines Vorteils aber grundsätzlich zulässig sei, sofern Vor- und Nachteil durch denselben Umstand verursacht wurden.<sup>72</sup>

Auch das Reichsgericht<sup>73</sup> argumentierte in den folgenden Jahren, dass eine Vorteilsausgleichung dann stattfände, wenn Vor- und Nachteil auf demselben Ereignis basiere, erforderlich sei mithin eine äquivalente Kausalität.<sup>74</sup> Im Zuge der Anerkennung der adäquaten Kausalität als weiten Zurechnungsmaßstab<sup>75</sup> griff das Reichsgericht in späteren Entscheidungen dieses zusätzliche Kriterium ebenfalls auf und forderte neben der äquivalenten auch eine adäquate Kausalität.<sup>76</sup> Für den Fall freiwilliger Zuwendungen Dritter stellt das Reichsgericht später zudem auf den vom Leistenden verfolgten Zweck ab,<sup>77</sup> ähnlich argumentiert das Gericht später auch für vertragliche Ansprüche.<sup>78</sup> Neben

---

<sup>70</sup> Vgl. etwa *Höhn*, Allgemeines Schuldrecht, S. 49. Kritisch zum Kriterium der Adäquanz schon zu diesem Zeitpunkt *Erdmann*, Anrechnung, S. 22 ff. und *von Bredow*, Verminderung, S. 4 ff.

<sup>71</sup> *Enneccerus/Lehmann*, Schuldverhältnisse (12. Bearbeitung), S. 83.

<sup>72</sup> SeuffA 34 Nr. 28.

<sup>73</sup> Ausführlich zur Rechtsprechung des Reichsgerichts *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 33 ff. sowie die Untersuchungen von *Erdmann*, Anrechnung und von *von Bredow*, Verminderung.

<sup>74</sup> Vgl. etwa RGZ 65, 57, 60.

<sup>75</sup> Hierzu etwa *Traeger*, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht.

<sup>76</sup> So erstmals ausdrücklich RGZ 80, 155, 160.

<sup>77</sup> RGZ 92, 57, 59.

<sup>78</sup> RGZ 146, 287, 289.

diese auf die Kausalität gestützten Kriterien traten im Lauf der Zeit verstärkt auch Überlegungen, die auf der Billigkeit der Anrechnung basierten.<sup>79</sup>

### III. Ansichten in der Literatur

Im nächsten Schritt sollen nunmehr die Ansichten der Literatur nach 1945 zur Vorteilsausgleichung dargestellt werden.

Wie bereits in der Einleitung dieses Kapitels ausgeführt, mangelte es in der rechtswissenschaftlichen Literatur keineswegs an Versuchen, die vom Gesetzgeber bewusst offen gelassene Lücke zu füllen. Neben unzähligen Aufsätzen, Festschriftbeiträgen und Dissertationen haben beispielsweise *Wendehorst*<sup>80</sup> und *Thüsing*<sup>81</sup> in jüngerer Zeit umfassend mit diesem Problem befasst.

Hierbei lässt sich feststellen, dass viele Autoren ähnliche Ansätze zur Systematisierung gewählt haben, am prominentesten davon wohl das auch in der Rechtsprechung bis heute vertretene Kriterium der Adäquanz<sup>82</sup> des Vorteils. Andere Autoren, namentlich etwa *Cantzler*,<sup>83</sup> *Wendehorst*,<sup>84</sup> *Thüsing*<sup>85</sup> oder *Rudloff*<sup>86</sup> entwarfen einzigartige, von der übrigen schadensrechtlichen Dogmatik teilweise deutlich losgelöste Ansätze. Soweit möglich, werden daher auch im Folgenden die Lösungsansätze nach diesen übergeordneten Prinzipien geordnet.

---

<sup>79</sup> Vgl. etwa RGZ 146, 275, 278.

<sup>80</sup> *Wendehorst*, Ausgleich, S. 1 ff., insb. S. 119 ff.

<sup>81</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 1 119 ff.

<sup>82</sup> Siehe dazu oben unter D.IV.

<sup>83</sup> *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 29 ff.

<sup>84</sup> *Wendehorst*, Ausgleich, S. 1 ff.

<sup>85</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 1 119 ff.

<sup>86</sup> *Rudloff*, in: FS Hippel, S. 423 ff.

## 1. Abstellen auf Adäquanz

In der älteren Literatur wird, wie erwähnt,<sup>87</sup> teilweise vertreten, dass ähnlich dem ersten Schritt der Rechtsprechung<sup>88</sup> die Abgrenzung von anrechenbaren und nicht anrechenbaren Vorteilen allein oder jedenfalls ganz überwiegend anhand der Frage vorzunehmen ist, ob der Vorteil nicht nur äquivalent, sondern auch adäquat kausal auf die schädigende Handlung zurückzuführen ist.<sup>89</sup> Diese Ansicht wird, soweit ersichtlich, aufgrund der überwiegenden Ablehnung des Adäquanzkriteriums<sup>90</sup> in der neueren Literatur gegenwärtig nicht mehr vertreten.<sup>91</sup> Inwieweit die Adäquanz zuvor als alleiniges Abgrenzungskriterium in jedem Fall Anwendung finden kann, wurde jedoch auch innerhalb dieser Ansicht unterschiedlich beurteilt:

Eine Theorie der fast reinen Abgrenzung über die Adäquanz wurde vor über 60 Jahren von *Werner* vertreten. Ihm zufolge ist die Adäquanz der Vorteilerlangung das einzig maßgebliche Kriterium,<sup>92</sup> sie müsse dies schon aus dem Grund sein, da sie auch für die Bestimmung der auszugleichenden Schäden maßgeblich sei und nicht zwei verschiedene Kausalitätstheorien nebeneinander bestehen könnten.<sup>93</sup> Soweit demgegenüber - *Werner* hat diesbezüglich vor allem die Rechtsprechung im Blick - auf den Sinn und Zweck des Schadensersatzrechts abgestellt würde, sei dies eine zu unbestimmte Kategorie, um Rechtssicherheit zu schaffen.<sup>94</sup> Darüber hinausgehende Billigkeitserwägungen seien wiederum dem Schädiger gegenüber unbillig und würden insbesondere das Wesens des deutschen Schadensersatzrechts

---

<sup>87</sup> Siehe dazu oben unter D.II.2.

<sup>88</sup> Vergleiche dazu D.III.3. sowie D.V.

<sup>89</sup> *Klimke*, VersR 1969, 111, 111; *Rother*, Haftungsbeschränkungen, S. 227 f.; *Werner*, NJW 1955, 769, 769 ff.

<sup>90</sup> Näher zu diesem Streit unten unter D.V.2.b).

<sup>91</sup> So auch *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 43, der am Adäquanzkriterium als Teil seines Lösungsansatzes aber festhalten möchte, *Thüsing*, a.a.O., S. 438, vgl. dazu unter D.III.9.

<sup>92</sup> *Werner*, NJW 1955, 769, 770 f.

<sup>93</sup> *Werner*, NJW 1955, 769, 770 f.

<sup>94</sup> *Werner*, NJW 1955, 769, 770.

als reines Instrument des Ausgleichs ohne strafende Komponente übergehen.<sup>95</sup> *Werner* gesteht insoweit lediglich zu, dass das (alleinige) Abstellen auf die Adäquanz nicht in allen Fällen zu eindeutigen Ergebnissen führe, was jedoch nichts an der Richtigkeit des Prinzips ändere.<sup>96</sup> Im Einzelfall sei daher gegebenenfalls eine Korrektur über § 242 BGB nicht ausgeschlossen.<sup>97</sup>

Demgegenüber vertrat *Rother* zehn Jahre später einen differenzierteren Ansatz, bei dem letztendlich die Adäquanz der Vorteilsentstehung nach wie vor eine zentrale Rolle spielt: Zwar erkennt er an, dass das Kriterium Adäquanz zur Abgrenzung von anrechenbaren von nicht anrechenbaren Vorteilen nicht vollumfänglich anwendbar und durchhaltbar sei,<sup>98</sup> hält aber fest, dass völlig unerwartete Vorteile, die „*wie durch des Geschickes Walten*“ entstanden sind, nicht anrechenbar seien.<sup>99</sup> Weiter führt er aus, dass ersparte Aufwendungen oder Vorteile, die an dem geschädigten Rechtsgut selbst oder in engem Zusammenhang damit entstehen, über § 254 BGB berücksichtigt werden könnten, indem die Schadensminderungsobligiertheit des Geschädigten um eine Obliegenheit erweitert wird, die schadensbehaftete Sache bzw. den schadensbehafteten Sachverhalt so gut wie möglich zu nutzen und Vorteile daraus zu ziehen.<sup>100</sup> Angesichts der vielfältigen denkbaren Sachverhalte und dem „*Mangel an verbindlichen gesellschaftlichen Grundsätzen unserer Zeit*“ geht er aber nicht davon, dass diesbezüglich allgemeingültige Kriterien zum Umfang der Obliegenheit festgelegt werden können.<sup>101</sup> Bei unwahrscheinlichen, vom eigentlichen schädigenden Geschehen entfernten Vorteilen plädiert *Rother* demgegenüber für eine Übertragung der Grundsätze der hypothetischen Kausalität: Ein Schadensverlauf, der auch ohne die reale Schädigung

---

<sup>95</sup> *Werner*, NJW 1955, 769, 772.

<sup>96</sup> *Werner*, NJW 1955, 769, 771.

<sup>97</sup> *Werner*, NJW 1955, 769, 772.

<sup>98</sup> *Rother*, Haftungsbeschränkungen, S. 227 f.

<sup>99</sup> *Rother*, Haftungsbeschränkungen, S. 229.

<sup>100</sup> *Rother*, Haftungsbeschränkungen, S. 236.

<sup>101</sup> *Rother*, Haftungsbeschränkungen, S. 236 f.



entstanden wäre und entweder auf Handlungen des Verletzten beruht oder von diesem hinzunehmen wäre, sei dem Schädiger nicht anzurechnen und begründe keine Haftung, weswegen auf solche Weise entstandene Vorteile im Umkehrschluss dem Geschädigten verbleiben müssten, sodass in beiden Fällen das weitere Geschehen Sache des Geschädigten bliebe.<sup>102</sup> Sofern jedoch in den Fällen der hypothetischen Kausalität das Zweitereignis durch die ursprüngliche Schädigung kausaladäquat bedingt würde, sei dies dem Schädiger stets anzulasten, so dass bei Übertragung dieser Grundsätze auf die Vorteilsausgleichung auch auf diese Weise, das heißt ohne die Schädigung mit Sicherheit nicht entstandene, Vorteile anzurechnen seien.<sup>103</sup> An dieser Stelle kommt *Rother* nun auf das Kriterium der Adäquanz zurück: Denn so, wie dem Schädiger inadäquate Schadensfolgen nicht anzulasten seien, dürfen ihm inadäquate Vorteile nicht entlasten.<sup>104</sup>

## 2. Lösung über eine wertende Betrachtung

Eine andere Herangehensweise versucht das Problem über eine wertende Betrachtung zu lösen.

Soweit ein Vorteil sowohl äquivalent als auch adäquat kausal auf einer schädigenden Handlung beruht, komme prinzipiell eine Vorteilsausgleichung in Betracht.<sup>105</sup> Die Frage, ob ein solcher prinzipiell der Berücksichtigung im Rahmen der Vorteilsausgleichung fähiger Vorteil jedoch im Einzelfall angerechnet würde, hänge sodann vom Ergebnis einer Wertung im Einzelfall ab.

*Klingmüller* stellte 1973 diesbezüglich auf die Interessen aller aus dem schädigenden Ereignis verpflichteter Beteiligten ab,<sup>106</sup> *Oswald* hält demgegenüber die Frage der Billigkeit der Anrechnung gemessen an

---

<sup>102</sup> *Rother*, Haftungsbeschränkungen, S. 237.

<sup>103</sup> *Rother*, Haftungsbeschränkungen, S. 237.

<sup>104</sup> *Rother*, Haftungsbeschränkungen, S. 237.

<sup>105</sup> *Enneccerus/Lehmann*, Schuldverhältnisse, S. 85; *Oswald*, Verknüpfungssphänomene, 86 f.

<sup>106</sup> *Klingmüller*, VersR 1973, 386, 386 f.

den gesamten Umständen des Einzelfalls für maßgeblich, wofür, entsprechend der Rechtsprechung des BGH,<sup>107</sup> insbesondere der Zweck des Schadensersatzanspruches und die Zumutbarkeit der Anrechnung für den Geschädigten maßgeblich seien.<sup>108</sup> Für *Ennecerus/Lehmann* hängt die Frage der Anrechnung demgegenüber allein von ihrer Zumutbarkeit ab, was mit § 242 BGB begründet wird.<sup>109</sup> Unzumutbar sei eine Anrechnung, wenn sie den Ersatzpflichtigen unbillig begünstige, etwa wenn der Vorteil auf schadensmindernden Leistungen Dritter oder besonderen Leistungen des Geschädigten beruhe oder wenn eine Anrechnung bei vorsätzlicher Schädigung dem Sinn und Zweck des Schadensersatzanspruches widerspräche.<sup>110</sup>

### 3. Abstellen auf Förderung des verletzten Rechtsguts

Ein erster, über die vorgenannten Kriterien hinausgehender, Ansatz zur Unterscheidung von anrechenbaren und nicht anrechenbaren Vorteilen ist der von *Klaus Cantzler* entwickelte Ansatz, der darauf abstellt, ob mit der Rechtsgutsschädigung zugleich auch das geschädigte Rechtsgut gefördert wurde:

*Cantzler* definiert die Vorteilsausgleichung als Vorgang um Vorteilen, die dem Geschädigten durch die zum Schadensersatz auslösende Handlung entstanden sind, im Rahmen des Schadensersatzanspruches des Geschädigten zu berücksichtigen.<sup>111</sup> Er versteht die Vorteilsausgleichung hierbei im engen Zusammenhang sowohl mit dem Schadensersatz als auch dem Schadensbegriff des § 249 BGB: Aus dem Grundsatz der Naturalrestitution entnimmt er das Prinzip, dass die Pflicht zur Herstellung eines hypothetischen schädigungsfreien Zustands nicht nur negative, sondern auch die positiven Abweichung von diesem Zustand berücksichtigen müsse, da ansonsten dem Geschädigten unberechtigterweise Vorteile verblieben; dieser Vorteil des

---

<sup>107</sup> Vgl. unten unter D.IV.

<sup>108</sup> *Oswald*, Verknüpfungsphänomene, S. 88 f.

<sup>109</sup> *Ennecerus/Lehmann*, Schuldverhältnisse, S. 85

<sup>110</sup> *Ennecerus/Lehmann*, Schuldverhältnisse, S. 85 f.

<sup>111</sup> *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 30.

Ausgleichs bezeichnet er als „*Gesamtberreinigung*“.<sup>112</sup> Vorteil ist für ihn dabei jede für den Geschädigten günstige Veränderung, die sich beim Vergleich der Lage nach vollzogener, allein die nachteiligen Veränderungen erfassender Ersatzleistung mit der Lage, wie sie ohne das schädigende Ereignis bestünde, ergibt.<sup>113</sup> Die Durchführung der Vorteilsausgleichung erfolge sodann in zwei Schritten, wobei zuerst festgestellt werden müsse, ob ein Vorteil entstanden ist und sodann in einem zweiten Schritt über seine Anrechnung entschieden wird.<sup>114</sup>

Es ist nach *Cantzler* daher in einem ersten Schritt erforderlich, die Frage der Kausalität der schädigenden Handlung für den Vorteil zu beantworten. Hierbei stellt er auf das Prinzip der äquivalenten Kausalität ab, welches nicht nur für Schäden, sondern auch für Vorteile gelte.<sup>115</sup> Er stellt diesbezüglich aber richtig fest, dass diese äquivalente Kausalität bereits Teil der von ihm gewählten Vorteilsdefinition ist und daher aus sich selbst heraus kaum weiteren Erkenntnisgewinn bereithält, sodass weitere Kriterien zur Unterscheidung von anrechenbaren und nicht anrechenbaren Vorteilen erforderlich seien.<sup>116</sup>

Anders als die zu diesem Zeitpunkt ganz überwiegende Ansicht lehnt *Cantzler* es dabei ab, diese Unterscheidung anhand der Adäquanz von schädigendem Ereignis und Vorteil zu treffen.<sup>117</sup> Er versteht das Kriterium der Adäquanz im Grundsatz als Frage nach der Zurechenbarkeit eines Erfolges zu den Handlungen eines Menschen aufgrund der Beherrschbarkeit oder zumindest Voraussehbarkeit des Vorteils.<sup>118</sup> *Cantzler* zufolge passt dieses Kriterium aber für die Zurechenbarkeit von Vorteilen nicht. Denn es sei bereits nicht ersichtlich, warum dem Schädiger gerade vorsehbare und steuerbare Vorteile zugutekommen

---

<sup>112</sup> *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 31.

<sup>113</sup> *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 33.

<sup>114</sup> *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 32.

<sup>115</sup> *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 41 f.

<sup>116</sup> *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 42.

<sup>117</sup> *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 45, 51.

<sup>118</sup> *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 46 f.

sollen; vielmehr würde der Schädiger auf diese Weise geradezu ermutigt, schädigende Handlungen vorzunehmen, bei denen er mit einer (zumindest teilweisen) Kompensation durch erwartbare Vorteile rechnen könne. Dies würde dem Zweck der Vorteilsausgleichung zuwiderlaufen, die als Institut des Schadensrechts primär Verhinderung von Schäden diene.<sup>119</sup> Ein solches Vorgehen sei auch systemwidrig, da im sonstigen bürgerlichen Recht, etwa dem der Geschäftsführung ohne Auftrag, eine reine Verursachung von Vorteilen gerade nicht für ihre Berücksichtigung zugunsten des Verursachers ausreiche.<sup>120</sup> Dass Rechtsprechung und Literatur weithin an der Adäquanz als Abgrenzungskriterium festhalten und damit auch oftmals billig erscheinende Ergebnisse erzielen, sieht *Cantzler* darin begründet, dass dieses Kriterium oftmals nicht stringent angewandt, sondern als Einfallstor für Billigkeitsentscheidungen genutzt würde.<sup>121</sup>

Zur Findung eines alternativen Kriteriums rekurriert *Cantzler* erneut auf die Funktion, die er der Vorteilsausgleichung zumisst: Durch sie werden für den Geschädigten günstige Ergebnisse korrigiert werden, indem dem Schädiger Vorteilige zugesprochen werden, die er ohne eine zeitgleiche Schädigung vom Geschädigten regelmäßig nicht herausverlangen könnte. Ihm diese Vorteile nun gerade aufgrund einer vorherigen Rechtsgutsverletzung zuzusprechen, erscheine daher unlogisch.<sup>122</sup> *Cantzler* führt nun aus, dass aufgrund dieser Abhängigkeit der Vorteilsausgleichung von einer Rechtsverletzung und damit dem verletzten Recht auch der Grund der Anrechnung mit diesem Recht zusammenhängen müsse: Denn eine Pflicht zum Schadensersatz ergäbe sich dann, wenn und weil ein Recht verletzt würde, sodass „*Logik und Gerechtigkeit*“ es verlangten, spiegelbildlich dazu dem Schädiger die Förderung dieses Rechts zugutekommen zu lassen, wobei die

---

<sup>119</sup> *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 49 f. Warum *Cantzler* an dieser Stelle die Ausgleichsfunktion des Schadensersatzrechts außer Acht lässt, führt er nicht weiter aus.

<sup>120</sup> *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 49.

<sup>121</sup> *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 51.

<sup>122</sup> *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 51 f.

Förderung nur dann zu berücksichtigen sei, wenn auch die Verletzung berücksichtigt würde. Er führt weiter aus, dass der gemeinsame Kern sowohl von Schadensersatz als auch Vorteilsausgleichung das jeweils betroffene Rechtsgut sei. Durch die Vorteilsausgleichung sei daher nicht eine Balance aus Schaden und Vorteil, sondern aus Rechtsgutsverletzung und -förderung anzustreben. Es seien mithin all die Vorteile anzurechnen, die das verletzte Rechtsgut fördern.<sup>123</sup> Weiter wird ausgeführt, dass dieser Gedanke vergleichbar mit dem schadensrechtlichen Kriterium des Schutzzwecks der verletzten Norm und daher der bisherigen schadensrechtlichen Diskussion im Kern nicht fremd sei.<sup>124</sup> Im Einzelfall müsse zur Beantwortung der Frage, ob ein konkreter Vorteil angerechnet wird oder nicht, dementsprechend zuerst bestimmt werden, welches konkrete Rechtsgut bzw. welche konkrete Vertragspflicht verletzt wurde, sodass man auf diese Weise auch stets dem Einzelfall gerecht werden könne.<sup>125</sup>

Eine Abweichung von diesem Kriterium sei nur bei von *Cantzler* als „freie Handlungen“ bezeichneten Geschehensabläufen geboten: Diese definiert er dabei als solche Vorteile, die aufgrund der freien Handlung eines der Beteiligten entstünden und nicht auf einer „mechanischen Kausalitäten“ begründet seien, etwa Versicherungsprämien, die auf dem freiwilligen Abschluss der Versicherung beruhten, oder mildtätige Spenden, die ebenfalls auf den freien Entschluss des Spenders zurückgingen. Denn aus der Freiheit, einen Vorteil zu schaffen, müsse auch die Freiheit der Bestimmung darüber folgen, wer dadurch begünstigt werden soll. Dies sei auch deswegen gerechtfertigt, weil schadensmindernde Handlungen des Geschädigten oder Dritten den Schaden behöben, zu dessen Behebung eigentlich der Schädiger verpflichtet sei. Würden nunmehr Ersatzmaßnahmen des Geschädigten die Schadensersatzpflicht mindern, würde der schadensersatzrechtliche Grundsatz, wonach der Schädiger zum Schadensausgleich verpflichtet

---

<sup>123</sup> *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 52.

<sup>124</sup> *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 53 ff.

<sup>125</sup> *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 56.

sei, konterkariert.<sup>126</sup> Etwas Anderes gelte nur bei Maßnahmen, die gerade dem Schädiger zugutekommen sollen.<sup>127</sup>

#### 4. Abstellen auf den inneren Zusammenhang von Vor- und Nachteil

Eine weitere, eigenständige Ansicht zur Behandlung der Vorteilsausgleichung ist die auf einen Aufsatz von *Thiele* aus dem Jahr 1967<sup>128</sup> zurückgehende Lösung über eine Differenzierung danach, ob und wie Schaden und Vorteil „*innerlich*“ zusammenhängen. Dieser Lösungsansatz konnte sich insgesamt zwar nicht durchsetzen, ein Zitat *Thieles* aus diesem Aufsatz, wonach ein Vorteil dann anzurechnen sei, wenn zwischen dem Vorteil und dem Nachteil ein „*unlösbarer Zusammenhang besteht, der [diese] zu einer Rechnungseinheit [...] verbindet*“<sup>129</sup> wurde jedoch von der Rechtsprechung aufgegriffen und wird, wenn auch oft nur schlagwortartig, noch heute verwendet.<sup>130</sup>

Später entwickelte *Henke* unter Verweis auf *Thiele* ebenfalls einen Lösungsansatz, der auf dem Zusammenhang von Vorteil und Schaden basiert<sup>131</sup> und aus diesem Grund ebenfalls an dieser Stelle behandelt wird. Anders als *Thieles* Theorie erfuhr *Henkes* Ansatz in Rechtsprechung und Literatur keine nennenswerte Verbreitung.

Im Folgenden wird hierbei zuerst der Ansatz *Thiele* und sodann der von *Henke*, schwerpunktmäßig unter Berücksichtigung der Unterschiede zu *Thiele*, dargestellt.

---

<sup>126</sup> *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 57 f.

<sup>127</sup> *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 59.

<sup>128</sup> *Thiele*, AcP 176 (1967), 193, 193 ff.

<sup>129</sup> *Thiele*, AcP 176 (1967), 193, 202.

<sup>130</sup> Vgl. etwa BGH, DStR 2007, 961 963 oder BGH NVwZ-RR 2017, 579, 582. Ausführlich dazu unter D.IV.

<sup>131</sup> *Henke*, in: FS Hagen, S. 371 ff.

### a) Ansatz von *Thiele*

Der Ansatz von *Thiele* basiert darauf, dass schon der Begriff des Schadens im schadensrechtlichen Sinne stets eine wertende, der eigentlichen Schadensberechnung vorgelagerte, Betrachtung voraussetze, welche Positionen überhaupt als Schaden im Rechtssinne angesehen würden. Eine solche Betrachtung sei auch auf Vorteile anzuwenden, bei denen im Einzelfall die Sachgerechtigkeit der Einbeziehung geprüft werden müsse.<sup>132</sup>

Zur Beantwortung der Frage, welche Vorteile angerechnet werden können, würde von der Rechtsprechung nach *Thiele* nur unzureichend mit dem Zweck des Schadensersatzes argumentiert, insbesondere soweit diesbezüglich auf die Rechtsfiguren des Bereicherungsverbots und der Differenzhypothese zurückgegriffen würde.<sup>133</sup> Denn die Differenzhypothese sei nicht mehr als „*formales Prinzip*“, dessen Anwendung die Beantwortung der Frage, welche Posten überhaupt als Schäden oder Vorteile zu berücksichtigten sind, vorgelagert sei und auch das Bereicherungsverbot setze voraus, dass bereits feststeht, welche Vorteile überhaupt als in die Wertung einzubeziehende Bereicherungen angesehen werden.<sup>134</sup>

Daher setze eine wertende, am Zweck des Schadensersatzes ausgerichtete Beantwortung der Frage, welche Vorteile angerechnet werden, in einem ersten Schritt voraus, dass überhaupt ein positiver Anrechnungsgrund für die Berücksichtigung von Vorteilen bestünde; andernfalls würde man eine Bejahung dieser Frage schlicht unterstellen, um sodann im Einzelfall genau diese Wertung erneut und potentiell mit anderem Ausgang zu treffen.<sup>135</sup>

Ein genereller Grund für die Anrechnung besteht dabei nicht.<sup>136</sup> Hierfür könne weder auf die Differenzhypothese noch auf den Grundsatz des Bereicherungsverbot und insbesondere auch nicht auf die adäquate

---

<sup>132</sup> *Thiele*, AcP 176 (1967), 193, 195.

<sup>133</sup> *Thiele*, AcP 176 (1967), 193, 195.

<sup>134</sup> *Thiele*, AcP 176 (1967), 193, 196 f.

<sup>135</sup> *Thiele*, AcP 176 (1967), 193, 197.

<sup>136</sup> *Thiele*, AcP 176 (1967), 193, 197.

Verursachung des Vorteils abgestellt werden. Denn genau wie es für die Berücksichtigung von Schäden im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs unstreitig erforderlich sei, dass diese nicht nur adäquat verursacht sein, sondern vor allem einen normierten Haftungstatbestand erfüllen müssten, um eine Ersatzpflicht zu konstituieren, sei für die Anrechnung eines Vorteils eine über reine Adäquanz herausgehende Begründung erforderlich.<sup>137</sup> Andernfalls würde der Geschädigte auch unbillig benachteiligt: Denn da er einen Vorteil, den er durch eine Rechtsgutsverletzung, die ansonsten keinen Schaden hervorruft, behalten darf, sei es nicht erklärbar, warum eine Anrechnungspflicht bestehe, wenn zugleich ein Schaden entstanden sei.<sup>138</sup> Um einen Vorteil schadensmindern anzurechnen, müsse daher genau wie für die Berücksichtigung eines Schadens ein besonderer Tatbestand und mithin ein Grund bestehen, warum ein Vorteil nicht beim Betroffenen verbleiben, sondern ihm durch eine Einbeziehung in die Schadensberechnung im Ergebnis wieder entzogen werden soll.<sup>139</sup>

Aufbauend auf diesen Vorüberlegungen entwickelt *Thiele* sodann ein generelles Prinzip, welche Vorteile anzurechnen seien.

Hierzu müsse in einem ersten Schritt gesichert werden, dass der Vorteil (ohne Anwendung des Vorteilsausgleichs) im Vermögen des Geschädigten verbleibt, das heißt, dass der Schädiger nicht aus einem anderen Rechtsgrund, beispielsweise gemäß den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag oder des Bereicherungsrechts, die Herausgabe des Vorteils verlangen kann.<sup>140</sup>

Sodann müsse die Frage beantwortet werden, ob der Vorteil im Verhältnis zum Schädiger auf den Schaden anzurechnen ist. Dabei sei vom Schadensbegriff und dem Sinn und Zweck des Schadensersatzrechts auszugehen, wobei nach Kriterien zur Beantwortung der Frage gesucht werden müsse, ob die entstandenen Vor- und Nachteile eine

---

<sup>137</sup> *Thiele*, AcP 176 (1967), 193, 197 f.

<sup>138</sup> *Thiele*, AcP 176 (1967), 193, 198.

<sup>139</sup> *Thiele*, AcP 167 (1967), 193, 199 f.

<sup>140</sup> *Thiele*, AcP 167 (1967), 193, 200 f.



„*Rechnungseinheit*“, gedacht als Einheit unter dem Begriff des Schadens, bilden.<sup>141</sup> Entscheidens sei nicht ein gemeinsames, Schaden und Vorteil verursachendes Geschehen oder eine sonstige gemeinsame Ursache, maßgeblich sei vielmehr „*ob zwischen Vorteil und Nachteil, die durch dasselbe haftungsbegründenden Ereignis herbeigeführt worden sind, ein unlösbarer innerer Zusammenhang unter dem Aspekt der Schadensberechnung besteht.*“<sup>142</sup>

Erforderlich sei dafür jedenfalls, dass der Vorteil und der Nachteil in einem unlösbaren Zusammenhang stehen, der diese zu einer „*Rechnungseinheit im Rahmen der Schadensfeststellung*“ verbindet.<sup>143</sup> Dafür müssten beide Folge gerade des haftungsbegründenden Ereignisses sein, aus diesem Grund könne auch nur ein bestimmter Vorteil auf einen mit diesem zusammenhängenden Nachteil angerechnet werden, mit dem dieser die oben genannte enge Verbundenheit aufweist; eine Gesamtsaldierung sei demgegenüber unzulässig.<sup>144</sup>

Zu berücksichtigen sei weiter, dass nachträglich eintretende Vorteile den bereits entstandenen Schaden und den daraus folgenden Schadensersatzanspruch nicht verringern könnten.<sup>145</sup> Denn bei einem einmal entstandenen Schaden gehe den Schädiger das weitere Schicksal des Vermögens des Geschädigten, nachdem der Ersatzanspruch anstelle des Vermögensschadens getreten ist, nichts mehr an. Auch eine stetige Vermögensverringerung, quasi ein umgekehrter Weiterfresserschaden, sei irrelevant, da insoweit der Differenzrechnung aufgrund der Dispositionsfreiheit des Geschädigten über sein Vermögen Grenzen gesetzt seien.<sup>146</sup>

Wann aber konkret der notwendige innere Zusammenhang zwischen Vorteil und Schaden bestehe, um diese zu einer Rechnungseinheit ver-

---

<sup>141</sup> Thiele, AcP 167 (1967), 193, 201.

<sup>142</sup> Thiele, AcP 167 (1967), 193, 201.

<sup>143</sup> Thiele, AcP 167 (1967), 193, 202.

<sup>144</sup> Thiele, AcP 167 (1967), 193, 202.

<sup>145</sup> Thiele, AcP 167 (1967), 193, 204 f.

<sup>146</sup> Thiele, AcP 167 (1967), 193, 204 f.

schmelzen zu lassen, lässt sich nach *Thiele* nicht einheitlich bestimmen. Vielmehr könne eine solche Verbindung auf verschiedene Weise hergestellt werden, etwa durch Gesetz, Rechtsgeschäft oder aufgrund natürlicher oder wirtschaftlicher Zusammengehörigkeit. Die allgemeingültige Formulierung eines Anrechnungskriteriums über das Abstellen auf den inneren Zusammenhang hinaus sei daher nicht möglich; maßgebend seien stets die Umstände des Einzelfalles.<sup>147</sup> Eine Präzisierung könne nur erfolgen, indem für typische Fälle typische Kriterien herausgearbeitet werden, die dann Leitlinienfunktion erfüllen.<sup>148</sup>

### **b) Ansatz von *Henke***

Für *Henke* hat die Vorteilsausgleichung zwei Funktionen: Einerseits solle der erlittene Schaden um „*sachentsprechende*“ Vorteile gemindert werden, um dadurch eine Bereicherung des Geschädigten zu vermeiden, andererseits sollen „*unzusammenhängende*“ oder „*sachfremde*“ Gewinne, die nicht dem Schädiger zugutekommen sollen, von der Anrechnung ausgeschlossen werden.<sup>149</sup>

Dabei betont auch *Henke*, dass die Vorteilsausgleichung eine bedeutende wertende Komponente aufweist, die sich bereits daran zeige, dass fernliegende Vorteile oftmals bereits unausgesprochen und unbewusst von der Anrechnung ausgenommen würden.<sup>150</sup>

Diese starke Betonung von Wertungselementen zeigt sich auch in *Henkes* Verständnis vom Ablauf der Vorteilsausgleichung: Danach sei in einem ersten Schritt eine „*buchhalterische Schadensberechnung*“ durch Saldierung aller Vor- und Nachteile erfolgen, die sodann durch

---

<sup>147</sup> *Thiele*, AcP 167 (1967), 193, 206.

<sup>148</sup> *Thiele*, AcP 167 (1967), 193, 206. Der weitere Gang von *Thieles* Darstellung besteht konsequenterweise darin, auf weiteren über dreißig Seiten verschiedene Fallgruppen und Beispiele darzustellen und mit verschiedensten Begründungen darzulegen, warum der erforderliche innere Zusammenhang jeweils bestünde oder nicht. Zur Kritik der Literatur an diesem Vorgehen siehe unten unter D.V.2.d).

<sup>149</sup> *Henke*, in: FS Hagen, S. 373.

<sup>150</sup> *Henke*, in: FS Hagen, S. 374.

eine wertende Entscheidung über Anrechnung bzw. Nichtanrechnung einzelnen Vorteile modifiziert würde.<sup>151</sup>

Doch auch für *Henke* hängt die Anrechenbarkeit eines Vorteils davon ab, dass Vorteil und Schaden einen Zusammenhang aufweisen,<sup>152</sup> wobei er weitergehend Vorteile ohne Zusammenhang zum Schaden gar nicht als Vorteile im Sinne des Schadensersatzrechts ansieht.<sup>153</sup>

Für die Annahme eines solchen Zusammenhangs lehnt auch *Henke* ein Abstellen auf reine Adäquanz ab und begründet dies damit, dass ansonsten die individuellen Gegebenheiten, auch in der Person des Geschädigten, übergangen würden. Inadäquate Vorteile seien zwar nicht anzurechnen, darüber hinaus sei aber immer ein über eine bloße Adäquanz hinausgehender, einzelfallbezogener „innerer“, „natürlicher“ oder „sachgemäßer“ Zusammenhang erforderlich.<sup>154</sup>

Für die Beantwortung der Frage, wann ein solcher Zusammenhang vorliegt, könne zwar oftmals auf die dem Sachverhalt zugrundeliegenden Rechtsnormen und ihre Dogmatik zurückgegriffen werden, im Übrigen sei die Feststellung eines Zusammenhangs jedoch hochgradig von den Einzelheiten des konkreten Lebenssachverhalts abhängig, wobei jeweils die Frage zu beantworten sei, ob der konkrete Nachteil mit dem Vorteil vergleichbar ist und durch ihn aufgewogen wird.<sup>155</sup> Eine allgemeine Beantwortung im Voraus sei daher allenfalls durch die Bildung von Fallgruppen möglich.<sup>156</sup>

## 5. Lösung über Sorgeleichtigkeit des Vorteils

Eine weitere, solitär gebliebene Ansicht ist die Unterscheidung von anrechenbaren und nicht anrechenbaren Vorteilen nach der Sorgeleichtigkeit ihrer Erzielung. Diese Ansicht wurde von *Karl Rudloff* in

---

<sup>151</sup> *Henke*, in: FS Hagen, S. 378 f.

<sup>152</sup> *Henke*, in: FS Hagen, S. 386 ff.

<sup>153</sup> *Henke*, in: FS Hagen, S. 388.

<sup>154</sup> *Henke*, in: FS Hagen, S. 389 ff.

<sup>155</sup> *Henke*, in: FS Hagen, S. 396.

<sup>156</sup> *Henke*, in: FS Hagen, S. 398 f.

seinem Festschriftbeitrag zur 1967 erschienenen Festschrift für Fritz von Hippel<sup>157</sup> vertreten und steht exemplarisch für eine zu dieser Zeit vertretenen Tendenz, die sich von einer Schadensberechnung über die Differenzmethode wegbewegt und stattdessen mithilfe einer mehr wertenden Schadensberechnung dem Schadensrecht auch rechtsverfolgende und strafende Funktionen zubilligen möchte.<sup>158</sup>

*Rudloff* sieht die Begründung für das Rechtsinstitut der Vorteilsausgleichung nicht nur im Konzept der Gewinnabwehr, wonach niemand durch einen Schaden bereichert werden soll, sondern auch im von ihm entwickelten, diesen Aspekt ergänzenden Konzept der „*Glücksteilhabe*“, wonach es angemessen ist, den Schädiger an „*glücklichen*“ Vorteilen partizipieren zu lassen<sup>159</sup> und für die Beantwortung der Frage nach der Anrechnung maßgeblich sei, wem der Vorteil „*gebührt*“.<sup>160</sup>

*Rudloff* unterscheidet bezüglich der Vorteilsausgleichung zwischen drei Fallgruppen von Vorteilen: Durch Zufall entstandene Vorteile, durch Sorge des Geschädigten entstandene Vorteile und durch Fürsorge Dritter verschaffte Vorteile.<sup>161</sup> Die Antwort auf die Frage, wem ein Vorteil gebührt, ergäbe sich sodann mittelbar durch die Betrachtung der Kausalzusammenhänge, die im Rahmen der Schadenszufügung typischerweise zu Vorteilen führen.<sup>162</sup> Dabei sei evident, dass scheinbar zufällige Vorteile regelmäßig gerade nicht wirklich auf bloßem Zufall basierten, sondern „*umsorgt*“ werden müssen. Mit diesem Begriff meint *Rudloff*, dass es eines Aufwandes von Geld, Zeit, Arbeit oder Risiko bedarf, um sie zu erzielen.<sup>163</sup> Maßgeblich für die Entscheidung über die Anrechnung eines Vorteils sei nach *Rudloffs* das Ausmaß der Sorge um denselben.<sup>164</sup>

---

<sup>157</sup> *Rudloff*, in: FS Hippel, S. 421 ff.

<sup>158</sup> *Rudloff*, in: FS Hippel, S. 423.

<sup>159</sup> *Rudloff*, in: FS Hippel, S. 424, 428 ff.

<sup>160</sup> *Rudloff*, in: FS Hippel, S. 426 f.

<sup>161</sup> *Rudloff*, in: FS Hippel, S. 424.

<sup>162</sup> *Rudloff*, in: FS Hippel, S. 429.

<sup>163</sup> *Rudloff*, in: FS Hippel, S. 429.

<sup>164</sup> *Rudloff*, in: FS Hippel, S. 460.

Bei „*unumsorgt*“ entstandenen Vorteilen sei danach zu unterscheiden in Vorteile, welche sich „*aus [...] normalen tatsächlichen Gesamtsituation ergeben*“ und „*besonders glückhaften*“ Vorteilen.<sup>165</sup> Über die Anrechnung von ersteren müsse stets im Rahmen einer wertenden Betrachtung entschieden werden, wobei jedoch der Grundsatz der Gewinnabwehr regelmäßig für eine Anrechnung sprechen würde.<sup>166</sup> Bei letzteren sei demgegenüber bereits aufgrund der „*natürlichen Einsicht der Beteiligten*“ eine Anrechnung geboten, da es jedenfalls einer „*moralischen Missbilligung*“ unterliegen würde, angesichts eines solchen Glücksfalls den Schaden in voller Höhe geltend zu machen.<sup>167</sup> Etwas anderes soll jedoch dann geltend, wenn der Schädiger solange der Schädiger einer Anrechnung durch eine vorsätzliche oder grob fahrlässige Herbeiführung des schädigenden Ereignisses unwürdig sei.<sup>168</sup>

Bei durch Sorge des Geschädigten erzielten Vorteilen komme eine Anrechnung demgegenüber kaum in Frage.<sup>169</sup> Anzurechnen seien nur Vorteile, die in „*sorgeleichter*“ Weise erzielt wurden, ein Grundsatz, der auch in § 254 Abs. 2 S. 2 BGB verankert sei. Wenn der Geschädigte eine solche sorgeleichte Schadensminderung oder -abwendung vorgenommen habe, seien dadurch entstandene Vorteile, jedoch nur soweit zumutbar, auf den Schaden anzurechnen. Zumutbare Handlungen seien solche, die der Geschädigte im Hinblick auf den notwendigen Einsatz von Geld, Risiko, Arbeit und Zeit mit leichter Sorge tätigen kann.<sup>170</sup>

Am wenigsten für eine Anrechnung würden sich schließlich von Dritter Seite fürsorglich erbrachte Zuwendungen eignen. Bei Sozialversicherungen widerspräche dies bereits dem Interesse der Allgemeinheit,

---

<sup>165</sup> Rudloff, in: FS Hippel, S. 431.

<sup>166</sup> Rudloff, in: FS Hippel, S. 431 f.

<sup>167</sup> Rudloff, in: FS Hippel, S. 433.

<sup>168</sup> Rudloff, in: FS Hippel, S. 435. Wie gezeigt ist Rudloff einer Differenzierung der Anrechenbarkeit abhängig vom Verschulden generell nicht abgeneigt, vgl. Rudloff, in: FS Hippel, S. 423.

<sup>169</sup> Rudloff, in: FS Hippel, S. 436.

<sup>170</sup> Rudloff, in: FS Hippel, S. 440.

die mit einem komplexen Vorsorgesystem den Schutz des Geschädigten anstrebt, bei Fürsorge Dritter widerspräche es dem Willen des Dritten, der gerade nicht den Schädiger besserstellen will, auch wenn dadurch der Geschädigte bereichert wird.<sup>171</sup> Eine Anrechnung käme daher in solchen Fällen nur dann in Frage, wenn der Vorteil Ausdruck einer „*transpersonalen Freigiebigkeit*“ sei.<sup>172</sup>

## 6. Lösung über das Statikprinzip

Einen weiteren Ansatz entwickelte *Wendehorst* in ihrer Habilitationsschrift: *Wendehorst* entwirft darin unter Bezugnahme auf den Ausgleichsbegriff bei *Aristoteles*<sup>173</sup> ein weit über das hier behandelte Rechtsinstitut der Vorteilsausgleichung hinausgehendes Ausgleichsmodell<sup>174</sup> für alle von ihr als „*Reststörungen*“<sup>175</sup> bezeichneten, nach dem eigentlichen Schadensausgleich verbleibenden, aber ausgleichsbedürftigen, Vor- oder Nachteile. Dieses basiert auf einem von ihr so genannten „*allokatorischen Modell*“<sup>176</sup> sowie dem „*Statikprinzip*“, wonach der Ausgleich von Reststörungen grundsätzlich anzustreben sei.<sup>177</sup> Die Behandlung dieses Ausgleichskonzepts im Ganzen würde dabei den Umfang dieser Arbeit übersteigen und zudem eine weit über den Problemkreis der Vorteilsausgleichung hinausgehende Betrachtung notwendig machen. Unter Verzicht auf eine detaillierte Auseinandersetzung mit dem von *Wendehorst* postulierten umfassenden Modells des „*Allgemeinen Wertausgleichs*“ werden daher im Folgenden schwerpunktmäßig *Wendehorsts* Aussagen zu Vorteilsausgleichung behandelt, wobei aufgrund der von *Wendehorst* aufgestellten eigenständigen Terminologie eine gewisse Unschärfe bei der Übertragung in die hier genutzten Begriffe nicht immer zu vermeiden ist.

---

<sup>171</sup> *Rudloff*, in: FS Hippel, S. 447 f.

<sup>172</sup> *Rudloff*, in: FS Hippel, S. 458.

<sup>173</sup> Vgl. etwa *Wendehorst*, Ausgleich, S. 3 ff., 43 f.

<sup>174</sup> Dazu *Wendehorst*, Ausgleich, S. 545 ff.

<sup>175</sup> *Wendehorst*, Ausgleich, S. 28 ff., 100 ff.

<sup>176</sup> *Wendehorst*, Ausgleich, S. 56 ff.

<sup>177</sup> *Wendehorst*, Ausgleich, S. 40.

Grundsätzlich stellt das Statikprinzip für *Wendehorst* sowohl die Begründung dafür, warum überhaupt eine Vorteilsausgleichung stattfinden muss,<sup>178</sup> als auch deren rechtliche Begründung dar.<sup>179</sup> Bei der Durchführung des Ausgleichs sei der Blickwinkel nicht nur auf die einzelnen Vorteile zu richten, sondern es seien die konkreten Auswirkungen für alle Beteiligten zu berücksichtigen.<sup>180</sup> Die übrigen, von Rechtsprechung und Lehre zur Begründung der Vorteilsausgleichung herangezogenen Begründungen würden demgegenüber nicht überzeugen und insbesondere die Frage nach dem zugrundeliegenden Rechtsgrund für die generelle Durchführung einer Vorteilsausgleichung nicht beantworten.<sup>181</sup>

Als ausgleichungsbedürftig sieht *Wendehorst* sogenannte Restvorteile an, welche als positive Differenz zwischen dem hypothetischen Gesamtwert des Vermögens bei schadensfreiem Verlauf und dem Gesamtwert, wie er nach Regelung des Schadens gegeben ist beziehungsweise gegen wäre, definiert werden.<sup>182</sup> Zur Berechnung dieser Restvorteile wird dazu grundsätzlich an der Differenzhypothese festgehalten, welche so verstanden wird, dass sich der Schaden aus einem Vergleich des aktuellen Vermögens des Geschädigten mit dem Zustand ergibt, in welchem sich dieses befände, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.<sup>183</sup>

Für eine Berücksichtigung ist sodann erforderlich, dass sowohl eine äquivalente als auch eine adäquate Kausalität zwischen schädigendem Ereignis und Vorteil (in der Terminologie *Wendehorsts*: Der Reststörung) besteht, wobei das Kriterium der Adäquanz als Negativmerkmal derart ausgelegt wird, dass inadäquate, verstanden als äußerst unwahrscheinliche, Vorteile nicht angerechnet werden.<sup>184</sup>

---

<sup>178</sup> *Wendehorst*, Ausgleich, S. 40.

<sup>179</sup> *Wendehorst*, Ausgleich, S. 141.

<sup>180</sup> *Wendehorst*, Ausgleich, S. 39.

<sup>181</sup> *Wendehorst*, Ausgleich, S. 131 ff.

<sup>182</sup> *Wendehorst*, Ausgleich, S. 101.

<sup>183</sup> *Wendehorst*, Ausgleich, S. 59.

<sup>184</sup> *Wendehorst*, Ausgleich, S. 32 ff.

Nicht auszugleichen seien hierbei sowohl freigiebige Leistungen Dritter, da ansonsten deren Dispositionsfreiheit verletzt würde,<sup>185</sup> als auch Vorteile, für die eine Legalzession angeordnet sei, da der Gesetzgeber durch die Anordnung einer Legalzession eine Entscheidung gegen eine Berücksichtigung getroffen habe.<sup>186</sup>

## 7. Abgrenzung nach Art des Vorteils

Sowohl *Larenz* als auch *Esser* schlagen eine Lösung vor, wonach die Abgrenzung von anrechenbaren und nicht anrechenbaren Vorteilen grundsätzlich von der Art des Vorteils abhängen soll.

Die Vorteilsausgleichung sei hiernach abzugrenzen von dem Fall, dass der Schaden gar nicht erst beziehungsweise nur in verringerter Höhe entstände, etwa bei ersparten Aufwendungen zur Lebenshaltung während eines vom Schädiger bezahlten Krankenhausaufenthalts oder im Fall des Restwerts einer beschädigten Sache.<sup>187</sup> Für diese Fallgruppen folge bereits aus der Differenztheorie und § 249 BGB, dass ein Abzug für die „*Überkompensation*“ vorzunehmen sei.<sup>188</sup> Anzuwenden sei die Vorteilsausgleichung daher nur auf aus dem Verletzungsereignis herführende Vermögenszuflüsse, die dem Geschädigten ohne Durchführung einer Vorteilsanrechnung endgültig verbleiben würden.<sup>189</sup>

*Esser* argumentierte in diesem Zusammenhang bereits vor mehr als 60 Jahren, dass es in derartigen Fällen, in denen also ein eigenständiger Vorteil des Geschädigten entstände, dem mit dem Schadensersatzrechts verfolgten Ziel des exakten Schadensausgleichs widerspräche, wenn äquivalent auf die Verletzungshandlung zurückgehende Vorteile beim Geschädigten verblieben, sodass tendenziell von der Vorteilsausgleichung als Regelfall auszugehen sei, auch wenn hierbei zu beachten sei, dass dieser Grundsatz nicht „*zum Dogma erstarren*“

---

<sup>185</sup> *Wendehorst*, Ausgleich, S. 125.

<sup>186</sup> *Wendehorst*, Ausgleich, S. 119.

<sup>187</sup> *Larenz*, Schuldrecht, S. 530

<sup>188</sup> *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, § 33 V Rn. 2 f.; *Esser*, MDR 1957, 522, 522.

<sup>189</sup> *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, § 33 V Rn. 2 b.



dürfe.<sup>190</sup> *Larenz* sieht dies kritischer und betont, bei Anerkennung des Prinzips, dass der Geschädigte sich nicht an der Schädigung bereichern soll, dass eine solche Anrechnung umgekehrt aber auch nicht stets gerechtfertigt sei, sodass keine pauschale Aussage über die Vorteilsausgleichung als Regelfall getroffen werden könne.<sup>191</sup>

Auf Kausalitätsebene sei lediglich eine äquivalente Kausalität erforderlich,<sup>192</sup> während das Kriterium der Adäquanz dogmatisch nur auf haftungsbegründende, nicht aber haftungsentlastende Tatbestände anwendbar sei<sup>193</sup> und seine Befürworter stets weitere Abgrenzungskriterien benötigten, die wiederum vage und unbestimmt blieben.<sup>194</sup>

Hinzu kommt, dass eine gewisse Verknüpfung zwischen Vorteil und Nachteil bestehen müsse. *Esser* spricht dabei von einer „*Ereignisidentität*“ in dem Sinne, dass Vor- und Nachteil auf demselben schädigenden Ereignis beruhen,<sup>195</sup> *Larenz* hält darüber hinaus einen inneren Zusammenhang im Sinne von *Thiele*<sup>196</sup> zwischen Schadensereignis und Vorteil für erforderlich, der im Allgemeinen dann vorläge, wenn der Vorteil ohne weitere Handlungen des Geschädigten, Dritter oder eines neuen Ereignisses entstünde.<sup>197</sup>

---

<sup>190</sup> *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, § 33 V Rn. 1; *Esser*, MDR 1957, 522, 522.

<sup>191</sup> *Larenz*, Schuldrecht, S. 531.

<sup>192</sup> *Larenz*, Schuldrecht, S. 531.

<sup>193</sup> *Esser*, MDR 1957, 522, 523 f.

<sup>194</sup> *Esser* spricht diesbezüglich heute von „*Allerweltsformeln*“ die „*jegliche Rationalitätsgarantien vermissen*“ ließen, *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, § 33 V Rn. 3. Anders noch seine vorangegangenen Ausführungen, wo *Esser* ausdrücklich auf die „*Interessenlage aller Beteiligten*“ als maßgeblichen Faktor abstellte und die Frage der Vorteilsausgleichung allein über deren Zumutbarkeit lösen wollte, vgl. *Esser*, MDR 1957, 522, 524. Anders dann ab der 2. Auflage seines Lehrbuchs, vgl. *Esser*, Schuldrecht, 2. Auflage, Karlsruhe 1960, § 63 Rn. 5 f.

<sup>195</sup> *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, § 33 V Rn. 3.

<sup>196</sup> Vgl. dazu unter D.III.4.a).

<sup>197</sup> *Larenz*, Schuldrecht, S. 531 f. Kritisch dazu wiederum *Esser*, *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, § 33 V Rn. 3 Fn. 246, der *Thieles* Ansatz für nur durch die Bildung von Fallgruppen anwendbar hält.

Über diesen, als Mindestanforderung zu sehenden, Zusammenhang hinaus vertreten beide Autoren jedoch, dass eine Abgrenzung von der Art des erlangten Vorteils abhängen müsse. Es ließen sich drei Kategorien von Vorteilen unterscheiden:

Vorteile, die ohne weiteres Zutun Dritter oder des Geschädigten entstehen, sollen im Wege der Vorteilsanrechnung regelmäßig schadensmindernd angerechnet werden.<sup>198</sup>

Bei Vorteilen, die durch die Leistung Dritter hervorgerufen werden, sei auf den Zweck abzustellen, welchen diese zu erzielen beabsichtigen, insbesondere, ob die Leistung den Geschädigten oder den Schädiger begünstigen soll,<sup>199</sup> wofür bei Leistungen aus Versicherungen insoweit der Versicherungszweck maßgeblich sei.<sup>200</sup> Eine Besonderheit gelte weiter für die Fälle, für die der Gesetzgeber eine Legalzession der Ansprüche des Geschädigten gegen den Schädiger an den leistenden Dritter, beispielsweise eine Versicherung, angeordnet hat: In diesem Fall finde eine Vorteilsanrechnung weder gegenüber dem Geschädigten, hier bereits deswegen, weil dieser keinen Anspruch mehr gegen den Schädiger habe, noch gegenüber dem Dritten als neuen Gläubiger statt, dem der Schädiger insbesondere nicht den Vorteil des Geschädigten in Form der Leistung des Dritten entgegenhalten können soll.

<sup>201</sup>

Bei Vorteilen aufgrund von Eigenanstrengungen des Geschädigten schließlich sei grundsätzlich wie bei Vorteilen durch Fremdleistungen eine Differenzierung vorzunehmen, nur das diesbezüglich nicht auf den Zweck der Leistung abgestellt werden könne, da der Geschädigte nur in Ausnahmefälle den Schädiger begünstigen wolle. Vielmehr sei die Vorschrift des § 254 Abs. 2 BGB als Leitlinie heranzuziehen:<sup>202</sup> Diese Vorschrift weise das Untätigkeitsrisiko in gewissem Umfang dem Schädiger zu. Daher seien Vorteile, die durch eine gemäß § 254

---

<sup>198</sup> *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, § 33 V Rn. 3; *Esser*, MDR 1957, 522, 524.

<sup>199</sup> *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, § 33 V Rn. 3; *Esser*, MDR 1957, 522, 524.

<sup>200</sup> *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, § 33 V Rn. 3 a.

<sup>201</sup> *Larenz*, Schuldrecht, S. 534 f.

<sup>202</sup> *Larenz*, Schuldrecht, S. 534.

Abs. 2 BGB sowieso geschuldete Handlung erzielt werden und mit deren Erzielung der Geschädigte daher nur Schäden verhindert, die er andernfalls tragen müsste, stets angerechnet werden. Durch überpflichtmäßige, über das nach § 254 Abs. 2 BGB geschuldete hinausgehende, Handlungen erzielte Vorteile verblieben demgegenüber beim Geschädigten.<sup>203</sup>

## 8. Lösung über Gesetzssystematik

Einen anderen Weg der Abgrenzung wählt *Büdenbender*.<sup>204</sup> Während systematische Argumente Bestandteil quasi aller zur Vorteilsausgleichung vertretenen Ansätze sind, versucht dieser, eine ausschließlich an der Systematik des Gesetzes orientierte Lösung zu entwickeln.

*Büdenbender* führt einleitend aus, dass die bisherigen von Rechtsprechung und Literatur genutzten Abgrenzungskriterien nicht zur Findung eindeutiger Lösungen geeignet seien und es sich vielmehr regelmäßig um Leerformeln handele, die nur durch eine Wertung im Einzelfall Ergebnisse erzeugten.<sup>205</sup> *Büdenbender* versucht demgegenüber, durch eine Bindung an die Systematik des Gesetzes eine Lösungsfindung anhand der Wertentscheidungen des Gesetzes und damit, trotz aller gerade bei der Bildung von Analogien erforderlichen Wertungsfaktoren, eine vorhersehbarere und objektivere Herangehensweise zu etablieren.<sup>206</sup>

Damit ein Vorteil anrechenbar sei, müsse er äquivalent kausal auf der schädigenden Handlung basieren. Irrelevant sei dabei, ob er dem Geschädigten durch eigene Leistung, Leistung Dritter oder Zufall zugefallen ist und auch die Adäquanz des Vorteileintritts spiele keine

---

<sup>203</sup> *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, § 33 V Rn. 3 b; *Larenz*, Schuldrecht, S. 534.

<sup>204</sup> *Büdenbender*, *Gefahrentlastung*.

<sup>205</sup> *Büdenbender*, *Gefahrentlastung*, S. 24.

<sup>206</sup> *Büdenbender*, *Gefahrentlastung*, S. 59.

Rolle,<sup>207</sup> vielmehr sei gerade ein Abstellen auf die Adäquanz aus verschiedenen Gründen verfehlt.<sup>208</sup> Auch in welchen zeitlichen Verhältnis Schaden und Vorteil zueinander stehen, ob also insbesondere zuerst der Schaden oder der Vorteil anfallt oder beide zugleich entstünden, sei unbeachtlich,<sup>209</sup> denn maßgeblich für die Frage der Anrechenbarkeit seien ausschließlich die Wertungen des Gesetzes, nicht aber die oftmals zufällige Reihenfolge von Schaden und Vorteil.<sup>210</sup> Dementsprechend ebenfalls unwesentlich sei, ob der Vorteil erst durch ein späteres Rechtsgeschäft entsteht, etwa indem eine beschädigte Sache trotz des Schadens zum vollen Preis verkauft wird. Denn auch in diesen Konstellationen sei, unabhängig von der Frage seiner Anrechnung,<sup>211</sup> ein Vorteil in Gestalt der Erlangung des vollen Kaufpreises trotz der Beschädigung entstanden, der bei Hinwegdenken des schädigenden Ereignisses nicht entstanden wäre.<sup>212</sup>

Bei Vorteilen durch Handlungen des Geschädigten wird ein differenzierter Ansatz verfolgt: Durch gemäß § 254 Abs. 2 BGB geschuldete Mitwirkungshandlungen erzielte Vorteile sollen angerechnet werden; durch überobligatorische Ausgleichshandlungen erzielte Vorteile jedoch nicht, da der Geschädigte gemäß der Wertung des § 254 Abs. 2 BGB zu solchen überobligatorischen Handlungen gerade nicht verpflichtet sei. Denn wenn das Unterlassen einer überobligatorischen Handlung nicht zu einer Anspruchskürzung wegen Mitverschuldens führe, könne ihre (nicht geschuldete) Vornahme konsequenterweise und insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Grundsatzes der Gleichbehandlung im Privatrecht<sup>213</sup> auch nicht zu einer Anspruchskürzung im Wege der Vorteilsausgleichung führen.<sup>214</sup>

---

<sup>207</sup> *Büdenbender*, *Gefahrentlastung*, S. 26 f.

<sup>208</sup> *Büdenbender*, *Gefahrentlastung*, S. 21.

<sup>209</sup> *Büdenbender*, *Gefahrentlastung*, S. 52 ff.

<sup>210</sup> *Büdenbender*, *Gefahrentlastung*, S. 54 f.

<sup>211</sup> *Büdenbender*, *Gefahrentlastung*, S. 29.

<sup>212</sup> *Büdenbender*, *Gefahrentlastung*, S. 27 ff.

<sup>213</sup> *Büdenbender*, *Gefahrentlastung*, S. 32.

<sup>214</sup> *Büdenbender*, *Gefahrentlastung*, S. 32 ff.

In Bezug auf freiwillige Leistungen Dritter mit Tilgungswillen ergäbe sich bereits aus direkter Anwendung der Vorschrift des § 267 BGB, dass derartige Leistungen nur bei entsprechendem Tilgungswillen des Dritten im Wege der Vorteilsausgleichung anspruchsmindern berücksichtigt werden könnten. In Ermangelung eines klaren Tilgungswillens müsse unter entsprechender Anwendung dieser Vorschrift aus den gesamten Umständen des Sachverhalts ermittelt werden, ob der Schädiger oder, was die Regel sei, der Geschädigte unterstützt werden solle.<sup>215</sup>

Soweit ein Dritter demgegenüber eine vertraglich geschuldete Leistung erbringe, scheidet eine Anrechnung regelmäßig aus, da der Dritte in solchen Fällen in aller Regel zu Erfüllung seiner Verbindlichkeit und nicht zur Begünstigung eines ihm oftmals sogar unbekanntem Schädigers handle. Dass dies bei vertraglich geschuldeten Leistungen regelmäßig der Zweck der Handlung sei, spiegele sich dabei bereits in der Vorschrift des § 362 BGB wider.<sup>216</sup>

Weiter gelte der Grundsatz, dass Chancen und Risiken grundsätzlich gleichbehandelt werden müssten.<sup>217</sup> Bei Risiken sei anerkannt, dass sich das Verschulden nur auf die schädigende Handlung, nicht auf den Schaden beziehen muss und, sofern nicht ausnahmsweise Einschränkungen wegen fehlender Adäquanz oder fehlendem Rechtswidrigkeitszusammenhang angenommen werden, der Schädiger zwar auch für unwahrscheinlich, zufällige und damit quasi unglückliche Schäden haften müsse, es ihm andererseits aber auch zugutekäme, wenn zufälligerweise eine schädigende Handlung keinen oder nur einen unwahrscheinlich geringen Schaden auslöse.<sup>218</sup> Es sei daher auch geboten, dieses Prinzip auch auf Vorteile anzuwenden, sodass, sofern nicht eine spezielle Rechtsnorm etwas anderes anordne, Glück und Unglück bezüglich der Schadensentstehung mit Glück und Unglück bei einer spä-

---

<sup>215</sup> *Büdenbender*, *Gefahrentlastung*, S. 36 ff.

<sup>216</sup> *Büdenbender*, *Gefahrentlastung*, S.37 f.

<sup>217</sup> *Büdenbender*, *Gefahrentlastung*, S. 38 ff.

<sup>218</sup> *Büdenbender*, *Gefahrentlastung*, S. 38 f.

teren Schadensverlagerung gleich behandelt werden müsse. Diesbezüglich stellt *Büdenbender* erneut auf eine spezifisch zivilrechtliche Gleichbehandlungspflicht ab, für deren Begründung sowohl auf die mittelbare Drittwirkung des Art. 3 GG als auch die Wertung verschiedener zivilrechtlicher Generalklauseln abgestellt werden könne.<sup>219</sup> Maßgeblich für die Beantwortung der Frage, ob ein Vorteil angerechnet werden, sei daher dieser Grundsatz der Gleichbehandlung.<sup>220</sup>

Eine wesentliche Ausnahme im Sinne einer vom Gesetzgeber getroffenen Entscheidung bezüglich der Anrechenbarkeit von Vorteilen läge jedoch im Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse, der auch auf das Rechtsinstitut der Vorteilsausgleichung angewandt werden müsse: Vorteile aus Rechtsgeschäften mit Dritten seien daher grundsätzlich nicht anzurechnen, da es keine ersichtliche Rechtsnorm gäbe, die ein Durchschlagen der Vertragsbeziehung zwischen Geschädigtem und Dritten auf das Verhältnis von Schädiger und Geschädigtem anordne und im Gegenteil eine solche Einbeziehung einen Bruch mit diesem tragenden Prinzip des Schuldrechts darstellen würde<sup>221</sup>. Die Richtigkeit dieser Überlegung zeige sich auch unter Berücksichtigung von §§ 254 Abs. 2, 267 BGB: Denn die Festlegung von Leistung und Gegenleistung hänge von einer großen Vielfalt von Faktoren ab, ohne dass exakt festgestellt werden könnte, welcher Faktor sich wie niederschlägt; zudem würde der Vertragspartner des Geschädigten regelmäßig nur aufgrund des Vertrages zwischen ihm und dem Geschädigten handeln. Es verbietet sich daher, solche Faktoren in die Beziehung zwischen Schädiger und Geschädigtem einzubeziehen.<sup>222</sup> Die Richtigkeit dieser Überlegung würde weiter durch § 249 S. 2 BGB abgesichert: Denn wenn es anerkanntermaßen dem Geschädigten überlassen sei, ob er einen Schadensersatzbetrag zur Wiederherstellung des Zustands vor dem schädigenden Ereignis nutzt oder nicht und insbesondere der Schaden auch unabhängig davon fortbestünde, ob und zu welchem

---

<sup>219</sup> *Büdenbender*, *Gefahrentlastung*, S. 39.

<sup>220</sup> *Büdenbender*, *Gefahrentlastung*, S. 39 f.

<sup>221</sup> *Büdenbender*, *Gefahrentlastung*, S. 42 f.

<sup>222</sup> *Büdenbender*, *Gefahrentlastung*, S. 44.

Preis die beschädigte Sache weiterverkauft wird, so könne im Rahmen der Vorteilsausgleichung nichts anderes gelten.<sup>223</sup>

## 9. Lösung über die Vermeidung von Schadensverlagerungen

Die umfangreichste Untersuchung der Vorteilsausgleichung, jedenfalls der letzten Jahre, erfolgte durch *Thüsing* in seiner Habilitationsschrift.<sup>224</sup> Wie bereits oben ausgeführt, ist diese insbesondere aufgrund der darin enthaltenen umfangreichen und lesenswerten rechtsökonomischen<sup>225</sup> und rechtsvergleichenden<sup>226</sup> Ausführungen bemerkenswert. Nichts desto trotz fanden *Thüsings* Ausführungen und insbesondere seine Lösungsvorschläge, soweit ersichtlich, bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt keinen Niederschlag in Rechtsprechung oder Literatur. *Thüsing* versteht die Vorteilsausgleichung als Antwort auf die Frage, ob kausal auf das schädigende Ereignis zurückgehende Vorteils schadensmindernd berücksichtigt werden müssen.<sup>227</sup> Maßgeblich Beantwortung seien die Ziele des Schadensersatzrechts, die er primär im Schadensausgleich,<sup>228</sup> daneben aber auch in der Schadensprävention sieht,<sup>229</sup> während er einen Sanktionszweck ablehnt.<sup>230</sup>

In den § 642 Abs. 2 BGB und § 843 Abs. 4 BGB sieht *Thüsing* dabei eine ausdrückliche Regelung der Vorteilsausgleichung durch den Gesetzgeber, woraus sich die Wertung entnehmen ließe, dass in den Fällen einer Legalzession keine Vorteilsausgleichung stattfinden solle, da

---

<sup>223</sup> *Büdenbender*, Gefahrentlastung, S. 44 f.

<sup>224</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung.

<sup>225</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 334 ff.

<sup>226</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 151 ff.

<sup>227</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 1.

<sup>228</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 15, 422 ff.

<sup>229</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 16, 432 ff.

<sup>230</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 18 ff.

ansonsten die Zession leerliefe.<sup>231</sup> Dies gelte jedoch nicht bei individualvertraglich oder tarifvertraglich vereinbarten Zessionen, da diese nicht den Willen des Gesetzgebers widerspiegeln.<sup>232</sup>

Erforderlich sei im ersten Schritt eine äquivalent kausale Herbeiführung des Vorteils durch das schädigende Ereignis an, denn selbst, wenn die Anrechnung nicht kausaler Vorteile billig erscheinen möge, sei sie unter Zugrundelegung der maßgeblichen Differenzhypothese nicht angezeigt.<sup>233</sup>

Darüber hinaus hält *Thüsing* jedoch auch die adäquat kausale Verursachung des Vorteils für ein maßgebliches Kriterium.<sup>234</sup> Als alleiniges Abgrenzungskriterium sei die Adäquanz zwar ungeeignet<sup>235</sup> und auch die in der Literatur für die Anwendung vorgebrachten Argumente seien teilweise nicht überzeugend,<sup>236</sup> trotzdem spräche für eine Beibehaltung der Adäquanz als Negativkriterium, dass eine solche Kausalitätseinschränkung sich auch in allen anderen Rechtsbereichen sowie in allen von *Thüsing* untersuchten Rechtsordnungen fände und auch die in der Literatur vorgebrachten Gegenargumente überwiegend nicht gegen eine Beibehaltung dieses Kriteriums als äußere Grenze der Anrechnung sprächen;<sup>237</sup> zudem ergäbe auch aus einer ökonomische Analyse des Rechts die Effizienz dieses Kriteriums.<sup>238</sup>

Für den Wert des entstandenen Vorteils stellt *Thüsing* auf dessen subjektiven Wert, gemeint als den Wert, den der Vorteil für den Geschädigten hat, ab.<sup>239</sup> Eine solche Herangehensweise sei dem deutschen

---

<sup>231</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 34 f.

<sup>232</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 36.

<sup>233</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 31 ff., der insoweit eine Erweiterung der Differenzhypothese für grundsätzlich denkbar hält.

<sup>234</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 438.

<sup>235</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 43.

<sup>236</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 43 ff.

<sup>237</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 438.

<sup>238</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 439.

<sup>239</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 428 ff.



Recht keineswegs wesensfremd<sup>240</sup> und würde ansonsten nicht überzeugende Kriterien wie die Kongruenz<sup>241</sup> sinnvoll ersetzen.<sup>242</sup>

Zudem spricht sich *Thüsing* dafür aus, auch Vorteile aufgrund von überobligatorischen Kompensationshandlungen des Geschädigten anzurechnen.<sup>243</sup> Dies entspräche nicht nur der Rechtslage in anderen Rechtsordnungen,<sup>244</sup> vielmehr fänden sich auch im BGB, etwa in den §§ 987, 615 S. 2 BGB und vor allem § 642 Abs. 2 BGB, klare, auf eine entsprechende Wertung des Gesetzgebers hinweisende Regelungen, wonach nicht pflichtgemäßes Verhalten zwar anspruchsmindern wirke, überobligatorisches Verhalten aber auch nicht dem Handelnden zugutekäme.<sup>245</sup>

Nicht anzurechnen seien weiter Vorteile aus Drittleistungen, da dies auf eine reine Schadensverlagerung auf den Dritten hinausliefe.<sup>246</sup> Die Nichtanrechnung der Leistungen Dritter, die dem Geschädigten zugutekommen sollen, entspräche dabei einerseits auch der Rechtslage in anderen Rechtsordnungen,<sup>247</sup> vor allem wäre eine solche Anrechnung ein Eingriff in die grundrechtlich garantierten Handlungsfreiheit des Dritten aus Art. 2 Abs. 1 GG, die auch die Freiheit umfasse, darüber zu entscheiden, wem eine Leistung zugutekommen soll.<sup>248</sup> Etwas anderes gelte nur für Leistungen, die explizit dem Schädiger zugutekommen sollen.<sup>249</sup>

Insgesamt spricht sich *Thüsing* dafür aus, eine Vorteilsausgleichung dann zu versagen, wenn der Vorteil zu einer reinen Verlagerung des

---

<sup>240</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 429.

<sup>241</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 55.

<sup>242</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 431.

<sup>243</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 447 ff.

<sup>244</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 460.

<sup>245</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 460 f., 473 f.

<sup>246</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 475.

<sup>247</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 454.

<sup>248</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 455.

<sup>249</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 476.

Schadens führe, was er mit dem Präventionsgedanken des Schadensrechts und einer Analogie zur, eine Anrechnung ebenfalls ausschließenden, Legalzession begründet.<sup>250</sup> Im Übrigen seien äquivalent kausal verursachte Vorteile jedoch anzurechnen, sofern sie nicht inadäquat sind,<sup>251</sup> wobei der Wert des Vorteils dem subjektiven Interesse des Geschädigten entspreche.<sup>252</sup>

## 10. Lösung über Fallgruppenbildung

Die in der Literatur weit überwiegende Ansicht geht davon aus, dass die Bewältigung des Problems der Vorteilsausgleichung oder jedenfalls seine praktische Handhabung, gegebenenfalls basierend auf grundsätzlichen Wertungskriterien,<sup>253</sup> praktisch nur über die Bildung von Fallgruppen möglich ist.<sup>254</sup> Einige dieser Autoren betonen diesbezüglich ausdrücklich, dass ein solcher Lösungsansatz eine dogmatisch begründete Lösung zwar nicht ersetze, eine solche aber schlicht nicht ersichtlich sei.<sup>255</sup>

### a) Allgemeine Kriterien der Fallgruppenbildung

Angesichts der Vielfalt und großen Anzahl der Autoren, die eine solche Lösung über Fallgruppen präferierten, überrascht es nicht, dass

---

<sup>250</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 470.

<sup>251</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 470 f.

<sup>252</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 470 f.

<sup>253</sup> So *Soergel/Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 282.

<sup>254</sup> *BeckOK BGB/Flume*, §249 Rn. 331 ff.; *Erman/Ebert*, § 249 Rn. 86; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 486 ff.; *ders.*, *JuS* 1978, 649 ff.; *ders.*, *JZ* 1998, 96 f.; *Möller*, Vorteilsanrechnung; *MüKo-BGB/Grunsky* (3. Auflage), § 249 Rn. 93; *ders.*, in: *FS Lange*, S. 471 ff.; *MüKo-BGB/Oetker*, § 249 Rn. 228 ff.; *Palandt/Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 68 ff.; *Soergel/Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 279 ff.; *Staudinger/Schiemann*, § 249 Rn. 132 ff.; *ders.*, in: *FS Picker*, S. 695 ff.; *ders.* in: *FS Jaeger*, S. 411 ff.; *von Koppenfels-Spies*, *VersR* 2005, 1511 ff.; *Weyhardt*, *DB* 1966, 1552 ff.

<sup>255</sup> So etwa *Erman/Ebert*, § 249 Rn. 86; *MüKo-BGB/Oetker*, § 249 Rn. 239.

bezüglich der dogmatischen Grundlagen und auch bezüglich der allgemeinen Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung keine Einigkeit besteht.

Einig ist man sich dahingehend, dass der Grundsatz der Gewinnabwehr beziehungsweise das schadensrechtliche Bereicherungsverbot<sup>256</sup> Geltung beanspruche, wonach der Geschädigte sich nicht am Schadensfall bereichern soll.<sup>257</sup>

Erforderlich sei zudem, dass der Vorteil beim Geschädigten selbst entsteht, während Vorteile Dritter nur in Ausnahmefällen berücksichtigt werden könnten, etwa bei engen Familienangehörigen.<sup>258</sup>

Übereinstimmend wird weiter gefordert, dass ein anzurechnender Vorteil stets äquivalent kausal auf dem schädigenden Ereignis beruhen müsse.<sup>259</sup> Ob darüber hinaus auch das Kriterium der Adäquanz erforderlich ist, wird teilweise bejaht<sup>260</sup> und teilweise verneint.<sup>261</sup> Gleiches gilt für die Frage, ob eine Kongruenz gewahrt werden muss.<sup>262</sup>

---

<sup>256</sup> Kritisch hierzu *Grunsky*, in: FS Lange, S. 476. Anders noch MüKo-BGB/*Grunsky* (3. Auflage), § 249 Rn. 96.

<sup>257</sup> *Möller*, Vorteilsanrechnung, S. 113; *Soergel/Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 298; *von Koppenfels-Spies*, VersR 2005, 1511, 1512. Im Ergebnis auch *Müller-Laube*, JZ 1991, 162, 162.

<sup>258</sup> *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 500; MüKo-BGB/*Grunsky* (3. Auflage), § 249 Rn. 93a; MüKo-BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 232.

<sup>259</sup> *Erman/Ebert*, § 249 Rn. 86; *Palandt/Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 69; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 492; *Soergel/Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 284; *Staudinger/Schiemann*, § 249 Rn. 137.

<sup>260</sup> MüKo-BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 233; *Palandt/Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 69; *Soergel/Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 284.

<sup>261</sup> MüKo-BGB/*Grunsky* (3. Auflage), § 249 Rn. 95; *Schiemann*, in: FS Picker, S. 697; *ders.* in: FS Jaeger, S. 413 f.; *Weyhardt*, DB 1966, 1552, 1554.

<sup>262</sup> Dafür: *Erman/Ebert*, § 249 Rn. 90; *Lange*, JZ 1998, 96,97; MüKo-BGB/*Grunsky* (3. Auflage), § 249 Rn. 93.; MüKo-BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 277; *Palandt/Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 73. Dagegen: *Soergel/Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 295 ff.

Zudem solle eine Vorteilsausgleichung immer dann ausscheiden, wenn der Gesetzgeber eine abstrakte Berechnung des Schadens angeordnet habe, da ansonsten der damit bezweckte Gedanke der Vereinfachung umgangen würde und die abstrakte Berechnungsweise eventuelle Vorteile bereits mitumfasse.<sup>263</sup>

### **b) Heranziehung der Kriterien der Rechtsprechung**

Ein Teil der Anhänger einer Lösung über Fallgruppen hält zusätzlich zu den vorgenannten Kriterien die Erfüllung der von der Rechtsprechung genutzten<sup>264</sup> weiteren Kriterien für erforderlich, damit ein Vorteil anspruchsmindernd berücksichtigt werden kann. So sei es insbesondere erforderlich, dass eine Anrechnung dem Geschädigten zumutbar ist, den Schädiger nicht unbillig entlastet und dem Sinn und Zweck der die Schadensersatzpflicht anordnenden Norm entspreche.<sup>265</sup> Andere Autoren halten diese Kriterien demgegenüber für inhaltsleer und zur Abgrenzung ungeeignet.<sup>266</sup> Interessanterweise kommen dabei jedoch auch die Autoren, die die vorgenannten Kriterien als zusätzliche Bedingungen für eine Vorteilsausgleichung für notwendig erachten, bezüglich der typischerweise diskutierten Fallgruppen ganz überwiegend zu denselben Ergebnissen wie die übrigen Vertreter einer fallgruppenbasierten Lösung.<sup>267</sup>

---

<sup>263</sup> Erman/*Ebert*, § 249 Rn. 95; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 498; *Staudinger/Schiemann*, § 249 Rn. 141.

<sup>264</sup> Vgl. D.V.

<sup>265</sup> Hk-BGB/*Schulze*, vor §§ 249 – 253 Rn. 31; MüKo-BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 234; *Palandt/Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 68; *von Koppenfels-Spies*, VersR 2005, 1511, 1514 f. So auch *Möller*, Vorteilsanrechnung, S. 131 f., der jedoch zudem eine weitere Prüfung unter Billigkeitsgesichtspunkten fordert.

<sup>266</sup> *Soergel/Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 289 ff.; *Schiemann*, in: FS Picker, S. 698 f.

<sup>267</sup> Dazu sogleich. Zur Kritik an den Kriterien der Rechtsprechung siehe unten unter D.V.2.h).

### c) Zu den aufgestellten Fallgruppen

Angesichts der differenzierenden Ansichten bezüglich der allgemeinen Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung stimmen die Anhänger einer Lösung über Fallgruppenbildung in erstaunlichem Maße bei der Bildung der entsprechenden Fallgruppen überein:

So sollen kausal auf das schädigende Ereignis zurückgehende, aber ohne das Zutun des Geschädigten entstandene Vorteile regelmäßig anrechenbar sein.<sup>268</sup>

Auch ersparte Aufwendungen seien regelmäßig anrechenbar, solange sie nicht durch Entbehrungen des Geschädigten erkaufte würden,<sup>269</sup> etwa wenn ein Verletzter im Krankenhaus gezwungenermaßen zwar deutlich günstigere, aber zugleich auch wesentlich kargere Verpflegung konsumierte<sup>270</sup>

Demgegenüber solle keine Anrechnung stattfinden, wenn eine Legalzession zugunsten eines Dritten, regelmäßig etwa bei Leistungen einer Sozialversicherung, angeordnet ist, da der Gesetzgeber mit einem solchen gesetzlichen Forderungsübergang dem Leistenden eine Regressmöglichkeit habe einräumen wollen, die entfielen, wenn seine Leistung den zedierten Anspruch als Vorteil des Geschädigten mindere.<sup>271</sup>

Freiwillige Leistungen freigiebiger Dritter an den Geschädigten sollen ebenfalls nicht angerechnet werden, da ansonsten das Leistungsbestimmungsrecht des Dritten ignoriert und es Dritten unmöglich

---

<sup>268</sup> Soergel/*Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 311; *von Koppenfels-Spies*, VersR 2005, 1511, 1512.

<sup>269</sup> BeckOK BGB/*Flume*, § 249 Rn. 337; *Erman/Ebert*, § 249 Rn. 98 ff.; *Grunsky*, in: FS Lange, S. 471 („klassischer Fall“); *Palandt/Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 93; *Soergel/Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 310; *Staudinger/Schiemann*, § 249 Rn. 168; *ders.* in: FS Jaeger, S. 419 f.; *von Koppenfels-Spies*, VersR 2005, 1511, 1512.

<sup>270</sup> Ein häufiges Beispiel, vgl. etwa MüKo-BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 244.

<sup>271</sup> *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 495 f.; *Palandt/Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 70; *Soergel/Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 300.

würde, dem Geschädigten etwas zugutekommen zu lassen, ohne zugleich den Schädiger zu begünstigen.<sup>272</sup> Eine Anrechnung käme nur in Betracht, wenn der Dritte gerade den Schädiger unterstützen wolle.<sup>273</sup> Vorteile, die durch eigene Anstrengungen des Geschädigten erzielt wurden, sollen weiter nur insoweit angerechnet werden, wie der Geschädigte zu ihrer Erzielung angehalten war, wozu auf den Maßstab des § 254 Abs. 2 BGB abgestellt werden könne, während sich darüber hinausgehende, überobligatorische Anstrengungen sollen sich nicht schadensmindernd auswirken sollen.<sup>274</sup>

Auch Vorteile aus Rechtsgeschäften mit Dritten, seien sie nun vorsorglich vor dem Schadensfall abgeschlossen<sup>275</sup> oder zur Kompensation nach dem Schadensfall eingegangen, könnten, aufbauend insbesondere auf dem Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse und der Privatautonomie, im Rahmen der Vorteilausgleichung nur unter Anwendung desselben Maßstabes berücksichtigt werden.<sup>276</sup>

#### IV. Ansicht der Rechtsprechung

Obwohl die Literatur das Problem der Vorteilausgleichung teilweise an höchst unwahrscheinlichen Sachverhaltskonstellationen diskutierte,<sup>277</sup> ergaben sich in der Praxis stets genug Sachverhalte, in denen

---

<sup>272</sup> BeckOK BGB/*Flume*, § 249 Rn. 344; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 519 f.; MüKo-BGB/*Grunsky* (3. Auflage), § 249 Rn. 99; Soergel/*Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 301; *Schiemann*, in: FS Picker, S. 702.

<sup>273</sup> Palandt/*Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 82; von *Koppenfels-Spies*, VersR 2005, 1511, 1512; *Weyhardt*, DB 1966, 1552, 1553.

<sup>274</sup> Erman/*Ebert*, § 249 Rn. 96; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 510 ff.; Palandt/*Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 70.

<sup>275</sup> Soergel/*Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 299.

<sup>276</sup> MüKo-BGB/*Grunsky* (3. Auflage), § 249 Rn. 112; *Schiemann*, in: FS Picker, S. 702 f. Ausdrücklich gegen die Anrechnung auch solcher Vorteile *Müller-Laube*, JZ 1991, 162, 165 ff.

<sup>277</sup> Vgl. nur das Bergbauernbeispiel von *Heck*, Grundriß des Schuldrechts, § 15 Rn. 2, aufgegriffen etwa von *Thiele*, AcP 167 (1967), 193, 198.

eine Vorteilsausgleichung in Betracht kam, sodass sich auch die Rechtsprechung stets mit dieser Rechtsfigur auseinandersetzen musste. Grundsätzlich erkennt der BGH das Rechtsinstitut der Vorteilsausgleichung an,<sup>278</sup> es wird dabei regelmäßig mit dem Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB begründet.<sup>279</sup>

Der BGH griff anfänglich auf die schon vom Reichsgericht herangezogenen Kriterien<sup>280</sup> zurück und forderte insbesondere neben der Äquivalenz auch eine Adäquanz zwischen schädigendem Verhalten und Vorteil, daneben wurde jedoch bereits auf den „*Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht*“ als weiteres Kriterium abgestellt.<sup>281</sup>

Früh wurden diese Anforderungen zudem um diverse Billigkeitskriterien ergänzt. Mit Urteil vom 17.06.1953 führte der BGH diesbezüglich bereits aus, dass die Frage der Adäquanz nur erste Voraussetzung einer Anrechenbarkeit sei, für die zudem neben dem Sinn und Zweck der Schadensersatznorm auch auf die gesamte Interessenlage der beteiligten Parteien abzustellen sei, insbesondere darauf, ob die Anrechnung für den Geschädigten zumutbar sei und den Schädiger nicht unbillig begünstige.<sup>282</sup> An diesen Kriterien hielt der BGH im Folgenden fest.<sup>283</sup> Die Terminologie wurde lediglich dahingehend angepasst, dass die Anrechnung eines Vorteils weder den Geschädigten unzumutbar belasten, noch den Schädiger unbillig entlasten solle.<sup>284</sup>

Angesichts der in der Literatur wachsenden Zweifel daran, ob die Adäquanz überhaupt als Kriterium der Vorteilsausgleichung geeignet ist,

---

<sup>278</sup> Vgl. etwa BGH DB 1953, 422: „*Die Vorteilsausgleichung ist aber ein gerade dem Schadensersatzrecht innewohnendes und eigentümliches Prinzip.*“

<sup>279</sup> BGHZ 60, 353, 358; 91, 206, 210.

<sup>280</sup> Vgl. dazu unter D.II.3.

<sup>281</sup> BGHZ 8, 325, 328 f.

<sup>282</sup> BGHZ 10, 107, 107 ff.

<sup>283</sup> Vgl. etwa BGHZ 30, 29, 33 (jedoch unter dem Aspekt „*neu für alt*“); 49, 56, 61 ff.

<sup>284</sup> Vgl. BGH, NJW 1977, 1819; BGHZ 74, 103, 114.

äußerte sich auch der BGH zwischenzeitlich unter Verweis unter anderem auf *Cantzler*<sup>285</sup> und *Rudloff*<sup>286</sup> vorsichtig kritisch zu diesem Kriterium, traf mangels Entscheidungsrelevanz diesbezüglich aber keine verbindlichen Aussagen.<sup>287</sup> Erneute Kritik am Kriterium der Adäquanz erfolgte später jedoch nicht mehr, stattdessen wird die Adäquanz vom BGH weiterhin als Mindestanforderung für die Anrechenbarkeit eines Vorteils angesehen.<sup>288</sup>

In der vorgenannten, an der Adäquanz zweifelnden, Entscheidung führte der BGH darüber hinaus zwei weitere Kriterien ein: Unter Verweis auf die Ausführungen von *Thiele*<sup>289</sup> sei erforderlich, dass ein Zusammenhang zwischen Vor- und Nachteil bestünde, durch den diese quasi zu einer „*Rechnungseinheit*“ verschmelzen und zudem könne, unter Verweis auf *Möller*,<sup>290</sup> ein Vorteil nur denjenigen Schaden mindern, bei dessen Entstehung er angefallen sei und zu dem „*Korrespondenz*“ bestehe.<sup>291</sup>

Bei Vorteilen, die auf eigener Leistung des Geschädigten basieren, wendet auch der BGH den Maßstab des § 254 Abs. 2 BGB entsprechend an und geht davon aus, Vorteile, zu deren Erzielung der Geschädigte gehalten war, anrechenbar sind, überpflichtmäßige Anstrengen sich aber nicht anspruchsmindern auswirken.<sup>292</sup>

---

<sup>285</sup> *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 45 ff.

<sup>286</sup> *Rudloff*, in: FS Hippel, S. 426, 446.

<sup>287</sup> BGH, NJW 1979, 760, 760 (insoweit nicht abgedruckt unter BGHZ 73, 109).

<sup>288</sup> Vgl. etwa BGH, NVwZ-RR 2017, 579, 582; NJW 2015, 553, 554; NJW 2010, 675, 676; DStR 2007, 961, 963.

<sup>289</sup> *Thiele*, AcP 167 (1967), 193, 201.

<sup>290</sup> *Bruck-Möller*, VVG, Vor §§ 49-80 Anm. 51.

<sup>291</sup> BGH, NJW 1979, 760, 760 (insoweit nicht abgedruckt unter BGHZ 73, 109). Unter Verweis auf *Thiele* bereits BGH, WM 1970, 633, 637; NJW 1978, 536, 537 sowie BGHZ 77, 151 154.

<sup>292</sup> Ausführlich BGHZ 55, 329, 332 ff. So bereits NJW 1952, 299, 299 ff.; aus jüngerer Zeit etwa BGH WM 2011, 1529, 1531.



Auch in den Fällen, in denen der Gesetzgeber eine Legalzession zugunsten eines an den Geschädigten leistenden Dritten anordnet, verneint die Rechtsprechung eine Vorteilsausgleichung, da ansonsten der beabsichtigte Regressanspruch leerliefe.<sup>293</sup>

Ob Vorteile, die durch Dritte herbeigeführt werden, angerechnet werden, hängt nach der Rechtsprechung davon ab, wen der Leistenden begünstigen wolle, wobei Vorteile zugunsten des Geschädigten nicht anzurechnen seien.<sup>294</sup>

Entgegen der generell sehr restriktiven Anwendung der Vorteilsausgleichung geht der BGH in jüngerer Vergangenheit dabei davon aus, dass aufbauend auf der Differenzhypothese und dem Bereicherungsverbot im Zweifel jedoch eine Vorteilsausgleichung stattfindet,<sup>295</sup> was man dahingehend auslegen kann, dass der BGH nunmehr mit einem Verständnis der Vorteilsausgleichung als (wenn auch unter strengen Voraussetzungen) Regelfall ausgeht.<sup>296</sup>

Insgesamt hält der BGH auch in der Gegenwart an den vorgenannten, teilweise noch auf das Reichsgericht zurückgehenden Kriterien fest. Ein Vorteil ist daher nach der Rechtsprechung des BGH nur dann anrechenbar, wenn er äquivalent und adäquat kausal auf dem schädigenden Ereignis beruht und die Anrechnung dem Sinn und Zweck der Haftungsnorm entspricht sowie weder den Geschädigten unzumutbar belastet noch den Schädiger unbillig entlastet. Erforderlich sei weiter, dass der Vorteil mit einem konkreten Schaden in einem engen Zusammenhang steht und mit diesem korrespondiert.<sup>297</sup> Zur Schaffung von Rechtssicherheit hat der BGH, wie zuvor bereits das Reichsgericht, umfangreiche Fallgruppen gebildet.<sup>298</sup>

---

<sup>293</sup> BGH, NJW 2001, 754, 755.

<sup>294</sup> BGHZ 10, 107, 108 f.; 21, 114, 117; 91, 357, 364; BGH, NJW 2001, 1274, 1275.

<sup>295</sup> BGH NJW 2007, 2695, 2596 f.

<sup>296</sup> So auch Palandt/*Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 70; *Schiemann*, in: FS Picker, S. 699; *ders.* NJW 2007, 3037 ff.

<sup>297</sup> Ausführlich BGH, DStR 2007, 961 963. Aus jüngerer Zeit etwa BGH NVwZ-RR 2017, 579, 582.

<sup>298</sup> Nachweise hierzu bei Palandt/*Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 77 ff.

## V. Eigene Bewertung

Nach Darstellung der vorangegangenen Ansichten und Lösungsansätzen sowohl der Literatur als auch der Rechtsprechung zum Problemkreis der Vorteilsausgleichung stellt sich nunmehr die Frage, welches Verständnis der Vorteilsausgleichung im Rahmen dieser Arbeit zugrunde gelegt werden soll. Insbesondere ist es zur Beantwortung der in der Praxis am Ende entscheidenden Frage, ob ein Vorteil schadensmindernd angerechnet wird oder nicht, entscheidend, welche Kriterien zur Abgrenzung von anrechenbaren und nicht anrechenbaren Vorteilen herangezogen werden können.

### 1. Dogmatischer Ausgangspunkt

Dogmatischer Ausgangspunkt der Vorteilsausgleichung muss dabei stets das dem deutschen Schadensrecht zugrundeliegende Ausgleichs-<sup>299</sup> bzw. Kompensationsprinzip<sup>300</sup> sein. Wie vom Gesetzgeber in § 249 Abs. 1 BGB niedergelegt, soll durch den Schadensersatz die hypothetische Vermögenslage bei Hinwegdenken des schädigenden Ereignisses wiederhergestellt werden, was auch mit dem Begriff der Differenzhypothese<sup>301</sup> umschrieben wird. Der Geschädigte soll durch das schädigende Ereignis mithin nicht schlechter, aber gerade auch nicht bessergestellt werden.<sup>302</sup> Dieses Prinzip, dass der Geschädigte durch die Schädigung eben gerade nicht bessergestellt werden soll, wird gemeinhin als Bereicherungsverbot bezeichnet.<sup>303</sup>

Es kann hierbei als geklärt angesehen werden, dass das Problem der Vorteilsausgleichung nicht nur über die Differenzhypothese bzw. den

---

<sup>299</sup> Müller-Laube, JZ 1991, 162, 162.

<sup>300</sup> Thüsing, Schadensberechnung, S. 422.

<sup>301</sup> Vgl. zum Ursprung und zur Entwicklung dieses Ansatzes HKK/Jansen, §§ 249-253, 255, Rn. 104 ff.

<sup>302</sup> Esser/Schmidt, Schuldrecht, § 33 V Rn. 1; Oswald, Verknüpfungspänomene, S. 79.

<sup>303</sup> Pauge, VersR 2007, 569, 569; Soergel/Ekkenga/Kuntz, Vor § 249 Rn. 298.

Grundsatz des Bereicherungsverbots gelöst werden kann.<sup>304</sup> *Schiemann* formuliert diesbezüglich prägnant, dass dies „*schon lange keiner Begründung*“ mehr bedürfe.<sup>305</sup> Dieser Umstand darf aber nicht dahingehend gedeutet werden, dass diese Prinzipien im Kontext der Vorteilsausgleichung bedeutungslos wären.<sup>306</sup> Diesbezüglich wird zwar häufig vorgetragen, ein reines Abstellen auf die Differenzhypothese bzw. das Bereicherungsverbot sei ohne Wert, da bei Anwendung dieser Prinzipien jeglicher Vorteil angerechnet werden müsste,<sup>307</sup> diese Argumentation geht aber fehl: Denn selbst wenn man hypothetisch die Frage, welche Vorteile angerechnet werden, ausschließlich anhand von Differenzhypothese und Bereicherungsverbot beantworten wollte, würde dies nicht zwangsläufig zur Anrechnung aller irgendwie im Vermögen des Geschädigten erzielten Vorteile führen. Denn auch in einem solchen Fall wäre eine Entscheidung darüber erforderlich, welche Vorteile überhaupt dergestalt auf die schädigende Handlung zurückzuführen sind, dass sie Rahmen der Vermeidung einer Bereicherung beziehungsweise bei der Berechnung der Abweichung von der hypothetischen Vermögenslage zu berücksichtigen sind.<sup>308</sup>

Richtigerweise stellen die Differenzhypothese sowie der Grundsatz des Bereicherungsverbots daher als Ausprägung des dem Schadenersatzrecht primär zugrundeliegenden Prinzips eines Ausgleiches des Vermögensschadens ohne Besserstellung des Geschädigten die dogmatische Begründung dafür dar, warum überhaupt eine Berücksichtigung von durch das schädigende Ereignis entstandenen Vorteilen in Betracht

---

<sup>304</sup> So schon *Lange*, JuS 1978, 649, 649.

<sup>305</sup> *Schiemann*, in: FS Jaeger, S. 414.

<sup>306</sup> So aber beispielsweise *Grunsky*, in: FS Lange, S. 476, der das Bereicherungsverbot für ein „*schadenersatzrechtliches Schlagwort*“ hält, dass „*keine Existenzberechtigung*“ habe. Kritisch zum Abstellen auf die Differenzhypothese auch *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 843 sowie *Lange*, JuS 1978, 649, 649.

<sup>307</sup> *Grunsky*, in: FS Lange, S. 476 (anders noch MüKo-BGB/*Grunsky* (3. Auflage), § 249 Rn. 96); *Henke*, in: FS Hagen, S. 373; MüKo-BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 238.

<sup>308</sup> So bereits *Thiele*, AcP 167 (1967), 193, 196 f.

kommt.<sup>309</sup> Sie beantworten damit nicht die Frage, welche Vorteile anzurechnen sind,<sup>310</sup> sondern bilden die dogmatische Grundlage des Ziels, dass durch die Vorteilsausgleichung verfolgt werden muss.<sup>311</sup>

Neben der Kompensation erlittener Vermögenseinbußen dient das Schadensersatzrecht zwar auch präventiven Zwecken, indem der Schädiger bereits von der Vornahme der Schädigung abgehalten werden soll,<sup>312</sup> neben der Ausgleichsfunktion, die vom Gesetzgeber durch § 249 Abs. 1 BGB ausdrücklich normiert wurde, kommt diesem Gesichtspunkt dabei im Allgemeinen jedoch nur eine untergeordnete Rolle zu.<sup>313</sup>

Dass das deutsche Schadensrecht demgegenüber grundsätzlich keine Sanktion des Schädigers beabsichtigt, darf als so unstrittig angesehen werden, dass diesbezüglich keine besondere Begründung mehr von Nöten ist.<sup>314</sup> Es sei allein darauf hingewiesen, dass eine irgendwie geartete Bestrafung des Schädigers durch eine den dem Geschädigten entstandenen Schaden übersteigende Schadensersatzpflicht nicht nur dem Wortlaut des Begriffes „*Schadensersatz*“ als Ersatz des entstandenen Schadens widerspräche, sondern vor allem dem oben dargestellten Ausgleichsprinzip fundamental zuwiderliefe.

Angemerkt sei schließlich, dass aus dem Verständnis der Vorteilsausgleichung aufbauend auf der Ausgleichsfunktion nicht zwangsläufig

---

<sup>309</sup> Ähnlich *Möller*, Vorteilsanrechnung, S. 141 f. Zu extrem demgegenüber *Sonnenberger*, in: FS Trinkner, S. 726, der alle anderen Aspekte für irrelevant hält.

<sup>310</sup> *Müller-Laube*, JZ 1991, 162, 164.

<sup>311</sup> Für ein Verständnis der Vorteilsausgleichung aus der Differenzhypothese heraus auch *Klingmüller*, VersR 1973, 386, 386.

<sup>312</sup> Dazu ausführlich *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 16 ff., 432 ff. Speziell zum GmbH-Recht etwa *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926, 928. Kritisch zur präventiven Funktion *Schiemann*, in: FS Picker, S. 700 f.

<sup>313</sup> Zum Zweck der Geschäftsführerhaftung und der Rolle der Verhaltenssteuerung hierbei siehe oben unter B.II.1.

<sup>314</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 18 ff.; *Weyhardt*, DB 1966, 1552, 1554.

folgt, dass die in der Literatur stark umstrittene Frage, ob die Anrechnung<sup>315</sup> oder die Nichtanrechnung<sup>316</sup> die Regel sei, im Sinne einer Vermutung der Anrechnung eines Vorteils beantwortet wird. Ob sich diesbezüglich überhaupt ein solches Regel-Ausnahmeverhältnis welcher Art auch immer feststellen lässt, kann bezweifelt werden.<sup>317</sup> In der Tendenz ist jedoch davon auszugehen, dass im Falle eines Gleichstandes von für und gegen eine Vorteilsanrechnung sprechender Gesichtspunkte der Ausgleichsgedanke für eine Berücksichtigung der Vorteilsausgleichung spricht,<sup>318</sup> praktische Auswirkungen ergeben sich aus diesem Befund angesichts der Tatsache, dass ein solches Gleichgewicht praktisch nicht vorkommen dürfte, jedoch nicht.<sup>319</sup>

## 2. Zu den generellen Abgrenzungskriterien

Es ist daher nunmehr die Frage zu beantworten, anhand welcher Kriterien anrechenbare von nicht anrechenbaren Vorteilen im Allgemeinen abgegrenzt werden sollen. Wie oben dargestellt,<sup>320</sup> wurden in Rechtsprechung und Literatur dafür im Laufe der Zeit eine Vielzahl an Voraussetzungen bemüht, die eine generelle Unterscheidung ermöglichen sollen und deren Tauglichkeit im Folgenden daher zu untersuchen ist.

---

<sup>315</sup> So etwa *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, § 33 V Rn. 1; *Grunsky*, in: FS Lange, S. 470; *Henke*, in: FS Hagen, S. 382; *Staudinger/Schiemann*, § 249 Rn. 132, 140 (ohne solche Wertung noch die Voraufgabe); *Schiemann*, NJW 207, 3037 f.; *Weyhardt*, DB 1966, 1552, 1552.

<sup>316</sup> So etwa *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht, Rn. 689; *Thiele*, AcP 167 (1967), 193, 197 ff.; *Wendehorst*, Ausgleich, S. 132.

<sup>317</sup> So auch *Büdenbender*, Gefahrentlastung, S. 24.; *Erman/Ebert*, § 249 Rn. 83; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 495.

<sup>318</sup> Vergleiche hierzu *Palandt/Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 70. So wohl auch die Tendenz in der jüngeren Rechtsprechung, etwa BGH NJW 2007, 2695, 2596 f.

<sup>319</sup> Ähnlich *Soergel/Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 281 f.

<sup>320</sup> Vgl. unter D.III. und D.IV.

## a) Äquivalente Kausalität

Erste Voraussetzung einer Anrechnung muss es dabei sein, dass das schädigende Ereignis beziehungsweise die schädigende Handlung äquivalent kausal für die Entstehung des Vorteils ist. In der Literatur ist dies insoweit einhellige Meinung.<sup>321</sup> In der Rechtsprechung besteht demgegenüber eine gewisse Tendenz, auch nicht äquivalent kausal entstandene Vorteile einzubeziehen.<sup>322</sup> In Fällen, in denen das vorteilhafte Ereignis mit dem schadensbringenden nach dem zugrundeliegenden Lebenssachverhalt eng verknüpft ist, kann es naheliegend erscheinen, trotz nicht vorhandener kausaler Verknüpfung trotzdem eine Vorteilsausgleichung in Erwägung zu ziehen.<sup>323</sup> Eine solche Durchbrechung des dem Schadensrecht zugrundeliegenden Kausalitätsprinzip würde allerdings eine so starke Abweichung von der grundsätzlichen Dogmatik darstellen, dass hierfür zumindest irgendeine Form von gesetzgeberischer Tendenz oder Wertung erforderlich wäre. Da eine solche Tendenz jedoch jedenfalls gegenwärtig nicht ersichtlich ist, muss auf eine strikte Anwendung des Äquivalenzprinzips bestanden werden.

Aus dem Erfordernis einer äquivalenten Kausalität folgt insbesondere, dass ein gegebenenfalls anzurechnender Vorteil aus der schädigenden

---

<sup>321</sup> Statt aller: *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 492.

<sup>322</sup> Vgl. etwa den Sachverhalt von NJW 2013, 1958 ff.: Durch verschiedenen spekulative Geschäfte werden teilweise Verluste, teilweise Gewinne erzielt. Die Gewinnerzielung beruht ersichtlich nicht äquivalent kausal auf der verlustbringenden Handlung, trotzdem seien diese Gewinne nach Ansicht des 2. Zivilsenats aufgrund „*einer entsprechenden Anwendung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung*“ auf die Verluste anzurechnen, NJW 1958, 1963. Kritisch hierzu *Illhard/Scholz*, DWIR 2013, 1079 ff. Anders auch die Rechtsprechung des 11. Senats, vgl. etwa BGH, NJW-RR 2013, 948; NJW 2015, 2248. Ausführlich dazu unten unter E.III.3.b) aa).

<sup>323</sup> Ähnlich *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 31 ff. Für ein weites Verständnis auch *Enneccerus/Lehmann*, Schuldverhältnisse, S. 85.

Handlung selbst entsteht und nicht Ergebnis einer getrennten Handlung ist, auch wenn beide Handlungen zeitgleich erfolgen, möglich ist allenfalls die zusammenfassende Betrachtung mehrerer Eingriffe.<sup>324</sup>

## **b) Adäquate Kausalität**

Herrscht bezüglich der Erforderlichkeit einer äquivalenten Kausalität noch weitestgehend Einigkeit in Literatur und Rechtsprechung, so gehört die Frage, ob darüber hinaus das schädigende Ereignis auch adäquat kausal für den Vorteil gewesen sein muss, ob es also generell geeignet war, einen solchen Vorteil herbeizuführen, zu den sowohl am heftigsten als auch am längsten umstrittenen Aspekten der Diskussion um die Vorteilsausgleichung.

### **aa) Für die Adäquanz vorgebrachte Argumente**

Vor allem die Rechtsprechung,<sup>325</sup> aber auch ein beachtlicher Teil der Literatur<sup>326</sup> fordern eine solche adäquate Kausalität, wenn auch in unterschiedlichem Ausmaß. Zu beachten ist hierbei, dass heute niemand mehr die Adäquanz als (neben der Äquivalenz) einziges Abgrenzungskriterium heranzieht,<sup>327</sup> sondern stets noch weitere Voraussetzungen gefordert werden. Für die Heranziehung der Adäquanz wird in der Li-

---

<sup>324</sup> So die heute einhellige Meinung, vgl. statt aller MüKo-BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 231. Anders noch *Enneccerus/Lehmann*, Schuldverhältnisse, S. 85 und *Werner*, NJW 1955, 769, 771.

<sup>325</sup> Vgl. die Nachweise unter D.IV. Aus neuerer Zeit etwa BGH NVwZ-RR 2017, 579, 582. Zweifelnd allein BGH, NJW 1979, 760, 760.

<sup>326</sup> *Enneccerus/Lehmann*, Schuldverhältnisse, S. 85; *Möller*, Vorteilsanrechnung, S. 130 f.; MüKo-BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 233; *Oswald*, Verknüpfungsfälle, S. 87 f.; Palandt/*Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 69; *Rother*, Haftungsbeschränkungen, S. 237; *Soergel/Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 285 f.; *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 438; *Wendehorst*, Ausgleich, S. 32 f., 121; *Werner*, NJW 1955, 769, 770 f.

<sup>327</sup> So schon *Lange*, JuS 1978, S. 649, 651.

teratur im Wesentlichen auf zweierlei Arten argumentiert (die Rechtsprechung verzichtet demgegenüber, jedenfalls in den letzten Jahrzehnten, auf eine Begründung):

Teilweise beruft man sich auf ein Symmetrieargument: Für die Zurechnung von Vorteilen müssten die gleichen Kriterien gelten wie für die Zurechnung von Schäden und genauso wie der Schädiger für inadäquate Schäden nicht haften, könnten ihn inadäquate Vorteile nicht entlasten.<sup>328</sup> Zudem würde identische oder jedenfalls vergleichbare Kriterien auch in anderen Rechtsgebieten und Rechtsordnungen verwandt.<sup>329</sup>

Andere argumentieren, dass für eine Anrechnung eine gewisse Nähe oder Verbindung zwischen schädigendem Ereignis und Vorteil erforderlich sei.<sup>330</sup> Durch das Erfordernis einer äquivalenten Kausalität sollen dabei gänzlich unwahrscheinliche und fernliegende Vorteile ausgeschlossen werden.<sup>331</sup>

Schließlich wird noch vorgebracht, dass sich das Kriterium der Adäquanz zur Abgrenzung von anrechenbaren und nicht anrechenbaren Vorteilen bewährt habe<sup>332</sup> und jedenfalls ein besseres Kriterium nicht ersichtlich sei.<sup>333</sup>

---

<sup>328</sup> Palandt/*Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 69; *Rother*, Haftungsbeschränkungen, S. 237; *Werner*, NJW 1955, 769, 770 f.

<sup>329</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 438.

<sup>330</sup> *Möller*, Vorteilsanrechnung, S. 131, spricht dabei vom „spezifischen Bindeglied“.

<sup>331</sup> *Möller*, Vorteilsanrechnung, S. 130 f.; *Oswald*, Verknüpfungphänomene, S. 87 f.; *Soergel/Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 285 f.; *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 43; *Wendehorst*, Ausgleich, S. 32 ff.

<sup>332</sup> *Oswald*, Verknüpfungphänomene, S. 87 f.

<sup>333</sup> *MüKo-BGB/Oetker*, § 249 Rn. 237.



Während die ältere Literatur in diesem Zusammenhang das positive Vorhandensein von adäquater Kausalität zwischen schädigendem Ereignis und Vorteil verlangen,<sup>334</sup> versuchen weite Teile der neueren Literatur die Bedeutung dieses Merkmals weiter einzuschränken, indem vorgetragen wird, die Adäquanz diene lediglich als äußerste Grenze der Zurechenbarkeit.<sup>335</sup> Die adäquate Kausalität stelle mithin lediglich ein Negativmerkmal dar, sodass nicht, positiv gewandt, ein Vorteil nur bei Adäquanz angerechnet würde, sondern stattdessen bei inadäquate Vorteile eine Anrechnung nicht in Betracht käme.<sup>336</sup>

## **bb) Gegen die Adäquanz vorgebrachte Argumente**

Demgegenüber lehnt der wohl überwiegende Teil der Literatur<sup>337</sup> die adäquate Kausalität als Kriterium ab.<sup>338</sup>

### **(1) Zum Ursprung der Kritik am Adäquanzkriterium**

Die Kritik am Adäquanzkriterium ist dabei keineswegs neu, sondern seit einem so langen Zeitraum derart fundamentaler Bestandteil der in der Literatur zur Vorteilsausgleichung vertretenen Ansichten, dass eine kurze Betrachtung des Ursprungs dieser Kritik lohnenswert erscheint.

---

<sup>334</sup> Etwa *Enneccerus/Lehmann*, Schuldverhältnisse, S. 85 und *Werner*, NJW 1955, 769, 771.

<sup>335</sup> So *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 438.

<sup>336</sup> *Henke*, in: FS Hagen, S. 389 ff.; MüKo-BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 233; Palandt/*Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 69; *Rother*, Haftungsbeschränkungen, S. 237; *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 438; *Wendehorst*, Ausgleich, S. 32 f., 121.

<sup>337</sup> So auch die Einschätzung von *Büdenbender*, Gefahrentlastung, S. 22, und *Staudinger/Schiemann*, § 249 Rn. 138 f.

<sup>338</sup> *Büdenbender*, Gefahrentlastung, S. 21; *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 49; *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 843; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, § 33 V Rn. 3; *ders.*, MDR 1957, 522, 523 f.; *Lange*, JuS 1978, 649, 650; *ders.*, JZ 1998, 96, 97; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 494; *Larenz*, Schuldrecht, S. 531.; *Rudloff*, in: FS Hippel, S. 426, 446; *Schiemann*, in: FS Picker, S. 697; *ders.* in: FS Jaeger, S. 413 f.; *Staudinger/Schiemann*, § 249 Rn. 138 f.; *Weychardt*, DB 1966, 1552, 1554.

Grundsätzliche Kritik am Adäquanzkriterium findet sich in der Literatur seit über einem Jahrhundert,<sup>339</sup> und eine Stellungnahme zur Frage der Berechtigung dieses Kriteriums ist jedenfalls in den letzten 60 Jahren Bestandteil quasi jeder Arbeit zum Thema der Vorteilsausgleichung. Der Ursprung der (jedenfalls argumentativ ausführlich begründeten) Kritik am Adäquanzkriterium wird dabei oftmals *Cantzler*<sup>340</sup> zugeschrieben.<sup>341</sup> Unzweifelhaft war *Cantzlers* Aufsatz zwar maßgeblich an der Verbreitung dieser kritischen Auffassung zu diesem Kriterium, welches zu diesem Zeitpunkt in der Rechtsprechung bereits seit Jahrzehnten angewandt wurde,<sup>342</sup> beteiligt und möglicherweise sogar für dessen weitere Verbreitung ursächlich, er war jedoch nicht der erste, der sich mit ausführlicher Begründung gegen das Kriterium der Adäquanz wandte. Denn schon 20 Jahre zuvor wurden von *von Bredow*<sup>343</sup> und kurz darauf von *Erdmann*<sup>344</sup> in ihren jeweiligen Dissertationen umfangreiche Positionen und Argumente gegen dieses Kriterium herausgearbeitet.<sup>345</sup>

*Von Bredow* führte schon 1930 aufgrund einer umfangreichen Untersuchung der Rechtsprechung des Reichsgerichts aus, dass auch das Reichsgericht das Adäquanzkriterium keineswegs konsequent anwenden würde<sup>346</sup> und das Abstellen auf die Adäquanz angesichts dessen eher zur Verwirrung der Untergerichte führen würde.<sup>347</sup> Sie vertrat,

---

<sup>339</sup> Kritisch etwa schon *Stintzing*, Findet Vorteilsanrechnung beim Schadensersatzanspruch statt?, S. 50 ff.

<sup>340</sup> *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 49.

<sup>341</sup> *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 490; *Rother*, Haftungsbeschränkungen, S. 227 f.; *Schiemann*, in: FS Picker, S. 697; *Thesling*, Vorteilsausgleichung, S. 25 Fn. 37; *Wendehorst*, Ausgleich, S. 33, Fn. 63.

<sup>342</sup> Vgl. oben unter D.II.3.

<sup>343</sup> *Von Bredow*, Verminderung, S. 4 ff.

<sup>344</sup> *Erdmann*, Anrechnung, S. 22 ff.,

<sup>345</sup> Worauf *Cantzler* auch selbst hinweist, vgl. *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 45 mit Hinweis auch auf weitere vorangegangene, kritische Autoren.

<sup>346</sup> *Von Bredow*, Verminderung, S. 7ff.

<sup>347</sup> *Von Bredow*, Verminderung, S. 33.

dass die Adäquanz höchstens der Negativabgrenzung nicht anrechenbarer Vorteile, nicht aber als alleiniges Abgrenzungskriterium dienen dürfe,<sup>348</sup> da gerade Vorteile, deren Anrechnung dem Rechtsgefühl zuwiderliefe, oftmals adäquat kausal und daher andernfalls anzurechnen seien.<sup>349</sup>

*Erdmann* kam kurze Zeit später in ihrer Untersuchung darüber hinaus zu dem Schluss, dass das Reichsgericht das von ihm aufgestellte Adäquanzkriterium in verschiedenen Entscheidungen selbst kommentarlos nicht anwenden würde, um unbillige Entscheidungen zu vermeiden und ein von der Rechtsprechung geschaffenes Abgrenzungskriterium, dass von der Rechtsprechung selbst ohne Begründung nicht konsequent angewandt wird, nicht überzeugen könne.<sup>350</sup> Das Abstellen auf die Adäquanz führe laut *Erdmann* vielmehr zu Unsicherheiten und berge die Gefahr von Fehlentscheidungen<sup>351</sup>; weshalb *Erdmann* zu dem Schluss kommt, die Adäquanztheorie „*habe sich nur halten können, weil man die sich aus ihr ergebenden Folgerungen nicht zog.*“<sup>352</sup>

## (2). Argumente der Vertreter dieser Ansicht

Die neuere Literatur greift die Kritik an der Rechtsprechung dabei auf:<sup>353</sup> Das Kriterium der Adäquanz sei nicht geeignet, Rechtssicherheit zu schaffen und auch die Rechtsprechung käme nur zu angemessenen Ergebnissen, indem sie das Kriterium flexibel auslege oder weitere, offene Wertungskriterien danebenstelle.<sup>354</sup> Im Ergebnis käme es für die Rechtsprechung auf die Adäquanz des Vorteils gar nicht mehr an, ausschlaggebend seien vielmehr weitergehende Wertungskrite-

---

<sup>348</sup> *Von Bredow*, Verminderung, S. 4.

<sup>349</sup> *Von Bredow*, Verminderung, S. 4 ff.

<sup>350</sup> *Erdmann*, Anrechnung, S. 22 ff., 25 ff.

<sup>351</sup> *Erdmann*, Anrechnung, S. 34 f.

<sup>352</sup> *Erdmann*, Anrechnung, S. 28.

<sup>353</sup> Wenn auch regelmäßig ohne Verweis auf *von Bredow* oder *Erdmann*.

<sup>354</sup> *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 51; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, § 33 V Rn. 3.

rien, sodass schon daher kein Grund für ein Festhalten an diesem Kriterium ersichtlich sei.<sup>355</sup> Überhaupt sei eine Lösung über die Adäquanz zu starr und würde den Besonderheiten des Einzelfalles nicht gerecht.<sup>356</sup>

Zudem sei eine Übertragung des zur Begrenzung der Haftung durch Einengung des Haftungsbereichs des Schädigers entwickelte Theorie auf den Bereich der Vorteilsausgleichung bereits vom Ansatz her verfehlt.<sup>357</sup> Denn das Merkmal der Adäquanz beziehe sich grundsätzlich nur auf haftungsbegründende, nicht auf haftungsentlastende Tatbestände.<sup>358</sup> Die Adäquanz befasse sich mit der Frage, wann eine Haftung aufgrund der Atypik eines Sachverhalts nicht in Frage komme; Erkenntnisse zur Frage, wann ein schadensbedingter Vorteil schadensmindernd anzurechnen sei, ließen sich daraus nicht gewinnen.<sup>359</sup> Insbesondere sei das mit der Frage der Adäquanz ausgedrückte Kriterium der Vorhersehbarkeit eines Vorteils insoweit nicht hilfreich.<sup>360</sup>

Weiter wird vorgebracht, dass ein Abstellen auf die Adäquanz dem präventiven Zweck des Schadensersatzrechts widerspräche: Durch das Adäquanzkriterium auf Schadensersatzseite würde die Haftung auf zu-rechenbare Schäden begrenzt.<sup>361</sup> Könne der Schädiger sich demgegenüber darauf verlassen könne, dass adäquate Vorteile angerechnet und so den Schaden stets mindern würden, so würde ihn dies in Fällen, in

---

<sup>355</sup> *Büdenbender*, *Gefahrenlastung*, S. 22 f.

<sup>356</sup> *Weyhardt*, DB 1966, 1552, 154.

<sup>357</sup> *Lange/Schiemann*, *Schadensersatz*, S. 493.

<sup>358</sup> *Esser/Schmidt*, *Schuldrecht*, § 33 V Rn. 3; *Esser*, MDR 1957, 522, 523 f.; *Schiemann*, in: FS Picker, S. 697; *ders.* in: FS Jaeger, S. 413 f.

<sup>359</sup> *Büdenbender*, *Gefahrenlastung*, S. 20; *Larenz*, *Schuldrecht*, S. 531.

<sup>360</sup> *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 48; *Schiemann*, in: FS Picker, S. 697; *ders.* in: FS Jaeger, S. 413 f.

<sup>361</sup> *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 48. Zustimmung *Lange/Schiemann*, *Schadensersatz*, S. 493.

denen ein solcher Vorteil zu erwarten sei, gerade zur Schädigung ermutigen.<sup>362</sup>

Schließlich werden von *Schiemann*<sup>363</sup> und *Büdenbender*<sup>364</sup> in jüngerer Zeit unter Verweis auf die regelmäßige Anordnung von Legalzessionen zugunsten der regulierenden (Sozial-)Versicherung Bedenken angemeldet, ob der Gesetzgeber von einem Adäquanzkriterium ausgeht. Dies basiert auf der oben bereits dargestellten Annahme,<sup>365</sup> dass die Anordnung einer Legalzession durch den Gesetzgeber die Wertung beinhalte, dass eine Anrechnung der Leistung des Zessionars auf den Anspruch des Zedenten nicht stattfinden solle, da ansonsten der zederte Anspruch wertlos zu werden drohe. Im umfangreich ausgebauten deutschen Sozialstaat, indem zudem weitere Versicherungen sehr üblich seien, sei eine schädigende Handlung in einer Vielzahl von Fällen<sup>366</sup> generell geeignet, einen Vorteil in Form einer Versicherungsleistung herbeizuführen, sodass die Erzeugung eines solchen Vorteils jedenfalls adäquat kausal wäre. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber in allen diesen Fällen trotzdem von einer Nichtanrechnung ausgehe beziehungsweise diese nicht wolle, spreche dagegen, dass der Gesetzgeber von der Geltung der Adäquanztheorie ausgehe.<sup>367</sup>

### cc) Streitentscheid

Wägt man die für beide Ansichten vorgebrachten Argumente gegeneinander ab, so ergibt sich ein differenziertes Bild:

---

<sup>362</sup> *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 48 f.; *Lange*, JuS 1978, 649, 650; *ders.*, JZ 1998, 96, 97; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 494; *Rudloff*, in: FS Hippel, S. 426 f.; *Staudinger/Schiemann*, § 249 Rn. 139; *Weyhardt*, DB 1966, 1552, 1554.

<sup>363</sup> *Schiemann*, in: FS Picker, S. 697.

<sup>364</sup> *Büdenbender*, Gefahrentlastung, S. 22.

<sup>365</sup> Vgl. oben unter D.III.8.

<sup>366</sup> Man denke nur an Verletzungen der körperlichen Unversehrtheit: Hier wird wohl fast immer eine Leistung der (gesetzlichen oder privaten) Krankenversicherung erfolgen.

<sup>367</sup> *Büdenbender*, Gefahrentlastung, S. 22.

### (1) Zu den Argumenten gegen das Kriterium der Adäquanz

Es fällt auf, dass einige der gegen die Berücksichtigung der Adäquanz vorgebrachten Punkte nicht überzeugen können:

Sofern diesbezüglich vorgebracht wird, dass das Kriterium der adäquaten Kausalität eines Vorteils auf dessen Vorhersehbarkeit abstelle, liegt dem ein Fehlverständnis der Adäquanz zugrunde: Denn wie oben dargestellt, basiert ein Vorteil dann adäquat kausal auf der schädigenden Handlung, wenn die Handlung generell zur Hervorrufung des Vorteils geeignet war.<sup>368</sup> Ob dieser Umstand auch für den Schädiger ersichtlich war und er die Vorteilserzielung damit vorhersehen konnte, hat mit der Frage ihrer Adäquanz daher nichts zu tun, vielmehr handelt es sich bei der Frage der Vorhersehbarkeit, jedenfalls der Vorhersehbarkeit von Schäden, um ein Kriterium, das im Rahmen des Verschuldens Berücksichtigung finden kann.<sup>369</sup> Da das Verschulden (oder eine vergleichbare Kategorie) des Vorteils jedoch bei der nach allen Ansichten im Rahmen der Bestimmung des Schadens angesiedelten Vorteilsausgleichung keine Rolle spielt, kann aus diesem Argument nichts für die Frage der Angemessenheit des Adäquanzkriteriums abgeleitet werden.<sup>370</sup>

Wenn weiter argumentiert wird, dass die Anordnung von Legalzessionen gerade zugunsten von Versicherungen, deren Leistungen im Schadensfall regelmäßig adäquat kausal wären, dafürspräche, dass auch der Gesetzgeber nicht von der Geltung der Adäquanztheorie ausgehe, so ist auch dieser Schluss nicht zwingend. Soweit man unterstellt, dass eine Legalzession tatsächlich eine Anrechnung sperrt, könnte man vielmehr genauso gut zu einem gegenteiligen Ergebnis kommen: Gerade, weil der Gesetzgeber davon ausgeht, dass adäquat verursachte Vorteile grundsätzlich anrechenbar seien, ordnete er bei

---

<sup>368</sup> Siehe oben unter D.I.3.d).

<sup>369</sup> So auch *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 48.

<sup>370</sup> Soweit demgegenüber *Rudloff* das Verschulden des Schädigers für ein maßgebliches Kriterium hält, vgl. *Rudloff*, in: FS Hippel, S. 435, 458, 460, vermag diese vereinzelt gebliebene Ansicht nicht zu überzeugen. Siehe dazu noch unten unter D.V.2. f).

den regelmäßig adäquaten Versicherungsleistungen, deren Anrechnung er zur Ermöglichung eines werthaltigen Regresses der Versicherungen gerade nicht will, stets eine Legalzession an.

Auch das Argument, dass ein Abstellen auf die Adäquanz einen Anreiz zu Schädigung darstellen könne, wenn ein adäquater Vorteil erwartbar sei, geht in mehrfacher Hinsicht fehl: So stellt dieses Argument bereits ausschließlich auf die präventive Funktion des Schadensersatzes ab. Ob und in welchem Ausmaß das deutsche Schadensersatzrecht aber überhaupt präventiv wirken soll, ist keinesfalls unumstritten,<sup>371</sup> wie oben herausgearbeitet überwiegt jedoch in jedem Fall die Ausgleichsfunktion klar.<sup>372</sup> Diesen Aspekt daher völlig auszublenden schwächt bereits die Überzeugungskraft dieses Arguments. Weiter wird übergangen, dass seit geraumer Zeit niemand mehr die Anrechnung von Vorteilen ausschließlich anhand von deren Adäquanz entscheiden möchte. Insbesondere die Rechtsprechung fordert bereits seit langem für die Anrechenbarkeit eines Vorteils weitere, über dessen reine Adäquanz weit hinausgehende Kriterien,<sup>373</sup> sodass insoweit die Adäquanz nicht mehr als eine erste Voraussetzung darstellt. Ein Schädiger, der von der Entstehung eines adäquaten Vorteils im Zuge einer Schädigung ausginge, könnte sich daher trotzdem keinesfalls sicher sein, dass ein solcher Vorteil am Ende, nach Prüfung der weiteren Voraussetzungen, auch angerechnet würde. Dass ein Schädiger sich angesichts dessen allein durch die Erwartbarkeit eines adäquaten Vorteils zur Schädigung entschließt, erscheint äußerst unwahrscheinlich.<sup>374</sup> Zugleich entkräftet der Umstand, dass derartige, über die bloße Adäquanz hinausgehende Kriterien auch von den Befürwortern des Adäquanzkriteriums für notwendig erachtet werden die Behauptung, ein Abstellen (auch) auf die Adäquanz ließe die Besonderheiten des Einzelfalles unberücksichtigt.

---

<sup>371</sup> Kritisch etwa *Schiemann*, in: FS Picker, S. 700 f.

<sup>372</sup> Siehe oben D.V.1.

<sup>373</sup> Siehe dazu oben unter D.IV.

<sup>374</sup> Zweifelnd auch *Lange*, JuS 1978, 649, 651.

Schließlich übersehen diejenigen, die sich auf die Vorhersehbarkeit der Anrechnung als Argument gegen die Adäquanz berufen, dass die grundsätzliche Schaffung klarer Maßstäbe zur Beantwortung der Frage der Anrechenbarkeit auch der notwendigen Erzeugung von Rechtssicherheit dient. Es ist daher sowohl unvermeidbar als auch gerade beabsichtigt, dass für jedermann, und damit auch für potentielle Schädiger, auch im Voraus erkennbar sein soll, ob ein sich aus einer schädigenden Handlung ergebender Vorteil schadensmindernd angerechnet werden wird oder nicht. Unabhängig davon, wie hoch man die Präventionswirkung des Schadensersatzrechts gewichtigen möchte, kann eine Schadensprävention nicht dadurch erreicht werden, dass das Ergebnis einer schädigenden Handlung (abgesehen von der unvermeidlichen, partiellen Zufälligkeit der Folgen jeglichen Handelns) nicht vorhersehbar ist, vielmehr wäre ein solches Vorgehen mit rechtsstaatlichen Grundsätzen kaum zu vereinbaren.

## **(2). Zu den Argumenten für das Kriterium der Adäquanz**

Doch auf die für die Berücksichtigung der Adäquanz bemühten Argumente überzeugen nicht uneingeschränkt:

Dies gilt insbesondere für das Abstellen auf die angeblich gebotene oder gar erforderliche Symmetrie der Kriterien zur Schadenszurechnung mit denen der Vorteilsanrechnung. *Thüsing* formuliert diesbezüglich völlig zutreffend, dass Symmetrie ein geometrischer, aber kein rechtlicher Begriff ist.<sup>375</sup> Warum für die schadensmindernde Berücksichtigung eines Vorteils die gleichen Kriterien gelten sollen wie für die Haftung für einen Schaden ergibt sich daraus nicht, erforderlich wäre vielmehr eine im Institut der Vorteilsausgleichung selbst liegende Begründung für die Erforderlichkeit der Adäquanz.<sup>376</sup> Dieser Gesichtspunkt überzeugt dabei jedoch nicht nur, wie von *Thüsing* vorgebracht, bezüglich einer Symmetrie zum Umfang der Haftung, sondern auch bezogen auf den Verweis auf andere Rechtsordnungen oder

---

<sup>375</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 43.

<sup>376</sup> So auch *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 43.



Rechtsgebiete, den *Thüsing* selbst zur Rechtfertigung des Adäquanzkriteriums vornimmt.<sup>377</sup> Denn auch insoweit handelt es sich um ein Symmetrieargument, dass keine eigenständige Begründung aus dem Rechtsinstitut der Vorteilsausgleichung selbst, insbesondere im Kontext des deutschen Schadensrechts, ersetzten kann.

Wenn weiter darauf abgestellt wird, dass das Adäquanzkriterium sich bewährt hätte, so spricht hiergegen bereits nicht nur die seit vielen Jahrzehnten unvermindert anhaltende Debatte über die Vorteilsausgleichung und ihre Voraussetzungen, sondern vor allem auch die Tatsache, dass die Rechtsprechung selbst sich seit langer Zeit diverser weiterer, über die Adäquanz hinausgehender Kriterien bedient und die Bedeutung der Adäquanz zunehmend gering einordnet.<sup>378</sup> Ein Kriterium, dass aber nur bei Schaffung zahlreicher weitere Hilfskriterien überhaupt sinnvoll genutzt werden kann, hat sich offensichtlich nicht bewährt.

Auch das Argument, eine Anrechnung inadäquater Vorteile müsse ausscheiden, da dem Schädiger keine rein zufälligen, unwahrscheinlichen und nur glückhaften Vorteile zugutekommen dürften, überzeugt so nicht. Denn es stellt sich bereits die Frage, warum von einem solchen Glücksfall nur der Geschädigte profitieren soll.<sup>379</sup> Insbesondere *Schiemann* verweist auf die Widersprüchlichkeit dieses Arguments: Denn warum sollten inadäquate Umstände, die im Rahmen der Zurechnung eines Schadens unbestritten den Schädiger entlasten, bei der Frage der Anrechenbarkeit von zugleich entstandenen Vorteilen nun dem Geschädigten zugutekommen?<sup>380</sup>

Vor allem aber überzeugt der in der neueren Literatur vermehrt vertretene Ansatz von der Adäquanz als rein negativem Abgrenzungskriterium nicht. Denn wenn anstatt der Formulierung, dass nur adäquat

---

<sup>377</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 438.

<sup>378</sup> Siehe dazu oben unter D.IV.

<sup>379</sup> So auch *Lange*, JuS 1978, 649, 651; *Schiemann*, in: FS Picker, S. 697; *ders.* in: FS Jaeger, S. 414.

<sup>380</sup> *Schiemann*, in: FS Picker, S. 697.

kausal verursachte Vorteile angerechnet werden können nunmehr davon gesprochen wird, dass inadäquate Vorteile jedenfalls nicht anrechenbar seien, ändert dies am zugrundeliegenden Maßstab nichts. Unabhängig von der Negierung der Formulierung müsste bei jedem Vorteil die Frage beantwortet werden, ob dieser adäquat kausal auf der schädigenden Handlung basiert. Die bloße Umstellung der Frage ändert auch den Bewertungsmaßstab nicht, denn die Feststellung, dass ein Vorteil nicht inadäquat ist, ist schlicht gleichbedeutend mit seiner Adäquanz. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Verständnis der Inadäquanz als äußerste Grenze der Zurechnung, denn wie gezeigt versteht niemand mehr die Adäquanz als alleiniges, sondern nur als eines von mehreren Abgrenzungskriterien, die stets alle zusammen vorliegen müssen. Auch für die diejenigen, die eine (positive) Adäquanz für erforderlich halten, ist diese daher die äußerste Grenze der Zurechenbarkeit, sodass sich auch unter diesem Aspekt keine Abweichung ergibt. Eine Neuerung könnte diese negative Formulierung lediglich dann darstellen, wenn damit zugleich eine dahingehende Beweislastumkehr verknüpft wäre, dass der Geschädigte für die Inadäquanz der Vorteilsentstehung beweibelastet sein soll und nicht mehr der Schädiger die Adäquanz nachzuweisen hat. Eine solche partielle Beweislastumkehr innerhalb des Tatbestandes eines für den Geschädigten günstigen Rechtsinstituts wäre aber schwer zu begründen und wird auch von den Vertretern der Adäquanz als Negativkriterium nicht gefordert.<sup>381</sup> Es lässt sich daher festhalten, dass es für die Bewertung des Kriteriums der Adäquanz ohne Relevanz ist, ob positiv das Vorliegen einer adäquaten Kausalität gefordert wird oder negativ die Inadäquanz eine Anrechnung ausschließen soll.

---

<sup>381</sup> Für eine grundsätzlich volle Beweislast des Schädigers trotz Verständnis der Adäquanz als Negativkriterium etwa MüKo-BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 279 sowie Palandt/*Grüneberg*, Vorb. v § 249 Rn. 75.

### **(3) Wertende Entscheidung**

Wägt man die für und wider die Berücksichtigung der Adäquanz vorgebrachten Argumente gegeneinander ab, so überwiegen letztendlich die gegen die Berücksichtigung der Adäquanz sprechenden Argumente.

Dabei sollte insbesondere auf den oben<sup>382</sup> dargestellten dogmatischen Ausgangspunkt abgestellt werden: Maßgebliches Ziel des Schadensersatzrechts und damit auch der Vorteilsausgleichung ist der Ausgleich von erlittenen Schäden, ohne den Geschädigten durch den Ausgleich besser zu stellen, als er ohne das schädigende Ereignis stünde. Diese Differenzierung kann nicht anhand der Differenzhypothese allein erfolgen, da auch diese eine dahingehende Wertung voraussetzt, welche vor- und nachteiligen Positionen in die Rechnung aufgenommen werden. Erforderlich sind daher weitere geeignete Kriterien, anhand derer anrechenbare von nicht anrechenbaren Vorteilen abgegrenzt werden können. Es stellt sich mithin die Frage: Ist das Kriterium der adäquaten Kausalität der Vorteilshervorrufung ein solches Kriterium?

Betrachtet man die Ausführungen derjenigen, die dies bejahen, so zeigt sich, dass neben der Adäquanz stets noch weitere Kriterien erforderlich sind. Insbesondere die Rechtsprechung, die seit vielen Jahrzehnten trotz beständiger Kritik großer Teile der Literatur an diesem Kriterium festhält, hat im Laufe der Zeit einen gefestigten Katalog weiterer Kriterien entwickelt, die zusätzlich zur Adäquanz für eine Anrechenbarkeit erfüllt werden müssen und damit die Bedeutung des Adäquanzkriteriums selbst immer weiter reduziert. Die gesunkene Bedeutung dieses Kriteriums zeigt sich auch daran, dass der Großteil der Stimmen in der neueren Literatur, die am Adäquanzkriterium festhalten, dies als reines negative Abgrenzungskriterium verstanden wissen wollen.

Auch die von den Befürwortern eines Adäquanzkriteriums vorgebrachten Argumente vermögen, wie dargestellt, nicht zu überzeugen: Weder kann diesbezüglich auf eine vermeintlich gebotene Symmetrie

---

<sup>382</sup> Unter D.V.1.

abgestellt werden, noch hat sich dieses Kriterium zur erfolgreichen Abgrenzung bewährt. Vor allem aber haben die Befürworter dieses Kriteriums keine Antwort auf die Frage gefunden, warum zufällige und glückhafte Vorteile im Rahmen der Vorteilsausgleichung stets dem Geschädigten und nie dem Schädiger gebühren sollen. Eine solche Begründung wäre aber in jedem Fall geboten, da auch durch einen glückhaften Vorteil eine Besserstellung des Geschädigten erfolgt, deren prinzipielle Nichtanrechnung angesichts des hohen Stellenwerts der Ausgleichsfunktion des Schadensersatzrechts nicht einfach unterstellt werden kann.

Zwar verdienen auch die von den Gegnern des Adäquanzkriteriums ins Feld geführten Argumente keineswegs uneingeschränkte Zustimmung, das Hauptargument dieser Ansicht bleibt jedoch nach wie vor bestehen: Das Kriterium der Adäquanz wurde ursprünglich dazu entwickelt, die Zurechnung von Schäden zu einer Handlung des Schädigers zu begrenzen und kann nicht einfach, ohne dass dafür eine weitere Begründung geliefert wird, auf die im Bereich der Bestimmung des entstandenen Schadens angesiedelte Frage übertragen werden, welche durch das schädigende Ereignis (mit-)entstandenen Vorteile schadensmindernd anzurechnen sind. Eine solche Begründung haben die Befürworter des Adäquanzkriteriums jedoch nicht darlegen können.

Festzuhalten bleibt daher, dass die Anwendung des Adäquanzkriteriums zur Beantwortung der Frage, ob ein Vorteil schadensmindernd anzurechnen ist, nicht wesentlich beitragen würde und auch dogmatisch nicht überzeugend begründet werden kann. An einem solchen sowohl für die Ergebnisfindung und damit die Praxis wenig hilfreichen als auch unbegründeten Kriterium sollte daher nicht festgehalten werden.

### c) Kongruenz zwischen Vorteil und Schaden

Ein weiteres, von Rechtsprechung<sup>383</sup> und Teilen der Literatur<sup>384</sup> gefordertes Kriterium ist das der Kongruenz bzw. Korrespondenz zwischen Vorteil und Schaden. Gemeint ist damit, dass ein Vorteil nur anspruchsmindernd auf denjenigen Schadensposten angerechnet werden dürfe, bei dem er eingetreten ist.<sup>385</sup>

Bemerkenswert ist, dass nicht nur die Rechtsprechung die Anwendung dieses Kriteriums nicht begründet, sondern die Literatur, die sich für das Erfordernis einer Kongruenz ausspricht, hierfür auch in ansonsten umfangreichen Werken zur Vorteilsausgleichung ganz überwiegend ebenfalls keine Begründung liefert.<sup>386</sup> Soweit die Anwendung des Kongruenzkriteriums in der Literatur begründet wird, wird hierfür, neben der Behauptung, dass eine solches Kongruenzkriterium in verschiedenen Fallgruppen zur Erzielung eines angemessenen Ergebnisses hilfreich sei,<sup>387</sup> überwiegend auf die Wertung der Regressnorm des § 116 Abs. 1 SGB X verwiesen: In dieser Norm wird eine Legalzession zugunsten eines Sozialträgers angeordnet, „soweit“ dieser Leistungen erbracht hat, „*die der Behebung eines Schadens der gleichen Art dienen*“. Leistungen der Versicherung sollen den Anspruch des ursprünglichen Gläubigers daher nur insoweit schmälern, wie sie zur Behebung des Schadens dienen. Übertragen auf die Vorteilsausgleichung folge daraus, dass auch dabei Vorteile den Schaden nur soweit

---

<sup>383</sup> Vgl. etwa BGH, NJW-RR 2004, 79, 80.

<sup>384</sup> Lange, JZ 1998, 96,97; Lange/Schiemann, Schadensersatz, S. 501 f.; MüKo-BGB/Oetker, § 249 Rn. 277; MüKo-BGB/Grunsky (3. Auflage), § 249 Rn. 112b; Pauge, VersR 2007, 569, 571; Palandt/Grüneberg, Vorb v § 249 Rn. 70.

<sup>385</sup> BGH, NJW-RR 2004, 79, 80; Palandt/Grüneberg, Vorb v § 249 Rn. 73; Staudinger/Schiemann, § 249 Rn. 144.

<sup>386</sup> Vgl. beispielsweise MüKo-BGB/Oetker, § 249 Rn. 277. Wendehorst arbeitet insoweit heraus, dass auch die Rechtsprechung dieses Kriterium nicht konsequent anwendet, vgl. Wendehorst, Ausgleich, S. 122 f.

<sup>387</sup> Lange/Schiemann, Schadensersatz, S. 501 f.

mindern sollen, wie sie zur Behebung des kongruenten Schadens führen.<sup>388</sup>

Dieser Schluss ist jedoch nicht zwingend. Denn ob sich die gesetzgeberische Wertung für den Fall der Leistung eines Sozialträgers auf alle Fälle der Vorteilsausgleichung generalisieren lässt, ist schon zweifelhaft. Zudem könnte ebenfalls argumentiert werden, dass auch der Gesetzgeber nicht von der allgemeinen Geltung des Kongruenzkriteriums ausgeht und mit der Vorschrift des § 116 Abs. 1 SGB X lediglich eine Sonderregel für den Fall der Leistung durch Sozialträger schaffen wollte, die bei einer allgemeinen Geltung des Kongruenzkriteriums nicht erforderlich wäre.

Dementsprechend wendet auch die Gegenansicht in der Literatur überzeugend ein, dass es sich beim Kongruenzkriterium lediglich um eine Verallgemeinerung einer für einige Sonderfälle getroffene Wertentscheidung handele,<sup>389</sup> deren zugrundeliegenden Kriterien nie offengelegt wurden.<sup>390</sup> Vor allem aber spricht gegen dieses Kriterium, dass dadurch vom mit der Differenztheorie verfolgten Ziele eines Schadensausgleichs ausgerichtet an der Gesamtvermögenslage abgewichen wird.<sup>391</sup>

Auch eine Begrenzung der Anrechnung von Vorteilen auf die damit korrespondierenden bzw. kongruenten Schadenspositionen ist daher abzulehnen.

#### **d) Innerer Zusammenhang zwischen Vor- und Nachteil**

Eng verwandt<sup>392</sup> mit dem Kongruenzkriterium ist der von der Rechtsprechung unter Verweis auf *Thiele*<sup>393</sup> geforderte innere Zusammen

---

<sup>388</sup> *Pauge*, VersR 2007, 569, 571; *Staudinger/Schiemann*, § 249 Rn. 144.

<sup>389</sup> *Soergel/Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 297.

<sup>390</sup> *Wendehorst*, Ausgleich, S. 122.

<sup>391</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 55, 437 ff.

<sup>392</sup> So im Ergebnis auch *Wendehorst*, Ausgleich, S. 122 f.

<sup>393</sup> *Thiele*, AcP 167 (1967), 193, 201.

hang zwischen Vor- und Nachteil, durch den diese zu einer „*Rechnungseinheit*“ verschmelzen würden.<sup>394</sup>

*Thiele* sieht dabei im Erfordernis eines inneren Zusammenhangs die Begründung, warum überhaupt eine Vorteilsausgleichung stattfindet.<sup>395</sup> Ausdrücklich schloss sich später *Henke* dieser Ansicht an,<sup>396</sup> mittelbar wird das Kriterium der Rechnungseinheit aber auch von denjenigen Literaturstimmen befürwortet, die für die Anrechnung eines Vorteils auf die Kriterien der Rechtsprechung abstellen.<sup>397</sup>

Der überwiegende Teil der Literatur<sup>398</sup> lehnt dieses Kriterium demgegenüber zu Recht ab. Eingewandt wird vor allem, dass die Kriterien, aus denen sich ein solcher Zusammenhang ergeben soll, überaus vage bleiben<sup>399</sup> und das Merkmal nur über die gebildeten Fallgruppen anwendbar bleibt, deren Bestand und Zusammensetzung aber wiederum nicht begründet würde. *Wendehorst* mutmaßt in diesem Zusammenhang gar, dass die Rechtsprechung sich dieses Kriteriums auch deswegen bediene, um die wirklichen Wertungskriterien nicht offenlegen zu müssen.<sup>400</sup> Vor allem aber fehlt eine überzeugende Begründung, warum, sofern für die Durchführung der Vorteilsausgleichung eine

---

<sup>394</sup> BGH, WM 1970, 633, 637; NJW 1978, 536, 537 sowie BGHZ 77, 151 154.

<sup>395</sup> *Thiele*, AcP 167 (1967), 193, 201.

<sup>396</sup> *Henke*, in: FS Hagen, S. 389 ff.

<sup>397</sup> *Möller*, Vorteilsanrechnung, S. 131 f.; MüKo-BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 234; Palandt/*Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 70; von *Koppentfels-Spies*, VersR 2005, 1511, 1514 f.

<sup>398</sup> *Büdenbender*, Gefahrentlastung, S. 25; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, § 33 V Rn. 3 Fn. 246; *Lange*, JuS 1978, 649, 650; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 494; *Soergel/Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 297; *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 51 f.; *Wendehorst*, Ausgleich, S. 122 f. Die Angreifbarkeit einräumend auch *Henke*, in: FS Hagen, S. 396 sowie *Möller*, Vorteilsanrechnung, S. 131.

<sup>399</sup> *Lange*, JuS 1978, 649, 650; *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 51 f. *Henke* selbst räumt ein, dass die Terminologie „*mystisch und daher unjuristisch*“ anmute, *Henke*, in: FS Hagen, S. 396.

<sup>400</sup> *Wendehorst*, Ausgleich, S. 122 f.

weitere Begründung für notwendig erachtet wird, gerade das postulierte Kriterium des inneren Zusammenhangs geeignet sein soll,<sup>401</sup> insbesondere da sich hierfür keine gesetzliche Stütze findet.<sup>402</sup>

### e) Zum Kriterium der Förderung des verletzten Rechtsguts

Soweit *Cantzler* als Abgrenzungskriterium (anstatt der Adäquanz) auf die Frage abstellt, ob der entstandene Vorteil gerade das verletzte Rechtsgut fördert,<sup>403</sup> so ist auch hier bereits unsicher, ob im Regelfall überhaupt mit hinreichender Sicherheit bestimmen werden kann, welches Rechtsgut genau ein Vorteil fördert. Zudem scheidet dieses Kriterium in den häufigen Fällen aus, in denen der Vorteil entweder ohne Zutun des Schädigers entsteht oder vom Geschädigten selbst herbeigeführt wird.<sup>404</sup> Ein Kriterium, dass in diesen häufigen Konstellationen zur Problemlösung erst gar nicht herangezogen werden kann, trägt aber zur Rechtssicherheit kaum bei und könnte allenfalls Berücksichtigung finden, wenn es für diese Fälle dogmatisch zwingend oder zumindest überzeugend wäre. Gerade dies trifft für *Cantzlers* Kriterium aber nicht in hinreichendem Ausmaß zu, da auch in diesen Fällen die Ausgleichsfunktion des Schadensersatzrechts die eigentliche Grundlage der Vorteilsausgleichung bildet; ein Aspekt, der sich im Kriterium der Förderung des verletzten Rechtsguts aber gerade nicht niederschlägt.<sup>405</sup> Auf ein solches praktisch oftmals nicht hilfreiches und dogmatisch nicht hinreichend abgesichertes Kriterium sollte aber nicht zurückgegriffen werden.

---

<sup>401</sup> So auch *Soergel/Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 297 und *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 51.

<sup>402</sup> *Büdenbender*, *Gefahrentlastung*, S. 25.

<sup>403</sup> *Cantzler*, *AcP* 156 (1957), 29, 52.

<sup>404</sup> *Lange/Schiemann*, *Schadensersatz*, S. 494; *Staudinger/Schiemann*, § 249 Rn. 140; *Rudloff*, in: *FS Hippel*, S. 427 f.

<sup>405</sup> So auch *Rudloff*, in: *FS Hippel*, S. 428.



## f) Zum Kriterium der Sorgeleichtigkeit des Vorteils

Auch *Rudloffs* Abgrenzung nach der Sorgeleichtigkeit des Vorteils<sup>406</sup> vermag nicht zu überzeugen. Problematisch ist dabei bereits, dass *Rudloff* die Berechnung des Schadens nach der Differenzmethode generell ablehnt und dem Schadensersatz auch pönale Zwecke zuerkennen will.<sup>407</sup> Die Abgrenzung nach der Sorgeleichtigkeit des Vorteils führt nach *Rudloff* zu einer Prüfung der Motivlage des Schädigers, die aber ein im deutschen Schadensersatzrecht gerade nicht vorgesehenes<sup>408</sup> strafendes Element darstellt,<sup>409</sup> ohne dass sich für eine solche Durchbrechung eine gesetzliche Stütze fände.<sup>410</sup> Insbesondere soweit *Rudloff* daher für die Frage der Anrechenbarkeit eines Vorteils auf den Umfang des Verschuldens des Schädigers abstellen möchte,<sup>411</sup> ist dies abzulehnen.

## g) Zur Lösung über das Statikprinzip

Der von *Wendehorst* entwickelte Gedanke einer Lösung (auch) des Problems der Vorteilsausgleichung über ein „*Statikprinzip*“ sowie das daraus folgende Modell zum Ausgleich von „*Reststörungen*“<sup>412</sup> ist demgegenüber zwar im Ganzen durchaus bedenkenswert, jedoch würde dies eine so weitreichende Abkehr von den etablierten Grundsätzen des Schadensrechts erfordern, dass dies nicht im Rahmen dieser Arbeit erfolgen kann. Zudem wäre auch in diesem Fall *Wendehorsts* Theoriegebäude zu abstrakt, um daraus konkrete Wertungen zu folgern, wann genau eine Vorteilsausgleichung erfolgen soll oder nicht.<sup>413</sup>

---

<sup>406</sup> *Rudloff*, in: FS Hippel, S. 421 ff.

<sup>407</sup> *Rudloff*, in: FS Hippel, S. 423.

<sup>408</sup> Siehe oben unter D.V.1.

<sup>409</sup> *Lange*, JuS 1978, 649, 650; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 494; *Schiemann*, in: FS Picker, S. 700 f.

<sup>410</sup> *Büdenbender*, Gefahrentlastung, S. 25.

<sup>411</sup> *Rudloff*, in: FS Hippel, S. 435, 458, 460.

<sup>412</sup> *Wendehorst*, Ausgleich, S. 40 ff.

<sup>413</sup> Kritisch hierzu auch *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 54.

## h) Die Wertungskriterien der Rechtsprechung

Soweit schließlich die Kriterien zu beurteilen sind, nach welchen die Rechtsprechung die Unterscheidung von anrechenbaren und nicht anrechenbaren Vorteilen vornimmt, und die, wie bereits mehrfach erwähnt, auch die Billigung eines Teils der Literatur finden,<sup>414</sup> ist dabei zwischen den einzelnen der umfangreichen Anforderungen der Rechtsprechung zu differenzieren: Grundsätzlich wird von der Rechtsprechung für eine Anrechnung, neben äquivalenter und adäquater Kausalität der der schädigenden Handlung für die Vorteilsentstehung, gefordert, dass ein innerer Zusammenhang zwischen Vorteil und Nachteil sowie Kongruenz besteht. Zudem ist es gemäß der Rechtsprechung erforderlich, dass die Anrechnung für den Geschädigten zumutbar ist, den Schädiger nicht unbillig entlastet und dem Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht entspricht.<sup>415</sup>

## aa) Die Kritik der Literatur

Die von der Rechtsprechung genutzten Kriterien stoßen in der Literatur überwiegend in ihrer Gesamtheit auf Ablehnung.<sup>416</sup> Kritisiert wird insbesondere, dass die genutzten Begrifflichkeiten inhaltsleer bleiben<sup>417</sup> und zur Beurteilung konkreter Sachverhalte im Endeffekt wieder auf Fallgruppen zurückgegriffen werden müsse.<sup>418</sup> Zudem bestünde die Gefahr, dass solche jedenfalls wertungsoffenen Kriterien zu Billigkeitsentscheidungen einläden, die in einem kodifizierten

---

<sup>414</sup> *Klimke*, VersR 1969, 111; *Möller*, Vorteilsanrechnung, S. 131 f.; MüKo-BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 234; Palandt/*Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 68; *von Koppenfels-Spies*, VersR 2005, 1511, 1514 f.

<sup>415</sup> Siehe oben unter D.IV.

<sup>416</sup> Vgl. etwa *Büdenbender*, Gefahrentlastung, S. 24; *Lange*, JuS 1978, 649, 650; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 494; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht, Rn. 689; *Schiemann*, in: FS Picker, S. 698 f. Selbst *Grüneberg* hält die Kriterien für „wenig aussagekräftig“ und plädiert nur in Ermangelung besserer Alternativen für ihre Anwendung, vgl. Palandt/*Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 68. Ähnlich *Möller*, Vorteilsanrechnung, S. 131.

<sup>417</sup> *Büdenbender*, Gefahrentlastung, S. 24; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht, Rn. 689.

<sup>418</sup> *Schiemann*, in: FS Picker, S. 698 f.

Rechtssystem aber wenn möglich zu vermeiden seien.<sup>419</sup> Befürworter der Kriterien bringen demgegenüber vor, dass sich diese bewährt hätten<sup>420</sup> oder die Literatur jedenfalls kein besseres Alternativkonzept habe entwickeln können.<sup>421</sup>

### **bb) Zu den bereits behandelten Abgrenzungskriterien**

Die generelle Überzeugungskraft der Kriterien der Rechtsprechung kann angesichts der seit vielen Jahrzehnten andauernden Diskussion hierzu mit Recht bezweifelt werden. Es ist jedoch zu beachten, dass die herangezogenen Kriterien zu unterschiedlich sind, um sie in ihrer Gesamtheit einheitlich zu beurteilen, weswegen eine Untersuchung der einzelnen Kriterien geboten ist. Denn weder folgt aus der Richtigkeit eines der Kriterien die Richtigkeit aller anderen, noch schließt die mangelnde Überzeugungskraft eines der genutzten Kriterien aus, dass andere Kriterien zustimmungswürdig sind.

Zu den Kriterien der der Äquivalenz,<sup>422</sup> Adäquanz<sup>423</sup> und der Kongruenz<sup>424</sup> sowie des inneren Zusammenhangs<sup>425</sup> wurde dabei bereits Stellung genommen, sodass nunmehr nur noch die Bewertung der Abgrenzung anhand des Sinns und Zwecks der Schadensersatznorm sowie der Kriterien der Zumutbarkeit für den Geschädigten und der Vermeidung der unbilligen Entlastung des Schädigers aussteht.

### **cc) Zur Abgrenzung nach dem Zweck der Norm**

Der Grundsatz, dass ein Vorteil nur dann anzurechnen sei, wenn dies dem Sinn und Zweck der verletzten Schadensersatznorm entspreche,

---

<sup>419</sup> *Büdenbender*, Gefahrentlastung, S. 25 f.

<sup>420</sup> So zum Versicherungsrecht insbesondere *Klimke*, VersR 1969, 111, der ausführt, dass sich die Kriterien der Rechtsprechung „in der herrschenden Regulierungspraxis vorzüglich bewährt“ hätten.

<sup>421</sup> *Möller*, Vorteilsanrechnung, S. 131; Palandt/*Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 68.

<sup>422</sup> Siehe oben unter D.V.2.a).

<sup>423</sup> Siehe oben unter D.V.2.b).

<sup>424</sup> Siehe oben unter D.V.2.c).

<sup>425</sup> Siehe oben unter D.V.2.d).

wird von zwei unterschiedlichen Seiten aus angegriffen:

Vertreter der Literatur, die (wie auch die Rechtsprechung) eine äquivalente Kausalität zwischen dem schädigenden Ereignis und dem eingetretenen Vorteil verlangen, tragen vor, dass dieses Kriterium überflüssig sei: Denn nicht vom Zweck der Norm umfasste Vorteile seien bereits inadäquat,<sup>426</sup> zudem sei das Kriterium der Adäquanz dogmatisch fundierter.<sup>427</sup>

Andere argumentieren, dass in aller Regel der entstandene Vorteil überhaupt keinen Bezug zum mit der Haftungsnorm verfolgten Zweck aufweisen würde und eine Entscheidung in dieser Hinsicht daher gar nicht möglich sei.<sup>428</sup> Gerade bei allgemeinen Schadensersatznormen wie etwa § 823 BGB sei zudem kein spezifischer Zweck erkennbar, dessen Vereinbarkeit mit dem entstandenen Vorteil geprüft werden könne.<sup>429</sup> Zudem käme es beim häufigen Fall von Vorteilen aus Drittleistungen maßgeblich nicht auf den Zweck der ursprünglich verletzen Haftungsnorm, sondern auf den vom Dritten verfolgten Leistungszweck an.<sup>430</sup>

Da oben bereits ausgeführt wurde, dass das Kriterium der äquivalenten Kausalität nicht überzeugen kann,<sup>431</sup> kann daher auch für die Ungeeignetheit einer Abgrenzung anhand von Sinn und Zweck der Haftungsnorm nicht auf die Überlegenheit dieses Kriteriums abgestellt werden. Demgegenüber ist die zweite Argumentationslinie grundsätzlich überzeugend: Denn gerade die allgemeineren Haftungsnormen des BGB wie etwa § 823 BGB oder § 280 BGB verfolgen keinen spezifischen Zweck, der über die Aussage hinausgeht, dass Schäden auszugleichen sind, gegebenenfalls mit der Einschränkung, dass diese schuldhaft verursacht worden sein müssen. Wenn aber eine Norm keinen Zweck

---

<sup>426</sup> *Wendehorst*, Ausgleich, S. 34.

<sup>427</sup> *MüKo-BGB/Oetker*, § 249 Rn. 237.

<sup>428</sup> *Lange*, JuS 1978, 649, 650; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 494.

<sup>429</sup> *Staudinger/Schiemann*, § 249 Rn. 140.

<sup>430</sup> *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 843.

<sup>431</sup> Siehe oben unter D.V.2.b) cc).

verfolgt, aus dem für den konkreten Einzelfall Rückschlüsse möglich sind, so lässt sich aus diesem Kriterium kein Erkenntnisgewinn ziehen. Dies gilt jedoch nicht uneingeschränkt: Denn es ist durchaus möglich, dass speziellere Haftungsnormen im Gegensatz dazu einen so genau definierten Zweck verfolgen, dass daraus Rückschlüsse darauf gezogen werden können, ob die Anrechnung eines bestimmten Vorteils davon umfasst ist oder nicht.<sup>432</sup> Auch hierbei ist aber zu bedenken, dass das Rechtsinstitut der Vorteilsausgleichung, wie oben dargestellt,<sup>433</sup> grundsätzlich aufgrund der Ausgleichsfunktion des Schadensrechts geboten ist. Ein Verweis auf den Sinn und Zweck einer Haftungsnorm sollte daher nur als Ausschlusskriterium für die Anrechnung eines Vorteils herangezogen werden. Ein solches Vorgehen bringt zudem den Vorteil mit sich, dass ein Verstoß gegen den Zweck einer Norm praktisch einfacher zu bestimmen sein dürfte als eine Übereinstimmung damit.

Festzuhalten ist daher, dass ein allgemeines Kriterium dahingehend, dass eine Anrechnung eines Vorteils nur dann erfolgen kann, wenn es dem Sinn und Zweck der verletzten Norm entspricht, nicht anerkannt werden kann. Nur in den Fällen, in denen die Schadensersatznorm einen spezifischen, über den allgemeinen Ausgleich von Schäden hinausgehenden Zweck verfolgt, kann eine Anwendung dieses Kriteriums als Negativkriterium erwogen werden.<sup>434</sup>

#### **dd) Zumutbarkeit für den Geschädigten und keine unbillige Entlastung des Schädigers**

Kann das Kriterium des Zwecks der verletzten Norm daher noch in Einzelfällen zur Anwendung kommen, überzeugen die Kriterien der

---

<sup>432</sup> Diese Möglichkeit im Einzelfall anerkennend auch *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 494 f.

<sup>433</sup> Siehe dazu oben unter D.V.1.

<sup>434</sup> Zur Frage, ob dies bei § 43 Abs. 2 GmbHG der Fall ist, siehe unten unter E.III.2.

Zumutbarkeit der Anrechnung für den Geschädigten und der Billigkeit der Entlastung des Schädigers nicht.

Denn hier besteht das grundsätzliche Problem, dass es sich bei diesen Kriterien im Endeffekt um nichts anderes als einen Verweis auf die Grundsätze von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB handelt. Dies ist insoweit konsequent, als dass die Rechtsprechung bereits das gesamte Institut der Vorteilsausgleichung mit diesem Grundsatz begründet hat.<sup>435</sup> Angesichts der Tatsache, dass es sich bei dem in § 242 BGB zum Ausdruck gekommenen Grundsatz, dass bei allen Leistungen die Grundsätze von Treu und Glauben zu berücksichtigen sind, um eine maßgebliche, für alle Rechtsverhältnisse geltende Wertentscheidung des Gesetzgebers handelt,<sup>436</sup> ist es daher auch im Rahmen der Vorteilsausgleichung möglich, dass ausnahmsweise Treu und Glauben gegen eine Vorteilsausgleichung sprechen,<sup>437</sup> beispielsweise im Wege der Verwirkung. Zu mehr als einer Begrenzung der Vorteilsausgleichung im Einzelfall ist die Norm des § 242 BGB jedoch nicht geeignet, insbesondere stellt sie nicht aus sich heraus eine Begründung für die Durchführung der Vorteilsausgleichung dar. Genau in dieser Funktion nutzt die Rechtsprechung sie demgegenüber aber, wenn sie die Frage der Anrechenbarkeit eines Vorteils an den vorgenannten Kriterien der Zumutbarkeit und Billigkeit aufhängt.<sup>438</sup>

Dass diese Kriterien, wie von der Literatur gerügt,<sup>439</sup> zudem höchst unbestimmt sind und, anstatt trennscharfe Abgrenzungsmöglichkeiten

---

<sup>435</sup> BGHZ 60, 353, 358; 91, 206, 210, siehe oben unter D.IV.

<sup>436</sup> Deutlich etwa BAG, NJW 2005, 775, 778 (§ 242 BGB „ist der das gesamte Rechtsleben beherrschende Grundsatz zu entnehmen, dass jedermann in Ausübung seiner Rechte und Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln hat“). Zur prägenden Rolle des § 242 BGB vgl. etwa MüKo-BGB/Schubert, § 242 Rn. 24 ff.

<sup>437</sup> So (in anderem Zusammenhang) bereits Werner, NJW 1955, 769, 772.

<sup>438</sup> Kritisch hierzu auch Wendehorst, Ausgleich, S. 137 f.

<sup>439</sup> Büdenbender, Gefahrentlastung, S. 24; Lange, JuS 1978, 649, 650; Lange/Schiemann, Schadensersatz, S. 494; Medicus/Lorenz, Schuldrecht, Rn. 689; Schiemann, in: FS Picker, S. 698 f.; Wendehorst, Ausgleich, S. 137 f.

zu schaffen, zu bloßen Billigkeitsentscheidungen führen können, kommt dabei genauso hinzu wie der Einwand, dass ein Abstellen auf die Billigkeit der Entlastung für den Schädiger grundlos den Fokus der Betrachtung von der im Rahmen des Schadensersatzrechts maßgeblichen Vermögenslage des Geschädigten auf die Vermögenslage des Schädigers verschiebt.<sup>440</sup>

### **ee) Schlussfolgerung**

Insgesamt ist daher festzustellen, dass auch die von der Rechtsprechung angewandten Kriterien nicht zu überzeugen vermögen. Aus dem Sinn und Zweck der Haftungsnorm kann im Einzelfall zwar geschlossen werden, dass die Anrechnung eines Vorteils nicht mit dem Willen des Gesetzgebers übereinstimmt und grundsätzlich kann der Anrechnung eines Vorteils auch der Einwand des § 242 BGB entgegenstehen, als generelle Merkmale zur Unterscheidung, welche Vorteile anzurechnen sind, sind die genutzten Kriterien jedoch nicht geeignet.

### **i) Zwischenergebnis**

Fasst man die Untersuchung der von Rechtsprechung und Literatur zur generellen Abgrenzung von anrechenbaren und nicht anrechenbaren Vorteilen entwickelten Kriterien zusammen, so lässt sich feststellen, dass einzig die Forderung einer äquivalenten Kausalität des schädigenden Ereignisses für die Entstehung des Vorteils unbeschränkt anzuerkennen ist. In besonderen Konstellationen kann eine Vorteilsausgleichung darüber hinaus wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben im Sinne von § 242 BGB versagt werden und in Fällen abgelehnt werden, in denen sich eine Anrechnung als klarer Verstoß gegen den Sinn der ursprünglich verletzten Norm darstellt.

Alle darüberhinausgehenden Kriterien überzeugen demgegenüber als grundsätzliche Tatbestandsmerkmal der Rechtsfigur der Vorteilsaus-

---

<sup>440</sup> *Werner*, NJW 1955, 769, 770.

gleichung nicht, insbesondere sprechen trotz beachtenswerter Argumente die überzeugenderen Gründe dafür, nicht zusätzlich auch eine adäquate Kausalität zu verlangen. Dies gilt insbesondere für die übrigen Kriterien der Rechtsprechung sowie die diversen, von verschiedenen Autoren entwickelten Abgrenzungsmodelle.

### **3. Einschränkung des grundsätzlichen Ergebnisses in besonderen Konstellationen**

Das soeben konstatierte Ergebnis scheint auf den ersten Blick eine sehr weitgehende Anrechnung zur Folge zu haben: Soweit ein Vorteil adäquat kausal auf einem schädigenden Ereignis beruht und nicht im Einzelfall der Sinn und Zweck der haftungsbegründenden Norm oder Treu und Glauben dagegensprechen, ist er schadensmindern anzurechnen. Doch aus dem Ergebnis, dass es keine weiteren grundsätzlich und unbeschränkt geltenden Kriterien gibt, die für eine Anrechnung erfüllt sein müssen, folgt nicht, dass nicht in bestimmten Konstellationen gesetzgeberische Wertungen oder allgemeine Grundsätze des Schadensrechts gegen eine Anrechnung sprechen.

Dieser Ansatz erscheint dabei ähnlich zu der von einem beachtlichen Teil der Literatur vertretenen Ansicht, wonach eine Lösung des Problems der Vorteilsausgleichung generell nur über Fallgruppenbildung möglich ist,<sup>441</sup> jedoch bestehen hier wichtige Unterschiede in der Begründung: Während die vorgenannte Literaturauffassung die Ansicht vertritt, dass es weitestgehend unmöglich sei, generelle Prinzipien zur

---

<sup>441</sup> So BeckOK BGB/*Flume*, § 249 Rn. 331 ff.; *Erman/Ebert*, § 249 Rn. 86; *Lange*, JuS 1978, 649, 649 ff.; *ders.*, JZ 1998, 98, 98 f.; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 486 ff.; *Möller*, Vorteilsanrechnung; MüKo-BGB/*Grunsky* (3. Auflage), § 249 Rn. 93; *ders.*, in: FS *Lange*, S. 471 ff.; MüKo-BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 228 ff.; *Palandt/Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 68 ff.; *Soergel/Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 279 ff.; *Staudinger/Schiemann*, § 249 Rn. 132 ff.; *ders.*, in: FS *Picker*, S. 695 ff.; *ders.* in: FS *Jaeger*, S. 411 ff.; *von Koppenfels-Spies*, VersR 2005, 1511 ff.; *Weychardt*, DB 1966, 1552 ff. Siehe dazu oben unter D.III.10.



Abgrenzung anrechenbarer und nicht anrechenbarer Vorteile zu entwickeln,<sup>442</sup> stellt das oben gefundene Ergebnis, dass nämlich grundsätzlich alle äquivalent kausalen Vorteile anrechenbar sind, eine solche Grundentscheidung dar. Soweit nunmehr in diesem Schritt Konstellationen untersucht werden, in denen Einschränkungen dieses Grundsatzes einer weitreichenden Anrechnung möglich erscheinen, so könnte man diese Konstellationen zwar auch als Fallgruppen ansehen, jedoch stellen sie gerade nicht die Lösung der Beantwortung der Frage nach der Anrechenbarkeit dar, wie es die Vertreter des fallgruppenbasierten Lösungsansatzes vorschlagen.

Vielmehr wird, ähnlich wie es *Büdenbender* bei seinem Versuch einer Lösung des Problems über die Systematik des Gesetzes<sup>443</sup> versucht, nach gesetzgeberischen Wertungsentscheidungen oder schadensrechtlichen Grundsätzen gesucht, die die oben gefundene Lösung in besonderen Konstellationen ergänzen. Sofern gegen eine solche gesetzsystematische Herangehensweise vorgebracht wird, dieser könnte angesichts der bewussten Nicht-Regelung des Problems der Vorteilsausgleichung durch den Gesetzgeber<sup>444</sup> nur eine geringe Überzeugungskraft zukommen,<sup>445</sup> ist zu beachten, dass aus diesem Verzicht auf die direkte Regelung der Vorteilsausgleichung nicht folgt, dass generelle Grundsätze des Schadensrechts auf die Vorteilsausgleichung nicht übertragen werden oder aus der Regelung anderer rechtlicher Probleme Rückschlüsse auf die und gesetzgeberische Wertungen für die Vorteilsausgleichung gezogen werden können.

Im Folgenden werden daher solche besonderen Konstellationen unter Berücksichtigung der dazu in der Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansichten zu untersuchen sein. Vorweggenommen werden kann hierbei die Feststellung, dass trotz der seit Jahrzehnten kontrovers geführten Debatte über allgemeine Abgrenzungskriterien zur

---

<sup>442</sup> So etwa Erman/*Ebert*, § 249 Rn. 86; MüKo-BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 239.

<sup>443</sup> *Büdenbender*, Gefahrentlastung. Sie dazu oben unter D.III.8.

<sup>444</sup> Siehe dazu oben unter D.II.2.

<sup>445</sup> So BeckOK BGB/*Flume*, §249 Rn. 332.

Vorteilsausgleichung und der teilweise grundsätzlich verschiedenen Ansätze hierzu<sup>446</sup> hierbei eine erstaunliche Einigkeit zu beobachten ist.

### **a) Der Maßstab des § 254 Abs. 1 BGB bei Eigenleistungen des Geschädigten**

Die erste zu untersuchende Konstellation ist die, dass der Geschädigte durch eigene Leistungen Vorteile erzielt, die den erlittenen Schaden teilweise kompensieren. Ein Beispiel hierfür ist der in der Literatur oftmals<sup>447</sup> angeführte Sachverhalt, dass ein Fahrschulauto durch einen Dritten beschädigt wird, der Fahrlehrer die ausgefallenen Stunden jedoch durch zusätzliche, auch in der Freizeit geleistete Fahrstunden ausgleichen kann.<sup>448</sup>

Bei einer solchen Konstellation orientiert sich die Rechtsprechung<sup>449</sup> und die fast einhellige Literatur<sup>450</sup> am allgemeinen schadensrechtlichen Maßstab des § 254 Abs. 2 BGB und entnimmt diesem einerseits, dass der Geschädigte im Rahmen seiner Schadensminderungsobligenheit auch gehalten ist, zumutbare Vorteile zu realisieren und derartige Vorteile daher im Rahmen der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen sind sowie andererseits, dass vom Geschädigten in einer über

---

<sup>446</sup> Siehe dazu oben unter D.III. und D.IV.

<sup>447</sup> Etwa bei *Thesling*, Vorteilsausgleichung, S. 18 ff.

<sup>448</sup> So der Sachverhalt in der Entscheidung BGHZ 55, 329.

<sup>449</sup> Erstmals BGH, NJW 1952, 299, 299 ff.; aus jüngerer Zeit etwa BGH WM 2011, 1529, 1531.

<sup>450</sup> *Büdenbender*, Gefahrentlastung, S. 32 ff.; *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 846; *Enneccerus/Lehmann*, Schuldverhältnisse, S. 86; *Erman/Ebert*, § 249 Rn. 96; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, § 33 V Rn. 3 b; *Lange*, JuS 1978, 649, 653; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 510 ff.; *Larenz*, Schuldrecht, S. 533 f.; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht, Rn. 689; *MüKo-BGB/Grunsky* (3. Auflage), § 249 Rn. 111 f.; *Rother*, Haftungsbeschränkungen, S. 236 f.; *Schiemann*, in: FS Picker, S. 702 ff.; *Soergel/Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 298; *von Koppenfels-Spies*, VersR 2005, 1511, 1512. A.A. nur *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 57 ff.; *Müller-Laube*, JZ 1991, 162, 167 f.; *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 447 ff., 473 ff.

diese Obliegenheit hinausgehenden Weise erzielte „*überpflichtmäßige*“<sup>451</sup> Vorteile im Gegensatz dazu nicht schadensmindernd angerechnet werden.<sup>452</sup> Dieser Grundsatz scheint dabei so anerkannt zu sein, dass teilweise auf eine nähere Begründung verzichtet wird. Sofern eine solche erfolgt, wird für die Verpflichtung des Geschädigten zur Erzielung zumutbarer Vorteile regelmäßig darauf verwiesen, dass § 254 Abs. 2 BGB eine allgemeine Schadensminderungsobliegenheit begründe, die auch zur zumutbaren Realisierung von Vorteilen verpflichte.<sup>453</sup> Ob die Realisierung eines Vorteils zumutbar ist, bestimme sich unter Berücksichtigung des hierfür erforderlichen Kosten- und Arbeitsaufwands sowie des damit verbundenen Risikos.<sup>454</sup> Bezüglich der Nichtanrechnung darüber hinausgehender Vorteile wird demgegenüber darauf verwiesen, dass solche Vorteile als Äquivalent der Anstrengungen des Geschädigten den Schädiger nichts angingen,<sup>455</sup> sondern vielmehr zum Bereich der „*eigenen Freiheit und Gestaltungsautonomie*“ des Geschädigten gehörten.<sup>456</sup> Zudem wird darauf abgestellt, dass wenn das Unterlassen überpflichtmäßiger Handlungen nicht zu einer Verminderung des Schadensersatzanspruchs wegen Mitverschuldens führe, ihre Vornahme entsprechend nicht zu einer Anspruchskürzung im Wege der Vorteilsausgleichung führen könne.<sup>457</sup> Vorteile, zu deren Erzielung der Geschädigte gehalten sein kann, seien dabei auch vorteilhafte Verträge mit Dritten.<sup>458</sup> Solche Vorteile seien anzurechnen, sofern die entsprechenden Verträge nicht nur aufgrund besonderer Anstrengungen oder besonderen Verhandlungsgeschicks

---

<sup>451</sup> *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, § 33 V Rn. 3 b.

<sup>452</sup> So etwa nach Ansicht des BGH die Nachholung der Fahrstunden im oben dargestellten Sachverhalt, BGHZ, 55, 329, 331 ff.

<sup>453</sup> *Rother*, Haftungsbeschränkungen, S. 236.

<sup>454</sup> *Lange*, JuS 1978, 649, 653; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 510 ff.

<sup>455</sup> *Larenz*, Schuldrecht, S. 534.

<sup>456</sup> *Schiemann*, in: FS Picker, S. 704.

<sup>457</sup> *Büdenbender*, Gefahrentlastung, S. 32 ff.

<sup>458</sup> *Büdenbender*, Gefahrentlastung, S. 27 ff.

des Geschädigten zustande gekommen seien und ihre Erzielung mithin überpflichtmäßig sei.<sup>459</sup>

Gegen diese Ansicht wird von zwei Seiten Kritik geübt:

*Müller-Laube* trägt vor, dass eine Obliegenheit zur Erzielung von Vorteilen und mithin zur aktiven Minderung des Schadens aus § 254 Abs. 2 BGB nicht entnommen werden könne, vielmehr verpflichte diese Norm nur dazu, eine Vergrößerung des bereits entstandenen Schadens zu verhindern.<sup>460</sup>

Demgegenüber will *Thüsing* jegliche Vorteile schadensmindernd anrechnen, unabhängig davon, wie hoch der zu ihrer Erzielung erforderliche Aufwand war.<sup>461</sup> Er begründet dies damit, dass ein solches Vorgehen rechtsökonomisch sei und der Rechtslage in anderen Ländern entspreche.<sup>462</sup> Zudem ergäbe sich dieses Ergebnis aus einer Übertragung der Wertungen zur Geschäftsführung ohne Auftrag, bei der im Regelfall auch unabhängig von den damit verbundenen Anstrengungen nur die Aufwendungen des Geschäftsführers ersetzt würden, diesem aber nicht die erzielten Gewinne zustünden.<sup>463</sup>

Das von der Rechtsprechung und der herrschenden Literaturansicht angewandte Modell zur Berücksichtigung von durch den Geschädigten selbst erzielten Vorteilen überzeugt im Energieergebnis dabei ungeachtet dieser Kritik. Denn aus § 254 Abs. 2 BGB kann der generelle Grundsatz übernommen werden, dass auch der Geschädigte eine Verantwortung für eine Begrenzung des aus einem schädigenden Ereignis erwachsenden Schadens innehat.<sup>464</sup> Das von *Müller-Laube* § 254 Abs. 2 BGB zugrunde gelegte Verständnis ist demgegenüber zu eng, zudem

---

<sup>459</sup> *Schiemann*, in: FS Picker, S. 702 f.

<sup>460</sup> *Müller-Laube*, JZ 1991, 162, 166 ff. So im Ergebnis auch *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 57 ff.

<sup>461</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 473 ff.

<sup>462</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 447, 460.

<sup>463</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 447 f.

<sup>464</sup> *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, § 33 V Rn. 3 b. sprechen davon, dass dem Geschädigten das „*Untätigkeitsrisiko*“ auferlegt werde.

kann dem auch entgegengehalten werden, dass das Erzielen von nahe-  
liegenden Vorteilen ebenfalls nur eine Vermeidung eines weiteren  
Anstiegs des Schadens darstellt. Demgegenüber sollten überpflichtmä-  
ßige Anstrengungen sich entsprechend der herrschenden Ansicht  
nicht schadensmindernd auswirken. Hierfür kann zu Recht auf den  
Grundsatz der Privatautonomie verwiesen werden, der es gebietet,  
dass nicht jegliches Handeln des Geschädigten dem Schädiger zugute-  
kommt. Insoweit birgt die Abgrenzung anhand der Zumutbarkeit der  
Vorteilsziehung zwar potentiell Abgrenzungsschwierigkeiten, diese  
ergeben sich jedoch bereits aus der generellen, vom Gesetzgeber ange-  
ordneten Regelungen des § 254 Abs. 2 BGB und sind daher hinzuneh-  
men. *Thüsing's* Einwände hiergegen überzeugen demgegenüber nicht,  
insbesondere besteht angesichts der unmittelbaren Übertragbarkeit  
des § 254 Abs. 2 BGB kein Bedürfnis zur Heranziehung der Grund-  
sätze der Geschäftsführung ohne Auftrag.

## **b) Der Leistungszweck bei Drittleistungen**

Bestand schon bei der Behandlung von Vorteilen, die der Geschädigte  
selbst erzielte, bemerkenswerte Einigkeit, so gilt dies in noch größe-  
rem Maße bei Vorteilen, die durch Dritte herbeigeführt werden, bei-  
spielsweise in Form einer Spende an den Geschädigten.

### **aa) Generelle Behandlung von Drittleistungen**

Bezüglich der grundsätzliche Behandlung derartiger Vorteile wird da-  
bei in Rechtsprechung und Literatur, soweit ersichtlich, gegenwärtig  
einstimmig derselbe Ansatz vertreten: Ob Vorteile, die durch Dritte  
herbeigeführt werden, im Rahmen der Vorteilsausgleichung Berück-  
sichtigung finden, hänge vom Zweck ab, den der Dritte mit seiner  
Leistung verfolgen wolle.<sup>465</sup> Sofern diese dem Geschädigten zugute-  
kommen sollen, soll keine Anrechnung stattfinden, eine Anrechnung

---

<sup>465</sup> Insofern anders *Thesling*, der anstelle des Leistungszwecks auf die wirtschaft-  
liche Zielrichtung des Vorteils abstellen möchte, auch auf diesem Weg aber zu  
identischen Ergebnissen kommt, vgl. *Thesling*, Vorteilsausgleichung, S. 39, 64.

sei vielmehr nur dann geboten, wenn der Dritte den Schädiger entlasten wolle.<sup>466</sup> Eine solche Leistung zugunsten des Schädigers sei aber die Ausnahme.<sup>467</sup>

Zur Begründung dieses Ergebnisses werden unterschiedliche Ansätze verfolgt: So wird angeführt, dass bei Anrechnung freigiebiger Leistungen Dritter ansonsten keinerlei Möglichkeit bestünde, den Geschädigten zu unterstützen, ohne den Schädiger zu entlasten.<sup>468</sup> Zudem würde eine solche Anrechnung von Leistungen, die den Geschädigten unterstützen sollen, eine unzumutbare Entlastung des Schädigers darstellen<sup>469</sup> und den Sinn der Leistung ins Gegenteil verkehren.<sup>470</sup> Auch aus § 267 BGB ließe sich die Wertung entnehmen, dass eine Drittleistung nur anzurechnen sei, wenn dies vom Dritten gewollt sei.<sup>471</sup>

Überwiegend und meines Erachtens überzeugend ist aber vor allem der Verweis auf die ansonsten drohende Verletzung der Dispositionsfreiheit des Leistenden: Dieser hat als Bestandteil der grundrechtlich in Art. 2 Abs. 1 GG garantierten Handlungsfreiheit<sup>472</sup> das Recht, darüber zu entscheiden, wem eine Leistung zugutekommen soll. Eine Anrechnung von Leistungen, die dem Geschädigten zugutekommen sol-

---

<sup>466</sup> Zur Rechtsprechung etwa BGHZ 10, 107, 108 f.; 21, 114, 117; 91, 357, 364; BGH, NJW 2001, 1274, 1275. Aus der Literatur: BeckOK BGB/*Flume*, § 249 Rn. 344; *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 847 f.; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, § 33 V Rn. 3; *Larenz*, Schuldrecht, S. 534; MüKo-BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 251 f.; Palandt/*Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 82; *Schiemann*, in: FS Picker, S. 702 ff.; Soergel/*Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 301; *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 454 f., 475 f.; *Wendehorst*, Ausgleich, S. 125. Im Ergebnis auch *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 57 ff. In Sonderfällen teilweise a.A. lediglich *Rudloff*, in: FS Hippel, S. 458.

<sup>467</sup> *Büdenbender*, Gefahrentlastung, S. 36 ff.; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 519 f.; *von Koppenfels-Spies*, VersR 2005, 1511, 1512.

<sup>468</sup> MüKo-BGB/*Grunsky* (3. Auflage), § 249 Rn. 99.

<sup>469</sup> BeckOK BGB/*Flume*, § 249 Rn. 344; *Schiemann*, in: FS Picker, S. 702.

<sup>470</sup> *Larenz*, Schuldrecht, S. 534.

<sup>471</sup> *Büdenbender*, Gefahrentlastung, S. 36 f.

<sup>472</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 455.

len, würde aber im Endeffekt den Schädiger entlasten und dem Leistenden diese Freiheit daher nehmen.<sup>473</sup> Insbesondere da demgegenüber keine gesetzliche Wertung erkennbar ist, die für eine Anrechnung von Leistungen, die den Schädiger entlasten sollen, spricht,<sup>474</sup> muss unter Rückgriff auf den der gesamten Privatrechtsordnung zugrundeliegenden Grundsatz der Dispositionsfreiheit eine Anrechnung abgelehnt werden.

Leistungen Dritter, die den Geschädigten entlasten sollen, sind daher nicht anzurechnen. Anrechenbar sind demgegenüber Leistungen, die dem Schädiger zugutekommen sollen. Soweit unklar ist, wem eine Leistung zugutekommen soll, muss dies anhand der gesamten Umstände des Sachverhalts entschieden werden.<sup>475</sup>

#### **bb) Sonderfall: Leistungen Dritter aufgrund vertraglicher Verpflichtung**

Einen Sonderfall unter den Vorteilen durch Dritte stellen solche Vorteile dar, zu deren Herbeiführung der Dritte, anders als etwa bei einer Spende, vertraglich verpflichtet war.

Derartige Leistungen sind regelmäßig nicht anzurechnen. Für den häufigen Fall der Leistung von (Sozial-)Versicherungen folgt das bereits daraus, dass dabei üblicherweise eine Legalzession angeordnet ist.<sup>476</sup> Doch auch andere Leistungen aufgrund vertraglicher Verpflichtungen sind nicht anzurechnen.

Hierfür kann nicht einfach auf den Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse zurückgegriffen werden,<sup>477</sup> da eine Anrechnung

---

<sup>473</sup> *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 847; *von Koppenfels-Spies*, VersR 2005, 1511, 1512; *Wendehorst*, Ausgleich, S. 125.

<sup>474</sup> So zu §§ 249 ff. BGB *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, § 33 V Rn. 1.

<sup>475</sup> So auch *Büdenbender*, Gefahrentlastung, S. 37.

<sup>476</sup> Dazu sogleich unter D.V.3. c).

<sup>477</sup> So aber *Büdenbender*, Gefahrentlastung, S. 42 f.

solchen Vorteilen gerade nicht das Vertragsverhältnis zwischen Geschädigtem und Dritten modifizieren, sondern allein auf das Verhältnis zwischen Geschädigtem und Schädiger wirken würde.<sup>478</sup>

Dieses Ergebnis folgt aber aus der oben getroffenen Entscheidung zugunsten der Maßgeblichkeit der Dispositionsfreiheit des Leistenden: Hiergegen wird bei vertraglichen Leistungen zwar eingewandt, dass der Leistende regelmäßig nicht seinen Vertragspartner (hier den Geschädigten) besserstellen, sondern nur seine vertragliche Verpflichtung erfüllen wolle,<sup>479</sup> dies ändert jedoch nichts daran, dass der Leistende mit seiner Leistung den Zweck verfolgt, dem Geschädigten als seinem Vertragspartner etwas zukommen zu lassen, während er den ihm regelmäßig nicht bekannten Schädiger gerade nicht bereichern will. Allein diese vom Leistenden gewollte Disposition ist aber für die Frage der Anrechnung maßgeblich. Aus welchen Motiven sie erfolgt, ob sie also durch den Willen zur Vertragserfüllung oder im Wunsch, den Geschädigten etwa durch eine Spende besser zu stellen getragen ist, ist demgegenüber irrelevant. Konsequenz dieses Ergebnisses ist es dabei, dass in den (in der Praxis wohl höchst seltenen) Fällen, in denen ein Dritter zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Geschädigten handelt, die erzielten Vorteile anzurechnen sind.<sup>480</sup>

In der Praxis muss dieses Ergebnis jedoch für eine wichtige Fallgruppe korrigiert werden: Da, wie oben festgestellt,<sup>481</sup> der Geschädigte unter Heranziehung des Maßstabs des § 254 Abs. 2 BGB gehalten ist, zumutbare Vorteile zu erzielen und den Schaden so zu mindern, muss dies auch gelten, wenn der Geschädigte hierzu Verträge mit Dritten abschließt. Denn es wäre wertungswidersprüchlich, wenn diese Verpflichtung, die sich, wie oben dargestellt, als Ausprägung der allgemeinen Schadensminderungsobliegenheit darstellt, dann nicht gelten würde, wenn der Geschädigte, anstatt einen solchen Vorteil selbst zu

---

<sup>478</sup> So zutreffend *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 461.

<sup>479</sup> *Larenz*, Schuldrecht, S. 534; *Müller-Laube*, JZ 1991, 162, 166.

<sup>480</sup> Hierauf weist *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 847, zutreffend hin.

<sup>481</sup> Siehe oben unter D.V.3. a).



ziehen, hierzu einen Drittvertrag abschließt.<sup>482</sup> Derartige Vorteile sind daher als Ausnahme vom oben dargestellten Grundsatz im Rahmen der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen.

### c) Legalzessionen als Wertentscheidungen des Gesetzgebers

Eine letzte grundlegende Wertentscheidung des Gesetzgebers ist schließlich in der Anordnung von Legalzessionen zu sehen. Rechtsprechung<sup>483</sup> und Literatur<sup>484</sup> sind sich einig, dass in den Fällen, in denen eine Legalzession angeordnet ist, keine Anrechnung des korrespondierenden Vorteils erfolgen soll. Als Beispiel hierfür wird etwa die bereits erwähnte, praktisch sehr relevante Vorschrift des § 116 SGB X angeführt, wonach Ansprüche auf Schadensersatz insoweit auf den leistenden Sozialträger übergehen, wie dieser zum Ausgleich des Schadens Leistungen an den Geschädigten erbracht hat.<sup>485</sup>

Der insoweit einheitlich vertretenen Ansicht ist zuzustimmen. Ob der Gesetzgeber durch die Anordnung einer Legalzession eine direkte Aussage zur Vorteilsausgleichung treffen wollte, kann zwar mit guten Gründen bezweifelt werden, da vieles eher dafür spricht für, dass durch eine solche Zession eine doppelte Liquidation des Schadens durch den Geschädigten verhindert werden soll,<sup>486</sup> unabhängig davon kann man der Anordnung einer Legalzession aber unzweifelhaft ent-

---

<sup>482</sup> A.A. *Müller-Laube*, JZ 1991, 162, 166, der, wie oben dargestellt, bereits eine Pflicht zur Vorteilszielung ablehnt und daher konsequenterweise auch Vorteile durch Drittgeschäfte für nicht anrechenbar hält. Vgl. hierzu und zu den dagegen vorgebrachten Argumenten oben unter D.V.3. a).

<sup>483</sup> Vgl. etwa BGH, NJW 2001, 754, 755.

<sup>484</sup> Aus der Literatur: *Erman/Ebert*, § 249 Rn. 93; *Lange*, JuS 1978, 649, 651; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 495 f.; *Palandt/Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 70; *Schiemann*, in: FS Picker, S. 702; *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 34 ff.; *Wendehorst*, Ausgleich, S. 119; *Weyhardt*, DB 1966, 1552.

<sup>485</sup> Hierzu *Pauge*, VersR 2007, 569, 571.

<sup>486</sup> So auch *Thesling*, Vorteilsausgleichung, S. 46; *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 468.

nehmen, dass der Gesetzgeber dem Zessionar einen werthaltigen Anspruch gegen den Schädiger verschaffen wollte. Würde demgegenüber die Leistung des Dritten als Vorteil schadensmindernd angerechnet, so würde sich der zedierter Anspruch entsprechend verringern und im Falle einer vollständigen Regulierung des Schadens durch den Dritten, was gerade im Falle einer Leistung durch Versicherungen häufig der Fall ist, ganz entfallen. Anzunehmen, dass der Gesetzgeber aber eine Zession anordnen wolle, deren zedierter Anspruch regelmäßig wertlos ist, ist fernliegend. Für dieses Verständnis lässt sich zudem anführen, dass der Gesetzgeber auch nach Bildung dieser einheitlichen Ansicht von Literatur und Rechtsprechung weiterhin Legalzessionen anordnete, ohne dahingehende, andere Aussagen zu treffen.<sup>487</sup>

#### **4. Praktische Durchführung der Vorteilsausgleichung**

Nachdem nunmehr sowohl die allgemeinen Kriterien bestimmt wurden, die für die generelle Anrechnung eines Vorteils erfüllt sein müssen, als auch die weitgehenden Konstellationen beleuchtet wurden, in denen aufgrund kollidierender gesetzlicher Wertungen oder gesetzgeberischer Entscheidung trotzdem keine Anrechnung erfolgt, sollen nun noch in der gebotenen Kürze einige ergänzende Punkte, insbesondere zur praktischen Durchführung der Vorteilsausgleichung, erläutert werden.

##### **a) Berücksichtigung von Vorteilen Dritter**

Grundsätzlich meint der Begriff des Vorteils im Sinne der Vorteilsausgleichung lediglich günstige Veränderungen der Vermögenslage des Geschädigten selbst.<sup>488</sup> Möglich sind aber auch Konstellationen, in denen es aufgrund eines schädigenden Ereignisses im Vermögen Dritter zu solchen Besserstellungen kommt. In der Literatur wird hierfür als Beispiel regelmäßig der Fall einer erbrechtlichen Falschberatung angeführt, aufgrund derer nicht der Geschädigte, sondern dessen Kinder

---

<sup>487</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 468 f.

<sup>488</sup> Vgl. die Definition unter D.I.3. a).

etwas erlangen<sup>489</sup>. Vergleichbar kann sich diese Frage aber etwa auch im Fall von Spenden Dritter an die Angehörigen des Geschädigten stellen. Unabhängig von der Frage der Anrechnung stellt sich die Vorfrage, ob derartige Besserstellungen im Zuge der Vorteilsausgleichung überhaupt zu berücksichtigen sind. Rechtsprechung und Literatur nehmen dies in Ausnahmefällen wie dem vorgenannten Erbschaftsfall aus Billigkeitsgründen zustimmungswürdig an, um eine unbillige Bereicherung des Geschädigten zu verhindern.<sup>490</sup>

Wie oben dargestellt,<sup>491</sup> gilt der Grundsatz der Rechtsausübung nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB auch im Rahmen der Vorteilsausgleichung und kann daher im Einzelfall modifizierend eingreifen. Ein solcher Fall liegt richtigerweise dann vor, wenn eine Verbesserung des Vermögens zwar nicht beim Geschädigten selbst, aber bei einem Dritter entsteht, der mit dem Geschädigten in so enger Beziehung steht, dass der Vorteil faktisch auch dem Geschädigten selbst zugutekommt. Der Verweis auf das Unbehagen bei „*natürlicher Betrachtung*“, welches der BGH andernfalls befürchtet,<sup>492</sup> ist dabei jedoch wenig greifbar. Überzeugender sollte demgegenüber meines Erachtens auch hier auf die das Grundprinzip des Bereicherungsverbots verwiesen werden, welches auch eine solche, mittelbare Bereicherung missbilligt und daher eine Modifizierung erforderlich macht.

## **b) Zeitliches Auseinanderfallen von Vor- und Nachteil**

Ein weiterer strittiger Punkt bei der Durchführung der Vorteilsausgleichung ist der Umgang mit einem zeitlichen Auseinanderfallen von

---

<sup>489</sup> So der Sachverhalt in der Entscheidung BGH, NJW 1979, 2033 ff., aufgegriffen von *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 500; *MüKo-BGB/Oetker*, § 249 Rn. 232; *Soergel/Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 290.

<sup>490</sup> BGH, NJW 1979, 2033, 2034; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 500; *MüKo-BGB/Oetker*, § 249 Rn. 232; *Soergel/Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 290.

<sup>491</sup> Siehe oben unter D.V.2. h) cc).

<sup>492</sup> BGH, NJW 1979, 2033, 2034.

Vorteils- und Nachteilsentstehung.<sup>493</sup> Teilweise wird hierzu vertreten, dass Vorteile, die nach Schadenseintritt entstehen, dem Schädiger nicht mehr zugutekommen sollen und daher unberücksichtigt bleiben müssten.<sup>494</sup> Die Gegenansicht vertritt demgegenüber überzeugend den Standpunkt, dass das zeitliche Verhältnis und insbesondere die Reihenfolge des Eintritts von Vor- und Nachteil für die Durchführung der Vorteilsausgleichung bedeutungslos seien.<sup>495</sup> Angeführt wird dafür, dass diese Reihenfolge oftmals rein zufällig sei.<sup>496</sup> Zudem sei es in der schadensrechtlichen Dogmatik grundsätzlich anerkannt, dass sich die Höhe eines Schadens nach seiner Entstehung noch verändern könne, was sich in systematischer Hinsicht auch aus der grundsätzlich erst nach Schadenseintritt bestehenden Schadensminderungsobliegenheit des § 254 Abs. 2 BGB ergäbe.<sup>497</sup> Eine umfassende Berücksichtigung entspräche zudem dem Gedanken der Differenzhypothese und wäre zudem rechtökonomisch geboten.<sup>498</sup>

Angesichts der gegen ein Anrechnungsverbot nachträglich entstandener Vorteile sprechenden dogmatischen Gesichtspunkte sowie insbesondere unter Berücksichtigung des Umstandes, dass es gerade um Hinblick auf den Ausgleichsgedanken des Schadensrechts schwer vermittelbar wäre, wenn die rein zufällige, oft völlig austauschbare Reihenfolge von Vor- und Nachteil trotz identischer Vermögenslage zu unterschiedlichen Ergebnissen führen würde, kann es daher für die Anwendung der Vorteilsausgleichung keine Rolle spielen, in welchem zeitlichen Verhältnis Schaden und Vorteil zueinander stehen.

---

<sup>493</sup> Ausführlich hierzu *Büdenbender*, *Gefahrentlastung*, S. 51 ff. sowie insbesondere zu den möglichen Problemen einer zeitversetzten Durchführung der Vorteilsausgleichung *Oswald*, *Verknüpfungsphänomene*, S. 129 ff.

<sup>494</sup> *Soergel/Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 305; *Thiele*, *AcP* 167 (1967), 193, 204.

<sup>495</sup> *Büdenbender*, *Gefahrentlastung*, S. 52 ff.; *Lange*, *JuS* 1978, 649, 652;

*Lange/Schiemann*, *Schadensersatz*, S. 499; *Thüsing*, *Schadensberechnung*, S. 453 f.

<sup>496</sup> *Büdenbender*, *Gefahrentlastung*, S. 54 f.

<sup>497</sup> *Lange*, *JuS* 1978, 649, 652.

<sup>498</sup> *Thüsing*, *Schadensberechnung*, S. 453 f.

### c) Vorteilsausgleichung bei immateriellen Schäden, insbesondere bei Schmerzensgeldansprüchen

Eine weitere häufig diskutierte Frage ist die, ob eine Vorteilsausgleichung auch bei immateriellen Schäden in Betracht kommt, was ganz überwiegend am Beispiel von Schmerzensgeldansprüchen diskutiert wird.<sup>499</sup>

Die ganz überwiegende Ansicht in der Literatur spricht sich im Ergebnis dafür aus, dass durch das schädigende Ereignis hervorgerufene Vorteile sich mindernd auf solche Ansprüche auswirken können.<sup>500</sup> Überwiegend wird dabei darauf abgestellt, dass zwar keine „normale“ Vorteilsausgleichung dahingehend statfinde, dass ein Vorteil einen einmal entstandenen Anspruch mindere, sondern vielmehr im Rahmen der Bemessung der angemessenen Höhe des Schmerzensgeldanspruchs auch entstandene Vorteile, denen ebenfalls eine Genugtuungsfunktion zukäme,<sup>501</sup> zu berücksichtigen seien, sodass der Schmerzensgeldanspruch sich nicht nachträglich verringere, sondern bereits ursprünglich nur in geringerer Höhe entstanden sei.<sup>502</sup> Angesichts der Unterschiedes dieser Art der Berücksichtigung von der klassischen Vorteilsausgleichung wird diesbezüglich, meines Erachtens mit einiger Berechtigung, teilweise dafür plädiert, zur Vermeidung von Verwirrungen und Unklarheiten in diesem Zusammenhang nicht den Begriff der Vorteilsausgleichung zu nutzen.<sup>503</sup>

Gegen diese überwiegende Ansicht wenden sich jüngst *Schiemann* und insbesondere *Erm*: Diese rügen die oben dargestellte abstrakte Berücksichtigung jedoch als zu unbestimmt, da auch die Höhe des Schmerzensgeldanspruchs begründet werden müsse und sich nicht auf

---

<sup>499</sup> Ausführlich hierzu *Schiemann*, in: FS Jaeger, S. 411 ff. sowie insbesondere *Erm*, Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld.

<sup>500</sup> A.A. nur Soergel/*Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 289 ff.

<sup>501</sup> *Klimke*, VersR 1969, 111, 112 f.; *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 37.

<sup>502</sup> *Erman/Ebert*, § 249 Rn. 92; *Lange*, JuS 1978, 649, 651; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 497; *MüKo-BGB/Grunsky* (3. Auflage), § 249 Rn. 96a; *Thiele*, AcP 167 (1967), 193, 202, Fn. 29.

<sup>503</sup> *Hüffer*, VersR 1969, 500, 501 f.

Leerformeln beschränken dürfe und vielmehr auch Rechenschaft über die (Nicht)-Berücksichtigung von Vorteilen erforderlich sei.<sup>504</sup> Dabei entwirft vor allem *Erm* mit sehr ausführlicher Begründung ein alternatives Modell zur Berücksichtigung von Vorteilen bei der Bemessung von Schmerzensgeld.<sup>505</sup> Grundsätzlich gehen aber auch *Erm* und *Schiemann* davon aus, dass sich Vorteile mindernd auf die Höhe von Schmerzensgeldansprüchen auswirken können.<sup>506</sup>

Im Ergebnis lässt sich daher festhalten, dass die fast einhellige Meinung, wenn auch mit abweichender Begründung, eine Berücksichtigung zugleich entstandener Vorteile bei immateriellen Schäden, insbesondere einem Schmerzensgeldanspruch, befürwortet. Eine weitere Entscheidung darüber, wie dies im Detail zu erfolgen hat, ist demgegenüber hier nicht erforderlich. Denn im Rahmen dieser Arbeit ist das Rechtsinstitut der Vorteilsausgleichung nur insoweit von maßgeblichem Interesse ist, wie Ansprüche gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG im Raum stehen. Da die hierbei gegebenenfalls ausgleichspflichtigen Schäden aber stets materieller Natur sind, wäre eine vertiefte Befassung mit immateriellen Schäden hier fehl am Platz.

#### **d) Vorteilsausgleichung bei abstrakter Schadensberechnung**

Anders als bei den vorgenannten immateriellen Schäden findet demgegenüber bei Fällen abstrakter Schadensberechnung keine Vorteilsausgleichung statt. Denn Zweck der abstrakten Schadensberechnung ist die Vereinfachung der Bestimmung der Schadenshöhe unter In-

---

<sup>504</sup> *Erm*, Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld, S. 31; *Lange*, in: FS Jaeger, S. 412. Anders zwar Staudinger/*Schiemann*, § 249 Rn. 141, dieser Abschnitt der Kommentierung scheint aber bei der Neubearbeitung 2017 wohl übersehen worden zu sein, da sich *Schiemann* bereits im vorzitierten Beitrag aus 2014, noch bezogen auf die Kommentierung aus 2004, der dort vertretenen Ansicht ausdrücklich distanziert, vgl. *Schiemann*, in: FS Jaeger, S. 412

<sup>505</sup> *Erm*, Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld, S.391 ff.

<sup>506</sup> *Erm*, Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld, S. 31; *Lange*, in: FS Jaeger, S. 412.

kaufnahme eines Ergebnisses, dass dem konkreten Schaden nicht vollständig entspricht.<sup>507</sup> Die Anwendung der Vorteilsausgleichung würden diesem Ziel zuwiderlaufen und kommt in derartigen Fällen daher nicht in Betracht.<sup>508</sup>

### e) Zur Beweislast für die Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung

Die Beweislast dafür, dass und in welchem Umfang eine Vorteilsausgleichung stattfindet, trägt nach heute einhelliger Meinung der Schädiger, der sich auf das für ihn günstige Eingreifen dieser Rechtsfigur beruft.<sup>509</sup> Maßgeblicher Zeitpunkt dafür ist der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung.<sup>510</sup>

Zwar hat grundsätzlich der Geschädigte Umfang und Inhalt einer Forderung zu beweisen,<sup>511</sup> was zu der Schlussfolgerung führen könnte, dass er daher auch beweisen müsse, durch das schädigende Ereignis nicht bereichert worden zu sein.<sup>512</sup> Dies ginge aber, wie insbesondere *Oswald*<sup>513</sup> zu Recht ausführt, fehl.<sup>514</sup> Denn der Nachweis, keinen Vorteil erlangt zu haben, wäre als Negativbeweis bereits kaum zu führen. Zudem wäre es unbillig, vom Geschädigten zu erwarten, anspruchverkürzend vorzutragen. Über diese Aspekte hinaus würde eine solche Belastung des Geschädigten auch eine nicht zu rechtfertigende Mehrbelastung gegenüber anderen, ebenfalls im Endeffekt für den Schädiger günstigen, Rechtsfiguren wie der Anspruchsversagung aufgrund

---

<sup>507</sup> Vgl. HKK/*Jansen*, § 249-253, 255, Rn. 111 ff.; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 53 ff.; *Timme*, JA 1998, S. 895, 895 ff.

<sup>508</sup> *Lange*, JuS 1978, 649, 651; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 498; *Staudinger/Schiemann*, § 249 Rn. 141; *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 38.

<sup>509</sup> BGH, NJW-RR 2004, 79, 81; BeckOK BGB/*Flume*, § 249 Rn. 336; *Ermann/Ebert*, § 249 Rn. 84; *Ganther*, NJW 2012, 801, 806; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 533; MüKo-BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 279; *Oswald*, Verknüpfungsphänomene, S. 155 ff.; Palandt/*Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 75.

<sup>510</sup> MüKo-BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 279; Palandt/*Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 75.

<sup>511</sup> Allgemeine Meinung, vgl. etwa Palandt/*Grüneberg*, § 280 Rn. 34 ff.

<sup>512</sup> So *Leonhard*, Die Beweislast, S. 319 f.

<sup>513</sup> Vgl. zu dieser Frage *Oswald*, Verknüpfungsphänomene, S. 155 ff.

<sup>514</sup> So auch *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 533.

von Verwirkung oder missbräuchlicher Rechtsausübung darstellen, für die stets der davon profitierende Schädiger beweisbelastet ist.<sup>515</sup>

Umgekehrt ist zu beachten, dass der Eintritt eines eventuellen Vorteils regelmäßig ein Ereignis darstellt, das sich allein in der Sphäre des Geschädigten abspielt und das zu Beweisen daher auch für den Schädiger oftmals nur schwer möglich ist. Dies ist aber regelmäßig hinzunehmen, wobei diesem Umstand gegebenenfalls, entsprechend den allgemeinen Grundsätzen des Beweisrechts, durch die Zulassung von Beweisen des ersten Anscheins und die Anwendung der Grundsätze der sekundären Beweislast Rechnung getragen werden kann.<sup>516</sup>

### **f) Zur Art und Weise der Anrechnung eines Vorteils**

Auch über die Frage, wie eine Vorteilsausgleichung bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen praktisch durchzuführen ist, ist bemerkenswert unstrittig: Wenn, wie es regelmäßig der Fall sein wird, Schaden und Vorteil in Geld bestehen, so erfolgt die Vorteilsausgleichung, indem der Vorteil vom Schaden abgezogen wird.<sup>517</sup> Eine Gestaltungserklärung des Schädigers ist nicht erforderlich, ebenso wenig greifen, da kein Fall der Aufrechnung vorliegt, sondern die Berücksichtigung des Vorteils ipso iure erfolgt, eventuelle Aufrechnungsverbote.<sup>518</sup> Für den Fall, dass Vor- und Nachteil nicht gleichartig sind, muss der Geschädigte den Vorteil Zug-um-Zug gegen die Ersatzleistung herausgeben, im Falle eines Vorteils in Gestalt eines Anspruchs gegen einen Dritten ist dieser abzutreten.<sup>519</sup>

---

<sup>515</sup> BGH, NJW 2011, 3149, 3149; Hk-BGB/*Schulze*, § 242 Rn. 25; Palandt/*Grüneberg*, § 242 Rn. 21.

<sup>516</sup> MüKo-BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 279; *Oswald*, Verknüpfungssphänomene, S. 157; Palandt/*Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 75.

<sup>517</sup> Palandt/*Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 71; Staudinger/*Schiemann*, § 249 Rn. 142; *Oswald*, Verknüpfungssphänomene, S. 79, 89f.

<sup>518</sup> Palandt/*Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 71; Staudinger/*Schiemann*, § 249 Rn. 142; *Oswald*, Verknüpfungssphänomene, S. 79, 89f.

<sup>519</sup> MüKo-BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 79; Palandt/*Grüneberg*, Vorb v § 249 Rn. 71; *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 463 f.



## VI. Zwischenergebnis zu Teil D

Wie schon in der Einleitung dieses Kapitels dargestellt,<sup>520</sup> sind die Umrisse der Rechtsfigur der Vorteilsausgleichung trotz jahrzehntelanger Versuche, eine umfassende, stringente Lösung zu finden, alles andere als klar. Die Ergebnisse des vorangegangenen Kapitels haben dabei die bereits oben zitierte Einschätzung von *J. W. Flume* bestätigt, der diesbezüglich von einem der „*nebulösesten Zurechnungsinstitute des Schadensrechts*“ spricht,<sup>521</sup> an verschiedener Stelle bestätigt. Dies gilt umso mehr, als dass unter Berücksichtigung des Zwecks dieser Untersuchung, der Findung einer handhabbaren Lösung im Zusammenhang mit der Geschäftsführerhaftung nach § 43 Abs. 2 GmbH, weite, dogmatisch ungeklärte, aber für diese Untersuchung nicht relevante Bereiche wie die Vorteilsausgleichung in Erbschaftsansprüchen<sup>522</sup> oder bei Steuerforderungen,<sup>523</sup> ausgelassen werden mussten. Was also lässt sich als Ergebnis dieses Kapitels festhalten?

Zum einen wurde ein Verständnis der Vorteilsausgleichung entwickelt, das sich enger am dogmatischen Ursprung der Rechtsfigur, dem Ausgleichsgedanken des deutschen Schadensrechts, orientiert. Hier konnte gezeigt werden, dass die zahlreichen, im Laufe der Jahrzehnte von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Abgrenzungskriterien nicht überzeugen können. Insbesondere die Kriterien der Rechtsprechung weisen, wie gezeigt werden konnte, neben einer unbefriedigenden Unbestimmtheit eine wertende Tendenz auf, die der zugrundeliegenden Dogmatik zuwiderläuft. Aber auch auf das auch von Teilen der Literatur befürwortete Adäquanzkriterium sollte zur Abgrenzung nicht zurückgegriffen werden, da es, wie gezeigt, weder mit den Grundprinzipien der Vorteilsausgleichung befriedigend in Einklang

---

<sup>520</sup> Vgl. unter D.

<sup>521</sup> BeckOK BGB/*Flume*, § 249 Rn. 331.

<sup>522</sup> Vgl. hierzu etwa *Ackermann*, JZ 1991, 818, 818 ff. und 967, 967 ff.; *Staudinger/Schiemann*, § 249 Rn. 154 ff., 164 ff.

<sup>523</sup> Hierzu etwa *Knobbe-Keuk*, in: 25 Jahre Karlsruher Forum, S. 134 ff.; *MüKo-BGB/Oetker*, § 249 Rn. 247 ff.; *Soergel/Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 384 ff.

gebracht werden kann, noch in ausreichendem Maße Klarheit und Sicherheit bei der Abgrenzung von anrechenbaren und nicht anrechenbaren Vorteilen schafft. Insbesondere wurde dargestellt, warum insoweit keine Differenzierung zwischen dem Verständnis der Adäquanz als positives oder als negatives Merkmal geboten ist. Als konsequentes Ergebnis bleibt daher festzuhalten, dass in einem ersten Schritt zur Ermöglichung eines umfassenden Ausgleichs von Schäden alle äquivalent kausal verursachten Vorteile anzurechnen sind.

Zum anderen konnte aber gezeigt werden, dass dieses Ergebnis in einer Vielzahl, wahrscheinlich sogar in der ganz überwiegenden Zahl, von Fällen eingeschränkt werden muss. Die praktisch relevantesten Fälle sind hierbei wohl die Fälle, in denen eine Legalzession angeordnet wurde, man denke nur an die unzähligen Fälle, in denen Sozialversicherungen Leistungen erbringen, sowie die Fälle freigiebiger Leistungen Dritter. Für alle diesbezüglich dargestellten Sonderkonstellationen wurde eine dogmatische Verankerung gesucht und herausgearbeitet, ob und warum in diesen Fällen eine Abweichung vom im ersten Schritt gefundenen Ergebnis geboten ist.

Trotz allem ist das oben geschilderte Verständnis der Vorteilsausgleichung selbstverständlich weit davon entfernt, eine vollständige, umfassende und sowohl in sich geschlossene als auch dogmatisch lückenlose Lösung des Problems der Vorteilsausgleichung zu sein. Ob eine solche Lösung überhaupt existiert, erscheint nicht einmal sicher.<sup>524</sup> Wie zu Beginn dieses Kapitels jedoch ausgeführt, wäre es auch vermessend, von dieser Untersuchung, die sich mit dem Problem der Vorteilsausgleichung nur unter einem, sehr speziellen Aspekt beschäftigt, eine solche umfassende Lösung eines mehr als ein Jahrhundert währenden Streits zu erwarten. Durch die Reduktion der Frage der Vorteilsausgleichung auf die Äquivalenz der Vorteilsentstehung und die damit verbundene Loslösung von den zahlreichen, teilweise zusätzlich

---

<sup>524</sup> Kritisch auch MüKo-BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 239 sowie Staudinger/*Schiemann* (Neubearbeitung 2005), § 249 Rn. 140, der in der Neuauflage jedoch nunmehr optimistischer ist, Staudinger/*Schiemann*, § 249 Rn. 140.

geforderten weiteren Kriterien sollte es jedoch im Zusammenspiel mit den dargestellten Einschränkungen in besonderen Konstellationen sowie den am Ende des Kapitels dargestellten Ausführungen zur praktischen Durchführung der Vorteilsausgleichung gelungen sein, ein zumindest im Rahmen der hier maßgeblichen Frage, inwieweit Vorteile bei der Haftung des GmbH-Geschäftsführers nach § 43 Abs. 2 GmbHG zu berücksichtigen sind, nachvollziehbares und handhabbares Verständnis dieser Rechtsfigur zu entwickeln.

## E. Die Vorteilsausgleichung im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG

Nachdem nunmehr sowohl die mit der Vorschrift des § 43 Abs. 2 GmbHG verfolgte Haftungsstruktur und die Tatbestandsmerkmale der Norm dargestellt wurden als auch das im Rahmen dieser Untersuchung maßgebliche Verständnis der Rechtsfigur der Vorteilsausgleichung entwickelt wurde, gilt es nun, diese Aspekte zusammenzuführen und zu untersuchen, ob und wie im Innenhaftungsrecht der GmbH eine Vorteilsausgleichung stattfinden kann.

Dabei wird in einem ersten Schritt der Frage nachzugehen sein, ob diese Rechtsfigur im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG Anwendung findet und welche Alternativen dazu vertreten werden. Sodann ist im Detail zu untersuchen, ob und in welcher Form das im vorherigen Kapitel entwickelte Verständnis der Vorteilsausgleichung aufgrund der spezifischen Besonderheiten des § 43 Abs. 2 GmbHG sowie der besonderen Verhältnisse der GmbH angepasst werden muss, um auch in diesem Rahmen zu sachgerechten Ergebnissen zu gelangen.

Bereits an dieser Stelle muss darauf hingewiesen werden, dass die Beschäftigung mit der Vorteilsausgleichung im Rahmen der Geschäftsführerhaftung ein in der Literatur selten behandeltes Thema darstellt. Die weit überwiegende Zahl der Veröffentlichungen beschäftigt sich demgegenüber mit der Vorteilsausgleichung im Rahmen der Vorstandshaftung gemäß § 93 Abs. 2 AktG<sup>525</sup> oder differenzieren nicht weiter nach der Rechtsform der betroffenen Gesellschaft.<sup>526</sup> Auch in der GmbH-rechtlichen Kommentarliteratur wird, wenn überhaupt,<sup>527</sup> der Aspekt der Vorteilsausgleichung regelmäßig nur kurz behandelt,<sup>528</sup> ohne das auf eventuelle Besonderheiten gerade im Rahmen des

---

<sup>525</sup> Etwa *Marsch-Barner*, ZHR 173 (2009), 723 ff.; *Thole*, ZHR 173 (2009), 505, 528 ff.

<sup>526</sup> Ausdrücklich *Möller*, Vorteilsanrechnung. So auch *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015, 449, 449 ff. Zu Kartellrechtsschäden siehe etwa *Schiemann*, FS Möschel, S. 547.

<sup>527</sup> Nur indirekt etwa *Bork/Schäfer/Klöhn*, § 43 Rn. 67

<sup>528</sup> Vgl. etwa die Kommentierungen bei *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus*, § 43 Rn. 70.

GmbH-Rechts eingegangen wird.<sup>529</sup> Aus diesem Grund wird sich eine wiederholte Bezugnahme auf das aktienrechtliche Schrifttum nicht vermeiden lassen; trotzdem soll versucht werden, den GmbH-rechtlichen Bezug dieser Arbeit so eng wie möglich zu halten.

## **I. Anwendbarkeit der Vorteilsausgleichung im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG**

Bevor Einzelfragen darüber nachgegangen werden kann, wie genau sich die Vorteilsausgleichung in der Innenhaftung des GmbH-Geschäftsführers manifestiert, muss zuerst untersucht werden, ob diese Rechtsfigur in diesem Kontext grundsätzlich, also losgelöst von der Frage einer Vorteilsausgleichung im konkreten Fall oder in speziellen Konstellationen, anwendbar ist.

### **1. Bejahende Auffassung**

Der ganz überwiegende Teil der Literatur bejaht eine solche grundsätzliche Anwendbarkeit.<sup>530</sup> Dies erscheint so selbstverständlich, dass regelmäßig auf eine Begründung verzichtet und allenfalls<sup>531</sup> kurz auf die Geltung des allgemeinen Schadensrechts und den Schadensbegriff des § 249 BGB<sup>532</sup> oder das Bereicherungsverbot<sup>533</sup> verwiesen wird.

---

<sup>529</sup> So auch die Einschätzung von Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 46 sowie MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 45.

<sup>530</sup> *Bayer*, in: FS Schmidt, S. 94; *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015, 449, 454 f.; Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 67; *Fleischer*, DStR 2009, 1204, 1209 f.; Gehrlein/Born/Simon/*Buck-Heeb*, § 43 Rn. 67; Henssler/Strohn/*Oetker*, § 43 GmbHG Rn. 35; *Kersting*, ZIP 2016, 1266, 1271; *Lohse*, in: FS Hüffer, S. 589; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 46; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 45; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus*, § 43 Rn. 70; Saenger/Inhester/*Lücke/Simon*, § 43 Rn. 51; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 230.

<sup>531</sup> Im ansonsten ausführlichen Handbuch Managerhaftung wird auf die Vorteilsausgleichung im Kontext der Organinehaftung nicht einmal eingegangen, vgl. Hdb Managerhaftung.

<sup>532</sup> *Fleischer*, DStR 2009, 1204, 1210; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 45.

<sup>533</sup> Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus*, § 43 Rn. 70.

Auch in der Rechtsprechung ist anerkannt, dass im Rahmen der Innenhaftung der Leitungsorgane eine Vorteilsausgleichung möglich ist.<sup>534</sup> Die Anwendbarkeit der Rechtsfigur der Vorteilsausgleichung wird dabei nicht begründet, sondern allenfalls<sup>535</sup> festgestellt, sodass davon auszugehen ist, dass die (höchstrichterliche) Rechtsprechung dies für selbstverständlich hält. Insbesondere findet sich, anders als in der Literatur teilweise behauptet,<sup>536</sup> keine Entscheidung, in der die grundsätzliche Durchführung der Vorteilsausgleichung im Rahmen der Innenhaftung des Geschäftsführers bzw. Vorstandes abgelehnt wird. In den diesbezüglich angeführten Entscheidungen des BGH,<sup>537</sup> des Kammergerichts<sup>538</sup> sowie der Oberlandesgerichte München<sup>539</sup> und Koblenz<sup>540</sup> wird vielmehr nur für den konkreten Fall einer Pflichtverletzung des Leitungsorgans durch dauerhafte Kompetenzüberschreitung eine Anrechnung der pflichtwidrig abgeschlossenen Geschäfte bzw. der sich daraus ergebenden Leistungen auf den Ersatzanspruch der Gesellschaft abgelehnt,<sup>541</sup> ohne dass eine Aussage über die Vorteilsausgleichung im Ganzen getroffen würde.<sup>542</sup>

## 2. Ablehnende Auffassung

Demgegenüber lehnen einzelne Stimmen in der Literatur die grundsätzliche Anwendung der Vorteilsausgleichung im Rahmen der Geschäftsführerhaftung vollständig oder in weiten Teilen ab.

---

<sup>534</sup> BGH, NJW 2013, 1958, 1961; NZG 2011, 1271, 1274 (jeweils zur AG); NZG 2007, 185, 186; OLG Düsseldorf, NZG 2001, 1086, 1089.

<sup>535</sup> So BGH, NJW 2013, 1958, 1961; NZG 2011, 1271, 1274.

<sup>536</sup> So etwa Gehrlein/Born/Simon/*Buck-Heeb*, § 43 Rn. 67; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 464; Saenger/Inhester/*Lücke/Simon*, § 43 Rn. 51.

<sup>537</sup> BGH, NJW-RR 1988, 995, 995 f. (zur OHG)

<sup>538</sup> KG, GmbHR 2005, 477, 477 ff. (zur GmbH)

<sup>539</sup> OLG München, NZG 2000, 741, 741 ff. (zur KGaA).

<sup>540</sup> OLG Koblenz, NZG 1998, 953, 953 ff. (zur GmbH).

<sup>541</sup> Zur Frage der Berechtigung einer solchen Einschränkung siehe unten unter E.III.8.

<sup>542</sup> BGH, NJW-RR 1988, 995, 996; KG, GmbHR 2005, 477, 479; OLG München, NZG 2000, 741, 743; OLG Koblenz, NZG 1998, 953, 954.

So ist *Ziemons* der Ansicht, dass nur in den Fällen, in denen der Gesellschaft Geld zugeflossen ist, zur Vermeidung unnötigen Hin- und Herzählens eine Anrechnung im Wege der Vorteilsausgleichung stattfinden solle, während in allen anderen Fällen der Schadensersatzanspruch der Gesellschaft stattdessen Zug-um-Zug verknüpft mit einem Anspruch des Geschäftsführers auf Herausgabe bzw. Abtretung des Vorteils bestünde. Als grundsätzliches Ziel wird dabei postuliert, dass keine ungerechtfertigte Bereicherung<sup>543</sup> der Gesellschaft entstehen soll, eine nähere Begründung dafür, warum daraus die von ihm vorgenommenen Einschränkungen abzuleiten seien, erfolgt demgegenüber nicht.<sup>544</sup>

In Bezug auf pflichtwidrig eingegangene Geschäfte entspricht dies auch der Ansicht von *Paefgen*, der diesbezüglich ebenfalls eine Vorteilsausgleichung ablehnt und sich stattdessen für einen unverminderten Anspruch der Gesellschaft, zu erfüllen Zug-um-Zug gegen Abtretung des Vorteils an den Geschäftsführer, ausspricht.<sup>545</sup>

*Ekkenga/Kuntz* vertreten darüberhinausgehend die Ansicht, dass eine Vorteilsanrechnung im Gesellschaftsrecht grundsätzlich nicht in Betracht käme, da es sich bei allen unter diesem Gesichtspunkt behandelten Konstellationen um Probleme der Schadensbestimmung, der Zurechnung und des Schutzzwecks der Norm handele.<sup>546</sup> Wenn der durch eine Pflichtverletzung bei der Gesellschaft entstandene Gewinn nicht vollständig abgeschöpft werde, fehle es bereits an einem Schaden, andernfalls habe die Gesellschaft wiederum keinen Vorteil erlangt, der ihrem Anspruch entgegengehalten werden könne.<sup>547</sup> Die

---

<sup>543</sup> Zur Bedeutung der Vermeidung dieses so genannten „*windfall profit*“ als Begründungsansatz siehe unten unter E.III.4.

<sup>544</sup> Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 465.

<sup>545</sup> Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 182.

<sup>546</sup> Soergel/*Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 324. Diese setzen die Vorteilsausgleichung im Gesellschaftsrecht fälschlich mit dem Problem der nützlichen Pflichtverletzung gleich, vgl. hierzu unter E.III.5.

<sup>547</sup> Soergel/*Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 325 f.

Frage der Anrechnung bei Geldbußen der Gesellschaft ohne Gewinnabschöpfung hingegen sei anhand des Normzwecks der Sanktion zu beantworten.<sup>548</sup>

Aus dem aktienrechtlichen Schrifttum fordert schließlich auch *Thole*, bei Verstößen gegen die Legalitätspflicht eine Vorteilsausgleichung zugunsten des Vorstandes nur dann zuzulassen, wenn die den Vorstand treffende und von ihm verletzte Rechtspflicht keinem qualifizierten, über den bloßen Schadensausgleich hinausgehenden, rechtlichen Interesse diene.<sup>549</sup> Nur auf diese Weise könne die präventive Wirkung der Vorstandshaftung sichergestellt werden.<sup>550</sup> Demgegenüber könne für eine Anwendung nicht auf den Grundsatz der Gewinnabwehr zurückgegriffen werde, da es diesbezüglich keine Regel gäbe, wonach die Haftung eines Managers den Schaden der Gesellschaft nicht übersteigen dürfe.<sup>551</sup>

### 3. Stellungnahme

Im Ergebnis können die gegen eine Anwendung der Rechtsfigur der Vorteilsausgleichung im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG vorgebrachten Argumente nicht überzeugen.

Dies folgt bereits daraus, dass es sich beim Rechtsinstitut der Vorteilsausgleichung, wie im vorherigen Kapitel dargestellt, um ein Mittel handelt, dem das gesamte deutsche Schadensrecht prägenden Ausgleichsprinzip Geltung zu verschaffen.<sup>552</sup> Der prägende Gedanke ist dabei, dass es in Sachverhalten, in denen die schädigende Handlung dem Geschädigten nicht nur Nachteile, sondern auch Vorteile gebracht hat, einer Korrektur von dessen Schadensersatzanspruch durch die Berücksichtigung der Vorteile bedarf.<sup>553</sup> Dieser Gedanke lässt sich

---

<sup>548</sup> Soergel/*Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 326 ff.

<sup>549</sup> *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 530 f.

<sup>550</sup> *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 529.

<sup>551</sup> *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 527.

<sup>552</sup> Vgl. dazu unter D.V.1.

<sup>553</sup> Vgl. dazu unter D.I.2.



prinzipiell auf alle, jedenfalls aber alle privatrechtlichen, Schadensersatzansprüche übertragen, da grundsätzlich stets dieselben Grundsätze für die Bemessung des Schadens gelten und daher regelmäßig die Maßstäbe der §§ 249 ff. BGB Anwendung finden.<sup>554</sup> Auch im Rahmen der Innenhaftung des GmbH-Geschäftsführers sind derartige Konstellationen denkbar. Wenn aber trotzdem in diesem Rahmen generell keine Vorteilsausgleichung stattfinden soll, so müssten für die diesbezügliche Anspruchsberechnung fundamental andere Maßstäbe als für andere Schadensersatzansprüche gelten.

Derartig gravierende Abweichungen waren aber, auch im Rahmen der vorangegangenen Untersuchung der Tatbestandsvoraussetzungen, nicht ersichtlich. Vielmehr gilt, dass, wie oben dargestellt,<sup>555</sup> auch die Schadensberechnung im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG nach den Grundsätzen des §§ 249 ff. BGB und insbesondere der Differenzhypothese erfolgt.<sup>556</sup>

Warum aber trotz eines solchen Gleichlaufs der Schadensberechnung im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG mit der allgemeinen Schadensberechnung nach Ansicht von *Ziemons* nur im Falle beiderseitiger Geldansprüche eine Vorteilsausgleichung durchgeführt werden soll, ist nicht nachvollziehbar. Dies gilt umso mehr, da auch *Ziemons* selbst zuvor darstellt, dass die Schadensberechnung bei Innenhaftungsansprüchen nach Maßgabe des § 249 BGB erfolgt.<sup>557</sup> Daraus folgt weiter, dass entgegen der von *Paefgen* geforderte Einschränkungen grundsätzlich auch Vorteile aus pflichtwidrig eingegangenen Geschäften anrechenbar sind, da auch diesbezüglich die allgemeinen Regeln der Schadensberechnung gelten. Ob dies auch für den Fall gilt, dass der

---

<sup>554</sup> Vgl. zum demgegenüber teilweise vertretenen, spezifisch gesellschaftsrechtlichen Schadensbegriff oben unter C.III.1.

<sup>555</sup> Vgl. dazu unter C.III.2.

<sup>556</sup> BGH, NZG 2008, 314, 314; WM 2013, 456, 458; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 15; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 449 f.; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 46; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 178.

<sup>557</sup> Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 449 ff.

Geschäftsführer dauerhaft seine Kompetenzen überschreitet, wird demgegenüber noch weiter untersucht werden müssen.<sup>558</sup>

Die Durchführung einer Vorteilsausgleichung ist auch nicht unnötig. Denn zwar ist es richtig, dass für eine Vorteilsausgleichung stets ein Vorteil des Geschädigten erforderlich ist und gerade Vorteile der Gesellschaft durch Wettbewerbsverstöße durch staatliche Sanktionen abgeschöpft werden können<sup>559</sup> und weiter trifft es auch zu, dass bei der Berücksichtigung im Rahmen von gegen die Gesellschaft verhängten Geldbußen sicherlich auch der Zweck der jeweiligen Sanktionsnorm von Relevanz ist. Aus diesen beiden Sonderfällen kann aber nicht gefolgert werden, dass eine Vorteilsausgleichung grundsätzlich nicht in Betracht kommt. Denn die Anwendungsfälle der Vorteilsausgleichung gehen sowohl grundsätzlich<sup>560</sup> als auch im Rahmen der Geschäftsführerinnenhaftung<sup>561</sup> weit über diese Sachverhalte hinaus. Im allgemeinen Schadensrecht ist dabei, wie dargestellt, anerkannt, dass aus diesem Grund eine Korrektur von Schadensersatzansprüchen durch eine Vorteilsausgleichung möglich sein muss. Dass im GmbH-Recht eine Vorteilsausgleichung in manchen Konstellationen mangels eines Vorteils der Gesellschaft nicht in Betracht kommt, ist demgegenüber nicht geeignet, eine grundsätzliche Abweichung vom allgemeinen Schadensrecht zu rechtfertigen.

Aus den genannten Gründen kann schließlich auch die Ansicht von *Thole* nicht überzeugen. Insbesondere seine These, die Haftung des Geschäftsleiters könne über den tatsächlich angefallenen Schaden hinausgehen, ist, wie gezeigt, jedenfalls im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG unzutreffend und rechtfertigt dementsprechend keine Nicht-

---

<sup>558</sup> Siehe dazu unten unter E.III.8.

<sup>559</sup> Vgl. zur Vorteilsausgleichung bei Korruptionsverstößen und Kartellbildung unten unter F.I.

<sup>560</sup> Vgl. etwa die unter D.V.4. geschilderten Konstellationen.

<sup>561</sup> Vgl. etwa die Beispielfälle in Teil F.

anwendung der Vorteilsausgleichung. Ob aufgrund der mit der Innenhaftung auch verfolgten Präventionsinteressen<sup>562</sup> andere Voraussetzungen gelten, wird noch untersucht werden müssen,<sup>563</sup> jedenfalls aber darf ein solches Interesse nicht dazu führen, dass ein Schadenersatzanspruch nicht als Ausgleich erlittener Vermögenseinbußen, sondern als Strafe für den Geschäftsführer verstanden wird.<sup>564</sup>

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass mit der ganz überwiegenden Meinung des Schrifttums und entsprechend der Ansicht der Rechtsprechung auch im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG die Durchführung einer Vorteilsausgleichung jedenfalls grundsätzlich geboten ist.

#### **4. Die Vermeidung eines „windfall profit“ als eigener Begründungsansatz der Vorteilsausgleichung?**

Im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum wird teilweise das Argument vorgebracht, eine Vorteilsausgleichung sei im Rahmen der Innenhaftung (auch) geboten, um einen so genannten „windfall profit“ der Gesellschaft zu vermeiden.<sup>565</sup> Der Begriff des „windfall profit“ meint grundsätzlich einen Vermögenszuwachs der Gesellschaft, der nicht auf der Leistung der Unternehmensleitung, sondern einer plötzlichen, außergewöhnlichen Veränderung der Marktlage beruht.<sup>566</sup>

Im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG kann ein solcher „windfall profit“ nach *Ziemons* dann entstehen, wenn eine Gesellschaft infolge einer schädigenden Handlung des Geschäftsführers einen Ersatzanspruch in Höhe des vollen Schadens gegen diesen hätte und zugleich infolge der schädigenden Handlung entstandene Vorteile behalten dürfe. Die

---

<sup>562</sup> Vgl. dazu bereits oben unter B.II.1.

<sup>563</sup> Vgl. dazu noch unter E.III.2.

<sup>564</sup> Ablehnend auch *Binder/Kraayvanger*, BB 2015, 1219, 1228 und *Kersting*, ZIP 2016, 1266, 1272 f.

<sup>565</sup> So Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 465; *Möller*, Vorteilsanrechnung, S. 166 und *Fleischer*, DStR 2009, 1204, 1210 sowie *ders.* in Spindler/Stilz/*Fleischer*, § 93 AktG Rn. 39 und MüKo/*Fleischer*, § 43 Rn. 45.

<sup>566</sup> *Möller*, Vorteilsanrechnung, S. 166, Fn. 1019.

Vermeidung eines „*windfall profits*“ sei daher „*Ausgangspunkt aller Überlegungen*“ zur Anwendung der Vorteilsausgleichung.<sup>567</sup> Auch Möller führt aus, dass in der Vermeidung eines „*windfall profits*“ das stärkste Argument für eine Vorteilsausgleichung im Rahmen der Organleiterinnenhaftung läge.<sup>568</sup> In besonderem Maße greift weiter auch Fleischer ausführlich auf diesen Begründungsansatz zurück. Bereits 2005 führt er im Rahmen der Untersuchung der Legalitätspflicht des Vorstands die Vermeidung eines „*windfall profits*“ als positive Folge der Vorteilsausgleichung auf.<sup>569</sup> Auf diesen Aspekt kommt Fleischer seitdem stets zurück,<sup>570</sup> ergänzt um die Aspekte, dass durch die Vorteilsausgleichung daneben auch dem Grundsatz der Gewinnabwehr<sup>571</sup> beziehungsweise dem Bereicherungsverbot<sup>572</sup> Genüge getan werde.

Es kann bezweifelt werden, ob in der Vermeidung eines „*windfall profits*“ ein eigenständiger Begründungsansatz für die Vorteilsausgleichung gesehen werden kann. Denn führt man sich vor Augen, dass der zu vermeidende „*windfall profit*“ in diesem Zusammenhang stets in einer ungerechtfertigten Besserstellung der Gesellschaft infolge der Pflichtverletzung des Geschäftsführers besteht, so fällt auf, dass die Vermeidung einer solchen Besserstellung mit dem allgemeinen schadensrechtlichen Grundsatz des Bereicherungsverbots, wonach der Geschädigte im Rahmen des Schadensausgleichs nicht bereichert werden soll, inhaltlich übereinstimmt.<sup>573</sup> Der Grundsatz des Bereicherungsverbots kann aber bereits an sich, wie soeben dargestellt,<sup>574</sup> auch im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG zur Begründung der Anwendung der Vorteilsausgleichung herangezogen werden. Die Vermeidung eines

---

<sup>567</sup> Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 465.

<sup>568</sup> Möller, *Vorteilsanrechnung*, S. 166.

<sup>569</sup> Fleischer, *ZIP* 2005, 141, 151.

<sup>570</sup> Fleischer, *DStR* 2009, 1204, 1210; Spindler/*Stilz/Fleischer*, § 93 AktG, Rn. 39 und mit identischem Wortlaut *MüKo/Fleischer*, § 43 Rn. 45.

<sup>571</sup> Fleischer, *DStR* 2009, 1204, 1210

<sup>572</sup> Spindler/*Stilz/Fleischer*, § 93 AktG, Rn. 39; *MüKo/Fleischer*, § 43 Rn. 45.

<sup>573</sup> Siehe dazu oben unter D.V.1.

<sup>574</sup> Siehe oben unter E.II.3.

„*windfall profits*“ ist daher lediglich eine Ausprägung des allgemeineren Grundsatzes des Bereicherungsverbots. Eine über das Bereicherungsverbot hinausgehende Begründung liefert dieser Gedanke jedoch nicht, sondern verdeutlicht lediglich, worin die ungerechtfertigte Bereicherung im Kontext der Innenhaftung besteht. Hierbei besteht jedoch die wohl überwiegende Gefahr, durch die Verwendung dieses im deutschen Schrifttum relativ unbekanntem Begriffs eher Verwirrung zu stiften als für Klarheit zu sorgen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Vermeidung eines „*windfall profits*“ als scheinbar selbstständiger Aspekt neben dem Bereicherungsverbot genannt wird. Im weiteren Verlauf dieser Untersuchung wird daher auf die Verwendung dieses Begriffes verzichtet werden und stattdessen entsprechend der bislang genutzten Terminologie auf den Grundsatz des Bereicherungsverbots abgestellt werden.

## **5. Die Abgrenzung der Vorteilsausgleichung von der so genannten „*nützlichen Pflichtverletzung*“**

An dieser Stelle erscheint darüber hinaus eine weitere terminologische Klarstellung geboten, nämlich die Abgrenzung des Rechtsinstituts der Vorteilsausgleichung von der Figur der so genannten „*nützlichen Pflichtverletzung*“.<sup>575</sup>

Letzterer Begriff wurde im deutschsprachigen Schrifttum im Rahmen der Diskussion um Korruptionsverstöße in deutschen Unternehmen etabliert, bei denen fraglich war, ob die betreffenden Gesellschaften ohne die entsprechenden Zahlungen gewinnträchtige Aufträge erlangt hätten.<sup>576</sup> Im Zuge dessen wurde von einem beachtlichen Teil der Literatur lange vertreten, dass Handlungen der Leitungsorgane einer Gesellschaft, welche zwar gegen geltende gesetzliche Vorschriften verstießen, namentlich insbesondere Korruptionsverstöße mit Aus-

---

<sup>575</sup> Ausführlich hierzu aus aktienrechtlicher Sicht *Harzenetter*, Innenhaftung.

<sup>576</sup> Hölters/*Hölters*, § 93 Rn. 257. Zu den Ursprüngen der Debatte im US-amerikanischen Recht vgl. *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 146 ff.

landsbezug, abgesehen davon aber im Interesse der Gesellschaft waren, bereits nicht pflichtwidrig, jedenfalls aber gerechtfertigt oder entschuldigt seien und ein Schadensersatzanspruch der Gesellschaft daher ausschied.<sup>577</sup> Mit der heute wohl einhelligen Meinung in Literatur und Rechtsprechung ist diese Ansicht abzulehnen, vielmehr stellen auch solche vorgeblich vorteilhaften Handlungen schuldhaft und rechtswidrige Pflichtverstöße dar.<sup>578</sup>

Wie angesichts der generell eher unklaren Terminologie des Instituts der Vorteilsausgleichung nicht untypisch,<sup>579</sup> wird dieser Aspekt aber von Teilen der neueren Literatur mit Aspekten der Vorteilsausgleichung vermischt. Dementsprechend werden teilweise alle Pflichtverletzungen, unabhängig von ihrer Art, aus denen auch ein Vorteil der Gesellschaft entsteht, als „*nützliche Pflichtverletzungen*“ bezeichnet<sup>580</sup> oder von der Anerkennung beziehungsweise Nichtanerkennung nützlicher Pflichtverletzungen gesprochen, wenn die Anwendung der Vorteilsausgleichung gemeint ist.<sup>581</sup>

---

<sup>577</sup> So Meyer-Landrut/Miller/Niehus/*Meyer-Landrut*, § 43 Rn. 13. Für Korruptionsverstöße mit Auslandsbezug auch Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack* (18. Auflage), § 43 Rn. 22 (noch im Jahr 2006); Hachenburg/*Mertens*, § 43 Rn. 21; Michalski/*Haas* (1. Auflage), § 43 Rn. 48 f. Eingeschränkt auch Scholz/*Schneider* (8. Auflage), § 43 Rn. 68 f. Zum Aktienrecht für eine Zulässigkeit ausführlich *Wurm*, Verbotene Zuwendungen im internationalen Wirtschaftsverkehr und die aktienrechtliche Haftung des Vorstands einer Aktiengesellschaft, insb. S. 293 ff. Siehe auch *Harzenetter*, Innenhaftung, S. 96 ff.

<sup>578</sup> BGH, NJW 2010, 3458, 3458 ff.; NJW 2011, 88, 88 ff.; *Bayer*, in: FS Schmidt, S. 90 f.; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 23; Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 22; GK-AktG/*Hopt/Roth*, § 93 Rn. 134; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 12; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 43; Rowedder/Schmidt-Leit-hoff/*Schnorbus*, § 43 Rn. 37; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 74; Spindler/Stilz/*Fleischer*, § 43 Rn. 36; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 52. Ausführlich *Möller*, Vorteilsanrechnung, S. 43 ff.

<sup>579</sup> Vgl. etwa zur uneinheitlichen Bezeichnung oben unter D.I.1.

<sup>580</sup> So *Harzenetter*, Innenhaftung, S. 41 ff.; Hüfer/*Hüffer*, § 93 Rn. 258, *Möller*, Vorteilsanrechnung, Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 230.

<sup>581</sup> So etwa MüKo-AktG/*Spindler*, § 93 Rn. 107; Soergel/*Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 324. Tendenziell auch *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 527.

Diese beiden Aspekte sollten meines Erachtens jedoch nicht vermischt werden, da sie ganz unterschiedliche Aspekte der Haftung betreffen: Der Aspekt der „*nützlichen Pflichtverletzungen*“ ist, wie ausgeführt, bereits auf Ebene der Pflichtverletzung<sup>582</sup> angesiedelt, während das Institut der Vorteilsausgleichung erst bei der Bezifferung des zu ersetzenden Schadens ansetzt. Im Zuge dieser Untersuchung wird daher die vorgenannte Terminologie genutzt und klar zwischen sogenannten „*nützlichen Pflichtverletzungen*“ und der Vorteilsausgleichung unterschieden werden.<sup>583</sup>

## **II. Besonderheiten der Vorteilsausgleichung im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG**

Im nächsten Schritt ist nun zu untersuchen, inwieweit die in Teil D gefundenen Ergebnisse auf die Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG übertragbar sind. Denn die Tatsache, dass grundsätzlich auch in diesem Rahmen eine Vorteilsausgleichung stattfindet, schließt nicht aus, dass aufgrund der Besonderheiten des GmbH-Rechts eine Anpassung erforderlich ist.<sup>584</sup> Jedenfalls können sich aus der besonderen Struktur der GmbH weitere Fragen und Besonderheiten ergeben.

### **1. Vorbemerkung: Zum Verständnis der Vorteilsausgleichung im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum**

Bevor jedoch im Folgenden auf einen diesbezüglichen möglichen Änderungsbedarf eingegangen wird, erscheint es geboten, zuvor kurz darzustellen, in welcher Form und in welchem Umfang sich das gesellschaftsrechtliche Schrifttum bereits mit der Vorteilsausgleichung befasst hat.

---

<sup>582</sup> Beziehungsweise deren Rechtfertigung oder Entschuldigung.

<sup>583</sup> So auch Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 22; GK-AktG/*Hopt/Roth*, § 93 Rn. 134, 411; *Habersack*, in: FS Schneider, S. 439 f.; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 74 ff.; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus*, § 43 Rn. 37.

<sup>584</sup> Zur Berücksichtigung derartiger Besonderheiten aufgrund des Normzwecks siehe oben unter D.V.2. h) bb).

### a) Die Vorteilsausgleichung im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum

Wie oben ausführlich dargestellt,<sup>585</sup> fand in der schadensrechtlichen Literatur in den letzten über hundert Jahren eine anhaltende Diskussion über die Bedeutung und die Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung statt. Im Rahmen dessen wurden verschiedenste Theorien und Ansätze entwickelt und insbesondere wiederholt Kritik an der zumindest bezüglich der angewandten Kriterien, wenn auch nicht im Ergebnis, vergleichsweise kontinuierlichen Rechtsprechung<sup>586</sup> geübt. Vor allem das von der Rechtsprechung vertretene Kriterium der adäquaten Kausalität zwischen schädigendem Ereignis und Vorteil wird seit fast einem Jahrhundert von der überwiegenden Literaturansicht abgelehnt,<sup>587</sup> aber auch die anderen Kriterien der Rechtsprechung wie die notwendige „*Rechnungseinheit*“ von Vor- und Nachteil sowie das Erfordernis der Billigkeit und Zumutbarkeit der Anrechnung werden deutlich kritisiert.<sup>588</sup>

Im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum wird auf diese Diskussion demgegenüber weitgehend kein Bezug genommen. Ganz überwiegend wird stattdessen bezüglich der Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung schlicht auf die, wie dargestellt, hoch umstrittenen Kriterien der Rechtsprechung verwiesen.<sup>589</sup> Andere Stimmen in der Literatur verzichten auf einen solchen Verweis, stellen aber (regelmäßig ohne Begründung) eigene Kriterien auf oder verkürzen die Kriterien der

---

<sup>585</sup> Siehe oben unter D.III.

<sup>586</sup> Siehe oben unter D.IV.

<sup>587</sup> Siehe oben unter D.V.2. b) bb).

<sup>588</sup> Siehe oben unter D.V.2. h) aa).

<sup>589</sup> So etwa *Bayer/Scholz*, GmbHHR 2015, 449, 454 f.; *Binder/Kraayvanger*, BB 2015, 1219, 1228; *Eufinger*, VersR 2015, 1265, 1271; Michalski/*Haas* (1. Auflage), § 43 Rn. 209; *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33, 56; *Kersting*, ZIP 2016, 1266, 1271; *Kindler*, in: FS Roth, S. 374 f. (zur Vorstandshaftung); Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 46; *Marsch-Barner*, ZHR 173 (2009), 723, 725; *Scholz/Schneider*, § 43 Rn. 230. Aus dem aktienrechtlichen Schrifttum GK-AktG/*Hopt/Roth*, § 93 Rn. 411; *Harzenetter*, Innenhaftung, S. 128 f.; *Hölters/Hölters*, § 93 Rn. 256; *Hüffer/Koch*, § 93 Rn. 49; *Schmidt/Lutter/Krieger/Sailer/Coceani*, § 93 Rn. 38.



Rechtsprechung kommentarlos.<sup>590</sup> Teilweise wird weiter behauptet, eine Bewältigung könne, wie angeblich auch im Zivilrecht, nur über Fallgruppenbildung erfolgen.<sup>591</sup>

Arbeiten, die sich ausführlicher mit den spezifischen Problemen der Vorteilsausgleichung und den sich daraus ergebenden Streitpunkten und Diskussionen im Zusammenhang mit der Haftung von Geschäftsführer bzw. Vorstand auseinandersetzen, ließen sich demgegenüber nur im Zusammenhang mit der Frage der Haftung der Geschäftsleitung für Korruption oder Kartellverstöße finden:

So widmet *Lohse* ihren Beitrag in der im Jahr 2010 erschienenen Festschrift für *Hüffer* der Frage, ob von der Gesellschaft an Dritte gezahlte Schmiergelder einen Schaden im Sinne des Innenhaftungsrechts darstellen und ob hierdurch erworbene Gegenleistungen durch Anwendung der Vorteilsausgleichung Berücksichtigung finden müssen, wobei sie sich sowohl mit dem dafür maßgeblichen Vorteilsbegriff als auch den von Literatur und Rechtsprechung zur Vorteilsausgleichung entwickelten Fallgruppen und der Einordnung der thematisierten Korruptionsfälle auseinandersetzt.<sup>592</sup>

Noch ausführlicher beschäftigt sich *Möller* in seiner 2012 veröffentlichten Dissertation mit der Frage, ob im Innenhaftungsrecht von Geschäftsführern und Vorständen bei nützlichen Pflichtverletzungen,

---

<sup>590</sup> Vgl. Saenger/Inhester/Lücke/Simon, § 43 Rn. 51 (Anrechnung von „in unmittelbarem Zusammenhang mit der die Vermögensminderung verursachenden Handlung“ entstehenden Vorteilen); Henssler/Strohn/Oetker, § 43 GmbHG Rn. 35 (Anrechnung, wenn „der Zweck der verletzten Pflicht dem nicht entgegensteht“). Aus dem aktienrechtlichen Schrifttum insbesondere KK-AktG/Mertens/Cahn, § 93 Rn. 63 mit völlig eigenständigen Kriterien.

<sup>591</sup> *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 151; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 45. Demgegenüber auf die Kriterien der Rechtsprechung abstellend (wiederum ohne Hinweis auf deren Umstrittenheit) *ders.*, DStR 2009, 1204, 1210.

<sup>592</sup> *Lohse*, in: FS Hüffer, S. 581 ff., insb. S. 585 ff. Kritisch hierzu *Kindler*, in: FS Roth, S. 374.

diskutiert auch hier am Beispiel von Schmiergeldzahlungen oder Kartellverstößen, die Anwendung der Vorteilsausgleichung geboten ist.<sup>593</sup>

## **b) Übertragung des im Teil D erarbeiteten Verständnisses der Vorteilsausgleichung**

Es ist dabei kein Grund ersichtlich, der gegen die Übertragung des im Teil D erarbeiteten Verständnisses der Vorteilsausgleichung und insbesondere ihrer Voraussetzungen im Allgemeinen auf das Problem der Geschäftsführer-Innenhaftung im Besonderen spricht.

Sofern die gesellschaftsrechtliche Literatur demgegenüber im Rahmen der Vorteilsausgleichung teilweise anscheinend Kriterien bemüht, die nicht nur davon abweichen, sondern sich grundsätzlich in den zur Vorteilsausgleichung im schadensrechtlichen Schrifttum vertretenen Ansichten nicht widerfinden,<sup>594</sup> wird regelmäßig nicht begründet, warum eine solche Abweichung geboten ist. In Ermangelung von Hinweisen liegt es daher nahe, davon auszugehen, dass es sich bei diesen scheinbar abweichenden Kriterien nicht um eigenständige Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung, sondern um lediglich missverständliche Verweisungen auf die allgemeinen Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung handelt.<sup>595</sup>

Auch der Verweis auf die Kriterien der Rechtsprechung<sup>596</sup> geschieht ohne Begründung dafür, warum gerade diese Kriterien im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG bzw. des § 93 Abs. 2 AktG zu einem sachgerechten Verständnis führen. Vielmehr ist meines Erachtens im Gegenteil kein Umstand ersichtlich, der die gegen dieses Verständnis zu Recht

---

<sup>593</sup> *Möller*, Vorteilsanrechnung.

<sup>594</sup> So *Henssler/Strohn/Oetker*, § 43 GmbHG Rn. 35 und *Saenger/Inhvester/Lücke/Simon*, § 43 Rn. 51.

<sup>595</sup> Wobei, wie oben in Teil D dargestellt, derartige allgemein anerkannte Kriterien nicht bestehen.

<sup>596</sup> *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015, 449, 454 f.; *Eufinger*, VersR 2015, 1265, 1271; *Kersting*, ZIP 2016, 1266, 1271; *Kindler*, in: FS Roth, S. 374 f. (zur Vorstandshaftung); *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, § 43 Rn. 46; *Scholz/Schneider*, § 43 Rn. 230.

erhobene Kritik, insbesondere an ihrer mangelnden Bestimmtheit,<sup>597</sup> gerade im Kontext der Innenhaftung von Geschäftsleitern entkräftet. Gleiches gilt für die ebenfalls bereits im Rahmen der Diskussion der Vorteilsausgleichung verworfene Lösung über Fallgruppen.<sup>598</sup>

Wie oben ausgeführt, wird daher in diesem Abschnitt grundsätzlich das zuvor entwickelte Verständnis der Vorteilsausgleichung auf die Haftung gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG übertragen. Ob die Besonderheiten dieser Anspruchsgrundlage dabei Anpassungen dieser Rechtsfigur oder Besonderheiten bei Ihrer Anwendung erfordern, wird im Folgenden zu untersuchen sein.

## **2. Anpassung aufgrund der besonderen Zielsetzung des § 43 Abs. 2 GmbHG?**

Eine solche Anpassung könnte dabei geboten sein, wenn die Anwendung der Vorteilsausgleichung beziehungsweise die Anwendung unter Nutzung der vorgenannten Kriterien mit den Zielen kollidiert, die mit der Regelung des § 43 Abs. 2 GmbHG verfolgt werden. Denn wie im Rahmen der allgemeinen Untersuchung der Vorteilsausgleichung ausgeführt, kann für die Entscheidung über die Anrechnung eines Vorteils regelmäßig zwar nicht pauschal auf den Zweck der verletzten Haftungsnorm abgestellt werden, insbesondere da gerade die allgemeinen Haftungsnormen wie etwa § 823 Abs. 1 BGB keine so spezifische, über den allgemeinen Schadensausgleich hinausgehende Zielsetzung haben, als das damit einzelne Vorteile als anrechenbar oder nicht anrechenbar bestimmt werden könnten. Dies schließt dabei jedoch nicht aus, dass für den Fall, dass mit einer Haftungsnorm doch besondere weitere Ziele verfolgt werden, jedenfalls ergänzend auch auf diese zurückgegriffen werden kann.<sup>599</sup>

---

<sup>597</sup> Siehe dazu oben unter D.V.2. h).

<sup>598</sup> Dafür nunmehr MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 45. Zur Kritik gegen eine Lösung über Fallgruppen siehe oben unter D.V.3.

<sup>599</sup> Siehe dazu oben unter D.V.2. h) bb).

Anknüpfend an diese Ausgangssituation müssen daher zwei Fragen beantwortet werden: Sollen mithilfe des § 43 Abs. 2 GmbHG neben dem Schadensausgleich weitere, eigenständige Regelungsziele erreicht werden, und wenn ja, welche? Und, sollte dies der Fall sein, welche Auswirkungen hat dies auf die Durchführung der Vorteilsausgleichung?

### **a) Die Zielsetzung des § 43 Abs. 2 GmbHG**

Einleitend ist aus diesem Grund (erneut) zu untersuchen, welche Ziele die Haftung gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG verfolgt. Wie im Rahmen der allgemeinen Untersuchung der Regelungssystematik des § 43 Abs. 2 GmbHG bereits festgestellt,<sup>600</sup> soll die Innenhaftung des Geschäftsführers grundsätzlich drei Ziele erfüllen: Schäden der Gesellschaft sollen ausgeglichen werden, der Geschäftsführer soll zu pflichtgemäßem Verhalten angehalten werden und schließlich sollen mittelbar die Gesellschafter und die Gesellschaftsgläubiger geschützt werden.<sup>601</sup>

#### **aa) Schutz der Gesellschafter und Gesellschaftsgläubiger als Reflex**

Bezüglich des Schutzes der Gesellschafter und der Gesellschaftsgläubiger zeigt sich schnell, dass insoweit keine Anpassung der Vorteilsausgleichung geboten ist:

Der erwähnte Schutz der Gesellschafter und der Gesellschaftsgläubiger folgt, jedenfalls im Rahmen des hier relevanten allgemeinen Haftungsanspruchs des § 43 Abs. 2 GmbHG,<sup>602</sup> als Reflex<sup>603</sup> aus dem Schutz der Gesellschaft beziehungsweise des Gesellschaftsvermögens. Denn der Schutz der Gesellschafter kommt dadurch zustande, dass diese Eigentümer der Gesellschaft sind. Wird somit durch einen Schadenersatzanspruch die finanzielle Situation der Gesellschaft verbessert, so

---

<sup>600</sup> Siehe dazu oben unter B.II.

<sup>601</sup> Vgl. die Nachweise unter B.II.

<sup>602</sup> Zu den spezifisch gläubigerschützenden Regelungen des § 43 Abs. 3 GmbHG vgl. Michalski /Ziemons, § 43 Rn. 7; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 2.

<sup>603</sup> Michalski /Ziemons, § 43 Rn. 7.

verbessert dies daher auch die Stellung der Gesellschafter.<sup>604</sup> Der Schutz der Gesellschaftsgläubiger wiederum erschöpft sich darin, dass ein Schadenersatzanspruch der Gesellschaft deren Solvenz erhöht und für die Gläubiger daher das Ausfallrisiko sinkt.<sup>605</sup>

Dieser mittelbare Schutz der Gesellschafter und Gläubiger stellt aber keine Besonderheit gegenüber jedem anderen Schadenersatzanspruch dar.<sup>606</sup> Vielmehr verwirklicht sich lediglich auch in diesem Rahmen die jedem Schadensausgleich zwangsläufig folgende Konsequenz, dass von einer besseren Stellung eines Geschädigten diejenigen profitieren, die Ansprüche gegen den Geschädigten haben, seien es die schuldrechtlichen Ansprüche von Gläubigern oder die Rechte eines Eigentümers.

Da insoweit somit keine Besonderheiten gegenüber jedem anderen Schadenersatzanspruch bestehen, erscheint aus diesem Grund keine Modifikation der Vorteilsausgleichung geboten. Etwas anderes gilt demgegenüber möglicherweise für die Präventionsfunktion der Innenhaftung, von welcher die Gesellschafter ebenso mittelbar profitieren.<sup>607</sup>

### **bb) Zu Präventions- und Kompensationsfunktion**

Fraglich bleibt daher, ob eine Anpassung aufgrund der weiteren, mit § 43 Abs. 2 GmbHG verfolgten Regelungsziele geboten ist. Diese weiteren Ziele werden dabei wie bei anderen Haftungsnormen auch<sup>608</sup> regelmäßig sowohl in der Kompensation der von der Gesellschaft erlittenen Schäden als auch in der vorgelagerten Prävention künftiger

---

<sup>604</sup> Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 7 m.w.N.; *Schneider*, FS Werner, S. 802.

<sup>605</sup> Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack* § 43 Rn. 1; *Goette*, DStR 1998, 1308, 1308; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 7 m.w.N.

<sup>606</sup> Bezogen erneut ausschließlich auf den hier behandelten allgemeinen Anspruch gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG.

<sup>607</sup> Dazu sogleich unter E.III.2. b) bb).

<sup>608</sup> *Fleischer*, ZIP 2014, 1305, 1310.

Schäden gesehen,<sup>609</sup> wobei, wie oben bereits angeführt, das Verhältnis dieser Ziele zueinander sowie ihre jeweilige Bedeutung umstritten ist.<sup>610</sup>

So wird von Teilen der Literatur in der Kompensation das primäre Ziel der Innenhaftung gesehen,<sup>611</sup> während die verhaltenslenkende, präventive Funktion eher als erwünschter Nebeneffekt betrachtet wird.<sup>612</sup> Zur Verhaltenssteuerung solle stattdessen primär auf andere Sanktionen, etwa die Abberufung, zurückgegriffen werden.<sup>613</sup>

Demgegenüber wird in den letzten Jahren verstärkt auch ein hiervon stark abweichender Ansatz vertreten. Insbesondere aufbauend auf den Verhältnissen von Aktiengesellschaften wird davon ausgegangen, dass der Ausgleich von Vermögensschäden nur untergeordneter Zweck ist<sup>614</sup> oder aufgrund der bei börsennotierten Gesellschaften verbreiteten Praxis, dass die Gesellschaft für den Vorstand Vermögensschadenshaftpflichtversicherungen, so genannte D&O-Versicherungen,<sup>615</sup> abschließt, ganz entfällt.<sup>616</sup> Primäres Ziel der Innenhaftung sei daher die Verhaltenssteuerung und die Vermeidung künftiger Schäden.<sup>617</sup>

Es kann zurecht bezweifelt werden, inwieweit diese zweite Ansicht überzeugen kann.<sup>618</sup> Unbestritten ist zwar die grundsätzliche Bedeu-

---

<sup>609</sup> Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 1; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 6. So auch das aktienrechtliche Schrifttum zu § 93 Abs. 2 S. 1 AktG, vgl. etwa Hüffer/*Koch*, § 93 Rn. 1.

<sup>610</sup> Siehe dazu oben unter B.II.

<sup>611</sup> *Möller*, Vorteilsanrechnung, S. 153; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 6; Ulmer/*Paefgen* § 43 Rn. 4.

<sup>612</sup> MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 45. Zum Aktienrecht Hüffer/*Koch*, § 93 Rn. 49; *Marsch-Barner*, ZHR 173 (2009), 723, 728 f.

<sup>613</sup> Hüffer/*Koch*, § 93 Rn. 49.

<sup>614</sup> *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926, 928; *Vetter*, in: FS Hoffman-Becking, S. 1324 f.

<sup>615</sup> Vgl. zur D&O-Versicherung in der GmbH *Weiß*, GmbHR 2014, 574, 574 ff. Ausführlich zu D&O-Versicherungen Hdb Managerhaftung/*Sieg*, § 29.

<sup>616</sup> *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227, 255 ff.

<sup>617</sup> *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926, 928; *Vetter*, in: FS Hoffman-Becking, S. 1324 f.; *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227, 255 ff.

<sup>618</sup> Kritisch auch *Fleischer*, ZIP 2014, 1305, 1310.

tung der Steuerung des Verhaltens des Geschäftsleiters, deren Bedeutung dabei auch über die jedem Haftungsanspruch innewohnende Präventionsfunktion<sup>619</sup> hinausgehende dürfte.<sup>620</sup> Jedenfalls soweit aber für das Primat der Prävention mit dem Abschluss von D&O-Versicherungen und der damit einhergehenden Verlagerung der tatsächlichen Haftung weg vom Leitungsorgan argumentiert wird,<sup>621</sup> basieren diese Überlegungen jedoch regelmäßig auf den Verhältnissen der Vorständen großer, börsennotierter Aktiengesellschaften.<sup>622</sup> Aktuelle, umfassende Zahlen zur Absicherung von Geschäftsführern durch D&O-Versicherungen liegen zwar nicht vor, es darf jedoch bezweifelt werden, dass gerade angesichts der großen Zahl von als GmbH geführten Kleinunternehmen hier vom Abschluss einer solchen Versicherung als Regelfall ausgegangen werden kann.<sup>623</sup> Zudem führt die geringere Größe der meisten GmbHs dazu, dass die Höhe der durch Fehlverhalten von Geschäftsführern angerichteten Schäden sich im Gegensatz zu den denkbaren Milliardenschäden bei börsennotierten Gesellschaften<sup>624</sup> oftmals in einem Rahmen bewegt, der zumindest eine teilweise Befriedigung aus dem Vermögen des Geschäftsführers ermöglicht.

In Übereinstimmung mit der ganz herrschenden Ansicht wird daher auch hier weiterhin davon ausgegangen, dass mit der Innenhaftung gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG sowohl eine Kompensation erfolgter Schäden als auch eine Prävention künftiger Schäden bezweckt werden soll. In welchem Verhältnis diese Ziele zueinanderstehen, muss demgegenüber an dieser Stelle nicht entschieden werden.<sup>625</sup>

---

<sup>619</sup> *Fleischer*, ZIP 2014, 1305, 1310.

<sup>620</sup> So auch *Möller*, Vorteilsanrechnung, S. 154.

<sup>621</sup> So insbesondere *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227, 246 f. Kritisch hierzu *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782, 796.

<sup>622</sup> Vgl. etwa die Ausführungen *Wagners* zu im dreistelligen Millionenbereich liegenden Deckungssummen, welche trotzdem „*nicht hoch genug*“ seien, um alle Risiken abzufedern, *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227, 235 f.

<sup>623</sup> Vgl. zu den verfügbaren Statistiken unten unter Fn. 271.

<sup>624</sup> *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782, 788.

<sup>625</sup> So auch *Möller*, Vorteilsanrechnung, S. 154.

## **b) Erforderlichkeit einer Modifikation der Vorteilsausgleichung**

Festhalten lässt sich daher, dass Zweck der Innenhaftung neben der Schadenskompensation auch der Steuerung des Verhaltens des Geschäftsführers dient, indem dieser durch die Androhung einer Schadensersatzpflicht zu pflichtgemäßem Handeln angehalten wird. Fraglich ist jedoch, ob und wenn ja welche Folgen diese Zielsetzung für die Anwendung und Durchführung der Vorteilsausgleichung im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG hat.

### **aa) Ansicht in Literatur und Rechtsprechung**

In der Rechtsprechung wurde eine solche Anpassung der Vorteilsausgleichung dabei, soweit ersichtlich, nicht in Erwägung gezogen.

Auch in der Literatur findet sich keine grundlegenden, umfassenden Ausführungen zu diesem Thema. Eine Behandlung dieser Frage erfolgt lediglich im Rahmen der die Diskussion dominierenden Arbeiten zur Vorteilsausgleichung bei Korruptions- und Kartellverstößen:

So argumentiert *Lohse* unter Verweis auf den Ansatz von *Cantzler*<sup>626</sup>, dass aufgrund des jedenfalls auch bestehenden Präventionsziels im Rahmen der Organleiterinnenhaftung eine Vorteilsausgleichung ausscheidet, da andernfalls ein Anreiz für Korruptionsverstöße geschaffen und eine Erfüllung des Regelungsziels der Schadensprävention ansonsten gerade verhindert würde.<sup>627</sup> Insbesondere da die Gewinne aus solchen Verstößen den Schaden in Höhe der Schmiergeldzahlung regelmäßig überstiege, dürfe keine Vorteilsausgleichung stattfinden; die sich aus der Versagung der Vorteilsausgleichung ergebende Bereicherung der Gesellschaft sei nicht zu beanstanden, weil der Geschäftsführer aufgrund des Verstoßes gegen die Legalitätspflicht nicht schutzwürdig sei.<sup>628</sup>

---

<sup>626</sup> *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 29 ff. Vgl. zum Ansatz *Cantzlers* ausführlich oben unter D.III.3.

<sup>627</sup> *Lohse*, in: FS Hüffer, S. 590 ff.

<sup>628</sup> *Lohse*, in: FS Hüffer, S. 599 f.



Im Ergebnis lehnt auch *Möller* mit dieser Begründung eine Vorteilsausgleichung in Kartell- und Korruptionsfällen ab, da anders die zur Wahrung der Rechtsordnung erforderliche Verhaltenssteuerung der Leitungsorgane nicht gewährleistet werden könne und diese angesichts der bewusst begangenen Pflichtverletzungen auch nicht schutzwürdig seien.<sup>629</sup>

Schließlich lehnt auch *Thole* eine Vorteilsausgleichung bei Verstößen gegen die Legalitätspflicht deswegen weitgehend ab, weil ansonsten die neben der Kompensationsfunktion gewünschte präventive Wirkung der Organhaftung verloren ginge.<sup>630</sup>

### **bb) Eigene Bewertung**

Betrachtet man die Argumentation zur Anpassung der Vorteilsausgleichung aufgrund der Regelungsziele der Organleiterinnenhaftung, die in der Praxis oftmals einer Versagung der Vorteilsausgleichung hinausläuft, so zeigt sich, dass hierfür oft ein Interessengegensatz zwischen der Kompensations- und der Präventionsfunktion behauptet wird. Dieser bestehe darin, dass eine restriktive Handhabungsweise eine Versagung der Vorteilsausgleichung die präventive Wirkung der Haftung stärken würde, während umgekehrt eine großzügige Anwendung eher der Kompensationsfunktion gerecht würde.<sup>631</sup> Vorzugswürdig sei dabei die Wahrung der präventiven Wirkung durch Einschränkung der Vorteilsausgleichung.<sup>632</sup> Fraglich ist jedoch bereits, ob dieser Interessengegensatz in der postulierten Weise überhaupt besteht sowie weiter, ob die Vorteilsausgleichung der angemessene Ort ist, einen solchen etwaigen Konflikt zu lösen.

---

<sup>629</sup> *Möller*, Vorteilsanrechnung, S. 166 ff.

<sup>630</sup> *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 527 ff.

<sup>631</sup> So etwa *Möller*, Vorteilsanrechnung, S. 166 und *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 527 f.

<sup>632</sup> *Lohse*, in: FS Hüffer, S. 590 ff.; *Möller*, Vorteilsanrechnung, S. 166 ff.; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 528 ff.

## (1) Zur Präventionsfunktion

Soweit angenommen wird, ein weniger an Vorteilsausgleichung führe stets zu einem mehr an Prävention, erscheint schon diese Annahme zweifelhaft.

Denn das eine immer höhere drohende Sanktion, hier durch eine höhere Inanspruchnahme, nicht auch stets stärker zu gewünschtem Verhalten führt, ist sowohl in Rechtssoziologie als auch Kriminologie anerkannt.<sup>633</sup> Warum demgegenüber ein solcher Erfahrungssatz ausgerechnet im Bereich der Organinnenhaftung bestehen sollte, ist nicht nachvollziehbar, insbesondere sind diesbezüglich keinerlei empirischen Untersuchungen erfolgt.

Zudem kann aus übermäßigen Haftungsansprüchen eine unerwünschte Verschiebung der Prioritäten des Geschäftsführers folgen: Denn wenn einem Geschäftsführer im Falle einer Pflichtverletzung eine äußerst rigide Haftung droht, hat dieser einen starken Anreiz, nicht mehr primär auf den Unternehmenserfolg hinzuarbeiten, sondern stattdessen schwerpunktmäßig Situationen zu vermeiden, aus denen Haftungsansprüche folgen könnten.<sup>634</sup> Angesichts der Tatsache, dass, wie dargestellt, die Führung eines Unternehmens jedoch prinzipiell oftmals Entscheidungen erfordert, bei denen zwar die Gefahr besteht, dass sich im Nachhinein als ökonomisch falsch erweisen, ohne derartige Risikoentscheidungen eine erfolgreiche Unternehmensführung aber nicht möglich ist,<sup>635</sup> kann die Gesellschaft an einem solchen übermäßig risikoaversen Verhalten nicht interessiert sein.

---

<sup>633</sup> Vgl. nur *Baer*, Rechtssoziologie, S. 251 ff.; *Eisenberg/Kölbel*, Kriminologie, S. 738 ff.; *Kunz/Singelstein*, Kriminologie, S.289, 298 f.; *Raiser*, Rechtssoziologie, S. 229 f.; 256 ff.

<sup>634</sup> *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926, 927; *Brommer*, AG 2013, 121, 123; *Heyers*, WM 2016, 581, 581. Siehe dazu noch unten unter E.III.6.

<sup>635</sup> Dass auch der Gesetzgeber der Ansicht ist, dass solche Risikoentscheidungen oftmals unvermeidlich sind, zeigt sich in der Schaffung der für genau solche Fälle gedachten Privilegierung gemäß § 93 Abs. 1 S. 2 AktG. Siehe dazu näher oben unter C.I.3.

Bereits aus diesem Grund sollte der Präventionsfunktion im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG nicht oder jedenfalls nicht ausschließlich das enge, negative Verständnis des allgemeinen Deliktsrechts, wonach der Handelnde zur Vermeidung angedrohter Sanktionen schädigende Handlungen unterlässt,<sup>636</sup> zugrunde gelegt werden. Angestrebt werden sollte stattdessen ein weites, bei vergleichender Betrachtung eher positives Verständnis im Sinne einer allgemeinen Verhaltenssteuerung in Form einer Anregung zu erwünschtem Verhalten. Die Erreichung dieses Ziels erfordert jedoch eine differenziertere Herangehensweise, jedenfalls wäre es wohl nicht durch ein schlichtes „mehr“ an Haftung zu erreichen.

Wenn aber bereits nicht gesichert ist, ob und inwieweit eine Einschränkung der Vorteilsausgleichung überhaupt geeignet ist, ein pflichtgemäßes Verhalten des Geschäftsführers herbeizuführen und im Gegenteil vielmehr das Risiko besteht, über eine gesteigerte Risikoaversion für die Gesellschaft schädliches Verhalten zu fördern, spricht meines Erachtens nichts für eine solche Einschränkung aus präventiven Gesichtspunkten.<sup>637</sup>

## **(2) Zur Kompensationsfunktion**

Auch die notwendige Folge der Überbetonung der Präventionsfunktion im oben beschriebenen, unterstellten Interessengegensatz, nämlich die Einschränkung der Kompensationsfunktion, erscheint bedenklich.

Denn wie oben dargestellt, zielt die Kompensationsfunktion als Ausprägung des Grundsatzes des Bereicherungsverbotens darauf ab, dass durch einen Schadensersatzanspruch zwar alle Nachteile des Geschädigten ausgeglichen, dieser aber darüber hinaus nicht bessergestellt werden soll.<sup>638</sup> Eine Abschwächung der Kompensationsfunktion im

---

<sup>636</sup> Dazu etwa Staudinger/*Hager*, § 823 Rn. 10. Ausführlich *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 145 ff.

<sup>637</sup> So im Ergebnis auch *Kindler*, in: FS Roth, S. 375.

<sup>638</sup> Siehe dazu oben unter D.V.1.

Rahmen der Vorteilsausgleichung würde somit darauf hinauslaufen, dass der Gesellschaft aus einer Pflichtverletzung ein Vorteil erwächst oder, anders gewendet, die Höhe des geschuldeten Schadensersatzanspruchs den eigentlichen Schaden übersteigt. Der Schadensersatzanspruch erhalte dadurch eine über die Ausgleichsfunktion hinausgehende, strafende Komponente, die dem deutschen Schadensersatzrecht aber grundsätzlich fremd ist.<sup>639</sup>

### **(3) Interessengegensatz nur in eine Richtung denkbar**

Gegen die Annahme eines tatsächlichen Interessengegensatzes in Bezug auf das Verhältnis von Präventions- und Kompensationsfunktion spricht zudem, dass eine Verschiebung prinzipiell überhaupt nur in die von der diesbezüglichen Literatur geforderte Richtung, nämlich eine angebliche Stärkung der Prävention durch Schwächung der Kompensation, möglich ist.

Denn wie ausgeführt ist Ziel der Kompensationsfunktion der vollständige Ausgleich des erlittenen Schadens der Gesellschaft. Diese Funktion ist daher dann erfüllt, wenn der Schaden durch den Schadensersatzanspruch vollständig ausgeglichen ist und die Gesellschaft nicht mehr, aber auch nicht weniger, erhält, als sie durch die schädigende Handlung verloren hat. Ein durch ein wie auch immer geartetes „weniger“ an Prävention erkaufte „mehr“ an Kompensation ist aus diesem Grund gar nicht denkbar, da die Kompensationsfunktion von einem den Schaden vollständig ausgleichenden Anspruch bereits bestmöglich erfüllt wird und ihre Verwirklichung nicht darüber hinaus gesteigert werden kann.

### **(4) Zwischenergebnis zur Anpassung der Vorteilsausgleichung aufgrund der Zielsetzung des § 43 Abs. 2 GmbHG**

Es sprechen daher gute Gründe dafür, dass der von Teilen der Literatur unterstellte Interessengegensatz zwischen Kompensations- und Prä-

---

<sup>639</sup> Siehe auch dazu bereits oben unter D.V.1. Für die Möglichkeit eines überschießenden Anspruchs aber *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 527.

ventionsfunktion im Rahmen des Innenhaftungsrechts jedenfalls bezogen auf die Vorteilsausgleichung nicht besteht. Zwar sind sowohl Kompensation als auch Prävention anerkanntermaßen durch die Haftung gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG verfolgte Ziele,<sup>640</sup> aus diesem Umstand folgt aber nicht, dass eine Anpassung der Vorteilsausgleichung geboten ist. Grundsätzlich liefert insbesondere die Präventionsfunktion keine tragfähige Begründung für eine generelle Versagung der Vorteilsausgleichung. Lediglich in besonders gelagerten Ausnahmefällen mag eine restriktive Anwendung aus präventiven Interessen geboten sein.<sup>641</sup>

Grundsätzlich lässt sich jedoch festhalten, dass aus den Regelungszielen des § 43 Abs. 2 GmbHG nichts folgt, was eine grundlegende Abweichung vom oben entwickelten Verständnis der Vorteilsausgleichung rechtfertigen würde.

### **3. Zum Verhältnis von schädigendem Ereignis und Vorteil**

Ein weiterer Aspekt, der im Rahmen der Anwendung der Vorteilsausgleichung auf die Geschäftsführerhaftung näherer Betrachtung verdient, ist das Verhältnis, in welchem das schädigende Ereignis und der potentiell schadensmindernde Vorteil zueinanderstehen müssen, damit eine Vorteilsausgleichung stattfinden kann.

#### **a) Grundsätzliche Anforderung**

Hierzu wurde oben bereits ausgeführt, dass mit der einhelligen Ansicht in der Literatur und der ganz überwiegenden Rechtsprechung der Vorteil jedenfalls äquivalent kausal auf dem schädigenden Ereignis beruhen muss. Berücksichtigungsfähig sind daher grundsätzlich nur solche Vorteile, die ohne das schädigende Ereignis nicht erlangt worden wären.<sup>642</sup> Die Vorteilerlangung kann dabei zufällig geschehen,

---

<sup>640</sup> Siehe dazu oben unter E.III.2.

<sup>641</sup> Siehe dazu unten unter E.III.8.

<sup>642</sup> Vgl. dazu oben unter D.V.2. a).

wie beim glückhaften Schatzfund infolge des schädigenden Ereignisses,<sup>643</sup> oder aber Folge gezielter Handlungen sein, etwa wenn der Geschädigte sich bewusst bemüht, den entstandenen Schaden auszugleichen.<sup>644</sup> Alle diese Fälle haben dabei gemeinsam, dass die schädigende Handlung *conditio sine qua non* für den Vorteil war.

Spiegelbildlich dazu sind Vorteile ohne einen solchen kausalen Zusammenhang mit dem schädigenden Ereignis, die mithin also auch unabhängig von diesem eingetreten wären, nicht anzurechnen. Diese Nichtanrechnung derartiger Vorteile entspricht bereits dem allgemeinen Rechtsgefühl. So käme beispielsweise wohl niemand auf den Gedanken, auf den Anspruch des Geschädigten wegen einer Sachbeschädigung schadensmindernd anzurechnen, dass der Geschädigte am selben Tag ein Preisausschreiben gewonnen hat,<sup>645</sup> denn der Umstand des Gewinns basiert erkennbar nicht auf der vorherigen Rechtsgutsverletzung. Gleiches gilt grundsätzlich auch für Vorteile aus Handlungen des Schädigers, die dieser nicht aufgrund des schädigenden Ereignisses, sondern losgelöst davon vornimmt, etwa wenn ein herbeigerufener Handwerker versehentlich eine Vase seines Auftraggebers umstößt, anschließend aber die vereinbarte Reparatur ausführt. Auch hier würde aufgrund der offensichtlich fehlenden Kausalität wohl kaum jemand auf den Gedanken kommen, den Schaden aufgrund der Zerstörung der Vase aufgrund der vorgenommenen Reparaturleistung zu mindern, da diese ersichtlich auch ohne die Eigentumsverletzung erbracht worden wäre.

---

<sup>643</sup> Vgl. zu diesem häufigen Beispiel *Thiele*, AcP 167 (1967), 193, 207 ff.

<sup>644</sup> Vgl. dazu oben unter D.V.3. a) und sogleich unter E.III.5.

<sup>645</sup> Hierzu und zu weiteren Beispiel nicht äquivalenter Vorteilserzielung aus der Rechtsprechung *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 492 f.

## **E. b) Verringerung der Kausalitätsanforderung im Organhaftungsrecht – Der Sonderfall sowohl verlust- als auch gewinnbringender Pflichtverletzungen**

Fraglich ist jedoch, ob dieser Grundsatz uneingeschränkt auch im Innenhaftungsrecht gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG gilt. Von den üblicherweise zur Vorteilsausgleichung diskutierten Fällen unterscheiden sich solcher Sachverhalt dabei bereits darin, dass die Pflichtwidrigkeit des haftungsbegründenden Verhaltens oftmals weniger evident ist. Zudem, sowie gegebenenfalls auch gerade deswegen, kann es vorkommen, dass zwischen schädigendem Ereignis und Schadenseintritt ein Zeitraum von etlichen Jahren liegt, etwa im bereits erwähnten Falle des pflichtwidrigen Unterlassens des Aufbaus eines Compliance-Systems.<sup>646</sup> Hinzu kommt, dass das Verhältnis zwischen Schädiger und Geschädigtem sich nicht auf einem einmaligen Kontakt in Form des schädigenden Ereignisses beschränkt, sondern beide Parteien sich in einer auf längerfristige Dauer angelegten rechtlichen Beziehung befinden, sodass der Geschäftsführer neben dem schädigenden Verhalten regelmäßig noch eine Vielzahl weiterer Rechtsgeschäfte für die Gesellschaft als Geschädigten durchführt.<sup>647</sup>

Gerade letzterer Umstand führt dazu, dass das Organhaftungsrecht besonders exponiert für Konstellationen ist, in denen ein gleichartiges Handeln in einem Fall zu einem Gewinn, in einem anderen aber zu einem Verlust der Gesellschaft führen kann. Solche Sachverhalte führten jüngerer Zeit vermehrt zu Diskussionen über die Anforderungen an das Verhältnis von Vor- und Nachteil.

### **aa) Das Beispiel der Spekulationsgeschäfte – Die „Corealcredit“-Entscheidung des BGH**

Für derartige Konstellationen sind eine Vielzahl von Sachverhalten denkbar, praktisch herangezogen wird ganz überwiegend aber nur der

---

<sup>646</sup> Vgl. hierzu die Entscheidung LG München, NZG 2014, 345. Näher zu diesem Fall weiter unten unter F.III.

<sup>647</sup> So auch BGH, NZG 2013, 293, 296.

Fall, dass Vorstand oder Geschäftsführer in pflichtwidriger, oft spekulativer, Art mehrere Geschäfte eingehen, von denen sich einige sodann verlustreich, andere aber gewinnträchtig entwickeln.

Als Beispiel hierzu kann die diesbezüglich wohl wichtigste Entscheidung der jüngeren Zeit, die sogenannte „*Corealcredit*“-Entscheidung des 2. Zivilsenats des BGH,<sup>648</sup> dienen: Vorstandsmitglieder der damaligen Allgemeine Hypothekenbank Rheinboden AG, einer Hypothekenbank gemäß dem Hypothekenbankgesetz, schlossen in den Jahren 2001 und 2002 in erheblichem, das eigentliche Hypothekengeschäft übersteigendem, Maße zu Spekulationszwecken Zinsderivatgeschäfte ab. Durch manche dieser Geschäfte konnte im Folgenden ein Gewinn erwirtschaftet werden, überwiegend führten sie jedoch zu Verlusten, die sich nach Angaben der klagenden Gesellschaft (nunmehr unter der Firma Coreal Credit Bank AG) auf mehrere hundert Millionen Euro summierten. Der BGH entschied, dass der Abschluss dieser spekulativen Geschäfte nicht von Unternehmenszweck gedeckt war und eine einen Ersatzanspruch der Gesellschaft begründende Pflichtverletzung darstellte. Bezüglich der hier allein relevanten Ebene der Schadensberechnung machte die Klägerin ausschließlich die Verluste aus den sich negativ entwickelnden Derivatgeschäften geltend, während beklagenseits naheliegende Weise vorgetragen wurde, dass die erzielten Gewinne aus den profitablen Geschäftsabschlüssen schadensmindernd berücksichtigt werden müssten.

### **bb) Die Argumentation des BGH in dieser Entscheidung**

In Bezug auf die die Frage der Berücksichtigungsfähigkeit derartiger Vorteile hielt der BGH in einem ersten Schritt fest, dass der Abschluss jedes einzelnen Spekulationsgeschäfts eine eigenständige Pflichtverletzung darstellte, sodass keine Gesamtbetrachtung stattfinden könne.<sup>649</sup>

---

<sup>648</sup> BGH, NZG 2013, 293, 293 ff.

<sup>649</sup> BGH, NZG 2013, 293, 295.



Weiter entschied der BGH unter Verweis auf verschiedene Fundstellen in der Literatur<sup>650</sup>, dass eine Gesellschaft bei wiederholten pflichtwidrigen Spekulationsgeschäften eines Organs nicht nur die eingetretenen Verluste geltend machen könne, sondern aufgrund einer „*entsprechenden Anwendung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung*“ auch etwaige Gewinne berücksichtigt werden müssten.<sup>651</sup> Für die Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung stellt der BGH dabei auf die bereits dargestellte ständige höchstrichterliche Rechtsprechung ab.<sup>652</sup> Zwar bestehe vorliegend keine äquivalente Kausalität, da die gewinn- und verlustbringenden Geschäfte jeweils einzelne Pflichtverletzungen seien, aus dem Grundsatz des Bereicherungsverbots folge aber, dass die Gesellschaft nicht auf Kosten eines Organmitglieds bereichert werden dürfe.<sup>653</sup> Es sei daher treuwidrig und widersprüchlich, den Ausgleich der Schäden aus den verlustträchtigen Geschäften zu fordern, den Erlös aus den gewinnträchtigen Verträge aber zu behalten. Eine derartige Verknüpfung von gleichartigen Ereignissen sei bei Organverhältnissen als Dauerverhältnissen zulässig. Weiter würde eine Verrechnung die Gesellschaft nicht unzumutbar belasten und das Organ nicht unbillig entlasten. Schließlich entspräche dieses Ergebnis auch der gesetzlichen Behandlung des unberechtigten Geschäftsführers in §§ 678, 684 BGB, der zwar Schadensersatz schulde, aber Bereicherungen des Geschäftsherrn herausverlangen könne.<sup>654</sup> *Obiter dictum* merkte der BGH sodann noch an, dass demgegenüber Gewinne aus pflichtgemäß abgeschlossenen Geschäften nicht anzurechnen wären, sondern der

---

<sup>650</sup> *Fleischer*, DStR 2009, 1204, 1210; Spindler/Stilz/*Fleischer* (2. Auflage), § 93 Rn. 39; Michalski/*Haas/Ziemons* (2. Auflage), § 43 Rn. 212; Ulmer/*Paefgen* (1. Auflage), § 43 Rn. 94, Soergel/*Mertens* (12. Auflage), vor § 249 Rn. 233, *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 504. Dazu im Einzelnen sogleich unter E.III.3.b) cc).

<sup>651</sup> BGH, NZG 2013, 293, 295 f.

<sup>652</sup> Siehe dazu oben unter D.IV.

<sup>653</sup> Unter Verweis auf die Entscheidung BGH, NZG 2011, 1271, 1271 ff.

<sup>654</sup> BGH, NZG 2013, 293, 296.

Gesellschaft zustünden, da diese auch die Verluste aus negativ verlaufenden, aber pflichtgemäßen Geschäften zu tragen hätte.<sup>655</sup>

Unter Verweis auf die Entscheidung des BGH bejahte später das OLG Düsseldorf in einem ähnlichen Sachverhalt, in dem der Vorstand pflichtwidrig teils gewinn-, überwiegend aber stark verlustträchtige Swap-Geschäfte (interessanterweise mit der Corealcredit Bank als Vertragspartner) abschloss, die Anrechnung der Gewinne auf den Schaden der Gesellschaft im Wege der Vorteilsausgleichung. Eine über den Verweis auf die „Corealcredit“-Entscheidung hinausgehende Begründung für die Anwendung der Vorteilsausgleichung erfolgt in dieser Entscheidung jedoch nicht.<sup>656</sup>

### cc) Die Ansichten in der Literatur

In der Literatur ist die Frage nach dem Umgang mit derartigen Fällen, auch im Nachgang zur „Corealcredit“-Entscheidung, bislang kaum behandelt worden.

#### (1) Die vom BGH angeführte Literatur

Dies zeigt sich exemplarisch bei der Untersuchung der vom BGH in der „Corealcredit“-Entscheidung zitierten Literatur. Diese vertritt zwar durchgehend die Ansicht des BGH, begründet dies argumentativ jedoch nicht. Stattdessen zeigt sich ein interessantes Beispiel eines weitgehenden Zirkelverweises:

So wird etwa eine Vorteilsausgleichung von *Paefgen*, wie oben dargestellt,<sup>657</sup> zwar bei pflichtwidrig abgeschlossenen Geschäften abgelehnt, abweichend davon seien ausweislich der Ausführungen in der vom BGH zitierten ersten Auflage des Großkommentars von *Ulmer* jedoch auf Verluste durch pflichtwidrige Spekulationen eventuelle Gewinne

---

<sup>655</sup> BGH, NZG 2013, 293, 296.

<sup>656</sup> OLG Düsseldorf, ZIP 2016, 171. Sachverhalt entnommen aus der Vorentscheidung, LG Düsseldorf, Urteil vom 20.12.2013, Az. 22 O 152/11, abrufbar unter juris.

<sup>657</sup> Siehe oben unter E.II.2.

anzurechnen. Dies scheint zwar das Ergebnis der Rechtsprechung zu stützen, warum aber *Paefgen* eine solche deutliche Ausnahme zu seiner sonstigen Ansicht vertritt, nicht weiter ausgeführt, sondern stattdessen lediglich auf *Fleischer*<sup>658</sup> und *Haas*<sup>659</sup> verwiesen.<sup>660</sup> In der nach der „*Corealcredit*“-Entscheidung erschienenen Neuauflage wiederum wird demgegenüber stattdessen nur noch auf Ansicht des BGH in eben jener Entscheidung verwiesen,<sup>661</sup> welcher sich aber gerade (auch) auf *Paefgen* stützte.

*Haas*, bzw. später *Haas/Ziemons*, auf die sowohl *Paefgen* als auch der BGH in der „*Corealcredit*“-Entscheidung verweisen, sehen, wie oben dargestellt, die Vermeidung eines „*windfall profit*“ (mithin den Gedanken des Bereicherungsverbots)<sup>662</sup> als Zentralen Aspekt der Vorteilsausgleichung im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG, halten diese aber ansonsten nur bei gegenseitigen Geldansprüchen für einschlägig.<sup>663</sup> Als Beispiel für solche gegenseitigen Ansprüche werden dabei Gewinne aus „*pfllichtwidrigen Optionsgeschäften*“ aufgeführt, ohne dass jedoch eine nähere Begründung erfolgt, warum in einem solchen Sachverhalt eine Vorteilsausgleichung angemessen sei.<sup>664</sup> *Haas* verweist diesbezüglich lediglich auf *Mertens*,<sup>665</sup> während *Haas/Ziemons* später auf *Paefgen*<sup>666</sup> verweist. Neue Argumente finden sich aber auch an den angeführten Fundstellen nicht; *Mertens* führt ohne nähere Begründung die Anrechnung als „*Musterbeispiel*“ für einen Vorteil ohne

---

<sup>658</sup> *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 151.

<sup>659</sup> Michalski/*Haas* (1. Auflage), § 43 Rn. 211.

<sup>660</sup> Ulmer/*Paefgen* (1. Auflage), § 43 Rn. 94.

<sup>661</sup> Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 183.

<sup>662</sup> Siehe hierzu oben unter E.II.4.

<sup>663</sup> Siehe oben unter E.II.2. Weniger schematisch noch Michalski/*Haas* (1. Auflage), § 43 Rn. 209 ff.

<sup>664</sup> Michalski/*Haas* (1. Auflage), § 43 Rn. 211; Michalski/*Haas/Ziemons* (2. Auflage), § 43 Rn. 212, die wiederum auf *Paefgen* verweisen. Ebenso nunmehr Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 212.

<sup>665</sup> Ulmer/*Paefgen* (1. Auflage), § 43 Rn. 94.

<sup>666</sup> Ulmer/*Paefgen* (1. Auflage), § 43 Rn. 94.

Zutun des Geschädigten oder eines Dritten auf,<sup>667</sup> wahren *Paefgen*, wie gezeigt, neben *Fleischer* insbesondere auf *Haas* selbst zurückverweist.<sup>668</sup>

Auch die Verweise durch den BGH und *Paefgen* auf *Fleischer* führen nicht weiter: Im Rahmen eines Aufsatzes aus dem Jahr 2005 zur Schadensersatzpflicht des Vorstandes bei Verstoß gegen die Legalitätspflicht spricht dieser sich für eine Anrechnung der Gewinne aus pflichtwidrigen Spekulationen aus, begründet wird dies mit der Vermeidung eines „*windfall profit*“ und dem Umstand der auch erfolgten Förderung der verletzten Pflicht.<sup>669</sup> Diese Ansicht vertritt *Fleischer* auch in dem vom BGH angeführten späteren Aufsatz aus dem Jahr 2009, wobei dort ergänzend auch darauf verwiesen wird, dass eine solche Anrechnung auch für den Fall des mit Firmengeldern spekulierenden Angestellten vertreten würde,<sup>670</sup> wobei hier neben dem Verweis auf *Haas*<sup>671</sup> und *Mertens*<sup>672</sup> auch auf *Lange*, der wie *Mertens* die Anrechnung ohne Begründung als Beispiel eines Vorteils ohne Zutun des Geschädigten oder eines Dritten nennt,<sup>673</sup> sowie *Thüsing*, der sich an der zitierten Fundstelle sogar eher *gegen* eine Anrechnung ausspricht,<sup>674</sup> verwiesen wird. Auch im Rahmen der vom BGH ebenfalls zitierten Kommentierung zu § 93 AktG vertritt *Fleischer* den vorgenannten Ansatz unter Verweis auf den Aufsatz aus 2009 mit gleicher

---

<sup>667</sup> Soergel/*Mertens* (12. Auflage), Vor § 249 Rn. 233.

<sup>668</sup> Ulmer/*Paefgen* (1. Auflage), § 43 Rn. 94.

<sup>669</sup> *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 151. Der Gedanken der Förderung des verletzten Rechtsguts als maßgebliches Kriterium zur Entscheidung über die Anrechnung geht dabei zurück auf *Cantzler*, siehe dazu oben unter D.III.3.

<sup>670</sup> *Fleischer*, DStR 2009, 1204, 1210.

<sup>671</sup> Michalski/*Haas* (1. Auflage), § 43 Rn. 211.

<sup>672</sup> Soergel/*Mertens* (12. Auflage), Vor § 249 Rn. 233.

<sup>673</sup> *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 503.

<sup>674</sup> *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 31 f.

Begründung.<sup>675</sup> Ebenso argumentiert *Fleischer* auch in der Kommentierung zu § 43 GmbHG.<sup>676</sup>

Insgesamt zeigt sich somit bei Betrachtung der vom BGH angeführten Literatur, dass eine argumentative Begründung dafür, warum Gewinne aus pflichtwidrigen Spekulationsgeschäften anspruchsmindernd berücksichtigt werden sollen, nicht erfolgt. Teilweise wird auf die wenig konkreten Prinzipien der Gewinnabwehr oder der Vermeidung eines „*windfall profit*“ verwiesen,<sup>677</sup> ganz überwiegend wird aber zirkelartig auf andere Fundstellen verwiesen, die ebenfalls keine Begründung vorbringen. Vollends geschlossen wird dieser Zirkel dabei in den nach der „*Corealcredit*“-Entscheidung erschienen Auflagen, die nunmehr zur Stützung der auch zuvor schon vertretenen Auffassung auf eine Entscheidung verweisen, wie sich selbst auf die Vorauflagen stützt.<sup>678</sup>

## (2) Ansicht in der übrigen Literatur

In der übrigen gesellschaftsrechtlichen Literatur wurde diesem Problem demgegenüber selten behandelt. Sofern dies doch geschieht, wird dann überwiegend auf die „*Corealcredit*“-Entscheidung verwiesen und eine Anrechnung ohne eigene argumentative Begründung bejaht.<sup>679</sup>

---

<sup>675</sup> Spindler/Stilz/*Fleischer* (2. Auflage), § 93 Rn. 38. Ebenso Spindler/Stilz/*Fleischer*, § 93 Rn. 38, nunmehr aber auch mit Verweis auf die „*Corealcredit*“-Entscheidung.

<sup>676</sup> MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 45 (Anrechnung erfolge „*anerkanntermaßen*“), ebenfalls mit Verweis auf die „*Corealcredit*“-Entscheidung.

<sup>677</sup> So Michalski/*Haas/Ziemons* (2. Auflage), § 43 Rn. 212 und *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 151; *ders.*, DStR 2009, 1204, 1210; Spindler/Stilz/*Fleischer* (2. Auflage), § 93 Rn. 39. Zuvor bereits für eine Anrechnung *Marsch-Barner*, ZHR 173 (2009), 723, 728.

<sup>678</sup> So Spindler/Stilz/*Fleischer*, § 93 Rn. 39 und Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 183.

<sup>679</sup> Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 67. Aus dem aktienrechtlichen Schrifttum GK-AktG/*Hopt/Roth*, § 93 Rn. 411; Hölter/*Hölter*, § 93 Rn. 256. Bereits zuvor für eine Anrechnung *Zimmermann*, WM 2008, 433, 439. Ohne Bezugnahme auf die „*Corealcredit*“-Entscheidung so auch <sup>680</sup> *Illhardt/Scholz*, DWiR 2013, 512, 512 ff.

Ablehnend stehen einer solchen Anrechnung demgegenüber *Illhardt/Scholz*<sup>680</sup> gegenüber, die sich in einer umfassenden Auseinandersetzung mit der „*Corealcredit*“-Entscheidung gegen eine Berücksichtigung derartiger Vorteile aussprechen. Dabei verweisen sie insbesondere darauf, dass eine Berücksichtigung die verhaltenssteuernde Wirkung der Vorstandshaftung beeinträchtigen würde, eine analoge Anwendung der Vorteilsausgleichung grundsätzlich ausscheide und sich auch nicht aus dem Bereicherungsverbot herleiten ließe. Zudem läge kein Fall treuwidrigen widersprüchlichen Verhaltens der Gesellschaft vor. In der allgemeinen Diskussion zur Vorteilsausgleichung fand dieser Beitrag jedoch quasi keine Berücksichtigung.<sup>681</sup>

Anhand eines vergleichbaren Beispielsfalls, jedoch ohne Bezugnahme auf die „*Corealcredit*“-Entscheidung, lehnt zudem, wenn auch ohne ausführliche Begründung, auch *Harzenetter* eine Anrechnung ab, wobei er sich auf die weiterhin bestehende Pflichtwidrigkeit der Spekulationshandlungen stützt.<sup>682</sup>

### c) Stellungnahme

Betrachtet man den der „*Corealcredit*“-Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt, zeigen sich darin beispielhaft die Umstände, die eine Verringerung der Kausalitätsanforderungen im Innenhaftungsrecht denkbar erscheinen lassen. So lag zwischen dem schädigenden Ereignis in Form des pflichtwidrigen Abschlusses der Geschäfte und dem Eintritt der Verluste eine längere Zeit, vor allem aber handelte es sich nicht um eine punktuelle, pflichtwidrige Handlung, vielmehr erfolgte aufgrund der Organstellung der Schädiger eine Vielzahl von gleichartigen, jeweils pflichtwidrigen Handlungen.

---

<sup>680</sup> *Illhardt/Scholz*, DWiR 2013, 512, 512 ff.

<sup>681</sup> Lediglich MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 45 erwähnt den Beitrag, jedoch ohne auf seinen Inhalt einzugehen oder sich damit auseinanderzusetzen.

<sup>682</sup> *Harzenetter*, Innenhaftung, S. 139 ff.

Soweit der BGH in dieser Entscheidung zum Ergebnis kommt, die Verluste aus diesen Handlungen um den Gewinn aus denjenigen Geschäftsabschlüssen zu mindern, die Gewinne generierten, muss ihm einleitend zugutegehalten werden, dass der Senat sich darüber im Klaren war, dass eine Berücksichtigung im Rahmen der Vorteilsausgleichung grundsätzlich an der mangelnden äquivalenten Kausalität der Vorteilsentstehung scheitern würde. In der Literatur, die sich bereits im Vorfeld der Entscheidung bei einem solchen Sachverhalt für eine Anrechnung aussprach, findet sich diese Erwägung demgegenüber nicht.<sup>683</sup>

Dass es in derartigen Fällen an einer äquivalenten Kausalität fehlt, kann dabei nicht in Zweifel gezogen werden.<sup>684</sup> Denn wie oben dargestellt,<sup>685</sup> ist eine schädigende Handlung dann äquivalent kausal für einen Vorteil, wenn sie *conditio sine qua non* für den Vorteileintritt ist, wenn sie also nicht hinweggedacht werden könnte, ohne dass auch der Vorteil entfiel.<sup>686</sup> In Spekulationsfällen, in denen das schädigende Ereignis im pflichtwidrigen Abschluss der verlustträchtigen Geschäfte besteht, würde dies daher voraussetzen, dass der Vorteil in Form des Gewinns aus den eigenständigen, erfolgreichen Geschäften nicht eingetreten wäre, wären nicht auch die verlustbringenden Geschäfte abgeschlossen worden. Eine solche Kausalbeziehung besteht offensichtlich nicht. Wie auch der BGH feststellt, erfolgte der Abschluss der einzelnen Geschäfte vielmehr getrennt voneinander, erst recht aber war der Abschluss jedes einzelnen verlustträchtigen Geschäfts nicht Voraussetzung der anderen, gewinnträchtigen Geschäfte.<sup>687</sup>

---

<sup>683</sup> *Fleischer*, DStR 2009, 1204, 1210; Spindler/Stilz/*Fleischer* (2. Auflage), § 93 Rn. 39; Michalski/*Haas/Ziemons* (2. Auflage), § 43 Rn. 212; Ulmer/*Paefgen* (1. Auflage), § 43 Rn. 94, Soergel/*Mertens* (12. Auflage), vor § 249 Rn. 233, *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 504.

<sup>684</sup> So auch *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 31 f.

<sup>685</sup> Siehe oben unter D.I.3. c).

<sup>686</sup> *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 492.

<sup>687</sup> Zustimmend *Illhard/Scholz*, DWiR 2013, 512, 514.

Beim Erfordernis einer äquivalenten Kausalität zwischen schädigendem Ereignis und Vorteil handelt es sich, wie bereits ausgeführt, um einen in der schadensrechtlichen Dogmatik fundamentalen Grundsatz, der auch für die Vorteilsausgleichung insgesamt maßgeblich ist.<sup>688</sup> Fraglich ist daher, ob die Besonderheiten des Innenhaftungsrechts der Leitungsorgane, insbesondere des Geschäftsführers, eine Abweichung von diesem Grundsatz rechtfertigen. Da sich in der Literatur, wie gezeigt, keine Argumente finden, die eine solche Abweichung rechtfertigen würden, ist im ersten Schritt den vom BGH angeführten Gründen nachzugehen. In einem zweiten Schritt sind diese Argumente dann um weitere Gesichtspunkte zu ergänzen, bevor eine abschließende Wertung vorgenommen werden kann.

#### **aa) Die Billigkeit und Zumutbarkeit einer Anrechnung**

Soweit der BGH darauf abstellt, dass eine Anrechnung nicht äquivalent kausaler Vorteile die Gesellschaft nicht unzumutbar belasten und den Schädiger nicht unbillig entlasten würde, sind dies lediglich zwei der von der Rechtsprechung in ständiger Rechtsprechung herangezogenen Kriterien zur Entscheidung über die allgemeine Anrechenbarkeit von (äquivalent kausalen) Vorteilen. Wie oben bereits ausgeführt, sind diese Kriterien in Übereinstimmung mit der überwiegenden Literatur, insbesondere aufgrund ihrer weitgehenden Unbestimmtheit, im Rahmen der Vorteilsausgleichung grundsätzlich nicht als Entscheidungskriterien für die Anrechenbarkeit eines Vorteils geeignet.<sup>689</sup> Die weiter oben bereits vorgebrachten Argumente gegen einen Rückgriff auf diese Kriterien im Allgemeinen überzeugen dabei auch in Bezug auf die Anrechnung nicht äquivalent kausaler Vorteile wie hier im Speziellen, sodass diesen Aspekten kein argumentativer Wert zugemessen werden kann.

---

<sup>688</sup> Siehe dazu oben unter D.V.2. a).

<sup>689</sup> Siehe dazu oben unter D.V.2. h).



**bb) Die Parallele zum unberechtigten Geschäftsführer ohne Auftrag**

Weiter führt der BGH an, dass eine Anrechnung mit den gesetzlichen Regelungen zur Geschäftsführung ohne Auftragsung übereinstimme: Auch dort schulde der unberechtigte Geschäftsführer zwar gemäß § 678 BGB dem Geschäftsherrn Schadensersatz, habe aber im Gegenzug einen Anspruch auf Herausgabe einer etwaigen Bereicherung, § 684 S. 1 BGB. Gegen dieses Argument lassen sich jedoch zwei Einwände anführen.<sup>690</sup>

So ist zwar der Verweis auf §§ 678, 684 S. 1 BGB inhaltlich zutreffend und tatsächlich steht auch demjenigen, der ein fremdes Geschäft in Kenntnis des entgegenstehenden Willens des Geschäftsherrn führt, der Ersatzanspruch des § 684 S. 1 BGB zu.<sup>691</sup> Erforderlich für einen Anspruch gemäß § 684 S. 1 BGB ist aber, dass die übrigen Voraussetzungen einer Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegen,<sup>692</sup> entsprechend der Bezeichnung des Instituts der Geschäftsführer also insbesondere nicht mit der Geschäftsführung beauftragt war. Der Geschäftsleiter einer Gesellschaft handelt jedoch gerade nicht ohne Auftrag,<sup>693</sup> auch dann nicht, wenn er seine Pflichten verletzt.<sup>694</sup> Zwar stützt sich der BGH nicht auf eine direkte Anwendung des § 684 BGB, er verweist jedoch auf die dieser Norm zugrundeliegende „gesetzliche Wertung“ und die Ähnlichkeit des pflichtwidrig handelnden Geschäftsleiters zum unberechtigten Geschäftsführer im Sinne der §§ 677 ff. BGB. Eine solche Ähnlichkeit besteht tatsächlich jedoch nicht: Denn ein Geschäftsleiter, beispielsweise der Geschäftsführer einer GmbH, ist nicht nur zur unbeschränkten und unbeschränkbar Vertretung der Gesellschaft nach außen befugt, §§ 35, 37 GmbHG, er

---

<sup>690</sup> Vgl. dazu auch *Illhard/Scholz*, DWiR 2013, 512, 515.

<sup>691</sup> Vgl. dazu ausführlich *Staudinger/Bergmann*, § 684 Rn. 2 ff., dort auch zur strittigen dogmatischen Einordnung des Anspruchs.

<sup>692</sup> MüKo-BGB/*Schäfer*, § 684 Rn. 4.

<sup>693</sup> Allgemeine Meinung, vgl. nur *Palandt/Sprau*, § 677 Rn. 11; *Soergel/Beuthin*, § 677 Rn. 21.

<sup>694</sup> Ausführlich dazu *Staudinger/Bergmann*, Vor §§ 677 ff., Rn. 190 ff.

ist aufgrund seiner Organstellung darüber hinaus auch sogar verpflichtet, die Geschäfte der Gesellschaft zu führen<sup>695</sup> und dafür seine gesamte Arbeitskraft und all seine Kenntnisse einzubringen.<sup>696</sup> Das Handeln eines Geschäftsleiters für eine Gesellschaft ist damit Handeln gerade ohne Auftrag, wie es den §§ 677 ff. BGB zugrunde liegt, so weit entfernt, wie irgend denkbar. Welche Wertungen angesichts dessen aber aus den Regelungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag übertragbar sein sollen, ist nicht ersichtlich.

Dies zeigt sich weiter auch daran, dass der Ersatzanspruch des § 684 S. 1 BGB zwar *auch* dann besteht, wenn dem Geschäftsführer ein Schadensersatzanspruch zusteht, aber *nicht nur* in diesem Fall. Vielmehr besteht der Anspruch auf Herausgabe des aus der Geschäftsführung Erlangten als Minus zum Anspruch auf Aufwendungsersatz<sup>697</sup> immer dann, wenn ein Geschäftsführer zwar ein fremdes Geschäft wahrnimmt, dies aber weder vom Geschäftsherrn genehmigt wird, § 684 S. 2 BGB, noch die Geschäftsführung dessen wirklichem oder mutmaßlichem Willen entsprach (so genannte „*unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag*“<sup>698</sup>).<sup>699</sup> Würde man nun den pflichtwidrig handelnden Geschäftsleiter mit demjenigen vergleichen, der eine unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag vornimmt, so müsste man dem Geschäftsleiter auch bei anderen pflichtwidrigen, aber gewinnbringenden Geschäften einen Anspruch auf Herausgabe des Gewinns zubilligen. Einen solchen Anspruch vertritt aber zurecht niemand, insbesondere da dies in besonderem Maße dem Grundsatz der

---

<sup>695</sup> Gehrlein/Born/Simon/*Buck-Heeb*, § 43 Rn. 16; *Goette*, Die GmbH, § 8 Rn. 27 ff.; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 55; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 46.

<sup>696</sup> Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 43; Gehrlein/Born/Simon/*Buck-Heeb*, § 43 Rn. 31; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 215; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus*, § 43 Rn. 52.

<sup>697</sup> Vgl. die entsprechende Bezeichnung des § 684 als „*der kleine Aufwendungsersatzanspruch*“ bei Staudinger/*Berger*, § 684 Rn. 2.

<sup>698</sup> Hk-BGB/*Schulze*, Vor §§ 677-687 Rn. 6.

<sup>699</sup> Palandt/*Sprau*, § 684 Rn. 1.

Fremdnützigkeit der Tätigkeit eines Geschäftsleiters für die Gesellschaft zuwiderlaufen würde.

### **cc) Der Grundsatz des Bereicherungsverbots**

Der Umstand, dass ein Geschäftsleiter nicht ohne Auftrag handelt, verdeutlicht zudem weiter, warum eine Nichtanrechnung auch kein Verstoß gegen das Bereicherungsverbot wäre. Denn der Grundsatz des Verbots der Bereicherung besagt, dass der Geschädigte nicht durch die Schädigung bereichert werden soll.<sup>700</sup> Ein Verstoß gegen das Bereicherungsverbot liegt dementsprechend dann vor, wenn die Vermögenslage des Geschädigten infolge des schädigenden Ereignisses beziehungsweise des darauffolgenden Schadensausgleichs besser ist, als sie es ohne das schädigende Ereignis wäre. Im konkreten Fall läge ein solcher Verstoß daher dann vor, wenn die Gesellschaft infolge der pflichtwidrigen Spekulationsgeschäfte besser stünde als bei deren Nichtvornahme. Auf den ersten Blick scheint dies auch der Fall zu sein:<sup>701</sup> Ohne die Spekulationen hätte die Gesellschaft zwar keinen Gewinn, aber auch keinen Verlust erzielt. Nimmt man nunmehr eine volle Ausgleichspflicht des Vorstands für die verlustträchtigen Spekulationen ohne Anrechnung der Gewinne an, so hätte die Gesellschaft infolge dieses Ausgleichs immer noch keine Verluste, zugleich aber die Gewinne aus den profitablen Geschäften erzielt.

Bei näherer Betrachtung ergibt sich jedoch ein differenzierteres Bild: Zunächst ist bereits zu beachten, dass, wie auch der BGH ausführt,<sup>702</sup> jedes einzelne Geschäft eine eigenständige Handlung darstellt. Bei Vornahme einer strengen Einzelbetrachtung ergibt sich somit keine Bereicherung: Bezüglich der verlustträchtigen Geschäfte erfolgt zwar ein vollständiger Ausgleich, sodass die Gesellschaft, wie vom Schadensrecht beabsichtigt, wieder so steht, wie sie ohne das schädigende

---

<sup>700</sup> *Möller*, Vorteilsanrechnung, S. 113; *Soergel/Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 298; *von Koppenfels-Spies*, *VersR* 2005, 1511, 1512. Im Ergebnis auch *Müller-Laube*, *JZ* 1991, 162, 162.

<sup>701</sup> Eine solche Bereicherung annehmend *Harzenetter*, *Innenhaftung*, S. 141.

<sup>702</sup> BGH, *NZG* 2013, 293, 295.

Ereignis gestanden hätte, eine Besserstellung erfolgt demgegenüber aber nicht. Bezüglich der profitablen Geschäfte hingegen fehlt es bereits an einem Schaden der Gesellschaft.<sup>703</sup> Die Geltung des Grundsatzes des Bereicherungsverbotens beschränkt sich jedoch auf Fälle des Schadensersatzes, ein allgemeiner Grundsatz, dass keine Bereicherung von Rechtssubjekten erfolgen darf, besteht demgegenüber ersichtlich nicht. Da bezüglich der profitablen Geschäfte somit bereits der Anwendungsbereich des Grundsatzes des Bereicherungsverbotens nicht eröffnet ist, erfolgt diesbezüglich auch keine ungerechtfertigte Bereicherung der Gesellschaft.

Dieses Ergebnis stimmt zudem auch mit der allgemeinen gesellschaftsinternen Kompetenz- und Aufgabenverteilung überein: Denn innerhalb einer GmbH ist der Geschäftsführer, wie oben bereits dargestellt, nicht nur zur unbeschränkten und unbeschränkbar Außenvertretung der Gesellschaft berechtigt, sondern hinaus auch zur Führung der Gesellschaft verpflichtet.<sup>704</sup> Gewinne der Gesellschaft aus den zwar pflichtwidrigen, aber profitablen Geschäften sind daher gerade keine zufälligen Gewinne aufgrund des Handelns eines mit dem Geschädigten nicht weiter verbundenen Dritten, sondern vielmehr Folge der Organstellung des Geschäftsführers.<sup>705</sup> Vorteile, die ein Geschäftsleiter in dieser Funktion für die Gesellschaft erzielt, sind somit keine unberechtigte Bereicherung der Gesellschaft, sondern stehen dieser ohnehin stets uneingeschränkt zu.

Auch der Grundsatz des Bereicherungsverbotens stellt aus diesen Gründen keine tragfähige Begründung für eine Verringerung der Kausalitätsanforderungen dar.

---

<sup>703</sup> Siehe dazu auch weiter unten unter E.III.3. c) dd) (1).

<sup>704</sup> Siehe oben unter E.III.3. c) cc).

<sup>705</sup> Ähnlich *Illhard/Scholz*, DWiR 2013, 512, 516.

## dd) Zur Treuwidrigkeit und Widersprüchlichkeit des Handelns der Gesellschaft

Wenn der BGH weiter ausführt, eine Gesellschaft, die die Vorteile aus den gewinnträchtigen Geschäften vereinnahmt, die Verluste aus den verlustträchtigen Geschäften aber als Schadensersatz geltend macht, verhielte sich „*treuwidrig und widersprüchlich*“, so kann dies auf zwei Arten gedeutet werden: Entweder versteht man dies dahingehend, dass der BGH ein solches Handeln als einen Verstoß gegen die der Gesellschaft gegenüber ihrem Geschäftsleiter obliegende Treuepflicht ansieht<sup>706</sup> oder aber man deutet es so, dass der BGH in einem solchen Verhalten einen Verstoß gegen den allgemeinen schuldrechtlichen Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB im Gestalt eines unzulässigen widersprüchlichen Verhaltens erblickt.<sup>707</sup>

### (1) Verstoß gegen die Treuepflicht gegenüber dem Geschäftsführer

Grundsätzlich ist anerkannt, dass auch die Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer einer Treuepflicht, auch als Fürsorgepflicht bezeichnet, unterliegt.<sup>708</sup> Konkret wird aus dieser Pflicht etwa entnommen, dass dem Geschäftsführer bereits aus seiner Stellung als Organ ein Anspruch auf Urlaub zustehen kann,<sup>709</sup> ebenso kann daraus eine Pflicht der Gesellschaft und der Gesellschafter folgen, Stillschweigen über die Angelegenheiten des Geschäftsführers zu wahren.<sup>710</sup> Allgemein for-

---

<sup>706</sup> So der 10. Senat des BGH, NJW 2015, 2248, 256.

<sup>707</sup> So *Illhard/Scholz*, DWiR 2013, 512, 516 f.

<sup>708</sup> *Baumbach/Hueck/Zöller/Noack*, § 35 Rn. 50; *Bayer*, in: FS K. Schmidt, 84, 97; *Fleischer*, DB 2014, 345, 349; *Haase*, GmbHR 2005, 338, 342 f.; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, Anhang zu § 6 Rn. 28; *Michalski/Tebben*, § 6 Rn. 198. Aus dem aktienrechtlichen Schrifttum *Hüffer/Koch*, § 84 Rn. 11; *MüKo-AktG/Spindler*, § 84 Rn. 70.

<sup>709</sup> *Boemke*, RdA 2018, 1, 9; *Haase*, GmbHR 2005, 338, 342 ff.; *Michalski/Tebben*, § 6 Rn. 198; *Roth/Altmeppen/Altmeppen*, § 6 Rn. 121; *Scholz/Schneider/Hohenstatt*, § 35 Rn. 380.

<sup>710</sup> *Baumbach/Hueck/Zöller/Noack*, § 35 Rn. 50; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, § 43 Rn. 28.

muliert besteht diese Treuepflicht darin, dass die Gesellschaft bei Entscheidungen, die auch die Belange des Geschäftsführers betreffen, dessen Interessen in ihrer Abwägung berücksichtigen muss.<sup>711</sup>

Fraglich ist jedoch, ob aus dieser Pflicht abgeleitet werden kann, dass sich die Gesellschaft die dargestellten Gewinne anrechnen lassen muss. Zwar besteht ersichtlich ein Interesse des Geschäftsführers daran, so gering wie möglich in Anspruch genommen zu werden, dem steht jedoch das Interesse der Gesellschaft, ihre Verluste ersetzt zu bekommen, diametral gegenüber. Für die allgemeine Treuepflicht der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft und den Mitgesellschaftern ist dabei eine Pflicht zum Verzicht auf Ansprüche nur in Extremfällen anerkannt, etwa in Form der Unzulässigkeit von Entnahmen in Krisensituationen.<sup>712</sup> Eine mit einem solchen Ausnahmefall, in dem angesichts einer existenziellen Krise der Gesellschaft die Gesellschafter ihre Ansprüche zurückstellen müssen, vergleichbare Situation liegt hier aber in den hier untersuchten Sachverhalten nicht vor, vielmehr hat dort gerade der Geschäftsleiter selbst durch eine pflichtwidrige Handlung der Gesellschaft einen Schaden zugefügt.

Auch unter angemessener Berücksichtigung der Interessen des Geschäftsführers wäre es angesichts dieses Sachverhalts daher unverhältnismäßig, von der Gesellschaft zu verlangen, zugunsten des rechtswidrig handelnden Geschäftsführers auf ihr grundsätzlich zustehende Ansprüche zu verzichten.<sup>713</sup> Denn würde die Gesellschaft die nicht äquivalent kausal auf die Pflichtverletzung zurückgehenden Vorteile aus den profitablen, aber trotzdem pflichtwidrigen Geschäften berücksichtigen, entspräche dies praktisch einem Verzicht. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Geschäftsführer durch die Pflichtverletzung gegen die ihn selbst treffenden Pflichtenbindung verstößt und insbesondere die Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft verletzt. Verhält sich der Geschäftsführer aber treuwidrig gegenüber der Gesellschaft,

---

<sup>711</sup> Michalski/*Tebben*, § 6 Rn. 202.

<sup>712</sup> MüKo-GmbHG/*Merkt*, § 13 Rn. 151.

<sup>713</sup> Zur Problematik eines Verzichts in einer AG angesichts der „ARAG/Garmenbeck“-Rechtsprechung des BGH vgl. *Illhard/Scholz*, DWiR 2013, 512, 516.

wäre es widersprüchlich, die Gesellschaft gerade gestützt auf die Treuepflicht gegenüber dem Geschäftsführer zu zwingen, derartiges Verhalten mittelbar zu honorieren.

## **(2) Widersprüchliches Verhalten entgegen § 242 BGB**

Die Nichtberücksichtigung der profitablen Geschäftsabschlüsse könnte alternativ jedoch auch als Fall des unzulässigen widersprüchlichen Verhaltens gegen den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verstoßen.

Grundsätzlich ist anerkannt, dass eine Rechtsausübung dann unzulässig sein kann, wenn der Gläubiger sich damit in Widerspruch zu seinem früheren Verhalten setzt (so genanntes „*venire contra factum proprium*“).<sup>714</sup> Es wird jedoch nicht jedes widersprüchliche Verhalten missbilligt, ein Verstoß gegen Treu und Glauben kommt vielmehr regelmäßig nur dann in Betracht, wenn ein vorheriges Verhalten des Gläubigers ein schutzwürdiges Vertrauen des Schuldners darauf erzeugt hat, dass der Gläubiger bestehende Rechte nicht ausüben werde.<sup>715</sup> In Ausnahmefällen ist die Unzulässigkeit zudem auch anerkannt, wenn der Gläubiger aus der vorherigen Position erhebliche Vorteile gezogen hat<sup>716</sup> oder er sich in einen so genannten unlösbaren Selbstwiderspruch begibt,<sup>717</sup> etwa wenn er sich auf eine Rechtsvorschrift beruft, die er selbst verletzt.<sup>718</sup>

---

<sup>714</sup> Allg. Ansicht, vgl. nur Hk-BGB/*Schulze*, § 242 Rn. 36 ff.; MüKo-BGB/*Schubert*, § 242 Rn. 309 ff.; Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 284 ff., jeweils m.w.N. Zur Rechtsgeschichte HKK/*Duve*, § 242 Rn. 4 ff.

<sup>715</sup> Hk-BGB/*Schulze*, § 242 Rn. 37; Palandt/*Grüneberg*, § 242 Rn. 56; Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 290 ff.

<sup>716</sup> Palandt/*Grüneberg*, § 242 Rn. 59.

<sup>717</sup> BGH, NJW 1968, 1928, WM 1980, 503; Hk-BGB/*Schulze*, § 242 Rn. 41; Palandt/*Grüneberg*, § 242 Rn. 59;

<sup>718</sup> Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 298; vgl. auch MüKo-BGB/*Schubert*, § 242 Rn. 344 ff. mit weiteren Beispielfällen.

Ein vorheriges Verhalten der Gesellschaft, dass ein schutzwürdiges Vertrauen des Geschäftsleiters begründen könnte, ist in Spekulations-sachverhalten regelmäßig bereits nicht ersichtlich.<sup>719</sup> Ein solches Vertrauen kann sich insbesondere nicht daraus ergeben, dass die Gesellschaft nicht aufgrund der profitablen Geschäfte gegen den Geschäftsführer vorgeht. Denn wie oben dargestellt, ist Grundvoraussetzung eines Haftungsanspruchs stets ein Schaden der Gesellschaft.<sup>720</sup> Entstand der Gesellschaft aber kein Schaden, kann die Gesellschaft wegen dieser Pflichtverletzung bereits keine schlüssige Schadensersatzklage erheben, sodass der Geschäftsführer aus deren Nichterhebung keine Rückschlüsse bezüglich der Verfolgung der übrigen, verlustträchtigen Spekulationen ziehen kann. Erst recht rechtfertigt dies kein Vertrauen auf einen Verzicht der Geltendmachung.

Auch die Voraussetzungen eines der Ausnahmefälle, in denen auch ohne vorheriges vertrauensbegründendes Verhalten von Treuwidrigkeit ausgegangen werden kann, liegen nicht vor. Hierfür sind bereits keine Anhaltspunkte ersichtlich. Hinzu kommt darüber hinaus, dass die Annahme eines treuwidrigen Verhaltens grundsätzlich in besonderem Maße von einer allgemeinen Interessenabwägung im Einzelfall abhängig ist.<sup>721</sup> In Bezug auf den hier gegenständlichen Sachverhalt ist dabei zu beachten, dass der Geschäftsführer, wie dargestellt, grundsätzlich aufgrund seiner Organstellung verpflichtet ist, sich gesetzestreu zu verhalten und ihm diesbezüglich auch kein unternehmerisches Ermessen zusteht.<sup>722</sup> Beim Interesse des Geschäftsführers daran, dass die profitablen Geschäfte anspruchsmindernd angerechnet werden, handelt es letztendlich um das Interesse daran, dass sich ein Verstoß gegen diese Pflicht für ihn positiv auszahlt beziehungsweise, soweit man auf die verlustträchtigen Geschäfte abstellt, nicht sanktioniert wird. Ein solches Interesse kann aber im Rahmen des § 242 BGB nicht schutzwürdig sein.

---

<sup>719</sup> So auch *Illhard/Scholz*, DWiR 2013, 512, 516.

<sup>720</sup> Siehe oben unter C.III.

<sup>721</sup> *Staudinger/Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 289.

<sup>722</sup> Siehe oben unter C.I.2. b) aa).



Etwas anderes kann demgegenüber in besondere Konstellationen gelten, in denen ausnahmsweise ein Verhalten der Gesellschaft vorliegt, dass zur Schaffung eines schutzwürdigen Vertrauens des Geschäftsführers geeignet ist. Erforderlich für eine solche Vertrauensbildung wäre ein Verhalten der Gesellschaft, welches über die bloße Nichtverfolgung der profitablen Geschäfte hinausgeht. Denkbar wäre etwa ein Sachverhalt, in dem der Geschäftsführer zuerst pflichtwidrige, aber profitable Spekulationsgeschäfte vornimmt und die Gesellschafterversammlung dies billigt, sodass der Vorwurf der Pflichtwidrigkeit entfällt.<sup>723</sup> Nimmt der Geschäftsführer dann weitere, diesmal verlustträchtige Spekulationsgeschäfte vor und billigen die Gesellschafter diese nicht mehr, so könnte in Erwägung gezogen werden, dass dann die Nichtanrechnung der profitablen Geschäfte widersprüchlich wäre. Ein solcher Fall dürfte praktisch aber kaum vorkommen, insbesondere läge es dann nahe, dass in der Billigung der ersten Geschäfte zugleich eine Weisung zur Vornahme weiterer Geschäfte liegen könnte, sodass diese schon aus diesem Grund nicht mehr pflichtwidrig wären und die Problematik der Schadensberechnung entfielen.

Insgesamt zeigt sich somit, dass in der Nichtanrechnung der Gewinne aus den profitablen Geschäftsabschlüssen regelmäßig auch kein nach § 242 BGB missbilligter Fall widersprüchlichen Verhaltens vorliegt.

### **(3) Nach beiden Alternativen keine Treuwidrigkeit**

Festzuhalten ist daher, dass der Verweis des BGH in der „*Corealcredit*“-Entscheidung auf eine Treuwidrigkeit des Handelns der Gesellschaft unabhängig davon nicht überzeugt, ob dieser Verweis auf die allgemeine Treuepflicht der Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer oder auf die Treuwidrigkeit entgegen § 242 BGB in Form widersprüchlichen Verhaltens bezogen wird. Eine Entscheidung darüber, auf welche dieser Alternativen der BGH abstellen wollte, kann aus diesem Grund dahinstehen.

---

<sup>723</sup> Siehe dazu oben unter C.I.4.

## ee) Die Berücksichtigung des Präventionsinteresses im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG

Schließlich würde eine Berücksichtigung nicht äquivalent kausaler Vorteile auch dem mit der Geschäftsleiterhaftung zumindest ergänzend verfolgten Ziel einer präventiven Verhaltenssteuerung und Vermeidung von pflichtwidrigem Verhalten<sup>724</sup> zuwiderlaufen.<sup>725</sup> Denn wenn in derartigen Fällen die Gewinne aus profitablen Geschäften den Ersatzanspruch verringern könnten, so würde ein anfänglicher Gewinn faktisch einen „Puffer“<sup>726</sup> beziehungsweise eine Reserve bilden, die es dem Geschäftsleiter ermöglichte, solange ohne Sorge vor einem Regressanspruch weitere pflichtwidrige Geschäfte einzugehen, bis diese Reserve aufgezehrt ist. Im umgekehrten Fall anfänglicher Verluste bildet die Aussicht auf eine Verringerung des Anspruchs der Gesellschaft wiederum einen Anreiz, in der Hoffnung auf Profite die pflichtwidrige Spekulation fortzusetzen. Hiergegen ließe sich zwar einwenden, dass das Argument eines drohenden Anreizes zu schädigendem Verhalten in der schuldrechtlichen Literatur seit langer Zeit gegen jede Verringerung der Anforderungen der Vorteilsausgleichungen vorgebracht wird,<sup>727</sup> im Zuge der Entwicklung des im Rahmen dieser Untersuchung zugrunde gelegten Verständnisses der Vorteilsausgleichung jedoch für nicht überzeugend befunden wurde.<sup>728</sup> Dabei würden jedoch die Besonderheiten der Vorteilsausgleichung im Rahmen der Geschäftsleiterhaftung sowie insbesondere bei Spekulationsgeschäften verkannt: So kommt der Präventionsfunktion im Rahmen der Innenhaftung, unabhängig davon, wie hoch man ihre Bedeutung konkret gewichtet, in jedem Fall eine gegenüber dem allgemeinen

---

<sup>724</sup> Siehe dazu oben unter B.II.1. sowie unter E.III.2. b) cc).

<sup>725</sup> Im Ergebnis auch *Harzenetter*, Innenhaftung, S. 141 und *Illhard/Scholz*, DWiR 2013, 512, 514. So zur Sicherstellung der Einhaltung von Beratungspflichten einer Bank auch BGH, NJW 2015, 2248, 2257.

<sup>726</sup> *Illhard/Scholz*, DWiR 2013, 512, 514

<sup>727</sup> Vgl. etwa *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 46 f., der (auch) mit dieser Begründung das Abstellen auf eine adäquate Kausalität der Vorteilserzielung ablehnt.

<sup>728</sup> Zur Kritik an diesem Argument siehe oben unter D.V. 2 b) cc) (1).

Schadensersatzrecht deutlich erhöhte Bedeutung zu.<sup>729</sup> Zudem schlägt sich auch diesbezüglich erneut der Umstand nieder, dass die Beziehung zwischen Schädiger und Geschädigtem im Rahmen der Innenhaftung sowohl aufgrund der deutlich erhöhten Einwirkungsmöglichkeiten als auch der auf Dauer angelegten Beziehung eine andere ist als in den häufig am Deliktsrecht ausgerichteten „üblichen“ Fällen der Vorteilsausgleichung. Insbesondere in Spekulationsfällen führen diese Faktoren dabei zu einer, abgesehen vom wirtschaftlichen Ergebnis, so weitgehenden Steuerbarkeit des pflichtwidrigen Verhaltens durch den Geschäftsführer, dass hier eine Beeinflussung des Geschäftsführers, jedenfalls aber eine für die Gesellschaft schädliche Setzung potentiell verhaltensbeeinflussender Anreize zu befürchten ist.

#### **ff) Das Einwand vom fehlenden Anspruch bei Hinwegdenken des Schadens**

Nicht überzeugend ist es demgegenüber, wenn gegen eine Berücksichtigung nicht kausaler Vorteile in Spekulationsfällen darauf verwiesen wird, dass der Geschäftsleiter im Falle eines pflichtwidrigen, aber rein gewinnbringenden Geschäfts auch keinen Herausgabeanspruch hätte und allein der Umstand, dass zusätzlich zum Gewinn auch ein Schaden entstanden ist, keine andere Behandlung rechtfertige.<sup>730</sup>

Denn dieser Umstand, den bereits *Cantzler* deutlich herausstellte,<sup>731</sup> ist gerade keine Besonderheit bei Spekulationsgeschäften. Vielmehr könnte dieser Einwand in jedem Fall der Vorteilsausgleichung erhoben werden, da einer Vorteilsausgleichung stets ein Sachverhalt zugrunde liegt, in dem bei Hinwegdenken der (zusätzlichen) Schädigung nur bei Erfüllung der strengen gesetzlichen Voraussetzungen etwa der Geschäftsführung ohne Auftrag eine Herausgabe des Vorteils verlangt werden könnte. Der Einwand stellt mithin gerade kein Argument gegen die Berücksichtigung der profitablen Pflichtverletzungen dar,

---

<sup>729</sup> Siehe dazu erneut oben unter B.II.1. sowie unter E.III.2. b) bb) (1).

<sup>730</sup> So aber *Illhard/Scholz*, DWiR 2013, 512, 516 f.

<sup>731</sup> *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 49.

vielmehr verdeutlicht er lediglich, warum das zugrundeliegende Rechtsinstitut der Vorteilsausgleichung dogmatisch besonders begründungsbedürftig ist. Hierzu kann aber umfassend auf die vorangegangenen Ausführungen verwiesen werden.<sup>732</sup>

### **gg) Die abweichende Rechtsprechung zur Falschberatung bei Finanzgeschäften**

Hinzuweisen ist schließlich noch darauf, dass die Ansicht des 5. Zivilsenats zur Berücksichtigung nicht äquivalent kausaler Vorteile in der „*Corealcredit*“-Entscheidung unter den Senaten des BGH keineswegs einhellig geteilt wird. Vielmehr lehnte der für Banksachen zuständigen 11. Zivilsenat eine solche Berücksichtigung in einem vergleichbaren Fall ausdrücklich ab. Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Vor Ausbruch der Finanzkrise wurden einer Vielzahl von Kommunen in Deutschland von verschiedenen Kreditinstituten zur Bewältigung der oftmals hohen Haushaltsverschuldung diverse Swap-Derivate angeboten. Mit diesen von vielen Kommunen für risikoarm gehaltenen, tatsächlich aber hochriskanten, Anlagen wurde auf die Entwicklung verschiedener Zinssätze und Wechselkurse ausländischer Währungen spekuliert, wobei insbesondere aufgrund der Auswirkungen der Finanzkrise der ganz überwiegende Teil der Geschäfte hohe Verluste für die Kommunen erzeugte.<sup>733</sup> Der 11. Zivilsenat vertrat bezüglich derartiger Verträge in mehreren Entscheidungen die Ansicht, dass die Banken zum Schadensersatz in Höhe der erlittenen Verluste verpflichtet

---

<sup>732</sup> Siehe oben unter D.

<sup>733</sup> Vgl. aus der Presse beispielhaft etwa die Berichterstattung zu Geschäften der Stadt Pforzheim, abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/finanzen/anleihen-zinsen/finanzwetten-in-pforzheim-ehemalige-oberbuergemeisterin-vor-gericht-15139659.html>, Datum des letzten Abrufs: 30.01.2019.

seien, da sie über die Risiken, insbesondere den so genannten negativen Marktwert der Swaps,<sup>734</sup> nicht ausreichend aufgeklärt hätten.<sup>735</sup> Auch in derartigen Fällen kam es aber vor, dass ein Teil der Geschäfte auch Gewinne erzielte, sodass sich auch in solchen Sachverhalten die Frage stellte, ob diese Gewinne anspruchsmindernd in Abzug gebracht werden können.<sup>736</sup>

In einem solchen Fall, in dem eine Landesbank unter Verletzung der ihr nach Ansicht des BGH obliegenden Aufklärungs- und Beratungspflichten mit einer Gemeinde verschiedene, ganz überwiegend verlustbringende, teilweise aber auch profitable, Swap-Geschäfte abschloss, entschied der 11. Zivilsenat, dass die erzielten Gewinne nicht im Wege der Vorteilsausgleichung anzurechnen seien. Der Senat führte aus, dass eine Anrechnung aufgrund der mangelnden äquivalenten Kausalität der Vorteilserzielung zur schädigenden Handlung nicht in Betracht käme.<sup>737</sup> Neben der Ablehnung der entsprechenden Anwendung der Vorteilsausgleichung aufgrund der Grundsätze des § 242 BGB<sup>738</sup> führte der Senat weiter insbesondere aus, dass aus der „*Corealcredit*“-Entscheidung des 5. Zivilsenats nicht anderes folge, da dort eine Treuwidrigkeit der Nichtberücksichtigung mit den „*aus der besonderen Natur der Organstellung folgende Treuepflichten*“ der Gesellschaft begründet worden sei und die dortigen Ausführungen daher auf andere Sachverhalte nicht übertragbar seien.<sup>739</sup> Diese Rechtsprechung wurde vom 11. Zivilsenat später erneut, mit hier nicht weiter relevanten Klarstellungen im Einzelfall, aufrechterhalten.<sup>740</sup>

---

<sup>734</sup>Vgl. hierzu *Lehmann*, NJW 2016, 2913. 2913 ff. sowie *Zoller*, NJW 2015, 2220, 2220 ff.

<sup>735</sup> BGH, NJW 2011, 1949, 1949; NJW 2015, 2248, 2248; WM 2016, 821, 821; WM 2016, 827, 827.

<sup>736</sup> Vgl. zur diesbezüglichen Rechtsprechung des BGH *Grüneberg*, WM 2017, 61, 65 f.

<sup>737</sup> BGH, NJW 2015, 2248, 2256.

<sup>738</sup> BGH, NJW 2015, 2248, 2257.

<sup>739</sup> BGH, NJW 2015, 2248, 2256 f.

<sup>740</sup> BGH WM 821, 825 f.

Dieselbe Problematik stellt sich zudem auch bei den in der Praxis häufigen Fällen, in denen Bankkunden, regelmäßig Verbraucher, wegen angeblicher Falschberatung gegen ihr Kreditinstitut vorgehen. Gründe für ein solches Vorgehen gibt es dabei viele, etwa die Behauptung einer nicht risikogerechten Anlageberatung oder die fehlende Aufklärung über den Erhalt einer Rückvergütung beim Fondsverkauf<sup>741</sup>. Auch in diesen Fällen erfolgten regelmäßig mehrere Geschäfte, die unter demselben Mangel litten und häufig waren auch dort nicht sämtliche Geschäfte verlustträchtig, sodass auch hier prinzipiell eine entsprechende Anwendung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung orientiert an der „*Corealcredit*“-Entscheidung denkbar wäre. Entscheidungen, insbesondere solche von Oberlandesgerichten, zu dieser Thematik sind dabei aufgrund der hohen Vergleichsaffinität der Parteien in derartigen Verfahren selten, dem Verfasser ist aber aus der Praxis bekannt, dass eine Anrechnung in der Rechtsprechung ganz überwiegend abgelehnt wird. Exemplarisch lässt sich dies an einer Entscheidung des OLG Celle nachverfolgen, der ein Sachverhalt zugrunde lag, bei der der Kunde, bei nach Feststellung des Gerichts mangelhafter Aufklärung, taggleich Beteiligungen an zwei geschlossenen Immobilienfonds erwarb, von denen sich eine verlustträchtig, die andere aber profitabel entwickelte.<sup>742</sup> Auch das OLG Celle führte in dieser Konstellation aus, dass mangels äquivalenter Kausalität keine direkte Anwendung der Vorteilsausgleichung möglich sei und verneint sodann unter Rückgriff auf die vorgenannte Rechtsprechung des 11. Zivilsenats zu Swap-Geschäften ebenfalls eine Übertagung der Grundsätze aus der „*Corealcredit*“-Entscheidung, da es an der aus der Organstellung folgenden besonderen Treuepflicht mangle.<sup>743</sup>

---

<sup>741</sup> Wodurch sich die Bank nach der sogenannte „*kick-back*“-Rechtsprechung des BGH schadensersatzpflichtig macht, vgl. BGH NJW 2011, 3227, 3227 ff.; NJW 2011, 3229, 3229 ff.; NJW 2011, 3231, 3231 ff.

<sup>742</sup> OLG Celle, NZG 2014, 1424, 1424 ff. Anders aber nun der III. Zivilsenat des BGH, der jedenfalls beim Abschluss innerhalb eines einheitlichen Beratungsgesprächs eine Vorteilsausgleichung bejaht, ZIP 2018, 2485, 2485 ff.

<sup>743</sup> OLG Celle, NZG 2014, 1424, 1426 f.

Festhalten lässt sich daher, dass die Ansicht des 5. Zivilsenats zur entsprechenden Anwendung der Vorteilsausgleichung auch in Fällen, in denen dies durchaus denkbar erscheint, von anderen Teilen der (auch höchstrichterlichen) Rechtsprechung nicht mitgetragen wird. Die Begründung, es mangle an einer vergleichbaren Treuepflicht, erscheint dabei nicht zwingend, insbesondere da es sich bei diesem Aspekt keineswegs um das allein tragende Argument in der „*Corealcredit*“-Entscheidung handelte<sup>744</sup> und die übrigen Ansätze durchaus übertragbar gewesen wären. Zudem hätte auch in derartigen Fällen<sup>745</sup> ein Rückgriff auf die üblichen Kriterien der Rechtsprechung zur Vorteilsausgleichung erfolgen und darauf abgestellt werden können, dass der Geschädigte nicht unzumutbar belastet und der Schädiger nicht unbillig entlastet würde.<sup>746</sup> Dass der 11. Zivilsenat und die ihm folgende Rechtsprechung sich aber stattdessen gegen eine Übertragung entschieden hat, könnte zwar auch schlicht darauf zurückgeführt werden, dass der BGH keine Banken und insbesondere keine Swap-Verträge mag,<sup>747</sup> überzeugender scheint jedoch die Vermutung, dass auch der 11. Senat nicht recht von der Tragfähigkeit der Argumentation des 5. Zivilsenats überzeugt ist. Eine solche Divergenz innerhalb der Rechtsprechung ist natürlich an sich kein zwingendes Argument gegen die Richtigkeit der Erwägungen zur Vorteilsausgleichung in der „*Corealcredit*“-Entscheidung, jedoch schwächt es ihre Überzeugungskraft nicht unwesentlich, insbesondere dann, wenn man berücksichtigt, dass, wie bereits ausgeführt, auch die vom 11. Senat als entscheidend angesehene organchaftliche Treuepflicht der Gesellschaft keine überzeugende Begründung für die entsprechende Anwendung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung auf nicht äquivalente Vorteile darstellt.<sup>748</sup>

---

<sup>744</sup> Siehe dazu oben unter E.III.3. b) bb).

<sup>745</sup> Wie auch der BGH in der „*Corealcredit*“-Entscheidung, NZG 2013, 293, 296.

<sup>746</sup> Siehe dazu oben unter D.IV.

<sup>747</sup> Dies vermutend *Lehmann*, NJW 2016, 2913, 2913.

<sup>748</sup> Siehe dazu oben unter E.III.3. c) dd).

## hh) Schlussfolgerung

Insgesamt lässt sich somit festhalten, dass die für die Berücksichtigungsfähigkeit nicht äquivalent kausaler Vorteile durch entsprechende Anwendung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung keine überzeugenden Argumente sprechen. Die vom BGH in der „*Corealcredit*“-Entscheidung angeführten Gründe rechtfertigen eine so drastische Ausnahme jedenfalls nicht, während die Literatur, wie dargestellt, auf eine argumentative Begründung weitgehend verzichtet. Gestützt wird dieses Ergebnis zudem durch den Umstand, dass die Rechtsprechung, auch die des BGH, in den vergleichbaren Fällen der Falschberatung bei Finanzanlagen ebenfalls eine solche Berücksichtigung ablehnt. Insgesamt ist es daher abzulehnen, nicht äquivalente Vermögenszuwächse als Vorteile zu berücksichtigen. Insbesondere in Spekulationsfällen folgt daraus, dass die Gesellschaft den gesamten Schaden verlustträchtiger Geschäfte im Wege des Schadensersatzes gegen den Geschäftsleiter geltend machen kann, ohne dass es auf eventuelle Gewinne ankommt. Aber auch in sonstigen Fällen von sowohl verlust- als auch gewinnträchtigen Pflichtverletzungen ist keine Anrechnung vorzunehmen, wenn die Voraussetzung der äquivalenten Kausalität nicht erfüllt ist.

## 4. Berücksichtigungsfähigkeit von Vorteilen der Gesellschafter

Eine weitere Besonderheit der Vorteilsausgleichung im Zusammenhang mit § 43 Abs. 2 GmbHG besteht darin, dass hier, anders als in den „*üblichen Fällen*“ der Interaktion von nur zwei handelnden Rechtssubjekten, nämlich Schädiger und Geschädigtem, jedenfalls indirekt drei Parteien beteiligt sind: Neben dem Geschäftsführer als Schädiger und der unmittelbar geschädigten GmbH sind mittelbar auch die Gesellschafter betroffen. Denn erleidet eine Gesellschaft einen Schaden, mindernd dies regelmäßig auch ihren Wert. Damit sinkt aber zugleich der Wert der Beteiligung der Gesellschafter, sodass sich ein Schaden der Gesellschaft mittelbar auch als Schaden der Gesellschafter niederschlägt.



Auf Haftungsebene ist dabei anerkannt, dass sich aus diesen Schäden, welche aufgrund ihrer zwangsläufigen Folge auf einen Schaden der Gesellschaft auch als „*Reflexschäden*“ bezeichnet werden,<sup>749</sup> kein eigenständiger Schadensersatzanspruch der Gesellschafter gegen den Geschäftsführer ergibt, sondern dieser gemäß dem so genannten „*Prinzip der Haftungskonzentration*“<sup>750</sup> für Schäden aufgrund eines Verstoßes gegen seine Organpflichten allein gegenüber der Gesellschaft haftet.<sup>751</sup>

Fraglich ist jedoch, was im Rahmen der Vorteilsausgleichung für den umgekehrten Fall gilt; wie also der Fall zu behandeln ist, dass aufgrund einer Pflichtverletzung des Geschäftsführers zwar der Gesellschaft ein Schaden entsteht, dies auf Ebene der Gesellschafter aber zugleich zu einem Vorteil führt. Ein Beispiel für einen solchen Vorteil wäre etwa, wenn der Geschäftsführer eine den Wert umliegender Grundstücke steigernde neue Produktionsstätte pflichtwidrig (etwa aufgrund damit verbundener unnötiger Kosten) in der Nachbarschaft eines Grundstücks eines der Gesellschafter errichten lässt. Der Gesellschaft entstünde dadurch ein Schaden in Form der unnötigen Kosten, der Gesellschafter würde durch den Wertzuwachs seines Grundstücks jedoch bessergestellt. Es wäre daher denkbar, diesen Wertzuwachs schadensmindernd auf den Schadensersatzanspruch der Gesellschaft anzurechnen.

Gegen eine solche Berücksichtigung kann jedoch in einem ersten Schritt angeführt werden, dass der Wertzuwachs im Vermögen eines Gesellschafters schon nicht die Definition eines Vorteils im Sinne der

---

<sup>749</sup>Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus*, § 43 Rn. 109. Siehe dazu bereits oben unter E.II.2. b) aa).

<sup>750</sup>MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 339; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 48; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus*, § 43 Rn. 107.

<sup>751</sup>Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 64; Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 87; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 48; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 339; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus*, § 43 Rn. 108; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 300; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 313.

Vorteilsausgleichung erfüllt, da es sich nicht um einen Vermögenszuwachs des Geschädigten, hier der Gesellschaft, sondern eines Dritten handelt.<sup>752</sup> Speziell im Rahmen der Organleiterinnenhaftung spricht zudem der erwähnte Grundsatz der Haftungskonzentration gegen eine solche Berücksichtigung. Denn dessen quasi umgekehrte Anwendung lässt sich als Begründung dafür heranziehen, dass so wie mittelbare Schäden der Gesellschafter aufgrund der Schädigung der Gesellschaft irrelevant sind, auch mittelbare Vorteile der Gesellschafter unberücksichtigt bleiben müssen.

Unter Verweis auf den Aspekt der Trennung der Vermögen von Gesellschaftern und Gesellschaft wird eine Berücksichtigung von Vorteilen (verstanden als Vermögenszuwachs) der Gesellschafter im aktienrechtlichen Schrifttum einhellig abgelehnt.<sup>753</sup> Im Schrifttum zur GmbH wurde dieser Aspekt demgegenüber weniger thematisiert, einzig *Fleischer* spricht sich konsequenterweise auch im Rahmen des § 43 GmbHG mit gleicher Begründung gegen eine Berücksichtigung von Vorteilen der Gesellschafter aus.<sup>754</sup>

Im schadensrechtlichen Schrifttum ist im Gegensatz dazu anerkannt, dass in Ausnahmefällen auch ein Vermögenszuwachs Dritter als Vorteil berücksichtigungsfähig sein kann, insbesondere bei Vorteilen naher Angehöriger des Geschädigten.<sup>755</sup> Begründet wird dies damit, dass ansonsten potentiell unbillige Ergebnisse entstehen könnten, wenn dem Geschädigte ein Anspruch auf vollen Ersatz zustünde, obwohl er

---

<sup>752</sup> Zur Definition des Vorteils siehe oben unter D.I.3. a). Zur Wahrung einer einheitlichen Terminologie wird auch im Folgenden nicht von „*Vorteilen*“, sondern von „*Vermögenszuwachsen*“ der Dritten bzw. der Gesellschafter gesprochen.

<sup>753</sup> GK-AktG/*Hopt/Roth*, § 93 Rn. 412; KK-AktG/*Mertens/Cahn*, § 93 Rn. 60; MüKo-AktG/*Spindler*, § 93 Rn. 192; Spindler/Stilz/*Fleischer*, § 93 Rn. 214.

<sup>754</sup> MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 264. Die von *Fleischer* dort angeführten Literaturverweise führen jedoch in Leere; Aussagen zur Berücksichtigung von Vorteilen der Gesellschafter finden sich an den genannten Orten nicht.

<sup>755</sup> *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 500; MüKo-BGB/*Grunsky* (3. Auflage), § 249 Rn. 93a; MüKo-BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 232. Siehe dazu oben unter D.V.4. a).

mittelbar auch von den Vorteilen, die dem Dritten zugeflossen sind, profitiere.

In Bezug auf eine Aktiengesellschaft kann diese Argumentation dabei nur schwer übertragen werden. Denn eine enge Bindung wie zwischen Familienmitgliedern besteht zwischen den Aktionären und der Gesellschaft regelmäßig nicht, vielmehr ist die gesamte gesetzliche Regelung der AG darauf ausgerichtet, einen raschen und unkomplizierten Wechsel der Aktionäre zu ermöglichen.<sup>756</sup> Etwas anderes könnte demgegenüber jedoch für das Verhältnis einer GmbH zu ihren Gesellschaftern gelten: Denn die GmbH ist vom Gesetzgeber als Gesellschaftsform für die Zusammenarbeit weniger, selten wechselnder<sup>757</sup> Gesellschafter geschaffen worden,<sup>758</sup> deren Zusammenwirken innerhalb der Gesellschaft weniger formalisiert ist als bei der auf einen breiten Kreis an Aktionären angelegten AG.<sup>759</sup> Doch auch unter Berücksichtigung dieser Umstände ist fraglich, ob diese engere Verbindung an die familiären Bindungen heranreicht, die als Regelfall für die Berücksichtigungsfähigkeit von Vermögenszuwächsen Dritter herangezogen werden.

Erschwerend kommt darüber hinaus jedoch hinzu, dass sich aus der anspruchsmindernden Anrechnung von Vermögenszuwächsen einzelner Gesellschafter potentielle Benachteiligungen für die restlichen Gesellschafter ergäbe. Denn während bei einer Anrechnung von Vermögenszuwächsen naher Angehöriger lediglich das Vermögen des Geschädigten betroffen ist, wäre im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG regelmäßig auch die Vermögen der übrigen Gesellschafter betroffen, wenn ein Vermögenszuwachs eines einzelnen Gesellschafter den Ersatzanspruch der Gesellschaft minderte. Übertragen auf das obige Beispiel der Wertsteigerung des Grundstücks eines Gesellschafter infolge

---

<sup>756</sup>Vgl. dazu Schmidt/Lutter/*Bezzenberg*, § 68 Rn. 2.

<sup>757</sup> Siehe dazu etwa das Formerfordernis in § 15 Abs. 3 GmbHG.

<sup>758</sup> Michalski/*Ebbing*, § 15 Rn. 55; MüKo-GmbHG/*Reichert/Welle*, § 15 Rn. 1 ff.

<sup>759</sup> Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schmidt-Leithoff*, Einleitung Rn. 2; Ulmer/*Ulmer*, Einl. A Rn. A3 ff.

einer Pflichtverletzung würde eine Berücksichtigung dieser Wertsteigerung etwa dazu führen, dass sich der Ersatzanspruch der Gesellschaft verringern und damit auch der Wert der Gesellschaft abnehmen würde. Damit würde diese Anrechnung jedoch zulasten der übrigen Gesellschafter gehen. Denn deren Beteiligungen würden ebenfalls an Wert verlieren, ohne dass diesem Verlust ein Vermögenszuwachs entgegensteünde. Denkbar erscheint es zwar, diese Ungleichbehandlung zwischen den Gesellschaftern auszugleichen, doch fehlt es für einen solchen Ausgleich bereits an einer über die auch zwischen den Gesellschaftern geltende allgemeine Treuepflicht<sup>760</sup> hinausgehenden gesetzlichen Grundlage, geschweige denn eines Regelungsrahmens für Durchführung oder Verteilung des Vermögenszuwachses.

Angesichts der bereits nur schwerlich vergleichbaren Interessenlage und des darüberhinausgehenden Problems der Ungleichbehandlung der Gesellschafter sollte daher der im aktienrechtlichen Schrifttum herrschenden Auffassung auch im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG gefolgt werden und auch im Rahmen des GmbH-Rechts grundsätzlich davon abgesehen werden, Vermögenszuwächse einzelner Gesellschafter anspruchsmindernd auf den Schadensersatzanspruch der Gesellschaft anzurechnen. Etwas anderes sollte lediglich in den Fällen gelten, in denen die zu krass unbilligen Ergebnissen führen würde, etwa bei kollusivem Zusammenwirken des Geschäftsführers und eines Gesellschafters.

## **5. Behandlung von Kompensationshandlungen des Geschäftsführers**

Ein weiterer klärungsbedürftiger Punkt ist das Verhältnis von Handlungen der Gesellschaft und Handlungen des Geschäftsführers sowie im Zusammenhang damit, wie Kompensationshandlungen des Geschäftsführers zu behandeln sind.

---

<sup>760</sup> Vgl. dazu ausführlich und m.w.N. MüKo-GmbHG/*Merkt*, § 13 Rn. 88 ff.; Ulmer/*Raiser*, § 14 Rn. 76 ff.

### **a) Zur Problemstellung**

Hierbei stellt sich in Bezug auf die Vorteilsausgleichung folgendes Problem:

Als juristische Person ist die GmbH selbst nicht handlungsfähig, vielmehr wird sie vom Geschäftsführer als handelndem Organ vertreten. Haftungsauslösendes Ereignis nach § 43 Abs. 2 GmbHG kann indes nur ein Verhalten des Geschäftsführers sein, wobei ihm Fehlverhalten etwa von Angestellten der Gesellschaft gegebenenfalls unter dem Gesichtspunkt des Organisationsverschuldens zugerechnet wird.

Im Bereich der Vorteilsausgleichung wiederum besteht eine häufige und vieldiskutierte Problematik in der Behandlung von Ausgleichshandlungen des Geschädigten, durch die dieser einen eingetretenen Schaden (teilweise) wieder kompensiert. Gemäß dem zuvor entwickelten Verständnis der Vorteilsausgleichung sind derartige Kompensationshandlungen dabei unter entsprechender Anwendung des Maßstabs des § 254 Abs. 2 BGB insoweit anspruchsmindernd zu berücksichtigen, wie der Geschädigte zu ihrer Vornahme gehalten war, während überpflichtmäßige beziehungsweise überkompensatorische Anstrengungen des Geschädigten seinen Anspruch nicht weiter mindern.<sup>761</sup> Demgegenüber besteht für Vorteile aufgrund von Handlungen des Schädigers selbst keine derartige Einschränkung, sodass sie sich mindernd auf den Schadensersatzanspruch auswirken.

Aus dem Zusammenspiel dieser Aspekte ergibt sich nun die Fragestellung, wie Kompensationshandlungen zu behandeln sind, die durch oder auf Veranlassung des Geschäftsführers nach dem schädigenden Ereignis durch die Gesellschaft vorgenommen werden. Ein solcher Fall könnte sich beispielsweise ergeben, wenn eine Ware aufgrund mangelnder Sorgfalt des Geschäftsführers überteuert eingekauft wurde, es der Gesellschaft aber auf Weisung des Geschäftsführers gelingt, den Schaden durch für die Gesellschaft günstigen Weiterverkauf zu vermindern.

---

<sup>761</sup> Siehe zum Ganzen oben unter D.V.4. a).

## b) Behandlung in Rechtsprechung und Literatur

In der Literatur wird dieses Problem ganz überwiegend nicht behandelt. Thematisiert wird zwar, ob der Gesellschaft in verschiedenen Konstellationen überhaupt ein Vorteil in Gestalt eines Gewinns zugeflossen ist,<sup>762</sup> woher dieser stammt, insbesondere, ob die dazu führende Handlung als solche des Geschäftsführers (beziehungsweise, in der AG, des Vorstandes) oder der Gesellschaft anzusehen sind, wird demgegenüber nicht behandelt.<sup>763</sup> Gesprochen wird vielmehr regelmäßig von Vorteilen, die der Gesellschaft infolge der pflichtwidrigen Handlung zuwachsen, ohne auf deren Ursprung weiter einzugehen.<sup>764</sup> Insbesondere im Zusammenhang mit dem häufig diskutierten Fall von Vorteilen infolge von Korruptions- und Kartellverstößen werden die daraus entstandenen Gewinne regelmäßig als potentiell anrechenbare Vorteile angesehen, ohne weiter den Umstand zu thematisieren, dass diese der Gesellschaft regelmäßig gerade aufgrund eigenen Handelns zugeflossen sind.<sup>765</sup>

Doch auch dort, wo die Zuordnung des Vorteils entweder als Leistung des Organs oder der Gesellschaft selbst erfolgt, wird auf die potentiellen Auswirkungen aufgrund der Rechtsprechung zu überobligatorischen Leistungen des Geschädigten nicht eingegangen. Die jeweilige Zuordnung der Herkunft der Vorteile erfolgt unterschiedlich:

So spricht etwa *Thole* im Zuge seiner Untersuchung der Vorstandshaftung für Verstöße gegen die Legalitätspflicht bezüglich des Aspekts der Anrechnung von Vorteilen der Gesellschaft davon, dass diese Vorteile an sich ohne Zutun der Gesellschaft entstanden seien, andererseits gingen das Handeln der Gesellschaft und des Vorstandes ineinander

---

<sup>762</sup> Insbesondere im Zusammenhang mit Kartellverstößen, vgl. hierzu die Nachweise unter E.III.1.

<sup>763</sup> Ansätze hierzu bei *Thole*, ZJR 173 (2009), 504, 526.

<sup>764</sup> Vgl. etwa *Bayer*, FS Schmidt, S. 94; *Fleischer*, DStR 2009, 1204, 1210, *Marsch-Barner*, ZHR 173 (2009), 723, 725 ff.

<sup>765</sup> Vgl. etwa *Binder/Kraayvanger*, BB 2015, 1219, 1228 ff.; *Eufinger*, WM 2015, 1265, 1271; *Goette*, ZHR 176 (2012), 588, 604 f.; *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33, 56 ff.; *Kersting*, ZIP 2016, 1266, 1271 ff.; *Schiemann*, in: FS Möschel, S. 547 ff.

über, sodass die Vorteile doch auch mit Zutun der Gesellschaft entstanden seien. Hieraus zieht *Thole* jedoch keine Konsequenzen für die Behandlung der Vorteile, sondern stellt nur fest, dass sich diese nicht innerhalb der in Rechtsprechung und Literatur gebildeten Fallgruppen bewegen.<sup>766</sup> Grundsätzlich scheint er davon auszugehen, dass derartige Vorteile bei unveränderter Anwendung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung anzurechnen seien.<sup>767</sup>

*Möller* wiederum sieht derartige Vorteile weder als Leistungen eines Dritten noch als zufällig entstandene Vorteile an, sondern spricht davon, dass der Vorteil vom Organ selbst erwirtschaftet beziehungsweise initiiert worden sei und es sich damit um eine Leistung des Organs selbst handle.<sup>768</sup> Näher begründet wird diese Einordnung jedoch nicht, ebenso wenig finden sich Ausführungen dazu, wie die Vorteile zu behandeln wären, würden sie von der Gesellschaft selbst erzielt.

Auch *Zimmermann*, der sich mit der Vorteilsausgleichung im Rahmen von Kartellverstößen des Leitungsorgans beschäftigt und diesbezüglich zwischen nicht anrechenbaren Vorteilen in Gestalt von (verpflichtenden oder freiwilligen) Leistungen Dritter und überpflichtmäßigen Leistungen des Geschädigten sowie grundsätzlich anrechenbaren, ohne Leistung des Geschädigten oder Dritten entstandenen, Vorteilen differenziert,<sup>769</sup> kommt zu diesem Ergebnis. Er spricht insoweit davon, dass ein Vorteil, der der Gesellschaft infolge eines Kartellverstoßes zufließt, weder eine Leistung eines Dritten noch vom Unternehmen selbst, „*unabhängig*“ von der Pflichtverletzung, erzielt worden sei, sondern es sich vielmehr um eine Leistung des handelnden Organs handle, die anzurechnen sei.<sup>770</sup>

Eine Bezugnahme auf die Diskussion über die Behandlung überobligatorischer Kompensationsmaßnahmen findet sich lediglich bei *Lohse*:

---

<sup>766</sup> *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 526.

<sup>767</sup> *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 529 zu den Gewinnen aus Kartellvereinbarungen.

<sup>768</sup> *Möller*, Vorteilsanrechnung, S. 148 f.

<sup>769</sup> *Zimmermann*, WM 2008, 433, 438 f.

<sup>770</sup> *Zimmermann*, WM 2008, 433, 439.

Im Rahmen ihrer Untersuchung der Vorteilsausgleichung bei Korruptionsfällen widmet sich diese auch dem Problem der Kompensation von Schäden in der Form von Schmiergeldzahlungen durch infolge der Korruption erzielte Gewinne. Dabei verweist sie auch auf die in der schadensrechtlichen Literatur vertretene Ansicht zur Privilegierung überobligatorischer Kompensationsmaßnahmen durch den Geschädigten. Eine Übertragung auf die Vorteilsausgleichung im Rahmen der Geschäftsführerhaftung lehnt *Lohse* zwar ab, führt diesbezüglich jedoch aus, dass es für eine Privilegierung andernfalls darauf ankäme, ob die Handlungen des Geschäftsführers überpflichtmäßig waren.<sup>771</sup>

Warum dieses Problem bislang so wenig Aufmerksamkeit erfahren hat, erschließt sich nicht eindeutig. Ein möglicher Grund könnte jedoch darin liegen, dass der Aspekt der Vorteilsausgleichung oftmals nur ein Aspekt im Rahmen einer umfangreichen Untersuchung der Geschäftsleiterhaftung für Pflichtverletzungen war.<sup>772</sup> Zudem lag der Schwerpunkt der meisten Behandlungen deutlich im Kartell- oder Gesellschafts-, nicht aber im allgemeinen Schadensrecht, dem das Problem der Vorteilsausgleichung aber entstammt. Dies schlug sich oftmals in einer nur sehr schematischen Behandlung der Rechtsfigur der Vorteilsausgleichung nieder,<sup>773</sup> wobei regelmäßig eine Lösung über die Bildung von Fallgruppen oder die Kriterien der Rechtsprechung behauptet wurde.<sup>774</sup> Denkbar ist daher, dass jedenfalls einigen Autoren die besondere Problematik überobligatorischer Kompensationsleistungen des Geschädigten schlicht nicht bekannt war.<sup>775</sup> Eine weitere Folge der Fokussierung auf Kartell- oder Korruptionssachverhalte ist

---

<sup>771</sup> *Lohse*, FS Hüffer, S. 596.

<sup>772</sup> So etwa bei *Eufinger*, WM 2015, 1265, 1265 ff.; *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33, 33 oder *Kersting*, ZIP 2016, 1266, 1266 ff.

<sup>773</sup> Siehe hierzu bereits oben unter E.III.1. a).

<sup>774</sup> Vgl. etwa *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015, 449, 454 f.; *Binder/Kraayvanger*, BB 2015, 1219, 1228; *Eufinger*, VersR 2015, 1265, 1271; *Kersting*, ZIP 2016, 1266, 1271.

<sup>775</sup> Dies wiederum gilt nicht für *Lohse* und *Möller*, welche das Problem möglicherweise aber nicht gesehen haben.



zudem, dass die der Gesellschaft in diesen Fällen zufließenden Vorteile mit den klassischen Kompensationssachverhalten, in denen der Geschädigte etwa eine Beschädigung selbst repariert oder einen Deckungsverkauf vornimmt, jedenfalls auf den ersten Blick wenig gemein haben, sodass diesbezügliche Ausführungen auch aus diesem Grund wohl eher fernliegen gewesen wären.

### c) **Stellungnahme**

Dass die von der Literatur untersuchten Konstellationen wenig Anlass für eine Anwendung der Grundsätze der Kompensation durch den Geschädigten bieten, führt aber nicht dazu, dass dieses Problem an Relevanz verliert. Das oben geschilderte Beispiel des Weiterverkaufs nach übersteuertem Einkauf zeigt vielmehr, dass sich dieses Problem auch in der Praxis stellen kann.

Ruft man sich diesbezüglich die dogmatische Begründung der besonderen Behandlung von Kompensationsmaßnahmen des Geschädigten vor Augen, dass nämlich § 254 Abs. 2 BGB Ausdruck einer allgemeinen Schadensminderungsobliegenheit sei und daher allgemeine Kompensationsmaßnahmen schadensmindernd anzurechnen sind, wohingegen überobligatorische Anstrengungen als Folge der Privatautonomie dem Geschädigten gebühren,<sup>776</sup> so zeigt sich eine Symmetrie zu den Pflichten des Geschäftsführers, den im Rahmen seiner Pflichten gemäß § 43 GmbHG ebenfalls eine Pflicht trifft, Schaden von der Gesellschaft abzuwenden.<sup>777</sup> Es scheint daher denkbar, im Falle von Kompensationsmaßnahmen der Gesellschaft im Zusammenhang mit einer Haftung gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG begründenden Pflichtverletzung die Prinzipien der Schadensminderungsobliegenheit zu übertragen: Alle Kompensationshandlungen, zu deren Erbringung der Geschäftsführer gemäß § 43 gehalten ist, kommen ausschließlich dem Geschädigten, der Gesellschaft, zugute, während darüber hinaus gehende,

---

<sup>776</sup> Vgl. dazu oben unter D.V.3. a).

<sup>777</sup> BGH, NJW 2008, 2437, 2441; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 55; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 11.

entsprechend der Terminologie zur Berücksichtigung von Kompensationsmaßnahmen daher überobligatorische, Maßnahmen dem Geschäftsführer selbst als schadensmindernd zugutekommen.

Dieses Gedankenspiel verdeutlicht jedoch erneut, dass Symmetrie eine geometrische und keine juristische Kategorie ist,<sup>778</sup> insbesondere ersetzt eine Symmetrie keine rechtliche Begründung. Im Gegenteil verdeutlicht die obige Überlegung eindrücklich die besondere Problematik von Kompensationshandlungen des Geschäftsführers für die Gesellschaft: Denn während in den „normalen“ Kompensationsfällen der Schädiger den Schaden erzeugt und der Geschädigte diesen (teilweise) kompensiert, fallen im Rahmen der Innenhaftung beide Rollen dem Geschäftsführer zu: Denn einerseits ist es seine Pflichtverletzung, die den Schaden hervorruft, sodass er Schädiger ist, andererseits handelt er für die Gesellschaft, sodass er im Rahmen von durch ihn veranlasseter Kompensationshandlungen zugleich auf Seiten des Geschädigten steht. Würde man nun die üblichen Maßstäbe für Kompensationshandlungen des Geschädigten anlegen, so würde der Geschäftsführer durch alle zumutbaren Handlungen zwar den Schaden mindern, was ihm direkt zugutekäme. Unternimmt der Geschäftsführer jedoch darüber hinaus besondere Anstrengungen und ermöglicht so eine Kompensation, die über das zumutbare hinausgeht, würde er von diesem besonderen Einsatz nicht profitieren, da der Ertrag überobligatorischer Kompensationsmaßnahmen ja gerade dem Geschädigten, der Gesellschaft, gebühren soll. Für solche überobligatorischen Leistungen bestünde daher kein Anreiz.

Zudem sprechen zwei weitere Argumente gegen die obige Überlegung: Würde man Kompensationshandlungen des Geschäftsführers erst dann schadensmindernd anrechnen, wenn sie die Grenze der Zumutbarkeit überschritten, während sich bei jedem anderen Schuldner solche Handlungen unmittelbar schadensmindernd niederschlagen, würde dies eine deutliche Benachteiligung des Geschäftsführers dar-

---

<sup>778</sup> So eindrücklich *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 43.

stellen. Dies gilt dabei umso mehr, als dass dabei die besonderen Möglichkeiten aufgrund des Zugriffs auf die Mittel und Ressourcen der Gesellschaft ungleichmäßig berücksichtigt würden: Für das besondere Risiko, auf diese Weise Schäden zu verursachen, müsste der Geschäftsführer gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG mit seinem Privatvermögen haften, während ihm die Möglichkeit, aufgrund dieser Position Schäden auch besser kompensieren zu können, verwehrt wäre.

Hinzu kommt weiter, dass ansonsten der Verpflichtung zur Förderung des Gesellschaftsinteresses aus § 43 Abs. 1 GmbHG unbillig doppeltes Gewicht beigemessen würde: Denn nicht nur würde der Verstoß gegen diese Pflicht den ursprünglichen Schadensersatzanspruch begründen, darüber hinaus würde diese Pflicht erneut geltend gemacht, um zu begründen, warum der Geschäftsführer nicht wie jeder andere Schädiger von Kompensationshandlungen profitiert

Aufgrund der gezeigten besonderen Konstellation der Gesellschaft als nicht selbst handlungsfähige juristische Person und der dadurch bedingten notwendigen Stellung des Geschäftsführers sowohl auf Schädiger- als auch Geschädigtenseite sollten daher meines Erachtens für Kompensationshandlungen der Gesellschaft auf Betreiben des Geschäftsführers nicht die im sonstigen Recht der Vorteilsausgleichung geltenden Grundsätze herangezogen werden. Vielmehr sollten solche Handlungen stets als Handlungen des Geschäftsführers selbst betrachtet werden und sich daher vollständig schadensmindernd niederschlagen.<sup>779</sup>

Hiergegen könnte nunmehr zwar eingewandt werden, dass dies eine Benachteiligung der Gesellschaft darstellt: Denn anders als bei jedem anderen Geschädigten wäre es ihr nicht gestattet, den Ertrag obligatorischer Kompensationshandlungen selbst zu behalten. Stattdessen hätte der Geschäftsführer die Möglichkeit, zum eigenen Vorteil die Ressourcen der Gesellschaft umfänglich zu nutzen, indem er einen vom ihm selbst angerichteten Schaden ausgleicht. Dieser Einwand

---

<sup>779</sup> Dies entspricht im Ergebnis den unter E.III.5. b) dargestellten Einzelansichten von *Lohse*, *Möller* und *Zimmermann*.

überzeug bei näherem Hinsehen aber nicht: Denn die Begründung dafür, dass der Ertrag überobligatorischer Kompensationshandlungen dem Geschädigten verbleibt, liegt gerade in dessen Privatautonomie begründet.<sup>780</sup> Dieses Argument kann aber auf die nicht selbst handlungsfähige Gesellschaft nicht übertragen werden, denn wenn diese (Kompensations-) Handlungen vornimmt, die auf Betreiben des Geschäftsführers zurückgehen, so handelt es sich gerade nicht um solche, zu privilegierenden, Eigenanstrengungen.

Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass der dargestellte Grundsatz der Anrechnung aller Kompensationshandlungen nur für solche Handlungen gilt, die auf das Betreiben des Geschäftsführers zurückgehen. Für Handlungen, die unabhängig davon vorgenommen werden, seien es Handlungen, die von Mitarbeitern der Gesellschaft von sich aus durchgeführt werden oder Handlungen nach Abberufung des Geschäftsführers, gelten demgegenüber die üblichen Grundsätze der Schadenskompensation, insbesondere da bei diesen die aufgezeigte Doppelrolle des Geschäftsführers nicht zum Tragen kommt.

## **6. Anrechenbarkeit ersparter Aufwendungen**

Weiter ist fraglich, ob auch im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG ersparte Aufwendungen der Gesellschaft als anrechenbare Vorteile in Frage kommen.

Im Rahmen der schuldrechtlichen Diskussion ist die Anrechenbarkeit von Aufwendungen, die der Geschädigte infolge der schädigenden Handlung erspart, anerkannt,<sup>781</sup> sodass diesbezüglich von einem „*klassischen Fall der Vorteilsausgleichung*“<sup>782</sup> gesprochen wird. Paradefall hierfür sind die durch einen aufgrund der schädigenden Handlung er-

---

<sup>780</sup> *Schiemann*, in: FS Picker, S. 704.

<sup>781</sup> Siehe dazu oben unter D.I.4. d).

<sup>782</sup> *Grunsky*, in: FS Lange, S. 471.

forderlichen Krankenhausaufenthalt ersparten Lebenserhaltungskosten des Geschädigten,<sup>783</sup> denkbar sind aber zahlreiche weitere Konstellationen.

Auch im Rahmen der Innenhaftung erscheinen Konstellationen durchaus realistisch, in denen der Geschäftsführer zwar eine pflichtwidrige Handlung begeht und der Gesellschaft ein Schaden entsteht, die Gesellschaft aber zugleich kostenträchtige Aufwendungen erspart. Naheliegend ist dies etwa bei Sachverhalten, in denen es der Geschäftsführer unterlassen hat, Korruption oder Kartellverstöße durch den Aufbau eines internen Kontroll- beziehungsweise Compliance-Systems zu verhindern,<sup>784</sup> ein Sachverhalt auf den später noch zurückzukommen sein wird.<sup>785</sup> Denkbar sind ersparte Aufwendungen aber auch in anderen Fällen, etwa ersparte Betriebskosten bei Ausfall von Produktionsmitteln aufgrund pflichtwidrig unterlassener Wartung.

In Literatur und Rechtsprechung wurde die Frage der Anrechenbarkeit solcher ersparten Aufwendungen bislang mit einer Ausnahme nicht ausdrücklich behandelt. Angesichts des Umstandes, dass solche Aufwendungen in der schadensrechtlichen Diskussion ganz überwiegend als potentiell anrechenbar angesehen werden, deutet dies wohl eher darauf hin, dass diesbezüglich im Rahmen des Innenhaftungsrechts nicht von einer abweichenden Beurteilung ausgegangen wird. Dieser Schluss ist jedoch ersichtlich keinesfalls zwingend, insbesondere angesichts des Umstandes, dass die schadensrechtliche Debatte zur Vorteilsausgleichung im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum in weiten Teilen unberücksichtigt bleibt,<sup>786</sup> erscheint es ebenfalls denkbar, dass stillschweigend von einer Nichtanrechenbarkeit ausgegangen wird.

---

<sup>783</sup> Beispiel von *Larenz*, Schuldrecht (1953), S. 114.

<sup>784</sup> So der Sachverhalt im bekannten „*Siemens-Neubürger*“-Fall, LG München, ZIP 2014, 570, 570 ff. Siehe dazu unten unter F.III.

<sup>785</sup> Siehe hierzu unten unter F.III.

<sup>786</sup> Siehe dazu oben unter E.III.1. a).

Die vorgenannte Ausnahme in der Literatur stellt dabei *Ziemons* dar, welche, wie zuvor *Haas*,<sup>787</sup> die Anrechenbarkeit von ersparten Aufwendungen ausdrücklich ablehnt.<sup>788</sup> Eine irgendwie geartete Begründung für diese Ansicht wird jedoch nicht gegeben, ebenso wenig erfolgt ein Verweis auf andere Stimmen in der Literatur oder Fundstellen in der Rechtsprechung.

Gründe für eine solche abweichende Behandlung sind auch nicht ersichtlich. Wie oben dargestellt<sup>789</sup> sprechen meines Erachtens die überzeugenderen Gründe dafür, auch im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG das zuvor entwickelte Verständnis der Vorteilsausgleichung grundsätzlich anzuwenden, sofern sich aus den Besonderheiten des GmbH-Rechts nichts anderes ergibt. Derartige Besonderheiten lassen sich für ersparte Aufwendungen nicht ausmachen. Eine günstige Veränderung des Vermögens des Geschädigten dadurch, dass Ausgaben infolge der Schädigung wegfallen, ist, wie ausgeführt, vielmehr auch für Gesellschaften denkbar, sodass deren Nichtberücksichtigung gegen den prägenden Grundsatz des Bereicherungsverbotest verstieße. Auch im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG sind ersparte Aufwendungen der Gesellschaft daher potentielle Vorteile, die sich im Wege der Vorteilsausgleichung schadensmindernd niederschlagen können.

## **7. Berücksichtigung einer wirtschaftlichen Überforderung des Geschäftsführers durch die Haftung?**

Ein weiteres Problemfeld stellt die Behandlung von Haftungsansprüchen dar, welche den Geschäftsführer aufgrund ihrer Höhe wirtschaftlich zu überfordern drohen.

---

<sup>787</sup> Michalski/*Haas* (2. Auflage), § 43 Rn. 212. Ausdrücklich für eine Anrechenbarkeit demgegenüber noch Michalski/*Haas* (1. Auflage), § 43 Rn. 210.

<sup>788</sup> Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 465.

<sup>789</sup> Siehe dazu oben unter E.II.3.

## a) Problemstellung

Das Problem einer überfordernden oder gar existenzvernichtenden<sup>790</sup> Haftung von Leitungsorganen ist Folge des Alles-oder-Nichts-Prinzips des Innenhaftungshaftungsrechts.<sup>791</sup> Dieses führt dazu, dass der Geschäftsleiter, wenn alle Tatbestandsvoraussetzungen der Haftungsnorm erfüllt sind, den entstandenen Schaden vollständig ersetzen muss oder aber, wenn dies nicht der Fall ist, überhaupt nicht haftet. Diese Regelungsstruktur stellt grundsätzlich keine Besonderheit der Organleiterhaftung dar, vielmehr entspricht sie dem Regelfall des deutschen Haftungsrechts und ist vom Gesetzgeber gewollt.<sup>792</sup>

Problematisch kann ein solches Haftungsregime jedoch dann werden, wenn sie für den Einzelnen zu Haftungssummen führt, die dieser nie erbringen kann. Insbesondere im Arbeitsrecht können derartige Fälle regelmäßig auftreten, da ein Arbeitnehmer oftmals notwendigerweise Einwirkungsmöglichkeiten auf Vermögensgegenstände seines Arbeitgebers hat, deren Wert die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers deutlich übersteigt. Die Rechtsprechung hat hierzu schon vor langer Zeit entschieden, dass es unbillig wäre, die Risiken dieser Sonderkonstellation einseitig dem Arbeitnehmer aufzubürden und in Folge dessen die bekannte Rechtsprechung zur Arbeitnehmerhaftung entwickelt, welche die Haftung des Arbeitnehmers abhängig von dessen Verschulden drastisch reduziert.<sup>793</sup>

Für Leitungsorgane stellt sich dieses besondere Haftungsrisiko in nochmals gesteigerter Form, da diese nicht nur mit einzelnen Vermögensgegenständen des Unternehmens in Berührung kommen, sondern

---

<sup>790</sup> So etwa *Bayer*, NJW 2014, 2546, 2548; *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926, 926.

<sup>791</sup> Ausführlich dazu *Wagner*, ZHR 178 (2014), 228, 232 ff.

<sup>792</sup> So bereits in den Motiven zum BGB, vgl. *Mudgdan*, Materialien, Band 2 S. 17 f. So auch *Fleischer*, ZIP 2014, 1305, 1307.

<sup>793</sup> BAG, NJW 1959, 1796; NZA 1994, 1083. Ausführlich hierzu *ErfK/Preis*, § 619a BGB Rn. 7 ff.; *MHdb ArbR/Reichold*, § 57 Rn. 19 ff., jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

vielmehr die Verantwortung für das Unternehmen im Ganzen tragen,<sup>794</sup> während die Grundsätze zur Arbeitnehmerhaftung nach ganz überwiegender Ansicht auf sie keine Anwendung finden.<sup>795</sup> Zwar lässt sich das daraus folgende Haftungsrisiko durch den Abschluss einer D&O-Versicherung eingrenzen, doch sind derartige Versicherungen gerade im Rahmen kleiner oder mittelständischer GmbHs wohl nicht flächendeckend verbreitet,<sup>796</sup> während im Rahmen großer Gesellschaften wiederum die Haftungssummen leicht die Höhe der gewährten Deckung überschreitet.<sup>797</sup> Aus diesem Grund besteht mithin das Risiko, dass ein Geschäftsleiter, der von seiner Gesellschaft aufgrund einer Pflichtverletzung in Anspruch genommen wird, sich einem Anspruch in einer Höhe gegenüber sieht, die seine eigenen finanziellen Möglichkeiten bei weitem übersteigt und daher seine wirtschaftliche Existenz gefährdet.<sup>798</sup> Plakativ spricht in diesem Zusammenhang *Bayer* von der Gefahr der drohenden „*wirtschaftlichen Todesstrafe*“.<sup>799</sup>

---

<sup>794</sup> So auch *Bayer*, NJW 2014, 2545, 2548.

<sup>795</sup> BGH WM 1975, 467, 469; ZIP 2001, 1458; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 43 Rn. 6; Bork/Schäfer/Klöhn, § 43 Rn. 64; *Drescher*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, Rn. 229; Hölters/Hölters, § 93 Rn. 251; *Lohr*, NZG 2000, 1204, 1205 ff.; *Lutter*, GmbHR 2000, 301, 311 f.; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, § 43 Rn. 39; *Michalski/Ziemons*, § 43 Rn. 419 ff.; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 256; *Ulmer/Paefgen*, § 43 Rn. 167.

<sup>796</sup> Systematische empirische Untersuchungen zu dieser Thematik wurden bislang nicht durchgeführt. Gemäß *Janert*, der sich auf eine nicht mehr abrufbare Studie aus dem Jahr 2013 bezieht, waren auch bei nicht inhabergeführten GmbHs mit mehr als 50 Millionen Euro Bilanzsumme nur etwa zwei Drittel der untersuchten Geschäftsführer über eine D&O-Versicherung abgesichert, vgl. *Janert*, BB 2013, 3016, 3016. Bei kleineren Gesellschaften dürfte die Versicherungsquote demgegenüber noch deutlich geringer sein. Rechtsformübergreifend so auch *Warning*, Manager mit beschränkter Haftung, S. 25 ff., wonach weniger als 50 % der untersuchten Unternehmen mit höchstens 100 Millionen Euro Bilanzsumme eine D&O-Versicherung abgeschlossen haben.

<sup>797</sup> Beispiele bei *Wagner*, ZHR 178 (2014), 223, 247 ff. und *Brommer*, AG 2014, 121, 124.

<sup>798</sup> *Brommer*, AG 2014, 121, 123.

<sup>799</sup> *Bayer*, in: FS K. Schmidt, S. 97.



In der Literatur wurde diese Thematik in jüngerer Zeit, erneut mit bemerkenswertem Schwerpunkt auf Kartell- und Korruptionsverstöße, umfangreich diskutiert<sup>800</sup> und war darüber hinaus Thema der wirtschaftsrechtlichen Abteilung des 70. Deutschen Juristentages.<sup>801</sup> Neben der drohenden wirtschaftlichen Überforderung des Organs wird im Schrifttum dabei auch problematisiert, dass der Geschäftsleiter angesichts solcher existenzbedrohender Haftungsrisiken dazu neigen könnte, den Schwerpunkt seiner Tätigkeit nicht mehr auf die Förderung der Gesellschaft, sondern die Vermeidung eigener Haftung zu legen, was wiederum nicht im Interesse der Gesellschaft ist.<sup>802</sup>

Ob diese Konstellation eine Anpassung des Haftungsregimes erfordert und wie eine solche Änderung aussehen könnte, wird von der Literatur nicht einheitlich beantwortet. Teilweise wird eine Abmilderung der Haftung abgelehnt<sup>803</sup>, andere Stimmen sprechen sich für eine Vielzahl von Wegen der Entschärfung der Haftung aus: So wird, neben anderen Ansätzen,<sup>804</sup> etwa dafür plädiert, die oben dargestellten Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung, teilweise mit verschiedenen

---

<sup>800</sup> Vgl. etwa *Binder/Kraayvanger*, BB 2015, 1219,1226; *Brommer*, AG 2013, 121, 122 ff.; *Bayer*, in: FS K. Schmidt, S. 95 ff. *Bayer*, NJW 2014 2546, 2546 ff.; *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926, 926 ff.; *Casper*, ZHR 176 (2012), 617, 636 ff.; *Fleischer*, DB 2014, 345, 348 ff.; *Fleischer*, ZIP 2014, 1305, 1305 ff.; *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782, 801; *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33, 77 ff.; *Heyers*, WM 2016, 581, 581 ff.; *Kersting*, ZIP 2016, 1266, 1269 ff.; *Koch*, AG 2012, 429, 429 ff.; *Reichert*, ZHR 177 (2013), 756, 756; *Schöne/Petersen*, AG 2012, 700, 700 ff.; *Wagner*, ZHR 178 (2014), 228, 228 ff. Ausführlich *Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung von Vorstandsmitgliedern in der Aktiengesellschaft.

<sup>801</sup> Vgl. hierzu etwa das Gutachten von *Bachmann*, Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Band I, Teil E.

<sup>802</sup> *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926, 927; *Brommer*, AG 2013, 121, 123; *Heyers*, WM 2016, 581, 581.

<sup>803</sup> *Binder/Kraayvanger*, BB 2015, 1219,1227 f.; *Fleischer*, DB 2014, 345, 349 f.; *Fleischer*, ZIP 2014, 1305, 1314 ff.; *Habersack*, ZHR 177 (2013), 783, 801 ff.; *Kersting*, ZIP 2016, 1266, 1269 ff.

<sup>804</sup> Vgl. etwa *Heyers*, WM 2016, 581, 586 ff. und *Reichert*, ZHR 177 (2013), 756, 762 ff.

Anpassungen, auch auf Leitungsorgane anzuwenden,<sup>805</sup> andere fordern eine Begrenzung der Haftung auf eine fixe oder von der Vergütung des Organmitglieds abhängige Höchstgrenze<sup>806</sup> oder sprechen sich für eine Haftungsreduzierung aufgrund der Treuepflicht der Gesellschaft gegenüber ihrem Geschäftsleiter aus.<sup>807</sup>

## **b) Bedeutung der Vorteilsausgleichung und Stellungnahme**

Im Rahmen dieser Arbeit wird diese Thematik deswegen relevant, weil eine Reihe von Autoren im Zuge der Behandlung der existenzvernichtenden Handlung von Geschäftsleitern, erneut am Beispiel des Regresses von Bußgeldern wegen Kartell- und Korruptionsverstößen, auch auf das Rechtsinstitut der Vorteilsausgleichung Bezug nehmen. Überwiegend wird zwar eher kurz darauf verwiesen, dass die Möglichkeit der Vorteilsausgleichung bestehe und sich dadurch der Schadensersatzanspruch der Gesellschaft potentiell reduziere,<sup>808</sup> namentlich *Kersting* vertritt darüberhinausgehend aber die Ansicht, dass durch eine konsequente Anwendung der Vorteilsausgleichung das Risiko einer existenzvernichtenden Haftung von Leitungsorganen wegen Kartellverstößen deutlich reduziert werden könne.<sup>809</sup>

Soweit man unterstellt, dass in Bezug auf die Gefahr einer existenzvernichtenden Haftung Regelungsbedarf besteht, stellt sich somit die

---

<sup>805</sup> *Brommer*, AG 2013, 121, 127 f.; *Hoffmann*, NJW 2012, 1393, 1396 ff. *Koch*, AG 2012, 429, 437 ff.

<sup>806</sup> *Bayer*, NJW 2014, 2545, 2548 f.; *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926, 930. Dafür (neben anderen Maßnahmen) auch *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227; 275 ff.

<sup>807</sup> *Casper*, ZHR 176 (2012), 617, 636 ff.; *Koch*, AG 2012, 429, 435 ff.

<sup>808</sup> So etwa *Bayer*, in: FS K. Schmidt, S. 93 f.; *Bayer/Scholz*, NZG 2015, 449, 454; *Fleischer*, DB 2014, 345, 350; *Koch*, AG 2012, 429, 431 f.; *Schöne/Petersen*, AG 2012, 700, 703 f. Umgekehrt weist *Thole* darauf hin, dass sich aus dem von ihm vertretenen restriktiven Ansatz zur Vorteilsausgleichung bei Verstößen gegen die Legalitätspflicht gerade existenzgefährdende Haftungsrisiken ergeben können, *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 530 f. Zur Vorteilsausgleichung bei Kartell- und Korruptionsverstößen siehe unten unter F.I.

<sup>809</sup> *Kersting*, ZIP 2016, 1266, 1271 ff.

Frage, ob eine Haftungsmilderung durch das Rechtsinstitut der Vorteilsausgleichung möglich ist und demzufolge eine Anpassung der Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung erforderlich ist. Meines Erachtens ist es dabei jedoch schon nicht angezeigt, für eine weiterhin als geboten unterstellte Verringerung der Haftung auf die Vorteilsausgleichung zurückzugreifen. Dies folgt erneut aus dem zuvor entwickelten Verständnis der Vorteilsausgleichung als allgemeinem schadensrechtlichem Mechanismus zur Wahrung des Grundsatzes des Bereicherungsverbot.<sup>810</sup> Auch im Rahmen der Geschäftsführerinnenhaftung dient die Vorteilsausgleichung daher dazu, eine unberechtigte Besserstellung der Gesellschaft zu vermeiden, nicht aber zu sonstigen Zwecken.<sup>811</sup>

Dies gilt insbesondere angesichts des Umstandes, dass das hier entwickelte Verständnis der Vorteilsausgleichung entgegen dem wohl überwiegend in der Literatur vertretenen Verständnis, vor allem aber gegenüber dem Verständnis der Rechtsprechung,<sup>812</sup> deutlich weniger restriktiv ist und viele der insbesondere von der Rechtsprechung geforderten einschränkenden Tatbestandsmerkmale für die Anrechnung eines Vorteils abgelehnt werden. Würde man demgegenüber die Voraussetzungen der Rechtsprechung für die Anrechnung eines Vorteils anlegen, also insbesondere fordern, dass die Anrechnung weder den Schädiger unbillig entlastet noch den Geschädigten unzumutbar belastet,<sup>813</sup> wäre eine Entlastung der Leitungsorgane dadurch möglich, dass man im Rahmen der Organinnenhaftung auf eine oder beide Voraussetzungen verzichtet, etwa indem argumentiert würde, dass angesichts der strengen Haftung eine Anrechnung niemals eine Entlastung niemals unbillig wäre. Demgegenüber sind nach dem hier vertretenen Ansatz grundsätzlich alle Vorteile anrechenbar, soweit sie äquivalent

---

<sup>810</sup> Siehe dazu oben unter D.V.

<sup>811</sup> So im Ergebnis auch *Möller*, Vorteilsanrechnung, S. 143.

<sup>812</sup> Siehe dazu oben unter D.V.

<sup>813</sup> So etwa BGH, NJW 1977, 1819; BGHZ 74, 103, 114, Einzelheiten oben unter D.V.

kausal auf dem schädigenden Ereignis beruhen und keine Sonderkonstellation vorliegt.<sup>814</sup> Eine weitere Entlastung des Schädigers wäre daher, abgesehen von denkbaren Beweiserleichterungen,<sup>815</sup> nur möglich, indem der Ersatzanspruch der Gesellschaft um nicht äquivalent kausal auf der schädigenden Handlung beruhende Vermögensvorteile gekürzt würde. Eine solche Abkehr vom das deutsche schadensrecht prägenden Äquivalenzprinzip und insbesondere auch vom Grundsatz Bereicherungsverbots als Rechtfertigung der Vorteilsausgleichung an sich würde im Zuge der Behandlung von Spekulationsgewinnen abgelehnt.<sup>816</sup> Gründe, von diesem Ergebnis nunmehr an dieser Stelle abzuweichen, sind demgegenüber nicht ersichtlich.

Ob das gegenwärtige System der Organinnenhaftung eine Gefahr der existenzvernichtenden Haftung der Leitungsorgane darstellt, muss aus diesem Grund hier nicht entschieden werden. Denn selbst wenn man eine solche unzumutbare Gefährdung hier annähme und eine Anpassung für notwendig erachtete, könnte eine solche nicht über das Rechtsinstitut der Vorteilsausgleichung geschehen.<sup>817</sup> Umgekehrt lässt sich feststellen, dass, wenn man eine solche Existenzgefährdung unterstellt, diese jedenfalls nicht aus einer restriktiven Handhabung der Vorteilsanrechnung entspringt.

## **8. Vorteilsausgleichung bei Kompetenzüberschreitung des Geschäftsführers**

Eine weitere Besonderheit der Vorteilsausgleichung im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG könnte in den Fällen geboten sein, in denen der Geschäftsführer dauerhaft seine Kompetenzen überschreitet.

---

<sup>814</sup> Vgl. dazu oben unter D.VI.4.

<sup>815</sup> Dazu unten unter E.III.9.

<sup>816</sup> Siehe dazu oben unter E.III.3.

<sup>817</sup> Kritisch zur Vorteilsausgleichung als Mittel zur Haftungsmilderung auch *Koch*, AG 2012, 429, 431 f.

### a) Zur Problemstellung

Die hierbei zugrundeliegende Problematik wurde im Rahmen der Behandlung nicht äquivalent kausaler Vorteile bereits angesprochen:<sup>818</sup> Die im schuldrechtlichen Schrifttum regelmäßig diskutierten Lebenssachverhalte, bei denen eine Vorteilsausgleichung erwogen wird, sind einmalige Eingriffe des Schädigers in den Rechtskreis des Geschädigten mit ebenfalls einmaligen daraus resultierenden Vorteilen, etwa die durch den Krankenhausaufenthalt nach einer Körperverletzung ersparten Lebenshaltungskosten oder die Entdeckung eines Schatzes infolge der Zerstörung eines fremden Baumes.<sup>819</sup> Demgegenüber sind Pflichtverletzungen durch die Leitungsorgane einer Gesellschaft deutlich eher geeignet, einen dauerhaften pflichtwidrigen Zustand zu schaffen, da das Leitungsorgan nicht als Dritter von außen in die Rechtsgüter der geschädigten Gesellschaft eingreift, sondern die Steuerung der Gesellschaft durch den Geschäftsleiter prinzipiell gerade gewollt ist.

Aus dieser Sonderbeziehung folgt zudem eine weitere, vorgelagerte Besonderheit in Form der Pflichtverletzung durch Kompetenzüberschreitung. In den vorgenannten, allgemeinen Beispielfällen der Vorteilsausgleichung kommt so etwas regelmäßig nicht vor, da dort der Schädiger grundsätzlich nicht zur Verfügung über die Rechtsgüter des Geschädigten befugt ist, sodass, anders formuliert, jeder Eingriff bereits einen Kompetenzverstoß darstellt. Demgegenüber sind Leitungsorgane notwendigerweise befugt, über die Rechtsgüter der Gesellschaft zu verfügen, da anders die angestrebte Leitung nicht möglich wäre. Diese Kompetenz ist jedoch nicht unbegrenzt. So regelt bereits das Gesetz, dass verschiedene, regelmäßig besonders bedeutende oder grundlegende, Entscheidungen von den Gesellschaftern selbst getroffen werden müssen,<sup>820</sup> weitere Grenzen sind dem Geschäftsführer

---

<sup>818</sup> Siehe oben unter E.III.3.

<sup>819</sup> Vgl. nur die Beispielfälle bei *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 53 ff. und *Thiele*, AcP 167 (1967), 193, 206 ff.

<sup>820</sup> Vgl. *Scholz/Schmidt*, § 45 Rn. 6; *Ulmer/Hüffer/Schürnbrand*, § 45 Rn. 19. Vgl. auch *Lieder*, NZG 2015, 569, 570 ff.

durch den Unternehmensgegenstand<sup>821</sup> sowie potentiell die Satzung und, als Besonderheit der GmbH, durch Weisungen der Gesellschafterversammlung an den Geschäftsführer gesetzt.<sup>822</sup> Ein Geschäftsführer ist im Rahmen der Pflicht zu rechtmäßigem Verhalten (auch als Legalitätspflicht bezeichnet) verpflichtet, auch die Kompetenzordnung im Innenverhältnis zu wahren und seinen Kompetenzrahmen nicht zu überschreiten.<sup>823</sup>

Fraglich ist nun, wie mit Fällen umgegangen werden soll, in denen beide Aspekte zusammenkommen und ein Geschäftsführer sich dauerhaft über die Kompetenzordnung der Gesellschaft hinwegsetzt. Derartige Sachverhalte kommen in der Praxis durchaus vor, etwa wenn ohne die in der Satzung vorgeschriebene Beteiligung anderer Organe eine Unternehmensbeteiligung erworben wird,<sup>824</sup> und auch in der oben ausführlich behandelten „*Corealcredit*“-Entscheidung<sup>825</sup> bestand die Pflichtverletzung des Vorstandes in der Überschreitung des Unternehmensgegenstandes.<sup>826</sup> Im Rahmen dieser Untersuchung relevant sind derartige Fälle deswegen, weil aus einer solchen pflichtwidrigen Kompetenzüberschreitung gerade bei längerem Fortdauern regelmäßig auch Vorteile für die Gesellschaft entstehen. Ob und wie derartige Vorteile im Rahmen der Vorteilsausgleichung auf einen etwaigen Schadensersatzanspruch der Gesellschaft anzurechnen sind, wurde im Schrifttum jedoch noch wenig diskutiert.<sup>827</sup>

Hierbei zeigen sich bereits bei der Bestimmung des Untersuchungsumfangs die bereits zu Beginn der Darstellung der Vorteilsausglei-

---

<sup>821</sup> BGH, NJW 1993, 57; NZG 2013, 293, 294; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 81 ff.

<sup>822</sup> Siehe dazu oben unter C.I.4. a).

<sup>823</sup> Siehe dazu oben unter C.I.2. b) aa).

<sup>824</sup> So der Sachverhalt in in der Entscheidung OLG München, NZG 2000, 741, 741 ff.

<sup>825</sup> Siehe dazu oben unter E.III.3.b.aa.

<sup>826</sup> BGH, NZG 2013, 293, 294.

<sup>827</sup> So auch die Einschätzung von Bork/Schäfer/*Klöhn*, § 43 Rn. 68 sowie *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 151 f. und MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 46.

chung im Allgemeinen problematisierten<sup>828</sup> Abgrenzungsschwierigkeiten von Vorteilsausgleichung und allgemeiner Schadensberechnung und damit des Umfangs des Instituts der Vorteilsausgleichung. Regelmäßig wird der Kompetenzverstoß darin nämlich bestehen, dass der Geschäftsführer pflichtwidrig ein oder mehrere Rechtsgeschäfte abgeschlossen hat, aus denen der Gesellschaft auch eine Gegenleistung zugeflossen ist. Versteht man den Anwendungsbereich der Vorteilsausgleichung weit, so kann auch die Frage der Anrechenbarkeit dieser Gegenleistung unter den Begriff der Vorteilsausgleichung subsumiert werden, während andererseits bei einem engen Verständnis dieser Aspekt unter die allgemeine Schadensberechnung fällt.

Vor allem aber stellt sich in derartigen Konstellationen die Frage der Sicherstellung der Wahrung der gesellschaftlichen Kompetenzordnung,<sup>829</sup> die gefährdet sein könnte, wenn ein Geschäftsführer einem Schadensersatzanspruch wegen Überschreitung seiner Befugnisse entgegenhalten kann, dass der Kompetenzverstoß habe sich für die Gesellschaft finanziell positiv ausgewirkt habe. Dieser Sachverhalt weist dabei ersichtlich Ähnlichkeiten zu dem im Schrifttum an anderer Stelle umfangreich diskutierten Problem der so genannten aufgedrängten Bereicherung auf.<sup>830</sup>

## **b) Behandlung in Rechtsprechung und Literatur**

In Rechtsprechung und Literatur sind Ausführungen zu dieser Problematik bislang selten.

In der Literatur wird der Umfang der Vorteilsausgleichung überwiegend weit verstanden, sodass auch die Berücksichtigung oder Nichtbe-

---

<sup>828</sup> Siehe dazu oben unter D.I.4.

<sup>829</sup> So auch *Marsch-Barner*, ZHR 173 (2009), 723, 728.

<sup>830</sup> Auf den Aspekt der Aufdrängung der Gegenleistung abstellend *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 151 f. und *MüKo-GmbHG/Fleischer*, § 43 Rn. 46 sowie *Ulmer/Paefgen*, § 43 Rn. 182.

rücksichtigung der erlangten Gegenleistung als Aspekt der Vorteilsausgleichung gesehen wird,<sup>831</sup> lediglich *Ulmer* differenziert insoweit zwischen der Gegenleistung und weiteren Vorteilen.<sup>832</sup>

Bezüglich der Behandlung erlangter Vorteile, überwiegend also auch der Gegenleistung, werden zwei Ansätze vertreten: Teilweise wird argumentiert, die Wahrung der Kompetenzordnung der Gesellschaft genieße Vorrang, sodass zum Schutz vor aufgedrängten Geschäften Vorteile nicht schadensmindernd anzurechnen seien, sondern die Gesellschaft Anspruch auf Ersatz des ganzen Schadens bei Herausgabe der Vorteile an den Geschäftsführer habe.<sup>833</sup> Die Gegenansicht vertritt demgegenüber, teilweise unter Bezugnahme auf die Treuepflicht der Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer,<sup>834</sup> dass Vorteile dann anrechenbar seien, wenn sie für die Gesellschaft nützlich sind.<sup>835</sup>

Höchstrichterliche Rechtsprechung zu Kapitalgesellschaften gibt es zu dieser Frage gegenwärtig, soweit ersichtlich, nicht.<sup>836</sup> Die einzige diesbezügliche Entscheidung ist älteren Datums und beschäftigt sich mit der kompetenzwidrigen Einstellung eines Arbeitnehmers durch den Geschäftsführer einer OHG. Dabei scheint der BGH die Gegenleistung

---

<sup>831</sup> So *Fleischer*, ZIP 2005, 141,151 f.; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 465; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 46; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 46; *Marsch-Barner*, ZHR 173 (2009), 723, 728.

<sup>832</sup> *Ulmer/Paefgen*, § 43 Rn. 182.

<sup>833</sup> So, wenn auch zurückhaltend, *Fleischer*, ZIP 2005, 141,151 f.; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 46. Explizit dafür *Ulmer/Paefgen*, § 43 Rn. 182, der sich gegen eine Anrechnung sowohl der Gegenleistung als auch sonstiger Vorteile ausspricht.

<sup>834</sup> So Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 465 unter Verweis auf die „*Corealcredit*“-Entscheidung.

<sup>835</sup> Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 46; *Marsch-Barner*, ZHR 173 (2009), 723, 728 f.; Michalski/*Ziemons*, § 43 Rn. 465. Wohl auch *Bicker*, AG 2014, 8, 13 f.

<sup>836</sup> Im Rahmen der „*Corealcredit*“-Entscheidung musste dabei über die Behandlung der Kompetenzüberschreitung nicht entschieden werden, da, wie dargestellt, ohnehin keine direkte Anwendung der Vorteilsausgleichung in Betracht kam. Zu den Details siehe oben unter E.III.3. b) aa).



in Form der Arbeitsleistung allenfalls im Rahmen der Schadensberechnung für berücksichtigungsfähig zu halten, misst dies aber ebenfalls am Maßstab der Nützlichkeit für die Gesellschaft.<sup>837</sup>

Auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung wird der Anwendungsbereich der Vorteilsausgleichung eng gesehen. So differenzierte das OLG München, welches über einen kompetenzwidrigen Beteiligungserwerb einer KGaA zu entscheiden hatte, zwischen der Schadensberechnung und der dabei möglichen Berücksichtigung des Werts der Beteiligung einerseits sowie der Vorteilsausgleichung für weitere Vorteile der Gesellschaft aus dem Beteiligungserwerb andererseits.<sup>838</sup> Ebenso differenzierte das KG in einem Urteil aufgrund zweier kompetenzwidrig abgeschlossener Kaufverträge eines Geschäftsführers.<sup>839</sup> Auch das OLG Düsseldorf unterschied in einer jüngeren Entscheidung, in der es unter anderem um kompetenzwidrig vom Vorstand einer AG angeordnete kostspielige Renovierungsarbeiten an (auch) an den Vorstand vermieteten Häusern der AG ging, zwischen der Wertsteigerung der Häuser als Gegenleistung der Werkverträge und sonstigen Vorteilen aus der Renovierung, die im Rahmen der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen seien.<sup>840</sup>

Das OLG München entschied dabei ohne nähere Begründung, dass grundsätzlich eine Vorteilsausgleichung stattfinden müsse, anrechenbare Vorteile aber im konkreten Fall nicht substantiiert dargelegt worden seien.<sup>841</sup> Auch das OLG Düsseldorf urteilte unter Verweis auf das vorgenannte Urteil des OLG München, dass sich die über die Gegen-

---

<sup>837</sup> BGH, MDR 1988, 841, 841 f.

<sup>838</sup> OLG München, NZG 2000, 741, 743.

<sup>839</sup> KG, GmbHR 2005, 477, 479.

<sup>840</sup> OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.08.2012, Az. I-6 U 205/11, dort Rn. 90 ff., abrufbar über die Rechtsprechungsdatenbank der Gerichte in Nordrhein-Westfalen (NRWE).

<sup>841</sup> OLG München, NZG 2000, 741, 743.

leistung hinausgehenden Vorteile der Gesellschaft im Wege der Vorteilsausgleichung anspruchsmindernd auswirken würden.<sup>842</sup> Schließlich ging wohl auch das KG unter Verweis auf die Entscheidung des OLG München von einer Anrechenbarkeit aus, traf diesbezüglich jedoch keine weiteren Aussagen, da Vorteile von den Parteien nicht behauptet wurden.<sup>843</sup>

### **c) Stellungnahme**

Auch im Rahmen einer Stellungnahme zu diesem Problem bietet es sich an, zwischen dem Verständnis der Vorteilsausgleichung im Rahmen von Kompetenzüberschreitungen und im zweiten Schritt der Anwendbarkeit der Vorteilsausgleichung zu differenzieren.

#### **aa) Zum Verständnis der Vorteilsausgleichung**

Das Verständnis der Rechtsprechung vom Umfang der Vorteilsausgleichung als Instrument zum Ausgleich weiterer, das heißt über die eigentliche Schädigung hinausgehender, Vorteile ist dabei vorzugswürdig. Das Verständnis der Literatur, wonach auch die Gegenleistung selbst Bestandteil der Vorteilsausgleichung ist, erscheint demgegenüber schwer verständlich und überspannt den Anwendungsbereich des Rechtsinstituts gegenüber der Schadensberechnung beziehungsweise seine Stellung im Rahmen der Schadensberechnung.<sup>844</sup> So wie bei der Beschädigung einer Sache niemand den Schaden des Eigentümers berechnen würde, indem von einem Schaden in Höhe des vollen Wertes ein Vorteil in Höhe des Restwertes der beschädigten Sache abgezogen wird, erscheint es gekünstelt, erst einen Schaden der Gesellschaft in Höhe der für das pflichtwidrige Geschäft verwandten Mittel

---

<sup>842</sup> OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.08.2012, Az. I-6 U 205/11, NRWE, dort Rn. 91.

<sup>843</sup> KG, GmbHR 2005, 477, 479.

<sup>844</sup> Vgl. zum umstrittenen Verhältnis von Vorteilsausgleichung und Schadensberechnung oben unter D.I.4. a).

festzustellen und diesen dann in einem zweiten Schritt um den Wert der zwangsläufig zugleich erhaltenen Gegenleistung zu kürzen.

Daneben sprechen aber auch praktische Gründe für ein solches Verständnis: Die Frage, wie die Gegenleistung aus einem ungewollten Vertrag im Rahmen der Schadensberechnung zu berücksichtigen ist, ist, wie oben bereits erwähnt, ein Aspekt des übergeordneten Problems des Umgangs mit aufgedrängten Bereicherungen. Dieses Problem stellt sich aber einer Vielzahl von Konstellationen und wird in Rechtsprechung und Literatur seit langer Zeit kontrovers diskutiert.<sup>845</sup> Im Rahmen dieser Untersuchung wäre es daher schon schlicht nicht möglich, eine dieser Diskussion angemessene Lösung zu entwickeln, jedenfalls würde dies den Rahmen der Untersuchung übersteigen und vom eigentlichen Thema nur wegführen.

Der Streit, wie die aus dem kompetenzwidrigen Geschäft abgeschlossene Gegenleistung selbst im Rahmen der Schadensberechnung zu behandeln ist, kann mithin dahinstehen.

## **bb) Zur Behandlung weiterer Vorteile**

Fraglich ist daher, ob und wie weitere, über die reine Gegenleistung hinausgehende, äquivalent auf der kompetenzwidrigen Handlung beruhende Vorteile zu berücksichtigen sind.

### **(1) Einschränkung der Anrechenbarkeit von Vorteilen infolge dauerhafter Kompetenzüberschreitung**

Diesbezüglich gilt grundsätzlich nach wie vor, dass jedwede Versagung der Anrechnung weiterhin dazu führen würde, dass der Gesellschaft Vorteile verblieben, die in Folge des schädigenden Ereignisses entstanden sind und der Gesellschaft daher bei strenger Anwendung des Bereicherungsverbots nicht zustünden. Weiter kann jeder Sankti-

---

<sup>845</sup> Vgl. statt aller Staudinger/*Lorenz*, Vorbem zu §§ 812 ff., Rn. 46 m.w.N. Ausführlich *Wernecke*, Abwehr und Ausgleich „aufgedrängter Bereicherungen“ im Bürgerlichen Recht.

onierung in Form einer Versagung der Vorteilsausgleichung entgegengehalten werden, dass das deutsche Schadensersatzrecht grundsätzlich keinen Strafschadensersatz vorsieht.<sup>846</sup> Schließlich ist ebenfalls zu berücksichtigen, dass eine Sanktionierung des Geschäftsführers auch auf andere Weise, etwa durch eine Abberufung, möglich ist.<sup>847</sup>

Auf der anderen Seite ist aber ist der Literatur darin zuzustimmen, dass Verstöße gegen die Kompetenzordnung grundsätzlich wirksam sanktioniert werden müssen. Dies gilt insbesondere in der GmbH, wo der Geschäftsführer, anders als der Vorstand einer AG, die Geschäfte gerade nicht in eigener Verantwortung führt, sondern das Gesetz, verglichen mit der Kontrolle durch die Aktionäre, eine deutlich engere Kontrolle durch die Gesellschafter vorsieht.<sup>848</sup> Diese Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeiten dürfen aber nicht unterlaufen werden, etwa indem ein Geschäftsführer Weisungen der Gesellschafter schlicht nicht nachkommt. Denn die Gesellschafter räumen dem Geschäftsführer bedeutende Einwirkungsmöglichkeiten auf ihr Vermögen in Form der Gesellschaftsbeteiligung ein. Sie tun dies im Vertrauen darauf, dass der Geschäftsführer diese Möglichkeiten im Rahmen sowohl der externen Legalitätspflicht als auch der innergesellschaftlichen Kompetenzordnung nutzt, sodass bei Verstößen gegen diese Kompetenzordnung die Möglichkeit einer wirksamen Sanktionierung bestehen muss.

Würde man dabei auch bei Kompetenzverstößen von einer Modifikation des allgemeinen, zuvor erarbeiteten<sup>849</sup> Verständnisses der Vorteilsausgleichung absehen und grundsätzlich alle äquivalent kausal auf der schädigenden Handlung basierenden Vorteile schadensmildern anrechnen, so besteht die Gefahr, dass die Möglichkeit einer effektiven Sanktionierung nicht im notwendigen Umfang gegeben ist. Denn

---

<sup>846</sup> *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 12 f.; *MüKo/Oetker*, § 249 Rn. 8; *Soergel/Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 31. Ausführlich hierzu *Ebert*, Pönale Elemente im deutschen Privatrecht, S. 248 ff.

<sup>847</sup> Hierzu *Habersack*, in: FS Schneider, S. 440.

<sup>848</sup> *Scholz/Schneider/Schneider*, § 37 Rn. 37.

<sup>849</sup> Siehe dazu ausführlich unter Teil D.

sofern alle Vorteile, die aus dem schädigenden Verhalten für die Gesellschaft erwachsen, schadensmindern angerechnet würden, bestünde für einen Geschäftsführer ein erheblicher Anreiz, als hinderlich empfundene Einschränkungen seiner Kompetenz zu übergehen. Richtig ist insoweit zwar auch hier, dass das Argument der Verleitung zur Schädigung durch verringerte Anforderungen an die Vorteilsausgleichung im allgemeinen Schadensrecht nicht zu überzeugen vermag,<sup>850</sup> wie auch im Rahmen der Untersuchung der Behandlung mehrfacher Pflichtverletzungen<sup>851</sup> ist bei der Behandlung von Kompetenzverstößen jedoch der Umstand zu berücksichtigen, dass der Geschäftsführer sich stark vom typischerweise deliktisch handelnden, einmalig in fremde Rechtsgüter eingreifenden Schädiger unterscheidet, den die allgemeine schuldrechtliche Literatur vor Augen hat. So hat der Geschäftsführer nicht nur regelmäßig viel umfassendere Einwirkungsmöglichkeiten, vor allem aber kann er das schädigende Verhalten deutlicher steuern und zu erwartende Vorteile besser abschätzen.

Demgegenüber genügt es nicht, auf die Möglichkeit einer Sanktionierung außerhalb des Schadensersatzrechts zu verweisen. Denn abgesehen davon, dass eine Abberufung dann keine Sanktion mehr darstellt, wenn der Geschäftsführer bei Entdeckung des Schadens bereits aus anderen Gründen abberufen wurde, ist die bloße Beendigung der weiteren Zusammenarbeit mit einem Schädiger ersichtlich nicht gleichwertig zum Ersatz des von ihm angerichteten Schadens und rechtfertigt daher keine Aushöhlung des Schadensersatzanspruchs in diesen Fällen.

Wie oben dargestellt, sind präventiven Gesichtspunkte im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbH als Regelungsziele zwar anerkannt, rechtfertigen grundsätzlich aber keine Modifikation der Grundsätze der Vorteilsausgleichung.<sup>852</sup> Der schützenswerte Zweck der Wahrung der in-

---

<sup>850</sup> Zur Kritik an diesem Argument siehe oben unter D.V.2. b) cc) (1).

<sup>851</sup> Siehe dazu oben unter E.III.3. c) ee).

<sup>852</sup> Siehe dazu oben unter E.II.2.

nergesellschaftlichen Kompetenzordnung gebietet in Fällen deutlicher Kompetenzüberschreitung jedoch aus den genannten Gründen eine Abweichung von diesem Grundsatz geboten, da andernfalls die Gefahr bestünde, dass Kompetenzverletzungen nicht angemessen sanktioniert werden können.<sup>853</sup>

## **(2) Beschränkung auf schwerwiegende Kompetenzverstöße**

Nicht unberücksichtigt sollte aber bleiben, dass nicht alle Kompetenzverstöße gleich gravierend sind. Insbesondere bei komplizierten Satzungen mit diffizil ausgestalteten Zustimmungserfordernissen oder bei einem weiten, unspezifisch gefassten Unternehmensgegenstand kann es vorkommen, dass ein Geschäftsführer trotz gewissenhafter Prüfung gegen die gesellschaftsinterne Kompetenzordnung verstößt. Zwar könnte argumentiert werden, dass ein Geschäftsführer in Zweifelsfällen eine Weisung der Gesellschafter einholen und eine Haftung so vermeiden könnte, in der Praxis dürfte dies aber bereits zeitlich kaum möglich sein, vor allem aber dürfte sich ein solches Verhalten sehr negativ auf das Ansehen des Geschäftsführers auswirken.

Es sollte daher bei der Behandlung von kompetenzwidrigem Verhalten zwischen einfachen und schwerwiegenden Verstößen differenziert werden. Für einfache, aber nichtsdestotrotz pflichtwidrige und einen Ersatzanspruch der Gesellschaft begründende, Verstöße genügt die Möglichkeit weiterer Maßnahmen wie einer Abberufung in Verbindung mit dem Umstand, dass der Geschäftsführer für die Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung voll beweisbelastet ist, zur Schadensvermeidung, während zur Prävention schwerwiegenderer Verstöße eine restriktivere Anwendung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung angezeigt ist.

---

<sup>853</sup> So auch die einhellige Literatur, vgl. *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 151 f.; *MüKo-GmbHG/Fleischer*, § 43 Rn. 46; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, § 43 Rn. 46; *Marsch-Barner*, ZHR 173 (2009), 723, 728 f.; *Michalski/Ziemons*, § 43 Rn. 465; *Ulmer/Paefgen*, § 43 Rn. 182.

Eine präzise Abgrenzung von einfachen und schwerwiegenden Verstößen ist abstrakt jedoch kaum möglich, vielmehr hängt die Qualifikation stets vom Einzelfall ab. Grundsätzlich dürften aber Konstellationen bestehen, die regelmäßig einen schwerwiegenden Verstoß gegen die Kompetenzordnung darstellen. Schwerwiegend dürfte etwa ein Kompetenzverstoß sein, der vorsätzlich erfolgt. Gleiches gilt für ein Handeln entgegen einer erteilten Weisung sowie schließlich dann, wenn ein Geschäftsführer deutlich gegen einen Zustimmungsvorbehalt verstößt oder den Unternehmensgegenstand klar überschreitet.

### **(3) Ausgestaltung der Restriktion der Vorteilsausgleichung**

Geht man daher davon aus, dass gegenüber dem allgemeinen Verständnis der Vorteilsausgleichung zumindest bei schwerwiegenden oder eklatanten Verstößen eine Verschärfung der Kriterien der Vorteilsausgleichung erforderlich ist, stellt sich im nächsten Schritt die Frage, in welcher Form eine solche Verschärfung erfolgen soll.

Denkbar sind grundsätzlich vier, zunehmend restriktivere, Ansätze: So könnten eine Anrechnung nur dann stattfinden, wenn die Vorteile für die Gesellschaft nützlich sind.<sup>854</sup> Restriktiver wäre es, wenn eine Anrechnung stets abgelehnt und stattdessen ein entsprechender Herausgabeanspruch des Geschäftsführers angenommen würde.<sup>855</sup> Noch strenger wäre es, auch einen Herausgabeanspruch nur dann zuzubilligen, wenn der erlangte Vorteil nützlich ist. Die strengste mögliche Behandlung bestünde schließlich darin, Vorteile weder anzurechnen noch dem Geschäftsführer einen Herausgabeanspruch zuzubilligen.

Die letzten beiden Ansichten werden dabei, soweit ersichtlich, in Rechtsprechung und Literatur nicht vertreten. Berücksichtigt man die teilweise deutlich auf das Risiko einer mangelhaften Sanktionierung

---

<sup>854</sup> Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 43 Rn. 46; Marsch-Barner, ZHR 173 (2009), 723, 728 f.; Michalski/Ziemons, § 43 Rn. 465.

<sup>855</sup> Fleischer, ZIP 2005, 141, 151 f.; MüKo-GmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 46; Ulmer/Paefgen, § 43 Rn. 182.

von Kompetenzverstößen abstellenden Argumentationslinien der Literatur,<sup>856</sup> so mag dies verwundern. Meines Erachtens dürfte dies aber überwiegend darauf zurückzuführen sein, dass die ganz überwiegende Literatur, wie dargestellt, auch die Berücksichtigung der Gegenleistung als Bestandteil der Vorteilsausgleichung versteht. Legt man dieses Verständnis zugrunde, könnte eine starke Einschränkung der Anrechenbarkeit von Vorteilen daher auch dazu führen, dass auch die Gegenleistung aus einem kompetenzwidrig abgeschlossenen Geschäft nicht (vollständig) angerechnet wird, und zwar auch dann, wenn das Geschäft insgesamt marktgerecht oder profitabel war. Gerade für den Fall des kompetenzwidrigen Erwerbs von Unternehmensbeteiligungen könnte dies leicht zu Schadensersatzansprüchen in Millionenhöhe führen, die wiederum wahrscheinlich eine wirtschaftliche Existenzbedrohung für den Geschäftsleiter bedeuten würden.<sup>857</sup> Als Korrektiv verbliebe dann nur die Möglichkeit, in diesen Konstellationen das Bestehen von Ersatzansprüchen durch die Gesellschaft wegen Widersprüchlichkeit<sup>858</sup> abzulehnen.<sup>859</sup> Versteht man demgegenüber den Anwendungsbereich der Vorteilsausgleichung, wie hier, eng, so verringert sich das Risiko der Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz bei Nichtanrechnung deutlich.

Aus diesem engen Verständnis des Anwendungsgebiets der Vorteilsausgleichung folgt aber weiter, dass die Differenzierung zwischen einem Herausgabeanspruch zugunsten des Geschäftsführers und einer direkten Anrechnung regelmäßig von geringer Relevanz ist. Denn während es auf Ebene des Gegenanspruchs im Normalfall einen gro-

---

<sup>856</sup> Insbesondere *Marsch-Barner*, ZHR 173 (2009), 723, 728 f. und *Ulmer/Paefgen*, § 43 Rn. 182.

<sup>857</sup> Zur Behandlung einer solchen wirtschaftlichen Überforderung siehe oben unter E.III.6.

<sup>858</sup> Zum Verstoß gegen § 242 BGB durch widersprüchliches Verhalten bereits oben unter E.III.3. c) dd) (2).

<sup>859</sup> Für eine Anrechnung kompetenzwidrig erlangter Vorteile aus Gesichtspunkten der Treupflicht ausdrücklich *Michalski/Ziemons*, § 43 Rn. 465.



ßen Unterschied macht, ob die Gegenleistung selbst herausgegeben oder deren Wert angerechnet wird, werden zusätzliche, über die eigentliche Gegenleistung hinaus anfallende Vorteile, regelmäßig entweder direkt in Geld vorliegen, so etwa Gewinne aus einem Beteiligungserwerb, oder aber *in natura* nicht herausgabefähig sein, etwa im Falle neuer Kundenbeziehungen aus kompetenzwidrigen Geschäften<sup>860</sup> oder Wertsteigerungen aus Baumaßnahmen,<sup>861</sup> sodass auch diesbezüglich ein Wertersatz in Geld erfolgen müsste. Zwischen einer direkten Anrechnung und einer Herausgabe des Vorteils besteht daher oftmals kein Unterschied, sodass eine Herausgabe keine Verschärfung der Vorteilsausgleichung darstellen würde. Der zweite der oben genannten Ansätze scheidet als Verschärfung der Vorteilsausgleichung somit aus, während der erste und der dritte Ansatz praktisch auf das gleiche herauslaufen.

Wichtiger ist daher vielmehr die Entscheidung, ob für die Gesellschaft nützliche Vorteile berücksichtigt werden oder nicht. Dabei sprechen diesbezüglich die besseren Gründe dafür, bei schwerwiegenden Kompetenzverstößen des Geschäftsführers von einer solchen Berücksichtigung abzusehen und Vorteile aus pflichtwidrigen Geschäften unberücksichtigt zu lassen. In praktischer Hinsicht spricht dafür, dass auf diese Weise Unsicherheit darüber vermieden wird, wann und inwieweit ein Vorteil nützlich ist, vor allem aber spricht das Erfordernis einer deutlichen Präventionswirkung für diese restriktive Einschränkung. Denn begrenzt man die Verschärfung der Kriterien, wie hier vorgeschlagen, auf Fälle eklatanter Kompetenzverstöße, ist auch eine entsprechend scharfe Sanktionierung geboten, um die notwendige verhaltenssteuernde Wirkung zu erzielen.

---

<sup>860</sup> OLG München, NZG 2000, 741, 743.

<sup>861</sup> OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.08.2012, Az. I-6 U 205/11, NRWE, dort Rn. 91.

## d) Ergebnis

Es sprechen somit insgesamt die besseren Argumente dafür, dass zur Wahrung der innergesellschaftlichen Kompetenzordnung ausnahmsweise aus präventiven Gründen die Grundsätze der Vorteilsausgleichung restriktiver angewandt werden sollten. In Fällen schwerwiegender Kompetenzverstöße sollten daher Vorteile, verstanden als über die Gegenleistung des kompetenzwidrigen Geschäfts hinausgehende Vermögenszuwächse, weder auf den Schadensersatzanspruch der Gesellschaft angerechnet noch an den Geschäftsführer herausgegeben werden.

## 9. Zur Beweislast

Fraglich ist schließlich, wie die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung verteilt ist.

### a) Grundsätzliche Verteilung und Bedeutung

Wie bereits dargestellt, herrscht in Rechtsprechung und Lehre für die Rechtsfigur der Vorteilsausgleichung im Allgemeinen Einigkeit darüber, dass das Vorliegen von deren Voraussetzungen und Umfang als für den Schädiger günstige Tatsache von diesem bewiesen werden müssen.<sup>862</sup> Im Recht der Innenhaftung der Geschäftsleiter gilt nach einhelliger Ansicht nichts anderes, sodass auch im Rahmen der Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG der Geschäftsführer die Beweislast trägt, wenn er sich auf eine Vorteilsausgleichung berufen will.<sup>863</sup>

Die Bedeutung der Beweislastverteilung kann dabei kaum hoch genug eingeschätzt werden. Denn gerade in den Fällen, in denen im Rahmen

---

<sup>862</sup> Siehe dazu oben unter D.V.4. e).

<sup>863</sup> BGH, NZG 2013, 293, 296; *Bayer*, in: FS K. Schmidt, S. 98; *Binder*, BB 2015, 1219, 1229; *Fleischer*, DStR 2009, 1204, 1210; *Koch*, AG 2012, 429, 432; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, § 43 Rn. 46; *Marsch-Barnier*, ZHR 173 (2009), 723, 726; *MüKo-GmbHG/Fleischer*, § 43 Rn. 45; *Rowedder/Schmidt-Leit-hoff/Schnorbus*, § 43 Rn. 86.

der Geschäftsführerinnenhaftung eine Vorteilsausgleichung in Betracht kommt, gestaltet sich der Sachverhalt oft komplex, insbesondere dann, wenn sich der relevante Sachverhalt über einen längeren Zeitraum erstreckt. Anders als Privatpersonen sind Unternehmen zudem regelmäßig in vielfältiger, oftmals sehr umfangreicher, Art und Weise wirtschaftlich tätig. Regelmäßig werden im Rahmen dieser Geschäftstätigkeiten verschiedenste Ausgaben getätigt und umgekehrt verschiedenste Vorteile sowohl direkter, wie etwa Erlöse aufgrund von Veräußerungen oder der Erwerb von (geistigem) Eigentum, als auch eher indirekter, wie etwa eine Verbesserung des Werts des Unternehmens als solchem oder einer besseren Außenwahrnehmung, Art erzielt. In einem solchen, oftmals unübersichtlichen, Umfeld den Nachweis zu führen, dass ein (hinreichend konkret zu beziffernder) Vorteil der Gesellschaft entstanden ist und dies gerade auf dem schädigenden Ereignis beruht, dürfte oftmals selbst unter Zuhilfenahme gutachterlicher Unterstützung kaum machbar sein. In der Praxis ist daher zu beachten, dass die schwierige Beweisführung den Umfang der Vorteilsausgleichung regelmäßig wesentlich einschränkt.<sup>864</sup>

#### **b) Zur Erforderlichkeit einer Anpassung der Beweislast**

Fraglich ist angesichts dieser großen praktischen Bedeutung, ob sich die dargestellte Beweislastverteilung als angemessen darstellt oder eine Anpassung notwendig ist.

#### **aa) Verschiebung zulasten des Geschäftsführers**

Eine Verschiebung der Beweislast zulasten des Geschäftsführers, wie sie in anderen Bereichen oftmals unter Bezugnahme auf die Präventionswirkung des Innenhaftungsrechts gefordert wird,<sup>865</sup> kommt im Be-

---

<sup>864</sup> So auch *Bayer*, in: FS K. Schmidt, S. 95; *Koch*, AG 2012, 429, 432 und insbesondere *Marsch-Barner*, ZHR 173 (2009), 723, 726. Siehe auch weiter unten unter F.II. und F.III.

<sup>865</sup> Siehe dazu oben unter E.III.2.

reich der Geschäftsführerinnenhaftung nicht in Betracht. Denn bezüglich der Vorteilsausgleichung trägt der Geschäftsführer bereits die volle Beweislast für alle Tatbestandsvoraussetzungen, sodass eine weitere Verschärfung nur noch durch unwiderlegliche Negativvermutungen<sup>866</sup> möglich wäre. Eine solche radikale Maßnahme kann aber nicht ernstlich in Erwägung gezogen werden. Denn egal ob vermutet würde, es läge kein Vorteil der Gesellschaft vor oder ein Vorteil basiere nicht kausal auf der pflichtwidrigen Handlung, würde dies mittelbar dazu führen, dass eine Vorteilsausgleichung stets ausschiede. Ein solches Ergebnis kann angesichts der Tatsache, dass die Anwendung der Vorteilsausgleichung auch im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG grundsätzlich geboten ist,<sup>867</sup> nicht gewollt sein, sodass eine Verschiebung der Beweislast zu Lasten des Geschäftsführers nicht in Betracht kommt.

### **bb) Verschiebung zugunsten des Geschäftsführers**

Doch auch eine Verschiebung zugunsten des Geschäftsführers ist nicht angezeigt. Auch diesbezüglich ist eine Verschiebung angesichts des im Rahmen dieser Untersuchung entwickelten Verständnisses der Vorteilsausgleichung nur in Bezug auf das Vorliegen eines Vorteils sowie der äquivalenten Kausalität der schädigenden Handlung für die Entstehung dieses Vorteils denkbar.

Problematisch ist hierbei, dass derartige Beweiserleichterungen regelmäßig entweder dazu dienen sollen, strukturelle Nachteile einer Partei auszugleichen, so etwa die größere Sachnähe und Kenntnis des unternehmerischen Verkäufers gegenüber Verbrauchern durch die bekannte Regelung des § 477 BGB<sup>868</sup> oder die Beweisschwierigkeiten der Gesellschafterversammlung bezüglich Verschulden und Pflichtwidrigkeit des schädigenden Handelns des Geschäftsführers im Rahmen des

---

<sup>866</sup> Vgl. zu den verschiedenen Arten gesetzlicher Vermutungen MüKo-ZPO/*Prütting*, § 292 Rn. 3 ff.

<sup>867</sup> Siehe dazu oben unter E.II.

<sup>868</sup> Bis zum 31.12.2017 in § 476 BGB geregelt. Vgl. zu dieser Norm *Koch*, NJW 2017, 1086, 1068 ff.

§ 43 Abs. 2 GmbHG,<sup>869</sup> oder aber, etwa im Falle der Rechtsfigur der tatsächlichen Vermutung,<sup>870</sup> auf einem allgemeinen Erfahrungssatz beruhen.<sup>871</sup>

Überträgt man diese Anforderungen auf einen Geschäftsführer, der die Voraussetzungen einer Vorteilsausgleichung zu beweisen hat, zeigt sich schnell, dass diesbezüglich jedenfalls keine strukturelle Unterlegenheit gegenüber der Gesellschafterversammlung<sup>872</sup> besteht. Denn der Geschäftsführer hat als ausführendes Organ der Gesellschaft eine Position inne, die ihm nicht nur einen bestmöglichen Überblick über die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft und Einblick in alle diesbezüglichen Unterlagen ermöglicht, sondern es ihm auch erlaubt, die wirtschaftliche Tätigkeit der Gesellschaft umfassend selbst zu gestalten. Er befindet sich mithin in der optimalen Position dafür, den Beweis für die für eine Vorteilsausgleichung maßgeblichen Tatsachen zu führen.<sup>873</sup> Der Umstand, dass die Stellung der Gesellschafterversammlung dabei gegenüber etwa der AG eine aktivere ist und die Gesellschafterversammlung dem Geschäftsführer etwa Weisungen erteilen kann,<sup>874</sup> führt dabei allenfalls zu einem teilweisen Ausgleich der Positionen, begründet aber jedenfalls keine Unterlegenheit des Geschäftsführers, welche eine Beweislastleichterung rechtfertigen könnte.

---

<sup>869</sup> Siehe dazu oben unter C.VI.2.

<sup>870</sup> Zur tatsächlichen Vermutung ausführlich *Allner*, Die tatsächliche Vermutung mit besonderer Berücksichtigung der GEMA-Vermutung; *Baumgärtel*, in: FS Schwab, S. 43 ff.; *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 50 ff.

<sup>871</sup> BVerfG, BKR 2012, 23 ff.; BGH, NJW 2012, 2427, 2429; NJW 2010, 363, 364; *Laumer*, MDR 2015, 1, 3; *Musilak/Huber*, § 292 Rn. 1. Ein Beispiel für einen solchen, von der Rechtsprechung angenommenen, Erfahrungssatz ist die „*Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens*“ im Kapitalanlagerecht, vgl. dazu *Bassler*, WM 2013, 544, 544 ff.

<sup>872</sup> Vgl. zur Anspruchsdurchsetzung durch die Gesellschafterversammlung oben unter C.VII.1.a.

<sup>873</sup> Zur schwierigeren Position des bereits ausgeschiedenen Geschäftsführers siehe sogleich unter E.III.7. e).

<sup>874</sup> Siehe dazu oben unter C.I.4.

Alternativ dazu wäre eine Erleichterung dann denkbar, wenn ein entsprechender Erfahrungssatz bestünde. Berücksichtigt man jedoch erneut, dass die zu beweisenden Tatsachen der Eintritt eines Vorteils und sein Beruhen auf der schädigenden Handlung sind, so müsste ein entsprechender Erfahrungssatz entweder, bezogen auf den Vorteil, lauten, dass es sich bei einem Vermögenszuwachs der Gesellschaft erfahrungsgemäß regelmäßig um einen Vorteil handelt beziehungsweise, noch weiter gefasst, dass aus schädigenden Handlungen des Geschäftsführers regelmäßig auch ein Vorteil der Gesellschaft folgt, oder, bezogen auf die Kausalität, besagen, dass ein Vorteil der Erfahrung nach regelmäßig äquivalent kausal auf der schädigenden Handlung basiert. Derartige Erfahrungssätze sind bereits aufgrund der weiten erforderlichen Formulierung jedoch nicht ersichtlich, in jedem Fall nicht in einer Allgemeinheit, die darauf basierende tatsächliche Vermutungen rechtfertigen würde.

### **c) Besonderheit: Ersparte Aufwendungen**

Ein besonderer Sachverhalt, bei dem typischerweise sowohl ein Vorteil der Gesellschaft erfolgt als auch dessen Entstehung auf dem pflichtwidrigen Verhalten des Geschäftsführers beruht, ist demgegenüber der Fall, dass der Geschäftsführer pflichtwidrig ein zwar gebotenes, aber kostenträchtiges Verhalten unterlässt.<sup>875</sup> Ein solches Verhalten kann zwar einen Schaden der Gesellschaft erzeugen, zugleich aber auch zu ersparten Aufwendungen führen, die im Wege der Vorteilsausgleichung Berücksichtigung finden können.<sup>876</sup> In einem solchen Fall erscheint es jedenfalls denkbar, einen Erfahrungssatz zu formulieren, der etwa wie folgt lauten könnte: Unterlässt ein Geschäftsführer eine gebotene, aber kostenträchtige Handlung, so erspart die Gesellschaft dadurch diejenigen Aufwendungen, die bei Durchführung der gebotenen Handlung für diese angefallen wären. Aufbauend auf diesem postulierten Erfahrungssatz wäre sodann eine entsprechende

---

<sup>875</sup> Siehe zu einem Beispiel hierfür noch unten unter F.III.

<sup>876</sup> Siehe dazu oben unter E.III.6.

tatsächliche Vermutung denkbar. Für die Erforderlichkeit eines solchen pauschalisierten Erfahrungssatzes könnte zudem angeführt werden, dass der Nachweis ersparter Aufwendungen oftmals jedoch nur unter großen Schwierigkeiten möglich ist.<sup>877</sup>

Gegen eine derartige Beweislasteilerleichterung sprechen aber zwei Argumente: Ersten ist eine solche Erleichterung in derartigen Fälle bereits nicht erforderlich. Denn nimmt die Gesellschaft den Geschäftsführer aufgrund eines solchen Sachverhalts in Anspruch, so muss sie gerade vortragen, dass der Geschäftsführer eine Handlung unterlassen hat. Der Geschäftsführer muss dementsprechend nur noch nachweisen, dass die Vornahme dieser Handlung mit einem Kostenaufwand verbunden wäre, während die Kausalität des Unterlassens zu diesem Kostenaufwand sodann bereits nicht mehr streitig sein dürfte.<sup>878</sup> Dieser Beweis dürfte, wenn auch gegebenenfalls nur durch ein Sachverständigengutachten, so leicht zu führen sein, dass eine irgendwie geartete Beweiserleichterung bereits nicht geboten erscheint.

Zudem würde eine derartige Vermutung die Position des Geschäftsführers nicht substantiell verbessern. Denn selbst wenn unterstellt würde, dass Aufwendungen aufgrund des pflichtwidrigen Handelns erspart wurden, bliebe die Frage nach deren konkreter Höhe offen. Diesbezüglich ist aber ein irgendwie gearteter verallgemeinerungsfähiger Erfahrungssatz aufgrund der großen Spannbreite denkbarer Konstellationen erst recht nicht ersichtlich, sodass zur Klärung dieser Frage ohnehin regelmäßig ein Sachverständigengutachten eingeholt werden müsste.

Auch in den Fällen ersparter Aufwendungen, in denen ein äquivalent kausaler Vorteil der Gesellschaft häufiger vorkommen kann, ist eine Beweislastverschiebung daher weder geboten noch würde sie zu einer substantiellen Besserstellung des Geschäftsführers führen.

---

<sup>877</sup> Koch, AG 2012, 429, 432.

<sup>878</sup> Siehe hierzu auch unten unter F.III.2.

#### d) Beweislast nach Ausscheiden des Geschäftsführers

Eine weitere Sondersituation besteht dann, wenn der Geschäftsführer, gegen den Haftungsansprüche geltend gemacht werden, bereits abberufen wurde. Dies dürfte in der Praxis oftmals der Fall sein, entweder deshalb, weil der entsprechende Pflichtverstoß länger zurückliegt oder aber, und dies dürfte der häufigere Fall sein, weil die Verfolg von Ersatzansprüchen nur die letzte Eskalationsstufe eines Konflikts zwischen Geschäftsführern und Gesellschaftern ist und letztere daher bereits zuvor von ihrem Recht Gebrauch gemacht haben, den Geschäftsführer abzurufen, was gemäß § 38 GmbHG grundsätzlich jederzeit und ohne Begründung möglich ist.<sup>879</sup>

Für einen ausgeschiedenen Geschäftsführer stellt sich die Verteidigung gegen eine Klage der Gesellschaft, wie oben bereits ausgeführt, generell deutlich schwieriger dar.<sup>880</sup> Zwar wird der Geschäftsführer, gerade wenn seine Abberufung noch nicht lange zurückliegt, die Verhältnisse der Gesellschaft nach wie vor gut kennen. Ohne Zugang zu den entsprechenden Unterlagen wird die Beweisführung nichts desto trotz jedoch oft kaum möglich sein.

Um die Beweisschwierigkeiten im Rahmen der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen des § 43 Abs. 2 GmbHG und insbesondere der diesbezüglichen Vermutungen zulasten des Geschäftsführers abzumildern wird daher zurecht ein Recht des ausgeschiedenen Geschäftsführers gegen die Gesellschaft auf Herausgabe der benötigten Informationen gestützt auf den Gedanken des § 810 BGB befürwortet.<sup>881</sup>

Dieses Recht ist auch im Rahmen der Beweisführung zu den Tatbestandsvoraussetzungen der Vorteilsausgleichung anzuerkennen. Denn auch diesbezüglich wäre es unbillig, würde dem Geschäftsführer der Nachweis von anspruchsmindernden Vorteilen der Gesellschaft mittelbar dadurch verwehrt, dass ihm durch die Verwehrung des Zugangs

---

<sup>879</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 38 Rn. 3; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 38 Rn. 2; Roth/Altmeyen/Altmeyen, § 38 Rn. 2; Ulmer/Paefgen, § 38 Rn. 9.

<sup>880</sup> Siehe zum grundsätzlichen Problem dazu oben unter C.VI.2.

<sup>881</sup> Bork/Schäfer/Klöhn, § 43 Rn. 71. Ausführlich *Krieger*, in: FS Schneider, S. 718 ff.



zu hierfür notwendigen Unterlagen oder sonstigen Informationen verwehrt würde. Schützenswerte Interessen der Gesellschaft sind demgegenüber, insbesondere aufgrund der fortdauernden Verschwiegenheitspflicht des Geschäftsführers auch nach seiner Abberufung,<sup>882</sup> nicht erkennbar.

### III. Zwischenergebnis zu Teil E

Als Ergebnis der vorangegangenen Untersuchung des Zusammenspiels des im vorherigen Kapitel entwickelten Verständnisses der Vorteilsausgleichung mit den besonderen Gegebenheiten des Geschäftsführerinnenhaftungsanspruchs gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG lässt sich festhalten, dass die allgemeinen Kriterien, wann ein Vorteil schadensmindernd zu berücksichtigen ist, nicht nur grundsätzlich auch auf die Haftung gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG übertragbar sind,<sup>883</sup> sondern diese Kriterien dafür ganz überwiegend ohne spezielle Anpassungen genutzt werden können.

So erfordern insbesondere die mit § 43 Abs. 2 GmbHG verfolgten Ziele der Prävention künftiger und Kompensation erlittener Schäden, anders als von Teilen der Literatur befürwortet, keine grundsätzliche Modifikation der Anrechnungskriterien.<sup>884</sup> Insbesondere für die Annahme einer gesteigerten Präventionswirkung durch eine restriktivere Vorteilsausgleichung sprechen weder allgemeine rechtssoziologische oder kriminologische Erfahrungssätze, noch wurde eine solche Wirkung empirisch nachgewiesen, vielmehr droht das Risiko eines übermäßig risikoaversen Verhaltens des Geschäftsführers.

Anders als vom BGH in der „*Corealcredit*“-Entscheidung<sup>885</sup> angenommen, ist es insbesondere nicht erforderlich, vom Erfordernis einer äquivalenten Kausalität zwischen schädigendem Ereignis und Vorteil

---

<sup>882</sup> Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 35 Rn. 40; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 200; Scholz/*Schneider*, § 43 Rn. 220; Ulmer/*Paefgen*, § 43 Rn. 159. Zur Verschwiegenheitspflicht siehe bereits oben unter C.I.2. c) ee).

<sup>883</sup> Siehe dazu oben unter E.III.1.

<sup>884</sup> Siehe dazu oben unter E.III.2.

<sup>885</sup> BGH, NZG 2013, 293, 293 ff.

abzurücken.<sup>886</sup> Die hierfür vom BGH für den Fall wiederholter, gleichartiger Pflichtverletzungen vorgebrachten Argumente vermögen nicht zu überzeugen, während vonseiten der dies bejahenden Literatur keine argumentative Begründung erfolgt. Darüber hinaus würde eine solche Verringerung der Kausalitätsanforderungen im Geschäftsleiterrecht auch zu einem schwer zu rechtfertigenden Widerspruch zur Rechtsprechung des BGH bezüglich der Vorteilsausgleichung in Anlagehaftungsfällen führen.<sup>887</sup>

So wie im Rahmen der allgemeinen Vorteilsausgleichung regelmäßig nur Vorteile des Geschädigten selbst anspruchsmindernd wirken können, ist auch im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG nur auf die Vermögenssituation des Geschädigten, der Gesellschaft, abzustellen. Soweit im Schadensrecht demgegenüber in seltenen Ausnahmefällen auch Vorteile von dem Geschädigten nahestehenden Dritten, insbesondere engen Verwandten, als Berücksichtigungsfähig angesehen werden, zeigte sich, dass diese Ausnahmefälle nicht mit Vorteilen der Gesellschafter als aus der schädigenden Handlung vergleichbar sind.<sup>888</sup>

Soweit der Geschäftsführer zum Ausgleich des Schadens der Gesellschaft sich seiner Gestaltungsmöglichkeiten aufgrund seiner Organstellung bedient, sprechen die besseren Argumente dafür, die daraus erwachsenden Vorteile stets als Vorteile durch ein Handeln des Schädigers, und nicht, was insbesondere aufgrund der Nutzung von Ressourcen der Gesellschaft ebenfalls denkbar wäre, als Vorteile aus Handlungen des Geschädigten einzuordnen.<sup>889</sup> Auch im Übrigen ergeben sich bezüglich des Vorteilsbegriffs keine Besonderheiten, insbesondere können auch ersparte Aufwendungen der Gesellschaft potentiell schadensmindernde Vorteile in Betracht kommen.<sup>890</sup>

---

<sup>886</sup> Siehe dazu oben unter E.III.3.

<sup>887</sup> Siehe dazu im Einzelnen unter E.III.3. c) gg).

<sup>888</sup> Siehe dazu oben unter E.III.4.

<sup>889</sup> Siehe dazu oben unter E.III.5.

<sup>890</sup> Siehe dazu oben unter E.III.6.

Soweit darüber hinaus im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum in jüngerer Zeit umfangreich darüber diskutiert wird, ob der Haftungsumfang im deutschen Organleiterinnenhaftungsrecht angemessen oder aufgrund der Gefahr einer wirtschaftlichen Überforderung des Leitungsorgans korrekturbedürftig ist, kann die Beantwortung dieser Frage im Rahmen dieser Untersuchung grundsätzlich dahinstehen. Festhalten lässt sich aber, dass insbesondere aufgrund des hier im Gegensatz zur Rechtsprechung und weiten Teilen der Literatur vertretenen, wenig restriktiven, Verständnisses der Vorteilsausgleichung eine solche Haftungserleichterung sinnvollerweise nicht über das Rechtsinstitut der Vorteilsausgleichung erzielt werden könnte.<sup>891</sup>

Schließlich bedarf es auch auf Ebene der Beweislastverteilung keiner Anpassung gegenüber der Vorteilsausgleichung im Allgemeinen,<sup>892</sup> vielmehr liegt diese in jedem Fall als für den Geschädigten günstiger Umstand beim Geschäftsführer. Eine darüberhinausgehende Verschärfung wäre bereits kaum möglich, aber auch eine Beweiserleichterung erscheint aufgrund der umfassenden Kenntnis des Geschäftsführers von den wirtschaftlichen Verhältnissen und Abläufen der Gesellschaft nicht geboten. Zu berücksichtigen sind jedoch die auch allgemein im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG anerkannten Einsichtnahmerechte des ausgeschiedenen Geschäftsführers.

Während somit grundsätzlich das allgemeine Verständnis der Vorteilsausgleichung ohne Anpassungen auf die Haftung gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG übertragen werden kann, so stellt die besondere Stellung des Geschäftsführers als Leitungsorgan und seiner Bindung (auch) an die gesellschaftsinterne Kompetenzordnung einen Umstand dar, der im allgemeinen Verständnis der Vorteilsausgleichung, das von einem fremden, punktuell in die Rechtsgüter des Geschädigten eingreifenden Schädiger ausgeht, nicht berücksichtigt wird und werden muss. Die Wahrung dieser Kompetenzordnung ist angesichts der Stellung des

---

<sup>891</sup> Siehe dazu oben unter E.III.7.

<sup>892</sup> Siehe dazu oben unter E.III.9.

Geschäftsführers als Verwalter fremden Vermögens jedoch von so großer Bedeutung, dass, insbesondere auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Geschäftsführer diesbezüglich leicht fortdauernde Verstöße begehen kann, eine Verschärfung der Kriterien der Vorteilsausgleichung für die Fälle geboten ist, in denen schwerwiegend gegen die innergesellschaftliche Ordnung verstoßen wird.<sup>893</sup>

Abgesehen von dieser, nur einen Sonderfall betreffenden, Anpassung ist jedoch das in Teil D. entwickelte Verständnis der Vorteilsausgleichung vollständig auf die Haftung gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG übertragbar.

---

<sup>893</sup> Siehe dazu oben unter E.III.8.

## F. Anwendung der bisherigen Ergebnisse auf einzelne Haftungskonstellationen

Nachdem im Laufe dieser Untersuchung nunmehr Prinzipien<sup>1</sup> und Voraussetzungen<sup>2</sup> des Haftungsanspruchs gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG im Allgemeinen dargestellt, ein Verständnis der Vorteilsausgleichung als Institut des allgemeinen Schadensrechts entwickelt<sup>3</sup> sowie sodann der das Zusammenspiels dieser Aspekte<sup>4</sup> untersucht wurde, ist nunmehr noch der Frage nachzugehen, wie sich das zuvor entwickelte Verständnis der Vorteilsausgleichung im Rahmen der Innenhaftung des Geschäftsführers in konkreten Fallgestaltungen auswirkt. Hierfür werden im Folgenden einige beispielhaft ausgewählte und teilweise der Praxis entlehnte Sachverhaltskonstellationen dargestellt und anschließend untersucht, welche Folgen sich aus der Anwendung des zuvor entwickelten Verständnisses der Vorteilsausgleichung ergeben.

### I. Kartell- oder Korruptionsverstöße des Geschäftsführers

Wie bereits mehrfach erwähnt, konzentriert sich der allergrößte Teil der gesellschaftsrechtlichen Arbeiten zur Vorteilsausgleichung auf die Frage der Anrechenbarkeit etwaiger Vorteile im Rahmen von Korruptions-<sup>5</sup>, vor allem aber von Kartellverstößen<sup>6</sup> des Geschäftsleiters.

---

<sup>1</sup> Siehe dazu oben unter B.

<sup>2</sup> Siehe dazu oben unter C.

<sup>3</sup> Siehe dazu oben unter D.

<sup>4</sup> Siehe dazu oben unter E.III.

<sup>5</sup> *Fleischer*, DB 2014, 345, 350 ff.; *Kindler*, in: FS Roth, S. 367 ff.; *Lohse*, in: FS Hüffer, S. 581 ff.

<sup>6</sup> Siehe nur *Bayer*, in: FS Schmidt, S. 85 ff.; *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015, 449, 454 f.; *Bicker*, AG 2014, 8, 13 f.; *Binder/Kraayvanger*, BB 2015, 1219, 1228 f.; *Eufinger*, WM 2015, 1265, 1271; *Hack*, Vorstandsverantwortlichkeit, S. 81 ff. *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33, 56 ff.; *Kersting*, ZIP 2016, 1266, 1271 ff.; *Lotze*, NZKart 2014, 162, 168 f.; *Marsch-Barner*, ZHR 173 (2009), 723, 729 f.; *Möller*, Vorteilsanrechnung, S. 168 ff.; *Schiemann*, in: FS Möschel, S. 547 ff.; *Zimmermann*, WM 2008, 432, 436 ff., jeweils m.w.N. Allgemein auch *Dreher*, in: FS Konzen, S. 85 ff.; *Heyers*, WM 2016, 581, 581 ff.

Der Sachverhalt ist für beide Arten von Verstößen im Ergebnis identisch: Der Geschäftsführer begeht aus Gewinnstreben für die Gesellschaft einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht, welcher zur Verhängung eines Bußgeldes gegen die Gesellschaft führt. Die Gesellschaft nimmt nunmehr den Geschäftsführer in Regress, welcher gegen den Innenhaftungsanspruch einwendet, aus dem Gesetzesverstoß seien auch Vorteile der Gesellschaft entstanden, welche im Wege der Vorteilsausgleichung den Schadensersatzanspruch minderten. Welche Form der Gesetzesverstoß dabei annimmt, ob also etwa eine wettbewerbswidrige Absprache mit Mitbewerbern getroffen oder in rechtswidriger Weise ein Bestechungsgeld gezahlt wurde,<sup>7</sup> ändert an der Struktur der Fälle nichts. Lediglich die denkbaren Vorteile variieren. So könnten durch einen Kartellverstoß etwa höhere Verkaufspreise für die Produkte der Gesellschaft erzielt worden sein, während ein Korruptionsverstoß üblicherweise zur Erlangung eines für die Gesellschaft gewinnträchtigen Auftrages geschieht.

Diese Thematik wurde dabei in der Wissenschaft bereits in einer Vielzahl von Beiträgen ausführlich und vertieft behandelt. Zudem wäre für eine gründliche Behandlung eine ausführliche, vom eigentlichen Thema dieser Untersuchung wegführende, wettbewerbsrechtliche Untersuchung erforderlich. Daher wird auf diesen Problemkreis an dieser Stelle nur stark gerafft und mit Schwerpunkt auf die Vorteilsausgleichung eingegangen werden. Für eine vertiefte Behandlung der spezifischen Probleme kann stattdessen auf die erwähnten Untersuchungen verwiesen werden.<sup>8</sup>

Grundsätzlich ist bei derartigen Konstellationen zu beachten, dass sich die gegen die Gesellschaft verhängten Bußgelder regelmäßig aus zwei Teilen zusammensetzen: Der Abschöpfungsanteil bemisst sich nach

---

<sup>7</sup> Ausführlichere Darstellungen typischer Sachverhalte finden sich bei *Lohse*, in: FS Hüffer, S. 581, 582 ff. und *Kindler*, in: FS Roth, S. 367, 373 f.

<sup>8</sup> Siehe etwa *Hack*, Vorstandsverantwortlichkeit sowie *Möller*, Vorteilsanrechnung.

dem aus der rechtswidrigen Handlung erzielten, geschätzten, wirtschaftlichen Vorteil und soll diesen ausgleichen, der Ahndungsanteil dient demgegenüber der Sanktionierung des Gesetzesverstößes.<sup>9</sup>

Nach der überwiegenden Ansicht in der Literatur stellt der Abschöpfungsanteil bereits keinen Schaden der Gesellschaft dar, da die Gesellschaft dadurch nur so gestellt wird, wie sie ohne den Gesetzesverstoß stünde.<sup>10</sup> Der Ahndungsanteil ist demgegenüber nach herrschender Ansicht ein Schaden der Gesellschaft, für den diese beim Geschäftsleiter, vorausgesetzt, die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen sind erfüllt, Regress nehmen kann.<sup>11</sup>

Umstritten ist nunmehr, ob dieser Anspruch der Gesellschaft im Wege der Vorteilsausgleichung um eventuelle Vorteile der Gesellschaft aus der pflichtwidrigen Handlung zu kürzen ist. Derartige Vorteile sollten zwar eigentlich nicht bestehen, sondern vom Abschöpfungsanteil des Bußgelds vollständig umfasst worden sein,<sup>12</sup> tatsächlich kommt es aber

---

<sup>9</sup> Vgl. zum § 30 OWiG KK-OWiG/Rogall, § 30 Rn. 136 ff., 140 ff.; zu § 81 GWB vgl. KK-KartR/Schöner, § 81 GWB Rn. 216 ff.; Lange/Bunte/Raun, § 81 GWB Rn. 203 ff.

<sup>10</sup> GK-AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 409; 419; Michalski/Ziemons, § 43 Rn. 457; Möller, Vorteilsanrechnung, S. 101; Saenger/Inhester/Lücke/Simon, § 43 Rn. 50; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 213c; Thole, ZHR 173 (2009), 504, 528. A.A. Kersting, ZIP 2016, 1266, 1272; Ulmer/Paefgen, § 43 Rn. 184.

<sup>11</sup> Bayer/Scholz, GmbHR 2015, 449, 450 ff.; GK-AktG/Hopt/Roth, § 93 Rn. 419; Hack, Vorstandsverantwortlichkeit, S. 75 ff.; Hauger/Palzer, ZGR 2015, 33, 53 ff.; Hölter/Hölter, § 93 Rn. 255; Koch, VersR 2015, 655, 659 f.; Michalski/Ziemons, § 43 Rn. 456; MüKo-GmbHG/Fleischer, § 43 Rn. 263b; Saenger/Inhester/Lücke/Simon, § 43 Rn. 50; Schmidt/Lutter/Krieger/Sailer/Coceani, § 93 Rn. 37; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 213b; Ulmer/Paefgen, § 43 Rn. 184; Zimmerer, WM 2008, 433, 436 ff. Wohl auch Scholz/Schneider, § 43 Rn. 230; A.A. Dreher, in: FS Konzen, S. 103; Hdb Managerhaftung/Dreher, § 35 Rn. 35.86; Kindler, in: FS Roth, S. 372. Ausführlich Möller, Vorteilsanrechnung, S. 101 ff.

<sup>12</sup> Möller, Vorteilsanrechnung, S. 174; Thole, ZHR 173 (2009), 504, 528.

wohl regelmäßig vor, dass der auf Schätzungen basierende Abschöpfungsanteil zu gering ausfällt.<sup>13</sup>

Teilweise wird in dieser Konstellation unter Berufung auf die Gefährdung der Präventionswirkung der Sanktion eine Vorteilsausgleichung abgelehnt,<sup>14</sup> die überwiegende Ansicht lässt demgegenüber auch bezüglich des Ahndungsanteils eine Vorteilsausgleichung zu.<sup>15</sup> Die besseren Gründe sprechen dabei für eine Zulassung der Vorteilsausgleichung. Denn nicht nur ist es, wie bereits dargestellt, schon fraglich, ob über eine restriktivere Handhabung der Vorteilsausgleichung überhaupt eine bessere Präventionswirkung erzielt werden kann, vor allem aber würde eine Versagung der Vorteilsausgleichung auch in diesem Zusammenhang zu einer unberechtigten Besserstellung der Gesellschaft führen, hier sogar durch Vorteile, die ihr infolge der Abschöpfung eigentlich nicht mehr zustehen sollten.<sup>16</sup>

Zu beachten ist jedoch, dass auch in derartigen Konstellationen die Beweislast für einen etwaigen und insbesondere den Abschöpfungsanteil übersteigenden Vorteil der Gesellschaft beim Geschäftsführer liegt und wie auch in den übrigen Fällen der Geschäftsleiterhaftung oftmals nur schwer zu führen sein wird.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> *Fleischer*, DB 2014, 345, 350. Ein Beispiel hierzu findet sich bei *Möller*, Vorteilsanrechnung, S. 145.

<sup>14</sup> *Möller*, Vorteilsanrechnung, S. 168 ff.; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 526.

<sup>15</sup> *Bayer*, in: FS Schmidt, S. 85, 93 ff.; *Bayer/Scholz*, GmbHR 2015, 449, 454 f. *Bicker*, AG 2014, 8, 13; *Fleischer*, DB 2014, 345, 350; *Hack*, Vorstandsverantwortlichkeit, S. 81 ff.; *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33, 56 ff.; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, § 43 Rn. 46; MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 263c; *Zimmerer*, WM 2008, 433, 439.

<sup>16</sup> *Bayer*, in: FS Schmidt, S. 93 ff.; *Bicker*, AG 2014, 8, 13; *Kindler*, in: FS Roth, S. 375 f.; *Michalski/Ziemons*, § 43 Rn. 457.

<sup>17</sup> *Bayer*, in: FS K. Schmidt, S. 95; *Bicker*, AG 2014, 8, 13; *Koch*, AG 2012, 429, 432; *Marsch-Barner*, ZHR 173 (2009), 723, 726. *Fleischer* geht insoweit sogar davon aus, dass in derartigen Fällen bereits diese Beweislastverteilung zur präventiven Wirkung führt, *Fleischer*, DB 2014, 345, 350.



## II. Vorsätzliche Rechtsverletzungen zur Gewinnerzielung – Die „*VW-Abgasaffäre*“

Während die vorgenannte Kartell- und Korruptionsverstöße, wie gezeigt,<sup>18</sup> bislang in der Literatur das wohl am häufigsten diskutierte Beispiel für eine Vorteilsausgleichung bilden, drängt sich mit der sogenannten „*VW-Abgasaffäre*“<sup>19</sup> ein neuer Paradefall für Überlegungen in diese Richtung auf.

### 1. Zum Hintergrund der „*Abgasaffäre*“

Mit dem Schlagwort „*Abgasaffäre*“ wird ein umfangreicher Themenkomplex beschrieben, der aufgrund der umfassenden und anhaltenden Medienberichterstattung<sup>20</sup> hinlänglich bekannt sein dürfte. Zusammengefasst geht es darum, dass verschiedene Automobilhersteller, vor allem aber die Volkswagen AG sowie deren Tochtergesellschaften, zur Umgehung von emissionsrechtlichen Vorgaben die Motorsteuerung von Dieselfahrzeugen durch sogenannte Abschalteinrichtungen manipuliert haben.<sup>21</sup> Die folgende Darstellung konzentriert sich dabei auf den von dieser Problematik am stärksten betroffenen Hersteller, die Volkswagen AG. Prinzipiell sind die nachfolgend getroffenen Aussagen auf aber auch andere Hersteller übertragbar. Die Verwendung von Abschalteinrichtungen durch die Volkswagen AG wurde im September 2015 aufgrund von Ermittlungen der US-amerikanischen Umweltschutzbehörde bekannt.<sup>22</sup> Kurze Zeit später wurde die Manipula-

---

<sup>18</sup> Vgl. dazu oben unter F.I.

<sup>19</sup> Unter anderem auch als „*Dieselgate*“, vgl. *Altmeyden*, ZIP 2016, 97, 97, „*Dieselskandal*“, vgl. *Grützner/Boerger/Momsen*, CCZ 2018, 50, 50, oder „*Dieselskandal*“, vgl. *Führ*, NVwZ 2017, 265, 265, bezeichnet.

<sup>20</sup> Umfassend *Boorgest*, Manipulation von Abgaswerten.

<sup>21</sup> Zur Funktionsweise solcher Abschalteinrichtungen vgl. *Führ*, NVwZ 2017, 265, 265 ff.

<sup>22</sup> Vgl. zur Entwicklung in den USA die Übersichtsseite der US-Umweltschutzbehörde EPA, abrufbar unter <https://www.epa.gov/vw>, Datum des letzten Abrufs: 30.01.2019.

tion auch vom damaligen Vorstandsvorsitzenden der Volkswagen AG eingeräumt,<sup>23</sup> welcher wenige Tage später zurücktrat.

Während die Volkswagen AG sich in den USA sodann zur Vermeidung gerichtlicher Entscheidungen in mehreren Vergleichen zu Leistungen im Umfang von mehreren Milliarden US-Dollar verpflichtete,<sup>24</sup> steht die gerichtliche Aufarbeitung in Deutschland noch am Anfang.<sup>25</sup> Gegenwärtig werden dabei sowohl gegen die Volkswagen AG als auch deren Tochtergesellschaften sowie zahlreiche Autohändler etliche tausend Verfahren von Fahrzeugkäufern wegen kaufrechtlicher und deliktischer Ansprüche geführt. Hinzu kommen ein von Aktionären der Volkswagen geführtes Musterverfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz vor dem OLG Braunschweig,<sup>26</sup> sowie Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Braunschweig.<sup>27</sup> Hinzu kommen staatsanwaltschaftliche Ermittlungen insbesondere

---

<sup>23</sup> Vgl. die Erklärung des Vorstandsvorsitzenden vom 20.09.2015, abrufbar unter [https://www.volkswagen-media-services.com/detailpage/-/detail/Erklärung-des-Vorstandsvorsitzenden-der-Volkswagen-AG-Professor-Dr-Martin-Winterkorn/view/2709299/7a5bbec13158edd433c6630f5ac445da?p\\_auth=0qKdNca7](https://www.volkswagen-media-services.com/detailpage/-/detail/Erklärung-des-Vorstandsvorsitzenden-der-Volkswagen-AG-Professor-Dr-Martin-Winterkorn/view/2709299/7a5bbec13158edd433c6630f5ac445da?p_auth=0qKdNca7), Datum des letzten Abrufs: 30.01.2010.

<sup>24</sup> Vgl. für einen Überblick die Übersichtsseite der EPA, abrufbar unter <https://www.epa.gov/vw>, Datum des letzten Abrufs: 30.01.2019.

<sup>25</sup> Ein, der Natur der Sache nach schnell veraltender, Überblick über bisherige Entscheidungen findet sich bei *Sievers*, DAR 2016, 543 ff. sowie *ders.*, DAR 2017, 401 ff.

<sup>26</sup> Vgl. die Pressemitteilung des OLG Braunschweig vom 08.03.2017, abrufbar unter <http://www.oberlandesgericht-braunschweig.niedersachsen.de/aktuelles/presseinformationen/anlegerklagen-gegen-volkswagen-ag---oberlandesgericht-braunschweig-bestimmt-musterklaeger-151819.html>, Datum des letzten Abrufs: 30.01.2019.

<sup>27</sup> Vgl. hierzu etwa <https://www.wiwo.de/unternehmen/auto/erneute-razzia-bei-volkswagen-verdacht-auf-falsche-verbrauchsangaben-und-marktmanipulation/21089212.html>, Datum des letzten Abrufs: 30.01.2019.

gegen die Audi AG, eine Tochtergesellschaft der Volkswagen AG, deren Vorstandsvorsitzender sich wegen Verdunklungsgefahr gegenwärtig in Untersuchungshaft befindet.<sup>28</sup>

Demgegenüber sind Klagen der Volkswagen AG gegen den Vorstand selbst zurzeit nicht bekannt, angesichts der strengen Vorgaben des BGH in der „ARAG/Garmenbeck“-Rechtsprechung<sup>29</sup> zur Verfolgungspflicht derartiger Ansprüche durch den Aufsichtsrat<sup>30</sup> sind dürfte mit derartigen Klagen jedoch zu rechnen sein.<sup>31</sup>

## 2. Zur Vorteilsausgleichung

Ob das Vorgehen der Volkswagen AG rechtswidrig war<sup>32</sup> oder Haftungsansprüche gegen den Vorstand bestehen<sup>33</sup> kann angesichts des im Detail (noch) unklaren Sachverhalts gegenwärtig nicht beurteilt werden und würde überdies den Rahmen dieser Untersuchung übersteigen. Sofern man beide Fragen jedoch bejaht, würden sich im Bereich der Schadensberechnung Fragen zur Vorteilsausgleichung geradezu aufdrängen. Denn Ziel der Manipulationshandlungen war, soweit ersichtlich, eine wirtschaftliche Besserstellung der Volkswagen AG. Fraglich ist daher, ob sich der Vorstand der Volkswagen AG bei Unterstellung eines Schadensersatzanspruchs der Gesellschaft aus § 93 Abs. 2 AktG auf eine schadensmindernde Vorteilsausgleichung berufen könnte. Eine sichere Beantwortung dieser Frage ist angesichts des,

---

<sup>28</sup> Vgl. hierzu <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/diesel-skandal-audi-chefstadler-in-untersuchungshaft-1.4020609>, Datum des letzten Abrufs: 30.01.2019.

<sup>29</sup> BGH, NJW 1997, 1926, 1926 ff.

<sup>30</sup> Vgl. hierzu etwa MüKo-AktG/*Habersack*, § 111 Rn. 34 ff.

<sup>31</sup> Laut einem Bericht von Spiegel Online vom 04.04.2017 würden Ersatzansprüche durch den Aufsichtsrat geprüft, Artikel abrufbar unter <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/volkswagen-martin-winterkorn-und-rupertstadler-droht-millionenforderung-a-1141287.html>, Datum des letzten Abrufs: 30.01.2019.

<sup>32</sup> Vgl. zu den rechtlichen Hintergründen *Führ*, NVwZ 2017, 265, 265 ff.

<sup>33</sup> Vgl. hierzu *Altmeppen*, ZIP 2016, 97, 97 ff.

wie erwähnt, noch weitgehend ungeklärten Sachverhalts jedenfalls gegenwärtig nicht möglich, weswegen die nachfolgende Behandlung zwangsläufig spekulativ und auf Unterstellungen angewiesen ist.

Unterstellte man dementsprechend, dass die Verwendung der Abschaltvorrichtungen eine pflichtwidrige, schädigende Handlung des Vorstandes darstellt,<sup>34</sup> so wäre es nach dem im Rahmen des in dieser Untersuchung entwickelten Verständnisses<sup>35</sup> für eine Vorteilsausgleichung erforderlich, dass durch diese schädigende Handlung ein Vorteil der geschädigten Gesellschaft entstand. Erforderlich, jedoch auch ausreichend,<sup>36</sup> ist eine äquivalente Kausalität zwischen schädigender Handlung und Vorteil. Ob der Vorstand vorsätzlich handelte, ist demgegenüber, wie oben bereits ausgeführt, angesichts des auf den Schadensausgleich gerichteten Zwecks der Vorteilsausgleichung nicht relevant.<sup>37</sup> Weiter wäre bei der Bezifferung des Schadens der Gesellschaft zu beachten, dass Bußgelder nur in Höhe ihres Ahndungsanteils, nicht aber bezüglich des Abschöpfungsanteils, einen ersatzfähigen Schaden der Gesellschaft darstellen.<sup>38</sup>

Potentielle Vorteile der Gesellschaft sind insbesondere in zweifacher Hinsicht denkbar: Zum einen könnte vorgebracht werden, dass die Volkswagen AG durch die Verwendung der Abschaltvorrichtungen Entwicklungskosten eingespart hat, die ansonsten für die Entwicklung von Motoren, welche die gesetzlichen Emissionsvorgaben einhalten, angefallen wären. Zum anderen könnte angeführt werden, dass sich

---

<sup>34</sup> Zur Behandlung bei Einordnung als pflichtwidriges Unterlassen eines wirksamen Compliance-Systems siehe unten unter F.III. Zur Abgasaffäre unter Gesichtspunkten der Compliance vgl. *Grützner/Boerger/Momsen*, CCZ 2018, 50, 50 ff.

<sup>35</sup> Siehe dazu oben unter D.V.

<sup>36</sup> Siehe dazu oben unter D.V.2.

<sup>37</sup> Siehe dazu oben unter D.V.2. f). A.A. aus dem schuldrechtlichen Schrifttum *Rudloff*, in: FS Hippel, S. 435; aus dem aktienrechtlichen Schrifttum wohl auch *KK-AktG/Mertens/Cahn*, § 93 Rn. 63. Kritisch dazu *GK-AktG/Hopt/Roth*, § 93 Fn. 1565.

<sup>38</sup> Siehe dazu oben unter F.I.

Kunden nur aufgrund der durch die mit der Abschaltvorrichtung suggerierte Umweltfreundlichkeit der manipulierten Fahrzeuge<sup>39</sup> für den Kauf eines Fahrzeugs der Marke VW entschieden hätten.

In Bezug auf ersparte Entwicklungskosten ist dabei festzuhalten, dass ersparte Aufwendungen grundsätzlich als anrechenbarer Vorteil in Betracht kämen.<sup>40</sup> Anders als Konsumausgaben dienen Entwicklungskosten aber dazu, langfristig vermögenswerte Erkenntnisse zu erlangen, so dass der Verzicht auf Forschungsausgaben für die Gesellschaft auch negative Folgen haben kann. Insbesondere aufgrund der Tatsache, dass durch die Volkswagen AG die Entwicklung gesetzeskonformer Motoren spätestens nach Bekanntwerden der Abgasaffäre nachgeholt werden müsste, dürfte es bereits an einem Vorteil der Gesellschaft fehlen.

Anders sieht es demgegenüber für Vorteile in Form von zusätzlich verkauften Fahrzeugen aus. Diesbezüglich könnte argumentiert werden, dass ohne die Abschalteinrichtung die (vermeintliche) Umweltfreundlichkeit der Fahrzeuge als Kaufgrund entfallen wäre und der Gesellschaft daher die Gewinne aus diesen Verkäufen entgangen wäre. Die Verwendung der Abschalteinrichtung wäre dementsprechend äquivalent kausal für die Vorteilsentstehung. Da im Rahmen des hier entwickelten Verständnisses der Vorteilsausgleichung keine darüber hinausgehenden Kriterien für eine Anrechnung erforderlich sind und auch keine der besonderen Konstellationen einschlägig scheint, in denen eine übergeordnete gesetzliche Wertung einer Anrechnung entgegenstünde,<sup>41</sup> könnten derartige Vorteile vom Vorstand daher potentiell schadensmindernd angeführt werden.

---

<sup>39</sup> Insbesondere in den USA wurden die manipulierten Fahrzeuge als besonders saubere, so genannte „*Clean Diesel*“, beworben, vgl. hierzu <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/volkswagen-in-den-usa-aerger-um-clean-diesel-werbung/13378548.html>, Datum des letzten Abrufs: 30.01.2019.

<sup>40</sup> Siehe dazu oben unter E.III.6. sowie unten unter E.IV.3.

<sup>41</sup> Siehe dazu oben unter D.V.3.

Hier zeigt sich jedoch erneut eine wesentliche Einschränkung der Vorteilsausgleichung in der Praxis: Denn auch wenn Gewinne der Gesellschaft aus derartigen Mehrverkäufen potentiell als anrechenbare Vorteile in Betracht kämen, trüge der Vorstand für deren Entstehung die volle Beweislast,<sup>42</sup> wobei inzwischen ausgeschiedene Vorstände, wie etwa der damaligen Vorstandsvorsitzende, ein Anspruch auf Herausgabe benötigter Informationen gestützt auf den Gedanken des § 810 BGB gegen die Gesellschaft zustünde.<sup>43</sup> Der Vorstand müsste daher also beweisen, dass es aufgrund der Verwendung der Abschaltvorrichtung zu Gewinnen der Gesellschaft durch Fahrzeugkäufen kam, die andernfalls nicht angefallen wären. Während es aufgrund der insoweit wohl bereits erstellten internen Kalkulationen der Gesellschaft jedenfalls möglich sein dürfte, zu beweisen, in welcher Höhe durch den Verkauf eines Fahrzeugs Gewinne der Gesellschaft entstanden sind, dürfte es praktisch enorm aufwendig, wenn nicht gar unmöglich sein, den Nachweis zu führen, dass und welche Fahrzeugkäufe nur aufgrund der Verwendung der Abschaltvorrichtung erfolgt sind und andernfalls unterblieben wären. Soweit die Gesellschaft aufgrund verhängter Bußgelder Regress nehmen möchte, müsste zudem bewiesen werden, dass etwaige durch die Pflichtverletzung erzielte Gewinne nicht bereits abgeschöpft wurden.<sup>44</sup> Gelingt die Führung dieses Beweises jedoch nicht, kommt eine Anrechnung nicht in Betracht.

Festhalten lässt sich daher, dass etwaige Schadensersatzsprüche der Volkswagen AG um äquivalent auf der schädigenden Handlung des Vorstands beruhende Vorteile der Gesellschaft zu kürzen wären, erforderlich hierfür jedoch eine entsprechende, in der Praxis nur äußerst schwer mögliche, Beweisführung durch den Vorstand wäre.

---

<sup>42</sup> Siehe dazu oben unter D.V.4. e). und E.III.9.

<sup>43</sup> Siehe dazu oben unter E.III.9. d).

<sup>44</sup> Siehe dazu oben unter F.I.

### 3. Folgerungen aus dem Beispielfall

Betrachtet man die Grundlagen dieses Beispielfalles, so dürfte die VW-Abgasaffäre zwar aufgrund der denkbaren Höhe eines etwaigen Schadenersatzanspruchs eine seltene Ausnahme darstellen, die Grundaussagen zur Vorteilsausgleichung sind jedoch durchaus übertragbar. Denn unter Beibehaltung der oben dargestellten Unterstellungen bildet dieser Fall ein Beispiel für einen Sachverhalt, in dem ein Geschäftsleiter außerhalb der viel diskutierten Korruptions- und Kartellverstöße<sup>45</sup> gegen gesetzliche Vorgaben verstößt, um wirtschaftliche Vorteile für die Gesellschaft zu erzielen. Derartige Sachverhalte sind aber praktisch für jede Gesellschaft, unabhängig von ihrer Größe, denkbar. Diesbezüglich zeigt sich, dass aufbauend auf dem hier zugrunde gelegten Verständnis der Vorteilsausgleichung grundsätzlich auch in derartigen Fällen eine Vorteilsausgleichung in Betracht kommt. Hierbei ist jedoch stets besonderes Augenmerk auf die Frage zu richten, ob etwaige Vorteile der Gesellschaft tatsächlich äquivalent auf der schädigenden Handlung beruhen und nicht etwa nur zeitlich zusammenfallen oder auf eigenständigen Handlungen basieren.<sup>46</sup>

Vor allem aber zeigt sich an diesem Beispiel erneut die besondere Bedeutung der Beweislast für die praktische Anwendung der Vorteilsausgleichung. Denn auch wenn in einem Sachverhalt zahlreiche, auch äquivalent auf der schädigenden Handlung basierende, Vorteile der Gesellschaft möglich sind, obliegt es stets dem Geschäftsleiter, diese auch zu beweisen. Diese Schwierigkeit dieser Beweisführung lässt sich am Beispiel der VW-Abgasaffäre gut verdeutlichen. Für die Praxis gilt daher, dass die Schwierigkeit der Beweisführung weiterhin eine nicht zu unterschätzende Einschränkung der Vorteilsausgleichung darstellt.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> Siehe dazu oben unter F.I.

<sup>46</sup> Vgl. hierzu unter dem Gesichtspunkt wiederholter Pflichtverletzungen oben unter E.III.3.

<sup>47</sup> So auch *Bayer*, in: FS K. Schmidt, S. 95; *Koch*, AG 2012, 429, 432 und *Marsch-Barner*, ZHR 173 (2009), 723, 726.

### III. Ersparte Aufwendungen bei pflichtwidrigem Unterlassen – Der „Siemens/Neubürger“-Fall

Als dritter Beispielfall soll schließlich die bekannte Entscheidung des LG München I in der Sache „Siemens/Neubürger“<sup>48</sup> aus dem Jahr 2013 herangezogen werden.

#### 1. Zum Sachverhalt

Die Entscheidung des LG München stellt dabei den Schlusspunkt einer der wohl größten Korruptionsaffären der jüngeren deutschen Geschichte dar.<sup>49</sup> Innerhalb der Siemens AG hatte sich nach den Feststellungen des Gerichts ein System schwarzer Kassen entwickelt, aus denen sodann verschiedene Korruptionszahlungen durch Scheinberaterverträge geleistet wurden.<sup>50</sup> Nach Aufdeckung dieses Vorgehens wurden von deutschen und amerikanischen Gerichten Bußgelder gegen die Siemens AG in Höhe von insgesamt knapp 1,4 Milliarden Euro verhängt, zudem entstanden im Zuge der Aufklärung Kosten durch die Beauftragung einer US-amerikanischen Rechtsanwaltskanzlei in Höhe von 12,85 Millionen Euro.<sup>51</sup> Der Beklagte, Heinz-Joachim Neubürger, war von 1998 bis 2006 Vorstandsmitglied und Leiter der Abteilung Corporate Finance der Siemens AG. Während die Gesellschaft mit den übrigen Vorstandsmitgliedern Vergleiche schloss, scheiterten die Vergleichsverhandlungen mit Herrn Neubürger, sodass die Gesellschaft ihn auf einen Teilbetrag in Höhe von 15 Millionen Euro, der insbesondere die vorgenannten Rechtsanwalts honorare beinhaltete, in Anspruch nahm.<sup>52</sup>

In seinem Urteil vom 10.12.2013 entschied das LG München I, dass der Beklagte durch die mangelhafte Organisation des Compliance-Systems

---

<sup>48</sup> LG München, AG 2014, 332, 332 ff.

<sup>49</sup> Ausführlich hierzu *Graeff/Schröder/Wolf*, Der Korruptionsfall Siemens.

<sup>50</sup> LG München, AG 2014, 332, 332 f.

<sup>51</sup> LG München, AG 2014, 332, 332f., 335. Vgl. zur Ersatzfähigkeit solcher Ermittlungskosten ausführlich *Lüneborg/Resch*, NZG 2018, 209, 209 ff.

<sup>52</sup> Sachverhalt nach *Fleischer*, NZG 2014, 321, 321 f.



der Gesellschaft eine schuldhaftige Pflichtverletzung in Form eines Verstoßes gegen die Legalitätspflicht begangen habe, welche kausal für den geltend gemachten Schaden sei. Der Siemens AG stünde daher der geltend gemachte Anspruch aus § 93 Abs. 2 AktG zu.<sup>53</sup>

Das Rechtsmittelverfahren vor dem OLG München ist, soweit ersichtlich, noch anhängig, wegen des Versterbens von Herrn Neubürger zurzeit aber wohl gemäß § 239 ZPO unterbrochen.

## 2. Zur Vorteilsausgleichung

In der Literatur ist das Urteil des LG München I umfangreich kommentiert und bewertet worden,<sup>54</sup> wobei teilweise kritisiert wurde, dass das Gericht überzogene Anforderung an die Organisation des Compliance-Systems<sup>55</sup> gestellt und in diesem Zusammenhang den Ermessensspielraum des Vorstands gemäß § 93 Abs. 1 S. 2 AktG außer Acht gelassen habe.<sup>56</sup>

Unterstellt man im Rahmen dieser Untersuchung,<sup>57</sup> dass der Siemens AG infolge einer schuldhaften Pflichtverletzung des Vorstands ein Ersatzanspruch zusteht, so erscheint der „*Siemens/Neubürger*“-Fall aus Sicht der Vorteilsausgleichung in zweifacher Hinsicht interessant: Neben der denkbaren Berücksichtigung von durch Korruptionsverstöße erzielten Gewinnen, auf die hier nicht weiter eingegangen werden soll,<sup>58</sup> erscheint auch ein Vorteil der Gesellschaft in Form der ersparten Kosten eines wirksamen Compliance-Systems denkbar. Denn soweit man in der unterlassenen Schaffung eines effektiven Compliance-Systems eine schuldhaftige Pflichtverletzung sieht,<sup>59</sup> hätte bei pflichtgemä-

---

<sup>53</sup> LG München, AG 2014, 332, 333 ff.

<sup>54</sup> Vgl. etwa *Fleischer*, NZG 2014, 321, 321 ff.; *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136, 136 ff.; *Oppenheim*, DStR 2014, 1063, 1063 ff.; *Paefgen*, WM 2016, 433, 433 ff.;

<sup>55</sup> Zur Compliancepflicht in der GmbH vgl. MüKo-GmbHG/*Fleischer*, § 43 Rn. 142 ff.

<sup>56</sup> So *Paefgen*, WM 2016, 433, 433 ff.

<sup>57</sup> Naturgemäß beschränkt auf die bekannten Informationen zum Sachverhalt.

<sup>58</sup> Siehe dazu bereits oben unter F.I.

<sup>59</sup> So das LG München I, AG 2014, 322, 333 ff.

ßem Handeln ein solches System implementiert werden müssen. Folglich könnte daher argumentiert werden, dass die Gesellschaft infolge der Pflichtverletzung einen Vorteil in Form der hierfür ersparten Aufwendungen erzielt hat.

Dass die Einrichtung eines wirksamen und effektiven Compliance-Systems sowie dessen Unterhaltung und Kontrolle mit Kosten verbunden wäre, kann allein angesichts der Tatsache, dass hierfür wohl zusätzliches Personal eingestellt, zumindest aber zusätzliche Arbeitszeit hätte aufgewandt werden müssen, unterstellt werden, da typischerweise beide Alternativen nicht kostenneutral sind.<sup>60</sup> Der Nichtanfall dieser Kosten bildet einen typischen Fall ersparter Aufwendungen, die auch im Rahmen des Organleiterinnenhaftungsrechts einen anspruchsmindernden Vorteil darstellen können.<sup>61</sup>

Weitere Voraussetzung für eine Vorteilsausgleichung wäre darüber hinaus, wie dargestellt, eine äquivalente Kausalität zwischen schädigender Handlung und Vorteil. Ein Unterlassen ist für einen Erfolg dann äquivalent kausal, wenn es nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in entfiel.<sup>62</sup> Wurde dabei im ersten Schritt festgestellt, dass die Gesellschaft durch das Unterlassen der Schaffung eines wirksamen Compliance-Systems Aufwendungen erspart hat, so kann an der äquivalenten Kausalität der Pflichtverletzung für diese ersparten Aufwendungen kaum Zweifel bestehen: Denn wenn der Unterhalt eines Compliance-Systems Kosten verursacht hätte und die Pflichtverletzung gerade darin bestand, dass kein Compliance-System geschaffen wurde, so wären bei Hinzudenken der geschuldeten Handlung in Form der Schaffung eines Compliance-Systems auch die damit verbundenen Kosten angefallen.

---

<sup>60</sup> Etwas anderes würde dann gelten, wenn diese ersparten Kosten bereits bei Bemessung der gegen die Gesellschaft verhängten Bußgelder berücksichtigt und dadurch abgeschöpft worden wären. Hinweise auf eine solche Berücksichtigung sind jedoch nicht ersichtlich.

<sup>61</sup> Siehe dazu oben unter E.III.6. sowie unten unter F.III.

<sup>62</sup> Vgl. MüKo-BGB/*Oettger*, § 249 Rn. 103; Soergel/*Ekkenga/Kuntz*, Vor § 249 Rn. 122.

Da somit auch eine äquivalente Kausalität zwischen der schädigenden Handlung und dem Vorteil der Gesellschaft in Form der ersparten Aufwendungen besteht sowie zusätzlich keine der besonderen Konstellationen einschlägig scheint, in denen eine übergeordnete gesetzliche Wertung einer Anrechnung entgegensteht,<sup>63</sup> hätten im Rahmen der „*Siemens/Neubürger*“-Entscheidung die Kosten für die Etablierung des vom Gericht als erforderlich angesehenen Compliance-Systems im Wege der Vorteilsausgleichung anspruchsmindernd Berücksichtigung finden müssen, jedenfalls wäre diese Möglichkeit zu erörtern gewesen. Vom LG München I wurde die Möglichkeit einer Vorteilsausgleichung demgegenüber nicht einmal erwähnt; ob von den Parteien diesbezüglicher Vortrag erfolgte, ist aus dem Urteil nicht ersichtlich.<sup>64</sup> Auch in der Literatur erfolgten diesbezüglich, soweit ersichtlich, keinerlei Ausführungen.

Diesbezüglich ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Vorstand für das Vorliegen der Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung voll beweibelastet wäre. Verglichen mit anderen Fällen der Vorteilsausgleichung<sup>65</sup> ist dies in Fällen ersparter Aufwendungen infolge eines pflichtwidrigen Unterlassens jedoch einfacher möglich.<sup>66</sup> So ist in derartigen Fällen etwa der ansonsten oftmals schwierige Kausalitätsbeweis regelmäßig deutlich leichter zu erbringen, da für die Geltendmachung eines Haftungsanspruchs zuvor bereits die Gesellschaft beweisen musste, dass der geltend gemachte eine gebotene Handlung pflichtwidrig unterlassen wurde und der geltend gemachte Schaden äquivalent auf dieser Pflichtverletzung beruht.<sup>67</sup> Sofern der Geschäftsleiter daher beweisen kann, dass die Vornahme der gebotenen Handlung mit Kosten verbundene wäre, was regelmäßig ohne besondere Schwierigkeiten gelingen dürfte, steht somit die Ursächlichkeit der schädigenden Handlung für den Entfall dieser Aufwendungen bereits fest, wie

---

<sup>63</sup> Siehe dazu oben unter D.V.3.

<sup>64</sup> LG München I, AG 2014, 332, 332 ff.

<sup>65</sup> Siehe etwa oben unter F.II.2.

<sup>66</sup> Siehe dazu oben unter E.III.9. c).

<sup>67</sup> Vgl. zur teilweisen Beweislastumkehr oben unter C.VI.

oben am Beispiel der Schaffung eines Compliance-Systems gezeigt. Erforderlich ist sodann nur noch ein Vortrag zur Höhe der ersparten Aufwendungen, wobei diesbezüglich ein Vortrag genügt, der eine Schätzung durch das Gericht gemäß § 287 ZPO erlaubt.<sup>68</sup> Jedenfalls durch Einholung eines Sachverständigengutachtens dürfte auch diesbezüglich den Beweislastanforderungen daher genügt werden können.

### **3. Folgerungen aus dem Beispielfall**

Die „*Siemens/Neubürger*“-Entscheidung stellt ein gutes Beispiel für die Anwendbarkeit der Grundsätze der Vorteilsausgleichung in Fällen dar, in denen eine Pflichtverletzung in Form pflichtwidrigen Unterlassens vorliegt. Solche Konstellationen sind dabei in vielfältiger Form denkbar, neben der Unterlassung von Überwachungspflichten etwa auch dergestalt, dass der Geschäftsleiter die Wahrnehmung von Geschäftschancen pflichtwidrig unterlässt oder zu wenig Personal einstellt. Sofern Vornahme der pflichtwidrig unterlassenen Handlungen dabei mit Kosten für die Gesellschaft verbunden wäre, sollte meines Erachtens stets in Betracht gezogen werden, ob die durch das Unterlassen ersparten Aufwendungen der Gesellschaft im Wege der Vorteilsausgleichung anspruchsmindernd auf einen etwaigen Schadenersatzanspruch gegen den Geschäftsleiter auswirken. Dies gilt umso mehr, da in diesen Fällen die Hürden durch die Beweislast des Geschäftsleiters deutlich einfacher zu nehmen sind.

---

<sup>68</sup> Vgl. BGH, NJW 2005, 1041, 1043; Saenger/Saenger, § 287 Rn. 8.

## **G. Zusammenfassung der Ergebnisse und Fazit**

Schlussendlich sind nach Untersuchung sowohl des Haftungssystems der GmbH als auch des Rechtsinstituts der Vorteilsausgleichung sowie dessen Anpassung aufgrund der Besonderheiten des § 43 Abs. 2 GmbHG und der Verhältnisse der GmbH die gefundenen Ergebnisse zusammenzufassen und ein Fazit zu ziehen.

### **I. Zusammenfassung der Ergebnisse**

In einem ersten Schritt sollen die Ergebnisse der Untersuchung zusammengefasst werden, gegliedert entsprechend den jeweiligen Kapiteln.

#### **1. Zum Haftungssystem des § 43 Abs. 2 GmbHG**

Die Norm des § 43 Abs. 2 GmbHG ist Ausdruck des grundlegenden Haftungssystems der GmbH, wonach der Geschäftsführer die Geschäfte für die Gesellschaft führt und haftet, wenn er dabei seine Pflichten verletzt. Demgegenüber haftet der Geschäftsführer weder nicht für Verbindlichkeiten der Gesellschaft noch für deren wirtschaftlichen Erfolg. Die primären Regelungsziele des § 43 Abs. 2 GmbHG sind die Verhaltenssteuerung des Geschäftsführers, der zur Vermeidung von Pflichtverletzungen angehalten werden soll, sowie der Ausgleich von Vermögensnachteilen der Gesellschaft durch begangene Pflichtverletzungen des Geschäftsführers. Mittelbar werden dadurch auch die Gesellschafter sowie die Gläubiger der Gesellschaft geschützt. Der Anwendungsbereich der Norm umfasst sowohl den bestellten als auch den faktischen Geschäftsführer, beginnend mit der Aufnahme und endend mit der Einstellung der Geschäftsführertätigkeit.

#### **2. Zu den Tatbestandsvoraussetzungen des § 43 Abs. 2 GmbHG**

Voraussetzung einer Haftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG ist eine schuldhaftes Pflichtverletzung des Geschäftsführers, die einen Schaden der Gesellschaft zur Folge hat. Die Pflichten des Geschäftsführers bestehen aus den beiden Pflichtenkreisen der Sorgfaltspflicht und der Treuepflicht, aus denen verschiedene, spezifischere Pflichten folgen.

Trifft der Geschäftsführer im Rahmen seiner Tätigkeit eine unternehmerische Entscheidung zum Wohle der Gesellschaft, auf angemessener Informationsgrundlage und in gutem Glauben, so wird aufgrund der Anwendung der „*Business Judgement Rule*“ fingiert, dass er pflichtgemäß handelte. Ein Geschäftsführer handelt auch dann nicht pflichtwidrig, wenn er auf eine durch jedenfalls nicht nichtigen Gesellschafterbeschluss erteilte Weisung der Gesellschafterversammlung hin handelt oder eine konkrete Geschäftsführungshandlung im Nachhinein von den Gesellschaftern gebilligt wurde.

Nur eine schuldhaft begangene Pflichtverletzung kann einen Ersatzanspruch begründen; der Maßstab ist dabei gegenüber dem allgemeinen Sorgfaltsmaßstab auf den eines ordentlichen Geschäftsmanns erhöht.

Für die Berechnung des Schadens der Gesellschaft ist der allgemeine zivilrechtliche Schadensbegriff heranzuziehen, während ein spezieller gesellschaftsrechtlicher Schadensbegriff abzulehnen ist. Die Schadensberechnung erfolgt mithilfe der Differenzhypothese. Eine Anspruchsreduzierung aufgrund von Mitverschulden kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht.

Für die Organeigenschaft des Geschäftsführers, das Vorliegen eines Schadens der Gesellschaft sowie die Kausalität einer Handlung des Geschäftsführers für die Schadensentstehen trägt die Gesellschaft die Beweislast, während zulasten des Geschäftsführers widerleglich die Pflichtwidrigkeit und Schuldhaftigkeit einer solchen Handlung vermutet wird. Die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs obliegt der Gesellschafterversammlung. Eine Geltendmachung durch einzelne Gesellschafter ist nur ausnahmsweise im Rahmen einer *actio pro socio* zulässig. In Sonderfällen kann auch eine Zuständigkeit des Aufsichtsrats oder eines Insolvenzverwalters bestehen.

### **3. Zur Rechtsfigur der Vorteilsausgleichung**

Durch eine schädigende Handlung können sich für den Geschädigten neben Schäden auch Vorteile ergeben. Das Rechtsinstitut, dass sich

mit der Frage der Berücksichtigung derartiger Vorteile beschäftigt, wird unterschiedlich, überwiegend aber als Vorteilsausgleichung bezeichnet. Ob es sich bei Vorteilsausgleichung um einen Bestandteil der Schadensberechnung oder um ein nachgelagertes, eigenständiges Rechtsinstitut handelt, ist umstritten, im Ergebnis führen beide Ansichten aber zu identischen Rechtsfolgen. Die Vorteilsausgleichung weist Ähnlichkeiten zur Figur der hypothetischen Kausalität auf. In Abgrenzung zu dieser handelt es sich bei der Vorteilsausgleichung jedoch nicht um ein Kausalitätsproblem, vielmehr ist über die Frage zu entscheiden, welche kausal entstandenen Vorteile schadensmindernd zu berücksichtigen sind. Anders als der Wertersatz „neu für alt“ umfasst die Vorteilsausgleichung nicht nur zwangsweise Vermögenssteigerungen im beschädigten Vermögensgegenstand selbst. Zudem sind auch Vorteile umfasst, die sich nicht aus der Art und Weise des Schadensausgleichs ergeben. Weiter umfasst die Vorteilsausgleichung auch Vorteile in Form ersparter Aufwendungen des Geschädigten, da es sich bei diesen um eigenständige, im Gesamtvermögen des Geschädigten entstehende Vorteile handelt.

Dogmatischer Ausgangspunkt der Vorteilsausgleichung ist die mit dem deutschen Schadensersatzrecht primär verfolgte Ausgleichsfunktion, wonach der Geschädigte wieder so gestellt werden soll, wie er ohne das schädigende Ereignis stünde. Folge dieses Ausgleichsgedankens ist der Grundsatz des Bereicherungsverbots, wonach der Schädiger durch den Schadensersatz nicht besser stehen soll als vor dem Schadensfall. Dies bedingt, dass eventuelle Vorteile aus dem schädigenden Ereignis potentiell anspruchsmindernd berücksichtigt werden. Die zugleich verfolgte präventive Wirkung des Schadensersatzrechts ist demgegenüber nachrangig, während eine irgendwie geartete Bestrafung des Schädigers eindeutig nicht bezweckt werden soll. Ob die Anrechnung oder die Nichtanrechnung von Vorteilen die Regel ist, ist im Ergebnis ohne Relevanz, sodass eine Entscheidung, soweit überhaupt möglich, nicht erforderlich ist.

Erste Voraussetzung für die Anrechnung eines Vorteils ist, dass er äquivalent kausal auf das schädigende Ereignis zurückgeht. Aufgrund

der fundamentalen Bedeutung des Äquivalenzprinzips sind Abweichungen davon grundsätzlich nicht anzuerkennen. Demgegenüber ist eine darüberhinausgehende adäquate Kausalität nicht erforderlich. Zwar können nicht alle für dieses Ergebnis in der Literatur angeführten Argumente überzeugen, dies trifft jedoch umso mehr auf die für eine Anwendung des Adäquanzkriteriums vorgebrachten Gründe zu. Diesbezüglich kann weder mit der Symmetrie zu den Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs noch damit argumentiert werden, dass sich das Adäquanzkriterium bewährt hätte. Zudem ist keine Grundlage dafür ersichtlich, warum zufällige, nicht vorhersehbare Vorteile grundsätzlich dem Geschädigten zustehen sollen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem in der neueren Literatur geforderten Verständnis der adäquaten Kausalität als negativem Abgrenzungskriterium.

Auch die weiteren, von Rechtsprechung und Literatur zur Abgrenzung herangezogenen Kriterien, überzeugen nicht. So spricht gegen für das Kriterium der Kongruenz von Vor- und Nachteil, dass dadurch vom schadensrechtlichen Grundsatz des Gesamtvermögensausgleichs abgewichen wird, ohne dass hierfür eine dogmatische Begründung ersichtlich ist. Gleiches gilt für das Erfordernis eines inneren Zusammenhangs, bei dem noch hinzukommt, dass die allgemeinen Kriterien für einen solchen Zusammenhang nicht erkennbar sind. Gegen ein Abstellen auf eine Förderung des verletzten Rechtsguts spricht, dass hierbei die Ausgleichsfunktion des Schadensersatzes unberücksichtigt bleibt und dieses Kriterium in den häufigen Fällen der Vorteilsentstehung ohne Zutun des Geschädigten bereits nicht anwendbar ist. Das Kriterium der Sorgeleichtigkeit wiederum würde ohne Stütze im Gesetz zu einem dem deutschen Schadensrecht fremden Abstellen auf die Motivlage des Schädigers führen. Auch die Kriterien der Rechtsprechung sind nicht überzeugend. Während ein Abstellen auf den Zweck der Haftungsnorm in Fällen, in denen ein spezifischer Zweck ersichtlich ist, noch in Betracht kommt, sind die übrigen Kriterien weitgehend konturlos und ermöglichen keine sichere Abgrenzung von anrechenbaren und nicht anrechenbaren Vorteilen.



Dieses weite Verständnis der Vorteilsausgleichung ist jedoch in solchen Konstellationen anzupassen, in denen sich dem Gesetz Wertungen entnehmen können, die eine abweichende Behandlung rechtfertigen. So lässt sich der Vorschrift des § 254 Abs. 2 BGB der Grundsatz einer Verpflichtung des Geschädigten zur Schadensminimierung entnehmen, sodass sich durch den Geschädigten mit zumutbarem Aufwand erzielte Vorteile schadensmindernd auswirken, während durch überobligatorische Anstrengungen erlangte Vorteile nicht angerechnet werden. Bei Leistungen Dritter folgt aus dem Grundsatz der Privatautonomie, dass diese selbst darüber disponieren können, wem ihre Leistung zugutekommen soll, sodass Leistungen mit dem Zweck der Besserstellung des Geschädigten nicht anzurechnen sind. Dies gilt auch für Vorteile in Gestalt vertraglich geschuldeter Leistungen Dritter, solange der Vertragsschluss keine zumutbare Schadensminderungshandlung des Geschädigten war. Schließlich ist der Anordnung einer Legalzession die gesetzgeberische Wertentscheidung zu entnehmen, dass der Zessionar einen werthaltigen Anspruch erhalten soll, sodass eine Leistung des Zessionars an den Zedenten keinen anspruchsmindernden Vorteil darstellt.

In Bezug auf die praktische Ausgestaltung einer Anrechnung lässt sich konstatieren, dass Vorteile Dritter nur in Ausnahmefällen, etwa bei engen Angehörigen des Geschädigten, anrechenbar sind. Darauf, ob Vorteilsentstehung oder Schadenseintritt zuerst erfolgte, kommt es grundsätzlich nicht an. Auch im Rahmen der Bemessung eines Schmerzensgeldanspruchs sind entstandene Vorteile anspruchsmindernd zu berücksichtigen, während eine Vorteilsausgleichung in Fällen abstrakter Schadensberechnung ausscheidet. Beweisbelastet dafür, dass und in welcher Höhe eine Vorteilsausgleichung stattfindet, ist der Schädiger, der sich darauf beruft. Der Ausgleich der erlangten Vorteile erfolgt von selbst, wobei bei gegenseitigen Geldansprüchen eine Verrechnung erfolgt und ansonsten der Schädiger nur Zug-um-Zug gegen Herausgabe des Vorteils zur Ersatzleistung verpflichtet ist.

#### 4. Die Vorteilsausgleichung im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG

Auch im Rahmen der Geschäftsführerinnenhaftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG ist eine Vorteilsausgleichung grundsätzlich geboten. Dogmatische Grundlage ist auch in diesem Kontext der Grundsatz des Bereicherungsverbots, während die Vermeidung eines sogenannten „*windfall profits*“ nicht als eigenständiger Begründungsansatz geeignet ist. Abzugrenzen ist die Rechtsfigur der Vorteilsausgleichung dabei von der abzulehnenden, auf Rechtfertigungs- beziehungsweise Verschuldensebene angesiedelten Figur der „*nützlichen Pflichtverletzung*“.

Die spezifische Zielsetzung des § 43 Abs. 2 GmbHG gebietet keine Änderung des zuvor entwickelten Verständnisses der Vorteilsausgleichung. Neben einer präventiven Verhaltenssteuerung ist die Norm, auch aufgrund der typischerweise geringeren Größe einer GmbH verglichen mit einer AG, auch auf eine Kompensation erlittener Schäden ausgerichtet. Ein Interessengegensatz zwischen Präventionswirkung und Vorteilsausgleichung, wonach eine restriktive Handhabung der Vorteilsausgleichung die präventive Wirkung der Haftung steigert, ist nicht anzunehmen, insbesondere da ein allgemeiner Erfahrungssatz, wonach eine höhere Sanktionsdrohung stets die Abschreckungswirkung steigert, nicht besteht. Zudem würde eine restriktive Handhabung der Vorteilsausgleichung potentiell entgegen den Interessen der Gesellschaft übertrieben risikoaverses Verhalten des Geschäftsführers befördern.

Weiter ist auch im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG daran festzuhalten, dass nur äquivalent kausal auf der schädigenden Handlung basierende Vorteile anrechnungsfähig sind. Soweit der 2. Zivilsenat des BGH demgegenüber in der „*Corealcredit*“-Entscheidung vertritt, dass bei mehrfachen, aber selbstständigen Pflichtverletzungen die Grundsätze der Vorteilsausgleichung entsprechend anzuwenden und daher Gewinne und Verluste aus derartigen Pflichtverletzungen zu verrechnen seien, überzeugt dies nicht. Insbesondere sprechen für ein solches Verständnis keine systematischen Gründe, zudem wäre die Versagung einer Vorteilsausgleichung weder widersprüchlich noch treuwidrig, während ihre Annahme im Widerspruch zur Rechtsprechung des 11.

Zivilsenats in Anlaghaftungsfällen stünde. Auch durch die vom 2. Zivilsenat angeführte Literatur erfolgt keine argumentative Begründung für eine Vorteilsausgleichung trotz fehlender äquivalenter Kausalität.

Vorteile der Gesellschafter sind im Rahmen einer Vorteilsausgleichung nicht mit Vorteilen der Gesellschaft gleichzusetzen. Zwar ist die Bindung der Gesellschafter untereinander enger als die zwischen Aktionären, dies genügt aber nicht für eine Gleichsetzung. Zudem hätte eine solche Gleichsetzung potentiell schwer lösbare Probleme im Rahmen des Innenausgleichs zwischen den Gesellschaftern untereinander sowie im Verhältnis zur Gesellschaft zur Folge.

Vorteile, die der Geschäftsführer unter Verwendung von Mitteln der Gesellschaft durch Kompensationshandlungen erzielt, sind im Rahmen der Vorteilsausgleichung nicht als durch den Geschädigten erzielte Vorteile zu behandeln, sondern sollten stets schadensmindernd angerechnet werden. Dies folgt aus der Doppelstellung des Geschäftsführers, der in solchen Konstellationen sowohl Schädiger ist als auch auf Seiten des Geschädigten agiert. Zudem ist dies geboten, da der Geschäftsführer ansonsten entgegen den Interessen der Gesellschaft keinen Anreiz zur Vornahme überobligatorischer Maßnahmen zur Schadenskompensation hätte.

Auch im Kontext der Geschäftsführerinnenhaftung sind ersparte Aufwendungen der Gesellschaft potentiell anrechenbare Vorteile. Gründe, diesbezüglich vom allgemeinen Verständnis der Vorteilsausgleichung abzuweichen, sind nicht ersichtlich. Die in der Literatur vereinzelt vorgebrachte Gegenauffassung begründet ihren Standpunkt demgegenüber nicht.

Die in der jüngeren Literatur häufig für eine Reduktion der Haftung des Geschäftsführers angeführte Gefahr einer existenzvernichtenden Haftung rechtfertigt keine großzügigere Anwendung der Vorteilsausgleichung. Dies gilt schon deswegen, weil das hier vertretene Verständnis der Vorteilsausgleichung deutlich weniger restriktiv als insbesondere das Verständnis in der Rechtsprechung ist und eine weitere Verringerung der Anforderungen bereits nicht sinnvoll möglich ist.

Sofern angenommen wird, dass die Gefahr einer existenzvernichtenden Haftung eine Lockerung des Haftungsregimes erforderlich macht, kann diese daher sinnvollerweise nicht mithilfe des Rechtsinstituts der Vorteilsausgleichung erfolgen.

Aufgrund der weitreichenden Einflussmöglichkeiten des Geschäftsführers ist der Schutz der innergesellschaftlichen Kompetenzordnung von großer Wichtigkeit. Dies wird dadurch gesteigert, dass das Gesetz der Gesellschafterversammlung der GmbH verglichen mit den Aktionären einer AG eine umfassende Steuerungskompetenz einräumt und ein Geschäftsführer nicht in eigener Verantwortung tätig wird. Verstöße gegen diese Kompetenzordnung müssen daher wirksam sanktioniert werden. Eine unmodifizierte Anwendung des zuvor entwickelten Verständnisses der Vorteilsausgleichung würde demgegenüber die Möglichkeit der wirksamen Sanktionierung durch Schadensersatzansprüche gefährden. Aus diesem Grund ist es erforderlich, abweichend vom allgemeinen Verständnis ausnahmsweise infolge schwerwiegender Kompetenzüberschreitungen erzielte Vorteile nicht schadensmindernd anzurechnen. Bei minder schweren Kompetenzverletzungen genügen zur Prävention demgegenüber die weiteren Sanktionsmöglichkeiten wie etwa eine Abberufung. Die Abgrenzung von schwerwiegenden und minder schweren Kompetenzüberschreitungen ist dabei nur im Einzelfall möglich.

Die Beweislast für die Voraussetzungen einer Vorteilsausgleichung ist bei einer Haftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG nicht anders verteilt als in jedem anderen Fall. Allgemeine Erfahrungssätze, die Vermutungen oder Anscheinsbeweise rechtfertigen würden, bestehen nicht. Zudem ist eine Verschiebung der Beweislast aufgrund der wenigen Tatbestandsvoraussetzungen im Rahmen des hier vertretenen Verständnisses der Vorteilsausgleichung nicht sinnvoll möglich.

## **5. Anwendung der Ergebnisse auf einzelne Haftungskonstellationen**

Geldbußen, die gegen eine Gesellschaft wegen Korruptions- oder Kartellverstößen verhängt werden, setzten sich regelmäßig aus einem Ab-

schöpfungsanteil, der den durch den Verstoß generierten Gewinn abschöpfen soll, und einem sanktionierend wirkenden Ahndungsanteil zusammen. Der Abschöpfungsanteil stellt bereits keinen Schaden der Gesellschaft dar, während der Geschäftsführer für den Ahndungsanteil regresspflichtig sein kann. Sollten nicht alle Gewinne der Gesellschaft abgeschöpft worden sein, so können sich diese als Vorteile anspruchsmindernd auswirken, wobei der Geschäftsführer den Beweis für einen den Abschöpfungsanteil übersteigenden Gewinn der Gesellschaft führen muss.

Auch in Fällen vorsätzlicher Rechtsverletzungen zum Zwecke der Gewinnerzielung sind die dadurch erzielten Gewinne potentiell anrechenbare Vorteile. Dabei ist jedoch besonderes Augenmerk darauf zu richten, ob erzielte Gewinne tatsächlich äquivalent kausal auf der schädigenden Handlung beruhen. Ein mögliches Beispiel für einen solchen Fall einer vorsätzlichen, auch vorteilsbringenden Rechtsgutsverletzung ist die sogenannte „*Abgasaffäre*“ an der insbesondere die Volkswagen AG beteiligt ist. Dieses Beispiel belegt jedoch deutlich die besondere Bedeutung der Beweislast, welche in der Praxis die Anwendung der Vorteilsausgleichung deutlich einzuschränken geeignet ist.

Im Falle einer Pflichtverletzung des Geschäftsführers durch pflichtwidriges Handeln kann eine Vorteilsausgleichung auch dann in Frage kommen, wenn die pflichtwidrig unterlassene Handlung mit Kosten verbunden gewesen wäre. Ein Beispiel dafür ist das pflichtwidrige Unterlassen des Aufbaus eines Compliance-Systems. Voraussetzung ist auch in diesen Fällen zwar die äquivalente Kausalität zwischen schädigender Handlung und ersparten Aufwendungen, gegenüber den anderen Beispielfällen dürfte dem Geschäftsführer die Beweisführung jedoch leichter fallen, da dieser regelmäßig nur beweisen muss, dass bei Vornahme der gebotenen Handlung Kosten für die Gesellschaft entstanden wären.

## II. Fazit

Das Thema der Geschäftsleiterhaftung und auch der Haftung von GmbH-Geschäftsführern ist in den letzten Jahren in der Praxis immer bedeutender geworden und es gibt gegenwärtig keine Hinweise darauf, dass diese Bedeutung in Zukunft wieder abnehmen wird.

Wie sich im Rahmen dieser Untersuchung gezeigt hat, besteht über die grundsätzlichen Voraussetzungen, unter denen ein Geschäftsführer haftet, in weiten Teilen Einigkeit. Für die Frage, wie aber mit den Fällen umzugehen ist, in denen durch eine schädigende Handlung zugleich auch Vorteile der Gesellschaft entstanden sind, gilt dies demgegenüber nicht. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dieser Problematik erfolgte bislang vielmehr kaum.

Zieht man ein Fazit aus den Ergebnissen dieser Untersuchung, so zeigt sich, dass die zahlreichen in Rechtsprechung und Literatur zur Abgrenzung von anrechenbaren und nichtanrechenbaren Vorteile verwandten Kriterien, insbesondere das der adäquaten Kausalität zwischen schädigendem Ereignis und Vorteil, nicht zu überzeugen vermögen. Eine grundsätzliche Entscheidung über die Anrechnungsfähigkeit eines Vorteils kann vielmehr gemäß dem hier entwickelten Verständnis auf der Basis seines äquivalent kausalen Beruhens auf der schädigenden Handlung erfolgen, wiederum beschränkt in den Fällen, in denen allgemeine gesetzliche Wertungen einer Anrechnung entgegenstehen.

Schlägt man den Bogen zurück zur in der Einleitung aufgeworfenen Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Vorteilsausgleichung im Rahmen der Geschäftsführerinnenhaftung stattfindet, so konnte diese dahingehend beantwortet werden, dass auch bei der Haftung des § 43 Abs. 2 GmbHG eine Vorteilsausgleichung nicht nur stattfindet, sondern dass auch in diesem Kontext das zuvor entwickelte Verständnis dieses Rechtsinstituts Geltung beanspruchen kann, ohne dass die besonderen Verhältnisse innerhalb der GmbH weitgehende Änderungen erforderlichen machen.

Mit Blick auf zukünftige Untersuchungen sind die hier gefundenen Ergebnisse dabei gerade im Hinblick auf die zahlreichen Sonderkonstellationen, die sich in der Praxis ergeben können, zwar nicht annähernd abschließend. Aufbauend auf den erlangten Erkenntnissen sollte es aber möglich sein, eine sachgerechte und dogmatisch hinreichend fundierte Entscheidung darüber zu treffen, ob im Einzelfall ein infolge einer schädigenden Handlung des Geschäftsführers erlangter Vorteil anzurechnen ist oder nicht.