

GmbH-Gesetz

Kommentar

Bearbeitet von

RiOLG a.D. Prof. Dr. Walter Bayer, RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff, Prof. Dr. Detlef
Kleindiek, RA Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter

19., neu bearbeitete Auflage 2016. Buch. 2000 S. Hardcover

ISBN 978 3 504 32489 6

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Gesellschaftsrecht > GmbH-Recht](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text "beck-shop.de" in a bold, red, sans-serif font. Above the "i" in "shop" are three red dots of increasing size. Below the main text, the words "DIE FACHBUCHHANDLUNG" are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Leseprobe zu



Lutter/Hommelhoff

GmbH-Gesetz

Kommentar

19. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 2016, rd. 2000 Seiten, gebunden, 14,5 x 21cm

ISBN 978-3-504-32489-6

129,00 €

„schrumpfen“ lassen, um die Erleichterungen insbesondere der §§ 266 Abs. 1 Satz 3, 274a, 326 HGB in Anspruch zu nehmen¹; ebenso werden strategische (Vorab-)Ausschüttungen² oder die zielgerichtete Nutzung von bilanzpolitischen Spielräumen erörtert. Bei einem Rechtsformwechsel in die *GmbH & Co KG* mögen die Befreiungsmöglichkeiten nach § 264b HGB (Vor § 41 Rn 9) erwogen werden³.

Zum Wegfall der Publizitätspflicht führt auch die Aufnahme einer einzelnen natürlichen Person als „Vollhafter“⁴. Allemal gefährlich ist aber die verbreitet erörterte Empfehlung, eine mittellose Person gezielt mit dieser Rolle zu betrauen oder den Vollhafter jeweils kurz vor dem Bilanzstichtag ein- und alsbald danach wieder aus der Gesellschaft austreten zu lassen⁵. Die Praxis muss sich der hohen Risiken bewusst bleiben, die mit derartigen Ratschlägen verbunden sind: Wo ein Engagement als Vollhafter durch Freistellungsansprüche gegenüber den (Mit-)Gesellschaftern erkaufte wird, ist der Freistellungsanspruch dem Gläubigerzugriff durch Pfändung ausgesetzt. Die jeweils nur kurzzeitige Hereinnahme einer natürlichen Person als Vollhafter verändert nicht das Gepräge der Kapitalgesellschaft & Co, an das die Publizitätspflicht anknüpft⁶. Und wo die Gesellschafter der Publizitätspflicht durch den gezielten Einsatz eines vermögenslosen „Strohmanns“ als weiterem Komplementär zu entgehen suchen, müssen sie einkalkulieren, dass die Rechtsprechung mit einer unbeschränkten persönlichen Haftung der Kommanditisten reagieren könnte⁷.

§ 43

Haftung der Geschäftsführer

(1) Die Geschäftsführer haben in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden.

1 Dazu etwa *Hafner/Spitz* DStR 2015, 2623 ff; *Schindhelm/Hellwege/Stein* StuB 2000, 72, 79 f.

2 *Sattler/Meeh* DStR 2007, 1595 und 1643.

3 Dazu LG Bonn ZIP 2010, 675; LG Bonn BB 2010, 1208; *Haller/Löffelmann/Schlechter* DB 2013, 1917; Nachweise auf das ältere Schrifttum 18. Aufl, Rn 47.

4 LG Bonn NZG 2010, 36; LG Osnabrück GmbHR 2005, 1618; *Giedinghagen* NZG 2007, 933.

5 *Winkeljohann/Schindhelm* KapCoRiLiG, S. 243 ff; ferner etwa *Bitter/Grashoff* DB 2000, 833, 838 f; *Herrmann* WPG 2001, 271 ff; *Schiedermaier/Maul* FS W. Müller, 2001, S. 503, 518 ff; eingehend auch *Waßmer* GmbHR 2002, 412 ff. „GmbH & Stroh KG“.

6 Im Ergebnis ebenso *Waßmer* GmbHR 2002, 412, 419 f.

7 S. zur Kritik gegenüber den hier nur grob skizzierten, mitunter geradezu skurril anmutenden Vermeidungsratschlägen der Beratungspraxis auch *Hommelhoff* FS W. Müller, 2001, S. 449, 459 f.

(2) Geschäftsführer, welche ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft solidarisch für den entstandenen Schaden.

(3) Insbesondere sind sie zum Ersatz verpflichtet, wenn den Bestimmungen des § 30 zuwider Zahlungen aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen der Gesellschaft gemacht oder den Bestimmungen des § 33 zuwider eigene Geschäftsanteile der Gesellschaft erworben worden sind. Auf den Ersatzanspruch finden die Bestimmungen in § 9b Abs. 1 entsprechende Anwendung. Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist, wird die Verpflichtung der Geschäftsführer dadurch nicht aufgehoben, dass dieselben in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschafter gehandelt haben.

(4) Die Ansprüche auf Grund der vorstehenden Bestimmungen verjähren in fünf Jahren.

Abs. 1, 2 und 4 seit 1892 unverändert; Abs. 3 Satz 2 geändert durch die Novelle 1980; amtliche Überschrift ergänzt durch MoMiG vom 23.10.2008 (BGBl I 2026).

| | | | |
|---|----|---|-----|
| 1. Allgemeines | 1 | 4. Besondere Haftungstatbestände bei Verstoß gegen §§ 30, 33 (§ 43 Abs. 3) | 56 |
| a) Regelungsgegenstand | 1 | 5. Einschränkungbarkeit der Geschäftsführerhaftung | 60 |
| b) Geltungsbereich; faktischer Geschäftsführer | 2 | a) Besondere Haftungstatbestände (§ 43 Abs. 3) | 61 |
| c) Konkurrenzen | 6 | b) Allgemeiner Haftungstatbestand (§ 43 Abs. 2) | 62 |
| d) Versicherbarkeit | 7 | 6. Verjährung (§ 43 Abs. 4) | 67 |
| e) Haftungsfreistellung | 9 | 7. Außenhaftung des Geschäftsführers auf vertraglicher Grundlage | 71 |
| 2. Pflichten und Sorgfaltsmaßstab (§ 43 Abs. 1) | 10 | a) Haftungsversprechen | 72 |
| a) Grundlagen | 10 | b) Verschulden bei Vertragsschluss | 73 |
| b) Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensleitung | 12 | c) Rechtsscheinhaftung | 78 |
| c) Ermessensspielraum des Geschäftsführers (Business Judgment Rule) | 23 | 8. Außenhaftung des Geschäftsführers auf deliktsrechtlicher Grundlage | 79 |
| d) Aufgabenteilung und Delegation | 29 | a) Grundtatbestände des Deliktsrechts | 79 |
| e) Risikoüberwachung | 31 | b) Geschäftsführer-Eigenhaftung aus Verkehrspflichtverletzung | 82 |
| f) Geschäftsführerpflichten in Krise und Insolvenz | 32 | c) Wettbewerbs- und Markenrecht | 90 |
| 3. Allgemeiner Haftungstatbestand (§ 43 Abs. 2) | 38 | 9. Geschäftsführerhaftung für nicht abgeführte Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung | 91 |
| a) Grundlagen | 38 | 10. Steuerrechtliche Haftung des Geschäftsführers | 111 |
| b) Freistellung bei Weisung und Billigung der Gesellschafter | 40 | | |
| c) Schaden der Gesellschaft | 45 | | |
| d) Haftungskonzentration über die Gesellschaft | 48 | | |
| e) Haftungsprozess; Darlegungs- und Beweislast | 52 | | |

| | | | |
|--|-----|---|-----|
| 11. Haftung der Gesellschafter wegen Einflussnahme auf die Geschäftsführer | 119 | 12. Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Geschäftsführers | 120 |
|--|-----|---|-----|

Literatur: *Bayer* Die Innenhaftung des GmbH-Geschäftsführers de lege lata und de lege ferenda, GmbHR 2014, 897; *Decker* Organhaftung und Expertenrat, GmbHR 2014, 72; *Kübler* (Hrsg) Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz, 2. Aufl 2015; *Lutter* Haftung und Haftungsfreiräume des GmbH-Geschäftsführers: 10 Gebote an den Geschäftsführer, GmbHR 2000, 301; *Porzelt* Die Außen- und Innenhaftung im Recht der GmbH, 2013; *Sandmann* Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten, 2001; *K. Schmidt/Uhlenbruck* (Hrsg) Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl 2015; *Uwe H. Schneider* Die Pflichten des Geschäftsführers in der Krise der GmbH, GmbHR 2010, 57; *Schürrnbrand* Organschaft im Recht der privaten Verbände, 2007. Praxisorientierte Einführungen in die Haftungsrisiken des Geschäftsführers bei *Krieger/Uwe H. Schneider* (Hrsg) Handbuch Managerhaftung, 2. Aufl 2010; Münchener Anwalts-handbuch/*Terlau/Hürten* GmbH-Recht, 3. Aufl 2014, § 10; *Tillmann/Mohr* GmbH-Geschäftsführer, 10. Aufl 2013, Rn 476 ff; *Ziemons* in *Oppenländer/Trölitzsch*, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 2. Aufl 2011, §§ 21–31.

1. Allgemeines

a) Regelungsgegenstand: Die Vorschrift regelt die **Organhaftung der Geschäftsführer** (einschließlich der stellvertretenden, § 44) **gegenüber der Gesellschaft**¹. § 43 Abs. 1 konkretisiert den (Pflichten- und) Sorgfaltsmaßstab, § 43 Abs. 2 ist Grundlage der Geschäftsführerhaftung für jeden Schaden, den sie durch Verletzung ihrer Pflichten der Gesellschaft schuldhaft zugefügt haben. Mehrere Geschäftsführer haften als Gesamtschuldner („solidarisch“), sofern ein jeder von ihnen pflichtwidrig und schuldhaft gehandelt hat. Zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen aktive oder ehemalige Geschäftsführer, wozu es in der werbend tätigen Gesellschaft (zur Insolvenz s. Rn 51) eines (während des Prozesses ggf nachholbaren²) Gesellschafterbeschlusses nach § 46 Nr. 8 bedarf³, s. § 46 Rn 35 ff. § 43 Abs. 3 enthält spezielle Haftungstatbestände bei Verstoß gegen die gläubigerschützenden Bestimmungen der §§ 30, 33 und beschränkt in diesen Fällen die Disponibilität der Haftung (dazu Rn 60 ff). § 43 Abs. 4 unterwirft die Geschäftsführerhaftung aus § 43 Abs. 2 und 3 einer fünfjährigen Verjährungsfrist. – Von der Organinnenhaftung nach Maßgabe dieser Vorschrift strikt zu trennen ist die Geschäftsführerhaftung gegen-

1 *Lutter* GmbHR 2000, 301, 302 spricht von der „Magna Charta der Innenhaftung des Geschäftsführers“.

2 BGH GmbHR 1999, 714, 715; BGH GmbHR 2008, 144, 145.

3 Zusammenfassend BGH GmbHR 2004, 1279, 1282; *Bayer* GmbHR 2014, 897, 901 f; *Lieder* NZG 2015, 569, 577 f. Zur Rechtslage in der GmbH mit Aufsichtsrat s. *Kleindiek* FS Graf von Westphalen, 2010, S. 387, 388 ff.

über Dritten; diese **Außenhaftung** bedarf einer eigenständigen Grundlage (näher Rn 71 ff, 79 ff).

- 2 **b) Geltungsbereich; faktischer Geschäftsführer:** Die Geschäftsführer unterliegen der Organhaftung mit der Annahme des Amtes, nicht erst mit der Eintragung ins Handelsregister¹. Die Haftung endet mit dem Abschluss der Tätigkeit als Geschäftsführer, geht also uU über die Beendigung des Anstellungsvertrages hinaus². Sie trifft die Geschäftsführer auch, wenn ihre Bestellung fehlerhaft war, sie aber gleichwohl als (förmlich, wenn auch wirkungslos bestellter) Geschäftsführer tätig geworden sind. Hierunter fallen auch solche Personen, deren wirksame Bestellung an einem der Hindernisse nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3 (s. dazu § 6 Rn 16 ff) scheitert (fehlerhaft bestellter Geschäftsführer). Allein die mangelnde Geschäftsfähigkeit des (unwirksam) Bestellten (§ 6 Abs. 2 Satz 1 und 2 Nr. 1) vermag dessen Haftung entgegen zu stehen³.
- 3 Ebenso ist als **faktischer Geschäftsführer** Pflichtenträger und Haftungsadressat nach Maßgabe des § 43, wer mit Wissen der Gesellschaft⁴ tatsächlich Geschäftsführungsaufgaben wahrnimmt, ohne formell zum Geschäftsführer bestellt worden zu sein⁵. Das gilt auch, wo der in diesem Sinne faktische Geschäftsführer (etwa weil er selbst einem Bestellungsverbot nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3 unterliegt) die Fäden im Hintergrund in der Hand hält, während der förmlich (und wirksam) bestellte, nicht selten geschäftsunerfahrene und vermögenslose Geschäftsführer (der auch selbst nach § 43 haftet⁶) als bloßer Strohhalm fungiert⁷. Eine entsprechende Abgrenzung liegt der Haftungsregelung in § 6 Abs. 5 zugrunde (s. näher § 6 Rn 47). Allerdings bedarf es konkretisierender Kriterien, die der Kompetenzordnung im GmbH-Recht Rechnung tragen: Der Allein- oder Mehrheitsgesellschafter, der auf die bestellten Geschäftsführer intensiv (Anweisungen) Einfluss nimmt, wird dadurch noch nicht zum Träger der Geschäftsführerpflichten: denn er überschreitet die ihm im Kompetenzgefüge der GmbH zugewiesene Rolle noch nicht⁸. Der BGH sieht es zwar nicht als erforderlich an, dass der Handelnde die gesetzliche Geschäftsführung völlig verdrängt.

1 BGH GmbHR 1986, 302.

2 BGHZ 47, 341, 343.

3 Zutreffend B/H/Zöllner/Noack Rn 2.

4 Ablehnend gegenüber dieser Voraussetzung MünchKomm/Fleischer Rn 234; Schürnbrand S. 306 f; differenzierend Strohn DB 2011, 158, 162 f.

5 Eingehend MünchKomm/Fleischer Rn 220 ff.

6 Zur Haftung des „Strohmann-Geschäftsführers“ etwa OLG Frankfurt GmbHR 2009, 317, 318.

7 S. für die steuerrechtliche Eigenhaftung BFH GmbHR 2004, 833; wie hier im Ergebnis auch Geißler GmbHR 2003, 1106, 1110, 1112; K. Schmidt GesR § 14 IV 4a; Scholz/Uwe H. Schneider Rn 22 aE; B/H/Zöllner/Noack Rn 3; Michalski/Haas/Ziemons Rn 30; aA U/H/L/Paefgen Rn 17.

8 MünchKomm/Fleischer Rn 227 und 240 f; Strohn DB 2011, 158, 161; eingehend Schürnbrand S. 315 ff.

Entscheidend sei aber, dass der Betreffende nach dem Gesamterscheinungsbild seines Auftretens die Geschicke der Gesellschaft maßgeblich in die Hand genommen habe; dazu reiche eine bloß interne Einwirkung auf die satzungsmäßigen Geschäftsführer nicht aus, sondern es müsse auch ein eigenes, nach außen hervortretendes Geschäftsführerhandeln gegeben sein, das die Tätigkeit des Geschäftsführungsorgans gerade nachhaltig präge¹.

Das **Erfordernis eines Handelns im Außenverhältnis** (im Schrifttum umstritten²) kann helfen, die nicht von § 43 erfasste Ausübung der Einflussmöglichkeiten eines (Allein-)Gesellschafters auszugrenzen³. Ein zwingendes Tatbestandsmerkmal faktischer Geschäftsführung liegt hierin aber nicht⁴. So ist aus der Praxis organisierter „Firmenbestattung“⁵ geläufig, dass der hinter einem Strohmann-Geschäftsführer agierende Drahtzieher für den Außenkontakt der Gesellschaft den Strohmann vorschiebt. Er versucht so, seine eigene Verantwortlichkeit zu verschleiern, hält tatsächlich aber alle organotypischen Fäden in der Hand. Der Hintermann ist deshalb (neben dem Strohmann) selbst Pflichtenträger und Haftungsadressat nach § 43.

Ebenso wenig wie eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte natürliche Person (§ 6 Abs. 2 Satz 1; s. Rn 2) kann eine **juristische Person** als faktischer Geschäftsführer Pflichtenträger und Haftungsadressat nach § 43 sein⁶, wohl aber ggf ihr Organvertreter (oder sonstiger Repräsentant)⁷. Im Übrigen sind die skizzierten Kriterien für den faktischen Geschäftsführer nicht deshalb restriktiv zu handhaben, weil der Betreffende die Geschäftsführungsaufgaben in der Absicht an

1 BGHZ 104, 44, 48 = GmbHR 1988, 299; BGHZ 150, 61, 69 f = GmbHR 2002, 549; BGH GmbHR 2005, 1126, 1127; BGH GmbHR 2005, 1187, 1188; BGH ZIP 2008, 364, 367; BGH ZIP 2008, 1026, 1027 = GmbHR 2008, 702; OLG Köln GmbHR 2012, 1358, 1359 ff; OLG München ZIP 2010, 2295, 2296; zustimmend zB Geißler GmbHR 2003, 1106, 1111 f; B/H/Zöllner/Noack Rn 3; U/H/L/Paefgen Rn 20 ff, je mwN; einschränkend Strohn DB 2011, 158, 161 f.

2 Kritisch etwa MünchKomm/Fleischer Rn 231 ff; Grigoleit Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH, 2006, S. 117; B/S/Klöhn Rn 12; Schürnbrand S. 307 ff; jedenfalls für den gebundenen Bereich der Geschäftsführung ablehnend auch Haas NZI 2006, 494, 497 ff.

3 S. etwa die Fallgestaltung BGH GmbHR 2005, 1126.

4 Zutreffend Fleischer AG 2004, 517, 525.

5 Dazu näher Seibert FS Röhrich, 2005, S. 585, 587, 590 ff; Kleindiek ZGR 2007, 276, 277 ff; Ehrlicke FS Hopt, 2010, S. 589 ff; Geißler GmbHR 2013, 1302, 1303 f; Werner NZWiSt 2013, 418 ff, je mwN; monographisch etwa Kilper Unternehmensabwicklung außerhalb des gesetzlichen Insolvenz- und Liquidationsverfahrens in der GmbH, 2009; Kuhn Die GmbH-Bestattung, 2011; Schmutz Die „bestattete“ GmbH im Insolvenzeröffnungsverfahren, 2010.

6 BGHZ 150, 61, 68 = GmbHR 2002, 549; B/S/Klöhn Rn 7; aA MünchKomm/Fleischer Rn 235 mwN.

7 Strohn DB 2011, 158, 163.

sich zieht, eine in die Krise geratene Gesellschaft zu sanieren¹; ein „Sanierungsprivileg“ ist für die faktische Geschäftsführung jedenfalls nicht anzuerkennen². – Zur Haftung faktischer Geschäftsführer nach § 64 sowie wegen Insolvenzverschleppung (§ 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a InsO) s. § 64 Rn 6 und 50 sowie Anh zu § 64 Rn 59 und 83; zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit s. § 84 Rn 6f.

- 6 c) **Konkurrenzen:** Außer nach § 43 haften die Geschäftsführer der Gesellschaft gegenüber ggf aus § 64, während §§ 9a, b, 57 Abs. 4 als *leges speciales* (arg § 9b Abs. 2) Vorrang haben³. Die Organhaftung aus § 43 nimmt als Spezialregelung die Haftung des Geschäftsführers aus seinem schuldrechtlichen Anstellungsvertrag oder Auftrag in sich auf⁴. Nach der Rspr bezieht die Organhaftung damit zugleich Verstöße des Geschäftsführers gegen sein Wettbewerbsverbot (Anh zu § 6 Rn 20) und Ansprüche der Gesellschaft aus angemaßter Eigengeschäftsführung des Geschäftsführers (§ 687 Abs. 2 BGB) mit ein, weil dieser auch insoweit vertrags- und organpflichtwidrig handele⁵. – Unberührt von der Organhaftung bleibt die deliktische Haftung des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft, etwa aus § 826 BGB⁶ oder iVm Schutzgesetz iSv § 823 Abs. 2 BGB⁷; s. auch Rn 68 zur Frage der Verjährung. Auch die Haftung eines Gesellschafter-Geschäftsführers aus dem Gesichtspunkt der Existenzvernichtung (§ 826 BGB; dazu § 13 Rn 25 ff), die nach den Grundsätzen der Teilnehmerhaftung (§ 830 BGB) selbst den Nur-Geschäftsführer treffen kann, tritt *neben* seine Verantwortlichkeit aus § 43 Abs. 2⁸. Zur Handelndenhaftung nach § 11 Abs. 2 s. § 11 Rn 28 ff. – Zur Schadensersatzhaftung der Geschäftsführer nach § 40 Abs. 3 wegen Verletzung ihrer Pflicht zur Einreichung der aktualisierten Gesellschafterliste (Haftung gegenüber Gesellschaftsgläubigern und denjenigen, deren Beteiligung sich geändert hat) s. § 40 Rn 3, 80 mwN.
- 7 d) **Versicherbarkeit:** Den Risiken aus pflichtwidrigem Geschäftsführerhandeln lässt sich durch eine sog **D&O-Versicherung** (Directors and Officers Liability Insurance) begegnen, die von der Gesellschaft abgeschlossen wird und als Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Organmitglieder Ansprüche der Gesellschaft oder Dritter gegen die Geschäftsführer (einschließlich der Rechts-

1 AA OLG München ZIP 2010, 2295, 2297f = GmbHR 2011, 28.

2 *Fleischer/Schmolke* WM 2011, 1009, 1013 ff; s. auch *Strohn* DB 2011, 158, 163 f.

3 OLG Celle NZG 2000, 1178; OLG Rostock BB 1995, 1920, 1921 = GmbHR 1995, 658.

4 BGH ZIP 1989, 1390, 1392 = GmbHR 1989, 365; BGH GmbHR 1997, 163, 164; BGH GmbHR 2008, 144, 145; *B/H/Zöllner/Noack* Rn 4; *Schürnbrand* S. 346 ff; aA *Fleck* ZIP 1991, 1269, 1270; *K. Schmidt* FS Georgiades, 2006, S. 689, 698 ff; *Scholz/Uwe H. Schneider* Rn 18; Anspruchskonkurrenz; dagegen *Jacoby* Das private Amt, 2007, S. 545.

5 BGH ZIP 1989, 1390, 1393 = GmbHR 1989, 365; dagegen *Fleck* ZIP 1991, 1269, 1272 f; *B/Klöhn* Rn 6.

6 BGH ZIP 1989, 1390, 1394, 1397 = GmbHR 1989, 365; BGH GmbHR 1992, 303.

7 BGH GmbHR 2005, 544, 545.

8 BGH GmbHR 2007, 927, 933.

schutzkosten) abdeckt¹. Bedingungen der am Markt angebotenen Versicherungen sind nach wie vor nicht einheitlich; genauer Vergleich vor dem Hintergrund der unternehmensspezifischen Risikostrukturen ist deshalb notwendig². Der Versicherungsfall wird an die Anspruchserhebung geknüpft (Anspruchserhebungsprinzip/Claims-made-Prinzip)³; konkrete Ausgestaltung nach Maßgabe der jeweiligen Vertragsbedingungen⁴ (etwa: Voraussetzung einer Einbeziehung von schadenstiftenden Pflichtverletzungen aus der Zeit vor Vertragsbeginn; Vereinbarung von Nachmeldefristen bei Pflichtverletzungen während der Vertragslaufzeit, aus denen Ansprüche aber erst nach Vertragsbeendigung geltend gemacht werden). Die Bedingungen enthalten regelmäßig erhebliche Einschränkungen zum Leistungsumfang⁵: Sie sehen Ausschluss des Versicherungsschutzes nicht nur bei vorsätzlicher Schadensverursachung (vgl. § 103 VVG), sondern häufig auch bei vorsätzlichen bzw. wissentlichen Pflichtverletzungen vor, decken nur reine Vermögensschäden im Rahmen typischer Organtätigkeiten und nehmen bei Gesellschafter-Geschäftsführer mit nicht lediglich unwesentlicher Beteiligung häufig den der Beteiligungsquote entsprechenden Haftungsanteil von der Versicherung aus; zudem sehen die Vertragsbedingungen unterschiedliche Instrumente zur Missbrauchsabwehr durch kollusives Zusammenwirken zwischen Gesellschaft (Versicherungsnehmerin) und Geschäftsführer (versicherte Person) zum Nachteil des Versicherers vor⁶. Wegen des Trennungsprinzips in der Haftpflichtversicherung (Fragen der Haftpflicht und der Deckung sind in getrennten Prozessen zu klären) und des Wahlrechts des Versicherers, Versicherungsschutz durch Unterstützung der versicherten Person bei der Abwehr als unberechtigt angesehener Ansprüche oder durch Befriedigung berechtigter Ansprüche zu gewähren, hat die Gesellschaft in den Fällen der Innenhaftung vor Abschluss des Haftpflichtprozesses gegen den Geschäftsführer – vorbehaltlich abweichender Vereinbarung im Versicherungsvertrag – keinen unmittelbaren Direktanspruch gegen den Versicherer⁷. Der Geschäftsführer kann jedoch seinen Freistellungs-

1 Weiterführend – mit Nachweisen auf das Spezialschrifttum – *Sieg* in Hdb Managerhaftung, § 15; MünchKomm/Fleischer Rn 374 ff; monographisch *Lange* D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2014; *Thomas* Die Haftungsfreistellung von Organmitgliedern, 2010. Zu den steuerrechtlichen Implikationen *Küppers/Dettmeier/Koch* DStR 2002, 199 ff; *Schüppen/Sanna* ZIP 2002, 550 ff; *Notthoff* NJW 2003, 1350, 1354 f; *Thomas* Haftungsfreistellung, S. 517 ff.

2 Instruktiv *Seibt/Saame* AG 2006, 901, 903 ff; *Thomas* Haftungsfreistellung, S. 346 ff.

3 Dazu etwa *Heße* NZI 2009, 790; *Lange* D&O-Versicherung und Managerhaftung, § 9 Rn 9 ff, § 10 Rn 2 ff; *Thomas* Haftungsfreistellung, S. 374 ff.

4 S. exemplarisch OLG München NZG 2009, 714.

5 Dazu etwa *Koch* GmbH 2004, 18 ff, 160 ff, 288 ff; *Lange* D&O-Versicherung und Managerhaftung, §§ 11, 15, 16; *Seibt/Saame* AG 2006, 901, 907 ff; *Thomas* Haftungsfreistellung, S. 356 ff.

6 Näher *Graf von Westphalen* VersR 2006, 17 ff.

7 OLG München AG 2005, 817; dazu *Dreher* DB 2005, 1669; *Seibt/Saame* AG 2006, 901, 907; *Thomas* Haftungsfreistellung, S. 443 ff.

anspruch gegen den Versicherer (vgl. § 106 Abs. 1 Satz 1 VVG) an die Gesellschaft abtreten, soweit die Abtretung nicht wirksam (§ 108 Abs. 2 VVG: Verbot der Abtretung an einen Dritten¹ bedarf Individualabrede) ausgeschlossen worden ist; weil sich Schadensersatzanspruch gegen den Geschäftsführer und Freistellungsanspruch gegen den Versicherer in der Folge in einer Hand vereinigen, hat die Gesellschaft einen Zahlungsanspruch gegen den Versicherer².

- 8 Der Abschluss von D&O-Versicherungen ist gesellschaftsrechtlich unbedenklich, da sie zugleich im Interesse der Gesellschaft und ihrer Gläubiger liegen; nachhaltige Schwächung der verhaltenssteuernden Wirkung der Geschäftsführerhaftung ist mit ihnen angesichts der typischen Einschränkungen des Versicherungsschutzes nicht verbunden, auch nicht bei Ausschluss eines Selbstbehalts der Geschäftsführer³; der gesetzliche Mindestselbstbehalt nach § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG idF des VorstAG gilt nur in der Aktiengesellschaft, nicht aber (auch nicht analog) in der GmbH. Im Innenverhältnis der Gesellschaft bedarf der Abschluss einer D&O-Versicherung des Gesellschafterentscheids (arg. § 46 Nr. 5 und 8), dessen Fehlen die Wirksamkeit des von den Geschäftsführern vereinbarten Versicherungsvertrages aber unberührt lässt⁴. Eine allgemeine Rechtspflicht der Gesellschaft zum Abschluss einer D&O-Versicherung besteht nicht; ebenso wenig besteht (vorbehaltlich einer entsprechenden Klausel im Anstellungsvertrag) ein Anspruch des Geschäftsführers zum Abschluss der Versicherung durch die Gesellschaft⁵.
- 9 **e) Haftungsfreistellung:** Aus vertraglicher Vereinbarung mit einem Dritten, insbesondere einem herrschenden Gesellschafter, kann sich ein Anspruch des Geschäftsführers auf Freistellung von der Organinnenhaftung ergeben⁶. Der von einem Dritten in Anspruch genommene Geschäftsführer (Außenhaftung) kann nach den Grundsätzen des Auftragsrechts (§§ 670, 675 BGB) einen Anspruch auf Haftungsfreistellung gegen die Gesellschaft haben, wenn sein haftungs-

1 Zur weiten Auslegung des Begriffs des „Dritten“ s. BGH ZIP 2016, 976 Rn 19 f.

2 Dazu etwa BGH ZIP 2016, 976 Rn 22 und Böttcher NZG 2008, 645 ff.; Dreher/Thomas ZGR 2009, 31, 40 ff.; Lange D&O-Versicherung und Managerhaftung, § 21; Thomas Haftungsfreistellung, S. 449 ff.

3 Zum Selbstbehalt näher Lange D&O-Versicherung und Managerhaftung, § 16; Thomas Haftungsfreistellung, S. 213 ff.

4 Henssler in Henze/Hoffmann-Becking (Hrsg.), Gesellschaftsrecht 2001, S. 131, 155; Lohr NZG 2000, 1204, 1212; U/H/L/Paefgen Rn 425; Scholz/Uwe H. Schneider Rn 438; B/H/Zöllner/Noack Rn 112; aA Möhrle Gesellschaftsrechtliche Probleme der D&O-Versicherung, 2007, S. 210 ff.; Thomas Haftungsfreistellung, S. 315 f., die Zuständigkeit der Geschäftsführer annehmen.

5 Näher dazu MünchKomm/Fleischer Rn 379 ff.; Thomas Haftungsfreistellung, S. 258 ff., je mwN.

6 Zu den Wirksamkeitsgrenzen solcher Vereinbarungen s. Westermann FS Beusch, 1993, S. 871; Habersack FS Ulmer, 2003, S. 151; Thomas Haftungsfreistellung, S. 75 ff.

begründendes Verhalten im Gesellschaftsinteresse lag¹. Zur Einschränkung der Organhaftung gegenüber der Gesellschaft Rn 60 ff.

2. Pflichten und Sorgfaltsmaßstab (§ 43 Abs. 1)

a) Grundlagen: § 43 Abs. 1 unterwirft den Geschäftsführer der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes, zu verstehen als die Sorgfalt eines selbständigen, treuhänderischen Verwalters fremder Vermögensinteressen² in verantwortlich leitender Position³. Dabei können Art und Größe des Unternehmens für diesen Maßstab von Bedeutung sein. Persönliche Eigenschaften des Geschäftsführers (Alter, mangelnde geschäftliche Erfahrung etc) sind indes ohne Belang; der Geschäftsführer kann sich nicht darauf berufen, seiner Aufgabe nicht gewachsen gewesen zu sein⁴; verfügt der Geschäftsführer aber über besondere individuelle Fähigkeiten, bestimmen diese den für ihn geltenden Sorgfaltsmaßstab mit⁵.

§ 43 Abs. 1 umschreibt einen **Verschuldensmaßstab**, liefert aber zugleich den **Maßstab für die Konkretisierung der** dem Geschäftsführer obliegenden **Organpflichten**, soweit sie nicht schon gesetzlich ausformuliert sind (zu den gesetzlich zugewiesenen Einzelaufgaben s. die Beispiele § 37 Rn 5). Denn die Verhaltenspflichten gegenüber der Gesellschaft (§ 43 Abs. 2 spricht von „Obliegenheiten“) lassen sich nur vor dem Hintergrund des in § 43 Abs. 1 umschriebenen Sorgfaltsmaßstabs eingrenzen⁶. Auch wenn man § 43 Abs. 1 nicht schon unmittelbar die Funktion einer Pflichtenquelle zubilligen mag⁷, wird in der Systematik des Gesetzes die Pflicht des Geschäftsführers zur ordnungsgemäßen (dem Standard der „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“ entsprechenden) Unternehmensleitung doch vorausgesetzt.

b) Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensleitung ist dem Ziel der bestmöglichen Förderung des Gesellschaftszwecks gewidmet, und zwar in allen zen-

1 Näher *Bastuck* Enthaftung des Managements, 1986, S. 108 ff; *Marsch-Barner* in *Hdb Managerhaftung*, § 17 Rn 6 ff; *Thomas* Haftungsfreistellung, S. 239 ff; zu Regressansprüchen gegen die Gesellschafter s. *Hommelhoff/Schwab* FS Kraft, 1998, S. 263.

2 Zur Treuhänderstellung des Geschäftsführers *Grundmann* Der Treuhandvertrag, 1997, S. 421 ff.

3 OLG Brandenburg NZG 2001, 756; OLG Celle NZG 2000, 1178, 1179; OLG Koblenz GmbHR 1991, 416, 417; OLG Oldenburg GmbHR 2006, 1263, 1264; OLG Zweibrücken NZG 1999, 506 f.

4 BGH WM 1971, 1548; BGH GmbHR 1983, 300; OLG Schleswig GmbHR 2010, 864, 867; *Sandmann* S. 326 f; *U/H/L/Paefgen* Rn 38; *MünchKomm/Fleischer* Rn 255.

5 *Bayer* GmbHR 2014, 897, 898; *Scholz/Uwe H. Schneider* Rn 232; *B/H/Zöllner/Noack* Rn 11.

6 Zutreffend *B/H/Zöllner/Noack* Rn 18.

7 So aber etwa *U/H/L/Paefgen* Rn 3 und 166; dagegen *B/H/Zöllner/Noack* Rn 8; *R/S-L/Koppensteiner/Gruber* Rn 8.

tralen unternehmerischen Funktionsbereichen¹ und unter Einhaltung des durch Gesetz, Satzung und ggf Anstellungsvertrag gesteckten Rahmens². Zur Erfüllung der **Legalitätspflicht**³ hat der Geschäftsführer nicht nur die an ihn *persönlich* adressierten gesetzlichen Verhaltensanforderungen zu befolgen, etwa zur Kapitalbindung (vgl § 43 Abs. 3) oder zur Insolvenzantragspflicht (§ 15a Abs. 1 InsO). Er hat kraft seiner Organfunktion auch für die Erfüllung von *Pflichten der Gesellschaft* zu sorgen, welche dieser etwa im einschlägigen Verbandsrecht, im Bürgerlichen Recht (rechtsgeschäftliche Pflichten sowie Verkehrspflichten), im Wirtschaftsrecht (zB Kartellrecht⁴) oder auf (sonstiger) öffentlich-rechtlicher Grundlage⁵ auferlegt sind. Das schließt die Verpflichtung ein, durch geeignete organisatorische Vorkehrungen auch ein rechtskonformes Verhalten nachgeordneter Unternehmensmitarbeiter zu gewährleisten (dazu Rn 30). Die Legalitätspflicht hat der Geschäftsführer der Gesellschaft gegenüber, so dass diese ihn nach § 43 Abs. 2 in Regress nehmen kann, wenn sie von Dritten wegen Pflichtverletzung in Anspruch genommen wird oder ihr ein sonstiger Schaden aus der Pflichtwidrigkeit des Geschäftsführers entsteht⁶; s. auch Rn 46. Den Geschäftsführerpflichten gegenüber der Gesellschaft treten aber keineswegs notwendig und automatisch entsprechende Verhaltenspflichten (zB Verkehrspflichten oder Garantenpflichten) des Geschäftsführers gegenüber (geschädigten) Dritten an die Seite, die zur Außenhaftung des Geschäftsführers führen; näher dazu Rn 48, 71 ff, 79 ff.

- 13 Bei **zweifelhafter Rechtslage** hat der Geschäftsführer, dessen eigene Sachkunde zur Klärung nicht ausreicht, **fachkundigen Rat** Dritter einzuholen und sodann eine abgewogene Entscheidung zu treffen⁷. Welche Anforderungen an die Einholung solchen Rats zu stellen sind, um dem Risiko (schuldhaft) pflichtwidrigen Handelns zu begegnen, ist Gegenstand jüngerer **BGH-Entscheidungen**. So hatte

1 S. die Unterscheidung bei MünchKomm/Fleischer Rn 56 ff: Planungs- und Steuerungsverantwortung, Organisationsverantwortung, Finanzverantwortung und Informationsverantwortung. Speziell zu den Anforderungen für ein „Informationsmanagement“ im Unternehmen Rodewald GmbHR 2014, 639.

2 Systematisierungsversuch bei Lutter GmbHR 2000, 301 ff: „10 Gebote an den Geschäftsführer“; s. ferner die „12 goldenen Regeln“ bei Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider GmbHR 2005, 1229 ff.

3 MünchKomm/Fleischer Rn 21 ff; U/H/L/Paefgen Rn 49 ff.

4 Vgl LAG Düsseldorf GmbHR 2015, 480, 481; zum – dort allerdings abgelehnten – Innenregress wegen Unternehmenskartellbußen s. Rn 46.

5 Zu den öffentlich-rechtlichen Organisationspflichten umfassend Spindler Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 15 ff; zur verbleibenden Verantwortlichkeit von Gesellschaft und Geschäftsführung bei Aufgabendelegation s. Uwe H. Schneider/Brouwer FS Priester, 2007, S. 713.

6 Fleischer ZIP 2005, 141, 144; R/S-L/Koppensteiner/Gruber Rn 10; U/H/L/Paefgen Rn 65; B/H/Zöllner/Noack Rn 17.

7 MünchKomm/Fleischer Rn 36 ff; U/H/L/Paefgen Rn 68; Scholz/Uwe H. Schneider Rn 79.

der II. Zivilsenat schon im Jahre 2007 geurteilt, ein organschaftlicher Vertreter verletzte seine Insolvenzantragspflicht jedenfalls dann nicht schuldhaft, wenn er bei fehlender eigener Sachkunde zur Klärung des Bestehens der Insolvenzreife der Gesellschaft den Rat eines unabhängigen, fachlich qualifizierten Berufsträgers einhole, diesen über sämtliche für die Beurteilung erhebliche Umstände ordnungsgemäß informiere und nach eigener Plausibilitätskontrolle der ihm daraufhin erteilten Antwort dem Rat folge und von der Stellung eines Insolvenzantrags absehe¹. Daran anknüpfend hat der Senat im Jahre 2011 die Anforderungen umschrieben, denen der Vorstand einer AG bei Prüfung einer Rechtsfrage (in casu: Kapitalerhöhung unter Einbringung eigener Aktien der Gesellschaft) unterworfen ist²: Um den strengen Anforderungen an die Prüfung der Rechtslage und die Beachtung von Gesetz und Rechtsprechung zu genügen, reiche eine schlichte Anfrage bei einer vom Vertretungsorgan für fachkundig gehaltenen Person durch die Gesellschaft nicht aus. Erforderlich sei vielmehr, dass sich das Vertretungsorgan, das selbst nicht über die erforderliche Sachkunde verfüge, unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft sowie Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einem unabhängigen, für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten Berufsträger beraten lasse und die erteilte Rechtsauskunft einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterziehe³. Die entsprechende Darlegungs- und Beweislast trägt im Haftungsprozess das in Anspruch genommene Organmitglied⁴. Sind die skizzierten Anforderungen an die Einholung fachkundigen Rats erfüllt, fehlt es schon an der Pflichtwidrigkeit des Geschäftsführerhandelns, nicht erst am Verschulden⁵.

Jene Anforderungen an die Entlastung von Organpersonen dürfen rechtsformübergreifend Geltung beanspruchen. Aus ihnen ist aber nicht abzuleiten, dass zwingend *externer* Rat eingeholt werden müsste. **Unabhängigkeit des Beraters** ist vielmehr im Sinne „innerer Unabhängigkeit“ und „Unvoreingenommenheit“ zu verstehen: es muss ergebnisoffen beraten werden⁶. Übereinstimmend hat im Jahre 2015 der II. Zivilsenat des BGH klargestellt, dass der Berater nicht persönlich unabhängig sein müsse; er müsse seinen Rat vielmehr sachlich unabhängig, dh unbeeinflusst von unmittelbaren oder mittelbaren Vorgaben hinsichtlich des

1 BGH GmbHR 2007, 757; bestätigend BGH GmbHR 2012, 746 Rn 16 f mit der Klarstellung, dass die zur Prüfung des Insolvenzeintritts fachlich qualifizierte Person nicht notwendig ein Wirtschaftsprüfer oder Rechtsanwalt sein müsse; s. ferner OLG Stuttgart ZIP 2009, 2386 zu den Anforderungen an die Auswahlentscheidung über den Berater.

2 BGH AG 2011, 876 – Ison; aus der umfangreichen Diskussion im Anschluss an diese Entscheidung s. stellvertretend Decker GmbHR 2014, 72 ff; Sander/S. Schneider ZGR 2013, 725 ff.

3 Bestätigend BGH ZIP 2015, 1220 Rn 28.

4 BGH ZIP 2015, 1220 Rn 35.

5 MünchKomm/Fleischer Rn 42f; Sander/S. Schneider ZGR 2013, 725, 731, 738 ff.

6 So zutreffend auch schon Strohn ZHR 176 (2012), 137, 141.

Ergebnisses erteilt haben¹. Unter dieser Voraussetzung darf die Expertise der fachlich qualifizierten (Konzern-)Rechtsabteilung ebenso herangezogen werden wie die (entsprechend qualifizierter) externer Berater. Das Gebot unabhängiger Beratung ist im Übrigen gewiss noch nicht als verletzt anzusehen, wenn aufkommende Zweifel an der Belastbarkeit eines Vertrags- oder Konzeptentwurfs mit dem Entwurfsverfasser erörtert und im Zuge von überarbeiteten Entwürfen behoben werden. Demgegenüber ist die Schlussfolgerung, schon bei einem irgendwie gearteten Anlass zum Misstrauen gegenüber dem Entwurf eines externen Anwalts müsse der Geschäftsleiter – wenn er die Überprüfung nicht selbst vornehmen könne – einen anderen Berater (und ggf einen Dritten) beauftragen², aus den aktuell publizierten BGH-Entscheidungen nicht ableitbar.

Zweifelhaft ist im Übrigen die vom BGH verlangte **„sorgfältige Plausibilitätskontrolle“**³. Hieraus war gefolgert worden, der Geschäftsleiter müsse etwa ein Gutachten gründlich lesen und dabei überlegen, ob er die Darlegungen verstehe und sie ihm einleuchten würden; ihm sei zudem zu empfehlen, die Art seiner Plausibilitätskontrolle und deren Ergebnis zu dokumentieren⁴. Freilich wird ein Geschäftsleiter, sofern er im konkreten Zusammenhang nicht selbst fachlich qualifiziert ist, kaum zu einer Kontrolle in der Lage sein, die über äußere Merkmale (etwa: fehlende oder unzureichende Wiedergabe der zugrundeliegenden Tatsachen; erkennbar einseitige und oberflächliche Bearbeitung der Fragestellung) hinausreicht. Bei dem Kriterium der Plausibilitätskontrolle wird es deshalb va um die Ausgrenzung von „Gefälligkeitsgutachten“⁵ (Gutachten mit bloßer „Feigenblattfunktion“⁶) gehen, die zweifellos nicht entlasten. Tendenziell gleichsinnig hat auch der BGH mittlerweile klargestellt, dass die gebotene Plausibilitätsprüfung (der erteilten Auskunft) allein zum Gegenstand habe, ob dem Berater alle erforderlichen Informationen zur Verfügung gestanden hätten, er diese verarbeitet und dabei alle sich einem Rechtsunkundigen aufdrängenden Fragen beantwortet habe⁷. – Ein aus der normativen Sicht eines „ordentlichen Geschäftsleiters“ (s. § 43 Abs. 1) objektiv plausibler Rat sollte freilich auch dann haftungsentlastend wirken, wenn der Geschäftsführer im späteren Haftungsprozess nicht durch entsprechende Dokumentation belegen kann, auf welche Art und mit welchem Ergebnis er die Beratung seinerzeit einer „sorgfältigen Plausibilitätskontrolle“ unterzogen hatte; s. zum (zulässigen) Einwand pflichtgemäßen Alternativverhaltens Rn 52 aE.

1 BGH ZIP 2015, 1220 Rn 36.

2 So *Strohn* ZHR 176 (2012), 137, 140; dagegen auch *Kiefner/Krämer* AG 2012, 498, 499 f.; *Krieger* ZGR 2012, 496, 500 f.

3 Dazu etwa *Fleischer* FS Hüffer, 2010, S. 187, 194 ff; *Merkt/Mylich* NZG 2012, 525, 529; *Sander/S. Schneider* ZGR 2013, 725, 752 ff.

4 *Strohn* ZHR 176 (2012), 137, 142.

5 Vgl BGH GmbHR 2007, 757 Rn 17.

6 *Fleischer* FS Hüffer, 2010, S. 187, 194.

7 BGH ZIP 2015, 1220 Rn 33.

Verstöße gegen die Legalitätspflicht kann ein Geschäftsführer nicht mit dem Vorbringen rechtfertigen, sie lägen (objektiv oder subjektiv) im Interesse der Gesellschaft („**nützliche Pflichtverletzungen**“)¹; denn das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaßstab ist im Rahmen der zwingenden Gesetzesvorgaben zu definieren². Pflichtwidrig sind heute deshalb auch sog. „nützliche Aufwendungen“³ in Form von Schmiergeldzahlungen an in- wie ausländische Amtsträger oder Private⁴; vgl. im Einzelnen §§ 299, 333, 334, 335, 335a StGB iVm Art. 2 Int-BestG⁵. Spielraum für eine Abwägung mit dem Gesellschaftsinteresse verbleibt dem Geschäftsführer aber für die Nichteinhaltung von privatrechtlichen Pflichten der Gesellschaft; vertraglich begründete Verpflichtungen und privatrechtliche Pflichten aus gesetzlichen Schuldverhältnissen nehmen am unbedingten Vorrang der Legalitätspflicht nicht teil⁶. Ein Geschäftsführer, der durch Vertragsbruch eine Schadensersatzpflicht der Gesellschaft veranlasst, handelt deshalb noch nicht per se pflichtwidrig.

Die Legalitätspflicht schließt die **Bindung an die innerverbandliche Kompetenzordnung** ein⁷ und verpflichtet in diesem Sinne insbesondere zur Einhaltung der Satzungsvorgaben über den Unternehmensgegenstand⁸, zur Beachtung von Zuständigkeitsvorbehalten zugunsten von Gesellschaftern⁹ oder eines ggf

1 *Fleischer* ZIP 2005, 141, 145; MünchKomm/*Fleischer* Rn 43 ff; *Fleischer* in Hdb Vorstandsrecht, § 7 Rn 22 ff; *Lutter* ZIP 2007, 841, 843 f; *U/H/L/Paefgen* Rn 66; *Michalski/Haas/Ziemons* Rn 50 ff; s. aus aktienrechtlicher Perspektive auch *Thole* ZHR 173 (2009), 504, 512 ff.

2 Ebenso *Fleischer* GmbHR 2010, 1307, 1311; *Fleischer* ZIP 2005, 141, 148: Einhaltung der Gesetzesbestimmungen ist dem Gesellschaftsinteresse vorgeordnet.

3 Dazu *Riegger/Götze* in Hdb Managerhaftung, § 26 Rn 36 ff.

4 *Fleischer* ZIP 2005, 141, 145; MünchKomm/*Fleischer* Rn 33 f; *U/H/L/Paefgen* Rn 66; *Scholz/Uwe H. Schneider* Rn 76. – Die ältere Entscheidung BGHZ 94, 268, 271 f ist angesichts der zwischenzeitlichen Gesetzgebungsinitiativen zur Bestechungsbekämpfung im internationalen Geschäftsverkehr (s. *Riegger/Götze* in Hdb Managerhaftung, § 26 Rn 40) überholt.

5 Zu den aktuellen Änderungen im Zuge des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption vom 20.11.2015 (BGBl I 2025) s. etwa *Grützner* ZIP 2016, 253; *F. Walther* DB 2016, 95.

6 Im Ansatz gleichsinnig *Fleischer* ZIP 2005, 141, 144, 150; MünchKomm/*Fleischer* Rn 40; *S/I/Lücke/Simon* Rn 22; *Lutter* ZIP 2007, 841, 843; *Michalski/Haas/Ziemons* Rn 51; *Uwe H. Schneider* FS Hüffer, 2010, S. 905, 910 ff; *Thole* ZHR 173 (2009), 504, 518 f; vgl. aber auch *U/H/L/Paefgen* Rn 67; *Scholz/Uwe H. Schneider* Rn 79a; *B/H/Zöllner/Noack* Rn 23a/b, die (mit unterschiedlicher Abgrenzung) auch bestimmte zivilrechtliche oder öffentlich-rechtliche Pflichten in diesen Ausschluss einbeziehen wollen. Gegen eine Einschränkung der Verantwortlichkeit bei Vertragsverletzungen zudem *Wiedemann* ZGR 2011, 183, 199.

7 MünchKomm/*Fleischer* Rn 26 f; *U/H/L/Paefgen* Rn 53.

8 BGHZ 119, 305, 332; BGH AG 2013, 259 Rn 14.

9 KG GmbHR 2005, 477, 478; KG GmbHR 2011, 477, 483; OLG Naumburg GmbHR 2014, 985, 987.

bestehenden Aufsichtsrats¹ oder Beirats² sowie des Weisungsrechts der Gesellschaft (zu Einzelheiten § 37 Rn 17 ff). Kompetenzwidriges Geschäftsführerhandeln ist stets pflichtwidrig³; ein daraus resultierender Schaden der Gesellschaft ist nach § 43 Abs. 2 zu ersetzen (s. Rn 45 f sowie – zum Einwand pflichtgemäßen Alternativverhaltens – Rn 53).

- 17 Innerhalb der Gesellschaft muss jeder Geschäftsführer mit den anderen Geschäftsführern sowie mit den anderen Gesellschaftsorganen (Aufsichtsrat, Beirat etc) und mit allen Gesellschaftern *loyal zusammenarbeiten*⁴. Auch dabei sind die Bindungen an Gesetz und Satzung zu beachten. Verstößt die mehrheitlich getroffene Entscheidung eines Geschäftsführerkollegiums gegen diese Bindungen, kann ein einzelner Geschäftsführer dem Vorwurf eigener Pflichtwidrigkeit noch nicht mit dem Hinweis begegnen, er habe gegen die Maßnahme gestimmt oder sich der Stimme enthalten⁵. Er hat vielmehr ggf die Verpflichtung, gegen geplante Maßnahmen oder Entscheidungen anderer zu remonstrieren, uU auch durch Einschaltung der Gesellschafter (§ 37 Rn 30). Umgekehrt handelt der Geschäftsführer pflichtwidrig, wenn er den Mitgeschäftsführern – bzw den Gesellschaftern – wichtige Informationen vorenthält. Zur Aufgabenteilung unter mehreren Geschäftsführern (Ressortbildung) und zur Delegation an nachgeordnete Mitarbeiter Rn 29 f.
- 18 In **konzernleitenden Gesellschaften** hat die Geschäftsführerpflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensleitung eine konzernweite Dimension; s. auch § 37 Rn 6. Leitung und Überwachung der Tochtergesellschaften gehören zu den Organpflichten des Geschäftsführers einer konzernleitenden Gesellschaft⁶. Dessen Verantwortlichkeit wächst in dem Maße, in dem die Töchter in die konzernstiftende einheitliche Leitung durch die Obergesellschaft eingebunden werden. Für die Verletzung seiner Leitungspflicht ist er der eigenen Gesellschaft gegenüber verantwortlich⁷.
- 19 Als Verwalter fremder Vermögensinteressen unterliegt auch der Geschäftsführer im Verhältnis zur Gesellschaft einer besonderen **Treupflicht**. In allen Angelegenheiten, die das Interesse der Gesellschaft berühren, muss jeder Geschäftsführer allein deren Wohl und nicht seinen eigenen Nutzen im Auge haben⁸. Er muss dafür sorgen, dass Ansprüche der Gesellschaft (auch solche gegen verbun-

1 OLG Oldenburg GmbHR 2006, 1263, 1266.

2 OLG Köln NZG 2009, 1223.

3 Vgl BGH AG 2015, 535 Rn 24 (für den Vorstand der AG).

4 U/H/L/Paefgen § 43 Rn 58; Scholz/Uwe H. Schneider Rn 140 ff.

5 Fleischer BB 2004, 2645, 2647 ff.

6 ThürOLG GmbHR 2010, 483, 484 und dazu Wilsing/Ogorek NZG 2010, 216.

7 Näher zu den Geschäftsführerpflichten in einer konzernleitenden GmbH Jungkurth Konzernleitung bei der GmbH, 2000, S. 57 ff; Drygala in Praxishdb der GmbH-Geschäftsführung, § 42 Rn 74 ff; Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider GmbHR 2010, 1313 ff.

8 BGH WM 1983, 498, 499 = GmbHR 1983, 300; BGH NJW 1986, 585, 586 = GmbHR 1986, 42; BGH GmbHR 2008, 144, 145; OLG Koblenz GmbHR 1999, 1201; OLG Naumburg GmbHR 2014, 985, 987 f; s. aber auch BGH GmbHR 1995, 446; BGH ZIP 1997,

dene Unternehmen) tatsächlich durchgesetzt werden¹; er muss die Ansprüche rechtzeitig geltend machen und im Falle einer Vermögensverschlechterung des Schuldners rechtzeitig geeignete Maßnahmen ergreifen, um einem Ausfall des Anspruchs entgegenzuwirken². Der Geschäftsführer unterliegt für die Dauer seiner Amtsstellung einem *Wettbewerbsverbot* (näher Anh zu § 6 Rn 20 ff) und hat *Geschäftschancen* (vgl Anh zu § 6 Rn 20) allein für die Gesellschaft wahrzunehmen, darf sie nicht im eigenen Interesse nutzen³. Der Geschäftsführer darf nicht veranlassen, dass eine ihm nach dem Anstellungsvertrag nicht zustehende Vergütung gezahlt wird⁴; erkennbar pflichtwidrige Auszahlungen an einen Mitgeschäftsführer muss er unterbinden⁵. Empfangene Provisionen, Schmiergelder etc hat er an die Gesellschaft herauszugeben⁶.

Über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich über Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, hat jeder Geschäftsführer gegenüber Außenstehenden Stillschweigen zu bewahren (**Verschwiegenheitspflicht**)⁷. Zu diesen Außenstehenden zählen weder die einzelnen Gesellschafter noch die Mitglieder des Aufsichtsrats oder Beirats, wenn diese auf dem gesetzlich oder gesellschaftsvertraglich vorgesehenen Wege informiert werden; ebenso wenig Betriebsrat oder Wirtschaftsausschuss bei der Unterrichtung nach § 106 BetrVG⁸. Dabei ist in mehrköpfigen Geschäftsleitungen allerdings die Gesamtzuständigkeit des Organs zu respektieren⁹. Die Weitergabe vertraulicher Informationen an externe Dritte (zB Berater) kann im Gesellschaftsinteresse gerechtfertigt sein; ist der Informationsempfänger nicht seinerseits von Berufs wegen zur Verschwiegenheit verpflichtet, ist ggf eine Vertraulichkeitsvereinbarung abzuschließen¹⁰.

Will ein Gesellschafter seinen Anteil veräußern, so darf der Geschäftsführer den 20
Erwerbsinteressenten nicht aus eigener Rechtsmacht, sondern allein auf der 21

1063, 1064; weiterführend MünchKomm/Fleischer Rn 152 ff; Palzer Fortwirkende organschaftliche Pflichten des Geschäftsführers der GmbH, 2001, S. 15 ff.

1 KG GmbH R 1959, 257; OLG Koblenz v. 26.2.2007 – 12 U 1597/05, GmbH R 2007, 827 (LS); Ebenroth/Lange GmbH R 1992, 69, 72; MünchKomm/Fleischer Rn 101; Michalski/Haas/Ziemons Rn 77 f.

2 MünchKomm/Fleischer Rn 101.

3 BGH GmbH R 1986, 42; KG GmbH R 2010, 869; s. zur sog Geschäftschancenlehre etwa MünchKomm/Fleischer Rn 175 ff; U/H/L/Paefgen Rn 97 ff; Verse in Hdb Managerhaftung, § 22 Rn 24 ff.

4 BGH GmbH R 2008, 144, 145.

5 OLG München WM 2016, 164.

6 OLG Düsseldorf GmbH R 2000, 666; zur Herausgabepflicht nach § 667 BGB s. Anh zu § 6 Rn 18 mN.

7 Bank NZG 2013, 801, 802 ff; MünchKomm/Fleischer Rn 199 ff; U/H/L/Paefgen Rn 149 ff; Scholz/Uwe H. Schneider Rn 144 ff; Michalski/Haas/Ziemons Rn 127 ff; Palzer Fortwirkende Pflichten, S. 21 ff.

8 Ebenso U/H/L/Paefgen Rn 156; insoweit zu eng Scholz/Uwe H. Schneider Rn 144 f.

9 U/H/L/Paefgen Rn 155.

10 Michalski/Haas/Ziemons Rn 132.

Grundlage eines Gesellschafterbeschlusses (arg §§ 49 Abs. 2, 51a Abs. 2 Satz 2) Einblick in die Gesellschaftsinterna (zB im Rahmen einer **due diligence**) eröffnen; Gesellschafterbeschluss ist an der Treupflicht zu messen, Mehrheitsentscheidung genügt dabei jedoch nicht¹. Zum Informationsanspruch des veräußerungswilligen Gesellschafters und seinem Recht zur Weiterleitung der empfangenen Informationen s. § 51a Rn 31.

- 22 Spenden aus Gesellschaftsmitteln an karitative oder parteipolitische Einrichtungen etc sowie andere **soziale Aktivitäten** wie Zuwendungen zur Förderung sportlicher, wissenschaftlicher, sozialer oder kultureller Veranstaltungen sind mit dem Gesellschaftswohl (Gesellschaftsinteresse) keineswegs von vornherein unvereinbar. Geschäftsführer, die solche Zuwendungen veranlassen, handeln deshalb nicht per se pflichtwidrig; insoweit gilt im Recht der GmbH nichts anderes als im Aktienrecht². Übersteigt der Aufwand für solche Zuwendungen das Angemessen-Vernünftige³, bedürfen die Geschäftsführer aber der Gesellschafterzustimmung⁴; denn die Ausgaben hierfür berührt das Gewinnbezugsrecht der Gesellschafter (§ 29 Rn 3). Unter dieser Voraussetzung unterliegen nicht nur unentgeltliche Zuwendungen in Form von Spenden, sondern auch das (entgeltliche) Sponsoring (etwa Sport- oder Kultursponsoring) dem Vorbehalt der Gesellschafterzustimmung; denn der wirtschaftliche Nutzen der erwarteten Gegenleistung (Werbeeffect einschließlich Imagegewinn) ist typischerweise ungewiss und nicht verlässlich kalkulierbar⁵. Ebenso müssen die Gesellschafter eingeschaltet werden, wenn Anlass zu Zweifeln besteht, ob diese in ihrer Mehrheit die beabsichtigten Zuwendungen billigen. Das Handlungsermessen der GmbH-Geschäftsführer ist deshalb enger als das des AG-Vorstandes. Hier wie dort aber

1 Streitig; wie hier etwa LG Köln GmbHR 2009, 261, 262; Lutter ZIP 1997, 613, 616; R/A/Altmeppen Rn 25; Scholz/Uwe H. Schneider Rn 148; Michalski/Haas/Ziemons Rn 132b. Andere wollen, zT unter Befürwortung eines Stimmrechtsausschlusses des veräußerungswilligen Gesellschafters, ggf Mehrheitsentscheidung genügen lassen: Bihr BB 1998, 1198, 1200; Engelhardt GmbHR 2009, 237, 242; MünchKomm/Fleischer Rn 208; Götze ZGR 1999, 202, 224f; Körber NZG 2002, 263, 268; Mielke/Molz DB 2008, 1955, 1956; U/H/L/Paefgen Rn 158; Volhard/Weber FS Semler, 1993, S. 387, 409 ff; MünchKomm/Wißmann § 85 Rn 41; Ziegler DStR 2000, 249, 251 f; auch MünchKomm/Stephan/Tieves § 37 Rn 137 f, die einen Gesellschafterentscheid unter bestimmten Voraussetzungen sogar als entbehrlich ansehen.

2 Zum Aktienrecht BGH AG 2002, 347 – 1. StrafS. Aus dem Schrifttum s. insbesondere Fleischer AG 2001, 171; Fleischer in Hdb Vorstandsrecht, § 1 Rn 36 ff; Laub AG 2002, 308; Mühlbert AG 2009, 766; Ransiek AG 2009, 782; Riegger/Götze in Hdb Managerhaftung, § 26 Rn 6 ff; Säcker BB 2009, 282, je mwN.

3 Näher Scholz/Uwe H. Schneider Rn 71 ff, freilich mit problematischer Orientierung an einer festen Bezugsgröße: 2 % des Bilanzgewinns.

4 S. schon Vorderwülbecke BB 1989, 505; Westermann ZIP 1990, 771; Kind NZG 2000, 567, 572f; im Ergebnis übereinstimmend MünchKomm/Fleischer Rn 104 ff, der ebenfalls Geschäftsführerzuständigkeit (nur) bei Spenden „im Rahmen des Angemessenen“ anerkennt.

5 Riegger/Götze in Hdb Managerhaftung, § 26 Rn 10.

lassen sich keine festen Grenzen hinsichtlich der noch erlaubten Größenordnung einer Zuwendung formulieren. Die Unternehmensleiter müssen sich in ihren sozialen Aktivitäten am Gesellschaftsinteresse und der aktuellen Ertragslage orientieren sowie Aufwand und erhofften Nutzen der Zuwendung abwägen¹; dabei steht ihnen ein unternehmerisches Entscheidungsermessen zu. Jedoch dürfen sie die sozialen Aktivitäten der Gesellschaft nicht an ihren eigenen persönlichen Präferenzen ausrichten. Überschreiten die Geschäftsführer die skizzierten Kompetenzgrenzen, so handeln sie allein deshalb pflichtwidrig und müssen der Gesellschaft uU Schadensersatz leisten.

c) Ermessensspielraum des Geschäftsführers (Business Judgment Rule): Bei **23 unternehmerischen Entscheidungen** der Geschäftsführer, dh soweit die Geschäftsführung nicht durch Gesetz, Satzung oder Vorgaben der Gesellschafter determiniert ist², steht den Geschäftsführern ein der gerichtlichen Kontrolle entzogener Handlungsspielraum zu, der durch geschäftliches **Entscheidungsermessen** geprägt ist³. Die in der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH⁴ für den AG-Vorstand aufgestellten – seit 2005 in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG⁵ kodifizierten – Grundsätze gelten entsprechend für die GmbH-Geschäftsführer⁶: Bei der Führung der Geschäfte des Unternehmens ist ihnen ein weiter Handlungsspielraum zuzubilligen, zu dem neben dem bewussten Eingehen geschäftlicher Risiken auch die Gefahr von Fehlbeurteilungen und Fehleinschätzungen gehört. Bewegen sich die Geschäftsführer im Rahmen dieses Handlungsspielraums, so handeln sie **nicht pflichtwidrig**; eine Schadensersatzpflicht kann erst dann in Betracht kommen, wenn jene Grenzen deutlich überschritten sind, in denen sich ein verantwortungsbewusstes, ausschließlich am Unternehmensinteresse orientiertes, auf sorgfältigen Ermittlungen beruhendes Handeln bewegen muss⁷. – Der BGH und (in der Folge) der Gesetzgeber des AktG (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) haben sich damit an der *Business Judgment Rule* des US-amerikanischen Rechts orientiert, wobei die hierzulande maßgebliche Verteilung der Darlegungs- und Beweislast (dazu Rn 43 ff) aber unberührt bleibt⁸. Im GmbH-Recht

1 Riegger/Götze in Hdb Managerhaftung, § 26 Rn 27 und 35 mwN.

2 Zu diesen Geschäftsführungspflichten ohne Handlungsermessen s. etwa Goette FS 50 Jahre Bundesgerichtshof, 2000, S. 123, 130 ff.

3 Zusammenfassend und instruktiv Lutter ZIP 2007, 841 ff.

4 BGHZ 135, 244.

5 Die Vorschrift lautet: „Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“

6 BGH GmbHR 2003, 113, 114; BGH ZIP 2008, 1675, 1676 f = GmbHR 2008, 1033; BGH GmbHR 2013, 1044 Rn 27; OLG Oldenburg GmbHR 2006, 1263, 1264; OLG Stuttgart GmbHR 2003, 835, 836; KG GmbHR 2011, 477, 479; LG Berlin ZIP 2004, 73, 74; Bayer GmbHR 2014, 897, 898 f; MünchKomm/Fleischer Rn 71; B/H/Zöllner/Noack Rn 22; U/H/L/Paefgen Rn 48.

7 BGHZ 135, 244, 253 f.

8 Lutter ZIP 2007, 841, 846; s. auch Heermann ZIP 1998, 761, 765 ff.

ist zudem stets die **Kompetenzverteilung** in der jeweiligen Gesellschaft zu berücksichtigen: In dem Maße, in dem die Geschäftsführer – ggf nach vorheriger Anrufung der Gesellschafter (zu deren Zuständigkeit für die Grundsätze der Unternehmenspolitik sowie für ungewöhnliche Maßnahmen s. § 37 Rn 8 ff)¹ – aufgrund von Weisungen der Gesellschafter agieren (s. § 37 Rn 1 und 17 ff), reduziert sich das ihnen einzuräumende Ermessensspielraum².

- 24 Zentraler **Maßstab** für die pflichtkonforme Wahrnehmung des Ermessensspielraums bei unternehmerischen Entscheidungen ist

(1) die Orientierung am Gesellschaftsinteresse: der Geschäftsführer muss vernünftigerweise annehmen dürfen, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln;

und

(2) die angemessene Vorbereitung der Geschäftsführungsentscheidung.

- 25 Wegen der **Bindung an das Gesellschaftsinteresse** kann sich ein Geschäftsführer auf das Privileg unternehmerischen Ermessens nicht berufen, wo er etwa unverantwortliche Risiken eingeht (s. Rn 28). Entsprechendes gilt, wenn er unter dem **Einfluss von Drittinteressen** agiert, die mit dem Gesellschaftsinteresse (potentiell) konfligieren³; dann nämlich ist die Annahme nicht gerechtfertigt, sein Handeln sei allein am Wohl der Gesellschaft ausgerichtet. Der einem Interessenkonflikt unterliegende Geschäftsführer handelt deshalb zwar noch nicht notwendig pflichtwidrig, aber sein Handeln bleibt der uneingeschränkten gerichtlichen Überprüfung unterworfen. Für die Entscheidungen eines **Geschäftsführerkollegiums** wird das für alle Mitglieder des Kollegiums gelten müssen, wenn zwar nur einzelne der mitberatenden und mitentscheidenden Geschäftsführer befangen sind, die anderen aber um diesen Interessenkonflikt wussten⁴ – es sei denn, man wollte darauf vertrauen, dass die anderen Geschäftsführer die Argumente ihres befangenen Kollegen besonders sorgfältig geprüft und kritisch hinterfragt haben⁵. Ist der Interessenkonflikt einzelner Geschäftsführer (treu- und deshalb pflichtwidrig⁶) überhaupt nicht offengelegt

1 *Fleischer* NZG 2011, 521, 524 f.

2 *MünchKomm/Fleischer* Rn 72 ff; *Goette* DStR 2003, 887, 894 f; *Kuntz* GmbHR 2008, 121, 123 f.

3 Dazu *MünchKomm/Fleischer* Rn 86; *U/H/L/Paefgen* Rn 112 ff; *Lutter* ZIP 2007, 841, 844; *Lutter* FS Canaris Bd II, 2007, S. 245; *Lutter* FS Priester, 2007, S. 417; *Michalski/Haas/Ziemons* Rn 71 ff.

4 So mit guten Gründen schon *Lutter* FS Canaris Bd II, 2007, S. 245, 249 f.

5 Mit dieser Begründung will ein großer Teil des Schrifttums das Ermessensspielraum der nicht befangenen Organmitglieder weiterhin schützen; s. etwa *Blasche* AG 2010, 692, 698; *MünchKomm/Fleischer* Rn 86a; *Löbbe/Fischbach* AG 2014, 717, 727 f; *U/H/L/Paefgen* Rn 115; im Ergebnis auch *Michalski/Haas/Ziemons* Rn 71c.

6 Vgl *Löbbe/Fischbach* AG 2014, 717, 725; *Lutter* FS Priester, 2007, S. 417, 420; *U/H/L/Paefgen* Rn 109 mwN.

worden, werden die anderen in der Regel schon keinen Anlass zu solch einer kritischen Prüfung sehen können. Das spricht dann erst recht dafür, das Handeln aller Mitglieder des Kollegiums der uneingeschränkten gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen¹. Teile des Schrifttums wollen den nicht befangenen (gutgläubigen) Kollegiumsmitgliedern hier gleichwohl den Schutz des Geschäftsleiterermessens gewähren, weil es insoweit entscheidend auf die subjektive Perspektive des einzelnen Geschäftsleiters (und nicht auf einen objektiv bestehenden Interessenkonflikt) ankomme². Hat hingegen der befangene Geschäftsleiter weder an der Beratung noch an der Entscheidung teilgenommen, bleibt den übrigen Kollegiumsmitgliedern nach allen Ansichten der Schutz der Business Judgment Rule erhalten³.

Die Übernahme der Geschäftsführung durch einen Gesellschafter⁴ begründet freilich noch keinen Interessenkonflikt, der der Business Judgment Rule entgegen steht⁵; anders aber, wenn der (Gesellschafter-)Geschäftsführer zugleich anderweitige unternehmerische Interessen außerhalb der Gesellschaft verfolgt.

Die angemessene **Vorbereitung der Ermessensentscheidung** setzt, ganz nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls, sorgfältige Recherche der maßgeblichen Entscheidungsgrundlagen mit Abschätzung der Entscheidungsfolgen und Abwägung denkbarer Entscheidungsalternativen voraus⁶. Das kann ggf auch die Verpflichtung einschließen, speziellen Rat eines unabhängigen, fachlich qualifizierten Beraters innerhalb oder außerhalb des Unternehmens einzuholen, falls die eigene Fachkunde der Geschäftsführer nicht hinreicht (s. schon Rn 13 f)⁷. Freilich ist der Gefahr zu begegnen, die **Anforderungen** an den Prozess sorgfältiger Entscheidungsvorbereitung aus der ex post-Perspektive richterlicher Beurteilung überzogen zu formulieren⁸; die Formulierung, der Geschäftsführer habe „alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art“ auszuschöpfen⁹,

1 S. schon *Blasche AG* 2010, 692, 694 ff; *Lutter FS Canaris* Bd II, 2007, S. 245, 248 f.

2 So etwa *MünchKomm/Fleischer* Rn 86b; *Löbbe/Fischbach AG* 2014, 717, 727.

3 *MünchKomm/Fleischer* Rn 86a; *Löbbe/Fischbach AG* 2014, 717, 725; *Lutter FS Canaris* Bd II, 2007, S. 245, 250.

4 Dazu auch *Kuntz GmbH* 2008, 121, 124 ff.

5 Möglicherweise aa *Lutter ZIP* 2007, 841, 848.

6 BGH GmbHR 2008, 1033, 1034; OLG Oldenburg GmbHR 2006, 1263, 1265; *MünchKomm/Fleischer* Rn 84 ff; *Lutter ZIP* 2007, 841, 844 f; *U/H/L/Paefgen* Rn 123 ff. – S. zu diesem betont verfahrensbezogenen Ansatz aus aktienrechtlicher Perspektive schon *Paefgen* Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, 2002, S. 154 ff, 177 ff, 222 ff. Speziell zur Entscheidungsvorbereitung durch einen „Berichterstatte“ im Geschäftsleiterkollegium *Löbbe/Fischbach AG* 2014, 717, 722 ff.

7 KG GmbHR 2011, 477, 480 und 482; *MünchKomm/Fleischer* Rn 84.

8 Gleichsinnig *Redeke NZG* 2009, 496.

9 So BGH GmbHR 2008, 1033, 1034; bestätigend BGH GmbHR 2013, 1044 Rn 30; daraus hat *Strohn ZInsO* 2009, 1417, 1420 die Feststellung abgeleitet: „I.d.R. scheidet eine Anwendung der business judgement rule ... aus“.

ist zu weit geraten und zumindest missverständlich¹. Denn als Entscheidungsgrundlage sind diejenigen Informationen einzuholen, die ein verantwortungsvoll (§ 43 Abs. 1: mit der „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“) handelnder Geschäftsleiter in der konkreten Entscheidungssituation als entscheidungserheblich ansehen und deshalb (in der zur Verfügung stehenden Zeit) beschaffen würde. Das ist ein normativer (objektivierter) Maßstab, der dem Geschäftsführer aber gleichwohl schon bei der Konkretisierung des Informationsbedarfs einen gewissen Ermessensspielraum belässt²; denn auch die Informationsbeschaffungspflicht zur Vorbereitung unternehmerischer Entscheidungen lässt sich in der Regel nicht „punktgenau“ umgrenzen³. Wenn der Geschäftsführer – was im Streitfall von ihm darzulegen und zu beweisen ist (s. Rn 52) – bei der Recherche seiner Entscheidungsgrundlagen (einschließlich der gebotenen Abwägung von Entscheidungsfolgen und Entscheidungsalternativen) die normative Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters wahrt, handelt er pflichtgemäß; es sei denn (theoretisch immerhin denkbar), er träge trotz pflichtgemäßer Entscheidungsvorbereitung eine schlechterdings unvertretbare Entscheidung.

Je höher das mit der intendierten Geschäftsführungsmaßnahme verbundene Risiko ist, um so strenger sind die Anforderungen an den Prozess sorgfältiger Entscheidungsfindung. Ein Unternehmens- oder Beteiligungserwerb erfordert in aller Regel die vorherige Prüfung der damit verbundenen Risiken im Zuge einer *due diligence*, deren konkrete inhaltliche Anforderungen von der Größenordnung des intendierten Geschäfts und dem zur Verfügung stehenden Zeitrahmen bestimmt werden⁴; verzichtet der Geschäftsführer auf eine angemessene Prüfung, unterliegt die Geschäftsführungsmaßnahme der uneingeschränkten richterlichen Kontrolle. Späterer Fehlschlag einer sorgfältig vorbereiteten Maßnahme begründet indes nicht den Vorwurf pflichtwidrigen Geschäftsführerverhaltens. Mögliche Fehlbeurteilungen oder Fehleinschätzungen sind unternehmerischer Leitungstätigkeit im Wettbewerb eigen.

- 27 Einen so abgegrenzten, der weiteren gerichtlichen Kontrolle entzogenen Handlungsspielraum kann es aber nur bei **unternehmerischen Entscheidungen** der Geschäftsführer geben. Diese sind durch die Existenz eines geschäftlichen Ent-

1 Kritisch etwa auch *Balthasar/Hamelmann* WM 2010, 589 und 591; *MünchKomm/Fleischer* Rn 85a; *B/S/Klöhn* Rn 39; *U/H/L/Paefgen* Rn 127; *Redeke* ZIP 2011, 59, 60, je mwN.

2 Ebenso *Bunz* Der Konzern 2012, 444, 447 ff; *MünchKomm/Fleischer* Rn 85a; *Redeke* ZIP 2011, 59, 60 ff; aA *Freund* GmbHR 2011, 238, 239.

3 Entsprechende Überlegungen lagen auch der Konzeption des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG nF zu Grunde; vgl Begründung § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG RegE UMAG, BT-Drucks 15/5092, S. 11 f und dazu *Seibert/Schütz* ZIP 2004, 252, 253 f.

4 S. etwa OLG Oldenburg GmbHR 2006, 1263, 1265; *Böttcher* NZG 2005, 49, 54; *Böttcher* NZG 2007, 481, 482 ff; *C. Goette* DStR 2014, 1776, 1777 f; *MünchKomm/Fleischer* Rn 100; *Hemeling* ZHR 169 (2005), 274, 277; *U/H/L/Paefgen* Rn 144; *Werner* GmbHR 2007, 678, 679.

scheidungsermessens geprägt (Rn 23). Demgegenüber unterliegen (nach Gesetz, Satzung sowie durch Gesellschafterweisungen oder aufgrund von Vorgaben des Anstellungsvertrages) *gebundene* Entscheidungen¹ der uneingeschränkten Überprüfung. Verstoßen die Geschäftsführer mit ihrem Handeln gegen gesetzliche Ge- bzw Verbote, die keinen Ermessensspielraum gewähren, oder verletzen sie die innerverbandliche Kompetenzordnung (Legalitätspflicht; s. Rn 12 ff), können sie sich auf das Privileg unternehmerischen Entscheidungsermessens nicht berufen; ihr Handeln ist vielmehr pflichtwidrig². Noch einmal ist aber darauf hinzuweisen, dass der Geschäftsführer auch bei unternehmerischen Entscheidungen nur privilegiert ist, solange sich die Geschäftsführungsentscheidung noch innerhalb des unternehmerisch Vertretbaren, dh innerhalb des Ermessensspielraums hält. So darf der Geschäftsführer keine nicht zu rechtfertigenden und deshalb unverantwortlichen Risiken eingehen³; das wäre mit der Bindung an das Gesellschaftsinteresse (Rn 24) unvereinbar und deshalb pflichtwidrig. Der Geschäftsführer ist aber von Rechts wegen nicht zwingend gehalten, unter mehreren Optionen die für die Gesellschaft kostengünstigste zu wählen; entscheidend ist vielmehr, ob er bei Ausübung seines Ermessens vernünftigerweise annehmen durfte, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln⁴.

Risikoreiche Geschäfte sind dem Geschäftsführer also nicht verwehrt; unternehmerisches Handeln ist stets risikobehaftet. Erst wenn die Grenzen des erlaubten Risikos überschritten werden, handelt der Geschäftsführer pflichtwidrig. Das ist anzunehmen, wenn der Geschäftsführer die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in nicht verantwortlicher Weise überspannt⁵: Etwa wenn er Waren auf Kredit an ein unbekanntes Unternehmen verkauft, ohne dessen Bonität zu prüfen und ohne die Gesellschaft genügend zu sichern⁶, insbesondere wenn durch dieses Geschäft das Stammkapital der Gesellschaft verletzt wird⁷. – Generalisierungsfähige Kriterien dafür, wie lange ein Risiko-

1 Zur Unterscheidung zwischen unternehmerischen und gebundenen Entscheidungen s. etwa MünchKomm/Fleischer Rn 81 ff; Lutter ZIP 2007, 841, 843; U/H/L/Paefgen Rn 47 und 117; Sven H. Schneider DB 2005, 707, je mwN.

2 Vgl etwa Fleischer ZIP 2005, 141, 145 f, 149; U/H/L/Paefgen Rn 53.

3 BGHZ 135, 244, 253 f; OLG Celle AG 2008, 711.

4 Vgl BGH GmbHR 2013, 1044 Rn 29 f: Abschluss einer über den gesetzlichen Gebühren liegenden Honorarvereinbarung mit einem anwaltlichen Berater.

5 BGHZ 135, 244, 253.

6 BGH GmbHR 1981, 191; s. auch BGH ZIP 2002, 213, 214 und ZIP 2005, 981, 982 f: nicht hinreichend gesicherte Kreditvergabe durch Genossenschaftsbank; OLG Koblenz GmbHR 2015, 357, 360: Leistung von Anzahlungen ohne Absicherung; ThürOLG NZG 2001, 86: Exportgeschäfte ohne die übliche Absicherung; OLG Düsseldorf GmbHR 1995, 227, 228: ungesichertes Arbeitnehmerdarlehen an die Ehefrau des Geschäftsführers.

7 Vgl BGH GmbHR 1986, 302, 303; s. noch ThürOLG NZG 1999, 121, 122; zur kostenaufwendigen Beauftragung eines evident ungeeigneten Beraters BGH GmbHR 1997, 163, 164.

geschäft noch erlaubt ist, lassen sich nicht formulieren¹. Auch das Eingehen von Risiken, die sich ggf bestandsgefährdend auswirken können, ist nicht per se pflichtwidrig², aber in besonderem Maße rechtfertigungsbedürftig; Entsprechendes gilt für Konzentrationsrisiken („Klumpenrisiken“)³. Die Geschäftsführer dürfen aber nicht gegen die in der betreffenden Branche anerkannten Erkenntnisse und Erfahrungsgrundsätze verstoßen⁴. Im Übrigen kommt es für die Beurteilung auch hier wesentlich darauf an, wie die Entscheidung, das Risikogeschäft einzugehen, *vorbereitet* wurde: ob also alle entscheidungserheblichen Erkenntnisquellen erschlossen, ob alle Möglichkeiten zur Risikosenkung wahrgenommen wurden, ob das Für und Wider intensiv genug abgewogen wurde. Entscheidendes Gewicht kommt dabei dem Umstand zu, welche Chancen mit dem risikoträchtigen Geschäft verbunden sind, welche Schäden die Gesellschaft erleidet, wenn sich das Risiko verwirklicht, und wie sich diese auf die Gesellschaft und deren Marktstellung, insbesondere auf deren Überlebensfähigkeit, auswirken⁵. Zur Risikoüberwachung s. Rn 31.

- 29 **d) Aufgabenteilung und Delegation:** Haben mehrere Geschäftsführer die laufenden, nicht zwingend der Gesamtzuständigkeit unterliegenden Geschäftsführungsaufgaben (etwa durch Bildung von *Ressorts*) untereinander aufgeteilt, ist jeder Geschäftsführer in erster Linie für den ihm zugewiesenen Bereich verantwortlich. Angesichts der daneben bestehenden **Gesamtverantwortung aller Geschäftsführer** (näher § 37 Rn 29) muss aber jeder Geschäftsführer die ressortbezogene Tätigkeit der anderen Geschäftsführer beobachtend *überwachen* (s. auch § 37 Rn 32 und unten Rn 97)⁶. Schon um dieser Verpflichtung nachkommen zu können, ist jeder Geschäftsführer gehalten, sich über alle wesentlichen Angelegenheiten der Gesellschaft – auch außerhalb seines eigenen Ressorts – stetig⁷ zu *informieren*. Er hat ein dementsprechendes Recht⁸ gegenüber dem Geschäftsleitungsorgan „die Geschäftsführer“ (§ 6 Rn 3 ff) und ein Auskunftsrecht gegenüber jedem anderen Geschäftsführer (§ 37 Rn 32); das schließt ein zwin-

1 S. auch Scholz/Uwe H. Schneider Rn 99 ff; B/H/Zöllner/Noack Rn 22; Aufbereitung des Rechtsprechungsmaterials bei MünchKomm/Fleischer Rn 92 ff.

2 Balthasar/Hamelmann WM 2010, 589, 590; MünchKomm/Fleischer Rn 94; Florstedt AG 2010, 315, 319 ff; Redeke ZIP 2010, 159, 160 ff mwN.

3 Fleischer/Schmolke ZHR 173 (2009), 649, 673 ff; MünchKomm/Fleischer Rn 96; Florstedt AG 2010, 315, 320; zu pauschal OLG Düsseldorf ZIP 2010, 28, 32.

4 BGH ZIP 2002, 213, 214 für den Vorstand einer Genossenschaftsbank; zu den Anforderungen an eine Kreditvergabe s. auch Graef GmbHR 2004, 327.

5 Ebenso Balthasar/Hamelmann WM 2010, 589, 590; Freund GmbHR 2011, 238, 242 f. Für eine Übertragung dieser Grundsätze auf die Gewährung von Kulanzleistungen gegenüber Vertragspartnern Wiersch NZG 2013, 1206.

6 Ausführlich MünchKomm/Fleischer Rn 109, 111 ff; zusammenfassend Lohr NZG 2000, 1204, 1210; E. Vetter in Hdb Managerhaftung, § 18 Rn 4 ff, 85.

7 BGH GmbHR 1995, 299, 300.

8 BGH GmbHR 1977, 198; Lutter ZIP 1986, 1195, 1196.

gendes Recht zur Bucheinsicht mit ein. Das Informationsrecht des einzelnen Geschäftsführers kann nur aus sachlichem Grund, etwa wegen andernfalls eintretender Interessenkollision, eingeschränkt werden; hierüber entscheiden die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag oder durch einfachen Gesellschafterbeschluss¹. Soweit es zur Wahrnehmung seiner gesetzlichen Mindestpflichten (vor allem §§ 41, 43 Abs. 3, 64; § 15a InsO) erforderlich ist, können dem einzelnen Geschäftsführer die Informationsrechte nicht entzogen werden; es bleibt allenfalls Abberufung aus wichtigem Grund (§ 38 Rn 16 ff).

Verletzt der Geschäftsführer seine Beobachtungs- und Überwachungspflichten gegenüber dem Mitgeschäftsführer, kann dieses Versäumnis seine **Haftung** nach § 43 Abs. 2 begründen; zum Innenausgleich unter mehreren, als Gesamtschuldner haftenden Geschäftsführern s. Rn 38. Die Haftung beruht aber immer auf persönlicher Verantwortung kraft eigener Pflichtverletzung. Eine haftungsbegründende Zurechnung der Pflichtverletzungen eines Mitgeschäftsführers nach § 278 BGB scheidet aus; ebenso eine Haftung aus § 831 BGB: Mehrere Geschäftsführer sind im Verhältnis zueinander weder Erfüllungs- noch Verrichtungsgehilfen². Zu den Haftungsrisiken des überstimmten Geschäftsführers bei pflichtwidrigen Entscheidungen des Geschäftsführerkollegiums s. Rn 16.

Selbstverständlich ist den Geschäftsführern eine **Aufgabendelegation auf nachgeordnete Mitarbeiter** nicht verwehrt. Zu den Pflichten ordnungsgemäßer Geschäftsführung gehören deren sorgfältige Auswahl, Anleitung und Kontrolle, wozu wiederum jeder Geschäftsführer primär innerhalb des eigenen Aufgabebereichs berufen ist³. Freilich hat der Geschäftsführer für das Fehlverhalten von Mitarbeitern der Gesellschaft nicht nach § 278 BGB zu haften, da sie nicht Erfüllungsgehilfen des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft sind⁴; ebenso wenig haftet er aus § 831 BGB, weil nur die Gesellschaft Geschäftsherr ist und auch eine Geschäftsführerhaftung aus § 831 Abs. 2 BGB ausscheidet⁵; näher Rn 85. Eine Haftung des Geschäftsführers kommt nur in Betracht, wenn er eigene Pflichten zur ordnungsgemäßen Unternehmensleitung (Organisation, Anleitung, Kontrolle) verletzt hat⁶, so zB wenn unzureichende Geschäftsführerkontrollen Mitarbeitern die Unterschlagung von Warenbeständen ermöglicht oder auch nur erleichtert haben oder wenn der Geschäftsführer trotz erkannter Fehlhandlungen einzelner Mitarbeiter nichts gegen diese unternimmt⁷. Vor diesem

1 S. B/H/Zöllner/Noack § 35 Rn 62.

2 Michalski/Haas/Ziemons Rn 176; U/H/L/Paefgen Rn 32 mwN.

3 Ausführlich MünchKomm/Fleischer Rn 110, 126 ff; zusammenfassend E. Vetter in Hdb Managerhaftung, § 18 Rn 63 ff, 87.

4 MünchKomm/Fleischer Rn 126; U/H/L/Paefgen Rn 30 f.

5 Kleindiek Deliktshaftung und juristische Person, 1997, S. 437 f; Sandmann Haftung, S. 304 f; Michalski/Haas/Ziemons Rn 175.

6 BGHZ 127, 336, 347 = GmbHR 1995, 38.

7 OLG Koblenz GmbHR 1991, 416, 417; s. auch Rn 88.

Hintergrund bedarf es auch in der GmbH der **Corporate Compliance**¹; die Implementierung geeigneter (an den tatsächlichen Gegebenheiten des jeweiligen Unternehmens orientierter) organisatorischer Vorkehrungen zur Gewährleistung rechtskonformen Verhaltens der Unternehmensmitarbeiter zählt zum Pflichtenkreis der Geschäftsführer.

- 31 **e) Risikoüberwachung:** Entgegen § 91 Abs. 2 AktG idF des KonTraG (dazu Vor § 41 Rn 2) enthält das GmbHG keinen ausdrücklichen Auftrag an die Geschäftsführer, ein Überwachungssystem einzurichten, um den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen frühzeitig erkennen zu können. Indes sind auch die GmbH-Geschäftsführer verpflichtet, für eine Organisation innerhalb der Gesellschaft zu sorgen, die sie in die Lage versetzt, die wirtschaftliche und finanzielle Lage der Gesellschaft, insbesondere anhand der Buchführung², jederzeit zu überblicken und Risiken so rechtzeitig zu erkennen, dass wirksame Maßnahmen zu ihrer Steuerung ergriffen werden können³. Das gilt auch innerhalb einer zentralistisch konzernierten Tochtergesellschaft⁴. Die Geschäftsführer sind deshalb von sich aus (und nicht erst nach Gesellschafterentscheid) gehalten, ein geeignetes Risikokontrollsystem einzurichten, das den Gegebenheiten der jeweiligen Gesellschaft Rechnung trägt. Jene Organisationspflicht ist Bestandteil der Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung⁵.
- 32 **f) Geschäftsführerpflichten in Krise und Insolvenz:** Im Vorfeld einer (drohenden) **Insolvenz** bestehen **krisenorientierte Pflichten der Geschäftsführer**, die in der Kodifikation allerdings nur unvollkommen und vielfach auch nur mittelbar zum Ausdruck kommen. Sie bedürfen der Ableitung auf der Grundlage der *allgemeinen* Organpflicht zur Geschäftsführung unter Beachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (§ 43 Abs. 1) und vor dem Hintergrund *spezifischer* Organpflichten, die das Gesetz an anderen Stellen normiert.
- 33 Bereits die haftungsbewehrte Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 1 InsO (s. Anh zu § 64 Rn 55 ff), das Masseerhaltungsgebot ab materieller Insolvenzreife nach Maßgabe von § 64 Satz 1 und 2 (s. § 64 Rn 2 ff) sowie die Informationspflicht bei hälftigem Verlust des Stammkapitals (§ 49 Abs. 3) bzw – in der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) – bei drohender Zahlungsunfähig-

1 Hierzu weiterführend etwa *Campos Nave/Zeller* BB 2012, 131; *Fissenewert* NZG 2015, 1009; *MünchKomm/Fleischer* Rn 142 ff; *Kiethe* GmbH 2007, 393; *Kort* GmbH 2013, 566; *Merkt* ZIP 2014, 1705; *Rodewald* GmbH 2014, 639; *Rodewald/Unger* BB 2006, 113; *Römermann* GmbH 2014, 1; *Scholz/Uwe H. Schneider* Rn 96a ff; *MünchKomm/Stephan/Tieves* § 37 Rn 25 ff.

2 *S. Goette* DStR 1995, 1640.

3 Ebenso BGH GmbH 2012, 964 Rn 13.

4 BGH GmbH 1995, 299, 300.

5 Im Ergebnis wie hier BegrRegE KonTraG, BT-Drucks 13/9712, S. 15; *Altmeyden* ZGR 1999, 291, 301 f; *Bork* ZIP 2011, 101, 105 ff; *MünchKomm/Fleischer* Rn 61; *Lutter* GmbH 2000, 301, 305; *Scholz/Uwe H. Schneider* Rn 96; enger *Hommelhoff* FS Sandrock, 2000, S. 373, 376 ff.

keit (§ 5a Abs. 4) halten den Geschäftsführer zu kontinuierlicher **Beobachtung der Finanz- und Vermögenslage** der Gesellschaft an¹. Mit § 64 Satz 3 (dazu § 64 Rn 47 ff) und dem ihm zugrunde liegenden Verbot von Zahlungen an Gesellschafter, soweit diese (erkennbar) zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, wird jene Verpflichtung noch einmal nachdrücklich unterstrichen. Denn vor Auszahlungen an die Gesellschafter hat der Geschäftsführer eine auf den Zahlungszeitpunkt bezogene **Solvenzprognose** vorzunehmen; er muss die Auszahlung ablehnen, wenn diese Prognose bei objektiver Betrachtung zu dem Ergebnis führt, dass nach dem Vollzug der Leistung an den Gesellschafter der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit überwiegend wahrscheinlich ist (s. § 64 Rn 62 ff). Eine derartige Amtspflicht der Geschäftsführer, Auszahlungen an die Gesellschafter bei negativem Ausgang einer entsprechenden Solvenzprüfung nicht zu vollziehen, wurde verbreitet auch schon vor dem Inkrafttreten des MoMiG aus der allgemeinen Organpflicht gemäß § 43 Abs. 1 und den gesetzlichen Vorgaben zur Kapitalerhaltung abgeleitet².

Schon die den Geschäftsführer nach §§ 5a Abs. 4, 49 Abs. 3 treffende Informationspflicht schließt die Einrichtung eines geeigneten **Risikokontrollsystems** ein, das den Gegebenheiten der jeweiligen Gesellschaft Rechnung zu tragen hat (Rn 31). Da die Verpflichtung zur Verlustanzeige bzw zur Information über die drohende Zahlungsunfähigkeit aber lediglich die schon in § 49 Abs. 2 normierte allgemeine Verpflichtung des Geschäftsführers konkretisiert, die Gesellschafter immer dann einzuberufen, wenn es im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint, kann eine entsprechende **Kriseninformation** der Gesellschafter – je nach der individuellen Höhe des Stammkapitals und der Risikostruktur der Gesellschaft – ggf auch schon vor den im Gesetz benannten Ereignissen bestehen.

Ob und welche begleitenden Handlungspflichten die Geschäftsführer dabei treffen, sagt das Gesetz schon nicht mehr. Da aber gerade ihnen die unternehmerische Leitung der Gesellschaft zugewiesen ist, haben sie die **Möglichkeiten zur Krisenreaktion** einschließlich einer umfassenden betrieblichen und finanziellen Sanierung zu **prüfen**, Sanierungskonzepte zu entwickeln und ggf – freilich unter dem Vorbehalt entsprechender Entscheidungskompetenz der Gesellschafter (s. Rn 36) – Sanierungsschritte einzuleiten³. Geschieht all das nicht oder nicht

1 BGH GmbHR 1999, 299, 300; BGH DB 2016, 1245 Rn 33; Bork ZIP 2011, 101, 102 ff; Haas in Heintzen/Kruschwitz (Hrsg), Unternehmen in der Krise, 2004, S. 73, 74 f; S/I/Kolmann Vor § 64 Rn 11 ff; Lange GmbHR 2015, 1133 ff; Schluck-Amend in K. Schmidt/Uhlenbruck, Rn 1.121 ff; Veil ZGR 2006, 374, 375.

2 Vgl K. Schmidt GmbHR 2007, 1, 6; Hennrichs Der Konzern 2008, 42, 48 mwN.

3 Bork ZIP 2011, 101, 106 ff; Haas in Unternehmen in der Krise, S. 73, 87; Haas Gutachten E zum 66. Deutschen Juristentag 2006, in Verhandlungen des 66. DJT, Band I, 2006, S. E 114; Schluck-Amend/Walker GmbHR 2001, 375, 376 ff; Veil ZGR 2006, 374, 378 ff; Westermann DZWIR 2006, 485, 487 ff; monographisch Drenckhan Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, 2006, S. 38 ff; Roßkothen Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Spannungsfeld zwischen Sanierungspflicht und Insolvenzantragspflicht, 2015, S. 146 ff.

rechtzeitig, verletzt der Geschäftsführer seine regulären Pflichten aus § 43 und ist der Gesellschaft gegenüber zum Ersatz eines etwa entstandenen Schadens gemäß § 43 Abs. 2 verpflichtet; in der Praxis hat das bislang freilich keine nennenswerte Bedeutung erlangt¹.

Ersatzpflichtig wird der Geschäftsführer auch für die Verletzung der Pflicht zu rechtzeitiger Stellung des Insolvenzantrags (**Insolvenzverschleppung**), soweit daraus der Gesellschaft ein Schaden erwächst²; beruht die Insolvenzverschleppung auf einer Weisung oder dem Einverständnis aller Gesellschafter, soll seine Inanspruchnahme aus § 43 Abs. 2 allerdings rechtsmissbräuchlich sein³.

Bei „unternehmerischen Entscheidungen“ im Sinne des oben Rn 27 Gesagten steht den Geschäftsführern auch in der Krise geschäftliches Ermessen nach Maßgabe der Business Judgment Rule (Rn 23 ff) zu⁴. Zu den Grenzen der haftungsfreistellenden Wirkung etwaiger Gesellschafterweisungen und zur Einschränkung der Geschäftsführerhaftung auf sonstigen Wege näher Rn 40 ff und 60 ff.

- 36 Die grundlegenden **Sanierungsentscheidungen** sind im Kompetenzgefüge des GmbH-Rechts allerdings den **Gesellschaftern** vorbehalten⁵, die den Geschäftsführern gegenüber ihre Bereitschaft zur Sanierung (oder ggf ihren mangelnden Sanierungswillen) kundtun müssen: Hierüber müssen die Geschäftsführer Klarheit haben, da sie sowohl im Rahmen der laufenden Bilanzierung (§ 41 iVm § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB) als auch der Überschuldungsprüfung (§ 19 Abs. 2 InsO; vgl Anh zu § 64 Rn 17 ff) vor der Frage stehen, ob sie noch die Fortführung des Unternehmens zugrunde legen dürfen⁶. Was die **Handlungsoptionen der Gesellschafter in der Unternehmenskrise** betrifft, haben sie *keine* allgemeine Sanierungspflicht, weder gegenüber der Gesellschaft noch gar gegenüber den Gesellschaftsgläubigern⁷. Die Gesellschafter sind nicht zur Unternehmenserhaltung verpflichtet; und sie sind erst recht nicht verpflichtet, die Ertragskraft des Unternehmens durch Investitionen wiederherzustellen⁸. In Mehrheits-/Minderheitskonflikten kann die Minderheit kraft der Treuepflicht gegenüber den Mit-

1 S. hierzu und zu den Gründen dafür Kleindiek FS Uwe H. Schneider, 2011, S. 617, 620; Spliedt InsVZ 2010, 27, 32.

2 U/H/W/Casper § 64 Rn 100; Haas/Wigand in Hdb Managerhaftung, § 16 Rn 11; Heitsch ZInsO 2015, 1375, 1377; Scholz/K. Schmidt § 64 Rn 220; Veil ZGR 2006, 374, 380.

3 So BGH NJW 1974, 1088, 1089; kritisch Heitsch ZInsO 2015, 1375, 1377 ff.

4 Kebekus/Zenker FS Maier-Reimer, 2010, S. 319, 332 ff.

5 Haas Gutachten E zum 66. DJT 2006, S. E 108 f; Veil ZGR 2006, 374, 380; Westermann DZWIR 2006, 485, 487; im Ergebnis ebenso Bork ZIP 2011, 101, 108.

6 Dazu etwa Bork ZIP 2000, 1709, 1713; Veil ZGR 2006, 374, 385 mwN.

7 S. etwa Haas Gutachten E zum 66. DJT 2006, S. E 114 f; Kleindiek in Bayer/Koch (Hrsg), Das neue GmbH-Recht, 2008, S. 89, 103 ff; Veil ZGR 2006, 374, 383 f; Westermann DZWIR 2006, 485, 490 f, je mwN.

8 Dazu auch BGH GmbHR 2005, 225, 226.

gesellschaftern im Einzelfall allerdings verpflichtet sein, mehrheitlich gewollte Sanierungsmaßnahmen nicht zu verhindern¹.

Die demgegenüber entwickelte These, die Gesellschafter seien (mit der Konsequenz einer etwaigen Schadensersatzpflicht) kraft ihrer **Treuepflicht** gegenüber der Gesellschaft **zur Sanierung verpflichtet**, wenn diese notwendig und zumutbar sei (wovon sie sich nur befreien könnten, indem sie die Gesellschaft durch Beschluss auflösen und liquidieren)², überzeugt *nicht*³. Denn die Auflösung der Gesellschaft durch Gesellschafterbeschluss steht im Ermessen der dafür erforderlichen Gesellschaftermehrheit. Zum *erzwungenen* Marktaustritt kommt es erst mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (oder dessen Ablehnung mangels Masse), was die Verwirklichung eines Insolvenzgrundes voraussetzt. Eine Verpflichtung der Gesellschafter, vor dessen Eintritt entweder Sanierungsmaßnahmen zu ergreifen oder unverzüglich die Liquidation einzuleiten, ist de lege lata nicht zu begründen.

Bei Eintritt von **Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit** (dazu Anh § 64 Rn 9 ff 37 und 17 ff) hat jeder Geschäftsführer die **Pflicht zur Stellung eines Insolvenz-antrags** nach Maßgabe von **§ 15a Abs. 1 InsO**; hierzu (und zur maximal dreiwöchigen Karenzfrist) ausführlich Anh § 64 Rn 55 ff, zur Haftungs- und Strafbewehrung Anh § 64 Rn 76 ff, 107 ff. Zudem entsteht die **Ersatzpflicht** der Geschäftsführer nach **§ 64 Satz 1 und 2** für alle pflichtwidrigen (dh mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns nicht zu vereinbarenden) **Zahlungen nach Eintritt der materiellen Insolvenzreife**, also auch schon für solche Zahlungen, die in die (maximal) Dreiwochenfrist des § 15a Abs. 1 InsO fallen (näher § 64 Rn 2 ff). Ebenso sind die Geschäftsführer nach **§ 64 Satz 3** zum Ersatz aller (pflichtwidrigen) **Zahlungen an Gesellschafter** verpflichtet, die zwar vor Insolvenzreife vorgenommen wurden, aber **zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten** (dazu § 64 Rn 47 ff). Maßstab für die Verhaltenspflichten des Geschäftsführers ab materieller Insolvenzreife (Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns iSd § 64 Satz 2) ist der ordentliche Geschäftsleiter in der Unternehmenskrise; hatte sich der Geschäftsführer zuvor am Zweck derwerbenden GmbH auszurichten, so haben jetzt die Interessen der Gläubiger am Erhalt des Gesellschaftsvermögens (und das öffentliche Interesse am Bestand überlebensfähiger Betriebe) Vorrang (s. § 64 Rn 33).

Mit **Eröffnung des Insolvenzverfahrens** bleibt der Geschäftsführer im Amt; seine 37a Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse beschränken sich aber regelmäßig auf etwaiges insolvenzfrees Vermögen (s. Anh § 64 Rn 72). Denn im **Regelinsolvenzverfahren** geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das zur Insol-

1 Nach den Grundsätzen BGHZ 129, 136, 142 ff = GmbHR 1995, 665.

2 Drenckhan Gläubigerschutz, S. 193 ff; zusammenfassend S. 325 ff; s. auch Drenckhan GmbHR 2006, 1296, 1298 ff.

3 S. zur Kritik schon Kleindiek in Bayer/Koch (Hrsg.), Das neue GmbH-Recht, S. 89, 104 f.

venzmasse gehörende Vermögen spätestens mit Verfahrenseröffnung (bei Anordnung vorläufiger Sicherungsmaßnahmen auch schon im Eröffnungsverfahren, vgl. § 21 InsO) auf den Insolvenzverwalter über (§ 80 Abs. 1 InsO).

- 37b Anders liegen die Dinge im **Insolvenzverfahren der Eigenverwaltung**, wo der Insolvenzschuldner – unter Aufsicht eines Sachwalters – verwaltungs- und verfügungsberechtigt ist (§§ 270 ff InsO); ist Schuldnerin eine GmbH, wird deren Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis durch ihr Vertretungsorgan (Geschäftsführer) ausgeübt, gemäß § 276a InsO unbeeinflusst durch die Gesellschafter oder einen etwaigen Aufsichtsrat. Es obliegt dem Geschäftsführer, für die Erfüllung der insolvenzrechtlichen Pflichten zu sorgen, welche die Gesellschaft als eigenverwaltende Schuldnerin treffen; auch seine Verhaltenspflichten werden somit von den gesetzlichen Zielen des Insolvenzverfahrens (bestmögliche Gläubigerbefriedigung nach Maßgabe von § 1 Satz 1 InsO) unter Vorrang der Gläubigerinteressen geprägt¹. Kommt er seinen Aufgaben schuldhaft pflichtwidrig nicht nach, haftet er der Gesellschaft im Innenverhältnis auf Schadensersatz nach § 43 Abs. 2. Freilich setzt diese Haftung einen Schaden der Gesellschaft voraus, der nach der Differenzhypothese zu berechnen ist (dazu unten Rn 45 f). Die Beeinträchtigung der Befriedigungsinteressen der Gläubigersamtheit führt im Eigenverwaltungs(eröffnungs)verfahren nicht etwa automatisch zu einem ersatzfähigen Gesellschaftsschaden². So resultiert aus der Zahlung auf eine einzelne Verbindlichkeit der Gesellschaft – da die Verbindlichkeit damit entfällt – noch kein Schaden im Gesellschaftsvermögen³; s. auch § 64 Rn 4.

Zur Ersatzpflicht aus § 64 Satz 1 und 2 im vorläufigen (nicht aber im eröffneten) Eigenverwaltungsverfahren s. die Erläuterungen § 64 Rn 10 ff; zur Diskussion möglicher Grundlagen für eine Außenhaftung des Geschäftsführers (den Gläubigern gegenüber) im Eigenverwaltungs(eröffnungs)verfahren s. § 64 Rn 11.

3. Allgemeiner Haftungstatbestand (§ 43 Abs. 2)

- 38 a) **Grundlagen:** Vorbehaltlich der in § 43 Abs. 3 gesondert geregelten Schadensersatzhaftung wegen Verletzung der Kapitalerhaltungsregeln haftet der Geschäftsführer nach § 43 Abs. 2 für jede **schuldhafte Pflichtverletzung**, die er bei der Ausführung seiner Tätigkeit als Mitglied des Organs „die Geschäftsführer“ (§ 6 Rn 3 ff) begeht: die Gesellschaft hat gegen ihn einen Anspruch auf Ersatz des hieraus entstandenen Schadens. Adressat der Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensleitung nach dem Maßstab des § 43 Abs. 1 (Rn 10 ff) ist der ein-

1 Weiterführend *Bierbach* in Kübler § 11 Rn 169; *Haas* FS Stürner, 2013, S. 749, 760 ff; *Kebekus/Zenker* FS Kübler, 2015, S. 331, 338 f.

2 Anders indes *Haas* ZHR 178 (2014) 603, 613.

3 BGH GmbHR 2010, 1200 Rn 14; BGH GmbHR 2015, 79 Rn 8; BGH ZIP 2016, 821 Rn 15.

zelne Geschäftsführer. Grundlage seiner Haftung ist dementsprechend die individuelle (schuldhaft) Pflichtverletzung. Verschuldensmaßstab ist der typisierte Maßstab der „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“ gemäß § 43 Abs. 1 (s. Rn 10), wonach Geschäftsführer für fahrlässige oder vorsätzliche Pflichtverletzung gleichermaßen (auch für leichte Fahrlässigkeit) einzustehen haben.

Beruht der Schaden auf pflichtwidrigem Verhalten **mehrerer Geschäftsführer**, haften diese als **Gesamtschuldner**¹. Der Innenregress² richtet sich nach § 426 Abs. 1 und 2 BGB (Ausgleichungspflicht; Forderungsübergang). Ausgleich zu gleichen Teilen, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Letzteres kann sich (außer aus Vorgaben in der Satzung oder im Anstellungsvertrag) aus unterschiedlich zu gewichtenden Verantwortlichkeitsbeiträgen ergeben, so etwa zwischen dem in erster Linie verantwortlichen Ressortinhaber einerseits und dessen Geschäftsführerkollegen andererseits, wenn diese ihre Überwachungspflichten vernachlässigt haben; s. Rn 29. Zur Verjährung des Ausgleichsanspruchs Rn 70.

Für die Konkretisierung der Pflichten- und Sorgfaltsstandards ist die besondere 39 Vertrauensstellung zu berücksichtigen, die ein Geschäftsführer bei der Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen innehat (s. Rn 10). Das sowie die dem Geschäftsführer kraft seiner Funktion als Unternehmensleiter (und Repräsentant der Gesellschaft) obliegenden Organisationspflichten stehen jenen Vorschlägen³ entgegen, nach denen die Geschäftsführerhaftung unter Anwendung der (arbeitsrechtlichen) *Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs* (Haftungsfreistellung des Arbeitnehmers bei leichtester Fahrlässigkeit, Einzelfall-bezogene Schadensteilung bei mittlerer Fahrlässigkeit) zu mildern sein soll⁴. Ausnahmen sind auch im Falle der Verletzung von Pflichten ohne unmittelbaren „Amtsbezug“ (zB Beschädigung des Dienstwagens bei Dienstfahrt⁵) nicht anzuerkennen⁶. Ebenso wenig kann sich ein ehrenamtlich tätiger Geschäftsführer (zB in gemeinnütziger GmbH) auf eine Haftungsmilderung analog § 31a

1 BGH GmbHR 1983, 300; BGH GmbHR 2008, 144; MünchKomm/Fleischer Rn 318; B/H/Zöllner/Noack Rn 25 ff.

2 Dazu etwa MünchKomm/Fleischer Rn 319; Freund GmbHR 2013, 785, 787 ff; Scholz/Uwe H. Schneider Rn 251 ff; U/H/L/Paefgen Rn 199 ff.

3 S: etwa Frisch Haftungserleichterung für GmbH-Geschäftsführer nach dem Vorbild des Arbeitsrechts, 1998, S. 253 ff (zusammenfassend); Koch AG 2014, 513, 515 ff, 524; Köhl DB 1996, 2597.

4 Dagegen die ganz hM; BGH GmbHR 2001, 771, 773; MünchKomm/Fleischer Rn 256; Jousen GmbHR 2005, 441, 442 ff; B/H/Zöllner/Noack Rn 6; U/H/L/Paefgen Rn 42 f; Sandmann S. 333 ff; ablehnend auch Bayer GmbHR 2014, 897, 906 f, der aber, gestützt auf die Treuepflicht, „jedenfalls mit Blick auf leicht fahrlässige Pflichtverstöße“ eine „von den Umständen des Einzelfalls abhängige Beschränkung des Haftungsumfangs“ annehmen will.

5 Dazu etwa OLG Koblenz GmbHR 1999, 344.

6 Insoweit anders Scholz/Uwe H. Schneider Rn 257; Sandmann S. 338 f, je mwN; wie hier Jousen GmbHR 2005, 441, 445 f; U/H/L/Paefgen Rn 43.

BGB (Haftung des unentgeltlich tätigen Vereinsvorstands gegenüber dem Verein nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit) berufen¹.

- 40 **b) Freistellung bei Weisung und Billigung der Gesellschafter:** Oberstes Organ der Gesellschaft sind die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit. Sie können durch **Weisungen** an die Geschäftsführer unmittelbar in die Geschäftsführung eingreifen; die Geschäftsführer haben solche Weisungen zu befolgen (§ 37 Rn 17 ff), müssen die Gesellschafter aber mit allen entscheidungserheblichen Informationen versorgen und können uU verpflichtet sein, inhaltliche Bedenken gegen die Weisung vor deren Ausführung angemessen geltend zu machen². Diese Abhängigkeit der Geschäftsführer von den Gesellschaftern bedingt ihre Freistellung von der Haftung gegenüber der Gesellschaft³. Voraussetzung hierfür ist ein entsprechender **Beschluss der Gesellschafter**, ggf die Weisung eines anderen, nach der Satzung hierzu berufenen Gesellschaftsorgans; die einfache Weisung eines Mehrheitsgesellschafters genügt deshalb nicht⁴. Bloß in der **Einpersonen-Gesellschaft** bedarf es keines förmlichen Gesellschafterentscheids, insbesondere nicht beim Allein-Gesellschafter-Geschäftsführer (s. auch Rn 43)⁵; das gilt aber nicht, so lange die Übertragung aller Geschäftsanteile an einen Gesellschafter noch nicht wirksam geworden ist⁶. Im **Konzern** haben Weisungen des organschaftlichen Vertreters des Allein-Gesellschafters (Muttergesellschaft) in der Regel haftungsbefreiende Wirkung, auch wenn dieser dabei gegen die innere Kompetenzordnung der Muttergesellschaft verstößt. Der Geschäftsführer der Tochtergesellschaft hat nicht die Obliegenheit, die Kompetenzmäßigkeit per se zu hinterfragen oder gar eigene Erkundigungen anzustellen⁷; er muss sich nach dem Grundsatz des Missbrauchs der Vertretungsmacht (dazu § 35 Rn 22 ff) allein Evidenz eines Vertretungsmangels des anweisenden Mutterorgans (bzw positive Kenntnis davon) entgehalten lassen⁸.

1 Leuschner NZG 2014, 281, 287; Henssler/Strohn/Oetker Rn 13 mwN; offener Münch-Komm/Fleischer Rn 256b für ehrenamtliche Tätigkeit in gemeinnütziger GmbH.

2 KG GmbHR 2011, 477, 481; ThürOLG GmbHR 1999, 346; Ebert GmbHR 2003, 444, 448; Konzen NJW 1989, 2977, 2985; R/S-L/Koppensteiner/Gruber Rn 28.

3 BGHZ 31, 258, 278 f; BGHZ 119, 257, 261; BGHZ 122, 333, 336 = GmbHR 1993, 427; BGH GmbHR 2010, 85.

4 U/H/L/Paefgen Rn 215; R/S-L/Koppensteiner/Gruber Rn 30; Ebert GmbHR 2003, 444.

5 BGH WM 1992, 2053, 2054; BGHZ 119, 257, 261 f = GmbHR 1993, 38; OLG Brandenburg GmbHR 2015, 353, 355; OLG Köln GmbHR 1995, 449, 450; OLG Köln, GmbHR 2001, 73, 74 f; OLG Stuttgart GmbHR 2000, 1048, 1049.

6 BGH DStR 2002, 2137 = GmbHR 2003, 117.

7 So aber im Ansatz (weil schon auf bloße „Erkennbarkeit“ abstellend) OLG Koblenz GmbHR 2003, 1062 (nur LS) – dort freilich entschieden für einen Fall, in dem GmbH-Geschäftsführer auf Weisung zweier Vorstandsmitglieder des Alleingesellschafters (karitativer e.V.) Zahlungen an Dritte getätigt hatte, die in keinem erkennbaren Zusammenhang mit dem satzungsmäßigen Zweck des e.V. standen.

8 Zutreffend Trölitzsch EWiR 2003, 769, 770; ebenso U/H/L/Paefgen Rn 237; B/H/Zöllner/Noack Rn 34.

Wie die Weisung hat auch die **Billigung** der Geschäftsführungsmaßnahme **durch das weisungsberechtigte Organ** haftungsausschließende Wirkung¹, wobei das Einverständnis sämtlicher Gesellschafter mit dem Geschäftsführerhandeln auch **stillschweigend** erklärt werden kann²; in der Einpersonen-Gesellschaft wirkt deshalb das für den Geschäftsführer erkennbare **Einverständnis des Allein-Gesellschafters** mit seinem Handeln haftungsbefreiend. Eine ähnliche Wirkung (Präklusionswirkung) kommt dem **Entlastungsbeschluss** der Gesellschafter (§ 46 Nr. 5; vgl § 46 Rn 26) hinsichtlich aller Pflichtverletzungen zu, die (was der Geschäftsführer ggf zu beweisen hätte) bei Beschlussfassung bekannt oder bei sorgfältiger Prüfung erkennbar waren³. Noch weiter reicht die haftungsbefreiende Wirkung einer etwaigen **Generalbereinigung** (vgl § 46 Rn 29), mit der die Gesellschaft – zB aus Anlass des Ausscheidens eines Geschäftsführers – auf jegliche Ersatzansprüche wegen ggf pflichtwidrigen Geschäftsführerhandelns verzichtet⁴.

Von der haftungsausschließenden Wirkung des stillschweigend erklärten Einverständnisses der Gesellschafter klar zu unterscheiden ist die Frage, ob sich der Geschäftsführer auch mit dem **Einwand des hypothetischen Einverständnisses der Gesellschafter** verteidigen kann. Das ist – entgegen einem Urteil des BGH aus dem Jahr 2013⁵, wo zur Begründung der Gesichtspunkt des pflichtgemäßen Alternativverhaltens herangezogen wird (s. Rn 53) – zu verneinen. Die Entscheidung über die Billigung des Geschäftsführerhandelns muss der Willensbildung und Erklärung der Gesellschafter vorbehalten bleiben. Solange es an einer entsprechenden ausdrücklichen Erklärung fehlt und auch keine Anhaltspunkte vorliegen, die den Schluss auf ein stillschweigend erklärtes Einverständnis erlauben, haben die Gesellschafter den Geschäftsführer gerade nicht von der Haftung befreit.

Haftungsausschließende Wirkung haben die skizzierten Gesellschaftermaßnahmen (Weisung, Billigung, Entlastung, Generalbereinigung) im Übrigen nur, soweit Begründung oder Verfolgung etwaiger Schadensersatzansprüche gegen den Geschäftsführer überhaupt zur Disposition der Gesellschafter stehen (s. zur Disponibilität der Geschäftsführerhaftung und zur Bewertung der Rspr Rn 60 ff).

1 Michalski/Haas/Ziemons Rn 185; R/S-L/Koppensteiner/Gruber Rn 31; U/H/L/Paefgen Rn 218.

2 S. BGH GmbHR 2000, 187, 188; BGH GmbHR 2003, 712, 713; BGH GmbHR 2013, 1044 Rn 33; ferner OLG Koblenz GmbHR 2015, 357, 361.

3 S. etwa BGH NJW 1959, 192, 193; BGH ZIP 2012, 1197 Rn 31; OLG München GmbHR 2013, 813, 815; OLG München GmbHR 2015, 1324, 1325 f, 1327; näher U/H/L/Hüffer/Schürnbrand § 46 Rn 65 ff; Nägele/Nestel BB 2000, 1253 ff; aA Beuthien GmbHR 2014, 682, 689 f: Entlastung bewirke nur Beweislastumkehr zulasten der Gesellschaft.

4 Dazu BGH GmbHR 1998, 278; BGH GmbHR 2003, 712, 713 f mwN; Vertragsmuster bei Vath GmbHR 2013, 1137.

5 BGH GmbHR 2013, 1044 Rn 31 ff; zustimmend Bachmann NZG 2013, 1121, 1123; ablehnend R/A/Altmeppen Rn 106.

Nicht haftungsbefreiend sind **nichtige Weisungsbeschlüsse** der Gesellschafter¹. Denn selbstverständlich gibt es kein – mit einer Folgepflicht verbundenes – Recht der Gesellschafter, die Geschäftsführer zu gesetzlich verbotenem (ggf gar straffbewehrtem) Verhalten anzuweisen². Insbesondere kann die Verletzung von Pflichten, die den Geschäftsführern im Interesse der Gesellschaftsgläubiger oder im Allgemeininteresse zugewiesen sind (zu ihnen s. schon § 37 Rn 5), nicht durch Weisung oder Billigung gerechtfertigt werden. Das stellt § 43 Abs. 3 Satz 3 für den Fall klar, dass die Geschäftsführer entgegen den §§ 30, 33 handeln; hier haften sie trotz der Weisung, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist. Ebenso wenig besteht Folgepflicht und Haftungsbefreiung bei Weisungen, durch welche die **Existenz der Gesellschaft erheblich gefährdet** oder gar vernichtet würde³. All das gilt gleichermaßen in der Einpersonen-Gesellschaft (vgl schon § 37 Rn 18). Auch haben die Geschäftsführer Unterbilanzhaftungsansprüche gegen die Gesellschafter (dazu § 11 Rn 41 ff) selbständig zu verfolgen; andernfalls machen sie sich der Gesellschaft gegenüber schadensersatzpflichtig⁴.

- 43 Keine Haftung trifft hingegen einen Geschäftsführer, der auf einvernehmliche Gesellschafterweisung (oder als alleiniger Gesellschafter) der Gesellschaft Vermögen entzieht, das zur Deckung des Stammkapitals nicht benötigt wird⁵. Weil der geschäftsführende Allein-Gesellschafter gewissermaßen seine eigenen Weisungen umsetzt, verneint der BGH die Entstehung eines Schadensersatzanspruchs nach § 43 Abs. 2, sofern der Allein-Gesellschafter nicht gerade eine im Gläubigerinteresse unverzichtbare Regel der Kapitalerhaltung verletzt⁶; das soll auch dann gelten, wenn das vermögensmindernde Verhalten des Allein-Gesellschafter-Geschäftsführers im Ergebnis eine Unterbilanz hervorruft (oder eine schon vorhandene verstärkt).

1 Mennicke NZG 2000, 622, 624; Lutter/Banerjee ZIP 2003, 2177; U/H/L/Paefgen Rn 129.

2 Vgl schon BGHZ 31, 258, 278 (nur Bindung an Weisungen, die „im Rahmen von Gesetz, Satzung und guten Sitten bleiben“); BGH NJW 1974, 1088, 1089; BGH NJW 1983, 1856, 1857 = GmbHR 1983, 300; BGHZ 125, 366, 372 = GmbHR 1994, 390; OLG Düsseldorf WM 1992, 14, 19 = GmbHR 1992, 670; OLG Frankfurt GmbHR 1997, 346, 348; OLG Naumburg GmbHR 1999, 1028.

3 BGHZ 149, 10, 20 = GmbHR 2001, 1036; BGH GmbHR 2003, 712, 713; BGHZ 176, 204 Rn 39; BGHZ 197, 304 Rn 33; Fleck ZHR 149 (1985), 387, 408; B/H/Zöllner/Noack Rn 34.

4 Goette DStR 2003, 887, 893; s. auch LG Wiesbaden GmbHR 2013, 596 (Verjährenlassen der noch offenen Einlageforderung).

5 BGHZ 31, 258, 278; BGHZ 119, 257, 259 ff; BGHZ 122, 333, 336 = GmbHR 1993, 427; BGHZ 142, 92, 95 = GmbHR 1999, 921; BGH GmbHR 2000, 330. Übereinstimmend etwa OLG Brandenburg GmbHR 2015, 353, 355; OLG Koblenz GmbHR 2015, 357, 360 f; OLG Köln GmbHR 2001, 73, 74; OLG Nürnberg NZG 2001, 943, 944; OLG Stuttgart GmbHR 2000, 1048, 1049.

6 BGH GmbHR 2000, 330; Belastung des Gesellschaftsvermögens mit Schadensersatzansprüchen Dritter infolge pflichtwidrigen Verhaltens (falsche Anlageberatung) des Geschäftsführers; BGH GmbHR 2010, 85; KG GmbHR 2009, 1333.

Bei Ausführung eines *nichtigen* Weisungsbeschlusses kann die Haftung des Geschäftsführers im Einzelfall zu verneinen sein, weil er Nichtigkeit trotz Anwendung der gebotenen Sorgfalt nicht erkennen konnte. In engen Grenzen kann dem Schadensersatzbegehren ggf der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegengehalten werden¹. Ist der **Weisungsbeschluss** der Gesellschafter mit einiger Aussicht auf Erfolg **angefochten** oder ist eine solche Anfechtungsklage zu erwarten, so enthebt die vorläufige Wirksamkeit des Beschlusses den Geschäftsführer nicht jeglicher Verantwortung. Er muss vielmehr nach pflichtgemäßem Ermessen, dies ausgerichtet am Gesellschaftsinteresse, darüber befinden, ob er die Gesellschafterweisung ausführen will oder nicht (s. § 37 Rn 22)². Zur Folgepflicht bei (nach Einschätzung der Geschäftsführer) unzweckmäßigen Weisungen s. § 37 Rn 18 und Rn 23.

c) Schaden der Gesellschaft: Der Ersatzanspruch gegen den Geschäftsführer setzt in jedem Fall einen durch die Pflichtverletzung des Geschäftsführers verursachten Schaden der Gesellschaft voraus. Ein bloßes (nicht schadenstiftendes) Fehlverhalten des Geschäftsführers genügt nicht³. Das gilt auch für **kompetenzwidriges Handeln**: Ist aus einer vom Geschäftsführer veranlassten Maßnahme, für die er die Zustimmung eines anderen Organs (Gesellschafterversammlung, Aufsichtsrat, Beirat etc) pflichtwidrig nicht eingeholt hat, gar kein Schaden entstanden, ist der Geschäftsführer auch nicht ersatzpflichtig⁴. Ebenso wenig haftet er für die pflichtwidrige Verwendung von Gesellschaftsvermögen allein, zB für die Verwendung von Baugeld im Widerspruch zum Gesetz zur Sicherung von Bauforderungen⁵, falls die Gesellschaft dadurch keinen Schaden erleidet. – Zum Verhältnis zwischen Gesellschafterschaden und Schaden der Gesellschaft s. § 13 Rn 48f.

Zu ersetzen ist jede Minderung des Gesellschaftsvermögens, die ursächlich auf der Pflichtverletzung des in Anspruch genommenen Geschäftsführers beruht; zu vergleichen ist also der Zustand mit und ohne Pflichtverletzung (Schadensberechnung nach der sog **Differenzhypothese**)⁶. Wo die Pflichtverletzung des Geschäftsführers zu adäquat kausalen Vorteilen der Gesellschaft geführt hat, sind diese bei der Schadensberechnung nach den Grundsätzen der **Vorteilsausgleichung** zu berücksichtigen, sofern die Anrechnung nicht Sinn und Zweck der

1 BGH NJW 1974, 1088, 1089; Scholz/Uwe H. Schneider Rn 134ff; Mennicke NZG 2000, 622, 625 mwN.

2 R/S-L/Koppensteiner/Gruber Rn 35; Scholz/Uwe H. Schneider Rn 130ff; MünchKomm/Fleischer Rn 278; im Ergebnis auch U/H/L/Paefgen Rn 242.

3 Ebenso B/H/Zöllner/Noack Rn 15.

4 BGH ZIP 2012, 1197 Rn 27; BGH GmbHR 2013, 1044 Rn 44; s. zuvor auch schon BGH GmbHR 2008, 1092, LS 3 und Rn 19; BGH DStR 2008, 1599 Rn 8.

5 BGH GmbHR 1994, 459.

6 BGH GmbHR 2008, 488, 489; BGH AG 2013, 259 Rn 21; KG GmbHR 2005, 477, 479; KG GmbHR 2011, 477, 481; MünchKomm/Fleischer Rn 261; B/H/Zöllner/Noack Rn 15; Michalski/Haas/Ziemons Rn 200ff.

Schadensersatzpflicht widerspricht¹; die Darlegungs- und Beweislast für anzurechnende Vorteile trägt der Geschäftsführer². Eine solche Vorteilsausgleichung ist auch im Rahmen der *Regresshaftung des Geschäftsleiters für Unternehmenskartellbußen* geboten³. In den Einzelheiten ist das Problemfeld der Vorteilsausgleichung bei Verstößen des Organwalters gegen die Legalitätspflicht (Rn 12) freilich noch nicht vollständig vermessen⁴; selbst Zulässigkeit und Grenzen des gesellschaftsrechtlichen Innenregresses für Unternehmenskartellbußen⁵ sind noch nicht rechtssicher geklärt. Auch bei **Kompetenzverletzung** (Rn 16 und 45) ist der Wert einer Gegenleistung (zB eines ohne die erforderliche Gesellschafterzustimmung geschlossenen Geschäfts) in die Schadensberechnung einzubeziehen, soweit die Gegenleistung für die Gesellschaft von Nutzen ist⁶. Ein – insoweit beweisbelasteter – (Gesellschafter-)Geschäftsführer, der sich ohne den notwendigen Gesellschafterbeschluss eine Vergütung auszahlen lässt, soll den Nachweis führen können, dass seine erbrachte Arbeitsleistung nur gegen die ausgezahlte Vergütung zu erwarten war⁷. S. noch Rn 53 zum Einwand pflichtgemäßen Alternativverhaltens.

- 47 Der *Umfang des Schadensersatzes* wird nicht durch ein **Mitverschulden** eines anderen Geschäftsführers⁸ eingeschränkt. Ebenso wenig kann sich ein Geschäftsführer, der seine Pflichten verletzt hat, auf Überwachungsversäumnisse der Gesellschafter oder eines ggf bestehenden Aufsichtsrats berufen⁹. Denkbar ist aber Haftungs-minderung zugunsten eines Geschäftsführers, der wegen unzureichender Überwachung eines Mitgeschäftsführers haftet (Rn 29), wenn Gesellschafter schuldhaft einen ungeeigneten Mitgeschäftsführer bestellt hatten¹⁰.

1 Vgl für die Vorstandshaftung BGH AG 2013, 259 Rn 26: Verrechnung von Gewinnen und Verlusten aus einer Reihe gleichartiger unzulässiger Spekulationsgeschäfte.

2 BGH AG 2013, 259 Rn 29.

3 In diesem Sinne etwa *Bayer/Scholz* GmbHHR 2015, 449, 453, 454 f; *Binder/Kraayvanger* BB 2015, 1219, 1228 f; *Fleischer* DB 2014, 345, 350; *Hauger/Palzer* ZGR 2015, 33, 56 ff; kritisch indes *MünchKomm/Spindler* § 93 AktG Rn 92; *Thole* ZHR 173 (2009), 504, 530.

4 Weiterführend *MünchKomm/Fleischer* Rn 45 ff.

5 Einen Innenregress grundsätzlich ablehnend jüngst LAG Düsseldorf GmbHHR 2015, 480; zustimmend *Bachmann* BB 2015, 771, 775; *Thomas* NZG 2015, 1409, 1410 ff; anders indes die bislang hM, s. etwa *Bayer/Scholz* GmbHHR 2015, 449, 450 ff; *Fleischer* DB 2014, 345, 347 f; *Hauger/Palzer* ZGR 2015, 33, 40 ff, je mwN. Zur Diskussion um eine (summenmäßige) Begrenzung der Regresshaftung von Vorstand oder Geschäftsführern etwa *Bayer/Scholz* GmbHHR 2015, 449, 454 ff; *Fleischer* DB 2014, 345, 348 ff; *Eufinger* WM 2015, 1265 ff; *Hauger/Palzer* ZGR 2015, 33, 61 ff.

6 *Fleischer* DStR 2009, 1206 f; *B/H/Zöllner/Noack* Rn 15; aA OLG München NZG 2000, 741, 743; KG GmbHHR 2005, 477, 479; *U/H/L/Paefgen* Rn 182.

7 BGH GmbHHR 2007, 260 Rn 14 mit Rn 10; BGH GmbHHR 2008, 1092 Rn 19.

8 BGH GmbHHR 2008, 144.

9 BGH GmbHHR 1983, 300; BGH ZIP 2015, 166; OLG Oldenburg GmbHHR 2006, 1263, 1268.

10 *R/A/Altmeppen* Rn 115; *B/H/Zöllner/Noack* Rn 45.

Im Übrigen finden, wenn mehrere Geschäftsführer als Gesamtschuldner haften, unterschiedliche Verantwortlichkeitsbeiträge im Rahmen des Innenausgleichs (§ 426 Abs. 1 BGB) Berücksichtigung; s. Rn 38. – Zur haftungsausschließenden Wirkung der **Weisung und Billigung durch die Gesellschafter** s. im Übrigen Rn 40.

d) Haftungskonzentration über die Gesellschaft: Der Geschäftsführer haftet 48 aus § 43 Abs. 1 und 2 *allein der Gesellschaft gegenüber*: Prinzip der Pflichten- und Haftungskonzentration über die Gesellschaft, vornehmlich um die Ersatzleistung des Geschäftsführers allen Gesellschaftsgläubigern und Gesellschaftern in gleicher Weise zugute kommen zu lassen¹; zum notwendigen Gesellschafterbeschluss (§ 46 Nr. 8) s. schon Rn 1 und Rn 51. § 43 Abs. 1 ist deshalb weder Schutzgesetz (§ 823 Abs. 2 BGB) zugunsten der Gesellschaftsgläubiger noch zugunsten der Gesellschafter². Durch das Prinzip der Pflichten- und Haftungskonzentration über die Gesellschaft wird eine Geschäftsführer-Außenhaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern oder sonstigen Dritten zwar keineswegs ausgeschlossen; sie bedarf aber besonderer Grundlagen jenseits von § 43 Abs. 1 und 2 (s. schon Rn 12 aE und näher Rn 71 ff, 79 ff).

In der **GmbH & Co KG** ist jeder Geschäftsführer der Komplementär-GmbH nach den Maßstäben des § 43 Abs. 1 auch der KG gegenüber verantwortlich, deren Geschäfte die Komplementär-GmbH als ihre alleinige oder wesentliche Aufgabe zu führen hat und deren Geschäftsführung damit (mittelbar) ihm selbst aufgetragen ist: Der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH unterliegt selbst dort, wo sein Dienstvertrag allein mit der GmbH und nicht auch mit der KG geschlossen wird, einem Rechtsverhältnis mit Schutzwirkung zugunsten der KG, das durch den Pflichtenmaßstab des § 43 Abs. 1 und eine Schadensersatzhaftung bei Pflichtverletzung (auch der KG gegenüber) geprägt wird. Ob man dies (wenn der Dienstvertrag allein mit der Komplementär-GmbH geschlossen wird) dogmatisch aus den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte ableiten oder ein organschaftliches Sonderrechtsverhältnis mit Schutzwirkung zugunsten der KG annehmen, dh schon der Organstellung zur GmbH drittschützende Wirkung beimessen will³, macht im Ergebnis keinen Unterschied⁴. Wo es

1 Vgl BGH ZIP 1987, 29, 32 f; K. Schmidt JZ 1985, 301, 303; Ulmer ZHR 148 (1984), 391, 407 ff.

2 BGH DB 1979, 1694; BGH NJW 1969, 1712; BGH GmbHR 2012, 964 Rn 23; OLG Frankfurt GmbHR 1999, 1144; OLG Stuttgart GmbHR 2006, 759; B/S/Klöhn Rn 89; R/S-L/Koppensteiner/Gruber Rn 42; B/H/Zöllner/Noack Rn 64, je mwN.

3 S. hierzu und zu weiteren Begründungsversuchen – mit Einzelnachweisen – Schürnbrand S. 189 ff.

4 S. etwa BGH GmbHR 2013, 1044 Rn 15; BGH GmbHR 2002, 588, 589; BGH DStR 1992, 549, 550 = GmbHR 1992, 303; BGHZ 100, 190, 193 = GmbHR 1987, 304 f; BGHZ 76, 326, 337 = GmbHR 1980, 179 f; ferner OLG Düsseldorf NZG 2001, 1086; KG GmbHR 2011, 477, 478 f.

an einem vertraglichen Dienstverhältnis zwischen der Komplementär-GmbH und ihrem Geschäftsführer fehlt, entfaltet jedenfalls die organschaftliche Sonderrechtsbeziehung zwischen beiden drittschützende Wirkung zugunsten der KG¹. Die Geltendmachung der Schadensersatzansprüche der KG gegenüber dem Geschäftsführer (hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislastverteilung gilt das Rn 52 ff Ausgeführte) ist nicht entsprechend § 46 Nr. 8 (vgl Rn 1) von einem Gesellschafterbeschluss abhängig².

- 49 Zur **Haftung der Geschäftsführer** wegen Pflichtverletzung **den Gesellschaftern gegenüber** kommt es unter den besonderen Voraussetzungen des § 31 Abs. 6 (s. § 31 Rn 34), darüber hinaus ggf nach Bürgerlichem Recht (insbesondere § 826 BGB, nicht aber § 823 Abs. 2 BGB iVm § 43 Abs. 1; Rn 48); eine Haftung gegenüber den Gesellschaftern lässt sich regelmäßig *nicht* über deren Einbeziehung in den Schutzbereich des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages begründen³; anders nur, wenn der Vertrag in diesem Sinne ausgestaltet ist⁴. Nach einer (zum Vereinsrecht ergangenen) Entscheidung will der BGH den Geschäftsführer deliktsrechtlich dann aus § 823 Abs. 1 BGB haften lassen, wenn er in den „Kern“ der Gesellschaftermitgliedschaft (zu dieser § 14 Rn 16) schuldhaft eingegriffen habe⁵. Über Eingriffe in den rechtlichen Bestand der Mitgliedschaft hinaus wollen Teile des Schrifttums eine solche Haftung selbst bei Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungspflicht oder Kompetenzordnung bejahen⁶. Dem ist nicht zu folgen, da der Verstoß gegen verbandsrechtliche Pflichten nach den Grundsätzen der innerverbandlichen Haftungsordnung zu sanktionieren ist und die breitflächige Anerkennung einer deliktischen Geschäftsführerhaftung gegenüber den Gesellschaftern die gesetzgeberische Entscheidung für eine Haftungskanalisation über die Gesellschaft unterlaufen würde⁷.
- 50 Eine andere (nicht minder umstrittene) Frage ist es, ob ein einzelner Gesellschafter berechtigt ist, einen Ersatzanspruch der Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer im eigenen Namen geltend zu machen (**actio pro socio**), und zwar derart, dass er Leistung an die Gesellschaft verlangt⁸. Da die Verfolgung des An-

1 BGH GmbHR 2013, 1044 Rn 16 ff.

2 BGH GmbHR 2013, 1044 Rn 20.

3 OLG Stuttgart GmbHR 2006, 759.

4 MünchKomm/Fleischer Rn 335; Michalski/Haas/Ziemons Rn 269; B/H/Zöllner/Noack Rn 64.

5 BGHZ 110, 323, 334 f.

6 Habersack Die Mitgliedschaft – subjektives und „sonstiges“ Recht, 1996, S. 188 ff; Michalski/Haas/Ziemons Rn 277 f mwN.

7 S. zur Kritik auch R/S-L/Koppensteiner/Gruber Rn 44; U/H/L/Paefgen Rn 316; B/H/Zöllner/Noack Rn 65, je mwN.

8 Dazu etwa R/S-L/Koppensteiner/Gruber Rn 47 ff; Sandmann S. 354 ff; Scholz/K. Schmidt § 46 Rn 161, je mwN.

spruchs der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer nach § 46 Nr. 8 einen entsprechenden Gesellschafterentscheid voraussetzt (dazu § 46 Rn 35 ff), kann nur ein subsidiäres Klagerecht des Gesellschafters Anerkennung finden: Er muss sich wegen der Entscheidungsprärogative der Gesellschaftergesamtheit in der Regel¹ zunächst ernsthaft und nachdrücklich darum bemühen, einen Beschluss nach dieser Bestimmung herbeizuführen². Lehnen die Gesellschafter die Verfolgung des Anspruchs gegen den Geschäftsführer durch Beschluss ab, muss ein überstimmter Gesellschafter dagegen im Wege der Anfechtungsklage vorgehen³. Bloß inzidente Prüfung des ablehnenden Gesellschafterentscheids im Schadenersatzprozess⁴ genügt nicht: auch ein anfechtbarer Beschluss ist bis zu seiner Nichtigerklärung auf Anfechtungsklage wirksam.

Im Insolvenzfall wird der Haftungsanspruch gegen den Geschäftsführer vom **Insolvenzverwalter** geltend gemacht (§ 92 InsO); eines Gesellschafterbeschlusses nach § 46 Nr. 8 bedarf es nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens allerdings nicht, weil dann die Gläubigerinteressen an einer Vermehrung der Masse Vorrang verdienen⁵. Ein eigenes **Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger** in der masselosen Insolvenz gewährt das GmbHG nicht⁶, jedoch ist – im Interesse einer gestärkten Missbrauchsbekämpfung und entgegen der früher hM⁷ – bei Masselosigkeit ein Klagerecht in Analogie zu § 93 Abs. 5 Satz 1 AktG, § 34 Abs. 5 Satz 1 GenG anzuerkennen, soweit der Anspruch gegen den Geschäftsführer nicht zur Gesellschafterdisposition steht (dazu Rn 42 und Rn 60 ff)⁸. Die Gegenmeinung verweist die Gesellschaftsgläubiger demgegenüber darauf, den Anspruch der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer zu pfänden und sich überweisen zu lassen, wozu es jedenfalls keines Gesellschafterentscheids nach § 46 Nr. 8 bedarf⁹.

1 Zu Ausnahmen, vor allem drohende Insolvenz: *Scholz/K. Schmidt* § 46 Rn 153; s. auch noch OLG Düsseldorf GmbHR 1996, 689, 696.

2 *R/S-L/Koppensteiner/Gruber* Rn 48.

3 HM; OLG Köln GmbHR 1993, 816, 817; *R/S-L/Koppensteiner/Gruber* Rn 48 mwN.

4 Dafür *U/H/L/Hüffer/Schürnbrand* § 46 Rn 114 f; in den Fällen „offenkundig rechtswidriger Beschlussablehnung“ auch *Scholz/K. Schmidt* § 46 Rn 161.

5 BGH GmbHR 2004, 1279, 1281.

6 S. BGH WM 1990, 548, 555 = GmbHR 1990, 251.

7 In diesem Sinne etwa noch *R/S-L/Koppensteiner/Gruber* Rn 50; *Scholz/Uwe H. Schneider* Rn 291; *Michalski/Haas/Ziemons* Rn 301; *B/H/Zöllner/Noack* Rn 31; *Stobbe* Die Durchsetzung gesellschaftsrechtlicher Ansprüche der GmbH in Insolvenz und masseloser Liquidation, 2001, S. 456 ff.

8 Dafür etwa auch *R/A/Altmeppen* Rn 94; *Biletzki* NZG 1999, 286, 290; *MünchKomm/Fleischer* Rn 327; *U/H/L/Paeßgen* Rn 310; *K. Schmidt* GesR § 9 IV 5. – Zur entsprechenden Problematik in der Liquidation s. § 73 Rn 13 mN.

9 *Scholz/Uwe H. Schneider* Rn 291.

- 52 e) **Haftungsprozess; Darlegungs- und Beweislast:** Vorbehaltlich der vereinbarten Zuständigkeit eines Schiedsgerichts¹ ist der **Prozess** gegen den Geschäftsführer auf Schadensersatz nach § 43 Abs. 2 vor dem nach § 29 ZPO (oder § 13 ZPO) zuständigen Gericht², nicht etwa vor dem ArbG zu führen. Die **Darlegungs- und Beweislast** der Gesellschaft ist entsprechend § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG, § 34 Abs. 2 GenG erleichtert. Nach inzwischen ständiger Rspr³ hat die Gesellschaft den Eintritt eines Schadens und dessen Verursachung durch ein Verhalten (Tun oder Unterlassen) des Geschäftsführers, das sich als „möglicherweise pflichtwidrig“ darstellt, darzulegen und zu beweisen. Demgegenüber muss der Geschäftsführer Umstände dafür darlegen und beweisen, dass das schadensauslösende Verhalten nicht pflichtwidrig gewesen war oder ihn zumindest kein Schuldvorwurf hinsichtlich der Pflichtverletzung trifft. Das schließt ggf Darlegungen über die Einhaltung seines unternehmerischen Ermessensspielraums, insbesondere den Nachweis der sorgfältigen Entscheidungsvorbereitung (s. Rn 23 ff) ein⁴. Entsprechendes gilt für die Darlegungen zur Einholung fachkundigen Rats bei zweifelhafter Rechtslage (dazu Rn 13 aE). Der Geschäftsführer kann auch den Nachweis führen, dass der Schaden selbst bei pflichtgemäßem Alternativverhalten eingetreten wäre⁵.
- 53 **Kompetenzverletzungen** des Geschäftsführers (s. Rn 16) führen nicht zur Schadensersatzpflicht, wenn der Gesellschaft aus dem nämlichen Geschäftsführerhandeln gar kein Schaden entstanden ist (Rn 45 f). Ist aus einer vom Geschäftsführer veranlassten Maßnahme, für die er die Zustimmung eines anderen Organs (Gesellschafterversammlung, Aufsichtsrat, Beirat etc) pflichtwidrig nicht eingeholt hat, der Gesellschaft hingegen ein Schaden entstanden, ist der Geschäftsführer ersatzpflichtig. Denn kompetenzwidriges Geschäftsführerhandeln ist stets pflichtwidrig (Rn 16). Der **Einwand pflichtgemäßen Alternativverhaltens** steht dem Geschäftsführer hier richtigerweise nur in engen Grenzen offen:

- 1 Zur Schiedsfähigkeit von Organhaftungsstreitigkeiten s. etwa *Bauer/Arnold/Kramer* AG 2014, 677; *MünchKomm/Fleischer* Rn 334a; *Habersack/Wasserbach* AG 2016, 2, 12 ff; *Herresthal* ZIP 2014, 345; *Leuering* NJW 2014, 657.
- 2 BGH GmbHR 1992, 303; *MünchKomm/Fleischer* Rn 334.
- 3 Eingehende Darstellung und Analyse des Fallmaterials bei *Goette* ZGR 1995, 648 ff; aus jüngerer Zeit s. insbesondere BGH GmbHR 2003, 113 und etwa BGH AG 2011, 378 Rn 17; BGH GmbHR 2013, 1044 Rn 22; ferner etwa KG GmbHR 2011, 477, 480; OLG München Der Konzern 2016, 133 = AG 2016, 332; OLG München GmbHR 2015, 1324, 1326.
- 4 BGH GmbHR 2003, 113, 114; BGH GmbHR 2008, 1033, 1034; vgl auch BGH AG 2011, 378 Rn 19 ff; BGH AG 2013, 259 Rn 14; BGH GmbHR 2013, 1044 Rn 28; KG GmbHR 2011, 477, 480; OLG München Der Konzern 2016, 133 = AG 2016, 332; *Fleischer* ZIP 2004, 685, 688; *Kurzweily* in Hdb Managerhaftung, § 12 Rn 10; *Lutter* ZIP 2007, 841, 846; kritisch *U/H/L/Paefgen* Rn 209; *Paefgen* NZG 2009, 891: insoweit nur sekundäre Darlegungs- und Beweislast des Geschäftsführers; ähnlich *Fest* NZG 2011, 540, 541 f.
- 5 BGH GmbHR 2003, 113, 114; BGH AG 2011, 378 Rn 17; BGH GmbHR 2013, 1044 Rn 22 und 32; BGH AG 2013, 259 Rn 14.

Die Kausalität der Kompetenzverletzung entfällt nur dort, wo das übergangene Organ (Gesellschafterversammlung, Aufsichtsrat, Beirat etc) der fraglichen Geschäftsführungsmaßnahme hätte zustimmen müssen, jedes andere Votum also treuwidrig gewesen wäre¹. Von solchen Ausnahmefällen abgesehen muss der Einwand pflichtgemäßen Alternativverhaltens bei der Verletzung von Kompetenz- oder Verfahrensregeln ausgeschlossen sein, da die Mitwirkungsrechte des nicht ordnungsgemäß befassten Organs andernfalls unterlaufen würden². Deshalb kann zB ein Geschäftsführer, der eine verlustbringende Maßnahme ohne die (satzungsmäßig erforderliche) Zustimmung eines Beirats vollzogen hat, nicht erfolgreich geltend machen, dieser hätte – wäre er eingeschaltet worden – zugestimmt. Es kommt hier weder auf das durch Vernehmung der Beiratsmitglieder in einem späteren Prozess gegen den Geschäftsführer zu ermittelnde hypothetische Abstimmungsverhalten noch darauf an, welches Votum von einem verantwortlich handelnden, zureichend informierten Beiratsmitglied zu erwarten gewesen wäre³.

Nicht zu überzeugen vermag deshalb auch eine jüngere Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2013 zur Geschäftsführerhaftung in der GmbH & Co KG⁴, in der dem auf Schadensersatz in Anspruch genommenen Geschäftsführer der **Einwand des hypothetischen Einverständnisses der Gesellschafter** zugestanden wird (s. schon Rn 41): Unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des pflichtgemäßen Alternativverhaltens sollen dem Geschäftsführer Darlegung und Nachweis offen stehen, dass die Gesellschafter ihr Einverständnis mit der schadenstiftenden Geschäftsführungsmaßnahme erklärt hätten, wenn sie darüber zuvor zureichend informiert worden wären⁵. Indes muss die Entscheidung über die Billigung des Geschäftsführerhandelns der Willensbildung und Erklärung der Gesellschafter vorbehalten bleiben. Solange es an einer entsprechenden ausdrücklichen Erklärung fehlt und auch keine Anhaltspunkte vorliegen, die den Schluss auf ein stillschweigend erklärtes Einverständnis (Rn 41) erlauben, haben die Gesellschafter den Geschäftsführer gerade nicht von der Haftung befreit⁶.

1 Auf eine Zustimmungspflicht abstellend auch BGH GmbHR 2007, 260 Rn 14 mit Rn 10 f.

2 Zutreffend in diesem Sinne schon BGH GmbHR 1991, 197 (für das GmbH-Recht); BGHZ 114, 127, 135 (für das Aktienrecht); *Fleck* GmbHR 1974, 224, 226; der Sache nach ebenso etwa *Goette* DStR 1997, 81, 82; *Michalski/Haas/Ziemons* Rn 199a; *U/H/L/Paefgen* Rn 195; aA *Altmeppen* FS K. Schmidt, 2009, S. 23, 36 ff; *R/A/Altmeppen* Rn 104 f; *MünchKomm/Fleischer* Rn 266; *S/I/Lücke/Simon* Rn 54; *B/H/Zöllner/Noack* Rn 16.

3 Auf Letzteres abstellend aber OLG Oldenburg GmbHR 2006, 1263, 1267; dem zustimmend *Fleischer* DStR 2009, 1204, 1209 und *MünchKomm/Fleischer* Rn 266; *Werner* GmbHR 2007, 678, 681; *B/H/Zöllner/Noack* Rn 16.

4 BGH GmbHR 2013, 1044.

5 BGH GmbHR 2013, 1044 Rn 31 ff; zustimmend *Bachmann* NZG 2013, 1121, 1123; ablehnend *R/A/Altmeppen* Rn 106.

6 Im Ergebnis wie hier *U/H/L/Paefgen* Rn 195 aE; *Michalski/Haas/Ziemons* Rn 199a aE.

- 54 Der Geschäftsführer hat sich nicht nur in subjektiver, sondern auch in objektiver Hinsicht zu entlasten, die Gesellschaft muss aber ein *schadensursächliches Geschäftsführerverhalten in dessen Pflichtenkreis* (und in eben diesem Sinne die „**Möglichkeit der Pflichtwidrigkeit**“) darlegen¹. Diese Abgrenzung der Darlegungs- und Beweislast ist freilich nicht statisch zu verstehen; denn die Gesellschaft hat nach Maßgabe ihrer größeren Beweismähe (einzelfallabhängige) sekundäre Darlegungslasten hinsichtlich etwaiger Pflichtverletzungen des in Anspruch genommenen Geschäftsführers². Das gilt auch dort, wo diesem die Verletzung seines unternehmerischen Entscheidungsermessens (s. Rn 23 ff) vorgeworfen wird. Schon deshalb ist in diesen Fällen eine Korrektur der skizzierten Beweislastverteilung „als Filter gegen frivole Organhaftungsklagen“³ nicht veranlasst; Darlegung und Nachweis sorgfältiger Entscheidungsvorbereitung (Einhaltung der verfahrensmäßigen Anforderungen an pflichtgemäßes unternehmerisches Entscheiden) belasten den Geschäftsführer keineswegs unangemessen. Für einen etwaigen Interessenkonflikt, der zur uneingeschränkten gerichtlichen Überprüfung des Geschäftsführerhandelns führt (s. Rn 24), hat die Gesellschaft aber konkrete Anhaltspunkte vorzutragen⁴, ohne die der Geschäftsführer keinen „Negativbeweis“ führen kann.

Für den (von der Gesellschaft zu führenden) Nachweis von Schadenseintritt und Schadenshöhe sowie die Ursächlichkeit des Geschäftsführerverhaltens gelten die Erleichterungen aus § 287 ZPO⁵. Beruft sich der Geschäftsführer zu seiner Entlastung auf eine ihn bindende **Weisung der Gesellschafter** oder auf deren **Billigung** (s. Rn 40 f), so hat er auch diese zu beweisen⁶.

1 So schon *Goette ZGR* 1995, 648, 671 ff; ebenso *B/H/Zöllner/Noack* Rn 38. Wohl etwas abweichende Interpretation des Nachweises „möglicher“ Pflichtwidrigkeit zB bei *Krieger VGR*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion, Jahrestagung 1998, 1999, S. 111, 128 und *Krieger FS Uwe H. Schneider*, 2011, S. 717, 721: Gesellschaft müsse Indizien bzw Anhaltspunkte für die Pflichtwidrigkeit des Geschäftsführerverhaltens darlegen. Die Darlegung von Umständen, aus denen sich „der Anschein“ möglicher Pflichtwidrigkeit ergebe, verlangt OLG Nürnberg ZIP 2015, 430; dagegen zu Recht *Bauer NZG* 2015, 549.

2 BGH GmbHR 2003, 113, 114; *Goette ZGR* 1995, 648, 674; *Kurzwelly* in Hdb Managerhaftung, § 12 Rn 14; *B/H/Zöllner/Noack* Rn 38 aE.

3 So *U/H/L/Paefgen* Rn 209 mit Fn 642 unter Hinweis auf die Beweislastverteilung nach der US-amerikanischen business judgment rule. Der ungefilterten Übernahme der dortigen Regeln stehen hiezulande indes die Vorgaben in § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG, § 34 Abs. 2 GenG entgegen. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG lässt diese Vorgaben unberührt.

4 Insoweit übereinstimmend *U/H/L/Paefgen* Rn 209.

5 BGH GmbHR 2003, 113, 114; zu Beweiserleichterungen, wenn die Geschäftsvorfälle durch nicht ordnungsgemäße Buchhaltung unaufklärbar sind, s. etwa BGH GmbHR 1991, 101 und OLG Stuttgart GmbHR 2000, 1048, 1049 f mwN.

6 BGH GmbHR 2008, 805, 810; *R/S-L/Koppensteiner/Gruber* Rn 36 aE.

Die Erleichterungen der Darlegungs- und Beweislast zugunsten der klagenden Gesellschaft gelten für die organschaftliche Haftung des Geschäftsführers, nicht aber für eine etwaige Haftung auf sonstiger (vor allem deliktsrechtlicher) Grundlage¹. Sie finden auch bei Haftungsklagen gegen einen **ausgeschiedenen Geschäftsführer** Anwendung². Der Gesellschaft wird aber wiederum im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast (s. schon Rn 54) auferlegt, die angebliche Pflichtverletzung näher zu bezeichnen³; zudem hat das beklagte ehemalige Organmitglied – das nach Beendigung seiner Amtszeit sämtliche Geschäftsunterlagen an die Gesellschaft herauszugeben hat⁴ (§§ 675, 666, 667 BGB; dazu Anh zu § 6 Rn 48) – Anspruch auf Einsicht in jene Unterlagen der Gesellschaft, die für die Rechtsverteidigung benötigt werden; die Gesellschaft muss ihm das für seine Beweisführung maßgebliche Material zugänglich machen⁵. Soweit die Gesellschaft diese Einsicht nicht gewährt (etwa mit dem Hinweis, entsprechende Unterlagen aus der Amtszeit des Beklagten seien nicht mehr vorhanden⁶), ist ihr die Berufung auf die Erleichterungen ihrer Darlegungs- und Beweislast zu versagen⁷. Dem ehemaligen Geschäftsführer wäre, soweit er beweisbelastet bliebe, mit einer (weiteren) Reduzierung seiner Darlegungslast zulasten einer gesteigerten sekundären Darlegungslast der Gesellschaft⁸ nicht geholfen; denn die Führung des Entlastungsbeweises wird ihm ohne Einsichtnahme in die maßgeblichen Unterlagen in der Regel nicht gelingen⁹.

1 BGH GmbHR 2002, 1197, 1199; OLG Stuttgart GmbHR 2006, 759.

2 BGH GmbHR 2003, 113, 114; MünchKomm/Fleischer Rn 274; B/H/Zöllner/Noack Rn 44; aA (keine Beweislastumkehr zulasten von ausgeschiedenen Organpersonen) Foerster ZHR 176 (2012), 221, 243 ff; wohl auch Michalski/Haas/Ziemons Rn 256.

3 BGH GmbHR 2003, 113, 114; Kurzwelly in Hdb Managerhaftung, § 12 Rn 15.

4 BGH WM 1968, 1325, 1328; BGH GmbHR 2008, 1214.

5 BGH GmbHR 2003, 113, 114; zum Umfang des Einsichtnahmerechts weiterführend Deilmann/Otte BB 2011, 1291, 1293 f; Foerster ZHR 176 (2012), 221, 232 ff; Freund NZG 2015, 1419, 1421; Grooterhorst AG 2011, 389, 392 ff; Krieger FS Uwe H. Schneider, 2011, S. 717, 722 ff; Ruchatz AG 2015, 1, 2 ff; Werner GmbHR 2013, 68, 69 ff. Empfehlungen für eine vorausschauende vertragliche Gestaltung gibt Meckbach NZG 2015, 580, 584 f.

6 Vgl. Michalski/Haas/Ziemons Rn 256.

7 Im Ergebnis ebenso K. Schmidt/Lutter/Krieger/Sailer-Coceani § 93 AktG Rn 44: entsprechend den Regeln über die Beweisvereitelung; ähnlich, aber mit anderem Ansatz Foerster ZHR 176 (2012), 221, 241 f; Beweiserleichterungen nach §§ 427, 444 ZPO.

8 So aber wohl Krieger FS Uwe H. Schneider, 2011, S. 717, 734.

9 Foerster ZHR 176 (2012), 221, 231 und 242; Grooterhorst AG 2011, 389, 392.

4. Besondere Haftungstatbestände bei Verstoß gegen §§ 30, 33 (§ 43 Abs. 3)

- 56 Besondere Tatbestände des allgemeinen Schadensersatzanspruchs nach § 43 Abs. 2 (arg „insbesondere“¹) sieht § 43 Abs. 3 vor, wenn die Gesellschaft entgegen § 33 eigene Geschäftsanteile erwirbt (§ 43 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2) oder wenn Zahlungen entgegen § 30 an Gesellschafter geleistet werden (§ 43 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1). Geschäftsführer haben kraft ihrer Überwachungspflicht dafür zu sorgen, dass solche Zahlungen auch nicht von Mitgeschäftsführern oder Prokuristen etc. getätigt werden²; Prokuristen und andere nachgeordnete Mitarbeiter haften aber selbst nicht nach § 43 Abs. 3, sondern ggf. deliktisch sowie wegen Verletzung ihres Anstellungsvertrages³. Die Schadensersatzhaftung des Geschäftsführers nach § 43 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 tritt neben die Haftung des Leistungsempfängers auf Rückerstattung nach § 31 Abs. 1, 2; der Geschäftsführer kann bei ihm Regress nehmen. Realisiert sich die Ausfallhaftung der Mitgesellschafter aus § 31 Abs. 3, sind die Geschäftsführer diesen zum Ersatz verpflichtet (§ 31 Abs. 6). In der GmbH & Co KG haftet der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH gegenüber der KG nach § 43 Abs. 3 für nach § 30 Abs. 1 verbotene Auszahlungen aus dem Vermögen der KG an einen Gesellschafter der Komplementär-GmbH⁴.
- 57 Den Fällen der 1. Alt. steht die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen gleich, wenn und soweit sie – weil das bis zum Inkrafttreten des MoMiG (1.11.2008) geltende Recht noch Anwendung findet (Altfälle; dazu näher Anh. zu § 64 Rn 173 f) – den BGH-Regeln zum auslaufenden Eigenkapitalersatzrecht unterstehen (s. 16. Aufl., §§ 32a/b Rn 103). Wo allein das neue Recht zur Anwendung kommt, kann der Geschäftsführer nach § 64 Satz 3 einstandspflichtig sein (vgl. § 64 Rn 20 ff)⁵. Zur Darlehensvergabe an einen Gesellschafter s. Rn 59.
- 58 Die Geschäftsführerhaftung in den Sonderfällen des § 43 Abs. 3 ist gegenüber der allgemeinen Haftung nach § 43 Abs. 2 verschärft: Sie steht, soweit die Ersatzleistung zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger benötigt wird, nicht zur Disposition der Gesellschafter (vgl. dazu Rn 61); unter dieser Voraussetzung haften deshalb auch die einvernehmlich handelnden Gesellschafter, die zugleich Geschäftsführer sind⁶. Darlegung und Beweis der Voraussetzungen des Haftungstatbestandes (Verstoß gegen § 30 bzw. § 33) obliegt grundsätzlich der Ge-

1 Die zutreffende Deutung des § 43 Abs. 3 als Schadensersatzanspruch entspricht der ganz hM; s. nur BGH GmbHR 2008, 1319, 1321; MünchKomm/Fleischer Rn 285; U/H/L/Paefgen Rn 255 f mwN; aA Habersack/Schürnbrand WM 2005, 957, 960: „Ersatzanspruch eigener Art (verschuldensunabhängiger Folgenbeseitigungsanspruch)“.

2 BGH GmbHR 2001, 771, 772.

3 BGH GmbHR 2001, 771, 773 f; dazu H.-F. Müller ZGR 2003, 441.

4 BGH GmbHR 2015, 248 Rn 12.

5 MünchKomm/Fleischer Rn 289; B/H/Zöllner/Noack Rn 49.

6 BGH GmbHR 2012, 740 Rn 27.

sellschaft (dem Insolvenzverwalter), den in Anspruch genommenen Geschäftsführer treffen jedoch sekundäre Darlegungslasten¹. Haftung nach § 43 Abs. 3 gründet auf einem normspezifischen Schadensbegriff: Zu ersetzender Schaden bei Erwerb eigener Anteile entgegen § 33 (§ 43 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2) ist der unzulässig gezahlte Erwerbspreis abzüglich etwaiger Rückzahlungen, nicht lediglich die Differenz zum Anteilswert². Schaden bei Vermögensauskehr an Gesellschafter entgegen § 30 (§ 43 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1) liegt in der Minderung des gebundenen Vermögens; der Erstattungsanspruch gegen den Zahlungsempfänger bleibt unberücksichtigt³. Der Eintritt dieses normativen Schadens wird jeweils vermutet, allerdings widerlegbar: So ist im Fall von § 43 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 ein etwaiger Schadensausgleich durch endgültigen Rückfluss der ausgekehrten Werte in das Gesellschaftsvermögen vom Geschäftsführer darzulegen und zu beweisen⁴. Die spätere anderweitige Wiederauffüllung des Gesellschaftskapitals lässt die Haftung aus § 43 Abs. 3 aber nicht entfallen⁵. Die unterlassene Geltendmachung des Erstattungsanspruchs gegen den Zahlungsempfänger löst keinen neuerlichen Schadensersatzanspruch gegen den (aus § 43 Abs. 3 verantwortlichen) Geschäftsführer nach § 43 Abs. 2 aus (s. auch Rn 67 zur Verjährung des Anspruchs aus § 43 Abs. 3)⁶. Sind (über den von § 43 Abs. 3 erfassten Schaden hinaus) weitergehende Schäden zu Lasten der Gesellschaft entstanden, so haftet der Geschäftsführer hierfür nach § 43 Abs. 2 (nicht nach § 43 Abs. 3); Darlegungslast für den Eintritt solcher Schäden liegt (entsprechend Rn 52) bei der Gesellschaft⁷.

Im Falle der **Darlehensvergabe an einen Gesellschafter** entlastet die mit § 30 Abs. 1 Satz 2 idF des MoMiG vollzogene „Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise“ (s. zu Einzelheiten § 30 Rn 25 ff) zugleich den Geschäftsführer: Wo – wegen Vollwertigkeit des Rückgewähranspruchs – in der Darlehensvergabe keine verbotene Auszahlung liegt, droht ihm auch nicht die Haftung aus § 43 Abs. 3. Allerdings trifft den Geschäftsführer hier eine **Beobachtungspflicht**. Er muss fortlaufend überwachen, ob der Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter weiterhin werthaltig bleibt. Ist das nicht mehr der Fall – bahnt sich in *Cash Pool*-Systemen gar die Illiquidität des Konzernverbundes an – muss er die überlassenen Mittel zurückfordern oder auf der Stellung von Sicherheiten beste-

1 BGH GmbHR 2006, 537 im Anschluss an BGH GmbHR 2003, 466, 467.

2 U/H/L/Paefgen Rn 269; B/H/Zöllner/Noack Rn 50.

3 BGH GmbHR 2008, 1319, 1321; MünchKomm/Fleischer Rn 293.

4 RGZ 159, 211, 230; Fleischer ZIP 2005, 141, 151; Habersack/Schürnbrand WM 2005, 957, 958; U/H/L/Paefgen Rn 271.

5 BGH GmbHR 2012, 740 Rn 29.

6 BGH GmbHR 2008, 1319, 1321 und dazu Bormann ZInsO 2009, 127, 129.

7 R/S-L/Koppensteiner/Gruber Rn 24; B/H/Zöllner/Noack Rn 49; U/H/L/Paefgen Rn 270 f; Michalski/Haas/Ziemons Rn 219.

hen; andernfalls macht er sich schadensersatzpflichtig nach § 43 Abs. 2¹. Jedenfalls wo der Ausfall des Rückzahlungsanspruchs die eigene Existenz der darlehensgebenden Gesellschaft erheblich gefährdet, könnte sich der Geschäftsführer auch nicht auf eine etwaige Weisung der Gesellschafter berufen, still zu halten. Denn in den Fällen der Existenzgefährdung (oder gar -vernichtung) wirkt das Einverständnis der Gesellschafter nicht haftungsbefreiend (s. Rn 42).

5. Einschränkung der Geschäftsführerhaftung

- 60 Die gesetzlich ausgeformte Geschäftsführerhaftung gegenüber der Gesellschaft kann privatautonom eingeschränkt werden: Zum einen durch abweichende Gestaltung der Voraussetzungen für die Entstehung des Haftungsanspruchs, nämlich im Wege einer **Herabsetzung des Pflichten- und Sorgfaltsmaßstabs** im Vorhinein; zum anderen durch (nachträgliche) Disposition über Bestand oder Durchsetzbarkeit eines entstandenen Anspruchs: **Verzicht, Vergleich** sowie **Verjährungsfristverkürzung** (oder einer solchen gleich kommende Abrede). Daneben kommt die Vereinbarung einer summenmäßigen Haftungsbeschränkung in Betracht².

Für die Wirksamkeit derartiger Gestaltungsmaßnahmen ist zu differenzieren:

- 61 **a) Besondere Haftungstatbestände (§ 43 Abs. 3):** Vereinbarungen, welche die Geschäftsführerhaftung in den besonderen Tatbeständen des § 43 Abs. 3 Satz 1 (Verstoß gegen die zwingenden Pflichten aus §§ 30, 33) einschränken, sind nur in engen Grenzen möglich: Verzicht auf oder Vergleich über diese Ersatzansprüche sind unwirksam, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist: § 43 Abs. 3 Satz 2 iVm § 9b Abs. 1 Satz 1. Der Vorbehalt aus § 9b Abs. 1 Satz 2 gilt bei Zahlungsunfähigkeit des Geschäftsführers entsprechend. Auch eine Gesellschafterweisung, die den Geschäftsführer zum Verstoß gegen §§ 30, 33 anhält, lässt den Ersatzanspruch unberührt, soweit die Ersatzleistung zur Gläubigerbefriedigung benötigt wird: § 43 Abs. 3 Satz 3. Konsequenz kann der Verschuldensmaßstab für die Haftung nach § 43 Abs. 3 Satz 1 nicht im Voraus gemildert werden.
- 62 **b) Allgemeiner Haftungstatbestand (§ 43 Abs. 2):** Inwieweit die Geschäftsführerhaftung gegenüber der Gesellschaft außerhalb der von § 43 Abs. 3 erfassten Fälle (und der Sondervorschriften §§ 9a/b; 64; 57 Abs. 4) zur Disposition der Gesellschafter steht, ist sehr umstritten.

1 Vgl BGH GmbHR 2009, 199, 202 mwN – MPS; *Johnen*, Cash Pooling in faktischen Unternehmenszusammenschlüssen, 2014, S. 236 ff, 311 ff; *Strohn* ZInsO 2009, 1417, 1420; s. aber auch *B/H/Zöllner/Noack* Rn 49a: verschärfte Haftung nach § 43 Abs. 3.

2 Dazu *Heisse* Die Beschränkung der Geschäftsführerhaftung gegenüber der GmbH, 1988, S. 123 ff.

Ein Teil des **Schrifttums** will, vorbehaltlich des stets notwendigen Gesellschafterentscheids (s. Rn 66), vertragliche Beschränkungen der Geschäftsführerhaftung ohne Einschränkung zulassen, sofern nicht die Verletzung gläubigerschützender Pflichten des Geschäftsführers, namentlich solche im Rahmen der Kapitalerhaltung, in Rede steht¹. Mitunter wird die Grenze freilich großzügiger gezogen und eine Beschränkung nur bei jenen Rechtsregeln als unzulässig angesehen, die (wie § 43a) das Stammkapital der Gesellschaft unmittelbar vor Abzug und Eingriff schützen oder (wie die Existenzvernichtungshaftung) den Kapitalschutz verlängern². Zum Teil werden jedenfalls Verzicht und Vergleich – noch weitergehend – überall dort zugelassen, wo es (wie etwa in § 43 Abs. 3 oder § 64) an einer ausdrücklichen gesetzlichen Einschränkung fehlt³. Manche möchten im Vorhinein nur einen Haftungsausschluss für leichte oder jedenfalls nur einen solchen jenseits grober Fahrlässigkeit anerkennen⁴ oder generelle Beschränkungen der Haftung vor Eintritt eines Haftungsfalls ausschließen und mithin – dies wiederum in unterschiedlichen Grenzen – nur Verzicht oder Vergleich im Nachhinein zulassen⁵. Auch in diesem Kommentar wurde bis zur 15. Aufl. (Rn 2, 21 und 29) jede vorherige Abschwächung der Geschäftsführerhaftung als unzulässig angesehen⁶; ein nachträglicher Verzicht oder Vergleich sollte selbst außerhalb von § 43 Abs. 3 insoweit keine Anerkennung finden, als der Ersatzanspruch zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist⁷.

Die **Rspr des BGH** schwankte: In einer Entscheidung aus 1999 hatte der II. Zivilsenat nachträgliche Beschränkungen der Geschäftsführerhaftung auch jenseits der von § 43 Abs. 3 erfassten Konstellationen ausschließen wollen, soweit der Schadensersatzbetrag zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger benötigt wird⁸.

1 *R/S-L/Koppensteiner/Gruber* Rn 4f; *U/H/L/Paefgen* Rn 8ff, 227ff, 263ff; *Sandmann* S. 328ff; *Scholz/Uwe H. Schneider* Rn 261f.

2 So *Fleischer* BB 2011, 2435, 2438f und *MünchKomm/Fleischer* Rn 309f; für Verzicht und Vergleich im Ausgangspunkt ebenso *B/H/Zöllner/Noack* Rn 34 und 47.

3 *Henssler/Strohn/Oetker* Rn 53; *Michalski/Haas/Ziemons* Rn 238; wohl auch *Bayer GmbH* R 2014, 897, 905f.

4 Vgl *Lohr* NZG 2000, 1204, 1209; *B/H/Zöllner/Noack* Rn 5, 46; Haftung für grobe Fahrlässigkeit sei „absoluter Mindeststandard“; dagegen *MünchKomm/Fleischer* Rn 312.

5 *Bastuck* Enthaltung des Managements, 1986, S. 90ff; *Heisse* Geschäftsführerhaftung, S. 90ff, 110ff; *Haas/Wigand* in *Hdb Managerhaftung*, § 16 Rn 2ff, 56ff, 60; *Wigand* Verzicht, Vergleich und sonstige Haftungsbeschränkungen im Gesellschaftsrecht, 2012, S. 241ff; *Michalski/Haas/Ziemons* Rn 14 und 238; bezogen auf die Verkürzung der Verjährungsfrist auch *Sturm* GmbH R 2003, 573, 575ff; *Sturm* Die Verjährung von Schadensersatzansprüchen ..., 2005, S. 463ff.

6 Zurückhaltend auch *Lutter* GmbH R 2000, 301, 311: „bedenklich“.

7 15. Aufl., Rn 28; übereinstimmend etwa *Cahn* Vergleichsverbote im Gesellschaftsrecht, 1996, S. 103f; *Jula* GmbH R 2001, 806, 808; etwas großzügiger *R/A/Altmeyen* Rn 118, 125ff, wo zusätzlich „gröblicher“ Sorgfaltsverstoß des Geschäftsführers verlangt wird.

8 BGH GmbH R 2000, 187 für den Fall der Verkürzung der Verjährungsfrist nach § 43 Abs. 4.

Wenig später relativierte der Senat diesen Standpunkt aber mit der Feststellung, § 43 Abs. 3 Satz 3 sehe eine unverzichtbare Erstattungspflicht des Geschäftsführers, soweit zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich, nur bei verbotenen Auszahlungen an Gesellschafter vor¹. In einer Entscheidung vom 16.9.2002 ist der begrenzte Geltungsanspruch von § 43 Abs. 3 Satz 2 und 3 – unter Aufgabe der in 1999 verfochtenen Position – ausdrücklich bekräftigt worden². Die Vorschrift erfasse nur jene Fälle, in denen der Pflichtverstoß des Geschäftsführers darin bestehe, dass er eine Verletzung der Kapitalschutzvorschriften (§§ 30, 33) nicht unterbunden habe. Die Entscheidung betrifft die Zulässigkeit einer (im Anstellungsvertrag vereinbarten) Ausschlussfrist von nur wenigen Monaten für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, enthält aber grundsätzliche Bemerkungen zur Einschränkung der Geschäftsführerhaftung: Außerhalb des Anwendungsbereichs von § 43 Abs. 3 sei es Sache der Gesellschafter, ob und ggf in welchem Umfang sie Ansprüche der Gesellschaft gegen einen pflichtwidrig handelnden Geschäftsführer verfolgen wollten³. Wie auf die Durchsetzung eines entstandenen Anspruchs verzichtet werden könne, so könne auch schon im Vorfeld das Entstehen des Ersatzanspruchs geregelt werden: durch Erteilung einer haftungsfreistellenden Gesellschafterweisung oder durch Vereinbarung eines geminderten Sorgfaltsmaßstabs⁴.

- 64 Bei näherer **Würdigung** verdient jene Rspr nur eingeschränkt Zustimmung. Sie überzeugt, soweit sie zugunsten einer Einschränkung der Geschäftsführerhaftung auf Freistellungswirkung von Gesellschafterweisungen verweist und Zulässigkeit von Vereinbarungen über Entstehungsvoraussetzungen von Innenhaftungsansprüchen gegen Geschäftsführer nicht grundlegend anderen Maßstäben unterwirft als sie für Fortbestand und Durchsetzung solcher Ansprüche gelten⁵: Sofern Gesellschafter Weisungen mit haftungsbefreiender Wirkung erteilen können, dürfen sie auch in sonstiger Weise über Geschäftsführerhaftung disponieren, in den Grenzen des § 276 Abs. 3 BGB (also nicht für Vorsatz) auch im Wege einer vorherigen Einschränkung des Verschuldensmaßstabs⁶. Jedoch ha-

1 BGH GmbHR 2000, 330.

2 BGH GmbHR 2002, 1197 f für die Verjährungsfristverkürzung.

3 Deutlich auch BGH GmbHR 2008, 488, 489: § 43 Abs. 3 Satz 2 gelte nur für den Verzicht auf Schadensersatzansprüche aus § 43 Abs. 3 Satz 1, also wegen Verstoßes gegen §§ 30, 33.

4 BGH GmbHR 2002, 1197 f; bestätigend BGH GmbHR 2003, 712, 713; ebenso OLG Stuttgart GmbHR 2003, 835, 837. – Beifällig zur BGH-Entscheidung aus 2002 etwa *Uwe H. Schneider* WuB II C. § 43 GmbHG 1.03; kritisch *Altmeyden* DStR 2002, 2046, 2048; *Bormann* BGH-Report 2003, 73; reserviert auch *Goette* KTS 2006, 217, 233; *Goette* ZGR 2008, 436, 448 f mit Fn 49.

5 S. schon *Fleck* GmbHR 1974, 224, 229; *Uwe H. Schneider* FS Werner, 1984, S. 795, 811.

6 All das verkennt *van Venrooy* GmbHR 2004, 237, 241 ff, der § 43 Abs. 1 als zwingend ansieht und aus dieser (unzutreffenden) Prämisse einen Anspruch der Gesellschaft gegen ihre Gesellschafter auf sachkundige Besetzung der Geschäftsführung herzuleiten versucht.

ben Gesellschafterweisungen freistellende Wirkung nur, soweit sie nicht zur Verletzung von Pflichten führen, die den Geschäftsführer im Interesse der Gesellschaftsgläubiger oder im Allgemeininteresse zugewiesen sind (s. Rn 42 und § 37 Rn 5, 18 und 22). Für Verstoß gegen Auszahlungsverbote aus §§ 30 Abs. 1, 64 (und Erwerbsverbot nach § 33) wird das in §§ 43 Abs. 3 Satz 2 und 3, 64 Satz 4 klargestellt. Der Bestand weisungsfester Geschäftsführerplichten reicht aber über diese Fälle hinaus. So sind etwa auch die Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 1 InsO sowie die Buchführungspflicht nach § 41 im Allgemeininteresse zwingend (s. § 41 Rn 2); damit unvereinbare Weisungen darf der Geschäftsführer nicht befolgen. Ebenfalls zwingend ist Einberufungspflicht nach § 49 Abs. 3 (s. § 49 Rn 8). Vor allem aber verbietet § 43a einem Geschäftsführer, aus dem gebundenen Vermögen der Gesellschaft Kredit zu gewähren; der verbotswidrig begünstigte Geschäftsführer haftet der Gesellschaft nach § 43 Abs. 2, wobei § 43 Abs. 3 Satz 2 und 3 analoge Anwendung findet (s. § 43a Rn 3). Mit dieser Wertung wäre es schwerlich zu vereinbaren, Schadensersatzansprüche gegen einen Fremd-Geschäftsführer, der zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliches Gesellschaftsvermögen zu privaten Zwecken entzieht, zur unbegrenzten Disposition der Gesellschafter zu stellen. In dem der BGH-Entscheidung vom 16.9.2002 (Rn 63) zugrunde liegenden Fall¹ wurde dem bis zur Konkursöffnung tätigen Fremd-Geschäftsführer immerhin vorgeworfen, Spesen und sonstige Aufwendungen unrichtig abgerechnet und Kosten seiner privaten Lebensführung auf die Gesellschaft abgewälzt zu haben².

Für die Einschränkung der Geschäftsführerhaftung ist deshalb nach den spezifisch gläubigerschützenden Geschäftsführerplichten zu differenzieren, die (über die Gebote der §§ 30, 33, 64 hinaus) nicht zur Disposition der Gesellschafter stehen können³. Für diese Pflichten muss – in Analogie zu § 43 Abs. 3 Satz 2 und 3 – die vorherige Milderung des Haftungsmaßstabs ausgeschlossen sein; ein nachträglicher Verzicht oder Vergleich darf nur Anerkennung finden, soweit der Ersatzanspruch zur Gläubigerbefriedigung nicht erforderlich ist⁴. Mit der **Differenzierung zwischen disponiblen und (im Gläubigerinteresse) zwingenden Geschäftsführerplichten** wird keineswegs einem „diffusen Abgrenzungskriterium“ das Wort geredet⁵; für die Kompetenzordnung des GmbH-Rechts ist

1 BGH GmbHR 2002, 1197.

2 Dazu auch *Bormann* BGH-Report 2003, 73.

3 Wie hier *B/S/Klöhn* Rn 76 und 63; s. ferner *Sandmann* S. 331 zur „Vermögensbeobachtungspflicht“ im Zusammenhang mit der Vorsorge gegen existenzgefährdende Risiken.

4 Gleichsinnig *U/H/L/Paefgen* Rn 266; *B/S/Klöhn* Rn 77; für die Binnenhaftung des Geschäftsführers nach § 43 Abs. 2 wegen Insolvenzverschleppung (s. Rn 35) auch *Haas/Wigand* in *Hdb Managerhaftung*, § 11 Rn 11 mwN.

5 So aber der Einwand von *Haas/Wigand* in *Hdb Managerhaftung*, § 16 Rn 31; im Ansatz wie hier indes *Wigand* Verzicht, Vergleich, S. 116 ff. „Schwierige Abgrenzungsfragen“ sieht auch *Fleischer* BB 2011, 2435, 2438 und *MünchKomm/Fleischer* Rn 310.

diese Abgrenzung geradezu elementar (vgl. § 37 Rn 5). Die Anfechtungstatbestände des Insolvenzrechts (insbesondere § 134 InsO) können – da sie allenfalls in Fällen des Verzichts auf einen entstandenen Anspruch hinreichenden Erfolg versprechen¹ – den gebotenen Gläubigerschutz noch nicht gewährleisten und ein gänzliches Verbot jedweder Haftungsbeschränkung vor Eintritt des Haftungsfalls² wäre überschießend und nicht wertungskonsistent (s. Rn 64). Für eine Analogie zu den spezifisch aktienrechtlichen Bestimmungen in § 93 Abs. 5 Satz 2 und 3 AktG³ ist im GmbH-Recht freilich kein Raum⁴.

- 66 Vereinbarungen über die Beschränkung der Geschäftsführerhaftung müssen nicht notwendig in der Satzung⁵, sondern können auch im Geschäftsführerdienstvertrag (Anstellungsvertrag) getroffen werden⁶. Erforderlich ist aber, auch für die Wirksamkeit von Verzicht und Vergleich, (vorbehaltlich abweichender Satzungsbestimmung⁷) ein entsprechender **Gesellschafterentscheid** (arg. § 46 Nr. 8⁸), wobei ein Mehrheitsbeschluss zwar nicht per se ausgeschlossen ist⁹, aber treuwidrig und damit anfechtbar oder gar nichtig sein kann¹⁰. Regelmäßig treuwidrig dürfte die generelle Herabsetzung der für die Geschäftsführer geltenden Pflichten- oder Sorgfaltsstandards gegen die Stimmen einer Gesellschafterminorität sein¹¹. Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens entfällt allerdings die Dispositionsbefugnis der Gesellschafter sowohl hinsichtlich der Geltendmachung

1 Weiterführend zur Insolvenzanfechtung von Verzicht und Vergleich *Haas/Wigand* in Hdb Managerhaftung, § 11 Rn 39 ff; *Wigand* Verzicht, Vergleich, S. 132 ff.

2 S. die Überlegungen und Vorschläge bei *Haas/Wigand* in Hdb Managerhaftung, § 11 Rn 32, 39 ff, 60; *Wigand* Verzicht, Vergleich, S. 241 ff.

3 Dafür *Altmeyen* DB 2000, 261, 262 und *R/A/Altmeyen* Rn 118, 125 ff: keine Dispositionsbefugnis bei gröblichem Sorgfaltsverstoß des Geschäftsführers und Erforderlichkeit der Geschäftsführerhaftung zur Gläubigerbefriedigung.

4 Ablehnend auch *Bayer* GmbHHR 2014, 897, 907; *Fleischer* BB 2011, 2435, 2437 f und *MünchKomm/Fleischer* Rn 307; *Haas/Wigand* in Hdb Managerhaftung, § 16 Rn 33 und 55; *U/H/L/Paefgen* Rn 13 und 232; *Wigand* Verzicht, Vergleich, S. 123 ff und 225 ff; *B/H/Zöllner/Noack* Rn 47.

5 So aber *B/H/Zöllner/Noack* Rn 5: nur durch Satzung; ebenso *R/S-L/Koppensteiner/Gruber* Rn 4 aE.

6 BGH GmbHHR 2002, 1197, 1198; *U/H/L/Paefgen* Rn 12; *Scholz/Uwe H. Schneider* Rn 262; *B/H/Zöllner/Noack* Rn 5.

7 Für den Fall der Zuständigkeit eines Aufsichtsrats s. etwa *Hasselbach/Seibel* GmbHHR 2009, 354, 356 ff.

8 S. auch BGH GmbHHR 1998, 278; *MünchKomm/Fleischer* Rn 315; zur Geltung des Stimmverbots aus § 47 Abs. 4 bei der Beschlussfassung s. OLG Frankfurt NZG 1999, 767, 768 = GmbHHR 1999, 1144.

9 Anders *R/S-L/Koppensteiner/Gruber* Rn 4; *Sturm* S. 474; *Sturm* GmbHHR 2003, 573, 577.

10 *MünchKomm/Fleischer* Rn 317; *B/H/Zöllner/Noack* Rn 5 und 47; *Michalski/Haas/Ziemons* Rn 12; s. auch *R/A/Altmeyen* Rn 142.

11 Zustimmend *Bayer* GmbHHR 2014, 897, 904; *MünchKomm/Fleischer* Rn 317.

des Anspruchs gegen den Geschäftsführer¹ als auch in Bezug auf Verzicht und Vergleich.

6. Verjährung (§ 43 Abs. 4)

Literatur: *Sturm* Die Verjährung von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegen Leitungsorganmitglieder gemäß §§ 93 Abs. 6 AktG, 43 Abs. 4 GmbHG, 34 Abs. 6 GenG, 2005.

Ansprüche der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer **aus § 43 Abs. 2 und 3** 67 unterliegen nach § 43 Abs. 4 einer **Verjährungsfrist von fünf Jahren**; das gilt auch für Ansprüche wegen Verletzung der Pflichten aus dem Anstellungsvertrag². Die Frist beginnt mit der Entstehung des Anspruchs. Der Entstehungszeitpunkt wird danach bestimmt, wann der Anspruch erstmals (notfalls im Wege der Feststellungsklage) geltend gemacht werden konnte; bei der Gesellschaft setzt das einen dem Grunde nach bereits eingetretenen und nicht bloß drohenden Schaden voraus, wenn auch die Schadenshöhe noch nicht feststehen (bezahlbar sein) muss³. Dieser Entstehungszeitpunkt ist auch dort maßgeblich, wo der Geschäftsführer den Schaden den Gesellschaftern gegenüber verheimlicht; auf Kenntnis der Gesellschafter von den anspruchsbegründenden Tatsachen kommt es für den Beginn des Fristlaufs nicht an; § 199 Abs. 1 BGB gilt nur für die regelmäßige Verjährungsfrist (s. Rn 68) und findet auf spezialgesetzliche Verjährungsfristen keine Anwendung⁴. Beruht der Schaden auf mehreren Teilhandlungen, die als einheitliches Geschehen zu betrachten sind, ist maßgeblich für den Verjährungsbeginn erst der Abschluss des letzten Teilakts⁵. Bei mehreren verbotenen Auszahlungen aus dem gebundenen Gesellschaftsvermögen (§ 43 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1) ist eine solche Handlungseinheit nicht gegeben; die Verjährungsfrist beginnt vielmehr mit der jeweiligen (nicht erst mit der letzten) Zahlung⁶. Unterlässt der Geschäftsführer die Geltendmachung des aus verbotener Auszahlung resultierenden Rückforderungsanspruchs gegen den Zahlungsempfänger bis zum Eintritt der Verjährung dieses Anspruchs, wird dadurch

1 Dazu BGH GmbHR 2004, 1279, 1282 f; Entsprechendes gilt in der masselosen Liquidation.

2 BGH ZIP 1989, 1390, 1392 = GmbHR 1989, 365; differenzierend *Sturm* S. 136 ff, 511: nur soweit Anstellungsvertrag die unmittelbar in der Organstellung begründeten Pflichten lediglich konkretisiert.

3 BGHZ 100, 228, 231 f; OLG Frankfurt NZG 1999, 767, 768 = GmbHR 1999, 1144; OLG Stuttgart GmbHR 2006, 759; *Scholz/Uwe H. Schneider* Rn 281.

4 Zum Ganzen BGH BGHZ 110, 190, 199; BGH GmbHR 2005, 544, 545; BGH GmbHR 2008, 1319, 1321; OLG München GmbHR 2015, 1324, 1329; *Schmitt-Rolfes/Bergwitz* NZG 2006, 535.

5 BGH GmbHR 2008, 1033, 1034.

6 BGH GmbHR 2008, 1319, 1322; *U/H/L/Paefgen* Rn 291.

keine weitere Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers nach § 43 Abs. 2 mit einer erst von da an laufenden Verjährungsfrist ausgelöst (s. schon Rn 58)¹.

- 68 Auf **Erstattungsansprüche** gegen den Geschäftsführer **aus § 64** findet § 43 Abs. 4 nach ausdrücklicher Bestimmung des § 64 Satz 4 entsprechende Anwendung. **Ansprüche** der Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer **auf sonstiger Grundlage** (zB Delikt, ungerechtfertigte Bereicherung) unterliegen den jeweils einschlägigen Verjährungsbestimmungen². Diese werden nach hier vertretener Auffassung jedoch dort (aber nur dort) von § 43 Abs. 4 verdrängt, wo die deliktische Haftung ausschließlich auf der Verletzung einer gesellschaftsrechtlichen oder doch gerade an die Organstellung anknüpfenden Norm als Schutzgesetz (zugunsten der Gesellschaft) iSv § 823 Abs. 2 BGB beruht³; verstößt das Verhalten des Geschäftsführers hingegen auch gegen eine andere als Schutzgesetz in Betracht kommende Norm (zB § 263 StGB), bleibt es für die Deliktshaftung bei den allgemeinen Verjährungsregeln (wichtig für den Fristbeginn nach § 199 Abs. 1 BGB)⁴. **Ansprüche der Gläubiger aus § 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a Abs. 1 InsO**, jedenfalls soweit Ersatz des Neugläubigerschadens verlangt wird, will der BGH⁵ allerdings den für deliktische Ansprüche allgemein geltenden Verjährungsvorschriften unterstellen (s. Anh zu § 64 Rn 106). Der Regelverjährung (§§ 195, 199 BGB) unterliegen auch Ansprüche der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer in seiner Eigenschaft als *Gesellschafter* wegen Verletzung der *Gesellschaftertreupflicht*⁶. Bei Ansprüchen, die der Regelverjährung unterliegen, kann der Gesellschaft die für den Verjährungsbeginn (§ 199 Abs. 1 BGB) erforderliche Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände nicht durch ihren Geschäftsführer vermittelt werden, wenn dieser selbst Schuldner ist⁷.
- 69 Eine Verlängerung der in § 43 Abs. 4 vorgegebenen Verjährungsfrist durch den Gesellschaftsvertrag oder den Anstellungsvertrag ist in den Grenzen des § 202 Abs. 2 BGB (nicht über 30 Jahre hinaus) möglich. Für die **Verkürzung der Verjährungsfrist** – nach allgemeinen Vorschriften jenseits der Haftung wegen Vorsatzes zulässig (§ 202 Abs. 1 BGB) – greifen die Schranken nach § 43 Abs. 3: In den hiervon erfassten Fällen sind Erlass, Verzicht und die dem im Ergebnis

1 BGH GmbHR 2008, 1319, 1321.

2 BGH ZIP 1987, 845, 848 f = GmbHR 1987, 304; B/H/Zöllner/Noack Rn 58.

3 OLG Saarbrücken GmbHR 1999, 1295; gleichsinnig B/S/Klöhn Rn 85; S/I/Lücke/Simon Rn 88; B/H/Zöllner/Noack Rn 58; Henssler/Strohn/Oetker Rn 71; Schürnbrand S. 349; Sturm S. 201 ff, 512 f.

4 S. dazu, noch auf der Grundlage des alten Rechts, BGHZ 100, 190, 199 ff = GmbHR 1987, 304; OLG Stuttgart GmbHR 2001, 75; OLG Naumburg GmbHR 2004, 364.

5 BGH GmbHR 2011, 642.

6 BGH GmbHR 1999, 186; aA Sturm S. 158 ff, 512: Anwendung von § 43 Abs. 4, sofern anspruchsbegründendes Verhalten gerade auf Organstellung beruht. S. zur Abgrenzung OLG Köln GmbHR 2001, 73; zur Treupflicht näher § 14 Rn 29 ff.

7 BGH GmbHR 2011, 534; OLG München GmbHR 2015, 1324, 1330; Klose GmbHR 2012, 1288.

gleichkommende Verkürzung der Verjährungsfrist unwirksam, soweit der Ersatzanspruch zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger benötigt wird¹. Außerhalb des Geltungsbereichs von § 43 Abs. 3 soll diese Einschränkung nach der schon oben Rn 63 skizzierten BGH-Entscheidung vom 16.9.2002 nicht gelten². Dem ist nur mit den Vorbehalten oben Rn 64 f zuzustimmen. Die Verjährungsfristverkürzung kann auch im Anstellungsvertrag vereinbart werden³, setzt aber einen Gesellschafterentscheid voraus (s. Rn 66). Das für die Verkürzung der Verjährungsfrist Gesagte gilt entsprechend für die Statuierung einer Ausschlussfrist zur Geltendmachung des Anspruchs, die einer Verkürzung der Verjährungsfrist gleichkommt⁴. – Wird die Verjährung gemäß § 209 BGB unterbrochen, so steht dieser Wirkung nicht entgegen, dass die Gesellschafter noch nicht den nach § 46 Nr. 8 erforderlichen Beschluss gefasst haben; dieser kann noch nach Ablauf der Verjährungsfrist gefasst werden⁵.

§ 43 Abs. 4 gilt im Übrigen nicht für die **Verjährung des Ausgleichsanspruchs** 70 zwischen mehreren, als **Gesamtschuldner** haftenden Geschäftsführern **nach § 426 Abs. 1 BGB** (Rn 38). Dieser verjährt vielmehr in der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 195 BGB, Beginn nach Maßgabe von § 199 Abs. 1 BGB). Im Vergleich zum Schadensersatzanspruch gegen den einzelnen Geschäftsführer kann der Ausgleichsanspruch im Innenverhältnis also früher verjähren⁶.

7. Außenhaftung des Geschäftsführers auf vertraglicher Grundlage

Von der in § 43 normierten Organhaftung gegenüber der Gesellschaft ist die *Geschäftsführerhaftung gegenüber Dritten* zu unterscheiden. Sie kann auf vertraglicher oder gesetzlicher Grundlage beruhen. Das damit verbundene Haftungsrisiko realisiert sich typischerweise in der Krise der Gesellschaft. 71

a) Haftungsversprechen: Vertragliche Haftungsgründe können etwa ein selbständiges Garantieversprechen⁷, zB Managementgarantien bei einer Unterneh- 72

1 BGH GmbHR 2002, 1197, 1198; B/H/Zöllner/Noack Rn 60; für generelle Unwirksamkeit einer Fristverkürzung im Anwendungsbereich von § 43 Abs. 3 *Sturm* S. 465 ff, 586.

2 BGH GmbHR 2002, 1197 ff mN; im Ansatz ebenso, aber auf Ansprüche aus § 43a oder existenzvernichtendem Eingriff ausdehnend B/H/Zöllner/Noack Rn 60; gegen Zulässigkeit jeder Fristverkürzung im Vorhinein *Michalski/Haas/Ziemons* Rn 232a.

3 BGH GmbHR 2002, 1197, 1198.

4 BGH GmbHR 2000, 187; BGH GmbHR 2002, 1197; BGH GmbHR 2008, 488, 489 f; OLG Brandenburg NZG 1999, 210; zur (im Anstellungsvertrag vereinbarten) Ausschlussfrist nach dem früheren § 70 BAT: OLG Stuttgart GmbHR 2003, 835, 837.

5 BGH NZG 1999, 722 f = GmbHR 1999, 714.

6 Hierzu und zu denkbaren Maßnahmen, um einen drohenden Verjährungseintritt zu verhindern, etwa S. *Fischer* ZIP 2014, 406 ff; *Freund* GmbHR 2013, 785, 789 ff.

7 BGH BB 2001, 1806.

mens- oder Beteiligungsveräußerung¹, ein abstraktes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis² oder die Übernahme einer *Bürgschaft*³ bzw ein erklärter Beitritt zur Schuld der Gesellschaft sein. Dabei unterwirft der BGH (VIII. und IX. Zivilsenat) bei Kreditverträgen den *Schuldbeitritt* selbst des (mehrheitlich oder allein beteiligten) Gesellschafter-Geschäftsführers den Regelungen des *Verbraucherkreditrechts* (§§ 355 ff, 488 ff BGB), weil die Geschäftsführung der GmbH keine selbständige, sondern angestellte Tätigkeit sei und auch das Halten eines GmbH-Geschäftsanteils keine gewerbliche Tätigkeit darstelle⁴; hierin liegt eine bedenkliche Überdehnung des Schutzzwecks des Verbraucherkreditrechts, der ungeachtet der gefestigten Rechtsprechung des BGH weiterhin zu widersprechen ist⁵. Auf Erfüllung einer Gewinnzusage der Gesellschaft (§ 661a BGB) haftet der Geschäftsführer nicht persönlich⁶.

- 73 **b) Verschulden bei Vertragsschluss:** Unter engen Voraussetzungen führen die Grundsätze zum Verschulden bei Vertragsschluss (§§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB) zur Einstandspflicht der *Gesellschaft*, falls der Geschäftsführer vorvertragliche Nebenpflichten, namentlich *Aufklärungspflichten*⁷, schuldhaft verletzt hat: Ist die Gesellschaft erkennbar aktuell oder unzweifelhaft künftig *zahlungsunfähig*, so hat der Geschäftsführer von sich aus bei den Vertragsverhandlungen auf diesen Umstand hinzuweisen, falls der Vertragspartner vorleisten soll⁸. Bei erkennbarer *Überschuldung* ist ebenso von einer solchen Hinweispflicht auszugehen⁹, da in dieser Situation die Vertragsdurchführung besonders gefährdet ist. Neben dieser Einstandshaftung der Gesellschaft kann es zu einer eigenen *Außenhaftung des Geschäftsführers* aus Verschulden bei Vertragsschluss¹⁰ (§ 311 Abs. 2

1 Dazu *Seibt/Wunsch* ZIP 2008, 1093; *Scheuffele* GmbHR 2010, 965.

2 BGH NJW 2000, 2984; BGH ZIP 2007, 1602.

3 S. dazu etwa BGH NJW 1996, 3205; BGH GmbHR 2000, 326; BGH GmbHR 2001, 1043; BGH GmbHR 2003, 417; OLG Köln GmbHR 2001, 922; OLG Nürnberg ZIP 2009, 751; *Fullenkamp* GmbHR 2003, 654 ff.

4 BGHZ 133, 71, 77 f und BGHZ 133, 220, 223; BGH ZIP 1997, 643; BGH ZIP 2006, 68, 69 ff = GmbHR 2006, 148, 149 f; BGH ZIP 2007, 1850, 1851 f = GmbHR 2007, 1154; ebenso für den gemeinschaftlichen Vertragsschluss durch Gesellschafter-Geschäftsführer und Gesellschaft BGH ZIP 1997, 643 = GmbHR 1997, 444; BGH NJW 2000, 3133, 3135 f = GmbHR 2000, 878; anders für die Bürgschaft: BGHZ 138, 321 = GmbHR 1998, 679; OLG Düsseldorf GmbHR 2009, 549; anders auch die Abgrenzung im Insolvenzrecht: BGH GmbHR 2005, 1610; BGH GmbHR 2009, 547.

5 Kritisch etwa OLG Oldenburg DB 2000, 1457 und ausführlich *Kleindiek* FS Otte, 2005, S. 185 ff mwN; s. auch *Mülbert* FS Hadding, 2004, S. 575, 580 f; *Mülbert* FS Goette, 2011, S. 333, 337 ff; *G. Müller* FS Nobbe, 2009, S. 415, 427 ff.

6 BGH GmbHR 2004, 1227.

7 Eingehend BGH GmbHR 1991, 409 f.

8 *Ulmer* NJW 1983, 1577, 1578.

9 BGH GmbHR 1988, 257, 258 f.

10 Näher *Medicus* FS Steindorff, 1990, S. 725; *Sandberger* Die Außenhaftung des GmbH-Geschäftsführers, 1997, S. 55 ff; *Sandmann* S. 413 ff.

und 3 BGB) kommen, sofern sich dieser sein Fehlverhalten selbst haftungsbegründend zurechnen lassen muss:

Eine solche Zurechnung ist geboten, falls der Geschäftsführer beim Geschäftspartner der Gesellschaft ein **besonderes persönliches Vertrauen** auf die Vollständigkeit und Richtigkeit seiner Erklärungen für sich in Anspruch nimmt¹ und dadurch eine zusätzliche, von ihm, dem Geschäftsführer, ausgehende Gewähr für Bestand und Erfüllung des in Aussicht genommenen Geschäfts leistet, die für den Willensentschluss des anderen Teils bedeutsam ist². An die eigene und zusätzliche Gewähr des Geschäftsführers sind hohe Anforderungen zu stellen. Das in Anspruch genommene Vertrauen muss deutlich über das normale Verhandlungsvertrauen hinausreichen, für dessen Verletzung allein die Gesellschaft als Vertragspartner einzustehen hat. Der Geschäftsführer muss also über seine bloße Geschäftsführungstätigkeit hinausgehen³, sich mit einer gewissen Selbständigkeit neben die Gesellschaft stellen; seine Erklärungen müssen im Vorfeld einer Garantiezusage liegen⁴. Zu Recht hat der BGH⁵ den Gedanken verworfen, der Geschäftsführer sei Repräsentant der Gesellschaft und schon deshalb als deren „Vertrauensträger“ haftbar⁶.

Nach allem ist die Geschäftsführer-Eigenhaftung aus besonderem persönlichem Vertrauen erst unter *qualifizierten Voraussetzungen* anzunehmen. Selbst die Täuschung des anderen Teils durch aktives Tun des Geschäftsführers reicht noch nicht aus⁷. Auch die ganz ungewöhnliche Sachkunde des Geschäftsführers und der Hinweis auf sie genügen allein noch nicht, um dessen Eigenhaftung zu begründen⁸. Ebenso wenig die vom Geschäftsführer der Zielgesellschaft bei Verhandlungen über eine Unternehmens- bzw. Beteiligungsveräußerung erteilten Auskünfte⁹. Vielmehr ist zusätzlich notwendig, dass der Geschäftsführer in zurechenbarer Weise beim Geschäftspartner den Eindruck erweckt, er persönlich

1 BGH ZIP 1991, 1140, 1142f = GmbHR 1991, 409; BGHZ 126, 181, 189 = GmbHR 1994, 539; BGH DStR 2002, 1275, 1276.

2 BGH ZIP 1991, 1140, 1142f = GmbHR 1991, 409; BGHZ 126, 181, 189 = GmbHR 1994, 539; BGH DStR 2002, 1275, 1276; BGH ZIP 2008, 1526, 1527; BAG DB 2007, 1690, 1691; OLG Köln GmbHR 1996, 767; OLG Köln GmbHR 2000, 822; *Medicus* FS Steindorff, 1990, S. 725, 734; kritisch *Geißler* ZIP 1997, 2184, 2189f.

3 Dazu OLG Köln GmbHR 1996, 766, 767.

4 BGHZ 126, 181, 189f = GmbHR 1994, 539; OLG Zweibrücken GmbHR 2002, 591.

5 BGHZ 126, 181, 189f = GmbHR 1994, 539.

6 So *K. Schmidt* ZIP 1988, 1497, 1503f; s. zur Kritik auch *Bork* ZGR 1995, 505, 509f.

7 BGH GmbHR 1991, 409, 411; zur Geschäftsführer-Eigenhaftung aus § 826 BGB unten Rn 81.

8 BGH GmbHR 1990, 31; s. auch *Medicus* FS Steindorff, 1990, S. 725, 736; *R/A/Altmeppen* Rn 55; *Michalski/Haas/Ziemons* Rn 313.

9 *Rodewald/Unger* DB 2007, 1627, 1629; anders bei Garantieversprechen, dazu *Seibt/Wunsch* ZIP 2008, 1093; *Scheuffele* GmbHR 2010, 965.

werde die ordnungsgemäße Geschäftsabwicklung selbst dann gewährleisten, wenn der Geschäftspartner der Gesellschaft nicht oder nur wenig vertraut¹. Ebenso ist ein besonderes persönliches Vertrauen namentlich dann anzunehmen, wenn jemand als Geschäftsführer mit Sanierungsauftrag in eine sanierungsbedürftige Gesellschaft eintritt; denn nur im Vertrauen auf gerade seine persönliche Leistungsfähigkeit und Integrität sind Dritte regelmäßig bereit, sich an der Sanierung zu beteiligen². Begründete Zweifel an der Leistungsfähigkeit oder Integrität des Sanierungs-Geschäftsführers (zB Abgabe der eidesstattlichen Versicherung nach § 807 ZPO, Vorstrafe wegen Betrugs oÄ) hat dieser daher ungefragt aufzudecken. – Dagegen wird ein besonderes persönliches Vertrauen nicht allein schon durch die Vorlage des (testierten) Jahresabschlusses der Gesellschaft bei deren Geschäftspartnern geweckt.

- 76 Auch unter dem alternativen Gesichtspunkt **wirtschaftlichen Eigeninteresses** muss sich der Geschäftsführer eigenes Fehlverhalten allenfalls in eng begrenzten Ausnahmefällen haftungsbegründend zurechnen lassen, wenn er gleichsam in eigener Sache handelt: „qualifiziertes Eigeninteresse“³; insoweit ist die ältere, teilweise haftungsfreundlichere Rspr einiger BGH-Senate durch BGHZ 126, 181, 183⁴ überholt⁵. Keine Einstandspflicht wegen wirtschaftlichen Eigeninteresses kann jedenfalls aus dem allgemeinen Interesse als Geschäftsführer am Erfolg des Unternehmens oder am Erhalt der Geschäftsführerposition abgeleitet werden⁶, auch nicht aus der maßgeblichen Beteiligung des Geschäftsführers an der Gesellschaft (Allein- oder Mehrheitsbesitz)⁷. Ebenso wenig ist haftungsbegründend, wenn der Geschäftsführer einen Schuldbeitritt zugunsten bestimmter Gesellschaftsgläubiger erklärt oder von ihm dingliche Sicherheiten bzw Sicherheiten in Form einer Bürgschaft oder durch Abtretung persönlicher Forderungen gestellt werden⁸. In der älteren Rspr wurde eine persönliche Zurechnung des Geschäftsführerfehlverhaltens wegen wirtschaftlichen Eigeninteresses bejaht, wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer mit seiner Tätigkeit auf die Beseitigung von Schäden abzielt, für die er andernfalls von der Gesellschaft in Anspruch genommen werden könnte, oder wenn er die Gegenleistung des Gesellschaftsgläubigers

1 BGH v. 3.4.1990 – XI ZR 206/88, ZIP 1990, 659, 661; *Lutter* GmbHR 1997, 329, 330.

2 BGH v. 3.4.1990 – XI ZR 206/88, ZIP 1990, 659, 661.

3 BGH DStR 2002, 1275, 1276.

4 BGHZ 126, 181, 183 = GmbHR 1994, 539.

5 Bestätigend BGH ZIP 1995, 733 f = GmbHR 1995, 446: persönliche Haftung des Geschäftsführers unter dem Gesichtspunkt des wirtschaftlichen Eigeninteresses komme „in aller Regel wegen des sich dabei ergebenden Wertungswiderspruchs zu § 13 Abs. 2 GmbHG nicht in Betracht“; s. ferner OLG Köln GmbHR 1996, 766, 767.

6 BAG GmbHR 2014, 1199 Rn 22.

7 BGHZ 126, 181, 184 = GmbHR 1994, 539.

8 BGHZ 126, 181, 186 ff = GmbHR 1994, 539; s. zum Ganzen auch *Bork* ZGR 1995, 505, 507 f mwN.

an der Gesellschaft vorbei in seine eigene Tasche lenken will¹. Ob der BGH dies heute noch bestätigen würde, ist zweifelhaft².

Ohne die qualifizierten Zurechnungsmomente nach Rn 74 ff kommt eine Eigenhaftung des Geschäftsführers wegen Verschuldens bei Vertragsschluss selbst dann nicht in Betracht, wenn dieser während der Vertragsverhandlungen nicht die Zweifel erwähnt, die an der Leistungsfähigkeit der Gesellschaft bestehen (drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung), oder sogar deren Leistungsfähigkeit zu positiv beschreibt³. Je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls droht dem Geschäftsführer aber eine deliktische Außenhaftung (Rn 80 f).

c) Rechtsscheinhaftung: Eine persönliche Rechtsscheinhaftung trifft den handelnden Geschäftsführer dann, wenn der Erklärungsgegner kraft des Auftretens des Geschäftsführers darauf vertrauen durfte, mit einem unbeschränkt haftenden Unternehmensträger abzuschließen⁴; auch die Rechtsscheinhaftung wegen Fortlassung des gebotenen Rechtsformzusatzes (§§ 4, 5a Abs. 1) trifft den Geschäftsführer nur insoweit, als dabei gerade er als Vertreter der Gesellschaft aufgetreten ist⁵; daneben haftet ein Mitgeschäftsführer nur, soweit ihm auch seinerseits das Verhalten des Kollegen zuzurechnen ist⁶. S. auch § 5a Rn 57 ff, § 35 Rn 7.

8. Außenhaftung des Geschäftsführers auf deliktsrechtlicher Grundlage

Literatur: Grünwald Die deliktische Außenhaftung des GmbH-Geschäftsführers für Organisationsdefizite, 1999; Haas Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, 1997; Kleindiek Deliktshaftung und juristische Person, 1997; Sandberger Die Außenhaftung des GmbH-Geschäftsführers, 1997; Sandmann Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten, 2001; Schirmer Das Körperschaftsdelikt, 2015; Spindler Unternehmensorganisationspflichten, 2001.

a) Grundtatbestände des Deliktsrechts: Der Geschäftsführer kann außenstehenden Dritten für *eigenhändig herbeigeführte Schäden* haften, wenn er einen Deliktstatbestand in eigener Person pflichtwidrig und schuldhaft erfüllt hat. Für

1 S. BGH ZIP 1986, 26, 30 = GmbHR 1986, 43; kritisch speziell hierzu Ebenroth/Krütter BB 1990, 569, 571.

2 Für generelle Aufgabe der Fallgruppe „wirtschaftliches Eigeninteresse“ Scholz/Uwe H. Schneider Rn 320 mwN; dagegen Sandmann S. 422 ff.

3 Medicus FS Steindorff, 1990, S. 725, 736; zum – in Einzelheiten streitigen – Umfang der Aufklärungspflicht s. B/H/Zöllner/Noack Rn 73; Michalski/Haas/Ziemons Rn 314 mwN.

4 BGH GmbHR 1990, 212, 213.

5 BGH GmbHR 1996, 764; BGH GmbHR 2007, 593 Rn 14 ff; BGH GmbHR 2012, 953 Rn 9 ff.

6 OLG Oldenburg OLGR 2000, 204.

die eigenhändige Verletzung deliktsrechtlich geschützter Güter Dritter ist der Geschäftsführer ebenso persönlich einstandspflichtig wie jeder sonstige Mitarbeiter der Gesellschaft. Das in § 43 Abs. 2 zum Ausdruck kommende Prinzip der Haftungskonzentration über die Gesellschaft (bei Verletzung einer ihr gegenüber bestehenden Organpflicht; dazu Rn 48) lässt sich dem ebenso wenig entgegen halten wie das Trennungsprinzip im Sinne der Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen (für Verbindlichkeiten der GmbH; dazu § 13 Rn 5 f)¹. Deshalb kommt eine Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB in Betracht, wenn der Geschäftsführer Gegenstände, die im Eigentum eines Dritten stehen, veräußert oder eine solche Veräußerung veranlasst². Die einzelnen Mitglieder eines Geschäftsführerkollegiums haften ggf als Mittäter nach § 830 Abs. 1 BGB³. Zur Verkehrspflichthaftung Rn 82 ff.

- 80 Keine grundsätzlichen Schwierigkeiten bereitet auch die Außenhaftung des Geschäftsführers aus § 823 Abs. 2 BGB wegen **Verletzung eines Schutzgesetzes**⁴, etwa bei Eingehungsbetrug durch fehlerhafte Beratung⁵ oder Vorspiegeln falscher Tatsachen⁶, bei vorsätzlichen Verstößen gegen das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen⁷, bei Betrieb (nach KWG) unzulässiger Bankgeschäfte⁸, bei zweckwidriger Verwendung von Subventionen⁹ oder bei Verletzung der Gläubigerschutzvorschrift des § 58¹⁰. Aus der Verletzung *öffentlich-rechtlicher Organisationspflichten*, auch soweit ihnen Schutzgesetzcharakter zukommt¹¹, haftet der Geschäftsführer mangels eigener Pflichtenträgerschaft regelmäßig nicht¹². Keine Geschäftsführerhaftung wegen unterlassener Insolvenzsicherung von Wertguthaben aus Altersteilzeit, da dieses nur einen schuldrechtlichen Anspruch, aber kein sonstiges absolutes Recht iSv § 823 Abs. 1 BGB begründet und

1 Anders aber jüngst *Schirmer* S. 185 ff, 210 ff, der auch für eigenhändig begangene Delikte des Organwalters regelmäßig allein die Körperschaft (über § 31 BGB) haften lassen und eine Außenhaftung des Organwalters nur in Ausnahmefällen bejahen will: wenn dieser vorsätzlich handelt oder ein eigenes (gesteigertes) Risiko setzt.

2 S. etwa BGH GmbHR 1996, 453; dazu und zu vergleichbaren Fällen *Grünwald* S. 51 ff; *Kleindiek* S. 453 ff; *Sandberger* S. 119 ff; aA *Schirmer* S. 238 f.

3 *Fleischer* BB 2004, 2645, 2647.

4 Rspr.-Übersichten zur Geschäftsführereigenhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB etwa bei *Altmeyen* in Hdb Managerhaftung, § 7 Rn 49 ff; MünchKomm/*Fleischer* Rn 353; *Spindler* in Hdb Vorstandsrecht, § 13 Rn 39 ff; MünchKomm/*Wagner* § 823 BGB Rn 420 ff; *Michalski/Haas/Ziemons* Rn 289 ff, 316 ff.

5 BGH ZIP 2011, 1821.

6 OLG Köln GmbHR 2014, 1039, 1041.

7 BGH GmbHR 1994, 459; BGH WM 2002, 861.

8 BGH ZIP 2006, 1764.

9 BGH DB 2013, 2017.

10 OLG Hamburg GmbHR 2001, 392.

11 Umfassend *Spindler* S. 15 ff, 819 ff.

12 *Spindler* S. 900; für die Umwelthaftung s. *H. Schmidt* Die Umwelthaftung der Organmitglieder von Kapitalgesellschaften, 1996, zusammenfassend S. 291 f.

auch kein Schutzgesetz iSv § 823 Abs. 2 BGB verletzt wird¹; anders aber, wenn Geschäftsführer Insolvenzversicherung wahrheitswidrig vorspiegelt: § 823 Abs. 2 BGB iVm § 263 StGB².

Zur deliktischen Eigenhaftung des Geschäftsführers wegen *nicht abgeführter Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung* ausführlich Rn 91 ff. Zur *Insolvenzverschleppungshaftung* des Geschäftsführers aufgrund nicht rechtzeitiger Erfüllung der Antragspflicht aus § 15a Abs. 1 InsO s. Anh zu § 64 Rn 76 ff.

Für eigenhändiges Fehlverhalten haftet der Geschäftsführer ggf aus **§ 826 BGB** 81 wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung³, wenn das Verhalten seinem Gesamtcharakter nach als sittenwidrig zu qualifizieren ist⁴. So etwa bei vorsätzlicher Insolvenzverschleppung in der Absicht, den als unabwendbar erkannten Exitus der Gesellschaft so lange wie möglich hinauszuzögern⁵, oder wenn das Geschäftsmodell der Gesellschaft von vornherein auf Täuschung und Schädigung der Kunden angelegt ist⁶. Ebenso, wenn der Geschäftsführer Anlagegeschäfte der Gesellschaft ohne ausreichende Risikoaufklärung vermittelt⁷, oder einem Dritten gegenüber wider besseres Wissen (explizit oder auch nur konkludent) behauptet, die Gesellschaft sei leistungsfähig, und dieser durch den Vertragsschluss mit der Gesellschaft einen Schaden erleidet, oder falls der Geschäftsführer durch Gestaltung der Ein- und Verkaufspreise der Gesellschaft das Verlustrisiko einseitig auf die Gesellschaftsgläubiger oder bestimmte von ihnen verlagert⁸. Dem steht gleich, dass der Geschäftsführer nachgeordnete Arbeitnehmer der Gesellschaft deren Leistungsfähigkeit behaupten lässt oder gegen deren unzutreffende Behauptung nicht einschreitet, obwohl er sie positiv kennt⁹. Für die Eigenhaftung aus § 826 BGB kann es ausreichen, dass der Geschäftsführer sich in einer Weise blindlings auf nachgeordnete Mitarbeiter verlassen hat, wie er es nicht getan hätte, wenn der Mitarbeiter für den Geschäftsführer persönlich und auf dessen Risiko tätig geworden wäre. Bei dermaßen leichtfertigen Ge-

1 BAG ZIP 2006, 344; BAG GmbHR 2006, 878; BAG GmbHR 2007, 601; BAG ZIP 2010, 1361; BAG GmbHR 2012, 31.

2 BAG DB 2007, 1919; BAG DB 2007, 1690; BAG GmbHR 2012, 31.

3 Rspr-Übersichten etwa bei MünchKomm/Fleischer Rn 354; Spindler in Hdb Vorstandsrecht, § 13 Rn 57 ff; Michalski/Haas/Ziemons Rn 295 ff.

4 Zum Maßstab der Sittenwidrigkeit sowie zum Vorsatz im Kontext des § 826 BGB etwa BGH ZIP 2013, 27 Rn 25 ff mwN.

5 BGHZ 108, 134, 142 = GmbHR 1990, 69; BGH GmbHR 2008, 315, 316 f.

6 BGH ZIP 2015, 2169 Rn 24 mwN („Schwindelunternehmen“).

7 Dazu etwa BGH ZIP 2005, 158.

8 BGH NJW 1979, 2104; BGH GmbHR 1992, 363, 364 f; weitere Rspr-Beispiele: BGH GmbHR 1991, 409, 411 f; BGHZ 124, 151, 162; BGH WM 2001, 2313, 2314; BAG ZIP 1999, 878, 880 = GmbHR 1999, 655; OLG Celle GmbHR 2010, 87; OLG Köln GmbHR 2014, 1039, 1040; OLG Naumburg GmbHR 2008, 1149.

9 Vgl BGH GmbHR 1988, 480, 481.

geschäftsführerverhalten ist auf dessen bedingten Schädigungsvorsatz zu schließen¹.

- 82 **b) Geschäftsführer-Eigenhaftung aus Verkehrspflichtverletzung:** Umstritten sind die Voraussetzungen einer deliktischen Eigenhaftung des Geschäftsführers wegen Verkehrspflichtverletzung. Sie kommt nur in Betracht, wenn der Geschäftsführer eine ihn persönlich treffende Verkehrspflicht vorwerfbar verletzt. Nach der „Baustoff“-Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1989² soll der Geschäftsführer Außenstehenden gegenüber deliktsrechtlich ggf schon dann einstehen müssen, wenn er innerhalb der Gesellschaft für die Organisation und Leitung des Geschäftsbetriebes zuständig ist. Ihn treffe jene Organisationspflicht nämlich nicht nur als interne Pflicht im Verhältnis zur Gesellschaft, sondern auch als deliktsrechtliche Verkehrspflicht gegenüber Außenstehenden: In deren Interesse soll er verpflichtet sein, diesen drohende Gefahren zu steuern und abzuwehren. Mit solchen Erwägungen hat der VI. Zivilsenat die deliktische Eigenhaftung des Geschäftsführers einer (insolventen) GmbH für Eingriffe in fremde Schutzgüter bejaht, die ohne sein Wissen von nachgeordneten Mitarbeitern begangen worden waren³. Der II. Zivilsenat hat zu der Problematik noch nicht fallentscheidend Stellung nehmen müssen, seine Reserve gegenüber jener Rspr aber doch deutlich erkennen lassen⁴. Ohne hierauf einzugehen, hatte der VI. Senat seine Linie später beiläufig bestätigt⁵. Ob eine jüngere Entscheidung aus 2012⁶ insoweit als Kurskorrektur gedeutet werden darf, ist noch keineswegs ausgemacht: In Rede standen deliktsrechtliche Schadensersatzansprüche, die der Insolvenzverwalter über das Vermögen einer AG gegen die beklagten Geschäftsführer einer GmbH (frühere Vertriebspartnerin der Insolvenzschildnerin) wegen Beihilfe durch Unterlassen zu Untreuehandlungen des Haupttäters (früherer Vorstand der Insolvenzschildnerin) geltend machte. Es kam dafür auf eine Garantenstellung der Beklagten an. Der VI. Zivilsenat stellte fest, eine Garantenstellung ergebe sich noch nicht aus der Organfunktion als Geschäftsführer, weil die damit verbundenen Organpflichten nach § 43 Abs. 1 grundsätzlich nur der GmbH gegenüber bestünden; ihre Verletzung führe deshalb auch nur zur Haftung gegenüber der Gesellschaft nach § 43 Abs. 2⁷. Demgegenüber komme eine Außenhaftung des Geschäftsführers „nur in begrenztem Umfang aufgrund besonderer Anspruchsgrundlagen in Betracht“⁸. In casu hat der Senat

1 BGH GmbHR 1994, 464, 465; zu Erleichterungen der Darlegungs- und Beweislast s. auch OLG Celle GmbHR 1994, 467 f.

2 BGHZ 109, 297 – VI. ZS.

3 BGHZ 109, 297, 302 ff; dem folgend OLG Stuttgart NJW 2008, 2514, 2515.

4 BGHZ 125, 366, 375 f = GmbHR 1994, 390; s. dazu auch Goette DStR 1998, 1308, 1312 f; Goette GmbH, § 8 Rn 249 f.

5 BGH GmbHR 1996, 453, 454; s. zur Rspr des VI. Senats Groß ZGR 1998, 551, 564 ff.

6 BGH GmbHR 2012, 964; dazu Schirmer NJW 2012, 3398.

7 BGH GmbHR 2012, 964 Rn 19 ff.

8 BGH GmbHR 2012, 964 Rn 24.

hinreichende Umstände zur Begründung einer Garantenpflicht der Beklagten nicht festzustellen vermocht. In welchem Rahmen er eine Garantenstellung von Geschäftsleitern künftig ggf bejahen wird, lässt sich den Entscheidungsgründen indes nicht zuverlässig entnehmen.

Im Schrifttum hat das „Baustoff“-Urteil ein reges und kontroverses **Echo** ausgelöst; neben nachhaltiger Kritik hat die Entscheidung auch Fürsprecher gefunden¹. Dabei ist die These entwickelt worden, ohne eine persönliche Einstandspflicht des Geschäftsführers sei auch eine deliktische Haftung der Gesellschaft überhaupt nicht begründbar: Die deliktische Haftung der juristischen Person setze nach dem Konzept des BGB eine solche des Organs voraus, weil § 31 BGB die Haftung der juristischen Person nur in Form des (gesetzlichen) Schuldbeitritts zulasse². 83

Die vielschichtige Problematik um die Deliktshaftung juristischer Personen und die deliktische Eigenhaftung ihrer Organwalter ist an anderer Stelle umfassend aufgearbeitet worden³. Zusammengefasst sind **zwei Grundtypen der Deliktshaftung juristischer Personen** (und anderer, in ähnlicher Weise verselbständigter Sondervermögen) zu unterscheiden: zum einen ihre kumulative Haftung für ein *Eigendelikt* ihres Organwalters, der in eigener Person alle Merkmale des Deliktstatbestandes verwirklicht und deshalb seinerseits deliktisch haftet (Rn 79 ff); und zum anderen die Verkehrspflichtfälle, in denen *allein die juristische Person* Pflichtenträger ist. Die Verletzung dieser letzten Pflicht durch das schuldhaftes Versäumnis ihres Organwalters wird allein der juristischen Person haftungsbegründend zugerechnet, ohne dass es dazu der Annahme einer deliktischen Eigenhaftung auch des säumigen Organwalters bedürfte („exklusive Verkehrspflichthaftung“ der juristischen Person). Das ist zunächst aus der Struktur („Konstruktionsidee“) juristischer Persönlichkeit heraus entwickelt⁴ und sodann an der Zurechnungsnorm des § 31 BGB gemessen worden: In dogmengeschichtlicher Perspektive zeigt sich, dass jene Vorschrift für beide skizzierten Grundtypen der Deliktshaftung die Haftungszurechnung auf die juristische Person vermittelt; Zurechnungsgrund ist hier wie dort der Gedanke einer haftungsrechtlichen Gleichstellung von natürlicher Person und juristischer Person sowie das Gerechtigkeitsgebot einer Korrespondenz von Nutzen und Last. Das Sondervermögen eines Verbandes muss neben den Vorteilen aus der Tätigkeit seiner Re- 84

1 Die Diskussion ist ausführlich nachgezeichnet bei Kleindiek S. 8 ff, 368 ff; s. außer den dortigen Nachweisen etwa noch Haas S. 211 ff; Medicus ZGR 1998, 570 ff; U/H/L/Paeßgen Rn 348 ff; Sandberger S. 129 ff; Sandmann S. 429 ff; Schirmer S. 22 ff; MünchKommWagner § 823 BGB Rn 112 ff.

2 In diesem Sinne vor allem Altmeyen ZIP 1995, 881, 887 f; R/A/Altmeyen Rn 61; Altmeyen in Hdb Managerhaftung, § 7 Rn 43; im Ansatz übereinstimmend ua v. Bar FS Kitagawa, 1992, S. 282 ff; Brüggemeier AcP 191 (1991), 33, 64.

3 Kleindiek Deliktshaftung und juristische Person, resümierend S. 473 ff.

4 Kleindiek S. 183 ff.

präsentanten auch die Verpflichtung zum Ersatz daraus resultierender Drittschäden tragen. Das Konzept des § 31 BGB erlaubt die selbständige Ableitung der Verkehrspflichthaftung juristischer Personen ohne eine zwingende „Anknüpfungstat“ ihrer Organmitglieder. Schon nach der Intention des Gesetzes ist die zivilrechtliche Verkehrspflichthaftung juristischer Personen unabhängig von der Eigenhaftung ihrer Repräsentanten konzipiert; das Säumnis des Repräsentanten wird vielmehr der juristischen Person haftungsbegründend zugerechnet, die Pflicht der juristischen Person und das schuldhaft pflichtverletzende Verhalten ihres Organwalters werden zu einem Delikt (dem der juristischen Person) „addiert“¹.

- 85 Jenen **Zurechnungsmechanismus** zur Begründung deliktischer Verantwortlichkeit kollektiver Rechtssubjekte erkennt, wer – unter Hinweis auf ihre mangelnde Handlungsfähigkeit – der juristischen Person die Befähigung abspricht, Trägerin von Verkehrspflichten zu sein, und mit eben dieser Begründung eine originäre Verkehrspflichthaftung der juristischen Person (sei es aus § 823 Abs. 1 BGB, sei es aus § 831 Abs. 1 BGB) leugnen will². Die stattdessen angebotene Alternative, nämlich die kumulative Mithaft der juristischen Person für die auf § 831 Abs. 2 BGB gestützte Verantwortlichkeit ihrer Organwalter³, ist kein gangbarer Weg. Auf den Geschäftsleiter einer juristischen Person ist § 831 Abs. 2 BGB nicht anwendbar, weil in der Wahrnehmung der Organfunktion keine „Übernahme“ der Geschäftsbesorgung im Sinne jener Vorschrift liegt⁴: Das Modell der Übernehmerhaftung erklärt sich aus der haftungsentlastenden Wirkung der Übernahme zugunsten des primär Verpflichteten; die Haftung des Übernehmers soll Haftungsdefiziten zulasten geschädigter Dritter begegnen. Die Pflichten einer juristischen Person können aber ohnehin nur durch ihre Organmit-

1 Zusammenfassend *Kleindiek* S. 479–482; zustimmend etwa OLG Rostock OLGR Rostock 2007, 486 Rn 29; *F. Bydlinski* FS Koppensteiner, 2001, S. 569, 570; *Gottschalk* GmbH 2015, 8, 9 ff; *Medicus* ZGR 1998, 570; *Medicus* ZHR 162 (1998), 352; *Medicus* GmbH 2002, 809; *U/H/L/Paefgen* Rn 354 ff; *Raiser/Veil* Recht der Kapitalgesellschaften, § 42 Rn 102; *MünchKomm/Reuter* § 31 BGB Rn 31; *Sandmann* S. 432 ff; *Spindler* S. 859; *B/H/Zöllner/Noack* Rn 77; im Ausgangspunkt auch *MünchKomm/Wagner* § 823 BGB Rn 116; weitere Nachweise bei *Kleindiek* in *Hdb Managerhaftung*, § 10 Rn 18. Kritisch indes *R/A/Altmeyen* Rn 61; *Foerste* VersR 2002, 1, 2 ff; *Dreier* Die Verkehrspflichthaftung des Geschäftsführers der GmbH, 2002, S. 138 ff; *Martinek* AcP 198 (1998), 612 ff.

2 So etwa *Dreier* Verkehrspflichthaftung, S. 117 f, 127 ff, 183 ff, 212, unter Bezugnahme auf *Altmeyen* ZIP 1995, 881, 888 ff und *Wilhelm*, Kapitalgesellschaftsrecht, 1998, Rn 1053; gegen einen solchen Ansatz auch schon *Sandberger* S. 137 ff; ferner *Eckardt* in *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler*, 1996, S. 61, 68 ff; zusammenfassend *Kleindiek* in *Hdb Managerhaftung*, § 10 Rn 19 ff.

3 *Altmeyen* ZIP 1995, 881, 888; *Dreier* Verkehrspflichthaftung, S. 206 ff mwN.

4 BGH NJW 1974, 1371, 1372; BGHZ 109, 297, 304; BGHZ 125, 366, 375 = GmbHR 1994, 390; übereinstimmend die heute ganz hL, Einzelnachweise bei *Kleindiek* in *Hdb Managerhaftung*, § 10 Rn 22.

glieder wahrgenommen werden; deren Einsatz begründet keine Haftungsentlastung zugunsten der juristischen Person.

Für das **GmbH-Recht** ergeben sich aus all dem diese **Folgerungen**: Gefahrenquellen im Aktivitätsbereich der Gesellschaft begründen deliktische **Verkehrspflichten der Gesellschaft**, deren Verletzung **allein** zur **Haftung der Gesellschaft** geschädigten Dritten gegenüber führt. Das gilt auch im Rahmen der Produkthaftung¹. Aus solchen Verkehrspflichten resultieren zwar Organisations- und Überwachungspflichten des Geschäftsführers. Aber diese bestehen nur gegenüber der Gesellschaft, nicht gegenüber Dritten. Im Verhältnis zu Dritten können sie dem Geschäftsführer *nicht* als eigene Verkehrspflichten angelastet werden, welche ihn in gleicher Weise wie die Gesellschaft träfen. Ein derartiges Haftungskonzept würde den Geschäftsführer mit nicht mehr berechenbaren, zuweilen sogar exzessiven Risiken belegen, ihn im Gegensatz zur Haftungstrennung nach § 13 Abs. 2 zum wirtschaftlichen Ausfallbürgen der Gesellschaft und der Gesellschafter machen und auf diese Weise die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft zu beschneiden drohen².

Die **eigenen Verkehrspflichten des Geschäftsführers** im Außenverhältnis müssen vielmehr eigenständig begründet werden³. Dafür langt § 130 OWiG ebenso wenig aus⁴ wie der Gedanke einer Aufgaben-, Gefahr- oder Pflichtenübernahme durch den Geschäftsführer⁵. Eigene Verkehrspflichten des Geschäftsführers kommen **nur in eng begrenzten Ausnahmefällen** in Betracht, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Verkehrspflicht gerade in seiner Person verwirklicht sind: etwa dort, wo der Geschäftsführer durch eigene Aktivität eine Quelle erhöhter Gefahr schafft oder wo er als Bewahrungs- bzw. Beschützergarant auftritt⁶. Für die Konkretisierung solcher originärer Verkehrspflichten des Geschäftsführers sind der Rang des jeweils geschützten Rechtsguts, das bestehende Risiko einer Schädigung Dritter und die Schwere der potentiellen Schäden ebenso zu berücksichtigen wie die Notwendigkeit, gefahrträchtige Vorgänge im

1 Gottschalk GmbHR 2015, 8, 9 ff; Heil/Russenschuck BB 1998, 1749; Medicus GmbHR 2002, 809; Sandberger Außenhaftung, S. 238 ff; ausführlich Harbarth in Hdb Managerhaftung, § 24 Rn 33 ff mwN.

2 S. zur Kritik schon Lutter GmbHR 1997, 329, 334 f; Medicus ZGR 1998, 570, 585.

3 Ebenso OLG Karlsruhe GmbHR 2013, 267, 268; OLG Schleswig GmbHR 2011, 1143, 1144 f.

4 Zutreffend BGHZ 125, 366, 371 ff = GmbHR 1994, 390; Altmeppen DZWIR 1994, 380; Haas S. 245 ff; Sandmann S. 484 ff; zweifelnd K. Schmidt ZIP 1994, 837, 842.

5 Dazu und zur Kritik näher Haas S. 225 ff; Kleindiek S. 393 ff; Medicus ZGR 1998, 570, 575 f; aA MünchKommWagner § 823 BGB Rn 118.

6 Näher Kleindiek S. 457 ff; im Ansatz ganz ähnlich MünchKommFleischer Rn 351; Grünwald S. 67 ff (zusammenfassend S. 166); Keller Die deliktische Außenhaftung des GmbH-Geschäftsführers ..., 2002, S. 184 ff; Sandberger S. 154 ff; weniger streng Vehreschild Die Verkehrspflichthaftung des GmbH-Geschäftsführers, 1999, S. 186 ff; generell gegen eine Verkehrspflichthaftung des Geschäftsführers aber U/H/L/Paefgen Rn 356.

Unternehmen wegen ihrer Komplexität gerade vom Geschäftsführer persönlich überwachen zu lassen¹. In eine ähnliche Richtung dürften Überlegungen zielen, die eine eigene Verkehrspflichthaftung des Geschäftsführers ausnahmsweise dann annehmen wollen, wenn ein nicht mehr hinnehmbares Missverhältnis zwischen der Gefahrenlage und der gesellschaftsinternen Organisationsstruktur besteht².

- 88 Hingegen können die zentralen **Koordinierungspflichten des Geschäftsführers** gegenüber der Gesellschaft (vgl. Rn 12, 30) seine persönliche Verantwortlichkeit gegenüber Dritten noch **nicht** begründen³. Deshalb ist der Geschäftsführer bei Eigentumsverletzungen durch Unternehmensmitarbeiter Dritten gegenüber selbst dann nicht haftbar, wenn er unternehmensintern für die Überwachung dieser Mitarbeiter verantwortlich war. Zur persönlichen Einstandspflicht kommt es jedoch bei *positiver Kenntnis des Geschäftsführers*: Verletzen andere Unternehmensangehörige geschützte Rechtsgüter Dritter, so besteht jenen Dritten gegenüber eine Pflicht des Geschäftsführers zum Einschreiten dann, wenn dieser die Verletzungshandlung anderer erkennt oder von ihr als bevorstehend erfährt und er die Möglichkeit hat, diese Handlung anderer zu verhindern⁴. Diese Einstandspflicht kann auch solche Geschäftsführer treffen, die nach der internen Geschäftsverteilung innerhalb des Geschäftsführerkollegiums für die Überwachung der drittschädigend tätigen Unternehmensmitarbeiter nicht zuständig waren⁵. Dagegen langt fahrlässiges Nichterkennen nicht aus, um eine eigene Handlungspflicht des Geschäftsführers zu begründen⁶.
- 89 Abzulehnen sind aber all jene Haftungskonzepte, in denen – wie auch in der Rechtsprechung des VI. Zivilsenats des BGH (s. schon Rn 82 mN) – den internen Verhaltenspflichten der Organwalter automatisch kongruente deliktische Verkehrspflichten jener Organwalter im Außenverhältnis zur Seite gestellt werden. Die darin liegende „Verdoppelung“ der Pflichtenstellung würde die Be-

1 Gleichsinnig wohl *Michalski/Haas/Ziemons* Rn 343a; ähnlich auch *B/H/Zöllner/Noack* Rn 77.

2 So *Haas* S. 256 ff, der dabei – wenig glücklich – von einem „Missbrauch“ der Gesellschaft als Zurechnungssubjekt von Risiken und Gefahren zulasten außenstehender Dritter spricht.

3 Im Ansatz gleichsinnig etwa OLG Rostock OLGR Rostock 2007, 486 Rn 30; *Bisson* GmbH 2005, 1453, 1457 ff; *Raiser/Veil* Recht der Kapitalgesellschaften, § 42 Rn 102; *B/H/Zöllner/Noack* Rn 77; *B/S/Klöhn* Rn 96; weitere Nachweise bei *Kleindiek* in Hdb Managerhaftung, § 10 Rn 24.

4 S. zur näheren Begründung schon *Kleindiek* S. 464 f und etwa *Groß* ZGR 1998, 551, 563 f; *Haas* S. 232 f; *Lutter* ZHR 157 (1993), 464, 468 f; unter dem Aspekt der Produkthaftung auch *Heil/Russenschuck* BB 1998, 1749, 1753 f; kritisch *B/H/Zöllner/Noack* Rn 77.

5 Allgemein zum Einfluss der internen Geschäftsverteilung auf die Geschäftsführeraußenhaftung *Altmeppen* in Hdb Managerhaftung, § 7 Rn 68 ff; *Haas* S. 279 ff; *Medicus* GmbH 1998, 9.

6 Ebenso *Lutter* ZHR 157 (1993), 464, 468 ff.

schränkung der Organpflichten auf das Innenverhältnis zur Rechtsperson sowie die Grenzziehung zwischen Vertrag und Delikt aufheben; zugleich würde der Grundsatz, wonach die Organisationspflichten nur der Gesellschaft gegenüber bestehen, – wie der *II. Zivilsenat* formulierte – „praktisch aus den Angeln gehoben“¹. Dennoch hat der (für das Bankrecht zuständige) *XI. Zivilsenat* des BGH in den Gründen seiner Entscheidung zur Haftung der Deutschen Bank und ihres (ehemaligen) Vorstandssprechers wegen Interviewäußerungen zur Kreditwürdigkeit eines Unternehmens der Kirch-Gruppe den Rahmen für die Außenhaftung eines Organmitglieds irritierend weit abgesteckt: Aus den organ-schaftlichen Pflichten des Vorstandsmitglieds gegenüber der AG werden delikts-rechtlich sanktionierte Verpflichtungen gegenüber den Vertragspartnern der Gesellschaft abgeleitet, wobei das „Prinzip der Relativität von Schuldverhältnissen“ mit leichter Hand beiseite geschoben wird².

c) Im Wettbewerbs- und Markenrecht etc haftet der Geschäftsführer, der im Rahmen seiner Geschäftsführertätigkeit (als Täter oder Gehilfe) ein fremdes Im- 90
materialgüterrecht verletzt, neben der Gesellschaft persönlich³. Diese Einstands-pflicht bestand nach der früheren Rspr des I. Zivilsenats des BGH auch dort, wo ein anderer (Mitgeschäftsführer oder sonstiger Unternehmensmitarbeiter) die Rechtsgutverletzung begangen und der Geschäftsführer von der bevorstehenden Rechtsverletzung Kenntnis sowie die Möglichkeit ihrer Verhinderung gehabt hat⁴. Nunmehr macht der Senat die persönliche Haftung eines Geschäftsführers, der an den unlauteren Wettbewerbshandlungen der Gesellschaft nicht durch po-sitives Tun beteiligt war, davon abhängig, dass er die Wettbewerbsverstöße auf-grund einer nach allgemeinen Grundsätzen des Deliktsrechts begründeten Ga-rantenstellung hätte verhindern müssen⁵. Eine entsprechende Garantenstellung Dritten gegenüber („wettbewerbsrechtliche Verkehrspflicht“) werde noch nicht durch die Organstellung und die allgemeine Verantwortlichkeit des Geschäfts-führers für den Geschäftsbetrieb begründet. Sie sei allerdings „zu erwägen“, wenn der Geschäftsführer sich bewusst der Möglichkeit entziehe, überhaupt Kenntnis von etwaigen Wettbewerbsverstößen in seinem Unternehmen oder durch von ihm beauftragte Drittunternehmen zu nehmen⁶. Zudem hafte der Ge-schäftsführer persönlich aufgrund einer eigenen wettbewerbsrechtlichen Ver-kehrspflicht, wenn er ein auf Rechtsverletzungen angelegtes Geschäftsmodell

1 So treffend BGHZ 125, 366, 375 f = GmbHR 1994, 390 (II. ZS).

2 BGH ZIP 2006, 317, 330 f, wo es ua heißt: „Was der juristischen Person aufgrund der vertraglichen Treuepflicht untersagt ist, ist daher zwangsläufig auch dem oder den für sie handelnden Organen verboten.“

3 BGH GmbHR 2014, 977 Rn 14 mwN.

4 S. nur BGH GmbHR 1986, 83 und die Nachweise in BGH GmbHR 2014, 977 Rn 15; zu-sammenfassend etwa *Kellenter* in Hdb Managerhaftung, § 23 Rn 8 ff.

5 BGH GmbHR 2014, 977 Rn 17.

6 BGH GmbHR 2014, 977 Rn 19 ff, 26.

selbst ins Werk gesetzt habe¹. Eine gesetzeswidrige Gesellschafterweisung zur Vornahme von Verstößen gegen das Wettbewerbs- und Markenrecht etc entlastet den Geschäftsführer selbstverständlich nicht².

9. Geschäftsführerhaftung für nicht abgeführte Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung

- 91 Nach ständiger Rspr des BGH³ haftet der Geschäftsführer deliktsrechtlich gemäß § 823 Abs. 2 BGB iVm §§ 266a Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB gegenüber dem Sozialversicherungsträger auf Schadensersatz, wenn und soweit **Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung (§§ 28a ff SGB IV) nicht abgeführt** werden. Die hieran geübte Grundsatzkritik⁴, die den Schutzgesetzcharakter des § 266a StGB ebenso bezweifelt (weil intendierte Sicherung des Beitragsaufkommens im Interesse der Solidargemeinschaft nicht Schutz eines hinreichend individualisierten Personenkreises bezwecke) wie die Eignung von § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB zur Begründung zivilrechtlicher Verantwortlichkeit des Geschäftsführers, war schon in der Spruchpraxis des (früher zuständigen) VI. Zivilsenats des BGH nicht aufgegriffen worden⁵. Der (BGH-intern für Schadensersatzklagen gegen Geschäftsführer wegen nicht abgeführter Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung seit dem Geschäftsjahr 2002 zuständige) II. Zivilsenat hat die entsprechenden Einwände ausdrücklich zurückgewiesen⁶. Die Haftung erstreckt sich aber nicht auf Säumniszuschläge nach § 24 Abs. 1 SGB IV, da diese Vorschrift kein Schutzgesetz iSd § 823 Abs. 2 BGB ist⁷. – Zu Ansprüchen der Sozialversicherungsträger gegen den Geschäftsführer unter dem Gesichtspunkt der *Insolvenzverschleppungshaftung* (§ 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a Abs. 1 InsO) s. Anh zu § 64 Rn 98.
- 92 Das Tatbestandsmerkmal des „**Vorenthaltens**“ der Arbeitnehmeranteile nach § 266a Abs. 1 StGB ist selbst dann erfüllt, wenn für den betreffenden Zeitraum auch keinerlei Lohn an die Arbeitnehmer ausgezahlt worden ist. In diesem Sinne

1 BGH GmbHR 2014, 977 Rn 31 unter Hinweis auf BGH GRUR 2009, 841 Rn 21 f.

2 OLG Hamburg GmbHR 2006, 379, 380.

3 BGH NJW 1992, 177, 178; BGHZ 134, 304, 307, 313 = GmbHR 1997, 305; BGH NJW 2000, 2993 = GmbHR 2000, 816 – je VI. ZS; BGH GmbHR 1997, 1156; BGH GmbHR 2005, 874; BGH GmbHR 2006, 1332; BGH GmbHR 2009, 991 – je II. ZS.

4 Etwa v. *Einem* BB 1986, 2261; *Cahn* ZGR 1998, 367, 369 ff; *Dreher* FS Kraft, 1998, S. 59, 61 ff; *U/H/L/Paeßen* Rn 393 ff; *Sandberger* S. 245 ff.

5 Zur Rspr-Praxis des VI. ZS zusammenfassend *Groß* ZIP 2001, 945; zum Rückgriff des Geschäftsführers gegen die Gesellschafter *Hommelhoff/Schwab* FS Kraft, 1998, S. 263, 271 ff.

6 BGH GmbHR 2005, 874, 875.

7 BGH GmbHR 2008, 1217.

hat sich der BGH¹ zugunsten der „Lohnpflichttheorie“ (gegen die „Lohnzahlungstheorie“) ausgesprochen und darin später Bestätigung durch den Gesetzgeber erfahren: Seit Novellierung des § 266a Abs. 1 StGB durch Gesetz vom 23.7.2002² ist das (vorsätzliche) Vorenthalten der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung unabhängig davon strafbewehrt, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird.

Der Geschäftsführer kann den Tatbestand des § 266a Abs. 1 StGB nur dann verwirklicht haben, wenn Gesellschaft und ihrem Geschäftsführer die **Beitragsabführung zum Fälligkeitszeitpunkt** (spätestens am drittletzten Bankarbeitstag des Beschäftigungsmonats; s. näher § 23 Abs. 1 SGB IV)³ **möglich** war. Hieran fehlt es für Beiträge, deren Fälligkeit erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens (Verlust der Verfügungsbefugnis gemäß §§ 80, 81 InsO) oder nach Auferlegung eines allgemeinen Verfügungsverbots vor Verfahrenseröffnung (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO) eintritt⁴. An der Möglichkeit zur Beitragsabführung kann es auch fehlen, wenn die Gesellschaft zum Fälligkeitszeitpunkt **nicht mehr zahlungsfähig** ist⁵. Aber Zahlungsunfähigkeit im hier maßgeblichen Sinn ist erst dann gegeben, wenn dem Arbeitgeber die Mittel nicht mehr zur Verfügung stehen, um ganz konkret die fälligen Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung (und nur diese) abzuführen. Und das ist nach ständiger Rspr erst dann der Fall, wenn der Beitragsschuldner – unter Hintanstellung sonstiger Verbindlichkeiten – nicht einmal mehr (auch nicht durch Inanspruchnahme eines bestehenden Kreditrahmens) ausreichende Liquidität zur Begleichung der fälligen Arbeitnehmeranteile aufzubringen vermag; Überschuldung soll noch nicht zur Unmöglichkeit der Pflichterfüllung führen⁶.

Selbst bei bestehender Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zum Fälligkeitszeitpunkt haftet der Geschäftsführer dem Sozialversicherungsträger gegenüber, wenn und soweit ihm die Herbeiführung dieser Zahlungsunfähigkeit als (bedingt vorsätzliches) pflichtwidriges Verhalten zur Last zu legen ist (sog *omissio libera in causa*): Sobald sich deutliche Bedenken aufdrängen, ob am Fälligkeitstag ausreichende Mittel vorhanden sein werden, besteht nach der Rspr eine Verpflichtung, durch Aufstellung eines Liquiditätsplans und **Bildung ausreichender Rücklagen** unter Zurückstellung anderweitiger Zahlungspflichten – ggf sogar durch Lohnkürzung – die Fähigkeit zur Abführung der Arbeitnehmerbeiträge

1 BGH GmbHR 2000, 816 – VI. ZS; ebenso später der 5. Strafs: BGH ZIP 2002, 2143 = GmbHR 2002, 1026.

2 BGBl I 2787; dazu *Ignor/Rixen* NStZ 2002, 510, 512f.

3 Zu Stundungsvereinbarungen s. *Jacobi/Reufels* BB 2000, 771, 772.

4 Vgl BGH GmbHR 1998, 280.

5 BGH GmbHR 1997, 29, 30; BGHZ 134, 304, 307.

6 BGH GmbHR 1997, 29, 30 – VI. ZS; einschränkend BGH GmbHR 2002, 1026, 1028 – 5. Strafs: keine Pflicht zur Beschaffung von Kreditmitteln.

zur Sozialversicherung soweit als möglich sicherzustellen¹. In der Konsequenz haftet also der Geschäftsführer (straft- wie zivilrechtlich), wenn die Zahlungsunfähigkeit darauf beruht, dass vor Fälligkeit der Arbeitnehmerbeiträge Leistungen an andere Gläubiger, sei es auch in „kongruenter Deckung“ auf bestehende Verbindlichkeiten des Arbeitgebers, erbracht werden. Dabei ist erforderlich, dass der Geschäftsführer die Gefahr der Zahlungsunfähigkeit tatsächlich erkannt und in Kauf genommen hat; bloße Erkennbarkeit genügt nicht². Denn der in § 266a Abs. 1 StGB vorausgesetzte *Vorsatz* erfordert das Bewusstsein und den Willen, die Abführung der Beiträge bei Fälligkeit zu unterlassen. Erkennt der Geschäftsführer aber Anzeichen von Liquiditätsproblemen, die besondere Anstrengungen zur Sicherstellung der Abführung der Arbeitnehmerbeiträge verlangen, und nimmt er dabei zumindest billigend in Kauf, dass bei Unterlassung von Sicherheitsvorkehrungen später möglicherweise die Arbeitnehmerbeiträge nicht mehr rechtzeitig erbracht werden können, ist hinsichtlich des Merkmals der Pflichtwidrigkeit auch *Vorsatz* gegeben.

- 95 Mit dieser Rspr wird im Ergebnis eine Verpflichtung zur (gegenüber der Erfüllung anderer Verbindlichkeiten) vorrangigen Abführung der Arbeitnehmeranteile postuliert³. Zur Begründung jener „**Vorrangrechtsprechung**“ wird zum einen auf die Strafabwehrung des Beitragsgebots hinsichtlich der Arbeitnehmerbeiträge zum Zwecke der Sicherung des Beitragsaufkommens der Sozialkassen verwiesen; zum anderen auf die Regelung des (heutigen) § 266a Abs. 6 StGB, die von dem Arbeitgeber im Falle wirtschaftlicher Schwierigkeiten verlangt, die Gründe für die nicht fristgerechte Zahlung und seine Bemühungen um Begleichung der sozialversicherungsrechtlichen Verbindlichkeiten spätestens zum Fälligkeitszeitraum darzutun, um selbst im Falle einer späteren Zahlung eine Strafbefreiung zu erlangen.
- 96 **Haftungsadressat** ist jeder amtierende Geschäftsführer, nach der BGH-Rspr in Strafsachen⁴ sogar ein rein faktischer, nicht förmlich bestellter Geschäftsführer (zur Kritik daran s. § 84 Rn 7), soweit ihm die Beitragsabführung zum Fälligkeitszeitpunkt möglich war (vgl schon Rn 93). Die **Darlegungs- und Beweislast** hinsichtlich der Möglichkeit zur Beitragsabführung (und aller anderen haftungsbegründenden Tatbestandsmerkmale) trägt der Sozialversicherungsträger, der den Geschäftsführer in Anspruch nimmt; es hat nicht etwa der Geschäftsführer die Zahlungsunfähigkeit darzulegen und zu beweisen; diesen trifft lediglich eine

1 BGHZ 134, 304, 308 f = GmbHR 1997, 305; BGH GmbHR 2002, 208 f; BGH GmbHR 2002, 213, 214 f – VI. ZS; ebenso BGH GmbHR 1997, 1156, 1157; BGH GmbHR 2006, 1332 – II. ZS; BGH GmbHR 2002, 1026, 1027 – 5. Strafsf; s. dazu etwa Haase GmbHR 2002, 210 ff.

2 BGH GmbHR 2002, 213, 216 – VI. ZS; BGH GmbHR 2002, 1026, 1028 – 5. Strafsf.

3 BGHZ 134, 304, 309 ff = GmbHR 1997, 305; BGH GmbHR 2002, 1026; ablehnend Altmeppen FS Goette, 2011, S. 1, 3 ff: „unhaltbar“.

4 S. für § 266a StGB BGH GmbHR 2002, 1026, 1029 – 5. Strafsf.

sekundäre Darlegungslast¹. Der Sozialversicherungsträger genügt insoweit seiner Darlegungs- und Beweislast mit Darlegung und Nachweis irgendeiner Zahlung in nicht unwesentlicher Höhe an einen Dritten. Es obliegt dann dem Geschäftsführer im Sinne seiner sekundären Darlegungslast, das Vorbringen fortbestehender Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft substantiiert zu bestreiten². Jedoch dürfen an diese sekundären Darlegungslasten nicht derart überhöhte Anforderungen gestellt werden, dass es faktisch zu einer Umkehrung der Darlegungs- und Beweislast kommt; insbesondere obliegen dem Geschäftsführer keine besonderen Dokumentationspflichten³.

Der in § 266a Abs. 1 StGB vorausgesetzte **Vorsatz** (auf den sich die Darlegungs- und Beweislast des Sozialversicherungsträgers ebenfalls erstreckt⁴) erfordert das Bewusstsein und den Willen, die Abführung der Beiträge bei Fälligkeit zu unterlassen⁵. Im Rahmen des insoweit ausreichenden bedingten Vorsatzes werden diese Voraussetzungen auch dann als gegeben angesehen, wenn es der Geschäftsführer verabsäumt, die Erfüllung der Beitragspflicht durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen (s. Rn 94)⁶. Die interne Zuständigkeitsverteilung unter mehreren Geschäftsführern (**Ressortaufteilung**) belässt den nicht primär zuständigen Geschäftsführern Überwachungspflichten; interne Zuständigkeitsregelungen innerhalb des Geschäftsführerkollegiums lassen ebenso wie eine Delegation der Aufgaben an nachgeordnete Arbeitnehmer die Eigenverantwortlichkeit jedes einzelnen Geschäftsführers nicht erlöschen. Hier wie dort bleiben stets **Überwachungspflichten**, die Veranlassung zum Eingreifen geben, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Erfüllung von der Gesellschaft obliegenden Aufgaben durch den (intern) zuständigen Geschäftsführer oder den mit der Erledigung beauftragten Arbeitnehmer nicht mehr gewährleistet ist. Insbesondere in der Unternehmenskrise oder bei Feststellung ungeordneter Verhältnisse im Geschäftsablauf muss sich jedes Organmitglied über die Einhaltung der Pflicht zur pünktlichen Zahlung fälliger Arbeitnehmerbeiträge in ausreichender Weise vergewissern (Grundsatz der Gesamtverantwortung)⁷; dabei hat der VI. Zivilsenat ggf sogar telefonische Rückfragen bei den in Frage kommenden Bankinsti-

1 BGH GmbHR 2002, 213, 214f; BGH GmbHR 2005, 874, 875; BGH GmbHR 2013, 265.

2 BGH GmbHR 2002, 213, 214f; OLG Brandenburg GmbHR 2003, 595; OLG Düsseldorf GmbHR 2015, 708, 710; OLG Hamburg ZIP 2007, 725, 726; OLG Saarbrücken GmbHR 2002, 907, 909f; kritisch Katzenmeier JZ 2002, 669; Kiethe ZIP 2003, 1957, 1961.

3 Näher BGH GmbHR 2005, 874, 875f.

4 BGH GmbHR 2013, 265 Rn 14.

5 BGH GmbHR 2002, 208, 210 mwN.

6 BGHZ 134, 304, 313 ff = GmbHR 1997, 305; BGH GmbHR 2001, 236, 237; BGH GmbHR 2008, 815, 816; BGH GmbHR 2013, 265.

7 BGH GmbHR 2013, 265 Rn 17; BGH GmbHR 2008, 815, 816 mwN; OLG Düsseldorf GmbHR 2015, 708, 709f.

tuten verlangt¹. Irrtum des Geschäftsführers über den Umfang seiner Überwachungspflicht ist Ver- bzw Gebotsirrtum, der in der Regel (soweit nicht unvermeidbar) den Vorsatz hinsichtlich des Vorenthaltens der Beiträge nicht entfallen lässt².

- 98 Dem Geschäftsführer sind pflichtwidrige **Versäumnisse eines Amtsvorgängers** nicht haftungsbegründend zuzurechnen; er übernimmt die Verpflichtung zur Abführung der Sozialversicherungsbeiträge erst mit seiner Bestellung zum Geschäftsführer der Gesellschaft³. Von da an kann er aber ggf gehalten sein, etwaige Versäumnisse seines Vorgängers zu korrigieren⁴. Die Verantwortlichkeit des Geschäftsführers endet im Übrigen mit der **Amtsniederlegung** (zu ihren Voraussetzungen s. § 38 Rn 41 ff), für die Nichtabführung später fällig werden-der Beiträge haftet er nicht⁵.
- 99 Im Übrigen wird die Geschäftsführerhaftung aus § 823 Abs. 2 BGB iVm § 266a Abs. 1 StGB wegen nicht abgeführter Arbeitnehmerbeiträge durch das **Insolvenzrecht** beeinflusst: Schon nach der Rspr des VI. Zivilsenats des BGH war ein Schaden des Sozialversicherungsträgers zu verneinen, wenn Beitragszahlung im Insolvenzverfahren voraussichtlich erfolgreich angefochten worden wäre⁶. Auch der IX. Zivilsenat gewährt ein entsprechendes **Anfechtungsrecht**⁷ unter den Voraussetzungen der §§ 129 ff InsO⁸. Der II. Zivilsenat hat diese Rsp bestätigt⁹:

1 BGH GmbHR 2001, 236, 237; ferner OLG Hamburg GmbHR 2000, 185, 186 f; OLG Rostock GmbHR 2002, 218; OLG Schleswig GmbHR 2002, 216; s. aber auch BGH ZIP 2002, 2143, 2145 = GmbHR 2002, 1026 – 5. Strafs; zum Ganzen *Th. Huber* Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers für die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge, 2000, S. 37 ff; *Kiethe* ZIP 2003, 1957, 1962 ff.

2 BGH GmbHR 2001, 236, 238; OLG Düsseldorf GmbHR 2000, 1261, 1263; OLG Düsseldorf GmbHR 2015, 708, 711.

3 BGH GmbHR 2002, 208; verneinend zur Haftung des Geschäftsführers einer Vorgesellschaft: KG NZG 2002, 483, 484 = GmbHR 2002, 381; anders für Gesellschafter-Geschäftsführer der Vorgesellschaft: KG GmbHR 2003, 591, 593 f.

4 S. auch *Haase* GmbHR 2002, 210, 212 f.

5 BGHZ 133, 370, 376 = GmbHR 1997, 25; BGH GmbHR 2003, 544; OLG Düsseldorf GmbHR 2003, 420; OLG Naumburg GmbHR 2002, 1237, 1238 f; zur ggf fortbestehenden Haftung unter dem Gesichtspunkt faktischer Geschäftsführung s. OLG Naumburg GmbHR 2000, 558.

6 BGH GmbHR 2001, 147, 149 zu § 10 Abs. 1 Nr. 4 GesamtvollstreckungsO; BGH GmbHR 2002, 213, 214 zu § 30 Nr. 1 KO.

7 BGH ZIP 2001, 2235, 2237 f zu § 10 Abs. 1 Nr. 4 GesamtvollstreckungsO; dazu *Gundlach/Frenzel/Schmidt* DZWIR 2002, 89; zuvor schon BGH ZIP 1999, 1977, 1979; BGH DB 2003, 2383 zu § 30 Nr. 1 KO.

8 S. dazu instruktiv BGH ZIP 2006, 290 = NZI 2006, 159 mit Anm („Check-Liste“) *M. Huber*; außerdem etwa BGH ZIP 2003, 1506; BGH DB 2011, 52, 53; OLG Hamburg ZIP 2002, 1360; OLG Hamburg ZIP 2007, 725, 728 f = GmbHR 2007, 658; OLG Stuttgart ZIP 2004, 129.

9 BGH GmbHR 2005, 874, 876.

Hätte der Insolvenzverwalter die Zahlungen an die Sozialkasse anfechten können, entfällt mangels Kausalität der Schaden. Dem ist zuzustimmen: Der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Gläubiger darf nicht auf dem Umweg über § 266a StGB mittelbar durchbrochen werden, zumal die InsO Konkursvorrechte abgeschafft hat¹. Der Vorrang der Pflicht zur Abführung der Arbeitnehmeranteile (Rn 93 f) kann jedenfalls in der *Insolvenz* des Beitragsschuldners deshalb keine Anerkennung mehr finden; im Insolvenzverfahren ist eine Vorrangstellung der Sozialversicherungsträger nicht zu rechtfertigen².

In der Praxis ist die spätere Anfechtung von insolvenznah abgeführten Sozialversicherungsbeiträgen von erheblicher Bedeutung. Denn jene Zahlungen erfolgen nicht selten unter dem Druck eingeleiteter oder angekündigter Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder eines vom Sozialversicherungsträger gestellten Insolvenzantrags, der dann nach der Zahlung wieder zurückgenommen wird. Zahlungen, die unter dem Druck ausgebracht oder unmittelbar drohender Zwangsvollstreckungsmaßnahmen innerhalb des nach § 131 Abs. 1 InsO geschützten Drei-Monats-Zeitraums vor dem Eröffnungsantrag geleistet werden, sieht der IX. Zivilsenat des BGH als inkongruent an; sie unterliegen deshalb der Anfechtung unter den Voraussetzungen des § 131 Abs. 1 Nr. 1–3 InsO³. Für länger zurückliegende Zahlungen kann die Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO eröffnet sein, wenn der Sozialversicherungsträger zuvor einen Insolvenzantrag gestellt oder angedroht hat⁴. 100

Vor diesem Hintergrund erklärt sich die zwei Jahre währende, kontroverse Debatte um die **Fiktion des § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV** idF von Art. 21 SGB IV-Änderungsgesetz vom 19.12.2007 (BGBl I 3024), wonach Arbeitgeberzahlungen auf Arbeitnehmeranteile der Sozialversicherungsbeiträge als aus dem Vermögen der Arbeitnehmer erbracht gelten. Schon früh – im März 2008 – hatte der IX. Zivilsenat des BGH geurteilt, die Vorschrift finde jedenfalls keine Anwendung auf Fälle, in denen das Insolvenzverfahren vor dem 1.1.2008 (Inkrafttreten der Neuregelung) eröffnet worden ist⁵. Im Übrigen war in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung ebenso wie im Schrifttum (Nachweise s. 17. Aufl, Rn 91) umstritten, ob damit die (bisher mögliche) Insolvenzanfechtung von Zahlungen auf 101

1 BGH ZIP 2001, 2235, 2238; BGH GmbHR 2005, 874, 876; zur Rangfolge nach früherem Recht im hier interessierenden Zusammenhang: OLG Celle NJW-RR 1996, 481, 482 = GmbHR 1996, 51; *Lüke/Mulansky* ZIP 1998, 673, 674.

2 BGH DB 2003, 2383 – IX. ZS; BGH GmbHR 2004, 122, 123 – 5. Strafs; BGH GmbHR 2005, 874, 876 – II. ZS. S. zum Ganzen auch *Flöther/Bräuer* DZWIR 2003, 353; *Güther/Kohly* ZIP 2007, 1349; zur (mangelnden) Anwendbarkeit des § 142 InsO bei der Erfüllung gesetzlicher Ansprüche *Kayser* ZIP 2007, 49.

3 S. nur BGHZ 157, 242, 245 ff; BGH NZI 2013, 492 Rn 11 ff und HK-InsO/*Thole* § 131 InsO Rn 13 f mit zahlreichen Nachweisen.

4 BGHZ 157, 242, 253 ff.

5 BGH DB 2008, 1096.

die Arbeitnehmeranteile wirksam ausgeschlossen worden ist¹. Der IX. Zivilsenat hat dies in seiner Entscheidung vom 5.11.2009 verneint²: „Die Zahlung der Arbeitnehmeranteile zu den Gesamtsozialversicherungsbeiträgen kann als Rechts-handlung des Arbeitgebers im Insolvenzverfahren über dessen Vermögen als mittelbare Zuwendung an die Einzugsstelle (weiterhin) angefochten werden.“ – In Interpretation der neuen Vorschrift sieht der Senat in der Beitragsabführung nunmehr eine mittelbare Zuwendung des Arbeitgebers an die Einzugsstelle, die sich durch eine fiktiv unmittelbar aus dem Vermögen des Arbeitnehmers erbrachte Zahlung realisiere. Der Arbeitgeber bleibe nach § 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV alleiniger Schuldner auch der Arbeitgeberanteile und erbringe durch die Erfüllung des Bruttolohnanspruchs gegenüber dem Arbeitnehmer ein eigenes, reales Vermögensopfer, welches zur Benachteiligung seiner Gläubiger gemäß § 129 Abs. 1 InsO führe.

- 102 Inwieweit auch die gesetzlichen Wertungen im Vorfeld des Insolvenzverfahrens (**Gebot der Massesicherung und Masseerhaltung**) Konsequenzen für die persönliche Geschäftsführer-Haftung haben müssen, war lange umstritten. Die aus der Vorrangrechtsprechung des 5. Straf- und VI. Zivilsenats (s. Rn 94 f) abgeleitete Vorverlagerung der Tatbestandsverwirklichung auf einen Zeitpunkt vor dem Fälligkeitstermin hatte auch der II. Zivilsenat des BGH durchaus anerkannt³.
- 103 Auf erhebliche **Vorbehalte** stieß beim **II. Zivilsenat** die Rechtsprechung der beiden anderen Senate freilich insoweit, als diese den **Vorrang** auch auf **Beitrags-schulden im Fälligkeitszeitraum zwischen materieller Insolvenzreife und (verspäteter) Stellung des Insolvenzantrages** erstrecken wollten. Denn schon der damalige § 64 Abs. 2 Satz 1 (heute § 64 Satz 1) verpflichtete den Geschäftsführer zur Erstattung von Zahlungen, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden; anders nur bei solchen Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns vereinbar sind (§ 64 Satz 2; früher § 64 Abs. 2 Satz 2). Hieraus hatte der II. Zivilsenat den Schluss gezogen, dass der Geschäftsführer nach Eintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung auch Arbeitnehmerbeiträge nicht mehr abführen darf. Das Bestreben des Geschäftsführers, sich durch Zahlungen trotz materieller Insolvenz einer persönlichen deliktischen Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB iVm § 266a Abs. 1 StGB zu entziehen, sei kein im Rahmen des § 64 beachtlicher Umstand. Vielmehr sei das Zahlungsverbot aus § 64 vorrangig; wenn sich der Geschäftsführer insoweit lückenlos normgerecht verhalte (also auch an andere Gesellschaftsgläubiger keine nicht durch § 64 Abs. 2 Satz 2 aF gedeckten Zahlungen leiste)⁴, handele er im Blick

1 Stellvertretend zu dieser Diskussion *Bruhn* NZI 2009, 628 ff; Einzelnachweise auch bei *Bauer* ZInsO 2010, 1432, 1434 Fn 40.

2 BGH ZIP 2009, 2301; dazu erläuternd *Kayser* FS Ganter, 2010, S. 221, 233 ff.

3 S. etwa BGH GmbHR 1997, 1156, 1158; BGH GmbHR 2006, 1332.

4 S. zu dieser Voraussetzung BGH GmbHR 2008, 1324, 1325; BGH GmbHR 2010, 364.

auf die kollidierende Pflicht aus § 266a Abs. 1 StGB deliktisch nicht schuldhaft¹. – Diese Sichtweise hatte überzeugende Gründe für sich (s. schon 16. Aufl, Rn 76). Denn das gesetzliche Zahlungsverbot nach Insolvenzeintritt will Masseschmälerungen sanktionieren und somit helfen, Gläubigergleichbehandlung und ranggerechte Befriedigung bereits im Vorfeld des Insolvenzverfahrens zu sichern (s. § 64 Rn 4). Es flankiert die Regeln der Insolvenzanfechtung (§§ 129ff InsO). Eine Differenzierung nach dem Empfänger der Zahlungen ist dem Zweck des Zahlungsverbots fremd. Die vorrangige Bedienung von Sozialversicherungsträgern lässt sich deshalb – stellt man auf den Normzweck ab – auch nicht mit § 64 Satz 2 (§ 64 Abs. 2 Satz 2 aF) legitimieren: der Maßstab der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters soll nur solche Leistungen privilegieren, durch welche größere Nachteile für die Masse abgewendet werden (vgl § 64 Rn 11 f)².

Indes sah sich der II. Zivilsenat mit dem Umstand konfrontiert, dass auch der 5. **Strafsenat** des BGH den Straftatbestand in § 266a Abs. 1 StGB (wie bislang der VI. Zivilsenat) im Sinne einer Pflicht zur vorrangigen Abführung der Sozialversicherungsbeiträge auslegte; allein für die Dauer der Drei-Wochen-Frist nach § 64 Abs. 1 aF (heute § 15a Abs. 1 InsO) hat er eine rechtfertigende (die Strafbarkeit hindernde) Pflichtenkollision anerkennen wollen³: Die aus jenen Vorschriften hergeleitete Rechtfertigung soll lediglich den noch aussichtsreichen Sanierungsversuch privilegieren, und zwar beschränkt auf einen Zeitraum von höchstens drei Wochen. Dem vom II. Zivilsenat verfochtenen generellen Vorrang der Massesicherungspflichten in der Insolvenz hat der 5. Strafsenat angesichts der Strafbewehrung einer Nichtabführung von Sozialabgaben hingegen die Gefolgschaft ausdrücklich versagt (vgl 17. Aufl, Rn 93 f)⁴. 104

Der damit schwelende Normenkonflikt war für die Praxis belastend und dauerhaft nicht hinnehmbar. Zivilrechtlich einzufordern, was zugleich strafrechtlich sanktioniert wird, ist nicht zu vermitteln. Zu Recht hat dies den **II. Zivilsenat** in seiner Entscheidung vom 14.5.2007 zum **Einlenken** veranlasst⁵: Mit Rücksicht auf die Einheit der Rechtsordnung könne es dem organschaftlichen Vertreter nicht angesonnen werden, die Massesicherungspflicht zu erfüllen und fällige Leistungen an die Sozialkasse (oder die Steuerbehörden) nicht zu erbringen, wenn er sich dadurch „strafrechtlicher Verfolgung“ aussetze. Sein die entsprechenden sozial- und steuerrechtlichen Vorschriften (zu Letzteren s. Rn 116 ff) befolgendes Verhalten müsse deswegen im Rahmen der bei § 64 Abs. 2 Satz 2 aF (jetzt § 64 Satz 2) anzustellenden Prüfung als mit den Pflichten eines ordentli- 105

1 BGHZ 146, 264, 275 = GmbHR 2001, 190; BGH GmbHR 2005, 874, 876 f; deutlich in diesem Sinne auch Goette DStR 2000, 1320 f; Goette DStR 2001, 224 f.

2 BGHZ 146, 264, 275 = GmbHR 2001, 190; s. auch Goette ZInsO 2001, 529, 536 Fn 70.

3 BGH ZIP 2003, 2213, 2214 = GmbHR 2004, 122 = DStR 2004, 283 mit Anm Goette.

4 BGH GmbHR 2005, 1419.

5 BGH GmbHR 2007, 757.

chen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar angesehen werden¹. – Das lässt sich im Interesse der Einheit der Rechtsordnung pragmatisch rechtfertigen, auch wenn damit für die Pflichten eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters iSd heutigen § 64 Satz 2 an Erwägungen angeknüpft wird, die sich vom ursprünglichen Zweck des Zahlungsverbots in der Insolvenz lösen (s. auch § 64 Rn 35).

- 106 Die (normzweckerne) Indienstnahme des § 64 Satz 2 bleibt freilich auf (Ausnahme-)Konstellationen tatsächlich bestehender Pflichtenkollisionen begrenzt. Deshalb kann sich ein Geschäftsführer, der nach Insolvenzzureife der Gesellschaft **Arbeitgeberanteile** zur Sozialversicherung abführt, nicht auf § 64 Satz 2 berufen, weil die Nichtabführung der Arbeitgeberanteile an sich nicht strafbewehrt ist und deshalb auch nicht zu seiner persönlichen Verantwortlichkeit nach § 823 Abs. 2 BGB iVm § 266a Abs. 1 StGB führt².
- 107 Der Nachrang der Massesicherungspflicht in der materiellen Insolvenz erstreckt sich aber auch auf die **Nachzahlung rückständiger Arbeitnehmerbeiträge**; auch für die Nachzahlung von Beitragsrückständen kann sich der Geschäftsführer auf § 64 Satz 2 berufen³. Vor diesem Hintergrund ist eine Privilegierung gemäß § 64 Satz 2 im Ausnahmefall auch mit Blick auf die Nachzahlung rückständiger Arbeitgeberanteile in Erwägung zu ziehen⁴: Denn nach § 266a Abs. 2 StGB wird Strafbarkeit *dann* begründet, wenn der Arbeitgeber (respektive sein Organwalter) gegenüber der Einzugsstelle unrichtige Erklärungen über sozialversicherungspflichtige Umstände abgibt und dadurch Arbeitgeberbeiträge vorenthält. Und auch bei Nachzahlung von Arbeitgeberbeiträgen kann, wenn zuvor der Straftatbestand des § 266a Abs. 2 StGB verwirklicht worden ist, unter den Voraussetzungen des § 266a Abs. 6 StGB Strafbefreiung erlangt werden.
- 108 Von diesem Sonderfall abgesehen bleibt festzuhalten: Ein Geschäftsführer, der nach Eintritt der materiellen Insolvenzzureife (aus noch verfügbarer Liquidität) **Arbeitnehmeranteile** zur Sozialversicherung abführt, entspricht einem (auch) an ihn adressierten Zahlungsgebot. Wenn er indes auch **Arbeitgeberanteile** abführt, verstößt er gegen das Zahlungsverbot des § 64 Satz 1 GmbHG und macht sich insoweit erstattungspflichtig. Ihm ist deshalb dringend zu raten, durch entsprechende Tilgungsbestimmung klarzustellen, worauf die Zahlung erfolgen soll. Reichen nämlich die geleisteten Zahlungen zur Deckung aller vorhandenen Schulden nicht aus, so werden – falls keine abweichende Bestimmung getroffen wird – die Schulden in der **Tilgungsreihenfolge** gemäß § 4 BeitragsverfahrensVO vom 3.5.2006 (BGBl I 1138; früher: § 2 BeitragszahlungsVO vom 22.5.

1 BGH GmbHR 2007, 757, 758 f; bestätigend BGH GmbHR 2008, 815; BGH GmbHR 2011, 367, 368; zur Dogmatik der Auflösung jener Pflichtenkollision s. *Poelzig/Thole* ZGR 2010, 836, 853 ff.

2 BGH GmbHR 2009, 991; BGH GmbHR 2011, 367, 368.

3 BGH GmbHR 2011, 367, 368.

4 Vgl *Esser/Keuten* wistra 2010, 161, 164.

1989 idF der ÄnderungsVO vom 20.5.1997; vgl BGBl I 1928) abgegolten¹: Auslagen der Einzugsstelle, Gebühren, Gesamtsozialversicherungsbeiträge, Säumniszuschläge, Zinsen, Geldbußen oder Zwangsgelder; innerhalb der gleichen Schuldart wird nach Fälligkeit, bei gleichzeitiger Fälligkeit anteilig getilgt.

Die hieraus resultierenden Haftungsrisiken lassen sich durch eine **Tilgungsbestimmung** reduzieren: § 4 Satz 1 Halbsatz 2 BeitragsverfahrensVO erlaubt dem Arbeitgeber hinsichtlich der Beiträge zu bestimmen, dass vorrangig die Arbeitnehmeranteile getilgt werden sollen. Zu einer *ausdrücklichen* Tilgungsbestimmung zugunsten der Arbeitnehmeranteile besteht auch deshalb in der Regel Anlass, weil der BGH in gefestigter Rechtsprechung strenge Anforderungen an eine konkludente Tilgungsbestimmung stellt: Die konkludente Zahlungsbestimmung müsse „greifbar in Erscheinung getreten“ sein und könne nicht vermutet werden². Der BGH lehnt es insbesondere ab, in jeder Teilzahlung des Sozialversicherungsbeitragsschuldners allein deshalb eine stillschweigende Tilgungsbestimmung hinsichtlich der Arbeitnehmeranteile zu sehen, weil deren Nichtzahlung straf- und haftungsrechtliche Folgen für ihren Geschäftsführer haben könnte.

Nicht ganz eindeutig war zunächst, ob der II. Zivilsenat die Exkulpation nach § 64 Satz 2 schon für **Zahlungen auf die Arbeitnehmerbeiträge ab Insolvenzreife** oder erst für solche nach Ablauf der (maximal) dreiwöchigen Karenzfrist des heutigen § 15a Abs. 1 InsO (früher § 64 Abs. 1) gewähren will³. Denn für aussichtsreiche Sanierungsversuche innerhalb der Drei-Wochen-Frist droht „strafrechtliche Verfolgung“ nach der Rspr des 5. Strafsenats gerade nicht (s. Rn 104). Indes ist eine genaue Verortung dieses Zeitfensters praktisch kaum möglich. Schon deshalb sollten alle Zahlungen ab Insolvenzreife von der Geschäftsleitersorgfalt iSd § 64 Satz 2 erfasst sein⁴. So war auch der erste Leitsatz der BGH-Entscheidung vom 14.5.2007⁵ formuliert. Inzwischen hat der II. Zivilsenat klargestellt, dass die Privilegierung der Beitragszahlungen nach § 64 Satz 2 ab materieller Insolvenzreife (und nicht erst nach Ablauf der Drei-Wochen-Frist) gelten soll: Weil der innerhalb jener Frist gewährte Rechtfertigungsgrund rückwirkend entfalle, wenn der Geschäftsführer den Insolvenzantrag nicht fristgerecht stelle⁶.

1 Dazu BGH GmbHR 1998, 327, 328 f; BGH GmbHR 2001, 238; BGH GmbHR 2001, 721; OLG Saarbrücken GmbHR 2002, 907; Huber DZWIR 2001, 446.

2 BGH GmbHR 2001, 721, 722 f; BGH GmbHR 2009, 991; BGH GmbHR 2011, 367, 368 f; kritisch Schmitt NZI 2002, 146.

3 Dazu auch Heeg DStR 2007, 2134, 2138 f; Nentwig GmbHR 2011, 346 ff; Streit/Bürk DB 2008, 742, 746 mwN.

4 Wie hier Michalski/Haas/Ziemons Rn 391; nur im Ergebnis ebenso Brand GmbHR 2010, 237, 240 ff; Nentwig GmbHR 2011, 346; 348 ff; aA etwa B/H/Zöllner/Noack Rn 100.

5 BGH GmbHR 2007, 757.

6 So BGH GmbHR 2011, 367 Rn 29 unter Bezugnahme auf BGH GmbHR 2008, 1324 Rn 10 – II. ZS und BGH GmbHR 2005, 1419, 1420 f – 5. Strafs.

Übereinstimmend geht auch der **BFH** davon aus, dass die privilegierende Wirkung des § 64 Satz 2 schon für Beitragszahlungen ab materieller Insolvenzreife einsetzt, nicht erst für solche nach Ablauf der dreiwöchigen Karenzfrist. In der Konsequenz sieht der BFH die **steuerrechtliche Eigenhaftung** des Geschäftsführers (dazu sogleich Rn 111 ff) nicht mehr als ausgeschlossen an, wenn die Nichtzahlung der fälligen Steuern in die (maximal) dreiwöchige Schonfrist fällt, die dem Geschäftsführer (bislang) eingeräumt worden war (s. auch Rn 118)¹.

Zur Insolvenzanfechtung von Zahlungen an die Einzugsstelle s. Rn 99 ff. Zu den spezifischen Konflikten für den Geschäftsführer im **Insolvenzeröffnungsverfahren unter Eigenverwaltung** s. Rn 118a.

10. Steuerrechtliche Haftung des Geschäftsführers

- 111 Aus §§ 34, 69 Satz 1 AO trifft den Geschäftsführer eine steuerrechtliche Eigenhaftung, soweit Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis der Gesellschaft infolge vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verletzung der ihm auferlegten Pflichten nicht oder nicht rechtzeitig (zB wegen verspäteter Erklärung) festgesetzt oder (mangels fristgerechter Zahlung) nicht erfüllt werden. Bei fehlerhafter Mandatsausübung durch die Steuerberater der Gesellschaft können diese verpflichtet sein, dem Geschäftsführer dessen Schaden aus der steuerlichen Inanspruchnahme zu ersetzen².

Die gesetzliche Außenhaftung nach §§ 34, 69 Satz 1 AO infolge Pflichtverletzung, die im Übrigen auch nicht erfüllte Säumniszuschläge umfasst und der auch ein faktischer Geschäftsführer ebenso wie ein bestellter „Strohmann-Geschäftsführer“ unterliegt³, ist in umfangreicher Rspr des BFH näher ausgeformt worden⁴:

- 112 Die Haftung trifft im mehrköpfigen Geschäftsführergremium grundsätzlich jeden Geschäftsführer (Gesamtverantwortung). Der BFH erkennt jedoch eine haftungsentlastende **Ressortaufteilung** an, sofern sie ex ante schriftlich und eindeutig fixiert wird⁵; bei Anlass zu Zweifeln, ob der intern zuständige Geschäfts-

1 BFH ZIP 2009, 122, 123 = GmbHR 2009, 222.

2 Dazu BGH GmbHR 2012, 97.

3 BFH GmbHR 2004, 833; Rechtsprechungsübersicht zur steuerrechtlichen Haftung faktischer Geschäftsführer bei *Krause/Meier* DStR 2014, 905 ff.

4 Zu weiteren Einzelheiten etwa *Beermann* DStR 1994, 805; *Britz* Die Haftung des Geschäftsführers für Steuerschulden der GmbH, 2. Aufl 2002; *Meyer* DStZ 2014, 228; *Neusel* GmbHR 1997, 1129; *Sonnleitner/Winkelhog* BB 2015, 88; *Steeger* Die steuerliche Haftung des Geschäftsführers, 1998. Zur Kritik an der BFH-Rspr s. etwa *H.-F. Müller* GmbHR 2003, 389, 390 ff. Zum Rückgriff des Geschäftsführers gegen die Gesellschafter *Hommelhoff/Schwab* FS Kraft, 1998, S. 263, 277 ff.

5 BFH ZIP 1984, 1345, 1346 = GmbHR 1985, 309; BFH NZG 2003, 734, 736 mwN.

fürher für die Erfüllung der steuerlichen Pflichten sorgt, müssen Mitgeschäftsführer aber einschreiten¹. Auch in der Krise der Gesellschaft wird von jedem einzelnen Geschäftsführer verlangt, sich um die Einhaltung der steuerlichen Pflichten zu kümmern². Welchen von mehreren Haftungsschuldnern die Finanzbehörde in Anspruch nimmt, steht in ihrem pflichtgemäßen Ermessen³, wobei die für die Ermessensausübung maßgeblichen Gründe spätestens in der Einspruchsentscheidung darzulegen sind; bei vorsätzlich begangener Steuerstraftat ist das Auswahlermessen aber vorgeprägt; die Inanspruchnahme des Vorsatztäters bedarf keiner besonderen Begründung⁴. Die Haftung für nicht abgeführte Kapitalertragsteuer trifft auch den Gesellschafter-Geschäftsführer, der hinsichtlich der betreffenden Kapitalerträge seinerseits einkommensteuerpflichtig ist⁵.

Die Haftung des Geschäftsführers setzt voraus, dass zwischen der Pflichtverletzung und dem mit dem Haftungsanspruch geltend gemachten Schaden eine adäquate Kausalität besteht; der Gesellschaft müssen bei Fälligkeit der Steuerschuld deshalb ausreichende Mittel zu ihrer Erfüllung zur Verfügung gestanden haben⁶. Der Geschäftsführer handelt nach der Rspr aber ggf schon dadurch pflichtwidrig, dass er es an der notwendigen **Vorsorge** für die fristgerechte Begleichung der Steuerschuld fehlen lässt. Er muss die Mittel der Gesellschaft so verwalten, dass diese zur künftigen Tilgung später fällig werdender Steuerschulden in der Lage bleibt⁷. Das lässt die Dispositionsfreiheit zur Ausübung steuerlicher Gestaltungsrechte – vorbehaltlich rechtsmissbräuchlichen Handelns – freilich grundsätzlich unberührt⁸. Wegen Funktion und Schutzzwecks der Haftung nach § 69 AO hält der BFH hypothetische Kausalverläufe wie die **mögliche Anfechtung** etwaiger Steuerzahlungen durch den Insolvenzverwalter nach §§ 129 ff InsO (s. dazu Rn 99) für *nicht* berücksichtigungsfähig; die steuerrechtliche Haftung des Geschäftsführers entfällt also nicht dadurch, dass der Steuerausfall unter Annahme einer hypothetischen Insolvenzanfechtung ebenfalls entstanden wäre⁹: Durch den in § 69 AO normierten Haftungsanspruch solle – so

1 BFH ZIP 1986, 1247, 1248 = GmbHR 1986, 288.

2 BFH ZIP 1984, 1345, 1346 f = GmbHR 1985, 309; BFH NZG 2003, 734, 736.

3 Allgemein zu typischen Ermessensfehlern bei Erlass von Haftungsbescheiden gegen Gesellschaft oder Geschäftsführer: *Nacke* GmbHR 2006, 846.

4 BFH GmbHR 2003, 246, 247 f; BFH GmbHR 2005, 891.

5 BFH GmbHR 2003, 1080, 1082.

6 BFH GmbHR 1988, 278, 279; BFH GmbHR 2001, 783, 784; BFH GmbHR 2003, 490, 493; BFH GmbHR 2006, 610, 612.

7 BFH ZIP 1984, 1345, 1347 = GmbHR 1985, 309; BFH GmbHR 2003, 490, 491; BFH GmbHR 2006, 48, 49; BVerwG NJW 1989, 1873, 1874; *Sonnleitner/Winkelhog* BB 2015, 88, 94 f.

8 BFH GmbHR 2003, 490, 491 zu § 9 UStG.

9 BFH ZIP 2007, 1856, 1858 ff = GmbHR 2007, 1114; zuvor schon BFH ZIP 2007, 1659 = GmbHR 2007, 1004; im Ergebnis noch offen gelassen in BFH GmbHR 2006, 610, 612 f und BFH GmbHR 2007, 999, 1000.

der BFH – der Vertreter zur ordnungsgemäßen Erfüllung der ihm obliegenden steuerlichen Pflichten angehalten und das Steueraufkommen durch Schaffung einer Rückgriffsmöglichkeit gesichert werden; das Erreichen dieser Ziele würde durch die Berücksichtigung hypothetischer Kausalverläufe gefährdet. Hat der Geschäftsführer die Steuerschuld verspätet erfüllt und ficht der Insolvenzverwalter die Zahlung erfolgreich an, so haftet der Geschäftsführer jedenfalls dann nach §§ 34, 69 Satz 1 AO, wenn der Fälligkeitszeitpunkt der verspätet beglichenen Steuerschuld vor dem Beginn der nach §§ 129 ff InsO maßgeblichen Anfechtungsfristen lag (die Anfechtung bei rechtzeitiger Leistung also nicht erfolgreich gewesen wäre)¹.

- 114 Gerät die Gesellschaft in Zahlungsschwierigkeiten, muss der Geschäftsführer die Steuerschulden jedenfalls im selben Verhältnis wie die sonstigen Gesellschaftsschulden (Gläubigerdurchschnitt) tilgen: **Grundsatz der anteiligen Tilgung**². Das gilt auch für festgesetzte Verspätungszuschläge und von der Gesellschaft angeforderte Säumniszuschläge³. Die Feststellungslast für eine nicht anteilige Befriedigung trägt das Finanzamt; der Geschäftsführer hat jedoch eine gesteigerte Mitwirkungspflicht bei der Aufklärung des in seiner Sphäre liegenden Sachverhalts, weshalb er auskunftspflichtig ist⁴.
- 115 Auf den Grundsatz der anteiligen Tilgung kann sich der Geschäftsführer freilich nicht berufen, wenn bei ordnungsmäßiger Erfüllung der Steuererklärungspflicht der Steuerausfall vermieden worden wäre⁵. Hinsichtlich der abzuführenden **Lohnsteuer** gelten ebenfalls Besonderheiten: Hier muss der Geschäftsführer die ausgezahlten Bruttolöhne ggf soweit kürzen, dass aus den verbleibenden Beträgen die (anteilige) Lohnsteuer abgeführt werden kann⁶. Hinsichtlich der **Umsatzsteuer** ist indes auch nach Einführung von § 26b UStG (ausbleibende USt-Zahlung als Ordnungswidrigkeit) am Grundsatz der anteiligen Tilgung festzuhalten⁷; bei Ermittlung der Haftungsquote für die Umsatzsteuer sind jedoch

1 BFH ZIP 2009, 516, 517 f = GmbHR 2009, 499.

2 BFH GmbHR 1987, 445, 446; BFH GmbHR 1988, 278; BFH GmbHR 2000, 1211, 1213; BFH GmbHR 2000, 1215; BFH GmbHR 2006, 48, 49; zusammenfassend *Britz Haftung*, Rn 141 ff.

3 BFH GmbHR 2000, 1215; BFH GmbHR 2001, 786, 789; s. auch noch BFH GmbHR 2001, 362 zu nach Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft entstandenen Säumniszuschlägen.

4 BFH GmbHR 2001, 783, 785; BFH GmbHR 2001, 786, 789; BFH GmbHR 2006, 48, 49; BFH GmbHR 2008, 386; weiterführend *Berninghaus DStR* 2012, 1001; *Peetz GmbHR* 2009, 186.

5 BFH GmbHR 2001, 783, 785.

6 BFH DStR 1998, 1423, 1424; BFH GmbHR 1997, 139; BFH GmbHR 2000, 1215, 1216; BFH GmbHR 2006, 610, 611; BFH ZIP 2007, 1604, 1605, 1607 = GmbHR 2007, 999; FG Köln NZI 2014, 627, 628; *Britz Haftung*, Rn 191 ff; *Sonnleitner/Winkelhog BB* 2015, 88, 92 f; kritisch etwa *H.-F. Müller GmbHR* 2003, 389, 390; *U/H/L/Paeffgen* Rn 382 ff, je mwN.

7 *Ehrig GmbHR* 2003, 1174, 1176 ff.

die im Haftungszeitraum getilgten Lohnsteuern weder bei den Gesamtverbindlichkeiten noch bei den geleisteten Zahlungen zu berücksichtigen¹.

Auch im Rahmen der steuerrechtlichen Haftung des Geschäftsführers war – wie im Kontext der Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB iVm § 266a Abs. 1 StGB (dazu Rn 103 ff) – umstritten, zu welchen Folgen der Eintritt der **Insolvenzreife** (Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung) im Blick auf die dann bestehende **Massesicherungspflicht** führt. Denn der Geschäftsführer hat nach Insolvenzreife getätigte Leistungen gemäß § 64 Satz 1 (§ 64 Abs. 2 Satz 1 aF) der Gesellschaft zurückzuerstatten, wobei das dem zugrunde liegende Zahlungsverbot nicht nach dem Empfänger der Zahlung differenziert. Hieraus war der Schluss gezogen worden (s. 16. Aufl Rn 83 mwN), es sei auch nicht gestattet, das Finanzamt vorrangig vor anderen Gesellschaftsgläubigern zu bedienen; der Geschäftsführer könne der Inanspruchnahme aus § 64 Abs. 2 Satz 1 aF folgerichtig nicht mit der Erwägung entgegentreten, er habe mit der Leistung an das Finanzamt der Steuerentrichtungspflicht nachkommen und der Haftung aus § 69 AO begegnen wollen, wobei auch Ausnahmen nach § 64 Abs. 2 Satz 2 aF (heute § 64 Satz 2) regelmäßig nicht anzuerkennen seien². In eben diesem Sinne hatte auch der **II. Zivilsenat des BGH**³ darauf hingewiesen, dass die Geschäftsführerhaftung aus § 69 AO an die Verletzung des Grundsatzes der anteiligen Tilgung anknüpfe und einer bevorzugten Befriedigung anderer Gesellschaftsgläubiger vor dem Steuerfiskus zu begegnen suche; sie begründe indes keine Verpflichtung, in der Insolvenzsituation Zahlungen an das Finanzamt zu leisten. Demgegenüber hatte sich der **BFH** in der Sache der Rspr des 5. Strafsenats des BGH (s. Rn 104) angeschlossen: Die Massesicherungspflicht iSd § 64 Abs. 2 Satz 1 aF (heute § 64 Satz 1) könne die Verpflichtung zur Vollabführung der Lohnsteuer „allenfalls“ im Drei-Wochen-Zeitraum des § 64 Abs. 1 aF (heute § 15a Abs. 1 InsO) suspendieren; nur in diesem Zeitraum könne das die Haftung nach § 69 AO begründende Verschulden ausgeschlossen sein⁴.

In seiner Entscheidung vom 14.5.2007 (dazu schon Rn 105) hat der **II. Zivilsenat des BGH** auch insoweit eine **Kurskorrektur** vollzogen⁵: Mit Rücksicht auf die Einheit der Rechtsordnung könne es dem organschaftlichen Vertreter nicht angeschlossen werden, die Massesicherungspflicht zu erfüllen und fällige Leistungen an die Steuerbehörden nicht zu erbringen, wenn er sich dadurch „strafrechtlicher Verantwortung“ aussetze. Sein die entsprechenden steuerrechtlichen Vorschriften befolgendes Verhalten müsse im Rahmen der bei § 64 Abs. 2 Satz 2 aF (jetzt § 64 Satz 2) anzustellenden Prüfung als mit den Pflichten eines ordent-

1 BFH GmbHR 2007, 1002, 1003 f.

2 Zum Ganzen auch *Schön* FS Westermann, 2008, S. 1469.

3 BGHZ 146, 264, 276 = GmbHR 2001, 190; s. auch BGH GmbHR 2003, 664.

4 BFH ZIP 2007, 1604, 1606 f.

5 BGH GmbHR 2007, 757.

lichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar angesehen werden. Das gilt gleichermaßen für die Nachzahlung von Steuerrückständen¹.

- 118 Freilich ist die Nichtabführung der Lohnsteuerabzugsbeträge nicht straf-, sondern lediglich als Ordnungswidrigkeit bußgeldbewehrt (§ 380 AO). Der II. Zivilsenat will den Begriff der „strafrechtlichen Verfolgung“ aber offenbar in einem weiten Sinne verstanden wissen, denn im ersten Leitsatz seiner Entscheidung wird ausdrücklich (neben der Abführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung) auf die steuerrechtlichen Normbefehlen folgende Abführung von Lohnsteuer abgestellt, um die Exkulpation iSd heutigen § 64 Satz 2 zu begründen. Die „Pflichtenkollision“, an die der BGH mit seiner Kurskorrektur anknüpft, stellt sich ohnehin schon im Blick auf die Eigenhaftung des Geschäftsführers aus §§ 34, 69 Satz 1 AO², so dass es auf Straf- oder Bußgeldbewehrung nicht mehr entscheidend ankommen kann. So sieht es mittlerweile auch der BFH, der in Konsequenz der BGH-Entscheidung vom 14.5.2007 die steuerrechtliche Eigenhaftung des Geschäftsführers im Übrigen auch dann nicht mehr als ausgeschlossen ansieht, wenn die Nichtzahlung der fälligen Steuern in die (maximal) dreiwöchige Schonfrist fällt, die dem Geschäftsführer (bislang) eingeräumt worden war (s. dazu auch Rn 110)³. Das Haftungsrisiko endet erst mit Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den (vorläufigen) Insolvenzverwalter⁴.
- 118a Neue Konflikte stellen sich im Übrigen für den Geschäftsführer im **Insolvenz-eröffnungsverfahren unter Eigenverwaltung**, wo der Insolvenzschuldner – unter Aufsicht eines Sachwalters – verwaltungs- und Verfügungsberechtigt ist (§§ 270 ff InsO, s. oben Rn 37b). Für das vorläufige Regelinsolvenzverfahren hat der BFH die fortbestehende Verantwortlichkeit des Geschäftsführers bejaht, soweit noch liquide Mittel zur Verfügung stehen und der Schuldnerin die Verfügungsbefugnis nicht durch vorläufige Sicherungsmaßnahmen (§§ 21, 22 InsO) entzogen worden ist; ggf habe sich der Geschäftsführer um die Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters zur Zahlung zu bemühen⁵. Unterstellt man einstweilen, dass für das vorläufige Eigenverwaltungsverfahren entsprechend geurteilt wird⁶, dürfte zwar – unter Anwendung von § 64 Satz 2 (s. zur Geltung von § 64 Satz 1 und 2 im Insolvenzeröffnungsverfahren § 64 Rn 12) – ebenfalls eine Privi-

1 BGH GmbHR 2011, 367 f.

2 S. schon BFH ZIP 2007, 1604, 1606.

3 BFH ZIP 2009, 122, 123 = GmbHR 2009, 222.

4 *Sonnleitner/Winkelhof* BB 2015, 88, 90.

5 BFH GmbHR 2009, 222, 223 f; BFH ZIP 2010, 1900, 1901 f; s. auch FG Köln NZI 2014, 627.

6 Für Suspendierung der Steuerzahlungspflicht im Eröffnungsverfahren der Eigenverwaltung allerdings (weil mit dem Zweck des Eröffnungsverfahrens unvereinbar) *Kahlert* in *Kübler* § 57 Rn 10 ff mwN; den Vorrang der Massesicherungspflicht ab Antragstellung postuliert auch *Spliedt* in *K. Schmidt/Uhlenbruck* Rn 9.159 f.

legierung von Steuerzahlungen (wie der Abführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung, s. oben Rn 105 und 117) anzunehmen sein¹. Mit der bevorzugten Befriedigung einzelner Gläubiger droht aber die Aufhebung der vorläufigen Eigenverwaltung auf Antrag des vorläufigen Gläubigerausschusses (§ 270 Abs. 4 Nr. 2 InsO), zumal der vorläufige Sachwalter zur Nachteilsanzeige nach §§ 270a Abs. 1 Satz 2, 274 Abs. 3 InsO gehalten ist. Dem Geschäftsführer wird in einer solchen Situation verbreitet geraten, die Zahlungspflichten zwar termingerecht zu erfüllen, die Zahlungen dabei aber (durch Information des Zahlungsempfängers über den gestellten Eröffnungsantrag) anfechtbar zu gestalten². Zur Lösung des Konflikts wird zudem angeregt, durch Anordnung des Insolvenzgerichts die Kassenführung auf den vorläufigen Sachwalter zu übertragen (vgl. § 275 Abs. 2 InsO)³ oder Zahlungen auf Steuerforderungen etc. einem Zustimmungsvorbehalt des vorläufigen Sachwalters zu unterwerfen⁴.

11. Haftung der Gesellschafter wegen Einflussnahme auf die Geschäftsführer

Gesellschafter, die durch Weisungsbeschluss nach § 37 Einfluss nehmen, haften 119 nicht auf der Grundlage des § 43 Abs. 2, ggf. aber (anders in der Einpersonen-Gesellschaft und bei einvernehmlichem Zusammenwirken aller Gesellschafter) aus schuldhafter Verletzung der mitgliedschaftlichen Treupflicht (dazu auch § 14 Rn 44). Verschuldensmaßstab ist nicht § 43 Abs. 1, der an der Treuhänderstellung des Geschäftsführers ausgerichtet ist⁵, sondern § 276 BGB; das sollte Differenzierungen je nach Gesellschaftsstruktur und Gesellschaftertypus erlauben, insbesondere zwischen dem unternehmerisch nicht engagierten (Anlage-)Gesellschafter einerseits und dem Gesellschafter-Geschäftsführer andererseits⁶. Dabei bleibt zu berücksichtigen, dass die Gesellschafter bei Ausübung eigennütziger Rechte ihre Individualinteressen zwar nicht ohne Weiteres hinter die der Gesellschaft und der

1 So auch *Thole* DB 2015, 662, 665, der seinerseits freilich für einen Gleichrang von Steuerpflicht und Massesicherungspflicht plädiert und daraus ein Wahlrecht des Geschäftsleiters (Zahlung oder Nichtzahlung) ableitet.

2 S. etwa *Hofmann* in *Kübler* § 7 Rn 212; *Sonnleitner/Winkelhof* BB 2015, 88, 96.

3 So AG Hamburg ZIP 2014, 2101; *Frind* GmbH 2015, 128, 131 f.

4 So AG Düsseldorf v. 10.7.2014 – 504 IN 124/14; zum Ganzen auch *Spliedt* in *K. Schmidt/Uhlenbruck* Rn 9.161 f; *Thole* DB 2015, 662, 666 ff.

5 Vgl. *R/S-L/Koppensteiner/Gruber* Rn 68; *Scholz/Uwe H. Schneider* Rn 23.

6 *Winter* Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, 1988, S. 107 ff; *Schürnbrand* S. 318; für generelle Konkretisierung des § 276 BGB durch den Maßstab des § 43 aber *Ziemons* Die Haftung der Gesellschafter für Einflussnahmen auf die Geschäftsführung der GmbH, 1996, S. 164 f. Für eine rechtsfortbildend abgeleitete Gesellschafterhaftung (bei interner Einflussnahme auf die Geschäftsführung) auf der Grundlage einer gläubigerschutzbezogenen Interpretation der Zweckförderungspflicht (Gewinnverfolgung) *Grigoleit* Gesellschafterhaftung ..., S. 289 ff.

Mitgeschafter stellen müssen, für Einflussnahmen auf die Geschäftsführer aber ein strengerer Maßstab gilt (s. § 14 Rn 35). Auch bei solchen Einflussnahmen haben die Geschafter jedoch unternehmerischen Ermessensspielraum.

12. Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Geschäftsführers

- 120 Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Geschäftsführers kann sich etwa aus den spezifischen Straftatbeständen der §§ 82, 84, 85 ergeben (s. die Erläuterungen dort) oder aus § 15a Abs. 4 und 5 InsO (dazu Anh zu § 64 Rn 107 ff). Verstöße gegen Buchführungs- und Bilanzierungspflichten sind gemäß § 331 HGB straffbewehrt oder nach § 334 HGB als Ordnungswidrigkeiten mit Bußgeld bedroht (s. § 41 Rn 4); Buß- (und Ordnungs-)Gelder drohen auch bei Verletzung der Pflichten zur Rechnungslegungs-Publizität (s. Anh zu § 42a Rn 46 ff). Strafrechtliche Sanktionen sehen zudem § 333 HGB (Verletzung der Geheimhaltungspflicht) sowie die Insolvenz-Straftatbestände der §§ 283 ff StGB vor¹. In Abkehr von der bisherigen BGH-Rechtsprechung ist für die Bankrottstrafbarkeit des Geschäftsführers nicht länger Voraussetzung, dass die Tathandlung im Interesse der Gesellschaft liegt; auch eigennütziges Handeln begründet die Strafbarkeit². Bankrottstrafbarkeit droht auch in Fällen organisierter „Firmenbestattung“ (Rn 4)³. Untreuehandlungen der Geschäftsführer im Rahmen ihrer Organtätigkeit sind nach Maßgabe von § 266 StGB strafbar⁴; das Einverständnis aller Geschafter (oder des Alleingeschafters) schließt die Strafbarkeit solcher Vermögensverschiebungen nicht aus, welche die Existenz der Gesellschaft konkret gefährden, was jedenfalls bei einem Angriff auf das durch § 30 geschützte Stammkapital der Fall sein soll⁵; aus § 823 Abs. 2 BGB iVm § 266 StGB oder § 263 StGB kann zivilrechtliche Haftung folgen⁶. Eine Vermögensbetreuungspflicht des Geschäftsführers gegenüber den Geschaftern besteht jedoch nicht⁷. Eine Vielzahl weiterer (zT spezialgesetzlicher) Vorschriften sehen strafrechtliche Verantwortlichkeiten bei Gründung, Betrieb, Umstrukturierung und

1 S. etwa BGH ZIP 2009, 959 und aus dem Schrifttum *Maurer/Odörfer GmbHR* 2008, 351 ff und 412 ff; *Ogiermann/Weber wistra* 2011, 206 ff; *Reck ZInsO* 2011, 1969 ff; *Scholz/Tiedemann/Rönnau Vor §§ 82 ff Rn 24 ff*.

2 BGH GmbHR 2012, 958: Aufgabe der Interessentheorie.

3 BGH GmbHR 2013, 477; *Schütz wistra* 2016, 53; *Kümmel wistra* 2012, 165.

4 S. dazu den Überblick bei *Scholz/Tiedemann/Rönnau Vor §§ 82 ff Rn 5 ff*. Zur Einrichtung „schwarzer Kassen“ s. BGH GmbHR 2010, 1146; BGH ZIP 2008, 2315.

5 Zur einschlägigen Rspr der Strafsenate des BGH s. BGH NJW 2000, 154, 155 mit Besprechung *Gehrlein NJW* 2000, 1089; seither etwa BGH NJW 2003, 2924, 2926; BGH NJW 2003, 2996, 2998; BGH GmbHR 2004, 1010, 1011; BGH wistra 2008, 379, 380; BGH GmbHR 2009, 1202, 1204; BGH GmbHR 2012, 30; BGH DB 2013, 1779 Rn 28 ff; vgl zu- vor auch schon BGH GmbHR 1988, 477; BGH NJW 1997, 66, 68 f = GmbHR 1996, 925.

6 BGH DB 2009, 1459; BGH ZIP 2011, 1821; OLG Dresden NZG 2000, 259.

7 BGH GmbHR 2006, 762.

Beendigung des Unternehmens und seines Trägers vor, die im Rahmen dieser Kommentierung nicht näher erläutert werden können¹.

§ 43a

Kreditgewährung aus Gesellschaftsvermögen

Den Geschäftsführern, anderen gesetzlichen Vertretern, Prokuristen oder zum gesamten Geschäftsbetrieb ermächtigten Handlungsbevollmächtigten darf Kredit nicht aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen der Gesellschaft gewährt werden. Ein entgegen Satz 1 gewährter Kredit ist ohne Rücksicht auf entgegenstehende Vereinbarungen sofort zurückzugewähren.

Eingefügt durch die Novelle 1980; amtliche Überschrift ergänzt durch MoMiG vom 23.10.2008 (BGBl I 2026).

| | | | |
|-------------------------------------|---|----------------------------------|----|
| 1. Überblick | 1 | 5. Stammkapital-notwendiges Ver- | |
| 2. Kreditnehmer | 4 | mögen | 9 |
| 3. Kreditgewährung | 6 | 6. Rechtsfolgen | 12 |
| 4. Maßgeblicher Zeitpunkt | 8 | | |

Literatur: *Cahn* Kapitalerhaltung im Konzern, 1998, S. 254 ff; *Fromm* Rückforderung von Krediten an GmbH-Leitungspersonen wegen Verstoßes gegen den Kapitalerhaltungsgrundsatz, GmbHR 2008, 537; *Peltzer* Probleme bei der Kreditgewährung der Kapitalgesellschaft an ihre Leitungspersonen, FS Rowedder, 1994, S. 325.

1. Überblick

a) Die Vorschrift zielt wie die Bestimmungen der §§ 30, 31 im Interesse der Gesellschaft und ihrer Gläubiger darauf ab, das Stammkapital in seinem Wert zu erhalten. § 43a trägt der Erkenntnis Rechnung, dass Kredite an Geschäftsführer, Prokuristen etc häufig nicht vollständig werthaltig sind und deshalb das Stammkapital unvermerkt aushöhlen können². Um den **Schutz des Stammkapitals** zu optimieren, fingiert das Gesetz die völlige Wertlosigkeit der aus solchen Krediten begründeten Rückforderungsansprüche (s. auch Rn 6 und 9)³ und verbietet

1 Weiterführend etwa *Achenbach* (Hrsg), Beraterhandbuch zum Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht, Losebl; *Achenbach/Ransiek/Rönnau* (Hrsg), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl 2015; *Müller-Gugenberger* (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl 2015; *Ignor/Rixen* (Hrsg), Handbuch Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl 2008.

2 Vgl MünchKomm/Löwisch Rn 2f.

3 S. nur BGH GmbHR 2012, 740 Rn 35 und etwa MünchKomm/Löwisch Rn 4 mwN.