

# Compliance - Haftungsrisiken und Vermeidungsstrategien für Geschäftsführer und Gesellschafter

Dr. Stephan Wübbelsmann  
LL.M. Tax., Rechtsanwalt

## **Dr. Stephan Wübbelsmann** **LL.M. Tax., Rechtsanwalt**



geb. 1976, verheiratet

- » Studium in Passau, Münster, Osnabrück
- » Promotion bei Prof. Dr. J. M. Mössner, Osnabrück
- » Referendariat am LG Münster
- » PwC Deutsche Revision AG, Osnabrück
- » Flick Gocke Schaumburg, Frankfurt a.M.
- » seit 12/2007: Dr. Muth & Partner GbR, Fulda

Tätigkeitsschwerpunkte:

Handels- und Gesellschaftsrecht, M&A,  
Unternehmensnachfolge, Steuerrecht, Internetrecht

Veröffentlichungen im Steuer- und Gesellschaftsrecht

## Inhaltsverzeichnis

- A. Compliance
- B. Die Rechtsposition des Geschäftsführers  
(inkl. Kompetenzverteilung gegenüber den Gesellschaftern)
- C. Die Prinzipalpflichten des Geschäftsführers
- D. Einzelheiten zur Insolvenzantragspflicht von  
Gesellschafter und Geschäftsführer
- E. Entlastung vs. Generalbereinigung
- F. Typische Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

## Compliance - Verum oder Placebo?





# Compliance I

- Betriebswirtschaftlicher Terminus des Einhaltens von Gesetzen, Richtlinien, unternehmensinternen Kodizes und Stand der Technik
- Organisatorische Maßnahmen stützen dieses Überwachen (Compliance-Abteilungen, insb. bei Finanzdienstleistern)
- Kennen ⇒ Organisieren ⇒ Umsetzen ⇒ Dokumentieren
- Zunehmende Bedeutung als Teil der ordnungsgemäßen Unternehmensführung (Corporate Governance; Ziff. 4.1.3 DCGK)

4.1.3 Der Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hin (Compliance).



## Compliance II

- Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich vom 05.03.1998 (gilt nicht nur für AGs, sondern zumindest auch für obligat oder fakultativ mitbestimmte sonstige Kapitalgesellschaften)
- Pflicht zur Einrichtung eines **sog. Frühwarnsystem**
  - Festlegung der Chancen-/Risikostrategie
  - Festlegung der Risikofelder in den einzelnen Geschäftsbereichen
  - Risikoerkennung
  - Risikobewertung
  - Risikosteuerung
  - Risikoberichterstattung
  - Überwachung der Angemessenheit und Effektivität der Steuerungsmaßnahmen
  - **Beachte:** Verstoß kann zur Nichtigkeit der Entlastung führen (LG München 5 HKO 15964/06) und außerordentliche Kündigung des Anstellungsvertrags / Abberufung rechtfertigen (LG Berlin 2 O 358/01; jeweils AG-Fälle)

## Die Rechtsposition des Geschäftsführers





## Die Rechtsposition des Geschäftsführers

### 1. Grundsatz: Trennung von Amt und Anstellungsvertrag I

- **Amt** entsteht durch Bestellung (Gesellschafterbeschluss, Ausn.: gesetzliche oder satzungsmäßige Delegation auf Aufsichts-/Beirat), Eintragung im Handelsregister nur deklaratorisch  
Rechtsfolge: Amtspflichten, Vertretungsmacht
- **Anstellungsvertrag** entsteht durch Vertragsschluss (Gesellschafter vertreten die Gesellschaft)  
Rechtsfolge: Anspruch auf Bezüge, Tätigkeitspflicht
- Inhabilität (dazu sogleich), Abberufung oder Amtsniederlegung führt automatisch zum Wegfall des Amts, aber nicht automatisch zum Wegfall des Vertrags (Kündigung)
- Abberufung (vorbehaltlich abweichender Satzungsbestimmungen) jederzeit möglich; Kündigung des Vertrags dagegen nur nach Maßgabe der dort bestimmten Konditionen (insb. Fristen)





## Die Rechtsposition des Geschäftsführers

### 2. Einzelheiten zum Amt I

- Das **Amt** eines Geschäftsführers kann nur eine natürliche Person bekleiden, die persönlich geeignet ist.
- Ungeeignet ist eine Person in den folgenden Fällen (sog. Inhabilität):
  - Betreuung
  - Berufsverbot (soweit Unternehmensgegenstand identisch mit Verbot)
  - Vorverurteilung
    - wegen vorsätzlicher Insolvenzstraftaten (§§ 283-283d StGB)
    - **neu:** wegen vorsätzlicher (i) Insolvenzverschleppung (§§ 84 GmbHG, 401 AktG = § 15a Abs. 4 InsO), (ii) falscher Angaben (§§ 82 GmbHG, 399 AktG), (iii) unrichtiger Darstellung (§§ 400 AktG, 331 HGB, 313 UmwG, 17 PublG), (iv) §§ 263-264a, 265b-266a StGB (falls mind. 1 Jahr Freiheitsstrafe; **Problem:** Gesamtstrafenbildung)
    - **neu:** im Ausland wegen einer „vergleichbaren“ Tat



## Die Rechtsposition des Geschäftsführers

### 2. Einzelheiten zum Amt II

- Ungeeignet ist eine Person auch dann, wenn sie nachweislich Eigeninteressen über die Interessen der Gesellschaft stellt oder schuldhaft wesentliche Pflichten seines Amtes verletzt.
- Daher rechtfertigen
  - **Boykothandlungen** des Geschäftsführers wegen ihm gegenüber bestehender Außenstände der Gesellschaft (BGH II ZR 134/06)
  - **Verstöße gegen die Insolvenzantragspflicht** (BGH II ZR 236/06)
  - **Verletzung der Buchführungspflicht** (insb. Nichteinreichung der Jahresabschlüsse beim Finanzamt, BGH II ZR 27/08)

eine fristlose Abberufung und (!) Kündigung wegen fehlender Eignung als Führungsperson

- zur Abberufung wegen unheilbaren Zerwürfnisses mit einem Mitgeschäftsführer vgl. BGH II ZR 27/08



## Die Rechtsposition des Geschäftsführers

### 3. Einzelheiten zum Geschäftsführer-Anstellungsvertrag

- Dienstvertragsverhältnis (keine arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen einschlägig); falls kein Vertrag: übliche Vergütung (§ 612 Abs. 1 BGB)
- keine Anwendung der §§ 74 ff. HGB; daher kann insb. ein entschädigungsloses nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart werden (BGH II ZR 81/07)
- Geschäftsführer ist nicht Angestellter und kann sich daher nicht auf Grundsätze zu „*gefährdender Arbeit*“ berufen (h.M.)
- Vertraglicher Haftungsausschluss (allenfalls bei einfacher Fahrlässigkeit zulässig, aber **str.**), **besser**: D&O-Versicherung
- bei Gesellschafter-Geschäftsführern zudem zu prüfen: Gesamt-Ausstattung (Über-Ausstattung führt zu verdeckter Gewinnausschüttung, stets Einzelfallbetrachtung (vgl. nur BFH I R 46/01 u. I R 24/02))



## Die Rechtsposition des Geschäftsführers

### 4. Konsequenz bei Pflichtverstößen

- Pflichtverstoß führt daher zu ...
  - Schlechterfüllung des Anstellungsvertrags (vertragliche Ansprüche)
  - Verletzung der gesetzlichen Amtspflichten (gesetzliche Ansprüche)
- Aber was ist ein Pflichtverstoß?
  - **Anstellungsvertrag**: abhängig von Anstellungsvertrag
  - **Amt**: abhängig von der Gesellschaftsstruktur, denn die tatsächlichen Umstände präzisieren die gesetzlichen Pflichten (Welche Pflichten bestehen konkret und sind wie zu beachten? Einzelfallrechtsprechung!)
- Im Folgenden: Gesetzeslage / Amtspflichtverletzungen



## Die Rechtsposition des Geschäftsführers

### 5. Sonderfall „faktischer Geschäftsführer“

- Geschäftsführer ist auch, wer ohne förmliche Bestellung im Einverständnis der Gesellschafter die Stellung eines solchen einnimmt (insb. §§ 82, 64 GmbHG!).
- Dass weitere Geschäftsführer vorhanden sind, ist irrelevant. Maßgeblich ist Gewicht der Geschäftsführungshandlungen des „faktischen Geschäftsführers“.
- Faktischer Geschäftsführer, wenn er von den acht klassischen Merkmalen im Kernbereich der Geschäftsführung mind. sechs erfüllt (vgl. BGH 3 StR 50/96):
  - Bestimmung der Unternehmenspolitik,
  - Unternehmensorganisation,
  - Einstellung von Mitarbeitern,
  - Gestaltung der Geschäftsbeziehungen zu Vertragspartnern,
  - Verhandlung mit Kreditgebern,
  - Gehaltshöhe,
  - Entscheidung der Steuerangelegenheiten,
  - Steuerung der Buchhaltung
  - **Neuere Rechtsprechung / Zivilrecht:** Würdigung aller Umstände des Einzelfalls



## Die Rechtsposition des Geschäftsführers

### 6. Kompetenzverteilung I

- GmbH- und Personengesellschaftsrecht erlauben flexible Gestaltungen, Organisationsfreiheit
  - Folge:** kein Standard-Gesellschaftsrecht
- GmbH- und Personengesellschaftsrecht relativ unmodern (BGB von 1896, GmbHG von 1892, nur geringfügig reformiert)
- Unterschiedliche Eigentümerstrukturen, GmbH und GmbH & Co. KG insb. bei Familiengesellschaften beliebt
  - Folge:** unterschiedliche Auffassungen zur Unternehmensführung, verschiedene Interessen (bspw. bezüglich Gewinnverwendung)
- GmbH und GmbH & Co. KG ist eigene Rechtsperson
  - Folge:** eigenes Vermögen, eigene Interessen



## Die Rechtsposition des Geschäftsführers

### 6. Kompetenzverteilung II

- Daraus ergibt sich:
  - **Grundsatz 1:** Geschäftsführer handelt (ausschließlich) im Interesse der Gesellschaft
  - **Grundsatz 2:** Geschäftsführer schuldet die Sorgfalt, die ein ordentlicher Geschäftsmann in verantwortlich leitender Position bei selbständiger Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen zu wahren hat (OLG Zweibrücken NZG 1999, 1201)
  - **Grundsatz 3:** Geschäftsführer beachtet die gesetzlichen, satzungsgemäßen und die vertraglichen Kompetenzverteilung sowie die sonstige Rechtsordnung



# Die Rechtsposition des Geschäftsführers

## 7. Kompetenzabgrenzung zum Gesellschafter I

### Gesellschafter

- » Feststellung des JA und Gewinnverwendung
- » Einforderung von offenen Stammeinlagen
- » Rückzahlung von Nachschüssen
- » Teilung / Einziehung von Geschäftsanteilen
- » Bestellung / Abberufung / Entlastung der GF
- » Abschluss des GF-Anstellungsvertrags
- » Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen die GF (wegen der GF'ung) und Prozessvertretung gegenüber den GF
- » Erteilung von Prokuristen
- » Handlungsbevollm. für den ges. G.-betrieb

### Geschäftsführer

- » laufende Unternehmensführung (operatives, gewöhnliches Geschäft; etwaige Aufgabenteilung (bspw. kaufmännisch, technisch, Personal) ist nur im Innen- und für das Anstellungsvertragsverhältnis maßgeblich)
- » Beachtung der Satzung, Geschäftsordnung, Beschlüssen der Geschäftsorgane, Weisungen („*rechtliches Dürfen*“)
- » Vertretung der Ges. („*rechtliches Können*“)
- » Pflicht zur kollegialen Zusammenarbeit mehrerer GF (Kooperation)
- » Überwachungspflicht der Mit-GF (aber keine Einmischung, ggf. Meldung an Gesellschafter; vgl. OLG Schleswig, GmbHR 2002, 216)





## Die Rechtsposition des Geschäftsführers

### 7. Kompetenzabgrenzung zum Gesellschafter II

#### Gesellschafter

- » Bestimmung der Grundzüge der Unternehmenspolitik und Entscheidung über unternehmensleitende Maßnahmen (bspw. auch Zustimmung zu Unternehmensverträgen, Umwandlungen)
- » Prüfung / Überwachung der GF
- » Aufstellung einer Geschäftsordnung
- » Anweisung der GF (für GF zwingend unbeachtlich, wenn Anweisung gegen die guten Sitten oder gegen Gesetz verstößt)
- » Auskunftsrechte des einzelnen Gesellschafters und der Gesellschafterversammlung gegenüber dem GF

#### Geschäftsführer

- » Einholung von Zustimmung, soweit erforderlich (bspw. soweit in Satzung oder Geschäftsordnung definiert, Handlungen außerhalb des Unternehmensgegenstands, Handlungen im Widerspruch zur Unternehmenspolitik oder sonst mit Ausnahmecharakter (insb. wegen des Umfangs oder der Art und Weise), Handlungen bei denen mit Widerspruch eines Gesellschafters zu rechnen ist)



## Die Rechtsposition des Geschäftsführers

### 8. Rechtsfolge bei Kompetenzverstoß

- Handeln des Geschäftsführer wider interne Absprachen (bspw. Verstoß gegen Geschäftsordnung) = Vertretung ohne Geschäftsführungsbefugnis
  - Rechtsgeschäft wirksam
  - Pflichtverletzung des Geschäftsführers
- anders: Geschäftsführung ohne Vertretungsmacht (bspw. Verstoß gegen die Vertretungsregelung)
  - Rechtsgeschäft unwirksam (Genehmigung möglich)
  - Pflichtverletzung des Geschäftsführers



# Die Rechtsposition des Geschäftsführers

## 9. Besonderheiten

- **Konzernbildung** berührt nicht unmittelbar die Rechtsposition des Geschäftsführers (er bleibt Geschäftsführer „seiner“ Gesellschaft), aber u.U. Haftung des Geschäftsführers der herrschenden Gesellschaft für treupflichtwidrige Weisungen (§ 309 AktG analog)
- Satzung kann weitere (**fakultative**) **Organe** bestimmen und (begrenzt) Kompetenzen von der Gesellschafterversammlung auf dieses verlagern.
- **Obligate Organe:** Aufsichtsrat auch bei GmbH (nicht: bei KG und bestimmten Unternehmensgegenständen!) zwingend, wenn diese in der Regel über mehr als 500 AN verfügt (bei der AN-Zahl sind AN in Tochtergesellschaften hinzuzurechnen, wenn Tochtergesellschaften in Muttergesellschaft eingegliedert oder durch Beherrschungsvertrag an Muttergesellschaft gebunden ist), ggf. **Pflicht zur Herbeiführung eines Statusverfahren**

# Prinzipalpflichten des Geschäftsführers





# Prinzipalpflichten des Geschäftsführers

## 1. Organisationspflicht

- Hintergedanke: Der Geschäftsführer darf sich nicht hinter einer unübersichtlichen Organisation „verschanzen“ („*Mein Name ist Hase*“)
- Negativbeispiele „*Reifenhändler-Fall*“ (Geschäftsführer des Händlers hatte aufgrund urlaubsbedingter Abwesenheit keine Kenntnis von der Rückrufaktion eines Reifenherstellers) und „*Transrapid-Unglück*“ (Fehlen von Verfahrensanweisungen, die einen sicheren Prozessablauf gewährleistet hätten)
- Ziel: Der Geschäftsführer muss jederzeit umfassende Kenntnis wesentlicher Risiken seines Unternehmens haben und diese antizipiert regeln, ggf. Delegation (dann aber: Überwachungspflicht, dazu sogleich)



## Prinzipalpflichten des Geschäftsführers

### 2. Überwachungspflicht

- Hintergedanke: Der Geschäftsführer muss u.U. aus tatsächlichen Gründen Handlungspflichten delegieren. Er darf sich aber nicht hinter dem Beauftragten verstecken.
- Negativbeispiel „Umschuldungsfall“ (BGH II ZR 202/07: Haftungsprivilegierung des Geschäftsführer setzt voraus, dass er alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art ausschöpft und auf dieser Grundlage seine Handlungsoptionen sorgfältig abwägt; ggf. Einholen von Rat eines unabhängigen qualifizierten Berufsträgers **und (!)** sodann (zumindest) eigene Plausibilitätskontrolle des Geschäftsführers)
- Auch **Überwachung** der Mit-Geschäftsführer (insb. in finanziellen Krisensituationen, vgl. OLG Schleswig, GmbHR 2002, 216 und BGH II ZR 114/85); Pflicht ist **kein Recht zur Einmischung** in Ressort des Mit-Geschäftsführers



## Prinzipalpflichten des Geschäftsführers

### 3. Informationspflicht

- Hintergedanke: Der Geschäftsführer muss sich umfassend informieren (bspw. aktueller Stand der Technik).
- Ziel: Risikoanalyse; antizipierte Prüfung von Handlungsbedarf
- Informationsmanagementsystem durch Zugänglichmachen ausreichender Medien und Informationsquellen; Sicherstellung des Informationszuflusses „von der Basis“ (von Angestellter zu Chef)
- Konsequenz aus der **Organisations-, Überwachungs- und Informationspflicht:**

Jeder Geschäftsführer muss jederzeit wissen, ob (i) Interesse und Wohl der Gesellschaft die Einberufung einer Gesellschafterversammlung erforderlich macht, (ii) eine Insolvenzantragspflicht besteht bzw. (iii) ob er die dreiwöchige Gestaltungsphase ausschöpfen darf.



## Prinzipalpflichten des Geschäftsführers

### 4. Verkehrssicherungspflicht

- Hintergedanke: Der Geschäftsführer darf nicht darauf vertrauen, dass „*schon alles gut gehen*“ wird.
- Negativbeispiele: „*Bad Reichenhaller Eissporthalle*“ oder „*Brand Flughafen Düsseldorf*“ oder OLG Stuttgart 5 W 9/08 (Sturz einer Discobesucherin bei Außenaufenthalt wegen eines Telefonats, nachdem Kanaldeckel aus Beton unter ihr brach) und Produkthaftpflichtfälle
- Beachtung des Stands der Technik, Ausreichende Sicherung, Mitarbeiterschulung, Rückrufaktionen, Behördeninformation
  - **Beachte:** Geräte- und Produktsicherheitsgesetz, verlangt von jedem Hersteller das Unterhalten eines Rückrufmanagementsystems, GPSG definiert dies jedoch nicht
- Ziel: Vermeidung der Gefährdung anderer durch Produkte des Unternehmens oder Handlungen der Mitarbeiter des Unternehmens





## Prinzipalpflichten des Geschäftsführers

### 5. Aufsichtspflicht

- Vgl. § 130 OWiG: *„Wer als Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens vorsätzlich oder fahrlässig die Aufsichtsmaßnahmen unterlässt, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist, handelt ordnungswidrig, wenn eine solche Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre.“*
- Negativbeispiel: Schmiergeldaffären / Schwarzgeldkassen
- Zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen gehören auch die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen.
- Ziel: straf- und ordnungsrechtliche Endverantwortlichkeit des Geschäftsinhabers



## Die Verhaltenspflichten des Geschäftsführers

### 6. Sorgfaltsmaßstab des Geschäftsführers I

- Geschäftsführer schuldet die Sorgfalt, die ein ordentlicher Geschäftsmann in verantwortlich leitender Position bei selbständiger Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen zu wahren hat (OLG Zweibrücken, NZG 1999, 1201).
- Persönliche Eigenschaften des Geschäftsführers (bspw. Alter, Erfahrung) sind unerheblich (vgl. BGH II ZR 143/93)
- Soweit der Geschäftsführer diese Sorgfalt nicht wahrt und der GmbH hierdurch ein Schaden entsteht, ist er zum Ersatz dieses Schadens verpflichtet (§ 43 Abs. 2 GmbHG).
- Mehrere verantwortlich handelnde Geschäftsführer haften gesamtschuldnerisch.



## Die Verhaltenspflichten des Geschäftsführers

### 6. Sorgfaltsmaßstab des Geschäftsführers II

- **Haftungsprivilegierung** des Geschäftsführers analog § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG (sog. *Business Judgement Rule*): „Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn der Geschäftsführer bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“
  - gilt für (fakultativen) Aufsichtsrat entsprechend: BGH II ZR 243/05
  - **vgl. nochmals BGH II ZR 202/07 („Umschuldungsfall“)**: Haftungsprivilegierung des Geschäftsführer setzt voraus, dass er alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art ausschöpft und auf dieser Grundlage seine Handlungsoptionen sorgfältig abwägt; ggf. Einholen von Rat eines unabhängigen qualifizierten Berufsträgers und (!) sodann eigene Plausibilitätskontrolle des Geschäftsführers (**Nachweisproblem!**)

kritisch dazu bspw. *Redeke*, NZG 2009, 496, da der BGH damit die Anforderungen der Business Judgement Rule überzieht.



## Prinzipalpflichten des Geschäftsführers

### 7. Vorsorgestrategie: Compliance

- Gesetzgeber und Rechtsprechung gehen zunehmend von einer umfassenden Information des Geschäftsführers aus, die in der Regel (zumindest bei kleineren Unternehmen) nicht gewährleistet ist.
- Installation und Betrieb eines Risikomanagementsystems ist mittlerweile „*state of the art*“ (vgl. auch **MPS-Rechtsprechung** des BGH)
- **Konkrete Ausgestaltung des Risikomanagementsystems ist stets von den individuellen Umständen des Unternehmens abhängig!**
- **Wichtig:** Risikomanagementsystem muss nicht nur das Erkennen, Analysieren und Steuern von Risiken, sondern insb. auch die Beweislast zu Lasten des Geschäftsführers berücksichtigen
  - Ist ein Schaden feststellbar, findet oft eine Beweislastumkehr statt, so dass sich der Geschäftsführer ggf. durch Nachweis seines pflichtgemäßen Handelns exkulpieren (entlasten) muss.



## Die Verhaltenspflichten des Geschäftsführers

### 8. Sonstige Pflichten des Geschäftsführers I

- Pflicht zur Geschäftsführung
- Pflicht zur kollegialen Zusammenarbeit mehrerer Geschäftsführer
- Umfassende Treuepflicht, Verschwiegenheitspflicht (auch nachvertraglich) und Wettbewerbsverbot (sog. Geschäftschancenbindung); nachvertragliches Wettbewerbsverbot bedarf dagegen gesonderter Vereinbarung
- Pflicht zur Buchführung und Aufstellung des Jahresabschlusses
- Pflicht zur Einberufung der Gesellschafterversammlung (bspw. bei hälftiger Aufzehrung des Stammkapitals oder drohender Zahlungsunfähigkeit (*Goette*: nicht nur bei UG))
- Pflicht zur Auskunft gegenüber der Gesellschafterversammlung und etwaigen sonstigen Organen



## Die Verhaltenspflichten des Geschäftsführers

### 8. Sonstige Pflichten des Geschäftsführers II

- Bei entsprechendem Gesellschafterbeschluss: Pflicht zur Einforderung von Einlagen, Geltendmachung von Ansprüchen
- Pflicht zur Veröffentlichung des Jahresabschlusses (§ 325 HGB)
- Pflicht zur Vornahme der Anmeldungen zum Handelsregister (insb. jetzt auch Aktualisierung der Liste der Gesellschafter)

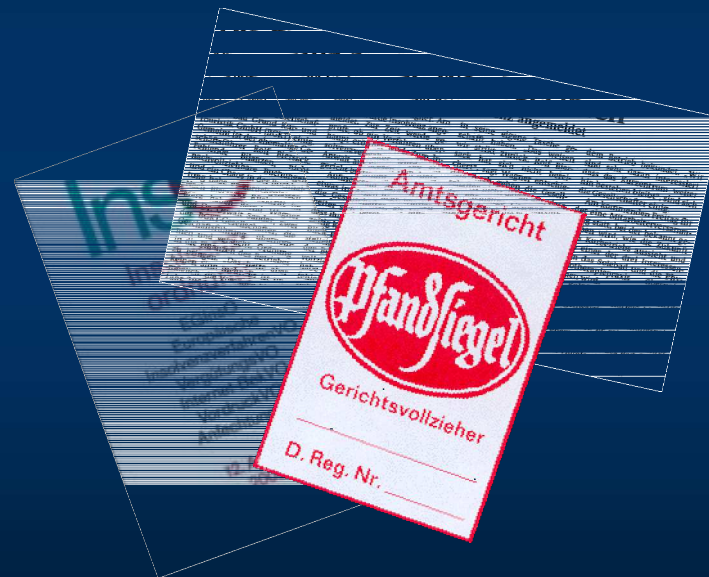


## Die Verhaltenspflichten des Geschäftsführers

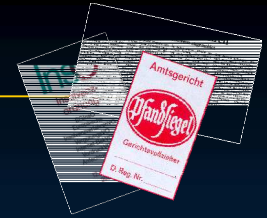
### 8. Sonstige Pflichten des Geschäftsführers III

- Pflicht zur Stellung des Insolvenzantrags bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft
- Pflicht zur Sicherung der Insolvenzmasse, aber:
  - **BGH II ZR 27/07**: Abführung von fälligen Sozialversicherungsbeiträgen und Steuern entspricht ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleitertätigkeit (da sonst persönliche Haftung nach §§ 823 Abs. 2 BGB, 266a StGB bzw. §§ 69, 34 AO); **BFH VII R 67/05**: Haftung nach §§ 69, 34 AO kann allenfalls in der dreiwöchigen Prüfungsphase mangels Verschulden ausgeschlossen sein.
  - **BGH II ZR 310/05**: Zahlungen mit Kreditmitteln aus einem debitorisch geführten Bankkonto zählen zum Insolvenzrisiko der Bank (kein Fall des § 64 Satz 2 GmbHG; anders aber (BGH II ZR 234/05): wenn bei Insolvenzreife Kreditvolumina erhöht werden); **Gegenbeispiel**: Zahlungen auf ein debitorisch geführtes Konto widersprechen der Massesicherungspflicht des Geschäftsführers und führen zur Haftung nach § 64 Satz 2 GmbHG
  - **BGH II ZR 38/07**: Verwendung des Cash-Pools zur Tilgung von Schulden der Cash-Pool-Teilnehmer kann u.U. Haftung begründen

## Einzelheiten zur Insolvenzantragspflicht



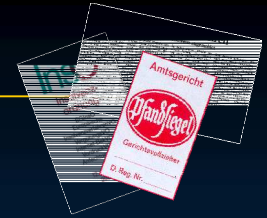




# Einzelheiten zur Insolvenzantragspflicht

## 1. Insolvenzantrag

- bislang: formloses Schreiben an das Insolvenzgericht (Amtsgericht)
- Insolvenzantragspflicht **des Geschäftsführers**: § 15a InsO n.F. (Zentralvorschrift; Ausnahme: § 42 Abs. 2 BGB)
  - Hintergrund: auf (Schein-)Auslandsgesellschaften fand i.d.R. nur ausländisches Gesellschaftsrecht Anwendung, so dass Insolvenzantragspflicht im GmbHG leer lief
  - Straftatbestände zentral in § 15a Abs. 4, 5 InsO verlagert
  - weiterhin: Schutzgesetz (*Poertzgen*, GmbHR 2007, 1258)
- **Insolvenzantragsrecht** und (bei Kenntnis und Führungslosigkeit) **Insolvenzantragspflicht des Gesellschafters** (bei AG und Gen: auch AR) (§ 15a Abs. 3 InsO)
  - **Problem**: Was heißt Führungslosigkeit (GF nicht erreichbar, im Ausland ...)? AG Hamburg, NJW 2009, 304: unbekannter Aufenthalt genügt nicht (ebenso *Römermann*, NZI 2008, 641, a.A. *Gehrlein*, BB 2008, 846)



## Einzelheiten zur Insolvenzantragspflicht

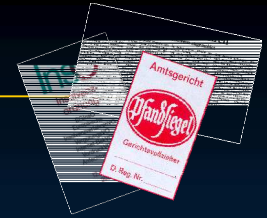
### 2. Insolvenzantragspflicht I

- Grundsatz: Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit
- Zahlungsunfähigkeit i.S.d. § 17 InsO (vgl. BGH IX ZR 123/04):

Zahlungsunfähigkeit liegt nicht vor, wenn eine innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke des Schuldners weniger als 10 % seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten ausmacht (sog. Zahlungsstockung).

Ist jedoch anzunehmen, dass die Lücke in absehbarer Zeit mehr als 10 Prozent betragen wird oder beträgt die Liquiditätslücke des Schuldners bereits 10 % oder mehr, besteht Zahlungsunfähigkeit.

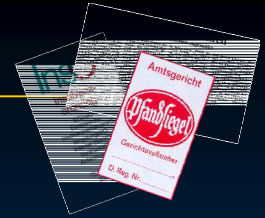
Rückausnahme: Es ist mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist.



## Einzelheiten zur Insolvenzantragspflicht

### 2. Insolvenzantragspflicht II

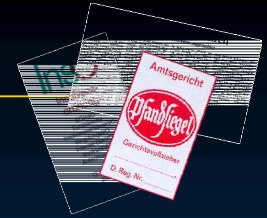
- **Grundsatz:** Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit
- **Überschuldung i.S.d. § 18 InsO:** „*Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich.*“ (vorübergehende Rückkehr zum zweistufigen Überschuldungsbegriff durch FMStG bis 31.12.2010)
  - Unterbilanz hat indizielle Bedeutung (BGH II ZR 236/06)
  - **Fortführungscheck:** Belastbare, positive Cash-flow-Planung für 12 Monate
  - Ab 2011 (wie bisher): „*Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners ist jedoch die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist.*“



## Einzelheiten zur Insolvenzantragspflicht

### 3. Einzelheiten zur Überschuldungsfrage

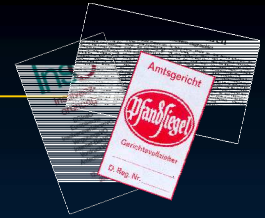
- **Wegfall des Krisenbegriffs durch das MoMiG**
- **Nun:** Gesetzliche Subordination aller Ansprüche der Gesellschafter gegen die Gesellschaft, bspw. Darlehen, Regressansprüche (bei Besicherung von Drittdarlehen, vgl. *K. Schmidt*, BB 2008, 1966) (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO; Ausnahme: Nicht-GF und Beteiligung < 10%, Sanierungsprivileg)
- **Aber § 19 Abs. 2 InsO:** Ausklammerung der Gesellschafterdarlehen und vergleichbarer Rechtshandlungen aus der Überschuldungsprüfung erst dann, wenn Gläubiger ausdrücklich Rangrücktritt hinter die (bereits gesetzlich subordinierten) Ansprüche nach § 39 Abs. 1 Nrn. 1 bis 5 InsO) erklärt hat
  - **Hintergrund:** Gesetzliche Subordination greift rechtssystematisch erst ab Insolvenzeröffnung (vorher ist der Anwendungsbereich des § 39 InsO nicht eröffnet).



## Einzelheiten zur Insolvenzantragspflicht

### 4. Neuregelungen für Gesellschafterdarlehen

- Anfechtbarkeit von Befriedungshandlungen der Gesellschaft innerhalb eines Jahres vor Insolvenzantrag (§§ 135 f. InsO, 6 f. AnfG)
  - **Beachte:** Vertragliche Absicherung bei Verkauf der Beteiligung, da sonst bspw. der Ex-Gesellschafter, die anlässlich des Verkaufs zurückgewährten Darlehen erstatten muss!
  - Hintergrund der Jahresfrist (vgl. BGH II ZR 357/03 zum alten Recht): Unwiderlegliche Vermutung, dass Stammkapital nicht nachhaltig wiederhergestellt war, wenn Leistungen auf eigenkapitalersetzende Darlehen ein Jahr vor Insolvenzantragstellung erbracht worden sind.
- Anfechtbarkeit wohl auch bei **Schwester-Gesellschaftskonstruktion**, wenn in beiden Gesellschaften gleiche Geschäftsführer oder mehrheitlich gleicher Gesellschafterbestand (analog BGH II ZR 108/07)



## Einzelheiten zur Insolvenzantragspflicht

### 5. Neuregelungen für Gebrauchsüberlassungen

- Gebrauchsüberlassung bedeutsamer Vermögensgegenstände durch Gesellschafter an Gesellschaft: Fortdauer von 1 Jahr nach Insolvenzeröffnung (§ 135 Abs. 3 InsO; Entgelt = **Masseverbindlichkeit**)
- **altes Recht**
  - Vermieterinsolvenz (vgl. BGH II ZR 207/06): Ende der kostenfreien Nutzung mit Ablauf des der Insolvenzeröffnung nachfolgenden Kalendermonats
  - Mieterinsolvenz: kostenfreie Nutzung für marktübliche Nutzungsdauer



## Einzelheiten zur Insolvenzantragspflicht

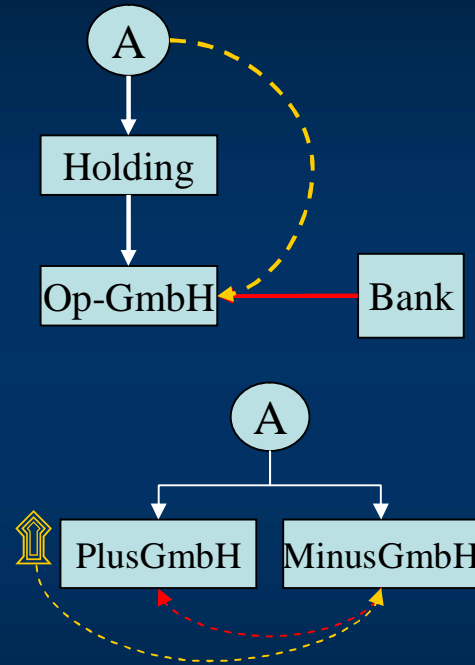
### 6. Steuerrechtlicher Exkurs

⇒ Die Übernahme von (eigenkapitalersetzenden) Bürgschaften für eine Gesellschaft, an welcher der Anteilseigner nur mittelbar beteiligt ist, führt nicht zu nachträglichen Anschaffungskosten der (unmittelbaren) wesentlichen Beteiligung (BFH IX R 78/06).

⇒ Rückstellung wegen potentieller Rückforderung einer Leistung wegen Eigenkapitalersatzqualität (Mietzinszahlung) führt zur vGA beim Gesellschafter (BFH I R 19/07).

⇒ fraglich, wie sich Wegfall des „Eigenkapitalersatzrechts“ auf die Rechtsprechung des BFH auswirkt

vgl. nur *Groh*, FR 2008, 267, der einen wirtschaftlich Zusammenhang zwischen Aufwand und Beteiligung für § 17 EStG genügen lassen will; Finanzverwaltung tendiert dagegen zu einer Fortführung des „Krisen“-Rechtsprechung



## Entlastung vs. Generalbereinigung







# Entlastung vs. Generalbereinigung

## 1. Entlastung I

- Kein Anspruch auf Entlastung (BGH ZR 165/84)
- Entlastung erfasst nur solche Handlungen und Entscheidungen, über die das jeweilige Organ hinreichend Rechenschaft abgelegt hat.
- **Rechtsfolge** der Entlastung:
  - Billigung der zurückliegenden Amtsführung als dem Gesetz, Satzung und vertraglichen Pflichten entsprechend und zweckmäßig.
  - Genehmigung aller bekannten Handlungen und Entscheidungen des jeweiligen Organs als mit hinreichender Sorgfalt vorgenommen.
  - Ausspruch des Vertrauens für die künftige Amtsführung
  - Präklusion von bekannten (!) Ansprüchen aus der Vergangenheit gegen das jeweilige Organ aus § 43 Abs. 2 GmbHG und auf Kündigung/Abberufung (anders: bei AG wegen §§ 93, 120 AktG!).



# Entlastung vs. Generalbereinigung

## 1. Entlastung II

- Bei grundloser Versagung der Entlastung:
  - außerordentliche Kündigung / Amtsniederlegung
  - u.U. Schadenersatz (Problem: Schadensberechnung)
  - Negative Feststellungsklage bzgl. konkretem Anspruch (vgl. OLG Köln 16 W 20/96)
- **Problem 1:** Einmann-Gesellschaft (Stimmrechtsausschluss, daher keine Entlastung möglich)
- **Problem 2:** Keine Entlastungswirkung für Verstöße gegen Gläubigerschutzbestimmungen (bspw. Kapitalerhaltung, existenzvernichtende Eingriffe etc.)
- **Problem 3:** Keine Entlastungswirkung für unbekannte Sachverhalte



# Entlastung vs. Generalbereinigung

## 2. Generalbereinigung

- Zuständigkeit: Gesellschafterversammlung
- erfasst auch unbekannte Ansprüche
- **Problem 1 + 2:** Einmann-Gesellschaft und keine Entlastungswirkung für Verstöße gegen Gläubigerschutzbestimmungen unverändert

## Typische Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter





# Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

## Phase 1 - Gesellschaftsgründung



# Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

## 1. Kapitalaufbringung I

- **Verdeckte Sacheinlage** (§ 19 Abs. 4 GmbHG)
  - Sachverkauf eines Gesellschafters an die Gesellschaft im Zusammenhang mit der Gründung (Indizwirkung: 6-Monatsfrist)
  - BGH II ZR 120/07 „Qivive“: Die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage (§ 19 Abs. 4 GmbHG n. F.) und des Hin- und Herzählens (§ 19 Abs. 5 GmbHG n. F.) finden auf Dienstleistungen eines Gesellschafters keine Anwendung.
  - Rechtfolge bislang: u.U. Haftungsverdoppelung (BGH II ZR 235/01, Nichtigkeit von Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft)
  - **nunmehr**: keine Erfüllungswirkung, aber Anrechnungslösung (automatische Anrechnung der Einlage zum Wert im Zeitpunkt der HR-Anmeldung bzw. der späteren Überlassung)
  - **Folge 1**: Heilung der Altfälle (Eigentumsübergang qua Gesetz, str.)
  - **Folge 2**: falsche Angabe des GF bei Anmeldung (str.)



# Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

## 1. Kapitalaufbringung II

- „Hin- und Herzahlen“ **hat Erfüllungswirkung** (§ 19 Abs. 5 GmbHG n.F., „*alles oder nichts*“), wenn:
  - Hin- und Herzahlen bei der Anmeldung angegeben
  - Rückzahlungsanspruch gegen Gesellschafter ist voll werthaltig
  - Rückzahlungsanspruch gegen Gesellschafter ist jederzeit fällig bzw. kann jederzeit fällig gestellt werden

(sog. „*bilanzielle Betrachtungsweise*“)

**Beachte:** § 56 GmbHG verweist nur auf § 19 Abs. 4 (= verdeckte Sacheinlage) nicht auf § 19 Abs. 5 (Hin- und Herzahlen); daher bei Kapitalerhöhung Erfüllungswirkung fraglich

**Früher:** BGH II ZR 140/04 (GmbH), II ZR 180/06 (GmbH & Co. KG) = Hin- und Herzahlen ist Nullum

**Problem:** strafbewehrte, falsche Angabe des GF bei Anmeldung!



# Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

## 2. Haftung wegen falscher Angaben

- **Haftung wegen falscher Angaben** (§ 9a Abs. 1 GmbHG)
  - Gesamtschuldnerische Haftung der Geschäftsführer und Gesellschafter für fehlende Einzahlungen auf die Stammeinlage, minderwertige Sacheinlage, überhöhter Gründungsaufwand
  - Zusätzlich: Strafbewehrung für GF und Gesellschafter, vgl. § 82 GmbHG
- **Haftung wegen „Giftpille“** (§ 9a Abs. 2 GmbHG)
  - Bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Schädigung durch Einlagen oder Gründungsaufwand haften alle Gesellschafter als Gesamtschuldner.
- **Befreiung von dieser Haftung** nur dann, wenn der Gesellschafter bzw. Geschäftsführer die die Ersatzpflicht begründenden Tatsachen weder kannte noch bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes kennen musste.
- **Differenzhaftung** des Gesellschafters wegen minderwertiger Einlage gemäß § 9 GmbHG (unabhängig von Vorsatz/Fahrlässigkeit)





# Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

## 3. Haftung des Geschäftsführers

- **Sorgfaltspflichtverletzung des Geschäftsführers**, wenn er
  - fällige Ansprüche der Gesellschaft auf Kapitalaufbringung nicht durchsetzt (§ 43 Abs. 2 GmbHG)
- Falsche Angaben zugleich **Schutzgesetzverletzung**, daher auch Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB
- Verurteilung wegen falscher Angaben führt zu Inhabilität des Geschäftsführeramtes (5 Jahre)
- **Vermeidungsstrategie**: Dezierte Prüfung der Einlagenaufbringung und Form der Einlagen, Vermeidung des Zugriffs des Gesellschafters auf das Vermögen der Gesellschaft; u.U. nochmalige, korrigierende Handelsregisteranmeldung



# Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

## Phase 2 – Handeln vor Eintragung



# Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

## 1. Handeln vor Gründung der GmbH

- Operiert die GmbH vor Beurkundung (sog. **Vorgründungsgesellschaft**) besteht noch keinerlei Haftungserleichterung (auch nicht bei Firmierung als „GmbH i.Gr.“)
- Vorgründungsgesellschaft = GbR / OHG mit dem Zweck, eine GmbH zu gründen. Mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages endet die Vorgründungsgesellschaft. Vermögen und Verbindlichkeiten gehen jedoch nur mit ausdrücklichen Übertragungsakt (Singularsukzession) auf die Vor-GmbH (dazu sogleich) über.
- Gesellschafter haften für Geschäfte der Vorgründungsgesellschaft voll und persönlich (bspw. BAG 10 AZR 238/05). „Geschäftsführer“ haftet nur im Falle des Handelns ohne Vertretungsmacht (§ 179 BGB).
- **Vermeidung:** Handeln erst ab Eintragung, zumindest jedoch auf absolut gründungsnotwendige Geschäfte beschränken



# Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

## 2. Handeln vor Eintragung der GmbH

- Operiert die GmbH nach Beurkundung aber vor Eintragung (sog. **Vor-GmbH**) kann aufgrund laufender Verluste eine Unterbilanz gegenüber dem bei Eintragung eigentlich aufzubringenden Stammkapital entstehen.

### Rechtsfolge 1 (vgl. BGH II ZR 65/04, II ZR 129/04):

- **Unterbilanzhaftung** (auch bei Mantelverwendung: BGH II ZB 4/02) zur Sicherstellung des Haftungsstock im Entstehungszeitpunkt (= Eintragung) der Gründungsgesellschafter bis zur vollständigen Auffüllung des Stammkapitals (Haftung *pro rata*); Innenhaftung, da ab Eintragung die Haftungsbeschränkung des § 13 Abs. 2 GmbHG gilt.
- Kein automatisches Erlöschen bei Auffüllung durch Gewinn (Grundsatz der realen Kapitalaufbringung).
- Verjährungsfrist: 10 Jahre ab Eintragung bzw. ab wirtschaftlicher Neugründung, vgl. BGH II ZA 14/06



## Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

### 3. Handeln vor Eintragung der GmbH II

- **Verlustdeckungshaftung:** entspricht der Unterbilanzhaftung; jedoch wandelt sich Innenhaftung bei Aufgabe der Eintragsabsicht zur Außenhaftung des Gesellschafters.
- ggf. Geschäftsführerhaftung wegen unterlassener Einforderung des Stammkapitals und strafrechtliche Verantwortung wegen falscher Angaben
- **Vermeidungsstrategie:**
  - Prüfung der Wertigkeit von Sacheinlagen
  - Handelsbilanz auf den Zeitpunkt der Eintragung aufstellen (Firmenwert nur ausnahmsweise anzuerkennen, BGH II ZR 65/04) und ggf. Haftung gegenüber den Gesellschaftern geltend machen.



## Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

### 5. Handeln vor Eintragung der GmbH III

- **Rechtsfolge 2 (BGH II ZB 4/02):**
  - **Handelndenhaftung** für sämtliche rechtsgeschäftlichen und –ähnlichen Handlungen namens der Vor-GmbH (nicht erfasst werden daher bspw. gesetzliche Verbindlichkeiten wie Sozialversicherungsbeiträge). Bei Inanspruchnahme hat der Geschäftsführer Regressansprüche gegen die Gesellschaft gem. §§ 611, 675, 670 BGB. Mehrere Handelnde haften als Gesamtschuldner.
  - **Ausnahme:** Aufnahme der Geschäfte mit Zustimmung aller Gesellschafter.
  - **Erlöschen der Haftung:** Wegen des automatischen Übergangs der Verbindlichkeiten der Vor-GmbH auf die GmbH erlischt die Haftung mit Eintragung der GmbH in das Handelsregister und bleibt nur im Falle eines Handelns ohne Vertretungsmacht (§ 179 BGB) weiter bestehen (BAG 5 AZR 117/04).



# Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

## 3. Haftung des Geschäftsführers

- **Haftung des Geschäftsführers gegenüber der GmbH**, wenn er
  - fällige Ansprüche der Gesellschaft nicht durchsetzt (§ 43 Abs. 2 GmbHG)
  - Handeln ohne gewerberechtliche Anzeige / Konzession der Gesellschaft (zugleich auch Ordnungswidrigkeit nach GewO, SchwarzArbG, GaststättenG, HandwO, WaffenG usw., so dass u.U. Ordnungsmittel gegen Geschäftsführer verhängt werden können)
- **im Übrigen:** wie bei operativem Geschäft (dazu sogleich)



# Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

## Phase 3 – Operatives Geschäft





# Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

## 1. Kapitalerhaltung I

- Aufgabe des Eigenkapitalersatzrechts (Wegfall des Begriffs der „Krise“); Streichung von §§ 32a, b GmbHG
- **Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen** verstößt generell nicht (mehr) gegen Kapitalerhaltungsgrundsätze (§ 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG)
- **Leistungen an Gesellschafter** verstoßen generell nicht gegen Kapitalerhaltungsgrundsätze (§ 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG), (i) solange und soweit ein vollwertiger Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter besteht sowie (ii) zwischen Parteien eines Ergebnisabführungsvertrags (§ 291 AktG)  
⇒ sog. „bilanzielle Betrachtungsweise“



# Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

## 1. Kapitalerhaltung II

- **BGH hat das neue Recht ausdrücklich bestätigt** (BGH II ZR 102/07 „MPS“), aber Verpflichtung der Verwaltungsorgane der abhängigen Gesellschaft konstatiert, laufend etwaige Änderungen des Kreditrisikos zu prüfen und auf eine sich nach der Darlehensausreichung andeutende Bonitätsverschlechterung mit einer Kreditkündigung oder der Anforderung von Sicherheiten zu reagieren
- **Zur Vermeidung der Haftung des Geschäftsführers (§ 43 GmbHG):** ggf. Kündigung des Darlehens / Gewinnabführungsvertrags, wenn absehbar ist, dass Rückzahlungsanspruch oder Verlustausgleichsanspruch nicht mehr vollwertig
- **Vermeidungsstrategie:** Schaffung eines ausreichenden Informationssystems (Compliance), das den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung trägt (insb. Konzernfälle)



# Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

## 2. Eigenkapitalersatz – altes Recht

- Das alte Recht (insb. Eigenkapitalersatzrecht) findet nur noch Anwendung auf solche Fälle, in denen vor dem 01.11.2008 das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist (BGH II ZR 260/07 „Gut Buschow“)
- Soweit Gesellschafter an sie zurückgezahlten Eigenkapitalersatz zur Kapitalerhöhung verwenden (Tilgung der Stammeinlagenforderung) ist dies in eine Erstattung der unrechtmäßigen Eigenkapitalrückgewähr umzudeuten (BGH II ZR 217/07)
- Diese Rechtsprechung dürfte u.E. (nach neuem Recht) analog für Fälle gelten, in denen gegen Kapitalerhaltungsgrundsätze verstoßen wird  
⇒ **zwingende Umdeutung**



## Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

### 3. Sonstige Haftung des Geschäftsführers

- **Haftung des Geschäftsführers gegenüber der GmbH**, wegen nicht sorgfältiger Geschäftsführung, bspw. wenn er
  - gegen Kapitalerhaltungsgrundsätze verstößt,
  - fällige Ansprüche der Gesellschaft (bspw. auch gegenüber Gesellschaftern) nicht (fristgerecht) durchsetzt,
  - Vergütungen vereinnahmt, die ihm nicht zustehen (Haftung inkl. LSt, vgl. BGH II ZR 161/06),
  - Schecks auf Privatkonten einlöst (Grenze zur Untreue!),
  - gegen Pflichten aus dem Anstellungsvertrag verstößt,
  - Kredite entgegen § 43a GmbHG gewährt (an [faktische oder echte] GF, Prokuristen etc. ohne freies Gesellschaftsvermögen, BGH II ZR 171/01),
  - durch das Zulassen oder das Begehen von Gesetzesverstößen eine Inanspruchnahme der Gesellschaft durch Dritte oder Behörden herbeiführt (bspw. § 15 AGG, UWG, GWB).



## Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

### 3. Sonstige Haftung des Geschäftsführers

- **Unmittelbare Haftung des Geschäftsführers gegenüber Dritten**, wenn er
  - als Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt (§ 179 BGB)
  - trotz Insolvenzreife der Gesellschaft, die Geschäfte der Gesellschaft fortführt oder die Gesellschaft Leistungen bringen lässt, die zur Insolvenz der Gesellschaft führen müssen (§ 64 GmbHG, dazu sogleich)
  - Schutzgesetze verletzt (§ 823 Abs. 2 BGB): bspw. Verstoß gegen das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen, Verstoß gegen die Pflicht zur Aufstellung des Jahresabschlusses (§ 264 HGB); Verletzung allgemeiner Informationspflichten i.S.d. § 5 TMG; UWG, BImSchG, ArbErfindG, GPSG, Insolvenzantragspflicht
  - **Beachte:** wenn Schutzgesetz, dann auch Straftatbestand oder OWi
  - Verkehrssicherungspflichten der GmbH nicht erfüllt (§ 823 Abs. 1 BGB); insb. auch **Produkthaftpflichtfälle!**



## Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

### 3. Sonstige Haftung des Geschäftsführers II

- **Haftung des Geschäftsführers für Steuerschulden** aus § 69, 34 AO (bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, VII R 27/07) und für **Sozialabgaben** aus § 823 Abs. 2 BGB, 266a StGB (BGH II ZR 61/03)
- vgl. auch nochmals **BGH II ZR 27/07**: Bedienen von Steuern und Sozialversicherung ist kein Massesicherungsverstoß und damit auch keine strafbewehrte Gläubigerbegünstigung!
- **Vermeidungsstrategie:**
  - Handlungspflicht des Geschäftsführers erlischt erst mit Bestellung eines starken Insolvenzverwalters (Insolvenzantrag beendet nicht die Haftung des Geschäftsführers für fällige Steuern und Abgaben, vgl. BFH VII R 27/07)
  - Bei ausreichender Liquidität: Steuern und Abgaben vor Dritten bedienen.



## Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

### 3. Sonstige Haftung des Geschäftsführers III

- Kein Haftungsdurchgriff auf den Gesellschafter wegen materieller **Unterkapitalisierung** im GmbH-Recht (vgl. BGH II ZR 264/06 „GAMMA“)
- jedoch u.U.: Haftung des handelnden Geschäftsführers wegen vorsätzlicher, sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) (vgl. „GAMMA“-Fall: Verschweigen der fehlenden, branchenüblichen Insolvenzversicherung der Remanenzkosten der BQG gegenüber den Arbeitnehmern).
- **Sonderfall:** Haftung für existenzvernichtende Eingriffe



# Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

## Phase 4 – Krisensituation





# Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

## 1. Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafters

- **Grundsatz** (vgl. BGH II ZR 300/00, 206/02 u. 3/04 „Trihotel“):
  - Haftungsprivileg des § 13 Abs. 2 GmbHG verlangt Beachtung der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens als Haftmasse der Gesellschaftsgläubiger.
  - Dies gilt auch im Liquidationsstadium (BGH II ZR 292/97 „Sanitary“).
  - Beendigung einer Gesellschaft nur nach Maßgabe des GmbHG (Liquidation).
- **Voraussetzung:** „missbräuchliche, zur Insolvenz der GmbH führende oder diese vertiefende kompensationslose Eingriffe in das der Gesellschaftsvermögen“
- ggf. wirtschaftliche Gesamtbetrachtung (BGH II ZR 104/07)
- Rechtsgrundlage: § 826 BGB
- **Rechtsfolge:** Innenhaftung des Gesellschafters, ggf. auch des beherrschenden Gesellschafter-Gesellschafters (vgl. BGH II ZR 206/02)



# Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

## 2. Existenzvernichtungshaftung des Geschäftsführers?

- Grundsatz: Masseschmälerungen auf Weisung der Gesellschafter sind unbeachtlich (§ 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG)
- Geschäftsführer hat existenzvernichtende Eingriffe in „seine“ Gesellschaft zu unterbinden. Anderenfalls:

**Rechtsfolge 1:** Innenhaftung des Geschäftsführers wegen § 43 Abs. 2 GmbHG (Sorgfaltspflichtverletzung)

**Rechtsfolge 2 (falls Untreue):** Außenhaftung des Geschäftsführers wegen § 823 Abs. 2 BGB (vgl. bspw. BGH 5 StR 73/03: Untreue, bei fehlender Absicherung konzerninterner Darlehen, die bei Ausfall die Existenz der Gesellschaft gefährden könnten.)



# Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

## 3. Insolvenzverschleppungshaftung I

- Innenhaftung des Geschäftsführers nach § 64 GmbHG
- Außenhaftung des Geschäftsführers nach § 823 Abs. 2 BGB
  - Differenzierung: Bestand bei Eintritt der Insolvenzreife bereits eine Schuld (= Altgläubiger) oder wird eine neue Schuld begründet (= Neugläubiger)
  - **Altgläubiger:** Haftung des Geschäftsführers für den sog. Quotenschaden (Verschlechterung der Quote aus der Insolvenzmasse)
  - **Neugläubiger:** Haftung des Geschäftsführers für den vollen Schaden, da Neugläubiger bei pflichtgemäßem Verhalten (Insolvenzantrag) gar nicht mehr in Geschäftsbeziehung zur GmbH getreten wäre.
  - Bei Neugläubiger zudem: u.U. **Eingehungsbetrug**
  - **BGH II ZR 291/06:** Die Haftung ist ein „Ersatzanspruch eigener Art“ = Erstattungsanspruch (Haftung mithin unabhängig davon, ob zeitlich nachfolgende Ereignisse ebenfalls zu Insolvenzantragspflicht geführt hätten); **Problem:** Erfasst bestehende D&O-Police diese Ansprüche?



## Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

### 3. Insolvenzverschleppungshaftung II

- Wegen Insolvenzantragspflicht der Gesellschafter bei Führungslosigkeit: u.U. nun auch **Haftung der Gesellschafter** gem. §§ 823 Abs. 2 BGB, 64 GmbHG
- **Verjährung:** u.E. 5 Jahre (str., vgl. *Wübbelsmann*, GmbHHR 2008, 1303)
- **Vermeidungsstrategie:** laufende Prüfung der Insolvenzreife



## Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

### 4. Insolvenzverursachungshaftung

- **neu:** Insolvenzverursacherhaftung der Geschäftsführer „für Zahlungen an Gesellschafter, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten“ (§ 64 S. 3 GmbHG n.F.)
  - lesenswert: *Poertzgen*, GmbHR 2007, 1258 (1260 ff.)
  - Wortlaut geht über die Intention des Gesetzgebers (Schutz der Gläubiger vor überzogenen *leveraged finance* Gestaltungen) hinaus
  - erfasst jeden konzerninternen Leistungsaustausch, insbesondere auch Rückzahlungen von Gesellschafterdarlehen und die Erfüllung von Gewinnabführungsverträgen!
- **Vermeidungsstrategie:** Positiver Cash-flow-Forecast (12 Monate) vor Auszahlung aufstellen und für Beweis Zwecke aufbewahren.



## Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

### 5. Sonderfall: Überzogenes Geschäftsführer-Gehalt

- vgl. OLG Köln, 18 U 131/07:
  - In einer Krise der GmbH kann der Geschäftsführer analog § 87 Abs. 2 AktG verpflichtet sein, sein Gehalt auf ein zumutbares Maß zu reduzieren. Unterlässt er dies, kann sich hieraus ein Schadenersatzanspruch ergeben.
- ähnlich bereits: OLG Naumburg, 5 U 12/03
  - bestätigt durch BGH II ZR 191/03
  - Krise der GmbH rechtfertigt nicht die außerordentliche Kündigung des Geschäftsführer-Anstellungsverhältnisses weil der Dienstberechtigte „sein Wirtschafts- und Betriebsrisiko nicht auf den Dienstverpflichteten abschieben“ dürfe.
- nach neuem Recht: evtl. Teil der sog. Insolvenzverursachungshaftung



# Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

## Phase 5 – Sonderfälle



# Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

## 1. Risiko: UG (haftungsbeschränkt)

- Antwort auf die Ltd. (Überlebensquote < 5 % in 2 Jahren)
- Mindestdotierung des Stammkapitals: 1,00 EUR
  - **Beachte:** Keine Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung im GmbH-Recht (vgl. BGH II ZR 264/06 – GAMMA-Rechtsprechung)
  - **Problem:** ggf. anfängliche Überschuldung wegen der Gründungskosten (Kostentragung durch Gesellschafter!)
- nur Bareinlage (voll aufzubringen!)
  - **Problem:** verdeckte Sacheinlage (Rechtsfolge str.)
- Gesellschafterversammlung nur bei drohender Zahlungsunfähigkeit (nicht bei Verlust des hälftigen Stammkapitals) (**wohl str.;** § 84 GmbHG sieht nur unterlassene Verlustanzeige als strafrechtlich erheblich)





## Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

### 2. Risiko: Auslands-Rechtsform (Ltd., S.á r.l. etc.)

- Falls Niederlassung in Deutschland: Anwendbarkeit deutschen Insolvenzrecht (Änderung durch das MoMiG, insb. strafbewehrte Insolvenzantragspflicht)
- Aber vgl. BGH II ZR 5/03:
  - Der Niederlassungsfreiheit (Art. 43, 48 EG) steht entgegen, den Geschäftsführer einer gem. Companies Act 1985 in England gegründeten private limited company mit Verwaltungssitz in Deutschland wegen fehlender Eintragung in einem deutschen Handelsregister der persönlichen Handelndenhaftung analog § 11 II GmbHG für deren rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten zu unterwerfen.
  - Die Haftung des Geschäftsführers für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten einer private limited company mit tatsächlichem Verwaltungssitz in der Bundesrepublik Deutschland richtet sich nach dem am Ort ihrer Gründung geltenden Recht.
- **Problem:** nur beschränkte Rechtsberatung im Inland möglich



## Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

### 3. Risiko: Geschäftsanschrift / Zustellungsbevollmächtigter

- Zwingend: Angabe einer Geschäftsanschrift im Handelsregister (gilt auch für Handelsgesellschaften und Einzelkaufleute)
- Recht auf Registrierung eines inländischen Zustellungsbevollmächtigten
- Falls Gesellschaft führungslos: Ersatzzustellung an jeden Gesellschafter möglich (§ 35 Abs. 1 Satz 2 GmbHG)

- **Beachte:** Flankierende Änderung in HGB und ZPO

§§ 15a HGB, 185 ZPO: öffentliche Zustellung, wenn Gesellschaft unter inländischer (eintragungspflichtiger) Geschäftsanschrift oder über Zustellungsbevollmächtigten nicht erreichbar ist



## Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

### 4. Risiko: Wegzug der Gesellschaft

- Aufgrund des MoMiG ist nun die Verlegung des Verwaltungssitzes einer Kapitalgesellschaft in das Ausland möglich.
- **Ungelöst:** Personengesellschaft!
- Konsequenz bei Verlegung des **Satzungssitzes** jedenfalls unverändert: Auflösung der Gesellschaft (vgl. BayObLG DStR 2004, 1224)
- Konsequenz bei Verlegung des **Verwaltungssitzes:** Besteuerung stiller Reserven wegen des Entzugs des Besteuerungszugriffs des deutschen Fiskus (Wegzug des Steuersubstrats)
- **Vermeidungsstrategie:** Inanspruchnahme von Beratung



## Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

### 5. Risiko: Inhabilität des Geschäftsführers

- **Haftung der Gesellschafter**, falls inhabile Personen als Geschäftsführer bestellt worden sind (§ 6 Abs. 3 GmbHG n.F.)
- **Problem:** Anspruchsberechtigter nach Wortlaut nur die Gesellschaft; u.E. aber Schutzgesetzeigenschaft und dann Haftungsdurchgriff des Geschädigten unmittelbar gegen den Gesellschafter
- **Vermeidungsstrategie:**
  - (i) verdachtsabhängige Prüfung der Habilität des Geschäftsführers,
  - (ii) umfassende Prüfung anlässlich Einstellung und Vertragsverlängerung
  - (iii) ggf. Haftungsfreistellungsvereinbarung



## Haftungsfallen für Geschäftsführer und Gesellschafter

### 6. Risiko: Liste der Gesellschafter

- Geschäftsführer haben unverzüglich nach Wirksamwerden jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung die Liste der Gesellschafter zu aktualisieren
- streitig, ob Prüfungspflicht besteht (vgl. *Schneider*, GmbHR 2009, 393)
- Bei Pflichtverletzung: Haftung der Geschäftsführer (§ 40 Abs. 3 GmbHG) gegenüber dem, deren Beteiligung sich geändert hat, und den Gläubigern der Gesellschaft
- **Vermeidungsstrategie:**
  - (i) keine Einreichung ohne Nachweis
  - (ii) regelmäßige Prüfung des Handelsregisters auf Aktualität
  - (iii) ggf. unverzügliche Berichtigung
  - (iv) Verpflichtung der Gesellschafter zur Anzeige von Änderungen im Gesellschaftsvertrag verankern

## Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Muth & Partner GbR  
Klosterweg 3  
36039 Fulda  
Tel. 0661 / 9736 – 152  
Fax. 0661 / 9736 – 165  
[rechtsanwaelte@muth-partner.de](mailto:rechtsanwaelte@muth-partner.de)

Berliner Platz 9  
97080 Würzburg  
Tel.: 0931 / 355660  
Fax: 0931 / 55194

Schleizer Straße 2  
99099 Erfurt  
Tel.: 0361 / 340420  
Fax: 0361 / 3404222

Schlundgasse 2  
98617 Meiningen  
Tel.: 03693 / 41153  
Fax: 03693 / 47322

Die vorliegende Präsentation wurde mit aller gebotenen Sorgfalt erstellt, vermag jedoch eine Rechtsberatung unter Berücksichtigung der jeweiligen individuellen Umstände des Einzelfalls nicht zu ersetzen.