



**CHRISTOPHER ZERRES**

**MARKETING**

**Schriftenreihe „Arbeitspapiere für Marketing und Management“**

**Herausgeber:  
Prof. Dr. Christopher Zerres**

**Hochschule Offenburg  
Fakultät Medien und Informationswesen**

**Arbeitspapier Nr. 20**

**Insolvenzbezogene Haftungsrisiken  
im KMU-Management**

**Keßler, D. / Zerres, T. / Helmling, C. / Zerres, C.**

**Offenburg, Mai 2017**

**ISSN: 2510-4799**



## **Impressum**

---

**Prof. Dr. Christopher Zerres  
Hochschule Offenburg  
Fakultät Medien und Informationswesen  
Badstraße 24  
77652 Offenburg  
ISSN: 2510-4799**

## Inhalt

1	Einführung.....	1
1.1	Problemhintergrund.....	1
1.2	Ziel.....	2
2	Unternehmenskrise.....	3
2.1	Begriff.....	3
2.2	Ursachen.....	4
2.2.1	Intern.....	4
2.2.2	Extern.....	5
2.3	Verlauf.....	5
2.3.1	Strategische Krise.....	6
2.3.2	Erfolgskrise.....	7
2.3.3	Liquiditätskrise.....	7
2.3.4	Insolvenz.....	8
3	Allgemeine Haftungstatbestände.....	9
3.1	Innenhaftung.....	9
3.1.1	Verletzung der Sorgfaltspflicht.....	10
3.1.2	Verstoß gegen das Auszahlungsverbot.....	16
3.1.3	Zahlungen nach Insolvenzzreife.....	17
3.1.4	Zahlungen an Gesellschafter.....	18
3.2	Außenhaftung.....	18
3.2.1	Haftung „aus Vertrauen“.....	19
3.2.2	Deliktische Haftung.....	20
3.3	Strafrechtliche Verantwortlichkeit.....	26
3.3.1	Falsche Angaben.....	26
3.3.2	Unterlassene Verlustanzeige.....	27
3.3.3	Verletzung der Geheimhaltungspflicht.....	27
3.3.4	Insolvenzverschleppung.....	28
3.3.5	Insolvenzstraftaten.....	28
3.3.6	Steuerhinterziehung.....	30
4	Haftungstatbestände mit insolvenzrechtlicher Relevanz.....	30
4.1	Verletzung der Pflicht zur Einberufung der Gesellschafterversammlung.....	31
4.2	Verstoß gegen das Auszahlungsverbot des § 30 GmbHG.....	32
4.3	Verletzung der Insolvenzantragspflicht.....	34
4.4	Zahlungen nach Insolvenzzreife.....	37

4.5	Zahlungen an Gesellschafter.....	39
4.6	Insolvenz-Prophylaxe .....	40
5	Schlussbetrachtung.....	43
6	Literaturverzeichnis .....	46
7	Autoreninformation .....	48

# 1 EINFÜHRUNG

---

Die Insolvenzzahlen in Deutschland sind das sechste Jahr in Folge rückläufig. Im Jahr 2016 gab es in Deutschland insgesamt 21.700 Unternehmensinsolvenzen. Dies ist der niedrigste Stand seit Einführung der Insolvenzordnung im Jahre 1999. Das weiter rückläufige Insolvenzgeschehen lässt sich auf das grundsätzlich sehr gute Konjunkturmilieu zurückführen. Die gute Binnenkonjunktur und Finanzierungssituation sorgen für steigende Umsätze und Erträge und verbessern die Stabilität der Unternehmen.<sup>1</sup> Mit 30,3 % entfiel der zweitgrößte Anteil der Unternehmensinsolvenzen auf die Rechtsform der GmbH, am häufigsten von Insolvenzen betroffen waren mit 48,3 % nach wie vor die Kleingewerbetreibenden.<sup>2</sup>

Ca. 98 % aller Unternehmen in Deutschland sind kleine und mittlere Unternehmen (KMU). Kleine Unternehmen haben weniger als zehn Mitarbeiter und einen Jahresumsatz oder eine Jahresbilanzsumme von höchstens zehn Millionen Euro. Mittlere Unternehmen hingegen verfügen über weniger als 250 Mitarbeiter und einen Jahresumsatz von höchstens 50 Millionen Euro oder eine Jahresbilanzsumme von höchstens 43 Millionen Euro. Diese Unternehmen sind überdurchschnittlich oft von Insolvenzen betroffen.<sup>3</sup>

Eine Auswertung des Statistischen Bundesamtes aus dem Jahr 2014 zeigt, dass die GmbH als gewählte Rechtsform bei den eingetragenen Betriebsgründungen mit 39,3 % weiterhin hoch im Kurs liegt und verdeutlicht somit deren Bedeutung im deutschen Wirtschaftsverkehr.<sup>4</sup> Die GmbH ist die typische Gesellschaftsform für kleine und mittlere Unternehmen und wird als Unternehmensträger gewählt, wenn keiner der Beteiligten eine volle persönliche Haftung übernehmen möchte und wenn die Form einer Kapitalgesellschaft zwar gewollt, aber aufgrund der geringen Unternehmensgröße sowie der überschaubaren Gesellschafterzahl die AG nicht geeignet ist.<sup>5</sup>

Die folgenden Ausführungen beziehen sich daher auf Kapitalgesellschaften in der Rechtsform der GmbH und richten sich vor allem an die Geschäftsführer mittelständischer Unternehmen, in denen z. B. häufig eine fundierte Unternehmensplanung fehlt.<sup>6</sup>

## 1.1 PROBLEMHINTERGRUND

Angesichts der rückläufigen Anzahl an Unternehmensinsolvenzen stellt sich die Frage, ob der Insolvenzantrag bei Gericht die einzige Möglichkeit ist, um eine Aussage über die Stabilität und Bonität eines Unternehmens treffen zu können. Hierbei handelt es sich lediglich um die Spitze des Eisbergs und durch die gute Konjunktur und die komfortable Finanzierungssituation bleiben Risiken vorerst verborgen. Würde man zu den unternehmerischen Insolvenzverfahren, die in den amtlichen Statistiken abgebildet werden, noch die Unternehmen hinzurechnen, die auf Basis von Creditreform- Informationen ihren Zahlungsverpflichtungen mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht nachkommen können und eine

---

<sup>1</sup> Vgl. Creditreform, Pressemitteilung 2016, S. 1 f.

<sup>2</sup> Vgl. Creditreform, Analyse 2016, S. 10.

<sup>3</sup> Vgl. Staab 2015, S. 2.

<sup>4</sup> Vgl. <https://de.statista.com/infografik/3374/gewaelhte-rechtsform-bei-eingetragenen-betriebsgruendungen-in-deutschland/>

<sup>5</sup> Vgl. Windbichler 2013, § 20, Rn. 8.

<sup>6</sup> Vgl. Staab 2015, S. 2.

schwache Bonität aufweisen, würde die Anzahl der Unternehmen mit Insolvenzrisiko eine bedenkliche Größe annehmen.<sup>7</sup>

Der Vergleich der gegenwärtig anhaltenden positiven Insolvenzentwicklung mit der Insolvenzsituation zu Beginn des Jahrtausends zeigt, dass selbst bei sehr günstigen gesamtwirtschaftlichen Rahmenbedingungen wie im Jahr 2016 viele Unternehmen aufgeben mussten.<sup>8</sup> Betriebsinterne Insolvenzursachen wie Managementfehler haben hierbei zunehmend an Bedeutung gewonnen.<sup>9</sup>

Der GmbH-Geschäftsführer ist dafür verantwortlich, dass die GmbH ordnungsgemäß geführt wird. Er ist nach innen, d. h. der GmbH selbst und ihren Gesellschaftern, sowie nach außen, d. h. den Gläubigern der GmbH, verpflichtet und muss die allgemeinen Gesetze beachten und befolgen. Der Geschäftsführer einer GmbH wirtschaftet mit „fremdem Geld“, nämlich mit dem Geld der GmbH. Daraus resultieren für den Geschäftsführer Pflichten, die über die gewöhnlichen Unternehmerpflichten hinausgehen.<sup>10</sup> Die damit einhergehenden Haftungsrisiken des Geschäftsführers werden jedoch oftmals unterschätzt. Gerät das Unternehmen in eine Krise, wachsen dem Geschäftsführer besondere Pflichten zu. Verschärft sich die Krisensituation weiter, so verdichten sich die ihm auferlegten Pflichten.

## 1.2 ZIEL

Da ein Geschäftsführer vor allem in der Krise des Unternehmens mit einer Vielzahl von Pflichten konfrontiert wird, soll dieses Arbeitspapier als Leitfaden dienen und Probleme sowie mögliche Haftungsrisiken aufzeigen. Potentielle Fehler des Geschäftsführers im Rahmen einer Unternehmenskrise sollen herausgearbeitet und Möglichkeiten zur Haftungsvermeidung aufgezeigt werden. Die Vorschriften, die eine Haftung des Geschäftsführers anordnen, gilt es folglich, zu analysieren und Haftungstatbestände mit insolvenzrechtlicher Relevanz herauszuarbeiten.

Das Ziel dieses Arbeitspapiers ist die ausführliche Darstellung der Geschäftsführerhaftung und der besonderen Pflichten des Geschäftsführers, wenn sich bei der Gesellschaft eine Krise abzeichnet. Die Abbildung der Haftungsproblematik soll den Geschäftsführer für mögliche Risiken und Gefahren sensibilisieren und zu entsprechend zeitnahen Gegenmaßnahmen bewegen, bevor sich das Risiko einer Insolvenz weiter zuspitzen kann.

Das vorliegende Arbeitspapier ist in fünf Teile gegliedert. In diesem ersten Teil werden die Problemstellung, die Zielsetzung und der Aufbau näher beleuchtet. Das zweite Kapitel beschäftigt sich mit dem Untersuchungsgegenstand. Im Vordergrund steht hier die Systematik einer Unternehmenskrise. In diesem Zusammenhang wird der Begriff der Unternehmenskrise definiert, mögliche Krisenursachen abgebildet und die einzelnen Phasen einer Unternehmenskrise bis hin zur möglichen Insolvenz dargestellt. Im dritten Kapitel werden Haftungsrisiken aufgezeigt, die den GmbH-Geschäftsführer bei der Ausübung seiner Tätigkeit treffen können. Mögliche Haftungstatbestände werden ausführlich dargestellt und näher erörtert. Diese gliedern sich in die Haftung des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft (Innenhaftung), seine Haftung gegenüber Gesellschaftsgläubigern bzw. Dritten (Außenhaftung) sowie in die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Geschäfts-

---

<sup>7</sup> Vgl. Creditreform, Analyse 2015, S. 3.

<sup>8</sup> Vgl. Creditreform, Analyse 2016, S. 14.

<sup>9</sup> Vgl. ebd., S. 3.

<sup>10</sup> Vgl. Ossola-Haring 2015, S. 7.

führers. Danach werden im vierten Kapitel die allgemeinen Haftungstatbestände analytisch betrachtet und Haftungstatbestände mit insolvenzrechtlicher Relevanz herausgearbeitet. Das fünfte und letzte Kapitel umfasst die Ergebnisse dieses Arbeitspapiers und die daraus resultierenden Folgen für die Praxis.

## **2 UNTERNEHMENSKRISE**

---

In der Vergangenheit und gegenwärtig ist das mediale Interesse ungebrochen, wenn es um Insolvenzen großer Unternehmen geht. Die Zeitungen sind dann stets gefüllt mit Schlagzeilen über die großen nationalen oder internationalen Unternehmenszusammenbrüche. Viele kleine und mittelständische Unternehmen werden jedoch täglich anonym zerschlagen. Die Insolvenz tritt dabei nicht plötzlich ein, sondern stellt das Resultat einer unbemerkten oder ungelösten Krisensituation eines Unternehmens dar.<sup>11</sup> Dieses Kapitel thematisiert daher die Systematik einer Unternehmenskrise. Hierfür wird zunächst der Begriff der Unternehmenskrise definiert, daraufhin werden mögliche Krisenursachen abgebildet und die einzelnen Phasen einer Unternehmenskrise dargestellt.

### **2.1 BEGRIFF**

Krystek definiert Unternehmenskrisen als „ungeplante und ungewollte Prozesse von begrenzter Dauer und Beeinflussbarkeit sowie mit ambivalentem Ausgang. Sie sind in der Lage, den Fortbestand der gesamten Unternehmung substantiell und nachhaltig zu gefährden oder sogar unmöglich zu machen. Dies geschieht durch die Beeinträchtigung bestimmter Ziele (dominanter Ziele), deren Gefährdung oder gar Nichterreichung gleichbedeutend ist mit einer nachhaltigen Existenzgefährdung oder Existenzvernichtung der Unternehmung als selbstständig und aktiv am Wirtschaftsprozess teilnehmender Einheit mit ihren bis dahin gültigen Zweck- und Zielsetzungen.“<sup>12</sup>

In der Betriebswirtschaft wird die Krise demnach als eine Situation definiert, in der die wesentlichen Ziele eines Unternehmens gefährdet sind und damit der Fortbestand des Unternehmens bedroht wird.<sup>13</sup> Zu diesen wesentlichen Zielen zählen bspw. die Vermeidung von Insolvenztatbeständen, d. h. Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, und der Aufbau wesentlicher Erfolgspotenziale.<sup>14</sup> Ausgangspunkt für eine Unternehmenskrise sind oft strategische Fehlentscheidungen, die auf den ersten Blick unbedeutend erscheinen. Wird nicht rechtzeitig erfolgreich gegengesteuert, kann dies dazu führen, dass die Ergebnisse zurückgehen und die Verschuldung und der negative Cashflow zunehmen. Unterbleiben weitere Gegenmaßnahmen kann das Unternehmen in eine existenzbedrohende Situation geraten. Somit stellt die Unternehmenskrise einen fortschreitenden Prozess dar.<sup>15</sup> In Abhängigkeit des Grades der bedrohten Unternehmensziele lässt sich der Verlauf von Unternehmenskrisen in die vier Phasen „Strategiekrise“, „Erfolgskrise“, „Liquiditätskrise“ und „Insolvenz“ untergliedern, die auch typischerweise in dieser Reihenfolge durchlaufen werden. Die Handlungsmöglichkeiten der Unternehmen nehmen mit fortschreitender Krise ab. Im Gegenzug nehmen der Handlungsdruck und die destruktive

---

<sup>11</sup> Vgl. Staatz 2016, S. 7.

<sup>12</sup> Krystek 1987, S. 6 f.

<sup>13</sup> Vgl. Steffan 2011, § 37, Rn. 3.

<sup>14</sup> Vgl. Staatz 2016, S. 8.

<sup>15</sup> Vgl. Opferkuch 2014, S. 1.

Wirkungen der Krise erheblich zu. Oft werden Krisen zu spät wahrgenommen und passende Gegenmaßnahmen zu spät eingeleitet.<sup>16</sup>

Wenn die betriebswirtschaftliche Krise so weit vorangeschritten ist, dass Rechtsfolgen ausgelöst werden, liegt nach Steffan eine rechtliche Krise vor. Diese wird angenommen, wenn die Gesellschaft kreditunwürdig ist und sie somit „von dritter Seite keinen Kredit zu marktüblichen Bedingungen erhält und die Gesellschaft ohne Kapitalzufuhr liquidiert werden müsste.“<sup>17</sup> Nach Eintritt der rechtlichen Krise kann sich infolgedessen eine insolvenzrechtliche Krise der Gesellschaft anschließen. Diese liegt vor, wenn einer der drei Insolvenzgründe (Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung) gegeben ist.<sup>18</sup>

## **2.2 URSACHEN**

Im Zuge der Darstellung einer Unternehmenskrise müssen auch deren Ursachen näher betrachtet werden. Die Analyse der Krisenursachen ist Ausgangspunkt für die erfolgreiche Bewältigung von Unternehmenskrisen. Die Krisenursachen stellen die Gründe für die Krise dar und ermöglichen dem Geschäftsführer Ansatzpunkte für geeignete Gegenmaßnahmen.<sup>19</sup> Krisenursachen als Auslöser einer Unternehmenskrise können in interne (endogene) und externe (exogene) Ursachen klassifiziert werden.

### **2.2.1 Intern**

Endogene Krisenursachen liegen im Einfluss- und Verantwortungsbereich des Unternehmens und beziehen sich daher auf innerbetriebliche Faktoren.<sup>20</sup> Die Krisenursachen, die in der Praxis und in der Krisenliteratur am häufigsten genannt werden, sind Managementfehler. Es kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass ca. 80 % aller Krisen durch Fehler des Managements verursacht werden.<sup>21</sup> Hierunter fallen bspw. das starre Festhalten an früher erfolgreichen Konzepten, ein patriarchalischer Führungsstil, die Politik der vollendeten Tatsachen, mangelnde Delegation, Entscheidungsschwäche, fehlende Kontrolle, die Fluktuation des Managements oder ein mangelhaftes Personalwesen.<sup>22</sup> Die häufigsten internen Krisenursachen stellen Führungsfehler in Form einer Überexpansion oder in Form von Ineffizienzen im Vergleich zum Wettbewerb dar. Ineffizienzen entstehen durch unzureichende Controllingssysteme, die oft mit geänderten Systemen oder Unternehmensstrukturen zusammenhängen. Ein fehlendes aussagefähiges Controlling kann zu einem „Blindflug“ der Unternehmen führen, da Verlustquellen nicht entdeckt und behoben werden.<sup>23</sup> Durch ein fehlendes oder unzureichendes Controlling wird somit dessen Führungsunterstützungsfunktion nicht mehr gewährleistet.<sup>24</sup> Ineffizienzen entstehen auch durch eine nicht wettbewerbsfähige Produktqualität. Zu schnelle Expansionen können

---

<sup>16</sup> Vgl. Kraus 2014, § 4, Rn. 8.

<sup>17</sup> Steffan 2011, § 37, Rn. 4.

<sup>18</sup> Vgl. ebd., Rn. 4 f.

<sup>19</sup> Vgl. Appelt 2016, S. 12 f. mit Hinweis auf: Böckenförde 1991, S. 27.

<sup>20</sup> Vgl. Staatz 2016, S. 9.

<sup>21</sup> Vgl. Kraus 2014, § 4, Rn. 5.

<sup>22</sup> Vgl. Bormann 2010, S. 1.

<sup>23</sup> Vgl. Kraus 2014, § 4, Rn. 5 ff.

<sup>24</sup> Vgl. Krystek 2013, S. 36.

z. B. durch eine fehlende Anpassung von Strukturen an das Wachstum oder durch eine nicht verkräftbare Verschuldung in Krisen enden.<sup>25</sup>

### **2.2.2 Extern**

Exogene Krisenursachen können nur indirekt durch das Unternehmen beeinflusst werden, da sie von außen auf das Unternehmen einwirken. Diese Krisenfaktoren führen zu einem strategischen Anpassungsdruck im Unternehmen. Werden durch Führungsfehler entsprechende Gegenmaßnahmen nicht ausreichend oder nicht rechtzeitig eingeleitet, gerät das Unternehmen in die Krise. Zu unterscheiden ist hierbei, ob die externen Krisenursachen dem globalen oder dem spezifischen Unternehmensumfeld zugeordnet werden können. Gefahren aus dem globalen Unternehmensumfeld ergeben sich z. B. durch veränderte rechtliche Rahmenbedingungen oder den technischen Fortschritt. Die exogenen Ursachen aus dem spezifischen Unternehmensumfeld beinhalten bspw. Preissteigerungen beim Lieferanten oder ein verändertes Kaufverhalten.<sup>26</sup> Die häufigsten externen Krisenursachen aus dem spezifischen Unternehmensumfeld stellen Nachfragerückgänge und Veränderungen im Wettbewerb dar. Nachfragerückgänge können in Form von Konjunktur- und Branchenkrisen oder durch die Veränderung der Kundennachfrage auftreten. Der Rückgang der Nachfrage führt zu Preissenkungen und „Rabattschlachten“, die zu Verlusten führen, wenn die Fixkostenstrukturen nicht schnell genug angepasst werden oder es keine kompensierenden neuen Produkte gibt. Veränderungen im Wettbewerbsumfeld entstehen bspw. durch neue Technologien, neue Geschäftsmodelle, neue Produkte oder durch neuen Wettbewerb aus Billiglohngeländern wie z. B. Asien oder Osteuropa. Diese Veränderungen des Markt- und Wettbewerbsumfeldes werden oft zu spät erkannt und Gegenmaßnahmen nicht oder nur unzureichend eingeleitet.<sup>27</sup>

Ein besonderes Merkmal der Krisenursachen ist ihre Multikausalität. Interne und externe Ursachen sind schwer voneinander zu differenzieren, da sie meist gemeinsam auftreten. Eine Unternehmenskrise wird nicht durch eine einzelne Krisenursache hervorgerufen, sondern durch eine Vielzahl von Krisenursachen herbeigeführt. Da sich diese im Verlauf des Krisenprozesses gegenseitig verstärken, bilden die Krisenursachen einen Existenz bedrohenden Mix.<sup>28</sup> Eine wirksame Krisenvorsorge sollte deshalb das Ziel von Unternehmen sein und es sollten Fehlentwicklungen des Unternehmens und Fehlentscheidungen der Führungskräfte aufgedeckt werden. Eine klare Analyse der Krisenursachen und deren Überwindung durch die Definition und Umsetzung von entsprechenden Maßnahmen sind für die Bewältigung einer Unternehmenskrise von großer Bedeutung.<sup>29</sup>

## **2.3 VERLAUF**

Unter einer Unternehmenskrise wird also ein Zustand verstanden, in dem der Fortbestand des Unternehmens gefährdet ist. Es ist folglich wichtig zu wissen, inwieweit die Krise bereits fortgeschritten ist, in welchem Krisenstadium sich das Unternehmen befindet, und welche betriebswirtschaftlichen Lösungsansätze herangezogen werden können um ein weiteres Fortschreiten der Krise zu verhindern.<sup>30</sup> Um Krisenverläufe beschreiben zu kön-

---

<sup>25</sup> Vgl. Kraus 2014, § 4, Rn. 5 f.

<sup>26</sup> Vgl. Staatz 2016, S. 9 f.

<sup>27</sup> Vgl. Kraus 2014, § 4, Rn. 5 f.

<sup>28</sup> Vgl. Staatz 2016, S. 10.

<sup>29</sup> Vgl. Appelt 2016, S. 15.

<sup>30</sup> Vgl. Leitsmüller/Naderer/Hofbauer/Köstlbauer 1994, S. 19.

nen, ist es daher erforderlich, den Krisenprozess in unterschiedliche Phasen zu unterteilen. Hierdurch lassen sich Ansatzpunkte für die Krisenfrüherkennung, die Krisenbewältigung und die Krisenprävention gewinnen.<sup>31</sup> Bei der Unternehmenskrise handelt es sich um einen fortschreitenden Prozess, der meist die vier Phasen „Strategiekrise“, „Erfolgskrise“, „Liquiditätskrise“ und „Insolvenz“ durchläuft, wenn entsprechende Sanierungsschritte ausbleiben.<sup>32</sup> Viele Unternehmenskrisen werden in der Praxis zu spät wahrgenommen und wesentliche Gegenmaßnahmen meist erst in der Erfolgskrise eingeleitet. Manche Unternehmen warten mit ernsthaften Restrukturierungsaktivitäten sogar bis zum Auftreten von Liquiditätsproblemen. Hintergrund hierfür sind die typischen Verhaltensweisen in einer Unternehmenskrise. Die bisherige günstige Unternehmensentwicklung gibt den Beteiligten zunächst die Selbstsicherheit, dass strategische Hindernisse ohne Probleme überwunden werden können. Im weiteren Verlauf der Krise möchte das Management zum Schutz des Unternehmens vermeiden, dass der Eindruck einer Unternehmenskrise vor Kunden, Mitarbeitern oder Kreditgebern entsteht. Das Management verwendet beträchtliche Energie darauf den Stakeholdern zu erklären, dass keine Unternehmenskrise besteht und hält weiter am „Prinzip Hoffnung“ fest. Wird dann nach einiger Zeit die Krise doch publik, ist der Handlungsspielraum bereits wesentlich eingeschränkt und das Vertrauen in Management und Unternehmen zerstört.<sup>33</sup> Auslöser der Unternehmenskrise sind somit immer in der Vergangenheit liegende unternehmerische Fehlentscheidungen. Für den GmbH-Geschäftsführer ist es folglich wichtig, die einzelnen Stufen einer Unternehmenskrise zu kennen und entsprechende Entwicklungen zu beobachten.<sup>34</sup>

### 2.3.1 Strategische Krise

Die einzelnen Krisenphasen reflektieren die jeweilig verfehlten Unternehmensziele. In der strategischen Krise kommt es zu einer Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens und dessen ursprüngliches Erfolgspotenzial wird angegriffen. Markt- und Wettbewerbstrends, die eine Gefahr für das Unternehmen darstellen könnten, werden übersehen oder verleugnet.<sup>35</sup> Die Markt- und Wettbewerbsposition des Unternehmens ist bedroht, da dessen strategische Ausrichtung nicht mehr den gegenwärtigen und zukünftigen Erfolgsfaktoren der Branche entspricht. Die Produkte und Leistungen erfüllen ebenfalls nicht mehr die Anforderungen der Kunden, wodurch das Unternehmen mit einem schrumpfenden Marktanteil konfrontiert wird und der Preis- und Mengendruck am Markt steigt. Die strategische Krise ist dadurch gekennzeichnet, dass die Krise potentiell sichtbar ist. Sie wird von Unternehmen vielfach nicht als solche erkannt, da sich die zukünftige Wettbewerbsposition zwar verschlechtert, dies jedoch im Ergebnis noch nicht sichtbar ist.<sup>36</sup> Diese potentielle Krise bzw. Strategiekrise stellt demzufolge eine mögliche Krise dar, die aber noch nicht wahrnehmbar ist und sozusagen den „Quasi-Normalzustand“ des Unternehmens abbildet. In dieser Phase werden die Grundlagen für einen späteren Krisenausbruch durch falsche oder unzureichende Strategieentscheidungen geschaffen.<sup>37</sup> In der strategischen Krise ist dringender Handlungsbedarf angeraten, da das Unternehmen noch handlungsfähig ist und ausreichend Handlungsspielraum besitzt. Durch betriebswirtschaft-

---

<sup>31</sup> Vgl. Staatz 2016, S. 10 mit Hinweis auf: Cezanne 1999, S. 21.

<sup>32</sup> Vgl. Opferkuch 2014, S. 1.

<sup>33</sup> Vgl. Kraus 2014, § 4, Rn. 8 f.

<sup>34</sup> Vgl. Eckardt/Mayer/van Zwoll 2014, S. 169.

<sup>35</sup> Vgl. Kraus 2014, § 4, Rn. 10.

<sup>36</sup> Vgl. Opferkuch 2014, S. 3 f.

<sup>37</sup> Vgl. Krystek 1987, S. 29 ff.

liche Analysen können die Ursachen offengelegt werden und personelle Änderungen auf verschiedenen Ebenen können zur Problemlösung beitragen.<sup>38</sup>

### 2.3.2 Erfolgskrise

Wenn in der strategischen Krise Fehlentscheidungen nicht korrigiert werden und entsprechende Gegenmaßnahmen ausbleiben, kommt es zu Nachfragerückgängen, Preisverfall und Kostensteigerungen. Die Strategiekrise geht in eine Erfolgskrise über, da die wesentlichen Erfolgsziele wie Umsatz, Gewinn und Rentabilität nachhaltig verfehlt und unterschritten werden. Die negativen Ergebnisse zehren das Eigenkapital auf und es besteht die Gefahr der Überschuldung des Unternehmens.<sup>39</sup> Mit diesem Krisenstadium geht zu meist auch die Kreditunwürdigkeit einher (rechtliche Krise).<sup>40</sup> Die Krise ist nicht mehr nur potenziell, sondern mittlerweile latent sichtbar geworden. Es handelt sich um einen bereits verdeckt vorhandenen Krisenprozess und der Eintritt der Krise ist somit sehr wahrscheinlich. Durch Instrumente zur Krisenfrüherkennung und einem aktiven Krisenmanagement kann der Krisenverlauf durch präventive Maßnahmen aktiv beeinflusst werden.<sup>41</sup> Die Unternehmensleitung sollte demnach dringend mit entsprechenden Maßnahmen gegensteuern, da die Erfolgskrise ca. zwei bis drei Jahre vor der Insolvenz eintritt und mit dem fortschreitenden Krisenprozess der Handlungsspielraum weiter abnimmt.

### 2.3.3 Liquiditätskrise

Gelingt es nicht, die Erfolgskrise bzw. latente Unternehmenskrise zu erkennen und Gegenmaßnahmen einzuleiten, verschärft sich die Krisensituation und der Krisenprozess erreicht die Phase der Liquiditätskrise. In dieser Krisenphase fehlen dem Unternehmen ganz akut frei verfügbare Barmittel.<sup>42</sup> Es kommt zu einer kritischen Situation der Liquidität, da die Zahlungsfähigkeit des Unternehmens gestört oder bedroht ist.<sup>43</sup> Die Liquiditätskrise führt zu einer akuten Existenzgefährdung durch Zahlungsunfähigkeit. Diese Krisenphase tritt meist ein bis zwei Jahre vor der Insolvenz der Gesellschaft ein und führt dazu, dass zunehmend weitere negative Krisenwirkungen einsetzen. Die Kunden werden vorsichtiger mit dem Kauf der Produkte, Lieferanten fordern die Zahlung per Vorauskasse, Banken kündigen Kredite und wichtige Mitarbeiter verlassen das Unternehmen. An diesem Punkt können die Unternehmen die Unternehmenskrise meist nicht mehr aus eigener Kraft bewältigen. Sie benötigen die Hilfe von Stakeholdern, wie z. B. Banken oder Gesellschaftern.<sup>44</sup> Die ausgebrochene Krise wird konkret wahrnehmbar und deren destruktive Wirkungen direkt sichtbar. Alle Ressourcen werden nun auf die Krisenbewältigung konzentriert, die in dieser Phase trotz eingeschränkter Handlungsalternativen und einem weiter steigendem Handlungsdruck noch möglich ist. In diesem Stadium ist jedoch der Einsatz externer Krisenspezialisten anzuraten.<sup>45</sup> Die Krisensituation ist mittlerweile akut, da durch die sich zuspitzende Liquiditätskrise der Gesellschaft die Zahlungsunfähigkeit und ggf. die Insolvenzverschleppung droht (insolvenzrechtliche Krise). Durch die existenzbedrohende Gefährdung kommt dieser Phase im Krisenverlauf besonders große Bedeu-

---

<sup>38</sup> Vgl. Eckardt/Mayer/van Zwoll 2014, S. 170.

<sup>39</sup> Vgl. Opferkuch 2014, S. 4.

<sup>40</sup> Vgl. Steffan 2011, § 37, Rn. 36.

<sup>41</sup> Vgl. Krystek 1987, S. 29 ff.

<sup>42</sup> Vgl. Eckardt/Mayer/van Zwoll 2014, S. 171.

<sup>43</sup> Vgl. Opferkuch 2014, S. 5.

<sup>44</sup> Vgl. Kraus 2014, § 4, Rn. 10.

<sup>45</sup> Vgl. Krystek 1987, S. 29 ff.

zung zu. Der Übergang zur Insolvenz der Gesellschaft als letztes Krisenstadium ist zu-  
meist fließend.<sup>46</sup>

#### 2.3.4 Insolvenz

Der Krisenprozess findet mit der Insolvenz als letzte Phase und Endstadium der Unternehmenskrise seinen Abschluss. In dieser Phase hat sich die Krise manifestiert und das Unternehmen kann die überlebenswichtigen Ziele nicht mehr erreichen. Die Anforderungen zur Krisenbewältigung übersteigen das hierzu erforderliche Krisenbewältigungspotential und die destruktiven Wirkungen führen zu einer zwangsweisen oder freiwilligen Liquidation des Unternehmens.<sup>47</sup> Es ist zwischen materieller und formeller Insolvenz zu unterscheiden. Die materielle Insolvenz dient als Grundlage für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens und ist gegeben, wenn das Vermögen des Schuldners nicht mehr ausreicht, um alle Gläubiger befriedigen zu können. Die formelle Insolvenz wiederum bezeichnet die Verfahrenseröffnung durch das zuständige Gericht.<sup>48</sup> Diese Eröffnung setzt einen Grund voraus (§ 16 InsO). Als Eröffnungsgründe kommen die Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO), die drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) oder die Überschuldung (§ 19 InsO) der Gesellschaft in Betracht. Wird eine juristische Person zahlungsunfähig oder überschuldet, besteht für die Mitglieder des Vertretungsorgans, also für den Geschäftsführer, gem. § 15a InsO eine Insolvenzantragspflicht. Wird das Insolvenzverfahren eröffnet, bestellt das zuständige Insolvenzgericht einen Insolvenzverwalter. Der Insolvenzverwalter stellt die zentrale Figur des Insolvenzverfahrens dar, da dieser unmittelbar den Verfahrensablauf gestaltet.<sup>49</sup> Er hat das Ziel des Insolvenzverfahrens (§ 1 InsO) zu verfolgen und somit eine gleichmäßige und bestmögliche Gläubigerbefriedigung sicherzustellen. Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des zur Insolvenzmasse gehörigen Schuldnervermögens gem. § 80 Abs. 1 InsO auf den Insolvenzverwalter über. Der Insolvenzverwalter hat dann unverzüglich das gesamte zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen in Besitz und Verwaltung zu nehmen (§ 148 InsO). Den Gläubigern ist es nicht mehr möglich ihre Forderungen direkt beim Schuldner geltend zu machen, da sie diese nun gem. § 174 InsO schriftlich dem Insolvenzverwalter anzu-melden haben. Während der Dauer des Insolvenzverfahrens kann also ausschließlich der Insolvenzverwalter gem. § 92 InsO die Ansprüche der Gläubiger geltend machen.<sup>50</sup> Für die weitere Entwicklung des Insolvenzverfahrens ist auch die Entscheidung des Insolvenzverwalters über schwebende Vertragsbeziehungen nach §§ 103 ff. InsO von besonderer Bedeutung.<sup>51</sup> Er ist für die Erfüllung von gegenseitigen Verträgen verantwortlich und kann im Umkehrschluss auch die Erfüllung vom Vertragspartner verlangen. Ferner können durch den Insolvenzverwalter laufende Rechtsstreitigkeiten über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen aufgenommen, fortgesetzt oder beendet werden (§ 85 ff. InsO). Des Weiteren prüft der Insolvenzverwalter, ob Rechtshandlungen die Gläubiger vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach § 129 InsO benachteiligt haben. Sollte dies zutreffen, ist er dazu verpflichtet, die Rechtswirkungen von den nachteiligen Rechtshandlungen durch Insolvenzanfechtung gem. §§ 130-137 InsO rückgängig zu machen.<sup>52</sup> Besonders hohe Anforderungen an den Insolvenzverwalter werden durch die

---

<sup>46</sup> Vgl. Eckardt/Mayer/van Zwoll 2014, S. 171; Steffan 2011, § 37, Rn. 3 ff.

<sup>47</sup> Vgl. Krystek 1987, S. 29 ff.

<sup>48</sup> Vgl. Greil/Herden, ZJS 2010, S. 690.

<sup>49</sup> Vgl. Paulus 2012, Rn. 52.

<sup>50</sup> Vgl. Eckardt/Mayer/van Zwoll 2014, S. 116.

<sup>51</sup> Vgl. Vallender 2012, S. 21.

<sup>52</sup> Vgl. Biehl 2010, S. 47.

aus der übergebenen Unternehmerstellung hervorgehenden Aufgaben gestellt.<sup>53</sup> Der Insolvenzverwalter ist ab dem Eröffnungszeitpunkt anstelle des Schuldners für die Erstellung der Bilanzen, die Entrichtung der Steuern, die Arbeitgeberaufgaben u. v. m. verantwortlich.<sup>54</sup> Bevor der Insolvenzverwalter mit der Verwertung des zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögens nach § 159 InsO beginnt, hat er der Gläubigerversammlung Bericht zu erstatten.

Abschließend lässt sich festhalten, dass der Insolvenzverwalter für die ordnungsgemäße Abwicklung des Insolvenzverfahrens zuständig ist. Durch die übergebene Unternehmerstellung hat er darüber hinaus anstelle des Schuldners die Pflichten als Vertragspartner, Steuerzahler und Arbeitgeber zu erfüllen. Der Insolvenzverwalter hat das Vermögen der Gesellschaft zu verwalten, die Insolvenzmasse zu ermitteln und diese anschließend unter den Insolvenzgläubigern aufzuteilen. In diesem Zusammenhang wird auch die Organhaftung bzw. Geschäftsführerhaftung geprüft und mögliche Ansprüche der Gesellschaft oder der Gesellschaftsgläubiger gegen den GmbH-Geschäftsführer geltend gemacht.

### **3 ALLGEMEINE HAFTUNGSTATBESTÄNDE**

---

Der Geschäftsführer ist das zentrale Leitungsorgan der GmbH. Er leitet das Unternehmen und vertritt dieses im Rechtsverkehr nach außen. Als Kehrseite dieser großen Verantwortung sieht sich der Geschäftsführer im Rahmen der Unternehmensleitung mit zahlreichen Haftungsrisiken konfrontiert.<sup>55</sup> Um zu einem späteren Zeitpunkt die Haftungstatbestände mit insolvenzrechtlicher Relevanz herausarbeiten zu können, werden zunächst in diesem Kapitel die allgemeinen Haftungstatbestände gesammelt und Haftungsrisiken ermittelt, die den Geschäftsführer bei der Ausübung seiner Tätigkeit treffen können. Da grundsätzlich zahlreiche Haftungsgefahren für den Geschäftsführer bestehen, soll in diesem Kapitel eine Auswahl angeführt und auf eine Erläuterung der Haftungsproblematik im Gründungsstadium der GmbH (bevor diese durch Eintragung in das Handelsregister als juristische Person wirksam entsteht) verzichtet werden. Die Darstellung der allgemeinen Haftungstatbestände gliedert sich nachfolgend in die Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft, die Außenhaftung gegenüber Dritten und die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Geschäftsführers.

#### **3.1 INNENHAFTUNG**

Der GmbH-Geschäftsführer ist für die ordnungsgemäße Leitung der Gesellschaft, sowohl nach innen als auch nach außen, verantwortlich.<sup>56</sup> Hierbei handelt es sich um die sogenannte Kardinalpflicht des Geschäftsführers. Diese wird umschrieben als „die Pflicht des Geschäftsführers, im Rahmen der Gesetze, [...] die Gesellschaft zu fördern, d. h. ihre Vorteile zu wahren und Schaden von ihr abzuwenden.“<sup>57</sup> Verletzt der Geschäftsführer seine Pflichten kann sich daraus eine Haftung im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft bzw. den Gesellschaftern (Innenhaftung) oder auch eine Haftung im Außenverhält-

---

<sup>53</sup> Vgl. Vallender 2012, S. 21.

<sup>54</sup> Vgl. Paulus 2012, Rn. 52.

<sup>55</sup> Vgl. Von Woedtke, NZG 2013, S. 484.

<sup>56</sup> Vgl. Ziemons 2011, S. 453, Rn. 2.

<sup>57</sup> Vgl. ebd., § 22, Rn. 5.

nis gegenüber Dritten (Außenhaftung) ergeben. Bei der Innenhaftung geht es demnach um Ansprüche der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer. Diese Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft ist in den Vorschriften der §§ 43 und 64 GmbHG geregelt. Nachfolgend soll zunächst die Haftung des Geschäftsführers nach § 43 GmbHG betrachtet werden.<sup>58</sup> § 43 GmbHG stellt die Generalklausel für die Innenhaftung des Geschäftsführers dar. Sie setzt eine Pflichtverletzung des Geschäftsführers, einen kausalen Vermögensschaden für die Gesellschaft und ein Verschulden des Geschäftsführers voraus.<sup>59</sup> Die grundlegenden Pflichten des Geschäftsführers ergeben sich aus § 43 Abs. 1 GmbHG und der daraus resultierenden allgemeinen Sorgfaltspflicht.<sup>60</sup> Der Geschäftsführer kann sich demnach haftbar machen, wenn er die dort vorgeschriebene Sorgfaltspflicht verletzt.

### 3.1.1 Verletzung der Sorgfaltspflicht

Der Geschäftsführer der GmbH hat gem. § 43 Abs. 1 GmbHG in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Verletzt er seine Obliegenheiten, haftet der GmbH-Geschäftsführer nach § 43 Abs. 2 GmbHG der Gesellschaft für den entstandenen Schaden. Von der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters ist auszugehen, wenn diese die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns übersteigt. Hierbei wird auf die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes in verantwortlicher leitender Position abgestellt, welcher selbstständig fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen hat.<sup>61</sup> Die Sorgfaltsanforderungen sind nicht von den individuellen Fähigkeiten des Geschäftsführers abhängig. Ausschlaggebend sind vielmehr die für seine Amtsausübung erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten. Unerfahrenheit, Unfähigkeit oder Unkenntnis können den Geschäftsführer nicht entlasten und ihn nicht von einer Haftung befreien. Branchenübliche Standards können die erforderliche und geschuldete Sorgfalt erhöhen. Wenn außergewöhnliche Umstände dazu führen, dass der Geschäftsführer im Einzelfall überfordert ist, hat er den fachmännischen Rat, z. B. eines Rechtsanwalts, einzuholen.<sup>62</sup>

#### 3.1.1.1 Business Judgement Rule

Laut § 93 Abs. 1 S. 2 AktG handelt es sich nicht um eine Verletzung der Sorgfaltspflicht, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Diese sogenannte Business Judgement Rule wurde durch das am 1. November 2005 in Kraft getretene Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) eingeführt und lässt sich auf die GmbH und ihre Geschäftsführer übertragen.<sup>63</sup> Dieser Regelung ging die ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 21. April 1997 voraus. Der BGH führt hier in Bezug auf den Vorstand der Aktiengesellschaft aus „dass dem Vorstand bei der Leitung der Geschäfte des Gesellschaftsunternehmens ein weiter Handlungsspielraum zugebilligt werden muss, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit schlechterdings nicht denkbar ist. Dazu gehört neben dem bewussten Eingehen geschäftlicher Risiken grundsätzlich auch die Gefahr von Fehlbeurteilungen und Fehleinschätzungen, der jeder Unternehmensleiter, mag er auch noch so verantwortungsbewusst handeln, ausgesetzt ist.“ Eine

---

<sup>58</sup> Vgl. Eckardt/Mayer/van Zwoll 2014, S. 114.

<sup>59</sup> Vgl. Jula 2012, S. 292.

<sup>60</sup> Vgl. Ek 2011, S. 25.

<sup>61</sup> Vgl. Eckardt/Mayer/van Zwoll 2014, S. 117.

<sup>62</sup> Vgl. Ziemons 2011, § 21, Rn. 9.

<sup>63</sup> Vgl. Schneider 2010, § 2, Rn. 17.

Schadensersatzpflicht des Vorstandes kann laut BGH erst in Betracht kommen, „wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, deutlich überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt worden ist [...]“.<sup>64</sup> Demzufolge sieht der BGH die Grenzen unternehmerisch verantwortlichen Handelns großzügig. Die Grenzen müssen nicht nur überschritten, sondern deutlich überschritten worden sein. Des Weiteren muss die Risikobereitschaft des Geschäftsführers nicht nur übertrieben, sondern in unverantwortlicher Weise überspannt worden sein. Ihn trifft keine Erfolgshaftung. Für die Geltung des Grundsatzes, dass der Geschäftsführer für schlichtes Missmanagement nicht zu haften hat, müssen die Voraussetzungen der Business Judgement Rule eingehalten werden.<sup>65</sup> Für diesen haftungsfreien Ermessensspielraum müssen daher gemäß § 93 Abs. 1 S. 2 AktG drei Voraussetzungen gegeben sein:

1. Bei der Entscheidung des Geschäftsführers muss es sich um eine *unternehmerische Entscheidung* handeln. Unternehmerische Entscheidungen sind aufgrund ihrer Zukunftsbezogenheit durch Einschätzungen und Prognosen geprägt, da es ungewiss ist, wie sich die Dinge entwickeln werden. Die Entscheidung des Geschäftsführers darf daher nicht von vornherein gegen die Satzung oder das Gesetz verstoßen. Des Weiteren muss die Entscheidung des Geschäftsführers zu einem Handeln oder Unterlassen führen, zu welchem er nicht verpflichtet ist. Durch die Weisungen der Gesellschafter wird sein Entscheidungsermessen eingeschränkt.<sup>66</sup>
2. Der Geschäftsführer muss *auf der Grundlage angemessener Information* handeln. Für jede unternehmerische Entscheidung ist die sorgfältige Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen wichtig. Der Geschäftsführer ist deshalb dazu verpflichtet, alle ihm zur Verfügung stehenden Informationsquellen auszuschöpfen. Er hat alle verfügbaren und relevanten Informationen zu beschaffen, auszuwerten und in seine unternehmerische Entscheidung einzubeziehen. Wenn die zu treffende Entscheidung von besonderer Bedeutung für das Unternehmen ist, muss der Geschäftsführer die Informationsbeschaffung umfangreicher gestalten und an diese höhere Anforderungen stellen. Der Geschäftsführer hat bzgl. seines Informationsbedarfs zwischen den Kosten und dem Nutzen einer umfangreichen Informationsbeschaffung abzuwägen. Für die Beurteilung, welcher Informationsbedarf für die konkrete Entscheidung besteht, wird dem Geschäftsführer ein Beurteilungsspielraum zugesprochen. Dieser handelt demnach nur dann nicht auf der Grundlage angemessener Informationen, wenn er für die konkrete Entscheidung verfügbare Informationsquellen ignoriert, welche er unter Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes hätte berücksichtigen müssen und welche er auch ohne unverhältnismäßig hohen Aufwand hätte berücksichtigen können. Aufgabe der Business Judgement Rule ist es daher sicherzustellen, dass Entscheidungen auf Basis einer entsprechenden Informationsgrundlage erfolgen und nicht „aus dem Bauch heraus“ getroffen werden. Statt einer intuitiven ist eine reflektierte Entscheidung notwendig.

---

<sup>64</sup> BGH, NJW 1997, 1926, 1927 f.

<sup>65</sup> Vgl. Ziemons 2011, § 22, Rn. 46 ff.

<sup>66</sup> Vgl. Ek 2011, S. 27 f.

3. Der Geschäftsführer muss *zum Wohle der Gesellschaft* handeln. Bei seiner Entscheidungsfindung hat sich der Geschäftsführer stets am Unternehmensinteresse zu orientieren. Er hat dabei Interessen Dritter oder eigene Interessen außer Acht zu lassen. Dem Unternehmensinteresse dient jede Maßnahme, die den Gewinn erhöht und somit den Gesellschaftszweck fördert. Eine Entscheidung des Geschäftsführers erfolgt zum Wohle der Gesellschaft, wenn diese die finanzielle Lage, die interne Verfassung oder die Marktstellung der Gesellschaft stärkt. Der Geschäftsführer handelt demnach nicht zum Wohle der Gesellschaft, wenn der mögliche Gewinn nicht in einem angemessenen Verhältnis zum wirtschaftlichen Risiko der Entscheidung steht. Also ein Verlust wahrscheinlicher ist als ein zu erwartender Gewinn.<sup>67</sup>

Sind diese drei Voraussetzungen gegeben, kann die Haftung des Geschäftsführers für Schäden, die der Gesellschaft aufgrund einer unternehmerischen Entscheidung entstehen, nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG ausgeschlossen werden.<sup>68</sup> Unternehmerische Entscheidungen des Geschäftsführers spiegeln sich nicht nur in seinem Tun wider. Der Geschäftsführer muss sich, um eine Schadensersatzpflicht zu verhindern, vor Entscheidungen sorgfältig informieren und die jeweilige Situation sorgfältig analysieren. Voraussetzung hierfür ist eine Art Risikomanagement. Der Geschäftsführer hat demnach ein Überwachungssystem einzurichten, welches - vergleichbar mit dem gesetzlich vorgeschriebenen Überwachungssystem der Aktiengesellschaft gem. § 91 Abs. 2 AktG - zur Früherkennung bestandsgefährdender Risiken dient.<sup>69</sup> Aufgrund der analogen Anwendung des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG sind unternehmerische Entscheidungen des GmbH-Geschäftsführers nunmehr ausdrücklich von dem Tatbestand der Sorgfaltspflichtverletzung und der Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG ausgenommen. Den Geschäftsführer der GmbH trifft jedoch für das Vorliegen der oben genannten Voraussetzungen gemäß § 93 Abs. 2 S. 2 AktG die Darlegungs- und Beweislast. Die Business Judgement Rule findet keine Anwendung, wenn das Handeln des GmbH-Geschäftsführers gegen gesetzliche Vorschriften oder organschaftliche Treuepflichten verstößt.<sup>70</sup>

#### 3.1.1.2 *Verstoß gegen organschaftliche Treuepflichten*

Der Geschäftsführer unterliegt aufgrund seiner Stellung als Verwalter fremden Vermögens gegenüber der Gesellschaft einer Treuepflicht.<sup>71</sup> Der Geschäftsführer hat demnach nicht seinen eigenen Vorteil oder den Vorteil Dritter, sondern in allen Angelegenheiten das Interesse und das Wohl der Gesellschaft zu beachten. Er hat der Gesellschaft seine Erfahrung, seine Kenntnisse und seine Fähigkeiten in vollem Umfang zur Verfügung zu stellen. Aus der organschaftlichen Treuepflicht des GmbH-Geschäftsführers ergeben sich vielfältige Einzelpflichten, von denen im Folgenden nur eine Auswahl angeführt werden kann.

Bei einer Kollision der Interessen des Geschäftsführers mit den Interessen der Gesellschaft haben die *Gesellschaftsinteressen grundsätzlich Vorrang*. Dies trifft nach h. M. nicht auf die Bedingungen seines Anstellungsvertrages zu. Hier ist der Geschäftsführer frei für ihn günstige Konditionen auszuhandeln. Seine Vergütung muss jedoch in Anbetracht der finanziellen Lage der Gesellschaft angemessen sein und im Verhältnis zu seinen Leistungen stehen. Aus der organschaftlichen Treuepflicht resultiert auch das *Verbot*,

---

<sup>67</sup> Vgl. Ek 2011, S. 28 ff.

<sup>68</sup> Vgl. ebd., S. 26.

<sup>69</sup> Vgl. Eckardt/Mayer/van Zwoll 2014, S. 119; Ek 2011, S. 31.

<sup>70</sup> Vgl. Ziemons 2011, § 22, Rn. 55; Ek 2011, S. 26 f.

<sup>71</sup> Vgl. Ek 2011, S. 32.

*Geschäftschancen der Gesellschaft an sich zu ziehen.* Dem Geschäftsführer ist es untersagt, Geschäfte, die sich aufgrund seiner Tätigkeit ergeben, zu seinem Vorteil zu nutzen und diese auf eigene Rechnung oder auf Rechnung nahestehender Personen abzuschließen.<sup>72</sup> Hierbei ist es irrelevant, ob der Geschäftsführer geschäftlich oder privat von den Geschäftschancen erfährt. Der Geschäftsführer der GmbH hat weiter zu beachten, dass er während seiner Tätigkeit einem *Wettbewerbsverbot* unterliegt, welches sich ebenfalls aus der ihm obliegenden Treuepflicht ergibt. Dem Geschäftsführer ist es verboten mit der Gesellschaft in Wettbewerb zu treten.<sup>73</sup> Ihm ist es untersagt geschäftliche Möglichkeiten zu nutzen, welche zu einem Interessenskonflikt mit den wahrzunehmenden Aufgaben in seiner Position führen können.<sup>74</sup> Schließt der Geschäftsführer im Geschäftsbereich der GmbH Geschäfte auf eigene Rechnung ab und führt die empfangenen Leistungen nicht an die Gesellschaft ab, verstößt der Geschäftsführer folglich gegen das Wettbewerbsverbot und er haftet der Gesellschaft gem. § 43 Abs. 2 GmbHG für den entstandenen Schaden. Der Geschäftsführer unterliegt nach seiner Amtszeit einem Wettbewerbsverbot nur, soweit dies ausdrücklich vertraglich vereinbart wurde.<sup>75</sup> Des Weiteren trifft den GmbH-Geschäftsführer eine *Verschwiegenheitspflicht*. Ihm ist es untersagt, vertrauliche Informationen sowie Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse an Dritte weiterzugeben. Im Rahmen eines Unternehmenskaufs darf der Geschäftsführer z. B. Informationen an die potentiellen Käufer nur weitergeben, wenn ihn die Gesellschafterversammlung durch Beschluss dazu ermächtigt hat. Außerdem trifft den Geschäftsführer die Pflicht zu *loyaler Zusammenarbeit* mit anderen Geschäftsführern oder anderen Gesellschaftsorganen, wie der Gesellschafterversammlung. Wird die Gesellschaft von mehreren Geschäftsführern geführt, besteht für diese die Pflicht zu kollegialer Zusammenarbeit. Die Tätigkeiten eines Mitgeschäftsführers dürfen nicht behindert oder beeinträchtigt werden. Der Geschäftsführer hat seine Kollegen über Vorgänge die von Bedeutung sind zu unterrichten. Die Geschäftsführer unterliegen einer gegenseitigen Überwachungspflicht. Jeder Geschäftsführer besitzt ein Informationsrecht und hat sich über wesentliche Angelegenheiten der Gesellschaft zu informieren. Kommt es zu einem Fehlverhalten eines Geschäftsführers und ein anderer Geschäftsführer kommt seiner *Überwachungs- und Eingriffspflicht* nicht nach, kann dieser sich gem. § 43 Abs. 2 GmbHG haftbar machen.<sup>76</sup>

### 3.1.1.3 Missachtung der Folgepflicht

Die Gesellschafterversammlung ist für die Willensbildung der GmbH zuständig. Als oberstes Willensbildungsorgan ist sie dem Geschäftsführer übergeordnet. Sie ist für dessen Bestellung, Abberufung und Kontrolle verantwortlich. Die Gesellschafterversammlung darf dem Geschäftsführer in jeder Hinsicht Weisungen erteilen und der Geschäftsführer ist wiederum verpflichtet, den Weisungen der Gesellschafter Folge zu leisten.<sup>77</sup> Eine Verletzung der Sorgfaltspflichten des Geschäftsführers ist also insbesondere dann anzunehmen, wenn dieser Beschlüsse der Gesellschafterversammlung missachtet. Der Geschäftsführer hat den Weisungen uneingeschränkt Folge zu leisten, sofern diese nicht gegen das Gesetz, die Satzung oder die guten Sitten verstoßen.<sup>78</sup> Demnach ist der Geschäftsführer gem. § 37 Abs. 1 GmbHG weisungsabhängig, da die Gesellschafterversammlung in allen Bereichen der Unternehmensleitung dem Geschäftsführer Weisungen

<sup>72</sup> Vgl. Ziemons 2011, § 22, Rn. 57 ff.

<sup>73</sup> Vgl. Ek 2011, S. 32 f.; Eckardt/Mayer/van Zwoll 2014, S. 121.

<sup>74</sup> Vgl. Ziemons 2011, § 22, Rn. 61.

<sup>75</sup> Vgl. Eckardt/Mayer/van Zwoll 2014, S. 121.

<sup>76</sup> Vgl. Ek 2011, S. 32 ff.; Ziemons 2011, § 22, Rn. 64 ff.

<sup>77</sup> Vgl. Jula/Sillmann 2016, S. 120.

<sup>78</sup> Vgl. Eckardt/Mayer/van Zwoll 2014, S. 120.

erteilen kann und der Geschäftsführer aufgrund seiner Folgepflicht diese Weisungen auszuführen hat.<sup>79</sup> Im Außenverhältnis gegenüber Dritten hat die Beschränkung der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers jedoch keine rechtliche Wirkung (§ 37 Abs. 2 GmbHG). Der Geschäftsführer begeht eine Pflichtverletzung, wenn er die Weisungen der Gesellschafterversammlung nicht befolgt. Führt der GmbH-Geschäftsführer aber Weisungen aus, durch die der Gesellschaft ein Schaden entsteht, kann er hierfür von dieser nicht zur Verantwortung gezogen werden.<sup>80</sup> Wird bspw. der Geschäftsführer von der Gesellschafterversammlung dazu angewiesen ein Betriebsgrundstück unter Wert zu verkaufen, so hat er dieser Weisung Folge zu leisten. Gelangt die Gesellschafterversammlung zu einem späteren Zeitpunkt zu der Überzeugung der Geschäftsführer sei aufgrund dieser Handlung der Gesellschaft zum Schadensersatz verpflichtet, entfällt dessen persönliche Haftung gegenüber der GmbH nach § 43 Abs. 2 GmbHG.<sup>81</sup> Der Geschäftsführer kann sich zu seiner Entlastung bei einem Schadensersatzbegehren der Gesellschaft darauf berufen, dass er auf Weisung der Gesellschafter gehandelt hat. Kann der Geschäftsführer jedoch erkennen, dass Weisungen zu verbotenen Auszahlungen an Gesellschafter oder zur Existenzgefährdung bzw. Existenzvernichtung führen, schützt ihn die Weisung nicht vor einer Haftungsinanspruchnahme. Dasselbe gilt für verbotene Zahlungen nach Insolvenzreife.<sup>82</sup>

#### 3.1.1.4 *Missachtung von Zustimmungsvorbehalten*

In der Praxis hat der GmbH-Geschäftsführer häufig Zustimmungsvorbehalte zu berücksichtigen. Hierunter fallen Geschäfte, die der Geschäftsführer erst durchführen darf, wenn er hierfür die Zustimmung der Gesellschafterversammlung erhalten hat. Meist handelt es sich dabei um besonders haftungsträchtige oder weitreichende Maßnahmen, wie bspw. Kreditaufnahmen, wichtige Personalentscheidungen oder größere Investitionen. Bei Missachtung eines Zustimmungsvorbehaltes und Vornahme eines Geschäfts ohne entsprechenden Beschluss handelt der Geschäftsführer per se pflichtwidrig. Er haftet gem. § 43 Abs. 2 GmbHG, wenn er seine Kompetenzen im Innenverhältnis überschreitet und der Gesellschaft dadurch ein Schaden entstanden ist.

#### 3.1.1.5 *Verletzung der Pflicht zur ordnungsgemäßen Buchführung*

Der Geschäftsführer hat gem. § 41 GmbHG für die ordnungsmäßige Buchführung der Gesellschaft zu sorgen. Kommt er dieser Pflicht nicht nach und der GmbH entsteht bspw. durch Fehlbeträge und Liquiditätsengpässe ein Schaden, hat der Geschäftsführer der Gesellschaft nach § 43 Abs. 2 GmbHG Schadensersatz zu leisten. Dies trifft auch zu, wenn aufgrund unsorgfältiger und unzureichender Buchführung Sozialversicherungsbeiträge oder Steuern verspätet abgeführt werden und für die Gesellschaft diesbezüglich Säumniszuschläge anfallen, welche einen Vermögensschaden darstellen können.<sup>83</sup>

#### 3.1.1.6 *Verletzung der Pflicht zur Einberufung der Gesellschafterversammlung*

Gemäß § 49 Abs. 3 GmbHG hat der GmbH-Geschäftsführer unverzüglich eine Gesellschafterversammlung einzuberufen, wenn sich aus der Jahresbilanz oder einer im Laufe des Geschäftsjahres aufgestellten Bilanz ergibt, dass die Hälfte des Stammkapitals verloren ist. Unverzüglich bedeutet hier i. S. d. § 121 BGB ohne schuldhaftes Zögern.<sup>84</sup> Der

<sup>79</sup> Vgl. Schneider 2010, § 2, Rn. 25.

<sup>80</sup> Vgl. Jula 2012, S. 294.

<sup>81</sup> Vgl. Jula/Sillmann 2016, S. 121.

<sup>82</sup> Vgl. Eckardt/Mayer/van Zwoll 2014, S. 120 f.

<sup>83</sup> Vgl. Jula 2012, S. 294 f.; Ek 2011, S. 34.

<sup>84</sup> Vgl. Saenger/Inhester/Bergjan GmbHG § 49, Rn. 10.

Geschäftsführer ist dazu verpflichtet, die wirtschaftliche Lage des Unternehmens fortlaufend zu beobachten und bei Eintritt einer Krisensituation einen Vermögensstatus zu erstellen. Wird die Gesellschafterversammlung nicht einberufen, kann den Geschäftsführer die Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG treffen.<sup>85</sup> Der Geschäftsführer macht sich nur schadensersatzpflichtig, wenn durch frühzeitiges Handeln bzw. durch frühzeitiges Einberufen der Gesellschafterversammlung ein entstandener Schaden hätte verhindert werden können. Den Geschäftsführer trifft diesbezüglich die Beweislast.<sup>86</sup>

### 3.1.1.7 Weitere Voraussetzungen für eine Haftung

Die Haftung gem. § 43 Abs. 2 GmbHG setzt neben einer Pflichtverletzung auch ein Verschulden des GmbH-Geschäftsführers voraus. Für ein schuldhaftes Verhalten des Geschäftsführers kommen Vorsatz und Fahrlässigkeit in Betracht. Gemäß § 276 Abs. 2 BGB handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Dieser allgemeine Maßstab zur Fahrlässigkeit wird jedoch, wie bereits erwähnt, durch die Regelung des § 43 Abs. 1 GmbHG und dem damit einhergehenden Sorgfaltsmaßstab verschärft. Für den Verschuldensmaßstab ist daher auf die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes abzustellen.<sup>87</sup> Um einen Anspruch gegen den Geschäftsführer geltend machen zu können, muss der Gesellschaft darüber hinaus neben einer Pflichtverletzung und dem schuldhaften Handeln des Geschäftsführers ein Schaden entstanden sein.<sup>88</sup> Das Fehlverhalten, also die Sorgfaltspflichtverletzung oder der Kompetenzverstoß des Geschäftsführers wird an sich nicht sanktioniert. § 43 Abs. 2 GmbHG setzt für die Haftung stets einen Schaden der Gesellschaft voraus. Hier ist regelmäßig auf den allgemeinen zivilrechtlichen Schaden i. S. d. §§ 249 ff. BGB abzustellen und für die Schadensberechnung die Differenztheorie heranzuziehen.<sup>89</sup> Ein Vermögensschaden liegt demnach vor, „wenn der tatsächliche Wert des Gesellschaftsvermögens geringer ist als der Wert, den das Vermögen ohne das die Ersatzpflicht begründende Ereignis haben würde.“<sup>90</sup> Leiten mehrere Geschäftsführer die Gesellschaft, haften diese solidarisch, d. h. gesamtschuldnerisch gem. § 421 ff. BGB, für den entstandenen Schaden. Im Rahmen der Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG hat die GmbH darzulegen und zu beweisen, dass und inwieweit ihr durch ein Verhalten des Geschäftsführers in dessen Pflichtenkreis ein Schaden entstanden ist. Dies bedeutet, dass in Bezug auf das pflichtwidrige Verhalten, das Entstehen und die Höhe des Schadens sowie die Ursächlichkeit der Pflichtverletzung für den Schaden die Gesellschaft die Darlegungs- und Beweislast trifft.<sup>91</sup> Der Geschäftsführer muss demgegenüber nachweisen, dass sein schadensverursachendes Verhalten nicht pflichtwidrig war bzw. dass ihn hinsichtlich der Pflichtverletzung kein Verschulden trifft. Der GmbH-Geschäftsführer trägt insoweit für das Vorliegen der Voraussetzungen gem. der Business Judgement Rule die Darlegungs- und Beweislast. Ferner kann er den Nachweis führen, dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Alternativverhalten eingetreten wäre.<sup>92</sup> Wie bereits erläutert wurde, wird der Wille der GmbH durch den Willen ihrer Gesellschafter gebildet. Eine Haftung des Geschäftsführers kommt daher nicht in Betracht, wenn eine Maßnahme des Geschäftsführers, z. B. eine Scheckveruntreuung, im Voraus oder im

---

<sup>85</sup> Vgl. Eckardt/Mayer/van Zwoll 2014, S. 123.

<sup>86</sup> Vgl. Ek 2011, S. 34.

<sup>87</sup> Vgl. Saenger/Inhvester/Lücke/Simon GmbHG § 43, Rn. 39 ff.

<sup>88</sup> Vgl. Schneider 2010, § 2, Rn. 12.

<sup>89</sup> Vgl. Witt 2015, S. 315; Ziemons 2011, § 21, Rn. 11 f.

<sup>90</sup> Saenger/Inhvester/Lücke/Simon GmbHG § 43, Rn. 48.

<sup>91</sup> Vgl. Ek 2011, S. 25; Schneider 2010, § 2, Rn. 46.

<sup>92</sup> Vgl. Saenger/Inhvester/Lücke/Simon GmbHG § 43, Rn. 137.

Nachhinein von der Gesellschafterversammlung gebilligt wird.<sup>93</sup> Für die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen den Geschäftsführer bedarf es gemäß § 46 Nr. 8 GmbHG eines Gesellschafterbeschlusses. Somit können die Gesellschafter selbst entscheiden, ob sie für etwaige Pflichtverletzungen des GmbH-Geschäftsführers entschädigt werden möchten bzw. ob der Geschäftsführer zur Rechenschaft gezogen werden soll.<sup>94</sup>

### 3.1.2 Verstoß gegen das Auszahlungsverbot

Einen Sonderfall der Organhaftung regelt § 43 Abs. 3 GmbHG. Demnach haftet der Geschäftsführer für schuldhafte Verstöße gegen die Kapitalerhaltungsvorschrift des § 30 GmbHG der Gesellschaft für den entstandenen Schaden.<sup>95</sup> Ausnahmsweise werden hier durch die Innenhaftung des Geschäftsführers gegenüber der GmbH auch die Interessen der Gläubiger geschützt.<sup>96</sup> Der Geschäftsführer hat als „Hüter des Kapitals“ dafür Sorge zu tragen, dass das Stammkapital zusammengehalten wird.<sup>97</sup> Gemäß § 30 GmbHG darf das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden. Wenn der GmbH-Geschäftsführer Zahlungen vornimmt, die gegen diese Regelung verstoßen, ist er der Gesellschaft nach § 43 Abs. 3 GmbHG zum Schadensersatz verpflichtet. Das Auszahlungsverbot soll den Bestand der Gesellschaft sichern und eine gewisse Befriedigungsreserve für die Gläubiger bilden. Somit sind Auszahlungen an Gesellschafter untersagt, die zu einer Unterdeckung (Unterbilanz) der Gesellschaft führen oder diese vertiefen. Eine Unterdeckung ist gegeben, wenn das Nettovermögen der Gesellschaft unter der Höhe des Stammkapitals liegt.<sup>98</sup> § 43 Abs. 3 GmbHG enthält eine Haftungsverschärfung gegenüber § 43 Abs. 2 GmbHG, da die Schadensersatzansprüche nicht zur Disposition der Gesellschafter stehen.<sup>99</sup> Der Geschäftsführer macht sich schadensersatzpflichtig, wenn er gegen das Rückzahlungsverbot verstößt. Die Beweislast trifft hier die Gesellschaft. Bei undurchsichtiger Buchführung wird diese jedoch aufgrund der Beweislastumkehr dem Geschäftsführer auferlegt. Wenn der Geschäftsführer darlegen kann, dass ihn kein Verschulden trifft, kann er sich von der Schadensersatzpflicht befreien. Hierbei ist darauf abzustellen, welche objektive Sorgfalt in der jeweiligen Situation von einem Geschäftsführer zu erwarten war. Aufgrund seiner Überwachungspflicht macht sich der Geschäftsführer auch schadensersatzpflichtig, wenn andere Stellen die Auszahlung vorgenommen haben. Eine Weisung der Gesellschafter eine Auszahlung vorzunehmen, befreit den Geschäftsführer nicht von einer Haftung, da er einer solchen Weisung nicht Folge leisten darf.<sup>100</sup> Nach § 31 GmbHG haftet der Gesellschafter, der die ungerechtfertigte Leistung erhalten hat, zusammen mit dem GmbH-Geschäftsführer gesamtschuldnerisch. Wenn von dem Empfänger die Leistung nicht wiederzuerlangen ist, haften gem. § 31 Abs. 3 GmbHG die anderen Gesellschafter für den zu erstattenden Betrag nach dem Verhältnis ihrer Geschäftsanteile. Der Geschäftsführer, den in Bezug auf die geleistete Zahlung ein Verschulden trifft, ist wiederum den leistenden Gesellschaftern nach § 31 Abs. 6 GmbHG zum Ersatz verpflichtet.

Eine Darlehensgewährung an einen Gesellschafter ist gem. § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG zulässig und verstößt nicht gegen das Stammkapitalerhaltungsgebot, wenn das Darlehen

---

<sup>93</sup> Vgl. Saenger 2015, § 17, Rn. 777.

<sup>94</sup> Vgl. Ek 2011, S. 54 f., Saenger 2015, § 17, Rn. 777.

<sup>95</sup> Vgl. Ziemons 2011, § 22, Rn. 70.

<sup>96</sup> Vgl. Bitter/Heim 2016, § 4, Rn. 142.

<sup>97</sup> Vgl. Jula/Sillmann 2016, S. 123.

<sup>98</sup> Vgl. Ek 2011, S. 38.

<sup>99</sup> Vgl. Saenger/Inhvester/Lücke/Simon GmbHG § 43, Rn. 69.

<sup>100</sup> Vgl. Ek 2011, S. 38.

durch einen vollwertigen Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt ist oder ein Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag vorliegt.<sup>101</sup> Dieser Rückgewähranspruch darf keinem Risiko unterliegen, welches über das allgemeine Kreditrisiko hinausgeht. Der Geschäftsführer hat hierfür fortlaufend die Bonität bzw. die Kreditwürdigkeit des Gesellschafters zu überprüfen. Wenn zum Zeitpunkt oder während der Dauer der Kreditgewährung Zweifel an dessen Kreditwürdigkeit bestehen, hat der Geschäftsführer das Gesellschafterdarlehen zurückzufordern. Unterlässt er dies, so macht sich der Geschäftsführer nach § 43 Abs. 2 und 3 GmbHG schadensersatzpflichtig.<sup>102</sup>

### 3.1.3 Zahlungen nach Insolvenzreife

Der Geschäftsführer ist der Gesellschaft gem. § 64 S. 1 GmbHG zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden. Dieses Zahlungsverbot tritt daher mit der Insolvenzreife der GmbH ein.<sup>103</sup> Grundsätzlich hat der Insolvenzverwalter den Haftungsanspruch der GmbH aus § 64 S. 1 GmbHG geltend zu machen.<sup>104</sup> Die Vorschrift stellt ein Massesicherungsgebot dar und soll die Masse, die ab Insolvenzreife noch vorhanden ist, zur Verteilung an sämtliche Gläubiger zusammenhalten.<sup>105</sup> Die Haftungsnorm des § 64 S. 1 GmbHG dient folglich primär dem Schutz der Gläubiger vor Masseschmälerung.<sup>106</sup> Daneben soll durch die Haftungsandrohung ein Anreiz für den Geschäftsführer geschaffen werden, frühzeitig einen Insolvenzantrag zu stellen und somit rechtzeitig das Insolvenzverfahren einzuleiten. Die Vorschrift ergänzt demnach die in § 15a InsO geregelte Insolvenzantragspflicht.<sup>107</sup> Wird gem. § 15a Abs. 1 InsO eine GmbH zahlungsunfähig oder überschuldet, hat der Geschäftsführer ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen. Versäumt der GmbH-Geschäftsführer diese Frist, haftet er nach § 64 S. 1 GmbHG gegenüber der Gesellschaft für Zahlungen die nach Insolvenzreife geleistet werden. Vom Zahlungsverbot ausgenommen, sind nach § 64 S. 2 GmbHG Zahlungen, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind. Hierbei handelt es sich um Zahlungen, die innerhalb der Insolvenzantragsfrist des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO zur Abwendung der Insolvenz erfolgen oder um Zahlungen, die masseneutral sind. Die Haftung nach § 64 S. 1 GmbHG setzt ein Verschulden des Geschäftsführers voraus, wobei hierfür bereits einfache Fahrlässigkeit ausreichend ist. Den Geschäftsführer trifft für das Vorliegen einer Ausnahme oder für eine Entkräftung der gesetzlichen Vermutung eines schuldhaften Verhaltens die Darlegungs- und Beweislast.<sup>108</sup> Der Anspruch aus § 64 S. 1 GmbHG steht der Gesellschaft zu, obwohl durch die Vorschrift Interessen geschützt werden, die außerhalb der Gesellschaft liegen. Die Masseschmälerungshaftung stellt einen auf Wiederauffüllung der Insolvenzmasse gerichteten Erstattungsanspruch eigener Art dar und ist somit keine Schadensersatznorm. Für die Haftung nach § 64 S. 1 GmbHG ist es also nicht ausschlaggebend, ob der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist oder nicht.<sup>109</sup>

---

<sup>101</sup> Vgl. ebd., S. 38 f.

<sup>102</sup> Vgl. Schneider 2010, § 2, Rn. 23.

<sup>103</sup> Vgl. Ek 2011, S. 40.

<sup>104</sup> Vgl. Witt 2015, S. 321.

<sup>105</sup> Vgl. Bitter/Heim 2016, § 4, Rn. 147.

<sup>106</sup> Vgl. Eckardt/Mayer/van Zwoll 2014, S. 128.

<sup>107</sup> Vgl. Saenger/Inhvester/Kolmann GmbHG § 64, Rn. 2.

<sup>108</sup> Vgl. Witt 2015, S. 327 f.

<sup>109</sup> Vgl. Saenger/Inhvester/Kolmann GmbHG § 64, Rn. 5; Witt 2015, S. 321.

### **3.1.4 Zahlungen an Gesellschafter**

Gemäß § 64 S. 3 GmbHG haftet der Geschäftsführer auch für Zahlungen an Gesellschafter, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, es sei denn, dies war auch bei der Beachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns nicht erkennbar. Die durch das MoMiG 2008 (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen) eingeführte Regelung soll die bestehenden Mechanismen zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger ergänzen.<sup>110</sup> Der Geschäftsführer hat demnach an Gesellschafter geleistete Zahlungen zu erstatten, sofern diese die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft herbeigeführt haben. Die Vorschrift ergänzt das Auszahlungsverbot gem. § 30 Abs. 1 GmbHG. Sie zielt jedoch nicht auf den Kapitalerhalt ab, sondern soll die Gesellschaft vor einer Ausplünderung durch die Gesellschafter schützen und Verlagerungen von Vermögenswerten im Vorfeld der Insolvenz vermeiden.<sup>111</sup> Die Regelung überschneidet sich mit der von der Rechtsprechung entwickelten und aus § 826 BGB hergeleiteten Existenzvernichtungshaftung, welche als reiner Innenregress der GmbH gegen ihre Gesellschafter als Empfänger der entsprechenden Zahlung dient. Der Unterschied besteht jedoch darin, dass der Adressat der Haftung gem. § 64 S. 3 GmbHG der Geschäftsführer ist, welcher die Zahlung veranlasst hat.<sup>112</sup> Ihr Ziel ist also der konkrete Liquiditätserhalt, damit die Gesellschaft weiterhin ihre fälligen Verbindlichkeiten erfüllen kann. Die Vorschrift ist zeitlich dem Zahlungsverbot aus § 64 S. 1 GmbHG vorgelagert.<sup>113</sup> Der Anspruch steht wie bei § 64 S. 1 GmbHG der Gesellschaft zu, welche in der Insolvenz durch den Insolvenzverwalter vertreten wird.<sup>114</sup> Für die Haftung gem. § 64 S. 3 GmbHG muss der Geschäftsführer zumindest fahrlässig die Zahlungsunfähigkeit herbeigeführt haben.<sup>115</sup> Die Gesellschaft trifft für die Kausalität der Zahlung und die damit verbundene Zahlungsunfähigkeit die Beweislast. Bei undurchsichtiger Buchführung wird diese jedoch dem Geschäftsführer auferlegt. Hat der Geschäftsführer aber die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns angewandt und konnte trotz gründlicher und gewissenhafter Überprüfung die Zahlungsunfähigkeit nicht erkennen, scheidet eine Haftung des GmbH-Geschäftsführers aus.<sup>116</sup> Wie bei § 64 S. 1 GmbHG handelt es sich bei § 64 S. 3 GmbHG um einen Erstattungsanspruch eigener Art und nicht um eine Schadensersatzhaftung, da die Vorschrift nicht an einen Schaden, sondern allein an die Zahlung anknüpft. Der Umfang der Haftung wird durch die Höhe der unter Verstoß gegen § 64 S. 3 GmbHG geleisteten Zahlung bestimmt.<sup>117</sup>

## **3.2 AUßENHAFTUNG**

Die GmbH wird gem. § 35 Abs. 1 GmbHG durch den Geschäftsführer gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Die Gesellschaft hat gegenüber Dritten für das Handeln des Geschäftsführers in Ausübung seiner Funktion einzustehen, da der GmbH die Schadensersatzverpflichtungen nach § 31 BGB zugerechnet werden. Der Geschäftsführer kann aber wiederum von der Gesellschaft im Innenverhältnis zur Verantwortung gezogen werden. Eine danebenstehende persönliche Haftung des Geschäftsführers im Außenverhältnis

---

<sup>110</sup> Vgl. Ek 2011, S. 44 f.

<sup>111</sup> Vgl. Saenger/Inhester/Kolmann GmbHG § 64, Rn. 69 f.

<sup>112</sup> Vgl. Witt 2015, S. 330 f.

<sup>113</sup> Vgl. Saenger/Inhester/Kolmann GmbHG § 64, Rn. 70.

<sup>114</sup> Vgl. Ek 2011, S. 45.

<sup>115</sup> Vgl. Witt 2015, S. 334.

<sup>116</sup> Vgl. Ek 2011, S. 45.

<sup>117</sup> Vgl. Saenger/Inhester/Kolmann GmbHG § 64, Rn. 74; Witt 2015, S. 331, 335.

wird dadurch aber nicht ausgeschlossen. Im GmbH-Recht sind spezialgesetzliche Außenhaftungsregeln jedoch die Ausnahme.<sup>118</sup> Der Geschäftsführer unterliegt einer Außenhaftung nur in begrenztem Umfang und aufgrund besonderer Anspruchsgrundlagen.<sup>119</sup> Ungeachtet des in § 13 Abs. 2 GmbHG verankerten Trennungsprinzips, nach dem für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen haftet, können in bestimmten Fällen außenstehende Dritte Ansprüche auch direkt gegen den GmbH-Geschäftsführer geltend machen. Anknüpfungspunkte für solche Ansprüche können Handlungen ohne Offenlegung des Handelns für eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (sog. Rechtsscheinhaftung), vorvertragliche Schuldverhältnisse (sog. Haftung aus culpa in contrahendo, c.i.c.) oder unerlaubte Handlungen (§ 823 Abs. 1 BGB; § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Schutzgesetzen) sein.<sup>120</sup> Diese risikobehafteten Handlungen des Geschäftsführers werden nun in den folgenden Abschnitten näher erläutert.

### **3.2.1 Haftung „aus Vertrauen“**

Der GmbH-Geschäftsführer kann gegenüber Dritten „aus Vertrauen“ haften. Das Vertrauen eines Dritten kann enttäuscht werden, wenn die Erwartungshaltung und die tatsächliche Sachlage auseinanderfallen. Nicht jedes enttäuschte Vertrauen kann jedoch einen Anspruch des Enttäuschten begründen. Vielmehr haben sich mögliche Fallgruppen herausgebildet, die nachfolgend dargestellt werden sollen.<sup>121</sup>

#### **3.2.1.1 Rechtsscheinhaftung**

Den Geschäftsführer kann eine persönliche Haftung kraft Rechtsscheins treffen, wenn er bei geschäftlichen Verhandlungen nicht offenbart, dass Verhandlungs- und Vertragspartner eine GmbH ist und schriftlich ohne Rechtsformzusatz i. S. v. § 4 GmbHG auftritt.<sup>122</sup> Gemäß dieser Vorschrift hat die Firma der Gesellschaft die Bezeichnung „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung zu enthalten. Ergänzend hierzu bestimmt § 35a GmbHG, dass unter anderem auf allen Geschäftsbriefen die Rechtsform der Gesellschaft angegeben werden muss. Dritte, die mit der GmbH rechtsgeschäftlich in Kontakt treten wollen, sollen entsprechend aufgeklärt werden.<sup>123</sup> Dies lässt sich auf den Grundsatz der unbeschränkten Haftung im Handelsrecht zurückführen. Jeder darf demnach auf die unbeschränkte Haftung des Verhandlungspartners vertrauen, wenn dieser nicht ausdrücklich auf eine beschränkte Haftung hinweist.<sup>124</sup> Voraussetzung für die Vertrauenshaftung ist die Gutgläubigkeit des Dritten. Der Vertragspartner ist daher schutzwürdig, wenn er die wahren Verhältnisse weder kannte noch kennen musste. Da der Geschäftsführer durch den Verstoß gegen §§ 4, 35a GmbHG den Rechtsschein erzeugt hat, trifft ihn bzgl. der positiven Kenntnis des Vertragspartners die Darlegungs- und Beweislast. Tritt der Geschäftsführer gegenüber Dritten ohne den Hinweis auf, dass die Gesellschaft in der Rechtsform der GmbH firmiert, wird dennoch die Gesellschaft Vertragspartnerin. Dies lässt sich aus den Grundsätzen des unternehmensbezogenen Handelns ableiten und somit wird im Zweifel grundsätzlich der Rechtsträger des Unternehmens, die GmbH, vertraglich verpflichtet. Der Geschäftsführer wird selbst nicht Partner des Vertrags, sondern haftet neben der Gesellschaft. Der Geschäftsführer hat gegenüber dem Vertragspartner persönlich unbeschränkt für die Gesell-

---

<sup>118</sup> Vgl. Ek 2011, S. 57.

<sup>119</sup> Vgl. Witt 2015, S. 337.

<sup>120</sup> Vgl. Von Woedtke, NZG 2013, S. 487.

<sup>121</sup> Vgl. Julia 2012, S. 283.

<sup>122</sup> Vgl. Bitter, ZInsO 2010, S. 1562.

<sup>123</sup> Vgl. Julia 2012, S. 283.

<sup>124</sup> Vgl. Ek 2011, S. 61.

schaftsverbindlichkeiten einzustehen. Bei der Rechtsscheinhaftung handelt es sich nicht um eine subsidiäre bzw. nachrangige Ausfallhaftung. Der Getäuschte kann daher entscheiden, ob er den Geschäftsführer allein oder den Geschäftsführer neben der Gesellschaft in Anspruch nehmen möchte. Die GmbH und der Geschäftsführer haften demnach als Gesamtschuldner.<sup>125</sup>

### **3.2.1.2 Verschulden bei Vertragsschluss**

Ein Verschulden bei oder vor Vertragsschluss wird auch als culpa in contrahendo (c.i.c.) bezeichnet und kann nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB zu einer Schadensersatzpflicht gegenüber dem Verhandlungspartner führen. Typische Fallgruppen der c.i.c. sind die Verletzung von Sorgfalts-, Obhuts- und Aufklärungspflichten, wie z. B. eine unterlassene Aufklärung über eine wirtschaftlich angespannte Lage. Der Anspruch aus c.i.c. richtet sich gewöhnlich nur gegen den Verhandlungspartner. Somit haftet also die GmbH, wenn durch ihre Organe vorvertragliche Schutzpflichten verletzt werden. Ausnahmsweise kann sich der Anspruch aus c.i.c. aber auch gegen denjenigen richten, der als Vertreter die Verhandlungen für die GmbH führt. Gemäß § 311 Abs. 3 BGB kommt dies insbesondere in Betracht, sobald der Vertreter besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsabschluss erheblich beeinflusst.<sup>126</sup> Führt der Geschäftsführer mit einem Gläubiger Vertragsverhandlungen, begründet er hierdurch zunächst lediglich das „normale Verhandlungstrauen“, das bei der Anbahnung von Geschäftsbeziehungen immer gegeben ist und für welches die Gesellschaft einzustehen hat. Erst wenn der GmbH-Geschäftsführer über das normale Verhandlungstrauen hinausgeht und bei seinem Vertragspartner den Eindruck erweckt, er würde die ordnungsgemäße Geschäftsabwicklung persönlich gewährleisten, kann ein besonderes persönliches Vertrauen in Betracht kommen. Dieses besondere Vertrauen kann sich bspw. ergeben, wenn sich der Geschäftsführer als besonderer Fachmann ausgibt oder wenn er vorgibt persönlich für eine Bezahlung einzustehen.<sup>127</sup> Eine Haftung aus c.i.c. nimmt der BGH an, wenn der Geschäftsführer den Vertragspartner trotz erkennbarer Überschuldung und dem Wissen, dass die Durchführung der beabsichtigten Geschäfte schwerwiegend gefährdet ist, zu Vorleistungen bewegt, welche der Vertragspartner im Vertrauen auf die Aussage des Geschäftsführers und seine Person dann auch erbringt. Entscheidend ist, dass der Geschäftsführer z. B. aufgrund seiner besonderen Sachkenntnis eine persönliche Gewähr für die Richtigkeit seiner Aussagen bietet.<sup>128</sup> Der Geschäftsführer haftet der Vertragspartei dann persönlich für die besondere Vertrauensstellung.<sup>129</sup>

### **3.2.2 Deliktische Haftung**

Eine persönliche Außenhaftung des Geschäftsführers ergibt sich in der Praxis insbesondere aus dem Deliktsrecht. Die GmbH haftet Dritten grundsätzlich nach § 31 BGB auf Schadensersatz für ein deliktisches Handeln ihrer Organe. Der Geschäftsführer kann sich aber auch persönlich schadensersatzpflichtig machen, wenn er eine unerlaubte Handlung begeht oder wenn er sich einer Straftat schuldig macht, die ein Schutzgesetz i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB verletzt.<sup>130</sup>

---

<sup>125</sup> Vgl. Julia 2012, S. 284 f.; Bitter, ZInsO 2010, S. 1563.

<sup>126</sup> Vgl. Bitter, ZInsO 2010, S. 1563.

<sup>127</sup> Vgl. Eckardt/Mayer/van Zwoell 2014, S. 144; Ek 2011, S. 60.

<sup>128</sup> Vgl. Julia 2012, S. 287 mit Hinweis auf: BGH DB 1991, 1765, 1767.

<sup>129</sup> Vgl. Ek 2011, S. 60.

<sup>130</sup> Vgl. ebd., S. 57 ff.

### 3.2.2.1 Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB

Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen gem. § 823 Abs. 1 BGB zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Verletzt der Geschäftsführer demnach durch ein schuldhaftes und rechtswidriges Verhalten (Tun oder Unterlassen) eines dieser absoluten Rechtsgüter eines Dritten (sog. Haftungsbegründende Kausalität) und ist dem Dritten aufgrund der Rechtsgutverletzung ein nach dem allgemeinen Schadensrecht (§§ 249ff. BGB) ersatzfähiger Schaden entstanden (sog. Haftungsausfüllende Kausalität), so hat der Geschäftsführer persönlich für den entstandenen Schaden einzustehen. Die Fälle der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit aufgrund einer aktiven Handlung bzw. einer unmittelbaren Rechtsgutverletzung sind i. d. R. nicht besonders problembehaftet, da keine gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten bestehen und das allgemeine Haftungsrecht gilt.<sup>131</sup>

Problematisch sind allerdings Fälle, bei denen der Schaden durch ein Unterlassen herbeigeführt wird und es sich somit um eine mittelbare Rechtsgutverletzung handelt. Der Geschäftsführer begeht hier nicht selbst schuldhaft eine Rechtsgutverletzung i. S. v. § 823 Abs. 1 BGB, sondern ausschließlich von ihm weisungsabhängige Angestellte der GmbH. Ob der GmbH-Geschäftsführer nach § 823 BGB haftet, wenn er nur fahrlässig eine aus dem Unternehmen heraus begangene Rechtsgutverletzung nicht verhindert hat, ist umstritten.<sup>132</sup> Außerhalb des Vertragsrechts besteht die allgemeine und jedermann treffende Pflicht, dafür Sorge zu tragen, dass fremde Rechtsgüter nicht verletzt werden. Da von einem Unternehmen Gefahren ausgehen können, besteht demnach für die GmbH die Pflicht, diese Gefahrenquellen abzusichern. Diese Pflicht wird auch als Verkehrssicherungspflicht oder Verkehrspflicht bezeichnet und trifft grundsätzlich die Gesellschaft.<sup>133</sup> Der VI. Zivilsenat des BGH hat in seinem „Baustoff“-Urteil vom 05.12.1989 jedoch wegen der Verletzung einer Verkehrspflicht eine persönliche Haftung des Geschäftsführers angenommen. Hierzu wurde ausgeführt, dass „mit den Pflichten aus der Organstellung gegenüber der Gesellschaft Pflichten einhergehen, die von dem Geschäftsführer nicht mehr nur für die Gesellschaft als deren Organ zu erfüllen sind, sondern die ihn aus besonderen Gründen persönlich gegenüber dem Dritten treffen. Dies kann im außervertraglichen, deliktischen Bereich insbesondere wegen einer dem Geschäftsführer als Aufgabe zugewiesenen oder von ihm jedenfalls in Anspruch genommenen Garantenstellung zum Schutz fremder Schutzgüter i. S. des § 823 Abs. 1 BGB der Fall sein, die ihre Träger der Einflussphäre der Gesellschaft anvertraut haben.“ Unter besonderen Voraussetzungen könne die Verantwortlichkeit für eine Schädigung auch den Geschäftsführer treffen, wenn dieser zwar nicht eigenhändig geschädigt habe, aber die Ursache für die Schädigung in Versäumnissen bei der ihm übertragenen Organisation und Kontrolle liege.<sup>134</sup> Diese Ausweitung der Haftung war weitgehend auf Kritik gestoßen. Der BGH hält aber weiterhin an seiner Rechtsprechung zur Garantenstellung fest. So bestehen für den Geschäftsführer weiterhin Verkehrssicherungspflichten bspw. als sog. Überwachergarant beim Betrieb gefährlicher Anlagen, beim Vertrieb gefahrträchtiger Produkte oder zur Vermeidung betriebsbezogener Straftaten untergeordneter Mitarbeiter. Für die Eigenhaftung des GmbH-Geschäftsführers ist „das Maß der von der konkreten betrieblichen Tätigkeit ausgehenden Gefahr für Dritte“ entscheidend. Missachtet der Geschäftsführer also besondere Vor-

---

<sup>131</sup> Vgl. Jula 2012, S. 263 f.; Ziemons 2011, § 24, Rn. 8.

<sup>132</sup> Vgl. Ziemons 2011, § 24, Rn. 10 f.

<sup>133</sup> Vgl. Jula 2012, S. 265.

<sup>134</sup> BGHZ, 109, 297, 303.

sichtsmaßnahmen, kann ihm eine Haftung aufgrund eines Organisationsverschuldens bzw. aufgrund einer Verkehrspflichtverletzung angelastet werden.<sup>135</sup>

Die Garantenstellung hat ferner eine weitreichende Bedeutung im Bereich der Produkthaftung.<sup>136</sup> Unter dieser ist die Haftung des Herstellers für Personen- oder Sachschäden zu verstehen, die bei bestimmungsgemäßer Benutzung durch den Verbraucher aufgrund eines Fehlers des Produkts eintreten. § 1 ProdHaftG begründet allein eine Haftung und Ersatzpflicht des Herstellers bzw. des Unternehmens. Die Haftung des Geschäftsführers richtet sich auch hier nach dem allgemeinen Deliktrecht, insbesondere nach § 823 Abs. 1 BGB. Das Verschulden des Geschäftsführers ergibt sich mit dem Inverkehrbringen des fehlerhaften Produktes und dem damit zumindest fahrlässigen Verstoß gegen eine Verkehrssicherungspflicht. Den Geschäftsführer trifft außerdem eine Organisationspflicht, indem er das Unternehmen so einzurichten hat, dass Fehler durch Kontrollen entdeckt und beseitigt werden. Darüber hinaus obliegt dem Geschäftsführer eine Instruktionspflicht, welche ihn dazu anhält, Dritte auf mögliche Risiken hinzuweisen und entsprechende Hinweise und Warnungen am Produkt anzubringen. Überdies trifft den GmbH-Geschäftsführer eine Produktbeobachtungspflicht. Danach hat er die Produkte ab Inverkehrbringen auf schädliche und bisher unerkannt gebliebene Eigenschaften im Auge zu behalten und im Rahmen des Zumutbaren erkannte Risiken abzuwenden. Stellt sich ein Produkt als gesundheits- oder lebensgefährlich dar, hat der Geschäftsführer seine Rückrufpflicht wahrzunehmen. Die von der Rechtsprechung entwickelte Beweislastumkehr bewirkt eine Haftungsverschärfung für den Geschäftsführer. Demnach muss nicht der Geschädigte, welcher sich auf § 823 Abs. 1 BGB beruft, das Verschulden des Geschäftsführers nachweisen, sondern der in Anspruch genommene Geschäftsführer aufgrund der größeren Nähe zur betreffenden Gefahrenquelle.<sup>137</sup>

### 3.2.2.2 Haftung gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Schutzgesetz

Den Geschäftsführer kann weiter eine persönliche Haftung treffen, wenn er i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB gegen ein Schutzgesetz, welches den Schutz Dritter bezweckt, verstößt. Die Vorschrift des § 823 Abs. 2 BGB ist daher als Anspruchsgrundlage immer nur in Verbindung mit einem Schutzgesetz geeignet.<sup>138</sup> Zu den Schutzgesetzen zählen bspw. der Betrug (§ 263 StGB), der Subventionsbetrug (§ 264 StGB), die Untreue (§ 266 StGB), das Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 266a StGB) oder die Insolvenzverschleppung (§ 15a Abs. 1 InsO).

Des Betrugs macht sich gem. § 263 StGB strafbar, wer in der Absicht, sich oder einen Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, dass er durch Vorspiegelung falscher oder Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält. Der Betrüger kann mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden. Ein Geschäftsführer der bspw. einen Geschäftspartner beim Abschluss eines Rechtsgeschäfts über die wirtschaftliche Lage der GmbH täuscht und somit eine Schädigung des Geschäftspartners billigend in Kauf nimmt, macht sich einerseits nach § 263 StGB strafbar und andererseits zusätzlich gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB für den Eingehungsbetrug schuldensersatzpflichtig. Der Geschäftsführer hat dann nicht nur für den Ausfall einzustehen,

---

<sup>135</sup> Vgl. Eckardt/Mayer/van Zwoll 2014, S. 160.

<sup>136</sup> Vgl. Jula 2012, S. 267.

<sup>137</sup> Vgl. Ek 2011, S. 63 f.

<sup>138</sup> Vgl. Jula 2012, S. 268; Ek 2011, S. 64.

der durch die Insolvenz der Gesellschaft entstanden ist, sondern haftet für den gesamten durch seinen Betrug entstandenen Schaden.<sup>139</sup>

Ein Subventionsbetrug begeht gem. § 264 StGB, wer einer für die Bewilligung einer Subvention zuständigen Behörde oder einer anderen in das Subventionsverfahren eingeschalteten Stelle oder Person (Subventionsgeber) über subventionserhebliche Tatsachen für sich oder einen anderen unrichtige oder unvollständige Angaben macht, die für ihn oder den anderen vorteilhaft sind. Einen Subventionsbetrug begeht auch derjenige, der eine Subvention zweckwidrig verwendet und z. B. eine Zuwendung für die Einrichtung eines behindertengerechten Arbeitsplatzes anderweitig einsetzt. Gemäß § 264 Abs. 4 StGB macht sich der Geschäftsführer bereits bei leichtfertigerem Handeln strafbar. Der GmbH-Geschäftsführer muss also nicht vorsätzlich gehandelt haben.<sup>140</sup> Ein Subventionsbetrug nach § 264 StGB kann mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden. Verstößt der Geschäftsführer gegen diese Vorschrift, macht er sich nicht nur gem. § 264 StGB strafbar, sondern kann auch zivilrechtlich nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 264 StGB auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden.

Gemäß § 266 StGB macht sich der Untreue strafbar, wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt. Wer eine Untreue nach § 266 StGB begeht, kann mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden. Es ist zwischen dem Missbrauchstatbestand des § 266 Abs. 1 1. Alt. StGB und dem Treuebruchtatbestand des § 266 Abs. 1 2. Alt. StGB zu unterscheiden. Voraussetzung für den Missbrauchstatbestand ist, dass der Geschäftsführer die Verfügungsbefugnis über das für ihn fremde Vermögen der GmbH missbraucht, indem er vorsätzlich für diese nachteilige Rechtsgeschäfte abschließt. Der Treuebruchtatbestand wird durch ein tatsächliches Einwirken des Geschäftsführers auf das Vermögen – wie z. B. mit einem Griff in die Kasse – verwirklicht.<sup>141</sup> Der Geschäftsführer kann beide Varianten der Untreue begehen, da er nach § 37 GmbHG eine nach außen unbeschränkbare Vertretungsmacht besitzt und er die Vermögensinteressen der GmbH zu betreuen hat. Die Verwirklichung des Straftatbestandes führt gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 StGB zu einer zivilrechtlichen Haftung des Geschäftsführers. Dabei ist die Schädigung des anderen entscheidend und nicht, dass sich der Geschäftsführer hierbei selbst bereichern möchte. Er muss aber mit Schädigungsvorsatz handeln, wobei es ausreichend ist, wenn der Geschäftsführer Kenntnis von der Vermögensgefährdung hat und diese billigend in Kauf nimmt.<sup>142</sup> Von der Rechtsprechung ist inzwischen anerkannt, dass der Geschäftsführer den Untreuetatbestand auch dann verwirklicht, wenn er im Einverständnis der Gesellschafter oder auf deren Weisung gehandelt hat.<sup>143</sup> Allerdings wird vertreten, dass der GmbH-Geschäftsführer in der Krise der Gesellschaft dazu verpflichtet ist, eine Herabsetzung seiner Bezüge zu veranlassen. Kommt er dieser Pflicht nicht nach, kann er den Untreuetatbestand aufgrund einer überhöhten Vergütung verwirklichen. Neben der Untreue zu Lasten der GmbH ist auch eine Untreue zu Lasten Dritter möglich. Demnach kann der Geschäftsführer straf-

<sup>139</sup> Vgl. Eckardt/Mayer/van Zwoll 2014, S. 160 f.

<sup>140</sup> Vgl. Julia 2012, S. 275.

<sup>141</sup> Vgl. Ek 2011, S. 65; Julia 2012, S. 271.

<sup>142</sup> Vgl. Julia 2012, S. 270 f.

<sup>143</sup> Vgl. Eckardt/Mayer/van Zwoll 2014, S. 162.

rechtlich belangt werden, wenn die Gesellschaft Gelder der Geschäftspartner nicht ordnungsgemäß verwendet oder verwaltet. Als Beispiel kann hierfür das „Verschwinden“ von Sicherheitseinbehalten oder Kauttionen angeführt werden. Da die GmbH als juristische Person nicht bestraft werden kann, erfolgt ein Rückgriff auf den Geschäftsführer über die Vorschrift des § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB und über § 823 Abs. 2 BGB kann sich dann wiederum eine zivilrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers ergeben.<sup>144</sup>

Gemäß § 266a StGB wird ein Arbeitgeber mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn er der Einzugsstelle Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung vorenthält. Hierfür ist es nicht von Bedeutung, ob überhaupt Arbeitsentgelt an die Arbeitnehmer gezahlt wird. Da die Vorschrift die GmbH als Arbeitgeberin adressiert, erfolgt auch hier der Rückgriff auf den Geschäftsführer über § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Des Weiteren kann sich für den Geschäftsführer für das Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen eine zivilrechtliche Haftung gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266a StGB ergeben. Als gesetzlicher Vertreter der GmbH hat der Geschäftsführer sicherzustellen, dass die Sozialversicherungsbeiträge zum Zeitpunkt der Fälligkeit an die Sozialversicherungsträger entrichtet werden. Der GmbH-Geschäftsführer muss deshalb auch aktiv darauf hinwirken, dass die Bank diese Überweisungsaufträge an die Sozialversicherungsträger ausführt.<sup>145</sup> Voraussetzung für die Haftung ist, dass es der GmbH zum Zeitpunkt der Fälligkeit der Sozialversicherungsbeiträge möglich ist, diese Beiträge abzuführen. Eine strafrechtliche und zivilrechtliche Haftung kommt nicht in Betracht, wenn der Fälligkeitszeitpunkt nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens liegt und somit das Abführen der Beiträge aufgrund absoluter Zahlungsunfähigkeit unmöglich ist. Allerdings muss der Arbeitgeber bei den ersten Anzeichen einer Krise und Liquiditätsproblemen geeignete Vorkehrungen ergreifen, um die Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung bezahlen zu können. Der Geschäftsführer muss geeignete Maßnahmen zur Vorsorge treffen und bspw. rechtzeitig Rücklagen bilden oder Löhne reduzieren, um sich nicht haftbar zu machen. Für eine Haftung nach § 266a StGB muss der Geschäftsführer vorsätzlich und mit dem Bewusstsein und dem Willen gehandelt haben, die fälligen Sozialversicherungsbeiträge nicht abzuführen. Hierbei ist es ausreichend, dass der GmbH-Geschäftsführer billigend in Kauf nimmt, dass möglicherweise die fälligen Beträge vorenthalten werden.<sup>146</sup> Dabei trifft den Sozialversicherungsträger die Darlegungs- und Beweislast. Dieser muss nachweisen, dass es dem Geschäftsführer aufgrund vorhandener Mittel möglich war die Sozialversicherungsbeiträge abzuführen und dass der Geschäftsführer jedoch vorsätzlich gegen seine Abführungspflicht verstoßen hat.<sup>147</sup>

Eine Haftung des Geschäftsführers kann sich ferner auch aufgrund Insolvenzverschleppung gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO ergeben. Den Gesellschaftsgläubigern ist es nicht möglich aus § 64 GmbHG eigene Ansprüche gegen den Geschäftsführer geltend zu machen. Die Regelung zur Insolvenzantragspflicht des Geschäftsführers nach § 15a InsO stellt aber, wie weitgehend anerkannt, ein Schutzgesetz i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB dar. Der Geschäftsführer hat gem. § 15a Abs. 1 InsO ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der GmbH die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen. Wird der Insolvenzantrag vom Geschäftsführer schuldhaft verspätet gestellt, haftet er den Gläubigern der GmbH gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO wegen Insolvenzverschleppung.

---

<sup>144</sup> Vgl. Jula 2012, S. 274.

<sup>145</sup> Vgl. Eckardt/Mayer/van Zwoell 2014, S. 156.

<sup>146</sup> Vgl. ebd.; Ek 2011, S. 67.

<sup>147</sup> Vgl. Witt 2015, S. 346.

pfung für den durch seine Pflichtverletzung entstandenen Schaden.<sup>148</sup> Für die deliktische Haftung des GmbH-Geschäftsführers ist demnach ein Verschulden erforderlich. Für dieses schuldhaftes Handeln reicht bereits Fahrlässigkeit und somit die Erkennbarkeit der Insolvenzreife der GmbH aus. Dem Gläubiger obliegt bei einem Schadensersatzbegehren für das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung die Darlegungs- und Beweislast.<sup>149</sup> Für die Berechnung des zu ersetzenden Schadens ist zwischen Altgläubigern und Neugläubigern zu unterscheiden. Altgläubiger waren schon bei Eintritt der Insolvenzreife Gläubiger der Gesellschaft und ihre Forderungen wurden somit bereits vor Insolvenzreife der GmbH begründet. Ihr Anspruch ist auf den Quotenschaden beschränkt. Hierbei handelt es sich um den Betrag, um den sich die Insolvenzmasse und damit auch die dem einzelnen Gläubiger verbleibende Quote durch die verspätete Antragsstellung verringert haben.<sup>150</sup> Für die Geltendmachung des Quotenschadens ist gem. § 92 InsO der Insolvenzverwalter zuständig. Neugläubiger sind erst nach Eintritt der Insolvenzreife in geschäftlichen Kontakt mit der Gesellschaft getreten oder haben nach Insolvenzreife eine Vorleistung an die GmbH erbracht.<sup>151</sup> Da die Neugläubiger bei rechtzeitiger Insolvenzantragsstellung erst gar nicht in vertragliche Rechtsbeziehungen zur insolvenzreifen Gesellschaft getreten und somit auch nicht geschädigt worden wären, steht diesen der Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens und damit ein Schadensersatzanspruch in voller Höhe zu (sog. negatives Interesse).<sup>152</sup> Die Neugläubiger sind also so zu stellen, als ob sie mit der Gesellschaft keinen Vertrag geschlossen hätten. Im Gegensatz zu den Altgläubigern können die Neugläubiger selbst – und nicht der Insolvenzverwalter – den Geschäftsführer auf Schadensersatz in Anspruch nehmen.<sup>153</sup>

### 3.2.2.3 *Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung*

Von Bedeutung als weitere deliktische Anspruchsgrundlage ist schließlich noch § 826 BGB. Nach dieser Vorschrift macht sich derjenige schadensersatzpflichtig, der in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt. Dies wird von der Rechtsprechung insbesondere dann angenommen, wenn der Geschäftsführer gegenüber einem Vertragspartner ihm bekannte Umstände bzgl. der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft verschweigt, auf welche er aber unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben vor Vertragsabschluss hätte hinweisen müssen.<sup>154</sup> Daher kommt § 826 BGB oft neben den soeben dargestellten Ansprüchen aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. einem Schutzgesetz zur Anwendung. Als Beispiel für eine sittenwidrige Schädigung kann die Haftung aufgrund vorsätzlicher Insolvenzverschleppung angeführt werden. Die Haftung nach § 826 BGB stellt eine eigene Fallgruppe dar und kann somit neben der Haftung gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a InsO bestehen. Eine sittenwidrige Schädigung nach § 826 BGB setzt voraus, dass der Geschäftsführer durch Unterlassen der Insolvenzantragsstellung die Schädigung der Unternehmensgläubiger billigend in Kauf genommen hat. Der Schädigungsvorsatz ist demnach gegeben, wenn der GmbH-Geschäftsführer von der unmittelbar drohenden Zahlungsunfähigkeit oder

---

<sup>148</sup> Vgl. ebd., S. 338 f.

<sup>149</sup> Vgl. Ek 2011, S. 70.

<sup>150</sup> Vgl. Witt 2015, S. 340.

<sup>151</sup> Vgl. Bitter/Heim 2016, § 4, Rn. 150.

<sup>152</sup> Vgl. Witt 2015, S. 341.

<sup>153</sup> Vgl. Eckardt/Mayer/van Zwoll 2014, S. 148 f.

<sup>154</sup> Vgl. ebd., S. 166.

Überschuldung der Gesellschaft wusste und er es dennoch unterlässt den Geschäftspartner bei Vertragsabschluss über diese Vermögenslage aufzuklären.<sup>155</sup>

### 3.3 STRAFRECHTLICHE VERANTWORTLICHKEIT

Neben der Haftung gegenüber der Gesellschaft und der Haftung gegenüber Dritten können den Geschäftsführer auch zahlreiche strafrechtliche Risiken treffen. Im Zusammenhang mit der deliktischen Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB wurden bereits verschiedene Strafgesetze aufgeführt. Daher wird nachfolgend der Betrug (§ 263 StGB), der Subventionsbetrug (§ 264 StGB), die Untreue (§ 266 StGB) und das Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 266a StGB) nicht nochmals aufgeführt. Weitere Normen für die Strafbarkeit des Geschäftsführers lassen sich neben dem Strafgesetzbuch (StGB) z. B. auch im Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) oder in der Insolvenzordnung (InsO) finden. Für den Geschäftsführer einer GmbH bestehen in vielfacher Hinsicht strafrechtliche Gefahren.<sup>156</sup> In den folgenden Abschnitten sollen daher vor allem die Sonderdelikte nach §§ 82, 84, 85 GmbHG; § 15a Abs. 4, 5 InsO sowie die Verletzung der Buchführungspflicht nach § 283b StGB behandelt werden, da bei diesen Straftatbeständen speziell der Geschäftsführer Adressat der Strafvorschriften ist und somit auch nur dieser gegen diese Sonderdelikte verstoßen kann.<sup>157</sup>

#### 3.3.1 Falsche Angaben

Für den Geschäftsführer sind alle Vorgänge im Zusammenhang mit der Kapitalaufbringung und der Kapitalerhaltung, sowie der Erhöhung oder Herabsetzung des Stammkapitals besonders risikobehaftet. Nach § 82 GmbHG wird der Geschäftsführer für falsche Angaben gegenüber dem Handelsregister mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.<sup>158</sup> Die nachstehend angeführten Tatbestände können nicht fahrlässig verwirklicht werden und setzen daher alle Vorsatz i. S. v. § 15 StGB voraus.<sup>159</sup> Der Geschäftsführer kann nach § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG zur Rechenschaft gezogen werden, wenn er zum Zweck der Eintragung der Gesellschaft über die Übernahme der Geschäftsanteile, die Leistung der Einlagen, die Verwendung eingezahlter Beträge, sowie über Sondervorteile, Gründungsaufwand und Sacheinlagen falsche Angaben macht (Gründungsschwindel).<sup>160</sup> Zu den falschen Angaben gehören alle dem Registergericht abzugebende Erklärungen, die sowohl unrichtig als auch unvollständig sind. Die Aussagen über Tatsachen also nach dem objektiven Empfängerhorizont nicht der Wirklichkeit entsprechen.<sup>161</sup> Darüber hinaus kann der Geschäftsführer gem. § 82 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG belangt werden, wenn er zum Zweck der Eintragung einer Kapitalerhöhung über die Zeichnung oder Einbringung des neuen Kapitals oder über Sacheinlagen falsche Angaben tätigt (Kapitalerhöhungsschwindel). Demgegenüber wird der Geschäftsführer im Fall der Kapitalherabsetzung nach § 82 Abs. 2 Nr. 1 GmbHG bestraft, wenn er zum Zweck der Kapitalherabsetzung über die Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger eine unwahre Versicherung abgibt (Kapitalherabsetzungsschwindel).<sup>162</sup> Ebenfalls kann der Ge-

---

<sup>155</sup> Vgl. Ek 2011, S. 71.

<sup>156</sup> Vgl. Eckardt/Mayer/van Zwoll 2014, S. 179.

<sup>157</sup> Vgl. Jula 2012, S. 375 ff.

<sup>158</sup> Vgl. Eckardt/Mayer/van Zwoll 2014, S. 179.

<sup>159</sup> Vgl. Saenger/Inhvester/Saenger GmbHG § 82, Rn. 9.

<sup>160</sup> Vgl. Eckardt/Mayer/van Zwoll 2014, S. 179.

<sup>161</sup> Vgl. Saenger/Inhvester/Saenger GmbHG § 82, Rn. 11.

<sup>162</sup> Vgl. Eckardt/Mayer/van Zwoll 2014, S. 179.

schäftsführer gem. § 82 Abs. 2 Nr. 2 GmbHG für die unwahre Darstellung oder die Verschleierung der Vermögenslage der Gesellschaft und diesbezüglich für entsprechend falsche Angaben in öffentlichen Mitteilungen belangt werden (Geschäftsagetäuschung).<sup>163</sup> Unter einer unwahren Darstellung oder einer Verschleierung ist jede Täuschung über die Vermögenssituation zu verstehen. Eine solche Verschleierung ist bereits gegeben, wenn durch die Form der Darstellung die Erkenntnis über die Vermögenslage behindert oder erschwert wird. Eine öffentliche Mitteilung liegt vor, wenn die Information allgemein zugänglich ist oder einen grundsätzlich unbegrenzten Personenkreis adressiert.<sup>164</sup> Wird der Geschäftsführer rechtskräftig nach § 82 GmbHG verurteilt, darf er die Tätigkeit des Geschäftsführers gem. § 6 Abs. 2 Nr. 3c) GmbHG für die Dauer von fünf Jahren nicht mehr ausüben.

### **3.3.2 Unterlassene Verlustanzeige**

Ein Geschäftsführer macht sich nach § 84 Abs. 1 GmbHG strafbar, wenn er es unterlässt, den Gesellschaftern einen Verlust in Höhe der Hälfte des Stammkapitals anzuzeigen. Bei unterlassener Verlustanzeige droht dem GmbH-Geschäftsführer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Auch fahrlässiges Unterlassen wird gem. § 84 Abs. 2 GmbHG bestraft.<sup>165</sup> Es handelt sich somit um ein echtes Unterlassungsdelikt, da durch ein bloßes Untätigbleiben des Geschäftsführers die Strafbarkeit nach § 84 GmbHG begründet werden kann. Bei der GmbH ist im Ausgleich zur fehlenden Haftung der Gesellschafter die Kapitalerhaltung von besonderer Bedeutung.<sup>166</sup> Der Geschäftsführer hat die Gesellschafter zu informieren, wenn die Gesellschaft mehr als die Hälfte ihres Stammkapitals verloren hat, da der Kapitalverlust ein wesentliches Krisenindiz darstellt, auch wenn eine materielle Insolvenz noch nicht bevorstehen muss. Die Gesellschafter sollen frühzeitig über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft informiert werden, da ihnen Überlegungen über den Fortgang der Geschäfte, eine etwaige Finanzierung oder die Notwendigkeit von Sanierungsmaßnahmen möglich sein sollen.<sup>167</sup> Außerdem muss der GmbH-Geschäftsführer, wie dargestellt, nach § 49 Abs. 3 GmbHG eine Gesellschafterversammlung einberufen. Diese Pflicht wird jedoch nicht von § 84 Abs. 1 GmbHG erfasst, da die Regelung nur die Anzeige gegenüber den Gesellschaftern vorschreibt. Für diese Anzeigepflicht ist gesetzlich keine bestimmte Form festgelegt. Die Mitteilung an die Gesellschafter kann daher auch außerhalb einer Gesellschafterversammlung z. B. fernmündlich oder durch eingeschriebenen Brief erfolgen. Demnach entgeht der Geschäftsführer einer Strafbarkeit, wenn er den Verlust gegenüber den Gesellschaftern anzeigt, es jedoch unterlässt eine Gesellschafterversammlung einzuberufen.<sup>168</sup>

### **3.3.3 Verletzung der Geheimhaltungspflicht**

Der Geschäftsführer kann sich gem. § 85 Abs. 1 GmbHG strafbar machen, wenn er ein Geheimnis der Gesellschaft, namentlich ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, das ihm in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer bekanntgeworden ist, unbefugt offenbart. Ein Geheimnis ist jede Tatsache, die nicht offenkundig ist und somit nur einem begrenzten Kreis bekannt ist und an deren Geheimhaltung die GmbH ein objektives Interesse hat. Dieses Interesse ist gegeben, wenn bei Offenbarung des Geheimnisses der Gesellschaft ein materieller oder immaterieller Schaden droht. Unter Offenbarung ist die Kundgabe an

---

<sup>163</sup> Vgl. Julia 2012, S. 376.

<sup>164</sup> Vgl. Saenger/Inhvester/Saenger GmbHG § 82, Rn. 34 f.

<sup>165</sup> Vgl. Eckardt/Mayer/van Zwoll 2014, S. 181 f.

<sup>166</sup> Vgl. Julia 2012, S. 377.

<sup>167</sup> Vgl. Saenger/Inhvester/Saenger GmbHG § 85, Rn. 2; Julia 2012, S. 377.

<sup>168</sup> Vgl. Julia 2012, S. 377; Saenger/Inhvester/Saenger GmbHG § 84, Rn. 20.

einen Dritten zu verstehen, dem die Information bis dahin nicht bekannt war. Die Strafbarkeit erfordert, dass der Geschäftsführer mit Vorsatz gehandelt hat.<sup>169</sup> Da § 85 GmbHG ein abstraktes Gefährdungsdelikt darstellt, ist es nicht erforderlich, dass der Gesellschaft durch die Verletzung der Geheimhaltungspflicht direkt ein Schaden entstanden ist.<sup>170</sup> Verletzt der Geschäftsführer diese Pflicht, wird er mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe belangt. Handelt der Geschäftsführer gegen Entgelt oder mit Bereicherungs- oder Schädigungsabsicht (§ 85 Abs. 2 S. 1 GmbHG) oder verwertet er das Geschäftsgeheimnis unbefugt (§ 85 Abs. 2 S. 2 GmbHG) erhöht sich der Strafraum auf Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren. Bei § 85 GmbHG handelt es sich nach Abs. 3 um ein reines Antragsdelikt und die Tat wird daher nur auf Antrag der Gesellschaft verfolgt.<sup>171</sup>

### 3.3.4 Insolvenzsverschleppung

Nach § 15a Abs. 1 InsO haben die Mitglieder des Vertretungsorgans, also der Geschäftsführer, ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen. Unterlässt er dies und führt die GmbH trotz Insolvenzsreife fort, löst er eine Strafbarkeit nach § 15a Abs. 4, 5 InsO wegen Insolvenzsverschleppung aus. Nach § 15a Abs. 4 InsO wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer nach Absatz 1 Satz 1 einen Eröffnungsantrag nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig stellt. Handelt der Geschäftsführer in diesen Fällen fahrlässig, ist die Strafe nach § 15a Abs. 5 InsO Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe. Der Geschäftsführer kann, wie zur Insolvenzsverschleppung schon näher ausgeführt wurde, daneben auch zivilrechtlich nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Ebenso wie bei der unterlassenen Verlustanzeige (§ 84 GmbHG) handelt es sich bei der Strafbarkeit wegen Insolvenzsverschleppung (§ 15a Abs. 4, 5 InsO) um ein echtes Unterlassungsdelikt, da auch hier durch ein bloßes Untätigbleiben des Geschäftsführers die Strafbarkeit begründet werden kann.<sup>172</sup> Wird der Geschäftsführer rechtskräftig verurteilt, darf er gem. § 6 Abs. 2 Nr. 3a) GmbHG das Amt des Geschäftsführers für die Dauer von fünf Jahren nicht mehr ausüben.

### 3.3.5 Insolvenzstraftaten

Bei den Insolvenzdelikten (§ 283 bis § 283d StGB) handelt es sich um Straftatbestände die sich grundsätzlich an die Gesellschaft als Schuldnerin richten (Ausnahme: Verletzung der Buchführungspflicht, § 283b StGB). Wie bereits erwähnt wurde, kann die GmbH als juristische Person nicht bestraft werden. Ausgangspunkt für die strafrechtliche Organhaftung ist demnach § 14 StGB, da über diese Vorschrift ein Rückgriff auf den Geschäftsführer (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB) erfolgen und dieser somit strafrechtlich zur Rechenschaft gezogen werden kann. Wird der Geschäftsführer rechtskräftig verurteilt, darf er das Amt des Geschäftsführers gem. § 6 Abs. 2 Nr. 3b) GmbHG für die Dauer von fünf Jahren nicht mehr ausüben.<sup>173</sup> Die nachfolgend dargestellten Insolvenzstraftaten werden nur verfolgt, wenn die Gesellschaft ihre Zahlungen eingestellt oder über ihr Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet oder der Eröffnungsantrag mangels Masse abgewiesen worden ist (§ 283 Abs. 6 StGB).

---

<sup>169</sup> Vgl. Saenger/Inhester/Saenger GmbHG § 85, Rn. 7 ff.

<sup>170</sup> Vgl. Ek 2011, S. 77.

<sup>171</sup> Vgl. Eckardt/Mayer/van Zwoll 2014, S. 189.

<sup>172</sup> Vgl. Jula 2012, S. 377.

<sup>173</sup> Vgl. ebd., S. 370.

### 3.3.5.1 Bankrott

Wegen Bankrotts wird nach § 283 Abs. 1 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer bei Überschuldung oder bei drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit in einer den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft grob widersprechenden Weise seinen Vermögensstand verringert oder seine wirklichen geschäftlichen Verhältnisse verheimlicht oder verschleiert (§ 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn Bestandteile des Vermögens, die im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Insolvenzmasse gehören, beiseite geschafft oder zerstört, beschädigt oder unbrauchbar gemacht werden (§ 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB). Diesem Verhalten steht das Eingehen von Verlust- oder Spekulationsgeschäften und die Vornahme unwirtschaftlicher Ausgaben gleich (§ 283 Abs. 1 Nr. 2 StGB). Verfügt die Gesellschaft über keine ordnungsgemäße Buchführung, wird als gesetzlicher Vertreter der Geschäftsführer nach § 283 Abs. 1 Nr. 5 StGB bestraft. Dasselbe gilt, wenn vor Ablauf der handelsrechtlichen Aufbewahrungspflichten die Buchführungsunterlagen beiseite geschafft, verheimlicht, beschädigt oder zerstört werden (§ 283 Abs. 1 Nr. 6 StGB).<sup>174</sup> In der Praxis ist eine Bankrotthandlung nach § 283 Abs. 1 Nr. 7 StGB häufig und somit die verspätete oder unterlassene Aufstellung des Jahresabschlusses. Dieser ist gem. § 264 Abs. 1 S. 3 HGB in den ersten drei Monaten nach Ablauf des Geschäftsjahres vom Geschäftsführer aufzustellen. Kleine Kapitalgesellschaften (§ 267 Abs. 1 HGB) dürfen den Jahresabschluss auch später aufstellen. Die Frist beträgt dann maximal sechs Monate. Für eine Bestrafung wegen Bankrotts reicht es nach § 283 Abs. 2 StGB aus, wenn die Bankrotthandlung die Überschuldung oder die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft herbeiführt. Der Geschäftsführer darf durch sein Handeln die GmbH nicht gewollt und bewusst in eine Krise führen. Er wird bereits zur Rechenschaft gezogen, wenn er leichtfertig, also grob fahrlässig handelt.<sup>175</sup>

### 3.3.5.2 Verletzung der Buchführungspflicht

Bei der Verletzung der Buchführungspflicht gem. § 283b StGB handelt es sich um einen Straftatbestand, der sich gezielt an den Geschäftsführer richtet. Wie dargestellt wurde, hat nach § 41 GmbHG der Geschäftsführer die Pflicht für eine ordnungsgemäße Buchführung zu sorgen. Verletzt der Geschäftsführer diese Pflicht, zu der auch die unterlassene oder verspätete Bilanzerstellung zählt, kann er ferner nach § 283 Abs. 1 Nr. 5-7 StGB wegen Bankrotts bestraft werden. Im Gegensatz zum Bankrott setzt § 283b StGB keine Krise voraus. Der Geschäftsführer wird daher auch zur Rechenschaft gezogen, wenn noch gar keine (drohende) Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft eingetreten ist. Der Strafraum beläuft sich auf Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe. Als Insolvenzdelikt ist die Verletzung der Buchführungspflicht wie der Bankrott nur strafbar, wenn Zahlungen eingestellt, das Insolvenzverfahren eröffnet oder es zu einer Abweisung mangels Masse gekommen ist (§ 283b Abs. 3 StGB). Der wirtschaftliche Zusammenbruch der Gesellschaft muss im tatsächlichen Zusammenhang mit der (früheren) Verletzung der Buchführungspflicht stehen. Da der Tatbestand der Verletzung der Buchführungspflicht im Verhältnis zum Bankrott nachrangig ist, kommt eine Bestrafung gem. § 283b StGB nur in Betracht, wenn kein Bankrott vorliegt.<sup>176</sup>

---

<sup>174</sup> Vgl. Eckardt/Mayer/van Zwoll 2014, S. 184 f.

<sup>175</sup> Vgl. Jula 2012, S. 372 ff.

<sup>176</sup> Vgl. ebd., S. 375 f.

### 3.3.5.3 Gläubigerbegünstigung

Gemäß § 283c StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft einem Gläubiger eine Sicherheit oder Befriedigung gewährt, welche diesem nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zustand und somit den Gläubiger absichtlich oder wissentlich begünstigt. Demnach darf der Geschäftsführer bei bestehender Zahlungsunfähigkeit keinen Gläubiger bevorzugen.<sup>177</sup>

### 3.3.6 Steuerhinterziehung

Praktische Bedeutung hat darüber hinaus § 370 Abs. 1 AO. Nach dieser Vorschrift macht sich der Steuerhinterziehung strafbar, wer den Finanzbehörden über steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder die Finanzbehörden pflichtwidrig über solche Tatsachen in Unkenntnis lässt und dadurch Steuern verkürzt oder ungerechtfertigte Steuervorteile erlangt. Der Strafrahmen beläuft sich auf Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe und kann sich in besonders schweren Fällen auf bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe erhöhen (§ 370 Abs. 3 AO). Die Vorschrift des § 34 Abs. 1 S. 1 AO bestimmt, dass der gesetzliche Vertreter einer juristischen Person deren steuerliche Pflichten zu erfüllen hat. Der Geschäftsführer kann sich also nicht nur strafbar, sondern ggf. auch im Außenverhältnis persönlich nach §§ 34, 69 AO bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Pflichtverletzung im Zusammenhang mit den Steuerverbindlichkeiten der GmbH haftbar machen.

## 4 HAFTUNGSTATBESTÄNDE MIT INSOLVENZRECHTLICHER RELEVANZ

---

In diesem Kapitel werden die vorstehend aufgeführten allgemeinen Haftungstatbestände analytisch betrachtet und insolvenzrechtlich relevante Haftungsrisiken herausgearbeitet.

Wie in Kapitel 3 veranschaulicht wurde, können den GmbH-Geschäftsführer bei der Ausübung seiner Tätigkeit zahlreiche Haftungsrisiken treffen. Nicht jedes Haftungsrisiko ist aber auch insolvenzrechtlich relevant. Nachfolgend sollen nun die Haftungstatbestände mit insolvenzrechtlicher Relevanz herausgefiltert und näher erläutert werden. Hierfür ist es erforderlich den in Kapitel 2 dargestellten Krisenverlauf zu betrachten und den einzelnen Phasen der Unternehmenskrise die jeweiligen potentiellen Haftungsrisiken und Haftungstatbestände zuzuordnen.

Da eine rechtliche Krise erst beginnt, wenn die betriebswirtschaftliche Krise so weit vorangeschritten ist, dass Rechtsfolgen ausgelöst werden, ist in der ersten Phase des Zeitstrahls die Krisensituation unproblematisch. Es zeichnet sich noch keine rechtliche Krise ab und den Geschäftsführer treffen bei der Ausübung seines Amtes die allgemeinen Haftungsrisiken bzw. Sorgfaltspflichten. Wie dazu angeführt wurde, kann sich der Geschäftsführer bspw. durch einen Verstoß gegen organschaftliche Treuepflichten oder aufgrund der Missachtung der Folgepflicht gegenüber der Gesellschafterversammlung (§ 37 Abs. 1 GmbHG) haftbar machen. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht kann sich in diesem Stadium aber bereits eine strategische Krise abzeichnen, welche für die Gesellschaft jedoch ohne entsprechende betriebswirtschaftliche Analysen nur schwer wahrnehmbar ist.

---

<sup>177</sup> Vgl. Julia 2012, S. 374.

Die zweite Phase des Zeitstrahls markiert den Beginn der rechtlichen Krise. In diesem Stadium (vgl. Erfolgskrise) tritt die Kreditwürdigkeit des Unternehmens ein und den Geschäftsführer treffen aufgrund dieser Krisensituation besondere Pflichten (z. B. § 30 GmbHG, § 49 Abs. 3 GmbHG). Verschärft sich die Krise weiter kann sich eine insolvenzrechtliche Krise der Gesellschaft anschließen. In diesem Krisenstadium (verschärfte Liquiditätskrise) ist einer der drei Insolvenzgründe (Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung) gegeben. Neben den Vorschriften des Gesellschaftsrechts werden nun auch Normen des Insolvenzrechts relevant. Der Geschäftsführer ist in dieser Krisensituation in besonderer Weise gefordert, da ihm weitere zusätzliche Pflichten (z. B. § 64 GmbHG, § 15a InsO) auferlegt werden. Der Übergang in die Insolvenz als Endstadium der Unternehmenskrise ist fließend.

Insolvenzrechtlich relevant sind demnach vor allem Haftungstatbestände, die durch eine Krisensituation der Gesellschaft ausgelöst werden und die sich durch ein nicht angemessenes Gegensteuern des Geschäftsführers bzw. durch dessen entsprechende Pflichtverletzung verschärfen und somit die Insolvenz verursachen oder verschleppen können. Nachfolgend sollen nun die besonderen Pflichten und die damit einhergehenden möglichen Pflichtverletzungen des Geschäftsführers, die ihm aufgrund einer Unternehmenskrise zuwachsen, aufgeführt und näher erläutert werden.

#### **4.1 VERLETZUNG DER PFLICHT ZUR EINBERUFUNG DER GESELLSCHAFTERVERSAMMLUNG**

Im Rahmen der Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft wurde ein Haftungsrisiko in der Sorgfaltspflichtverletzung des Geschäftsführers nach § 49 Abs. 3 GmbHG ermittelt. Demnach hat der GmbH-Geschäftsführer unverzüglich (ohne schuldhaftes Zögern, § 121 BGB) eine Gesellschafterversammlung einzuberufen, wenn sich aus der Jahresbilanz oder einer im Laufe des Geschäftsjahres aufgestellten Bilanz ergibt, dass die Hälfte des Stammkapitals verloren ist. Dies ist der Fall, wenn das Reinvermögen der GmbH nicht mehr die Hälfte des im Gesellschaftsvertrag eingetragenen Stammkapitals erreicht.<sup>178</sup> Die Vorschrift des § 49 Abs. 3 GmbHG setzt in der Chronologie des Krisengeschehens somit für den Geschäftsführer den ersten exakten Handlungsimpuls.<sup>179</sup> Durch die Einberufungspflicht sollen die Gesellschafter die Möglichkeit erhalten, über das weitere Schicksal der Gesellschaft entscheiden zu können. In Erfüllung der ihm durch § 43 Abs. 1 GmbHG vorgeschriebenen Pflichten, hat der Geschäftsführer in Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Nach diesem Pflichtenmaßstab hat der Geschäftsführer die wirtschaftliche Lage des Unternehmens kontinuierlich zu beobachten und sich bei ersten Krisenanzeichen durch Aufstellung einer Zwischenbilanz einen Überblick über die Finanz- und Ertragslage zu verschaffen.<sup>180</sup> Da die Regelung des § 49 Abs. 3 GmbHG tatbestandlich erst bei dem bereits schon hälftig aufgezehrten Stammkapital ansetzt, ist in diesem fortgeschrittenen Stadium eine rechtzeitige Abwehr eines Insolvenzgrundes nur noch schwer möglich. Das Risikomanagement des Geschäftsführers hat somit nicht erst an der Schwelle des § 49 Abs. 3 GmbHG anzusetzen. Wie im Zusammenhang mit der Business Judgement Rule erwähnt wurde, entfaltet § 91 Abs. 2 AktG auch Strahlkraft innerhalb des GmbH-Rechts. Um wirksam gegen

---

<sup>178</sup> Vgl. Saenger/Inhvester/Bergjan GmbHG § 49, Rn. 15.

<sup>179</sup> Vgl. Geißler, DZWIR 2011, S. 310.

<sup>180</sup> Vgl. ebd.; Saenger/Inhvester/Bergjan GmbHG § 49, Rn. 13 f.

schleichende Bestandsgefährdungen ankämpfen zu können, hat der Geschäftsführer daher ein entsprechendes Überwachungssystem einzurichten. Dies beginnt zweckmäßigerweise mit der Installation eines eigenen Revisions- und Controllingsachgebietes. Dieses Sachgebiet sollte von der Geschäftsleitung selbst wahrgenommen oder dieser zumindest direkt zugeordnet werden. Die Daten, die dort zusammengetragen werden, sind innerhalb des Unternehmens zu kommunizieren. Beim Auftreten erster Krisenanzeichen sind die Dokumentation und die Kommunikation der veränderten Sachlage anzupassen. Der Geschäftsführer hat die Krisenursachen zu identifizieren und je nach Art des jeweiligen Krisengeschehens geeignete Gegenmaßnahmen einzuleiten. Bei sich verdichtenden Krisensignalen hat der Geschäftsführer zeitnah die Gesellschafterversammlung zu informieren. Parallel dazu hat er die Sanierungsfähigkeit der Gesellschaft zu prüfen und ein entsprechendes Sanierungskonzept zu entwickeln.<sup>181</sup> Die Pflicht zur Einberufung der Gesellschafterversammlung besteht entsprechend § 91 Abs. 1 AktG bereits dann, wenn der Geschäftsführer bei pflichtgemäßem Ermessen auch ohne Aufstellung einer Zwischenbilanz annehmen kann, dass das Gesellschaftsvermögen nur noch die Hälfte des Stammkapitals deckt.<sup>182</sup> Verletzt der Geschäftsführer schuldhaft seine Einberufungspflicht, können sich nach § 43 Abs. 2 GmbHG Schadensersatzansprüche der Gesellschaft ergeben. Daneben kann sich der Geschäftsführer nach § 84 Abs. 1 GmbHG strafbar machen, wenn er es unterlässt, den Gesellschaftern einen Verlust in Höhe der Hälfte des Stammkapitals anzuzeigen. Wie erwähnt wurde, ist das Unterlassen der Verlustanzeigespflicht strafbar, jedoch nicht das Unterlassen der Einberufung der Gesellschafterversammlung. Der Geschäftsführer macht sich demnach nicht strafbar, wenn er den Verlust gegenüber den Gesellschaftern anzeigt, es jedoch unterlässt die Gesellschafterversammlung einzuberufen.

## 4.2 VERSTOß GEGEN DAS AUSZAHLUNGSVERBOT DES § 30 GMBHG

Ebenfalls wurde im Rahmen der Innenhaftung der Verstoß des Geschäftsführers gegen die Kapitalerhaltungsvorschrift des § 30 Abs. 1 GmbHG als ein potentielles Haftungsrisiko identifiziert. Diese Vorschrift untersagt dem Geschäftsführer Zahlungen an die Gesellschafter, wenn diese Zahlungen das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen angreifen. § 30 Abs. 1 GmbHG stellt im GmbH-Recht den Dreh- und Angelpunkt des Kapitalerhaltungsrechts dar. Ziel dieser Regelung ist es, den Haftungsfonds für die Gesellschaftsgläubiger zu erhalten und für diese eine gewisse Befriedigungsreserve zu bilden.<sup>183</sup> Die Kapitalerhaltungsvorschrift schützt demnach die Interessen der Gesellschaftsgläubiger gleichermaßen wie die Interessen der Gesellschaft. Da die Auszahlungssperre den Fortbestand der Gesellschaft sichern soll, setzt das Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG also deutlich vor der Einberufungspflicht des Geschäftsführers nach § 49 Abs. 3 GmbHG an. In diesem Stadium hat sich der GmbH-Geschäftsführer auch bereits aktiv um eine Krisenvorsorge zu bemühen, die den oben dargestellten Grundsätzen entspricht. Tatbestandliche Voraussetzung für § 30 GmbHG ist zunächst, dass durch die Auszahlung an den Gesellschafter eine Unterbilanz der GmbH herbeigeführt oder weiter vertieft wird. Von dieser ist auszugehen, wenn das Aktivvermögen der Gesellschaft nicht mehr die Summe aus Stammkapital und Verbindlichkeiten deckt. Verboten ist also nur die Herbeiführung und Vertiefung einer Unterbilanz durch Zuwendungen an einen Gesellschafter, nicht die Übertragung von Vermögensbestandteilen schlechthin.

---

<sup>181</sup> Vgl. Geißler, DZWIR 2011, S. 310 f.

<sup>182</sup> Vgl. Saenger/Inhester/Bergjan GmbHG § 49, Rn. 16.

<sup>183</sup> Vgl. Saenger/Inhester/Greitemann/Diers GmbHG § 30, Rn. 1 f.

Unproblematisch sind daher Verkehrsgeschäfte, die einem Drittvergleich standhalten können. Verpachtet ein Gesellschafter zu einem angemessenen Preis sein Betriebsgrundstück an die Gesellschaft, fällt auch bei bereits bestehender Unterbilanz die Pachtzinszahlung nicht unter § 30 Abs. 1 GmbHG, da die GmbH diesen Vertrag mit einem beliebigen Dritten ebenso hätte abschließen können.<sup>184</sup> Das Auszahlungsverbot gilt daneben auch nicht für Leistungen, die durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt werden. Wenn zwar nicht mit absoluter, aber dafür doch mit großer Wahrscheinlichkeit damit gerechnet werden kann, dass der Gesellschafter im Fälligkeitszeitpunkt seine Rückgewährpflicht oder seine Gegenleistung erfüllen kann, ist eine Vollwertigkeit anzunehmen. Die GmbH kann also ohne Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG ihren Gesellschaftern auch ein Darlehen gewähren. Der Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch darf jedoch keinem Risiko unterliegen. Aus diesem Grund hat der Geschäftsführer fortlaufend die Solvenz des Gesellschafters zu überprüfen. Bei schwindender Bonität hat der Geschäftsführer das gewährte Gesellschafterdarlehen zurückzufordern. Für die Feststellung des vollwertigen Forderungsrechts steht dem Geschäftsführer kein Beurteilungsspielraum zu, da er seine diesbezügliche Prüfung an den Maßstäben einer vernünftigen kaufmännischen Bewertung auszurichten hat und seine Entscheidung somit gerichtlich überprüfbar ist. Dies führt zu einer Haftungsverstärkung für den GmbH-Geschäftsführer. Die Darlehensgewährung kann er nur bei fehlender Bonität des Gesellschafters verweigern. Nach § 30 Abs. 1 GmbHG ist jede Zuwendung an einen Gesellschafter verboten, die das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen verringert und die nicht durch eine gleichwertige Gegenleistung gedeckt ist. Dies kann bspw. auch durch eine unentgeltliche Übereignung eines Sachgegenstandes oder durch verdeckte Gewinnausschüttungen gegeben sein.<sup>185</sup> Im Geltungsbereich des § 30 Abs. 1 GmbHG können den Geschäftsführer beachtliche Haftungsrisiken treffen. Er hat also in jedem Einzelfall mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes nachzuprüfen, ob eine wie auch immer ausgestaltete Leistung an den Gesellschafter zulässig ist. Wenn der GmbH durch das Verschulden des Geschäftsführers ein Schaden entsteht, hat dieser nach § 43 Abs. 3 GmbHG hierfür zu haften. Gemäß § 31 Abs. 1 GmbHG sind Zahlungen, die § 30 GmbHG zuwider geleistet werden, der Gesellschaft zu erstatten. Der begünstigte Gesellschafter hat nach § 31 Abs. 3 GmbHG die verbotswidrig empfangene Zuwendung zurückzugewähren. Da es sich bei § 31 Abs. 1 GmbHG nicht um einen Bereicherungsanspruch handelt, kann die GmbH statt des begünstigten Gesellschafters auch den Geschäftsführer in Anspruch nehmen. Dieser wird auch nicht durch einen Gesellschafterbeschluss entlastet, da er einer entsprechenden Weisung der Gesellschafter nicht Folge leisten darf. Ist von dem begünstigten Gesellschafter die Erstattung nicht zu erlangen, haften gem. § 31 Abs. 3 GmbHG die anderen Gesellschafter für den zu erstattenden Betrag nach dem Verhältnis ihrer Geschäftsanteile. Wenn die Gesellschafter durch diese Solidarhaftung in Anspruch genommen werden, ist der Geschäftsführer ihnen wiederum nach § 31 Abs. 6 GmbHG zum Ersatz verpflichtet.<sup>186</sup>

Im Zusammenhang mit den Gesellschafterdarlehen ist für den Geschäftsführer noch wichtig zu beachten, dass durch das MoMiG eine Abkehr vom bisher geltenden Eigenkapitalersatzrecht erfolgte. Vor dieser Änderung waren Gesellschafterdarlehen, die in der Krise der Gesellschaft gewährt wurden wie Eigenkapital zu behandeln. Für den Darlehensrückzahlungsanspruch des Gesellschafters galt also ein Auszahlungsverbot (§ 30 GmbHG

---

<sup>184</sup> Vgl. Geißler, DZWIR 2011, S. 311.

<sup>185</sup> Vgl. Geißler, DZWIR 2011, S. 312.

<sup>186</sup> Vgl. ebd., S. 313.

a. F.). Durch das Inkrafttreten des MoMiG am 1.11.2008 ist die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen nun auch in der Krise zulässig, da für diese vor Eintritt der Insolvenz keine gesetzlichen Sonderregelungen mehr gelten.<sup>187</sup> Die Rückzahlung fälliger Gesellschafterdarlehen oder wirtschaftlich vergleichbarer Leistungen wird somit nicht mehr von dem beschränkenden Regime des § 30 Abs. 1 GmbHG erfasst. Dies führt zu einer zunehmenden Verantwortung des Geschäftsführers im Rahmen der Unternehmensführung. Dieser kann die Rückzahlung eines fälligen Gesellschafterdarlehens nun nicht mehr verweigern und ist zur Rückzahlung auch dann verpflichtet, wenn diese zu einer Beeinträchtigung des Stammkapitals führt.<sup>188</sup> Erst nach Eintritt der Insolvenz sind die Rückzahlungsansprüche der Gesellschafter gem. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nachrangig, d. h. im Rang nach den übrigen Forderungen der Insolvenzgläubiger, zu befriedigen.<sup>189</sup> Gemäß § 135 Abs. 1 InsO ist eine Rückzahlung, die im letzten Jahr vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen wurde, vom Insolvenzverwalter anfechtbar. Die Gesellschafter haben dann nach § 143 Abs. 1 InsO die innerhalb der Jahresfrist erhaltenen Rückzahlungen zur Insolvenzmasse zurückzugewähren. Dies bedeutet also, dass dem Schutz der Gläubiger vor einer Benachteiligung durch Gesellschafterdarlehen nicht vor, sondern erst im Insolvenzverfahren Rechnung getragen wird.<sup>190</sup>

### 4.3 VERLETZUNG DER INSOLVENZANTRAGSPFLICHT

Im Rahmen der Außenhaftung des Geschäftsführers gegenüber Dritten wurde ein Haftungsrisiko im Zusammenhang mit der verspäteten Insolvenzantragsstellung festgestellt. Durch das MoMiG wurde die für die GmbH zuvor in § 64 Abs. 1 GmbHG a. F. geregelte Insolvenzantragspflicht rechtsformübergreifend in der InsO aufgenommen.<sup>191</sup> Wird gem. § 15a Abs. 1 InsO eine GmbH zahlungsunfähig oder überschuldet, hat der Geschäftsführer ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen. Da die GmbH selbst nicht handlungsfähig ist, hat als antragsberechtigtes Organ der Geschäftsführer den Insolvenzantrag zu stellen. Dieser ist nach § 15 Abs. 1 InsO hierzu berechtigt und gem. § 15a Abs. 1 InsO auch dazu verpflichtet.<sup>192</sup> Diesen förmlichen Rechtsakt hat der Geschäftsführer demnach im Endstadium der Krise zu leisten. Aufgrund seiner Antragspflicht kann der Geschäftsführer auch nicht wirksam von den Gesellschaftern dazu angewiesen werden, einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu unterlassen.<sup>193</sup> Bestimmte Anforderungen an den Insolvenzantrag gibt § 15a InsO nicht vor. Allerdings ist gem. Abs. 4, neben der fehlenden und der nicht rechtzeitigen Antragsstellung, auch der „nicht richtig“ gestellte Eröffnungsantrag strafbedroht. „Nicht richtig“ gestellt sind Insolvenzanträge, welche vom Insolvenzgericht als unzulässig zurückzuweisen sind, da die Anträge unvollständig sind bzw. der notwendige Mindestinhalt, z. B. die Darlegung eines Eröffnungsgrundes, fehlt.<sup>194</sup>

---

<sup>187</sup> Vgl. Seidel/Wolf, NZG 2016, S. 921.

<sup>188</sup> Vgl. Geißler, DZWIR 2011, S. 313.

<sup>189</sup> Vgl. Seidel/Wolf, NZG 2016, S. 921.

<sup>190</sup> Ebd., S. 925.

<sup>191</sup> Vgl. Saenger/Inhester/Kolmann GmbHG vor § 64, Rn. 121.

<sup>192</sup> Vgl. Steffan 2011, § 38, Rn. 1.

<sup>193</sup> Vgl. Geißler, DZWIR 2011, S. 316.

<sup>194</sup> Vgl. Kayser/Thole/Kleindiek InsO § 15a, Rn. 15.

In der Insolvenzpraxis werden die Insolvenzanträge fast ausnahmslos wegen Zahlungsunfähigkeit gestellt.<sup>195</sup> Somit handelt es sich bei der Zahlungsunfähigkeit um den in der Praxis häufigsten und bedeutsamsten Insolvenzgrund.<sup>196</sup> *Zahlungsunfähigkeit* ist nach § 17 Abs. 1 InsO Eröffnungsgrund für ein Insolvenzverfahren und liegt nach § 17 Abs. 2 InsO vor, wenn die Gesellschaft nicht mehr in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Zahlungsunfähigkeit kann in der Regel angenommen werden, wenn die Gesellschaft ihre Zahlungen eingestellt hat. Vorübergehende Zahlungsstockungen oder ganz geringfügige Liquiditätslücken führen nicht zur Zahlungsunfähigkeit und haben daher auch keine insolvenzrechtliche Relevanz. Nach der Rechtsprechung des BGH liegt keine Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 InsO, sondern lediglich eine Zahlungsstockung vor, wenn die Zahlungsunfähigkeit voraussichtlich innerhalb kurzer Zeit behoben werden kann.<sup>197</sup> Laut BGH ist eine bloße Zahlungsstockung anzunehmen, „wenn der Zeitraum nicht überschritten wird, den eine kreditwürdige Person benötigt, um sich die benötigten Mittel zu leihen. Dafür erscheinen drei Wochen erforderlich, aber auch ausreichend.“<sup>198</sup> Nach Ansicht des BGH liegt eine geringfügige Liquiditätslücke, die nicht zur Zahlungsunfähigkeit führt, nur dann vor, wenn sie, obwohl sie innerhalb von drei Wochen nicht zu beheben ist, weniger als 10 % der fälligen Gesamtverbindlichkeiten ausmacht. Es sei denn, es wäre bereits absehbar, dass die Lücke demnächst mehr als 10 % erreichen wird.<sup>199</sup> Eine Zahlungsunfähigkeit liegt also vor, wenn eine Liquiditätsunterdeckung von 10 % innerhalb eines Zeitraums von drei Wochen nicht dauerhaft beseitigt werden kann. Zur Ermittlung der so verstandenen Zahlungsunfähigkeit ist vom Geschäftsführer eine stichtagsbezogene Gegenüberstellung von Zahlungsmitteln und Zahlungspflichten aufzustellen, welche über einen mindestens dreiwöchigen Zeitraum auszudehnen ist.<sup>200</sup> Ferner kann die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit auch anhand von Indizien erfolgen. Für den Geschäftsführer ist dies wichtig zu beachten, da als solche Indizien bspw. das längere Nichtabführen von Steuern oder Sozialversicherungsbeiträgen sowie die verzögerte Zahlung bzw. Nichtzahlung von Löhnen und Gehältern gelten.<sup>201</sup> Eine Ratenzahlungsvereinbarung lässt der BGH jedoch nicht als Indiz für eine Zahlungseinstellung oder für die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft ausreichen.<sup>202</sup> Die *Überschuldung* ist nach § 19 Abs. 1 InsO ebenfalls Eröffnungsgrund eines Insolvenzverfahrens und ist gem. § 19 Abs. 2 InsO gegeben, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Für den Begriff der Überschuldung ist mittlerweile wieder der sog. zweistufige Überschuldungsbegriff maßgeblich.<sup>203</sup> Demnach wird zunächst eine bilanzielle Betrachtung der Vermögenslage des Unternehmens anhand einer Überschuldungsbilanz vorgenommen. In dieser sind die Liquidationswerte der Vermögensgegenstände anzusetzen. Der Liquidationswert stellt den Einzelveräußerungswert dar, welcher bei einer Zerschlagung des Unternehmens realisiert werden würde. Wenn hier rechnerisch keine Überschuldung der GmbH vorliegt, besteht für den Geschäftsführer auch keine Insolvenzantragspflicht gem. § 15a InsO. Ist jedoch eine Überschuldung gegeben, ist darüber hinaus eine positive Fortführungsprognose relevant. Grundvoraussetzungen hierfür sind objektive Erfolgsaussichten und der Wille des Geschäftsführers zur Fortführung der Gesellschaft. Durch ein aussagekräftiges

---

<sup>195</sup> Vgl. Steffan 2011, § 38, Rn. 1.

<sup>196</sup> Vgl. Saenger/Inhester/Kolmann GmbHG vor § 64, Rn. 75.

<sup>197</sup> Vgl. Ek 2011, S. 41.

<sup>198</sup> BGH, NJW 2005, 3062, 3062.

<sup>199</sup> Vgl. ebd.; Ek 2011, S. 42.

<sup>200</sup> Vgl. Saenger/Inhester/Kolmann GmbHG vor § 64, Rn. 78.

<sup>201</sup> Vgl. Geißler, DZWIR 2011, S. 317.

<sup>202</sup> Vgl. Staufenbiel/Baziuk, ZInsO 2016, S. 1732 mit Hinweis auf: ZInsO 2015, S. 898.

<sup>203</sup> Vgl. Witt 2015, S. 323.

Unternehmenskonzept hat der Geschäftsführer nachzuweisen, dass fällige Verbindlichkeiten auf mittelfristige Sicht von der Gesellschaft beglichen werden können. Fällt die Fortführungsprognose für die GmbH positiv aus, besteht auch hier für den GmbH-Geschäftsführer keine Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO.<sup>204</sup>

Bei der in § 15a Abs. 1 InsO festgelegten Zeitspanne von drei Wochen handelt es sich um eine Höchstfrist, welche vom Geschäftsführer nur vollumfänglich ausgenutzt werden darf, wenn realistische Chancen zur Fortführung und Sanierung der Gesellschaft bestehen und diesbezügliche Maßnahmen auch ernsthaft eingeleitet und betrieben wurden.<sup>205</sup> Durch die Dreiwochenfrist des § 15a Abs. 1 InsO sollen alle Möglichkeiten der Sanierung ausgeschöpft werden, um die Insolvenzgründe zu beseitigen und somit die Gesellschaft zu retten. Nutzt der Geschäftsführer diese Sanierungsmöglichkeiten nicht oder unterlässt diese ganz, verletzt er seine aus § 43 Abs. 1 GmbHG abgeleitete Sanierungspflicht und kann sich im Innenverhältnis gegenüber der GmbH schadensersatzpflichtig machen (§ 43 Abs. 2 GmbHG).<sup>206</sup> Wenn solche Sanierungsmaßnahmen allerdings nicht mehr realisierbar sind, darf der Geschäftsführer das Fristende nicht mehr abwarten und muss den Insolvenzantrag umgehend stellen. Steht zum Zeitpunkt der Insolvenzreife noch kein Sanierungsplan im Detail zur Verfügung, sollte der Geschäftsführer zur Haftungsvermeidung den Insolvenzantrag ebenfalls sofort stellen, da davon auszugehen ist, dass ein den Anforderungen der Rechtsprechung genügender Sanierungsplan nicht binnen weniger Tage aufgestellt werden kann.<sup>207</sup> Fraglich ist allerdings, ab wann die in § 15a Abs. 1 InsO vorgeschriebene Dreiwochenfrist genau beginnt. Kleindiek führt hinsichtlich der Überschuldung aus, dass die Insolvenzantragspflicht im öffentlichen Interesse bestehe und es daher nicht davon abhängen könne, wie aufmerksam der Geschäftsführer die Entwicklung der Krise beobachte. Für den Beginn der Dreiwochenfrist genüge es, „wenn eine pflichtgemäße Prüfung der objektiv erkennbaren Anzeichen zu dem Schluss geführt hätte, dass ein Insolvenzgrund verwirklicht ist.“ Ein Kenntnismüssen im Sinne (offensichtlicher) Erkennbarkeit reiche also aus. Die Frist beginnt demnach mit dem objektiven Eintritt des Insolvenzgrundes, unabhängig von der positiven Kenntnis des Geschäftsführers.<sup>208</sup>

Der Geschäftsführer sollte sich darauf konzentrieren, die ihm gem. § 15a Abs. 1 InsO zugewiesene Insolvenzantragspflicht rechtskonform zu erfüllen. Versäumt oder verzögert er die Antragspflicht, führt dies zum Haftungs- und Straftatbestand der Insolvenzverschleppung und ihm drohen einerseits nach § 15a Abs. 4, 5 InsO strafrechtliche Konsequenzen und andererseits darüber hinaus erhebliche Schadensersatzansprüche. Wie hierzu dargestellt wurde, ist für eine mögliche Außenhaftung des Geschäftsführers gegenüber den Gesellschaftsgläubigern § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO heranzuziehen. Daneben kann den Geschäftsführer im Falle einer vorsätzlichen Insolvenzverschleppung eine Haftung aufgrund sittenwidriger Schädigung gem. § 826 BGB treffen.

Im Zusammenhang mit der Insolvenzantragspflicht ist noch anzuführen, dass der Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit nach § 18 Abs. 1 InsO ebenfalls einen Eröffnungsgrund für ein Insolvenzverfahren darstellt. Gemäß § 18 Abs. 2 InsO droht eine Zahlungsunfähigkeit, wenn die Gesellschaft voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen. Die drohende Zahlungs-

---

<sup>204</sup> Vgl. Ek 2011, S. 42 f.

<sup>205</sup> Vgl. Ziemons 2011, § 31, Rn. 2.

<sup>206</sup> Vgl. Eckardt/Mayer/van Zwoell 2014, S. 122; Steffan 2011, § 38, Rn. 79 f.

<sup>207</sup> Vgl. Saenger/Inhester/Kolmann GmbHG vor § 64, Rn. 144 ff.; Geißler, DZWIR 2011, S. 316.

<sup>208</sup> Vgl. Kayser/Thole/Kleindiek InsO § 15a, Rn. 13.

unfähigkeit begründet somit ein Antragsrecht, jedoch keine Antragspflicht. Dem Geschäftsführer droht demnach auch keine Inanspruchnahme, wenn er diesbezüglich untätig bleibt. Der Geschäftsführer kann sich allerdings durch einen verfrühten Insolvenzantrag im Innenverhältnis gegenüber der GmbH schadensersatzpflichtig machen. In diesem Zusammenhang muss er auch beachten, dass infolge seines Antrages die Banken ihre Darlehen kündigen und fällig stellen werden, wodurch der Gesellschaft dann möglicherweise die endgültige Zahlungsunfähigkeit droht.<sup>209</sup> Der Geschäftsführer sollte daher einen Insolvenzantrag aufgrund drohender Zahlungsunfähigkeit keinesfalls ohne die Zustimmung der Gesellschafterversammlung stellen.<sup>210</sup> Sehen die Gesellschafter in einer Antragsstellung keine überzeugende Lösung, kann der Geschäftsführer einen Sanierungsversuch in Betracht ziehen. Um die Sanierungsfähigkeit der Gesellschaft zu ermitteln, hat der Geschäftsführer ein Sanierungskonzept zu entwickeln, welches die zu erwartende Geschäftsentwicklung umfassend darstellt und begründet. Krisenursachen müssen identifiziert und analysiert, Zielvorstellungen formuliert und die zukünftige Vermögens-, Finanz- und Ertragslage bewertet werden.<sup>211</sup>

#### 4.4 ZAHLUNGEN NACH INSOLVENZREIFE

Im Rahmen der Innenhaftung des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft wurden Zahlungen nach Insolvenzreife als potentielles Haftungsrisiko identifiziert. Nach § 64 S. 1 GmbHG ist der Geschäftsführer zum Ersatz solcher Zahlungen verpflichtet, die er nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder nach festgestellter Überschuldung (Insolvenzreife) geleistet hat. Neben § 15a InsO, stellt § 64 S. 1 GmbHG die zweite klassische Anspruchsgrundlage im Vorfeld der Insolvenzeröffnung dar.<sup>212</sup> Wie angeführt wurde, handelt es sich bei dieser Vorschrift um ein Massesicherungsgebot, welches darauf zielt, ab Insolvenzreife das Gesellschaftsvermögen zur Befriedigung der Gläubiger zusammenzuhalten. Gleichzeitig soll durch die Haftungsandrohung ein Verhaltensanreiz für den Geschäftsführer geschaffen werden, damit dieser möglichst frühzeitig einen Insolvenzantrag stellt.<sup>213</sup> Die Vorschrift des § 64 Abs. 1 GmbHG ergänzt demnach die in § 15a InsO geregelte Insolvenzantragspflicht.<sup>214</sup> Versäumt der GmbH-Geschäftsführer die rechtzeitige Antragsstellung, haftet er nach § 64 S. 1 GmbHG gegenüber der Gesellschaft für Zahlungen die nach Insolvenzreife geleistet werden. Für § 64 Abs. 1 GmbHG ist hierbei aber bereits der Zeitpunkt der Insolvenzreife entscheidend und nicht erst der Ablauf der Dreiwochenfrist des § 15a Abs. 1 InsO.<sup>215</sup> Für den Geschäftsführer ist es in diesem Stadium nur noch schwer möglich die Zahlungsunfähigkeit oder die Überschuldung abzuwenden. Auch hätte ein entsprechendes Krisenmanagement schon deutlich früher ansetzen müssen. Für den Geschäftsführer steht in dieser akuten Phase des § 64 GmbHG also nur noch haftungsvermeidendes Handeln im Vordergrund, da auch die Zeit zur Stellung des Insolvenzantrages (§ 15a Abs. 1 InsO) drängt. Das Auszahlungsverbot beschränkt sich nicht nur auf reine Geldleistungen, sondern nach h. M. auch auf alle Vermögenstransfers, welche das Gesellschaftsvermögen schmälern. Als Beispiele hierfür können die Lieferung von Waren, die Erbringung von Dienstleistungen oder die Übertragung von Rechten ange-

---

<sup>209</sup> Vgl. Geißler, DZWIR 2011, S. 315.

<sup>210</sup> Vgl. Eckardt/Mayer/van Zwoll 2014, S. 136.

<sup>211</sup> Vgl. Geißler, DZWIR 2011, S. 316.

<sup>212</sup> Vgl. Strohn, NZG 2011, S. 1163.

<sup>213</sup> Vgl. Geißler, DZWIR 2011, S. 314.

<sup>214</sup> Vgl. Saenger/Inhester/Kolmann GmbHG § 64, Rn. 2.

<sup>215</sup> Vgl. Bitter, ZInsO 2010, S. 1512.

führt werden. Um eine Zahlung handelt es sich ebenfalls, wenn der Geschäftsführer Dritten oder Gesellschaftern einen Kredit gewährt.<sup>216</sup> Vom Zahlungsverbot ausgenommen, sind nach § 64 S. 2 GmbHG jedoch Zahlungen, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind. Trotz Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung sind Zahlungen zulässig, die einen sofortigen Unternehmenszusammenbruch verhindern oder die zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs dringend notwendig sind. Hierzu zählen bspw. Energiekosten oder die Zahlung der Miete.<sup>217</sup> Ein Sonderproblem stellt die Abführung von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung dar. Nach § 64 S. 1 GmbHG sind solche Zahlungen nach Insolvenzreife an sich eigentlich verboten. Kommt der Geschäftsführer aber diesem Verbot nach, macht er sich gem. § 266a StGB für das Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen strafbar. Von der Rechtsprechung wurde diese Pflichtenkollision dahingehend gelöst, dass Zahlungen, die kraft Gesetzes geleistet werden müssen, wie bspw. die Abführung von Lohn- und Umsatzsteuer oder die Zahlung von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung durch § 64 S. 2 GmbHG privilegiert sind und somit ebenfalls von dem Ausnahmetatbestand erfasst werden.<sup>218</sup> Der Geschäftsführer sollte also die Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung abführen, um sich nicht nach § 266a StGB strafbar oder nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266a StGB im Außenverhältnis haftbar zu machen. Um eine Haftung zu vermeiden, hat der Geschäftsführer bei beschränkter Liquidität, die Erfüllung anderer Forderungen einzuschränken, wenn hierdurch die Zahlung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung gefährdet wird.<sup>219</sup> Dasselbe gilt auch für die Abführung von Lohn- und Umsatzsteuer. Bei Insolvenzreife droht dem Geschäftsführer für das Nichtabführen der Steuern zwar keine Strafbarkeit, jedoch eine persönliche Haftung nach §§ 34, 69 AO.<sup>220</sup> Die Haftung nach § 64 S. 1 GmbHG setzt ein Verschulden des Geschäftsführers voraus, wobei hierfür bereits einfache Fahrlässigkeit genügt. Den Geschäftsführer trifft für eine Entkräftung der gesetzlichen Vermutung eines schuldhaften Verhaltens die Darlegungs- und Beweislast. Der Geschäftsführer kann hier anführen, dass er mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns gehandelt habe und eine Zahlungsunfähigkeit oder eine Überschuldung nicht erkennbar bzw. nach Maßgabe des zweistufigen Überschuldungsbegriffs eine positive Fortführungsprognose zu stellen gewesen wäre. Der Geschäftsführer muss jedenfalls, wie bereits dargestellt wurde, die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft stets im Auge behalten und eine Organisation einrichten, die ihm eine solche Übersicht jederzeit ermöglicht.<sup>221</sup> Verfügt der Geschäftsführer nicht über ausreichende persönliche Kenntnisse, um den Beginn der Insolvenzreife bzw. des Zahlungsverbots zu ermitteln, hat er frühzeitig den Rat eines Fachmanns einzuholen. Dieser Berater muss unabhängig und in Sanierungs- und Insolvenzfragen ausreichend fachlich qualifiziert sein.<sup>222</sup> Der Geschäftsführer hat sich bei Krisenanzeichen „unverzüglich unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen“ an diesen Fachmann zu wenden. Darüber hinaus muss der Geschäftsführer auf eine unverzügliche Bearbeitung bzw. eine unverzügliche Vorlage des Prüfungsergebnisses drängen. Das Prüfungsergebnis hat er dann im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen. Der GmbH-Geschäftsführer haftet also nicht, wenn er für die Feststellung der

---

<sup>216</sup> Vgl. Geißler, DZWIR 2011, S. 314.

<sup>217</sup> Vgl. Geißler, DZWIR 2011, S. 314.

<sup>218</sup> Vgl. Strohn, NZG 2011, S. 1167; Saenger/Inhvester/Kolmann GmbHG § 64, Rn. 43.

<sup>219</sup> Vgl. Steffan 2011, § 37, Rn. 154.

<sup>220</sup> Vgl. Strohn, NZG 2011, S. 1167.

<sup>221</sup> Vgl. Witt 2015, S. 327 f.

<sup>222</sup> Vgl. Saenger/Inhvester/Kolmann GmbHG § 64, Rn. 47.

Insolvenzreife und der Insolvenzantragspflicht einen Fachmann beauftragt und sich dann nach einer Plausibilitätskontrolle dem fachkundigen Rat entsprechend verhält.<sup>223</sup> Wie schon erläutert wurde, stellt die Masseschmälerungshaftung keine Schadensersatznorm, sondern einen auf Wiederauffüllung der Insolvenzmasse gerichteten Erstattungsanspruch eigener Art dar. Für die Haftung des Geschäftsführers ist es somit nicht ausschlaggebend, ob der Gesellschaft dabei auch ein Schaden entstanden ist.<sup>224</sup> Den Anspruch der GmbH aus § 64 S. 1 GmbHG hat grundsätzlich der Insolvenzverwalter geltend zu machen.<sup>225</sup> In der Praxis der Insolvenzverwaltung stellt § 64 S. 1 GmbHG die zentrale Anspruchsnorm der Geschäftsführerhaftung dar.<sup>226</sup> In der großen Mehrzahl der Insolvenzverfahren ist eine Insolvenzverschleppung festzustellen und im Zusammenhang mit der Insolvenzverschleppungshaftung auch Zahlungen des Geschäftsführers, die dieser noch nach Insolvenzreife getätigt hat.<sup>227</sup>

#### 4.5 ZAHLUNGEN AN GESELLSCHAFTER

Darüber hinaus wurde im Rahmen der Innenhaftung ein Haftungsrisiko des Geschäftsführers für Zahlungen an Gesellschafter, die zur Zahlungsunfähigkeit der GmbH führen mussten, ermittelt. Gemäß § 64 S. 3 GmbHG haftet der Geschäftsführer auch für Zahlungen an Gesellschafter, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten. Die durch das MoMiG eingeführte Regelung geht weiter als § 64 S. 1 GmbHG, da das Verbot bereits vor Eintritt der Insolvenzreife greift.<sup>228</sup> Die Vorschrift ist also zeitlich dem Zahlungsverbot aus § 64 S. 1 GmbHG vorgelagert.<sup>229</sup> Nicht erfasst werden somit Zahlungen, die schon bei bestehender Zahlungsunfähigkeit getätigt wurden oder die zu einer Vertiefung der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft geführt haben. Ist die Gesellschaft ohnehin schon zahlungsunfähig ist § 64 S. 1 GmbHG einschlägig.<sup>230</sup> Die Vorschrift des § 64 S. 3 GmbHG ergänzt das Auszahlungsverbot gem. § 30 Abs. 1 GmbHG und dient als zusätzliches Instrument dem Gläubigerschutz. Ihr Ziel ist der konkrete Liquiditätserhalt, damit die Gesellschaft gegenüber ihren Gläubigern weiterhin ihre fälligen Verbindlichkeiten erfüllen kann.<sup>231</sup> Der Geschäftsführer hat nach § 64 S. 3 GmbHG an Gesellschafter geleistete Zahlungen zu erstatten, sofern diese die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft herbeigeführt haben. Die geleistete Zahlung muss demnach die Zahlungsunfähigkeit unmittelbar verursacht haben. Hierunter ist zu verstehen, „dass die Zahlung nicht hinweg gedacht werden kann, ohne dass die konkrete Zahlungsunfähigkeit zu dem konkreten Zeitpunkt entfiel.“<sup>232</sup> Die Vorschrift des § 64 S. 3 GmbHG begründet somit eine Insolvenzverursachungshaftung des Geschäftsführers. Ein Verschulden wird hierbei vermutet, wobei Fahrlässigkeit bereits ausreichend ist.<sup>233</sup> Eine Exkulpation des Geschäftsführers kann nur gelingen, wenn dieser vor jeder Zahlung an die Gesellschafter eine (ex ante) Solvenzprognose erstellt. Diese muss die Analyse der aktuellen und zukünftigen

---

<sup>223</sup> Vgl. BGH, DZWIR 2012, 426, 427.

<sup>224</sup> Vgl. Saenger/Inhester/Kolmann GmbHG § 64, Rn. 5; Witt 2015, S. 321.

<sup>225</sup> Vgl. Witt 2015, S. 321.

<sup>226</sup> Vgl. Saenger/Inhester/Kolmann GmbHG § 64, Rn. 2.

<sup>227</sup> Vgl. Bitter, ZInsO 2010, S. 1512; Saenger/Inhester/Kolmann GmbHG § 64, Rn. 2.

<sup>228</sup> Vgl. Geißler, DZWIR 2011, S. 314.

<sup>229</sup> Vgl. Saenger/Inhester/Kolmann GmbHG § 64, Rn. 70.

<sup>230</sup> Vgl. Bitter/Heim 2016, § 4, Rn. 152.

<sup>231</sup> Vgl. Saenger/Inhester/Kolmann GmbHG § 64, Rn. 70.

<sup>232</sup> Vgl. ebd., Rn. 69, 87.

<sup>233</sup> Vgl. ebd., Rn. 91.

Liquidität der Gesellschaft zum Gegenstand haben. Der Geschäftsführer darf eine Zahlung nur dann vornehmen, wenn diese - unter Einbeziehung der fraglichen Zahlung an den Gesellschafter - aufzustellende Prognose die fortbestehende Zahlungsfähigkeit der GmbH ergibt.<sup>234</sup> Ein exkulpierender Nachweis kann ihm daher nur gelingen, wenn er diesbezüglich, wie bereits angeführt wurde, ein verlässliches Kontrollsystem installiert hat.<sup>235</sup> Somit entfällt die Haftung nur, wenn der Geschäftsführer die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns angewandt hat und trotz gründlicher und gewissenhafter Überprüfung die Zahlungsunfähigkeit nicht erkennen konnte. Der Anspruch aus § 64 S. 3 GmbHG steht der Gesellschaft zu, welche in der Insolvenz durch den Insolvenzverwalter vertreten wird.<sup>236</sup> Wie obenstehend dargestellt wurde, handelt es sich bei § 64 S. 3 GmbHG ebenfalls um einen Erstattungsanspruch eigener Art, da die Vorschrift nicht an einen Schaden, sondern allein an die Zahlung anknüpft. Der Haftungsumfang wird durch die Höhe der unter Verstoß gegen § 64 S. 3 GmbHG geleisteten Zahlung bestimmt.<sup>237</sup>

## 4.6 INSOLVENZ-PROPHYLAXE

Zusammenfassend lässt sich bisher festhalten, dass den Geschäftsführer bei der Ausübung seiner Tätigkeit zahlreiche Sorgfaltspflichten und damit einhergehende Haftungsrisiken treffen, die in erster Linie im Rahmen der Innenhaftung gegenüber der GmbH bestehen. Gerät die Gesellschaft in eine Krisensituation, wachsen abhängig vom Grad der wirtschaftlichen Schiefelage dem Geschäftsführer überdies noch besondere Pflichten zu. Die oben dargestellten Haftungstatbestände mit insolvenzrechtlicher Relevanz sollen nun kurz wiederholt, dem Krisenverlauf entsprechend geordnet und die jeweils relevanten Pflichten des Geschäftsführers angeführt werden.

Aus betriebswirtschaftlicher Sicht beginnt die Unternehmenskrise zu einem anderen Zeitpunkt als die Krise aus gesellschaftsrechtlicher Sicht.<sup>238</sup> Die Krise im betriebswirtschaftlichen Sinne dauert typischerweise bereits über einen längeren Zeitraum an und tritt nicht erst plötzlich in Form von Insolvenzgründen zu Tage. Daher ist es für den Geschäftsführer wichtig, erste Anzeichen einer wirtschaftlichen Fehlentwicklung zu erkennen, interne und externe Krisenursachen zu analysieren und rechtzeitig entsprechende Gegenmaßnahmen einzuleiten. Je früher eine Unternehmenskrise erkannt wird, desto größer wird die Sanierungsfähigkeit sein, da für eine aussichtsreiche Sanierung dann statt der aus § 15a InsO abgeleiteten dreiwöchigen Sanierungsfrist ein deutlich längerer Zeitraum zur Verfügung steht. Wenn frühzeitig Gegenmaßnahmen entwickelt und umgesetzt werden, hat das Unternehmen noch deutlich mehr Handlungsspielraum und desto weniger Druck von außen ist es ausgesetzt.<sup>239</sup> Zentrales Problem in einer Krisensituation ist aber oft eine Verweigerungs- oder Verdrängungshaltung des Geschäftsführers. Diese findet jedoch im Gesetz keine Unterstützung. Vielmehr ergibt hier eine Vielzahl verschiedener Vorschriften (vgl. obenstehende Abschnitte) ein gesellschaftsrechtliches Krisen-Frühwarnsystem, aus dem sich zahlreiche Pflichten für den Geschäftsführer ableiten lassen.<sup>240</sup> Für den GmbH-Geschäftsführer stellt die Überwindung von Krisen eine der wichtigsten Pflichten bei der

---

<sup>234</sup> Vgl. Von Woedtke, NZG 2013, S. 487.

<sup>235</sup> Vgl. Geißler, DZWIR 2011, S. 315.

<sup>236</sup> Vgl. Ek 2011, S. 45.

<sup>237</sup> Vgl. Saenger/Inhester/Kolmann GmbHG § 64, Rn. 74; Witt 2015, S. 331, 335.

<sup>238</sup> Vgl. Axhausen/Rieser 2014, § 15, Rn. 141.

<sup>239</sup> Vgl. Saenger/Inhester/Kolmann GmbHG vor § 64, Rn. 4 f.

<sup>240</sup> Vgl. ebd., Rn. 6 f.

Ausübung seiner Tätigkeit dar. Vernachlässigt er die Pflicht zur Unternehmensleitung, welche sich in einer Krisensituation zu einer Sanierungspflicht konkretisieren kann, können ihn Schadensersatzansprüche gem. § 43 Abs. 2 GmbHG treffen. Die speziellen Tatbestände der § 49 Abs. 3 GmbHG, § 15a InsO sowie auch § 64 GmbHG definieren die Zeitpunkte, an denen dem Geschäftsführer besondere Pflichten auferlegt werden, da der Gesetzgeber hier den Bestand der Gesellschaft gefährdet sieht.<sup>241</sup> Der Geschäftsführer hat im Rahmen einer Unternehmenskrise eine gesteigerte Sorgfaltspflicht im Zusammenhang mit dem Gesellschaftsvermögen, eine gesteigerte Informationspflicht gegenüber den Gesellschaftern sowie eine gesteigerte Pflicht zur wirtschaftlichen Selbstprüfung zu beachten.

Eine gesteigerte Sorgfaltspflicht kommt dem Geschäftsführer zunächst im Rahmen des Auszahlungsverbots des § 30 GmbHG zu. Diese Auszahlungssperre soll, wie bereits dargestellt wurde, den Fortbestand der Gesellschaft sichern und untersagt dem Geschäftsführer Zahlungen an die Gesellschafter, welche das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen angreifen. Der Vermögensschutz greift demnach, wenn eine Unterbilanz entstanden ist und somit das Nettovermögen der GmbH geringer ist als ihr Stammkapital. Der Geschäftsführer hat folglich bei jeder Zahlung an einen Gesellschafter mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu überprüfen, ob diese Leistung auch zulässig ist. In diesem Zusammenhang muss der Geschäftsführer beachten, dass die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen nicht von § 30 GmbHG erfasst ist. Der Geschäftsführer ist daher zu einer Rückzahlung von fälligen Gesellschafterdarlehen verpflichtet, auch wenn diese zu einer Beeinträchtigung des Stammkapitals führt. Die zunehmende Sorgfaltsanforderung kommt durch die speziell in § 43 Abs. 3 GmbHG geregelte Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers zum Ausdruck.<sup>242</sup>

Eine gesteigerte Informationspflicht trifft den Geschäftsführer gegenüber den Gesellschaftern gem. § 49 Abs. 3 GmbHG, wenn die Unterbilanz einen Zustand aufweist, an dem die Hälfte des Stammkapitals verloren ist. Der Geschäftsführer sollte dann neben einer Überschuldungsprüfung auch fortlaufend die weitere wirtschaftliche Entwicklung der Gesellschaft beobachten. Verletzt der Geschäftsführer schuldhaft seine Einberufungspflicht können sich nach § 43 Abs. 2 GmbHG Schadensersatzansprüche der Gesellschaft ergeben. Daneben kann sich der Geschäftsführer nach § 84 Abs. 1 GmbHG strafbar machen, wenn er es unterlässt, den Gesellschaftern einen Verlust in Höhe der Hälfte des Stammkapitals anzuzeigen.

Eine gesteigerte Sorgfaltspflicht kommt dem Geschäftsführer auch durch die Insolvenzverursachungshaftung nach § 64 S. 3 GmbHG und dem damit zusammenhängenden Liquiditätsschutz zu. Die Insolvenzverursachungshaftung soll die Liquidität der Gesellschaft schützen und sanktioniert Auszahlungen an Gesellschafter, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten. Um abschätzen zu können, ob eine Zahlung an einen Gesellschafter in den Anwendungsbereich des § 64 S. 3 GmbHG fallen könnte, sollte der Geschäftsführer daher eine Solvenzprognose nach den bereits dargestellten Kriterien erstellen.<sup>243</sup>

Eine gesteigerte Pflicht zur wirtschaftlichen Selbstprüfung trifft den Geschäftsführer aufgrund der vorstehend angeführten Pflichten sowie der in § 15a InsO geregelten Insol-

---

<sup>241</sup> Vgl. Axhausen/Rieser 2014, § 15, Rn. 141.

<sup>242</sup> Vgl. Saenger/Inhester/Kolmann GmbHG vor § 64, Rn. 7 f.

<sup>243</sup> Vgl. ebd., Rn. 9 f.

venzantragspflicht und der Masseerhaltungspflicht des § 64 GmbHG. Bei Eintritt der materiellen Insolvenz verpflichtet § 15a InsO den Geschäftsführer spätestens nach Ablauf von drei Wochen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen. Verschleppt der Geschäftsführer die Insolvenz, macht er sich strafbar (§ 15 Abs. 4, 5 InsO) und zivilrechtlich gegenüber den Gesellschaftsgläubigern haftbar (§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO). Dieses Verbot der Antragsverzögerung wird ergänzt durch das Masse schmälungsverbot des § 64 S. 1 GmbHG.<sup>244</sup> Nach § 64 S. 1 GmbHG ist der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft zum Ersatz solcher Zahlungen verpflichtet, die er nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder nach festgestellter Überschuldung (Insolvenzreife) geleistet hat. Der Geschäftsführer hat hierbei zu beachten, dass die Abführung von Lohn- und Umsatzsteuer oder die Zahlung von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar sind und somit nicht vom Auszahlungsverbot erfasst werden (§ 64 S. 2 GmbHG). Der Geschäftsführer sollte also trotz Insolvenzreife weiterhin die Lohn- und Umsatzsteuer sowie die Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung abführen, um sich diesbezüglich nicht strafbar oder haftbar zu machen. Der Geschäftsführer kann seine Pflichten gem. §§ 30, 49 Abs. 3, 64 S. 3, 64 S. 1 GmbHG sowie § 15a InsO nur erfüllen, wenn er laufend die wirtschaftliche Situation der GmbH überwacht und kontrolliert. Wie erwähnt wurde, findet § 91 Abs. 2 AktG auch auf die GmbH Anwendung und der Geschäftsführer hat demnach ein Überwachungssystem einzurichten, welches ihm ermöglicht schleichende Bestandsgefährdungen zu erkennen und zu bekämpfen. Um der Selbstprüfungspflicht gerecht zu werden, muss der Geschäftsführer „jederzeit über die Vermögenslage der Gesellschaft und ihre Solvenz informiert sein und die bestandsgefährdenden Risiken, ob einzeln oder kumuliert, einschätzen und steuern können.“<sup>245</sup> Der Geschäftsführer hat interne Strukturen zu organisieren, die ihm die aktuellen Informationen verschaffen und die es ihm ermöglichen die künftige Entwicklung der Gesellschaft abzusehen. Hierzu zählt auch die Verpflichtung des Geschäftsführers für eine ordnungsgemäße Buchführung (§ 41 GmbHG) zu sorgen und diese fortlaufend zu kontrollieren. Er hat bspw. den Beschaffungs- und Absatzbereich mithilfe von Kennzahlen statistisch aufzubereiten und zu analysieren. Der Geschäftsführer muss außerdem bei ersten Anzeichen einer Krisensituation eine Zwischenbilanz erstellen und sich somit einen Überblick über den Vermögensstatus der Gesellschaft verschaffen. Je mehr Krisenanzeichen auftreten, desto mehr verdichtet sich die Selbstprüfungspflicht des Geschäftsführers. Wenn dieser selbst nicht über die notwendigen Kenntnisse verfügt, hat er den Rat eines Fachmanns einzuholen. Dieser Berater muss unabhängig und ausreichend fachlich qualifiziert sein. Der Geschäftsführer hat diesem die Gesellschafts- und Vermögensverhältnisse darzustellen und offenzulegen. Auf den Ratschlag des Beraters darf er sich nicht blind verlassen, sondern hat die Ausführungen des Fachmanns einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen. Wenn der Geschäftsführer diese Voraussetzungen einhält, ist im Falle einer Falschberatung eine Exkulpation möglich.<sup>246</sup>

Je weiter eine Krise voranschreitet, desto mehr Anforderungen und zusätzliche Pflichten werden an den GmbH-Geschäftsführer gestellt und desto mehr Haftungsrisiken können ihn im Umkehrschluss auch treffen. Insolvenzzurechtlich relevant sind vor allem Pflichtverletzungen des Geschäftsführers im Stadium der Insolvenzreife. Hier kommt eine Haftung des Geschäftsführers wegen Insolvenzverschleppung (§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO) oder eine Haftung aufgrund getätigter Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 64

---

<sup>244</sup> Vgl. ebd., Rn. 19 f.

<sup>245</sup> Vgl. Saenger/Inhester/Kolmann GmbHG vor § 64, Rn. 11 f.

<sup>246</sup> Vgl. ebd., Rn. 12 ff.

GmbHG) in Betracht. Darüber hinaus sollte der Geschäftsführer mögliche Straftatbestände im Auge behalten, um bspw. im Rahmen einer Insolvenzverschleppung (§ 15a Abs. 4, 5 InsO) nicht noch „Begleitstraftaten“ (z. B. Betrug § 263 StGB, Untreue § 266 StGB, Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen § 266a StGB, Insolvenzstraftaten der §§ 283 ff. StGB, Steuerhinterziehung § 370 Abs. 1 AO) zu begehen.

Da die betriebswirtschaftliche Krise bereits vor der rechtlichen bzw. insolvenzrechtlichen Krise beginnt und die Krisenfrüherkennung sowie die Ursachenbewertung sich überwiegend im Regime der betriebswirtschaftlichen Methodik vollziehen, sollte der Geschäftsführer den in Kapitel 2 dargestellten Krisenverlauf (Strategiekrise, Erfolgskrise, Liquiditätskrise, Insolvenz) stets im Auge behalten und mithilfe einschlägiger Kennzahlen, z. B. Eigenkapitalquote, Gesamtkapitalrentabilität oder Schuldentilgungsdauer, geeignete Gegenmaßnahmen einleiten. Dem Geschäftsführer ist es anzuraten, ihn entlastendes betriebliches Datenmaterial aufzubereiten und darüber hinaus stets derartige Geschäftsvorfälle oder wesentliche Entscheidungen gewissenhaft zu dokumentieren und diesbezüglich eigene Aufzeichnungen anzufertigen.<sup>247</sup>

## **5 SCHLUSSBETRACHTUNG**

---

Zu Beginn dieses Arbeitspapiers wurde im Rahmen des Untersuchungsgegenstandes die Systematik einer Unternehmenskrise erläutert. In diesem Zusammenhang wurde der Begriff der Unternehmenskrise aus betriebswirtschaftlicher sowie aus rechtlicher Sicht definiert und mögliche interne und externe Krisenursachen aufgezeigt. Des Weiteren wurden die einzelnen Phasen einer Unternehmenskrise bis hin zur Insolvenz als deren Endstadium abgebildet.

Ein Schwerpunkt bildete die Darstellung der Haftungsrisiken, die den GmbH-Geschäftsführer bei der Ausübung seines Amtes treffen können. Es wurden allgemeine Haftungstatbestände aufgeführt und näher betrachtet. Zunächst wurde die Innenhaftung des Geschäftsführers gegenüber der GmbH erläutert. Im Anschluss dazu wurde die Haftung im Außenverhältnis gegenüber Dritten geprüft und mögliche Haftungstatbestände angeführt. Darüber hinaus erfolgte eine Darstellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Geschäftsführers.

Einen weiteren Schwerpunkt dieses Arbeitspapiers stellte die analytische Betrachtung der allgemeinen Haftungstatbestände dar. Mithilfe der einzelnen Phasen einer Unternehmenskrise wurden Haftungstatbestände mit insolvenzrechtlicher Relevanz herausgefiltert und diese im Krisenverlauf eingeordnet.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Geschäftsführer für die ordnungsgemäße Leitung der Gesellschaft verantwortlich ist und sich als Kehrseite dieser Verantwortung mit zahlreichen Haftungsrisiken konfrontiert sieht. Diese werden häufig unterschätzt. Der Geschäftsführer kann einer Haftung gegenüber der Gesellschaft (Innenhaftung), einer Haftung gegenüber Dritten (Außenhaftung) sowie einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit unterliegen. Besondere Haftungsrisiken und Haftungstatbestände mit insolvenzrechtlicher Relevanz bestehen vor allem im Rahmen einer Unternehmenskrise. Gerät die GmbH in eine Krisensituation treffen den Geschäftsführer abhängig vom Grad der wirtschaftlichen Schieflage zusätzliche Pflichten. Die Tatbestände der § 49 Abs. 3 GmbHG, § 15a InsO

---

<sup>247</sup> Vgl. Geißler, DZWIR 2011, S. 309.

und § 64 GmbHG definieren Zeitpunkte, an denen dem Geschäftsführer besondere Pflichten auferlegt werden. Der Geschäftsführer hat nach § 49 Abs. 3 GmbHG unverzüglich die Gesellschafterversammlung einzuberufen, wenn sich aus der Bilanz ergibt, dass die Hälfte des Stammkapitals verloren ist. Im Krisengeschehen setzt diese Vorschrift für den Geschäftsführer somit den ersten Handlungsimpuls und ihm kommt somit eine gesteigerte Informationspflicht zu. Verletzt der Geschäftsführer seine Einberufungspflicht, können sich Schadensersatzansprüche der Gesellschaft nach § 43 Abs. 2 GmbHG ergeben. Unterlässt er es überdies den Gesellschaftern einen Verlust in Höhe der Hälfte des Stammkapitals anzuzeigen, kann er sich gem. § 84 Abs. 1 GmbHG strafbar machen.

Verschärft sich die Krise weiter und wird die Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet, hat der Geschäftsführer unverzüglich, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Insolvenzreife nach § 15a Abs. 1 InsO die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen. Der Krisenprozess ist in diesem Stadium schon sehr weit vorangeschritten und die Dreiwochenfrist darf der Geschäftsführer nur vollumfänglich ausnutzen, wenn Maßnahmen für eine Sanierung eingeleitet und auch durchgeführt werden. Verletzt der Geschäftsführer seine Antragspflicht, haftet er im Außenverhältnis gegenüber den Gläubigern aufgrund Insolvenzverschleppung gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO. Darüber hinaus können ihm nach § 15a Abs. 4, 5 InsO strafrechtliche Sanktionen drohen.

Im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft kann der Geschäftsführer einer Haftung gem. § 64 S. 1 GmbHG unterliegen, wenn er die rechtzeitige Antragsstellung versäumt und infolgedessen noch Zahlungen nach Insolvenzreife tätigt. Der Geschäftsführer hat hierbei zu beachten, dass die Abführung von Lohn- und Umsatzsteuer sowie die Zahlung von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung nicht von diesem Auszahlungsverbot erfasst werden und somit auch in der Krise geleistet werden müssen. Diesbezüglich hat der Geschäftsführer vorausschauend zu planen und rechtzeitig entsprechende Rücklagen zu bilden. Darüber hinaus kann der Geschäftsführer nach § 64 S. 3 GmbHG gegenüber der Gesellschaft haften, wenn er Zahlungen an Gesellschafter leistet, welche zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten. Diese Vorschrift begründet eine Insolvenzverursachungshaftung und greift bereits vor Eintritt der Insolvenzreife. Sie ist demnach dem Zahlungsverbot aus § 64 S. 1 GmbHG zeitlich vorgelagert. Den Geschäftsführer treffen somit verschärfte Sorgfaltspflichten und er kann sich nur entlasten, wenn er vor jeder Zahlung an den Gesellschafter eine Solvenzprognose erstellt. Hierbei muss die aktuelle und zukünftige Liquidität der GmbH analysiert werden. Der Geschäftsführer darf eine Zahlung an den Gesellschafter nur vornehmen, wenn diese Prognose die fortbestehende Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft ergibt. Die Zahlungsverbote des § 64 GmbHG dienen zur Erhaltung der Insolvenzmasse und stellen wichtige Ansprüche dar, die der Insolvenzverwalter im eröffneten Verfahren zu ermitteln und zu realisieren hat. Bei diesen Vorschriften handelt es sich somit um Haftungstatbestände mit großer insolvenzrechtlicher Relevanz.

Eine gesteigerte Sorgfaltspflicht kommt dem Geschäftsführer auch im Rahmen des Auszahlungsverbots des § 30 GmbHG zu. Die dort geregelte Auszahlungssperre soll den Fortbestand der Gesellschaft sichern und untersagt dem Geschäftsführer Zahlungen an Gesellschafter, welche das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen angreifen. Er hat diesbezüglich bei jeder Zahlung an einen Gesellschafter zu überprüfen, ob diese Zahlung auch zulässig ist. Der Geschäftsführer muss in diesem Zusammenhang beachten, dass die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen nicht von § 30 GmbHG er-

fasst wird. Er ist also auch zur Rückzahlung fälliger Darlehen verpflichtet, wenn diese das Stammkapital beeinträchtigen. Verstößt der Geschäftsführer gegen das Auszahlungsverbot, kann er sich gem. § 43 Abs. 3 GmbHG gegenüber der Gesellschaft im Innenverhältnis haftbar machen.

Aus den vorstehend angeführten Pflichten des Geschäftsführers ergibt sich überdies eine gesteigerte Pflicht zur wirtschaftlichen Selbstprüfung. Er kann die Pflichten nach §§ 30, 49 Abs. 3, 64 S. 3, 64 S. 1 GmbHG und § 15a InsO nur erfüllen, wenn er laufend die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft überwacht. Der Geschäftsführer hat also ein Risikomanagement einzurichten, welches vergleichbar mit dem Überwachungssystem der Aktiengesellschaft gem. § 91 Abs. 2 AktG zur Früherkennung bestandsgefährdender Entwicklungen dient. Der Geschäftsführer muss die Vermögenslage der Gesellschaft überblicken und diesbezüglich auch eine ordnungsgemäße Buchführung gewährleisten. Verfügt der Geschäftsführer nicht über die erforderlichen Kenntnisse, um beurteilen zu können, ob die Insolvenzreife der Gesellschaft gegeben ist, hat er den Rat eines unabhängigen und fachlich qualifizierten Beraters einzuholen. Der Geschäftsführer hat diesen sorgfältig auszuwählen, zu überwachen und dessen Rat auf Plausibilität zu prüfen. Dem Geschäftsführer ist daher auch anzuraten, eine ordnungsgemäße und für außenstehende Dritte nachvollziehbare Dokumentation anzufertigen, welche die Liquiditätssituation der Gesellschaft abbildet. Durch eine umfangreiche Dokumentation kann der Geschäftsführer ein ordnungsgemäßes Handeln belegen und sich somit im Zweifelsfall entlasten.

Abschließend lässt sich festhalten, dass das Risiko einer Insolvenz immer bestehen kann. Da es sich bei der Unternehmenskrise aber um einen fortschreitenden Prozess handelt und die Krise nicht plötzlich in Form von Insolvenzgründen zu Tage tritt, hat der Geschäftsführer die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft stets zu überwachen und zu kontrollieren. Für den Geschäftsführer ist es wichtig, bei ersten Krisenanzeichen die Krisenursachen zu analysieren und entsprechende Gegenmaßnahmen einzuleiten. Im Verlauf des Krisengeschehens verschärfen und verdichten sich die Pflichten des Geschäftsführers. Neben den Vorschriften des Gesellschaftsrechts können dann auch Normen des Insolvenzrechts sowie des Strafrechts relevant werden. Die persönlichen zivil- und strafrechtlichen Haftungstatbestände des Geschäftsführers sind vielfältig. Insolvenzrechtlich relevant ist hierbei vor allem § 64 GmbHG i. V. m. § 15a InsO. Der Geschäftsführer sollte den Gesetzen und möglichen Haftungstatbeständen gesteigerte Aufmerksamkeit zuwenden und sich über seine komplexen Pflichten in einer Krisensituation frühzeitig informieren, um eine Insolvenzverursachungs- oder Insolvenzverschleppungshaftung zu vermeiden.

Diesem Anliegen soll das vorliegende Arbeitspapier Rechnung tragen.

## 6 LITERATURVERZEICHNIS

---

Appelt, Doreen: Sensemaking und Sensegiving in der Sanierung. Zur Einflussnahme auf die Bedeutungskonstruktion durch das Management. Springer Gabler, Wiesbaden, 2016.

Axhausen/Rieser: Die GmbH in der Krise, in: Prinz/Winkeljohann (Hrsg.): Beck'sches Handbuch der GmbH. Gesellschaftsrecht – Steuerrecht. Verlag C.H. Beck, München, 5.Auflage 2014, S. 1108-1164.

Biehl, Kristof: Grundlagen des Insolvenzrechts. Das Basisbuch zum Insolvenzrecht. Richter Verlag, Dänischenhagen, 4. Auflage 2010.

Bitter, Georg; Heim, Sebastian: Gesellschaftsrecht. Verlag Franz Vahlen, München, 3. Auflage 2016.

Bitter, Georg: Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern in der Insolvenz ihrer GmbH – Teil 1, in: ZInsO 2010, 35, S. 1505-1524.

Bitter, Georg: Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern in der Insolvenz ihrer GmbH – Teil 2, in: ZInsO 2010, 36, S. 1561-1582.

Bormann, Michael; Dennert-Rüsken, Ulrike: Unternehmenskrisen und Insolvenz – erkennen, vermeiden, bewältigen. Verlag Dashöfer, Hamburg, 2. Auflage 2010.

Creditreform: Analyse „Insolvenzen in Deutschland, Jahr 2016“, URL: [http://www.creditreform.de/fileadmin/user\\_upload/crefo/download\\_de/news\\_termine/wirtschaftsforschung/insolvenzen-deutschland/Analyse\\_Insolvenzen\\_in\\_Deutschland\\_Jahr\\_2016.pdf](http://www.creditreform.de/fileadmin/user_upload/crefo/download_de/news_termine/wirtschaftsforschung/insolvenzen-deutschland/Analyse_Insolvenzen_in_Deutschland_Jahr_2016.pdf), Abruf: 21.01.2017.

Creditreform: Pressemitteilung „Insolvenzen in Deutschland, Jahr 2016“, URL: [http://www.creditreform.de/fileadmin/user\\_upload/crefo/download\\_de/news\\_termine/wirtschaftsforschung/insolvenzen-deutschland/Pressemitteilung\\_Insolvenzen\\_in\\_Deutschland\\_Jahr\\_2016.pdf](http://www.creditreform.de/fileadmin/user_upload/crefo/download_de/news_termine/wirtschaftsforschung/insolvenzen-deutschland/Pressemitteilung_Insolvenzen_in_Deutschland_Jahr_2016.pdf), Abruf: 21.01.2017.

Eckhardt/Mayer/van Zwoll: Der Geschäftsführer der GmbH. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 2. Auflage 2014.

Ek, Ralf: Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers. Verlag C.H. Beck, München, 2011.

Geißler, Markus: Verhaltensmaßnahmen und Rechtspflichten des Geschäftsführers in der Krise der GmbH, in: DZWIR 2011, 8, S. 309-317.

Greil, Stefan; Herden, Eva: Die Eröffnungsgründe des Insolvenzverfahrens, in: ZJS 2010, 6, S. 690-693.

Jula, Rocco: Der GmbH-Geschäftsführer. Rechte und Pflichten, Anstellung, Vergütung und Versorgung, Haftung und Strafbarkeit. Springer-Verlag, Berlin, 4. Auflage 2012.

Jula, Rocco; Sillmann, Barbara: Praxishandbuch GmbH. Gründung – Führung – Sicherung. Haufe Verlag, Freiburg, 6. Auflage 2016.

Kayser/Thole (Hrsg.): Insolvenzordnung. Heidelberger Kommentar. C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 8. Auflage 2016.

Kraus, Karl-Josef: Sanierungskonzept und Umsetzungsmanagement einer nachhaltigen Unternehmenssanierung, in: Buth/Hermanns (Hrsg.): Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz. Verlag C.H. Beck, München, 4. Auflage 2014, S. 67-91.

Krystek, Ulrich: Unternehmungskrisen. Beschreibung, Vermeidung und Bewältigung überlebenskritischer Prozesse in Unternehmungen. Springer Gabler, Wiesbaden, 1987.

Leitsmüller/Naderer/Hofbauer/Köstlbauer: Unternehmenskrise und Insolvenz. Betriebsräte sind gefordert...Verlag ÖGB, Wien, 1994.

Opferkuch, Thomas: Sanierung von Unternehmen. Eine systematische Einführung. Linde Verlag, Wien, 2014.

Ossola-Haring, Claudia: Schuldenmanagement der GmbH. Haftungsrisiken des GmbH-Geschäftsführers bei Kreditnahme und -vergabe. DATEV eG Verlag, Nürnberg, 2015.

Paulus, Christoph: Insolvenzrecht. Verlag C.H. Beck, München, 2. Auflage 2012.

Saenger, Ingo: Gesellschaftsrecht. Verlag Franz Vahlen, München, 3. Auflage 2015.

Saenger/Inhester (Hrsg.): GmbHG. Handkommentar. Nomos Verlag, Baden-Baden, 2. Auflage 2013.

Schneider, Uwe: Organpflichten und Haftung in der GmbH, in: Krieger/Schneider (Hrsg.): Handbuch Managerhaftung. Vorstand – Geschäftsführer – Aufsichtsrat. Pflichten und Haftungsfolgen. Typische Risikobereiche. OVS Verlag, Köln, 2. Auflage 2010, S. 15-40.

Seidel, Thorsten; Wolf, Maximilian: Gesellschafterdarlehen – Keine Rückforderungssperre aus Treuepflichten im Vorfeld der Insolvenz der Gesellschaft, in: NZG 2016, 24, S. 921-925.

Staab, Jürgen: Die 7 häufigsten Insolvenzgründe erkennen und vermeiden. Wie KMU nachhaltig erfolgreich bleiben. Springer Gabler, Wiesbaden, 2015.

Staatz, Susan: Externe Sanierungsberatung aus Bankensicht. Eine Analyse zur außergerichtlichen Vermeidung von Unternehmensinsolvenzen. Springer Gabler, Wiesbaden, 2016.

Statista: GmbH weiter hoch im Kurs, URL: <https://de.statista.com/infografik/3374/gewaehlterechtsform-bei-eingetragenen-betriebsgruendungen-in-deutschland/>, Abruf: 21.01.2017.

Staufenbiel, Peter; Baziuk, Petra: Aktuelle Rechtsprechung zur (drohenden) Zahlungsunfähigkeit, in: ZInsO 2016, 35, S. 1726-1734.

Steffan, Bernhard: Die Aufgaben des Geschäftsführers in der Krise und in der Insolvenz der Gesellschaft, in: Oppenländer/Trölitzsch (Hrsg.): Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung. Verlag C.H. Beck, München, 2. Auflage 2011, S. 626-669.

Strohn, Lutz: Organhaftung im Vorfeld der Insolvenz, in: NZG 2011, 30, S. 1161-1169.

Vallender, Heinz: Grundlagen des Insolvenzrechts, in: Vallender/Undritz: Praxis des Insolvenzrechts. ZAP Verlag, Köln, 2012, S. 1-38.

Von Woedtke, Niclas: Entwicklungen der GmbH-Geschäftsführerhaftung in der neueren Rechtsprechung, in: NZG 2013, 13, S. 484-488.

Windbichler, Christine: Gesellschaftsrecht. Verlag C.H. Beck, München, 23. Auflage 2013.

Witt, Carl-Heinz: Haftung des Geschäftsführers, in: Gehrlein/Witt/Volmer (Hrsg.): GmbH-Recht in der Praxis. R & W Verlag, Frankfurt am Main, 3. Auflage 2015, S. 308-348.

Ziemons, Hildegard: Haftung der Geschäftsführer, in: Oppenländer/Trörlitzsch (Hrsg.): Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung. Verlag C.H. Beck, München, 2. Auflage 2011, S. 453-579.

## **7 AUTORENINFORMATION**

---

**Daniela Keßler** studiert Legal Management und ist Absolventin des Studienganges Wirtschaftsrecht an der Hochschule Konstanz.

**Dr. Thomas Zerres** ist Professor für Zivil- und Wirtschaftsrecht an der Hochschule Konstanz. Vor seinem Ruf an die Hochschule Konstanz lehrte Prof. Dr. Thomas Zerres 15 Jahre an der Hochschule Erfurt, nachdem er mehrere Jahre als Rechtsanwalt und als Bundesgeschäftsführer eines großen Wirtschaftsverbandes der Dienstleistungsbranche tätig war. Seine Lehr- und Forschungsschwerpunkte sind das Marketingrecht sowie das Europäische Privatrecht.

**Christian Helmling** ist Absolvent des Studienganges Wirtschaftsrecht an der Hochschule Konstanz und arbeitet als Wirtschaftsjurist in einer großen Anwaltskanzlei in Süddeutschland.

**Dr. Christopher Zerres** ist Professor für Marketing an der Hochschule Offenburg. Seine Schwerpunkte in Lehre und Forschung liegen auf Social Media- und Online-Marketing sowie Marketing-Controlling. Zuvor war er bei einer Unternehmensberatung sowie einem internationalen Automobilzulieferer tätig. Christopher Zerres ist Autor zahlreicher Publikationen zu den Bereichen Management und Marketing.