

Dr. Dennis Geissler*

Haftung des eingetragenen und faktischen Geschäftsführers sowie des directors oder shadow directors einer englischen Limited

– Lösungswege aus der Haftungsfalle des § 64 GmbHG –

Aktuelle Entwicklungen der Rechtsprechung zur Haftung nach § 64 GmbHG verschieben die Beweislast gravierend und begründen für das eingetragene oder faktische Organ einer GmbH oder Limited existenzielle Risiken. Dieser Beitrag soll den Stand der Rechtsprechung aufzeigen und Wege aus der Haftungsfalle vorschlagen, die sich im Verteidigungsfall vor Gericht bewährt haben.

I. Grundlagen

Ansprüche nach § 64 GmbHG sind weder dem Schadenersatzrecht,¹ noch dem Deliktsrecht zuzuordnen.² Gegenstand sind Ersatzansprüche eigener Art³ der GmbH gegen den Geschäftsführer. Der Tatbestand für Ansprüche nach § 64 S. 1 GmbHG setzt – anders als Schadenersatzansprüche – keinen Schaden voraus.

Die Geltendmachung von Ansprüchen setzt die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft oder die rechtskräftige Abweisung des Eröffnungsantrags mangels Masse voraus (§ 26 Abs. 1 InsO).⁴ Der Anspruch besteht daher sowohl für die eingetragene, aufgelöste oder für nichtig erklärte Gesellschaft bis zum Abschluss der Insolvenz, sowie für Gesellschaften, bei denen nach Löschung noch Vermögen festgestellt worden ist (§ 66 Abs. 5 GmbHG).

Liegt bei EU-Auslandsgesellschaften der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen (sog. center of main interest) nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 der EG-Verordnung Nr. 1346/2000 vom 29.5.2000 in Deutschland,⁵ hängt die Anwendbarkeit des § 64 GmbHG von der Einordnung der Haftungsstruktur der Gesellschaft ab. Der BGH hat zuletzt durch Urteil vom 15.3.2016⁶ eine Haftung nach § 64 GmbHG für den director der private limited by shares angenommen.

II. Haftungsadressaten

1. Eingetragener Geschäftsführer

§ 64 GmbHG sieht jeden Geschäftsführer oder – im Fall von EU-Auslandsgesellschaften mit ähnlichem Haftungs-

regime – director als Haftungsschuldner vor. Das ist jedenfalls derjenige, der seitens der Gesellschaft im Rahmen eines ordnungsgemäßen Bestellungsverfahrens nach § 6, § 46 Nr. 5, §§ 47 ff. GmbHG – bzw. durch Beschluss im general meeting einer private limited by shares – wirksam zum geschäftsführenden Vertreter bestellt wurde.

Der Anspruch ist unabhängig von der Anzahl der Geschäftsführer, vorgenommener Ressortverteilungen oder der internen Verteilung der Vertretungsmacht. Das Gesetz geht insoweit von gegenseitigen Überwachungspflichten und einer Gesamtverantwortung jedes Geschäftsführers aus.⁷ Auf erteilte Weisungen der Gesellschafter⁸ kann sich der Geschäftsführer – zumindest bei § 64 GmbHG, anders bei § 43 GmbHG⁹ – ebenso wenig haftungsausschließend berufen, wie auf eine Niederlegung seines Amtes. Haftungsansprüche der Gesellschaft bestehen auch nach seinem Ausscheiden fort,¹⁰ wobei die Gesellschafter nach Amtsniederlegung des Geschäftsführers zeitnah einen Nachfolger zu bestellen haben, um einer eigenen Einstandspflicht nach § 15a Abs. 3 InsO zu entgehen.

2. Faktischer Geschäftsführer

Neben dem eingetragenen Geschäftsführer kommt der sog. faktische Geschäftsführer als Haftungsschuldner in Betracht.¹¹ Dabei handelt es sich um eine natürliche Person, die mit dem Einverständnis der Mehrheit der Gesellschafter¹² Geschäftsführeraufgaben für Verkehrskreise sichtbar wahrnimmt, ohne wirksam bestellt worden zu sein.¹³

Eine Erweiterung der Haftung war nötig, um den Gesetzeszweck durch den Verweis auf die fehlende, jedoch in § 64 GmbHG vorgesehene, Bestellung des Geschäftsführers nicht zu unterlaufen.¹⁴ Maßgeblich für die Einordnung als faktischer Geschäftsführer ist sein tatsächliches Auftreten. Insbesondere dann, wenn er die Geschicke der Gesellschaft durch eigenes Handeln im Außenverhältnis prägt

* Dr. Dennis Geissler ist Rechtsanwalt und Partner von avocado rechtsanwälte in Frankfurt a. M.

1 K. Schmidt in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 64 Rz. 14.

2 BGH v. 11.2.2008 – II ZR 291/06, GmbHR 2008, 702 (703).

3 BGH v. 18.3.1974 – II ZB 3/74, NJW 1974, 1088 (1089) = GmbHR 1974, 133 (LS); v. 8.1.2001 – II ZR 88/99, GmbHR 2001, 190 (194) m. Komm. Felleisen; v. 11.2.2008 – II ZR 291/06, GmbHR 2008, 702 (703); Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 64 Rz. 7; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 64 Rz. 5.

4 BGH v. 11.9.2000 – II ZR 370/99, GmbHR 2000, 1149; Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 64 Rz. 19.

5 Vgl. EuGH v. 2.5.2006 – Rs. C-341/04 – Eurofood, ZIP 2006, 907.

6 BGH v. 15.3.2016 – II ZR 119/14, GmbHR 2016, 592 m. Komm. Poertzgen; so schon OLG Rostock v. 5.10.2010 – 4 U 139/08, GmbHR 2010, 1349; LG Kiel v. 20.4.2006 – 10 S 44/05, GmbHR 2006, 710 m. Komm. Leumer/Langner; s. auch Müller, EWIR 2015, 99 f., Anm. zum Vorlagebeschl. des BGH v. 2.12.2014 – II ZR 119/14, GmbHR 2015, 79 m. Komm. Römermann.

7 OLG München v. 21.3.2013 – 23 U 3344/12, GmbHR 2013, 590 m. Komm. Leinekugel.

8 Wohl aber bei § 43 Abs. 1 GmbHG; s. BGH v. 18.6.2013 – II ZR 86/11, GmbHR 2013, 1044 m. Komm. Werner; dazu Bespr. Geissler, GWR 2013, 422.

9 BGH v. 18.6.2013 – II ZR 86/11, GmbHR 2013, 1044 m. Komm. Werner; dazu Anm. K. Schmidt, JuS 2013, 1040 ff.; Geissler, GWR 2013, 422.

10 BGH v. 8.2.1993 – II ZR 58/92, GmbHR 1993, 216 (217); Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 64 Rz. 8.

11 BGH v. 21.3.1988 – II ZR 194/87, GmbHR 1988, 299 (300); K. Schmidt in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rz. 23.

12 OLG Karlsruhe v. 7.3.2006 – 3 Ss 190/05, GmbHR 2006, 598; Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 64 Rz. 9.

13 BGH v. 21.3.1988 – II ZR 194/87, GmbHR 1988, 299; v. 11.7.2005 – II ZR 235/03, GmbHR 2005, 1187; LG Hannover v. 8.2.2016 – 1 O 169/13, ZInsO 2016, 806; dazu Geissler, GWR 2016, 260.

14 BGH v. 21.3.1988 – II ZR 194/87, GmbHR 1988, 299 (300); K. Schmidt in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2015, Anh. § 64 Rz. 23.

Haftung des eingetragenen und faktischen Geschäftsführers sowie des directors oder shadow directors

und in die Hand nimmt, unterliegt er der Haftung nach § 64 GmbHG.¹⁵ Sein Wirken muss sich hinsichtlich der Bedeutung und der Nachhaltigkeit mit der Tätigkeit eines bestellten Geschäftsführers vergleichen lassen.¹⁶ Ein Indiz für eine Tätigkeit als faktischer Geschäftsführer ist deshalb die Durchführung wesentlicher Tätigkeiten mit Außenwirkung im kaufmännischen, personellen, operativen und finanziellen Geschäftsbereich, etwa durch die Erteilung von Weisungen. Nach jüngster Rechtsprechung des LG Hannover¹⁷ ist hierzu auch nicht erforderlich, dass der Handelnde die eingetragene Geschäftsführung völlig verdrängt.

Im Fall der private limited dürften auch Dritte mit erheblichem Einfluss auf die Gesellschaft, sog. shadow director, unter die Haftung des § 64 GmbH fallen. Nach Sec. 214 Abs. 7 des britischen Insolvency Acts 1986 wird der shadow director dem eingetragenen director zumindest gleichgestellt („In this section „director“ includes a shadow director“).¹⁸ Soweit der BGH¹⁹ die Haftung zumindest auf den director ausweitet, muss dies, zumindest nach britischen Haftungsgesichtspunkten, für sein nicht eingetragenes Pendant gelten.

III. Anspruchsvoraussetzungen

Ein Ersatzanspruch gegen den Geschäftsführer setzt voraus, dass dieser nach Eintritt der Insolvenzzureife der Gesellschaft Zahlungen vorgenommen hat, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns nicht zu vereinbaren waren.

1. Zahlungsunfähigkeit

Zahlungsunfähigkeit liegt gemäß § 17 Abs. 2 S. 1 InsO vor, wenn die Gesellschaft nicht in der Lage ist, die fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen.²⁰ In Abgrenzung zur bloßen Zahlungsstockung, in der kurzfristig Finanzbeeinträchtigungen vorliegen, muss die Beschaffung nötiger Finanzmittel innerhalb einer Frist, die für einen kreditfähigen Schuldner zur Refinanzierung notwendig ist, ausbleiben.²¹ Die Prüfung, ob die Gesellschaft nach § 17 Abs. 2 S. 1 InsO zur Zahlung unfähig ist, kann der Geschäftsführer – auch der faktische Geschäftsführer und director – durch eine Gegenüberstellung von Aktiva und Passiva in einer Liquiditätsbilanz vornehmen.²² Dabei sind sämtliche innerhalb von drei Wochen verfügbaren finanziellen Mittel zu aktivieren und mit allen eingeforderten und fälligen Verbindlichkeiten gegenüberzustellen. Die Herkunft der Mittel spielt keine Rolle.²³

Im Lichte der aktuellen Rechtsprechung wird – zulasten des Geschäftsführers – der Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit widerleglich vermutet, wenn die Gesellschaft zur Begleichung ihrer fälligen und geltend gemachten Ansprüche innerhalb einer Sanierungskaranzzeit von drei Wochen nicht mehr in der Lage ist. Das soll dann nicht gelten, wenn die Liquiditätsunterdeckung unter 10 % liegt, soweit nicht bereits zu diesem Zeitpunkt eine zeitnahe Überschreitung dieses Grenzwerts erkennbar ist.²⁴ Ist die Grenze von 10 % bereits überschritten, kann der Geschäftsführer die Annahme der Zahlungsunfähigkeit nur durch den Nachweis einer zeitnahen vollständigen Beseitigung die Liquiditätsunterdeckung widerlegen,²⁵ wobei der Zustand der Zahlungsunfähigkeit auch dann erst endet, wenn die Zahlungen an alle Gläubiger wieder aufgenommen werden.²⁶

Ein erhebliches Haftungsrisiko für den Geschäftsführer stellt die Feststellung der Zahlungseinstellung nach § 17 Abs. 2 S. 2 dar. Nach Auffassung des BGH genügen Indizien, um eine Zahlungseinstellung anzunehmen mit der Folge der vollen Darlegungs- und Beweislast des betroffenen Geschäftsführers. Eine Zahlungseinstellung wird angenommen, wenn sich in einem objektiv wahrnehmbaren Verhalten der Gesellschaft ihre Mittellosigkeit manifestiert und die betroffenen Gläubiger davon ausgehen dürfen, dass die Gesellschaft die Fähigkeit zur Befriedigung offener Forderungen verloren hat.²⁷ Dies soll regelmäßig der Fall sein, wenn die Gesellschaft Verbindlichkeiten nicht bezahlt, wobei bereits die Nichtzahlung einer erheblichen Verbindlichkeit für die Annahme der Zahlungseinstellung selbst dann genügen soll, wenn die Gesellschaft andere Forderungen erfüllt.²⁸ Dies hat die paradoxe Folge, dass dem Geschäftsführer in der kritischen Phase auch dann kein Raum für unternehmerische Entscheidungen verbleibt, wenn ihm diese von den Gesellschaftern aufgetragen werden. Ansonsten bleibt dem Geschäftsführer im späteren Haftungsprozess nichts anderes übrig, als die zum Stichtag getroffene unternehmerische Entscheidung aufzudecken und zu erläutern.

Werden Löhne und Gehälter,²⁹ Sozialversicherungsbeiträge³⁰ oder Steuern³¹ nicht bezahlt, sind Schecks ungedeckt oder werden Waren bzw. unter Eigentumsvorbehalt ausgelieferte Waren wieder abgeholt, wird die Zahlungseinstellung indiziert. Eigene Aussagen des Geschäftsführers über die eigene Zahlungsunfähigkeit werden hingegen nur als (starkes) Indiz gewertet.³²

15 BGH v. 21.3.1988 – II ZR 194/87, GmbHR 1988, 299 (300); v. 11.2.2008 – II ZR 291/06, GmbHR 2008, 702 (703).

16 Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 64 Rz. 9.

17 LG Hannover v. 8.2.2016 – I O 169/13, ZInsO 2016, 806; dazu Geissler, GWR 2016, 260.

18 S. auch Heinz/Hartung in Heinz, Die englische Limited, 3. Aufl. 2011, Abschn. 7, Rz. 47.

19 BGH v. 15.3.2016 – II ZR 119/14, GmbHR 2016, 592 m. Komm. Poertzgen.

20 Zur Anwendung von § 17 InsO vgl. BGH v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, GmbHR 2005, 1117 m. Komm. Blöse; Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 64 Rz. 33.

21 BT-Drucks. 12/2443, S. 114; BGH v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, GmbHR 2005, 1117 m. Komm. Blöse.

22 BGH v. 14.5.2009 – IX ZR 63/08, WM 2009, 1202 (1203).

23 Zu Straftaten BGH v. 14.5.2009 – IX ZR 63/08, WM 2009, 1202 (1203).

24 BGH v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, GmbHR 2005, 1117 m. Komm. Blöse; v. 27.4.1995 – IX ZR 147/94, WM 1995, 1113 (1114); v. 14.2.2008 – IX ZR 38/04, NZI 2008, 299 (300); v. 14.5.2009 – IX ZR 63/08, WM 2009, 1202 (1204).

25 BGH v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, GmbHR 2005, 1117 (1121) m. Komm. Blöse; v. 12.10.2006 – IX ZR 228/03, NZI 2007, 36 (37 f.); Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 64 Rz. 39.

26 BGH v. 14.2.2008 – IX ZR 38/04, NZI 2008, 299; Geissler, GWR 2016, 214.

27 BGH v. 14.2.2008 – IX ZR 38/04, NZI 2008, 299 (300); Geissler, GWR 2016, 214.

28 BGH v. 30.6.2011 – IX ZR 134/10, ZIP 2011, 1416 (1417).

29 BGH v. 14.2.2008 – IX ZR 38/04, NZI 2008, 299 (300); Geissler, GWR 2016, 214.

30 BGH v. 20.11.2001 – IX ZR 48/01, NJW 2002, 515 (517).

31 KG Berlin v. 14.10.2005 – 6 U 217/04, ZInsO 2005, 1323 (1327).

32 BGH v. 20.12.2007 – IX ZR 93/06, NZI 2008, 231 (232).

Haftung des eingetragenen und faktischen Geschäftsführers sowie des directors oder shadow directors

Von entscheidender Bedeutung für den Geschäftsführer ist die ex-post Beurteilung über die Frage, ob aufgedeckte und erhebliche Verbindlichkeiten bis zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch beglichen werden konnten. Nur wenn dies der Fall war, ist die Annahme der Zahlungsunfähigkeit zu wiederlegen und eine, oftmals existenzbedrohende, Haftung zu vermeiden.³³ Andernfalls kann sich der Geschäftsführer nur darauf berufen, dass sich die Gesellschaft über die Fälligkeit der Forderung irrte³⁴ oder diese trotz finanzieller Möglichkeit bewusst nicht zahlen wollte, wobei der Nachweis der Leistungsfähigkeit regelmäßig nur durch den Nachweis von Kassenbeständen oder Liquiditätsplanungen gelingt.

2. Überschuldung

Deckt das Vermögen der Gesellschaft die Verbindlichkeiten nicht³⁵ schließt lediglich eine vom Geschäftsführer zu beweisende positive Fortführungsprognose³⁶ eine Überschuldung nach § 19 Abs. 1 InsO aus.³⁷ Liegt ein operativer Fehlbetrag vor, wird die Überschuldung nach § 19 Abs. 2 S. 1 InsO sogar indiziert.³⁸ Der Geschäftsführer hat dann nachzuweisen, dass der Fehlbetrag durch stille Reserven gedeckt ist. In der Praxis hat die Überschuldung wegen der reduzierten Darlegungslast des Gläubigers bei der Ermittlung der (regelmäßig nur angenommenen) Zahlungsunfähigkeit³⁹ kaum Gewicht, so dass eine Widerlegung der Überschuldung regelmäßig nicht erforderlich ist.

3. Zahlung der Gesellschaft

Die Rechtsprechung legt den Begriff „Zahlung“ untechnisch dahingehend aus, dass er auf jede Leistung aus dem Gesellschaftsvermögen, die die Insolvenzmasse verringert hat, zur Anwendung gelangt.⁴⁰ Bei Abbuchungen im Lastschriftverfahren liegt eine haftungsrelevante Zahlung deshalb auch dann vor, wenn der Geschäftsführer nach Eintritt der Insolvenzreife eine zuvor erteilte Einzugsermächtigung nicht widerrufen hat,⁴¹ nicht jedoch, bei Pfändungen⁴² oder Hin- und Herzahlungen zwischen zwei Geschäftskonten der Gesellschaft.⁴³

Der BGH betrachtet jeden Zahlungsvorgang einzeln, ohne auf die durch alle Betriebsvorgänge tatsächlich entstandene Vermögensminderung abzustellen.⁴⁴ Das ist zu Recht auf Kritik gestoßen, da der dadurch ermittelte Erstattungsanspruch unter Umständen höher ist als die tatsächliche Vermögensminderung.⁴⁵ Nach der Rechtsprechung haftet der Geschäftsführer im Fall einer Barentnahme auch dann, wenn er das entnommene Geld am gleichen Tag in voller Höhe wieder einzahlt.⁴⁶ Dies führt einmal mehr dazu, dass dem Geschäftsführer in der Krise regelmäßig nur drei Wochen verbleiben, um unternehmerische Entscheidungen treffen und überhaupt handeln zu können. Die Praxis schlug schon früh vor, eine masseschmälernde Zahlung im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu ermitteln.⁴⁷ In der Rechtsprechung findet diese Auffassung zunehmend Einklang. Der BGH hat durch Urteil vom 23.6.2016⁴⁸ die Einrede, dass die von ihm veranlasste Zahlung im Ergebnis nicht masseschmälernd war, berücksichtigt und eine Haftung verneint.

a) Bloßer Aktiventausch

Entsprechend der insolvenzrechtlichen Regelungen der §§ 129 ff. InsO hat der Geschäftsführer die Möglichkeit, durch bilanzielle Betrachtungsweisen den Zahlungscharakter einer Zahlung auszuschließen.⁴⁹ In einem ersten Grundsatzurteil hat der BGH eine Entlastungsmöglichkeit für den Fall angenommen, dass der Gegenwert der Zahlung in das Gesellschaftsvermögen gelangt und dort bis zur Insolvenzantragstellung voll erhalten geblieben ist.⁵⁰ Im Jahr 2001 konkretisierte er seine Rechtsprechung dahingehend, dass nur masseverkürzende oder andere, jedoch im Einzelfall nachteilige Zahlungen haftungsrelevant seien,⁵¹ was im Jahr 2012 im Rahmen eines Aktiventauschs abgelehnt worden ist.⁵² Den Stand der Rechtsprechung fasste der Richter am BGH *Strohn* im Jahr 2011 dahingehend zusammen, dass eine Ersatzpflicht bei jeder Zahlung entstehe, allerdings wieder untergehe, sobald ein hoher, effektiv verwertbarer Gegenwert in das Gesellschaftsvermögen fließe,⁵³ was zuletzt im Fall vom Dienstleistungen (Rechtsanwaltsdienste, Logistik, Versicherung und Flugreisen)

33 BGH v. 24.3.2016 – IX ZR 242/13, NZI 2016, 454; BGH v. 11.2.2010 – IX ZR 104/07, WM 2010, 711.

34 Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 64 Rz. 41.

35 So das alleinige Tatbestandsmerkmal vor dem *Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMSStG)* v. 17.10.2008, BGBl. I 2008, 1982 ff.

36 Zur Fortführungsprognose s. etwa BGH v. 9.10.2006 – II ZR 303/05, GmbHR 2006, 1334; *Mätzig* in Ziemons/Jaeger, BeckOK-GmbHG, 27. Ed. 2013, § 64 Rz. 36 f.

37 BT-Drucks. 16/10600, S. 12 f.; BGH v. 13.7.1992 – II ZR 269/91, GmbHR 1992, 659; v. 20.3.1995 – II ZR 205/94, BGHZ 129, 136 (154) = GmbHR 1995, 665 (LS); v. 30.3.1998 – II ZR 146/96, GmbHR 1998, 594; *Mätzig* in Ziemons/Jaeger in BeckOK-GmbHG, 27. Ed. 2013, § 64 Rz. 29.

38 BGH v. 16.3.2009 – II ZR 280/07, GmbHR 2009, 654 m. Komm. *Bormann*.

39 BGH v. 14.2.2008 – IX ZR 38/04, NZI 2008, 299 (300); v. 30.6.2011 – IX ZR 134/10, ZIP 2011, 1416 (1417); *Geissler*, GWR 2016, 214.

40 BT-Drucks. 16/6140, S. 46; BGH v. 6.6.1994 – II ZR 292/91, GmbHR 1994, 539 (543); v. 16.3.2009 – II ZR 32/08, GmbHR 2009, 937 (938); *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 64 Rz. 19.

41 BGH v. 25.10.2007 – IX ZR 217/06, NJW 2008, 63 (64); *Mätzig* in Ziemons/Jaeger in BeckOK GmbHG, 27. Ed. 2013, § 64 Rz. 45 f.

42 BGH v. 7.12.2010 – XI ZR 53/08, NZG 2011, 465.

43 BGH v. 5.5.2008 – II ZR 38/07, GmbHR 2008, 813 (814) m. Komm. *Lindemann*.

44 BGH v. 26.3.2007 – II ZR 310/05, GmbHR 2007, 596 (597); v. 29.11.1999 – II ZR 273/98, GmbHR 2000, 182 (183) m. Komm. *Frings*.

45 So auch *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 64 Rz. 29; *Altmeyen*, ZIP 2001, 2201 (2206 ff.); *Bitter*, ZInsO 2010, 1505 (1515).

46 *Mätzig* in Ziemons/Jaeger, BeckOK GmbHG, 27. Ed. 2013, § 64 Rz. 50; *Bitter*, WM 2001, 666 (671).

47 *Altmeyen* in Roth/Altmeyen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 64 Rz. 10; *K. Schmidt*, ZIP 2008, 1401 (1408 f.); *Haas*, NZG 2004, 737 (740); a.A. BGH v. 29.11.1999 – II ZR 273/98, GmbHR 2000, 182 m. Komm. *Frings*.

48 BGH v. 23.6.2015 – II ZR 366/13, GmbHR 2015, 925 m. Komm. *Poertzen*.

49 BGH v. 5.2.2007 – II ZR 51/06, GmbHR 2007, 936 m. Komm. *Lindemann*.

50 BGH v. 18.3.1974 – II ZB 3/74, NJW 1974, 1088 = GmbHR 1974, 133 (LS).

51 BGH v. 8.1.2001 – II ZR 88/99, GmbHR 2001, 190 (192) m. Komm. *Felleisen*.

52 BGH v. 14.5.2012 – II ZR 130/10, GmbHR 2012, 899 m. Komm. *Wenzler*; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 64 Rz. 15; a.A. *Müller* in Münch.Komm.GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 64 Rz. 127.

53 *Strohn*, NZG 2011, 1161 (1164).

Haftung des eingetragenen und faktischen Geschäftsführers sowie des directors oder shadow directors

mangels realisierbaren Gegenwerts abgelehnt worden ist,⁵⁴ bei wertbeständigen Waren hingegen anzunehmen ist.

b) Debetkonten und sonstige Verbindlichkeiten

Kontokorrentabreden und Geschäftskonten begründen ein zusätzliches Haftungsrisiko, da der Geschäftsführer für Zahlungseingänge auf debitorisch geführten Bankkonten, die den Sollsaldo und damit zukünftige Insolvenzforderungen des Kreditinstituts verringern, einzustehen hat,⁵⁵ was zu Recht auf Kritik gestoßen ist. Der BGH hat nämlich verkannt, dass die durch den Zahlungseingang frei gewordenen Kreditlinien zum Wohle der Gesellschaft genutzt werden konnten, etwa um andere fällige Forderungen kurzfristig zu bedienen. Die Literatur schlägt deshalb auch hier eine Gesamtbetrachtung dahingehend vor, dass sich die Haftung auf die konkrete Bewegung des Saldos im Kontokorrent reduziert.⁵⁶ Die Haftung des Geschäftsführers soll dagegen ausscheiden, wenn der Bank zur Sicherung aller Forderungen aus der bankmäßigen Geschäftsbeziehung sämtliche bestehenden und künftigen Forderungen aus Warenlieferungen und Leistungen sicherungshalber abgetreten worden sind (Globalzession).⁵⁷

Im Fall eines im Soll geführten Gesellschaftskontos nimmt die Rechtsprechung keine haftungsrelevante Zahlung an. Die Leistung habe keinen Einfluss auf die künftige Insolvenzmasse, sondern lediglich auf die Insolvenzquote einzelner Gläubiger. Die Zahlung bewirke keine Masse-schmälerung, sondern einen Gläubigerwechsel und sei deshalb rechtlich neutral zu bewerten.⁵⁸ Mit gleicher Argumentation stellt auch die Begründung neuer Verbindlichkeiten der Gesellschaft keine haftungsrelevante Zahlung, sondern alleine einen schuld- und insolvenzrechtlichen Vorgang zum Nachteil der späteren Masse dar.⁵⁹

c) Sonstige Leistungen

Auch sonstige Leistungen können die Insolvenzmasse nach § 35 InsO verringern und eine Zahlung i.S.d. § 64 GmbHG darstellen, z.B. Aufrechnungen mit bestehenden Forderungen, Warenlieferungen oder die Übertragung von Rechten und Forderungen.⁶⁰ Gewährt die Gesellschaft einem Gesellschafter oder Dritten ein Darlehen, liegt un-

abhängig von der Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruchs eine relevante Zahlung vor,⁶¹ ebenso bei der Belastung von Gegenständen aus dem Gesellschaftsvermögen zum Zwecke der Absicherung von Krediten.⁶²

4. Relevanter Zahlungszeitraum

Haftungsrelevant sind lediglich Zahlungen der Gesellschaft, die zwischen Eintritt der Insolvenzreife (Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung) und der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geleistet werden. Damit steht die Geschäftsführerhaftung in einem Spannungsverhältnis zu § 15a InsO, der der Geschäftsführung eine Frist von drei Wochen ab Insolvenzreife zur Stellung des Insolvenzantrags einräumt. Die unterschiedlichen Normzwecke – § 15a Abs. 1 InsO soll der Geschäftsführung eine Bedenkzeit einräumen, § 64 GmbHG der Sicherung der Insolvenzmasse dienen – rechtfertigen nach Ansicht des BGH ein sofortiges Zahlungsverbot für den Geschäftsführer.⁶³

Die Rechtsprechung ist zu Recht kritisiert worden, da sie den Geschäftsführer in einen kaum lösbaren Spagat zwingt: § 15a Abs. 1 InsO gibt ihm das Recht, kurzfristige Sanierungsmöglichkeiten zu prüfen und ggf. durchzusetzen. Der BGH hat – in völligem Widerspruch – durch Urteil vom 9.8.2005⁶⁴ die Strafbarkeit eines Geschäftsführers nach § 266a Abs. 1 StGB bestätigt, nachdem dieser vor der Insolvenzantragstellung einen Sanierungsversuch unternahm. Im Zusammenspiel von § 64 S. 1 GmbHG und § 266a Abs. 1 StGB ist der Geschäftsführer also gehalten, bereits zum Zeitpunkt der Insolvenzreife beurteilen zu müssen, ob eine Sanierung Erfolg hat, wobei seine Beurteilung unter dem Damoklesschwert des § 64 S. 1 GmbHG bzw. des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a Abs. 1 StGB steht.

5. Privilegierte Zahlungen

a) Sorgfaltsmaßstab

Ist eine relevante Zahlung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar, ist die Haftung ausgeschlossen, was vom Geschäftsführer darzulegen und zu beweisen ist.⁶⁵ § 64 S. 2 GmbHG privilegiert Zahlungen der Gesellschaft, die ihren sofortigen Zusammenbruch vermeiden und die Sanierungsmöglichkeit erhalten. Welche Maßnahmen hierunter fallen, hängt vom Einzelfall ab. In vielen Fällen führt die Unterbrechung des Produktionsprozesses dazu, dass die Gesellschaft ihre Marktstellung und Wettbewerbsfähigkeit vollständig verliert. Deshalb besteht in vielen Fällen aus Gläubigersicht ein Interesse an der Sicherung der Sanierungsfähigkeit des Unternehmens durch entsprechende Zahlungen.⁶⁶ Die Praxis stößt bei der Ermittlung privilegierter Zahlungen auf Probleme, da die Be-

54 LG Freiburg v. 10.6.2011 – 12 O 130/09, juris.

55 BGH v. 26.3.2007 – II ZR 310/05, GmbHR 2007, 596; v. 29.11.1999 – II ZR 273/98, GmbHR 2000, 182 m. Komm. Frings; OLG Celle v. 20.6.2007 – 9 U 135/06, GmbHR 2008, 101.

56 K. Schmidt in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 64 Rz. 22; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 64 Rz. 21.

57 BGH v. 8.12.2015 – II ZR 68/14, GmbHR 2016, 213 m. Komm. Clemens.

58 BGH v. 25.1.2011 – II ZR 196/09, GmbHR 2011, 367 (369) m. Komm. Poertzgen; v. 25.1.2010 – II ZR 258/08, GmbHR 2010, 428 m. Komm. Podewils; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 64 Rz. 21; Mätzig in Ziemons/Jaeger, BeckOK GmbHG, 27. Ed. 2013, § 64 Rz. 47.

59 Str.; BGH v. 26.3.2007 – II ZR 310/05, GmbHR 2007, 596; v. 30.3.1998 – II ZR 146/96, GmbHR 1998, 594 (595); Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 64 Rz. 30; K. Schmidt in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 84 Rz. 23; a.A. OLG Celle v. 23.4.1997 – 9 U 189/96, GmbHR 1997, 901.

60 OLG Düsseldorf v. 19.1.1995 – 6 U 272/93, GmbHR 1996, 616 (619); Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 64 Rz. 15; Mätzig in Ziemons/Jaeger, BeckOK GmbHG, 27. Ed. 2013, § 64 Rz. 49.

61 BGH v. 9.10.2012 – II ZR 298/11, GmbHR 2013, 31 m. Komm. Wenzler.

62 Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 64 Rz. 65.

63 BGH v. 16.3.2009 – II ZR 280/07, GmbHR 2009, 654 (655) m. Komm. Bormann; Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 64 Rz. 67.

64 BGH v. 9.8.2005 – 5 StR 67/05, GmbHR 2005, 1419 m. Komm. Chr. Schröder/Faust.

65 Altmeppen in Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 64 Rz. 28, m.w.N.

66 Mätzig in Ziemons/Jaeger, BeckOK GmbHG, 27. Ed. 2013, § 64 Rz. 55.

Haftung des eingetragenen und faktischen Geschäftsführers sowie des directors oder shadow directors

urteilung maßgeblich mit den Geschäftsgebräuchen der konkret betroffenen Gesellschaft zusammenhängt, die der beratende Rechtsanwalt in der Regel nicht exakt kennt.

Der Geschäftsführer haftet allerdings für Zahlungen, die er unter dem Vorwand seiner Sanierungsabsicht veranlasst, obwohl die Gesellschaft auch ohne die Zahlung nicht zusammengebrochen wäre. Spätestens nach Ablauf der Überdenkungsfrist des § 15a InsO dürfte die Beurteilung strenger ausfallen, da der Geschäftsführer dem zukünftigen (vorläufigen) Insolvenzverwalter sämtliche Interventionsmöglichkeiten vorenthält. Nach Ablauf der Dreiwochenfrist können daher nur solche Zahlungen privilegiert sein, die nachweisbar auf einem soliden Sanierungskonzept beruhen und ausschließlich dem Sanierungserfolg der Gesellschaft dienen.⁶⁷

b) Privilegierte Zahlungen

In wenigen Fällen hat die Rechtsprechung konkret zur Frage Stellung genommen, welche Zahlungsarten stets unter die Privilegierung des § 64 S. 2 GmbHG fallen. Als zugelassene Zahlungen wurden wesentliche Versorgungsleistungen wie Strom, Wasser und Wärme oder gesetzliche Zahlungspflichten, etwa die Erfüllung steuerlicher Pflichten (§§ 34, 69 AO)⁶⁸ oder die strafbewährende Abführungen von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 266a StGB)⁶⁹ eingeordnet. Gleiches gilt für Lohn- und Mietforderungen sowie Steuern und Versicherungsprämien.⁷⁰ Ansonsten ist die Privilegierung des § 64 S. 2 GmbHG anzuwenden, wenn sich der Geschäftsführer bei Beachtung des Zahlungsverbots persönlich strafbar machen würde.⁷¹

IV. Haftungsbeschränkung durch D&O-Versicherung

Eine D&O-Versicherung ist eine Vermögenshaftpflicht-Versicherung für Organe, die entsprechend der gesetzlichen Vorgaben einer persönlichen Haftung ausgesetzt sein können. Versicherungsschutz wird für den Fall einer persönlichen Inanspruchnahme wegen einer in Ausübung der Organtätigkeit begangenen Pflichtverletzung angeboten, soweit das Organ nicht grob fahrlässig handelte. Eine Standardisierung der verwandten Klauseln der D&O-Versicherungsbedingungen konnte sich auch nach einer Empfehlung des *Gesamtverbandes der deutschen Versicherungswirtschaft* nicht durchsetzen.⁷²

Der Geschäftsführer hat keinen generellen Anspruch auf Abschluss einer D&O-Versicherung gegen die Gesellschaft,⁷³ sollte die aber gleichwohl verlangen und im Anstellungsvertrag aufnehmen. Über den Abschluss einer D&O-Versicherung entscheidet die Gesellschafterver-

sammlung, da er eine Haftungsmilderung zugunsten des Geschäftsführers bewirkt.⁷⁴ Dabei hat die Versicherung für die Gesellschaft den erheblichen Vorteil, dass eine Einstandspflicht nach § 64 GmbHG oder § 43 GmbHG von der individuellen Bonität ihres Geschäftsführers losgelöst erfolgt. Der Deckungsanspruch des Geschäftsführers gegen die Versicherung ist nach § 108 Abs. 2 VVG an die Gesellschaft abtretbar, die sich damit effektiv schadlos halten kann.

V. Maßnahmen zur Haftungsbeschränkung

In ständiger Gerichtspraxis haben sich konkrete Vorbereitungen des Geschäftsführers bewährt, um dessen Darlehens- und Beweislast umsetzen und eine Haftung ausschließen zu können. Zeichnet sich eine Gesellschaftskrise ab, sind im Einzelnen folgende Maßnahmen sinnvoll.

1. Finanzplanung und Buchhaltung

Um dem Problem entgegenzutreten, in Haftungsprozess aus *ex-post Perspektive* die Finanz-, Sanierungs- oder Unternehmensplanung mühevoll rekonstruieren zu müssen, sollte der Geschäftsführer spätestens nach Eintritt erster Zahlungsprobleme umfangreiche Liquiditätsanalysen und Liquiditätsplanungen erstellen oder erstellen lassen und auch in Abschrift aufbewahren. Daneben empfiehlt sich die Einholung eines Sachverständigengutachtens über die Liquiditätssituation. Ist der Geschäftsführer infolge fehlender persönlicher Kenntnisse nicht in der Lage, die Zahlungsunfähigkeit zu prüfen, sollte er fachlich qualifiziertes Personal zur Beratung hinzuziehen, wozu er sogar verpflichtet ist.⁷⁵

2. Cash Management

Bestanden zum Stichtag der haftungsbegründenden Zahlung des Geschäftsführers fällige Verbindlichkeiten, die bis zur Verfahrenseröffnung nicht mehr ausgeglichen worden sind, spricht dies indiziell für eine Zahlungsunfähigkeit.⁷⁶ Gleiches gilt für den Fall wiederholter Zwangsvollstreckungen in das Gesellschaftsvermögen oder anhaltender Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen⁷⁷ und schleppender Steuerzahlungen.⁷⁸

a) Berücksichtigung in Liquiditätsplanung

Um seiner Darlegungslast im Klagefall gerecht werden zu können, sollte der Geschäftsführer vorbeugend jede fällige Verbindlichkeit in der Liquiditätsplanung aufnehmen und den Grund für die Nichtzahlung plausibel erläutern und etwaige Nachweise beifügen. Das gilt insbesondere für vereinbarte Stundungen, Verzichtserklärungen oder Ratenzahlungsvereinbarungen, die bei Anzeichen einer Krise einzuholen sind. Im Fall internationalen Rechtsverkehrs empfiehlt es sich zudem, Rahmenvereinbarungen aufzubewahren, um das anwendbare Recht sowie vereinbarte Fälligkeitstermine im Nachhinein ohne Aufwand noch feststellen zu können.

67 OLG Hamburg v. 25.5.2007 – 11 U 116/06, GmbHR 2007, 1037 (1040).

68 BGH v. 25.1.2011 – II ZR 196/09, GmbHR 2011, 367 (368) m. Komm. *Poertzgen*.

69 BGH v. 25.1.2011 – II ZR 196/09, GmbHR 2011, 367 (368) m. Komm. *Poertzgen*; v. 14.5.2007 – II ZR 48/06, GmbHR 2007, 757 (459) m. Komm. *Chr. Schröder*.

70 Etwa OLG Hamburg v. 25.6.2010 – 11 U 133/06, GmbHR 2011, 371.

71 BGH v. 5.5.2008 – II ZR 38/07, GmbHR 2008, 813 m. Komm. *Lindemann*; *Bitter*, ZInsO 2010, 1505 (1516); *Haas* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 64 Rz. 74 ff.

72 Stellungnahme des GDV zum Entwurf eines *Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung* v. 22.5.2009, S. 1 f.

73 OLG Koblenz v. 24.9.2007 – 12 U 1437/04, NZG 2008, 280; *Kästner*, DStR 2001, 195 ff.

74 *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 43 Rz. 8.

75 BGH v. 27.3.2012 – II ZR 171/10, GmbHR 2012, 746 m. Komm. *Blöse*; OLG München v. 23.10.2013 – 7 U 50/13, BeckRS 2013, 19364.

76 BGH v. 24.3.2016 – IX ZR 242/13, NZI 2016, 454.

77 BGH v. 13.4.2006 – IX ZB 118/04, NZI 2006, 405 (406).

78 BGH v. 25.1.2011 – II ZR 196/09, GmbHR 2011, 367.

Erbschaftsteuerreform: Die gesetzlichen Neuregelungen für die Unternehmensnachfolge

Das auf dieser Grundlage aufgebaute Verbindlichkeitsmanagement sollte Zahlungsausgänge priorisieren um sicherzustellen, dass erhebliche Summen oder für die Fortsetzung etwaiger Lieferbeziehungen wesentliche Verbindlichkeiten vor unwesentlichen Bagatellforderungen bezahlt werden, die im Haftungsfall zum Nachweis des Zeitpunkts einer Zahlungseinstellung regelmäßig nicht genügen.⁷⁹

b) Gegenleistung

Nachdem die Rechtsprechung bei der Beurteilung der Höhe des Erstattungsbetrags dem Gedanken einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise zunehmend zustimmt,⁸⁰ sollte der Geschäftsführer – zumindest bei offenen Forderungen – den tatsächlichen und bilanzierten Wert der Gegenleistung sowie den Umfang dessen Verwertbarkeit vom Tag der Fälligkeit bis zum Tag des Insolvenzantrags detailliert dokumentieren, um im Prozessfall einwenden zu können, dass die Zahlung keine Masseschmälerung, sondern einen bloßen Aktivtausch⁸¹ bewirkt hat. Sofern Zusammenhänge zwischen verschiedenen Zahlungsvorgängen bestehen, sind diese zu berücksichtigen.

c) Rechte Dritter

Im Fall der Weggabe mit Rechten Dritter belasteter Vermögensgegenstände sollte der Geschäftsführer die Art und

den Umfang der Belastung (z.B. Eigentumsvorbehalt, Pfändung) festhalten, um den Umfang der Rechte Dritter im Prozessfall darlegen und eine „Zahlung“ i.S.v. § 64 S. 2 GmbHG ausschließen zu können.⁸²

3. Kontenüberwachung

Zur Vermeidung einer Haftung sollte der Geschäftsführer nach Eintritt der Insolvenzsreife jede Überweisung auf Debetkonten⁸³ verhindern, etwa indem er ein kreditorisches Konto bei einer anderen Bank eröffnet und Schuldnern die neue Kontoverbindung mitteilt.

VI. Zusammenfassung

Zahlungen, die den Geschäftsführer oder director persönlich vor straf- oder ordnungsrechtlichen Sanktionen bewahren sind ebenso privilegiert wie Versorgungsleistungen, die für die Fortführung des Betriebes notwendig sind. Die Grenze zwischen haftungsauslösender und privilegierter Zahlungen bleibt eng und schwer vorhersehbar. Um einer Haftung zu entgehen, sollten Geschäftsführer bzw. directors schon vor Insolvenzantragstellung und zwar spätestens im Moment erster Anzeichen einer Krise, umfassende Maßnahmen ergreifen, um den Zeitpunkt der Zahlungseinstellung im Insolvenzfall widerlegen und werthaltige Gegenleistungen sowie privilegierte Zahlungsvorgänge nachweisen zu können.

⁷⁹ BGH v. 11.2.2010 – IX ZR 104/07, WM 2010, 711.

⁸⁰ BGH v. 23.6.2015 – II ZR 366/13, GmbHR 2015, 925 m. Komm. Poertzgen.

⁸¹ BGH v. 18.10.2010 – II ZR 151/09, GmbHR 2011, 25 m. Komm. Blöse.

⁸² Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 64 Rz. 68.

⁸³ BGH v. 26.3.2007 – II ZR 310/05, GmbHR 2007, 596 (598); v. 29.11.1999 – II ZR 273/98, GmbHR 2000, 182 (184) m. Komm. Frings.