

## **Verantwortung der Geschäftsführer und Schadensersatz im deutschen Gesellschaftsrecht\***

PROF. PETER KINDLER  
Universität Augsburg

Gliederung

- I. Einleitung**  
S. 2
- II. Haftungsrisiken für Geschäftsführer**  
S. 3
  - 1. Überblick**  
S. 3
  - 2. Haftung gegenüber der GmbH aus dem Generaltatbestand des § 43 Abs. 1 und 2 GmbHG**  
S. 4
    - a) Geschäftsführerpflichten  
S. 4
    - b) Sorgfaltsmaßstab und Verschulden  
S. 6
    - c) Gesamtverantwortung  
S. 6
    - d) Ausschlusstatbestände und Verjährung  
S. 7
    - e) Geltendmachung  
S. 7
    - f) Verhältnis zur Haftung aus dem Anstellungsverhältnis  
S. 8
  - 3. Haftung gegenüber der GmbH aus gesellschaftsrechtlichen Sondertatbeständen und aus Delikt**  
S. 8
    - a) Verstoß gegen Auszahlungsverbote  
S. 8
    - b) Erwerb eigener Geschäftsanteile  
S. 8
    - c) Masseschmälerung  
S. 8
    - d) Falsche Angaben bei Gründung oder Kapitalerhöhung  
S. 9
    - e) Haftung gegenüber der Gesellschaft aus Delikt  
S. 9
  - 4. Haftung gegenüber den Gesellschaftern**  
S. 10

**5. Haftung gegenüber privatrechtlichen Gesellschaftsgläubigern**

S. 11

a) Rechtsschein der persönlichen Haftung

S. 11

b) Eigenhaftung aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen

S. 11

c) Verletzung von deliktsrechtlich geschützten Rechten und Rechtsgütern

S. 13

d) Verstoß gegen Schutzgesetze; Insolvenzverschleppung

S. 14

e) Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung

S. 15

**III. Schadensrechtliche Fragen**

S. 16

**1. Überblick**

S. 16

**2. Schaden der Gesellschaft**

S. 17

**IV. Fazit**

S. 17

**I. Einleitung**

Nicht erst seit Ausbruch der Finanzkrise im Jahre 2008 spielt die Haftung von Organmitgliedern juristischer Personen in der deutschen Gesellschaftsrechtspraxis eine immer größere Rolle. Schon im Jahr 2000 war einem „Ende der Schonzeit“ die Rede, während es noch bis in die 1980er Jahre heißen hatte, Schadensersatzansprüche gegen Manager spielten „rechtstatsächlich kaum eine nennenswerte Rolle“.<sup>1</sup> Ursache der gestiegenen Haftungswahrscheinlichkeit ist ein dynamisches Zusammenspiel von öffentlichkeitswirksamen Fehlleistungen der Manager, einer kritischeren Wahrnehmung in der Öffentlichkeit, einer erhöhten Anspruchsverfolgungsbereitschaft<sup>2</sup> und erhöhter Anforderungen durch die Rechtsprechung, eingeleitet durch das ARAG-Urteil des BGH aus dem Jahr 1997<sup>3</sup>. Der nachfolgende Beitrag skizziert die wichtigsten Haftungsrisiken für Organmitglieder am Beispiel des Geschäftsführers einer GmbH deutschen Rechts und stellt damit eine der häufigsten Gesellschaftsformen in der deutschen Unternehmenslandschaft in den Mittelpunkt (nachfolgend unter II). Anschließend werden

---

\* Vortrag vor dem XXIII. Kongress der Deutsch-italienischen Juristenvereinigung/Associazione per gli scambi culturali tra giuristi italiani e tedeschi am 15.10.2010 in Neapel. Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Augsburg.

<sup>1</sup> Werres, *manager magazin* 8/2000, 92; *Harnos/Rudzio*, *JuS* 2010, 104, 105.

<sup>2</sup> *Kiehte*, *BB* 2003, 537.

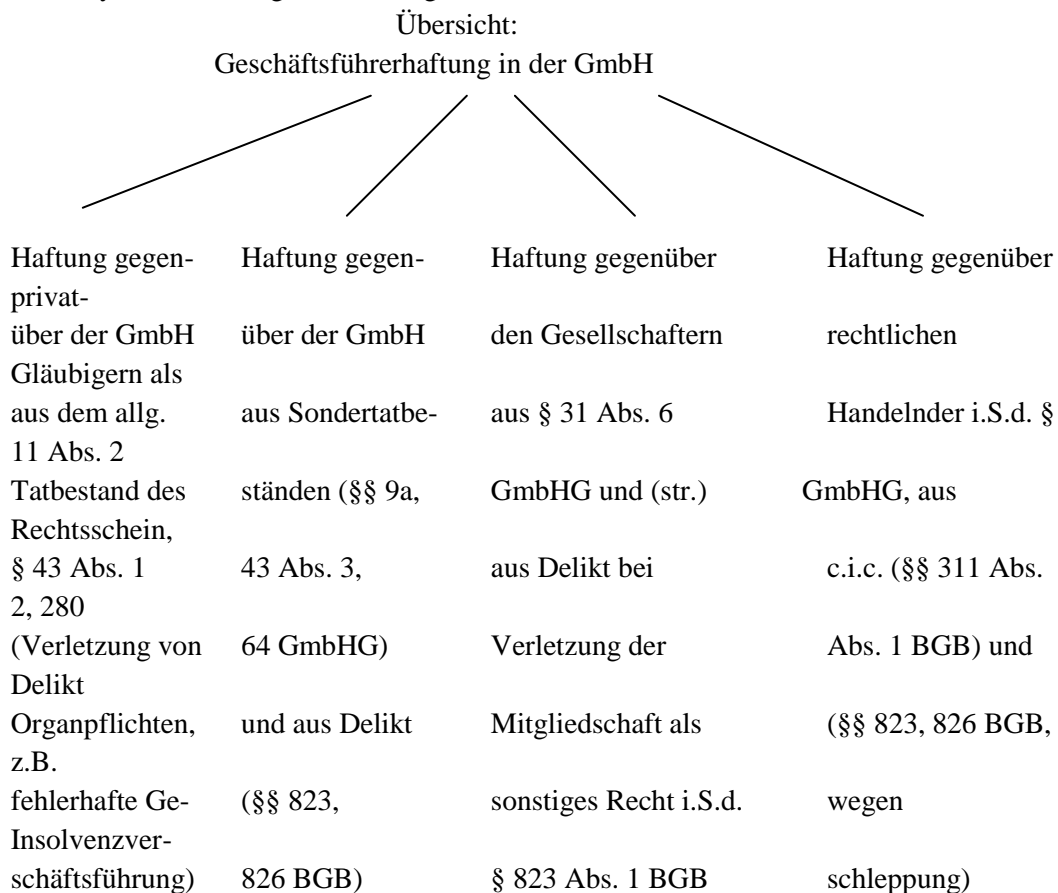
<sup>3</sup> *BGHZ* 135, 244, 253f. = *NJW* 1997, 1926; dazu *Kindler*, *ZHR* 162 (1998), 101ff.

einige Fragen des zivilrechtlichen Schadensrechts erörtert, die gerade in Fällen der Unternehmensleiterhaftung immer wieder von Bedeutung sind (nachfolgend unter III).

## II. Haftungsrisiken für Geschäftsführer<sup>4</sup>

### 1. Überblick

GmbH-Geschäftsführer sehen sich vor allem folgenden potentiellen Haftungsgläubigern gegenüber: der Gesellschaft, den Gesellschaftern und privatrechtlichen Gesellschaftsgläubigern.<sup>5</sup> Daneben stehen – hier nicht zu behandelnde – Haftungstatbestände im Verhältnis zu Steuergläubigern, Sozialversicherungsträgern, aufgrund öffentlichrechtlicher Pflichten sowie die Störerhaftung des Geschäftsführers für Wettbewerbsverstöße und Schutzrechtsverletzungen. Zum gesellschaftsrechtlichen Kernbestand zählt nur die zuvor genannte Gruppe von Haftungstatbeständen, vgl. zu deren Systematisierung die nachfolgende



<sup>4</sup> Die Darstellung der Haftungsrisiken beruht auf *Kindler*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., 2011, § 16, ergänzt um rechtsvergleichende Hinweise zum italienischen Recht.

<sup>5</sup> Vgl. zur Geschäftsführerhaftung nach dem MoMiG *K. Schmidt*, GmbHR 2008, 449ff.; *Kleindiek*, FS K. Schmidt, 2009, S. 893ff.

Diese Einteilung liegt der nachfolgenden Darstellung zugrunde.

## **2. Haftung gegenüber der GmbH aus dem Generaltatbestand des § 43 Abs. 1 und 2 GmbHG**

a) *Geschäftsführerplichten.* Mit *Raiser*<sup>6</sup> kann man die Pflichten der GmbH-Geschäftsführer in fünf Kategorien einteilen:

(1) Zunächst haben die Geschäftsführer die ausdrücklich im Gesetz bestimmten Gebote und Verbote zu beachten. Hierher gehören z.B. die Pflicht, bei Gesellschaftsgründung und Kapitalerhöhung richtige Angaben zu machen (§§ 9a, 57 Abs. 4 GmbHG), die Pflicht zur Kapitalerhaltung nach §§ 30ff. GmbHG, das Verbot des Erwerbs eigener Geschäftsanteile nach § 33 GmbHG, die Befolgung von Weisungen seitens der Gesellschafter nach § 37 Abs. 1 GmbHG, die Verpflichtung zur Anmeldung bestimmter Tatsachen beim Handelsregister (z.B. nach §§ 7, 39, 40 GmbHG, §§ 29, 53 HGB), die Verpflichtung zur Buchführung und Rechnungslegung nach §§ 41ff. GmbHG, das Verbot der Kreditgewährung an Gesellschaftsvertreter nach § 43a GmbHG, die Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO und das Verbot der Masseschmälerung nach § 64 GmbHG.

Nach § 43 Abs. 1 GmbHG hat der Geschäftsführer in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Wenn er die ihm obliegenden Pflichten schuldhaft verletzt, haftet er nach § 43 Abs. 2 GmbHG der Gesellschaft für den entstandenen Schaden. Die Haftung aus dem Generaltatbestand des § 43 Abs. 1 und 2 GmbHG (vgl. im italienischen Recht Art. 2476 c.c. sowie Art. 31 Abs. 4 des geplanten SPE-Statuts<sup>7</sup>) dient nur mittelbar dem Gläubigerschutz und kann daher grundsätzlich durch die Satzung eingeschränkt werden, soweit es um einfache Fahrlässigkeit geht.<sup>8</sup> Daneben trifft den Geschäftsführer die allgemeine Pflicht, die Kompetenzabgrenzung zwischen den Organen der GmbH (Gesellschafterversammlung, Geschäftsführung, ggf. Aufsichtsrat) einzuhalten. Dazu gehört z.B., die Geschäftstätigkeit in den Grenzen des in der Satzung festgelegten Unternehmensgegenstand (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG) zu halten. Verbindlich sind für die Geschäftsführer darüber hinaus auch die in der Satzung, in einer von den Gesellschaftern beschlossenen Geschäftsordnung oder im Anstellungsvertrag enthaltenen Kompetenzbeschränkungen, z.B. im Hinblick auf Zustimmungsvorbehalte zugunsten der Gesellschafter.<sup>9</sup>

(2) Die Gesellschaft selbst ist als juristische Person einer Reihe von Pflichten aus verschiedenen Rechtsgebieten unterworfen, z.B. der Verpflichtung zur Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen und zur Einhaltung straf-, arbeits-, gewerbe- und umweltschutzrechtlicher Vorschriften sowie von Vorschriften des Kartellrechts usw. Gegenüber der Gesellschaft sind die Geschäftsführer dafür verantwortlich, dass diese Pflichten erfüllt werden („Legalitätsprinzip“), es gibt keine „Nützlichen

---

<sup>6</sup> *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaftsrecht, 5. Aufl., 2010, § 32 Rn. 79ff.

<sup>7</sup> Text vom 25.6.2008, KOM (2008) 396.

<sup>8</sup> *BGH NJW* 2002, 3777 (zur Abkürzung der Verjährungsfrist des § 43 Abs. Abs. 4 GmbHG). Näher *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 3. Aufl., 2009, § 43 Rn. 82.

<sup>9</sup> Derartige Beschränkungen sind im *Außenverhältnis* unbeachtlich.

Pflichtverletzungen“. Die Geschäftsführer machen sich schadensersatzpflichtig nach § 43 Abs. 1 und 2 GmbHG, wenn die Gesellschaft infolge ihrer Nichterfüllung einen Schaden erleidet.

Beispiel: Geschäftsführer Cleverle trifft namens der GmbH mit einem Wettbewerber der GmbH eine nach § 14 GWB verbotene Preisabsprache (vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. a Legge 287/1990<sup>10</sup>). Für diesen Kartellverstoß wird der GmbH ein Bußgeld nach § 81 Abs. 1 GWB auferlegt (vgl. Art. 15 Legge 287/1990). Sollte C schuldhaft gehandelt haben – und auch kein Ausschlusstatbestand (unten d) vorliegen –, so hat er diesen Betrag an die GmbH als Schadensersatz zu leisten.

(3) Jeder Geschäftsführer hat die Zusammenarbeit mit den anderen Geschäftsführern und mit den anderen Gesellschaftsorganen (Gesellschafterversammlung, ggf. Aufsichtsrat) durch Berichts- und Auskunftspflichten sicher zu stellen. Wichtige Informationen dürfen daher den Gesellschaftern, aber auch den anderen Geschäftsführern nicht vorenthalten werden.

(4) Die Geschäftsführer haben die Pflicht zur sorgfältigen Unternehmensleitung. Dazu gehören nach hergebrachtem Verständnis insbesondere:<sup>11</sup>

- das rechtmäßige Verhalten der Gesellschaft im Außenverhältnis,
- die Planung der Unternehmenspolitik und die Beratung der Gesellschafter,
- die Umsetzung der Grundsätze der Unternehmenspolitik, die von den Gesellschaftern aufgestellt worden sind,
- die Umsetzung von Einzelweisungen der Gesellschafter (dazu auch schon oben 1),
- alle unternehmerischen Entscheidungen, soweit sie nicht durch die Gesellschafter vorbestimmt sind,
- die Ausrichtung der internen Organisation des Unternehmens nach Gesetz und Satzung.

Weitere Anhaltspunkte für die diesbezüglichen Pflichten der GmbH-Geschäftsführer lassen sich dem Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) entnehmen, soweit die dort enthaltenen Regeln nicht speziell auf die Verhältnisse in der börsennotierten AG zugeschnitten sind.<sup>12</sup>

Beispiel:<sup>13</sup> Die Metz-GmbH produziert Maschinen. Ein Sinken der Auftragseingänge führt zu einer ungenügenden Auslastung der Fertigungskapazitäten. Die GmbH wirft dem Geschäftsführer Schnarch vor, hierauf pflichtwidrig nicht rechtzeitig reagiert zu haben und es insbesondere versäumt zu haben, Kurzarbeit anzumelden. Dadurch sei der Gesellschaft ein Schaden in Form unnötiger Lohnkosten entstanden.

(5) Aus der Treue- oder Loyalitätspflicht folgt das Gebot für die Geschäftsführer, Privatinteressen hinter die Interessen des Unternehmens zurückzustellen und die Organstellung nicht zum eigenen Vorteil auszunutzen. Dazu gehört auch, über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft Stillschweigen zu bewahren (vgl. auch §§ 85 GmbHG, 17ff. UWG). Die Treuepflicht umfasst insbesondere ein Wettbewerbsverbot, das inhaltlich den §§ 112 HGB, 88 AktG entspricht (in Italien Art.

---

<sup>10</sup> Dazu Kindler, *Ital. Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2002, S. 122.

<sup>11</sup> Vgl. Scholz/*U. H. Schneider*, GmbHG, 10. Aufl., 2010, § 43 Rn. 42.

<sup>12</sup> Vgl. den Text unter: [www.corporate-governance-code.de](http://www.corporate-governance-code.de); [www.ecgi.org](http://www.ecgi.org); [www.beck-online.de](http://www.beck-online.de); s.a. die 20 goldenen Regeln der Schma-lenbach-Gesellschaft in ZIP 2006, 1068. Entsprechung in Italien ist der „Codice di autodisciplina delle società quotate“, [www.assonime.it](http://www.assonime.it).

<sup>13</sup> Nach BGHZ 152, 280 = NJW 2003, 358.

2390 c.c.). Danach darf der Geschäftsführer während der Dauer seines Amtes und u.U. darüber hinaus im Geschäftszweig der Gesellschaft keine Geschäfte im eigenen oder fremden Namen tätigen.<sup>14</sup> Treuwidrig handelt ferner, wer als GmbH-Geschäftsführer Geschäftschancen für sich persönlich ausnützt, die der Gesellschaft zustehen (Geschäftschancenlehre).

Beispiel:<sup>15</sup> Ein Geschäftsführer überträgt einen Mietvertrag über Räume, die die GmbH gewinnbringend untervermieten könnte, auf eine dritte Gesellschaft, deren Prokurist er ist. Eine Gegenleistung an die GmbH wird hierbei nicht vereinbart.

*b) Sorgfaltsmaßstab und Verschulden.* Für Pflichtverletzungen (oben 2 a) haftet der Geschäftsführer nach dem Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG. Der dort vorausgesetzte ordentliche Geschäftsmann orientiert sich an der Stellung des Verwalters eines fremden Vermögens, d.h. einer selbständigen, treuhänderischen Wahrung fremder Vermögensinteressen in verantwortlich leitender Position.<sup>16</sup> Ist der Gesellschaft durch ein Verhalten des Geschäftsführers in dessen Pflichtenkreis ein Schaden erwachsen, so werden die Pflichtverletzung und das Verschulden des Geschäftsführers – widerleglich – vermutet.<sup>17</sup> Dem Geschäftsführer steht freilich ein unternehmerisches Ermessen zu, weshalb nicht jede Fehlentscheidung und jeder Irrtum automatisch als Sorgfaltsverstoß zu werten sind („Business Judgment Rule“; normiert in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG).<sup>18</sup> Eine Haftungsprivilegierung eines Geschäftsführers einer GmbH im Rahmen des ihm zustehenden unternehmerischen Ermessens setzt aber voraus, dass das unternehmerische Handeln auf einer sorgfältigen Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruht; das erfordert, dass er in der konkreten Entscheidungssituation alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art ausschöpft und auf dieser Grundlage die Vor- und Nachteile der bestehenden Handlungsoptionen sorgfältig abschätzt und den erkennbaren Risiken Rechnung trägt.<sup>19</sup>

Im unternehmerischen Bereich verpflichtet mithin erst schlechthin unvertretbares Geschäftsführerhandeln zum Schadensersatz, z.B. eine unverantwortliche Risikübernahme.

Beispiel:<sup>20</sup> Lieferung von Fahrzeugen ins Ausland ohne entsprechende Kaufpreissicherung. Hier haftet der Geschäftsführer gegenüber der GmbH für den Ausfall der Forderung.

*c) Gesamtverantwortung.* Nach § 43 Abs. 2 GmbHG (ebenso Art. 2476 Abs. 1 c.c.) haften die Geschäftsführer „solidarisch“, d.h. gesamtschuldnerisch im Sinne der §§ 421ff. BGB. Dies setzt voraus, dass jeder Geschäftsführer für sich den Haftungstatbestand des § 43 Abs. 2 GmbHG (Stellung als Geschäftsführer, Pflichtverletzung, Sorgfaltsverstoß, Ursächlichkeit für den Schadenseintritt) erfüllt. Unproblematisch ist dies bei

---

<sup>14</sup> BGHZ 49, 30, 31 = NJW 1968, 396; BGH NJW-RR 1989, 1255, 1256.

<sup>15</sup> Nach KG NZG 2001, 129.

<sup>16</sup> Lutter/Hommelhoff, § 43 Rn. 21.

<sup>17</sup> BGHZ 152, 280 = NJW 2003, 358 unter Hinweis auf § 93 Abs. 2 AktG, § 34 Abs. 2 GenG.

<sup>18</sup> BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926 – ARAG (zur AG); dazu Kindler, ZHR 162 (1998), 101ff.

<sup>19</sup> BGH NJW 2008, 3361 Tz. 11.

<sup>20</sup> Nach OLG Jena NZG 2001, 86.

gemeinsamem pflichtwidrigen Handeln oder Unterlassen der Fall. Häufig findet sich in der Praxis allerdings eine Geschäftsverteilungsregelung, z.B. in der Satzung der GmbH oder in einer Geschäftsordnung. Sofern ein hiernach „unzuständiger“ Geschäftsführer nicht selbst pflichtwidrig handelt, haftet er nur, wenn er seine Überwachungspflichten gegenüber den anderen Geschäftsführern verletzt.<sup>21</sup>

d) *Ausschlussstatbestände und Verjährung.* Die Haftung entfällt, wenn der Geschäftsführer aufgrund einer bindenden Weisung eines anderen Gesellschaftsorgans handelt.<sup>22</sup> Auch durch einen Entlastungsbeschluss der Gesellschafter (§ 46 Nr. 5 GmbHG) wird der Geschäftsführer von allen Ansprüchen freigestellt, die für die Gesellschafter erkennbar waren bzw. allen Gesellschaftern privat bekannt waren.<sup>23</sup> Die gleiche Wirkung hat eine so genannte Generalbereinigung, d.h. ein Verzicht auf oder ein Vergleich über alle erkennbaren und nicht erkennbaren Ansprüche zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschaft; für den Abschluss einer derartigen Vereinbarung bedarf es eines Gesellschafterbeschlusses analog § 46 Nr. 5, 8 GmbHG.<sup>24</sup> Nach § 43 Abs. 4 GmbHG verjähren die Ansprüche auf Schadensersatz gegen den Geschäftsführer in fünf Jahren, beginnend mit dem Zeitpunkt der Anspruchsentstehung (§ 200 Satz 1 BGB).<sup>25</sup>

e) *Geltendmachung.* Nach § 46 Nr. 8 GmbHG ist zur Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs gegen einen Geschäftsführer ein Gesellschafterbeschluss erforderlich. Ohne einen solchen Beschluss ist eine durch die Gesellschaft erhobene Haftungsklage zwar zulässig, aber unbegründet.<sup>26</sup> Dies folgt aus dem Zweck der Beschlusskompetenz nach § 46 Nr. 8 GmbHG. Das Beschlusserfordernis soll nicht nur Gesellschafter und Organmitglieder vor ungerechtfertigter Inanspruchnahme schützen, sondern zudem auch die Gesellschaft selbst vor der Erörterung innerer Angelegenheiten in Außenverhandlungen und Rechtsstreitigkeiten.<sup>27</sup> Die Gesellschafter bestimmen zudem, wer die GmbH im Haftungsprozess vertritt.<sup>28</sup> Wird die Beschlussfassung verweigert, so muss der Gesellschafter mit einer Anfechtungsklage in Verbindung mit einer positiven Beschlussfeststellungsklage (§ 256 ZPO) vorgehen.<sup>29</sup> Nur ganz ausnahmsweise kann ein Gesellschafter unmittelbar gegen einen Geschäftsführer klagen, und zwar wenn ein Vorgehen gegen die Gesellschaft einen unzumutbaren Umweg darstellt.<sup>30</sup>

---

<sup>21</sup> BGHZ 133, 370, 377f. = NJW 1997, 130; BGH NJW 2001, 969, 971.

<sup>22</sup> BGHZ 122, 333, 336 = NJW 1993, 1922.

<sup>23</sup> BGH NJW 1986, 2250; NJW-RR 2003, 895.

<sup>24</sup> BGH NJW 1998, 1315.

<sup>25</sup> *Schmitt-Rolfes/Bergwitz*, NZG 2006, 535f.; a.A. *Hüffer*, AktG, 9. Aufl., 2010, § 93 AktG Rn. 37 (zur Parallelvorschrift des Aktienrechts): Jahresendverjährung nach § 199 Abs. 1 BGB. Diese Vorschrift bezieht sich allerdings ausdrücklich nur auf die – hier nicht anwendbare – regelmäßige Verjährungsfrist des § 195 BGB.

<sup>26</sup> BGHZ 28, 355, 359 = NJW 1959, 194.

<sup>27</sup> *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, 19. Aufl., 2010, § 46 Rn. 61.

<sup>28</sup> Gibt es einen Aufsichtsrat, so liegt die Prozessführungsbefugnis bei diesem. Dies folgt aus § 112 AktG i.V.m. § 52 GmbHG bzw. den Mitbestimmungsgesetzen.

<sup>29</sup> *Grunewald*, 2.F.56.

<sup>30</sup> BGH WM 1982, 928 = ZIP 1982, 1203.

f) *Verhältnis zur Haftung aus dem Anstellungsverhältnis.* Die Haftung aus dem Anstellungsvertrag tritt nicht als weitere Haftungsgrundlage neben die gesetzliche Organhaftung aus § 43 GmbHG. Vielmehr nimmt die Organhaftung die Haftung aus dem schuldrechtlichen Vertrag mit in sich auf. Dies ergibt sich aus dem spezialgesetzlichen Charakter von § 43 GmbHG im Verhältnis zu §§ 280 Abs. 1, 611ff. BGB.<sup>31</sup> Einen weiteren Anwendungsbereich hat die Haftung aus § 43 GmbHG nur insoweit, als sie auch bei Fehlen eines Anstellungsvertrags eingreift. Aus der Verdrängungswirkung des § 43 GmbHG folgt z.B., dass auch Ansprüche aus der Verletzung des Geschäftsführervertrages nach § 43 Abs. 4 GmbHG verjähren.<sup>32</sup>

### 3. Haftung gegenüber der GmbH aus gesellschaftsrechtlichen Sondertatbeständen und aus Delikt

a) *Verstoß gegen Auszahlungsverbote.* Nach § 43 Abs. 3 Satz 1 Fall 1 GmbHG haften die Geschäftsführer für Zahlungen an die Gesellschafter aus dem Stammkapital<sup>33</sup>, die entgegen § 30 Abs. 1 GmbHG<sup>34</sup> vorgenommen worden sind (vgl. Art. 2626 c.c.). Die Geschäftsführerhaftung besteht neben der Haftung der Zahlungsempfänger aus § 31 Abs. 1 GmbHG. Auszahlungsverbot und Haftungsnorm zugleich ist daneben die 2008 neu eingefügte Insolvenzverursachungshaftung nach § 64 Satz 3 GmbHG. Ohne eine solche Vorschrift ist bei existenzvernichtenden Eingriffen eine Organhaftung allenfalls unter dem Gesichtspunkt der Beihilfe denkbar (§ 830 BGB). Diese Lücke soll § 64 Satz 3 GmbHG schließen.<sup>35</sup> Danach erstreckt sich das schon bisher bestehende Verbot von – sorgfaltswidrigen – masseschmälernden Zahlungen nunmehr auch auf Zahlungen an *Gesellschafter*, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, und zwar auch soweit hierdurch das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Gesellschaftsvermögen nicht angetastet wird.<sup>36</sup>

b) *Erwerb eigener Geschäftsanteile.* Die Vorschrift des § 33 GmbHG enthält ein weitgehendes Verbot des Erwerbs eigener Geschäftsanteile (in Italien Art. 2474 c.c.). Verstöße hiergegen lösen die Geschäftsführerhaftung nach § 43 Abs. 3 Satz 1 Fall 2 GmbHG aus. Daneben haften die Veräußerer der GmbH-Anteile aus § 812 BGB auf Rückzahlung des Kaufpreises.<sup>37</sup>

c) *Masseschmälerung.* Nach § 64 Satz 1 und 2 GmbHG sind die Geschäftsführer der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden. Die Vorschrift dient der Absicherung des insolvenzrechtlichen Gebots

---

<sup>31</sup> BGH NJW-RR 1989, 1255, 1256; ZIP 2010, 1288; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 43 Rn. 4.

<sup>32</sup> BGH NJW-RR 1989, 1255.

<sup>33</sup> Zum Begriff Grundkurs (Fn. 4) § 14 Rn. 18.

<sup>34</sup> Zur Kapitalbindung Grundkurs (Fn. 4) § 15 Rn. 30f.

<sup>35</sup> Parallelnorm in § 130a I HGB.

<sup>36</sup> BegrRegE vom 23.7. 2007, BT-Dr 16/6140, S. 46f.; näher *Kindler*, NJW 2008, 3249, 3255; ferner *Casper*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, S. 185, 208ff.

<sup>37</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 43 Rn. 50.



der Gläubigergleichbehandlung nach § 1 Satz 1 InsO. Sie verpflichtet die Geschäftsführer, das im Zeitpunkt der Insolvenzreife vorhandene Gesellschaftsvermögen zusammenzuhalten und eine ungleichmäßige Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger zu vermeiden; erst der Insolvenzverwalter soll entscheiden, an wen welche Gelder ausgezahlt werden dürfen.<sup>38</sup> Die Tatbestandsmerkmale der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung beurteilen sich demgemäß nach §§ 17, 19 InsO.

Der Begriff der Zahlungen wird im Interesse des Gläubigerschutzes äußerst weit verstanden und erfasst zum einen Geldzahlungen, unerheblich, ob sie aus einem Barbestand oder Kontoguthaben geleistet wurden oder ob sie zur Vertiefung eines Debetsaldos führten.<sup>39</sup> Ebenfalls unter § 64 Satz 1 und 2 GmbHG fällt die Einzahlung von Kundenschecks auf ein im Soll geführtes Geschäftskonto (hierin liegt eine Vorwegbefriedigung der Bank!),<sup>40</sup> ferner die Lieferung von Waren aus der Masse in Höhe ihres Verkehrswertes.<sup>41</sup> Sogar die Vorwegbefriedigung des Finanzamtes hinsichtlich der Steuerschulden ist Masseschmälerung, denn auch der Fiskus darf ab Insolvenzreife nicht mehr vorzugsweise befriedigt werden.<sup>42</sup>

In der masselosen Insolvenz (§ 26 InsO) ist der Ersatzanspruch der GmbH gegen ihren Geschäftsführer aus § 64 Satz 1 und 2 GmbHG der Pfändung durch Einzelgläubiger der Gesellschaft (§§ 828, 829 ZPO) zugänglich.<sup>43</sup> Auch der faktische Geschäftsführer haftet aus § 64 Satz 1 und 2 GmbHG.<sup>44</sup>

*d) Falsche Angaben bei Gründung oder Kapitalerhöhung.* Werden bei der Gesellschaftsgründung falsche Angaben gemacht („Gründungsschwindel“), so haften die Geschäftsführer – neben den Gesellschaftern – der Gesellschaft u.a. für fehlende Einzahlungen und für jeden weiteren Schaden. Haftungsbegründend sind alle Falschangaben gegenüber dem Registergericht, die im Zuge des Gründungsverfahrens gemacht wurden, z.B. falsche Versicherungen nach § 8 Abs. 2 und 3 GmbHG, ferner falsche Angaben in den nach § 8 Abs. 1 GmbHG einzureichenden Schriftstücken, wie etwa die unrichtige Versicherung, es seien alle Geschäftsanteile übernommen worden.

Eine entsprechende Haftung für Falschangaben bestimmt das Gesetz im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung (§ 57 Abs. 4 GmbHG – „Kapitalerhöhungsschwindel“). Verstärkt wird die Haftung für Falschangaben durch die Strafsanktionen nach § 82 Abs. 1 Nr. 1, 3, 5 GmbHG.

*e) Haftung gegenüber der Gesellschaft aus Delikt.* Eine deliktische Haftung der Geschäftsführer gegenüber der GmbH (§§ 823ff. BGB) ist durch § 43 GmbHG nicht ausgeschlossen. Im Vordergrund des praktischen Interesses stehen eine Ersatzpflicht aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einem Straftatbestand als Schutzgesetz, z.B.

---

<sup>38</sup> BGH NJW 2003, 2316f.; Goette, DSrR 2003, 887, 893.

<sup>39</sup> Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh, § 64 Rn. 79.

<sup>40</sup> BGHZ 143, 184, 186f. = NJW 2000, 668; BGH NJW 2001, 304; NZG 2007, 462 Ls. 3; dazu krit. K. Schmidt, ZIP 2008, 1401ff.

<sup>41</sup> GroßKommAktG/Habersack, § 92 Rn. 93 zur Parallelvorschrift im Aktienrecht.

<sup>42</sup> BGHZ 146, 264 = NJW 2001, 1280.

<sup>43</sup> BGH NJW 2001, 304.

<sup>44</sup> BGHZ 150, 61 = NJW 2002, 1803.

Untreue (§ 266 StGB) oder Betrug (§ 263 StGB).<sup>45</sup> Bei vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung kommt ein Ersatzanspruch nach § 826 BGB in Betracht. Hier geht es vor allem um Fälle, in denen der Geschäftsführer seine Organstellung zur Durchsetzung eigener Interessen missbraucht und damit das notwendige Mindestmaß an Loyalität und Rücksichtnahme der Gesellschaft missachtet.<sup>46</sup> Die deliktische Haftung tritt hier neben die Organhaftung nach § 43 Abs. 1 und 2 GmbHG.

Beispiel:<sup>47</sup> Die Immo-GmbH befasst sich mit der Erstellung von Wohnraum. Sie hat die Aussicht, von ihr benötigte Grundstücke zu erwerben. Geschäftsführer Gier handelt sittenwidrig, wenn er die Möglichkeit des Erwerbs zu einem günstigen Preis nicht nutzt, sondern den Erwerb einem anderen Unternehmen, an dessen Gewinn er beteiligt ist, überlässt, und zwar in der Absicht, den Ankauf von diesem Unternehmen für die von ihm geführte Gesellschaft zu einem unverhältnismäßig höheren Preis vorzunehmen.

#### 4. Haftung gegenüber den Gesellschaftern

Bei Verstößen gegen die Kapitalbindung (§ 30 Abs. 1 GmbHG) haften neben den Zahlungsempfängern und dem Geschäftsführer (oben 3 a) die übrigen Gesellschafter nach § 31 Abs. 3 GmbHG auf Rückerstattung der geleisteten Beträge an die Gesellschaft („Ausfallhaftung“). Nach § 31 Abs. 6 GmbHG ist der Geschäftsführer im Innenverhältnis gegenüber diesen Gesellschaftern aber voll verantwortlich. § 31 Abs. 6 GmbHG ist der einzige ausdrücklich im Gesetz bestimmte Fall der Geschäftsführerhaftung gegenüber Gesellschaftern; das italienische Recht kennt eine weitergehende Haftung gegenüber den Gesellschaftern (Art. 2576 Abs. 6 c.c.).

Das Mitgliedschaftsrecht – d.h. die Zusammenfassung aller Rechtsverhältnisse des Gesellschafters, und zwar im Verhältnis zur Gesellschaft selbst und im Verhältnis zu den übrigen Mitgesellschaftern – ist ein absolutes „sonstiges“ Recht i.S. von § 823 Abs. 1 BGB. Verletzt werden kann es z.B. durch strukturändernde Maßnahmen, faktische Veränderungen des Unternehmensgegenstandes, Nichtbeachtung der Gleichbehandlungspflicht gegenüber den Gesellschaftern, Übergriffe in den Zuständigkeitsbereich der Gesellschafterversammlung oder das Betreiben eines unbegründeten Ausschlussverfahrens.<sup>48</sup> Grundsätzlich haften Geschäftsführer nach § 823 Abs. 1 BGB, soweit sie durch eigenes täterschaftliches Handeln oder als Anstifter bzw. Gehilfen die Mitgliedschaft eines Verbandsmitglieds in dem deliktisch geschützten Bereich verletzen.<sup>49</sup> Daneben tritt die Haftung der Gesellschaft selbst analog § 31 BGB.<sup>50</sup>

---

<sup>45</sup> Vgl. BGHZ 149, 10 = NJW 2001, 3622 – Bremer Vulkan (zur Gesellschafterhaftung); BGH NZG 2005, 755.

<sup>46</sup> BGH NJW-RR 1989, 1255.

<sup>47</sup> Nach BGH a.a.O.

<sup>48</sup> Vgl. die Beispiele bei *Marsch-Barner/Diekmann*, in: *Priester/Mayer* (Hrsg.), *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Bd. 3, GmbH, 2. Aufl., 2003, § 46 Rn. 59; *Habersack*, *Die Mitgliedschaft – subjektives und „sonstiges“ Recht*, 1996, S. 209.

<sup>49</sup> BGHZ 110, 323, 334f. = NJW 1990, 2877 – Schärenkreuzer; zustimmend *Habersack*, (vorige Fn.), S. 202ff. 209; näher zum Streitstand *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, § 43 Rn. 65.

## 5. Haftung gegenüber privatrechtlichen Gesellschaftsgläubigern<sup>51</sup>

a) *Rechtsschein der persönlichen Haftung.* Der Geschäftsführer haftet Gesellschaftsgläubigern persönlich nach Rechtsscheingrundsätzen, wenn er (1) zurechenbar den Anschein des Handelns als Einzelkaufmann oder für einen solchen oder für eine Personenhandelsgesellschaft gesetzt hat und (2) dadurch Vertrauen in die Haftung mindestens einer natürlichen Person begründet worden ist.<sup>52</sup> Darauf, dass die GmbH als wahrer Unternehmensträger aus dem Handelsregister ersichtlich ist (§ 15 Abs. 2 Satz 1 HGB; Art. 2193 Abs. 2 c.c.), kann sich der Geschäftsführer als Rechtsscheinverursacher nicht berufen, da die Verpflichtung zur Angabe der Rechtsform im Rechtsverkehr (§§ 4, 35 a GmbHG; Art. 2250 c.c.) speziellen Vertrauensschutz bezweckt.

Beispiel:<sup>53</sup> G ist Geschäftsführer der „Heinrich F. Großtischlerei GmbH“. Bei der Akzeptierung eines Wechsels setzt er den Stempel „Heinrich F. Tischlerei“ und seine eigene Unterschrift auf das Papier, ohne einen GmbH-Zusatz hinzuzufügen. Hierdurch erweckt G den Anschein, aus dem Wechselakzept werde nicht eine GmbH, sondern eine natürliche Person verpflichtet, und zwar der Inhaber des einzelkaufmännischen Unternehmens „Heinrich F. Tischlerei“. G haftet daher kraft Rechtsscheins aus Art. 28 Abs. 1 WG.

b) *Eigenhaftung aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen.* In den §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 und 3 BGB hat das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002 (SMG) die culpa in contrahendo positivrechtlich anerkannt (in Italien Art. 1337, 1338 c.c.). Diese Vorschriften enthalten freilich nicht viel mehr als eine Reihe von Generalklauseln, mit denen die zuvor entwickelten richterrechtlichen Grundsätze zur c.i.c.-Haftung wiedergegeben werden. Daraus folgt vor allem, dass zu deren Auslegung auf das vorliegende Richterrecht zurückgegriffen werden kann und muss.<sup>54</sup> Danach trifft die Haftung aus c.i.c. grundsätzlich allein die Parteien des angebahnten Vertrages; Vertreter und Verhandlungshelfen können in der Regel nur aus Delikt in Anspruch genommen werden.<sup>55</sup> Nach den von der Rspr. entwickelten Grundsätzen ist der Vertreter aber ausnahmsweise in zwei Fällen persönlich aus c.i.c. haftbar: (1) wenn er bei Geschäftspartnern des Vertretenen persönliches Vertrauen in Anspruch genommen hat, das über das normale Verhandlungstrauen hinausgeht oder (2) wenn er am Vertragsschluss ein unmittelbares eigenes wirtschaftliches Interesse hat.<sup>56</sup>

---

<sup>50</sup> Vgl. BGHZ 99, 298 = NJW 1987, 1193; BGH NJW 2005, 2450, 2451f. (Aktiengesellschaft). Zu § 31 BGB s. Grundkurs (Fn. 4) § 10 Rn. 85ff.

<sup>51</sup> Im Folgenden geht es nur um Haftungstatbestände des allgemeinen Zivilrechts.

<sup>52</sup> BGH NJW 1996, 2645; NZG 2007, 426 = NJW 2007, 1529 mit Aufs. Kindler, 1785ff.; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 4 Rn. 15; o. § 4 Rn. 52.

<sup>53</sup> Nach BGHZ 64, 11, 17f. = NJW 1975, 1166; ausführlich hierzu Canaris, § 6 Rn. 36ff.

<sup>54</sup> Vgl. nur MünchKommBGB/Emmerich, § 311 Rn. 54 mit Nachweisen.

<sup>55</sup> Palandt/Heinrichs, § 311 Rn. 52.

<sup>56</sup> BGHZ 126, 181, 183 = NJW 1994, 2220; BGHZ 129, 136, 170 = NJW 1995, 1739; BGH NJW 2002, 208, 212.

Die Dritthaftung aus c.i.c. findet in § 311 Abs. 3 Satz 1 BGB ihren Niederschlag, wenn dort bestimmt wird, dass ein Schuldverhältnis mit Verhaltenspflicht nach § 241 Abs. 2 BGB auch zu Personen entstehen kann, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Die soeben aufgeführte *erste Fallgruppe* der Dritthaftung aus c.i.c. (Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens) wird durch § 311 Abs. 3 Satz 2 BGB eigens hervorgehoben. Nach den auch schon vor dem SMG anerkannten Grundsätzen nimmt ein GmbH-Geschäftsführer besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch, wenn er den Eindruck erweckt, er selbst werde die ordnungsgemäße Geschäftsabwicklung ohne Rücksicht auf die Situation der Gesellschaft sicherstellen und das Vertrauen hierauf für die Willensentschließung des anderen Teils bedeutsam ist. Die Rspr. ist mit der Annahme dieser Voraussetzungen zurückhaltend, vgl. das nachfolgende

Beispiel:<sup>57</sup> Grünlich ist Geschäftsführer und Alleingesellschafter der Schlawiner-GmbH. Im Namen der GmbH bestellte er bei Volz Waren im Gesamtwert von 50.000,- €. V lieferte die Waren gegen Rechnung. Im nachfolgenden Insolvenzverfahren über das Vermögen der S-GmbH erlangte V nur in Höhe von 4.000,- € Befriedigung. Wegen seiner Restforderung, mit der er im Insolvenzverfahren ausgefallen ist, nimmt er den G auf Schadensersatz in Anspruch, weil dieser bereits bei Bestellung der Waren gewusst habe, dass die S-GmbH überschuldet und zahlungsunfähig gewesen sei. Eine Eigenhaftung des G aus c.i.c. nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 und 3 BGB kommt hier nicht in Betracht, da der G allenfalls das „normale Verhandlungsvertrauen“ in Anspruch genommen hat, für dessen Verletzung der Vertragspartner (die S-GmbH) einzustehen hat. Eine Eigenhaftung des G hätte erfordert, dass dem V erkennbar das Vertrauen in die S-GmbH gefehlt hätte und G ein von der GmbH unabhängiges persönliches Vertrauen in sich und nicht lediglich für die Gesellschaft in Anspruch nimmt (z.B. durch Versprechungen wie „Ich stehe persönlich für ihr Geld gerade“). Nach der Rspr. muss es sich dabei geradezu um „Erklärungen im Vorfeld einer Garantiezusage“ handeln.<sup>58</sup> V könnte sich daher allenfalls mit Erfolg auf eine Insolvenzverschleppungshaftung des G aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 15a InsO (sogleich unter d) berufen.

Eine Haftung in der *zweiten* oben angesprochenen *Fallgruppe* (Eigeninteresse des Geschäftsführers) ist durch § 311 Abs. 3 Satz 2 BGB nicht ausgeschlossen; die Vorschrift enthält nur ein Regelbeispiel für die in § 311 Abs. 3 Satz 1 BGB allgemein statuierte Dritthaftung. Auch mit der Annahme einer Eigenhaftung des Vertreters aufgrund Eigeninteresses ist man außerordentlich zurückhaltend. Im Grundsatz ist dieser Haftungstatbestand zwar anerkannt, da der Vertreter gleichsam in eigener Sache (procurator in rem suam) tätig wird,<sup>59</sup> z.B. wenn der Geschäftsführer schon bei Abschluss des Vertrages mit dem Dritten die Absicht hat, dessen Gegenleistung nicht ordnungsgemäß an die Gesellschaft weiterzuleiten, sondern sie zum eigenen Nutzen geeigneten Zwecken zuzuführen.<sup>60</sup> Im Übrigen ist ein unmittelbares eigenes wirtschaftliches Interesse des Geschäftsführers nicht schon daraus herzuleiten, dass er

---

<sup>57</sup> Nach BGHZ 126, 181 = NJW 1994, 2220.

<sup>58</sup> BGHZ 126, 181, 189 = NJW 1994, 2220.

<sup>59</sup> Roth/Altmeyen, § 43 Rn. 36.

<sup>60</sup> BGHZ 126, 181, 184f. = NJW 1994, 2220; nachfolgend z.B. BGH NJW 2002, 208, 212.

selbst an der GmbH maßgeblich beteiligt ist oder deren Alleingesellschafter ist. Die Unbeachtlichkeit dieses Umstands folgt schlicht aus dem auch einem solchen Gesellschafter-Geschäftsführer zustehenden Haftungsprivileg des § 13 Abs. 2 GmbHG.<sup>61</sup> Und auch die Eigenschaft eines Gesellschafter-Geschäftsführers als Sicherungsgeber im Hinblick auf Gesellschaftsverbindlichkeiten begründet kein haftungsrelevantes Eigeninteresse, weil der Gesellschafter-Geschäftsführer unter *diesem* Aspekt nur die Sanktionen des Kapitalersatzrechts (§§ 39, 135 InsO; in Italien Art. 2467 c.c.) gewärtigen muss.<sup>62</sup>

c) *Verletzung von deliktsrechtlich geschützten Rechten und Rechtsgütern.* Der Geschäftsführer haftet für Schäden, die er außenstehenden Dritten durch eine eigene schuldhaft unerlaubte Handlung zugefügt hat. Wie jede andere Person auch unterliegt er dem allgemeinen Deliktsrecht. Daneben tritt die Haftung der Gesellschaft analog § 31 BGB.<sup>63</sup> Eine unerlaubte Handlung begeht der Geschäftsführer nach der Rspr. z.B. dann, wenn er die Veräußerung einer fremden Sache durch die Gesellschaft veranlasst oder auch nur anweist. Verliert der Eigentümer aufgrund gutgläubigen Erwerbs sein Recht an der Sache, so liegt hierin – so der BGH – eine Eigentumsverletzung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB<sup>64</sup>, für die der Geschäftsführer persönlich haftet.

Beispiel:<sup>65</sup> Lief hatte der Zumschlinge-GmbH Baustoffe unter verlängertem Eigentumsvorbehalt geliefert.<sup>66</sup> Die Z-GmbH, deren Geschäftsführer Honk war, hatte die Lieferungen für ein Bauvorhaben des Reich verwendet. Dabei war mit dem R vereinbart, dass gegen ihn gerichtete Forderungen nicht abgetreten werden können (§ 399 BGB).<sup>67</sup> L fiel in der Insolvenz der Z-GmbH aus und verlangte Zahlung von H persönlich aus § 823 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt der Eigentumsverletzung. Im objektiven Tatbestand liegt eine Eigentumsverletzung darin, dass L nach § 946 BGB sein Eigentum an den Baustoffen an den R verloren hat. Hieran hat H in vorwerfbarer Weise mitgewirkt. Denn er hat – so der BGH – seine Garantienpflicht verletzt, dafür zu sorgen, dass der verlängerte Eigentumsvorbehalt nicht durch ein Abtretungsverbot ins Leere geht. Die Garantienpflicht hat der BGH dabei dem Rechtsverhältnis des H zur Z-GmbH entnommen.<sup>68</sup>

Eine derart weitgehende deliktische Eigenhaftung des GmbH-Geschäftsführers lehnt die h.L. mit Recht ab. Denn im Ergebnis kommt es hier zu einer Verdoppelung der Sorgfaltspflichten der GmbH in der Person des Geschäftsführers. Ferner ist die deliktische Eigenhaftung des GmbH-Geschäftsführers aus § 823 Abs. 1 BGB in

---

<sup>61</sup> BGH NJW 1986, 586, 587 („Wertungswiderspruch zu der in der GmbH geltenden Haftungsordnung“); 1989, 292; Roth/*Altmeyden*, § 43 Rn. 37.

<sup>62</sup> BGHZ 126, 181, 187ff. = NJW 1994, 2220; kritisch Roth/*Altmeyden*, § 43 Rn. 37; eingehend zum Ganzen MünchKommBGB/*Emmerich*, § 311 Rn. 208ff., 219f.

<sup>63</sup> Zu § 31 BGB s. Grundkurs (Fn. 4) § 10 Rn. 85ff.

<sup>64</sup> Parallelnorm in Italien: Art. 2043 c.c.; dazu *Kindler*, Einführung in das ital. Recht, 2. Aufl., 2008, § 17 Rn. 20 ff.

<sup>65</sup> Nach BGHZ 109, 297 = NJW 1990, 976 – „Baustoff“-Fall; nachfolgend BGH NJW 1996, 1535, 1536 – Lamborghini.

<sup>66</sup> Vgl. zur dogmatischen Konstruktion Grundkurs (Fn. 4) § 7 Rn. 52.

<sup>67</sup> Mangels Kaufmannseigenschaft des R kommt § 354 a HGB hier nicht in Betracht.

<sup>68</sup> BGHZ 109, 297, 303f. = NJW 1990, 976.

Verbindung mit Schutzpflichten, die *der Gesellschaft* obliegen, mit dem fehlenden Schutzgesetzcharakter des § 43 Abs. 1 GmbHG (vgl. § 823 Abs. 2 BGB) unvereinbar.<sup>69</sup>

d) *Verstoß gegen Schutzgesetze; Insolvenzverschleppung.* Eine deliktische Eigenhaftung des Geschäftsführers gegenüber Dritten kann sich ferner aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einem Schutzgesetz ergeben (in Italien Art. 185 Abs. 2 codice penale). Auch hier haftet die Gesellschaft analog § 31 BGB neben der Organperson.<sup>70</sup> Im Vordergrund des praktischen Interesse stehen dabei die Straftatbestände des §§ 263, 266, 266 a, 283ff. StGB (Betrug, Untreue, Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt, Insolvenzstraftaten).

Beispiel:<sup>71</sup> Der Geschäftsführer täuscht einen Geschäftspartner über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft und nimmt dadurch dessen Schädigung (Forderungsausfall) bewusst in Kauf. Er haftet nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB unter dem Gesichtspunkt des Eingehungsbetrugs.

Weitere Schutzgesetze sind z.B. § 32 KWG, § 265b StGB (Kreditbetrug) und § 82 Abs. 2 Nr. 2 GmbHG (vorsätzliche unrichtige Mitteilung über die Vermögenslage der Gesellschaft). Kein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB ist der allgemeine Organhaftungstatbestand des § 43 GmbHG.<sup>72</sup>

Einen wichtigen Fall der Geschäftsführerhaftung aus Schutzgesetzverletzung bilden Verstöße gegen die Insolvenzantragspflicht. Nach § 15a InsO haben die Geschäftsführer innerhalb von drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen (vgl. in Italien Art. 217 Nr. 4 Legge fallimentare<sup>73</sup>); dies gilt sinngemäß bei einer Überschuldung der Gesellschaft. Seit 2008 sind auch die Gesellschafter bei Führungslosigkeit der Gesellschaft (§ 35 Abs. 1 Satz 2 GmbHG) zur Stellung des Insolvenzantrags verpflichtet. Die Norm bezweckt, ein Unternehmen mit beschränkter Haftungsmasse vom Geschäftsverkehr auszuschließen und so zu verhindern, dass Dritte in ihren Vermögensinteressen gefährdet werden oder Schaden erleiden, indem sie einer insolvenzreifen GmbH noch Geld- oder Sachkredit gewähren und dadurch einen Schaden erleiden; sie ist daher Schutzgesetz i.S. von § 823 Abs. 2 BGB. Die gläubigerschützende Tendenz der Insolvenzantragspflicht ergibt sich daraus, dass die Gläubiger durch das Unterlassen oder Verzögern des Insolvenzantrags *regelmäßig* einen Schaden erleiden.<sup>74</sup> Zwei Gruppen von Gläubigern sind dabei zu unterscheiden:

---

<sup>69</sup> Lutter/Hommelhoff, § 43 Rn. 46f.

<sup>70</sup> Zu § 31 BGB s. Grundkurs (Fn. 4) § 10 Rn. 85ff.

<sup>71</sup> Scholz/U. H. Schneider, § 43 Rn. 234.

<sup>72</sup> H.M., vgl. nur Scholz/U. H. Schneider, § 43 Rn. 218 im Anschluss an RGZ 159, 211, 224; BGH NJW 1979, 1829 (zu § 93 AktG). Vgl. als Beispielfälle zur Geschäftsführerhaftung aus § 823 Abs. 2 BGB noch BGH ZIP 2006, 1764 = NJW-RR 2006, 173 (§ 32 KWG) und BGH NJW 2006, 3573 (§ 266a StGB).

<sup>73</sup> Näher Kindler/Conow, Länderbericht Italien Rn. 13, 317, in: Kindler/Nachmann (Hg.), Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 2010.

<sup>74</sup> Grundlegend BGHZ 29, 100, 102f. = NJW 1959, 623, auch mit Hinweis darauf, dass dieser Schutz der Gläubiger um so mehr angebracht sei, als die Gesellschafter einer GmbH für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich haften (§ 13 Abs. 2 GmbHG); nachfolgend z.B. BGHZ 126, 181, 190 = NJW 1994, 2220; BGH ZIP 2001, 1496, 1497 = DSStR 2001, 1671; BGHZ 164, 50 = NJW 2005, 3137; näher Casper, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, S. 185ff.

- Altgläubigern haftet der Geschäftsführer auf den so genannten Quotenschaden, d.h. auf den Betrag, um den sich die Insolvenzquote des Gläubigers durch Verzögerung der Verfahrenseröffnung gemindert hat.<sup>75</sup>
- Neugläubiger können gegenüber dem Geschäftsführer ihren Vertrauensschaden („Kontrahierungsschaden“) ersetzt verlangen, d.h. sie werden so gestellt, als wäre der Vertrag mit der GmbH nicht geschlossen worden. Dabei kann dem Neugläubiger ein Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns zustehen, wenn ihm wegen des Vertragsschlusses mit der insolventen Gesellschaft ein Gewinn entgangen ist, den er anderweitig hätte erzielen können.<sup>76</sup> Neugläubiger sind – mit Blick auf den Normzweck – diejenigen, die nach dem Zeitpunkt, zu dem der Insolvenzantrag hätte gestellt werden müssen, gegenüber der Gesellschaft in Vorleistung treten; dass der Vertragsschluss schon vor Insolvenzreife erfolgt war, macht den vorleistenden Gläubiger nicht zu einem Altgläubiger.<sup>77</sup> Der Geschäftsführer hat gegen den geschädigten Neugläubiger einen Anspruch auf Abtretung von dessen Insolvenzforderung.<sup>78</sup>

Die Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB erfordert Verschulden. Dabei genügt Fahrlässigkeit; der Geschäftsführer hat die Entscheidung darüber, ob er die Insolvenzeröffnung beantragen muss, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters (vgl. § 43 Abs. 1 GmbHG) zu treffen.<sup>79</sup> Auch eine Mithaftung von Gesellschaftern wegen Beihilfe (§ 830 BGB) kommt in Betracht,<sup>80</sup> soweit diese nicht selbst als Täter nach § 15a Abs. 3 InsO i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB haften.

e) *Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung.* Eine Haftung des Geschäftsführers aus § 826 BGB – und daneben der GmbH analog § 31 BGB –<sup>81</sup> besteht, wenn der Geschäftsführer wider besseres Wissen die Leistungsfähigkeit der Gesellschaft behauptet und Vertragspartner dadurch geschädigt werden.<sup>82</sup> Soweit es allerdings um den Kontrahierungsschaden von Neugläubigern bei der Insolvenzverschleppung geht (soeben unter d), kommt es nach neuerer Rspr. jedoch nicht auf einen Schädigungsvorsatz an, da dieser Schaden der Neugläubiger bereits bei Fahrlässigkeit zu ersetzen ist (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO).<sup>83</sup> Eigenständige Bedeutung erlangt §

---

<sup>75</sup> BGHZ 126, 181, 190 = NJW 1994, 2220; BGH NJW 1995, 398. Seit BGHZ 138, 211 = NJW 1998, 2667 geht der BGH davon aus, dass die Altgläubiger ihren Quotenschaden nicht mehr individuell geltend machen können, sondern dass der Insolvenzverwalter den Quotenschaden der Altgläubiger zur Masse ziehen muss, §§ 92, 26 Abs. 3 InsO.

<sup>76</sup> BGH NZG 2009, 750.

<sup>77</sup> BGH NZG 2007, 347 Tz. 13 = NJW-RR 2007, 759 = EWiR 2007, 305 mit Kurzkomm. Haas/Reiche, insoweit gegen BGHZ 126, 181, 190ff. = NJW 1994, 2220 (Maßgeblichkeit des Zeitpunktes des Vertragsschlusses); BGH NJW 1995, 398; NZG 2003, 923; kritisch Ulmer, ZIP 1993, 769, 771f., der die Insolvenzantragspflicht als Schutzgesetz nur zugunsten der bereits vorhandenen Gesellschaftsgläubiger auffasst; im Hinblick auf die Neugläubiger gehe es nämlich um den Schutz der Allgemeinheit, nicht um Individualschutz; Fundamentalkritik zur Insolvenzverschleppungshaftung nach den Grundsätzen des BGH bei Altmeyers, ZIP 2001, 2201ff. (lesenswert).

<sup>78</sup> BGH NZG 2007, 347 Tz. 20 = NJW-RR 2007, 759 = EWiR 2007, 305 mit Kurzkomm. Haas/Reiche.

<sup>79</sup> Näher BGHZ 126, 181, 199f. = NJW 1994, 2220.

<sup>80</sup> BGHZ 164, 50 = NJW 2005, 3137; zur Vertiefung: Bayer/Lieder, WM 2006, 1ff.; Arends/Möller, GmbHR 2008, 169ff.

<sup>81</sup> Zu § 31 BGB s. Grundkurs (Fn. 4) § 10 Rn. 85ff.

<sup>82</sup> BGH NJW-RR 1991, 1312, 1314f.; 1992, 1061, 1062.

<sup>83</sup> BGHZ 126, 181 = NJW 1994, 2220.

826 BGB, wenn der Geschäftsführer es billigend in Kauf nimmt, eine gegen umfangreiche Vorleistung des anderen Teils neu begründete Verbindlichkeit der GmbH zu einem späteren Zeitpunkt nicht befriedigen zu können, auch wenn gegenwärtig noch kein Anlass besteht, Insolvenzantrag zu stellen.<sup>84</sup> In diesen Fällen liegt regelmäßig zugleich ein Eingehungsbetrug (zu § 263 StGB oben unter d) vor.

Eine weitere praktisch bedeutsame Fallgruppe ist dadurch gekennzeichnet, dass der Geschäftsführer mit wirtschaftlich unerfahrenen Kunden risikobehaftete Geschäfte eingeht, ohne die Kunden entsprechend aufzuklären.

Beispiel:<sup>85</sup> Frau Zahlemann nimmt den Groß auf Schadensersatz für Verluste aus Terminoptionsgeschäften an US-amerikanischen Börsen in Anspruch. G ist Geschäftsführer einer GmbH, die gewerbsmäßig Optionsgeschäfte vermittelt. Z, eine Zahntechnikerin, schloss mit der GmbH einen Optionsvermittlungs- und Betreuungsvertrag, wobei sie nur unzureichend über die Risiken aufgeklärt wurde. Die Optionsgeschäfte endeten insgesamt verlustreich.

Hier hat der Geschäftsführer einer GmbH, die Finanzanlagen vermittelt, für die Risikoaufklärung Sorge zu tragen. Daher handelt ein GmbH-Geschäftsführer sittenwidrig, der derartige Geschäfte ohne gehörige Aufklärung der Kunden abschließt, den Abschluss veranlasst oder bewusst nicht verhindert; er missbraucht seine geschäftliche Überlegenheit.<sup>86</sup>

### III. Schadensrechtliche Fragen

#### 1. Überblick

Wenn man eine Pflichtverletzung iSd. § 43 Abs. 1 und 2 GmbHG (oben unter II 2) bejaht, sind damit freilich noch längst nicht alle Haftungsvoraussetzungen dargetan. Erforderlich ist nämlich weiterhin, dass gerade aus der tatbestandlichen und schuldhaften Pflichtverletzung ein Schaden der Gesellschaft entstanden ist. Bei der Ersatzfähigkeit des Schadens etwa ist höchst zweifelhaft, ob eine von der Gesellschaft entrichtete Geldbuße vom Geschäftsführer zu erstatten ist, wird damit doch der Strafzweck im Ergebnis verfehlt.<sup>87</sup> Die Strafe wurde ja gerade gegenüber der Gesellschaft verhängt, und nicht gegenüber dem Organmitglied, welches vielleicht sogar daneben einen persönlichen Bußgeldbescheid erhalten hat.<sup>88</sup> Besonders schwierige Fragen stellen sich hier im Zusammenhang mit der Person des Geschädigten.<sup>89</sup>

---

<sup>84</sup> BGH NJW 1994, 197.

<sup>85</sup> Nach BGH NJW 2002, 2777; ähnlich BGH NJW-RR 2005, 558.

<sup>86</sup> BGH a.a.O.; ferner BGH ZIP 2003, 1782, 1784.

<sup>87</sup> Vgl. Hüffer (Fn. 25) § 93 AktG Rn. 14.

<sup>88</sup> Andere Einschätzung bei Zimmermann, WM 2008, 433, 437.

<sup>89</sup> Zum – ebenfalls delikaten – Problem der Vorteilsausgleichung s. Kindler, FS G. H. Roth, 2011, S. 367 ff.



## 2. Schaden der Gesellschaft

Häufig ist zweifelhaft, ob der Schaden überhaupt bei der Gesellschaft entstanden ist, deren Organmitglied in Anspruch genommen wird. Im Konzern ist schon oft sehr fraglich, ob überhaupt ein Schaden der Muttergesellschaft vorliegt, wenn etwa aus dem Gesellschaftsvermögen der Tochtergesellschaft Bestechungsgelder oder Geldbußen bezahlt wurden. Derartige Vorgänge schmälern zwar den Bilanzgewinn der Tochtergesellschaft und damit die disponible Masse für eine Gewinnausschüttung an die Muttergesellschaft aus deren Beteiligung an der geschädigten Gesellschaft (vgl. §§ 268 Abs. 1 HGB; 58, 174 AktG; 29 GmbHG). Ob allerdings eine bloße Expektanz auf eine Dividende in einem bestimmten Geschäftsjahr schon eine Vermögensposition der Muttergesellschaft ist, die im Sinne des Schadensbegriffs einer Beeinträchtigung zugänglich sein kann, erscheint zumindest diskussionswürdig.<sup>90</sup> Schon eher naheliegend ist hier eine eigene Leitungsverantwortung der Geschäftsführer der Muttergesellschaft gegenüber der geschädigten Tochtergesellschaft, sollte es sich um einen Vertragskonzern oder eine Eingliederung handeln (im deutschen Recht §§ 309, 323 AktG) bzw. eine entsprechende Gestaltung nach ausländischem Recht.

Ein weiteres Abgrenzungsproblem stellt sich im Verhältnis zum Gesellschafterschaden.<sup>91</sup> Wenn etwa aufgrund der Presseberichterstattungen zu Korruptionsfällen oder Kartellverstößen der Wert der Geschäftsanteile an der Muttergesellschaft sinkt – auch dieser Kausalitätsnachweis ist freilich ein Thema für sich –, dann liegt ein Schaden bei deren Gesellschaftern vor, nicht aber bei der Gesellschaft selbst, womit jedenfalls insoweit eine Organhaftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG ausscheidet.<sup>92</sup>

## IV. Fazit

1. Der Pflichtenkanon und die Haftungsrisiken für GmbH-Geschäftsführer im deutschen Recht entsprechen im Wesentlichen denen des italienischen Rechts und des geplanten SPE-Statuts. Ein grundlegender Reformbedarf ist hier nicht erkennbar, und auch keine exzessive Ausübung des richterlichen Ermessens zugunsten einer überzogenen Haftung der Geschäftsführer.

2. Die Geschäftsführerhaftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG setzt einen Schaden der Gesellschaft voraus. Dieser ist vom Schaden nachgeordneter Konzerntöchter und vom Gesellschafterschaden (Entwertung des Geschäftsanteils) zu trennen.

---

<sup>90</sup> Vgl. zum Strafrecht (§ 266 StGB) einschränkend *Hefendehl*, Vermögensgefährdung und Expektanzen, 1994.

<sup>91</sup> Grdl. *G. Müller*, Gesellschafts- und Gesellschafterschaden, FS Kellermann, 1991, S. 317 ff.; *Hüffer* (Fn. 25) § 93 AktG Rn. 19.

<sup>92</sup> *Marsch-Barner*, ZHR 173 (2009), 723, 725.

