

## Pflichtenkollisionen des GmbH-Geschäftsführers in der Krise

Wirtschaftsjuristin Olga Sautner, LL.M.

### A. Einführung

Der Geschäftsführer einer kriselnden GmbH steht spätestens nach Eintritt der Insolvenzreife vor einer haftungsrechtlichen Sackgasse. In dieser anspruchsvollen Zeit setzt das komplexe Pflichtengefüge diesen nicht nur dem haftungsrechtlichen Minenfeld hilflos aus, sondern eröffnet darüber hinaus großes Potenzial für fehlende Korrelation bzw. Inkompatibilität, und in extremen Fällen sogar Spielraum für mögliche Kollisionen jener zahlreichen Pflichten.

Diese Kollisionen spiegeln sich in Situationen wider, in denen eine Handlung, bzw. ein Unterlassen des Geschäftsführers zugleich ver- wie auch geboten ist. Der Wille des Gesetzgebers als „Befehlender“ kann nicht bewusst von der Tatsache ausgehen, A sei gleichzeitig non A.<sup>1</sup> Tut er dies doch, so trifft ein zu beachtendes Gebot oder eine Verbotsnorm mit einer anderen solchen Norm zusammen. Das Resultat jenes Zusammentreffens ruft eine Reduzierung des Pflichtengehalts und letztlich das Ausschalten einer der beiden Normen hervor.<sup>2</sup>

Im Nachfolgenden wird in diesem Problemfeld das Zusammenwirken der Massesicherungspflicht gem. § 64 GmbHG und der Sanierungspflicht gem. § 43 I GmbHG des GmbH-Geschäftsführers durchleuchtet. Auf den ersten Blick sind die vorgenannten Pflichten durchaus mit einem entsprechenden Streitcharakter für einen solchen Untersuchungsbedarf ausgestattet.

Dabei ist der Fokus auf die Prüfung einer möglichen Lücke für das Bestehen einer Pflichtenkollision zu legen. Im Kern gilt es dabei auf die Frage einzugehen, ob die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes, die der Geschäftsführer als alleinige Organisationsgewalt in den Angelegenheiten der Gesellschaft stets anzuwenden hat, Spielraum für Kollisionspotenzial zulässt. Der Anknüpfungspunkt ist mithin die Möglichkeit einer Herabsetzung des Pflichten- und Sorgfaltsmaßstabs des § 43 I GmbHG. Die Bejahung einer solchen im Rahmen eines fahrlässigen Abweichens bzw. die Möglichkeit einer Versubjektivierung des Maßstabs kann bereits zur Widersprüchlichkeit der vorgenannten Pflichten führen. Infolgedessen verdient die Frage nach der Fähigkeit

<sup>1</sup> Engisch, (1987), S. 54.

<sup>2</sup> Poelzig/Thole, ZGR 2010, 840.

des Geschäftsführers die Lage des kriselnden Unternehmens objektiv einzuschätzen, und damit nach der optimalen Struktur des Sorgfaltsmaßstabs, ihre absolute Daseinsberechtigung.

## B. Pflicht zur Massesicherung

### I. Zahlungsverbot

Neben der Insolvenzantragspflicht stellt die Massesicherungspflicht den Geschäftsführer vor erhebliche praktische Probleme. Dabei begibt er sich in den wirtschaftlich bedeutendsten Gefahrenbereich, den er im Rahmen der Unternehmensfortführung in der Krise betritt.<sup>3</sup> Bestand der Zweck der Gesellschaft vor Eintritt der Insolvenzreife darin, den satzungsmäßig bestimmten Gesellschaftszweck zu verfolgen, so findet nach Eintritt der Insolvenzreife eine Kehrtwendung statt. Schließlich muss der Geschäftsführer penibel darauf Acht geben, die Substanz des Gesellschaftsvermögens zu wahren sowie weiteren Masseschmälerungen zu Lasten der Gläubigergemeinschaft Widerstand zu leisten.<sup>4</sup>

Nach § 64 Satz 1 u. 2 GmbHG ist der Geschäftsführer der GmbH zum Ersatz von Zahlungen, die er nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Feststellung der Überschuldung getätigt hat, verpflichtet. Mit der vorgenannten Rechtsgrundlage findet somit eine zeitliche Vorverlagerung des insolvenzrechtlichen Verfügungsverbots gemäß § 80 I InsO statt. Insofern darf der Geschäftsführer schon bei Eintritt der Insolvenzreife zwar noch Zahlungen tätigen, kann jedoch unter Umständen zum Ersatz jener verpflichtet werden.<sup>5</sup>

Im Fokus der Rechtsnorm steht die Zahlung nach Insolvenzreife. Ausgenommen vom Zahlungsverbot sind Zahlungen, die der Geschäftsführer mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes tätigt.<sup>6</sup> Ferner muss der Geschäftsleiter mindestens fahrlässig gehandelt haben.<sup>7</sup>

Zu beachten ist, dass der maßgebliche Zeitpunkt ab Eintritt der materiellen Insolvenzreife und nicht erst mit dem Ende der Insolvenzantragsfrist beginnt.<sup>8</sup> Denn durch das Zahlungsverbot soll insbesondere sichergestellt werden, dass aus dem noch vorhandenen Gesellschaftsvermögen eine gleichmäßige und gerechte Befriedigung der Gläubigergemeinschaft erhalten bleibt.<sup>9</sup> Infolge der Maßgeblichkeit der materiellen Insolvenz kann sogar so weit gegangen werden, zu sagen, dass das Zahlungsverbot nur in dem dreiwöchigen Zeitraum der Insolvenzantragsfrist seine Bedeutung entfaltet.<sup>10</sup>

<sup>3</sup> Blöse / Wieland-Blöse, (2011), S. 36; Wiester, (2006), S. 68; Bauer, (2010), Rn. 1013a.

<sup>4</sup> BGH, Urteil vom 08.11.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264; Wiester, (2006), S. 69; Strohn, NZG 2011, S. 1166.

<sup>5</sup> Zech, in: Ensthaler/Füller/K. Schmidt, GmbHG, § 64, Rn. 7; Bunnemann, in: Bunnemann/Zirngibl, (2011), § 3, Rn. 175.

<sup>6</sup> OLG Düsseldorf, Urteil v. 17.06.1999 – 6 U 65/97, NZG 1999, 1066, 1068.

<sup>7</sup> Holzborn/v. Vietinghoff, (2013), Rn. 507f.; Bork, in: Bork/Schäfer, GmbHG (2010), § 64, Rn. 3.

<sup>8</sup> BGH, Urteil v. 16.03.2009 – II ZR 280/07, ZIP 2009, 860; Kleindiek, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG (2009), § 64 Rn. 2; Bauer, (2010), Rn. 1018.

<sup>9</sup> BGH, Urteil v. 16.03.2009 – II ZR 280/07, NZG 2009, 550 Rn. 12; Strohn, NZG 2011, S. 1163.

<sup>10</sup> BGH, Urteil v. 16.03.2009 – II ZR 280/07, NZG 2009, 550 Rn. 12; Strohn, NZG 2011, S. 1163.

Die Norm beabsichtigt darauf hinzuwirken, dass das zum Zeitpunkt der Insolvenzreife vorhandene Gesellschaftsvermögen – die künftige Insolvenzmasse – erhalten bleibt.<sup>11</sup> Mit der Erhaltung der Insolvenzmasse kann im Rahmen des Prinzips der *par condicio creditorum* eine gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger sichergestellt und folglich eine mögliche Benachteiligung dieser untereinander verhindert werden.<sup>12</sup> Schließlich soll jene Norm das Verhalten des Geschäftsführers in dem Maße sensibilisieren, als das er frühzeitig gewillt ist, einen Insolvenzantrag zu stellen oder aber Maßnahmen ergreift, der eingetretenen Insolvenzreife entgegenzuwirken.<sup>13</sup>

## II. Begriff der Zahlungen

### 1. Unerlaubte Zahlungen

Die weite Auslegung des Zahlungsbegriffs schließt neben Geldzahlungen alle Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen, die fähig sind die Insolvenzmasse zu schmälern, ein.<sup>14</sup> Der II. Zivilsenat stellt somit besonders darauf ab, dass die vom Geschäftsführer getätigte Zahlung die Fähigkeit aufweisen muss, die Insolvenzmasse zu kürzen. Jene Gelder könnten, wären sie nicht ausgezahlt worden, der Masse zugefügt werden.<sup>15</sup> Darüber hinaus ist eine Zahlung auch dann verboten, sobald sie keine Gegenleistung nach sich zieht.<sup>16</sup> Ebenfalls sind Zahlungen auf das debitorische Konto verboten. Eine solche Zahlung hat – in Form des Erlöschens der Bankforderung gegen die Gesellschaft – eine Masseverkürzung zur Folge. In dem Falle wird die Bank vorrangig befriedigt.<sup>17</sup> Eine verbotene Zahlung liegt ferner vor, wenn eine kriselnde Gesellschaft mit Geldmitteln, die sie von einer ihrer Konzerngesellschaften erhalten hat, ihre Schulden begleicht.<sup>18</sup>

### 2. Erlaubte Zahlungen

Wie bereits oben aufgeführt werden Austauschgeschäfte, die zu marktüblichen Preisen vorstattgehen, von der Haftung des § 64 Satz 1 GmbHG ebenfalls nicht tangiert.<sup>19</sup>

---

<sup>11</sup> BGH, Urteil v. 26.03.2007, GmbHR 2007, 596, ZIP 2007, 1006 Rn. 7; v. 06.06.1994 – II ZR 292/91, BGHZ 126, 181, 195 ff; Arend/Möller, GmbHR 2008, 169, 170; Bork, in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 64, Rn. 1; Blöse/Wieland-Blöse, (2011), S. 36.

<sup>12</sup> BGH, Urteil v. 05.05.2008 – II ZR 38/07, ZIP 2008, 1229 Rn.10, GmbHR 2008, 813; v. 29.11.1999 – II ZR 273/98, NJW 2000, 668; Bork, in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 64, Rn. 1; Blöse/Wieland-Blöse, (2011), S. 36.

<sup>13</sup> Haas, in: Baumbach / Hueck, GmbHG, § 64, Rn. 1; Blöse / Wieland-Blöse, (2011), S. 36.

<sup>14</sup> BGH, Urteil v. 06.06.1994 – II ZR 292/91, BGHZ 126, 181, 194; v. 16.03.2009 – II ZR 32/08, NZG 2009, 582 Rn. 12; Strohn, NZG 2011, S. 1165; Blöse, (2011), S. 37.

<sup>15</sup> BGH, Urteil v. 05.05.2008 – II ZR 38/07, NZG 2008, 508, NJW 2008, 2504 Rn. 10; Strohn, NZG 2011, S. 1164.

<sup>16</sup> BGH, Urteil v. 31.03.2003 – II ZR 150/02, NZG 2003, 582, 583; v. 18.10.2010 – II ZR 151/09 (OLG Hamburg), ZIP 2010, 2400, NZG 2010, 1393; Strohn, NZG 2011, S. 1164.

<sup>17</sup> BGH, Urteil v. 26.03.2007 – II ZR 310/05, NZG 2007, 462; *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbH-Gesetz, § 64 Rn.8; *Strohn*, NZG 2011, S. 1165; *Blöse/Wieland-Blöse*, (2011), S. 37.

<sup>18</sup> BGH, Urteil v. 31.03.2003 – II ZR 150/02, DB 2003, 1213, ZIP 2003, 1005, 1006; *Blöse/Wieland-Blöse*, (2011), S. 38.

<sup>19</sup> BGH, Urteil v. 31.03.2003 – II ZR 150/02, NZG 2003, 582, 583; v. 18.10.2010 – II ZR 151/09 (OLG Hamburg), ZIP 2010, 2400, NZG 2010, 1393; Strohn, NZG 2011, S. 1164; *Blöse/Wieland-Blöse*, (2011), S. 38.

Allgemein gesehen sind Zahlungen zulässig, die keine Massenschmälerung und keine Gläubigerbenachteiligung herbeiführen, sowie Zahlungen, die ein besonnener Insolvenzverwalter im gleichen Ausmaße vorgenommen hätte. Sind alle vorgenannten Merkmale erfüllt, spricht man von Zahlungen, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar sind.<sup>20</sup>

### 3. Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes

Führen die Zahlungen des Geschäftsführers nicht zu einer Masseverkürzung oder werden mit dieser sogar größere Nachteile für die Gläubigergesamtheit verhindert, so entsteht für ihn eine Exkulpationsmöglichkeit nach § 64 Satz 2 GmbHG. Zur Orientierung hat der II. Zivilsenat dem Geschäftsführer einen Handlungsmaßstab vorgegeben. Insoweit hat dieser sein Handeln und mithin seine Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzzreife stets nach dem Interesse der Gläubigergesamtheit auszurichten.<sup>21</sup>

Der Geschäftsleiter hat dann die Voraussetzungen der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes erfüllt, wenn er sich in ausreichendem Maße die finanzielle Situation der Gesellschaft vor Augen geführt und sich auch sonst einen ausreichenden finanziellen Überblick über das Unternehmen verschafft hat.<sup>22</sup> Ein angestrebter Sanierungsversuch ist daher lediglich dann mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar, wenn dieser ex ante als unternehmerisch vertretbar einzustufen ist.<sup>23</sup> Gemeint sind damit Zahlungen, die für die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs und mithin für die Sanierungschancen unumgänglich erscheinen oder aber solche, die getätigt werden müssen, um eine drohende Betriebseinstellung zu verhindern. In beiden Fällen dienen die Zahlungen zur Sicherung des Betriebs und weisen die Fähigkeit auf, größere Nachteile für die Masse<sup>24</sup> abzuwenden. Der typische Fall einer solchen Zahlung wäre beispielsweise die Begleichung von laufenden Kosten wie Telefonrechnungen, Wasser-, Strom- und Heizungsrechnungen oder der Einkauf von Betriebsmaterialien.<sup>25</sup> Die damit verbundene Sanierung des Betriebs muss gleichwohl auf einem ernstzunehmenden, objektiv aussichtsreichen Sanierungsversuch fußen.<sup>26</sup>

<sup>20</sup> OLG Düsseldorf, Urteil v. 18.02.1999 – 6 U 38/98, NZG 1999, 884, 885, GmbHR 1999, 1202; Casper, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 64 Rn. 89; K. Schmidt, in: Scholz, GmbHG, Bd. 2, § 64 Rn. 27; Haas, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 64, Rn. 72; Bork, in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 64, Rn. 20ff..

<sup>21</sup> BGH, Urteil v. 08.01.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 274f.; v. 18.07.2002 – IX ZR 480/00, NJW 2002, 3252; v. 06.06.1994 – II ZR 292/91, NJW 1994, 2220, 2224; v. 09.07.1979 – II ZR 118/77, NJW 1979, 1823, BGHZ 75, 96; Nerlich/Rhode, in: Nerlich/Kreplin, (2012), Rn. 402; Frege, NZI 2006, S. 546; Bork, in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 64, Rn. 20; Zech, in: Ensthaler/Füller/K. Schmidt, GmbHG, § 64 Rn. 12; Strohn, NZG 2011, S. 1166; Blöse/Wieland-Blöse, (2011), S. 39.

<sup>22</sup> OLG Celle, Urteil v. 07.05.2008 – 9 U 191/07, GmbHR 2008, 1034, 1035; OLG Düsseldorf, Urteil v. 30.07.1992 – U 251/91, GmbHR 1993, 159; Kleindiek, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 64 Rn. 11.

<sup>23</sup> BGH, Urteil v. 06.06.1994 – II ZR 292/91, NJW 1994, 2220, 2224; OLG Hamburg, Urteil v. 29.12.2003 – 11 W 90/03, GmbHR 2004, 797; Nerlich/Rhode, in: Nerlich/Kreplin, (2012), Rn. 402.

<sup>24</sup> BGH, Urteil v. 08.01.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 274f..

<sup>25</sup> BGH, Beschluss v. 05.11.2007 – II ZR 262/06, ZIP 2008, 72, 73, NZG 2008, 75 Rn. 6; Strohn, NZG 2011, S. 1166; Blöse/Wieland-Blöse, (2011), S. 39; Wiester, (2006), S. 70.

<sup>26</sup> BGH, Urteil v. 05.02.2007 – II ZR 234/05, GmbHR 2007, 936, BGHZ 171, 46, 49; Kleindiek, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 64 Rn.11; Zech, in: Ensthaler/Füller/K. Schmidt, GmbHG, § 64 Rn. 13.

### III. Kollisionspotenzial der Pflichten

Der Geschäftsführer einer in Krise befindlichen GmbH begibt sich mit jeder vorgenommenen Zahlung in eine heikle Haftungssituation. Diese zeichnet sich dadurch aus, als dass sie lediglich wenige Ausweichmöglichkeiten bietet. Bei der Ausführung der Masseerhaltungspflicht ist die Grenze zu verbotenen Zahlungen sehr schnell tatbestandlich gegeben und somit überschritten. Darüber hinaus wird die Haftungslage vom Insolvenzverwalter geradezu ausnahmslos verfolgt.<sup>27</sup> Das brandgefährliche Haftungsumfeld, liegt in der Verantwortung der zahlreichen drakonischen Rechtsprechungen des BGH.<sup>28</sup> Nicht zuletzt sind diese Rechtsprechungen das Resultat einer stark theoretisch geprägten Auslegung des § 64 GmbHG.

#### 1. Prüfungspflicht vs. Massesicherungspflicht

Eine große Herausforderung des Geschäftsführers besteht darin herauszufinden, ob ein möglicher Sanierungsversuch eventuell in der Krise vorgenommene massenschmälernde Vermögensbewegungen hervorruft. Er muss in der Lage sein zu überblicken und einzuschätzen, ob sich die bestehenden Sanierungschancen auf realistische Aussichten stützen.<sup>29</sup> Des Weiteren erstreckt sich sein Aufgabenbereich auf eine schwerwiegende Entscheidung, ob und wann der Insolvenzantrag zu stellen ist. Parallel zu den vorgenannten krisenbedingten Pflichten darf er seine alltäglichen Pflichten, wie die laufende Überwachung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft sowie das Unternehmen in dieser schwierigen Phase bestmöglich zu führen, mitnichten vernachlässigen.<sup>30</sup>

Um all diese Aufgaben unter den gegebenen Haftungsrisiken souverän zu meistern, reicht es leider nicht aus lediglich einen kühlen Kopf zu bewahren. Die Geschäftsführung ist in der schwierigen Zeit der Krise äußerst anspruchsvoll und erfordert neben einem breitgefächerten speziellen Wissensspektrum eine nahezu grenzenlose Belastbarkeit des Geschäftsführers. Das wirft die Frage auf, ob es diesem zugemutet werden kann – neben seiner in der Krise sowohl qualitativ als auch quantitativ längst ausgeschöpften Aufgabenfülle – auch noch rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte einer Insolvenz zu beherrschen und diese in der eigenen geführten Unternehmung zu erkennen? Gerade bei der Erstellung eines Sanierungskonzepts hat der Geschäftsleiter penibel darauf zu achten, dass dieses den betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Standards entspricht.

##### a) Notwendigkeit einer qualifizierten Beratung

Sicherlich dreht sich bei der Notwendigkeit einer qualifizierten Sanierungsberatung alles um die allgemeine Pflicht des Geschäftsführers zur Verfolgung des Gesellschaftszwecks unter Maßgabe der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes. Der Geschäftsführer hat vor der Tatsache der Unternehmensgesundheit alle Maßnahmen

<sup>27</sup> Blöse/Wieland-Blöse, (2011), S. 36.

<sup>28</sup> BGH, Urteil v. 18.12.1995 – II ZR 277/94, BGHZ 131, 235; v. 29.11.1999 – II ZR 273/98, BGHZ 143, 184; v. 11.09.2000 – II ZR 370/99, GmbHR 2000, 1149; v. 08.01.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264; v. 31.03.2003 – II ZR 150/02, DB 2003, 1213; K. Schmidt, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, (2009), Rn. 11.35.

<sup>29</sup> BGH, Urteil v. 09.07.1979 – II ZR 118/77, BGHZ 75, 96; v. 18.07.2002 – IX ZR 480/00, NJW 2002, 3252; v. 06.06.1994 – II ZR 292/91, NJW 1994, 2220, 2224; Nerlich/Rhode, in: Nerlich/Kreplin, (2012), Rn. 402; Kreplin, in: Nerlich/Kreplin, (2012), Rn. 199; Frege, NZI 2006, S. 546.

<sup>30</sup> OLG Celle, Urteil v. 06.05.1999 – 11 U 232/97, NZG 1999, 1065; Frege, NZI 2006, S. 546.

zu ergreifen, die dazu sowohl geeignet als auch zweckerfüllend sind.<sup>31</sup> Das Krisenmanagement ist den anspruchsvollsten und komplexesten Aufgaben des Geschäftsleiters zuzuordnen.<sup>32</sup> In diesem Zusammenhang trifft Komplexität auf Sensibilität. Jeder denkbare und selbstverständlich leicht passierbare Fehler kann enorme Auswirkungen auf die Haftungssituation des Geschäftsführers haben. Zumal der Zeitdruck stets auf hohem Niveau gehalten wird und die Fülle der Verantwortung – das Unternehmen zu retten – sich mit ihren „haftungs- und strafrechtlichen Fallstricken“<sup>33</sup> nicht selten zu Lasten der Entscheidungskraft des Geschäftsführers auswirkt. Um Betriebsblindheit zu vermeiden, einen objektiven Überblick über die finanzielle Situation zu erlangen und eventuelle mangelnde Sachkunde zu umgehen, kann sich der Geschäftsführer bestenfalls eines fachlichen Rates bedienen. Die Unterstützung durch externe Berater kann, wenn sie mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar ist<sup>34</sup>, die involvierten Interessen vereinen.

Auf der einen Seite steht es im Interesse der Gläubigergesamtheit die Sanierungschancen zu erhalten und letztlich eine erfolgsversprechende Sanierung zu unterstützen. Auf der anderen Seite stehen die Interessen der Gesellschaft, die zwar im Rahmen des Zahlungsverbots gemäß § 64 GmbHG nach Eintritt der Insolvenzreife in den Schatten gerückt werden<sup>35</sup>, in diesem Falle jedoch völlig übereinstimmen. In der Regel begrüßen insbesondere die Fremdkapitalgeber die Einbindung eines externen Beraters. Jene Einbindung stellt nicht selten eine Voraussetzung für eine weitere Zusammenarbeit in der Krise dar.<sup>36</sup>

#### b) Inanspruchnahme der Beratung – Zahlungsverbot?

Eine somit nicht unerhebliche Schwierigkeit für den Geschäftsführer stellt die Entscheidungsfindung bezüglich der Ausgaben für eine fachkundige Sanierungsberatung, die eine ordnungsgemäße Pflichterfüllung seiner Sanierungspflicht bedeutet, und der strikten Einhaltung der Pflicht zur Erhaltung der Haftungsmasse gemäß § 64 GmbHG dar. Kommen erste Anzeichen einer Krise, so sollte sich der Geschäftsführer keinerlei Fehler erlauben. Ein Übersehen im Rahmen seiner Überwachungspflicht könnte ihm einen verfälschten Überblick über den Vermögensstand liefern und möglicherweise aus fruchtlosen durchaus fruchtbare Sanierungsaussichten eröffnen. Managementfehler einzugestehen und die Lage in der Krise rational einzuschätzen sind Attribute, die nicht jedem Geschäftsführer problemlos zuzurechnen sind. Dagegen sind optimistisches Denken, Verdrängen der Krise und Hoffen auf bessere Zeiten die Regel aber auch die Gefahr für missverständene Sanierungsaussichten.

#### (1) Aussichtsreiche Sanierung

Der vordergründig zu betrachtende Zeitraum ist so gesehen der Entscheidungsprozess des Geschäftsführers über die Ernsthaftigkeit einer Sanierung. Um darüber mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu entscheiden, muss der Geschäfts-

---

<sup>31</sup> Wiester, (2006), S. 49.

<sup>32</sup> Oppenländer/Trörlitzsch, (2011), Rn. 39; Geißler, DZWIR 2011, 309; Frege, NZI 2006, 546.

<sup>33</sup> Oppenländer/Trörlitzsch, (2011), Rn. 39.

<sup>34</sup> BGH, Beschluss vom 05.02.2007 – II ZR 51/06, GmbHR 2007, 936 (937); BGH, Urteil v. 01.03.1994 – II ZR 81/94, NJW 1994, 2149, 2150 ff.; Altmeppen, in: Altmeppen/Roth, GmbHG, § 64 Rn. 12; Lindemann, GmbHR 2007, 938; Strohn, NZG 2011, 1166; Frege, NZI 2006, S. 546.

<sup>35</sup> BGH, Urteil vom 08.11.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264; Wiester, (2006), S. 69; Strohn, NZG 2011, S. 1166.

<sup>36</sup> Oppenländer/Trörlitzsch, (2011), Rn. 42.

fürer, wie bereits oben bemerkt, eine jederzeitige Liquiditätskontrolle eingerichtet haben. Der gewonnene Einblick ist bei Anzeichen einer Krise sorgfaltsgemäß hinsichtlich der Aussichtschanzen einer Sanierung zu deuten.

In welchem Ausmaße sind die Sorgfaltsanforderungen an den Geschäftsführer gestellt? Der Geschäftsführer haftet gemäß § 43 I GmbH nur, wenn er die Pflichtverletzung zu verschulden hat. Der Verschuldensmaßstab geht über die allgemeinen Sorgfaltsanforderungen i. S. d. § 276 BGB hinaus.<sup>37</sup> Der objektive Sorgfaltsmaßstab orientiert sich zwar an der allgemeinen Regelung des § 276 I BGB und umfasst daher Fahrlässigkeit und Vorsatz. Der allgemeine Maßstab der Fahrlässigkeit wird jedoch durch die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes verschärft.<sup>38</sup> Der Geschäftsführer muss selbstständig und treuhänderisch die Vermögensinteressen der Gesellschaft und der Gesellschafter wahrnehmen.<sup>39</sup> Dabei ist von einer objektiven Sorgfaltspflicht i. S. d. § 93 AktG auszugehen. Es kommt schlussendlich weder auf die jeweilige Person des Geschäftsleiters, seine Eigenarten, seinen individuellen Wissensstand noch auf seine Erfahrungen und Kenntnisse an.<sup>40</sup> Der objektive Maßstab schließt es aus, dass der Geschäftsführer sich beispielsweise auf fachliche Untauglichkeit berufen kann.

Hieraus erwächst die Frage, ob die Struktur des Sorgfaltsmaßstabs i. S. d. § 43 I GmbHG im Rahmen der Bewertung bestehender Sanierungsaussichten als optimaler Maßstab betrachtet werden kann. Der BGH nimmt eine klare Stellung zu dieser Problematik. Er sieht es für absolut notwendig, dass der Geschäftsführer, bevor er eine aufwendige externe Prüfung durch Dritte veranlasst, sich einen umfassenden Überblick über die wirtschaftliche Situation des Unternehmens verschafft.<sup>41</sup> Im Regelfall sind die Dienstleistungen solcher Sanierungsberater kostenintensiv und sollten in aussichtslosen Fällen nicht zu Lasten der Gläubigergemeinschaft in Anspruch genommen werden. Hat der Geschäftsführer entsprechend dem Rahmen einer umfassenden internen Prüfung festgestellt, dass eine Sanierung aussichtsreich und eine externe Fachberatung einem erfolgversprechenden Sanierungsversuch dienlich erscheint, so handelt er mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes, wenn er den Sanierungsberater für seine Leistung bezahlt.<sup>42</sup>

Darüber hinaus muss die Honorarzahlung eine angemessene und im Interesse der Gläubigergesamtheit stehende Gegenleistung darstellen. Für das Vorliegen einer solchen erlaubten Zahlung ist der Geschäftsführer beweispflichtig. Er hat die entsprechenden Tatsachen fundiert darzustellen und zu beweisen.<sup>43</sup>

<sup>37</sup> BGH, Urteil vom 12.11.1979 – II ZR 174/77, BGHZ 75, 321, 327; Schmid, in: Ring/Grziwotz, Systematischer Praxiskommentar GmbH-Recht, § 43 Rn. 7; Paefgen, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 43 Rn. 18.

<sup>38</sup> Lücke/Simon, in: Saenger/Inhester, GmbHG, § 43, Rn. 41; Paefgen, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 43 Rn. 18; Buck-Heeb, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 43 Rn. 14.

<sup>39</sup> OLG Celle, Urteil vom 15.03.2000 – 9 U 209/99, NZG 2000, 1178, 1179; Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 43 Rn. 3; Hommelhoff/Kleindiek, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 43 Rn. 6; Schmid, in: Ring/Grziwotz, Systematischer Praxiskommentar GmbH-Recht, § 43 Rn. 7.

<sup>40</sup> BGH, Urteil vom 16.02.1981 – II ZR 49/80, WM 1981, 440, 442; OLG Koblenz vom 10.06.1991, GmbHR 1991, 416, 417; K. Schmidt, in: Esthaler/Füller/K. Schmidt, GmbHG, § 43 Rn. 13.

<sup>41</sup> BHG, Beschluss vom 05.02.2007 – II ZR 51/06, GmbHR 2007, 936 (937); Lindemann, GmbHR 2007, 938; OLG Koblenz, Urteil vom 09.02.2006 – 6 U 607/05, NZG 2006, 583.

<sup>42</sup> OLG Koblenz, Urteil vom 09.02.2006 – 6 U 607/05, NZG 2006, 583.

<sup>43</sup> OLG Koblenz, Urteil vom 09.02.2006 – 6 U 607/05, NZG 2006, 583.

## (2) Angemessene Honorarleistung

Die Angemessenheit des Honorars erstreckt sich auf eine zweckmäßige Sacherledigung und einen dadurch für das Unternehmen entstandenen Gegenwertes.<sup>44</sup> Handelt es sich bei dem Berater um einen Rechtsanwalt, so kann sich die Angemessenheit beispielsweise nach der Vergütung gemäß dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz richten.<sup>45</sup>

## 2. Zielkonflikt des GmbH-Geschäftsführers?

### a) Problemstellung

Nach einer gründlichen Erfassung der Unternehmensstammdaten, der Berechnung ausschlaggebender Kennzahlen sowie einer Krisenursachenanalyse muss der Geschäftsführer im Rahmen einer anschließenden Auswertung der vorgenannten Zahlen die Chancen einer Sanierung entweder für statthaft oder für nicht existent erklären. Neben der rein finanziellen Ebene ist ebenfalls die strategische Lage, die Ertragslage wie auch die Managementsituation zu berücksichtigen.<sup>46</sup> Die Beurteilung könnte sich insoweit als problematisch erweisen, als dass der Geschäftsführer mehr oder weniger von der Tatsache der Unterschätzung gegebener Unternehmenssituation eingeholt wird.<sup>47</sup> Die erforderliche strenge Einhaltung des objektiven Sorgfaltsmaßstabs wird durch bereits erwähnte Attribute wie Optimismus, „Nichtversagenwollen“ und Selbstüberschätzung strapaziert. Ob die vorgenannten Attribute geradezu den Auslöser für nicht sorgfaltsgemäßes Handeln verkörpern, oder ob sie durchaus als Grundlage – für eine trotz scheinbar ausweglose Lage – zu einer erfolgreichen Sanierung führen können, soll hier nicht behandelt werden. Vielmehr ist dem Gedanken zu folgen, ob es dem Geschäftsführer – als alleinigem Träger der Organisationsgewalt und „Mitverursacher“ der Krisensituation – vollumfänglich zugemutet werden kann eine objektive Sanierungsfähigkeitsprüfung durchzuführen? Ungeachtet dessen, welchem Haftungsdruck er in der Krise ausgesetzt ist und sich zudem mit konflikträchtigen Pflichten auseinander zu setzen hat.

Eine potenzielle Modifizierung des objektiven Sorgfaltsmaßstabs i. S. d. § 43 I GmbHG bzw. die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung sollen an dieser Stelle die Anknüpfungspunkte der nachfolgenden Prüfung sein. Als notwendig erscheint die Prüfung einer potentiellen Diskrepanz zwischen der Massesicherungs- und der Sanierungspflicht. Ein fahrlässiges Abweichen vom Sorgfaltsmaßstab des § 43 I GmbHG könnte schon im Widerspruch zum Zahlungsverbot des § 64 GmbHG stehen.

### b) Herabsetzung des Pflichten- und Sorgfaltsmaßstabs

#### (1) Haftungsprivilegierung für Arbeitnehmer

Die Haftungsprivilegierung für Arbeitnehmer lässt sich kurz durch zwei Gedankenstränge rechtfertigen. Zum einen durch das Betriebsrisiko und zum anderen durch die Vertrauenserwartung.<sup>48</sup> Zum ersteren ist also zu ergänzen, dass der Arbeitgeber sich die Betriebsgefahr des Arbeitnehmers zurechnen lassen muss. Der Arbeitgeber eröffnet durch das Übertragen von sämtlichen Arbeiten an seinen Arbeitnehmer eine

<sup>44</sup> Nerlich, in: Nerlich/Römermann, InsO § 142 Rn. 8.

<sup>45</sup> Leithaus, in: Andres/Leithaus/Dahl, InsO, § 142 Rn. 6.

<sup>46</sup> Maus, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, (2009), Rn. 1.113 ff., 1.318 ff..

<sup>47</sup> Wiester, (2006), S. 13.

<sup>48</sup> BAG, Urteil vom 25.09.1957 GS 4/56, AP Nr. 4 zu §§ 898, 899 RVO; Jousen, GmbHR 2005, 445.

besondere Gefahr für Fehler- und Schadenverursachung.<sup>49</sup> Aufgrund dessen, dass der Geschäftsführer bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat, kann dem Arbeitnehmer die Belastung durch Schäden, die aus der besonderen Gefahr der übertragenden Arbeit resultieren, nicht zugemutet werden.<sup>50</sup> Der zweite Gedankenstrang richtet sich auf die Weisungsbindung des Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber hat i. S. d. § 106 GewO die letzte Hoheit über die Arbeitsleistung seiner Mitarbeiter, demgemäß müssen diese im Rahmen der Fürsorgepflicht ihres Arbeitgebers darauf vertrauen können, nicht einseitig mit dem Haftungsrisiko belastet zu werden.<sup>51</sup> Die Haftungsprivilegierung des Arbeitnehmers erstreckt sich auf einfache Fahrlässigkeit.<sup>52</sup>

## (2) Auswirkung der Haftungsprivilegierung auf den Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG

An dieser Stelle soll nicht vertieft auf die seit Jahren umstrittene Frage, ob der Geschäftsführer Arbeitnehmer ist oder nicht, eingegangen werden. Die überwiegende Meinung verneint die Daseinsberechtigung des Geschäftsführers als Arbeitnehmer. Die Tätigkeitsregelung des Geschäftsführers basiert auf einem freien Dienstvertrag und nicht auf einem Arbeitsverhältnis.<sup>53</sup> Besonders haftungsrechtlich wird die bewusste Abgrenzung der Geschäftsführerstellung vom Arbeitsverhältnis hervorgehoben. Der Geschäftsführer haftet im Gegensatz zum Arbeitnehmer für einfache Fahrlässigkeit.<sup>54</sup>

Wichtiger ist in diesem Zusammenhang, dass der BGH in seiner ständigen Rechtsprechung Anhaltspunkte dafür bietet, dass einige Normen, die für ein Arbeitsverhältnis typisch sind, durchaus auch auf die Stellung des Geschäftsführers Anwendung finden.<sup>55</sup> Zumal nicht vergessen werden darf, dass der Geschäftsführer – trotz eines freien Dienstverhältnisses – wie auch der Arbeitnehmer i. S. d. § 37 GmbHG weisungsgebunden ist.<sup>56</sup> Ob sich eine entsprechende Analogie<sup>57</sup> auch auf die Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs des Geschäftsführers erstreckt, ist zu prüfen.

## (3) Auswirkung des Betriebsrisikos auf den Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG

Im Gegensatz zum Arbeitnehmer ist der Geschäftsführer nicht ganz unfreiwillig in die Risikostruktur des Unternehmens eingebunden. Der GmbH-Geschäftsführer vertritt und gestaltet darüber hinaus das Betriebsrisiko.<sup>58</sup> Seine Pflicht zur Unternehmensführung umfasst, im Zuge der Planung der Geschäftsabläufe, die Bestimmung über die Aufgabenbereiche der Mitarbeiter. Er teilt also die Mitarbeiter den einzelnen Betriebsrisiken zu und entscheidet, in welchem Umfang der einzelne Mitarbeiter jenem Risiko

<sup>49</sup> BAG, Urteil vom 25.09.1957 GS 4/56, AP Nr. 4 zu §§ 898, 899 RVO.

<sup>50</sup> Preis, in: Dieterich/Hanau/Schaub, ErfK ArbR, § 619 a BGB Rn.10; Jousen, GmbHR 2005, 445.

<sup>51</sup> Preis, in: Dieterich/Hanau/Schaub, ErfK ArbR, § 619 a BGB Rn.10; Jousen, GmbHR 2005, 445.

<sup>52</sup> Hesse, in: Rofls u. a., BeckOK Arbeitsrecht, § 619 a BGB Rn. 5 ff; Reichold, in: Richardi u. a., (2009), § 51 Rn. 35; Preis, in: Dieterich/Hanau/Schaub, ErfK ArbR, § 619 a Rn. 17; Jula, (2012), S. 2; Jula/Sillmann, (2010), S. 12.

<sup>53</sup> BAG, Urteil vom 26.05.1999 5 AZR 664/98, GmbHR 1999, 925; Reiserer, in: Moll, (2012), § 6 Rn. 60; Schulte, in: Pielow, BeckOK, GewO, § 109 Rn. 18; Diller, (1994), S. 65 ff.; Jula, (2012), S. 2, 162f.; Jula/Sillmann, (2010), S. 12; Kamanabrou, DB 2002, 145 ff.; Jousen, GmbHR 2005, 442.

<sup>54</sup> Weber/Hoß/Burmester, (2000), Rn. 55 f; Jula, (2012), S. 2; Jula/Sillmann,(2010), S. 12.

<sup>55</sup> Beispielsweise finden die Kündigungsfristen des § 622 BGB bei der Kündigung des Geschäftsführers entsprechende Anwendung.

<sup>56</sup> Preis, in: Dieterich/Hanau/Schaub, ErfK ArbR, § 611 Rn. 162; Jousen, GmbHR 2005, 443.

<sup>57</sup> Jula, (2012), S. 167.

<sup>58</sup> Jousen, RdA 2006, 131.

ausgesetzt wird.<sup>59</sup> Diese Entscheidungsmacht wird durch seinen Ermessensspielraum unterstützt.<sup>60</sup> Selbstredend kann jemand, der unter Umständen auch Entscheidungen zu Lasten des Arbeitgebers zu treffen hat und auf dessen Betriebsorganisation die Arbeitnehmer im vollen Umfang vertrauen, nicht in den Genuss der gleichen Haftungsprivilegierung kommen.

#### (4) Auswirkung der Vertrauenserwartung auf den Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG

Nun ist der Geschäftsführer gemäß § 37 GmbHG weisungsgebunden. Entsprechend kann auch hier eine gewisse Analogie der Haftungsprivilegierung angenommen werden. Anders als die Arbeitnehmerpflichten weisen die Geschäftsführerplichten eine durch das Gesetz detaillierte Definition vor.<sup>61</sup> Das heißt, der Geschäftsführer hat eine weitaus bessere Übersicht über das von ihm Verlangte als der Arbeitnehmer. Auf seinen übertragenen Aufgabenbereich kann sich der Geschäftsführer von vornherein einstellen und diesen darüber hinaus selbst gestalten. Er unterliegt demzufolge nicht in dem Ausmaße dem Direktionsrecht wie der Arbeitnehmer.<sup>62</sup> Zudem kommt noch hinzu, dass anders als bei der Arbeitnehmerhaftung, die Überlegung des Gläubigerschutzes bei der Geschäftsführerhaftung eine große Rolle spielt.<sup>63</sup> Danach dürfte die potentielle Haftungsprivilegierung entsprechend des Sorgfaltsmaßstabs des § 43 Abs. 1 GmbH bei weitem nicht an die der Arbeitnehmer heranreichen. Bei einer Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs werden die Besonderheiten der Geschäftsführerhaftung vollkommen ausgeblendet und die gesetzlichen Anforderungen an sein Amt verfremdet.<sup>64</sup> Angesichts der vorgenannten Darstellung kann eine Haftungsprivilegierung wiederholt ausgeschlossen werden.

#### c) Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs – grundsätzlich unzulässig?

Die obigen Argumente scheinen auf den ersten Blick durchaus plausibel zu sein. Dennoch bleibt fraglich, ob eine fahrlässige Abweichung vom Sorgfaltsmaßstab nicht doch unter bestimmten Gesichtspunkten zulässig sein kann. Jene Abweichung kann in Form von vertraglichen Vereinbarungen erfolgen. An dieser Stelle stehen sich zwei entgegengesetzte Meinungen gegenüber. Zum Teil wird die Meinung vertreten eine vertragliche Haftungsbeschränkung sei generell unwirksam.<sup>65</sup> Gestützt wird diese Meinung mit dem Argument, dass der Geschäftsführer, als treuhänderischer Verwalter

<sup>59</sup> Kleindiek, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 43 Rn. 22.; Weber/Hoß/Burmester, (2000), Rn. 55; Schneider, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 78 f.; Jousen, GmbHR 2005, 446.

<sup>60</sup> Kleindiek, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 43 Rn. 16 ff.; Lohr, NZG 2000, 1204, 1207; Jousen, GmbHR 2005, 446.

<sup>61</sup> Sandmann, (2001), S. 335. Jousen, GmbHR 2005, 446.

<sup>62</sup> Frisch, (1998), S. 110, merkt an, dass sich das Direktionsrecht auf Zeit, Ort, Art und Dauer der Arbeitsleistung beschränkt. Die Weisungsgebundenheit sei allerdings je nach Beschäftigung stark einschränkbar.

<sup>63</sup> Heisse, (1988), S. 61.; Jousen, GmbHR 2005, 446.

<sup>64</sup> Lutter, GmbHR 2000, 301, 311 f.; Sandmann, (2001), S. 334, 336.

<sup>65</sup> Haas, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 14.; Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, in: dies., GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 43 Rn. 2, 17.; Haas, in: Krieger/Schneider, Handbuch Managerhaftung, § 11 Rn. 2 ff., 60.; Ziemons, in: Oppenländer/Trölitzsch, (2011), § 29 Rn. 21. Bastuck, (1986), S. 90 ff., 110 ff.; Heisse, (1988), S. 90.; Lutter, GmbHR 2000, 301, 311; Immenga, GmbHR 1973, 5, 7; Ebenroth/Lange, GmbHR 1992, 69, 79.

fremden Vermögens – welches der Haftungsgrundlage Dritter dienen soll<sup>66</sup> – und dementsprechend als Träger solch einer drakonischen Verantwortung, den Haftungsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG nur in vollem Ausmaße zu befolgen hat.<sup>67</sup> Gegen diese Meinung spricht indessen, dass der Geschäftsführer nicht als Treuhänder der Gesellschaftsgläubiger handelt.<sup>68</sup> Denn die Tatsache, dass er als Treuhänder fremden Vermögens agiert, eröffnet den Gläubigern noch keinen unmittelbaren Schadensersatzanspruch gegen ihn.<sup>69</sup> Zwar geht die h. M. davon aus, § 43 GmbHG schütze neben der Gesellschaft ebenfalls die Gläubiger, allerdings entkräftet der Umkehrschluss des § 43 Abs. 3 GmbHG den erweiterten Schutzbereich mit dem „Grundsatz der gesellschaftsrechtlichen Dispositionsfreiheit“<sup>70</sup>. Danach können Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer durch Verzicht, Vergleich oder durch vorherige Bestimmungen beschränkt werden. Demzufolge steht der Gläubigerschutz nicht im Fokus des Sorgfaltsmaßstabs des § 43 Abs. 1 GmbHG.<sup>71</sup>

Die überwiegende Auffassung schließt jedenfalls eine vertragliche Haftungsbeschränkung nicht grundsätzlich aus.<sup>72</sup> Leider ist ihre Zulässigkeit bisher unzureichend geklärt. Geklärt ist immerhin, dass die Möglichkeit einer vertraglichen Beschränkung des Sorgfaltsmaßstabs gegeben sein kann, wenn dadurch die Gläubigerinteressen nicht unmittelbar tangiert werden.<sup>73</sup> Weitere Klarheit ergeht aus dem § 276 Abs. 3 BGB. Danach ist eine vertragliche Einschränkung zulässig, wenn im Rahmen derer vorsätzliches Handeln ausgeschlossen ist und ihr nicht andere oder speziellere Normen widersprechen.<sup>74</sup>

### 3. Reflexion auf den Sonderfall – Prüfungspflicht gegen Zahlungsverbot

Um das oben genannte potentielle Pflichtendilemma aufzugreifen, könnte die Lösung dessen eine Modifizierung des Sorgfaltsmaßstabs gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG sein. Im Folgenden soll geprüft werden, ob und in welcher Form eine solche Modifizierung ihre Daseinsberechtigung erlangen kann. Fakt ist, dass sich das Zahlungsverbot i. S. d. § 64 Abs. 2 GmbHG, als speziellere Vorschrift<sup>75</sup> des § 276 Abs. 3 BGB und als Regelungsnorm zur Abwehr existenzgefährdender Vorgänge<sup>76</sup>, wie die Tatsache eines Vorsatzes auf mögliche Haftungseinschränkung auswirkt.<sup>77</sup> Das hieße ganz klar eine Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs im Rahmen der Tätigkeit verbotener Zahlungen sei nach Insolvenzreife auszuschließen. Inhaltliche Unterstützung findet die

---

<sup>66</sup> Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 46; Fleischer, in: Fleischer/Goette, MüKo zum GmbHG, § 43 Rn. 312; Reese, DStR 1995, 532, 536.

<sup>67</sup> Lutter, GmbHR 2000, 301, 311; Jousen, GmbHR 2005, 447.

<sup>68</sup> Fleck, GmbHR 1974, 224, 229; Fleischer, in: Fleischer/Goette, MüKo zum GmbHG, § 43 Rn. 312; Sandmann, (2001), S. 329.

<sup>69</sup> BGH, Urteil vom 19.02.1990 – II ZR 268/88, BGHZ 110, 342, 360; vom 25.06.2001 – II ZR 38/99, BGHZ 148, 167; Sandmann, (2001), S. 329; Fleck, GmbHR 1974, 224, 229; Konow, GmbHR 1968, 219, 220; Fleischer, in: Fleischer/Goette, MüKo zum GmbHG, § 43 Rn. 305.

<sup>70</sup> Fleischer, in: Fleischer/Goette, MüKo zum GmbHG, § 43 Rn. 304.

<sup>71</sup> Jousen, GmbHR 2005, 446.

<sup>72</sup> Fleischer, in: Fleischer/Goette, MüKo zum GmbHG, § 43 Rn. 305; Lohr, bNZG 2000, 1204, 1208; Jousen, GmbHR 2005, 447.

<sup>73</sup> BGH, Urteil vom 15.11.1999 – II ZR 122/98, NJW 2000, 576.

<sup>74</sup> Jousen, GmbHR 2005, 447.

<sup>75</sup> Jousen, GmbHR 2005, 447.

<sup>76</sup> Sandmann, (2001), S. 331.

<sup>77</sup> Weber/Brügel, DB 2004, 1923, 1926; Jousen, GmbHR 2005, 447.

vorgenannte strenge Ansicht durch den Willen des historischen Gesetzgebers.<sup>78</sup> Dieser verneinte die Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs, indem er die Interessen der Gesellschaftsgläubiger in den Fokus rückte, die nach einer Haftungsherabsetzung keinem ausreichenden Schutz ausgesetzt wären.<sup>79</sup>

Sicherlich ist der Gläubigerschutz gerade in der Krise einer Gesellschaft vordergründig zu beachten. Die Substanz des Gesellschaftsvermögens ist vor Masseschmälerungen i. S. d. Interessen der Gläubigergemeinschaft zu wahren.<sup>80</sup> Jedoch soll an dieser Stelle die Aufgabenfülle des Geschäftsführers, die insbesondere in der Krisensituation an Komplexität zunimmt, nicht außer Acht gelassen werden.

Die Intention des historischen Gesetzeswillens kann auf die heutige Zeit nicht mehr im vollen Umfang übertragen werden.<sup>81</sup> Dagegen spricht die enorme Überlastung an gesellschaftsrechtlichen Anforderungen und darüber hinaus an öffentlichen-rechtlichen Verpflichtungen, die dem Geschäftsführer eine nahezu absolute Perfektion hinsichtlich seines Handelns abverlangen. Nun könnte an dieser Stelle mit dem Ermessensspielraum des Geschäftsführers dagegen argumentiert werden. Dieser breite Ermessensspielraum erfordert also einen streng bemessenen Sorgfaltsmaßstab. Den Geschäftsführern steht zwar bei der Erfüllung ihrer Aufgaben ein breiter Handlungsspielraum zur Verfügung, dieser wird dennoch zum einen durch die schwierige Problematik ihrer Darlegungs- und Beweislast<sup>82</sup> und zum anderen durch die erforderliche angemessene und umfangreiche Vorbereitung der Ermessensentscheidung<sup>83</sup> überaus eingeschränkt. Der Geschäftsführer ist anders als die Organmitglieder einer AG i. S. d. § 37 GmbHG weisungsgebunden und hat das Sanierungskonzept zur weiteren Entscheidung der Gesellschafterversammlung vorzulegen.<sup>84</sup> Auch in diesem Falle kann er an die Grenzen seines Ermessensspielraums stoßen.

Gegen den Gedankengang spricht allerdings der Normzweck des § 64 GmbHG. Die sogenannte „Vermögensbeobachtungspflicht“ verkörpert einen notwendigen Ausgleich dafür, dass die Gesellschafter grundsätzlich von dieser Pflicht ausgeschlossen sind.<sup>85</sup> Dieses bedeutet im Umkehrschluss, dass vom Geschäftsführer bereits im Rahmen seiner vorsorglichen Prüfungspflicht umso mehr abverlangt wird. Die Notwendigkeit wird zudem dadurch verstärkt, dass je nach Größe der Gesellschaft mit zunehmendem Umfang und Komplexität der Prüfungspflicht, eine Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs praktisch zur Führungslosigkeit der Gesellschaft führen würde.<sup>86</sup>

Plausibel erscheint daher, im Hinblick auf ein fahrlässiges Abweichen vom Sorgfaltsmaßstab, die Notwendigkeit der Trennung zwischen dem Organisations- und Tätig-

<sup>78</sup> BR-Drs. Nr. 94/1891, GmbHG-Entwurf 1892, S. 99, § 44, Berlin 1892. Da die Interessen der Gesellschaftsgläubiger tangiert werden, könne ein geringerer Maßstab nicht akzeptiert werden.

<sup>79</sup> BR-Drs. Nr. 94/1891, GmbH-Entwurf 1892, S. 99, § 44, Berlin 1892; Fleischer, in: Fleischer/Goette, MüKo zum GmbHG, § 43 Rn. 303.

<sup>80</sup> BGH, Urteil vom 08.11.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264; Wiester, (2006), S. 69; Strohn, NZG 2011, S. 1166.

<sup>81</sup> Fleischer, in: FS Goette, S. 75, 83 f.; Kramer, Juristische Methodenlehre, S. 136 f.; Fleischer, in: Fleischer/Goette, MüKo zum GmbHG, § 43 Rn. 304.

<sup>82</sup> Meyke, (1998), Rn. 34, 70, 123; Julia, (2012), S. 302 ff.; Kleindiek, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 43 Rn. 18; Uhlenbruck, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, (2009), Rn. 5.129 f..

<sup>83</sup> Kleindiek, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 43 Rn. 18.

<sup>84</sup> Julia, (2012), S. 292; Koppensteiner, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 43 Rn. 200; Jauffer, (2010), S. 374 f.; Ciftci/Bischoff, (2009), S. 23; Bork, ZIP 2011, 107 f.; Drenckhan, (2006), S. 75 ff..

<sup>85</sup> Sandmann, (2001), S. 331.

<sup>86</sup> Sandmann, (2001), S. 331.

keitsrisiko des Geschäftsleiters. Während das Tätigkeitsrisiko durchaus Beschränkungspotenzial des Sorgfaltsmaßstabs aufweist, kann dieses für das Organisationsrisiko nicht gelten. Die vorsorgende Prüfungspflicht fällt in den organisatorischen Aufgabenbereich. Der ausschlaggebende Unterschied zwischen dem Arbeitnehmer und dem Geschäftsleiter ist die eigenverantwortliche Organisationsgewalt des letzteren.

Der Gesetzgeber unterstellt dem Geschäftsführer insoweit die notwendige Kompetenz und entsprechende Qualifikation zu einem eigenverantwortlichen Organisationssystem, als das ihm jede organisatorische Tätigkeit, wie die stetige Prüfung der finanziellen Lage, sowohl ermöglicht als auch überwindbar wird. Eine teilweise Entlastung von der obliegenden Organisationspflicht ließe gleichzeitig die Gesamtkonstruktion der Kontroll- und Überwachungsinstanz in sich zusammenbrechen. Folglich kann der Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs für organisatorische Pflichten nicht gefolgt werden.

#### 4. Ausschöpfung des Kollisionspotenzials

Die argumentative Konsequenz schöpft das Kollisionspotenzial der zu prüfenden Pflichten aus. Die Objektivität des Sorgfaltsmaßstabs i. S. d. § 43 GmbHG schließt Unfähigkeit und Überforderung des Geschäftsführers ausnahmslos aus. Ebenfalls läuft die Argumentation hinsichtlich der Besonderheit einer Krisensituation, die dem Geschäftsführer neben seiner üblichen Geschäftslast zahlreiche weitere Krisenpflichten auferlegt und den Spielraum für potentielle Schadensersatzansprüche um einiges erweitert, ins Leere.

Die Bewältigung der Krise unterliegt der drakonischen Organisationspflicht des Geschäftsführers. Ihm obliegt die gesamte organisatorische Betreuung seines zu führenden Verantwortungsbereichs. Dieses ausschlaggebende Strategiekonzept hat er wiederum i. S. d. § 43 GmbHG mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes eigenverantwortlich zu entwickeln. Die Untersuchung einer potentiellen Haftungsbeschränkung bzw. Herabsetzung des eng auszulegenden Sorgfaltsmaßstabs lässt keinerlei Raum für fahrlässige Abweichungen. Auch an dieser Stelle fehlt es mithin an Kollisionscharakter der Pflichten. Im Umkehrschluss ist anzumerken, dass eine Kollision der Prüfungspflicht und der Massesicherungspflicht ausgeschlossen ist, solange der Geschäftsführer sorgfaltsgemäß handelt. Hat er die Sanierungsfähigkeit erkannt, hängt die Privilegierung der Zahlung i. S. d. § 64 GmbHG dann lediglich von der angemessenen Honorarleistung des externen Prüfers ab. Angemessen ist das Beraterhonorar, wenn der Masse zumindest teilweise eine gleichwertige Gegenleistung zugeführt wird.<sup>87</sup> Die Angemessenheit dürfte in der Regel keine große Problematik darstellen.

Fraglich bleibt gleichwohl der Umfang der dem Geschäftsführer zugeordneten Funktion als Kontroll- und Überwachungsinstanz. Steht die Fülle der gesellschaftsrechtlichen Anforderungen an den Geschäftsführer im angemessenen Verhältnis zu dem streng bemessenen Sorgfaltsmaßstab und seinem gerade in der Krise einer Gesellschaft nahezu unbegrenzten Haftungsumfang? Seine Funktion als ausgleichende unabhängige Kontrollinstanz zu der Haftungsbeschränkung der juristischen Person einer GmbH erscheint schlüssig. Die der Gesellschaft dadurch gebotene Eigenständigkeit gegenüber den Gesellschaftern zeichnet das klassische Unternehmensleitungsrisiko aus.

---

<sup>87</sup> BGH, Urteil vom 06.12.2007 – IX ZR 113/06, NZI 2008, 173; Leithaus, in: Andres/Leithaus/Dahl, InsO, § 142 Rn. 3 ff.; Nerlich, in: Nerlich/Römermann, InsO § 142 Rn. 8; Riggern, in: Braun, InsO, § 142 Rn. 3.

Eine verminderte Vertrauenserwartung an den Geschäftsführer, bzw. eine Beschränkung des Sorgfaltsmaßstabs würde dem Gesetzeswillen in vollem Maße widersprechen.

Dessen ungeachtet wirft die Praxis darauf ein anderes Licht. Fakt ist, dass alle Insolvenzanträge lange nach Eintritt der materiellen Insolvenz gestellt werden.<sup>88</sup> Die Geschäftsführer wirtschaften – trotz Eintritts der Zahlungsunfähigkeit – bis an die letzten finanziellen Reserven ihres Unternehmens weiter.<sup>89</sup> Ist das Eigenkapital nahezu verbraucht, setzt Ernüchterung ein und mit ihr die lange vor sich hin geschobene jedoch inzwischen unausweichliche Kapitulation.

Zwar ist der Geschäftsführer im Gegensatz zum Arbeitnehmer, dessen Pflichten nicht in dem Maße gesetzlich detailliert niedergeschrieben sind, weitaus aufgeklärter über seinen Aufgabenbereich. Diese Tatsache ist jedoch in Anbetracht seines vorgenannten bedeutend größeren Aufgaben- und Verantwortungsbereichs sicherlich auch als Mindestmaß erforderlich.

Gerade Geschäftsführer kleiner Gesellschaften sind oftmals den Problemen der vorsorgenden Prüfung ausgesetzt und sind trotz ausführlicher Normenfülle nicht im Stande eine dem Sorgfaltsmaßstab entsprechende Prüfung durchzuführen.<sup>90</sup> Diese in der Regel aufwendige Prüfung stellt für kleine Gesellschaften sowohl im Hinblick auf die rechtliche als auch wirtschaftliche Bewertung des gegebenen Datenmaterials eine große Herausforderung dar. Hervorgerufen wird dieses Problem durch eine in vielen Fällen unzureichende zugrundeliegende Datenbasis.<sup>91</sup> Oftmals ist das Kernproblem der vorsorgenden Prüfung die mangelnde Aktualität des zu prüfenden Zahlenmaterials, insbesondere mangelt es an der Qualität einer unterjährigen Prüfung der Wirtschaftslage. Eine zutreffende Aussage anhand des bilanziellen Abschlusses kann aber in vielen Fällen unzureichend sein.<sup>92</sup>

### C. Fazit

In der Zeit zwischen Feststellung der Insolvenzzreife und Stellung des Insolvenzantrags steht der Geschäftsleiter vor der Frage, welche Verbindlichkeiten er bedienen darf oder gar muss und welche Zahlungen i. S. d. § 64 GmbHG verboten sind. Um einer persönlichen Haftung zu entgehen, ist es für den Geschäftsführer demnach umso wichtiger, sich mit der Materie der Zahlungsvornahme in der Krise der Gesellschaft ausführlich auseinander zu setzen.<sup>93</sup> Weiterhin bleibt es trotz der vorgenannten Urteile offen, ob Zahlungen in den Rahmen eines ordentlichen Geschäftsmannes fallen, wenn sie zum Zeitpunkt getätigt werden, in dem eine realistische Sanierungschance längst besteht, oder sind diese möglicherweise bereits dann zulässig, wenn der Geschäftsführer sich noch in der Ermittlungsphase der Sanierungsmöglichkeiten befindet. Wohlgermerkt ist an dieser Stelle eine Unterscheidung vorzunehmen.

Zur Wahl stehen zwei Zahlungsfreiräume, zum einen die Zahlungen innerhalb und zum anderen außerhalb der Insolvenzantragsfrist.<sup>94</sup> Befindet sich der Geschäftsführer in der

---

<sup>88</sup> Haarmeyer, ZInsO 2009, 1273.

<sup>89</sup> Haarmeyer, ZInsO 2009, 1273.

<sup>90</sup> Blöse/Wieland-Blöse, (2011), S. 47 ff..

<sup>91</sup> Blöse/Wieland-Blöse, (2011), S. 47 ff..

<sup>92</sup> Blöse/Wieland-Blöse, (2011), S. 47 ff..

<sup>93</sup> Wiester, (2006), S. 70.

<sup>94</sup> Strohn, NZG 2011, S. 1166.

dreiwöchigen Insolvenzantragsfrist, kann problemlos davon ausgegangen werden, dass in dem Zeitrahmen ernsthafte Sanierungsmaßnahmen durchgeführt werden. Wird eine möglichst erfolgreiche Durchführung einer Unternehmensgesundung angestrebt, so stimmen die entsprechenden Sanierungsbemühungen mit den Interessen der Gläubigergemeinschaft überein. Sanierungsunterstützende Zahlungen, wie das Entgelt eines Sanierungsberaters<sup>95</sup> oder Lohnfortzahlungen, um eine Produktionseinstellung oder negative Mund zu Mund-Propaganda abzuwehren, werden letztlich unter dem Begriff der erlaubten Zahlungen zusammengefasst.<sup>96</sup>

Sind die vorgenannten drei Wochen abgelaufen oder kam es gar nicht erst zu der Insolvenzantragsfrist, da jegliche Sanierungsmaßnahmen aussichtslos waren, so sollten die Zahlungen nun von einem andren Blickwinkel betrachtet werden.<sup>97</sup> Zu jener Zeit liegt das Interesse der Gläubiger darin, dass der Insolvenzverwalter als neutrale Instanz den Geschäftsleiter so schnell wie möglich von seinem bisherigen Aufgabenbereich entlastet und ablöst. Zahlungen, die auf eine erfolgreiche Sanierung abstellen, können in diesem Stadium selbstverständlich nicht mehr getätigt werden. Als Maßstab für eine erlaubte Zahlung können hier solche angeführt werden, die ein vorläufiger Insolvenzverwalter getätigt hätte.<sup>98</sup>

Da die Haftungssituation bei der Vornahme jeder Zahlung nach Eintritt der materiellen Insolvenz vom Insolvenzverwalter grundsätzlich verfolgt wird, steht der Geschäftsführer umso mehr unter Druck, bloß keinen Fehler zu begehen. Ein funktionsfähiges Frühwarnsystem kann Fehler ausschließen. Der Spagat zwischen der Pflicht gem. § 43 I GmbHG, alle Maßnahmen zur Gesundung des Unternehmens zu ergreifen und gleichzeitig das Zahlungsverbot i. S. d. § 64 Satz 1 GmbHG einzuhalten, lässt keinen Raum für Fehlentscheidungen.<sup>99</sup>

Die Notwendigkeit einer fachkundigen Sanierungsberatung scheint in der komplexen Aufgabenfülle – für den in der Regel von der hochsensiblen Krisensituation überforderten Geschäftsführer – unausweichlich. Zu einer nüchternen und korrekten Beurteilung der Sanierungsfähigkeit kann ein mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes eingerichtetes Frühwarnsystem, das dem Geschäftsleiter einen stetigen Überblick sowohl über die finanzielle als auch wirtschaftliche Lage des Unternehmens bereithält, verhelfen. Selbstverständlich verdient die Frage, inwieweit der Geschäftsführer als alleinige Organisationsgewalt und „Mitverursacher“ der Krise, unter dem strengen Sorgfaltsmaßstab des § 43 I GmbHG, überhaupt in der Lage sein kann eine objektive Sanierungsfähigkeitsprüfung durchzuführen, ihre Daseinsberechtigung.

Im Gegensatz zum Arbeitnehmer ist der Geschäftsführer, als Vertreter der Gesellschaft und Mitgestalter des Betriebsrisikos nicht gerade unfreiwillig in die Risikostruktur des Unternehmens eingebunden. Nicht zuletzt kann insbesondere deswegen eine Akzeptanz für eine Haftungsprivilegierung á la Arbeitnehmer ausgeschlossen werden. Eine

<sup>95</sup> BGH, Beschluss v. 05.02.2007 – II ZR 51/06, NZG 2007, 678 Rn.4.

<sup>96</sup> Frege, NZI 2006, S. 546; Strohn, NZG 2011, S. 1166.

<sup>97</sup> BGH, Urteil v. 06.06.1994 – II ZR 292/91, NJW 1994, 2220, 2224; OLG Hamburg, Urteil v. 29.12.2003 – 11 W 90/03, GmbHR 2004, 797; *Bauer*, (2010), Rn. 1024; *Haas*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG, § 64 Rn. 73*; *Strohn*, NZG 2011, S. 1166.

<sup>98</sup> OLG Celle, Urteil v. 23.12.2003 – 9 U 176/03, GmbHR 2004, 568; K. Schmidt, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, (2009), Rn. 11.42; *Haas*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG, § 64 Rn. 73*; *Strohn*, NZG 2011, S. 1166.

<sup>99</sup> *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen, GmbHG, § 43 Rn. 10*; *Fleischer*, in: *Fleischer/Goette, MüKo zum GmbHG, § 43 Rn. 63*; *Kleindiek*, in: *Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 43 Rn. 23*; *Drenckhan*, (2006), S. 64; *Bauer*, (2010), Rn. 19; *Paefgen*, in: *Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 43 Rn. 67*; *Hommelhoff*, in: *Berger u. a., (2000), S. 373, 378*; *Veil*, ZGR 2006, 378.

mögliche Modifizierung bzw. eine Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs könnte eine Pflichtenkollision weiterhin aufrechterhalten. Aber auch diese ist argumentativ kaum durchzukämpfen. Fakt ist, dass die eigenverantwortliche Organisationsgewalt, die der Gesetzgeber dem Geschäftsführer an breitgefächertem Aufgabenrepertoire auferlegt und das damit einhergehende Organisationsrisiko, dem Geschäftsführer die letzte Möglichkeit einer Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs nehmen und eine Haftungsbeschränkung jeglicher Art verbieten. Die nahezu übermenschlichen „Superkräfte“, die dem Geschäftsführer unterstellt werden, scheinen aber auch kein fahrlässiges Abweichen vom streng bemessenen Sorgfaltsmaßstab zu erfordern. Denn der Geschäftsführer hat ein – aufbauend auf einem soliden Kontroll- und Überwachungssystem – in dem Maße entwickeltes Organisationssystem zu schaffen, das schon eine teilweise Entlastung von der drakonischen Pflicht einen gleichzeitigen Zusammenbruch der Gesamtorganisation bedeuten würde.<sup>100</sup>

Nichtsdestoweniger wird faktisch jede Insolvenzantragstellung verschleppt. Dies bedeutet gleichzeitig, dass es allen diesen betroffenen Geschäftsführern an den zur Erfüllung ihrer Organisationspflicht benötigten „Superkräften“ fehlt und sie mithin nicht in der Lage sind, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes, ihren auferlegten Pflichten nachzukommen. Indes könnte das Problem bis auf einen nicht frühzeitig erkannten oder einen fehlenden ernstzunehmenden und objektiv aussichtsreichen Sanierungsversuch wurzeln. Oder es bedeutet schlicht und ergreifend, dass die objektive Sorgfaltspflicht in der Praxis weit davon entfernt ist dem gesetzgeberischen Willen zu entsprechen.

Unumgänglich ist für die schwierige Haftungssituation die absolute Konzentration des Geschäftsführers auf eine sorgfaltsgemäße Ausübung seiner alleinigen Organisationsgewalt. Positiv anzumerken ist, dass jene Ausübung, wenn nicht durch klare Gesetzesregelungen so zumindest durch klare Gesetzgebervorstellungen definiert wird. Folglich kann eine genaue Aufstellung der Geschäftsführerpflichten erfolgen. Er hat vordergründig je nach Größe und Umfang des Unternehmens ein dermaßen umfangreiches Frühwarnsystem zu entwickeln, das ihm einen optimalen Überblick sowohl über die finanzielle als auch wirtschaftliche Lage ermöglicht. Mithilfe der gewonnenen Erkenntnisse aus dieser Gesamtorganisation sollte er in der Lage sein eine rationale Beurteilung zu den gegebenen Sanierungschancen abzugeben. An dieser Stelle wird die Intention des Gesetzgebers und mit ihr die alleinige Verantwortungsfülle des Geschäftsführers eindeutig festgelegt. Im Rahmen der Umsetzung seiner Verantwortung hat er aufgrund unzureichender gesetzlicher Detailliertheit gestalterische Spielräume, die zwar seine Selbstständigkeit fördern doch gleichzeitig auch das Haftungsumfeld bis nahezu ins Endlose ausdehnen. So einfach die vorgenannten Aufgabenbereiche in der Theorie auch aufgestellt sind, umso schwieriger ist ihre Ausgestaltung in der Praxis. Diese klare und überschaubare Aufgabenverteilung kann in der Praxis für nicht wenige Geschäftsführer gerade in der Krise der Gesellschaft eine unüberwindbare Aufgabe bedeuten.

Das Verantwortungspaket, das der Geschäftsführer zu tragen hat erfordert starke und breite Schultern. Mit seinem drakonischen Ausmaß verlangt es dem Geschäftsführer ein Organisationssystem ab, das zur Vermeidung eines möglichen Zusammenbrechens keinerlei Abweichungen vom eng bemessenen Sorgfaltsmaßstab zulässt und dem Geschäftsführer ein „Superheldenimage“ unterstellt. Ein Image, das leider eine

<sup>100</sup> Haas, (2006), Gutachten E zum 66. DJT, 2006, E 105; Bork, ZIP 2011, 102; BGH, Urteil v. 20.02.1995 – II ZR 9/94, BB 1995, 975; Fleischer, in: Fleischer/Goette, MüKO zum GmbHG, § 43 Rn. 63; K. Schmidt, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, (2009), Rn. 1.20, 1.73 ff.; Bork, ZIP 2011, 101 f.; Veil, ZGR 2006, 374, 377; Wiester, (2006), S. 17; s. o. B. I. 3. c), d).

Ausnahmeerscheinung und nicht die Regel darstellt. Ein Image, das immerhin dem objektiven Sorgfaltsmaßstab und demnach den gesetzgeberischen Anforderungen gänzlich entspricht, allerdings in der Praxis keinesfalls aufrechterhalten werden kann.

## Literaturverzeichnis

- Altmeppen, H. / Roth, G. H.*, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 6. Auflage, München 2009
- Andres, D. / Leithaus, R. / Dahl, M. (Hrsg.)*, Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, München 2011
- Arend, V. / Möller, C.*, Aktuelle Rechtsprechung zur Geschäftsführer-Haftung in der Krise und Insolvenz der GmbH, *GmbHR* 2008, S. 169-175
- Bastuck, B.*, Enthftung des Managements, Corporate Idemnification im amerikanischen und deutschen Recht, Köln 1986
- Bauer, J.*, Die GmbH in der Krise, Rechtsfragen der Unternehmenssanierung, 3. Auflage, Münster 2010
- Baumbach, A. / Hueck, A.*, Kommentar zum GmbHG, 20. Auflage, München 2013
- Bayer, W. / Hommelhoff, P. / Kleindiek, D. / Lutter M.*, Kommentar zum GmbHG, 17. Auflage, Köln 2009
- Berger, K-P. u. a. (Hrsg.)*, Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2000
- Blöse, J. / Wieland-Blöse, H.*, Praxisleitfaden Insolvenzureife, Insolvenzantragsgründe prüfen, feststellen, beseitigen, Berlin 2011
- Bork, R.*, Pflichten der Geschäftsführung in der Krise und Sanierung, *ZIP* 2011, S. 101 – 109
- Bork, R. / Schäfer, C. (Hrsg.)*, GmbH Kommentar zum GmbH-Gesetz, 1. Auflage, Köln 2010
- Braun, E. (Hrsg.)*, Kommentar zur Insolvenzordnung, 5. Auflage, München 2012
- Bunnemann, J. u. a. (Hrsg.)*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis, 2. Auflage, München 2011
- Ciftci, T. / Bischoff, D.*, Die GmbH in der Krise, Rechte, Pflichten, Gestaltungsmöglichkeiten, Hamburg 2009
- Dieterich, T. / Hanau, P. / Schaub, G.*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Auflage, München 2012
- Diller, M.*, Gesellschafter und Gesellschaftsorgane als Arbeitnehmer, Stuttgart 1994.
- Drenckhan, H.*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, Baden-Baden 2006
- Ebenroth, C. / Lange, K. W.*, Sorgfaltspflichten und Haftung des Geschäftsführers einer GmbH nach § 43 GmbHG, *GmbHR* 1992, S. 69 - 76
- Engisch, K.*, Einheit der Rechtsordnung, Nachdruck der 1935 erschienenen Auflage, Darmstadt 1987
- Ensthaler, J. / Füller, J. T. / Schmidt, B.*, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2. Auflage, Köln 2010
- Fleck, H-J.*, Zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers, *GmbHR* 1974 S. 224 – 231
- Fleischer, H. / Goette, W. (Hrsg.)*, Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Band 2: §§ 35 – 52, Band 3: §§ 53 – 85, München 2012
- Frege, M. C.*, Grundlagen und Grenzen der Sanierungsberatung, *NZI* 2006 S. 545-552.
- Frisch, B.*, Haftungserleichterung für GmbH-Geschäftsführer nach dem Vorbild des Arbeitsrechts, Berlin 1998
- Gehrlein, M. / Ekkenga, J. / Simon, S. (Hrsg.)*, Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Kommentar, Köln 2012

- Geißler, M.*, Verhaltensmaßnahmen und Rechtspflichten des Geschäftsführers in der Krise der GmbH, DZWIR 2011, S. 309 – 317
- Haarmeyer, H.*, Der Eintritt der materiellen Insolvenz und seine zentrale Bedeutung für das Insolvenzverfahren, Eine Zwischenbilanz nach 10 Jahren InsO, ZInsO 2009, S. 1273 – 1283
- Haas, U.*, Reform des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes, in: Verhandlungen des sechshundsechzigsten deutschen Juristentages Stuttgart 2006, München 2006
- Habersack, M. / Hommelhoff, P. (Hrsg.)*, Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag, München 2011
- Heisse, M.*, Die Beschränkung der Geschäftsführerhaftung gegenüber der GmbH, München 1988
- Holzborn, T. / v. Vietinghoff, P. (Hrsg.)*, Haftung und Insolvenz im GmbH-Recht, München 2013
- Immenga, U.*, Die Problematik der Anfechtungsklage im GmbH-Recht, GmbHR 1973, S. 5 – 11
- Jaufer, C.*, Das Unternehmen in der Krise: Verantwortung und Haftung der Gesellschaftsorgane, 2. Auflage, Wien 2010
- Joussen, J.*, Der Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG, GmbHR 2005, S. 441 – 447
- Jula, R.*, Der GmbH-Geschäftsführer, Rechte und Pflichten, Anstellung, Vergütung und Versorgung, Haftung und Strafbarkeit, 4. Auflage, Berlin 2012
- Jula, R. / Sillmann, B.*, Handbuch GmbH, Gründung, Führung, Sicherung, 3. Auflage, München 2010
- Kamanabrou, S.*, Das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers im Licht neuerer Rechtsprechung, DB 2002, S. 146 -150
- Konow, K-O.*, Probleme der Geschäftsführung bei der GmbH, GmbHR 1968 S. 219 – 222
- Lindemann, S.*, Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 05.02.2007 – II ZR 51/06, GmbHR 2007, S. 938
- Lohr, M.*, Die Beschränkung der Innenhaftung der GmbH-GF, NZG 2000, S. 1204 – 1213
- Lutter, M.*, Haftung und Haftungsfreiräume des GmbH-Geschäftsführers – 10 Gebote an den Geschäftsführer, GmbHR 2000, S. 301 – 312
- Michalski, L. (Hrsg.)*, Kommentar zum GmbH-Gesetz, Band 2: §§ 35 – 85, 2. Auflage, München 2010
- Meyke, R.*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, RWS-Skript 290, Köln 1998.
- Moll, W. (Hrsg.)*, Münchener Anwalts Handbuch Arbeitsrecht, 3. Auflage, München 2012
- Nerlich, J. / Kreplin, G.*, Anwaltshandbuch Insolvenz und Sanierung, 2. Auflage, München 2012
- Nerlich, J. / Römermann, V. (Hrsg.)*, Kommentar zur Insolvenzordnung, 24. Ergänzungslieferung, München 2012
- Oppenländer, F. / Trölitzs, T. (Hrsg.)*, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 2. Auflage, München 2011
- Pielow, J-C. (Hrsg.)*, Beck'scher Online-Kommentar Gewerberecht, Stand 1.4.2013, Edition 22
- Poelzig, D. / Thole, C.*, Kollidierende Geschäftsleiterpflichten, ZGR 2010, S. 836 – 867.
- Reese, J.*, Die Haftung von Managern im Innenverhältnis, DStR 1995, S. 532 – 537
- Ring, G. / Grziwotz, H.*, Systematischer Praxiskommentar GmbH-Recht für Unternehmer und Berater, Köln 2009
- Richardi, R. u. a. (Hrsg.)*, Das Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band I, 3. Auflage, München 2009

- Rolfs, C. u. a. (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Arbeitsrecht, Stand 1.3.2013, Edition 27
- Roth, G. H. / Altmeyden, H., GmbHG Kommentar, 7. Auflage, München 2012
- Rowedder, H. / Schmidt-Leithoff, C. (Hrsg.), Kommentar zum GmbHG, 5. Auflage 2013, München 2013
- Saenger, I. / Inhester, M. (Hrsg.), GmbHG Handkommentar, Baden-Baden 2011
- Sandmann, B., Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten, Zugleich ein Beitrag zu den Grundprinzipien der Haftung und Haftungsprivilegierung, Tübingen 2001
- Schmidt, K. / Uhlenbruck, W., Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 4. Auflage, Köln 2009
- Scholz, F. (Hrsg.), Kommentar zum GmbH-Gesetz, 10. Auflage, Band II: §§ 35-52, Köln 2007, 10. Auflage, Band III: §§ 53-87, Köln 2010
- Strohn, L., Organhaftung im Vorfeld der Insolvenz, NZG 2011, S. 1161-1170
- Ulmer, P. / Habersack, M. / Winter, M., GmbHG Großkommentar, Band II: §§ 29-52, Tübingen 2006, Band III: §§ 53-87, Tübingen 2008.
- Veil, R., Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht, Verlust des halben Kapitals, Pflicht zu ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, S. 374 – 379
- Weber, R. / Brügel, F., Die Haftung des Managements in der Unternehmenskrise: Insolvenz, Kapitalerhaltung und existenzvernichtender Eingriff, DB 2004, S. 1923 – 1928
- Weber, U. / Hoß A. / Burmester A., Handbuch der Managerverträge, Köln 2000
- Wiester, R., Die GmbH in der Unternehmenskrise, Lösungswege für den Geschäftsführer, München 2006

Abgeschlossen Juli 2013

[www.logos-verlag.de](http://www.logos-verlag.de) unter ‚Zeitschriften‘

**Impressum:** Westfälische Hochschule, Fachbereich Wirtschaftsrecht, August-Schmidt-Ring 10  
D - 45665 Recklinghausen, [www.wirtschaftsrecht.w-hs.de](http://www.wirtschaftsrecht.w-hs.de)



Dieser Text steht unter der Lizenz ‚Namensnennung- Keine kommerzielle Nutzung - Keine Bearbeitung 3.0 Deutschland‘ (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/de/>)

Vertrieb: Logos Verlag Berlin GmbH  
Comeniushof, Gubener Straße 47  
10243 Berlin  
<http://www.logos-verlag.de>

λογος