

# Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers

Ek / Kock

2. Auflage 2020  
ISBN 978-3-406-74276-7  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Miet- oder Steuerschulden zur Aufrechterhaltung des Betriebs mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar.<sup>269</sup> In ausdrücklicher Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof die Zahlung der Arbeitnehmeranteile (nicht aber der Arbeitgeberanteile) zur Sozialversicherung und von bestimmten Steuern angesichts der drohenden persönlichen strafrechtlichen Verfolgung des Geschäftsführers als mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar angesehen.<sup>270</sup>

### cc) Zahlungen auf debitorische und von kreditorischen Konten

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes muss der Geschäftsführer einer insolvenzreifen GmbH aufgrund seiner Masseerhaltungspflicht dafür sorgen, dass Zahlungen von Schuldnern nicht auf ein debitorisch geführtes Bankkonto geleistet werden, bei denen auf Basis der Kontokorrentabspache mit der kontoführenden Bank eine masseschmälernde Verrechnung erfolgt; er muss ein neues Bankkonto bei einer anderen Bank eröffnen und aktuellen Schuldnern unverzüglich die geänderte Bankverbindung bekannt geben.<sup>271</sup> Schon die bloße Untätigkeit kann somit einen Verstoß gegen das Zahlungsverbot begründen. Von diesem Grundsatz abweichend stellt allerdings der Einzug sicherungshalber abgetretener Forderungen auf einem debitorischen Konto und die anschließende Verrechnung mit dem Sollsaldo keine vom Geschäftsführer einer GmbH veranlasste masseschmälernde Zahlung dar, wenn vor Insolvenzzreife die Sicherungsabtretung zu Gunsten der Bank vereinbart und die Forderung der Gesellschaft entstanden und werthaltig geworden ist; der Geschäftsführer muss in solchen Fällen die sicherungsabgetretene Forderung nicht auf ein neu eröffnetes, kreditorisch geführtes Konto bei einer anderen Bank einziehen, da eine solche Umleitung der Zahlungen nicht einem ordentlichen Geschäftsgebaren entspräche und die eingezogene Forderung infolge der Sicherungsabtretung nicht mehr als freie Masse den Gläubigern zur gleichmäßigen Befriedigung zur Verfügung stand.<sup>272</sup>

Umgekehrt hat der Bundesgerichtshof festgestellt, dass in der Zahlung einer insolvenzreifen Gesellschaft von einem debitorischen Konto an einen Gläubiger nur ein Gläubigerwechsel liegt, nicht aber eine haftungsbegründende Benachteiligung der Gläubigersamtheit, weil statt des befriedigten Gläubigers nunmehr die Bank mit ihrem entsprechend erhöhten Darlehensrückzahlungsanspruch am Insolvenzverfahren teilnimmt.<sup>273</sup> Eine Zahlung von einem debitorischen Konto ist jedoch dann unzulässig, wenn die Bank noch freie Sicherheiten hat, aus denen sie nun in entsprechend größerem Umfang abgesonderte Befriedigung verlangen kann.<sup>274</sup>

Diese Rechtsprechung zu den Handlungspflichten von Geschäftsführern wird bei debitorisch geführten Konten mit „Geben ist seliger denn Nehmen“ umschrieben, hingegen bei kreditorischen Konten mit „Nehmen ist seliger denn Geben“. <sup>275</sup> Unabhängig hiervon können Zahlungen von debitorischen Konten eine Gläubigerbenachteiligung nach §§ 129 ff. InsO mit der Folge der Rückgewährungspflicht an die Masse nach § 143 InsO darstellen, wenn die Zahlungen aufgrund einer lediglich geduldeten Kontoüber-

<sup>269</sup> OLG Hamburg NZG 2010, 1225; Haas in Baumbach/Hueck GmbHG § 64 Rn. 91; H.-F. Müller in MüKoGmbHG § 64 Rn. 145; Hülsmann GmbHR 2019, 1168.

<sup>270</sup> BGH BeckRS 2018, 16253; NJW 2007, 2118; zur fehlenden Privilegierung bei der Zahlung von Arbeitgeberanteilen zur Sozialversicherung vgl. BGH NZG 2009, 568. Zu Details vgl. Schmittmann Haftung von Organen in Krise und Insolvenz Rn. 346 ff.; Hülsmann GmbHR 2019, 1168 (1169).

<sup>271</sup> BGH WM 2016, 974 (977); GmbHR 2007, 596; Kruth/Jakobs DStR 2019, 999 (1002); Graewel/Pellens BB 2019, 1478 (1482).

<sup>272</sup> BGH WM 2016, 974 (977 f.); 2015, 1467 (1468 f.); Kruth/Jakobs DStR 2019, 999 (1002).

<sup>273</sup> BGH DStR 2010, 661; GmbHR 2007, 596 (598); Kruth/Jakobs DStR 2019, 999 (1002).

<sup>274</sup> BGH DStR 2010, 661; GmbHR 2007, 596 (598); Kruth/Jakobs DStR 2019, 999 (1002).

<sup>275</sup> K. Schmidt ZIP 2008, 1401.

ziehung erfolgen, weil dem Schuldner durch Überziehung zunächst per Darlehen frische Geldmittel überlassen und sodann zur Deckung von Verbindlichkeiten verwendet werden.<sup>276</sup>

#### dd) Berücksichtigung von verwertbaren Gegenleistungen

- 133 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entfällt der Anspruch gegen den Geschäftsführer gemäß § 64 S. 1 GmbHG, soweit mit oder ohne sein Zutun die durch Zahlung verursachte Masseschmälerung wirtschaftlich ausgeglichen wird.<sup>277</sup> Erforderlich ist ein unmittelbarer, nicht notwendig zeitlicher Zusammenhang zwischen der Erstattungspflichtigen Masseschmälerung und der Gegenleistung, welche für die Gläubiger verwertbar und nach Liquidationswerten zu bemessen ist.<sup>278</sup> Bloß vage Hoffnungen, dass die mit der Zahlung verbundenen Nachteile durch anderweitige Vorteile aufgewogen werden, reichen allerdings nicht aus.<sup>279</sup> Eine nochmalige Erstattung durch den Geschäftsführer würde die Masse in diesem Fall über ihre bloße Erhaltung hinaus anreichern und über den mit dem Zahlungsverbot des § 64 S. 1 GmbHG verbundenen Zweck hinausgehen.<sup>280</sup> Aus diesem Grund besteht auch kein Erstattungsanspruch gegen das Organ mehr, soweit es dem Insolvenzverwalter gelingt, durch die Insolvenzanfechtung eine Rückerstattung der Zahlung zu erreichen und so die Masseschmälerung wettzumachen.<sup>281</sup>

### b) Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung

#### aa) Zahlungsunfähigkeit

- 134 Zahlungsunfähigkeit liegt gemäß § 17 InsO vor, wenn die Gesellschaft nicht mehr in der Lage ist, ihre fälligen und durchsetzbaren Zahlungspflichten zu erfüllen,<sup>282</sup> die Illiquidität also bereits tatsächlich eingetreten ist. Eine nur drohende Zahlungsunfähigkeit ist für das Zahlungsverbot des § 64 S. 1 GmbHG nicht relevant.<sup>283</sup> Zahlungsunfähigkeit droht, wenn die Gesellschaft aufgrund einer Prognose künftige Zahlungsverpflichtungen nicht mehr erfüllen können (§ 18 Abs. 2 InsO).
- 135 Nicht zur Zahlungsunfähigkeit führen nur vorübergehende Zahlungsstockungen und ganz geringfügige Liquiditätslücken.<sup>284</sup> Nach Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt lediglich eine Zahlungsstockung und damit keine Zahlungsunfähigkeit im Sinne von § 17 InsO vor, wenn sich die Zahlungsunfähigkeit voraussichtlich innerhalb kurzer Zeit beheben lässt. Die Zahlungsstockung darf daher den Zeitraum nicht überschreiten, den eine kreditwürdige Person benötigt, um ein entsprechendes Darlehen aufzuneh-

<sup>276</sup> BGH NZI 2016, 398 (399); 2009, 764 (765).

<sup>277</sup> BGH NZG 2017, 1034 (1035); 2015, 149; vgl. auch OLG München GmbHR 2019, 236 (239); 2014, 139.

<sup>278</sup> BGH NZG 2017, 1034 (1035 f.); 2015, 149; *Wicke* GmbHG § 64 Rn. 23; *Altmeyen* in Roth/Altmeyen GmbHG § 64 Rn. 16.

<sup>279</sup> OLG München GmbHR 2014, 139; *Haas* in Baumbach/Hueck GmbHG § 64 Rn. 90.

<sup>280</sup> BGH NZG 2017, 1034 (1035); *Altmeyen* in Roth/Altmeyen GmbHG § 64 Rn. 21.

<sup>281</sup> BGH NZG 2015, 149; 2014, 1069 (1070); *Wicke* GmbHG § 64 Rn. 23; *Altmeyen* in Roth/Altmeyen GmbHG § 64 Rn. 21.

<sup>282</sup> Zu Details vgl. BGH ZIP 2018, 283; DB 2017, 1959; *Wicke* GmbHG § 64 Rn. 3; *Brahmstaedt* DB 2018, 875; *Lind* DB 2018, 1003.

<sup>283</sup> LG München I BB 2015, 1938 (1939); *Altmeyen* in Roth/Altmeyen GmbHG Vorb. § 64 Rn. 67. Zur Entscheidungszuständigkeit der Gesellschafterversammlung für einen Insolvenzantrag bei drohender Zahlungsunfähigkeit vgl. OLG München ZIP 2013, 1124; *Haas* in Baumbach/Hueck GmbHG § 60 Rn. 29; *Wicke* GmbHG § 64 Rn. 4.

<sup>284</sup> BGH NJW 2005, 3062; *Wicke* GmbHG § 64 Rn. 3; *Müller* in Jaeger InsO § 17 Rn. 5, 23 ff.; *Schmerbach* in Frankfurter Komm InsO § 17 Rn. 5, 14.

men.<sup>285</sup> Des Weiteren führt eine nicht innerhalb von drei Wochen zu beseitigende, aber nur geringfügige Liquiditätslücke nicht zur Zahlungsunfähigkeit, wenn diese weniger als 10 % der fälligen Gesamtverbindlichkeiten ausmacht, und nicht bereits absehbar ist, dass die Lücke demnächst mehr als 10 % betragen wird.<sup>286</sup>

Die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft tritt insbesondere dann zu Tage und wird gemäß § 17 Abs. 2 S. 2 InsO vermutet, wenn die Gesellschaft ihre Zahlungen von wesentlichen Teilen ihrer fälligen Verbindlichkeiten für länger als drei Wochen eingestellt hat, also beispielsweise Löhne und Gehälter, Sozialversicherungsbeiträge oder Steuern nicht mehr oder nur in geringem Umfang zahlt.<sup>287</sup> 136

#### bb) Überschuldung

Nach § 19 Abs. 2 InsO ist eine Gesellschaft (rechtlich) überschuldet, wenn ihr Vermögen die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, dass die Fortführung des Unternehmens nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist. Es gilt ein modifiziert zweigliedriger Überschuldungsbegriff.<sup>288</sup> 137

In einem ersten Schritt ist eine bilanzielle Betrachtung der Vermögenslage des Unternehmens vorzunehmen (Überschuldungsbilanz). In der Überschuldungsbilanz sind die Vermögensgegenstände der Gesellschaft mit ihren Liquidationswerten (bzw. Restrukturierungswerten in besonderen Konstellationen) anzusetzen.<sup>289</sup> Der Liquidationswert eines Vermögensgegenstands ist sein marktgerechter Einzelveräußerungswert, wie er bei einer Zerschlagung des Unternehmens realisiert würde.<sup>290</sup> Ergibt sich bereits rechnerisch bzw. bilanziell keine Überschuldung der Gesellschaft, besteht keine Insolvenzantragspflicht.<sup>291</sup> 138

Liegt eine rechnerische/bilanzielle Überschuldung vor, kommt es in einem zweiten Schritt auf eine positive Fortführungsprognose für die Gesellschaft an. Hierfür sind der Wille des Unternehmers zur Fortführung des Unternehmens und die objektiven Erfolgsaussichten Grundvoraussetzungen.<sup>292</sup> Fällige Verbindlichkeiten müssen wenigstens auf mittelfristige Sicht von dem Unternehmen beglichen werden können, was durch ein aussagekräftiges Unternehmenskonzept mit Finanzplanung oder ein umfassendes Sanierungsgutachten zur Fortführungsprognose und zum Unternehmenswert nachgewiesen werden muss.<sup>293</sup> Ist die Fortführungsprognose positiv, besteht keine Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages.<sup>294</sup> Der Geschäftsführer, der sich auf eine positive Fortführungsprognose beruft, ist hierfür darlegungs- und beweispflichtig,<sup>295</sup> so dass die Prognose sorgfältig zu dokumentieren ist. Dies erfolgt in der Praxis regelmäßig durch die Erstellung eines Sanierungsgutachtens nach einem speziellen Standard, den das Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V. (IDW) zu den Anforderungen an Sanierungskonzepten entwickelt hat (IDW S 6 Gutachten). 139

<sup>285</sup> BGH ZIP 2018, 283; NJW 2005, 3062; *Wicke GmbHG* § 64 Rn. 3; *Mylich ZIP* 2018, 514.

<sup>286</sup> BGH ZIP 2018, 283; NJW 2005, 3062; *Wicke GmbHG* § 64 Rn. 3; *Mylich ZIP* 2018, 514.

<sup>287</sup> BGH ZIP 2002, 853 (855); WM 1985, 396; *H.-F. Müller* in *MüKoGmbHG* § 64 Rn. 18.

<sup>288</sup> Zu Details vgl. *Wicke GmbHG* § 64 Rn. 5 f.

<sup>289</sup> BGH NJW 1995, 1739; *Wicke GmbHG* § 64 Rn. 5 f.

<sup>290</sup> *Müller* in *Jaeger InsO* § 19 Rn. 46; *Mock* in *Uhlenbruck InsO* § 19 Rn. 131.

<sup>291</sup> *Wicke GmbHG* § 64 Rn. 5; *Mock* in *Uhlenbruck InsO* § 19 Rn. 43; *Schmidt* in *Schmidt InsO* § 19 Rn. 20.

<sup>292</sup> Zu Details vgl. *Mock* in *Uhlenbruck InsO* § 19 Rn. 218 ff.

<sup>293</sup> BGH NZI 2007, 477 (478); zu Details vgl. *Mock* in *Uhlenbruck InsO* § 19 Rn. 47.

<sup>294</sup> BGH NZI 2007, 477 (478); *Mock* in *Uhlenbruck InsO* § 19 Rn. 42 ff.; *Schmidt* in *Schmidt InsO* § 19 Rn. 46 ff.

<sup>295</sup> BGH NZG 2010, 1393; *Hüffer/Koch AktG* § 92 Rn. 21; *Schmidt* in *Schmidt InsO* § 19 Rn. 55.

### c) Zeitpunkt für den Eintritt des Zahlungsverbots

- 140 Das Zahlungsverbot tritt mit der objektiven Verwirklichung der Insolvenzreife der Gesellschaft ein.<sup>296</sup> Damit führen auch masseschmälernde und nicht privilegierte Zahlungen innerhalb der Dreiwochenfrist, die der Geschäftsführer für Sanierungsbemühungen ausschöpfen darf, zu seiner Schadensersatzpflicht.<sup>297</sup>

### d) Verschulden

- 141 Streitig war früher, ob es für ein schuldhaftes Handeln auf die Kenntnis des Geschäftsführers von der Insolvenzreife ankommt. Die heute ganz herrschende Meinung hält die bloße Erkennbarkeit für ausreichend.<sup>298</sup> Die Geschäftsführung trifft im Vorfeld einer Insolvenz ohnehin eine laufende wirtschaftliche Überwachungspflicht,<sup>299</sup> so dass eine Erkennbarkeit in der Praxis oftmals zu einem frühen Zeitpunkt zu bejahen sein wird. Ein Geschäftsführer handelt fahrlässig, wenn er sich nicht rechtzeitig die erforderlichen Informationen und Kenntnisse verschafft.<sup>300</sup> Ein Verschulden kann demgemäß bei Inanspruchnahme qualifizierter externer Beratung entfallen.<sup>301</sup> Die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers gebietet aber, die Ergebnisse externer Berater einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen.<sup>302</sup> Die Beweislast für ein fehlendes Verschulden trägt der Geschäftsführer.<sup>303</sup>

### e) Verjährung

- 142 Ansprüche verjähren gemäß §§ 64 S. 4, 43 Abs. 4 GmbHG nach fünf Jahren. Maßgeblich für den Beginn der Verjährung ist nicht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, sondern die Vornahme der verbotenen Zahlung.<sup>304</sup>

## 2. Zahlungen an Gesellschafter (§ 64 S. 3 GmbHG)

- 143 Den Geschäftsführer trifft gemäß § 64 S. 3 GmbHG eine Ersatzpflicht, wenn er Zahlungen an die Gesellschafter leistet, soweit diese erkennbar zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten. Die Haftung des Geschäftsführers nach § 64 S. 3 GmbHG und das damit verbundene „Zahlungsverbot“ sollen der Gefahr vorbeugen, dass bei sich abzeichnender Zahlungsunfähigkeit von den Gesellschaftern Mittel entnommen werden.<sup>305</sup> § 64 S. 3 GmbHG erweitert somit die Geschäftsführerhaftung gegen-

<sup>296</sup> BGH NZG 2009, 550; 2012, 940; *Sandhaus* in Gehrlein/Born/Simon GmbHG § 64 Rn. 31.

<sup>297</sup> *Haas* in Baumbach/Hueck GmbHG § 64 Rn. 60; *H.-F. Müller* in MüKoGmbHG § 64 Rn. 15; *Drescher* GmbH-Geschäftsführer Rn. 523; *Sandhaus* in Gehrlein/Born/Simon GmbHG § 64 Rn. 31.

<sup>298</sup> BGH NJW 2012, 3510; BGHZ 143, 184 (185 f.); BGH NJW 2001, 304; OLG Oldenburg GmbHR 2004, 1014; OLG Celle GmbHR 2004, 568 f.; *Wicke* GmbHG § 64 Rn. 22; *H.-F. Müller* in MüKoGmbHG § 64 Rn. 158; *Diekmann* in MHdB GmbH § 46 Rn. 56.

<sup>299</sup> BGH GmbHR 2019, 227; NZG 2012, 940; 2012, 672; OLG Düsseldorf AG 2015, 434 (437); *Diekmann* in MHdB GmbH § 46 Rn. 56; *Hülsmann* GmbHR 2019, 1168 (1169).

<sup>300</sup> BGH NZG 2012, 672; OLG München GmbHR 2019, 236 (239); *Wicke* GmbHG § 64 Rn. 22.

<sup>301</sup> BGH NJW 2007, 2118; *Wicke* GmbHG § 64 Rn. 22; *H.-F. Müller* in MüKoGmbHG § 64 Rn. 160.

<sup>302</sup> BGH NZG 2016, 658 (661); OLG München GmbHR 2019, 236 (239); *H.-F. Müller* in MüKoGmbHG § 64 Rn. 160.

<sup>303</sup> BGH NZG 2010, 1393; *Wicke* GmbHG § 64 Rn. 22.

<sup>304</sup> BGH NZI 2011, 73 (74); OLG München GmbHR 2017, 1090 (1091).

<sup>305</sup> BGH NZG 2012, 1379 (1381).

über § 64 S. 1 GmbHG, in dem er das Zahlungsverbot vor den Eintritt der materiellen Insolvenzreife legt.<sup>306</sup>

#### a) Verbotene Zahlungen

Der Begriff „Zahlungen“ umfasst nicht nur Geldleistungen, sondern im weitesten Sinne jede Leistung, durch die der Gesellschaft Liquidität entzogen wird, also auch Aufrechnungen, Verrechnungsverträge und Leistungen an Erfüllung statt.<sup>307</sup> Darin enthalten sind auch Dienstleistungen an Gesellschafter, die Übertragung von Vermögensgegenständen oder die Bestellung einer Sicherheit für einen Gesellschafter.<sup>308</sup> Im Unterschied zu § 64 S. 1 GmbHG ist stets eine Zahlung an den Gesellschafter vorausgesetzt.<sup>309</sup> Ein Anspruch aus § 64 S. 3 GmbHG ist auf den Betrag der getätigten Zahlung begrenzt, unabhängig davon, ob der aus der Insolvenzverursachung entstandene Schaden höher ist.<sup>310</sup> Wie bei Auszahlungen nach § 64 S. 1 GmbHG sind Zahlungen an die Gesellschafter nach § 64 S. 3 GmbHG dann nicht verboten, wenn sie mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind.<sup>311</sup> 144

#### b) Gläubiger und Schuldner

Gläubiger ist wie bei einer verbotenen Zahlung nach § 64 S. 1 GmbHG die Gesellschaft, vertreten in der Insolvenz durch den Insolvenzverwalter. 145

Schuldner ist der Geschäftsführer zum Zeitpunkt der Zahlung, auch der faktische Geschäftsführer.<sup>312</sup> Ein Geschäftsführer haftet bei Zahlungen an Gesellschafter auch dann, wenn die Zahlung von ihm veranlasst wurde bzw. mit seinem Wissen und Wollen geschehen ist, oder er die erfolgte Zahlung eines Mitarbeiters hätte verhindern können.<sup>313</sup> 146

#### c) Verschulden

Ein Verschulden des Geschäftsführers wird nach § 64 S. 3 GmbHG vermutet, er kann sich jedoch entlasten.<sup>314</sup> War eine Zahlungsunfähigkeit trotz gründlicher und gewissenhafter Überprüfung nicht erkennbar, scheidet eine Haftung für die unerwartet eingetretene Zahlungsunfähigkeit aus.<sup>315</sup> Die Weisung eines Gesellschafters, der die Zahlung verlangt, befreit den Geschäftsführer nicht von seiner Haftung nach § 64 S. 3 GmbHG. Er ist an eine solche Weisung nicht gebunden, weil ihm ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht.<sup>316</sup> 147

<sup>306</sup> M. Schmidt-Leithoff/Schneider in Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG § 64 Rn. 56.

<sup>307</sup> M. Schmidt-Leithoff/Schneider in Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG § 64 Rn. 63; Haas in Baumbach/Hueck GmbHG § 64 Rn. 125; Wicke GmbHG § 64 Rn. 27.

<sup>308</sup> Drescher GmbH-Geschäftsführer Rn. 852; Wicke GmbHG § 64 Rn. 27.

<sup>309</sup> Wicke GmbHG § 64 Rn. 27; K. Schmidt in Scholz GmbHG § 64 Rn. 91.

<sup>310</sup> Sandhaus in Gehrlein/Born/Simon GmbHG § 64 Rn. 75; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff GmbHG § 64 Rn. 68; Drescher GmbH-Geschäftsführer Rn. 882.

<sup>311</sup> Haas in Baumbach/Hueck GmbHG § 64 Rn. 137; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff GmbHG § 64 Rn. 67; K. Schmidt in MüKoGmbHG § 64 Rn. 103.

<sup>312</sup> Drescher GmbH-Geschäftsführer Rn. 841; Wicke GmbHG § 64 Rn. 19, 26.

<sup>313</sup> Haas in Baumbach/Hueck GmbHG § 64 Rn. 123; Drescher GmbH-Geschäftsführer Rn. 842.

<sup>314</sup> Drescher GmbH-Geschäftsführer Rn. 879; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff GmbHG § 64 Rn. 66 ff.

<sup>315</sup> Haas in Baumbach/Hueck GmbHG § 64 Rn. 104 ff., 137.

<sup>316</sup> BGH NZG 2012, 1379 (1381); Drescher GmbH-Geschäftsführer Rn. 881; Wicke GmbHG § 64 Rn. 26.

**d) Kausalität**

- 148 Der Geschäftsführer haftet für Zahlungen, die schon bei Ausführung erkennbar einen wesentlichen Beitrag zur Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit leisten.<sup>317</sup> Die Zahlungsunfähigkeit muss nicht unmittelbar nach der Zahlung eintreten, aber es muss sich zum Zeitpunkt der Zahlung klar abzeichnen, dass die Gesellschaft bei normalem Geschäftsverlauf ihre Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen werden können.<sup>318</sup> Ein Geschäftsführer haftet nicht, wenn ein plötzliches Ereignis wie beispielsweise die Insolvenz eines Geschäftspartners die Zahlungsunfähigkeit verursacht hat.<sup>319</sup>
- 149 Die Beweislast für die Kausalität der Zahlung und die dadurch eintretende Zahlungsunfähigkeit liegt bei der Gesellschaft, wird jedoch im Falle undurchsichtiger Buchführung dem Geschäftsführer auferlegt.<sup>320</sup>

**V. Besondere Haftungsrisiken beim Cash-Pooling****1. Einleitung**

- 150 Unter Cash-Pooling versteht man ein idR konzernweites Finanzmanagementsystem, bei dem die liquiden Mittel aller beteiligten Unternehmen zusammengeführt und auf einem gemeinsamen Zielkonto (sog. Zentralkonto) bei der Konzernmutter (oder einer eigens für diesen Zweck bestehenden Cash-Pool-Trägergesellschaft) verwaltet werden.<sup>321</sup> Beim physischen Cash-Pooling werden täglich die Salden der laufenden Bankkonten der Konzerntöchter (sog. Quellkonten) auf dem Zentralkonto aggregiert. Quellkonten mit einem Soll-Saldo erhalten einen Übertrag vom Zentralkonto, Quellkonten mit einem Haben-Saldo übertragen diesen Saldo auf das Zentralkonto (auch „Zero-Balancing-Verfahren“ genannt).<sup>322</sup>
- 151 Vorteile eines solchen Cash-Management-Systems sind die Ausnutzung der im Konzernverbund vorhandenen liquiden Mittel und die Reduktion des Zinsaufwands bei Konzerngesellschaften bzw. die Erzielung von Guthabenzinsen auf dem Zentralkonto. Ferner erhält die Konzernmutter durch die Bündelung der Liquidität bessere Kreditbedingungen als die einzelnen Konzernunternehmen.
- 152 Rechtlich gewähren die Konzerntöchter durch Übertragung ihrer liquiden Mittel ein Darlehen an die Muttergesellschaft. Erhalten diese Konzerntöchter später Mittel vom Zielkonto, so zahlt die Muttergesellschaft hierdurch die Darlehen zurück. Übersteigen

<sup>317</sup> *Greulich/Rau* NZG 2008, 284 (288); *H.-F. Müller* in *MüKoGmbHG* § 64 Rn. 192 f.; *Haas* in *Baumbach/Hueck GmbHG* § 64 Rn. 134; *Schmidt* in *Scholz GmbHG* § 64 Rn. 98 f.; *Drescher GmbH-Geschäftsführer* Rn. 864 ff.

<sup>318</sup> Begründung *MoMiG-RegE* BT-Drs. 16/6140, 46 f.; *Haas* in *Baumbach/Hueck GmbHG* § 64 Rn. 132; *H.-F. Müller* in *MüKoGmbHG* § 64 Rn. 192 f.

<sup>319</sup> *Drescher GmbH-Geschäftsführer* Rn. 876.

<sup>320</sup> *Altmeyen* in *Roth/Altmeyen GmbHG* § 64 Rn. 34; *Drescher GmbH-Geschäftsführer* Rn. 883.

<sup>321</sup> *Pentz* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG* § 19 Rn. 160; *Altmeyen* in *Roth/Altmeyen GmbHG* § 30 Rn. 79; *Böffel* ZIP 2018, 1011; *Klein* ZIP 2017, 258; *Stroh* DB 2014, 1535; *Theusinger* NZG 2009, 1017; neben dem hier beschriebenen physischen Cash-Pooling kommt auch die Einrichtung eines sogenannten virtuellen Cash-Poolings (sogenanntes Notional Cash-Pooling) in Betracht, bei dem die Konten der Konzerngesellschaften allein rechnerisch von der kontoführenden Bank wie ein Konto behandelt werden, um auf den Gesamtsaldo die Haben- oder Soll-Zinsen zu bilden.

<sup>322</sup> *FG München* DStRE 2016, 1111 (1112); *Theusinger* NZG 2009, 1017; *Böffel* ZIP 2018, 1011.

umgekehrt die von der Tochtergesellschaft in Anspruch genommenen die von ihr eingebrachten Mittel, so gewährt die Muttergesellschaft ihrer Tochter ein Darlehen.<sup>323</sup>

Physische Cash-Pools sind im Hinblick auf Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung der Gesellschaft problematisch. Die in ein Cash-Pool-System einbezogenen Gesellschaften unterliegen – ohne „Sonderrecht“ für diese Finanzierungsart – bei Gründung und Kapitalerhöhung den Kapitalaufbringungsvorschriften des GmbHG und den dazu von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen.<sup>324</sup> Zivilrechtliche Haftungsrisiken bestehen für Geschäftsführer der beteiligten Gesellschaften im Zusammenhang mit Kapitaleinlagen oder aufgrund Einlagenrückgewähr nach §§ 30 Abs. 1, 43 Abs. 3 GmbHG sowie nach § 823 Abs. 2 BGB iVm § 82 GmbHG.

Beim virtuellen Cash-Pool entstehen keine gesellschaftsrechtlichen Probleme, da eine Zusammenfassung der liquiden Mittel der Konzerngesellschaften nur rechnerisch erfolgt.<sup>325</sup>

## 2. Kapitalaufbringung

Wenn eine am physischen Cash-Pool beteiligte Gesellschaft ihr Kapital erhöht und die Konzernmutter die neuen Anteile übernimmt, ist die Kapitalaufbringung zweifelhaft, weil die von der Konzernmutter auf ein Quellkonto überwiesene Bareinlage am Ende des gleichen Tages an das Zentralkonto und damit an die Muttergesellschaft zurückfließt. Es stellt sich somit die Frage, ob hierdurch der Einlagenanspruch der Gesellschaft erfüllt ist und der Geschäftsführer der Tochtergesellschaft über die Einlage endgültig frei verfügen kann.<sup>326</sup> Dies ist für den Geschäftsführer von besonderer Bedeutung, da er gegenüber dem Registergericht gemäß § 57 Abs. 2 GmbHG versichern muss, dass sich die Einlage endgültig in seiner freien Verfügung befindet, also wirksam geleistet wurde. Ist diese Erklärung unrichtig, haftet der Geschäftsführer persönlich (§ 57 Abs. 4 iVm § 9a Abs. 1 GmbHG). Ferner drohen bei Gründung oder Kapitalerhöhung der am physischen Cash-Pool beteiligten Gesellschaft strafrechtliche Risiken nach § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG, wenn der Geschäftsführer unzutreffend erklärt, dass der auf die Bar- oder Sacheinlagepflicht hin geleistete Gegenstand sich endgültig in der freien Verfügung der Gesellschaft befindet.<sup>327</sup> Aus der Sicht der Geschäftsführung ist es deshalb unerlässlich, die rechtlichen Probleme richtig zu adressieren. Ausgangspunkt der rechtlichen Prüfung, ob die Einlage ordnungsgemäß erbracht worden ist, ist die rein faktische Feststellung, ob zum Zeitpunkt der Zahlung das Quellkonto im Cash-Pool aus der Sicht der Gesellschaft einen negativen Saldo aufweist oder aber neutral bzw. positiv ist.

### a) Negativer Saldo: Verdeckte Sacheinlage (§ 19 Abs. 4 GmbHG)

Die Leistung der Konzernmutter stellt nach der Rechtsprechung eine verdeckte Sacheinlage dar, wenn der Saldo auf dem Zielkonto zu Lasten der Gesellschaft negativ ausfällt, da die Konzernmutter anstelle einer echten Bareinlage im Ergebnis lediglich auf die entsprechende Rückzahlung des negativen Saldos verzichtet.<sup>328</sup> Die Konzernmutter er-

<sup>323</sup> Theusinger NZG 2009, 1017; Klinck/Gärtner NZI 2008, 457 (458).

<sup>324</sup> BGH NJW 2006, 1736.

<sup>325</sup> Böffel ZIP 2018, 1011 (1012); Heidinger in MHLS GmbHG § 30 Rn. 85.

<sup>326</sup> Wellhöfer in Wellhöfer/Peltzer/Müller Haftung § 4 Rn. 313; Bormann/Urlichs DStR 2009, 641 (642); Theusinger NZG 2009, 1017 (1018).

<sup>327</sup> Altenhain in MüKoGmbHG § 82 Rn. 62; Hohmann in MüKoStGB GmbHG § 82 Rn. 30.

<sup>328</sup> BGH NZG 2009, 944 (945); Pentz in Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG § 19 Rn. 162; Schwandtner in MüKoGmbHG § 19 Rn. 210; Klein ZIP 2017, 258 (262); Theusinger NZG 2009, 1017; Altmeppen ZIP 2009, 1545 (1546).

füllt durch diesen Forderungsverzicht nicht ihre Verpflichtung zur Bareinlage. Die Bareinlage muss aber idR nicht nochmals vollumfänglich erbracht werden, sondern der Wert der Befreiung von der Darlehensverbindlichkeit wird auf die fortbestehende Einlageverpflichtung „automatisch“ und unabhängig vom Willen der Beteiligten angerechnet (§ 19 Abs. 4 iVm § 56 Abs. 2 GmbHG).<sup>329</sup> Die Beweislast für die Werthaltigkeit und die Höhe des Anrechnungsbetrages trägt nach § 19 Abs. 4 S. 5 GmbHG die Muttergesellschaft.

### b) Positiver Saldo: Hin- und Herzahlen (§ 19 Abs. 5 GmbHG)

- 157 Ein Fall des Hin- und Herzahlens liegt dagegen vor, wenn das Zielkonto für die Tochtergesellschaft einen positiven Saldo ausweist, weil die Tochtergesellschaft ihrer Konzernmutter ein (weiteres) Darlehen gewährt, wenn die Einlage auf das Zielkonto des Cash-Pools zurückfließt. Eine Leistung zur freien Verfügung der Geschäftsführung liegt nicht vor, da die Einlageforderung der Gesellschaft lediglich durch eine schwächere Rückzahlungsforderung ersetzt wird.<sup>330</sup> Im Gegensatz zur verdeckten Sacheinlage hat die Konzernmutter gemäß §§ 19 Abs. 5, 56a GmbHG dennoch ihre Einlagepflicht erfüllt, wenn das Hin- und Herzahlen offengelegt wird und der Gesellschaft ein vollwertiger Rückgewähranspruch zusteht, der jederzeit fällig ist oder durch fristlose Kündigung durch die Gesellschaft fällig werden kann.<sup>331</sup> Die Beweislast hierfür trägt wiederum die Muttergesellschaft.<sup>332</sup>

### c) Gestaltungsempfehlungen

- 158 Die Rückzahlung auf das Zentralkonto hat somit alternativ oder gar kumulativ (verdeckte gemischte Sacheinlage) divergierende Rechtsfolgen abhängig vom Saldo des Quellkontos. Diese Problematiken lassen sich vermeiden, indem die Einlage der Konzernmutter auf ein separates Konto der Tochtergesellschaft überwiesen wird, das unabhängig von dem Cash-Pool bei einem anderen Kreditinstitut geführt wird.<sup>333</sup> Die Mittel stehen hierdurch der Tochtergesellschaft für alle operativen Zwecke zur Verfügung, ohne jedoch in den „gefährlichen“ Rückfluss des Cash-Poolings zu fallen.<sup>334</sup>
- 159 Die Gesellschaft und ihre Muttergesellschaft sollten im Falle der Verwendung eines Sonderkontos ausdrücklich vereinbaren, dass die Mittel nicht in den Cash-Pool einbezogen werden, sondern nur zur Tilgung anderweitiger Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber Dritten verwendet werden dürfen.<sup>335</sup>
- 160 Probleme werden ggf. auch dann vermieden, wenn die Bareinlage nicht von der Gesellschaft erbracht wird, die das Zentralkonto führt.<sup>336</sup>

<sup>329</sup> BGH NZG 2009, 944 (945); *Wicke* GmbHG § 19 Rn. 25 f.; *Pentz* in Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG § 19 Rn. 60.

<sup>330</sup> BGH NZG 2009, 944 (945); *Böffel* ZIP 2018, 1011 (1013); *Klein* ZIP 2017, 258 (262); *Theusinger* NZG 2009, 1017; *Altmeppen* ZIP 2009, 1545 (1546).

<sup>331</sup> BGH NZG 2009, 944 (945); *Pentz* in Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG § 19 Rn. 161; *Böffel* ZIP 2018, 1011 (1013); *Theusinger* NZG 2009, 1017 (1018); *Altmeppen* ZIP 2009, 1545 (1548).

<sup>332</sup> BGH NZG 2009, 944 (946); 2007, 790; *Pentz* in Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG § 19 Rn. 252.

<sup>333</sup> *Klein* ZIP 2017, 258 (263 f.); *Strohn* DB 2014, 1535 (1538); *Theusinger* NZG 2009, 1017 (1018); aA *Bormann/Urlichs* DSr 2009, 641 (644).

<sup>334</sup> *Theusinger* NZG 2009, 1017 (1018); zu Bedenken vgl. *Solveen* in Hölters AktG § 27 Rn. 53 mwN.

<sup>335</sup> *Schwandtner* in MüKoGmbHG § 19 Rn. 217.

<sup>336</sup> *Altmeppen* ZIP 2009, 1545 (1547); *Theusinger* NZG 2009, 1017 (1018 f.).