

## B. Innenhaftung

### 2. Kapitel

### Innenhaftung der Vorstände und Geschäftsführer

	Rn.
I. Übersicht .....	103
II. Pflichtverletzung .....	106
1. Vorstand der AG .....	106
a) Sondertatbestände des § 93 Abs. 3 AktG .....	106
aa) Einlagenrückgewähr .....	107
bb) Zahlung von Zinsen oder Gewinnanteilen an Aktionäre .....	108
cc) Erwerb eigener Anteile .....	109
dd) Ausgabe von Aktien .....	110
ee) Verteilung von Gesellschaftsvermögen .....	111
ff) Zahlungsverbot bei Insolvenzreife .....	112
α) Inhalt des Zahlungsverbot .....	113
β) Ausnahmen vom Zahlungsverbot .....	116
γ) Insolvenzreife: Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung .....	117
αα) Zahlungsunfähigkeit .....	118
ββ) Überschuldung .....	119
γγ) Kenntnis vom Insolvenzgrund erforderlich? ..	122
δδ) Schaden .....	123
gg) Vergütung an Aufsichtsräte .....	124
hh) Kreditgewährung an Vorstände und Aufsichtsräte ..	125
ii) Ausgabe von Bezugsaktien bei bedingter Kapitalerhöhung .....	126
b) Weitere den Vorstand betreffende Einzelpflichten .....	127
aa) Einberufung der Hauptversammlung bei Verlust .....	127
bb) Insolvenzantragspflicht .....	130
cc) Vorbereitung und Ausführung von Hauptversammlungsbeschlüssen .....	132
dd) Pflichten bei Gründung .....	134
ee) Wettbewerbsverbot .....	136
α) Zeitlicher Geltungsbereich .....	137
β) Wettbewerbshandlungen .....	138
γ) Schadenersatzansprüche .....	139
ff) Berichtspflichten .....	140
gg) Ordnungsgemäße Buchführung .....	144
hh) Risikofrüherkennungssystem .....	146
ii) Verschwiegenheitspflicht .....	148
jj) Unterlassung schädigender Einflussnahme (§ 117 AktG) .....	151
kk) Entsprechenserklärung (§ 161 AktG) .....	152

II)	Besondere Pflichten im Konzern .....	154
α)	Übersicht .....	155
β)	Vertragskonzern .....	155
γ)	Konzernverhältnis ohne Beherrschungsvertrag .....	156
mm)	Satzungsregelungen .....	158a
2.	Geschäftsführer der GmbH .....	159
a)	Sondertatbestände des § 43 Abs. 3 GmbHG .....	159
aa)	Rückzahlung von Stammkapital .....	160
α)	Inhalt des Rückzahlungsverbots .....	161
β)	Gesellschafterdarlehen .....	162
γ)	Nachschüsse .....	163
δ)	Schaden .....	164
ε)	Rückzahlungsverbot bei der GmbH & Co. KG .....	165
bb)	Erwerb eigener Geschäftsanteile .....	166
b)	Weitere den Geschäftsführer treffende Einzelpflichten .....	167
aa)	Pflichten bei Verlust und Insolvenzreife .....	167
bb)	Pflichten bei Gründung .....	170
cc)	Ordnungsgemäße Buchführung .....	172
dd)	Befolgung von Gesellschafterweisungen .....	174
α)	Weisungsrecht und Folgepflicht .....	175
β)	Schadenersatzpflicht .....	177
γ)	Entlastungswirkung von Weisungen .....	178
ee)	Beachtung von Satzungsregelungen .....	178a
ff)	Wettbewerbsverbot, Verschwiegenheitspflicht .....	179
gg)	Besondere Pflichten im GmbH-Konzern .....	180
hh)	Keine Existenzvernichtung .....	181a
3.	Die Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung .....	182
a)	Ausgangspunkt .....	182
b)	Pflichten bei unternehmerischen Entscheidungen .....	184
aa)	Leitung des Unternehmens .....	184
bb)	Unternehmerischer Gestaltungsspielraum (Business Judgement Rule) .....	185
α)	Übersicht .....	186
β)	Grenzen des Gestaltungsspielraums .....	187
γ)	Einzelheiten der Business Judgement Rule (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG) .....	191
αα)	Unternehmerische Entscheidung .....	192
ββ)	Gesellschaftswohl .....	193
γγ)	Angemessene Information und Abwägung .....	197
cc)	Unternehmensorganisation .....	200
α)	Grundsatz .....	200a
β)	Compliance .....	201
dd)	Delegation und Ressortaufteilung .....	202
α)	Ausgangspunkt: Gesamtverantwortung .....	202
β)	Zulässigkeit der Delegation .....	203
γ)	Vertikale Delegation .....	204
δ)	Ressortaufteilung .....	205
ε)	Haftungsentlastende Wirkung der Delegation .....	209a
c)	Treuepflichten .....	210
aa)	Inhalt .....	210

bb)	Inbesondere: Die Geschäftschancenlehre . . . . .	212
α)	Bindung von Geschäftschancen . . . . .	213
β)	Befreiung von der Geschäftschancenbindung? . . . . .	215
cc)	Treuepflichten in Sondersituationen . . . . .	216
α)	Management Buy-Out . . . . .	217
β)	Übernahmeangebote . . . . .	218
III.	Verschulden . . . . .	219
1.	Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters . . . . .	219
2.	Fälle fehlenden Verschuldens . . . . .	221
IV.	Schaden . . . . .	222
1.	Kausalität . . . . .	222
2.	Einzelne Schadenspositionen . . . . .	223
V.	Darlegungs- und Beweislast . . . . .	226
1.	Umkehr der Beweislast bei Pflichtwidrigkeit und Verschulden . . . . .	226
2.	Folgerungen . . . . .	228
VI.	Verjährung . . . . .	231

## I. Übersicht

Bei der Innenhaftung geht es nach der vorliegend verwendeten und üblichen Einteilung der Haftungsfelder (vgl. Rn. 24 ff.) um die dem Unternehmen gegenüber bestehende, aus einer Pflichtverletzung resultierende Einstandspflicht des Vertretungsorgans einer Gesellschaft für von ihm verursachte Schäden. Der objektive Tatbestand des Haftungsanspruchs setzt eine Pflichtverletzung des Organs, einen Schaden bei der Gesellschaft sowie die kausale Verknüpfung beider voraus. Subjektiv muss dem Organ ein Verschulden vorzuwerfen sein. Der Gesellschaft als Anspruchstellerin obliegt die Darlegungs- und Beweislast für ein Verhalten des Unternehmensleiters, das zu einem bei ihr eingetretenen Schaden geführt hat, während sich der Unternehmensleiter vom Vorwurf der Pflichtwidrigkeit und des Verschuldens entlasten muss.<sup>1</sup> Dieses Grundscheema folgt für die AG aus § 93 Abs. 2 und 3 AktG, für die GmbH aus § 43 Abs. 2 und 3 GmbHG und für die Genossenschaft<sup>2</sup> aus § 34 Abs. 2 und 3 GenG (vgl. Abb. 4). Für die operativ tätigen Organe der inländischen SE (Vorstand, Verwaltungsrat, geschäftsführende Direktoren) gelten kraft gesetzlicher Verweisung (Art. 51 SE-VO, §§ 39, 40 Abs. 8 SEAG) die aktienrechtlichen Bestimmungen entsprechend.<sup>3</sup>

Im Folgenden werden die einzelnen Tatbestandsmerkmale des Innenhaftungsanspruchs gegenüber Vorständen der AG und GmbH-Geschäftsfüh-

1 BGHZ 152, 280 (zur GmbH).

2 Vgl. speziell zur Innenhaftung des Vorstands einer Genossenschaftsbank *Großfeld/Noelle*, AG 1986, 275 ff.

3 Vgl. *Thümmel*, Die Europäische Aktiengesellschaft (SE), Rn. 168 ff., 181 f., 224 f., 248; s. oben Rn. 28, 56 f.

ern näher dargestellt. Die Feststellung einer Pflichtverletzung setzt voraus, dass Klarheit über die Verhaltenspflichten besteht, denen Manager dem Unternehmen gegenüber unterliegen. Deshalb wird zunächst der maßgebliche Pflichtenkreis abgesteckt, so wie er sich aus den Regelungen des Aktiengesetzes, des GmbH-Gesetzes und des Handelsgesetzbuches ergibt. Den Ausgangspunkt hierfür bildet die allgemeine Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung, die sich aus der Leitungsaufgabe des Geschäftsführungorgans (§ 76 Abs. 1 AktG) und den Verhaltensanforderungen der §§ 93 Abs. 1 AktG, 43 Abs. 1 GmbHG ergibt.

- 104a** Dabei ist zwischen mehreren Pflichtenkategorien zu unterscheiden: Da sind zum einen die enumerativ aufgelisteten Sonderpflichten der §§ 93 Abs. 3 AktG, 43 Abs. 3 GmbHG, deren Verletzung zu einer verschärften Haftung des Organs führt. Daneben gibt es eine Vielzahl gesetzlich oder auch durch Satzung definierter Einzelpflichten, die im Falle ihrer Verletzung Haftungsansprüche nach den allgemeinen Regeln der §§ 93 Abs. 2 AktG, 43 Abs. 2 GmbHG auslösen. Schließlich können sich aus dem Verhaltensstandard des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters weitergehende Pflichten ergeben. Zusammengefasst geht es in diesem Bereich um die *Legalitätspflicht* des Unternehmensleiters.<sup>4</sup>
- 105** Daneben steht die unternehmerische Tätigkeit der Leitungsorgane. Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass dem Unternehmensleiter verschiedene Handlungsoptionen zur Verfügung stehen, die er anhand prognostischer Erwägungen ordnet und danach eine Auswahl trifft. Anders als im Bereich der Legalitätspflicht sind seine Entscheidungen nicht durch rechtliche Vorgaben gebunden. Stattdessen hat er in bestimmten Grenzen Gestaltungsspielraum, der als *unternehmerisches Ermessen* bezeichnet wird. Dieses Ermessen darf und muss er unter Beachtung seiner Begrenzungen ordnungsgemäß ausüben. Die Missachtung dieser Grenzen begründet ebenfalls eine Haftung des Unternehmensleiters nach §§ 93 Abs. 2 Satz 1 AktG, 43 Abs. 1 GmbHG.
- 105a** Die Pflicht zur ordnungsgemäßen Ermessensausübung wird für AG-Vorstände und GmbH-Geschäftsführer gemeinsam behandelt (Rn. 185 ff.), während bei den Legalitätspflichten zwischen der Aktiengesellschaft und der GmbH unterschieden wird (Rn. 106 ff. und Rn. 159 ff.). Im Anschluss an die Pflichtverletzung werden die weiteren Tatbestandsmerkmale der Innenhaftung, nämlich Verschulden (Rn. 219 ff.), Kausalität und Schaden (Rn. 222 ff.) sowie Fragen der Beweislastverteilung (Rn. 226 f.) und der Verjährung von Ansprüchen (Rn. 231 ff.) erörtert.

---

<sup>4</sup> Krieger/Sailer-Coceani, in: Karsten Schmidt/Lutter, § 93 Rn. 7.

## II. Pflichtverletzung

### 1. Vorstand der AG

#### a) Sondertatbestände des § 93 Abs. 3 AktG

Das Aktiengesetz nennt in seinem § 93 Abs. 3 neun Einzeltatbestände, deren Erfüllung „namentlich“ eine Schadenersatzpflicht des Vorstandes gegenüber der Gesellschaft auslöst. Die Aufzählung ist keineswegs abschließend, wie sich schon aus der gewählten Formulierung und daraus ergibt, dass die Regelung neben dem allgemeinen Haftungstatbestand (§ 93 Abs. 2 Satz 1 AktG) steht. Die Gemeinsamkeit der in der Bestimmung genannten Fälle liegt darin, dass ihnen die Pflicht des Vorstandes zur Kapitalerhaltung, d. h. zur Verhinderung von unzulässigen Kapitalabflüssen insbesondere an Aktionäre (aber auch an Vorstände, Aufsichtsräte und Dritte im Insolvenzfall) zugrunde liegt. Die neun Tatbestände unterscheiden sich von dem allgemeinen Haftungstatbestand des § 93 Abs. 2 S. 1 AktG dadurch, dass auf entsprechende Schadenersatzansprüche nicht zu Lasten von Gläubigern der Gesellschaft verzichtet werden kann und Gläubiger selbst zur Geltendmachung der Ansprüche befugt sind, wenn sie von der Gesellschaft auf ihre Forderungen keine Befriedigung erlangen können (§ 93 Abs. 5 AktG). Ein weiterer haftungsverschärfender Umstand liegt darin, dass die Gesellschaft keinen Schaden mehr nachweisen muss, das Gesetz vielmehr an das pflichtwidrige Verhalten des Vorstandes die widerlegliche Vermutung knüpft, dass ein entsprechender Schaden entstanden ist. Die Höhe des Schadens bemisst sich nach der Höhe der an den Aktionär oder den Dritten entgegen der Pflicht zur Kapitalerhaltung gewährten Leistung, also dem tatsächlichen Mittelabfluss.<sup>5</sup> Insoweit handelt es sich um einen gesetzlich vermuteten Mindestschaden. Auf die sonst im Schadensrecht erforderliche Gesamtvermögensbilanz (Differenzhypothese) kommt es hier nicht an. Die Vermutung kann nur dadurch widerlegt werden, dass die entsprechenden Beträge der Gesellschaft (wieder) zugeflossen sind.<sup>6</sup> Im Einzelnen geht es um folgende Pflichten:

106

#### aa) Einlagenrückgewähr

Nach § 57 Abs. 1 AktG ist es dem Vorstand verwehrt, Einlagen an Aktionäre zurück zu gewähren. Damit ist jede Leistung der AG, die wegen der Mitgliedschaft einzelner oder aller Aktionäre erbracht wird, verboten, solange sie nicht aus dem Bilanzgewinn erfolgt oder ausnahmsweise gesetzlich zugelassen ist.<sup>7</sup> Entscheidend ist also nicht die Frage, ob das Zurückgewährte ursprünglich eine Einlage i. S. des § 54 AktG war, sondern ob das Gesell-

107

<sup>5</sup> Dem Vorstand bleibt es unbenommen nachzuweisen, dass kein Schaden entstanden ist, etwa weil die Gesellschaft den gewährten Vorteil wiedererlangt hat, vgl. *Hüffer/Koch*, § 93 Rn. 68; *Hopt/Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 93 Rn. 339 ff.

<sup>6</sup> BGH, NJW 2009, 68; OLG Stuttgart, AG 2010, 133; *Hüffer*, § 93 Rn. 68.

<sup>7</sup> H. M., vgl. KG, AG 1999, 319; *Hüffer/Koch*, § 57 Rn. 2 m. w. N.

schaftsvermögen außerhalb der Verteilung des Bilanzgewinns wertmäßig beeinträchtigt wird, und zwar im Hinblick auf die Mitgliedschaft von Aktionären. Auch Dividendenzahlungen können verboten sein, wenn der Gewinnverwendungsbeschluss unwirksam ist.<sup>8</sup> Leistungen an Dritte können ebenfalls eine Einlagenrückgewähr darstellen, wenn die Leistung auf Veranlassung eines Aktionärs an eine ihm nahestehende Person erfolgt.<sup>9</sup> Schließlich werden auch verdeckte Leistungen von der Vorschrift des § 57 Abs. 1 AktG erfasst, etwa wenn bei einem Leistungsaustausch zwischen AG und Aktionär Leistung und Gegenleistung in einem objektiven Missverhältnis zueinander stehen.<sup>10</sup> Der Vorstand wird daher bei Geschäften mit Aktionären vorsichtig sein und sich streng an bestehenden Marktpreisen orientieren. § 93 Abs. 3 Nr. 1 AktG stützt auf die verbotene Einlagenrückgewähr ausdrücklich einen entsprechenden Schadenersatzanspruch der AG. Dieser ist darauf gerichtet, dass der Vorstand der Gesellschaft die dem Aktionär aus dem Gesellschaftsvermögen gewährten Vorteile ersetzt.<sup>11</sup> Durch das MoMiG wurde § 57 Abs. 1 AktG dahin klargestellt, dass das Rückzahlungsverbot nicht im Rahmen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages gilt und auch nicht zur Anwendung kommt, wenn der Zahlung ein vollwertiger Gegenanspruch gegenüber steht oder es um die Rückzahlung eines Aktionärsdarlehens geht.

**Fallbeispiel:**<sup>12</sup>

*Der Vorstand einer AG vergab an ihre mittelbare Muttergesellschaft, die OHAG, ein ungesichertes Darlehen über 15 Mio. DM, das diese zur Sanierung einer weiteren Konzerngesellschaft verwenden wollte. Die OHAG geriet in Vermögensverfall. Die AG machte gegen ihren inzwischen ausgeschiedenen Vorstand Schadenersatzansprüche wegen des nicht mehr realisierbaren Darlehensrückzahlungsanspruchs geltend. Das OLG sah in der fehlenden Besicherung eine gesellschaftsbedingte Bevorzugung der OHAG, die einem vergleichbaren Dritten nicht eingeräumt worden wäre. Hierin liege eine verdeckte Einlagenrückgewähr. Demgemäß wurde der Vorstand zu Schadenersatz verurteilt.*

**Praxistipp:**

Das Verbot der Einlagenrückgewähr ist eine gefährliche Klippe, insbesondere für Vorstände von Gesellschaften mit beschränktem Aktionärskreis und

---

8 Vgl. Haertlein, ZHR 168 (2004) 437, 447 ff.: Ist der Gewinnverwendungsbeschluss anfechtbar, muss der Vorstand anfechten und die Auszahlung unter Verweis hierauf verweigern.

9 BGH, WM 1957, 61.

10 Vgl. OLG Frankfurt, AG 1992, 194; OLG Koblenz, AG 1977, 231; umstritten ist, ob das objektive Missverhältnis genügt oder subjektive Elemente (Vorteilsgewährung aufgrund Aktionärsstellung) hinzutreten müssen, vgl. für objektive Betrachtung BGH, NJW 1987, 1194, 1195 (GmbH); Hüffer/Koch, § 57 Rn. 11.

11 OLG Hamm, AG 1995, 512; vgl. zur Haftung des Aufsichtsrats in derselben Fallgestaltung LG Dortmund, DB 2001, 2591.

12 OLG Hamm, AG 1995, 512.

konzernierten Gesellschaften. Dort sind Transaktionen zwischen Gesellschaft und Aktionär durchaus häufig. Der Vorstand sollte darauf achten, dass sämtliche Transaktionen sorgfältig dokumentiert sind und keine anderen Konditionen als solche, die auch unter fremden Dritten üblich sind, aufweisen. Die Marktüblichkeit von Werten sollten jeweils durch unabhängige Gutachten belegt sein.

**bb) Zahlung von Zinsen oder Gewinnanteilen an Aktionäre**

Ergänzend zum Verbot der Einlagenrückgewähr bestimmt § 57 Abs. 2 AktG, dass Aktionären Zinsen (auf ihre Einlagen) weder zugesagt noch ausgezahlt werden dürfen. § 57 Abs. 3 AktG stellt ferner klar, dass vor Auflösung der Gesellschaft aus dem Gesellschaftsvermögen nur der ausschüttungsfähige Bilanzgewinn ausgezahlt werden darf. Welches der ausschüttungsfähige Gewinn ist und wie er ermittelt wird, ergibt sich aus verschiedenen Vorschriften des Aktiengesetzes (z.B. §§ 58 ff., 233 AktG) sowie den Bilanzierungsvorschriften des HGB (§§ 238 ff. HGB). Im Grunde geht es um eine Konkretisierung des Verbotes der Einlagenrückgewähr, ohne dass den genannten Pflichten eigenständige Bedeutung zukäme. Verletzt der Vorstand diese speziellen Pflichten, macht er sich nach § 93 Abs. 3 Nr. 2 AktG schadenersatzpflichtig. 108

**cc) Erwerb eigener Anteile**

Dem Vorstand ist es nach § 56 Abs. 1 AktG untersagt, im Namen der Gesellschaft eigene Anteile oder Anteile an einer herrschenden oder an ihr mit Mehrheit beteiligten Gesellschaft zu zeichnen. Damit ist der *originäre Erwerb* von Aktien – insbesondere junger Aktien bei Kapitalerhöhungen oder bei der Verwendung eines genehmigten Kapitals – gemeint. Verstöße hiergegen machen den Vorstand nach § 56 Abs. 4 AktG persönlich zum Einlageschuldner; daneben kommt § 93 Abs. 3 Nr. 3 AktG als Haftungstatbestand zur Anwendung. Ferner darf der Vorstand grundsätzlich keine eigenen Anteile erwerben (*abgeleiteter Erwerb*), es sei denn, eine der Ausnahmen des § 71 AktG (insbesondere: Notwendigkeit zur Abwehr schweren Schadens, Ermöglichung von Belegschaftsaktien, Eigenhandel bei Banken, Ermächtigung durch Hauptversammlung<sup>13</sup>) oder der §§ 237 ff. AktG (Kapitalherabsetzung durch Einziehung von Aktien) läge vor. Ein Verstoß hiergegen macht den Vorstand ebenfalls nach § 93 Abs. 3 Nr. 3 AktG haftbar. 109

**dd) Ausgabe von Aktien**

§ 10 Abs. 1 AktG sieht vor, dass Aktien als Namensaktien oder als Inhaberaktien ausgegeben werden können, wobei die Wahl der Aktienform in der Satzung vorgenommen werden muss (§ 23 Abs. 3 Nr. 5 AktG). Sind In- 110

<sup>13</sup> § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG wurde durch das KonTraG zum Zwecke der Erleichterung des Eigen-  
erwerbs neu eingefügt.

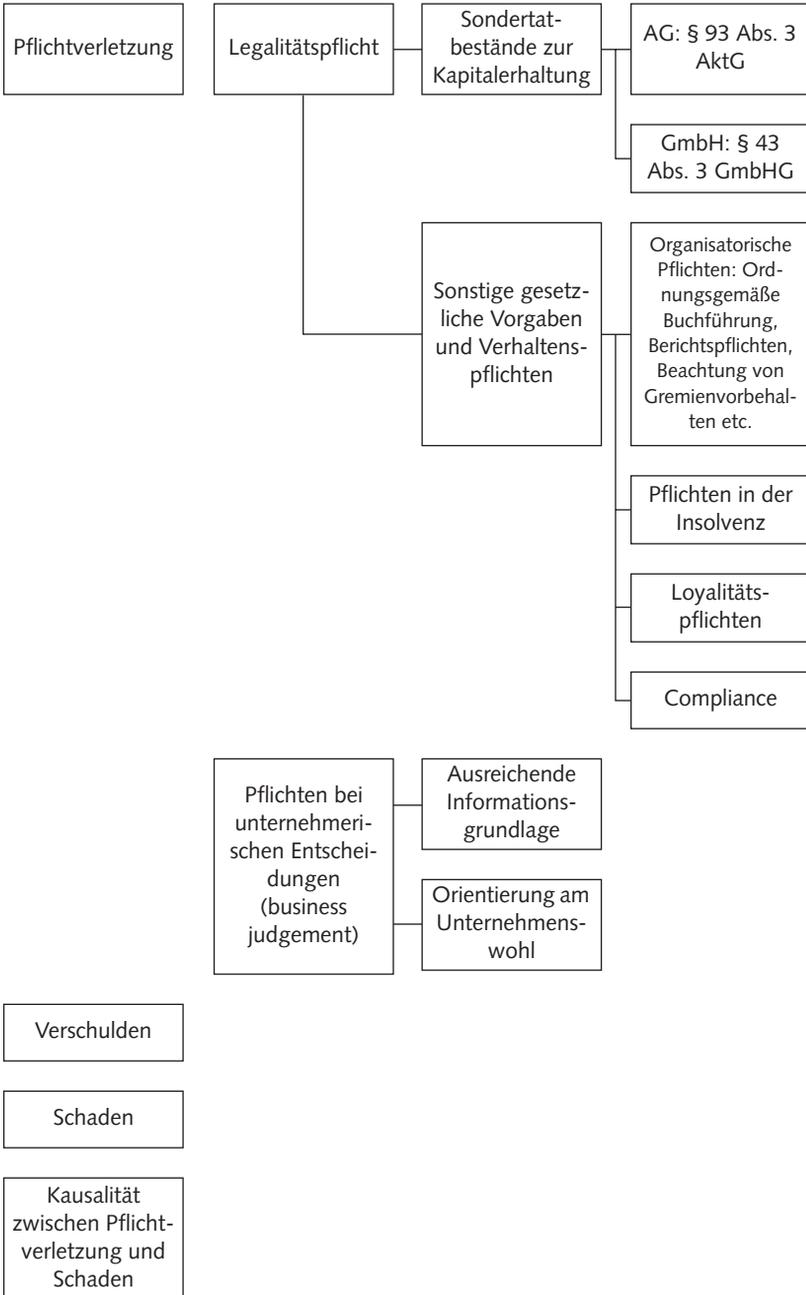


Abb. 4: Voraussetzungen der Innenhaftung bei Vorständen der AG und Geschäftsführern der GmbH

haberaktien vorgesehen, so dürfen diese nicht vor der vollständigen Leistung der Einlage (und eines etwa geschuldeten Agios) ausgegeben werden. Dies ergibt sich aus der Umkehrung des § 10 Abs. 2 AktG, der bei Namensaktien eine Ausgabe vor Volleinzahlung zulässt, allerdings in diesem Falle verlangt, dass der Betrag der erbrachten Teilleistungen auf der Aktie vermerkt wird. Der Zweck der Bestimmung liegt darin, dass die AG ihre Schuldner problemlos feststellen kann und bei einer Weiterveräußerung (der Namensaktie) der gute Glaube des Erwerbers an die Volleinzahlung ausgeschlossen wird.<sup>14</sup> Eine vorzeitige Ausgabe von Inhaberaktien oder von Namensaktien (ohne Teileinzahlungsvermerk) macht den Vorstand nach § 93 Abs. 3 Nr. 4 AktG schadenersatzpflichtig.

**ee) Verteilung von Gesellschaftsvermögen**

Gesellschaftsvermögen darf nach verschiedenen Bestimmungen des Aktiengesetzes nur verteilt werden, wenn dem Gläubigerschutz ausreichend Rechnung getragen worden ist. So darf nach § 57 Abs. 3 AktG eine Verteilung außerhalb der Gewinnausschüttung erst nach förmlicher Auflösung der Gesellschaft und Einhaltung der entsprechenden Gläubigerschutzregularien (§§ 271, 272 AktG; zunächst Berichtigung der Verbindlichkeiten, Sperrfrist von einem Jahr) stattfinden. Parallel hierzu dürfen nach § 225 Abs. 2 AktG aufgrund der ordentlichen Herabsetzung des Grundkapitals Zahlungen an Aktionäre erst geleistet werden, wenn sechs Monate seit der Bekanntmachung verstrichen sind und Gläubigern, die sich gemeldet haben, wegen ihrer Forderungen Sicherheit geleistet worden ist. Dasselbe gilt bei der Einziehung von Aktien (§ 237 Abs. 2 AktG). § 230 AktG verbietet Zahlungen an die Aktionäre aus der Auflösung von Kapital- oder Gewinnrücklagen oder aus der vereinfachten Kapitalherabsetzung des § 229 AktG. Sämtlichen dieser Vorschriften ist gemeinsam, dass sie das Verbot der Einlagenrückgewähr präzisieren. Ihre Verletzung durch den Vorstand macht diesen nach § 93 Abs. 3 Nr. 5 AktG der Gesellschaft gegenüber schadenersatzpflichtig.

111

**ff) Zahlungsverbot bei Insolvenzreife**

**α) Inhalt des Zahlungsverbotes**

Ab Eintritt der Insolvenzreife der Gesellschaft unterliegt der Vorstand besonderen Sorgfaltsanforderungen.<sup>15</sup> Nach § 92 Abs. 2 AktG darf er ab diesem Zeitpunkt keine Zahlungen mehr an Dritte leisten. Das Verbot betrifft auch Zahlungen *an Aktionäre*, die zu Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft geführt haben und führen mussten (§ 92 Abs. 2 Satz 3 AktG), also den Eintritt der Insolvenzreife erst (mit-)verursacht haben. Verbotswidrig erbrachte Zahlungen machen den Vorstand nach § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG der Gesell-

112

<sup>14</sup> Vgl. Hüfner/Koch, § 10 Rn. 6 m. w. N.

<sup>15</sup> Vgl. zu den Pflichten des Managements in der Krise des Unternehmens Thümmel, BB 2002, 1105 ff.

schaft gegenüber Schadenersatzpflichtig. Ansprüche dieser Art werden in der Regel vom Insolvenzverwalter geltend zu machen sein. Bei masselosen Insolvenzen kommt auch die Verfolgung durch einzelne Gläubiger in Betracht, wenn der Anspruch nach Pfändung und Überweisung auf sie übergegangen ist.<sup>16</sup> Der Zweck des Zahlungsverbotes liegt in der Verhinderung einer Schmälerung der späteren Insolvenzmasse sowie in der weitgehenden Sicherstellung einer Gleichbehandlung der Gläubiger in der Vorinsolvenz.<sup>17</sup> Ein bilanzieller Schaden der Gesellschaft wird durch verbotswidrige Zahlungsabflüsse in aller Regel nicht eintreten, weil hierdurch zumeist eine Verbindlichkeit getilgt wird. An dem Ersatzanspruch der Gesellschaft gerichtet auf Wiedereinzahlung des abgeflossenen Betrages ändert dies nichts, weil § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG die Schädigung in entsprechender Höhe (die eigentlich bei den Gesellschaftsgläubigern eingetreten ist) unterstellt.<sup>18</sup>

- 113** Die entscheidenden Anknüpfungspunkte für die Insolvenzreife sind Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (§ 15 a Abs. 1 InsO). Der sich aus § 18 InsO ergebende weitere Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit löst das Zahlungsverbot dagegen noch nicht aus.<sup>19</sup> Eine Karenzzeit besteht im Übrigen nicht. Das Zahlungsverbot wirkt unmittelbar ab dem Zeitpunkt der Insolvenzreife, nicht erst nach Ablauf der für die Insolvenzantragsstellung vorgesehenen Frist (im Höchstfall drei Wochen). Dies ist auch nachvollziehbar, weil das Zahlungsverbot als Schutzinstrument gerade in der Zeit bis zur Antragstellung benötigt wird. Es betrifft im Übrigen Zahlungen jeglicher Art, an wen und wie diese auch immer geleistet werden sollen. Hieraus folgt, dass etwa Daueraufträge und Lastschriftermächtigungen sowie Bankvollmachten widerrufen werden müssen.<sup>20</sup> Auch zu einem bestimmten Zweck von Dritten überlassene Mittel dürfen vom Vorstand nicht weitergeleitet werden.<sup>21</sup> Allerdings fehlt es an einer haftungsbegründenden Zahlung, wenn der Vorstand eine solche nicht veranlasst hat und sie auch nicht verhindern konnte, wie etwa im Falle einer Kontenpfändung.<sup>22</sup>
- 114** Auch fällige Lohn- oder Umsatzsteuer<sup>23</sup> oder Sozialversicherungsbeiträge dürften im Grundsatz nicht mehr abgeführt werden. Dies kann den Vorstand in die missliche Lage bringen, zwischen Skylla und Charybdis wählen zu

---

16 BGH, WM 2000, 2158.

17 Statt der Befriedigung nur eines Gläubigers durch die verbotswidrige Zahlung gelangen im Falle normgerechten Verhaltens des Vorstands, jedenfalls bei massehaltigen Insolvenzen, alle Gläubiger anteilig in den Genuss des dann nicht abgeflossenen Betrages, *Habersack/Foerster*, in: Großkomm. AktG, § 92 Rn. 123.

18 BGH, NZG 2007, 678, 679; BGH, WM 2001, 317 und OLG Jena, ZIP 2002, 986, 987 zum Vorbehalt möglicher Gegenansprüche des Unternehmensleiters.

19 Vgl. *Uhlenbruck*, GmbHR 1999, 313, 317; *Roth/Altmeyen*, § 64 Rn. 23; *Altmeyen*, ZIP 1997, 1173, 1174.

20 Vgl. LG Köln, GmbHR 1990, 136; *Hoffmann/Liebs*, Rn. 6048.

21 BGH, ZIP 2003, 1005 (zu § 64 Abs. 2 GmbHG).

22 BGH, GmbHR 2009, 937, 938 (zum GmbH-Geschäftsführer).

23 OLG Köln, GmbHR 1995, 828, 829.