

Scherer · Fruth (Hrsg.)

Gesellschafter- Compliance

Praxiswissen zu Pflichten, Haftungs-
risiken und Vermeidungsstrategien
für GmbH-Gesellschafter

Leseprobe, mehr zum Buch unter [ESV.info/978 3 503 12935 5](http://ESV.info/9783503129355)



ERICH SCHMIDT VERLAG

Gesellschafter-Compliance

Praxiswissen zu Pflichten, Haftungsrisiken
und Vermeidungsstrategien für GmbH-Gesellschafter

Leseprobe, mehr zum Buch unter [ESV.info/978 3 503 12935 5](http://ESV.info/9783503129355)

Herausgegeben von

Prof. Dr. Josef Scherer

Rechtsanwalt,

Professor für Unternehmensrecht, Risiko- und

Krisenmanagement, Sanierungs- und Insolvenzrecht,

Hochschule Deggendorf

und

Klaus Fruth

Richter am Amtsgericht

unter Mitarbeit von

Matthias Braun, Klaus Fruth,

Michael Hendricks, Wolfgang Jacobs,

Christina Koller, Hermann Löffler,

Dr. Knut Maeder, Gunnar Mittag,

Dr. Thomas Mühl, Andreas Mühlbauer,

Berthold Reil, Dr. Markus Riedhammer,

Klaus Schedlbauer, Prof. Dr. Josef Scherer,

Sophia Schmid, Alexander Schwarz,

Dieter Schwarz und Andreas Weidinger

ERICH SCHMIDT VERLAG

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Weitere Informationen zu diesem Titel finden Sie im Internet unter

[ESV.info/978 3 503 12935 5](http://ESV.info/9783503129355)

Gedrucktes Werk: ISBN 978 3 503 12935 5

eBook: ISBN 978 3 503 12936 2

Alle Rechte vorbehalten

© Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2011

www.ESV.info

Dieses Papier erfüllt die Frankfurter Forderungen der Deutschen Nationalbibliothek und der Gesellschaft für das Buch bezüglich der Alterungsbeständigkeit und entspricht sowohl den strengen Bestimmungen der US Norm Ansi/Niso Z 39.48-1992 als auch der ISO-Norm 9706.

Satz: multitext, Berlin

Druck: Hubert & Co, Göttingen

Vorwort

Das Ziel einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung ist neben strategischen Motiven i.d.R. die Erzielung einer angemessenen Rendite in Form von Gewinnausschüttungen und der Erhalt bzw. die Steigerung des Wertes der Beteiligung. Dass damit häufig auch erhebliche persönliche zivil- und strafrechtliche Haftungsgefahren für die Gesellschafter einhergehen, ist meist gar nicht bekannt.

Dabei sind als Gesellschafter nicht nur natürliche Personen sondern auch sonstige Gesellschaften und ihre Vorstände bzw. Geschäftsführer, die an Gesellschaften mbH (etwa im Rahmen einer Konzernstruktur, Unternehmensgruppe oder eines sonstigen Beteiligungsverhältnisses) beteiligt sind, angesprochen.

Skandale in Führungsebenen von Konzernen, die weltweite Finanz- und Wirtschaftskrise ab Oktober 2008 und das völlig neue GmbH-Recht führten dazu, dass Compliance, Risikomanagement, Corporate Governance sowie Organisationsverschulden keine leeren Worthülsen, sondern Maßstäbe darstellen, an denen Medien, gegnerische Rechtsanwälte, Insolvenzverwalter, Staatsanwälte und Richter mittlerweile nicht nur Geschäftsführer, Vorstände, Aufsichtsräte und Unternehmer, sondern auch Gesellschafter messen.

Werke zur Managerhaftung für Juristen gibt es schon lange, zur Haftung von Gesellschaftern weniger. Literatur in nicht hochwissenschaftlich fachspezifischer, dafür aber verständlicherer Sprache für juristisch nicht oder kaum vorgeprägte Gesellschafter ist eher selten zu finden.

Auch werden zwar u.a. die Haftungsrisiken dargestellt, nicht jedoch die unternehmensorganisatorischen Maßnahmen, die helfen könnten, diesen Gefahren zu entkommen. Diese Lücke schließt das vorliegende Buch. Der Gesellschafter oder der Geschäftsführer/Vorstand einer beteiligten Gesellschaft (z.B. die Holding oder Mutter einer Tochter-GmbH) kann es wie eine Art Checkliste benutzen und die jeweiligen Kapitel – soweit sie ihn betreffen – als Hilfe zur Prüfung, ob „alles im grünen Bereich“ ist, verwenden. Bei entsprechender Umsetzung der Vorgaben in Organisation und Prozesse werden sich nicht nur Risiken vermindern. Vielmehr lassen sich nachhaltige Unternehmenswerte aufbauen.

Über Kritik und Anregungen zu diesem Buch unter „Prof. Dr. Scherer · Dr. Rieger & Partner, Kanzlei für Wirtschaftsrecht, Metzgergasse 2–4, 94469 Deggendorf“ oder scherer@scherer-rieger.de freuen sich Herausgeber und Autoren.

RA Prof. Dr. jur. Josef Scherer
Professor für Unternehmensrecht, Risiko- und
Krisenmanagement, Sanierungs- und Insolvenzrecht

Inhaltsverzeichnis

| | Seite | Rn. |
|--|-------|-----|
| Vorwort | 5 | |
| 1 Das MoMiG und aktuelle Rechtsprechung (<i>Reil/Jacobs</i>) | 15 | 1 |
| 1.1 Änderungen des GmbH-Gesetzes durch das MoMiG | 15 | 1 |
| 1.2 Aktuelle Rechtsprechung | 15 | 2 |
| 2 Allgemeines zum GmbH-Gesellschafter (<i>Fruth</i>) | 19 | 5 |
| 2.1 Der GmbH-Gesellschafter | 19 | 5 |
| 2.2 Die Rechte der GmbH-Gesellschafter | 20 | 7 |
| 2.3 Die Pflichten der GmbH-Gesellschafter | 20 | 8 |
| 2.3.1 Die Kapitalaufbringung | 20 | 9 |
| 2.3.2 Die Kapitalerhaltung | 21 | 10 |
| 2.4 Die Haftung der Gesellschafter | 21 | 11 |
| 2.5 Sonderfall: Eine Gesellschaft als Gesellschafter | 21 | 12 |
| 3 Unternehmerhaftung des GmbH-Gesellschafters | 23 | 13 |
| 3.1 Die Haftung des Gesellschafter-Geschäftsführers (<i>Reil/Jacobs</i>) | 23 | 13 |
| 3.1.1 Pflichten des Gesellschafters | 23 | 13 |
| 3.1.2 Haftungsrisiko des Gesellschafter-Geschäftsführers | 23 | 14 |
| 3.1.2.1 Zivilrechtlich | 23 | 14 |
| 3.1.2.2 Strafrechtlich | 24 | 14 |
| 3.1.3 Beispiel | 24 | 15 |
| 3.1.4 Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 24 | 16 |
| 3.2 Die Haftung des Gesellschafters als faktischer Geschäftsführer (<i>Weidinger/Jacobs</i>) | 24 | 17 |
| 3.2.1 Pflichten des Gesellschafters | 25 | 17 |
| 3.2.2 Haftungsrisiko des Gesellschafters | 25 | 18 |
| 3.2.2.1 Zivilrechtlich | 25 | 18 |
| 3.2.2.2 Strafrechtlich | 26 | 18 |
| 3.2.3 Beispiel | 26 | 18 |
| 3.2.4 Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 26 | 19 |
| 3.3 Nachhaltig Mehrwert schaffen und Haftung reduzieren durch Risiko-, Chancen- und Compliancemanagement (<i>Scherer</i>) ... | 27 | 20 |
| 3.3.1 Ziele und Interessenlage von Gesellschaftern und Anteilseignern (shareholder) | 27 | 20 |
| 3.3.2 Vorhandene Rahmenbedingungen für die shareholder-Zielerreichung: Herausforderungen und Trends für Unternehmenslenker im 21. Jahrhundert (<i>Scherer/Schedlbauer</i>) | 27 | 21 |
| 3.3.3 Trends in der Unternehmerhaftung | 29 | 24 |

| | Seite | Rn. |
|---|-----------|-----------|
| 3.3.4 Risiko- und Chancenpotenzial aus Sicht von Unternehmen und Banken | 32 | 29 |
| 3.3.5 Nachhaltige Unternehmenswertoptimierung bei gleichzeitiger Haftungsreduzierung: ein Widerspruch? | 34 | 30 |
| 3.3.5.1 Nachhaltige Unternehmenswertoptimierung versus klassische Unternehmensbewertungsmethoden (value development) | 34 | 30 |
| 3.3.5.2 Faktoren nachhaltiger Unternehmenswertoptimierung und neue Aspekte für Unternehmensbewertungsmethoden (value development) | 36 | 33 |
| 3.3.5.3 Compliancerisiken optimal managen (<i>Scherer/Mühlbauer</i>) | 37 | 35 |
| 3.3.5.4 Alter Wein in neuen Schläuchen? | 41 | 37 |
| 3.3.6 Nachhaltiger Mehrwert durch Risiko-, Chancen- und Compliancemanagement nicht nur für Gesellschafter und Anteilseigner | 41 | 38 |
| 3.3.7 „Tue Gutes und rede darüber ...“ | 43 | 41 |
| 4 Haftungsrisiken des künftigen GmbH-Gesellschafters im Gründungsstadium | 45 | 42 |
| 4.1 Haftung des künftigen GmbH-Gesellschafters in der Vorgründungsgesellschaft (<i>Braun</i>) | 45 | 42 |
| 4.1.1 Pflichten des Gesellschafters | 45 | 42 |
| 4.1.2 Haftungsrisiko des Gesellschafters | 45 | 43 |
| 4.1.2.1 Zivilrechtlich | 45 | 43 |
| 4.1.2.2 Strafrechtlich | 46 | 43 |
| 4.1.3 Beispiel | 46 | 43 |
| 4.1.4 Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 47 | 44 |
| 4.2 Haftung des künftigen GmbH-Gesellschafters in der Vorgesellschaft (<i>Braun</i>) | 47 | 45 |
| 4.2.1 Pflichten des Gesellschafters | 47 | 45 |
| 4.2.2 Haftungsrisiko des Gesellschafters | 48 | 46 |
| 4.2.2.1 Zivilrechtlich | 48 | 46 |
| 4.2.2.2 Strafrechtlich | 49 | 47 |
| 4.2.3 Beispiel | 49 | 47 |
| 4.2.4 Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 49 | 48 |
| 4.3 Unterbilanzhaftung des GmbH-Gesellschafters (<i>Braun</i>) | 50 | 49 |
| 4.3.1 Pflichten des Gesellschafters | 50 | 49 |
| 4.3.2 Haftungsrisiko des Gesellschafters | 50 | 50 |
| 4.3.2.1 Zivilrechtlich | 50 | 50 |
| 4.3.2.2 Strafrechtlich | 51 | 50 |
| 4.3.3 Beispiel | 51 | 50 |
| 4.3.4 Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 52 | 51 |

| | Seite | Rn. |
|--|-------|-----|
| 4.4 Differenzhaftung des GmbH-Geschafters bei Sacheinlagen (§ 9 GmbHG) (<i>Fruth</i>) | 52 | 52 |
| 4.4.1 Pflichten des Geschafters | 52 | 52 |
| 4.4.2 Haftungsrisiko des Geschafters | 53 | 53 |
| 4.4.2.1 Zivilrechtlich | 53 | 53 |
| 4.4.2.2 Strafrechtlich | 53 | 53 |
| 4.4.3 Beispiel | 53 | 53 |
| 4.4.4 Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 54 | 54 |
| 4.5 Haftung des GmbH-Geschafters wegen falscher Angaben bei Errichtung (§ 9a Abs. 1 GmbHG) (<i>Fruth</i>) | 54 | 55 |
| 4.5.1 Pflichten des Geschafters | 54 | 55 |
| 4.5.2 Haftungsrisiko des Geschafters | 55 | 56 |
| 4.5.2.1 Zivilrechtlich | 55 | 56 |
| 4.5.2.2 Strafrechtlich | 55 | 56 |
| 4.5.3 Beispiel | 55 | 56 |
| 4.5.4 Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 56 | 57 |
| 4.6 Haftung des GmbH-Geschafters für die Erbringung des Stammkapitals (<i>Fruth</i>) | 56 | 58 |
| 4.6.1 Pflichten des Geschafters | 56 | 58 |
| 4.6.2 Haftungsrisiko des Geschafters | 57 | 59 |
| 4.6.2.1 Zivilrechtlich | 57 | 59 |
| 4.6.2.2 Strafrechtlich | 57 | 59 |
| 4.6.3 Beispiel | 57 | 59 |
| 4.6.4 Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 57 | 60 |
| 4.7 Ausfallhaftung des GmbH-Geschafters (§ 24 GmbHG) (<i>Fruth</i>) | 58 | 61 |
| 4.7.1 Pflichten des Geschafters | 58 | 61 |
| 4.7.2 Haftungsrisiko des Geschafters | 58 | 61 |
| 4.7.2.1 Zivilrechtlich | 58 | 61 |
| 4.7.2.2 Strafrechtlich | 59 | 61 |
| 4.7.3 Beispiel | 59 | 61 |
| 4.7.4 Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 59 | 62 |
| 4.8 Haftung des GmbH-Geschafters wegen verdeckter Sacheinlage (<i>Fruth</i>) | 60 | 63 |
| 4.8.1 Pflichten des Geschafters | 60 | 63 |
| 4.8.2 Haftungsrisiko des Geschafters | 60 | 63 |
| 4.8.2.1 Zivilrechtlich | 60 | 63 |
| 4.8.2.2 Strafrechtlich | 61 | 63 |
| 4.8.3 Beispiel | 61 | 63 |
| 4.8.4 Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 61 | 64 |
| 4.9 Haftung des GmbH-Geschafters wegen Hin und Herzahlens (<i>Fruth</i>) | 62 | 65 |
| 4.9.1 Pflichten des Geschafters | 62 | 65 |

| | Seite | Rn. |
|--|-----------|-----------|
| 4.9.2 Haftungsrisko des Gesellschafters | 63 | 66 |
| 4.9.2.1 Zivilrechtlich | 63 | 66 |
| 4.9.2.2 Strafrechtlich | 63 | 66 |
| 4.9.3 Beispiel | 63 | 66 |
| 4.9.4 Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 64 | 67 |
| 4.10 Haftung des GmbH-Gesellschafters bei Umwandlung einer Personengesellschaft in eine GmbH (<i>Jacobs</i>) | 65 | 68 |
| 4.10.1 Pflichten des Gesellschafters | 65 | 68 |
| 4.10.2 Haftungsrisko des Gesellschafters | 65 | 69 |
| 4.10.2.1 Zivilrechtlich | 65 | 69 |
| 4.10.2.2 Strafrechtlich | 66 | 70 |
| 4.10.3 Beispiel | 66 | 70 |
| 4.10.4 Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 67 | 71 |
| 4.11 Haftung des GmbH-Gesellschafters bei Umwandlung eines Einzelunternehmens in eine GmbH (<i>Jacobs</i>) | 67 | 72 |
| 4.11.1 Pflichten des Gesellschafters | 67 | 72 |
| 4.11.2 Haftungsrisko des Gesellschafters | 68 | 73 |
| 4.11.2.1 Zivilrechtlich | 68 | 73 |
| 4.11.2.2 Strafrechtlich | 68 | 74 |
| 4.11.3 Beispiel | 69 | 74 |
| 4.11.4 Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 69 | 75 |
| 4.12 Haftung des GmbH-Gesellschafters bei Bestellung unqualifizierter Geschäftsführer (§ 6 Abs. 5 GmbHG) (<i>Fruth</i>) | 70 | 76 |
| 4.12.1 Pflichten des Gesellschafters | 70 | 76 |
| 4.12.2 Haftungsrisko des Gesellschafters | 71 | 78 |
| 4.12.2.1 Zivilrechtlich | 71 | 78 |
| 4.12.2.2 Strafrechtlich | 71 | 78 |
| 4.12.3 Beispiel | 71 | 78 |
| 4.12.4 Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 72 | 79 |
| 5 Haftungsriskien des GmbH-Gesellschafters im laufenden Geschäftsbetrieb | 73 | 80 |
| 5.1 Haftung des GmbH-Gesellschafters aufgrund persönlicher Verpflichtung (<i>Scherer</i>) | 73 | 80 |
| 5.1.1 Pflichten des Gesellschafters | 73 | 80 |
| 5.1.2 Haftungsrisko des Gesellschafters | 73 | 81 |
| 5.1.2.1 Zivilrechtlich | 73 | 81 |
| 5.1.2.2 Strafrechtlich | 74 | 81 |
| 5.1.3 Beispiel | 74 | 81 |
| 5.1.4 Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 75 | 83 |
| 5.2 Rechtsscheinhaftung des GmbH-Gesellschafters (<i>Riedhammer</i>) | 76 | 84 |
| 5.2.1 Pflichten des Gesellschafters | 76 | 84 |
| 5.2.2 Haftungsrisko des Gesellschafters | 77 | 85 |

| | Seite | Rn. |
|---------|--|--------|
| 5.2.2.1 | Zivilrechtlich | 77 85 |
| 5.2.2.2 | Strafrechtlich | 77 85 |
| 5.2.3 | Beispiel | 77 86 |
| 5.2.4 | Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 77 87 |
| 5.3 | Haftung des GmbH-Gesellschafters auf Leistung rückständiger Nachschüsse (§ 26 GmbHG) (<i>Fruth</i>) | 78 88 |
| 5.3.1 | Pflichten des Gesellschafters | 78 88 |
| 5.3.2 | Haftungsrisiko des Gesellschafters | 78 89 |
| 5.3.2.1 | Zivilrechtlich | 78 89 |
| 5.3.2.2 | Strafrechtlich | 78 89 |
| 5.3.3 | Beispiel | 79 90 |
| 5.3.4 | Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 79 90 |
| 5.4 | Haftung des GmbH-Gesellschafters wegen Verstoß gegen die Treupflicht (<i>Löffler</i>) | 79 91 |
| 5.4.1 | Pflichten des Gesellschafters | 79 91 |
| 5.4.2 | Haftungsrisiko des Gesellschafters | 80 92 |
| 5.4.2.1 | Zivilrechtlich | 80 92 |
| 5.4.2.2 | Strafrechtlich | 80 92 |
| 5.4.3 | Beispiel | 80 93 |
| 5.4.4 | Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 81 94 |
| 5.5 | Haftung des GmbH-Gesellschafters wegen Verletzung der Kapitalerhaltungspflicht (<i>Mittag</i>) | 81 95 |
| 5.5.1 | Pflichten des Gesellschafters | 81 95 |
| 5.5.2 | Haftungsrisiken des Gesellschafters | 84 99 |
| 5.5.2.1 | Zivilrechtliche Haftung | 84 99 |
| 5.5.2.2 | Strafrechtliche Haftung | 84 99 |
| 5.5.3 | Beispiel | 84 99 |
| 5.5.4 | Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 85 100 |
| 5.6 | Haftung des GmbH-Gesellschafters bei Kapitalerhöhung (<i>Jacobs</i>) .. | 85 101 |
| 5.6.1 | Pflichten des Gesellschafters | 85 101 |
| 5.6.2 | Haftungsrisiko des Gesellschafters | 86 102 |
| 5.6.2.1 | Zivilrechtlich | 86 102 |
| 5.6.2.2 | Strafrechtlich | 87 104 |
| 5.6.3 | Beispiel | 87 104 |
| 5.6.4 | Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 88 105 |
| 5.7 | Konzernhaftung des GmbH-Gesellschafters (<i>Mühl</i>) | 88 106 |
| 5.7.1 | Pflichten des Gesellschafters | 88 106 |
| 5.7.2 | Haftungsrisiko des Gesellschafters | 89 107 |
| 5.7.2.1 | Zivilrechtlich | 89 107 |
| 5.7.2.2 | Strafrechtlich | 90 108 |
| 5.7.3 | Beispiel | 91 108 |
| 5.7.4 | Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 91 109 |

| | Seite | Rn. |
|---|-------|-----|
| 5.8 Die allgemeine deliktische Haftung des GmbH-Gesellschafters (§ 823 Abs. 1 BGB) (<i>Riedhammer</i>) | 91 | 110 |
| 5.8.1 Pflichten des Gesellschafters | 91 | 110 |
| 5.8.2 Haftungsrisiko des Gesellschafters | 92 | 111 |
| 5.8.2.1 Zivilrechtlich | 92 | 111 |
| 5.8.2.2 Strafrechtlich | 92 | 111 |
| 5.8.3 Beispiel | 93 | 112 |
| 5.8.4 Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 93 | 113 |
| 5.9 Haftung des GmbH-Gesellschafters wegen sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) (<i>Schmid/Braun</i>) | 93 | 114 |
| 5.9.1 Pflichten des Gesellschafters | 93 | 114 |
| 5.9.2 Haftungsrisiko des Gesellschafters | 94 | 115 |
| 5.9.2.1 Zivilrechtlich | 94 | 115 |
| 5.9.2.2 Strafrechtlich | 95 | 116 |
| 5.9.3 Beispiel | 95 | 117 |
| 5.9.4 Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 96 | 118 |
| 5.10 Haftung des GmbH-Gesellschafters für Wettbewerbsverstöße (<i>Mühl</i>) | 97 | 120 |
| 5.10.1 Pflichten des Gesellschafters | 97 | 120 |
| 5.10.2 Haftungsrisiko des Gesellschafters | 98 | 122 |
| 5.10.2.1 Zivilrechtlich | 98 | 122 |
| 5.10.2.2 Strafrechtlich | 98 | 123 |
| 5.10.3 Beispiel | 98 | 124 |
| 5.10.4 Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 99 | 125 |
| 5.11 Haftung des GmbH-Gesellschafters für Pflichtverstöße im gewerblichen Rechtsschutz (<i>Mühl</i>) | 99 | 126 |
| 5.11.1 Pflichten des Gesellschafters | 99 | 126 |
| 5.11.2 Haftungsrisiko des Gesellschafters | 100 | 127 |
| 5.11.2.1 Zivilrechtlich | 100 | 127 |
| 5.11.2.2 Strafrechtlich | 100 | 128 |
| 5.11.3 Beispiel | 101 | 129 |
| 5.11.4 Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 101 | 130 |
| 5.12 Haftung des GmbH-Gesellschafters bei Verstößen gegen das Kartellrecht (<i>Mühl</i>) | 102 | 131 |
| 5.12.1 Pflichten des Gesellschafters | 102 | 131 |
| 5.12.2 Haftungsrisiko des Gesellschafters | 103 | 132 |
| 5.12.2.1 Zivilrechtlich | 103 | 132 |
| 5.12.2.2 Strafrechtlich | 103 | 132 |
| 5.12.3 Beispiel | 104 | 133 |
| 5.12.4 Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 104 | 134 |

| | Seite | Rn. |
|---|-------|-----|
| 6 Haftungsrisiken des GmbH-Gesellschafters im Bereich Steuern und Sozialabgaben (<i>Schwarz & Schwarz</i>) | 105 | 135 |
| 6.1 Pflichten des Gesellschafters | 105 | 135 |
| 6.2 Haftungsrisiko des Gesellschafters | 105 | 135 |
| 6.2.1 Zivilrechtlich | 105 | 136 |
| 6.2.2 Strafrechtlich | 107 | 138 |
| 6.3 Beispiel | 107 | 138 |
| 6.4 Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 107 | 139 |
| 7 Haftungsrisiken des GmbH-Gesellschafters in Liquidation und Insolvenz | 109 | 140 |
| 7.1 Haftung des GmbH-Gesellschafters wegen Insolvenzverschleppung (<i>Koller/Maeder</i>) | 109 | 140 |
| 7.1.1 Pflichten der Gesellschafter | 109 | 140 |
| 7.1.2 Haftungsrisiko des GmbH-Gesellschafters | 110 | 141 |
| 7.1.2.1 Zivilrechtlich | 110 | 141 |
| 7.1.2.2 Strafrechtlich | 111 | 142 |
| 7.1.3 Beispiel | 111 | 142 |
| 7.1.4 Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 112 | 143 |
| 7.2 Durchgriffshaftung des GmbH-Gesellschafters: Rechtsformmissbrauch, Vermögensmischung, Unterkapitalisierung (<i>Löffler</i>) ... | 112 | 144 |
| 7.2.1 Pflichten des Gesellschafters | 112 | 144 |
| 7.2.2 Haftungsrisiko des Gesellschafters | 113 | 146 |
| 7.2.2.1 Zivilrechtlich | 113 | 146 |
| 7.2.2.2 Strafrechtlich | 114 | 146 |
| 7.2.3 Beispiel | 114 | 146 |
| 7.2.4 Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 114 | 147 |
| 7.3 Haftung des GmbH-Gesellschafters wegen existenzvernichtenden Eingriffs (<i>Koller/Maeder</i>) | 114 | 148 |
| 7.3.1 Pflichten des Gesellschafters | 115 | 148 |
| 7.3.2 Haftungsrisiko des Gesellschafters | 115 | 149 |
| 7.3.2.1 Zivilrechtlich | 115 | 149 |
| 7.3.2.2 Strafrechtlich | 116 | 149 |
| 7.3.3 Beispiel | 116 | 150 |
| 7.3.4 Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 117 | 151 |
| 7.4 Haftung des GmbH-Gesellschafters nach Eigenkapitalersatzrecht (<i>Fruth</i>) | 117 | 152 |
| 7.4.1 Pflichten des Gesellschafters | 117 | 152 |
| 7.4.2 Haftungsrisiko des Gesellschafters | 119 | 156 |
| 7.4.2.1 Zivilrechtlich | 119 | 156 |
| 7.4.2.2 Strafrechtlich | 119 | 157 |
| 7.4.3 Beispiele | 119 | 158 |
| 7.4.4 Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 120 | 160 |

| | Seite | Rn. |
|--|------------|------------|
| 7.5 Strafrechtliche Haftungstatbestände für GmbH-Gesellschafter (Fruth) | 121 | 161 |
| 7.5.1 Pflichten des Gesellschafters | 121 | 161 |
| 7.5.2 Haftungsrisiko des Gesellschafters | 122 | 163 |
| 7.5.2.1 Zivilrechtlich | 122 | 163 |
| 7.5.2.2 Strafrechtlich | 122 | 164 |
| 7.5.3 Beispiel | 123 | 164 |
| 7.5.4 Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 123 | 165 |
| 7.6 Haftung des GmbH-Gesellschafters in der Liquidation (Fruth) | 123 | 166 |
| 7.6.1 Pflichten des Gesellschafters | 123 | 166 |
| 7.6.2 Haftungsrisiko des Gesellschafters | 124 | 167 |
| 7.6.2.1 Zivilrechtlich | 124 | 167 |
| 7.6.2.2 Strafrechtlich | 124 | 167 |
| 7.6.3 Beispiel | 125 | 167 |
| 7.6.4 Maßnahmen zur Haftungsvermeidung | 125 | 169 |
| 8 Versicherungsschutz für GmbH-Gesellschafter (Hendricks) | 127 | 170 |
| 8.1 D&O-Versicherung | 127 | 171 |
| 8.2 Rechtsschutzversicherungen | 129 | 172 |
| 8.2.1 Vermögensschaden-Rechtsschutzversicherung | 129 | 173 |
| 8.2.2 D&O-Vertrags-Rechtsschutzversicherung | 129 | 174 |
| 8.2.3 Straf-Rechtsschutzversicherung | 129 | 175 |
| Stichwortverzeichnis | 131 | |

3.3 Nachhaltig Mehrwert schaffen und Haftung reduzieren durch Risiko-, Chancen- und Compliancemanagement (Scherer)

3.3.1 Ziele und Interessenlage von Gesellschaftern und Anteilseignern (shareholder)

(GmbH-) Gesellschafter und Anteilseigner (shareholder) möchten bezüglich ihrer Beteiligung am Unternehmen 20

- Rendite
- Wachstum des Wertes der Beteiligung
- wenig oder keine Risiken tragen
- und evtl. sonstige Ziele erreichen (operative oder strategische, z. B. durch Weisungen an die Geschäftsführung).

3.3.2 Vorhandene Rahmenbedingungen für die shareholder-Zielerreichung: Herausforderungen und Trends für Unternehmenslenker im 21. Jahrhundert (Scherer/Schedlbauer)

Die Zielerreichung der Gesellschafter wird von den derzeitigen und künftigen Rahmenbedingungen, denen sich die Unternehmen und Unternehmenslenker ausgesetzt sehen, beeinflusst. 21

Es ist einhellige Meinung, dass „das Rad sich immer schneller dreht“, „wir uns bald selbst überholen“, „der Wind rauer geworden ist“: Geschwindigkeit, sowie Qualität und Quantität von ex- und internen Veränderungen („Changes“) mit Einfluss auf den Unternehmenserfolg haben rasant zugenommen. Nicht nur mikro-, sondern auch makroökonomisch herrscht der „wind of change“.

Unabhängig von den „Changes“ hat die *Komplexität* des Unternehmensalltags zugenommen:

Megatrends, Virtualisierung, Globalisierung, Ressourcenverknappung, Technologisierung, Innovationsdruck, demographische Entwicklung (mit Auswirkungen wie *Fachkräftemangel* und *Veränderung von Konsumentenbedürfnissen*), *Ratinganforderungen* (mit den Gefahren unzutreffender oder unvollständiger Auskünfte³³), *Haftungsverschärfung* durch umfassende Compliance-Vorgaben, etc. stellen hohe Anforderungen an die Qualität und Stabilität des Unternehmers.

³³ Vgl. Mühl, Haftung für fehlerhafte Ratings, 1. Auflage 2010, S. 19 ff.; und ganz aktuell „Basel III“.

Dabei spielt auch die *Psyche* eine nicht zu unterschätzende Rolle:

Beim Unternehmer selbst, der einem *burn out* u. a. durch *work-life-balance* vorzubeugen sucht, aber auch in den (Finanz-) Märkten und bei den Konsumenten.³⁴

Noch vor kurzem auf dem Höhepunkt der Finanz- und Wirtschaftskrise (2009), wird Mitte 2010 bereits in den Medien das Ende der Krise und der Aufschwung bejubelt.

So manch ein Unternehmen hat jedoch aufgrund des negativen *Ratings* als Auswirkung der Krise noch mit einer *Kreditklemme* zu kämpfen.

Eine große Herausforderung bei sich derartig schnell ändernden Konjunkturzyklen ist es, gut gerüstet zu sein.

Einerseits, um in jedem Stadium brachliegende Chancen zu nutzen: So ist z. B. in der Krise häufig des einen Leid des anderen Freud: Für starke Unternehmen besteht die Möglichkeit, über strategische Übernahmen, z. B. geschwächter Mitbewerber oder auch von bedrohten Lieferanten, die eigenen Stärken auszubauen oder Marktanteile zu gewinnen. Im allgemeinen Aufschwung dagegen ist es lohnend, frühzeitig Trends zu erkennen. Beispielsweise erfreuen sich Unternehmen im Solarenergiebereich, die schnell auf den Bedarf reagiert haben, voller Auftragsbücher.

Und weil Rettungsboote nicht im Sturm gebaut werden³⁵ und nach der Krise immer auch vor der (nächsten) Krise ist, gilt es nicht nur Chancen zu nutzen, sondern auch Risiken und Gefahren vernünftig zu steuern.

Entscheidend scheint hier aber eine seriöse Trendforschung im Gegensatz zum „Blick in die Glaskugel“.

Nach der herrschenden Meinung in der Volkswirtschaft, die davon ausgeht, dass es keine zyklischen Konjunkturmuster gäbe und das Wachstum einer *Zufallsbewegung* folge, erscheint die Vorhersage von Konjunkturmustern ähnlich schwierig wie Wettervorhersagen über den Zeitraum von 10 Tagen hinaus.

22 Die Theorie der „Kondratjew-Zyklen“³⁶ sieht dagegen die Konjunktur-Zyklen als lange Wellen mit folgender vereinfachter Begründung: Investitionen in *Innovationen* führten häufig zur Entdeckung so genannter *Basisinnovationen*.³⁷

³⁴ Zahlreiche Erhebungen befassen sich u. a. mit „der Angst der Deutschen“ (auf den ersten Plätzen im Juni 2010 nach einer GFK-Studie „Challenges of Europe“ die Angst vor Arbeitslosigkeit (Platz 1 mit 66 %) und vor wirtschaftlicher Instabilität (Platz 2 mit 26 %). Weit hinten rangierend dagegen die Angst um die Staatsfinanzen (Platz 9/12 %) und die Angst um die deutsche Politik (Rang 10/10 %)). Oder mit dem „Ansehen von Berufsgruppen“: auf den ersten Plätzen nach einer ebenfalls im Juni 2010 veröffentlichten Studie der Gesellschaft für Konsum-, Markt- und Absatzforschung (GFK): Feuerwehrleute (Platz 1/97 %) und Ärzte (Platz 2/87 %). Weit abgeschlagen liegen Werbefachleute (drittletzter Platz/33 %) und Manager (vorletzter Platz/17 %) und ganz unten – wohl u. a. auch, weil diesen Kompetenz, Wille und Einsatz zur Lösung der aktuellen Problemstellungen nicht mehr zuge-
traut werden – die Politiker/14 %. Den größten Ansehensverlust in einem Jahr erlitten Banker und Kirchenvertreter mit jeweils ca. minus 15 %.

³⁵ Vgl. *Romeike, Hager*, Erfolgsfaktor Risiko-Management 2.0, 2. Auflage 2009.

³⁶ Vgl. <http://de.wikipedia.org/wiki/Kondratjew-Zyklus> (08. 03. 2010).

³⁷ Vgl. Focus 15/2010, S. 34: Die Autohersteller investierten 2009, im schlimmsten Krisenjahr, 4,4 % oder 20,9 Milliarden Euro mehr als im Vorjahr in Forschung und Entwicklung.

Diese Entdeckung und deren Umsetzung verursachten Aufschwung. Sofern im Aufschwung Innovationsinvestitionen nachlassen würden, käme es zu einer Ermüdung des Aufschwungs bis schließlich zum Abschwung.

Aus der ex post-Perspektive scheinen nach dieser Theorie zumindest vier abgeschlossene Kondratjew-Zyklen erkennbar:

Erster Kondratjew-Zyklus:

ca. 1780–1850 (70 Jahre): Industrialisierung in Deutschland (Dampfmaschine)

Zweiter Kondratjew-Zyklus:

ca. 1840–1890 (50 Jahre): Eisenbahn, Stahl, Dampfschiffe

Dritter Kondratjew-Zyklus:

ca. 1890–1940 (50 Jahre): Elektrotechnik, Schwermaschinen, Chemie

Vierter Kondratjew-Zyklus:

ca. 1940–1990 (50 Jahre): Integrierter Schaltkreis, Kernenergie, Transistor, Computer, Automobil

Der fünfte Kondratjew-Zyklus habe ca. 1990 begonnen und die Megatrends Informations- und Kommunikationstechnologie sowie Globalisierung beinhaltet.

Sollte das Ende des Zyklus 2010 (auslaufende Finanz- und Wirtschaftskrise) sein, hätte von 1780 bis heute eine Verkürzung der Dauer der Zyklen von 70 auf 50 auf 20 (!) Jahre stattgefunden, was mit der Schnelllebigkeit unserer Zeit durchaus korrespondieren würde.

Für den Unternehmenserfolg wichtiger erscheint die Frage, welche Themen derzeit und in naher Zukunft die Megatrends darstellen, was also der „6. Kondratjew“ bringt.

Der Wissenschaftler Leo Nefiodow nutzte die „Theorie der langen Wellen“ zu Prognosezwecken und bietet eine übersichtliche Auswahl von (globalen) Megatrends an: 23

- Biotechnologie
- Nanotechnologie
- Kernfusionsenergie
- Regenerative Energien, Energieeffizienz
- Psychosoziale Gesundheit und Kompetenz (healthcare) ³⁸

3.3.3 Trends in der Unternehmerhaftung³⁹

Für die Unternehmerhaftung gibt es eine einfache Formel:

³⁸ Vergleicht man die Konzernstrategien von Siemens oder anderer großer Unternehmen, mag es nicht nur als Zufall erscheinen, dass sich diese zum großen Teil mit den Themen der jeweiligen Kondratjew – Zyklen decken.

³⁹ Vgl. hierzu: *Scherer/Fruth* (Hrsg.), *Geschäftsführer-Compliance*, 1. Auflage 2009, S. 8.

Pflichtverletzung⁴⁰
 + Verschulden⁴¹
 + Schaden⁴²
 = Haftung⁴³

24 Die nachfolgenden Kapitel zeigen, dass dieser Formel nicht nur Mitarbeiter, Aufsichtsräte, Vorstände oder Geschäftsführer, sondern auch Gesellschafter unterliegen. Dieses Bewusstsein hat Manager, Geschäftsführer und Vorstände in den letzten Jahren durchaus erfasst und sensibilisiert. Managerhaftpflichtversicherungen für Führungskräfte sind den Unternehmen „lieb und teuer“ geworden. Bei Gesellschaftern besteht noch erheblicher Aufklärungsbedarf:

So ist es zwar möglich, bei einzelnen Versicherungen auch Gesellschafter gegen Vermögensschadenshaftung zu versichern. Die Versicherer scheinen die Haftungskonstellationen aber ebenso wenig zu kennen, wie die Gesellschafter oder deren „Gegner“ im Schadensfall.

Immer, wenn nach der oben genannten Formel Pflichtverletzung und Schadensverursachung im Raum stehen, werden je nach Sachverhalt erst einmal

- Medien⁴⁴
- Behörden
- Geschädigte und deren Rechtsanwälte
- Straf- und Zivilrichter

zu Gegnern, die sehr schnell im Vorfeld der eigentlichen Sanktionen schon erheblichen Reputationsschaden verursachen können.

Zunehmender Beliebtheit erfreut sich der Vorwurf der „Organisationspflichtverletzung“⁴⁵: Wenn etwas passiert, wird zunächst untersucht, ob fehlerhafte Organisation dafür ursächlich war und wer dafür verantwortlich zeichnet.

⁴⁰ Hier setzt Compliancemanagement an, also eine Organisation, die versucht, sicherzustellen, dass die wesentlichen Pflichten erkannt und befolgt werden.

⁴¹ Vorsatz oder Fahrlässigkeit: Leichteste Fahrlässigkeit genügt bereits, entsprechend der Formel „das hätte doch jedem passieren können ...“. Für die schwächste Form des Vorsatzes (dolus eventualis) genügt bereits, dass die negative Folge (Schadenseintritt) für möglich gehalten wird („möglicherweise kann schon etwas passieren ...“), der Verantwortliche sich damit abfindet („es ist eben so, aber wir müssen es machen, der Auftrag darf nicht verloren gehen ...“ oder „wenn wir es nicht tun, dann macht es der Mitbewerber“ etc.). Hinweis: Diverse (Gefährdungs-) Haftungstatbestände – z.B. im Straßenverkehrs-, Arzneimittel-, Produkthaftungsgesetz – verzichten auf die Voraussetzung des Verschuldens ganz; ebenso ist Verschulden nicht nötig, wenn Zusicherungen oder Garantien abgegeben wurden (§ 276 BGB seit der Schuldrechtsreform 2002).

⁴² Personen-, Sach- oder Vermögensschaden.

⁴³ Im Grunde kann die Haftung sowohl Unternehmen als auch jeden Mitarbeiter treffen. In Betracht kommen persönliche zivilrechtliche, aber z.B. bei Personenschäden oder vorsätzlich verursachten Sachschäden auch strafrechtliche Verurteilungen. Damit ist zum einen das gesamte Privatvermögen, aber u.U. auch die persönliche Freiheit gefährdet.

⁴⁴ Medien, insbesondere Presse, Fernsehen aber auch Internet-User betreiben nicht immer objektiven, sachlichen, investigativen Journalismus.

⁴⁵ Vgl. ausführlich Scherer, in: *Scherer/Fruth* (Hrsg.), *Geschäftsführer-Compliance*, 1. Auflage 2009, Kapitel 1 mit Beispielfällen wie Transrapid, Skyguide, Bad Reichenhall u.v.m. und Kapitel 4.1.7. zur rechtssicheren Unternehmensorganisation.

Katastrophen, Unglücksfälle, Schadensszenarien ereignen sich täglich, egal, ob im Freizeitbereich (Todesfälle beim Zugspitzlauf, Loveparade in Duisburg) oder im unternehmerischen Umfeld (von BP verursachte Ölkatastrophe, Complianceskandal bei Daimler, MAN oder Siemens, etc.). 25

Einige dieser Fälle zeigten, dass als Folge geradezu von heute auf morgen die Existenz von Weltkonzernen oder die persönliche Existenz Beteiligter auf dem Spiel stehen konnte.

Bisweilen ziehen sich Suche und Sanktion der Verantwortlichen auch in die Länge, aber verlaufen nicht zwangsweise im Sande:

Im Bhopal-Fall wurden erst unlängst 26 Jahre nach der Giftgas-Katastrophe Urteile gefällt: Acht frühere Manager, überwiegend über 70 Jahre alt, wurden wegen fahrlässiger Tötung von bis zu 15000 Menschen zu zwei Jahren Haft verurteilt und gegen Kaution vorläufig freigelassen. Bereits 1987 war das Strafverfahren gegen die indischen Angestellten eröffnet worden. Anlass war die Nichteinhaltung von Sicherheitsauflagen, die dazu führte, dass am 03.12.1984 40 Tonnen hochgiftige Gase aus der Chemiefabrik des US-Unternehmens Union Carbide entweichen konnten. Das der Tötung durch Fahrlässigkeit für schuldig befundene Unternehmen (Unternehmensstrafrecht) Union Carbide India existiert mittlerweile nicht mehr.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Anforderungen an Unternehmen und Beteiligte komplexer und schärfer werden, während gleichzeitig die Haltung von so genannten Stakeholdern, also z.B. Behörden, Verbrauchern, Kunden etc. immer anspruchsvoller wird: 26

Einher mit Forderungen höchster Innovationsstufe gehen die Rufe nach bester Qualität und Sicherheit.⁴⁶

Eine Sonderstellung im Unternehmen nehmen beim Thema „Rechtsichere Organisation/Delegation von Aufgaben und Verantwortlichkeiten“ Sonderbeauftragte wie Datenschutz-, Brandschutz-, Gewässerschutz-, Immissionsschutz-, Strahlenschutz-, Qualitätssicherungs-, Risiko-, Compliance-, Arbeitssicherheits- (und viele mehr) –Beauftragte ein.⁴⁷

Stark diskutiert wird derzeit eine aktuelle Entscheidung des BGH⁴⁸ zur Stellung und Verantwortlichkeit eines Sonderbeauftragten im Bereich Compliance. 27

Der BGH stellt hierzu fest, dass die Betrauung mit besonderen Pflichten auch die Verantwortung und damit auch die Haftungsgefahr des Betroffenen erhöht, wobei u.a. eine besondere Bedeutung der *Stellenbeschreibung* zukommen kann:

„19b) Die Verurteilung des Angeklagten wegen Beihilfe zum Betrug hält im Ergebnis rechtlicher Überprüfung stand.

22bb) Dagegen hat das LG zu Recht aus der Stellung des Angeklagten W als Leiter der Rechtsabteilung und der Innenrevision eine Garantenstellung hergeleitet ...

23(1) Durch die Übernahme eines Pflichtenkreises kann eine rechtliche Einstandspflicht i.S. des § 13 I StGB begründet werden. Die Entstehung einer Garantenstellung hieraus folgt aus der Überlegung, dass denjenigen, dem Obhutspflichten für eine bestimmte Gefahrenquelle übertragen sind (vgl. Roxin, S. 712ff.), dann auch eine „Sonderverantwortlichkeit“ für die Integrität des von ihm übernommenen Verantwortungsbereichs trifft.

⁴⁶ Vgl. hierzu Scherer, in: Scherer/Fruth (Hrsg.), *Geschäftsführer-Compliance*, 1. Auflage 2009, S. 8.

⁴⁷ Vgl. hierzu Scherer, in: Scherer/Fruth (Hrsg.), *Geschäftsführer-Compliance*, 1. Auflage 2009, S. 50, 51.

⁴⁸ BGH, Urteil vom 17.07.2009, 5 StR 394/08, NJW 2009, S. 3173ff.

24 Eine Garantenpflicht wird weiterhin dadurch begründet, dass der Betreffende eine gesetzlich vorgesehene Funktion als Beauftragter übernimmt, etwa als Beauftragter für Gewässerschutz (§§ 21ff. WHG) Immissionsschutz (§§ 53ff. BImSchG) oder Strahlenschutz (§§ 31ff. Strahlenschutz VO).

(26)(2) Der Inhalt und der Umfang der Garantenpflicht bestimmen sich aus dem konkreten Pflichtenkreis, den der Verantwortliche übernommen hat.

Entscheidend kommt es auf die Zielrichtung der Beauftragung an, ob sich die Pflichtentstellung des Beauftragten allein darin erschöpft, die unternehmensinternen Prozesse zu optimieren und gegen das Unternehmen gerichtete Pflichtverstöße aufzudecken und künftig zu verhindern, oder ob der Beauftragte weitergehende Pflichten dergestalt hat, dass er auch vom Unternehmen ausgehende Rechtsverstöße zu beanstanden und zu unterbinden hat. Unter diesen Gesichtspunkten ist gegebenenfalls die Beschreibung des Dienstpostens zu bewerten.

- 28 (27) Eine solche, neuerdings in Großunternehmen als „Compliance“ bezeichnete Ausrichtung wird im Wirtschaftsleben mittlerweile dadurch umgesetzt, dass so genannte „Compliance Officers“ geschaffen werden. Deren Aufgabengebiet ist die Verhinderung von Rechtsverstößen, insbesondere auch von Straftaten, die aus dem Unternehmen heraus begangen werden und diesem erhebliche Nachteile durch Haftungsrisiken oder Ansehensverlust bringen können. Derartige Beauftragte wird regelmäßig strafrechtlich eine Garantenpflicht i.S. des § 13 I StGB treffen, solche im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Unternehmens stehende Straftaten von Unternehmensangehörigen zu verhindern. Dies ist die notwendige Kebrseite ihrer gegenüber der Unternehmensleitung übernommenen Pflicht, Rechtsverstöße und insbesondere Straftaten zu unterbinden“.

Fazit: Sowohl Unternehmen wie auch der jeweilige Beauftragte sollten ein originäres Interesse an der optimalen Aufgabenerfüllung haben.

3.3.4 Risiko- und Chancenpotenzial aus Sicht von Unternehmen und Banken

- 29 Von Herbst 2009 bis Januar 2010 (während der Finanz- und Wirtschaftskrise) wurden im Rahmen einer vom Autor betreuten Masterarbeit⁴⁹ im ostbayerischen Raum insgesamt 6.500 Geschäftsführer von Mittelstandsunternehmen mit 50 bis 1500 Mitarbeitern und Leiter von Banken zur Thematik Risiko-, Chancen- und Compliancemanagement im Mittelstand befragt.⁵⁰

Von den über 500 antwortenden Unternehmenslenkern sollten u. a. im eigenen Unternehmen die Bereiche mit den höchsten Risiken und Chancen beurteilt werden.

Interessant war, dass in den Abteilungen mit den (geschätzt) meisten Risiken auch die größte Zahl brachliegender Chancen vermutet wurden.

⁴⁹ Unterwiener (Scherer), Risiko-, Chancen-, und Compliancemanagement zur nachhaltigen Sicherung und Steigerung des Unternehmenswertes im Mittelstand, Hochschule Deggendorf, Masterarbeit 2010.

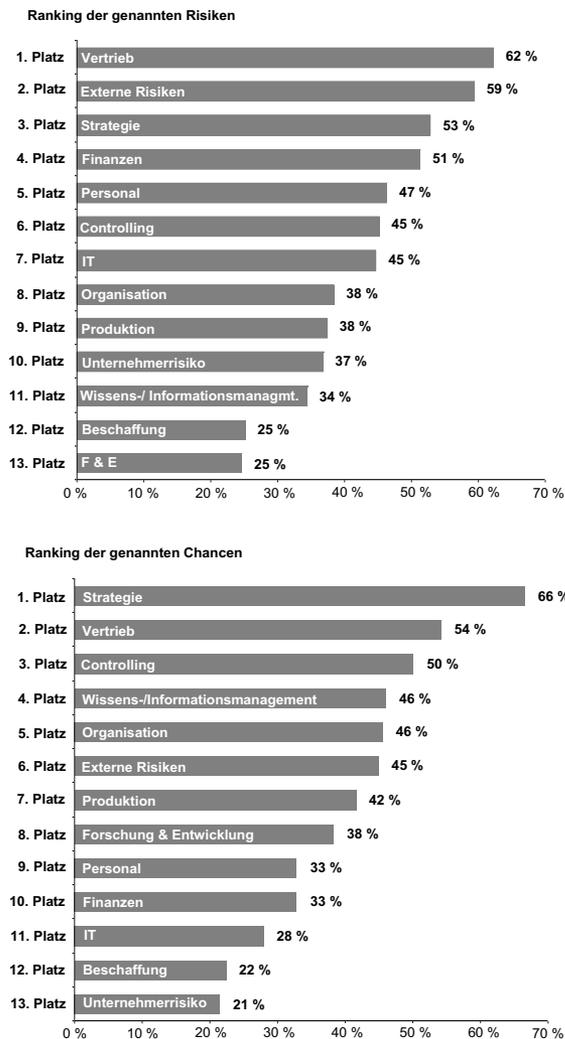
⁵⁰ Die Ergebnisse der Studie können über www.scherer-rieger.de kostenlos angefordert werden.

Führend sowohl bei Risiken als auch bei Chancen waren Vertrieb und Strategie. Finanzen, Personal und Organisation folgten im Ranking.

Der Umfrage lag folgende Fragestellung zugrunde:

Risiko- und Chancenmanagement ist eine weltweit anerkannte Möglichkeit, Schwachstellen aus eigener Kraft schnell und erfolgreich zu beheben und Chancen im Unternehmen zu erkennen. Bewerten Sie bitte die folgenden Bereiche Ihres Unternehmens in Bezug auf das Risiko- und Chancenpotential.

Die Ergebnisse:



3.3.5 Nachhaltige Unternehmenswertoptimierung bei gleichzeitiger Haftungsreduzierung: ein Widerspruch?

3.3.5.1 Nachhaltige Unternehmenswertoptimierung versus klassische Unternehmensbewertungsmethoden

30 Die klassischen Anreizsysteme für Manager knüpften in der Vergangenheit nicht an die Schaffung und Steigerung nachhaltiger Unternehmenswerte. Die Beschränkung der Laufzeit des Anstellungsvertrages und die Messung des für Provisionen, Tantiemen, etc. als maßgeblich vereinbarten Unternehmenserfolges anhand kurzfristiger Umsatz-, Gewinn- oder Börsenkursentwicklung motivierten nicht zwingend zur Nachhaltigkeit, sondern zum Aufbau einer virtuellen Wirtschaftswelt mit Scheinwerten und zahlreichen platzenden Blasen.⁵¹

Die Untersuchungen in Folge der Finanzkrise zeigten, dass von Banken faule Papiere zuhauf versilbert wurden, dass von Emittenten auf den Misserfolg von Fonds spekuliert wurde, dass ganze Nationen schon lange vor der Insolvenz standen und – weil Zahlen und Bilanzen manipuliert waren – ungetrübt weiter Misswirtschaft betreiben konnten. Skandale über Skandale häuften sich („Goldmann Sachs“, „Hypo Alpe Adria“ usw.).

Weit und breit fehlte es nicht an Risikomanagementtools, sie wurden nur lediglich (bewusst) nicht oder nicht richtig eingesetzt.⁵²

In dieser „Wirtschafts- und Finanz-„Sims“-Welt“ verwundert eine Meldung, das Oberlandesgericht Stuttgart habe eine Bank zu Schadensersatz verurteilt, weil es die verkauften Zinsswaps⁵³ nicht als Finanzprodukte im Sinne von Investment, sondern als *Glücksspiel* einstufte, nicht. Dass damit die Banker die rechtlichen Kriterien der Täuschung erfüllten, wird auch in der Wissenschaft so gesehen.⁵⁴

31 Die klassischen Unternehmensbewertungsmethoden⁵⁵ (Ertragswertverfahren, Discounted Cash Flow-Verfahren, Substanzwertverfahren) oder Kombinationsverfahren (Stuttgarter Verfahren, Mittelwert- oder Übergewinnverfahren) versuchen mit Daten aus der Vergangenheit (Umsätze, Gewinne, Cash-flow, Ebit⁵⁶) die zukünftige Rentabilität eines Investments in dieses Unternehmen und damit den aktuellen und künftigen Wert zu bestimmen.

⁵¹ Margit Osterloh, Leiterin des Instituts Organisations- und Innovationsmanagement an der Universität Zürich erforschte in einer der bisher umfassendsten Metastudie die Wirkung von Bonuszahlungen. Sie kritisiert vor allem schwache Kontrollgremien und Aufsichtsräte. Es zeige sich, dass, sobald die Grundsätze der guten Unternehmensführung (Corporate Governance Codex) nur schwach angewendet werden, Vorstandseinkommen deutlich höher sind. Beispielsweise, wenn Aufsichtsräte in vielen dieser Gremien saßen und untereinander verflochten seien oder Aufsichtsräte unter dem gegenwärtigen Vorstandsvorsitzenden ernannt worden seien oder starke Aktionärsgruppen fehlen würden, vgl. Focus 15/2010, S. 131, 132.

⁵² Vgl. *Romeike* (Hrsg.), Die Bankenkrise, Ursachen und Folgen im Risikomanagement, 2010.

⁵³ Spekulationen auf die Entwicklung des Zinses.

⁵⁴ Focus 14/2010, S. 44.

⁵⁵ Vergleiche hierzu *Scherer, Kittl, Grziwotz, Hagenbuchner, Rieger*, Vermögensnachfolge: Praxishandbuch Unternehmensnachfolge und Erbrecht, 2006, S. 147–157.

⁵⁶ earnings before interest and tax.

In der Praxis enden Verhandlungen häufig ohne Erfolg oder der Kaufpreis errechnet sich nach einer Faustformel in einem Rahmen von drei bis fünf mal Ebit.⁵⁷

Besonders auffällig zeigte sich in den letzten beiden Jahren jedoch auch gerade bei Unternehmen in der Krise, dass die für klassische Bewertungsmethoden heran zu ziehenden Faktoren wie Umsatz oder Gewinn der letzten Jahre aktuell nur noch Schall und Rauch und damit für die Berechnung des Wertes oder die Erstellung einer Fortführungsprognose eines Unternehmens wertlos waren. Ebenso die (Verkehrs-) Werte von Vermögensgegenständen (vgl. Substanzwert- oder Kombinationsverfahren). Immobilien Erlösen in der Kri-

⁵⁷ Exkurs: Die Ertragswertmethode basiert auf der Überlegung, dass der Unternehmenswert auf der Basis der künftigen Einnahmeüberschüsse und nicht auf der Basis der vorhandenen Unternehmenssubstanz ermittelt wird. Die zukünftigen Einnahmeüberschüsse sind grundsätzlich aus einer Ertragsvorschau abzuleiten, in der die Einnahmen und Ausgaben prognostiziert werden. Die hierbei notwendige Prognose der künftigen Zahlungsströme ist mit erheblichen Schätzproblemen verbunden. Daher wird häufig versucht, die zukünftigen Gewinne aus den Erträgen der Vergangenheit abzuleiten. Dem liegt die Vorstellung zu Grunde, dass die Ertragskraft eines Unternehmens bei stabilem Umfeld in Zukunft ähnlich liegen wird wie in der Vergangenheit.

Mit dem Kapitalisierungszinsfuß abzgl. Risiko- und Geldwertungsabschlag werden zukünftig zu erwartende Gewinne auf den Tag der Übernahme abgezinst. Bei der Berechnung des Ertragswertes ist grundsätzlich von einem „ewigen Bestand“ des Unternehmens auszugehen, wenn keine konkreten Anhaltspunkte für eine zeitnahe Beendigung des Unternehmens vorliegen. Das Ertragsverfahren ist das im deutschsprachigen Raum immer noch vorherrschende Verfahren der Unternehmensbewertung.

Insbesondere Unternehmensberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften greifen jedoch immer häufiger auf das Discounted Cash Flow-Verfahren (DCF-Verfahren) zurück. Im Unterschied zum Ertragswertverfahren werden hier nicht zukünftige Gewinne, sondern künftige Cash Flows mit dem Kapitalisierungszinssatz abgezinst. Der Cash Flow sagt mehr über die Finanzkraft eines Unternehmens aus als der Gewinn und berechnet sich – nach der Differenz zwischen unternehmensbezogenen Einnahmen und unternehmensbezogenen Ausgaben innerhalb einer bestimmten Periode.

Beim Substanzwertverfahren wird der Unternehmenswert nach der Summe der im Unternehmen vorhandenen Vermögensgegenstände zum Verkehrswert abzüglich aller Schulden ermittelt. Es werden nur die selbstständig verkehrsfähigen, d. h. einzeln veräußerbaren und materiellen Vermögensgegenstände angesetzt, nicht dagegen immaterielle Vermögensgegenstände wie z. B. der Goodwill, Investitionen in Werbung, Forschung und Entwicklung sowie Ausbildung der Mitarbeiter, entgeltlich erworbene Konzessionen, Patente oder Lizenzen. Der Substanzwert spielt bei der Unternehmensbewertung heute isoliert betrachtet keine Rolle mehr, da er die entscheidende Komponente des Geschäftswertes außer Acht lässt. Lediglich als Hilfsgröße im Rahmen der Kombinationsverfahren kommt ihm heute noch eine Bedeutung zu.

Kombinationsverfahren basieren auf der Grundüberlegung, dass zwar der Ertragswert den eigentlichen Unternehmenswert darstellt, dass jedoch seine Ermittlung in der Praxis mit sehr großen Unsicherheiten behaftet ist, so dass die vorhandene Unternehmenssubstanz in die Bewertung mit einzubeziehen ist.

Kombinationsverfahren existieren hauptsächlich in den Varianten des Mittelwertverfahrens, des Übergewinnverfahrens und des sog. „Stuttgarter Verfahrens“.

Das Mittelwertverfahren bildet einen Mittelwert zwischen Ertrags- und Substanzwert.

Das Übergewinnverfahren ermittelt zunächst eine Nominalverzinsung auf den im Unternehmen gebundenen Substanzwert. Diese Nominalverzinsung wird vom Jahresüberschuss in Abzug gebracht. Nur der über die Nominalverzinsung hinausgehende Jahresüberschuss (Übergewinn) wird als zukünftiger Ertrag kapitalisiert. Der Unternehmenswert ergibt sich als die Summe aus Substanzwert und abgezinstem Übergewinn.

Das sog. „Stuttgarter Verfahren“ zeichnet sich dadurch aus, dass es die beiden am schwierigsten zu bestimmenden Vorgaben zur Unternehmensbewertung pauschaliert. So wird der Kapitalisierungszinsfuß auf 9% festgelegt und die Dauer der Kapitalisierung auf 5 Jahre befristet. Wegen der in Zukunft abnehmenden Prognostizierbarkeit werden die Unternehmensgewinne aus dem gewichteten Durchschnitt der vergangenen drei Geschäftsjahre errechnet. Auf Grund der Vereinfachung der wichtigen Parameter wird das „Stuttgarter Verfahren“ als Massenverfahren für nicht börsennotierte Unternehmen und vor allem dann angewandt, wenn sich die Parteien auf keine andere Bewertungsmethode einigen können.

senverwertung häufig nicht einmal annähernd die Beleihungswertgrenze von i.d.R. 60% des Verkehrswertes, sondern sind häufig sogar unverwertbar. Maschinen haben im Zerschlagungsfall oft nur noch Schrottwert. Rohstoffe, Vorräte und halbfertige Erzeugnisse müssen mangels Fortbestand des Geschäftsbetriebes weit unter Anschaffungswert veräußert werden, sofern sich überhaupt ein Interessent finden lässt. Offene Forderungen, die nicht einem funktionierenden Forderungsmanagement mit vollständiger Dokumentation, Sicherheitenvereinbarung etc. unterlagen, erweisen sich auf Grund zahlloser Einreden der Drittschuldner als nicht durchsetzbar.

- 32 Doch nicht nur für (übertragende) Sanierungen von Unternehmen in Krise und Insolvenz, sondern auch bei Merger- und Aquisitions-Transaktionen (Unternehmens-(ver)käufe, Fusionen etc.), bei Vorbereitungen zum Börsengang, bei der Durchführung von Unternehmensnachfolgen oder Finanzierungsverhandlungen mit Investoren oder Kreditgebern, sind die Substanzwerte und vergangene Umsatz- und Gewinnzahlen nicht von primärem Interesse, weil nicht zwingend beständig.

Daraus lässt sich die These herleiten, dass die klassischen Bewertungsmethoden nur dann tauglich wären, wenn eine überwiegende Wahrscheinlichkeit bestünde, dass das Unternehmen trotz rasanter in- und externer Veränderungen („Changes“) sich stabil hält oder gar positiv entwickelt.

Da diese überwiegende Wahrscheinlichkeit nicht generell vermutet werden kann, stellt sich die Frage, welche Faktoren, Informationen und Kennzahlen den überwiegend wahrscheinlichen Schluss auf Stabilität und eine nachhaltige Unternehmenswertentwicklung zulassen. Zur Beantwortung ist u.U. Umdenken – auch ethisch – oder eine Rückbesinnung auf die Lehren der Betriebs- und Volkswirtschaftslehre nötig:

Es ist zu eruiieren, welche Faktoren im Unternehmen heutzutage Stabilität, Nachhaltigkeit und Mehrwert erzeugen.

3.3.5.2 *Faktoren nachhaltiger Unternehmenswertoptimierung und neue Aspekte für Unternehmensbewertungsmethoden (value development)*

- 33 Ansätze des „value development“, die Einstufung von Themen in die Führungsprozessebene, die Zielbereiche zahlreicher Balanced Scorecards oder eines Standard-Businessplans betonen als Erfolgsfaktoren eines Unternehmens die Bereiche⁵⁸
- Strategie⁵⁹
 - Organisation⁶⁰
 - Beschaffung⁶¹
 - Vertrieb⁶²

⁵⁸ Diese Bereiche wurden auch in der oben unter 3.3.4 dargestellten Umfrage als besonders risiko-, aber auch chancenräftig beurteilt.

⁵⁹ Mit Trendanalysen und Innovationsorientierung.

⁶⁰ Mit effizienten, qualitativ hochwertigen, transparenten, rechtssicheren und Risiko steuernden Prozessabläufen, rechtssicherer Delegation, Informations- und Wissensmanagement, klaren Zuständigkeiten und Dokumentation.

⁶¹ Lieferantenpotenzial und -sicherheit.

⁶² Kundenpotenzial und Vertriebsprozessoptimierung.

- Personal und Management⁶³
- Finanzen

Sofern diese Bereiche einem kompetenten Rating unterzogen werden, lässt das Ergebnis Rückschlüsse auf das Risiko oder vor allem (Wachstums-) Potenzial des Unternehmens zu. Ein gelebtes und funktionierendes Risiko-, Chancen- und Compliancemanagement sorgt ergänzend für Stabilität und Qualität in Planungen.

Die aktuellsten Standards für Risikomanagementsysteme (DIN ISO 31000 (2008) und ONR 49 000 (2010)) betonen die von anderen Risikomanagementstandards abweichende Betrachtung aller Unternehmensbereiche.⁶⁴

Sollten Rating-Kennzahlen und Risikomanagement-Audit zufriedenstellend ausfallen, lassen sich – unter Einbeziehung dieser Ergebnisse als Zu- oder Abschläge – die klassischen Bewertungsmethoden weiter praktizieren. 34

Sofern jedoch entsprechende Informationen negativ zu bewerten sind oder fehlen, dürfte die Heranziehung der herkömmlichen Bewertungsansätze nicht zielführend sein.

Es ist u.U. sogar zu erwarten, dass sich Berater der Investoren, die sich unter Außerachtlassung obiger Ansätze nur auf die klassischen Methoden stützen, bei missglückten Transaktionen unangenehmen Fragen des Erwerbers ausgesetzt sehen.

Obige These stützend erscheint die jüngste Initiative für eine „Generalüberholung“ internationaler Bilanzstandards.⁶⁵

3.3.5.3 *Compliancerisiken optimal managen (Scherer/Mühlbauer)*

Dass Compliancerisiken zwingend vom Risikomanagement abzudecken sind, weil sie sich sehr häufig als existenzgefährdend erweisen, zeigten in jüngster Vergangenheit Fälle wie Siemens, BP u.v.m. 35

⁶³ Qualifikation und Motivation.

⁶⁴ Vgl. hierzu *Schwanitz*, Offene Baustelle: Mit ISO 31000 wappnen sich Unternehmen gegen Risiken und hoffen, so mehr Aufträge zu bekommen, Financial Times Deutschland vom 03.08.2010, Beilage enable 8/2010, S. 22 (Bericht über die erstmalige Auditierung und Zertifizierung eines Unternehmens in Deutschland durch TÜV Süd nach diesen Standards [unter Betreuung des Autors]. Der Bericht kann als Sonderdruck unter www.scherer-gerger.de angefordert werden).

⁶⁵ Vgl. Financial Times Deutschland vom 03.08.2010, S. 1, Sanderson/Engemann: Phalanx für bessere Bilanzregeln: Mehr Transparenz und Betonung weicher Faktoren: „Ein breites Bündnis aus Großkonzernen, Regulierern, Wirtschaftsprüfern und Börsenbetreibern will die internationalen Bilanzstandards generalüberholen. Die gestern gegründete Initiative mit dem Kürzel IIRC hat sich vor allem zum Ziel gesetzt, die Jahresabschlüsse transparenter zu machen und dem Faktor Nachhaltigkeit mehr Bedeutung beizumessen. Die internationale Allianz reagiert auf die Defizite der aktuellen Bilanzstandards, die als mitverantwortlich für die Finanzkrise gelten. Die Initiative hat die Rückendeckung des US-Bilanzregelsetzers FASB und des europäischen Pendants IASB. Deshalb gilt als wahrscheinlich, dass die Empfehlungen des Bündnisses in künftige Regelwerke einfließen. Im Laufe des Jahres will das IIRC – die Abkürzung steht für International Integrated Reporting Committee – ein Bündel an Maßnahmen entwickeln, das im nächsten Jahr den Regierungen der G20-Staaten vorgeschlagen werden soll. Die vier großen globalen Wirtschaftsprüfer Deloitte, PwC, KPMG und Ernst & Young unterstützen das Projekt. Das IIRC will die gesamte Bandbreite der Unternehmensberichterstattung radikal durchleuchten. So sollen neben reinen Zahlen auch Kommentare des Managements, die Unternehmensführung, die Angaben zur Vergütung des Managements und soziale wie ökologische Angaben auf den Prüfstand. Insbesondere nichtfinanzielle Faktoren sollen ein größeres Gewicht in der integrierten Berichterstattung gewinnen. ...“.

Unternehmerhaftung des GmbH-Gesellschafters

Vereinfacht dargestellt heißt Compliancemanagement, dafür zu sorgen, dass die für Unternehmen und deren Beteiligte geltenden wesentlichen Pflichten bekannt sind und beachtet werden.

In der Praxis zeigen sich diesbezüglich diverse Schwierigkeiten:

Die Erstellung und laufende Aktualisierung eines Pflichtenkatasters erfordert u. a. spezialisiertes, juristisches know how. Ebenso müssen die häufig von Gesetzgeber, Rechtsprechung oder Behörden verfassten Vorgaben in eine für Unternehmer und Mitarbeiter verständliche Sprache übersetzt werden.⁶⁶

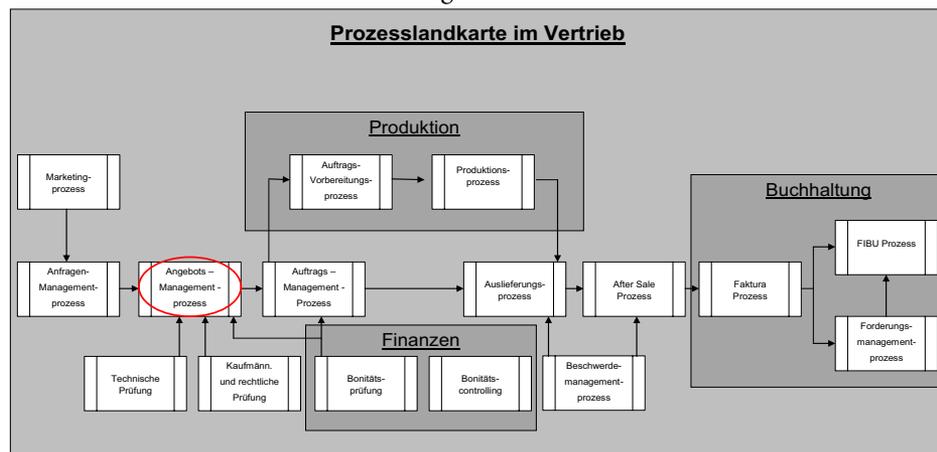
Eine weitere Schwierigkeit ist die Beantwortung der Frage, wie die (übersetzten und hoffentlich richtig interpretierten) Anforderungen so in die Ablauforganisation des Unternehmens implementiert werden können, dass der gewünschte Erfolg auch eintritt.

Dokumentation, Controlling, Monitoring und Reporting gehören zum Compliance-Risikomanagement natürlich auch.

Sehr häufig besteht in den Unternehmen eine gewisse Antipathie gegen Risiko-, Chancen- und Compliancemanagement, aus Angst, es werde ein neues Managementsystem mit Handbüchern und viel Bürokratie mit erheblichem finanziellen und zeitlichen Aufwand für die Mitarbeiter aufgebaut. Dabei sollten neben der Einführung eines eigenen Risiko- und Compliancemanagement – Prozesses für Risiken, die nicht in Prozessabläufen „schlummern“, die bereits vorhandenen Prozesse lediglich mit Risiko- und Compliancethemen angereichert und somit in die vorhandenen Systeme integriert werden. Der Standard PAS 99 versucht ebenfalls, QM, Umwelt, Arbeitssicherheit etc. zu integrieren.

Beispiel:

Der Vertriebsprozess lässt sich – pauschal – wie folgt darstellen und ist in vielen Unternehmen bereits – oft sogar dokumentiert – vorhanden.



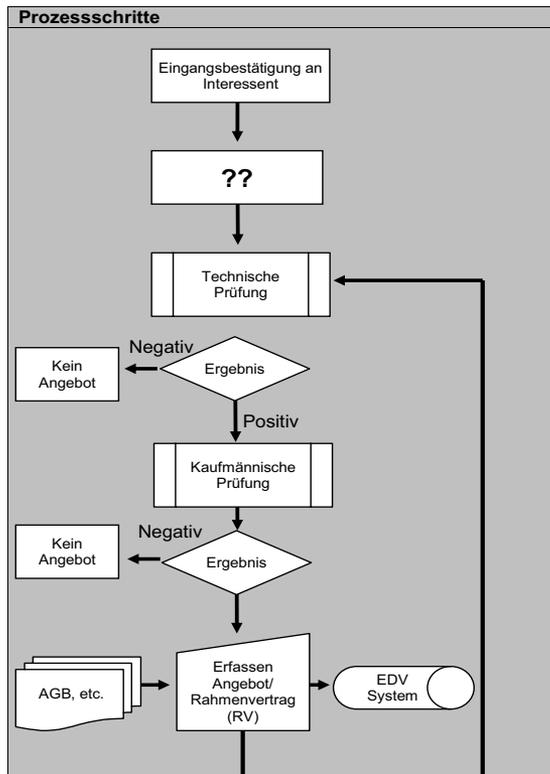
⁶⁶ Vgl. § 164 Abs. 2 BGB: „Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, in eigenem Namen zu handeln, nicht in Betracht.“ Soll heißen: Ein Stellvertreter sollte immer deutlich machen, dass er nicht für sich selbst, sondern für den Vertretenen handelt, weil er sich sonst u.U. (§ 179 BGB) selbst verpflichtet und nicht einwenden kann, er habe dies aber nicht gewollt. Vgl. auch *Klindt*, NJW 2010, S. 2385, 2387, 2a) a. E.

Dieser Vertriebsprozess wird nun – auch – mit Risiko-, Chancen- und Complianceelementen angereichert und damit optimiert. So hat der Einbau einer Bonitätsprüfung des Kunden in den Vertriebsprozess finanzrisiko- und haftungsreduzierende Wirkung: Es ist zu verhindern, dass durch einen wesentlichen Forderungsausfall eines Kunden mit schlechter Bonität das Unternehmen im Bestand gefährdet wird. Außerdem würde bei einem wesentlichen finanziellen Verlust wegen fehlender Bonitätsprüfung der Geschäftsführer der Gesellschaft (wegen Organisationspflichtverletzung) persönlich haften.⁶⁷

Dazu ist bei allen Prozessschritten nach Risiko-, Chancen- und Complianceanforderungen mittels Checkliste, Brainstorming etc. (Eruierungsphase) zu suchen. Diese sind anschließend zu bewerten (Evaluation) und bei Überschreitung der von der Geschäftsleitung festgelegten Wesentlichkeitsgrenze als Prozessschritte in den Prozessablauf einzubauen.

Beispiel:

Angebotsprozess (Ausschnitt)



Ergänzung des Prozesses um den Schritt „Identitäts- und Bonitätsprüfung“

⁶⁷ BGH GmbHR 1981, S. 191 = WM 1981, S. 440; vgl. zum Thema der Prozess- und Organisationsgestaltung *Klindt/Pelz/Theusinger*, Compliance im Spiegel der Rechtsprechung, NJW 2010, S. 2385 ff.

Unternehmerhaftung des GmbH-Gesellschafters

| Prozessschritte | Risiko, Chancen, Compliance | Negative Auswirkungen | Maßnahmen |
|-----------------|--|--|---|
| | <p>Risiko, Chancen, Compliance</p> <ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Interessent verärgert, da er keine Rückmeldung über die Bearbeitung bekommt. <input type="checkbox"/> Kunde schreibt unfreundlich formuliert wurde. <input type="checkbox"/> Identitäts- und Bonitätsprüfung wird nicht durchgeführt. <input type="checkbox"/> Unzureichende und fehlerhafte Identitäts- und Bonitätsprüfung (veraltete Daten) <input type="checkbox"/> Falsche Rückschlüsse werden durch die Identitäts- und Bonitätsprüfung gezogen. <input type="checkbox"/> Interessent ist verärgert, da er kein Angebot bekommt. <input type="checkbox"/> Technische Prüfung wird nicht oder nur unzureichend durchgeführt <input type="checkbox"/> Falsche Einschätzung (Zeit, Umfang,...) <input type="checkbox"/> Interessent ist verärgert <input type="checkbox"/> Kaufmännische Prüfung wird nicht oder nur unzureichend durchgeführt <input type="checkbox"/> Falsche Preiskalkulation <input type="checkbox"/> Falsche Rückschlüsse werden durch die durchgeführte kaufmännische Prüfung gezogen. <input type="checkbox"/> Interessent ist verärgert, da er kein Angebot bekommt <input type="checkbox"/> Ausführbestimmungen nicht oder unzureichend beachtet <input type="checkbox"/> Falsche Unterlagen / Dokumente etc. werden zur Angebotsstellung herangezogen (z.B.: AGB's, Zeichnungen,...) <input type="checkbox"/> Unwirksame Vertragsklauseln | <p>Negative Auswirkungen</p> <ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Verlust des Kunden <input type="checkbox"/> Kunde kauft beim Konkurrenten <input type="checkbox"/> Keine zukünftigen Anfragen <input type="checkbox"/> Kunde verlangt z.B. bessere Konditionen als Ausgleich. <input type="checkbox"/> Angebot wird erstellt, obwohl Interessent keine finanziellen Mittel zur Verfügung hat (Ressourcen Verschwendung) <input type="checkbox"/> Haftung des Geschäftsführer bei fehlender Bonitätsprüfung <input type="checkbox"/> Umsatzeinbuße durch Ablehnung der Angebotsstellung <input type="checkbox"/> Produkt kann nicht erstellt/ rechtzeitig geliefert werden „Schadensersatz“ <input type="checkbox"/> Haftungsgefahr <input type="checkbox"/> Höhere Kosten bei Produktrealisierung <input type="checkbox"/> Unternehmensziel wird nicht erreicht <input type="checkbox"/> Falsches Kundenportfolio <input type="checkbox"/> Strafrechtliche und zivilrechtliche Haftung <input type="checkbox"/> Kostendeckung nicht gegeben <input type="checkbox"/> Ressourcenverschwendung zeitlich und finanziell. <input type="checkbox"/> Lieferverzug <input type="checkbox"/> Zivilrechtliche Haftung <input type="checkbox"/> Schadensersatz <input type="checkbox"/> Kostendeckung nicht gegeben | <p>Maßnahmen</p> <ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Standardvorlage erstellen <input type="checkbox"/> Checkliste für den Angebotsprozess <input type="checkbox"/> Checkliste für den Angebotsprozess <input type="checkbox"/> EDV technische Absicherung dieses Schrittes <input type="checkbox"/> Stichprobenkontrolle <input type="checkbox"/> Schulung der Mitarbeiter <input type="checkbox"/> EDV technische Absicherung dieses Schrittes (Häkchen setzen) <input type="checkbox"/> Checkliste für den Angebotsprozess <input type="checkbox"/> Schulung der Mitarbeiter <input type="checkbox"/> Stichprobenkontrolle <input type="checkbox"/> EDV technische Absicherung dieses Schrittes (Häkchen setzen) <input type="checkbox"/> Checkliste für den Angebotsprozess <input type="checkbox"/> Schulung der Mitarbeiter <input type="checkbox"/> Stichprobenkontrolle <input type="checkbox"/> Lieferverzug <input type="checkbox"/> Rahmenvertrag <input type="checkbox"/> Vertragsmanagement <input type="checkbox"/> Schulung der Mitarbeiter |

3.3.5.4 Alter Wein in neuen Schläuchen?

Es gab auch vor Risiko-, Chancen- und Compliancemanagement, das mit KonTraG, SOX, COSO, BilMoG, MaRisk und ganz aktuell MaComp⁶⁸, etc. gesetzlich verpflichtend wurde und sich allmählich zu verbreiten begann, Instrumentarien, die eingesetzt werden konnten, um Risiken und Chancen, Stärken und Schwächen zu beleuchten: 37

SWOT-Analysen, Due diligence-Checklisten, Anforderungen an Sanierungskonzepte nach IDW-Standard, Business-Pläne, etc.:

All diesen Werkzeugen ist gemeinsam, dass diverse Unternehmensbereiche genauer „gecheckt“ (durchleuchtet) werden und Transparenz erzeugt wird.

Die neuen Standards DIN ISO 31000 (2008), ONR 49000 (2010) und IDW EPS 980 (Compliance) dagegen zeigen nicht nur, wie Risiken (und Chancen) eruiert, sondern auch bewertet und behandelt werden können. Auch Krisenmanagement und Business Continuity ist ein wichtiger Bestandteil des ONR 49000ff. (2010). Risiko-Monitoring, -Controlling, -Reporting und Dokumentation sind schließlich weitere Elemente eines in sich geschlossenen Risikomanagementprozesses, der in diversen Abteilungen des Unternehmens Anwendung findet.

Fazit: In den neuen Schläuchen befindet sich sowohl alter (bekannter), aber auch durchaus neuer Wein.

3.3.6 Nachhaltiger Mehrwert durch Risiko-, Chancen- und Compliancemanagement nicht nur für Gesellschafter und Anteilseigner

Das Bemühen derjenigen Unternehmen, die in Hinblick auf best practice-Organisation unter Einbeziehung von Risiko- und Compliancemanagement z.T. enorme, nicht nur finanzielle Anstrengungen unternehmen, müsste noch stärker belohnt werden. 38

Diejenigen, die aus Renditegründen diese Themen bewusst vernachlässigen, sollten ernsthafte Sanktionen und Wettbewerbsnachteile zu befürchten haben. Auch dies gehört zum weltweit fairen Wettbewerb. Dass dieser nicht von selbst herrscht, liegt wohl daran, dass entgegen der herrschenden Lehre der homo oeconomicus, ein streng rational und stets ökonomisch perfekt entscheidender Mensch, nur in der Theorie existiert. Richard Thaler⁶⁹ ist – wohl zu Recht – der Ansicht, dass menschliche Entscheidungsprozesse selten perfekt sind und versucht, durch die Antizipation von Fehlern bessere Problem- und Krisenlösungen zu entwickeln. Dabei empfiehlt er einen Mittelweg zwischen den Antipoden „Markt bzw. Laissez faire“ und „staatliche Intervention“: Seine „Theorie des libertären Paternalismus“ geht davon aus, dass Menschen, die ständig und überall – häufig

⁶⁸ Mindestanforderungen an Compliance und die weiteren Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten nach §§ 31 ff. WpHG. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) will analog zu den Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk) die Stellung der Compliance-Funktion in Wertpapierdienstleistungsunternehmen stärken. U. a. soll der Compliance-Beauftragte organisatorisch und disziplinarisch unmittelbar der Geschäftsleitung unterstellt werden.

⁶⁹ Vgl. Koellble, Neue Denker: Richard Thaler und die kleinen Entscheidungshelfer: Manchmal braucht es nur einen Stups, Financial Times Deutschland, 13.04.2010, S. 14.

gegen die eigenen Interessen und oft bar jeder Vernunft – Fehlentscheidungen trafen (rauchen, Autofahren, ohne sich anzuschnallen, teuer konsumieren, ohne es sich eigentlich leisten zu können, etc.), häufig nur kleine Stupse (nudges) bräuchten, um auf den richtigen Kurs zu kommen (z.B. der Piepston, wenn der Fahrer unangeschnallt bleibt).

39 Auch beim Thema Risiko- und Compliancemanagement werden die Entscheider in der Wirtschaft weder auf der Basis völliger Freiheit, noch ausschließlich durch staatliche Reglementierungen optimal handeln. Vielmehr sind die bereits vorhandenen „Stupse“ darzustellen und zu kommunizieren sowie noch weitere zu suchen:

Während gelebtes Risiko-, Chancen- und Compliancemanagement – wie oben dargestellt – hilft, den Unternehmenswert und damit den Wert der Beteiligung nachhaltig zu bewahren und zu steigern, sowie für eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals bei gleichzeitiger Haftungsreduzierung zu sorgen, gibt es noch zahlreiche weitere Beteiligte, die am Nutzen dieses Managementsystems partizipieren. So gibt es viele Argumente für den Einsatz des Risikomanagements als **strategisches** Instrument für eine erfolgreiche Unternehmensführung und treffsichere Planungen.

Für das **Unternehmen selbst** bedeutet es Liquiditäts- und Existenzsicherung, die Möglichkeit der Nutzung von Chancen bei gleichzeitiger Haftungsreduzierung.

Für **den Geschäftsführer** ist es ein Werkzeug für erfolgreiche Unternehmens- und Risikosteuerung bei gleichzeitiger Reduzierung der persönlichen zivil- und strafrechtlichen Haftungsrisiken sowie für optimierte Planung.

Für **den Kunden** bedeutet es eine Reduzierung des Lieferantenausfallrisikos (Verkaufargument).

40 Für **den Lieferanten** lässt es den Schluss zu, einen sicheren, weil weniger insolvenzgefährdeten Schuldner zu haben.

Gegenüber (**Kredit-**) **Versicherern** lässt sich mit dem Argument der transparenten, reduzierten und gesteuerten Risiken erfolgreich über Prämienreduzierung verhandeln.

Bei **Ratingagenturen** lassen sich mit angewandtem Risikomanagement bessere Ergebnisse erzielen.

Diese wirken sich positiv gegenüber **Investoren und Kreditgebern** aus, so dass einerseits leichter und andererseits zu günstigeren Konditionen an Kapital zu kommen ist. Die erzeugte Transparenz schafft Vertrauen.

Eben diese Transparenz erleichtert auch dem **Abschlussprüfer**⁷⁰ die Vergabe seines Testats (§ 316 HGB, §§ 6, 14 PublG).

Ein vorhandener **Aufsichts-** oder fakultativer, kontrollierender **Beirat** kann aufgrund erhöhter Transparenz seinen Aufsichtspflichten⁷¹ leichter nachkommen und dadurch,

⁷⁰ Vgl. *Tanski, Radtke, Ublemann*, Managerhaftung und Risikomanagement, 2009, S. 44f.

⁷¹ Vgl. *Tanski, Radtke, Ublemann*, Managerhaftung und Risikomanagement, 2009, S. 41f.: „Der Aufsichtsrat muss jederzeit ausreichend über die Handlungen des Vorstands informiert sein, um bei einem Fehlverhalten eingreifen zu können. Zu einem möglichen Fehlverhalten zählen nicht nur fehlerhafte Unternehmensprozesse, sondern auch eine mangelhafte Aufbauorganisation des Unternehmens (z.B. Fehlen einer ausreichenden Überwachungs- und Kontrollorganisation). Greift der Aufsichtsrat nicht ein, trifft diesen eine Mitverantwortung.“ Nach BGH (Urteil vom 01.12.2008, Az. II ZR 102/07) sind auch Aufsichtsratsmitglieder aufgrund ihrer Überwachungsaufgabe (§ 111 Abs. 1 AktG) verantwortlich (§ 116 AktG), wenn ein nach Sachlage erforderliches und geeignetes Informationssystem fehlt.

aber auch durch die im Unternehmen reduzierten und gesteuerten Risiken, sein persönliches Haftungsrisiko verringern: Der durch das BilMoG neu gefasste § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG statuiert nun die Verantwortung der Aufsichtsräte für die Überwachung der *Wirksamkeit* des unteren Kontrollsystems, des unteren Revisionsystems und des *Risikomanagementsystems*.

Das OLG Brandenburg (vgl. ZIP 2009, S. 866) gab der Klage eines Insolvenzverwalters gegen die Mitglieder eines *freiwillig* eingerichteten Aufsichtsrates statt, weil sie gegen ihre Verpflichtung zur Überwachung der Geschäftsleitung verstoßen hätten, indem sie nicht auf die rechtzeitige Stellung eines Insolvenzantrages hinwirkten.

Viele Vorteile, die zu einem schnellen return on investment bei Investitionen in Risiko-, Chancen- und Compliancemanagementsystem führen. Also nicht erst, wenn ein Risiko vermieden werden konnte, das bei Eintritt den Bestand des Unternehmens gefährdet hätte.

3.3.7 „Tue Gutes und rede darüber ...“

Das Vorhalten eines gelebten Risiko-, Chancen- und Compliancemanagements erlaubt es dem Unternehmen, mit der gewonnenen Transparenz und Unternehmensoptimierung mittels Präsentationen, Exposés oder Zertifikaten bei den interessierten Partnern (vgl. oben 3.3.6) zu werben. Dass Lieferanten mit Risiko-, Chancen- und Compliancemanagement bei Auftragsvergaben bevorzugt werden, ist nicht mehr selten. Es ist beim Kunden durchaus eine ähnliche Entwicklung der Anspruchshaltung wie beim Qualitätsmanagementzertifikat zu erwarten: Risikomanagement nach DIN ISO 31000/ONR 49000 mag in nicht allzu ferner Zukunft ähnliche Verbreitung erfahren wie DIN ISO 9001 (QM), DIN ISO 14001 (Umweltmanagement) oder OSHAS (Arbeitssicherheit). Gleichwohl sei betont, dass ein zu erwerbendes Zertifikat nicht im Vordergrund der Entscheidung für Risikomanagement stehen sollte, sondern der Wille, durch ein gelebtes System Risiken zu beherrschen, Chancen zu nutzen und nachhaltig Mehrwert zu schaffen. 41

7.3.4 Maßnahmen zur Haftungsvermeidung

Hat der Gesellschafter Rechtfertigungsgründe für den Entzug des Gesellschaftsvermögens oder ist dieser kompensiert worden, haftet er nicht. Die Haftung eines Gesellschafters wegen existenzvernichtenden Eingriffs in das Gesellschaftsvermögen entfällt auch, wenn der Gesellschafter konkrete Rettungsversuche unternommen hat. Dies alles ist in der Krise genau zu beachten und lückenlos zu dokumentieren. 151

7.4 Haftung des GmbH-Gesellschafters nach Eigenkapitalersatzrecht (*Fruth*)

Anmerkung: Beteiligungstatbestand²⁹⁹

Literatur: *Altmeyen*, Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen in der Praxis, NJW 2008, S. 3601; *Birle/Diehl*, Praxishandbuch der GmbH, 2. Auflage 2009, S. 244 ff.; *Jula*, Der GmbH-Gesellschafter, 3. Auflage 2009, S. 254 ff.; *Körber/Kliebisch*, Das neue GmbH-Recht, JuS 2008, S. 1041.

7.4.1 Pflichten des Gesellschafters

Das bis zum MoMiG geltende Eigenkapitalersatzrecht beruhte auf der Überlegung, dass Darlehen und vergleichbare Leistungen, die ein Gesellschafter der GmbH in der Krise gewährt oder nicht abzieht, also „stehen lässt“, als Stammkapital zu behandeln sind. Denn in diesem Zeitpunkt würde ein ordentlicher Kaufmann der Gesellschaft Eigenkapital zuführen, anstatt der Gesellschaft ein Darlehen zu gewähren. Nach der früheren Rechtslage durfte der Geschäftsführer ein solches Darlehen dem Gesellschafter nicht zurückgewähren, wenn dadurch eine Unterdeckung oder Überschuldung der Gesellschaft eingetreten ist. Die Rechtsprechung wendete auf eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen und vergleichbare Leistungen die §§ 30 und 31 GmbHG an, so dass diese dem Auszahlungsverbot unterlagen (sog. Rechtsprechungsregeln). Daneben wurde durch § 32a GmbHG bestimmt, dass Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Darlehen im Insolvenzverfahren nur als nachrangige Insolvenzforderungen geltend gemacht werden können (sog. Novelregeln)³⁰⁰. 152

Mit dem Inkrafttreten des MoMiG hat der Gesetzgeber die bisherigen Regeln zum Eigenkapitalersatzrecht vollständig aufgegeben. § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG regelt nun ausdrücklich, dass das Rückzahlungsverbot des § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG nicht mehr für Gesellschafterdarlehen oder vergleichbare Leistungen anzuwenden ist. Eine Unterscheidung zwischen eigenkapitalersetzenden und normalen Gesellschafterdarlehen ist daher nicht mehr erforderlich. Der Geschäftsführer darf nunmehr eine Rückzahlung des Gesellschafterdarlehens nicht mehr mit der Begründung verweigern, dass die Rückzahlung eine verbotene Kapitalrückzahlung darstellt. Nur dann, wenn die Rückzahlung zur Zahlungsun- 153

²⁹⁹ Diese Haftungsproblematik ist u.U. auch bei Beteiligung einer anderen Gesellschaft an einer GmbH relevant.

³⁰⁰ Zur alten Rechtslage: *Schmidt*, in: Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz und, 4. Auflage 2009, S. 168 ff.

fähigkeit führen würde, muss der Geschäftsführer die Rückzahlung verweigern, da er sich sonst nach dem durch das MoMiG eingeführten § 64 Satz 3 GmbHG schadensersatzpflichtig machen würde. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Gewährung eines Gesellschafterdarlehens für den Gesellschafter nach neuer Rechtslage völlig ungefährlich ist. Nach neuer Rechtslage kommt es nun nicht mehr darauf an, ob ein Darlehen oder vergleichbare Leistung in der Krise gewährt oder stehen gelassen wurde. Insofern kann sich die Änderung sogar haftungsverschärfend auswirken.

154 Nach der neuen Rechtslage werden nicht zurückgewährte Gesellschafterdarlehen oder vergleichbare Leistungen nicht mehr wie haftendes Eigenkapital, sondern in der Insolvenz insgesamt als nachrangige Forderungen behandelt (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO). Dies gilt künftig unabhängig davon, ob das Darlehen in der Krise gewährt oder stehen gelassen wurde. Für die Praxis bedeutet dies, dass die Gesellschafter mit diesen Darlehen in der Insolvenz der Gesellschaft vollständig ausfallen. Ausnahmen hiervon enthalten lediglich das Sanierungsprivileg (§ 39 Abs. 4 Satz 2 InsO) und das Kleinbeteiligtenprivileg (§ 39 Abs. 5 InsO).

Darüber hinaus ist durch §§ 135 InsO, 6 AnfG eine erweiterte Anfechtbarkeit für Rückzahlungen von Gesellschafterdarlehen eingeführt worden. Der Insolvenzverwalter kann zukünftig alle Rückzahlungen an Gesellschafter anfechten, wenn sie im letzten Jahr vor der Stellung des Insolvenzantrages oder danach erfolgt ist – und dies unabhängig davon, ob es sich um ein in der Krise gewährtes oder stehen gelassenes Darlehen oder vergleichbare Leistung handelt. Im Falle der erfolgreichen Anfechtung muss der Gesellschafter das ihm ausbezahlte Darlehen wieder der Insolvenzmasse zuführen. Daneben wurde in § 135 Abs. 1 InsO geregelt, dass die Stellung von Sicherheiten für Forderungen des Gesellschafters anfechtbar ist, falls sie in einem Zeitraum von 10 Jahren (!) vor Insolvenzantragsstellung oder danach erfolgt ist.

155 Die von der Rechtsprechung entwickelte Fallgruppe der sog. „eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung“ ist nunmehr in § 135 Abs. 3 InsO gesetzlich geregelt. Ein Gesellschafter, der der Gesellschaft einen Gegenstand zur Nutzung überlassen hat, kann seinen Anspruch auf Aussonderung dieses Gegenstandes während der Dauer des Insolvenzverfahrens, höchstens aber für eine Zeit von einem Jahr ab dessen Eröffnung, nicht geltend machen, wenn die Nutzung des Gegenstandes für die Fortführung des Unternehmens von erheblicher Bedeutung ist. Der Gesellschafter erhält hierfür einen Ausgleich in Höhe der im Jahr vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens tatsächlich geleisteten Vergütung. Ein – wie bisher geltendes – unentgeltliches Nutzungsrecht für den vertraglich vereinbarten Zeitraum hat der Insolvenzverwalter also in Zukunft nicht mehr.

Das (alte) Eigenkapitalersatzrecht in Form der Novellenregeln und der Rechtsprechungsregeln ist nach dem Bundesgerichtshof³⁰¹ wegen der Übergangsvorschrift des § 103d EGInsO weiterhin für die Altfälle anwendbar, in denen das Insolvenzverfahren vor Inkrafttreten des MoMiG zum 01. 11. 2008 eröffnet worden ist. Daher kann das alte Eigenkapitalersatzrecht noch mehrere Jahre von Bedeutung sein.

³⁰¹ BGH, Urteil vom 26. 1. 2009 – II ZR 260/07 – NJW 2009, S. 1277.

7.4.2 Haftungsrisiko des Gesellschafters

7.4.2.1 Zivilrechtlich

Nach der Rechtslage bis zum Inkrafttreten des MoMiG war ein Gesellschafter, dem ein eigenkapitalersetzendes Darlehen zurückgewährt wurde gem. § 31 GmbHG (analog) verpflichtet, dieses an die GmbH zurück zu bezahlen. 156

Nach der neuen Rechtslage haftet der Gesellschafter auf Rückzahlung (u.U. an den Insolvenzverwalter), wenn die Rückzahlung zur Zahlungsunfähigkeit führte. Sofern die Rückzahlung/Rückgewähr im letzten Jahr vor Stellung des Insolvenzantrages erfolgte, haftet der Gesellschafter bei erfolgreicher Anfechtung durch den Insolvenzverwalter gem. § 135 InsO auf Rückzahlung, selbst wenn dies nicht zur Zahlungsunfähigkeit führte. Bei von Gesellschaften innerhalb von 10 Jahren vor Insolvenzantragsstellung gewährten Sicherheiten für Forderungen des Gesellschafters ist der Sicherheitenerlös nach Anfechtung zurückzugewähren.

7.4.2.2 Strafrechtlich

Eine strafrechtliche Relevanz kann sich auch durch die Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens oder der Rückgewähr vergleichbarer Leistungen ergeben. Hat ein Gesellschafter der GmbH anstelle von Eigenkapital ein Darlehen gewährt, das als eigenkapitalersetzend zu qualifizieren ist, und besteht – nach den alten Eigenkapitalersatzregeln – ein Rückzahlungsverbot i.S.d. § 30 Abs. 1 GmbHG, konnte ein vorsätzlicher Verstoß gegen dieses Rückzahlungsverbot die Strafbarkeit wegen Untreue gem. § 266 StGB begründen³⁰². Aber auch nach Aufhebung des Eigenkapitalersatzrechts kommt zukünftig eine Strafbarkeit wegen Untreue gem. § 266 StGB dann in Betracht, wenn die Rückzahlung/Rückgewähr zu einer Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führte oder die Zahlungsunfähigkeit vertiefte.³⁰³ 157

Darüber hinaus kommt eine Strafbarkeit in Betracht, falls ein Gesellschafter den Geschäftsführer nach der Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens dazu drängt, die Stellung des Insolvenzantrages (mindestens) ein Jahr lang hinauszuzögern, um eine Anfechtbarkeit der Rückzahlung zu verhindern. Hier kann eine Strafbarkeit des Gesellschafters wegen Anstiftung des Geschäftsführers zur Insolvenzverschleppung nach § 15a InsO eintreten.

7.4.3 Beispiele

zum alten Eigenkapitalersatzrecht³⁰⁴

Der Kläger ist Verwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der A-GmbH. Geschäftsführender (Allein-)Gesellschafter der A-GmbH war der Beklagte B. Die A-GmbH kaufte am 24. 9. 1999 und am 28. 10. 1999 Jungbullen unter verlängertem Eigen- 158

³⁰² BGH, Urteil vom 6. 5. 2008 – 5 StR 34/08, NStZ 2009, S. 153; vgl. hierzu auch Rn. 162.

³⁰³ OLG Stuttgart, Beschluss v. 14. 4. 2009 – 1 Ws 32/09, ZIP 2009, S. 1864.

³⁰⁴ Nach BGH, Urteil vom 26. 1. 2009 – II ZR 260/07 – NJW 2009, S. 1277 [leicht vereinfacht].

tumsvorbehalt von der X. Zur Begleichung dieser und weiterer Schulden akzeptierte sie zwei Wechsel über 85.026,90 DM und 41.807,80 DM, die am 24. bzw. 28. 3. 2000 fällig wurden. Für die Wechselforderung über 41.807,80 DM übernahm der Beklagte B als Gesellschafter der A-GmbH eine Wechselbürgschaft. Am 28. 3. 2000 löste er zwei aus dem Weiterverkauf der Bullen stammende Verrechnungsschecks über das Konto einer anderen gleichfalls von ihm geleiteten GmbH ein und leitete den Erlös an die X weiter. Auf Eigenantrag der A-GmbH vom 29. 3. 2000 wurde über deren Vermögen das Insolvenzverfahren am 1. 6. 2000 eröffnet. Der Insolvenzverwalter hat die X unter dem Blickwinkel der Wechselforderung sowie der Insolvenzanfechtung und den Beklagten B aus Eigenkapitalersatzrecht auf Zahlung in Anspruch genommen.

zum neuen Recht nach dem MoMiG³⁰⁵

- 159 Der Gesellschafter G hat der GmbH ein Betriebsgebäude zur Nutzung überlassen. Die vereinbarte und angemessene monatliche Pacht beträgt 1.000 EUR. Wegen der Zahlungsschwierigkeiten der GmbH hat A seine Ansprüche 14 Monate nicht mehr eingefordert, als die GmbH den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellt. Der Insolvenzverwalter sieht gute Chancen, das Unternehmen der GmbH fortzuführen. Für die Fortführung ist das Betriebsgebäude erforderlich.

Der Gesellschafter G kann seinen – grds. bestehenden Aussonderungsanspruch – nicht geltend machen und muss der GmbH für die Dauer der Insolvenz – längstens ein Jahr –, das Gebäude weiter zur Nutzung überlassen. Dem G gebührt hierfür eine Vergütung. Bei der Berechnung der Vergütung ist der Durchschnitt der im letzten Jahr tatsächlich geleisteten Vergütung anzusetzen. Da die GmbH hier tatsächlich keine Vergütung geleistet hat, beträgt die Vergütung Null EUR.

7.4.4 Maßnahmen zur Haftungsvermeidung

- 160 Im Zeitpunkt der Krise befindet sich der Gesellschafter, der der GmbH einen Kredit gewährt hat, in einem Interessenskonflikt. Kündigt er der Gesellschaft das Darlehen, kann dies zu dazu führen, dass er der kriselnden GmbH den Todesstoß versetzt. Verlangt er das Darlehen nicht zurück und kommt es später doch zur Insolvenz der GmbH, fällt der Gesellschafter mit seiner (nachrangigen) Forderung aus. Daher sollten Gesellschafter, die der GmbH ein Darlehen gewährt haben, die finanzielle Entwicklung der Gesellschaft kritisch beobachten. Für den Fall, dass sich der Gesellschafter für die Rückzahlung des Darlehens entschieden hat, sollte er gegenüber der Gesellschaft ein „straffes Forderungsmanagement“ betreiben. Denn je später die Rückzahlung des Darlehens erfolgt, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit, dass der (spätere) Insolvenzverwalter die Rückzahlung anfechten wird. Dieses Risiko besteht auch, wenn ein Gesellschafter seine Anteile verkauft und sich in diesem Zusammenhang die an die Gesellschaft gewährten Darlehen zurückbezahlen lässt. Wird bei der GmbH binnen eines Jahres nach der Rückzahlung des Darlehens auch ohne akute Krise Insolvenzantrag gestellt, muss der (ausgetretene) Gesellschafter mit der

³⁰⁵ Nach *Birle/Diehl*, Praxishandbuch der GmbH, 2. Auflage 2009, S. 256.

Anfechtung seiner Darlehensrückzahlung rechnen.³⁰⁶ Besonderes Augenmerk ist auf von der Gesellschaft zugunsten des Gesellschafters gestellte Sicherheiten zu legen, da hier eine 10-jährige Anfechtungsmöglichkeit besteht.

7.5 Strafrechtliche Haftungstatbestände für GmbH-Gesellschafter (*Fruth*)

Literatur: *Bittmann*, Strafrechtliche Folgen des MoMiG, NStZ 2009, S. 113 ff.; *Krekeler/Werner*, Unternehmer und Strafrecht, 1. Auflage 2006, S. 306 ff.; *Scherer/Fruth* (Hrsg.), Geschäftsführer-Compliance, 1. Auflage 2009, S. 113 ff.

7.5.1 Pflichten des Gesellschafters

Der Gesellschafter einer GmbH muss – wie jede andere Person – die allgemeinen strafrechtlichen Tatbestände des Strafgesetzbuches beachten. Die Pflichten des Gesellschafters – und damit auch das Risiko, mit dem Strafgesetzbuch in Konflikt zu geraten, hängen davon ab, inwieweit der Gesellschafter im operativen Geschäft der GmbH tätig ist. Mögliche Straftatbestände, mit denen ein GmbH-Gesellschafter dabei in Konflikt geraten kann, sind insb. der Bankrott gem. § 283 StGB³⁰⁷, der Betrug gem. § 263 StGB³⁰⁸ und die Untreue gem. § 266 StGB³⁰⁹. Dabei kommt bei allen Straftatbeständen nicht nur die direkte Verwirklichung durch den Gesellschafter in Betracht. In der Praxis sind oftmals auch Anstiftungs- und Beihilfehandlungen des Gesellschafters zur Straftat des GmbH-Geschäftsführers relevant. Solche Anstiftungs- und Beihilfehandlungen führen gem. §§ 26 und 27 StGB jedenfalls dann zur Strafbarkeit des Gesellschafters, wenn ihm die Umstände bekannt sind, die die Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers begründen. Dabei kann es sogar ausreichen, wenn ein Gesellschafter – in Kenntnis der strafrechtlich relevanten Umstände – den Geschäftsführer in seinem strafrechtlichen Handeln bestärkt (sog. psychische Beihilfe). 161

Bankrott gem. § 283 StGB:

Für den Fall, dass die GmbH die Zahlungen eingestellt hat oder das Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH eröffnet wurde (oder ein Insolvenzantrag mangels Masse abgelehnt wurde), werden bestimmte sog. Bankrotthandlungen von § 283 StGB unter Strafe gestellt. Diese Bankrotthandlungen sind gläubigergefährdende Handlungen, die in der Krise (bei Überschuldung³¹⁰, drohender³¹¹ oder eingetretener Zahlungsunfähig- 162

³⁰⁶ Vgl. hierzu *Jula*, Der GmbH-Gesellschafter, 3. Auflage 2009, S. 257.

³⁰⁷ Vgl. hierzu *Scherer/Fruth* (Hrsg.), Geschäftsführer-Compliance, 1. Auflage 2009, S. 113 ff.

³⁰⁸ Vgl. hierzu *Scherer/Fruth* (Hrsg.), Geschäftsführer-Compliance, 1. Auflage 2009, S. 115 ff.

³⁰⁹ Vgl. hierzu *Scherer/Fruth* (Hrsg.), Geschäftsführer-Compliance, 1. Auflage 2009, S. 120 ff.

³¹⁰ Vgl. § 19 Abs. 2 InsO.

³¹¹ Vgl. § 18 Abs. 2 InsO.

▼ Es ist ein weit verbreiteter Irrtum, dass die GmbH lediglich mit ihrem Stammkapital haftet. Neben der persönlichen Inanspruchnahme der Geschäftsführer spielt in der Praxis auch immer mehr die persönliche Haftung der GmbH-Gesellschafter eine Rolle.

Das Buch „Gesellschafter-Compliance“ behandelt Haftungstatbestände, bei denen GmbH-Gesellschafter persönlich in die Haftung genommen werden können. Dabei werden zu jedem Haftungstatbestand die Pflichten des GmbH-Gesellschafters, dessen zivilrechtliches und strafrechtliches Haftungsrisiko sowie Vermeidungsstrategien aufgezeigt. Jedes Kapitel wird durch einen Beispielfall aus der Praxis angereichert.

Leseprobe, mehr zum Buch unter [ESV.info/978 3 503 12935 5](http://ESV.info/978_3_503_12935_5)



www.ESV.info