

# Betriebs Berater

BB

32 | 2024

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... Wirtschaft ... 5.8.2024 | 79. Jg.  
Seiten 1793–1856

## DIE ERSTE SEITE

**Dr. Dominik Sorber**, RA/FAArbR

Herzlichen Glückwunsch zum 3. Geburtstag, lieber § 79a BetrVG!

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Dr. Stefan Reuter**, LL.M., Maître en droit, RA, und **Sonja Ströhle**, RAin/StBin

Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung von GmbH-Geschäftsführern in der Praxis | 1795

**Tim Wybitul**, RA/FAArbR/CIPP/E, **Dr. Kai Schumacher**, RA, und **Bernhard Hackl**, RA

Schadenersatz wegen DSGVO-Verstößen: Aktuelle Rechtsprechung und Folgen für die Praxis | 1802

## STEUERRECHT

**Dr. Christian von Oertzen**, RA/FAStR, **Dr. Florian Lindermann**, RA/StB, und

**Dr. Johan Schrader**, MLE, RA

Nachfolgeplanung in der Immobilienkrise – Teil II | 1815

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

**Dr. Martin Bünning**, RA/StB

Karlsruhe locuta: Buchwertübertragung zwischen Schwesterpersonengesellschaften – hat das BVerfG den „Zoff im BFH“ nun beendet? | 1835

## ARBEITSRECHT

**Dr. Boris Dzida**, RA/FAArbR, und **Philipp Castrup**, RA

Neue Regeln zur Vergütung von Betriebsratsmitgliedern | 1844

Dr. Stefan Reuter, LL.M., Maître en droit, RA, und Sonja Ströhle, RAin/StBin

# Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung von GmbH-Geschäftsführern in der Praxis

Die weiter zunehmende Regelflut des Gesetzgebers und neuere Entwicklungen, wie z.B. eine stete Zunahme an Cyber-Aktivitäten, führen zu immer mehr Pflichten und Aufgaben von Geschäftsführern. Damit einher geht ein immer größeres Bedürfnis, die eigene Haftung zu begrenzen, was im Einzelfall mit gewissen Fallstricken verbunden sein kann.

## I. Einleitung

Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers ist ein zentrales Thema im Gesellschaftsrecht und hat erhebliche praktische Relevanz. Geschäftsführer tragen eine weitreichende Verantwortung und müssen stets die Interessen der Gesellschaft und ihrer Gläubiger im Blick behalten. Gleichzeitig besteht ein legitimes Interesse der Geschäftsführer, ihre persönliche Haftung zu begrenzen. Der vollständige Ausschluss der Haftung ist jedoch rechtlich nicht möglich, was an den vielfältigen Interessenlagen der beteiligten Personen liegt.

Der vorliegende Beitrag widmet sich den rechtlichen Rahmenbedingungen und praxisnahen Ansätzen zur Haftungsbeschränkung unter Berücksichtigung der aktuellen obergerichtlichen Rechtsprechung. Er untersucht die unterschiedlichen Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten – von vertraglichen Vereinbarungen über die Absicherung durch eine D&O-Versicherung bis hin zu internen Zuständigkeitsregelungen – und enthält Formulierungsvorschläge für die Umsetzung des effektiven Haftungsschutzes in der Praxis.

## II. Grundsätzlich keine Haftungsbeschränkung bei betrieblich veranlasster Tätigkeit

Eine Einschränkung der Haftung, die Arbeitnehmern zur Verfügung steht, gilt für Geschäftsführer grundsätzlich nicht, sondern kommt allenfalls für Tätigkeiten außerhalb des typischen, organschaftlichen Pflichtenkreises in Betracht.

### 1. Dreiteilung der Haftung bei Arbeitnehmern

Arbeitnehmer haften regelmäßig nur eingeschränkt oder nicht, wenn sie dem Arbeitgeber bei einer betrieblich veranlassten Tätigkeit einen Schaden zufügen.<sup>1</sup> Danach gilt grundsätzlich eine Dreiteilung der Haftung nach dem Verschuldensgrad.<sup>2</sup> Bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit wird in der Regel keine Haftungsentlastung gewährt. Bei mittlerer Fahrlässigkeit werden die Schäden zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer quotal verteilt. Bei leichtester Fahrlässigkeit ist der Schaden allein vom Arbeitgeber zu tragen.

### 2. Übertragung auf Geschäftsführer?

Anders als bei Arbeitnehmern kommt bei Geschäftsführern eine Haftungsbeschränkung wegen eines bei einer betrieblich veranlassten

Tätigkeit verursachten Schadens nach wohl herrschender Meinung grundsätzlich nicht in Betracht,<sup>3</sup> da das Gesellschaftsrecht mit § 43 GmbHG eine abschließende Regelung enthält.<sup>4</sup> Außerhalb des typischen, organschaftlichen Pflichtenkreises greift § 43 GmbHG aber nicht ein, sondern es verbleibt beim allgemeinen Sorgfaltsmaßstab des § 276 Abs. 1 BGB. Nach einer vordringlichen Auffassung besteht insoweit auch bei Geschäftsführern Raum für die arbeitsrechtliche Haftungsprivilegierung.<sup>5</sup> Klassischer Beispielfall ist die Schadensverursachung anlässlich einer Fahrt mit dem Geschäftsfahrzeug.<sup>6</sup> In einer aktuellen Entscheidung erachtete das OLG Zweibrücken<sup>7</sup> die arbeitsrechtliche Haftungsprivilegierung bei einer (leicht) fahrlässigen Beauftragung von Geldüberweisungen durch eine Geschäftsführerin aufgrund einer gefälschten Mitteilung über die geänderte Kontoverbindung des Empfängers (Phishing-Mails) für anwendbar. Die Beauftragung von Geldüberweisungen sei nicht als Verletzung organspezifischer Pflichten i.S.v. § 43 Abs. 2 GmbHG anzusehen. Die Tätigkeit berühre nicht die Unternehmensleitung, auch nicht in Form der Verletzung von Überwachungspflichten. Eine Haftung aus dem Anstellungsvertrag oder § 823 BGB schloss das Gericht in Anlehnung an die Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung aus, da die Geschäftsführerin bei den Fehlüberweisungen bloß leicht fahrlässig gehandelt habe. Mangels einheitlicher Rechtsprechung und der unterschiedlichen Meinungen in der Literatur ist für die Praxis zu empfehlen, dass sich Geschäftsführer nicht auf eine arbeitsrechtliche Haftungsprivilegierung verlassen, sondern die übrigen Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung nutzen, um ihre Haftung so weit wie möglich zu begrenzen.

## III. Ressortverteilung

Setzt sich die Geschäftsführung aus mehr als einem Geschäftsführer zusammen, ist die Ressortverteilung, das heißt die (horizontale) Arbeitsteilung innerhalb der Geschäftsführung, eine effektive Möglichkeit, die eigene Haftung als Geschäftsführer zu begrenzen. Verursacht

1 Vgl. BAG, 27.9.1994 – GS 1/89 (A), NZA 1994, 1083.

2 Vgl. BAG, 25.9.1957 – GS 4 (5)/56, NJW 1958, 235; BAG, 27.9.1994 – GS 1/89 (A), NZA 1994, 1083.

3 Vgl. BGH, 14.2.1985 – IX ZR 145/83, NJW 1985, 2194, BB 1985, 1540 Ls.; BGH, 25.6.2001 – II ZR 38/99, NJW 2001, 3123, 3124, BB 2001, 1753; Linck, in: Schaub, Arbeitsrecht-Handbuch, 20. Aufl. 2023, § 59, Rn. 26; Reichold, in: Münchener Hdb. zum Arbeitsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2021, § 57, Rn. 66.

4 Jossen, RdA 2006, 129, 135; Henssler, in: MünchKomm. BGB, 9. Aufl. 2023, § 619a, Rn. 19.

5 OLG Zweibrücken, 27.10.2022 – 4 U 198/21, NJW 2023, 1589; Dirkmann, in: Münchener Hdb. GesR, 6. Aufl. 2023, § 46, Rn. 14; Beurskens, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 43, Rn. 43; Lutter, GmbHR 2000, 301, 312; Siegel, BB 2023, 503, 504 f.; a. A. Paefgen, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, 3. Aufl. 2020, § 43, Rn. 42 f.; Fleischer, in: MünchKomm. GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 43, Rn. 309.

6 Beurskens, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 43, Rn. 43; Lutter, GmbHR 2000, 301, 312; offenlassend OLG Koblenz, 14.5.1998 – 5 U 1639/97, NJW-RR 1999, 911, 912.

7 OLG Zweibrücken, 27.10.2022 – 4 U 198/21, NJW 2023, 1589.

ein Geschäftsführer einen Schaden, haften alle Geschäftsführer hierfür uneingeschränkt.<sup>8</sup> Durch die konkrete Zuweisung von bestimmten Aufgabenbereichen an die jeweiligen Geschäftsführer kann eine weitgehende Haftungsbegrenzung der einzelnen Geschäftsführer auf die ihnen zugewiesenen Bereiche erreicht werden. Dabei gilt es in der Praxis aber einige Punkte zu beachten.

### 1. Zuständigkeit

Zuständig für die Ressortverteilung ist grundsätzlich die Gesellschafterversammlung, die eine Ressortverteilung typischerweise in einem Gesellschafterbeschluss (Geschäftsordnung) regelt.<sup>9</sup> Denkbar, aber wegen der fehlenden Flexibilität eher selten, ist auch eine Regelung im Gesellschaftsvertrag.<sup>10</sup> Legt die Gesellschafterversammlung die Ressortverteilung nicht selbst fest, kann dies die Geschäftsführung für sich selbst tun.<sup>11</sup> Zu beachten ist, dass die Geschäftsführung gemäß § 77 Abs. 1 AktG analog nur einstimmig die Aufgabenbereiche untereinander verteilen, eine Mehrheit der Geschäftsführer der Minderheit also keine Aufgaben aufzwingen kann.<sup>12</sup> Aus Gründen der Beweisbarkeit ist für die Praxis zu raten, den Beschluss samt Einstimmigkeit zu dokumentieren.

### 2. Voraussetzungen der Geschäftsverteilung

Der BGH legte in einem Grundsatzurteil aus dem Jahr 2018 die Mindestanforderungen für eine wirksame Geschäftsverteilung fest.<sup>13</sup> Danach müssen zunächst „alle“ Geschäftsführungsaufgaben aufgeteilt und den einzelnen Geschäftsführern zugeordnet werden.<sup>14</sup> Diese Voraussetzung ist missverständlich und darf nicht so verstanden werden, dass keine Geschäftsführungsaufgaben in der Gesamtverantwortung der Geschäftsführer verbleiben dürfen.<sup>15</sup> Zulässig ist auch, dass nur einzelne Geschäftsführungsaufgaben zwischen den Geschäftsführern aufgeteilt werden und die übrigen Aufgaben in der Gesamtverantwortung bleiben.<sup>16</sup>

Weiter verlangt der BGH, dass die Aufteilung der Geschäftsführungsaufgaben „klar und eindeutig“ erfolgt.<sup>17</sup> Auch wenn in der Praxis die Aufgabenzuweisung häufig in Form von Organigrammen erfolgt, sollten im Lichte der BGH-Entscheidung die einzelnen Ressortbereiche ausreichend umschrieben und erläutert werden, um Zweifel über die Abgrenzung von Aufgaben möglichst zu vermeiden. Die BGH-Entscheidung steht einer mehrfachen Zuständigkeit von Geschäftsführern für einen Ressortbereich nicht entgegen.<sup>18</sup> Wenn ein Ressortbereich mehreren Geschäftsführern zugeordnet wird oder es Überschneidungen mehrerer einzeln zugeordneter Ressortbereiche gibt, sollte dies in der Geschäftsverteilung aber ausdrücklich benannt werden.

Eine wirksame und damit haftungsbeschränkende Geschäftsverteilung setzt nach dem BGH außerdem die „Wahrnehmung der Geschäftsführungsaufgaben durch hierfür fachlich und persönlich geeignete Personen“ voraus.<sup>19</sup> Nach überwiegender Ansicht muss sich jeder Geschäftsführer vergewissern, dass die Mitgeschäftsführer persönlich und fachlich für die ihnen zugewiesenen Aufgaben ausreichend qualifiziert sind und zwar auch dann, wenn die Aufgabenzuweisung nicht durch die Geschäftsführer selbst, sondern durch die Gesellschafterversammlung erfolgt ist.<sup>20</sup>

Während der BFH für eine Beschränkung der steuerlichen Verantwortung schließlich die schriftliche Fixierung der Aufgabenverteilung verlangt,<sup>21</sup> setzt dies der BGH nicht voraus.<sup>22</sup> Da der BGH aber andererseits darauf hinweist, dass die Geschäftsführer im Streitfall die Beweis-

last für eine klare und eindeutige Aufgabenverteilung tragen,<sup>23</sup> ist für die Praxis eine schriftliche Geschäftsverteilung ohnehin zu empfehlen.<sup>24</sup>

### 3. Grenzen der Geschäftsverteilung

Neben den formalen Anforderungen für eine wirksame Geschäftsverteilung sind auch deren inhaltliche Grenzen zu beachten. Konkret bedeutet dies, dass zum Kernbereich der Geschäftsführung gehörende Gesamtaufgaben nicht delegierbar sind, sondern zwingend in der Gesamtverantwortung der Geschäftsführung verbleiben.<sup>25</sup> Zu diesen Kernaufgaben gehören z.B. die Insolvenzantragspflicht gemäß § 15a InsO,<sup>26</sup> die Einhaltung der Kapitalschutzvorschriften gemäß §§ 30, 33 GmbHG,<sup>27</sup> der Wechsel der Hausbank,<sup>28</sup> die Gestaltung der Geschäftspolitik oder Organisationsstruktur,<sup>29</sup> oder die Vergabe riskanter Kredite.<sup>30</sup>

### 4. Rechtsfolgen der Geschäftsverteilung

Werden die Geschäftsaufgaben wirksam zwischen den einzelnen Geschäftsführern aufgeteilt, führt dies zunächst dazu, dass jeder Geschäftsführer primär für den ihm zugeordneten Bereich verantwortlich ist (Ressortverantwortung). Neben dem ihnen zugeordneten Bereich bleiben die Geschäftsführer aber auch für diejenigen Bereiche, die Mitgeschäftsführern zugeordnet wurden, verantwortlich.<sup>31</sup> Allerdings ändert sich insoweit der Inhalt ihrer Pflicht, nämlich von einer Tätigkeits- hin zu einer Überwachungs- und Eingriffspflicht.<sup>32</sup> Jeder Geschäftsführer ist zunächst verpflichtet, den Gang der den anderen Geschäftsführern zugeordneten Geschäfte über die Ressortgrenzen hinaus fortlaufend zu beobachten,<sup>33</sup> wozu dem einzelnen Geschäftsführer insbesondere ein Informationsanspruch gegenüber seinen Mitgeschäftsführern zusteht.<sup>34</sup> Umgekehrt sind die Geschäftsführer gehalten, ihren Mitgeschäftsführern regelmäßig über die Ent-

8 BGH, 26.11.2007 – II ZR 161/06, NZG 2008, 104, 105, BB-Entscheidungsreport *Campos Nave*, BB 2008, 241; *Fleischer*, in: MünchKomm. GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 43, Rn. 138; *Freund*, GmbHR 2013, 785; *Wicke*, GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 43, Rn. 10.

9 *Ziemons*, in: Michalski u. a., GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 43, Rn. 327; *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13, 14; *Peters*, GmbHR 2008, 682, 683.

10 *Pöschke*, in: BeckOK GmbHG, 59. Ed., Stand: 1.2.2024, § 43, Rn. 212; *Peters*, GmbHR 2008, 682, 683.

11 *Peters*, GmbHR 2008, 682, 683; *Ziemons*, in: Michalski u. a., GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 43, Rn. 327.

12 *Hofmann-Becking*, NZG 2021, 93; *Pöschke*, in: BeckOK GmbHG, 59. Ed., Stand: 1.2.2024, § 43, Rn. 212; *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13, 14.

13 Vgl. BGH, 6.11.2018 – II ZR 11/17, BB 2019, 590.

14 Vgl. BGH, 6.11.2018 – II ZR 11/17, BB 2019, 590, 591, Rn. 17 u. Rn. 20.

15 *Hofmann-Becking*, NZG 2021, 93, 95.

16 *Hofmann-Becking*, NZG 2021, 93, 95.

17 Vgl. BGH, 6.11.2018 – II ZR 11/17, BB 2019, 590, 591, Rn. 17.

18 *Fleischer*, in: MünchKomm. GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 43, Rn. 156.

19 Vgl. BGH, 6.11.2018 – II ZR 11/17, BB 2019, 590, 591, Rn. 17.

20 *Ziemons*, in: Michalski u. a., GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 43, Rn. 336; *Pöschke*, in: BeckOK GmbHG, 59. Ed., Stand: 1.2.2024, § 43, Rn. 216; a. A. *Hofmann-Becking*, NZG 2021, 93, 95.

21 Vgl. BFH, 26.4.1984 – V R 128/79, BeckRS 1984, 22006857, BB 1984, 1992 Ls.

22 Vgl. BGH, 6.11.2018 – II ZR 11/17, BB 2019, 590, 591, Rn. 17.

23 Vgl. BGH, 6.11.2018 – II ZR 11/17, BB 2019, 590.

24 So auch *Tillmann/Mohr*, GmbH-Geschäftsführer, 11. Aufl. 2020, Rn. 635.

25 *Fleischer*, in: MünchKomm. GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 43, Rn. 144.

26 Vgl. BGH, 1.3.1993 – II ZR 61/92, jetzt II ZR 81/94, NJW 1994, 2149, 2150; *Ziemons*, in: Michalski u. a., GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 43, Rn. 329; *Peters*, GmbHR 2008, 682, 683.

27 *Ziemons*, in: Michalski u. a., GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 43, Rn. 329.

28 *Fleischer*, in: MünchKomm. GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 43, Rn. 144.

29 *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13, 15.

30 *Fleischer*, in: MünchKomm. GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 43, Rn. 144.

31 Vgl. BGH, 6.11.2018 – II ZR 11/17, BB 2019, 590, 591, Rn. 15; *Tillmann/Mohr*, GmbH-Geschäftsführer, 11. Aufl. 2020, Rn. 635.

32 *Tillmann/Mohr*, GmbH-Geschäftsführer, 11. Aufl. 2020, Rn. 635; *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13, 15 f.

33 *Fleischer*, in: MünchKomm. GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 43, Rn. 147.

34 *Leuring/Dornhegge*, NZG 2010, 13, 15; *Peters*, GmbHR 2008, 682, 685.

wicklungen in ihren Ressorts zu berichten.<sup>35</sup> Der Umfang der Überwachungspflicht hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere von Art, Größe und Organisation des Unternehmens sowie der Bedeutung der übertragenen Aufgabe und der Person, der die Aufgabe übertragen wurde.<sup>36</sup> Je bedeutsamer die Aufgabe und je kürzer eine Aufgabe einer Person zugeordnet wurde, desto sorgfältiger muss die Aufsicht erfolgen. Hat ein Geschäftsführer stichhaltige Anhaltspunkte für eine pflichtwidrige Amtsführung durch einen Mitgeschäftsführer oder befindet sich ein Unternehmen in der finanziellen Krise, sind besonders strenge Überwachungsmaßnahmen angezeigt,<sup>37</sup> die sich im äußersten Fall zu einer Eingriffspflicht verdichten können.<sup>38</sup> Der Geschäftsführer muss dann darauf hinwirken, dass die übertragene Aufgabe zurück in die Gesamtverantwortung der Geschäftsführung geholt wird.<sup>39</sup> Weigern sich die Mitgeschäftsführer daran mitzuwirken, muss sich der Geschäftsführer an die Gesellschafterversammlung wenden.

#### IV. Vertragliche anfängliche Haftungsbeschränkung

Eine weitere effektive Möglichkeit, die Haftung des Geschäftsführers präventiv zu beschränken, ist eine vertragliche Haftungsbeschränkung. In welchem Umfang eine anfängliche Haftungsbeschränkung zulässig ist, ist umstritten. Unabhängig davon ist es in der Praxis insbesondere bei Fremd-Geschäftsführern ohnehin eine Frage der Verhandlungsstärke, welche vertraglichen Haftungsbeschränkungen der Gesellschaft „abgerungen“ werden können. Während in der Vergangenheit vor allem unter Verweis auf die Gesetzbegründung<sup>40</sup> des GmbHHG eine anfängliche Haftungsbeschränkung generell für unzulässig gehalten wurde und teilweise auch heute noch wird,<sup>41</sup> geht die heute herrschende Lehre<sup>42</sup> und Rechtsprechung<sup>43</sup> von deren grundsätzlicher Zulässigkeit aus. Die Möglichkeiten, wie die Haftung beschränkt werden kann, sind dabei vielfältig und können auch miteinander kombiniert werden.<sup>44</sup>

##### 1. Formen der Haftungsbeschränkung

###### a) Begrenzung des Verschuldensgrads

So kann zunächst der Verschuldensgrad jedenfalls auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit begrenzt werden, sodass eine Haftung wegen einfacher Fahrlässigkeit ausscheidet.

**Formulierungsvorschlag:** *Der Geschäftsführer haftet gegenüber der Gesellschaft nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit.*

Wegen § 276 Abs. 3 BGB kann auf eine Haftung wegen Vorsatzes nicht vorab verzichtet werden.<sup>45</sup> Ob ein Haftungsausschluss wegen grober Fahrlässigkeit zulässig ist, ist strittig.<sup>46</sup> Dass eine Haftung für grobe Fahrlässigkeit der „absolute Mindeststandard“ sei,<sup>47</sup> lässt sich dem Gesetz hingegen nicht entnehmen, weshalb gegen einen solchen Haftungsausschluss nichts spricht.<sup>48</sup>

###### b) Betragsmäßige Begrenzung

Neben dem Verschuldensgrad kann die Haftung auch betragsmäßig begrenzt werden, wobei die Interessen der Gesellschaft zu beachten sind.<sup>49</sup> In der Praxis sind häufig konkrete Haftungshöchstsummen oder eine Bemessung nach Bruttomonatsgehältern, z. B. eins bis drei, anzutreffen. Dabei ist darauf zu achten, dass wegen § 276 Abs. 3 BGB

auch Haftungshöchstgrenzen für vorsätzliche Pflichtverletzungen unzulässig sind.<sup>50</sup>

**Formulierungsvorschlag:** *Außer bei Vorsatz wird die Haftung gegenüber der Gesellschaft auf eine Haftungshöchstsumme von ... Bruttomonatsgehälter/ ... EUR begrenzt.*

###### c) Kürzere Verjährungsfristen und Verfallsfristen

Als Gestaltungsmittel für eine zeitliche Haftungsbeschränkung dient eine Verkürzung der fünfjährigen Verjährungsfrist des § 43 Abs. 4 GmbHHG<sup>51</sup> und/oder die Vereinbarung von Verfalls-/Ausschlussfristen.<sup>52</sup> Dabei haben Verfalls-/Ausschlussfristen gegenüber einer kürzeren Verjährungsfrist entscheidende Vorteile für den Geschäftsführer. Während der Ablauf von Verjährungsfristen durch verschiedene Umstände gehemmt werden kann, wie z. B. dem Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids (§ 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB), unterliegen Verfalls-/Ausschlussfristen, vorbehaltlich einer anderslautenden Vereinbarung, nicht der Hemmung.<sup>53</sup> Anders als die Verjährung, bei der es sich um eine Einrede handelt, werden Verfalls-/Ausschlussfristen von Amts wegen berücksichtigt.<sup>54</sup> Schließlich kann gemäß § 215 BGB unter bestimmten Umständen eine bereits verjährte Forderung noch für eine Aufrechnung mit Gegenansprüchen des Geschäftsführers genutzt werden, was im Falle einer verfristeten Forderung nicht möglich ist.<sup>55</sup>

**Formulierungsvorschlag:** *Alle Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit diesem Anstellungsverhältnis sind von der Gesellschaft innerhalb von sechs (6) Monaten nach Fälligkeit schriftlich geltend zu machen, andernfalls erlöschen sie. Dies umfasst auch die organschaftliche Haftung. Lehnt der Geschäftsführer den Anspruch ab oder erklärt er sich nicht innerhalb von zwei (2) Wochen nach Geltendmachung des An-*

35 Paefgen, in: Habersack/Casper/Löbbecke, GmbHHG, 3. Aufl. 2020, § 43, Rn. 58; Peters, GmbHHR 2008, 682, 685.  
 36 Habersack, WM 2005, 2360, 2362; Leuring/Dornhegge, NZG 2010, 13, 16.  
 37 Vgl. BGH, 9.1.2001 – VI ZR 407/00, NZG 2001, 320, 321 f.; Habersack, WM 2005, 2360, 2362; Fleischer, in: MünchKomm. GmbHHG, 4. Aufl. 2023, § 43, Rn. 150 f.  
 38 Peters, GmbHHR 2008, 682, 685; Leuring/Dornhegge, NZG 2010, 13, 15.  
 39 Peters, GmbHHR 2008, 682, 685.  
 40 Amtliche Begründung zu § 44 des Entwurfs eines Gesetzes betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung von 1891.  
 41 van Venrooy, GmbHHR 2004, 237, 245; Ebenroth/Lange, GmbHHR 1992, 69, 76.  
 42 Fleischer, in: MünchKomm. GmbHHG, 4. Aufl. 2023, § 43, Rn. 374; Bayer/Ceesay, in: BeckOGK, Stand: 15.4.2024, § 43 GmbHHG, Rn. 598.6; Fleischer, BB 2011, 2435, 2436 ff.; Beurskens, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHHG, 23. Aufl. 2022, § 43, Rn. 39; Lücke/Simon, in: Saenger/Inhvester, GmbHHG, 4. Aufl. 2020, § 43, Rn. 79; Drescher, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 8. Aufl. 2019, Rn. 445 ff.  
 43 BGH, 16.9.2002 – II ZR 107/01, BB 2002, 2407, NJW 2002, 3777.  
 44 Lücke/Simon, in: Saenger/Inhvester, GmbHHG, 4. Aufl. 2020, § 43, Rn. 81; Janert, BB 2013, 3016, 3020.  
 45 Bayer/Ceesay, in: BeckOGK, Stand: 15.4.2024, § 43 GmbHHG, Rn. 599; Pelz, RNotZ 2003, 415, 423.  
 46 Vgl. Fleischer, in: MünchKomm. GmbHHG, 4. Aufl. 2023, § 43, Rn. 381.  
 47 S. mit anderer Begründung Lohr, NZG 2000, 1204, 1209; Beurskens, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHHG, 23. Aufl. 2022, § 43, Rn. 41.  
 48 So auch Janert, BB 2013, 3016, 3020; Wicke, in: Wicke, GmbHHG, 4. Aufl. 2020, § 43, Rn. 17; Siegel, BB 2023, 503, 506.  
 49 Lücke/Simon, in: Saenger/Inhvester, GmbHHG, 4. Aufl. 2020, § 43, Rn. 81; Bayer/Ceesay, in: BeckOGK, Stand: 15.4.2024, § 43 GmbHHG, Rn. 605.  
 50 Vgl. BGH, 19.4.2012 – III ZR 224/10, NZG 2012, 711, 714, Rn. 32; Bayer/Ceesay, in: BeckOGK, Stand: 15.4.2024, § 43 GmbHHG, Rn. 599.  
 51 Vgl. BGH, 16.9.2002 – II ZR 107/01, BB 2002, 2407, NJW 2002, 3777; Altmeppen, in: Altmeppen, GmbHHG, 11. Aufl. 2023, § 43, Rn. 147; Oetker, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 43 GmbHHG, Rn. 81.  
 52 Vgl. OLG Stuttgart, 26.5.2003 – 5 U 160/02, BeckRS 2003, 30471650; Weber/Lohr, GmbHHR 2000, 698, 702 f.; Paefgen, in: Habersack/Casper/Löbbecke, GmbHHG, 3. Aufl. 2020, § 43, Rn. 297.  
 53 Janert, BB 2013, 3016, 3021.  
 54 Janert, BB 2013, 3016, 3021.  
 55 Janert, BB 2013, 3016, 3021.

spruchs, so verfällt dieser, wenn der Anspruch nicht innerhalb einer Frist von zwei (2) Monaten nach der Ablehnung oder Fristablauf gerichtlich geltend gemacht wird. Dies gilt nicht für Ansprüche, die durch strafbare Handlungen oder sonstige vorsätzliche Handlungen entstanden sind. §§ 203ff. BGB finden keine Anwendung auf die vorgenannten Fristen.

d) **Abweichende Darlegungs- und Beweislastverteilung**  
Auch eine vom Gesetz abweichende Darlegungs- und Beweislastverteilung kann für den Geschäftsführer haftungserleichternd wirken.<sup>56</sup> Abweichend von der allgemeinen Darlegungs- und Beweislast, wonach die anspruchsbegründenden Tatsachen von demjenigen darzulegen und ggf. zu beweisen sind, trifft gemäß § 93 Abs. 2 S. 2 AktG analog den Geschäftsführer die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Sorgfaltswidrigkeit. Der Geschäftsführer muss darlegen und beweisen, dass er seinen Sorgfaltspflichten gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG nachgekommen ist oder ihn kein Verschulden trifft oder der Schaden auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten eingetreten wäre, wenn er seine Haftung abwenden will.<sup>57</sup>

**Formulierungsvorschlag:** Die Gesellschaft trägt in dem Fall, dass Schadenersatzansprüche gegen den Geschäftsführer geltend gemacht werden, die volle Darlegungs- und Beweislast für alle Anspruchsvoraussetzungen einschließlich eines Verschuldens.

e) **Gegenständliche Haftungsbeschränkung**  
Schließlich ist eine gegenständliche Haftungsbeschränkung, die nach der Art der Pflichtverletzung differenziert, zulässig.<sup>58</sup> Z.B. kann eine Haftungsbegrenzung nur für Verstöße gegen die Legalitätspflicht vorgesehen werden.<sup>59</sup>

## 2. Grenzen der Haftungsbeschränkung

Als gesetzliche Grenze der Haftungsbeschränkung ist stets § 43 Abs. 3 GmbHG zu berücksichtigen, wonach eine Beschränkung der Haftung bei Verstößen gegen Kapitalerhaltungsvorschriften (§§ 30, 33 GmbHG) unzulässig ist.<sup>60</sup> Denn wenn schon kein haftungsbefreiender Verzicht möglich ist, muss erst recht eine anfängliche Haftungsbeschränkung unzulässig sein.<sup>61</sup> Dies sollte vorsorglich in der Haftungsklausel festgehalten werden.

**Formulierungsvorschlag:** Die Haftung des Geschäftsführers wegen § 43 Abs. 3 GmbHG wird durch Regelungen in diesem Anstellungsvertrag nicht berührt.

## V. Entlastung

Die Entlastung ist ein zentrales und gängiges Element zur Haftungsvermeidung der Geschäftsführer. Unter Entlastung versteht man primär die Billigung der Geschäftsführung in einem zurückliegenden Zeitraum und den Vertrauensbeweis in die Zukunft.<sup>62</sup> Ersteres ist für die Geschäftsführung von größerer Bedeutung,<sup>63</sup> da mit ihr eine Präklusionswirkung einhergeht.<sup>64</sup> Diese bewirkt, dass die Gesellschaft Ansprüche gegen ihre Geschäftsführer, die im Entlastungszeitraum entstanden sind und deren tatsächliche Grundlagen den Gesellschaftern bei der Beschlussfassung bekannt oder bei sorgfältiger Prüfung erkennbar waren, nicht mehr geltend machen kann (venire contra factum proprium, § 242 BGB).<sup>65</sup> Unerheblich ist dabei, woher die Kenntnis rührt.<sup>66</sup> Eine wirksame Entlastung setzt Kenntnis bei allen Gesellschaftern voraus, also auch bei den überstimmten Gesellschaftern, und nicht nur bei einzelnen Gesellschaftern, auch wenn es sich um den Mehrheitsgesellschafter handelt.<sup>67</sup> Für die Erkennbarkeit ist entscheidend, ob sich aus der Berichterstattung der Geschäftsführer konkrete Anhaltspunkte ergeben, die die Gesellschafter durch Nachrechnen, bei näherem Nachfragen oder durch Ausüben ihres Informationsrechts hätten aufklären können.<sup>68</sup>

Nicht nur Haftungsansprüche aus § 43 GmbHG sind von der Entlastung erfasst, sondern auch sonstige Ansprüche, wie z.B. Ansprüche wegen ungerechtfertigter Bereicherung.<sup>69</sup> Aus präkludierten Tatsachen können auch keine sonstigen Rechtswirkungen mehr hergeleitet werden, die z.B. eine Abberufung als Geschäftsführer oder eine außerordentliche Kündigung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrags rechtfertigen können.<sup>70</sup>

Die Entlastungswirkung tritt nicht ein, wenn der Geschäftsführer Informationen verschleiert.<sup>71</sup> Beging der Geschäftsführer schuldhaft schwere Pflichtverletzungen, ist die Entlastung zudem rechtswidrig und damit anfechtbar.<sup>72</sup> Im Übrigen wird die Erlasswirkung der Entlastung durch die Kapital- und Gläubigerschutzvorschriften beschränkt.<sup>73</sup>

Auch wenn die Gesellschaft die Beweislast dafür trägt, dass trotz Entlastungsbeschlusses aufgrund fehlender Erkennbarkeit keine Präklusion eingetreten ist,<sup>74</sup> sollten die Geschäftsführer die Rechenschaftslegung im eigenen Interesse dokumentieren.

Die Geschäftsführer haben keinen Anspruch auf Entlastung.<sup>75</sup> Die Gesellschafter entscheiden über Erteilung oder Nichterteilung der Entlastung nach pflichtgemäßem Ermessen.<sup>76</sup> Berühmt sich die Gesellschaft eines konkreten Schadenersatzanspruchs gegen einen Ge-

56 Janert, BB 2013, 3016, 3021 f.

57 BGH, 22.6.2021 – II ZR 140/20, BB 2022, 594, Rn. 8; Oetker, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 43 GmbHG, Rn. 65; Wicke, in: Wicke, GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 43, Rn. 9.

58 Bayer/Ceasay, in: BeckOGK, Stand: 15.4.2024, § 43 GmbHG, Rn. 605.

59 Bayer/Ceasay, in: BeckOGK, Stand: 15.4.2024, § 43 GmbHG, Rn. 605.

60 Beurskens, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 43, Rn. 40.

61 Beurskens, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 43, Rn. 40.

62 Pöschke, in: BeckOK GmbHG, 59. Ed., Stand: 1.2.2024, § 43, Rn. 376; Ziemons, in: Michalski u.a., GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 43, Rn. 544; zur dogmatischen Einordnung der Entlastung s. Schindler, in: BeckOK GmbHG, 59. Ed., Stand: 1.8.2023, § 46, Rn. 66.1 f.

63 Schindler, in: BeckOK GmbHG, 59. Ed., Stand: 1.8.2023, § 46, Rn. 66.

64 Vgl. BGH, 20.5.1985 – II ZR 165/84, BB 1985, 1869, NJW 1986, 129; Pöschke, in: BeckOK GmbHG, 59. Ed., Stand: 1.2.2024, § 43, Rn. 376; Ziemons, in: Michalski u.a., GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 43, Rn. 544.

65 Vgl. BGH, 20.5.1985 – II ZR 165/84, BB 1985, 1869, NJW 1986, 129; Pöschke, in: BeckOK GmbHG, 59. Ed., Stand: 1.2.2024, § 43, Rn. 376; Ziemons, in: Michalski u.a., GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 43, Rn. 544.

66 Pöschke, in: BeckOK GmbHG, 59. Ed., Stand: 1.2.2024, § 43, Rn. 376.

67 Schindler, in: BeckOK GmbHG, 59. Ed., Stand: 1.8.2023, § 46, Rn. 68; Römermann, in: Michalski u.a., GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 46, Rn. 285.

68 Schindler, in: BeckOK GmbHG, 59. Ed., Stand: 1.8.2023, § 46, Rn. 68.

69 Schindler, in: BeckOK GmbHG, 59. Ed., Stand: 1.8.2023, § 46, Rn. 67; Pöschke, in: BeckOK GmbHG, 59. Ed., Stand: 1.2.2024, § 43, Rn. 376.

70 Römermann, in: Michalski u.a., GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 46, Rn. 289 f.; Hüffer/Schäfer, in: Habersack/Casper/Löbbecke, GmbHG, 3. Aufl. 2020, § 46, Rn. 73.

71 Vgl. OLG Brandenburg, 29.6.2022 – 7 U 133/21, NZG 2022, 1685, 1687, Rn. 20; Pöschke, in: BeckOK GmbHG, 59. Ed., Stand: 1.2.2024, § 43, Rn. 376; Schindler, in: BeckOK GmbHG, 59. Ed., Stand: 1.8.2023, § 46, Rn. 68.

72 Vgl. BGH, 7.4.2003 – II ZR 193/02, NZG 2003, 528, 529, BB 2003, 1141; Pöschke, in: BeckOK GmbHG, 59. Ed., Stand: 1.2.2024, § 43, Rn. 378; Ziemons, in: Michalski u.a., GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 43, Rn. 546; a. A. Paefgen, in: Habersack/Casper/Löbbecke, GmbHG, 3. Aufl. 2020, § 43, Rn. 251.

73 Vgl. BGH, 20.3.1986 – II ZR 114/85, WM 1986, 789; Ziemons, in: Michalski u.a., GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 43, Rn. 547; Hüffer/Schäfer, in: Habersack/Casper/Löbbecke, GmbHG, 3. Aufl. 2020, § 46, Rn. 75; Drescher, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 8. Aufl. 2019, Rn. 456.

74 Vgl. OLG Düsseldorf, 20.12.2019 – 17 U 22/18, BeckRS 2019, 52006, Rn. 53; Pöschke, in: BeckOK GmbHG, 59. Ed., Stand: 1.2.2024, § 43, Rn. 376.

75 Vgl. BGH, 20.5.1985 – II ZR 165/84, BB 1985, 1869; Tillmann/Mohr, GmbH-Geschäftsführer, 11. Aufl. 2020, Rn. 640; Römermann, in: Michalski u.a., GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 46, Rn. 307; a. A. Buchner, GmbHR 1988, 9, 14.

76 Ziemons, in: Michalski u.a., GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 43, Rn. 546; Schindler, in: BeckOK GmbHG, 59. Ed., Stand: 1.8.2023, § 46, Rn. 72.

schäftsführer, kommt nur eine negative Feststellungsklage in Betracht.<sup>77</sup> Eine grundlose Verweigerung der Entlastung stellt aber eine Verletzung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrags dar, die den Geschäftsführer zur außerordentlichen Kündigung berechtigen kann.<sup>78</sup> Schließlich ist zu beachten, dass ein Gesellschafter-Geschäftsführer, welcher durch die Beschlussfassung entlastet werden soll, gemäß § 47 Abs. 4 GmbHG hierbei kein Stimmrecht hat und ein solches auch nicht für andere ausüben darf.

## VI. Generalbereinigung

Nicht von einer Entlastung, sondern von einer Generalbereinigung spricht man, wenn die Ansprüche der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer für gegeben oder jedenfalls für möglich gehalten werden und diese Ansprüche sämtlich, also ohne Rücksicht auf ihre Erkennbarkeit aufgrund der Rechenschaft des Geschäftsführers, zum Erlöschen gebracht werden sollen.<sup>79</sup> Die Wirkung der Generalbereinigung geht folglich weiter als die der Entlastung. Ebenfalls anders als bei der Entlastung muss der Geschäftsführer bei der Generalbereinigung mitwirken. Es handelt sich um einen Vertrag (negatives Schuldanerkenntnis oder Erlass-/Verzichtsvertrag) zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer.<sup>80</sup> Die in der Praxis häufigsten anzutreffenden Fälle einer Generalbereinigung sind Abgeltungs- oder Erledigungsklauseln in Aufhebungsverträgen.<sup>81</sup> Wenn die Generalbereinigung in Zusammenhang mit einem Aufhebungsvertrag erfolgt und Organhaftungsansprüche nicht ausdrücklich genannt werden, werden von ihr nur Ansprüche aus dem Anstellungsvertrag erfasst, nicht aber solche aus dem Organverhältnis.<sup>82</sup> In der Praxis sollten daher auch Organhaftungsansprüche, sofern gewünscht, ausdrücklich in die Klausel zur Generalbereinigung aufgenommen werden.

**Formulierungsvorschlag:** *Hiermit sind sämtliche vertraglichen und nichtvertraglichen, gegenwärtigen und künftigen, bekannten und unbekanntenen Ansprüche, Rechte und Pflichten zwischen den Parteien aus der Geschäftsführerstellung und dem Geschäftsführeranstellungsvertrag ungeachtet ihres Rechtsgrundes vollumfänglich erledigt.*

Ihre Grenzen findet die Generalbereinigung wiederum in § 43 Abs. 3 GmbHG.<sup>83</sup> Strittig ist, ob mit der Generalbereinigung auch wirksam Ansprüche gegen den Geschäftsführer wegen unbekannter, vorsätzlicher Pflichtverletzung ausgeschlossen sein sollen.<sup>84</sup>

Die Generalbereinigung fällt als Annexkompetenz zu § 46 Nr. 5 und Nr. 8 GmbHG in die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung und setzt daher einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss voraus,<sup>85</sup> der dann noch umgesetzt werden muss.<sup>86</sup> Der Gesellschafter, dessen Verpflichtungen aus seiner Tätigkeit als Geschäftsführer bereinigt werden sollen, unterliegt dabei den Stimmverboten des § 47 Abs. 4 S. 2 Fall 1 und 2 GmbHG.<sup>87</sup> Wie bei der Entlastung besteht kein Anspruch des Geschäftsführers auf Generalbereinigung.<sup>88</sup>

## VII. D&O-Versicherung

Eine weitere Möglichkeit zur Absicherung des Geschäftsführers gegen eine persönliche Haftung ist der Abschluss einer Versicherung für „Directors and Officers“ (D&O-Versicherung). Eine D&O-Versicherung ist eine Vermögenshaftpflichtversicherung, die den Geschäfts-

führer gegen die finanziellen Folgen einer Pflichtverletzung absichert. Sie beinhaltet in der Regel einen Abwehrschutz gegen unberechtigte Schadenersatzansprüche und schützt den Geschäftsführer sowohl gegen Ansprüche des eigenen Unternehmens (Innenhaftung) sowie außenstehender Dritter (Außenhaftung), jedenfalls soweit der Geschäftsführer seine Pflichten nicht vorsätzlich, das heißt wissentlich und willentlich, verletzt hat. Versicherungsnehmerin und Beitragszahlerin der D&O-Versicherung ist die Gesellschaft. Versicherte Person ist der Geschäftsführer.

### 1. Ausgestaltung

#### a) Ausreichender Deckungsschutz

D&O-Versicherungen enthalten in der Regel Haftungshöchstsummen. Diese gelten nicht je Schadensfall, sondern je Kalenderjahr. Außerdem teilen sich alle versicherten Personen die Haftungssumme. Beträgt die Haftungssumme z. B. 1 Mio. Euro und verursacht ein Mitgeschäftsführer im Februar eines Jahres einen Schaden i. H. v. 1 Mio. Euro, ist für die übrigen Geschäftsführer der Topf für das restliche Jahr leer. Ein durch sie verursachter Vermögensschaden im selben Jahr ist nicht mehr vom Versicherungsschutz umfasst. Aus diesem Grund empfiehlt es sich in der Praxis, eine Regelung zur „Wiederauffüllung des Topfs“ (sog. Reinstatement) zu vereinbaren, wonach die Gesellschaft die Möglichkeit hat, durch Zahlung einer weiteren Prämie Versicherungsschutz in einer bestimmten Höhe für das restliche Jahr zu erhalten.<sup>89</sup>

#### b) Zeitlicher Umfang des Versicherungsschutzes

Was den zeitlichen Umfang des Versicherungsschutzes betrifft, ist das Claims Made-Prinzip (Anspruchserhebungsprinzip) zu beachten, das abweichend von der allgemeinen Haftpflichtversicherung definiert, unter welchen Umständen ein versicherter Schadensfall vorliegt. Entscheidend ist danach, dass die Anspruchserhebung (claims-made), und nicht das Schadensereignis, innerhalb der Versicherungslaufzeit erfolgt.<sup>90</sup> Wird z. B. eine D&O-Versicherung zum 31.12.2022 beendet, besteht für den Geschäftsführer dann kein Versicherungsschutz, wenn er zwar im Mai 2022 einen Schaden verursacht hat, die Gesellschaft aber erst im Januar 2023 den Anspruch gegen ihn geltend macht. Um diese Situation, in der kein Versicherungsschutz für den Geschäftsführer besteht, zu vermeiden, werden

77 Vgl. BGH, 20.5.1985 – II ZR 165/84, BGHZ 94, 324, 329, BB 1985, 1869; *Beuthien*, GmbHR 2014, 799, 801; *Römermann*, in: Michalski u. a., GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 46, Rn. 311.

78 Vgl. BGH, 20.5.1985 – II ZR 165/84, BGHZ 94, 324, 327, BB 1985, 1869; *Schindler*, in: BeckOK GmbHG, 59. Ed., Stand: 1.8.2023, § 46, Rn. 73; *Beuthien*, GmbHR 2014, 799, 801.

79 Vgl. BGH, 8.12.1997 – II ZR 236/96, BB 1998, 444, NJW 1998, 1315; *Hüffer/Schäfer*, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, 3. Aufl. 2020, § 46, Rn. 84; *Drescher*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 8. Aufl. 2019, Rn. 460.

80 *Hüffer/Schäfer*, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, 3. Aufl. 2020, § 46, Rn. 84; *Liebscher*, in: MünchKomm. GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 46, Rn. 183; *Ebenroth/Lange*, GmbHR 1992, 69, 76.

81 Vgl. OLG München, 18.4.2018 – 7 U 3130/17, BeckRS 2018, 8417; *Drescher*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 8. Aufl. 2019, Rn. 461.

82 *Pöschke*, in: BeckOK GmbHG, 59. Ed., Stand: 1.2.2024, § 43, Rn. 386.

83 *Pöschke*, in: BeckOK GmbHG, 59. Ed., Stand: 1.2.2024, § 43, Rn. 385.

84 Dafür *Pöschke*, in: BeckOK GmbHG, 59. Ed., Stand: 1.2.2024, § 43, Rn. 385.

85 *Schindler*, in: BeckOK GmbHG, 59. Ed., Stand: 1.8.2023, § 46, Rn. 74; *Weber/Lohr*, GmbHR 2000, 698, 704.

86 *Liebscher*, in: MünchKomm. GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 46, Rn. 187.

87 Vgl. OLG München, 18.4.2018 – 7 U 3130/17, BeckRS 2018, 8417; *Hüffer/Schäfer*, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, 3. Aufl. 2020, § 46, Rn. 84; *Drescher*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 8. Aufl. 2019, Rn. 464.

88 *Liebscher*, in: MünchKomm. GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 46, Rn. 181.

89 *Fassbach/Fischer*, GWR 2024, 123 f.

90 *Drescher*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 8. Aufl. 2019, Rn. 491; *Tillmann/Mohr*, GmbHG-Geschäftsführer, 11. Aufl. 2020, Rn. 645.

in der Praxis Nachmeldefristen vereinbart. Endet eine D&O-Versicherung (z.B. wegen Vertragskündigung, Versicherungswechsel oder Insolvenz), gelten auch Ansprüche mitversichert, die innerhalb einer bestimmten Nachmeldefrist nach Vertragsende dem Versicherer gemeldet werden.<sup>91</sup> Es empfiehlt sich, eine D&O-Versicherung zu wählen, die möglichst lange Nachmeldefristen von mindestens fünf Jahren (Verjährung gem. § 43 Abs. 4 GmbHG) vorsieht.

### c) Eigenschadendeckung

Eigenschadendeckung bedeutet, dass der Versicherer der Gesellschaft auch solche Schäden ersetzt, soweit ein Anspruch der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer aus bestimmten Gründen ausscheidet, wie z.B. im Falle der Entlastung des Geschäftsführers. Kommen dem Geschäftsführer die vorgenannten umfangreichen Haftungsbeschränkungen zugute, dürfte ohne Eigenschadendeckung die Gesellschaft im Schadensfall oftmals auf ihrem Schaden „sitzenbleiben“. Gegen den Geschäftsführer besteht wegen der Haftungsbeschränkung kein Schadenersatzanspruch und mangels Schadenersatzanspruchs gegen den Geschäftsführer springt auch der D&O-Versicherer nicht ein. In dieser Situation empfiehlt es sich, eine weitreichende Eigenschadendeckung mit dem D&O-Versicherer zu vereinbaren. Gerade für Gesellschafter-Geschäftsführer, die einerseits ein Interesse an der Begrenzung ihrer Haftung als Geschäftsführer haben, andererseits als Gesellschafter aber auch am Ersatz eines Vermögensschadens interessiert sind, bietet sich eine Kombination aus Haftungsbeschränkung und D&O-Versicherung mit weitreichender Eigenschadendeckung an.

## 2. D&O-Verschaffungsklausel

Es liegt zwar auch im Interesse der Gesellschaft, eine D&O-Versicherung zugunsten ihrer Geschäftsführer abzuschließen, da die Gesellschaft dadurch im Schadensfall einen (zusätzlichen) potenten Schuldner erhält. Gleichwohl tun die Geschäftsführer gut daran, sich im Geschäftsführer-Anstellungsvertrag den Abschluss einer D&O-Versicherung zusichern zu lassen. Einen gesetzlichen Anspruch auf Abschluss einer D&O-Versicherung haben die Geschäftsführer nämlich nicht.<sup>92</sup> Da die Bedingungen von D&O-Versicherungen teils erheblich voneinander abweichen, empfiehlt es sich, sich vertraglich nicht einfach nur den Abschluss einer D&O-Versicherung zusichern zu lassen, sondern, nach Möglichkeit, eine detaillierte D&O-Verschaffungsklausel<sup>93</sup> zu vereinbaren, die jedenfalls die wesentlichen Kernpunkte einer D&O-Versicherung enthält.

### Formulierungsvorschlag (ohne Vermögensschaden-Rechtsschutz- und D&O-Exzedentenversicherung):

- (1) *Die Gesellschaft verpflichtet sich, auf ihre Kosten für den Geschäftsführer unter Einschluss des Strafrechtsschutzes eine D&O-Versicherung über eine Deckungssumme in Höhe von mindestens ... pro Kalenderjahr (nachfolgend auch: „Mindestdeckungssumme“) abzuschließen und während des Bestehens dieses Geschäftsführeranstellungsvertrags aufrecht zu erhalten. Der Versicherungsschutz umfasst die Innen- und die Außenhaftung und schließt hinsichtlich des Verschuldensgrades lediglich wesentlich begangene Pflichtverletzungen des Geschäftsführers vom Versicherungsschutz aus. Die Rückwärtsversicherung ist unbegrenzt und es wird eine mindestens 5-jährige unverfallbare Nachmeldefrist vereinbart. Sofern der Versicherungsvertrag einen nicht zwingend gesetzlich vorgeschriebenen Selbstbehalt vorsieht, hat die Gesellschaft den Geschäftsführer hiervon freizustellen.*

- (2) *Die Gesellschaft wird regelmäßig, mindestens jedoch alle zwei Jahre durch einen D&O-Experten/Makler überprüfen lassen, ob der Versicherungsschutz und insbesondere die Mindestdeckungssumme noch als ausreichend und als marktkonform anzusehen sind und ggf. eine Versicherung, die höhere Deckungssummen und/oder inhaltlich besseren Versicherungsschutz bietet, kontrahieren. Wird eine solche Versicherung mit höherer Mindestdeckungssumme kontrahiert, gilt diese als neue Mindestdeckungssumme im Sinne von Absatz 1. Änderungen der D&O-Versicherung sind ohne vorherige Zustimmung des Geschäftsführers nur zulässig, wenn und solange diese zu keiner Verschlechterung für ihn führen.*
- (3) *Wird die Deckungssumme durch Inanspruchnahme des Geschäftsführers oder eines anderen Mitglieds gleich welchen Organs der Gesellschaft und gleich welchen Grundes gemindert, hat die Gesellschaft die Deckungssumme unverzüglich, ggf. durch Abschluss einer zusätzlichen Police oder durch Zahlung einer zusätzlichen Prämie, wieder aufzufüllen. Verstößt die Gesellschaft hiergegen oder gelingt ihr die Wiederauffüllung gleich aus welchem Grund nicht, so hat sie den Geschäftsführer im Innenverhältnis in der Höhe von eigenen Organhaftungsansprüchen oder Organhaftungsansprüchen Dritter freizustellen, in der mangels Wiederauffüllung der Deckungssumme kein Deckungsschutz besteht.*
- (4) *Die Gesellschaft überlässt dem Geschäftsführer auf Wunsch unverzüglich Kopien der jeweils aktuellen Policen der D&O-Versicherung sowie der in Absatz 3 genannten Versicherungen nebst dem jeweiligen Bedingungswerk. Auch nach dem Ausscheiden des Geschäftsführers überlässt die Gesellschaft diesem auf Wunsch unverzüglich einen Nachweis über Nachmeldefrist und Versicherungsschutz.*

## 3. Freistellungsanspruch

Der Geschäftsführer hat, soweit Deckungsschutz besteht, gegen den Versicherer grundsätzlich einen Anspruch auf Freistellung von der Haftung. Dieser Freistellungs- bzw. Deckungsanspruch ist im Grundsatz strikt zu trennen von dem Haftpflichtanspruch des Geschädigten gegen den Schädiger; in Innenhaftungsfällen also der Gesellschaft gegen ihren (ehemaligen) Geschäftsführer. Die Haftungsfrage ist damit denklologisch vorrangig vor einem Freistellungsanspruch zu prüfen, denn ohne Haftung keine Deckung.

In der Praxis führt deshalb meist die Gesellschaft zunächst den sogenannten Haftungsprozess gegen ihr (ehemaliges) Organ, das im Unterliegensfall gegebenenfalls in einem Deckungsprozess den Versicherer auf Freistellung oder Erstattung bereits entrichteter Beträge in Anspruch nehmen muss. Seltener kommt es vor, dass die Gesellschaft sich den Freistellungsanspruch des Geschäftsführers gegen den Versicherer abtreten lässt und den Versicherer direkt verklagt, obwohl dies nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung des BGH grundsätzlich möglich ist.<sup>94</sup> Haftet der Geschäftsführer potentiell gegenüber der Gesellschaft, kann er seinen Anspruch gegen den Versicherer auf Deckung nämlich auch schon vor seiner endgültigen Feststellung an die Gesellschaft abtreten, soweit kein Abtretungsverbot wirksam vereinbart wurde.<sup>95</sup> In diesem Fall, dass sich Haftpflicht- und Deckungsanspruch in einer Hand vereinigen, wandelt sich der Freistellungsanspruch in einen Zahlungsanspruch der geschädigten Gesellschaft um.<sup>96</sup>

91 Hendriks, in: Melot de Beauregard/Lieder/Liersch, Managerhaftung, 2022, § 14, Rn. 28; Ihlás, in: MünchKomm. VVG, 2. Aufl. 2017, Ziffer 320, Rn. 313.

92 Drescher, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 8. Aufl. 2019, Rn. 481; Lange, DStR 2002, 1626, 1630.

93 Fassbach/Fischer, GWR 2024, 123; Lange, ZIP 2004, 2221.

94 BGH, 13.4.2016 – IV ZR 304/13, BB 2016, 1359; BGH, 13.4.2016 – IV ZR 51/14, BeckRS 2016, 07881.

95 BGH, 13.4.2016 – IV ZR 304/13, BB 2016, 1359, Rn. 16 ff.

96 OLG Köln, 21.11.2023 – 9 U 206/22, BeckRS 2023, 33886; OLG Schleswig, 26.02.2024 – 16 U 93/23, BeckRS 2024, 3308, Rn. 31; vgl. auch BGH, 20.4.2016 – IV ZR 531/14, NJW 2016, 3453, Rn. 17 ff.

**a) Darlegungs- und Beweislast**

Streitig ist nach Abtretung des Deckungsanspruchs aber die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Direktprozess der Gesellschaft gegen den Versicherer.<sup>97</sup> Während nach allgemeinen Grundsätzen der geschädigte Anspruchsteller sämtliche haftungsbegründenden Voraussetzungen darzulegen und zu beweisen hat, obliegt gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG der Gesellschaft im Rechtsstreit um Schadenersatzansprüche gegen ihren Geschäftsführer die Darlegungs- und Beweislast nur dafür, dass und inwieweit ihr durch das Verhalten des Geschäftsführers in dessen Pflichtenkreis ein Schaden erwachsen ist. Das OLG Köln<sup>98</sup> hat sich in einer aktuellen Entscheidung für die Ansicht ausgesprochen, die eine Anwendung der Beweislastumkehr nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG und entsprechend gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG auch im Direktprozess zwischen der Gesellschaft und der Versicherung annimmt. Das OLG Köln begründet dies insbesondere damit, dass dies zu einem Gleichlauf der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast bei den Fragen der Pflichtverletzung im Rahmen des Haftungstatbestands und der Wissentlichkeit der Pflichtverletzung im Rahmen des Deckungstatbestands führt.<sup>99</sup>

Angesichts der aktuellen Rechtsprechung könnte die Abtretung des Freistellungsanspruchs vom Geschäftsführer an die Gesellschaft zukünftig an Praxisrelevanz gewinnen, da sie dem Geschäftsführer bestenfalls einen Deckungsprozess gegen den Versicherer erspart und die Gesellschaft unmittelbar einen Vollstreckungstitel gegen einen aus ihrer Sicht potenten Schuldner erwirken kann, was den Abschluss einer D&O-Versicherung noch attraktiver macht.

**b) Abtretungs- und Stillhalteabkommen**

Im Zusammenhang mit der Abtretung des Freistellungsanspruchs des Geschäftsführers an die Gesellschaft stellt sich aber noch eine weitere praxisrelevante Frage, mit der sich das OLG Köln ebenfalls auseinandersetzen hatte; nämlich die Frage, ob die Abtretung des Freistellungsanspruchs durch die versicherte Person und die Vereinbarung eines nicht ausdrücklich zeitlich beschränkten *pactum de non petendo* (Stillhalteabkommens) die Annahme eines Versicherungsfalls in der D&O-Versicherung entfallen lässt. Das ist nach zutreffender Auffassung des OLG Köln nicht der Fall.<sup>100</sup> Die Abtretung des Freistellungsanspruchs gegen den Versicherer an den Versicherungsnehmer lässt den Haftpflichtanspruch unberührt. Sie ist in der Regel dahingehend auszulegen – so auch zuletzt das OLG Schleswig<sup>101</sup> –, dass sie ein Stillhalteabkommen enthält, nach dem der Geschädigte solange auf ein weiteres Vorgehen gegen den Schädiger verzichtet, wie die Möglichkeit besteht, vom Versicherer Schadenersatz zu erhalten. Um das Risiko des Geschäftsführers aber sicher auszuschließen, von der Gesellschaft als Abtretungsempfänger gleichzeitig mit der Versicherung oder nach verlorenem Rechtsstreit gegen die Versicherung in Anspruch genommen zu werden, sollte der Geschäftsführer vorsorglich ein schriftliches Abtretungs- und Stillhalteabkommen mit der Gesellschaft, vertreten durch die Gesellschafterversammlung, schließen.<sup>102</sup> In diesem Fall sollte geregelt werden, ob die Abtretung an Erfüllung statt oder erfüllungshalber erfolgt. Im erstgenannten Fall erlischt der Haftungsanspruch gegen die versicherte Person durch Abtretung, was – wie im Fall eines dauerhaften *pactum de non petendo* – allerdings nicht die Leistungsfreiheit des Versicherers zur Folge hat.<sup>103</sup> Im letztgenannten Fall erlischt der Haftungsanspruch erst und nur soweit, als der Ver-

sicherer den abgetretenen Anspruch erfüllt. Eine Abtretung erfüllungshalber sollte vorsorglich mit der Vereinbarung eines vorübergehenden *pactum de non petendo* einschließlich eines Verjährungsverzichts verbunden werden, um das gewünschte Ergebnis sicherzustellen.

**4. Zuständigkeit**

Die Gesellschaft wird bei Abschluss des Versicherungsvertrags durch ihre Geschäftsführer vertreten.<sup>104</sup> Im Innenverhältnis benötigen die Geschäftsführer aber einen entsprechenden Beschluss der Gesellschafterversammlung.<sup>105</sup>

**VIII. Zusammenfassung**

Es gibt unterschiedliche Instrumente für Geschäftsführer, ihre Haftung zu begrenzen. Geschäftsführer sind gut beraten, mehrere Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung miteinander zu kombinieren. Damit die Beschränkungsmöglichkeiten ihre volle Wirkung entfalten können, sind in der Praxis verschiedene Modalitäten zu beachten.

**Dr. Stefan Reuter**, LL.M., Maître en droit, RA, bei BRP RE-NAUD in Stuttgart. Er berät nationale und internationale Mandanten in allen gesellschaftsrechtlichen Fragen, einschließlich Organhaftungsstreitigkeiten.



**Sonja Ströhle**, RAin/StBin, bei BRP RENAUD in Stuttgart. Sie berät mittelständische Unternehmen und Organmitglieder bei Haftungsstreitigkeiten, Umwandlungen, M&A-Transaktionen und Nachfolgegestaltungen.



**Hinweis der Redaktion:**

Lesen Sie auch:

Reuter, Das Hinweisgeberschutzgesetz ist da – Was Unternehmen jetzt tun müssen, BB 2023, 1539 ff.

Reuter, Reform des GwG: Das Transparenzregister wird zum Vollregister!, BB 2021, 707 ff.

97 Vgl. Koch, in: Koch, AktG, 18. Aufl. 2024, § 93, Rn. 129.  
 98 OLG Köln, 21.11.2023 – 9 U 206/22, BeckRS 2023, 33886.  
 99 OLG Köln, 21.11.2023 – 9 U 206/22, BeckRS 2023, 33886, Rn. 70.  
 100 OLG Schleswig, 26.2.2024 – 16 U 93/23, BeckRS 2024, 3308, Rn. 77; Harzenetter, NZG 2016, 728, 730.  
 101 OLG Schleswig, 26.2.2024 – 16 U 93/23, BeckRS 2024, 3308, Rn. 77.  
 102 Schumacher, NZG 2016, 969, 973; Harzenetter, NZG 2016, 728, 730.  
 103 OLG Köln, 21.11.2023 – 9 U 206/22, BeckRS 2023, 33886, Rn. 50; Brinkmann, ZIP 2017, 301, 303.  
 104 Drescher, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 8. Aufl. 2019, Rn. 476.  
 105 Drescher, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 8. Aufl. 2019, Rn. 476.