

Internationalrechtliche Studien

Beiträge zum Internationalen Privatrecht,
zum Einheitsrecht und zur Rechtsvergleichung

Herausgegeben von Ulrich Magnus und Peter Mankowski

Band 63

Vanessa Seibel

Der Geschäftsführer
in der Insolvenz der Gesellschaft



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

1. Kapitel: Einführung

Es ist seit längerem Gegenstand einer Kontroverse in der rechtsvergleichenden Literatur zum Gesellschaftsrecht, ob es eine gesetzgeberische Konkurrenz zwischen Staaten gibt und ob diese ein „*Race to the bottom*“ oder ein „*Race to the top*“ zur Folge hat.¹ Es gebe einen Wettbewerb um das laxeste Gesellschaftsrecht – so die These –, in dessen Rahmen Schutzerwägungen zugunsten der Gläubiger auf der Strecke blieben. So gibt es in der Tat Hinweise, dass der Bundesstaat Delaware durch eine gesellschafterfreundliche Gesetzgebung vermehrt Gründer von *Limited Liability Companies* (LLC) anzieht.²

Auf der kollisionsrechtlichen Ebene spiegelt der Streit zwischen der Sitz- und der Gründungstheorie den Konflikt zwischen Parteiautonomie der Gesellschaft und dem Schutz Dritter. Während die Gründungstheorie durch die freie Wahl des Inkorporationsortes den Gesellschaftern die Bestimmung des anwendbaren Rechts überlässt, möchte die Sitztheorie zugunsten der Gläubiger die Anwendung des Rechts des Verwaltungsortes der Gesellschaft sichern. Mit der Öffnung des deutschen Kollisionsrechts infolge der Rechtsprechung des EuGH im Gefolge der *Centros*-Entscheidung³ und dem Wechsel von der Sitz- zur Gründungstheorie⁴ sind auf kollisionsrechtlicher Ebene auch für das deutsche Recht die Grundbedingungen geschaffen, der Privatautonomie der Gesellschafter Priorität über Schutzerwägungen einzuräumen. Das Internationale Gesellschaftsrecht auf der einen Seite und das materielle Gesellschaftsrecht auf der anderen ergänzen sich.⁵ Anknüpfend an die kollisionsrechtliche Freiheit ist nun

1 Dazu eingehend von *Hein*, S. 491 ff.; ferner *Leyendecker*, S. 225 ff. Aus der aktuellen ökonomischen Literatur statt aller *Sachdeva*, Eur. J. Law & Econ. (2010), 30, 137 ff.

2 Zu dem Wettbewerb bei der LLC-Gesetzgebung empirisch *Dammann/Schündeln*, Where are Limited Liability Companies Formed?, S. 9 abrufbar unter <<http://ssrn.com/abstract=1126257>> (zuletzt abgerufen am 31. 31. 2011); Gewinner des Wettbewerbs sei grds. Delaware. Ebenso *Bacon*, 50 Duke L. J. 1087, 1119 (2001); *Siems*, 58 ICLQ 767, 779 (2009); zurückhaltend *DiMatteo*, ZVglRWiss 110 (2011), 37, 40.

3 EuGH Rs. C-212/97 – *Centros*, Slg. 1999 I-1459; Rs. C-208/00 – *Überseering*, Slg. 2002 I-9919; Rs. C-167/01 – *Inspire Art*, Slg. 2003 I-10159. Auch im Verhältnis zwischen Deutschland und den USA stehen keine internationalprivatrechtlichen Hindernisse entgegen, da aufgrund von Art. XXV(5) des deutsch-amerikanischen Freundschaftsvertrages geltende Gründungstheorie eine LLC auch als Scheinauslandsgesellschaft anerkannt werden muss, vgl. BGHZ 153, 353 ff.

4 BGHZ 164, 148; BGH, ZIP 2005, 805; vgl. auch BGHZ 153, 353 ff. zu Art. XXV(5) des deutsch-amerikanischen Freundschaftsvertrages; die Sitztheorie behält der BGH aber im Verhältnis zu Drittstaaten bei, BGH, NJW 2009, 289 ff. – *Trabrennbahn*; OLG Hamm, AG 2007, 332.

5 Von *Hein*, S. 615; vgl. *Thole*, S. 5.

auch im materiellen Gesellschaftsrecht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) Raum für neue Entwicklungen.

A. Entwicklungen im Gesellschaftsinsolvenzrecht

In Bezug auf die Regelungen, die an die materielle Insolvenz der Gesellschaft anknüpfen, gilt die für das Gesellschaftsrecht geschilderte Dynamik indes nicht ohne Weiteres. Mit steigender Überschuldung der Gesellschaft neigen die Gesellschafter und die Geschäftsführer dazu, durch ihre unternehmerischen Entscheidungen die Gläubiger zu belasten. Infolge der beschränkten Haftung der Gesellschafter einer LLC und einer GmbH tragen diese das Risiko ihrer Entscheidungen nicht. Stattdessen wird es den Gläubigern auferlegt, auf die Fehlanreize der Gesellschaft zu reagieren. Vor dem Hintergrund dieser besonderen Gefahrenlage ist das – zwingende – Insolvenzrecht von dem Gedanken der Gläubigerautonomie getragen. Dies engt den Entscheidungsspielraum der Gesellschafter und Geschäftsführer ein und verhindert die negativen externen Effekte während der Insolvenz der Gesellschaft.

Das U.S.-amerikanische Recht ist trotz dieses Ausgangspunktes sowohl bei der Ausgestaltung des *Bankruptcy Code* selbst und der Auslösung des Insolvenzverfahrens als auch in Bezug auf die Haftungen des Geschäftsführers einer LLC im Bereich der Insolvenz primär auf eine gesellschaftsfreundliche Lösung des Interessenkonflikts bedacht. Die LLC sticht diesbezüglich besonders hervor, namentlich falls eine Gesellschaft in dieser Rechtsform in dem für sein liberales Gesellschaftsrecht weithin bekannten U.S.-Bundesstaat Delaware inkorporiert ist. Die LLC Gesetze werden als Standard-Gesellschaftsverträge verstanden, so dass die Freiheit der Gesellschafter, Innen- und Außenverhältnis der LLC zu gestalten, nahezu unbegrenzt ist. Zudem fehlt ein das gesellschaftsrechtliche Regulierungsdefizit ausgleichendes Kapitalmarktrecht.⁶ Die Gläubiger sind somit auf eine optimale Vertragsgestaltung verwiesen.

Demgegenüber strebt das deutsche Recht die flächendeckende Kontrolle des Geschäftsführers an: Die Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 1 InsO und die Insolvenzverschleppungshaftung sowie das Zahlungsverbot des § 64 GmbHG können dem Geschäftsführer bei weiter Auslegung jegliche der Insolvenz inhärenten Risiken aufbürden. Ähnliche Rechtsinstitute sind in den europäischen Rechtsordnungen weit verbreitet. Unter den existierenden Haftungen sei

6 Zu der Funktion des Kapitalmarktrechts im U.S.-amerikanischen Gesellschaftsrecht eingehend von Hein, S. 511 ff. (vgl. aber S. 771, die Linie verlaufe nicht starr); ferner Hopt in Reimann/Zimmermann (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, S. 1161, 1179; Escher-Weingart, S. 123.

nur das in der deutschen Literatur oft diskutierte englische *Wrongful Trading Rule*⁷ und die französische *Action en Comblement du Passif*⁸ hervorgehoben.⁹ Auf europarechtlicher Ebene empfahl die Hochrangige Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über moderne Gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa eine der *Wrongful Trading Rule* entsprechende Vorschrift einheitlich für die Mitgliedsstaaten der EU vorzuschreiben.¹⁰ Dass dem Geschäftsführer in der Insolvenz der Gesellschaft besonders strenge Handlungspflichten auferlegt werden, scheint demnach europaweit Konsens zu sein: „*Die rechtsökonomische Sinnhaftigkeit einer solchen Regel steht angesichts der geschilderten Fehlanreize für Geschäftsleiter im Vorfeld der Insolvenz außer Zweifel.*“¹¹ „*Angesichts der masselosen Insolvenzen dürfte eine Übernahme der Rechtsfolgen des englischen wrongful trading (...) ausgeschlossen sein; diskutiert werden dürfte eher Verschärfungen dieser Haftung.*“¹² In diesem Sinne hat die letzte große Reform des GmbH-Rechts durch das Gesetz zur Modernisierung und gegen Missbrauch der Gesellschaft (MoMiG)¹³ zwar auch die Modernisierung des Gesellschaftsrechts angestrebt, für den Bereich der Insolvenzhaftung indes mit der Einführung des § 64 S. 3 GmbHG die Haftung des Geschäftsführers verschärft.

7 § 214 Insolvency Act 1986; Fraudulent Trading, § 213 Insolvency Act.

8 Article L 651-2 C. Com (Créé par Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 - art. 1 (V) JORF 27 juillet 2005 en vigueur le 1er janvier 2006 sous réserve art. 190); s. auch Article L652-1 C. Com. Action en obligation aux dettes sociales (Créé par Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 - art. 1 (V) JORF 27 juillet 2005 en vigueur le 1er janvier 2006 sous réserve art. 190); ähnlich Belgien (Art. 530 Code des sociétés [Belgisch Staatsblad No. 1999A09646, S. 29440]) und Luxemburg (Article 495-1 Code de commerce).

9 Weitere Länder sind Österreich (§ 25 II öst. GmbHG [RGBI. Nr. 58/1906 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 10/1991]; § 69 II KO [RGBI. Nr. 337/1914 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 29/2010]); Schweiz (Art. 725 OR [Bundesgesetz vom 30.03.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, AS 27 317]); Italien (Art. 217 Abs. 1 Nr. 4, 224 Alt. 1 Codice del fallimento [Regio decreto 16 Marzo 1942 N° 267]); ein Überblick bei Kalss/Adensamer/Oelkers in Lutter (Hrsg.), Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, S. 134 ff.

10 Bericht der Hochrangigen Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über moderne Gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa v. 04. 11. 2002, Kapitel III 4.4., S. 73 abrufbar auf <http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_de.pdf> (zuletzt abgerufen am 31. 03. 2011).

11 Fleischer, ZGR 33 (2004), 437, 455.

12 Vetter, ZGR 34 (2005), 788, 830.

13 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. 11. 2008, BGBl. I, S. 2026, dazu aus der umfangreichen Literatur Hirtz, NZG 2008, 761 ff.; Kindler, NJW 2008, 3249; Thole, S. 35 ff.

Allerdings ist das deutsche Insolvenzrecht in Bewegung. Die in der Rede der Bundesministerin der Justiz auf dem 7. Deutschen Insolvenzrechtstag am 17. 03. 2010¹⁴ angekündigte Reform des Insolvenzrechts ist in die Vorlage eines Regierungsentwurfs für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen gemündet.¹⁵ Das parteiübergreifend befürwortete¹⁶ Reformziel, die Sanierung der Unternehmen zu erleichtern, verdeutlicht eine Bewegung des Rechts zugunsten der erhöhten Priorität des Schuldnerschutzes im Insolvenzrecht. Als Ergebnis einer Abwägung zwischen Schuldner- und Gläubigerinteressen liegt dem Insolvenzrecht ebenfalls der Konflikt zwischen Privatautonomie und zwingendem Gläubigerschutz zugrunde. Sobald das Gesellschaftsrecht sich für ersteres öffnet, mag dies ebenso das Insolvenzrecht beeinflussen; dies gilt auch umgekehrt für den Einfluss des Insolvenzrechts auf das Gesellschaftsrecht.¹⁷ Die Grenzen zwischen Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht sind also fließend. Eine Lockerung des Insolvenzrechts kann wegweisend für zukünftige gesellschaftsrechtliche Reformen weit in das Gesellschaftsrecht hineinwirken.

B. Eingrenzung des Themas

Ausgehend von dem Prinzip der funktionalen Rechtsvergleichung¹⁸ sollen die Funktionsbedingungen des deutschen und des US-amerikanischen Insolvenz- und Gesellschaftsrechts behandelt werden. Im Fokus steht dabei einerseits die Strukturierung des insolvenzbezogenen Rechts im Hinblick auf ökonomische Grundgedanken¹⁹ und andererseits die Frage, inwieweit die Vertragsfreiheit des

14 Abrufbar auf der Seite des BMJ (zuletzt abgerufen am 31. 03. 2011).

15 RegE-ESUG vom 23. 02. 2011, abrufbar auf der Seite des BMJ; vgl. auch der vorhergehende DiskE-ESUG abgedruckt in NZI Beil. zu Heft 16/2010, S. 1; zum DiskE *Willemsen/Rechel*, BB 2010, 2059 f.

16 *Jahn, Joachim*, Sanierung steht im Vordergrund – FDP-Fraktion will die Insolvenzordnung überarbeiten, FAZ v. 24. 03. 2010 Nr. 70, S. 21; vgl. auch *Passavant, Oliver*, Mehr als Köpfe rollen lassen – Deutschland muss sein Insolvenzrecht noch weiter nach amerikanischem Vorbild modernisieren, Handelsblatt v. 29. 04. 2009 Nr. 82, S. 8.

17 Dazu beispielsweise *Röhricht*, ZIP 2005, 505 (wenn der präventive gesellschaftsrechtliche Kapitalschutz abnehme, müsse der insolvenzrechtliche Schutz zunehmen; gemeint ist allerdings wohl das Verhältnis zwischen §§ 30 f. GmbHG und § 64 GmbHG sowie § 15a InsO).

18 *Zweigert/Kötz*, S. 33 ff.; ausführlich und kritisch aus der neueren Literatur *De Coninck, RabelsZ* 74 (2010), 319 ff.; vgl. ferner *Thole*, S. 5.

19 Zur Rolle der ökonomischen Analyse bei der Rechtsvergleichung *Faust* in *Reimann/Zimmermann* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, S. 836 ff.;

Rechts der LLC im Lichte der deutschen Insolvenzrechtsreform für die GmbH nutzbar gemacht werden kann.²⁰

Die Grenzen der Vertragsfreiheit im deutschen Insolvenzgesellschaftsrecht wurden bislang noch nicht ausgelotet,²¹ da sich die Rechtsvergleichung der Insolvenzverschleppung vorwiegend auf das europäische Recht konzentrierte.²² Da das ESUG nunmehr im Insolvenzrecht insofern neue Impulse verleiht, bietet sich eine auch auf das Gesellschaftsrecht bezogene Untersuchung der Vertragsfreiheit an. Während bei der GmbH auf Bundesrecht zurückgegriffen werden kann, ist bei den USA das als Recht der Staaten organisierte Gesellschaftsrecht zu berücksichtigen. Da der US-Bundesstaat Delaware der Privatautonomie der Gesellschafter den größten Raum lässt, ist es zweckmäßig, das Recht dieses Bundesstaates in den Vordergrund zu stellen; auf das Recht von Kalifornien, New York und das Modellgesetz der *American Bar Association* wird ergänzend verwiesen.

Die Methode der ökonomischen Analyse des Rechts soll keineswegs als einzige erfolgsversprechende Kardinallösung herangezogen werden. Soweit in den folgenden Kapiteln auf die ökonomische Analyse Bezug genommen wird,

Hopt in Reimann/Zimmermann (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, S. 1161, 1184; *De Coninck*, *RabelsZ* 74 (2010), 319, 344 ff. *Mattei/Antonioli/Rossato* in Boudewijn/De Geest (Hrsg.), *Encyclopedia of Law and Economics*, S. 505 ff. Beide Disziplinen haben die Fragestellung nach der Funktion bzw. Wirkung einer Regelung gemein und ergänzen sich daher. Insbesondere auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts ist das Werk *Kraakman/Davies/Hansmann/Hertig/Hopt/Kanda/Rock* (Hrsg.), *The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach*, 2004 ein eindrucksvolles Beispiel für diese Verbindung.

- 20 Dissertationen, die die LLC im Allgemeinen behandeln: *Weigend*, Die US-amerikanische Limited Liability Company im Vergleich zu deutschen Gesellschaftsformen unter Berücksichtigung steuerlicher Aspekte, 2004; *Günther*, GmbH und U.S.-amerikanische Limited Liability Company, 2007.
- 21 Monographisch zur Vertragsfreiheit im Kapitalgesellschaftsrecht *Escher-Weingart*, Reform durch Deregulierung im Kapitalgesellschaftsrecht, 2001.
- 22 Aus neuerer Zeit siehe *Schall*, Kapitalgesellschaftlicher Gläubigerschutz, 2009; *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht – Anfechtung und verwandte Regelungsinstrumente in der Unternehmensinsolvenz, 2010; ferner *Haas*, Reform des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes, Gutachten E für den 66. Deutschen Juristentag, 2006; *K. Schmidt*, Möglichkeiten der Sanierung von Unternehmen durch Maßnahmen im Unternehmens-, Arbeits-, Sozial- und Insolvenzrecht – Unternehmens- und insolvenzrechtlicher Teil, Gutachten D für den 54. Deutschen Juristentag, 1982; zur Krise der GmbH insb. *Giering*, Risikobezogener Gläubigerschutz im Recht der GmbH, 2009; zu § 64 GmbHG *Glozbach*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers nach § 64 Abs. 2 GmbHG für Zahlungen nach Insolvenzreife, 2004 und *Poertgen*, Organhaftung wegen Insolvenzverschleppung, 2006.

dient dies lediglich als Denkgerüst zur Beurteilung der Interaktion des Rechts mit den Beteiligten. Da das Gesetz mithilfe des ökonomischen Instrumentariums als Variabel betrachtet werden kann, das durch gezielte Anreize das Handeln der Adressaten am Markt beeinflusst, bietet die ökonomische Analyse eine hilfreiche Perspektive zum Verständnis der gegensätzlichen Systeme.²³ Da dies eine vornehmlich in der USA verwendete Methode darstellt, bietet es für die Untersuchung des U.S.-amerikanischen Rechts nicht nur einen geeigneten Rahmen, sondern wird auch für die Erfassung der Rechtsordnung im Allgemeinen und der Erläuterung der Bedeutung von Vertragsfreiheit im Besonderen von Relevanz sein.

Zur Eingrenzung des Themas wird auf die Darstellung des Kreditsicherungsrechts verzichtet; auch sollen die Kapitalerhaltungsregeln des Gesellschaftsrechts nicht ausführlich behandelt werden. Die Konzentration auf die spezifisch auf die Insolvenz der Gesellschaft bezogenen Regeln erlaubt es, Grundlagen, soziale Bedingungen und Wechselwirkungen von Gesellschafts- und Insolvenzrecht festzustellen. Bei einer auf die Insolvenzregeln bezogenen Betrachtung lassen sich die Interessenkonflikte und Grundsatzentscheidungen der Rechtsordnungen im Hinblick auf die Vertragsfreiheit herausarbeiten, die den Hintergrund für unterschiedliche Systeme bilden und damit zugleich eine Konvergenz²⁴ in diesem Bereich ermöglichen oder ausschließen.

Nach einer Darstellung des ökonomischen Grundproblems bei der insolventen GmbH oder LLC (Kapitel 2) sollen die einzelnen Lösungsstrategien untersucht werden. Als erster Lösungsansatz wird die Aufteilung von Entscheidungsbefugnissen zwischen den Gläubigern und dem Geschäftsführer im Gesellschafts- (Kapitel 3) und Insolvenzrecht (Kapitel 4) vorgestellt. Anschließend soll betrachtet werden, ob die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bei der LLC und der GmbH im Wege einer Insolvenzantragspflicht (Kapitel 5), einer Eigeninsolvenzanträge favorisierenden Ausgestaltung des Insolvenzrechts oder durch Gläubigerinsolvenzanträge (Kapitel 6) erfolgt. Sodann wird der zweite Lösungsansatz, der die Haftung des Geschäftsführers zum Gegenstand hat, erörtert (Kapitel 7). Schließlich wird die dritte Möglichkeit der Vertragsgestaltung durch die Gesellschaft einerseits und die Gläubiger andererseits näher beleuchtet (Kapitel 8).

23 „(A) theory is not like an airline or bus timetable. We are not interested simply in the accuracy of its predictions. A theory also serves as a base for thinking. It helps us to understand what is going on by enabling us to organise our thoughts.“, Coase in Essays on Economics and Economists, S. 15, 16. Vgl. allgemein zu dieser Funktion der ökonomischen Analyse, Faust in Reimann/Zimmermann (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, S. 836, 845.

24 Zu dem Begriff von Hein, S. 35 ff.