

**Schriftenreihe zum
deutschen und europäischen
Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht**

Herausgegeben von Christoph Teichmann

Timo Wanner

Die GmbH in der Krise

Geschäftsführerverantwortlichkeit
im Vorfeld der Insolvenz

Einleitung

A. Der GmbH-Geschäftsführer in der Krise

I. Insolvenzanzahligkeit und Haftungsgrundsätze der GmbH

Die GmbH als Unternehmensrechtsform erfreut sich einer großen und weiterhin steigenden Beliebtheit und ist der Anzahl nach mit ca. einer Million Gesellschaften¹ die bei weitem häufigste Gesellschaftsform in Deutschland². Andererseits ist sie auch die am stärksten von Unternehmensinsolvenzen betroffene Rechtsform³. Zwar hat sich die Lage seit dem Höchststand im Jahre 2003 mit 20.034 insolventen GmbHs zwischenzeitlich erheblich verbessert, im Jahre 2008 haben sich beispielsweise nur noch 10.929 GmbHs für insolvent erklärt⁴, zuletzt wurden mit der weltweiten Wirtschafts- und Finanzkrise aber wieder neue Rekordzahlen erreicht⁵. Die durch GmbH-Insolvenzen verursachten Schäden (Forderungsausfälle, Verfahrenskosten, Zahlung von Insolvenzgeld etc.) betragen jährlich viele Milliarden Euro⁶. Diese auf die Teilnahme der GmbH am Wirtschaftsleben zurückzuführenden enormen Schäden stehen in einem gewissen Spannungsverhältnis zu dem Prinzip der Haftungsbeschränkung bei der GmbH, wonach den Gesellschaftsgläubigern gegenüber grundsätzlich allein

1 Vgl. *Kornblum*, GmbHR 2010, 739, 746, wonach zum Stichtag 1.1.2010 insgesamt 1.016.443 GmbHs und davon 23.369 UGs („haftungsbeschränkte Unternehmerge-sellschaft“) bestanden.

2 *Meyer*, GmbHR 2004, 1417, 1427; vgl. jüngst auch *Wicke*, MittBayNot 2011, 23.

3 *Pape/Uhlenbrück/Voigt-Salus* in: *Pape/Uhlenbrück/Voigt-Salus*, Insolvenzrecht, 2. Aufl., I, Kap. 5, Rn. 1; vgl. dazu auch *Meyer*, GmbHR 2004, 1417, 1427, der die hohe Insolvenzanzahligkeit der GmbH unter anderem auf die Anreizstruktur der be-schränkten Haftung zurückführt, die zu (über-) optimistischen Gründungen und zur Ausgliederung risikoreicher Unternehmensparten verleiht; siehe zu den Insolvenzzahlen auch Statistisches Bundesamt (2010): Insolvenzen und Insolvenzhäufig-keiten von Unternehmen nach Rechtsformen, <http://www.destatis.de/>.

4 Siehe zu den Zahlen etwa *Lutter* in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., Einl., Rn. 7; *Haas/Hossfeld* in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 92, Rn. 1; vgl. auch *Fleischer* in: MüKo-GmbHG, Einl., Rn. 207 ff., der zur Erklärung der rück-läufigen GmbH-Insolvenzen die gute Konjunktur und das Ausbleiben größerer Un-ternehmenszusammenbrüche anführt.

5 *Pape/Uhlenbrück/Voigt-Salus* in: *Pape/Uhlenbrück/Voigt-Salus*, Insolvenzrecht, 2. Aufl., Kap. 5, Rn. 1.

6 Siehe dazu *Meyer*, GmbHR 2004, 1417, 1420 f.

das Gesellschaftsvermögen haftet, nicht aber der Gesellschafter oder aber der Geschäftsführer persönlich⁷. Um das mit dem Wirtschaften mit beschränkter Haftung verbundene Risiko Dritter zumindest teilweise auszugleichen, hat der deutsche Gesetzgeber ein umfassendes, fein ziseliertes Gläubigerschutzsystem geschaffen: Neben den Kapitalschutzregeln hält das GmbH-Recht ein dichtes Netz an haftungsbewehrten Verantwortlichkeitsregeln zum (mittelbaren und unmittelbaren) Schutz der Gesellschaftsgläubiger bereit. Die Haftungsrollen sind dabei auf Gesellschafter und Geschäftsführer verteilt: Das Risiko von Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsdefiziten tragen primär die Gesellschafter, während die Geschäftsführer das Haftungsrisiko im Fall von corporate governance-Verstößen tragen⁸. Während das Risiko für die Gesellschafter im Insolvenzfall in der Regel auf den Verlust ihrer Stammeinlagen sowie etwaiger Gesellschafterdarlehen beschränkt ist, sieht sich der Geschäftsführer dagegen der unbeschränkten Inanspruchnahme durch Insolvenzverwalter und Gläubiger ausgesetzt, für die der Geschäftsführer dann so etwas wie „der Goldesel im Märchen“⁹ ist. Gerät die Gesellschaft in die Insolvenz, wird ex post seine gesamte Geschäftsleitungstätigkeit auf etwaige Fehlentscheidungen und Versäumnisse hin überprüft¹⁰. Den Geschäftsführer können dann erhebliche Schadensersatzansprüche treffen. Im schlimmsten Fall drohen sogar staatsanwaltschaftliche Ermittlungen. So kann auch für den verantwortungsbewussten Geschäftsführer das unternehmerische Scheitern in der Realität leicht zur persönlichen Tragödie werden. Insbesondere für den angestellten Fremdgeschäftsführer, den klassischen Manager, steht dieses nachträgliche Haftungsrisiko oft in keinem Verhältnis zu seinem früheren Gehalt.

II. Bedeutung der GmbH-Reform für den Geschäftsführer

Dieser Zustand hat sich für den GmbH-Geschäftsführer durch das am 1.11.2008 in Kraft getretene „Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)¹¹ noch verstärkt. Während zur Freude der Gesellschafter eine Lockerung des strengen, auch als „Kulturleistung ersten

7 Haas, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, S. 16.

8 K. Schmidt, GmbHR 2008, 449, 450.

9 Goette, ZInsO 2001, 529, 537.

10 Vgl. dazu auch Strohn, NZG 2011, 1161, der in jüngerer Zeit eine Zunahme von Organhaftungsklagen vor den Gerichten feststellt.

11 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 28.10.2008, BGBl I 2008, 2026.

Ranges¹² gewürdigten Kapitalschutzsystems stattgefunden hat, ist gleichzeitig eine deutliche Haftungsverschärfung für den Geschäftsführer festzustellen¹³. Der Gesetzgeber hat mit dem MoMiG u. a. das Ziel verfolgt, die Haftungsrisiken der Gesellschafter unter Kontrolle zu halten, um die GmbH für die auf die beschränkte Haftung der Gesellschafter angewiesene Unternehmerpraxis attraktiver zu machen. Gleichzeitig sollte jedoch auch Gläubigerschutzanliegen effektiv Rechnung getragen werden. Der Versuch des Gesetzgebers, diese beiden nur schwer miteinander zu vereinbarenden Reformziele zu verbinden, war, wie noch zu zeigen sein wird, nicht ohne erhebliche Berührung der Interessen der Geschäftsführer möglich¹⁴.

III. Krise und Krisenvorfeld als Auslöser besonderer Pflichten und Risiken

Der GmbH-Geschäftsführer wird als Organ der Gesellschaft in besonderem Maße in der Unternehmenskrise in die Verantwortung genommen. In dieser Phase besteht ein dichtes Netz haftungsbewehrter Verhaltenspflichten. Zu unterscheiden sind dabei unterschiedliche zeitliche Abschnitte, nämlich das Vorfeld der Insolvenz und der Zeitraum nach Eintritt der materiellen Insolvenzreife.

Mit Eintritt der Insolvenzreife bei Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit, also in der zweiten Phase, treffen den GmbH-Geschäftsführer besondere Krisenpflichten. Hier obliegt ihm nicht nur die Pflicht binnen einer Frist von drei Wochen Insolvenzantrag zu stellen (§ 15a InsO), sondern für ihn besteht zudem das Verbot, ab diesem Zeitpunkt Zahlungen zu leisten, die nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters vereinbar sind (§ 64 Satz 1 und Satz 2 GmbHG).

Unter Haftungsgesichtspunkten werden an die Geschäftsführung aber bereits im Vorfeld der Insolvenz erhebliche Herausforderungen gestellt¹⁵. Neben den

12 Wiedemann, GesR, Bd1, S. 558.

13 K. Schmidt, GmbHR 2008, 449, 458, der insoweit von einer GmbH-Reform auf Kosten der Geschäftsführer spricht; vgl. dazu ferner Fleischer, NJW 2009, 2327, 2343; Geißler, DZWIR 2011, 309; Goette in: Aktuelle Entwicklungen im Gesellschaftsrecht, S. 27; Kleindiek in: FS K. Schmidt, S. 893; Meyer, BB 2008, 1742, 1746; Niesert/Hohler, NZI 2009, 345; Rodewald, GmbHR 2009, 1301; J. Roth, GmbHR 2008, 1184, 1190.

14 Vgl. K. Schmidt, GmbHR 2007, 1072, 1073.

15 Vgl. zur Krisenverantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers im Vorfeld der Insolvenz z. B. Bork, ZIP 2011, 101 ff.; Drenckhan, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 38 ff.; Kleindiek in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., § 43, Rn. 24 ff.; ders. in: W. Bayer/E. Koch, Das neue GmbH-Recht, S. 89 ff.; K. Schmidt in: Die GmbH-Reform

allgemeinen Pflichten bei laufender Geschäftstätigkeit obliegen der Geschäftsführung schon in dieser Phase zusätzlich besondere Krisenpflichten, die durch das MoMiG zuletzt wesentliche Neuerungen erfahren haben. Im Gesetz finden sich hierzu jedoch nur vereinzelte und nicht aufeinander bezogene Regeln. Damit stellt sich die Frage: Welche Verhaltenspflichten bestehen für den GmbH-Geschäftsführer in dieser Phase? Lassen sich diese Fragmente als Teile eines einheitlichen Krisen-(geschäftsführungs)rechts verstehen? Und wenn ja, welches sind dessen Leitlinien?

B. Abgrenzung des Themas

Die Arbeit untersucht allein die Verantwortlichkeiten des GmbH-Geschäftsführers im Vorfeld der Insolvenz. Die Untersuchung dient dabei dem Ziel, unter Berücksichtigung der neuesten gesellschaftsrechtlichen Entwicklungen die zum Teil nur rudimentär ausgearbeiteten Pflichten und Haftungsrisiken des Geschäftsführers für den Zeitabschnitt „Vorfeld der Insolvenz“ systematisch zu erfassen und darzustellen. Dabei soll zugleich der Nachweis geführt werden, dass sich bei einer die Besonderheiten der Unternehmenskrise berücksichtigenden Normalwendung die bruchstückhafte Kodifikation im Wege einer Gesamtschau zu einem in sich schlüssigen Krisen-(geschäftsführungs)recht verbinden lässt.

Angesichts der Stofffülle bleiben die Ausführungen dabei allerdings dort lückenhaft, wo dies aus Sicht des Verfassers zu rechtfertigen ist. So soll im Folgenden etwa allein auf die wesentlichen zivilrechtlichen Pflichten und Risiken des Geschäftsführers eingegangen werden. Strafrechtliche Risiken finden ebenso wenig Berücksichtigung wie die diversen wettbewerbsrechtlichen, immaterialgüterrechtlichen oder steuerrechtlichen Vorschriften, die unter Umständen durch fehlerhaftes Geschäftsführerverhalten im Vorfeld der Insolvenz verletzt werden und damit Schadensersatzansprüche gegen das Geschäftsführungsorgan der GmbH begründen. Außerdem gilt es zu betonen, dass die in der Praxis häufig vorkommende Personalunion von Gesellschafterstellung und Geschäftsführeramt im Folgenden zwar häufig zu berücksichtigen ist, vor allem aber die formale Geschäftsführerstellung Gegenstand der Untersuchung sein wird.

in der Diskussion, S. 143 ff.; *Poertzgen*, ZInsO 2010, S. 785 ff.; *Rodewald*, GmbHR 2009, 1301; *Strohn*, NZG 2011, 1161 ff.; *Uwe H. Schneider*, GmbHR 2010, 57 ff.

C. Gang der Arbeit

Grundsätzlich handelt es sich bei der Geschäftsführerverantwortlichkeit im Vorfeld der Insolvenz um keinen klar abgrenzbaren, als Spezialmaterie normierten Pflichtenkreis, sondern vielmehr um einen Ausschnitt der allgemeinen Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung, die zum Teil modifiziert und zum Teil um spezielle Krisenpflichten erweitert ist¹⁶. Um die im Gesetz nur fragmentarisch angesprochenen besonderen Verhaltenspflichten im Vorfeld der Insolvenz systematisch zu erfassen und darzustellen, unterscheidet die Arbeit bei ihrer Untersuchung drei Regelungs- bzw. Pflichtenkreise, nämlich die allgemeinen Pflichten des Geschäftsführers mit besonderer Fokussierung auf ihre Ausgestaltung im Hinblick auf die Unternehmenskrise (krisenorientierte Pflichten) (1), die besonderen Pflichten des Geschäftsführers im Zusammenhang mit der Kapitalerhaltung (2) und die besonderen Pflichten des Geschäftsführers im Zusammenhang mit dem Solvenz- und Existenzschutz (3).

Die Erörterung der vorgenannten Regelungs- bzw. Pflichtenkreise und der darin enthaltenen einzelnen Organpflichten setzt zunächst ein klares Verständnis der „Krise“ voraus. Deswegen gilt es, in einem ersten Kapitel einen Blick auf den Begriff und den typischen Verlauf der Unternehmenskrise zu werfen.

Im Anschluss daran werden die krisenorientierten Pflichten des GmbH-Geschäftsführers beleuchtet. Neben der allgemeinen Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung soll hier konkret auf diejenigen Pflichten eines GmbH-Geschäftsführers eingegangen werden, die an sein Verhalten im Hinblick auf eine Krise appellieren.

Im nächsten Kapitel soll die Pflichtaufgabe des GmbH-Geschäftsführers zur Kapitalerhaltung untersucht werden. Wie noch zu zeigen sein wird, hat dieser Pflichtenkreis sowohl durch den Gesetzgeber als auch durch die Rechtsprechung in jüngster Zeit wesentliche Neuerungen und Änderungen erfahren.

Ein weiteres Kapitel geht sodann auf die Pflichtaufgaben des Geschäftsführers im Rahmen des Solvenz- und Existenzschutzes ein. Hier ist ein besonderes Augenmerk auf den durch das MoMiG neu eingeführten § 64 Satz 3 GmbHG zu legen. Außerdem ist die zuletzt zunehmend in den Mittelpunkt des juristischen Interesses gerückte Frage der Organpflichten im Zusammenhang mit sog. Risikoentscheidungen zu behandeln.

In einem abschließenden Kapitel werden die Ergebnisse der Untersuchung nochmals zusammengefasst.

16 Vgl. Uwe H. Schneider, GmbHR 2010, 57.