

WESTFÄLISCHE
WILHELMS-UNIVERSITÄT
MÜNSTER

Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Spannungsfeld zwischen Sanierungspflicht und Insolvenzantragspflicht

Carolin Roßkothen

Die Haftung des GmbH- Geschäftsführers im Spannungsfeld zwischen Sanierungspflicht und Insolvenzantragspflicht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von Carolin Roßkothen
aus Münster

Erstgutachter: Herr Prof. Dr. Ingo Saenger

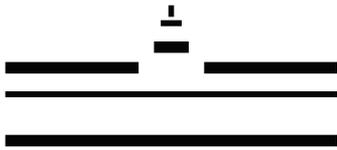
Zweitgutachter: Herr Prof. Dr. Johann Kindl

Dekan: Prof. Dr. Ingo Saenger

Datum der mündlichen Prüfung: 04. November 2014

Carolin Roßkothen

**Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Spannungsfeld
zwischen Sanierungspflicht und Insolvenzantragspflicht**



**WESTFÄLISCHE
WILHELMS-UNIVERSITÄT
MÜNSTER**

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

Reihe III

Band 14

Carolin Roßkothen

Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Spannungsfeld zwischen Sanierungspflicht und Insolvenzantragspflicht

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

herausgegeben von der Universitäts- und Landesbibliothek Münster

<http://www.ulb.uni-muenster.de>

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.

Dieses Buch steht gleichzeitig in einer elektronischen Version über den Publikations- und Archivierungsserver der WWU Münster zur Verfügung.

<http://www.ulb.uni-muenster.de/wissenschaftliche-schriften>

Carolin Roßkothen

„Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Spannungsfeld zwischen Sanierungspflicht und Insolvenzantragspflicht.“

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster, Reihe III, Band 14

© 2015 der vorliegenden Ausgabe:

Die Reihe „Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster“ erscheint im Verlagshaus Monsenstein und Vannerdat OHG Münster

www.mv-wissenschaft.com

Dieses Werk ist unter der Creative-Commons-Lizenz vom Typ 'CC BY-NC-ND 3.0 DE' lizenziert: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/de/>



ISBN 978-3-8405-0123-4

(Druckausgabe)

URN urn:nbn:de:hbz:6-99279611450

(elektronische Version)

direkt zur Online-Version:

© 2015 Carolin Roßkothen

Alle Rechte vorbehalten

Satz: Carolin Roßkothen

Umschlag: MV-Verlag

Druck und Bindung: MV-Verlag



Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2014 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Februar 2015 berücksichtigt werden.

Ganz besonderer Dank gilt meinem geschätzten Doktorvater Herrn Professor Dr. Ingo Saenger, der mich stets sowohl bei der Betreuung meiner Promotion als auch im Rahmen meiner Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Institut für Internationales Wirtschaftsrecht gefördert hat. Die Zusammenarbeit war in fachlicher und menschlicher Hinsicht überaus wertvoll und hat mich persönlich sehr positiv geprägt. Auch danke ich sehr herzlich Frau Andrea Freund, die für einen reibungslosen Ablauf der Arbeit am Institut gesorgt und viele schöne Aktivitäten außerhalb des Lehrstuhls mitgestaltet hat.

Herrn Professor Dr. Johann Kindl gebührt Dank für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Ferner danke ich dem „Team Saenger“ für eine wunderbare Zeit am Institut und freue mich sehr, dass sich über die Zusammenarbeit hinaus enge Freundschaften entwickelt haben. Stellvertretend genannt seien hier Raphael Koch, Alexander Scheuch, Steffen Vahlhaus, Lisanne Uphoff, Nadja-Magdalena Al-Wraikat, Benjamin Wagner, Johannes Sandhaus, Lisa Brentrup, Lars Bühren, Alexander Hoppe, Niklas Cordes und insbesondere Moritz Meyer, der mir beim Endspurt zur Fertigstellung dieser Arbeit eine große Unterstützung war.

Mein größter Dank gilt schließlich meinen Eltern, die mich nicht nur während der Erstellung dieser Arbeit, sondern durchgehend seit frühester Jugend sowohl bei meinem geliebten Tennissport als auch später während meines Studiums tatkräftig und liebevoll unterstützt und gefördert haben. Ihnen danke ich ebenso wie meinem Bruder Roman sehr für die Durchsicht des Manuskripts und hieraus resultierende wertvolle Anregungen!

Hamburg, im April 2015

Carolin Roßkothen

Inhaltsübersicht

§ 1	EINLEITUNG	1
A.	Problemstellung	1
B.	Ziel und Gang der Untersuchung	3
1. TEIL	GRUNDLAGEN	7
§ 2	VORAUSSETZUNGEN DER INSOLVENZ EINER GMBH	8
A.	Begriff der Insolvenz	8
B.	Insolvenzfähigkeit gem. § 11 InsO	12
C.	Eröffnungsgründe gem. § 16 InsO	14
D.	Eröffnungsantrag gem. § 13 InsO	15
§ 3	RECHTSSTELLUNG DES GMBH-GESCHÄFTSFÜHRERS	24
A.	Differenzierung zwischen einem Gesellschafter-Geschäftsführer und einem externen Geschäftsführer	24
B.	Rechtsbeziehungen zur Gesellschaft	25
C.	Weisungsabhängigkeit von den Gesellschaftern	33
D.	Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft	42
E.	Änderungen durch MoMiG und ESUG	46
2. TEIL	DIE PFLICHTEN DES GESCHÄFTSFÜHRERS IM VORFELD DER GMBH-INSOLVENZ	55
§ 4	GESELLSCHAFTSRECHTLICHE PFLICHTEN	55
A.	Sorgfaltsmaßstab nach § 43 Abs. 1 GmbHG	55
B.	Pflichtenkatalog des Geschäftsführers	72
§ 5	SANIERUNGSPFLICHT UND INSOLVENZANTRAGSPFLICHT	116
A.	Sanierung	116
B.	Die Antragsgründe des § 15a InsO	174
C.	Pflicht zur rechtzeitigen Insolvenzantragstellung	212
D.	Pflicht zur formal „richtigen“ Antragstellung gem. § 13 Abs. 1 InsO	226
E.	Kollision von Sanierungspflicht und Insolvenzantragspflicht?	236
§ 6	CHANCEN UND RISIKEN DER ANTRAGSTELLUNG GEM. § 18 INSO	239
A.	Chancen einer frühzeitigen Antragstellung	239
B.	Risiken eines frühzeitig gestellten Eröffnungsantrags.....	275

3. TEIL HAFTUNGSRISIKEN FÜR DEN GESCHÄFTSFÜHRER ZWISCHEN SANIERUNG UND INSOLVENZANTRAGSSTELLUNG.....	281
§ 7 INNENHAFTUNG GEGENÜBER DER GMBH	281
A. Anspruchsgrundlagen	282
B. Vorschusspflicht gem. § 26 Abs. 4 InsO	315
C. Haftungsprivilegierung	317
D. Zwischenfazit.....	325
§ 8 AUßENHAFTUNG GEGENÜBER DRITTEN	327
A. Risiko des „zu früh“ gestellten Eröffnungsantrags.....	327
B. Weitere Haftungsrisiken des Geschäftsführers.....	333
C. Zwischenfazit.....	339
§ 9 SCHADEN	342
A. Bezifferbare Schadenspositionen.....	342
B. Beschränkung der Rechte der Gesellschafter	343
C. Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs wegen verfrühter Antragstellung.....	345
D. Fazit.....	346
§ 10 BEWEISLASTVERTEILUNG	348
A. Beweisgrundsätze nach den gesetzlichen Vorschriften	348
B. Beweislastverteilung in Insolvenznähe der GmbH.....	350
4. TEIL SCHLUSSBETRACHTUNG	353
§ 11 FAZIT	353
A. Haftungsverschärfung durch MoMiG und ESUG	353
B. Haftungsverringerung aufgrund fehlender Beweisbarkeit des Schadens?	357
§ 12 ERGEBNISSE	360
A. Zusammenfassung in Thesen.....	360
B. Konkrete Handlungsempfehlungen	374
LITERATURVERZEICHNIS.....	381

Inhaltsverzeichnis

§ 1	EINLEITUNG	1
A.	Problemstellung	1
B.	Ziel und Gang der Untersuchung	3
1.	TEIL GRUNDLAGEN	7
§ 2	VORAUSSETZUNGEN DER INSOLVENZ EINER GMBH	8
A.	Begriff der Insolvenz	8
I.	Abgrenzung zur Krise	8
II.	Begriffsbestimmung der Insolvenz	10
1.	Erfordernis eines Eröffnungsgrundes	10
2.	Formelle und materielle Abgrenzung	11
3.	Gesamtvollstreckungsverfahren.....	11
B.	Insolvenzfähigkeit gem. § 11 InsO	12
I.	Definition der Insolvenzfähigkeit.....	12
II.	Die GmbH als Insolvenzschuldnerin.....	13
C.	Eröffnungsgründe gem. § 16 InsO	14
I.	Notwendigkeit der Eröffnungsgründe	14
II.	Relevanter Zeitpunkt	15
D.	Eröffnungsantrag gem. § 13 InsO	15
I.	Antragsberechtigte und -verpflichtete	16
1.	Antrag eines Gläubigers.....	17
2.	Antrag des Schuldners	18
a)	Antragspflicht der Gesellschafter im Fall der Führungslosigkeit	19
b)	Probleme der „faktischen Geschäftsführung“	20
aa)	Recht des „faktischen Geschäftsführers“ zur Antragstellung.....	20
bb)	Bedeutung der „faktischen Geschäftsführung“ für die Prozessfähigkeit	22
II.	Sinn und Zweck der Insolvenzantragspflicht	22
§ 3	RECHTSSTELLUNG DES GMBH-GESCHÄFTSFÜHRERS	24
A.	Differenzierung zwischen einem Gesellschafter-Geschäftsführer und einem externen Geschäftsführer	24
I.	Grundsatz der Fremdorganschaft	24
II.	Besonderheiten des Gesellschafter-Geschäftsführers	25
B.	Rechtsbeziehungen zur Gesellschaft	25
I.	Bestellung	26

1. Gesellschaftsvertragliche Regelung.....	26
2. Beschluss der Gesellschafterversammlung.....	27
II. Anstellung.....	28
III. Verhältnis von Anstellung und Organstellung.....	29
IV. Geschäftsführung und Vertretung.....	29
1. Geschäftsführungsbefugnis.....	30
2. Organschaftliche Vertretungsmacht.....	31
3. Rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht.....	32
C. Weisungsabhängigkeit von den Gesellschaftern.....	33
I. Weisungen der Gesellschafterversammlung.....	33
1. Unternehmenspolitik.....	34
a) Begriff und Inhalt.....	34
b) Satzungsmäßiger Unternehmensgegenstand.....	35
2. Kompetenz zur Ausgestaltung der Geschäftspolitik.....	35
3. Katalog der zustimmungspflichtigen Geschäfte.....	36
II. Grenzen der Weisungsgebundenheit.....	37
1. Unentziehbare Kompetenzen des Geschäftsführers.....	39
2. Rechtswidrige Weisung.....	40
3. Anfechtbare Weisung.....	40
4. Abweichung durch den Geschäftsführer.....	41
D. Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft.....	42
I. Konkrete Inhalte der Treuepflicht.....	43
II. Vorlagepflicht an die Gesellschafterversammlung.....	44
III. Fehlerhaftes Verhalten des Geschäftsführers und mögliche Konsequenzen.....	45
1. Nichtbeachtung von Zustimmungserfordernissen.....	45
2. Nichtausführung von Weisungen der Gesellschafterversammlung.....	46
E. Änderungen durch MoMiG und ESUG.....	46
I. Ziele des Gesetzgebers.....	47
1. MoMiG.....	47
2. ESUG.....	48
II. Gesetzliche Maßnahmen.....	49
1. Insolvenzantragspflicht gem. § 15a InsO.....	49
2. Verschärfung der Geschäftsführerhaftung durch § 26 Abs. 4 InsO.....	50
3. Geschäftsführerhaftung nach § 64 S. 3 GmbHG.....	51
III. Konsequenzen für das Innenverhältnis in der GmbH.....	52

2. TEIL DIE PFLICHTEN DES GESCHÄFTSFÜHRERS IM VORFELD DER GMBH-INSOLVENZ.....	55
§ 4 GESELLSCHAFTSRECHTLICHE PFLICHTEN.....	55
A. Sorgfaltsmaßstab nach § 43 Abs. 1 GmbHG.....	55
I. Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes.....	56
1. Legalitätspflicht	57
2. „Nützliche Pflichtverletzungen“	58
3. Entscheidungen bei unklarer Rechtslage	59
II. Bedeutung des Deutschen Corporate Governance Kodex	60
1. Inhalt und Geltungsbereich	61
2. Entsprechende Anwendung auf die GmbH.....	61
III. Modifizierter Sorgfaltsmaßstab aus vertraglichen Vereinbarungen	62
IV. Unternehmerischer Ermessensspielraum	63
1. Die „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung des BGH	64
2. Voraussetzungen der Haftungsprivilegierung.....	66
a) Unternehmerische Entscheidung	66
b) Handeln zum Wohle der Gesellschaft	67
c) Keine Interessenkonflikte	67
d) Handeln auf Basis angemessener Information	68
e) Handeln in gutem Glauben	69
V. Zwischenfazit	71
B. Pflichtenkatalog des Geschäftsführers.....	72
I. Einberufung der Gesellschafterversammlung gem. § 49 Abs. 3 GmbHG	73
1. Verlust der Hälfte des Stammkapitals.....	73
a) Definition.....	74
b) Ermittlung des Gesellschaftsvermögens.....	75
aa) Bewertungsmaßstäbe	75
(1) Fortführungsprognose.....	75
(2) Buchwerte der Jahresbilanz.....	76
(a) Aktivposten	76
(b) Passivposten	77
(3) Sinn und Zweck der Verlustanzeige des § 49 Abs. 3 GmbHG	77
(4) Stellungnahme	78
bb) Auflösung stiller Reserven.....	79
cc) Zwischenergebnis.....	80
2. Maßnahmen zum Verlustausgleich.....	81
a) Keine generelle Nachschusspflicht im Kapitalgesellschaftsrecht.....	81

b)	Nachschusspflicht im Rahmen der Satzungsfreiheit	82
c)	Wertungsmaßstäbe aus „Sanieren oder Ausscheiden“	83
d)	Bedeutung in der Praxis.....	84
3.	Rechtsfolgen bei unterlassener Einberufung	85
a)	Haftung des Geschäftsführers gem. § 43 Abs. 2 GmbHG	85
b)	Strafbarkeit des Geschäftsführers nach § 84 Abs. 1 GmbHG	86
c)	Wichtiger Grund für Abberufung und Kündigung	87
II.	Ordnungsgemäße Buchführung gem. § 41 GmbHG	87
1.	Sinn und Zweck der Buchführungspflicht	88
2.	Organisation der Buchführung	88
3.	Konkrete Inhalte der Buchführungspflicht	90
a)	Ordnungsgemäße Führung der laufenden Bücher	91
b)	Aufstellung eines Inventars gem. § 240 HGB	92
c)	Aufstellung des Jahresabschlusses	93
aa)	Bilanz	94
(1)	Bilanzierungs- und Bewertungsgrundsätze	95
(a)	Die Generalnorm des „True and fair view“	95
(b)	Vollständigkeitsgebot und Bilanzwahrheit	96
(c)	Verrechnungsverbot und Bilanzklarheit	96
(d)	Prinzip der Bilanzidentität	97
(e)	Fortführungsprinzip („Going Concern“).....	97
(f)	Stichtagsprinzip und Einzelbewertung	98
(g)	Vorsichtsprinzip	99
(h)	Grundsatz der Periodenabgrenzung	100
(i)	Gebot der Bewertungsstetigkeit	100
(2)	Vergleich zu Bewertungsansätzen nach § 49 GmbHG	101
(3)	GmbH-spezifische Bilanzierungsgrundsätze.....	101
(a)	Ausweis des Stammkapitals.....	102
(b)	Nachschusskapital	102
(c)	Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern.....	103
bb)	Gewinn- und Verlustrechnung	104
(1)	Gesamtkostenverfahren	105
(2)	Umsatzkostenverfahren	105
(3)	Gemeinsamkeiten und Unterschiede beider Verfahrensarten	106
d)	Anhang gem. § 284 HGB	107
e)	Lagebericht gem. § 289 HGB i.V.m. § 42a Abs. 1 GmbHG.....	108

f) Vorlage des Jahresabschlusses und des Lageberichts gem. § 42a GmbHG.....	109
aa) Art und Weise der Vorlage	109
bb) Informationsverweigerung durch die Geschäftsführung	110
g) Unterzeichnung und Einreichung des Jahresabschlusses	112
h) Aufbewahrung der Buchführungsunterlagen gem. § 257 HGB	113
III. Zwischenfazit	114
§ 5 SANIERUNGSPFLICHT UND INSOLVENZANTRAGSPFLICHT	116
A. Sanierung	116
I. Begriffsbestimmung	117
1. Außergerichtliche Sanierung.....	119
2. Sanierung im Regelverfahren und übertragende Sanierung	119
3. Sanierung im Insolvenzplanverfahren	120
a) Inhalt und Zweck des Insolvenzplans.....	121
b) Chancen und Risiken infolge des ESUG.....	122
aa) Kritische Betrachtung der Ausweitung des Obstruktionsverbots	123
bb) Stellungnahme.....	124
c) Pflicht des Geschäftsführers zur Einreichung eines Insolvenzplans	125
II. Entstehungszeitpunkt der Sanierungspflicht	126
1. Selbstprüfungspflicht der Geschäftsführer	127
a) Risikofrüherkennung	127
aa) Informations- und Organisationspflicht.....	128
(1) Implementierung betriebswirtschaftlicher Frühwarnsysteme.....	129
(a) Bilanzanalyse als operatives Frühwarnsystem	130
(b) Strategische Frühwarnsysteme.....	132
(c) Financial Covenants	133
(2) Vor- und Nachteile der einzelnen Frühwarnsysteme	135
(3) Stellungnahme	136
(4) Kontrolle des Informationsflusses.....	137
bb) Einholung fachkundigen Rats zur Prüfung der Insolvenzreife.....	139
(1) Beauftragung eines fachkundigen Sachverständigen	139
(2) Information des Beraters	140
(a) Zurverfügungstellung relevanter Unternehmensdaten.....	140
(b) Kooperation zwischen Berater und Mitarbeitern.....	141
(3) Plausibilitätskontrolle des Prüfergebnisses	141

b)	Solvenz- oder Liquiditätsprognose	143
c)	Auswertung der Unternehmensbilanzen.....	144
aa)	Eigenkapitalquote und Verschuldungsgrad	144
bb)	Gewinn- und Verlustrechnung (GuV).....	145
cc)	IFRS keine taugliche Auslegungshilfe.....	146
2.	Prüfung von Sanierungsmöglichkeiten	146
a)	Sanierungsfähigkeit	147
b)	Sanierungswürdigkeit	147
3.	Entwicklung und Umsetzung entsprechender Sanierungskonzepte	148
a)	Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten nach IDW S 6	149
aa)	Teilkonzept versus Vollkonzept.....	150
bb)	Kernanforderungen an Sanierungskonzepte	151
(1)	Beschreibung von Auftragsgegenstand und -umfang	152
(2)	Darstellung und Analyse der wirtschaftlichen und rechtlichen Ausgangslage des Unternehmens	152
(a)	Prüfung der Unternehmenslage anhand interner und externer Faktoren	153
(b)	Prüfung der Fortführungsfähigkeit des Unternehmens....	154
(3)	Analyse von Krisenstadium und -ursachen	155
(a)	Stakeholderkrise.....	155
(b)	Strategiekrise.....	156
(c)	Produkt- und Absatzkrise.....	157
(d)	Erfolgskrise	157
(e)	Liquiditätskrise.....	158
(f)	Insolvenzreife.....	158
(g)	Analyse der Krisenursachen	159
(4)	Darstellung des Leitbilds des sanierten Unternehmens.....	160
(5)	Maßnahmen zur Bewältigung der Unternehmenskrise und zur Abwendung der Insolvenzgefahr.....	161
(6)	Integrierter Unternehmensplan	162
(7)	Zusammenfassende Einschätzung der Sanierungsfähigkeit...	163
b)	Spannungsfeld zwischen Theorie und Praxis	164
c)	Arten von Sanierungsmaßnahmen	165
aa)	Sofortmaßnahmen	165
bb)	Mittel- und langfristige Maßnahmen	166
4.	Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabs aus § 43 Abs. 1 GmbHG durch IDW S 6	167
a)	Fehlende Rechtsverbindlichkeit der IDW- Standards	168

b) IDW- Standards als Auslegungshilfe	168
c) Stellungnahme	169
5. Unternehmerischer Ermessensspielraum im Rahmen der Sanierung	170
a) Reichweite des Ermessensspielraums	170
b) Entscheidungen bei unsicherer Rechtslage.....	172
III. Zwischenfazit	173
B. Die Antragsgründe des § 15a InsO	174
I. Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 InsO	174
1. Zahlungseinstellung	175
a) Erkennungsmerkmale der Zahlungseinstellung	176
b) Zahlungsunwilligkeit.....	177
2. Feststellung	178
a) Wesentlichkeitsschwelle des BGH.....	179
aa) Abgrenzung zur Zahlungsstockung	179
bb) Probleme der 90% - Schwelle.....	182
b) Zeitpunkt.....	182
c) Liquiditätsbilanz	184
aa) Prognoseproblematik	184
bb) Berücksichtigung der Passiva II.....	185
cc) Stichtagsregelung	186
dd) Zeitpunktiliquidität vs. Zeitraumilliquidität	187
ee) Muster einer Liquiditätsbilanz	188
II. Überschuldung gem. § 19 InsO.....	191
1. Abgrenzungsfragen	191
a) Unterbilanz	191
b) Verschuldung.....	192
c) Unterkapitalisierung	193
2. Entwicklungen der Rechtslage.....	193
a) Überschuldungsbegriff vor Inkrafttreten der InsO	193
b) Einführung der InsO am 01. Januar 1999.....	194
c) Finanzmarktstabilisierungsgesetz vom 17. Oktober 2008 (FMStG)...	194
d) Berücksichtigung von Gesellschafterdarlehen	195
e) Rückkehr zum modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriff....	195
3. Voraussetzungen der Überschuldung nach § 19 Abs. 2 S. 1 InsO.....	196
a) Modifizierter zweistufiger Überschuldungsbegriff.....	196
aa) Überschuldungsbilanz.....	197
(1) Rechnerische Überschuldung	198
(2) Muster-Überschuldungsbilanz.....	199

bb) Rechtliche Überschuldung	201
cc) Fortführungsprognose	201
(1) Zahlungsfähigkeitsprognose	203
(2) Erfordernis einer Ertragsfähigkeitsprognose	204
(a) Argumente pro Erforderlichkeit einer Ertragsfähigkeitsprognose	204
(b) Argumente contra Erforderlichkeit einer Ertragsfähigkeitsprognose	205
(c) Stellungnahme	207
b) Sinn und Zweck der Vorschrift	209
4. Würdigung der gesetzlichen Regelung	209
C. Pflicht zur rechtzeitigen Insolvenzantragstellung	212
I. Zuständigkeit des Geschäftsführers	213
II. Begriffsbestimmung der Rechtzeitigkeit	214
1. Verbot der Insolvenzverschleppung	214
2. Prüfung der Insolvenzreife der Gesellschaft	215
3. Die Drei-Wochen-Frist des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO	215
a) Rechtliche Problembereiche	216
aa) Höchstfrist	216
bb) Fristbeginn	217
(1) Objektiver Eintritt der Insolvenzreife	217
(2) Erkennbarkeit der objektiv eingetretenen Insolvenzreife	218
(3) Antragstellung ohne schuldhaftes Zögern	220
cc) Keine Unterbrechung der Frist durch Sanierungsbemühungen	221
dd) Fristende	222
ee) Zwischenfazit	223
b) Auswirkungen auf die Praxis	224
4. Das Scheitern von Sanierungsbestrebungen	225
III. Strafbewährtheit im Falle der Nichtbeachtung	225
D. Pflicht zur formal „richtigen“ Antragstellung gem. § 13 Abs. 1 InsO	226
I. Risiko der Insolvenzverschleppungshaftung bei „unrichtig“ gestelltem Antrag	226
II. Formale Anforderungen an die Antragstellung	227
1. Schriftlicher Antrag	227
2. Vollständigkeit der Angaben	227
a) Darlegung des Vorliegens eines Eröffnungsgrundes	228
b) Auskünfte zur finanziellen Situation der Gesellschaft	229
aa) Gläubiger- und Forderungsliste	229
bb) Angaben zu Bilanz-, Umsatz- und Arbeitnehmerzahlen	230

(1) Bedeutung der Bilanzsumme für die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses.....	231
(2) Restriktive Auslegung des § 15a Abs. 4 InsO.....	232
3. Zuständiges Insolvenzgericht.....	233
a) Sachliche Zuständigkeit.....	234
b) Örtliche Zuständigkeit.....	234
c) Konsequenzen der Anrufung eines unzuständigen Gerichts.....	235
E. Kollision von Sanierungspflicht und Insolvenzantragspflicht?.....	236
§ 6 CHANCEN UND RISIKEN DER ANTRAGSTELLUNG GEM. § 18 INSO.....	239
A. Chancen einer frühzeitigen Antragstellung.....	239
I. Voraussetzungen gem. § 18 InsO.....	239
1. Drohende Zahlungsunfähigkeit gem. § 18 InsO.....	239
a) Ziele der gesetzgeberischen Reform.....	240
b) Ausübung des Antragsrechts in der Praxis.....	241
c) Begriffsbestimmung der drohenden Zahlungsunfähigkeit.....	241
d) Abgrenzung zur Zahlungsunfähigkeit.....	242
aa) Inhalt der Prognoseentscheidung.....	242
bb) Prognosezeitraum.....	245
e) Überschneidungen mit dem Tatbestand der Überschuldung.....	246
2. Gesellschaftsinterne Zuständigkeit für die Antragstellung.....	248
a) Antragsrecht des Geschäftsführers als Vertretungsorgan.....	248
b) Zustimmung der Gesellschafterversammlung.....	248
aa) Notwendigkeit eines Gesellschafterbeschlusses?.....	249
(1) Argumente pro Erforderlichkeit eines Gesellschafterbeschlusses.....	250
(a) Oberstes Willensbildungsorgan der GmbH.....	250
(b) Kompetenz für Grundlagengeschäfte.....	250
(c) Erst-Recht-Schluss aus § 49 Abs. 3 GmbHG.....	251
(d) Einberufung der Gesellschafter nach § 49 Abs. 2 GmbHG.....	251
(e) Keine zeitliche Parallele zu § 15a Abs. 1 S. 1 InsO.....	252
(2) Argumente contra Erforderlichkeit eines Gesellschafterbeschlusses.....	253
(a) Zuständigkeitskatalog des § 46 GmbHG.....	253
(b) Vergleich zur UG (haftungsbeschränkt).....	253
bb) Stellungnahme.....	254
c) Unternehmerischer Ermessensspielraum des Geschäftsführers.....	256
3. Formale Anforderungen an die Antragstellung nach § 18 InsO.....	257
a) Vergleich zur „richtigen“ Antragstellung nach § 15a Abs. 4 InsO.....	257

b) Besondere Sorgfaltsanforderungen.....	258
II. Anreize für eine frühzeitige Antragstellung.....	259
1. Möglichkeit der Eigenverwaltung nach §§ 270 ff. InsO.....	259
a) Schutzschirmverfahren gem. § 270b InsO	261
aa) Besondere Pflichten des Schuldners	262
bb) Ausgewählte Problemfelder des § 270b InsO.....	262
(1) Person des Ausstellers der Sanierungsbescheinigung	262
(2) Haftung des Ausstellers	264
(3) Voraussichtlicher Eintritt der Zahlungsunfähigkeit	264
(4) Missbrauchsrisiken bei der Verwendung des Schutzschirmverfahrens.....	265
(5) Praxisbeispiel des Suhrkamp-Verlags	265
(a) Zeitliche Entwicklung des Rechtsstreits	266
(b) Treuwidriges Verhalten der Mehrheitsgesellschafterin ...	267
(c) Weitere Entwicklung des Rechtsstreits.....	268
(d) Würdigung	269
b) Vorlage eines Insolvenzplans als „prepackaged-plan“.....	272
2. Vorteile frühzeitiger Sanierungsbestrebungen.....	272
III. Möglichkeiten zur Abwendung der voraussichtlich eintretenden Zahlungsunfähigkeit.....	273
IV. Zwischenfazit	273
B. Risiken eines frühzeitig gestellten Eröffnungsantrags.....	275
I. Aufdeckung der tatsächlichen Insolvenzreife	275
II. Ablehnung der Eigenverwaltung durch das Gericht	276
III. Fehlende Zustimmung der Gesellschafterversammlung.....	277
IV. Eintritt der Insolvenz infolge der Antragstellung.....	277
V. Zwischenfazit	278

3. TEIL HAFTUNGSRISIKEN FÜR DEN GESCHÄFTSFÜHRER ZWISCHEN SANIERUNG UND INSOLVENZANTRAGSSTELLUNG.....281

§ 7 INNENHAFTUNG GEGENÜBER DER GMBH281

A. Anspruchsgrundlagen	282
I. Ansprüche aus dem gesellschaftsrechtlichen Organverhältnis	282
1. § 43 Abs. 2 GmbHG als zentrale Norm der Organstellung	282
a) Pflichtverletzungen bei Risikofrüherkennung und Sanierung	283
b) Eigenmächtige Antragstellung durch den Geschäftsführer	285
c) „Zu früh“ gestellter Eröffnungsantrag.....	286

aa) „Panikantrag“	286
bb) Keine ausreichende Prüfung außergerichtlicher Sanierungsmöglichkeiten	287
cc) Feststellung der „zu früh“ erfolgten Antragstellung	288
(1) Aufstellung eines Liquiditätsplans	288
(2) Auswertung der Sanierungschancen.....	291
dd) Bedeutung des Zeitpunkts	292
ee) Konsequenzen der Insolvenzantragsstellung	292
(1) Reaktionen der Marktpartner des Unternehmens	293
(2) Auswirkungen auf den Unternehmenswert	294
(a) Bewertung nach going-concern-Grundsätzen.....	294
(b) Bilanzierung zu Liquidationswerten	295
2. Haftung nach § 64 S. 1 GmbHG	295
3. Haftung nach § 64 S. 3 GmbHG	296
a) Der Geschäftsführer als Normadressat	298
b) Tatbestand des § 64 S. 3 GmbHG	299
aa) Begriff der Zahlungsunfähigkeit.....	299
(1) Berücksichtigung fälliger Gesellschafterforderungen.....	300
(2) Würdigung	302
bb) Verursachung der Zahlungsunfähigkeit.....	303
c) Rechtsfolge des § 64 S. 3 GmbHG.....	304
aa) Erstattungspflicht des Geschäftsführers.....	305
bb) Leistungsverweigerungsrecht des Geschäftsführers	306
d) Kollision von § 64 S. 3 GmbHG mit § 15a InsO	308
e) Konsequenzen bei möglichen Pflichtverstößen.....	308
aa) Abberufung durch die Gesellschafterversammlung.....	308
bb) Amtsniederlegung durch den Geschäftsführer.....	310
4. Zwischenfazit.....	312
5. Haftung in Eigenverwaltung und Schutzschirmverfahren.....	313
II. Anspruch aus dem dienstvertraglichen Anstellungsverhältnis gem. § 280 Abs. 1 BGB	314
B. Vorschusspflicht gem. § 26 Abs. 4 InsO	315
I. Voraussetzungen der Vorschusspflicht	315
II. Motivation zu rechtzeitiger Antragstellung?	316
C. Haftungsprivilegierung	317
I. Freistellung durch Weisung und Einverständnis.....	318
II. Anspruchsverzicht der Gesellschaft	320
III. Summenmäßige Beschränkung und Verjährungsverkürzung.....	321

IV. Unternehmerischer Ermessensspielraum	322
V. D&O-Versicherung zur Haftungsvermeidung	323
D. Zwischenfazit	325
§ 8 AUBENHAFTUNG GEGENÜBER DRITTEN	327
A. Risiko des „zu früh“ gestellten Eröffnungsantrags	327
I. Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers aus § 823 Abs. 1 BGB	327
1. Mitgliedschaft als geschütztes Rechtsgut	328
2. Zurechenbare Pflichtverletzung des Geschäftsführers	329
3. Eingriffsintensität	330
a) Mitgliedschaftsbezogener Eingriff	330
b) Minderung des Anteilswerts	331
II. Würdigung	332
B. Weitere Haftungsrisiken des Geschäftsführers	333
I. Haftung wegen Insolvenzverschleppung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a Abs. 1 InsO	333
II. Haftung nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3 BGB (c.i.c.)	334
III. Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a StGB	336
IV. Haftung wegen Verletzung der Buchführungspflicht	339
C. Zwischenfazit	339
§ 9 SCHADEN	342
A. Bezifferbare Schadenspositionen	342
B. Beschränkung der Rechte der Gesellschafter	343
C. Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs wegen verfrühter Antragstellung	345
D. Fazit	346
§ 10 BEWEISLASTVERTEILUNG	348
A. Beweisgrundsätze nach den gesetzlichen Vorschriften	348
B. Beweislastverteilung in Insolvenznähe der GmbH	350
4. TEIL SCHLUSSBETRACHTUNG	353
§ 11 FAZIT	353
A. Haftungsverschärfung durch MoMiG und ESUG	353
I. Widersprüchliche Konsequenzen des § 15a Abs. 4 InsO	354
II. Handlungsbedarf für den Gesetzgeber	355
III. Keine Verpflichtung zur frühzeitigeren Antragstellung durch ESUG	355
IV. „Sanierung kein Makel mehr“? – Ziele des Gesetzgebers	356
B. Haftungsverringerung aufgrund fehlender Beweisbarkeit des Schadens?	357

§ 12 ERGEBNISSE	360
A. Zusammenfassung in Thesen.....	360
I. Insolvenz einer GmbH und Rechtsstellung des Geschäftsführers	360
II. Gesellschaftsrechtliche Pflichten im vorinsolvenzlichen Stadium der GmbH	361
III. Sanierungspflicht.....	363
IV. Insolvenzantragspflicht	364
V. Antragstellung nach § 18 InsO.....	367
VI. Haftungsrisiken für den Geschäftsführer	369
B. Konkrete Handlungsempfehlungen	374
I. Gestaltungsanregungen für die Legislative	374
1. Modifikation des § 15a Abs. 4 InsO	374
2. Einführung eines eigenständigen Sanierungsgesetzes neben der InsO ...	376
II. Handlungsempfehlungen für die Geschäftsführung.....	377
1. Einrichtung von unternehmensinternen Frühwarnsystemen.....	377
2. Gesellschaftsinterne Strategieabteilung.....	378
3. Regelung einer D&O-Versicherung im Anstellungsvertrag.....	378
4. Abstimmung mit der Gesellschafterversammlung.....	379
LITERATURVERZEICHNIS.....	381

§ 1 Einleitung

Das wirtschaftliche Scheitern von Unternehmen ist Teil der freien Marktwirtschaft. Welche negativen Konsequenzen einzelne Großinsolvenzen für eine bestimmte Branche oder auch eine bestimmte Region innerhalb eines Landes haben können, zeigt sich mitunter erst verzögert.¹ Im Jahr 2013 gab es in Deutschland insgesamt gut 26.000 Unternehmensinsolvenzen.² Mit gut 38% entfiel der zweitgrößte Anteil der Insolvenzen auf die Rechtsform der GmbH, am häufigsten betroffen waren mit gut 47% die Kleingewerbetreibenden³. Diese Statistik und die rechtstatsächliche Untersuchung von *Kornblum*, nach der es im Jahr 2013 über eine Million GmbH in Deutschland gab,⁴ verdeutlicht die Bedeutung der Rechtsform GmbH im deutschen Wirtschaftsverkehr.

A. Problemstellung

Infolge rechtstatsächlicher Untersuchungen hat sich mittlerweile herauskristallisiert, dass die Stellung eines Insolvenzantrags erst durchschnittlich 11 Monate nach Eintritt der materiellen Insolvenz erfolgt.⁵ Für den Geschäftsführer einer GmbH ergibt sich im vorinsolvenzlichen Stadium der Gesellschaft eine nicht zu unterschätzende Konfliktsituation: Einerseits ist der Geschäftsführer nach § 15a Abs. 1 S. 1 InsO zur rechtzeitigen Insolvenzantragstellung verpflichtet und haftet im Fall verspäteter Antragstellung sowohl den Gläubigern nach § 823 Abs. 2 i.V.m. § 15a Abs. 1 S. 1 InsO als auch der GmbH gem. § 64 S. 1 GmbHG, andererseits droht ihm gegenüber der GmbH ein Haftungsrisiko we-

¹ *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, S. 1.

² http://www.creditreform.de/fileadmin/user_upload/crefo/download_de/news_termine/wirtschaftsforschung/insolvenzen-deutschland/Insolvenzen_in_Deutschland_2013.pdf (Abruf am 20.02.2015).

³ http://www.creditreform.de/fileadmin/user_upload/crefo/download_de/news_termine/wirtschaftsforschung/insolvenzen-deutschland/Insolvenzen_in_Deutschland_2013.pdf (Abruf am 20.02.2015).

⁴ *Kornblum*, GmbHR 2013, 693, 694 kommt für den Stichtag 01.01.2013 insgesamt auf eine Anzahl von 1.098.222 GmbH in Deutschland.

⁵ *Kirstein*, ZInsO 2006, 966, 967; *Schmerbach*, in: FK-InsO, § 26 Rn. 66; *Knief*, DB 2012, 2353, 2355; *Luttermann/Geißler*, ZInsO 2013, 1381, 1382.

gen verfrüht gestellten Insolvenzantrags nach § 43 Abs. 2 GmbHG.⁶ Die Auflösung dieses Spannungsfeldes ist weitgehend ungeklärt. Der Gesetzgeber des ESUG hatte die Problematik erkannt, dass in aller Regel keine frühzeitige Antragstellung erfolgt, sondern erst dann die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragt wird, „wenn das Vermögen des Schuldners restlos aufgezehrt ist und keine Sanierungschancen mehr bestehen“.⁷ Durch das ESUG sollte insbesondere die Eigenverwaltung gestärkt werden und mit der Einführung des Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO wollte der Gesetzgeber daher gerade einen Anreiz für eine frühzeitige Insolvenzantragstellung schaffen, um dadurch die Sanierungschancen für das betroffene Unternehmen zu erhöhen.⁸ Trotz dieser durch den Gesetzgeber bezweckten Erleichterung der Sanierung von Unternehmen ist nicht außer Acht zu lassen, dass das Bekanntwerden einer Unternehmensinsolvenz am Markt eine nicht zu unterschätzende Rufschädigung für das Unternehmen bedeuten kann, weil der Ruf der Insolvenz nach wie vor mit negativen Erwartungen der beteiligten Kreise behaftet ist.⁹ Daher ist klärungsbedürftig, ob der vom Gesetzgeber durch das ESUG bezweckte Anreiz zur frühzeitigen Antragstellung tatsächlich die erhoffte Wirkung entfaltet hat oder ob die Risiken sowohl wirtschaftlich für die Gesellschaft als auch haftungsrechtlich für den Geschäftsführer von einem solchen Ausmaß sind, dass eine frühzeitige Antragstellung nicht attraktiv erscheint. Daneben bedarf die Frage nach der Feststellung der Rechtzeitigkeit der Antragstellung einer genaueren Erörterung. Der Geschäftsführer befindet sich in dem Dilemma, dass ihm nur ein schmaler Zeitrahmen für die rechtzeitige Antragstellung verbleibt und er daher Gefahr läuft, den Antrag entweder zu früh oder zu spät zu stellen und sich damit einem Haftungsrisiko auszusetzen. Eine eingehende Untersuchung dieses Dilemmas und ein möglicher Lösungsansatz hierzu sollen Kerngegenstand dieser Arbeit sein.

⁶ K. Schmidt, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1.111.

⁷ RegE-ESUG, BT-Drs. 17/5712, S. 1.

⁸ Begr. RegE-ESUG, BT-Drs. 17/5712, S. 40.

⁹ Seagon, in: Buth/Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, § 26 Rn. 1 betont das „Stigma der Insolvenz“ und die Angst der Schuldnerunternehmen vor „Kontrollverlust und Liquidation“.

B. Ziel und Gang der Untersuchung

Aufgrund der Tatsache, dass in der Praxis die Insolvenzantragstellung in aller Regel zu spät erfolgt, soll der Fokus der Arbeit auf einen frühzeitig gestellten Insolvenzantrag gerichtet sein. Besonders untersucht wird der vorinsolvenzliche Pflichtenbereich des Geschäftsführers bis hin zur Insolvenzantragspflicht. Ziel der Untersuchung ist es, die Haftungsrisiken des Geschäftsführers im Innen- und Außenverhältnis bis zum Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung herauszuarbeiten und zu prüfen, inwiefern eine frühzeitige Antragstellung neben Chancen für die Gesellschaft auch Haftungsrisiken für den Geschäftsführer mit sich bringt. Daher sollen neben Ansätzen zur unternehmensinternen Organisation auch Handlungsempfehlungen erarbeitet werden, wie eine Insolvenzverschleppung einerseits verhindert werden und andererseits eine Haftung wegen zu früh erfolgter Antragstellung vermieden werden kann. Hierbei gilt es, verschiedene Fragen einer Klärung näher zu bringen, die sich in denknottwendiger Reihenfolge stellen.

So werden im 1. Teil der Arbeit die wesentlichen Grundlagen für die Untersuchung geschaffen. Neben den Voraussetzungen der Insolvenz einer GmbH (§ 2) wird die Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers näher skizziert (§ 3). Hierbei ist v.a. herauszuarbeiten, welche Rechtsbeziehungen zur Gesellschaft bestehen, inwieweit die Tätigkeit des Geschäftsführers von seiner Weisungsabhängigkeit und Treuepflicht geprägt ist und welche Änderungen durch MoMiG und ESUG Einzug in das Gesellschaftsrecht und in das Insolvenzrecht gehalten haben.

Der 2. und 3. Teil bilden den Hauptschwerpunkt der Arbeit. Im 2. Teil werden die Pflichten des Geschäftsführers im Vorfeld einer Insolvenz der GmbH untersucht. Hierbei werden zunächst die gesellschaftsrechtlichen Pflichten untersucht (§ 4), die – gemessen am Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG – insolvenzbezogen ausgerichtet sind. Insbesondere stehen daher die Einberufungspflicht aus § 49 Abs. 3 GmbHG¹⁰ sowie die Pflicht zur ordnungsgemäßen

¹⁰ Siehe hierzu 2. Teil § 4 B. I.

Buchführung nach § 41 GmbHG¹¹ im Fokus der Betrachtung. Im Anschluss folgt eine umfassende Erörterung des Spannungsfeldes zwischen Sanierungspflicht und Insolvenzantragspflicht (§ 5). Hier gilt es zunächst, die Voraussetzungen und Möglichkeiten einer Sanierung unter Berücksichtigung der Anforderungen des IDW S 6 und möglichen Auswirkungen auf den Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG zu untersuchen. Des Weiteren ist neben den Voraussetzungen für die einzelnen Insolvenzantragsgründe die Frage nach der Rechtzeitigkeit der Insolvenzantragstellung ebenso zu klären wie die Problematik der formal „richtigen“ Antragstellung. Ferner wird erörtert, inwiefern es zu einer Kollision zwischen Sanierungspflicht und Insolvenzantragspflicht kommen kann.

Einen weiteren Unterschwerpunkt der Arbeit bildet die Untersuchung der Chancen und Risiken einer frühzeitigen Antragstellung (§ 6). Dabei erfolgt eine detaillierte Auseinandersetzung mit der drohenden Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO und der gesellschaftsinternen Kompetenzverteilung bzgl. der Antragstellung.¹² Im Rahmen der möglichen Anreize für eine frühzeitige Antragstellung liegt ein besonderes Augenmerk auf dem Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO als eine denkbare Variante innerhalb der Eigenverwaltung.

Der 3. Teil widmet sich den Haftungsrisiken des Geschäftsführers zwischen Sanierung und Insolvenzantragstellung, differenziert nach der Innenhaftung gegenüber der GmbH (§ 7) und der Außenhaftung gegenüber Dritten (§ 8). Hierbei orientiert sich die Frage nach einer möglichen Haftung vordergründig an der verfrüht erfolgten Antragstellung. Klärungsbedürftig ist nachfolgend, worin der durch eine verfrühte Antragstellung verursachte Schaden begründet sein kann (§ 9) und wie sich die Beweislastverteilung im Haftungsprozess darstellt (§ 10).

Im 4. Teil schließt die Arbeit mit einem Fazit (§ 11) und einer Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen und Handlungsempfehlungen (§ 12). Im Rah-

¹¹ Siehe hierzu 2. Teil § 4 B. II.

¹² Siehe hierzu 2. Teil § 6 A. I.

men dieser Arbeit soll die Haftung des GmbH-Geschäftsführers an der Grundkonstellation des einzelnen (Fremd- oder Gesellschafter-) Geschäftsführers untersucht werden. Auf etwaige Vertretungs- und Abstimmungsschwierigkeiten innerhalb eines durch mehrere Geschäftsführer besetzten Vertretungsorgans wird nicht eingegangen. Auch stehen weder der faktische Geschäftsführer noch der zusätzlich eingesetzte Sanierungsgeschäftsführer im eröffneten Insolvenzverfahren im Fokus der Untersuchung.

1. Teil

Grundlagen

Sowohl natürliche als auch juristische Personen unterliegen im Fall der Insolvenz in Teilbereichen denselben rechtlichen Vorschriften.¹ Auch wenn die Gläubiger eines insolventen Schuldners durch das Insolvenzverfahren allgemein einer gemeinschaftlichen Befriedigung zugeführt werden sollen („par conditio creditorum“)², so gibt es doch erhebliche Differenzen zwischen den Konsequenzen für eine natürliche Person und eine juristische Person.³ Während im Fall der Insolvenz einer natürlichen Person das noch vorhandene Schuldnervermögen verwertet und der Erlös unter den Gläubigern verteilt wird⁴, die natürliche Person aber weiter fortbesteht, wird die juristische Person aufgelöst.⁵ Die Auflösung einer GmbH aufgrund einer vorliegenden Insolvenz bestimmt sich nach den §§ 60 Abs. 1 Nr. 4, 66 Abs. 1 GmbHG.⁶ Auch bei einer Gesellschaft wird das Vermögen verwertet und der Erlös zur Schuldentilgung verwendet.⁷ Die Untersuchung der Insolvenz einer natürlichen Person bleibt im Rahmen dieser Arbeit außer Betracht, es erfolgt vielmehr ausschließlich eine Auseinandersetzung mit der Insolvenz einer GmbH.

¹ *Ganter*, in: MüKoInsO, § 1 Rn. 18.

² *Bork*, Einführung in das neue Insolvenzrecht, Rn. 1; *Breuer*, Insolvenzrecht, Rn. 10; *Braun/Kießner*, InsO, § 1 Rn. 2; *Foerste*, Insolvenzrecht, Rn. 8; *Uhlenbruck/Pape*, InsO, § 1 Rn. 2.

³ *Jacoby*, in: Büchel/von Rechenberg, Hdb FA Handels- und GesR, 24. Kap. Rn. 4.

⁴ *Bork*, Einführung in das neue Insolvenzrecht, Rn. 4.

⁵ *Bork*, Einführung in das neue Insolvenzrecht, Rn. 132.

⁶ Das Insolvenzverfahren tritt damit an die Stelle des gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahrens, vgl. auch *Jacoby*, in: Büchel/von Rechenberg, Hdb FA Handels- und GesR, 24. Kap. Rn. 6; dem zustimmend *U/H/W/Casper*, GmbHG, § 60 Rn. 53, der einer sich an das Insolvenzverfahren anschließenden gesellschaftsrechtlichen Liquidation keinen Platz einräumt, sondern die Liquidation nach den Vorschriften der InsO erfolgen sieht.

⁷ *Bork*, Einführung in das neue Insolvenzrecht, Rn. 132.

§ 2 Voraussetzungen der Insolvenz einer GmbH

Um die Voraussetzungen der Insolvenz einer GmbH näher untersuchen und festlegen zu können, muss zunächst eine Begriffsbestimmung der Insolvenz erfolgen. Nähere Ausführungen zur Insolvenzfähigkeit der GmbH erfolgen gesondert in einem nachfolgenden Abschnitt.⁸

A. Begriff der Insolvenz

Im Wirtschaftsverkehr des globalisierten Zeitalters ist mit dem Begriff der „*Insolvenz*“ die Vorstellung von mangelnder Zahlungsfähigkeit und einer Krise verbunden. Aufgrund der Tatsache, dass die Begriffe der „*Krise*“ und der „*Insolvenz*“ nebeneinander existieren, scheidet eine exakte inhaltliche Übereinstimmung dieser Begrifflichkeiten aus. Vielmehr ist eine sorgfältige Abgrenzung dahingehend vorzunehmen, in welcher wirtschaftlichen Lage sich das Unternehmen befindet.

I. Abgrenzung zur Krise

Was genau sich hinter dem Krisenbegriff verbirgt, kann nur unter Heranziehung unterschiedlicher Lösungsansätze präziser erörtert werden. So lässt sich zum einen eine Unternehmenskrise als Zustand begreifen, in dem die Leitung des Unternehmens nicht mehr in der Lage ist, eine Steigerung des Unternehmenswertes mithilfe von Investitionsentscheidungen zu erreichen oder wenigstens den Wert des Unternehmens stabil zu halten.⁹ Zum anderen kann der Krise sowohl mit einem betriebswirtschaftlichen als auch mit einem rechtlichen Begriff begegnet werden. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht meint „*Krise*“ den existenzbedrohenden Zustand des schuldnerischen Unternehmens, wobei eine solche Bedrohung nicht zwangsläufig zur Vernichtung des Unternehmens

⁸ Hierzu Näheres unter 1. Teil § 2 B.

⁹ *Drukarczyk/Schöntag*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 2 Rn. 2.

führt.¹⁰ Eine betriebswirtschaftliche Krise geht in der Regel einer Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung des Unternehmens voraus.¹¹ Demgegenüber steht der rechtliche Krisenbegriff. Aus rechtlicher Sicht bedeutet „Krise“ in erster Linie Kreditunwürdigkeit.¹² Diese ist dann gegeben, wenn die Gesellschaft von einem außenstehenden Kreditgeber keinen Kredit mehr zu marktüblichen Konditionen bekommen kann und ohne eine entsprechende Kapitalzufuhr seitens der Gesellschafter liquidiert werden müsste.¹³ Auch werden die Vorstadien der Insolvenzgründe unter den Begriff der „Krise“ gefasst.¹⁴ Generell lässt sich eine Unternehmenskrise in drei Stadien einteilen: Ausgehend von einer Strategiekrise gerät das Unternehmen über eine Erfolgskrise hin zu einer Liquiditätskrise, an deren Ende im Falle der Nichtüberwindung die Zahlungsunfähigkeit steht.¹⁵ Entsprechend des IDW Standards zu Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten (IDW S 6) kann sogar eine noch feinere Unterteilung der Krisenstadien in Stakeholderkrise, Strategiekrise, Produkt- und Absatzkrise, Erfolgskrise, Liquiditätskrise und schließlich Insolvenzureife erfolgen.¹⁶ Wenn sich die wirtschaftliche Situation derart verschlechtert, dass sich die Krise des Unternehmens zuspitzt, kann von einem Übergang des Unternehmens in das Stadium der Insolvenz gesprochen werden. Der Begriff der Insolvenz muss insofern von seiner Bedeutung her mehr erfassen als einen existenzbedrohenden Zustand, um den Unterschied zu einer Unternehmenskrise hinreichend deutlich aufzuzeigen.

¹⁰ *Maus*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1.3.

¹¹ *Picot/Aleth*, Unternehmenskrise und Insolvenz, Rn. 7.

¹² BGH NJW 1999, 3120, 3121.

¹³ BGH NJW 1997, 3171, 3172; *Haas*, NZI 2001, 1, 6; *Maus*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1.7.

¹⁴ So Nerlich/Römermann/Mönning, InsO, § 11 Rn. 3.

¹⁵ *Drukarczyk/Schöntag*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 2 Rn. 6; *Exler/Situm*, KSI 2013, 161, 162 f.; *Oberle*, in: Münchener Hdb GesR III, § 66 Rn. 12; *Maus*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1.63.

¹⁶ IDW S 6, Tz. 3.4; *Beck*, Sanierung und Krisenstadium, WPg 2009, 264; *Buth/Hermanns*, DStR 2010, 288, 290; *Groß*, WPg 2009, 231, 234.

II. Begriffsbestimmung der Insolvenz

Allein dem Wortlaut nach bedeutet Insolvenz zunächst nur die bloße Zahlungsunfähigkeit.¹⁷ Die tatsächlich weiter zu fassende Bedeutung und Tragweite der Insolvenz lässt sich jedoch nicht allein aus dem Wortlaut herleiten. Vielmehr bedeutet Insolvenz grundsätzlich, dass die Befriedigung der Gläubigerinteressen eines Schuldners aus dessen Vermögen nicht mehr möglich ist.¹⁸

1. Erfordernis eines Eröffnungsgrundes

Sowohl gem. § 16 InsO als auch allgemein aus der Systematik der Insolvenzordnung wird deutlich, dass eine Insolvenz durch das Vorliegen bestimmter Insolvenzgründe gekennzeichnet ist: Der Schuldner ist entweder zahlungsunfähig gem. § 17 InsO, drohend zahlungsunfähig gem. § 18 InsO oder im Fall einer juristischen Person überschuldet gem. § 19 InsO¹⁹, in vielen Fällen überschneiden sich sogar Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung.²⁰ Wenn einer dieser Insolvenzgründe und damit ein Eröffnungsgrund für das Insolvenzverfahren gegeben ist, kann aufgrund dieses wirtschaftlichen Zustands ein gerichtliches Insolvenzverfahren in Gang gesetzt werden.²¹ An dieser Stelle gilt es sorgfältig zu differenzieren, in welchem wirtschaftlichen Stadium genau sich das jeweilige Unternehmen befindet, um feststellen zu können, welcher der in den §§ 17 ff. InsO genannten Eröffnungsgründe einschlägig ist. Grundsätzlich lässt sich also festhalten, dass nicht jede Unternehmenskrise automatisch die Insolvenz des Unternehmens bedeutet.²²

¹⁷ *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, S. 36; *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus*, Insolvenzrecht, Kap. 9 Rn. 1.

¹⁸ *Bork*, Einführung in das neue Insolvenzrecht, Rn. 1; *Breuer*, Insolvenzrecht, Rn. 10; *Foerste*, Insolvenzrecht, Rn. 1.

¹⁹ *Uhlenbruck/Pape*, InsO, § 1 Rn. 2.

²⁰ *Foerste*, Insolvenzrecht, Rn. 1.

²¹ *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, S. 36; *Jacoby*, in: Büchel/von Rechenberg, Hdb FA Handels- und GesR, 24. Kap. Rn. 54; *Uhlenbruck/Pape*, InsO, § 1 Rn. 2.

²² *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus*, Insolvenzrecht, Kap. 9 Rn. 1.

2. Formelle und materielle Abgrenzung

Das Insolvenzrecht ist gekennzeichnet durch eine grundlegende Differenzierung zwischen materieller und formeller Insolvenz. Materielle Insolvenz bedeutet, dass infolge einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation des Schuldners²³ einer der zuvor genannten Insolvenzgründe vorliegt.²⁴ Davon abzugrenzen ist die formelle Insolvenz, die dann gegeben ist, wenn das Insolvenzgericht das Insolvenzverfahren eröffnet.²⁵ Allgemein kann auch von materiellem und formellem Insolvenzrecht gesprochen werden. Das materielle Insolvenzrecht bezeichnet die Normen in der InsO, die die Wirkungen der Verfahrenseröffnung betreffen und Konsequenzen für die materielle Rechtslage haben²⁶, dies sind die §§ 80-147 InsO.²⁷ Das formelle Insolvenzrecht umfasst die Rechtsnormen über die Verfahrensabläufe.²⁸

3. Gesamtvollstreckungsverfahren

Aufgrund der Tatsache, dass das Insolvenzverfahren das Ziel einer gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung verfolgt²⁹, ist es als Gesamtvollstreckung von der Einzelzwangsvollstreckung zu unterscheiden.³⁰ Nur während des Zeitraums vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens können die Gläubiger entsprechend des Prioritätsprinzips gem. § 804 Abs. 3 ZPO im Wege der Einzelzwangsvollstreckung vorrangige Befriedigung anstreben, was zu dem soge-

²³ *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, S. 37.

²⁴ *Foerste*, Insolvenzrecht, Rn. 1.

²⁵ *Foerste*, Insolvenzrecht, Rn. 1.

²⁶ *Becker*, Insolvenzrecht, Rn. 58; *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus*, Insolvenzrecht, Kap. 9 Rn. 39; *Uhlenbruck/Pape*, InsO, § 1 Rn. 2.

²⁷ Etwas anders *Ganter*, in: MüKoInsO, Vor §§ 2 bis 10 Rn. 2a, der auch die §§ 47 ff., 53 ff., und 60 ff. schon dem materiellen Insolvenzrecht zuordnet.

²⁸ *Ganter*, in: MüKoInsO, Vor §§ 2 bis 10 Rn. 1; *Becker*, Insolvenzrecht, Rn. 58.

²⁹ *Gottwald*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 1 Rn. 35.

³⁰ *Bork*, Einführung in das neue Insolvenzrecht, Rn. 1; *Uhlenbruck/Pape*, InsO, § 1 Rn. 2.

nannten „Wettlauf der Gläubiger“³¹ führen kann. Dieser Wettlauf endet mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens, da ab diesem Zeitpunkt das Gesamtvollstreckungsverfahren eingreift.³² Gem. § 89 InsO ist während der Dauer des Insolvenzverfahrens eine Einzelzwangsvollstreckung seitens der Insolvenzgläubiger unzulässig. Das Insolvenzverfahren unterliegt als quasi-streitiges Verfahren den besonderen Verfahrensvorschriften der InsO³³, in Ergänzung gelten gem. § 4 InsO die Vorschriften der ZPO entsprechend.

B. Insolvenzfähigkeit gem. § 11 InsO

Damit überhaupt ein Insolvenzverfahren durch einen Eröffnungsantrag in Gang gesetzt werden kann, muss die Insolvenzfähigkeit des jeweiligen Schuldners gegeben sein.

I. Definition der Insolvenzfähigkeit

Insolvenzfähigkeit bedeutet, dass ein Insolvenzverfahren über ein einheitliches Vermögen zulässig ist³⁴, wobei § 11 InsO als *lex specialis* die Norm des § 50 ZPO verdrängt.³⁵ Die Insolvenzfähigkeit ist unerlässliche Zulässigkeitsvoraussetzung für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens.³⁶ Durch die Feststellung der Insolvenzfähigkeit wird nicht nur die Person des Insolvenzschuldners festgelegt, sondern auch das zur Befriedigung der Gläubigerinteressen zur Verfügung stehende Haftungsvermögen.³⁷ Das Insolvenzverfahren ist in erster Linie

³¹ *Bork*, Einführung in das neue Insolvenzrecht, Rn. 1; *Breuer*, Insolvenzrecht, Rn. 10; *Foerste*, Insolvenzrecht, Rn. 6.

³² *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, S. 39; *Foerste*, Insolvenzrecht, Rn. 8.

³³ *Breuer*, Insolvenzrecht, Rn. 50.

³⁴ *Uhlenbruck/Gundlach*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 5 Rn. 1; *Ott/Vuia*, in: MüKoInsO, § 11 Rn. 9.

³⁵ *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, § 11 Rn. 5; anders *Leithaus*, in: Andres/Leithaus/Dahl, InsO, § 11 Rn. 2, der in der Insolvenzfähigkeit eine Parallele zur Prozessfähigkeit gem. § 50 ZPO sieht.

³⁶ *Leithaus*, in: Andres/Leithaus/Dahl, InsO, § 11 Rn. 2.

³⁷ *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 6.17; *Nerlich/Römermann/Mönning*, InsO, § 11 Rn. 5.

auf das haftungsrechtlich relevante Vermögen bezogen³⁸, erst bei der Festlegung des Insolvenzschuldners erfolgt eine personenbezogene Anknüpfung.³⁹

II. Die GmbH als Insolvenzschuldnerin

Gem. § 11 Abs. 1 S. 1 InsO sind sowohl natürliche als auch juristische Personen fähig, Partei eines Insolvenzverfahrens zu sein. In der rechtswissenschaftlichen Praxis scheint jedoch die Unternehmensinsolvenz den Kern des Insolvenzrechts darzustellen.⁴⁰ In dieser Arbeit soll die Insolvenz einer GmbH untersucht werden, sodass an dieser Stelle nur eine detailliertere Auseinandersetzung mit der Insolvenzfähigkeit der GmbH erfolgt, hingegen nicht mit der Insolvenzfähigkeit von Gesellschaften anderer Rechtsformen. Eine GmbH ist gem. § 13 GmbHG eine juristische Person⁴¹ und lässt sich den privatrechtlichen Körperschaften⁴² in Form einer organisierten Kapitalgesellschaft⁴³ zuordnen. Der Sinn der Gründung einer juristischen Person besteht in der Verselbständigung des Gesellschaftsvermögens gegenüber den Mitgliedern, wodurch eine Haftungsbeschränkung für die Gesellschafter erreicht wird.⁴⁴ Aufgrund ihrer Rechtsnatur als juristische Person ergibt sich die Insolvenzfähigkeit der GmbH

³⁸ Vgl. BGH NJW 2010, 69, 71; *Uhlenbruck/Gundlach*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 5 Rn. 1.

³⁹ *Uhlenbruck/Gundlach*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 5 Rn. 2.

⁴⁰ *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, § 11 Rn. 9.

⁴¹ Dies schlägt sich schon in der amtlichen Überschrift des § 13 GmbHG nieder, welche durch Art. 1 MoMiG v. 23.10.2008 mWv 1.11.2008 eingefügt worden ist, wird aber zusätzlich von *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 13 Rn. 2 als ganz h.M. bezeichnet, was jedoch nach Einfügung der amtlichen Überschrift in den Gesetzestext nicht mehr erforderlich erscheint. Dem zustimmend vgl. auch *Verse*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 13 GmbHG Rn. 1.

⁴² *Verse*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 13 GmbHG Rn. 2; *Kübler/Assmann*, Gesellschaftsrecht, § 18 S. 261; *Scholz/Emmerich*, GmbHG, § 13 Rn. 3a.

⁴³ *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 30.46.

⁴⁴ *Roth/Altmeyen/Altmeyen*, GmbHG, § 13 Rn. 1; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 13 Rn. 7; *Hk-GmbHG/Greitemann*, § 13 Rn. 3; *Lutter/Hommelhoff/Lutter*, GmbHG, § 13 Rn. 1; *Michalski/Funke*, GmbHG, § 13 Rn. 24; *Merkt*, in: *MüKoGmbHG*, § 13 Rn. 6; *Scholz/Emmerich*, GmbHG, § 13 Rn. 1; *U/H/L/Raiser*, GmbHG, § 13 Rn. 2.

somit aus § 11 Abs. 1 S. 1 InsO i.V.m. § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG.⁴⁵ Da sich juristische und natürliche Personen hinsichtlich ihrer Rechtsfähigkeit gleichstellen, ist logische Konsequenz, dass über das Vermögen einer juristischen Person ebenso ein Insolvenzverfahren durchgeführt werden können muss wie über das Vermögen einer natürlichen Person.⁴⁶

C. Eröffnungsgründe gem. § 16 InsO

Zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ist gem. § 16 InsO das Vorliegen eines Eröffnungsgrundes erforderlich. Der „Eröffnungsgrund“⁴⁷ fungiert als Oberbegriff für die in den §§ 17-19 InsO enumerativ aufgeführten Insolvenzgründe.⁴⁸ Danach muss ein Insolvenzverfahren im Fall der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft gem. § 17 InsO oder im Fall der Überschuldung gem. § 19 InsO eröffnet werden. Ist bislang nur drohende Zahlungsunfähigkeit gegeben, besteht die Möglichkeit, gem. § 18 InsO freiwillig einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen.

I. Notwendigkeit der Eröffnungsgründe

Ein Eröffnungsgrund muss deshalb gegeben sein, um nach einer Prüfung, ob das unternehmerische Risiko zu sehr den Gläubigern zugewiesen wird, den richtigen Zeitpunkt für die Verfahrenseröffnung bestimmen zu können.⁴⁹ Im Insolvenzverfahren sehen sich Schuldner und Gläubiger einschneidenden Maßnahmen gegenüber, die nur dadurch gerechtfertigt erscheinen, dass ein objektiv nachprüfbarer⁵⁰ und gesetzlich eindeutig bestimmter Insolvenzgrund

⁴⁵ *Verse*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 13 GmbHG Rn. 10; Michalski/*Funke*, GmbHG, § 13 Rn. 99; *Merkt*, in: MüKoGmbHG, § 13 Rn. 65.

⁴⁶ *Ott/Vuia*, in: MüKoInsO, § 11 Rn. 12.

⁴⁷ Die Begriffe „Eröffnungsgrund“ und „Insolvenzgrund“ werden in dieser Arbeit synonym verwendet. Gleiches gilt für die Begriffe „Eröffnungsantrag“ und „Insolvenzantrag“.

⁴⁸ *Leithaus*, in: Andres/Leithaus/Dahl, InsO, § 16, der der Vorschrift eine rein deklaratorische Bedeutung zuweist; *Schmahl*, in: MüKoInsO, § 16 Rn. 1.

⁴⁹ *Uhlenbruck/Hirte/Uhlenbruck*, InsO, § 16 Rn. 1.

⁵⁰ *Braun/Bußhardt*, InsO, § 16 Rn. 10.

existiert.⁵¹ Der wohl härteste Einschnitt für den Schuldner ist in dem Übergang seiner Vermögensverfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter nach § 80 Abs. 1 InsO zu sehen. Für einen derartigen Eingriff ist im Lichte der Gesamtrechtsordnung, insbesondere der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG und des Eigentumsgrundrechts aus Art. 14 Abs. 1 GG, eine gesetzliche Rechtfertigung zu fordern, um ein willkürliches Eingreifen staatlicher Organe in den Wirtschaftsverkehr zu verhindern. Wenn einer der Eröffnungsgründe vorliegt, wird dadurch der Zeitpunkt bestimmt, ab welchem der Schuldner in seiner Privatautonomie hinsichtlich der Verfügung über sein Vermögen begrenzt ist, da mit dem Eröffnungsbeschluss ein amtliches Abwicklungsverfahren zu laufen beginnt.⁵²

II. Relevanter Zeitpunkt

Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen eines Eröffnungsgrundes ist der Zeitpunkt des Eröffnungsbeschlusses.⁵³ Ob die gesetzlich festgelegten Insolvenzgründe der §§ 17-19 InsO tatsächlich den genauen Eröffnungszeitpunkt für ein Insolvenzverfahren zu bestimmen vermögen und mit welchen Methoden bzw. Verfahren tatsächlich die Insolvenzreife eines Unternehmens überhaupt festgestellt werden kann, muss nachfolgend einer genauen Untersuchung unterzogen werden. Eine detaillierte Auseinandersetzung mit den einzelnen Insolvenzeröffnungsgründen erfolgt unter 2. Teil § 5 B.

D. Eröffnungsantrag gem. § 13 InsO

Für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ist gem. § 13 Abs. 1 S. 1 InsO ein schriftlicher Antrag erforderlich.⁵⁴ Diese gesetzliche Regelung verdeutlicht, dass die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens von Amts wegen nicht zulässig

⁵¹ Braun/*Bußhardt*, InsO, § 16 Rn. 1; Nerlich/Römermann/*Mönning*, InsO, § 16 Rn. 5; *Schmahl*, in: MüKoInsO, § 16 Rn. 1.

⁵² *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 7.16.

⁵³ BGH NJW 2006, 3553.

⁵⁴ Eine Skizzierung der formalen Anforderungen sowie eine Auseinandersetzung mit dem Haftungsrisiko bei fehlerhaft gestelltem Insolvenzantrag erfolgt nachfolgend unter 2. Teil § 5 D.

ist.⁵⁵ Wenn ein Gericht das Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Schuldners eröffnen könnte, würde dies aufgrund fehlender Kontrollmechanismen einen schweren Eingriff in das Eigentum des Schuldners darstellen. Selbst wenn die Interessen der Gläubiger möglicherweise dadurch gefährdet werden, dass der Schuldner bereits überschuldet ist, jedoch den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens hinauszögert, so haben die Gläubiger vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Möglichkeit, im Wege der Einzelzwangsvollstreckung ihre Forderung selbst geltend zu machen. Auf Seiten des Schuldners könnte dagegen ein enormer Reputationsverlust eintreten, wenn ein Gericht unberechtigterweise zu früh ein Insolvenzverfahren eröffnen könnte. Das Eröffnungsverfahren ist als besonderes Streitiges Verfahren ausgestaltet, bei dem sich Antragssteller und Antragsgegner gegenüberstehen.⁵⁶ Erst wenn das Insolvenzverfahren eröffnet ist, greift die Amtsermittlungspflicht des Insolvenzgerichts nach §§ 5 Abs. 1, 16, 26 InsO ein.

I. Antragsberechtigte und -verpflichtete

Gem. § 13 Abs. 1 S. 2 InsO sind sowohl die Gläubiger als auch der Schuldner berechtigt, den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen. Eine Antragspflicht gibt es grundsätzlich nicht auf Seiten der Gläubiger, sondern nur auf Seiten der Schuldner.⁵⁷ Liegt ein Insolvenzgrund vor, sind Privatpersonen oder Personengesellschaften nicht verpflichtet, einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen.⁵⁸ Eine Antragspflicht stellt sich demgegenüber jedoch bei Kapitalgesellschaften. Durch das MoMiG⁵⁹ ist § 15a in die InsO eingefügt worden, der eine von der Rechtsform unabhängige Insolvenzantragspflicht für alle juristischen Personen statuiert.⁶⁰ Schon aus logischen Gesichtspunkten kann nur derjenige zur Stellung eines Insolvenzantrags verpflichtet

⁵⁵ Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 13 Rn. 1.

⁵⁶ BGH NJW 2002, 515, 516; *Schmahl*, in: MüKoInsO, § 13 Rn. 3.

⁵⁷ *Bork*, Einführung in das neue Insolvenzrecht, Rn. 81.

⁵⁸ *Uhlenbruck/Gundlach*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 7 Rn. 2.

⁵⁹ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen v. 23.10.2008, BGBl. I S. 2026.

⁶⁰ Begr. RegE-MoMiG, BT-Drs. 16/6140, S. 71.

sein, der zur Antragstellung überhaupt berechtigt ist.⁶¹ Ab dem Zeitpunkt, in dem die materielle Insolvenz der Gesellschaft eintritt, unterliegen die Organe juristischer Personen der Antragspflicht nach § 15a Abs. 1 InsO.⁶² Diese Antragspflicht bleibt auch dann bestehen, wenn schon ein Gläubigerantrag vorliegt, da dieser wieder zurückgenommen werden kann oder aus sonstigen Gründen möglicherweise nicht zulässig ist.⁶³ Das Bestehenbleiben der Antragspflicht erscheint gerade deshalb sinnvoll, da die antragspflichtigen Organe der juristischen Personen nicht bloß aufgrund eines früher gestellten Insolvenzantrags eines Gläubigers eine Privilegierung dahingehend erfahren sollen, dass sie abwarten können, ob der Antrag zurückgenommen oder von dem Insolvenzgericht als unzulässig abgewiesen wird, während das Unternehmen trotz Insolvenzreife weiter wirtschaftet und so möglicherweise andere Gläubiger gefährdet.

1. Antrag eines Gläubigers

Nach § 14 Abs. 1 S. 1 InsO kann ein Gläubiger den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellen, wenn er ein rechtliches Interesse an der Verfahrenseröffnung hat und neben seiner Forderung auch den Eröffnungsgrund glaubhaft macht. Diese Art des Antrags wird auch als Fremd- oder Gläubigerantrag bezeichnet.⁶⁴ Die Glaubhaftmachung richtet sich nach § 4 InsO i.V.m. § 294 ZPO und ermöglicht grundsätzlich eine Beweiserleichterung, da für ein Glaubhaftmachen ausreicht, dass das Gericht es für überwiegend wahrscheinlich ansieht, dass die von der Partei behauptete Tatsache der Wahrheit entspricht.⁶⁵ Die Glaubhaftmachung der Forderung kann durch verschiedene Indizien vorgenommen werden, wie beispielsweise Erklärungen des Gerichtsvollziehers oder von Drittschuldnern, die erfolglose Zwangsvollstreckungsver-

⁶¹ Uhlenbruck/Gundlach, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 7 Rn. 2.

⁶² Jacoby, in: Büchel/von Rechenberg, Hdb FA Handels- und GesR, 24. Kap. Rn. 70.

⁶³ Uhlenbruck/Gundlach, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 7 Rn. 13; Picot/Aleth, Unternehmenskrise und Insolvenz, Rn. 623.

⁶⁴ Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 13 Rn. 10.

⁶⁵ BGH NJW 2002, 1429; Hk-ZPO/Saenger, § 294 Rn. 2.

suche belegen.⁶⁶ Auch wenn im Gesetz keine Regelung zum Verzicht auf das Insolvenzantragsrecht vorgesehen ist, so ist doch anerkannt, dass der Gläubiger vertraglich auf dieses Recht verzichten kann.⁶⁷ Auch ein öffentlich-rechtlicher Gläubiger unterliegt der Pflicht zur Glaubhaftmachung des Insolvenzgrundes, da trotz der Eilbedürftigkeit der Eröffnungsentscheidung auch die betroffenen Behörden die maßgeblichen Tatsachen konkret darzulegen haben.⁶⁸ Für eine solche Glaubhaftmachung bedarf es der schlüssigen Darlegung der tatsächlichen Voraussetzungen der Forderung.⁶⁹ Wird die Forderung durch den Schuldner beglichen, so wird der Insolvenzantrag dadurch allein nicht unzulässig, wie § 14 Abs. 1 S. 2 InsO klarstellt. Für eine weitergehende Ermittlung durch das Insolvenzgericht ist jedoch erforderlich, dass der Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners aufgrund noch nicht beglichener, nachgeschobener Forderungen weiterhin glaubhaft macht, da andernfalls der Insolvenzeröffnungsantrag unzulässig wird.⁷⁰

2. Antrag des Schuldners

Stellt der Schuldner selbst den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (sog. „Eigenantrag“),⁷¹ so muss er nur den Eröffnungsgrund vorbringen, jedoch ist eine Glaubhaftmachung nicht erforderlich.⁷² Bei einer juristischen Person kann die Antragstellung gem. § 15 Abs. 1 InsO durch jeden organschaftlichen Vertreter und jeden persönlich haftenden Gesellschafter einzeln vorgenommen werden.⁷³

⁶⁶ *Jacoby*, in: Büchel/von Rechenberg, Hdb FA Handels- und GesR, 24. Kap. Rn. 67.

⁶⁷ *Schmahl*, in: MüKoInsO, § 13 Rn. 54; *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 13 Rn. 4.

⁶⁸ LG Chemnitz ZInsO 2012, 1530, 1531.

⁶⁹ BGH NZI 2006, 34.

⁷⁰ AG Wuppertal ZInsO 2012, 1531, 1534.

⁷¹ *Foerste*, Insolvenzzrecht, Rn. 90; *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 13 Rn. 10.

⁷² *Jacoby*, in: Büchel/von Rechenberg, Hdb FA Handels- und GesR, 24. Kap. Rn. 68; *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 13 Rn. 11.

⁷³ *Schmahl*, in: MüKoInsO, § 13 Rn. 18.

a) **Antragspflicht der Gesellschafter im Fall der Führungslosigkeit**

Mit Einführung des MoMiG hat der Gesetzgeber das Ziel verfolgt, Existenzgründungen zu erleichtern und Missbrauchsfälle zu bekämpfen, die im Zusammenhang mit der Beendigung einer GmbH-Existenz standen.⁷⁴ Zu Missbräuchen kam es insbesondere in sog. „Bestattungsfällen“. Unter die „Bestattung eines Unternehmens“ fallen die Situationen, in denen gewerbsmäßig auftretende Käufer die Anteile von insolventen GmbH gegen ein vom ehemaligen Geschäftsführer zu entrichtendes Entsorgungsgeld erwerben und nach der Anteilsübertragung und anschließender oft mehrfacher Sitzverlegung der Gesellschaft in der Regel die Geschäftsunterlagen vernichten.⁷⁵ Die alten Geschäftsführer werden abberufen und durch neue ersetzt, die in der Folge Insolvenzantrag stellen und angeben, keinerlei Informationen über die finanzielle Situation der Gesellschaft zu besitzen, da die Geschäftsunterlagen „verloren gegangen“ seien.⁷⁶ Mit dieser Vorgehensweise wird die Abweisung des Insolvenzverfahrens mangels Masse gem. § 26 InsO bezweckt, um eine möglichst schnelle Liquidation der Gesellschaft durchführen und das Unternehmen unter einer neu gegründeten Gesellschaft fortführen zu können.⁷⁷ Um der Praxis dieser „Firmenbestattungen“ entgegenzuwirken, sollten durch das MoMiG besondere Vorkehrungen für geschäftsführerlose GmbH getroffen werden.⁷⁸ Aus dem Grund haben im Fall der Führungslosigkeit⁷⁹ der Gesellschaft nunmehr gem. § 15a Abs. 3 InsO

⁷⁴ Begr. RegE-MoMiG, BT-Drs. 16/6140, S. 1.

⁷⁵ *Wißmann*, in: MüKoGmbHG, § 84 Rn. 64.

⁷⁶ *Heckschen*, in: Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, N. Rn. 508.

⁷⁷ *Heckschen*, in: Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, N. Rn. 508.

⁷⁸ Begr. RegE-MoMiG, BT-Drs. 16/6140, S. 1.

⁷⁹ „Führungslosigkeit“ bedeutet nach der Legaldefinition in § 35 Abs. 1 S. 2 GmbHG, dass die Gesellschaft keinen Geschäftsführer hat. Der Streit, ob von Führungslosigkeit auch dann gesprochen werden kann, wenn ein unwirksam bestellter faktischer Geschäftsführer die Geschicke der Gesellschaft leitet (dazu *Trölitzsch*, in: Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 17 Rn. 31 m.w.N.), bedarf an dieser Stelle keiner näheren Ausführung.

auch die Gesellschafter die Pflicht zur Antragstellung, welche nach § 15a Abs. 4 InsO sogar strafbewährt ist.

b) Probleme der „faktischen Geschäftsführung“

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH und überwiegender Auffassung in der Literatur ist auch ein „faktischer Geschäftsführer“ zur Stellung des Insolvenzantrags verpflichtet.⁸⁰ Von einer „faktischen Geschäftsführung“ ist auszugehen, wenn der Handelnde maßgeblich die Lenkung der Gesellschaftsinteressen übernommen hat, selbst wenn daneben die satzungsmäßige Geschäftsführung noch Bestand hat.⁸¹ Erforderlich ist, dass der Betreffende nach außen hin durch sein Handeln derart in Erscheinung tritt, wie es sonst nur der Geschäftsführung selbst zu Teil wird.⁸²

aa) Recht des „faktischen Geschäftsführers“ zur Antragstellung

Bislang ungeklärt ist jedoch die Frage, ob auch ein „faktischer Geschäftsführer“ zur Antragstellung *berechtigt* ist. Der faktische Geschäftsführer ist in den §§ 14, 15 InsO nicht erwähnt, sodass nach dem Wortlaut der Normen ein Antragsrecht zu verneinen wäre.⁸³ Es könnte aber aus § 15a InsO, der eine Antragspflicht statuiert, geschlussfolgert werden, dass sich im Umkehrschluss aus dieser Antragspflicht auch ein Antragsrecht ergibt. Dem wird entgegengehalten, dass aus Gründen der Rechtssicherheit nur der organschaftliche Vertreter zur Antragstel-

⁸⁰ BGHZ 75, 96, 106; 104, 44, 46; BGH ZIP 2005, 1550, 1551; Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 15a Rn. 8; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, GmbHG, Vor § 35 Rn. 11; *Picot/Aleth*, Unternehmenskrise und Insolvenz, Rn. 622, die eine Antragspflicht einschränkend nur bei denjenigen „faktischen Geschäftsführern“ sehen, die ordnungsgemäß bestellten Geschäftsführern Weisungen erteilen können; dies ablehnend *Kiethe/Hohmann*, in: MüKoStGB, § 15a InsO Rn. 21, die in einer weitergehenden Argumentation die Erstreckung der strafrechtlichen Haftung auf „faktische Geschäftsführer“ unter Verweis auf das strafrechtliche Analogieverbot und die Unvereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 103 Abs. 2 GG i.V.m. § 1 StGB zutreffend ablehnen.

⁸¹ BGH NZI 2002, 395, 397.

⁸² BGHZ 104, 44, 48.

⁸³ So auch *Strohn*, DB 2011, 158, 165.

lung befugt sein soll.⁸⁴ In konsequenter Anwendung des Grundsatzes, dass nur derjenige zur Antragstellung verpflichtet werden kann, der überhaupt auch dazu berechtigt ist⁸⁵, müsste auch dem „faktischen Geschäftsführer“ die Antragsbefugnis zugesprochen werden.⁸⁶ In dem Zusammenhang gilt jedoch zu berücksichtigen, welche Auswirkungen ein gestellter Insolvenzantrag für das Unternehmen hat.⁸⁷ Auch besteht das Risiko, dass ein zur Antragstellung Unberechtigter das Unternehmen in ein Insolvenzverfahren treibt.⁸⁸ Um einen möglichen Schaden der Gesellschaft durch eine verfrühte oder böswillig motivierte Antragstellung zu vermeiden, sollte daher nur der organschaftliche Vertreter zur Antragstellung befugt sein. Der „faktische Geschäftsführer“ kann vielmehr sowohl auf das Organ als auch im Fall der Führungslosigkeit auf die Gesellschafter einwirken und sie so dazu bewegen, Insolvenzantrag zu stellen.⁸⁹ Somit lässt sich letztlich eine Abkehr von dem Recht und damit einhergehend auch der Pflicht des „faktischen Geschäftsführers“ zur Antragstellung vertreten und vielmehr eine Pflicht begründen, bei Feststellung der Insolvenzreife und Fortführung der Gesellschaft die Stellung des Insolvenzantrags zu veranlassen.⁹⁰ Dafür spricht auch, dass die Feststellung der faktischen Geschäftsführung vielen Unwägbarkeiten unterliegt und nicht an konkreten Kriterien auszumachen ist, sodass als hinreichender Anhaltspunkt für ein Antragsrecht ein formaler Beststellungsakt sinnvollerweise heranzuziehen ist.⁹¹

⁸⁴ *Breuer*, Insolvenzrecht, Rn. 153; *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus*, Insolvenzrecht, Kap. 18 Rn. 7.

⁸⁵ Vgl. dazu die bereits unter Fn. 61 auf S. 17 aufgeführte Ansicht von *Uhlenbruck/Gundlach*, in: *Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch, § 7 Rn. 2.

⁸⁶ Dies vertreten so ohne nähere Erklärung in: *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, Vor § 35 Rn. 11; *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, § 15 Rn. 2.

⁸⁷ Wird das Insolvenzverfahren eröffnet, muss der Schuldner als wohl härteste Maßnahme den Übergang seiner Vermögensverfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter nach § 80 Abs. 1 InsO hinnehmen. Zur Auswirkung des Insolvenzantrags auf den Unternehmenswert siehe nachfolgend 3. Teil § 7 A. I. 1. c) ee) (2).

⁸⁸ *Strohn*, DB 2011, 158, 165.

⁸⁹ *Breuer*, Insolvenzrecht, Rn. 153; *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus*, Insolvenzrecht, Kap. 18 Rn. 7.

⁹⁰ *Strohn*, DB 2011, 158, 165.

⁹¹ *Haas*, DStR 1998, 1359, 1360.

bb) Bedeutung der „faktischen Geschäftsführung“ für die Prozessfähigkeit

Die Problematik der „faktischen Geschäftsführung“ wird auch daran deutlich, dass gem. § 51 Abs. 1 ZPO zur Herstellung der Prozessfähigkeit der Gesellschaft die Vertretung durch den gesetzlichen Vertreter erforderlich ist. Der „faktische Geschäftsführer“ ist jedoch nicht gesetzlicher Vertreter der GmbH⁹², sodass die Gesellschaft bei „faktischer Geschäftsführung“ nicht wirksam vertreten ist. Dies hat zur Folge, dass im Fall fehlender Prozessfähigkeit des Schuldners bei einem gegen den Schuldner gerichteten Antrag das Insolvenzverfahren nicht eröffnet wird.⁹³ Letztlich bleibt festzuhalten, dass auch der Gesetzgeber die Problematik der „faktischen Geschäftsführung“ nicht eindeutig regeln, sondern die Entwicklung vielmehr der Rechtsprechung überlassen wollte.⁹⁴ Eine genaue Entscheidung dieser Streitfrage durch die Rechtsprechung oder durch den Gesetzgeber bleibt somit abzuwarten.

II. Sinn und Zweck der Insolvenzantragspflicht

Die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags gilt gem. § 15a InsO nur für die Organe juristischer Personen auf Schuldnerseite, nicht jedoch für natürliche Personen. Da bei Kapitalgesellschaften nur eine beschränkte Haftungsmasse zur Verfügung steht, sind die Gläubiger hier besonders schutzbedürftig.⁹⁵ Das Insolvenzeröffnungsverfahren soll grundsätzlich dazu dienen, innerhalb kurzer Zeit festzustellen, ob aufgrund eines zulässigen Insolvenzantrags die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Schuldnervermögen beschlossen wird und ob bis zu dieser Entscheidung Sicherungsmaßnahmen zum Gläubigerschutz zu veranlassen sind.⁹⁶ Dementsprechend unterliegt die Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens einer gewissen Dringlichkeit, um den Erfolg

⁹² BGH DSStR 2007, 450, 451.

⁹³ BGH DSStR 2007, 450, 451; *Ganter*, in: MüKoInsO, § 4 Rn. 45.

⁹⁴ Dies geht aus dem RegE-MoMiG hervor, BT-Drs. 16/6140, S. 56.

⁹⁵ *Foerste*, Insolvenzrecht, Rn. 91.

⁹⁶ *Haas*, DSStR 1998, 1359, 1360; *Uhlenbruck*, GmbHR 1995, 195, 199.

des Insolvenzverfahrens nicht zu gefährden.⁹⁷ Wenn ein Unternehmen wirtschaftlich in Schieflage gerät und der Eintritt der Insolvenzreife unmittelbar bevorsteht, sind neben anderen Gesellschaftsgläubigern häufig auch Kredit- oder Sicherungsgeber betroffen. Die Kreditgeber werden versuchen wollen, die noch vorhandenen Mittel zu verwenden, um die von ihnen eingeräumten Fremdkredite wenigstens teilweise rückführen zu können.⁹⁸ Um den Kreditgebern diese Chance zu ermöglichen, muss der Schuldner rechtzeitig über das finanzielle Unvermögen der Gesellschaft informieren. Eine vorvertragliche Warnpflicht des Geschäftsführers einer GmbH über die finanzielle Situation des Unternehmens, die im Fall der fehlenden Auskunftserteilung zu einer „Repräsentantenhaftung“ hinausliefe, ist vom BGH jedoch mit Verweis auf die fehlende Legitimation neben der gesetzlichen Haftung aus §§ 64 GmbHG, 823 Abs. 2 BGB abgelehnt worden.⁹⁹ Allgemein soll mit der Insolvenzantragspflicht bezweckt werden, zum Schutz des Rechtsverkehrs insolvenzreife Unternehmen von ihm fernzuhalten.¹⁰⁰ Mit Eintritt der Insolvenzreife spaltet sich die Gruppe der Gläubiger in Alt- und Neugläubiger, was für die Geltendmachung noch ausstehender Forderungen von erheblicher Bedeutung ist. Zu der genauen Differenzierung zwischen Alt- und Neugläubigern und den damit verbundenen verschiedenen Konsequenzen erfolgt in einem nachfolgenden Abschnitt eine detailliertere Untersuchung.¹⁰¹

⁹⁷ LG Hamburg ZInsO 2012, 1479, 1480.

⁹⁸ BGHZ 126, 181, 188.

⁹⁹ BGHZ 126, 181, 189; ausführlicher zur Haftung des Geschäftsführers aus c.i.c. unter 3. Teil § 8 B. II.

¹⁰⁰ *Bitter*, ZInsO 2010, 1561, 1574.

¹⁰¹ Näheres dazu unter 3. Teil § 8 B. I.

§ 3 Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers

Die GmbH hat als juristische Person gem. § 13 Abs. 1 GmbHG selbständig Rechte und Pflichten. Als juristische Person kann die GmbH allerdings nur dann im Rechtsverkehr in Erscheinung treten und neben tatsächlicher auch rechtliche Handlungsfähigkeit erlangen, wenn natürliche Personen als Organe der Gesellschaft für sie tätig werden und sie im Rechtsverkehr im Außenverhältnis vertreten.¹ Notwendige Organe der GmbH sind sowohl der bzw. mehrere Geschäftsführer als auch die Gesellschafterversammlung.² Im Gesellschaftsvertrag wird nicht nur die Anzahl der Geschäftsführer festgelegt, vielmehr können zusätzlich auch bestimmte Anforderungen für das Geschäftsführeramt wie beispielsweise eine bestimmte Berufsqualifikation vertraglich fixiert werden.³

A. Differenzierung zwischen einem Gesellschafter-Geschäftsführer und einem externen Geschäftsführer

Während Personengesellschaften dem Grundsatz der Selbstorganschaft⁴ unterstehen, gilt für Kapitalgesellschaften der in § 6 Abs. 3 S. 1 GmbHG niedergelegte Grundsatz der Fremdorganschaft.

I. Grundsatz der Fremdorganschaft

Der Grundsatz der Fremdorganschaft besagt, dass der Geschäftsführer nicht zwingend Gesellschafter sein muss, sondern auch als eine außerhalb der Ge-

¹ *Goette*, in: MüKoGmbHG, § 6 Rn. 3; *Trölitzsch*, in: Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 11 Rn. 1.

² *Witt*, in: Gehrlein/Witt/Volmer, GmbH-Recht in der Praxis, 5. Kap. Rn. 1; *Hk-GmbHG/Lücke/Simon*, § 35 Rn. 4; *Kübler/Assmann*, Gesellschaftsrecht, § 18 S. 285; *Diekmann/Marsch-Barner*, in: Münchener Hdb GesR III, § 41 Rn. 1; *Roth/Altmeyen/Altmeyen*, GmbHG, § 6 Rn. 2; *K. Schmidt*, GesR, § 36 I. 1. a).

³ *Schultze-Petzold*, in: Büchel/von Rechenberg, Hdb FA Handels- und GesR, 11. Kap. Rn. 375.

⁴ Das Prinzip der Selbstorganschaft bedeutet, dass in einer Personengesellschaft die Existenz der Organe bereits aus der Natur der Sache resultiert und die Vertretungsmacht nur den persönlich haftenden Gesellschaftern vorbehalten ist, vgl. dazu *K. Schmidt*, GesR, § 14 II 2. a).

sellschaft stehende Person zum Geschäftsführer bestellt werden kann.⁵ Für die Geschäftsführung ist gem. § 6 Abs. 2 S. 1 GmbHG immer erforderlich, dass eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person tätig wird, die von keinen Berufsausübungsbeschränkungen des § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 GmbHG betroffen ist.“⁶

II. Besonderheiten des Gesellschafter-Geschäftsführers

Der Fremdgeschäftsführer und der Gesellschafter-Geschäftsführer haben die gleichen gesetzlichen Rechte und Pflichten, sodass für den Gesellschafter-Geschäftsführer nur die Besonderheit besteht, dass er in seiner Funktion als Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung im Rahmen von § 47 Abs. 4 GmbHG stimmberechtigt ist und somit auf seine eigene Bestellung und Abberufung und die allgemeine Geschäftspolitik Einfluss nehmen kann.⁷

B. Rechtsbeziehungen zur Gesellschaft

In der Gesellschafterversammlung findet der Prozess der Willensbildung statt, weshalb der Geschäftsführer demgegenüber als „Organ der Willensausführung“ bezeichnet werden kann.⁸ In seiner Funktion als Organ der Gesellschaft nimmt der Geschäftsführer einer GmbH eine Doppelstellung ein. Nach dem sog. „Trennungsprinzip“ ist zu differenzieren zwischen der Bestellung zum Geschäftsführer durch den Gesellschaftsvertrag gem. § 6 Abs. 3 S. 2 GmbHG oder die Gesellschafterversammlung gem. § 46 Nr. 5 GmbHG einerseits und der Anstellung bei der Gesellschaft andererseits.⁹

⁵ *Oppenländer*, in: *Oppenländer/Trölitzsch*, GmbH-Geschäftsführung, § 3 Rn. 12.

⁶ *Saenger*, Gesellschaftsrecht, Rn. 731; *K. Schmidt*, GesR, § 36 II. 2. a).

⁷ *Schultze-Petzold*, in: *Büchel/von Rechenberg*, Hdb FA Handels- und GesR, 11. Kap. Rn. 377.

⁸ *Michalski/Tebben*, GmbHG, § 6 Rn. 4.

⁹ BGHZ 78, 82, 84; BGHZ 79, 38, 41; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 13 Rn. 5; *Schultze-Petzold*, in: *Büchel/von Rechenberg*, Hdb FA Handels- und GesR, 11. Kap. Rn. 378; *Michalski/Römermann*, GmbHG, § 46 Rn. 194; *Trölitzsch*, in: *Oppenländer/Trölitzsch*, GmbH-Geschäftsführung, § 11 Rn. 2; *Scholz/Uwe H. Schneider/Hohenstatt*, GmbHG, § 35 Rn. 251; *Wicke*, GmbHG, § 6 Rn. 1.

I. Bestellung

Die Bestellung (und nach § 46 Nr. 5 GmbHG auch mögliche Abberufung) des Geschäftsführers als körperschaftlicher Organisationsakt¹⁰ betrifft das Außenverhältnis, da der Geschäftsführer erst durch den Bestellungsakt Organ der Gesellschaft und damit zu ihrer gesetzlichen Vertretung ermächtigt wird. Die durch die Bestellung erlangte Organstellung kann ferner als „korporatives Rechtsverhältnis“ bezeichnet werden.¹¹ Die Bestellung wenigstens eines Geschäftsführers ist schon bei der Gründung der GmbH erforderlich,¹² da die Gesellschaft nur durch den Geschäftsführer gem. §§ 7 Abs. 1, 78 GmbHG zum Handelsregister angemeldet werden kann und durch die Eintragung vom Stadium der Vor-GmbH¹³ in das Stadium der GmbH übergeht. Bzgl. der Art und Weise der Bestellung, also durch Gesellschafterbeschluss oder bereits durch den Gesellschaftsvertrag, ist zwischen unterschiedlichen Rechtsfolgen zu differenzieren.

1. Gesellschaftsvertragliche Regelung

Nach § 6 Abs. 3 S. 2 GmbHG kann eine Bestellung des Geschäftsführers bereits daraus erfolgen, dass er im Gesellschaftsvertrag benannt wird. Diese Art der Bestellung kann zur Folge haben, dass dem Geschäftsführer ein Sonderrecht dahingehend zu Teil wird, dass für seine Abberufung gem. § 38 Abs. 2 GmbHG ein wichtiger Grund erforderlich ist.¹⁴ Falls durch Auslegung ermittelt

¹⁰ *Schultze-Petzold*, in: Büchel/von Rechenberg, Hdb FA Handels- und GesR, 11. Kap. Rn. 378; *Trölitzsch*, in: Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 11 Rn. 3.

¹¹ *Schmitz-Herscheidt/Coenen*, in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis/Speckmann, Handels- und Gesellschaftsrecht, § 6 Rn. 75.

¹² *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG § 6 Rn. 3; *Witt*, in: Gehrlein/Witt/Volmer, GmbH-Recht in der Praxis, 5. Kap. Rn. 1; *Oetker*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 6 GmbHG Rn. 5; *Michalski/Tebben*, GmbHG, § 6 Rn. 6; *Diekmann/Marsch-Barner*, in: Münchener Hdb GesR III, § 41 Rn. 7; *Goette*, in: MüKoGmbHG, § 6 Rn. 4.

¹³ Die Vor-GmbH wird auch Vorgesellschaft genannt und bezeichnet das Stadium zwischen dem Abschluss des notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrages und der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister. Mit Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister entsteht aus der Vor-GmbH die GmbH.

¹⁴ *Schultze-Petzold*, in: Büchel/von Rechenberg, Hdb FA Handels- und GesR, 11. Kap. Rn. 381; *K. Schmidt*, GesR, § 36 II 2. b).

werden kann, dass dem Geschäftsführer ein solches Sonderrecht eingeräumt werden soll und die Bestellung einen echten Satzungsbestandteil darstellt, ist weitere Konsequenz, dass für seine Abberufung eine Änderung des Gesellschaftsvertrags mit der erforderlichen Mehrheit erfolgen muss, sodass eine Satzungsänderung nach §§ 53 ff. GmbHG erforderlich ist. Im Zweifel ist die Bestellung des Geschäftsführers im Gesellschaftsvertrag jedoch nicht als echter, materieller Satzungsbestandteil anzusehen,¹⁵ wenn sich aus dem Gesellschaftsvertrag nichts Gegenteiliges ergibt. Daher wird im Regelfall eine Abberufung mit einfacher Mehrheit gem. § 47 Abs. 1 GmbHG möglich sein.

2. Beschluss der Gesellschafterversammlung

Fehlt eine gesellschaftsvertragliche Regelung, erfolgt die Bestellung des Geschäftsführers durch Beschluss der Gesellschafterversammlung gem. § 46 Nr. 5 GmbHG. Jeder Gesellschafter hat ein Vorschlagsrecht für die Besetzung des Geschäftsführerpostens, es besteht jedoch grundsätzlich kein klagbarer Anspruch auf die Beschlussfassung über die Geschäftsführerbestellung.¹⁶ Sobald aus den Reihen der Gesellschafter geeignete Kandidaten vorgeschlagen worden sind, bestimmt sich die Beschlussfassung nach den §§ 47 ff. GmbHG. Grundsätzlich ist für die Beschlussfassung gem. § 47 Abs. 1 GmbHG eine einfache Stimmenmehrheit ausreichend.¹⁷ Mit der Bestellung als organisationsrechtlichem Akt entsteht das Organverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer, wodurch weiterhin für den Geschäftsführer die gesetzliche Ver-

¹⁵ BGHZ 18, 205, 207; Witt, in: Gehrlein/Witt/Volmer, GmbH-Recht in der Praxis, 5. Kap. Rn. 28; Schäfer, in: Henssler/Strohn, GesR, § 2 GmbHG Rn. 10; Michalski/Michalski, GmbHG, § 2 Rn. 11; Goette, in: MüKoGmbHG, § 6 Rn. 66; K. Schmidt, GesR, § 36 II 2. b); a.A. Schultze-Petzold, in: Büchel/von Rechenberg, Hdb FA Handels- und GesR, 11. Kap. Rn. 381, der die Vereinbarung eines Sonderrechts im Zweifel als echten Bestandteil des Gesellschaftsvertrags ansieht, sich damit jedoch in Widerspruch zu der Entscheidung des BGH setzt.

¹⁶ Michalski/Römermann, GmbHG, § 46 Rn. 201; Liebscher, in: MüKoGmbHG, § 46 Rn. 104.

¹⁷ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 6 Rn. 28; Michalski/Römermann, GmbHG, § 46 Rn. 202; Liebscher, in: MüKoGmbHG, § 46 Rn. 105.

vertretungsmacht für die Gesellschaft begründet wird, welche im Außenverhältnis gem. § 37 Abs. 2 GmbHG unbeschränkt gilt.¹⁸

II. Anstellung

Von der Bestellung zu unterscheiden ist die Anstellung des Geschäftsführers bei der GmbH. Die Anstellung betrifft das Innenverhältnis zwischen dem Geschäftsführer und der GmbH und stellt ein selbständiges Rechtsverhältnis dar. Die Anstellung wird durch das schuldrechtliche Dienstverhältnis in Form eines Anstellungsvertrags des Geschäftsführers mit der Gesellschaft gem. §§ 611 ff., 675 BGB vollzogen.¹⁹ Der Anstellungsvertrag wird i.d.R. als Dienstvertrag geschlossen, nicht jedoch als Arbeitsvertrag,²⁰ da der Geschäftsführer kein Arbeitnehmer der Gesellschaft ist.²¹ Dies ergibt sich aus § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG. Bei Abschluss des Anstellungsvertrags wird die GmbH durch ihre Gesellschafter vertreten,²² da die Zuständigkeit für den Vertragsschluss bei der Gesellschafterversammlung liegt, nicht jedoch bei dem Geschäftsführer. Die für den Geschäftsführer wichtigste Konsequenz aus dem Anstellungsverhältnis ist der daraus resultierende Vergütungsanspruch gegenüber der Gesellschaft.²³ Auch werden im Anstellungsvertrag der Urlaubsanspruch des Geschäftsführers, eine mögliche Altersvorsorge sowie ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot näher geregelt.²⁴

¹⁸ *Liebscher*, in: MüKoGmbHG, § 46 Rn. 102.

¹⁹ *Trölitzsch*, in: Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 11 Rn. 4.

²⁰ BAG NZA 2006, 366, 367.

²¹ *Marsch-Barner/Diekman*, in: Münchener Hdb GesR III, § 43 Rn. 8; *Schmitz-Herscheidt/Coenen*, in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis/Speckmann, Handels- und Gesellschaftsrecht, § 6 Rn. 86; *K. Schmidt*, GesR, § 36 II. 2. c).

²² BGH WM 2000, 1698, 1699; *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, § 13 Rn. 61.

²³ *Schmitz-Herscheidt/Coenen*, in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis/Speckmann, Handels- und Gesellschaftsrecht, § 6 Rn. 86; *U/H/L/Paefgen*, GmbHG, § 35 Rn. 346.

²⁴ *Marsch-Barner/Diekman*, in: Münchener Hdb GesR III, § 43 Rn. 3; *Scholz/Uwe H. Schneider/Hohenstatt*, GmbHG, § 35 Rn. 380 ff.

III. Verhältnis von Anstellung und Organstellung

Das Trennungsprinzip besagt, dass das Anstellungsverhältnis des Geschäftsführers von seiner durch die Bestellung erlangten Organstellung völlig unabhängig ist, was zur Folge hat, dass durch die Abberufung des Geschäftsführers nicht automatisch auch das Anstellungsverhältnis erlischt.²⁵ Grundsätzlich ist in dem Fall eine gesonderte Kündigung des Anstellungsvertrags erforderlich. Ausnahmsweise kann auf eine gesonderte Kündigung nur verzichtet werden, wenn die Organstellung und die Anstellung des Geschäftsführers durch sog. Koppelungsklauseln miteinander verbunden worden sind und das Anstellungsverhältnis in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Organstellung steht.²⁶ Auch wenn das Organverhältnis und das Anstellungsverhältnis gem. § 38 Abs. 1 GmbHG voneinander unabhängig sind, sind in der Praxis beide Verhältnisse faktisch verbunden, da rein praktisch das eine Rechtsverhältnis nicht ohne das jeweils andere begründet wird.²⁷ Trotz regelmäßig vorgenommener tatsächlicher Verknüpfung von Bestellung und Anstellung sind beide Rechtsverhältnisse nicht als einheitliches Rechtsverhältnis nach § 139 BGB anzusehen.²⁸ Das Anstellungsverhältnis und die Organstellung bedingen sich somit nicht gegenseitig, sondern sind unabhängig voneinander zu betrachten.²⁹

IV. Geschäftsführung und Vertretung

Die beiden Kernaufgaben eines Geschäftsführers bestehen in der Vertretung der GmbH und in der Geschäftsführung. Die Vertretung der Gesellschaft betrifft das Außenverhältnis zum Rechtsverkehr, wohingegen die Geschäftsführung durch das Innenverhältnis zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschaft ausgestaltet wird. Aufgrund seiner Geschäftsführungs- und Vertretungs-

²⁵ BGHZ 79, 38, 41; *Marsch-Barner/Diekmann*, in: Münchener Hdb GesR III, § 43 Rn. 3; *Scholz/Uwe H. Schneider/Hohenstatt*, GmbHG, § 35 Rn. 251; *Seel*, JA 2009, 446, 447.

²⁶ *Saenger*, Gesellschaftsrecht, Rn. 773; *Seel*, JA 2009, 446, 447.

²⁷ BGHZ 79, 38, 41f.; *Witt*, in: *Gehrlein/Witt/Volmer*, GmbH-Recht in der Praxis, 5. Kap. Rn. 23; *Saenger*, Gesellschaftsrecht, Rn. 773; *U/H/L/Paefgen*, GmbHG, § 35 Rn. 33.

²⁸ *Scholz/Uwe H. Schneider/Hohenstatt*, § 35 Rn. 251.

²⁹ Dies hat der BGH schon vor langer Zeit so entschieden, BGH WM 1958, 675, 676; WM 1964, 1320, 1321.

befugnis ist der Geschäftsführer einer GmbH als deren Leitungs- und Vertretungsorgan anzusehen.³⁰

1. Geschäftsführungsbefugnis

Im GmbHG gibt es keine Regelung, die die Geschäftsführungsbefugnis des Geschäftsführers näher skizziert oder eine Legaldefinition der Geschäftsführung parat hält. Schon nach der Systematik des GmbHG muss der Geschäftsführer einer GmbH aber zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft befugt sein, da sich andernfalls ein Widerspruch ergäbe, wenn der Geschäftsführer gem. § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG gesetzliche Vertretungsmacht für die GmbH zugewiesen bekommt und diese nach dem Wortlaut des § 37 Abs. 1 GmbHG durch Beschlüsse der Gesellschafter beschränkt werden kann. Diese Beschränkungen aus § 37 Abs. 1 GmbHG können sich entgegen des Gesetzeswortlauts nur auf die Geschäftsführungsbefugnis im Innenverhältnis beziehen.³¹ Die Ermächtigung zur Vertretung der Gesellschaft kann nur dann einen Zweck haben, wenn der Geschäftsführer auch die Geschäfte der GmbH führen darf, da die Vertretungsmacht sonst ins Leere liefe. Nach allgemeiner Auffassung ist unter Geschäftsführung zu verstehen, dass der Geschäftsführer alle Maßnahmen treffen darf, die zur Verfolgung des Gesellschaftszwecks erforderlich sind,³² und dazu alle zur Verfügung stehenden personellen, sachlichen und finanziellen Mittel möglichst effizient einsetzen soll.³³ Zum originären Aufgabenkreis eines Geschäftsführers gehört die Führung der laufenden Geschäfte der Gesellschaft,³⁴ insbesondere die Planung, Strukturierung, Durchführung und Kontrolle des

³⁰ Witt, in: Gehrlein/Witt/Volmer, GmbH-Recht in der Praxis, 5. Kap. Rn. 1.

³¹ So auch Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 37 Rn. 1; Michalski/Lenz, GmbHG, § 37 Rn. 1; Stephan/Tieves, in: MüKoGmbHG, § 37 Rn. 1; Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, § 37 Rn. 1.

³² Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 37 Rn. 2; Saenger, Gesellschaftsrecht, § 17 Rn. 776; Wicke, GmbHG, § 37 Rn. 2.

³³ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 37 Rn. 3; Leinekugel, in: Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 18 Rn. 4; Wicke, GmbHG, § 37 Rn. 2.

³⁴ Oetker, in: Henssler/Strohn, GesR, § 37 GmbHG Rn. 5; Stephan/Tieves, in: MüKoGmbHG, § 37 Rn. 12; Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, § 37 Rn. 20.

entsprechenden Tagesgeschäfts.³⁵ Bei außergewöhnlichen Geschäften wird in aller Regel jedoch die Zustimmung der Gesellschafter erforderlich sein, worin sich die mögliche Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis widerspiegelt.³⁶ Eine Präzisierung der Geschäftsführungsbefugnis kann durch den Gesellschaftsvertrag verbunden mit dem Anstellungsvertrag vorgenommen werden, daneben ist es denkbar, in den Gesellschaftsvertrag eine eigene Geschäftsführerordnung aufzunehmen, in der die Geschäftsführungsbefugnis näher ausgestaltet wird.³⁷

2. Organschaftliche Vertretungsmacht

Nach § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG vertritt der Geschäftsführer die GmbH gerichtlich und außergerichtlich. Die dem Geschäftsführer durch seine Bestellung eingeräumte und in § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG gesetzlich geregelte Vertretungsmacht ist aufgrund seiner Rechtsstellung als Organ der Gesellschaft eine organschaftliche Vertretungsmacht.³⁸ Die Vertretungsmacht des Geschäftsführers als rechtliches Können im Außenverhältnis ist gem. § 37 Abs. 2 GmbHG nicht beschränkbar, wohingegen die Geschäftsführungsbefugnis das rechtliche Dürfen im Innenverhältnis zur GmbH betrifft und gem. § 37 Abs. 1 GmbHG gesellschaftsvertraglichen oder von der Gesellschafterversammlung beschlossenen Beschränkungen unterliegen kann.³⁹ Falls der Geschäftsführer seine intern festgelegte Vertretungsmacht bei einem Geschäftsabschluss überschreitet, hat dies keine Auswirkungen auf den mit dem Dritten geschlossenen Vertrag, der Geschäftsführer macht sich jedoch im Innenverhältnis zur Gesellschaft schadensersatzpflichtig. Aufgrund der gesetzlich bestimmten Unbeschränkbarkeit der

³⁵ *Schultze-Petzold*, in: Büchel/von Rechenberg, Hdb FA Handels- und GesR, 11. Kap. Rn. 388.

³⁶ Für außergewöhnliche Geschäfte wird in der Regel ein Katalog der zustimmungspflichtigen Geschäfte in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen, siehe dazu 1. Teil § 3 C. I. 3.

³⁷ *Schmitz-Herscheidt/Coenen*, in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis/Speckmann, Handels- und Gesellschaftsrecht, § 6 Rn. 91.

³⁸ *Witt*, in: Gehrlein/Witt/Volmer, GmbH-Recht in der Praxis, 5. Kap. Rn. 2; Scholz/*Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider* GmbHG, § 35 Rn. 23.

³⁹ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 35 Rn. 5; Michalski/Lenz, GmbHG, § 37 Rn. 4; *Schmitz-Herscheidt/Coenen*, in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis/Speckmann, Handels- und Gesellschaftsrecht, § 6 Rn. 90.

Vertretungsmacht im Außenverhältnis sind auch Verträge, die der Geschäftsführer pflichtwidrig mit außenstehenden Dritten schließt, wirksam, da ansonsten jedes Geschäft nach § 177 BGB schwebend unwirksam wäre, was zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen würde.⁴⁰ Der pflichtwidrige Abschluss von Verträgen kann einen Missbrauch der Vertretungsmacht darstellen, der jedoch nur dann Auswirkungen auf den mit einem Dritten geschlossenen Vertrag hat, wenn der Missbrauch für den Dritten offensichtlich war oder sogar ein Fall des kollusiven Zusammenwirkens gegeben ist.⁴¹ Von dem außenstehenden Geschäftspartner kann hingegen nicht verlangt werden, sich umfangreiche Nachweise über das Innenverhältnis des Geschäftsführers zur GmbH zu beschaffen, da ein Geschäftspartner davon ausgehen können muss, dass der Geschäftsführer als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person im Rahmen seiner Vertretungsmacht handelt, sodass ein Missbrauch auf Seiten des Geschäftspartners voraussetzt, dass er die Überschreitung der Befugnisse durch den Geschäftsführer in dessen Innenverhältnis zur GmbH positiv kennt oder sie für ihn offensichtlich ist.⁴² Falls der Geschäftsführer Geschäfte abschließt, für die ihm keine Vertretungsmacht eingeräumt worden ist, haftet er nach § 179 BGB als Vertreter ohne Vertretungsmacht persönlich.⁴³

3. Rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht

Von der organschaftlichen Vertretungsmacht ist die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht zu unterscheiden. Die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht wird Prokuristen in der GmbH eingeräumt, über ihre Erteilung haben intern gem. § 46 Nr. 7 GmbHG im Grundsatz die Gesellschafter zu entscheiden, auch wenn der Geschäftsführer die Prokura im Außenverhältnis erteilt.⁴⁴ Ein rechtsgeschäftlich Bevollmächtigter kann nicht durch Gesellschafterbeschluss und Er-

⁴⁰ *K. Schmidt*, GesR, § 36 II 3. c).

⁴¹ *Trölitzsch*, in: *Oppenländer/Trölitzsch*, GmbH-Geschäftsführung, § 17 Rn. 23; *K. Schmidt*, GesR, § 36 II 3. c); *Scholz/Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider*, GmbHG, § 35 Rn. 188.

⁴² *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, § 37 Rn. 47.

⁴³ *Saenger*, Gesellschaftsrecht, Rn. 774.

⁴⁴ *Michalski/Lenz*, GmbHG, § 35 Rn. 7.

teilung durch den Geschäftsführer organschaftliche Vertretungsmacht erhalten, da diese gesetzlich zugewiesen wird gem. § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG.⁴⁵

C. Weisungsabhängigkeit von den Gesellschaftern

Die Gesellschafterversammlung hat ein umfassendes Weisungsrecht gegenüber dem Geschäftsführer, da sie ihm gem. § 37 Abs. 1 GmbHG Beschränkungen auferlegen kann.⁴⁶ Daraus ergibt sich, dass der Geschäftsführer in seiner Entscheidungsfindung von den Weisungen der Gesellschafter abhängig ist. Mit dem Weisungsrecht der Gesellschafter korrespondiert die Folgepflicht der Geschäftsführung.⁴⁷ Beschränkungen können sowohl durch den Gesellschaftsvertrag als auch durch Gesellschafterbeschluss geregelt werden.⁴⁸ Diese Beschränkungen betreffen nur die Geschäftsführungsbefugnis im Innenverhältnis, nicht jedoch die Vertretung der GmbH im Außenverhältnis, da die Vertretungsmacht Dritten gegenüber gem. § 37 Abs. 2 GmbHG nicht beschränkt werden kann, was insbesondere zum Schutz des Rechtsverkehrs sachgerecht erscheint.⁴⁹ Ein Gesellschafter-Geschäftsführer unterliegt im Zweifel jedoch – anders als ein externer Geschäftsführer – nicht der Weisungsgebundenheit, der Gesellschaftsvertrag kann jedoch entsprechend geändert werden.⁵⁰

I. Weisungen der Gesellschafterversammlung

Neben einer statutarischen Regelung von Beschränkungen kann die Gesellschafterversammlung dem Geschäftsführer Weisungen erteilen.⁵¹ Dies folgt aus

⁴⁵ BGHZ 34, 27, 30 mit der Feststellung, dass die Geschäftsführer den Umfang ihrer Vertretungsmacht nicht selbst festlegen können; Michalski/Lenz, GmbHG, § 35 Rn. 7.

⁴⁶ Scholz/Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider, GmbHG, § 37 Rn. 37; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 37 Rn. 40.

⁴⁷ Mennicke, NZG 2000, 622.

⁴⁸ Kübler/Assmann, Gesellschaftsrecht, § 18 S. 285.

⁴⁹ K. Schmidt, GesR, § 36 II. 3. c); ähnlich Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 37 Rn. 2, der auf das „Verkehrsinteresse im handelsrechtlichen Geschäftsverkehr“ abstellt.

⁵⁰ Stephan/Tieves, in: MüKoGmbHG, § 37 Rn. 116.

⁵¹ Schmitz-Herscheidt/Coenen, in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis/Speckmann, Handels- und Gesellschaftsrecht, § 6 Rn. 92.

dem von einem Großteil der Lehre und vom BGH grundsätzlich bestätigten anerkannten Grundsatz, dass die Ausrichtung der Unternehmenspolitik in die Entscheidungskompetenz der Gesellschafter fällt.⁵²

1. Unternehmenspolitik

Der Begriff der Unternehmenspolitik ist für sich allein betrachtet sehr weit gefasst und recht unpräzise. Daher muss an dieser Stelle eine nähere Begriffserläuterung vorgenommen werden.

a) Begriff und Inhalt

Der BGH stützt sich auf eine „Neuorientierung der Geschäftspolitik“, welche durch die Gesellschafter vollzogen wird.⁵³ Auch kann die Unternehmenspolitik als Leitlinie⁵⁴ für das unternehmerische Handeln verstanden werden, die sowohl die Bedeutung des Unternehmens als Teilnehmer im Wirtschaftsverkehr als auch die Schwerpunkte der Geschäftstätigkeit aufzeigt und der Geschäftsführung seitens der Gesellschafter vorgegeben wird.⁵⁵ Eine bloße Neuorientierung der Geschäftspolitik kann wohl nicht ausreichen, vielmehr muss schon auf die Gründung der Gesellschaft und den dahinter stehenden Zweck abgestellt werden. Die ursprüngliche Bedeutung des Wortes „Politik“⁵⁶ spricht dafür, auf die grundlegenden Interessen der Gesellschafter als „Allgemeinheit der Gesellschaft“ abzustellen, und nicht auf die Interessen eines einzelnen, nämlich hier

⁵² BGH NJW 1991, 1681, 1682; BGH GmbHR 1992, 299, 300; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 37 Rn. 8; Michalski/Lenz, GmbHG, § 37 Rn. 9; Marsch-Barner/Diekmann, in: Münchener Hdb GesR III, § 44 Rn. 57; Stephan/Tieves, in: MüKoGmbHG, § 37 Rn. 8; Saenger, Gesellschaftsrecht, Rn. 779; K. Schmidt, GesR, § 36 I. 2. b); Scholz/Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider, GmbHG, § 37 Rn. 10; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 37 Rn. 18; a.A. Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 37 Rn. 13, die den Begriff der Unternehmenspolitik als zu unbestimmt kritisieren.

⁵³ BGH NJW 1991, 1681, 1682.

⁵⁴ Dies ablehnend Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 37 Rn. 14, die die Kommentierung von Scholz/Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider, GmbHG, § 37 Rn. 10 entsprechend auslegen, aber mit dem Argument kritisieren, dass es derartige Leitlinien in Unternehmen nicht gäbe.

⁵⁵ Dies präzisierend Hk-GmbHG/Lücke/Simon, § 37 Rn. 4 (Fn. 2).

⁵⁶ Abgeleitet aus dem Griechischen von Polis = Gemeinwesen.

des Geschäftsführers. Somit erscheint es vorzugswürdig, unter Unternehmenspolitik eine an den Interessen der Gesellschafter orientierte Ausgestaltung der unternehmerischen Tätigkeit und wirtschaftlichen Ziele der Gesellschaft zu verstehen.

b) Satzungsmäßiger Unternehmensgegenstand

Nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG muss der Gegenstand des Unternehmens im Gesellschaftsvertrag festgelegt werden. Die Geschäftsführungsbefugnis des Geschäftsführers erstreckt sich nur auf diesen Unternehmensgegenstand, kann aber nicht über seinen Rahmen hinausgehen.⁵⁷ Die Ausgestaltung der Unternehmenspolitik findet daher konsequenterweise ihren Ursprung in dem satzungsgemäßen Unternehmensgegenstand.

2. Kompetenz zur Ausgestaltung der Geschäftspolitik

Eine gesetzliche Regelung zur Kompetenz der Unternehmenspolitik gibt es zwar nicht, jedoch zeigt sich der Kompetenzbereich der Gesellschafter u.a. in ihrer Pflicht zum Beschluss über die Feststellung des Jahresabschlusses und über die Ergebnisverwendung gem. § 42a Abs. 2 GmbHG, in ihrer Entscheidungskompetenz hinsichtlich der Bestellung und der Abberufung von Geschäftsführern gem. § 46 Nr. 5 GmbHG sowie in ihrem Recht zur außerordentlichen Einberufung der Gesellschafterversammlung nach § 49 Abs. 2 GmbHG. Das Argument, die Zuordnung der Entscheidungsbefugnis über die Unternehmenspolitik aufgrund der gesetzlichen Aufgabenzuweisungen an die Gesellschafter sei nicht überzeugend,⁵⁸ ist jedoch seinerseits nicht schlüssig. Die Tatsache, dass der bzw. mehrere Geschäftsführer die Politik des Unternehmens ausrichten, wenn die Gesellschafter dies nicht getan haben⁵⁹, besagt nicht, dass den Gesellschaftern diese Kompetenz von Anfang an gar nicht zu-

⁵⁷ Hk-GmbHG/Lücke/Simon, § 37 Rn. 9; Michalski/Lenz, GmbHG, § 37 Rn. 5; Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, § 37 Rn. 26; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 37 Rn. 8.

⁵⁸ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 37 Rn. 14.

⁵⁹ Schultze-Petzold, in: Büchel/von Rechenberg, Hdb FA Handels- und GesR, 11. Kap. Rn. 388; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 37 Rn. 8; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 37 Rn. 18.

steht. Die Ausgestaltung der Geschäftspolitik durch den Geschäftsführer ist vielmehr erst Folge der Tatsache, dass die Gesellschafter die Unternehmenspolitik nicht konkretisiert haben. Eine Konkretisierung der Unternehmenspolitik ist zur zielführenden wirtschaftlichen Handlungsfähigkeit der Gesellschaft unerlässlich. Die Entscheidung über die Ausrichtung der Unternehmenspolitik zuerst den Gesellschaftern zuzuweisen, erscheint v.a. auch aus dem Grund sinnvoll, dass die Gesellschafter sich ursprünglich zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks zu einer Gesellschaft zusammengeschlossen und diesen Zweck als Unternehmensgegenstand in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen haben. Der Impuls zur Gründung der GmbH ging also von den Gesellschaftern aus. Wenn die Willensbildung in der GmbH den Gesellschaftern obliegt, der Geschäftsführer aber nur als Willensausführungsorgan⁶⁰ fungiert, kann als logische Konsequenz die Ausrichtung der Unternehmenspolitik als Teil der Willensbildung und Ausgestaltung des Unternehmensgegenstands dem Grunde nach zuerst nur den Gesellschaftern überlassen sein. Die ablehnende Haltung demgegenüber, dass die Grundzüge der Unternehmenspolitik dem Geschäftsführer in Form von Leitlinien dargeboten werden⁶¹, vermag nicht zu überzeugen. In der Gesellschafterversammlung findet die Willensbildung der Gesellschaft statt, sodass die Gesellschafter dem Geschäftsführer sehr wohl durch Beschlüsse Leitlinien des Gesellschaftsinteresses an die Hand geben können. Hierfür spricht auch das systematische Argument, dass gem. § 49 Abs. 2 GmbHG die Gesellschafterversammlung einzuberufen ist, wenn es im Gesellschaftsinteresse erforderlich erscheint.

3. Katalog der zustimmungspflichtigen Geschäfte

Die Geschäftsführungsbefugnis des Geschäftsführers kann dahingehend beschränkt werden, dass bestimmte Geschäfte oder Arten von Geschäften, die für die Gesellschaft von besonderer Bedeutung und Wichtigkeit sind, der Zustimmung der Gesellschafter bedürfen. Die betroffenen Geschäftsbereiche können

⁶⁰ Michalski/*Tebben*, GmbHG, § 6 Rn. 4.

⁶¹ Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, § 37 Rn. 14 legen die Kommentierung von Scholz/*Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider*, GmbHG, § 37 Rn. 10 entsprechend kritisch aus mit dem Argument, dass derartige Leitlinien in Unternehmen selten vorkämen.

in einem Katalog der zustimmungspflichtigen Geschäfte zusammengefasst werden, welcher sowohl in die Satzung aufgenommen werden als auch in Form eines Gesellschafterbeschlusses zur Wirksamkeit gelangen kann. Die Regelung dieses Katalogs in der Satzung zusätzlich zu einem Satzungsverweis im Anstellungsvertrag hat Vorteile, da die Satzung allgemein gültig und somit auf alle Geschäftsführer anwendbar ist.⁶² Zu den zustimmungspflichtigen Geschäften können beispielsweise die Geschäftspolitik, Änderungen des Finanz- und Investitionsplans der Gesellschaft für das kommende Geschäftsjahr, Aufnahme neuer Geschäftstätigkeiten, Änderungen im Personalwesen sowie Erwerb und Veräußerung von Grundstücken, gewerblichen Schutzrechten und Unternehmensbeteiligungen zählen.⁶³

II. Grenzen der Weisungsgebundenheit

Der Geschäftsführer einer GmbH muss den Weisungen der Gesellschafterversammlung auch dann nachkommen, wenn sie für die Gesellschaft wirtschaftlich nachteilig, unzweckmäßig oder unsinnig sind.⁶⁴ Auch wenn kontrovers beurteilt wird, ob dem Geschäftsführer ein weisungsfreier Mindestbereich an Kernkompetenzen zusteht,⁶⁵ so ist doch allgemein anerkannt, dass bestimmte gesetzliche Aufgaben allein dem Geschäftsführer zugewiesen sind.⁶⁶ Eine Herabstufung des Geschäftsführers zum reinen Exekutivorgan ist dementsprechend nicht

⁶² *Schmitz-Herscheidt/Coenen*, in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis/Speckmann, Handels- und Gesellschaftsrecht, § 6 Rn. 92.

⁶³ Als Muster für einen umfassenden Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte siehe *Heidenhain/Hasselmann*, in: Münchener Vertragshandbuch, Gesellschaftsrecht, IV. 56.

⁶⁴ OLG Frankfurt NJW-RR 1997, 736, 737; *Oetker*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 37 GmbHG Rn. 11; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, GmbHG, § 37 Rn. 18; Michalski/Lenz, GmbHG, § 37 Rn. 20; *Stephan/Tieves*, in: MüKoGmbHG, § 37 Rn. 120; *Saenger*, Gesellschaftsrecht, Rn. 776; U/H/L/*Paefgen*, GmbHG, § 37 Rn. 57.

⁶⁵ Dies ablehnend *Saenger*, Gesellschaftsrecht, Rn. 776; Scholz/*Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider*, GmbHG, § 37 Rn. 46; einen solchen Spielraum bejahend *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, § 37 Rn. 21; *K. Schmidt*, GesR, § 36 II. 4. a) unter Verweis auf eine abgeschwächte Form der Business Judgment Rule.

⁶⁶ OLG Nürnberg, NZG 2000, 155; *Witt*, in: Gehrlein/Witt/Volmer, GmbH-Recht in der Praxis, 5. Kap. Rn. 20; Hk-GmbHG/*Lücke/Simon*, § 37 Rn. 13; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, GmbHG, § 37 Rn. 12; *K. Schmidt*, GesR, § 36 II. 1. a); U/H/L/*Paefgen*, GmbHG, § 37 Rn. 25.

zulässig.⁶⁷ Vielmehr muss dem Geschäftsführer im Rahmen der Geschäftsführung ein ausreichender Ermessensspielraum zustehen, der sowohl die bewusste Inkaufnahme wirtschaftlicher Risiken als auch das Risiko möglicher Fehleinschätzungen miteinschließt.⁶⁸ Wenn jedoch im Anstellungsvertrag des Geschäftsführers oder in der Satzung der GmbH bestimmte Regelungen vereinbart wurden, ist es möglich, die Zuständigkeiten des Geschäftsführers durch die Gesellschafterversammlung zu beschränken.⁶⁹ Die Frage nach einem eigenen Ermessensspielraum des Geschäftsführers neben seinen gesetzlichen Organpflichten spielt insbesondere im Zusammenhang mit der Pflicht zur Stellung des Insolvenzantrags nach § 15a InsO eine große Rolle. Wenn der Geschäftsführer verpflichtet ist, rechtzeitig die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen, so ist fraglich, inwieweit ihm bei der Prüfung der Rechtzeitigkeit und des tatbestandlichen Vorliegens eines Eröffnungsgrundes ein eigener Ermessensspielraum zusteht und welche Maßnahmen er zur Rettung des Unternehmens ergreifen darf, ohne sich Haftungsrisiken auszusetzen. Eine genaue Untersuchung dieser Problematik erfolgt im Rahmen der Erörterung von Sanierungspflicht und Insolvenzantragspflicht⁷⁰, im Zusammenhang mit der Eröffnung des Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO⁷¹ sowie bei der Untersuchung einer möglichen Haftungsprivilegierung des Geschäftsführers.⁷²

⁶⁷ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 37 Rn. 21; Hk-GmbHG/Lücke/Simon, § 37 Rn. 13; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 37 Rn. 18a, der jedoch eine Herabstufung des Geschäftsführers zum reinen Exekutivorgan im Fall der Übertragung der Geschäftsführungsbefugnis auf andere für möglich hält, § 37 Rn. 12; a.A. Scholz/Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider, GmbHG, § 37 Rn. 46; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 37 Rn. 28.

⁶⁸ Dies entspricht der in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kodifizierten Business Judgment Rule; siehe ferner *Schmitz-Herscheidt/Coenen*, in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis/Speckmann, Handels- und Gesellschaftsrecht, § 6 Rn. 108.

⁶⁹ BGH DB 2012, 973, 975.

⁷⁰ Siehe dazu 2. Teil § 5 A. II. 5.

⁷¹ Siehe 2. Teil § 6 A. II. 1. a).

⁷² Siehe 3. Teil § 7 C. IV.

1. Unentziehbare Kompetenzen des Geschäftsführers

Die Pflichten zur Kapitalerhaltung nach §§ 30 ff. GmbHG und zur Beantragung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach § 15a InsO sowie die Pflicht zur ordnungsgemäßen Buchführung und Bilanzierung gem. § 41 GmbHG gehören zu den Befugnissen des Geschäftsführers, die ihm nicht entzogen werden können.⁷³ Zu den weiteren unentziehbaren Pflichten des Geschäftsführers zählen die Pflicht zur Aufstellung des Jahresabschlusses gem. § 264 HGB sowie die Pflicht zur Einberufung der Gesellschafterversammlung nach § 49 Abs. 2 und Abs. 3 GmbHG. Daneben ist der Geschäftsführer verpflichtet, in der Krise der Gesellschaft das Gesellschaftsvermögen zu sichern.⁷⁴ Die Sicherung des Gesellschaftsvermögens bezweckt in erster Linie den Schutz der Gesellschaftsgläubiger und stellt eine Ausprägung des Grundsatzes der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung dar. Diese zuvor genannten überwiegend kapitalbezogenen Pflichten müssen sinnvollerweise dem Geschäftsführer vorbehalten bleiben, damit für die Sicherung und Erhaltung des Gesellschaftskapitals Sorge getragen werden kann und elementare, notwendige Entscheidungen, wie beispielsweise die Stellung des Insolvenzantrags, nicht aufgrund unklarer Kompetenzverteilungen unnötigerweise hinausgezögert werden. Diese unentziehbaren Kompetenzen des Geschäftsführers, die ihre Ausprägung in den zuvor dargestellten gesetzlichen Pflichten gefunden haben, stellen zudem eine Konkretisierung der Legalitätspflicht⁷⁵ des Geschäftsführers dar, wonach er gehalten ist, auf ein rechtmäßiges Handeln der GmbH zu achten.⁷⁶ Die Existenz eines unantastbaren Kernbereichs der Geschäftsführung impliziert ferner, dass dem Geschäftsführer alle erforderlichen Mindestkontroll- und Mindestinformationsrechte zur Verfü-

⁷³ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 37 Rn. 18; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 37 Rn. 13; Michalski/Lenz, GmbHG, § 37 Rn. 10; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 37 Rn. 25.

⁷⁴ BGHZ 146, 264, 275 zu § 64 Abs. 2 GmbHG a.F.; Scholz/Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider, GmbHG, § 37 Rn. 14.

⁷⁵ Ausführlichere Erörterungen zur Legalitätspflicht siehe unter 2. Teil § 4 A. I. 1.

⁷⁶ Mennicke, NZG 2000, 622, 623.

gung stehen müssen, um u.a. durch Einsichtnahme in die Geschäftsbücher der Gesellschaft seinen gesetzlichen Pflichten nachkommen zu können.⁷⁷

2. Rechtswidrige Weisung

Eine Grenze der Weisungsgebundenheit kommt jedoch dann in Betracht, wenn der Weisungsbeschluss der Gesellschafter gegen ihre der Gesellschaft gegenüber bestehenden Treuepflichten verstößt oder sittenwidrig und damit gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist.⁷⁸ Allgemein kann eine Weisung, die einen Gesetzesverstoß darstellt, den Geschäftsführer nicht zu ihrer Ausführung verpflichten. Neben einem Verstoß gegen § 138 Abs. 1 BGB sind v.a. die Regeln zur Kapitalerhaltung, also §§ 30 ff. GmbHG, und die Pflicht zur Insolvenzantragstellung gem. § 15a InsO von Bedeutung.⁷⁹ Eine Weisung, die zugunsten der Gesellschafter eine Verringerung des Stammkapitals nach sich ziehen würde, muss von dem Geschäftsführer daher nicht durchgesetzt werden. Insbesondere endet die Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers dann, wenn die von den Gesellschaftern geforderte Maßnahme zur Insolvenz der GmbH und damit zu einem Schaden für die Gesellschaftsgläubiger führen würde.⁸⁰

3. Anfechtbare Weisung

Anders als bei einer rechtswidrigen Weisung, die der Geschäftsführer nicht befolgen muss, stellt sich die Situation bei einem anfechtbaren Weisungsbeschluss dar. Ein solcher Beschluss ist von dem Geschäftsführer zu befolgen, solange er noch nicht angefochten ist, da ein noch nicht angefochtener Be-

⁷⁷ Mennicke, NZG 2000, 622, 624.

⁷⁸ So schon grundlegend BGH NJW 1960, 285, 289; Hk-GmbHG/Lücke/Simon, § 37 Rn. 18; Konzen, NJW 1989, 2977, 2981; Scholz/Uwe H. Schneider, GmbHG, § 43 Rn. 127.

⁷⁹ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 37 Rn. 22; Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, § 37 Rn. 6.

⁸⁰ OLG Frankfurt NJW-RR 1997, 736, 737; Hk-GmbHG/Lücke/Simon, § 37 Rn. 17; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 37 Rn. 18; Michalski/Lenz, GmbHG, § 37 Rn. 6.

schluss zunächst wirksam ist.⁸¹ Sobald der Beschluss unanfechtbar geworden ist, ist der Geschäftsführer erst recht zur Ausführung verpflichtet, solange dies keinen Gesetzesverstoß zur Folge hat.⁸² Es erscheint jedoch im Gesellschaftersinteresse sinnvoll, dem Geschäftsführer im Fall eines anfechtbaren Beschlusses einen Ermessensspielraum zuzugestehen, sodass er nach erfolgter Abwägung entscheiden kann, ob er den Beschluss ausführt oder nicht.⁸³ Nach erfolgter Anfechtung des Beschlusses durch einen der Gesellschafter⁸⁴ ist der Beschluss nichtig und muss dementsprechend nicht mehr ausgeführt werden.

4. Abweichung durch den Geschäftsführer

Trotz rechtmäßiger Weisung kann der Geschäftsführer von ihrer Durchsetzung abweichen, wenn die Weisung in der Zwischenzeit unzweckmäßig geworden ist.⁸⁵ Eine Verweigerung der Ausführung ist jedoch abzulehnen, vielmehr muss der Geschäftsführer die Gesellschafter über seine Zweifel unterrichten und versuchen, die Weisung zweckmäßig umändern zu lassen.⁸⁶ Ist eine kurzzeitige Weisungsänderung seitens der Gesellschafter nicht möglich, kann der Geschäftsführer nach dem Grundgedanken des § 665 BGB i.V.m. § 675 BGB von der erteilten Weisung abweichen und eine andere Ausführungshandlung vor-

⁸¹ Hk-GmbHG/Lücke/Simon, § 37 Rn. 15; Stephan/Tieves, in: MüKoGmbHG, § 37 Rn. 122.

⁸² BGHZ 76, 154, 159; Marsch-Barner/Diekmann, in: Münchener Hdb GesR III, § 44 Rn. 73.

⁸³ So auch Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 37 Rn. 22; Michalski/Lenz, GmbHG, § 37 Rn. 19; Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, § 37 Rn. 17; noch weitergehend Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 37 Rn. 23, die im Fall eines anfechtbaren Beschlusses eine Folgepflicht des Geschäftsführers gänzlich ablehnen.

⁸⁴ Zur Anfechtung berechtigt sind nur die Gesellschafter der GmbH, nicht jedoch der Geschäftsführer, BGHZ 76, 154, 159; Witt, in: Gehrlein/Witt/Volmer, GmbH-Recht in der Praxis, 4. Kap. Rn. 80; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, Anh zu § 47 Rn. 73, der jedoch in Ausnahmefällen eine Anfechtungsbefugnis des Geschäftsführers bejaht, wenn der Geschäftsführer sich sonst schadensersatzpflichtig oder strafbar machen würde.

⁸⁵ Marsch-Barner/Diekmann, in: Münchener Hdb GesR III, § 44 Rn. 74.

⁸⁶ Hk-GmbHG/Lücke/Simon, § 37 Rn. 17; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 37 Rn. 23; Marsch-Barner/Diekmann, in: Münchener Hdb GesR III, § 44 Rn. 74.

nehmen.⁸⁷ In diesem Fall hat sich die eigenverantwortliche Ausführungshandlung des Geschäftsführers an dem mutmaßlichen Interesse der Gesellschafter zu orientieren.⁸⁸

D. Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft

Den Geschäftsführer trifft gegenüber der Gesellschaft eine Treuepflicht.⁸⁹ Diese hat ihren Ursprung in der Organbestellung zum Geschäftsführer und den damit verbundenen Geschäftsführungsbefugnissen und dem fremdnützigen Charakter der Geschäftsführung.⁹⁰ Der Geschäftsführer ist in seiner Funktion dem Gesellschaftsinteresse verpflichtet⁹¹ und ist gehalten, seine volle Arbeitskraft ausschließlich der GmbH zu widmen.⁹² Allgemein wird der Geschäftsführer durch die Treuepflicht dazu angehalten, Schäden von der Gesellschaft fernzuhalten.⁹³ Eine Kontrolle des Geschäftsführerhandelns seitens der Gesellschafter ist schwierig und die Handlungspflichten des Geschäftsführers gehen über den reinen Gesetzeswortlaut hinaus. Daher kann aus rechtsökonomischer Sicht die organschaftliche Treuepflicht den Geschäftsführer von vornherein zu pflichtgemäßem Verhalten anregen, wenn ihm andernfalls eine Schadensersatzpflicht aus § 43 Abs. 2 GmbHG droht. Ferner wird den Gesellschaftern die

⁸⁷ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 37 Rn. 25, die sogar eine Pflicht des Geschäftsführers zur Abweichung für möglich halten; Hk-GmbHG/Lücke/Simon, § 37 Rn. 17; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 37 Rn. 23; Michalski/Lenz, GmbHG, § 37 Rn. 20; Marsch-Barner/Diekmann, in: Münchener Hdb GesR III, § 44 Rn. 74.

⁸⁸ U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 37 Rn. 23, der die Orientierung am mutmaßlichen Willen der Gesellschafter dahingehend näher erläutert, dass der Geschäftsführer im Zweifel seine Entscheidung der Gesellschafterversammlung vorzulegen hat, wenn sie auf Widerspruch seitens der Gesellschafter treffen würde, dazu Näheres unter 1. Teil § 3 D. II.

⁸⁹ BGH WM 1964, 1320, 1321; BGHZ 49, 30, 31; BGH NJW 1986, 585, 586; Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 86; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 70.

⁹⁰ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 35 Rn. 39; Oetker, in: Henssler/Strohn, GesR, § 35 GmbHG Rn. 15; Stephan/Tieves, in: MüKoGmbHG, § 35 Rn. 86.

⁹¹ OLG Naumburg NZG 1999, 353, 354; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 45.

⁹² Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 35 Rn. 49.

⁹³ BGH NJW 1986, 585, 586; Stephan/Tieves, in: MüKoGmbHG, § 35 Rn. 86.

Möglichkeit geboten, Pflichtverstöße seitens des Geschäftsführers ex post besser sanktionieren zu können.⁹⁴

I. Konkrete Inhalte der Treuepflicht

Zu den konkreten Ausprägungen der Treuepflicht gehört, dass der Geschäftsführer nicht gegen die Satzung der Gesellschaft verstoßen, die Ressourcen der Gesellschaft nicht privat nutzen⁹⁵ sowie aus der Geschäftstätigkeit keine persönlichen Vorteile ziehen darf, z.B. durch die Annahme von Bestechungsgeldern.⁹⁶ Erlangt der Geschäftsführer bei einem Vertragsabschluss finanzielle Vorteile, wie etwa Schmiergelder oder Provisionen, so ist er verpflichtet, diese Vorteile an die Gesellschaft herauszugeben.⁹⁷ Die Treuepflicht begründet insbesondere Schutz- und Rücksichtnahmepflichten, u.a. Unterlassungspflichten in Form eines Wettbewerbsverbots⁹⁸ und der in § 85 GmbHG verankerten Verschwiegenheitspflicht.⁹⁹ Insbesondere darf der Geschäftsführer nach der sog. *Geschäftschancenlehre* nicht die Geschäftschancen der Gesellschaft für sich ausnutzen, da diese Chancen der Gesellschaft zugutekommen sollen.¹⁰⁰ Für den Geschäftsführer bestehen jedoch nicht nur Unterlassungspflichten, vielmehr hat

⁹⁴ *Fleischer*, WM 2003, 1045, 1049.

⁹⁵ *Fleischer*, WM 2003, 1045, 1050; *Oetker*, in: Henssler/Strohn GesR, § 35 GmbHG Rn. 15; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 72.

⁹⁶ OLG Düsseldorf NZG 2000, 933; *Stephan/Tieves*, in: MüKoGmbHG, § 35 Rn. 86; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 75; insbesondere die Annahme von Bestechungsgeldern im Wirtschaftsverkehr hat die große Diskussion um „Compliance“ in Gang gesetzt.

⁹⁷ BGH NJW 2001, 2476, 2477 mit Verweis auf die „Schmiergeld-Rechtsprechung“, BGH NJW 1991, 1224; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 35 Rn. 47; *Fleischer*, WM 2003, 1045, 1056.

⁹⁸ Hierzu ausführlich Scholz/Uwe H. Schneider, GmbHG, § 43 Rn. 153 ff.

⁹⁹ BGHZ 49, 30, 31; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 35 Rn. 40; *Oetker*, in: Henssler/Strohn GesR, GmbHG, § 35 Rn. 17; *Saenger*, Gesellschaftsrecht, Rn. 776; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 35 Rn. 482.

¹⁰⁰ BGH NJW 1986, 585, 586; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 35 Rn. 41; Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 116; Scholz/Uwe H. Schneider, GmbHG, § 43 Rn. 201; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 98.

er die Gesellschaft auch aktiv zu fördern.¹⁰¹ Abstrakt betrachtet muss sich der Geschäftsführer im Rahmen der Wahrnehmung seiner Aufgaben am Wohl der GmbH orientieren, darf aber seinem Handeln keine eigenen wirtschaftlichen Ziele und Vorteile zugrunde legen.¹⁰²

II. Vorlagepflicht an die Gesellschafterversammlung

Obwohl der Geschäftsführer der GmbH nicht zum bloßen Exekutivorgan herabgestuft werden darf, ist es möglich, in der Satzung bestimmte Entscheidungen an die Zustimmung der Gesellschafterversammlung zu knüpfen, sodass der Geschäftsführer einer Vorlagepflicht an die Gesellschafterversammlung unterliegt.¹⁰³ Dies ist insbesondere der Fall bei ungewöhnlichen Geschäften wie beispielsweise der Veräußerung des Unternehmens oder bei Grundstücksgeschäften.¹⁰⁴ Dafür kann der bereits erörterte Katalog der zustimmungspflichtigen Geschäfte¹⁰⁵ in die Satzung aufgenommen werden. Jedoch kann den Geschäftsführer eine Vorlagepflicht auch dann treffen, wenn eine Entscheidung seinerseits mutmaßlich im Widerspruch zu den Interessen der Gesellschaft steht.¹⁰⁶ Dies lässt sich zum einen aus § 46 Nr. 6 GmbHG herleiten, wonach die Gesellschafter die Geschäftsführung prüfen und überwachen können. Zum anderen ist die Vorlagepflicht des Geschäftsführers an die Gesellschafterversammlung bei den Interessen der Gesellschaft zuwiderlaufenden Geschäften eine Ausprägung des Grundsatzes, dass grundsätzlich den Gesellschaftern die Ausgestaltung der Unternehmenspolitik obliegt¹⁰⁷, sodass der Geschäftsführer sich nicht eigenmäch-

¹⁰¹ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 35 Rn. 39; Oetker, in: Henssler/Strohn GesR, § 35 GmbHG Rn. 15; Diekmann/Marsch-Barner, in: Münchener Hdb GesR III, § 45 Rn. 2.

¹⁰² BGH NJW 1986, 585, 586; OLG Naumburg NZG 1999, 353, 354; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 35 Rn. 42; Fleischer, WM 2003, 1045; Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 86.

¹⁰³ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 37 Rn. 17.

¹⁰⁴ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 37 Rn. 11.

¹⁰⁵ Nähere Erläuterungen zum Katalog der zustimmungspflichtigen Geschäfte finden sich unter 1. Teil § 3 C. I. 3.

¹⁰⁶ BGH NJW 1984, 1461, 1462; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 37 Rn. 23.

¹⁰⁷ Siehe dazu 1. Teil § 3 C. I. 1.

tig über die von den Gesellschaftern bestimmten Unternehmensziele hinwegsetzen darf. Auch spricht für eine derartige Vorlagepflicht die Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers aus § 37 Abs. 1 GmbHG.¹⁰⁸ Die Vorlagepflicht des Geschäftsführers an die Gesellschafterversammlung geht also über den Katalog der zustimmungspflichtigen Geschäfte hinaus und greift auch in Fällen eines möglichen Interessenwiderspruchs ein.

III. Fehlerhaftes Verhalten des Geschäftsführers und mögliche Konsequenzen

Nach der zentralen Vorschrift des § 43 Abs. 1 GmbHG muss der Geschäftsführer einer GmbH in allen Gesellschaftsangelegenheiten die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes an den Tag legen. Verletzt der Geschäftsführer seine Obliegenheiten, haftet er der GmbH gegenüber aus § 43 Abs. 2 GmbHG. Der Wortlaut des § 43 Abs. 2 GmbHG ist missverständlich, da eine Obliegenheit gerade keine Schadensersatzpflicht begründen kann, sondern nur im eigenen Interesse befolgt werden sollte. Daher muss die Norm dahingehend ausgelegt werden, dass ein Fehlverhalten des Geschäftsführers in Form eines Pflichtverstoßes ihn zum Schadensersatz gegenüber der Gesellschaft verpflichtet.

1. Nichtbeachtung von Zustimmungserfordernissen

Ein möglicher Pflichtverstoß seitens des Geschäftsführers liegt darin, dass er seiner Vorlagepflicht an die Gesellschafterversammlung nicht nachkommt und für bestimmte Entscheidungen nicht die erforderliche Zustimmung der Gesellschafterversammlung einholt. In einem solchen Fall überschreitet er den satzungsmäßig festgelegten Rahmen seiner Vertretungsmacht, was eine Verletzung der Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensführung darstellt und den Geschäftsführer nach § 43 Abs. 2 GmbHG zum Schadensersatz gegenüber der GmbH verpflichtet.¹⁰⁹ Die Haftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG wird zum Teil als Parallelnorm zu der Haftung aus § 280 Abs. 1 BGB angesehen, da § 43 GmbHG Pflichtverletzungen im Hinblick auf die Organstellung sanktioniere,

¹⁰⁸ U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 37 Rn. 23.

¹⁰⁹ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 30.

jedoch nicht Pflichtverletzungen aus dem Anstellungsvertrag.¹¹⁰ Ob zwischen diesen beiden Vorschriften Anspruchskonkurrenz besteht¹¹¹ und wie das Verhältnis der beiden Anspruchsgrundlagen eingeordnet werden kann, bedarf an dieser Stelle noch keiner näheren Vertiefung.¹¹²

2. Nichtausführung von Weisungen der Gesellschafterversammlung

Wenn der Geschäftsführer eine bindende Weisung der Gesellschafter nicht ausführt, kann er durch die GmbH auf Leistung oder Unterlassung verklagt werden, daneben droht dem Geschäftsführer im Fall der Nichtausführung erteilter Weisungen seine Abberufung nach § 38 Abs. 1 und Abs. 2 GmbHG.¹¹³ Auch bei der Nichtausführung erteilter Weisungen kann der Geschäftsführer der Schadensersatzpflicht nach § 43 Abs. 2 GmbHG ausgesetzt sein.

E. Änderungen durch MoMiG und ESUG

Sowohl das Gesellschaftsrecht als auch das Insolvenzrecht haben in den letzten Jahren durch Gesetzesreformen Änderungen erfahren. Die beiden wesentlichen Gesetze sind in diesem Zusammenhang das MoMiG¹¹⁴ und das ESUG¹¹⁵. Nicht jede der durch diese beiden Gesetze geschaffenen Änderungen ist für die Problematik der Geschäftsführerhaftung in der Insolvenz der GmbH und letztlich für diese Arbeit relevant, sodass nähere Ausführungen

¹¹⁰ So Scholz/Uwe H. Schneider, GmbHG, § 43 Rn. 17.

¹¹¹ Dies bejahend Scholz/Uwe H. Schneider, GmbHG, § 43 Rn. 18 und der BGH WM 1992, 691, 692 mit der Begründung, der Anspruch aus § 43 Abs. 2 GmbHG sei kein deliktsrechtlicher Anspruch, ablehnend hingegen noch BGH WM 1989, 1335, 1337 mit dem Argument, § 43 Abs. 2 GmbHG nehme als Spezialanspruchsgrundlage den vertraglichen Anspruch in sich auf.

¹¹² Zum Verhältnis zwischen § 43 GmbHG und § 280 BGB siehe nachfolgend 3. Teil § 7 A. II.

¹¹³ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 37 Rn. 40.

¹¹⁴ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen v. 23.10.2008, BGBl. I S. 2026.

¹¹⁵ Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen v. 07.12.2011, BGBl. I S. 2582.

nur zu ausgewählten Änderungen erfolgen, die für den Geschäftsführer einer GmbH von Bedeutung sind.

I. Ziele des Gesetzgebers

Die Reformgesetze MoMiG und ESUG betreffen zwar jeweils wirtschaftsrechtliche Themen, haben jedoch unterschiedliche Zielrichtungen. Diese gilt es zumindest in Grundzügen zu verstehen, um die Konsequenzen für einen Geschäftsführer entsprechend einordnen zu können.

1. MoMiG

Nachdem das GmbH-Recht in den letzten 30 Jahren kaum eine Änderung erfahren hat, sollte durch die Gesetzesreform eine umfassende Überarbeitung, Neuregelung und Anpassung des GmbH-Rechts an die veränderten Umstände der Praxis vorgenommen werden. Das MoMiG sollte Regelungen von der Gründung der GmbH bis zur Insolvenz erfassen, Existenzgründungen erleichtern, die Vorschriften zur Kapitalaufbringung und -erhaltung modernisieren und insbesondere Neuregelungen zur Geschäftsführerhaftung und zur Insolvenzantragspflicht treffen.¹¹⁶ Die beiden zentralen Anliegen des Gesetzgebers waren die Bekämpfung von Missbrauchsfällen im Zusammenhang mit der Beendigung einer GmbH (sog. „Firmenbestattung“)¹¹⁷ und die Modernisierung und Attraktivitätssteigerung der GmbH, um sie als Rechtsform international wettbewerbsfähig zu gestalten im Verhältnis zu der Konkurrenz ausländischer Rechtsformen.¹¹⁸ Die Auswirkungen des MoMiG betreffen daher sowohl das GmbHG als auch die InsO.

¹¹⁶ Begr. RegE-MoMiG BT-Drs. 16/6140, S. 25.

¹¹⁷ Römermann, NZI 2008, 641 mit weiteren Ausführungen zu den Änderungen im Insolvenzrecht durch MoMiG; Schmahl, NZI 2008, 6, 7; ausführlich zum Problem der Firmenbestattung Feller, Mindeststammkapital und Kapitalaufbringung als Instrumente des Gläubigerschutzes bei kleinen und mittleren Unternehmen, S. 151 ff.

¹¹⁸ Begr. RegE-MoMiG BT-Drs. 16/6140, S. 25; Knof, DStR 2007, 1536.

2. ESUG

Im Gegensatz zum MoMiG zielt das ESUG direkt auf Reformen im Insolvenzrecht ab. Diese verfolgen als zentralen Punkt die erleichterte Fortführung von Unternehmen, die sanierungsfähig sind und den damit verbundenen möglichen Erhalt von Arbeitsplätzen.¹¹⁹ Diese erleichterte Sanierung soll vor allem durch eine Stärkung der Gläubiger in Bezug auf die Auswahl des Insolvenzverwalters, eine Erweiterung und Neustrukturierung des Insolvenzplanverfahrens, einen vereinfachten Zugang zur Eigenverwaltung sowie eine Zuständigkeitsbegrenzung der Insolvenzgerichte ermöglicht werden.¹²⁰ Das Insolvenzplanverfahren hat durch das ESUG insofern Veränderungen erfahren, als nunmehr im Insolvenzplan auch Regelungen über die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der am Schuldner beteiligten Personen getroffen werden können und ein *Debt-Equity-Swap*¹²¹ gem. § 225a Abs. 2 InsO aufgrund einer Absenkung des Zustimmungsschwellenwertes der Gesellschaftergruppe leichter durchgeführt werden kann.¹²² Hintergrund für diese Motive war, dass einige sanierungsbedürftige Unternehmen eine Sitzverlegung nach England vorgenommen hatten, da ihnen das deutsche Insolvenzverfahren zu unberechenbar für eine Sanierung ihres Unternehmens erschien. Unsicherheiten entstünden sowohl aufgrund der unberechenbaren Dauer eines deutschen Insolvenzverfahrens für die Sanierung eines Unternehmens aufgrund von Rechtsmitteln seitens einiger Gläubiger als auch aufgrund der fehlenden Sicherheit im Hinblick auf eine Eigenverwaltung.¹²³ Aufgrund der Tatsache, dass der Hauptzweck eines Insolvenzverfahrens darin liegt, eine bestmögliche Gläubigerbefriedigung zu erreichen, erscheinen Änderungen der Insolvenzordnung für eine erleichterte Sanierung nur

¹¹⁹ Begr. RegE-ESUG BT-Drs. 17/5712, S. 17.

¹²⁰ Begr. RegE-ESUG BT-Drs. 17/5712, S. 17; umfassend zu den Änderungen durch ESUG und möglichen Konsequenzen für die Praxis *Römermann*, NJW 2012, 645 ff.

¹²¹ Ein *Debt-Equity-Swap* meint wörtlich den Umtausch von Schulden in Eigenkapital, wobei in der Praxis in der Regel ein Gläubiger seine Forderung in die Gesellschaft einbringt und ihm dafür im Gegenzug Gesellschafterrechte eingeräumt werden, siehe dazu *Günther*, ZInsO 2012, 2037, 2041.

¹²² *Günther*, ZInsO 2012, 2037, 2040.

¹²³ Begr. RegE-ESUG BT-Drs. 17/5712, S. 17.

dann sinnvoll, wenn die Sanierung tatsächlich Werte des Unternehmens zur Gläubigerbefriedigung sichern oder sogar neu schaffen kann.¹²⁴

II. Gesetzliche Maßnahmen

Zur Erreichung der angestrebten Ziele hat der Gesetzgeber sowohl im GmbHG als auch in der InsO neue Regelungen eingeführt bzw. schon bestehende Regelungen geändert.

1. Insolvenzantragspflicht gem. § 15a InsO

Durch das MoMiG hat der Gesetzgeber in die Insolvenzordnung mit § 15a eine rechtsformübergreifende Insolvenzantragspflicht für die Mitglieder des Vertretungsorgans, also auch den Geschäftsführer einer GmbH, eingeführt,¹²⁵ die im Fall der Nichtbeachtung oder fehlerhaften Befolgung sogar gem. § 15a Abs. 4 InsO strafbewährt ist. Bis zum 31.10.2008 und somit vor Geltung des MoMiG war die Insolvenzantragspflicht für die Geschäftsführer sowohl für den Fall der Zahlungsunfähigkeit (§ 64 Abs. 1 S. 1 GmbHG a.F.) als auch für den Fall der Überschuldung (§ 64 Abs. 1 S. 2 GmbHG a.F.) noch in § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. normiert. Die Einordnung der Insolvenzantragspflicht in das Insolvenzrecht findet ihren Ursprung im Willen des Gesetzgebers, den mit dem Insolvenzverfahren verfolgten Zweck des Gläubigerschutzes stärker hervorzuheben und über das Fehlverhalten eines Geschäftsführers zu stellen, das den Eröffnungsantrag überhaupt erst erforderlich macht.¹²⁶ Den Geschäftsführer einer GmbH trifft nach dem Wortlaut des § 15a Abs. 1 InsO die Pflicht, im Fall von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der GmbH „ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung“ einen Eröffnungsantrag zu stellen. Aus dem genauen Wortlaut wird deutlich, dass die Drei-Wochen-Frist eine Höchstfrist vorgibt, die dem Geschäftsführer zusteht, bevor er den Eröffnungsantrag stellen muss, es heißt aber nicht ohne Weiteres, dass er auf jeden Fall die drei Wochen ausnutzen

¹²⁴ Begr. RegE-ESUG BT-Drs. 17/5712, S. 17.

¹²⁵ Gesetzestext des MoMiG, BGBl. I. S. 2026, 2037.

¹²⁶ Nerlich/Römermann/Mönning, InsO, § 15a Rn. 6.

darf.¹²⁷ Ob auf die subjektive Kenntnis des Geschäftsführers oder den objektiven Eintritt eines Eröffnungsgrundes abzustellen ist, bedarf an dieser Stelle keiner tiefergehenden Untersuchung.¹²⁸ Festzuhalten bleibt jedoch, dass die Höchstfrist von drei Wochen nicht grundsätzlich ausgeschöpft werden darf, sondern vielmehr unverzüglich ein Eröffnungsantrag gestellt werden muss, wenn eine Sanierung des Unternehmens nicht mehr möglich erscheint.¹²⁹

2. Verschärfung der Geschäftsführerhaftung durch § 26 Abs. 4 InsO

Für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ist erforderlich, dass der Schuldner noch so viel Vermögen hat, wie es zur Deckung der Verfahrenskosten erforderlich ist. Reicht das Vermögen zur Kostendeckung nicht aus, weist das Insolvenzgericht den Eröffnungsantrag mangels Masse gem. § 26 Abs. 1 InsO ab. Im Zuge des ESUG hat der Gesetzgeber den neuen § 26 Abs. 4 InsO geschaffen,¹³⁰ wonach der Geschäftsführer einer GmbH verpflichtet ist, einen Vorschuss zu zahlen, um ein ausreichendes Vermögen zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereit zu stellen, wenn er die ihm nach § 15a Abs. 1 InsO auferlegte Insolvenzantragspflicht pflichtwidrig und schuldhaft verletzt hat, indem er den Eröffnungsantrag gerade nicht gestellt hat. Auch vor der Einführung dieser neuen Norm bestand die Möglichkeit, gem. § 26 Abs. 3 InsO von dritter Seite einen solchen Vorschuss zu zahlen und diesen Betrag dann von dem zur Antragstellung Verpflichteten zurückzuverlangen, um die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu ermöglichen und bestimmte Vermögenswerte noch verwerten zu können. Für die Insolvenzgläubiger bedeutet dieser Schritt jedoch ein unberechenbares Kostenrisiko, da nicht abschätzbar ist, ob der vorgeschossene Betrag tatsächlich zurückerstattet wird und ob mit den vorgeschossenen

¹²⁷ Dies ist im Einzelnen umstritten, vgl. Nerlich/Römermann/Mönning, InsO, § 15a Rn. 16, eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Frage erfolgt unter 2. Teil § 5 C. II. 3.

¹²⁸ Ausführlich zu dieser Frage siehe nachfolgend die Ausführungen unter 2. Teil § 5 C. II.

¹²⁹ BGH NJW 1979, 1823, 1827; Leithaus, in: Andres/Leithaus/Dahl, InsO, § 15a Rn. 6; Uhlenbruck/Gundlach, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 7 Rn. 8.

¹³⁰ Gesetzestext des ESUG, BGBl. I S. 2582, 2583.

Verfahrenskosten überhaupt eine passable Quote erreichbar ist.¹³¹ In der Praxis ist daher von dieser Möglichkeit seitens der Insolvenzgläubiger selten Gebrauch gemacht worden, sodass der Gesetzgeber mit § 26 Abs. 4 InsO eine sinnvolle Regelung schaffen wollte, durch welche die zur Antragstellung verpflichteten Personen gezwungen werden, im Fall der Massearmut die Verfahrenskosten aus ihrem Privatvermögen vorzuschießen, wenn sie es pflichtwidrig unterlassen haben, den Eröffnungsantrag zu stellen.¹³² Zusätzlich trifft den zur Antragstellung verpflichteten Geschäftsführer eine verschärfte Beweislast, da er den Nachweis zu erbringen hat, dass die Insolvenzreife für ihn trotz erheblicher Gewissensanspannung nicht erkennbar war.¹³³ Diese Gewissensanspannung beinhaltet auch für kleinere GmbH eine Bilanzanalyse, eine Auswertung der Unternehmensstatistik sowie die Aufstellung von Finanzplänen.¹³⁴ Ob die Neuregelung in der Praxis von entscheidender Bedeutung sein wird, lässt sich bislang noch nicht abschließend feststellen. Der Erfolg der Vorschrift kann jedoch ansatzweise dahingehend bezweifelt werden, als es sich um einen Vorschuss der Verfahrenskosten handelt, der nötigenfalls eingeklagt werden muss, sodass während des mitunter lang andauernden Prozesses gegen den Geschäftsführer das Insolvenzverfahren noch nicht eröffnet wird.¹³⁵

3. Geschäftsführerhaftung nach § 64 S. 3 GmbHG

Durch das MoMiG ist § 64 GmbHG dahingehend geändert worden, dass die ursprünglichen Absätze aufgehoben wurden und ein neuer Satz 3 eingefügt worden ist,¹³⁶ der den Geschäftsführer zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die an die Gesellschafter geleistet wurden, soweit diese Zahlungen zur Zah-

¹³¹ Begr. RegE-ESUG BT-Drs. 17/5712, S. 17; *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1122.

¹³² Begr. RegE-ESUG BT-Drs. 17/5712, S. 17.

¹³³ Begr. RegE-ESUG BT-Drs. 17/5712, S. 17.

¹³⁴ *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1122.

¹³⁵ *Braun/Herzig*, InsO, § 26 Rn. 29; anders *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1122, die vermuten, dass Gläubiger mit entsprechend hohen Forderungen regelmäßig versuchen werden, den Geschäftsführer in Anspruch zu nehmen.

¹³⁶ Gesetzestext des MoMiG, BGBl. I S. 2026, 2031.

lungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten. Unter „Zahlungen“ ist in dem Zusammenhang jeder Vermögensabfluss zu verstehen, der sich negativ auf die Liquidität auswirkt.¹³⁷ Die Ersatzpflicht des Geschäftsführers tritt erst dann ein, wenn die Zahlungen an die Gesellschafter unmittelbar kausal den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der GmbH herbeigeführt haben.¹³⁸ Durch die Regelung des § 64 S. 3 GmbHG wird die Haftung der Geschäftsführer verschärft, was eine mögliche Sanierung gegebenenfalls schwieriger gestalten könnte.¹³⁹ Eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Haftung des Geschäftsführers aus § 64 S. 3 GmbHG und verschiedenen rechtlichen Problembereichen dieser Ersatzpflicht findet nachfolgend unter 3. Teil § 7 A. I. 3 statt.

III. Konsequenzen für das Innenverhältnis in der GmbH

Die Weisungsabhängigkeit des Geschäftsführers von den Gesellschaftern endet dort, wo der Geschäftsführer gegen seine gesetzlichen Pflichten verstoßen würde. Durch die Einführung des § 15a InsO wird die Verpflichtung zur Stellung eines Eröffnungsantrags eindeutig dem Geschäftsführer einer GmbH auferlegt, sodass er im Hinblick auf die Antragstellung höchstens eingeschränkt durch die Gesellschafter angewiesen werden kann. Sobald er von einem Insolvenzeröffnungsgrund Kenntnis erlangt, muss er den Eröffnungsantrag stellen und sich gegebenenfalls über eine zuvor von der Gesellschafterversammlung erteilte Weisung hinwegsetzen. Die Verschärfung der Geschäftsführerhaftung durch § 26 Abs. 4 InsO tangiert nur das Außenverhältnis, da nur die Gläubiger den Geschäftsführer in Anspruch nehmen können, um ein Insolvenzverfahren zu ihrer Befriedigung durchführen zu lassen. Somit hat die Änderung des § 26 Abs. 4 InsO durch das ESUG für das Innenverhältnis in der GmbH keine Auswirkungen. Hingegen ist die Änderung des § 64 GmbHG von Bedeutung für das Innenverhältnis, da der Geschäftsführer für Zahlungen an die Gesellschafter einen Ersatz leisten muss, soweit diese Zahlungen zum Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der GmbH führen. Will der Geschäftsführer diese Ersatzpflicht ver-

¹³⁷ Römermann, NZI 2008, 641, 643.

¹³⁸ Begr. RegE-MoMiG BT-Drs. 16/6140, S. 46.

¹³⁹ Poertzgen, NZI 2008, 9, 11.

meiden, darf er bestimmte Zahlungen an die Gesellschafter nicht vornehmen, was zu internen Spannungen zwischen dem Geschäftsführer als Organ und den Gesellschaftern führen kann. Andererseits ist der Geschäftsführer verpflichtet, im Interesse der Gesellschaft alle möglichen Maßnahmen zur Sanierung zu ergreifen, um eine Insolvenz zu vermeiden, sodass er beispielsweise gehalten ist, erfolgsversprechende Investitionen vorzunehmen. Inwieweit dem Geschäftsführer diesbezüglich ein Ermessensspielraum zusteht, wird unter 2. Teil § 5 A. II. 5 eingehender untersucht. Das Innenverhältnis zwischen dem Geschäftsführer und der GmbH wird auch durch den neuen § 64 S. 4 GmbHG tangiert, da § 64 S. 4 GmbHG auf § 43 Abs. 3 S. 3 GmbHG verweist, sodass der Geschäftsführer die Vornahme von die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft verursachenden Zahlungen nicht mit dem Argument rechtfertigen kann, er habe entsprechend einer Weisung der Gesellschafterversammlung gehandelt.¹⁴⁰

¹⁴⁰ *Winstel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 185, 186.

2. Teil

Die Pflichten des Geschäftsführers im Vorfeld der GmbH-Insolvenz

Grundsätzlich ist der Geschäftsführer einer GmbH zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft verpflichtet, wie bereits unter 1. Teil § 3 B. IV. näher erläutert. Die notwendigen Maßnahmen, die der Geschäftsführer im Rahmen der Geschäftsführung zu treffen hat, erfahren im Zusammenhang mit der Insolvenz der Gesellschaft Konkretisierungen, die im Folgenden genauer untersucht werden.

§ 4 Gesellschaftsrechtliche Pflichten

Aufgrund der Tatsache, dass die Stellung eines Insolvenzantrags zwar keine unmittelbaren Auswirkungen auf die GmbH besitzt, jedoch gem. § 80 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Geschäftsführers auf den Insolvenzverwalter übergeht, stellt der Insolvenzantrag eine zeitliche Zäsur im Hinblick auf die Pflichten des GmbH-Geschäftsführers dar. So unterscheiden sich die Pflichten des Geschäftsführers vor dem Zeitpunkt der Antragstellung und nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Ab dem Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung treffen den Geschäftsführer insbesondere spezielle insolvenzrechtliche Mitwirkungspflichten, die jedoch in dieser Arbeit keiner näheren Betrachtung unterzogen werden sollen. Zunächst gilt es zu klären, welche Pflichten der Geschäftsführer im Vorfeld einer Insolvenz der GmbH zu erfüllen hat. Bei jedweder Handlung zur Erfüllung der ihm auferlegten Pflichten hat der Geschäftsführer die Sorgfaltsanforderungen des § 43 Abs. 1 GmbHG zu beachten.

A. Sorgfaltsmaßstab nach § 43 Abs. 1 GmbHG

Zu den gesetzlichen Kernaufgaben des Geschäftsführers gehört die ordnungsgemäße Geschäftsführung gem. § 43 Abs. 1 GmbHG.¹ Durch § 43 Abs. 1 GmbHG wird jedoch kein Pflichtenkatalog für den Geschäftsführer aufgestellt,

¹ *Buck-Heeb*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 43 Rn. 16; Hk-GmbHG/Lücke/Simon, § 43 Rn. 18.

sondern nur der Sorgfaltsmaßstab des § 276 Abs. 2 BGB entsprechend modifiziert.²

I. Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes

Der Wortlaut des § 43 Abs. 1 GmbHG stellt nicht auf die Geschäftsführung ab, sondern auf die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes. Unter der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes ist die Sorgfalt eines Verwalters fremden Vermögens in verantwortlich leitender Stellung zu verstehen.³ Das Leitbild des ordentlichen Geschäftsmannes orientiert sich an dem hauptamtlich Tätigen, der sich professionell verhält und die notwendige Qualifikation zur Bekleidung des Geschäftsführeramtes aufweist.⁴ Der Sorgfaltsmaßstab kann entsprechend der Art und Größe des Unternehmens unterschiedlich ausgestaltet sein.⁵ Der Geschäftsführer der GmbH kann sich jedoch nicht darauf berufen, ihm fehle es an den erforderlichen Kenntnissen und Fähigkeiten, um das Amt des Geschäftsführers mit der angemessenen Verantwortung ausüben zu können.⁶ Daher haben auch persönliche Eigenschaften des Geschäftsführers wie Alter und Vorbildung bei der Festlegung des Sorgfaltsmaßstabs außer Betracht zu bleiben.⁷

² Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 43 Rn. 8; Oetker, in: Henssler/Strohn, GesR, § 43 GmbHG Rn. 14; Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, § 43 Rn. 3.

³ OLG Zweibrücken NZG 1999, 506, 507; OLG Brandenburg NZG 2001, 756 (nur Leitsatz); OLG Oldenburg NZG 2007, 434, 435; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 43 Rn. 9; Buck-Heeb, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 43 Rn. 15; Oetker, in: Henssler/Strohn GesR, § 43 GmbHG Rn. 15; Hk-GmbHG/Lücke/Simon, § 43 Rn. 15; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 10; Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 189; Diekmann/Marsch-Barner, in: Münchener Hdb GesR III, § 46 Rn. 12; Scholz/Uwe H. Schneider, GmbHG, § 43 Rn. 33; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 36.

⁴ Fleischer, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 48.

⁵ Hk-GmbHG/Lücke/Simon, § 43 Rn. 15; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 10; Diekmann/Marsch-Barner, in: Münchener Hdb GesR III, § 46 Rn. 13; Scholz/Uwe H. Schneider, GmbHG, § 43 Rn. 92; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 39.

⁶ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 43 Rn. 11; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 10; Diekmann/Marsch-Barner, in: Münchener Hdb GesR III, § 46 Rn. 15; Fleischer, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 255; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 37.

⁷ BGH NJW 1995, 1290, 1291; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 10; Diekmann/Marsch-Barner, in: Münchener Hdb GesR III, § 46 Rn. 13.

Falls dem Geschäftsführer die nötige Qualifikation für das Geschäftsführeramt fehlt, darf er das Amt gar nicht erst antreten.⁸ Dies erscheint allein aus dem Grund gerechtfertigt, als der Geschäftsführer als Ausführungsorgan der Gesellschaft die zentrale Funktion neben der Gesellschafterversammlung einnimmt, und daher selbst dafür einzustehen hat, die erforderlichen Qualitäten und Fähigkeiten mitzubringen, die das Amt erfordern. Dem Geschäftsführer ist insofern eine „Bringschuld“ hinsichtlich seiner eigenen Qualifikation aufzuerlegen. Er kann schlechterdings von den Gesellschaftern oder anderen Geschäftsführern nicht verlangen, seine fachlichen Kenntnisse besser zu durchschauen als er selbst, sodass ihm weder das Argument der fehlenden Berufserfahrung noch der Überlastung durch die Geschäftsführertätigkeit zur Entlastung verhelfen kann.⁹ Aufgrund der Abhängigkeit des Sorgfaltsmaßstabs von der Art und Größe des Unternehmens wird der in § 43 Abs. 1 GmbHG niedergelegte Maßstab auch als „relativer Verhaltensstandard“ verstanden.¹⁰

1. Legalitätspflicht

Im Rahmen seiner grundlegenden Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung ist der Geschäftsführer aufgrund seiner Organstellung gehalten, sich gesetzeskonform zu verhalten. Diese sog. Legalitätspflicht¹¹ lässt sich unterteilen in eine interne und externe Legalitätspflicht, bei der die interne Pflicht sich auf Vorgaben durch das GmbHG, Satzung oder Gesellschafterweisung bezieht, wohingegen die externe Pflicht zur Beachtung von Recht und Gesetz durch einzelne Normen außerhalb des GmbHG näher konkretisiert wird.¹² Neben die Pflicht zu eigenem rechtmäßigem Verhalten in der Person des Geschäftsführers

⁸ Roth/Altmeyen/Altmeyen, GmbHG, § 43 Rn. 4; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 38.

⁹ Oetker, in: Henssler/Strohn GesR, § 43 GmbHG Rn. 15; Hk-GmbHG/Lücke/Simon, § 43 Rn. 16; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 10; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 37.

¹⁰ Buck-Heeb, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 43 Rn. 15; Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 189; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 39.

¹¹ Oetker, in: Henssler/Strohn, GesR, § 43 GmbHG Rn. 23; Leinekugel, in: Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 18 Rn. 6.

¹² Fleischer, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 21.

tritt die Pflicht, dafür zu sorgen, dass auch die GmbH im Rechtsverkehr ihren Pflichten nachkommt.¹³

2. „Nützliche Pflichtverletzungen“

Nach allgemein anerkannter Meinung besteht die Legalitätspflicht auch dann, wenn ein dem Grunde nach pflichtwidriges Verhalten einen Nutzen für die Gesellschaft mit sich bringt, wie beispielsweise Schmiergeldzahlungen.¹⁴ Eine Rechtfertigung für sog. „nützliche Pflichtverletzungen“ gibt es somit nicht.¹⁵ Hierbei wird das Spannungsfeld zwischen rechtmäßigem Verhalten und dem wirtschaftlichen Nutzen bestimmter Entscheidungen für die Gesellschaft deutlich. Faktisch können Schmiergeldzahlungen zu einer umfangreichen Auftragsakquise für die Gesellschaft führen, sodass aus rein wirtschaftlicher Betrachtung die Entscheidung zu gesetzwidrigem Verhalten nachvollziehbar erscheint. Auch können Verstöße gegen das Kartellrecht einen wirtschaftlichen Nutzen für das Unternehmen bringen. Jedoch ist zu konstatieren, dass die GmbH nicht nur durch das GmbHG, sondern auch durch andere Gesetze umfassenden rechtlichen Regelungen und Vorschriften unterliegt und der Geschäftsführer sich daher an den zwingenden Gesetzesvorgaben zu orientieren hat. Eine Abweichung von vertraglich begründeten Pflichten der Gesellschaft begründet hingegen nicht automatisch eine Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers gem. § 43 Abs. 2 GmbHG.¹⁶

¹³ Oetker, in: Henssler/Strohn, GesR, § 43 GmbHG Rn. 24.

¹⁴ Oetker, in: Henssler/Strohn, GesR, § 43 GmbHG Rn. 23; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 15.

¹⁵ Für den Vorstand einer AG siehe Spindler, in: FS Canaris, Bd. 2, S. 403, 425; Krieger/Sailer-Coceani, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 12; so im Ergebnis auch Thole, ZHR 173 (2009), 505, 513 ff., der die Frage der Anerkennung nützlicher Pflichtverletzungen eines Vorstandsmitglieds in der AG letztlich zutreffend verneint und seine Entscheidungs begründung detailliert erörtert.

¹⁶ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 15; Thole, ZHR 173 (2009), 505, 519.

3. Entscheidungen bei unklarer Rechtslage

Es stellt sich die Frage, ob die Legalitätspflicht uneingeschränkt auch dann gilt, wenn die Rechtslage nicht hinreichend klar ist. Die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften durch den Geschäftsführer setzt gerade voraus, dass der Inhalt der entsprechenden Gesetzesregelung eindeutig klar ist. Sofern eine rechtlich gebundene Entscheidung vorliegt, ist für einen unternehmerischen Ermessensspielraum kein Platz mehr, sodass das Legalitätsprinzip in dem Fall seine volle Wirkung entfaltet.¹⁷ Wenn jedoch eine Rechtsnorm dem Geschäftsführer einen Beurteilungsspielraum einräumt oder unbestimmte Rechtsbegriffe enthält, erscheint es schwierig, die Geltung der Legalitätspflicht uneingeschränkt zu bejahen, da sich dem Gesetz in dem Fall gar keine genauen Handlungsangaben entnehmen lassen. Allein die Tatsache, dass der Geschäftsführer gehalten ist, bei unklarer Rechtslage den Rat eines fachkundigen Experten einzuholen¹⁸ und basierend auf dessen Einschätzung sein weiteres Handeln auszurichten, zeigt, dass bei unklarer Rechtslage kein ultimatives Handlungsprogramm für den Geschäftsführer aufgestellt werden kann. Gerade wenn eine Entscheidung bei unsicherer Rechtslage getroffen werden soll, zeigen sich Parallelen zum unternehmerischen Ermessensspielraum, da dieser gerade ein gewisses Maß an Unsicherheit aufgrund der zukunftsgerichteten Prognose der Entscheidung voraussetzt.¹⁹ Die Entscheidungssituation bei unklarer Rechtslage ist insofern mit der Ausgangslage für eine unternehmerische Ermessensentscheidung im Hinblick auf das Kriterium der Unsicherheit vergleichbar. Insofern erscheint es zunächst durchaus nachvollziehbar, dem Geschäftsführer für Entscheidungen bei unklarer Rechtslage einen Ermessensspielraum wie bei einer unternehmerischen Entscheidung zuzugestehen.²⁰ Es gilt jedoch zu bedenken, dass zwischen einer un-

¹⁷ Zur Unterscheidung zwischen unternehmerischen Entscheidungen und gebundenen Entscheidungen siehe bereits Begr RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092, S. 11; *Thole*, ZHR 173 (2009), 505, 521.

¹⁸ BGH ZIP 2007, 1265, 1266; BGH ZIP 2012, 1174, 1175.

¹⁹ Begr RegE-UMAG, BT-Drs. 15/5092, S. 11.

²⁰ *Thole*, ZHR 173 (2009), 505, 523; der Gesetzgeber des UMAG differenzierte hingegen eindeutig zwischen unternehmerischen Entscheidungen und rechtlich gebundenen Entscheidungen und sonstigen allgemeinen Gesetzesverstößen, sodass hiernach ein Ermessensspielraum abzulehnen wäre, Begr. RegE-UMAG, BT-Drs. 15/5092, S. 11.

klaren Rechtslage und einer unternehmerischen Ermessensentscheidung insofern zu differenzieren ist, als eine unklare Rechtslage durch den Gesetzgeber geregelt werden kann, sodass dann ein rechtliches Rahmenkonstrukt geschaffen würde, in dem die Legalitätspflicht umfassende Beachtung finden müsste. Die Unsicherheit bei einer unternehmerischen Entscheidung hingegen ist gekennzeichnet durch die Zukunftsbezogenheit und die prognostizierte Entwicklung u.a. der Märkte und der Unternehmensrentabilität.²¹ Für diese Unsicherheiten kann es gar keine Regelung von dritter Seite geben. Daher sollte dem Geschäftsführer für Entscheidungen bei unklarer Rechtslage nur solange und insoweit ein Handeln nach pflichtgemäßem Ermessen gestattet sein, wie keinerlei Regelung seitens der Legislative für diese Rechtslage absehbar ist. Sobald sich in Ansätzen abzeichnet, wie die entsprechende Rechtslage in Zukunft gesetzlich geregelt werden könnte, sollte dies für den Handlungs- und Entscheidungsspielraum des Geschäftsführers ein entsprechender Maßstab sein. Nur auf diese Weise kann dem Spannungsfeld zwischen der Wahrung der Legalitätspflicht und dem unternehmerischen Entscheidungsspielraum bei unklarer Rechtslage Rechnung getragen werden.

II. Bedeutung des Deutschen Corporate Governance Kodex

Neben der für das Aktienrecht entwickelten Business Judgment Rule²² kommt dem von der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex (DCGK) entwickelten Kodex im Aktienrecht große Bedeutung zu. Dies wird gem. § 161 AktG deutlich, wonach Vorstand und Aufsichtsrat von börsennotierten Gesellschaften jährlich erklären, ob und inwiefern sie die Empfehlungen des Kodex befolgen. Inwiefern die rechtlich unverbindlichen Regelungen des Deutschen Corporate Governance Kodex auch auf die Sorgfaltsanforderungen

²¹ Begr RegE-UMAG, BT-Drs. 15/5092, S. 12.

²² Vorliegend wird die amerikanische Schreibweise *judgment* verwendet, nach britischer Schreibweise müsste es *judgement* heißen.

des Geschäftsführers einer GmbH übertragbar sind,²³ bleibt einer genaueren Betrachtung für den jeweiligen Einzelfall vorbehalten.

1. Inhalt und Geltungsbereich

Entsprechend seiner Präambel richtet sich der DCGK vorwiegend an börsennotierte Gesellschaften, jedoch wird auch nicht börsennotierten Gesellschaften empfohlen, die Regelungen des Kodex zu beachten.²⁴ Der Kodex hat keine Gesetzesqualität, sondern beinhaltet „international und national anerkannte Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung“²⁵ und stellt damit rechtliche und tatsächliche Maßgaben für eine ordnungsgemäße Leitung und Kontrolle eines Unternehmens auf.²⁶

2. Entsprechende Anwendung auf die GmbH

Auch wenn derartige Maßgaben für eine ordnungsgemäße Unternehmensführung auch in der GmbH sinnvollerweise beachtet werden sollten,²⁷ wird im Fall der Nichtbeachtung der aufgestellten Standards im Ergebnis kein Sorgfaltspflichtverstoß seitens des Geschäftsführers konstatiert werden können.²⁸ Die Feststellung eines Sorgfaltspflichtverstoßes erfüllt keinen Selbstzweck, sondern dient dazu, den Geschäftsführer haftbar zu machen. Wenn der DCGK aber – anders als die gesetzliche Anspruchsgrundlage des § 43 Abs. 2 GmbHG – nur rechtlich unverbindliche Regelungen aufstellt als Richtwerte, Handlungsempfehlungen oder allgemein anerkannte Standards im Wirtschaftsleben, kann dar-

²³ *Diekmann/Marsch-Barner*, in: Münchener Hdb GesR III, § 46 Rn. 13; dies zumindest für größere Gesellschaften ablehnend *Buck-Heeb*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 43 Rn. 16.

²⁴ S. 2 der Präambel des DCGK, abrufbar als PDF-Datei unter http://www.corporate-governance-code.de/ger/download/kodex_2012/D_CorGov_Endfassung_Mai_2012.pdf (Abruf am 28.11.2012).

²⁵ S. 1 der Präambel des DCGK, abrufbar als PDF-Datei unter http://www.corporate-governance-code.de/ger/download/kodex_2012/D_CorGov_Endfassung_Mai_2012.pdf (Abruf am 28.11.2012).

²⁶ *Fleischer*, in: MüKoGmbHG, Einl. Rn. 295.

²⁷ *Buck-Heeb*, in: FS H. P. Westermann 2008, S. 845, 848.

²⁸ *Diekmann/Marsch-Barner*, in: Münchener Hdb GesR III, § 46 Rn. 13.

aus keine Haftung des Geschäftsführers abgeleitet werden. Etwas anderes mag gelten, sofern in der Satzung der GmbH eigenständige Regelungen getroffen worden sind, die dem Inhalt des DCGK vergleichbar sind, und dem Geschäftsführer zusätzlich zu dem in § 43 Abs. 1 GmbHG festgelegten Sorgfaltsmaßstab noch weitere Verhaltensregeln auferlegen. Wenn diese zusätzlichen Regelungen echter Satzungsbestandteil sind und der Geschäftsführer diese Regelungen nicht beachtet, kann ein Sorgfaltspflichtverstoß im Einzelfall zu bejahen sein. Als Zwischenergebnis bleibt somit festzuhalten, dass die im DCGK aufgestellten Standards guter Unternehmensführung zwar als Leitbild auch für die GmbH dienen sollten, jedoch aufgrund ihrer fehlenden rechtlichen Verbindlichkeit im Fall der Nichtbeachtung keine Konsequenzen für den Geschäftsführer haben.

III. Modifizierter Sorgfaltsmaßstab aus vertraglichen Vereinbarungen

Fraglich ist, ob eine Vereinbarung zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschafterversammlung denkbar erscheint, nach welcher der Sorgfaltsmaßstab des Geschäftsführers abweichend von § 43 Abs. 1 GmbHG modifiziert werden kann. Denkbar wäre eine im Vorhinein getroffene, vertragliche Reduktion des Haftungs- und Sorgfaltsmaßstabs durch die Gesellschafterversammlung.²⁹ Ob eine solche vertragliche Modifizierung des Sorgfaltsmaßstabs zulässig ist, bedarf einer kritischen Hinterfragung.³⁰ Nach § 43 Abs. 3 S. 3 GmbHG kann der Geschäftsführer sich nicht durch einen Gesellschafterbeschluss entlasten, wenn der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist. In systematischer Hinsicht bezieht sich diese Regelung zunächst nur auf die Pflichten aus § 30 und § 33 GmbHG. Ob der Sorgfaltsmaßstab aus § 43 Abs. 1 GmbHG und die Haftung des Geschäftsführers nach § 43 Abs. 2 GmbHG zur Dispositivität der Gesellschafter und des Geschäftsführers stehen oder ob die gesetzlichen Regelungen unabdingbar sind, beurteilt sich nach dem Sinn und Zweck der Geschäftsführerhaftung. Vordergründig bezweckt die Haftungsnorm des § 43 Abs. 2 GmbHG den Schutz der Gesellschaft, aber mittelbar sind auch die Gesellschafter

²⁹ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 60.

³⁰ Differenzierend zu den einzelnen Haftungstatbeständen und den unterschiedlichen Ansichten in Rspr. und Lit. siehe Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 61 ff.

ter und die Gesellschaftsgläubiger vom Schutzbereich umfasst, was der Wortlaut des § 43 Abs. 3 S. 3 GmbHG verdeutlicht.³¹ Da der Geschäftsführer aufgrund seiner Organstellung eine besondere Position innerhalb der Gesellschaft einnimmt und schon durch § 43 Abs. 1 GmbHG einen im Vergleich zu § 276 Abs. 1 BGB verschärften Sorgfaltsmaßstab zu beachten hat, erscheint es nicht überzeugend, schon auf der Ebene des Sorgfaltsmaßstabs eine vertragliche Einschränkung vorzunehmen. Eine Modifizierung des Sorgfaltsmaßstabs kann hingegen unter den Voraussetzungen des unternehmerischen Ermessensspielraums erfolgen.³² Soweit die Voraussetzungen für ein Handeln innerhalb des unternehmerischen Ermessensspielraums erfüllt sind, bewegt sich der Geschäftsführer auch im Rahmen der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes, sodass letztlich nicht auf der Ebene des Sorgfaltsmaßstabs, sondern höchstens auf der Ebene einer späteren Haftungsbegrenzung mögliche Regelungsmöglichkeiten zugunsten des Geschäftsführers zu überdenken sind.

IV. Unternehmerischer Ermessensspielraum

Im Rahmen seiner Geschäftsführungstätigkeit steht dem Geschäftsführer in allen Bereichen, die weder durch Gesetz, Satzung oder eine bindende Gesellschafterweisung geregelt sind, hinsichtlich seiner Entscheidungsfindung ein unternehmerischer Ermessensspielraum zu. Wenn ein bestimmtes Handeln des Geschäftsführers im Rahmen des unternehmerischen Ermessensspielraums liegt, ist dieses Handeln nicht pflichtwidrig. Aus dogmatischer Betrachtungssicht stellt der unternehmerische Ermessensspielraum einen Tatbestandsausschlussgrund dar, der eine Sorgfaltspflichtverletzung seitens des Geschäftsführers und folglich auch eine Haftung seinerseits ausschließt.³³ Die konkreten Inhalte dieses unternehmerischen Ermessensspielraums fanden ihre Grundlage in

³¹ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 1; Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 4.

³² Hierzu sogleich unter 2. Teil § 4 A. IV.

³³ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 43 Rn. 22; *Fleischer*, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 79; explizit für den Vorstand einer AG Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 12; *Krieger/Sailer-Coceani*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 11; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 65.

der „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1997.³⁴ Der BGH entschied, dass die unternehmerische Tätigkeit nur bei Vorhandensein eines entsprechend weiten Handlungsspielraums möglich sei, welcher neben der bewussten Inkaufnahme geschäftlicher Risiken auch Fehlbeurteilungen und -einschätzungen beinhalte.³⁵ Eine Schadensersatzpflicht des Vorstands komme erst dann in Frage, wenn sein Verhalten nicht mehr allein auf das Wohl der Gesellschaft ausgerichtet, überaus risikoreich oder aus anderen Gründen als pflichtwidrig einzuordnen sei.³⁶ Somit stellt der unternehmerische Ermessensspielraum die Grenzen für ein pflichtkonformes Handeln des Geschäftsführers dar, in dessen Rahmen er sich keinen Haftungsansprüchen ausgesetzt sieht.³⁷ Entscheidungen des Geschäftsführers, die den Voraussetzungen des unternehmerischen Ermessensspielraums entsprechen, können nur hinsichtlich des Prozesses der Entscheidungsfindung, nicht aber hinsichtlich ihres Inhalts gerichtlich überprüft werden.³⁸

1. Die „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung des BGH

Die „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung des BGH betraf den Vorstand einer Aktiengesellschaft und hat bestimmte Grundsätze für den ihm zustehenden unternehmerischen Entscheidungsspielraum festgelegt, in dessen Rahmen eine Haftung des Vorstands nicht in Betracht kommt. Diese Grundsätze sind im Wege des UMAG³⁹ nach Vorarbeiten der Regierungskommission Corporate Governance⁴⁰ gemäß dem Vorbild der aus dem US-amerikanischen Recht

³⁴ BGHZ 135, 244 - II ZR 175/95.

³⁵ BGHZ 135, 244, 253; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 23.

³⁶ BGHZ 135, 244, 253 f.

³⁷ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 23.

³⁸ In dem Zusammenhang wird auch von einem „safe harbour“ zugunsten der Geschäftsleitung gesprochen, U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 111; Freitag/Korch, ZIP 2012, 2281; Hölter/Hölter, AktG, § 93 Rn. 29; Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 8.

³⁹ Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, BGBl. I S. 2802 ff.

⁴⁰ Dazu ausführlich Baums, Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, Rn. 70.

stammenden Business Judgment Rule⁴¹ in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kodifiziert worden.⁴² Nach allgemein anerkannter Auffassung sind die in dieser Entscheidung des BGH aufgestellten Grundsätze auf den Geschäftsführer einer GmbH entsprechend anzuwenden.⁴³ Da der GmbH-Geschäftsführer jedoch gem. § 37 Abs. 1 GmbHG anders als der Vorstand einer AG weisungsabhängig agiert, kann das ihm zustehende Entscheidungsermessen entsprechend durch Weisungen der Gesellschafterversammlung konkretisiert und eingeschränkt werden.⁴⁴ Dem Geschäftsführer muss aber bei seinen Entscheidungen ein gewisser Ermessensspielraum zugebilligt werden, damit er nicht nur als bloßes Ausführungsorgan der Gesellschafterversammlung fungiert, sondern die Aufgabe der Geschäftsführung auch angemessen wahrnehmen kann. Dazu gehört auch die Möglichkeit, bestimmte wirtschaftliche Risiken einzugehen, um das Unternehmen zu einem wirtschaftlichen Erfolg führen zu können. Durch Einführung der *business judgment rule* hat sich eine Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabs des Geschäftsführers aus § 43 Abs. 1 GmbHG vollzogen, die insbesondere darauf gerichtet ist, dass eine unternehmerische Entscheidung des Geschäftsführers v.a. auf der Basis angemessener Information und entsprechender Vorbereitung zu treffen ist.⁴⁵

⁴¹ Die *business judgment rule* findet ihren Niederschlag im US-amerikanischen Recht in § 4.01 (c) der Principles of Corporate Governance des American Law Institute (ALI), U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 111 (Fn. 333).

⁴² RegE-UMAG, BT-Drs. 15/5092, S. 11 f.; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 111.

⁴³ BGH NJW 2003, 358, 359; OLG Stuttgart GmbHR 2003, 835, 836; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 43 Rn. 22; Hk-GmbHG/Lücke/Simon, § 43 Rn. 33; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 23; Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 68; Fleischer, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 71; Scholz/Uwe H. Schneider, GmbHG, § 43 Rn. 53, der für das GmbH-Recht der Bezeichnung „Grundsatz des unternehmerischen Ermessens“ den Vorzug vor der Bezeichnung „*business judgment rule*“ gibt; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 111.

⁴⁴ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 23; noch weitergehend K. Schmidt, GesR, § 36 II. 4. b), der einen Entscheidungsspielraum des GmbH-Geschäftsführers nur für den Fall denkbar erachtet, dass der Geschäftsführer schuldlos eine Befragung der Gesellschafter unterlassen hat.

⁴⁵ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 23; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 125.

2. Voraussetzungen der Haftungsprivilegierung

Die einzelnen durch das Urteil des BGH festgelegten Voraussetzungen des unternehmerischen Ermessensspielraums finden sich zum Großteil im Wortlaut des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG und sind im Kern entsprechend durch die *business judgment rule* festgelegt worden. Gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG ist eine Pflichtverletzung nicht gegeben, wenn das Vorstandsmitglied im Rahmen einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise davon ausgehen durfte, aufgrund angemessener Information dem Gesellschaftswohl entsprechend zu handeln. Aufgrund der allgemeinen Geltung dieser Haftungsprivilegierung für das Kapitalgesellschaftsrecht sind die nachfolgenden Voraussetzungen auch für den Geschäftsführer einer GmbH von Bedeutung.

a) Unternehmerische Entscheidung

Zunächst erfordert der unternehmerische Ermessensspielraum das Vorliegen einer unternehmerischen Entscheidung. Eine solche liegt dann vor, wenn dem Geschäftsführer tatsächlich mehrere Handlungsalternativen zur Auswahl stehen, die rechtlich zulässig sind und ein prognostisches Element enthalten, das die zukunftsgerichtete Unsicherheit hinsichtlich der Konsequenzen der Entscheidung beinhaltet.⁴⁶ Die unternehmerische Entscheidung ist ferner dadurch gekennzeichnet, dass der Geschäftsführer sie frei treffen kann. Liegt beispielsweise aufgrund Gesetzes, Satzung oder Gesellschafterweisung eine gebundene Entscheidung vor, ist für das unternehmerische Ermessen kein Raum mehr.⁴⁷ Auch wenn die negative Bestimmung eines Ausschlusses des unternehmerischen Ermessensspielraums einfacher anmutet als eine positive Ausgestaltung, so sind verschiedene Fallkonstellationen denkbar, in denen ein unternehmerischer Ermessensspielraum Anwendung findet. So hat der BGH beispielsweise

⁴⁶ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 43 Rn. 22b; Fleischer, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 81.

⁴⁷ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 43 Rn. 22b; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 23; für den Vorstand einer AG GroßkommAktG/Hopt/Roth, § 93 Abs. 1 S. 2, 4 n.F. Rn. 16; Hölters/Hölters, AktG, § 93 Rn. 30.

einen unternehmerischen Ermessensspielraum im Rahmen der Prüfung von Sanierungsmöglichkeiten vor Stellung des Insolvenzantrags anerkannt.⁴⁸

b) Handeln zum Wohle der Gesellschaft

Der Geschäftsführer muss des Weiteren seine Entscheidungen am Wohl der Gesellschaft ausrichten. Das bedeutet, dass er sich im Rahmen seines Entscheidungsermessens am Interesse der Gesellschaft zu orientieren hat und sich insbesondere nicht von sachfremden Einflüssen Dritter leiten lassen darf.⁴⁹ Das Interesse der Gesellschaft bzw. das Unternehmensinteresse wird auch als Unternehmensziel bezeichnet, dessen Ausrichtung in der Kompetenz der Gesellschafter liegt.⁵⁰ Dementsprechend unterfällt eine Entscheidung des Geschäftsführers nur dann dem unternehmerischen Ermessensspielraum, wenn sie die von den Gesellschaftern vorgegebenen Ziele des Unternehmens hinreichend beachtet und darüber hinaus geeignet ist, diese Ziele auch zu erreichen.

c) Keine Interessenkonflikte

Ein Kriterium, das mit dem Gesellschaftsinteresse eng verknüpft ist und sogar noch darüber hinausgeht, ist das Erfordernis der Vermeidung von Interessenkonflikten. Der Geschäftsführer handelt gerade nicht mehr zum Wohle der Gesellschaft, wenn er seine Entscheidung auf Sonderinteressen, sachfremde Erwägungen oder sonstige Einflüsse von dritter Seite stützt, sei es zu eigenem Nutzen oder zum Nutzen anderer Personen.⁵¹ Eine pauschale Festlegung be-

⁴⁸ BGHZ 75, 96, 112 f.; BGHZ 138, 211, 223 mit der Betonung auf der Erforderlichkeit des Vorliegens hinreichender Umstände für eine entsprechende Überlegungsfrist; *Fleischer*, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 82.

⁴⁹ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 43 Rn. 22d; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 25; *Fleischer*, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 81.

⁵⁰ Scholz/Uwe H. Schneider, GmbHG, § 43 Rn. 57 und 64; umfassende Ausführungen bzgl. der Kompetenz der Gesellschafter zur Ausgestaltung der Unternehmenspolitik siehe bereits unter 1. Teil § 3 C. I. 2.

⁵¹ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 43 Rn. 22d; Hölter/Hölter, AktG, § 93 Rn. 38; Scholz/Uwe H. Schneider, GmbHG, § 43 Rn. 57; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 112, der das Verbot des Interessenkonflikts als „Pflicht zur loyalen Artikulation des Gesellschaftsinteresses“ bezeichnet.

stimmter Fallgruppen für das Vorliegen eines Interessenkonflikts ist aufgrund der Vielzahl der möglichen Situationen nicht sachgerecht. Vielmehr muss in jedem Fall gesondert geprüft werden, ob der Geschäftsführer sich bei seiner Entscheidungsfindung in einem Interessenkonflikt befunden hat.⁵² Wird ein Interessenkonflikt bejaht, hat dies nicht zwingend die Pflichtwidrigkeit des Handelns des Geschäftsführers zur Folge, jedoch ist seine Entscheidung dann vollumfänglich gerichtlich überprüfbar.⁵³

d) Handeln auf Basis angemessener Information

Die Haftungsprivilegierung kommt ferner nur dann in Betracht, wenn der Geschäftsführer seine Entscheidung auf der Grundlage angemessener Information getroffen hat. Der Maßstab für die Angemessenheit der Information ist zwar zum einen objektiviert, jedoch liegt bereits die Einschätzung des Umfangs der erforderlichen Informationen im Ermessen des Geschäftsführers, da abhängig von der Dringlichkeit der Entscheidung, dem Kosten-Nutzen-Aufwand sowie der Höhe des Risikos die Intensität der Informationsbeschaffung variieren kann.⁵⁴ Es kommt daher darauf an, welche Informationen ein verantwortungsvoll handelnder Geschäftsführer in der jeweiligen Situation für angemessen erachtet.⁵⁵ Die seitens des BGH formulierte Anforderung, der Geschäftsführer habe „alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art“ auszuschöpfen⁵⁶, geht über die einzelfallabhängige Informationsbeschaffung hinaus und kann nicht in jeder Situation von dem Geschäftsführer verlangt

⁵² Scholz/*Uwe H. Schneider*, GmbHG, § 43 Rn. 57, insbesondere für den Fall, dass der Geschäftsführer zugleich Gesellschafter der GmbH ist; U/H/L/*Paefgen*, GmbHG, § 43 Rn. 114.

⁵³ Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, GmbHG, § 43 Rn. 25; Scholz/*Uwe H. Schneider*, GmbHG, § 43 Rn. 60.

⁵⁴ Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, GmbHG, § 43 Rn. 22c; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, GmbHG, § 43 Rn. 26; *Fleischer*, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 86; Scholz/*Uwe H. Schneider*, GmbHG, § 43 Rn. 58; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 524, der betont, dass der Umfang der Informationsbeschaffung von der Tragweite und Bedeutung der Entscheidung abhängt.

⁵⁵ *Kock/Dinkel*, NZG 2004, 441, 444; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, GmbHG, § 43 Rn. 26.

⁵⁶ BGH ZIP 2008, 1675, 1676 f.

werden.⁵⁷ Eine vollumfängliche Auswertung aller verfügbaren Informationen würde gerade nicht den Grad des Risikos der jeweiligen Einzelfallentscheidung berücksichtigen und in manchen Fällen sogar den Rahmen der zur Verfügung stehenden Zeit sowie der zu tragenden Kosten deutlich überschreiten. Erfordert eine bestimmte unternehmerische Entscheidung jedoch eine besondere Fachkunde, die der Geschäftsführer in seiner Person nicht aufweist, so ist er gehalten, einen entsprechend fachlich qualifizierten Berater für die erforderliche Informationsbeschaffung zu mandatieren.⁵⁸

e) Handeln in gutem Glauben

Ein unternehmerisches Ermessen ist schließlich nur dann zu bejahen, wenn der Geschäftsführer in gutem Glauben gehandelt hat,⁵⁹ d.h. wenn er in entsprechender Anwendung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG annehmen durfte, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Dies erfordert, dass er das Eingehen übergroßer und unverantwortbarer Risiken vermeidet.⁶⁰ Ob die Eingehung existenzgefährdender Risiken per se aus dem Anwendungsbereich der *business judgment rule* herausfällt, wird kontrovers beurteilt.⁶¹ Nach der Rechtsprechung geht der Geschäftsführer in unverantwortlicher Weise ein unternehmerisches Risiko ein, wenn das hohe Risiko eines Schadenseintritts nicht geleugnet werden kann und keine vernünftigen Argumente aus wirtschaftlicher Betrachtung eine Rechtfertigung

⁵⁷ Ebenso kritisch Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 26; Fleischer, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 88.

⁵⁸ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 13, 26; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 126; zur Einholung fachkundigen Rats siehe nachfolgend die detaillierten Ausführungen unter 2. Teil § 5 A. II. 1. a) bb).

⁵⁹ Fleischer, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 89; Scholz/Uwe H. Schneider, GmbHG, § 43 Rn. 59.

⁶⁰ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 27; Scholz/Uwe H. Schneider, GmbHG, § 43 Rn. 59.

⁶¹ Dem zustimmend Hölter/Hölter, AktG, § 93 Rn. 32; Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 27 findet dies zu weitgehend und spricht sich für eine Einzelfallbetrachtung aus.

tigung darstellen, das Risiko trotzdem einzugehen.⁶² Dementsprechend trifft den Geschäftsführer ein höherer Begründungsaufwand, je höher das Risiko einer bestimmten unternehmerischen Entscheidung einzuordnen ist.⁶³ Letztlich sind risikoreiche Geschäfte nicht per se verboten, sie stellen vielmehr einen Teil der unternehmerischen Tätigkeit dar.⁶⁴ Ab wann ein Geschäft als besonders risikoreich einzustufen ist, kann nur in jedem Einzelfall gesondert beurteilt werden. Entscheidend für die Begründung des Geschäftsführers, ein bestimmtes Risiko einzugehen, ist die Vorbereitung seiner Entscheidung anhand der erforderlichen Informationen und eines sorgfältigen Abwägens der Vor- und Nachteile.⁶⁵ Dies wird dadurch deutlich, dass im Rahmen des unternehmerischen Ermessensspielraums nur der Prozess der Entscheidungsfindung gerichtlich überprüfbar ist, nicht jedoch das konkrete Ergebnis im Hinblick auf seine Zweckmäßigkeit.⁶⁶ Eine gerichtliche Überprüfung der Zweckmäßigkeit einer bestimmten Entscheidung aus ex-post-Perspektive würde dem Sinn und Zweck des unternehmerischen Ermessensspielraums zuwiderlaufen, da für die Gerichte in Kenntnis des Ergebnisses der durch den Geschäftsführer ex ante getroffenen Entscheidung kaum noch eine objektive Beurteilung möglich ist.⁶⁷ Des Weiteren erscheint eine derartige Überprüfung aufgrund der z.T. hochkomplexen Zusammenhänge innerhalb eines Unternehmens und seiner Positionierung in der jeweiligen Branche seitens der Gerichte gar nicht zu leisten zu sein. Damit der Geschäftsführer letztlich in den Genuss der Haftungsprivilegierung auf

⁶² BGH NZG 2005, 562, 563; BGH NZG 2002, 195, 196; *Leinekugel*, in: Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 18 Rn. 5; Scholz/*Uwe H. Schneider*, GmbHG, § 43 Rn. 59; a.A. U/H/L/*Paefgen*, GmbHG, § 43 Rn. 120, der betont, dass eine bloße Vertretbarkeitskontrolle zur Beurteilung einer unternehmerischen Ermessensentscheidung nicht ausreicht.

⁶³ *Leinekugel*, in: Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 18 Rn. 5.

⁶⁴ Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, GmbHG, § 43 Rn. 28; *Leinekugel*, in: Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 18 Rn. 5; U/H/L/*Paefgen*, GmbHG, § 43 Rn. 140.

⁶⁵ BGH NJW 2008, 3361, 3362.

⁶⁶ Scholz/*Uwe H. Schneider*, GmbHG, § 43 Rn. 61 f.; nach U/H/L/*Paefgen*, GmbHG, § 43 Rn. 123 findet eine gerichtliche Inhaltskontrolle gerade nicht statt.

⁶⁷ Dies wird als sog. *hindsightbias* oder Rückschau-Fehler bezeichnet, der aufgrund der ex post vorhandenen Informationen die Beurteilung einer ex-ante-Wahrscheinlich subjektiv beeinflusst, *Freitag/Korch*, ZIP 2012, 2281, 2284; für den Vorstand *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 60.

der Basis des unternehmerischen Ermessens gelangt, ist ihm zu empfehlen, den Prozess seiner Entscheidungsfindung sorgfältig zu dokumentieren.⁶⁸ Anders als die nach der hier vertretenen Ansicht nicht notwendigerweise zwingende Dokumentation der Plausibilitätskontrolle eines von einem fachkundigen Berater erstellten Gutachtens⁶⁹ erscheint die Dokumentation des Entscheidungsprozesses im Rahmen des unternehmerischen Ermessensspielraums durchaus sinnvoll, da es hierbei allein auf die Person des Geschäftsführers ankommt, nicht aber auf einen externen Berater, auf dessen fachkundigen Rat sich der Geschäftsführer verlassen kann.⁷⁰ Allein aus eigenem Interesse sollte der Geschäftsführer daher auf eine angemessene Dokumentation achten, um die Haftungsprivilegierung zu erhalten.

V. Zwischenfazit

Der Geschäftsführer hat bei seinem Handeln die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes nach § 43 Abs. 1 GmbHG zu wahren, wobei dieser Sorgfaltsmaßstab abhängig von der Art und Größe des Unternehmens eine unterschiedliche Ausgestaltung erfahren kann. Im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht ist der Geschäftsführer zu gesetzeskonformem Verhalten verpflichtet, sodass auch sog. „nützliche Pflichtverletzungen“ den Geschäftsführer nicht von der Befolgung der Legalitätspflicht entbinden können. Im Fall einer unklaren Rechtslage kann eine uneingeschränkte Bindung an die Legalitätspflicht nicht eindeutig bejaht werden. Wenn jedoch absehbar ist, dass in absehbarer Zeit eine gesetzliche Regelung bzw. Klarstellung durch die Legislative erfolgen wird, erscheint es angemessen, den Entscheidungsspielraum des Geschäftsführers entsprechend einzugrenzen. Eine entsprechende Anwendung des Deutschen Corporate Governance Kodex auf die GmbH wird zwar für denkbar gehalten, jedoch entfaltet der DCGK keine rechtsverbindliche Wirkung. Die aufgestellten Stan-

⁶⁸ Hölter/Hölter, AktG, § 93 Rn. 36; *Leinekugel*, in: Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 18 Rn. 5.

⁶⁹ Siehe hierzu die Erläuterungen unter 2. Teil § 5 A. II. 1. a) bb) (3).

⁷⁰ So für den Vorstand einer AG Hölter/Hölter, AktG, § 93 Rn. 34; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 73; ausführlicher zur Einholung fachkundigen Rats bei der Prüfung der Insolvenzzreife siehe 2. Teil § 5 A. II. 1. a) bb).

dards fungieren daher grundsätzlich nur als Handlungsempfehlungen, sodass eine Haftung des Geschäftsführers nach den Grundsätzen des DCGK nur dann in Betracht kommt, wenn einzelne Standards in die Satzung der GmbH aufgenommen worden sind.⁷¹ Inwiefern der Sorgfaltsmaßstab aus § 43 Abs. 1 GmbHG vertraglich modifiziert werden kann, ist fraglich. Aus systematischer Sicht und einer Zusammenschau der § 43 Abs. 1 GmbHG und § 276 BGB⁷² erscheint es letztlich vorzugswürdig, nicht schon eine vertragliche Reduzierung des Sorgfaltsmaßstabs vorzunehmen, sondern erst nachträglich verschiedene Instrumente zur Haftungsbegrenzung einzusetzen. Eine Haftungsprivilegierung im Rahmen der Sorgfaltspflicht kommt dem Geschäftsführernach den Grundsätzen des unternehmerischen Ermessensspielraums zu. In entsprechender Anwendung der Grundsätze, die der BGH in seinem „ARAG/Garmenbeck“-Urteil⁷³ festgelegt hatte und die nach dem Vorbild der US-amerikanischen *Business Judgment Rule* in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden haben, handelt der Geschäftsführer dann nicht pflichtwidrig, wenn er im Rahmen einer unternehmerischen Entscheidung aufgrund angemessener Information vernünftigerweise davon ausgehen durfte, dem Gesellschaftswohl entsprechend zu handeln.

B. Pflichtenkatalog des Geschäftsführers

Im Vorfeld einer Insolvenz der GmbH treffen den Geschäftsführer verschiedene Pflichten, denen er nachkommen muss. Vorliegend sollen nur die Pflichten genauer untersucht werden, die im engen Zusammenhang mit der wirtschaftlichen und finanziellen Lage der GmbH stehen und im Vorfeld einer Insolvenz von Bedeutung sein können. Die Untersuchung umfasst daher nicht sämtliche, dem Geschäftsführer durch das GmbHG auferlegte Pflichten. Insbesondere soll an dieser Stelle nicht vertieft auf die Pflicht des Geschäftsführers zur Erhaltung des Stammkapitals gem. § 30 GmbHG, auf das Verbot des Erwerbs eigener Anteile durch die GmbH nach § 33 GmbHG und auf das Verbot der Kreditgewäh-

⁷¹ Siehe hierzu 2. Teil § 4 A. II. 2.

⁷² Siehe 2. Teil § 4 A. III.

⁷³ BGHZ 135, 244.

rung aus dem Gesellschaftsvermögen gem. § 43a GmbHG eingegangen werden. Im Hinblick auf eine Insolvenz der GmbH soll der Fokus nachfolgend vielmehr auf der Pflicht des Geschäftsführers zur Einberufung der Gesellschafterversammlung nach § 49 Abs. 3 GmbHG im Fall des hälftigen Verlusts des Stammkapitals sowie auf der Pflicht zur ordnungsgemäßen Buchführung gem. § 41 GmbHG liegen. Gerade aus der Pflicht zur Einberufung der Gesellschafterversammlung nach § 49 Abs. 3 GmbHG lässt sich ein entscheidender Zusammenhang zu späteren Sanierungsmaßnahmen herstellen. Des Weiteren können Ungenauigkeiten, mangelnde Sorgfalt und Fehler in der Buchführung erste Anzeichen für das baldige Eintreten eines Insolvenzeröffnungsgrundes sein.⁷⁴

I. Einberufung der Gesellschafterversammlung gem. § 49 Abs. 3 GmbHG

Ergibt sich aus der Jahresbilanz oder aus einer im Laufe des Geschäftsjahres aufgestellten Bilanz, dass die Hälfte des Stammkapitals der Gesellschaft verloren ist, so ist der Geschäftsführer der GmbH gem. § 49 Abs. 3 GmbHG verpflichtet, unverzüglich die Gesellschafterversammlung einzuberufen. Die grundsätzliche Kompetenz zur Einberufung der Gesellschafterversammlung steht dem Geschäftsführer gem. § 49 Abs. 1 GmbHG zu. Die Einberufungspflicht nach § 49 Abs. 3 GmbHG stellt in systematischer Hinsicht einen Spezialfall der Einberufung aus Gründen des Interesses der Gesellschaft nach § 49 Abs. 2 GmbHG dar.⁷⁵

1. Verlust der Hälfte des Stammkapitals

Nach dem genauen Wortlaut des § 49 Abs. 3 GmbHG ist für die Pflicht des Geschäftsführers zur Einberufung der Gesellschafterversammlung erforderlich, dass die Hälfte des Stammkapitals verloren ist.

⁷⁴ BGH DB 2012, 794, 795 zur fehlenden Aufbewahrung der Buchführungsunterlagen als Indiz für die Zahlungsunfähigkeit; hierzu ausführlicher unter 2. Teil § 4 B. II. 3. h).

⁷⁵ *Diekmann/Marsch-Barner*, in: Münchener Hdb GesR III, § 45 Rn. 44.

a) Definition

Mit dem Verlust der Hälfte des Stammkapitals ist nicht gemeint, dass ein entsprechender Betrag nicht mehr vorhanden ist⁷⁶, vielmehr liegt ein solcher Verlust erst dann vor, wenn das Gesellschaftsvermögen nur noch die Hälfte des in der Satzung der GmbH ausgewiesenen Stammkapitals deckt.⁷⁷ Der tatsächliche Verlust des hälftigen Stammkapitals spielt dabei keine Rolle, da das Gesellschaftsvermögen seit Beginn schon unter der Stammkapitalziffer liegen kann, sodass die Pflicht zur Einberufung sich erst dann konkretisiert, wenn bei einer GmbH mit einem Mindeststammkapital von 25.000 € das Gesellschaftsvermögen die Grenze von 12.500 € unterschreitet.⁷⁸ Auch wenn der Wortlaut des § 49 Abs. 3 GmbHG eindeutig darauf verweist, dass sich die Kenntnis des Verlusts des hälftigen Stammkapitals aus einer Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz ergibt, ist das Bilanzerfordernis nicht als „tatbestandliche Voraussetzung der Einberufungspflicht“ anzusehen.⁷⁹ Die Geschäftsführer müssen die Gesellschafterversammlung nicht erst dann einladen, wenn sie den Verlust der Hälfte des Stammkapitals aus einer Zwischen- oder Jahresbilanz ersehen können, sondern schon in dem Moment, in dem sie anderweitig diesen Verlust erkennen, sodass in diesen Situationen eine „Bilanz im Kopf des Geschäftsführers“ ausreichend ist, um ihn zur Einberufung der Gesellschafterversammlung zu verpflichten.⁸⁰

⁷⁶ Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, § 49 Rn. 19; Hillmann, in: Henssler/Strohn GesR, § 49 GmbHG Rn. 11; Michalski/Römermann, GmbHG, § 49 Rn. 103.

⁷⁷ Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 49 Rn. 15; Michalski/Römermann, GmbHG, § 49 Rn. 104; Scholz/Seibt, GmbHG, § 49 Rn. 24; U/H/L/Hüffer/Schürnbrand, GmbHG, § 49 Rn. 22.

⁷⁸ Michalski/Römermann, GmbHG, § 49 Rn. 103; U/H/L/Hüffer/Schürnbrand, GmbHG, § 49 Rn. 22.

⁷⁹ Scholz/Seibt, GmbHG, § 49 Rn. 25; U/H/L/Hüffer/Schürnbrand, GmbHG, § 49 Rn. 22.

⁸⁰ Hillmann, in: Henssler/Strohn, GesR, § 49 GmbHG Rn. 12; Michalski/Römermann, GmbHG, § 49 Rn. 102; Liebscher, in: MüKoGmbHG, § 49 Rn. 56; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 49 Rn. 16.

b) Ermittlung des Gesellschaftsvermögens

Streitig ist, nach welchen Bewertungsgrundsätzen das Eigenkapital zu ermitteln und damit der Verlust des hälftigen Stammkapitals festzustellen ist. Der Kernpunkt der Diskussion dreht sich um die Frage, ob das Gesellschaftsvermögen strikt nach den Buchwerten der Jahresbilanz zu ermitteln oder ob zunächst eine Fortführungsprognose von Relevanz ist.⁸¹ Des Weiteren ist klärungsbedürftig, ob die Berechnung des Gesellschaftsvermögens unter Berücksichtigung der Auflösung stiller Reserven zu erfolgen hat.⁸²

aa) Bewertungsmaßstäbe

Um den Wert der Hälfte des Stammkapitals zu ermitteln, ist zunächst zu klären, welche Bedeutung eine Unternehmensfortführungsprognose hat.

(1) Fortführungsprognose

Nach überwiegender Ansicht ist der Geschäftsführer gehalten, im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens eine Fortführungsprognose durchzuführen, um den Wert des Stammkapitals feststellen zu können. Welche Werte demnach für die Bestimmung des Gesellschaftsvermögens zugrunde zu legen sind, richtet sich nach dem Ergebnis der Fortführungsprognose. Fällt diese Prognose positiv aus, m.a.W. kann das Unternehmen weiter fortgeführt werden, sind für die Bestimmung des Gesellschaftsvermögens Fortführungswerte anzusetzen. Nach dem Verständnis dieser going-concern-Werte sollen aus dem Unternehmen zukünftig Erträge erwirtschaftet werden, das Unternehmen wird aber nicht als bloßer Verwertungsgegenstand angesehen.⁸³ Gelangt der Geschäftsführer hingegen zu dem Ergebnis, dass das Unternehmen nicht weiter fortgeführt werden

⁸¹ Siehe statt vieler Michalski/Römermann, GmbHG, § 49 Rn. 106; Liebscher, in: MüKoGmbHG, § 49 Rn. 58.

⁸² Michalski/Römermann, GmbHG, § 49 Rn. 109.

⁸³ Kanitz, Bilanzkunde für Juristen, Rn. 54.

kann, muss das Gesellschaftsvermögen anhand von Liquidationswerten berechnet werden.⁸⁴

(2) Buchwerte der Jahresbilanz

Eine andere Ansicht stellt für die Ermittlung des Gesellschaftsvermögens vor-dergründig auf die Buchwerte der Jahresbilanz ab.⁸⁵ Die Bilanz bildet grundsätzlich die Vermögenslage eines Unternehmens zu einem bestimmten Stichtag ab, indem sie Vermögensgegenstände (Aktiva) und Schulden (Passiva) in einem Konto gegenüberstellt. Dabei werden in aller Regel Fortführungswerte zugrunde gelegt.⁸⁶ Die wesentlichen Komponenten einer Bilanz sind Anlagevermögen, Umlaufvermögen, Eigenkapital und Fremdkapital.⁸⁷

(a) Aktivposten

Die Aktivseite einer Bilanz weist die betrieblich genutzten Gegenstände und Vermögenswerte anhand bestimmter Kriterien aus. Auf der Aktivseite werden Anlagevermögen, das dem Unternehmensvermögen grundsätzlich langfristig zur Verfügung steht, und Umlaufvermögen, das nur kurz- oder mittelfristige Verwendung findet, zusammengestellt. Nach dem „Prinzip der ansteigenden Liquidität“ wird in aller Regel das langfristig gebundene Aktivvermögen vor dem Umlaufvermögen ausgewiesen.⁸⁸

⁸⁴ Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 49 Rn. 15; Michalski/Römermann, GmbHG, § 49 Rn. 108; Diekmann/Marsch-Barner, in: Münchener Hdb GesR III, § 45 Rn. 46; Liebscher, in: MüKoGmbHG, § 49 Rn. 58; U/H/L/Hüffer/Schürnbrand, GmbHG, § 49 Rn. 26.

⁸⁵ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 84 Rn. 10; Hillmann, in: Henssler/Strohn, GesR, § 49 GmbHG Rn. 11.

⁸⁶ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 84 Rn. 10; Kanitz, Bilanzkunde für Juristen, Rn. 54.

⁸⁷ Kanitz, Bilanzkunde für Juristen, Rn. 58; zu einer genaueren Erläuterung der Bilanzierung siehe nachfolgend 2. Teil § 4 B. II. 3. c) aa).

⁸⁸ Kanitz, Bilanzkunde für Juristen, Rn. 59; Küting/Weber, Die Bilanzanalyse, S. 86; Zinser, in: Wimmer/Dauernheim/Wagner/Gietl, Hdb FA Insolvenzrecht, Kap. 23 Rn. 22; Winnefeld, Bilanz-Handbuch, Kap. F. Rn. 11 ff.

(b) Passivposten

Die Passivseite einer Bilanz zeigt die Herkunft der in der Aktivseite dargestellten Vermögenswerte auf. Die Finanzierung der Vermögenswerte wird entweder mittels Eigenkapital oder durch die Aufnahme von Fremdkapital von dritter Seite realisiert, wobei das Fremdkapital in den meisten Fällen den größeren Anteil ausmacht. Das Verhältnis von Eigenkapital zu Fremdkapital ist eine wichtige betriebswirtschaftliche Größe⁸⁹, da im Fall der möglichen Beschaffung von Fremdkapital zu niedrigeren Kosten (Fremdkapitalzinsen) als der Anlagerendite der Gesellschaft eine Erhöhung der Rentabilität des Eigenkapitals erzielt werden kann, wenn zusätzliches Fremdkapital eingesetzt wird.⁹⁰ Diese Erhöhung wird als „Leverage Effekt“⁹¹ bezeichnet, da durch den zusätzlichen Einsatz von Fremdkapital eine Hebelwirkung erzielt wird.⁹²

(3) Sinn und Zweck der Verlustanzeige des § 49 Abs. 3 GmbHG

Bei der Gegenüberstellung der verschiedenen Ansichten ist für eine Stellungnahme insbesondere der Sinn und Zweck der Verlustanzeigespflicht des § 49 Abs. 3 GmbHG zu berücksichtigen. Die Einberufung der Gesellschafterversammlung im Fall des Verlusts des hälftigen Stammkapitals kann als gesellschaftsinterne Vorstufe zur Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO angesehen werden.⁹³ Dafür spricht auch die Tatsache, dass der Geschäftsführer sich bei Verletzung der Verlustanzeigespflicht gem. § 84 GmbHG strafbar macht. Die auch als „Krisenwarnsignal“⁹⁴ bezeichnete Verlustanzeige nach § 49 Abs. 3

⁸⁹ Kanitz, Bilanzkunde für Juristen, Rn. 60.

⁹⁰ Kanitz, Bilanzkunde für Juristen, Rn. 60.

⁹¹ Kanitz, Bilanzkunde für Juristen, Rn. 60; ausführlich zum Leverage Effekt mit Muster-Rechenbeispiel Küting/Weber, Die Bilanzanalyse, S. 312 f.

⁹² Von engl. lever = Hebel, siehe näher Oechsler, in: MüKoAktG, § 71 Rn. 5 m.w.N.

⁹³ Michalski/Römermann, GmbHG, § 49 Rn. 107; Liebscher, in: MüKoGmbHG, § 49 Rn. 58; U/H/L/Hüffer/Schürnbrand, GmbHG, § 49 Rn. 26; a.A. Scholz/Seibt, GmbHG, § 49 Rn. 24; ähnlich Roth/Altmeppen/Roth, GmbHG, § 49 Rn. 11, der in der Einberufung die Implementierung eines Frühwarnsystems sieht.

⁹⁴ Michalski/Römermann, GmbHG, § 49 Rn. 8; Diekmann/Marsch-Barner, in: Münchener Hdb GesR III, § 45 Rn. 44; Liebscher, in: MüKoGmbHG, § 49 Rn. 55; Scholz/Seibt, GmbHG, § 49 Rn. 23.

GmbHG bezweckt den Schutz der GmbH, ihrer Gesellschafter und der Gesellschafts-Gläubiger, da die Gesellschafter die Möglichkeit bekommen sollen, im Fall des hälftigen Verlusts des Stammkapitals erforderliche Maßnahmen zu ergreifen, wie beispielsweise eine Kapitalerhöhung zu beschließen.⁹⁵ In erster Linie sollen die Gesellschafter die Möglichkeit erhalten, die Gesellschaft vor Eintritt eines Insolvenzgrundes umzustrukturieren oder auch zu liquidieren und damit auf die drohende Insolvenz der Gesellschaft zu reagieren.⁹⁶ Die Einberufungspflicht nach § 49 Abs. 3 GmbHG erwartet von dem Geschäftsführer einer GmbH eine professionelle Führung durch die Krisensituation, in deren Rahmen geprüft werden muss, ob die Gesellschaft in Zukunft noch Bestand haben kann.⁹⁷ Für eine unternehmerische Entscheidung hinsichtlich einer möglichen Sanierung oder Liquidation müssen den Gesellschaftern daher nach der Ermittlung des Gesellschaftsvermögens realitätsgerechte Zahlen zur Verfügung gestellt werden.⁹⁸

(4) Stellungnahme

Falls die finanzielle Lage der Gesellschaft eine Unternehmenskrise ankündigt, kann eine Bewertung nicht nach reinen going-concern-Grundsätzen vorgenommen werden, da eine solche Bewertung nur einen fiktiven Zustand der finanziellen Lage darstellen würde.⁹⁹ Die Auffassung, die für die Ermittlung des Gesellschaftsvermögens stets die für die Jahresbilanz maßgeblichen Werte zugrunde legt und vertritt, dass § 15a InsO und § 49 Abs. 3 GmbHG einen unterschiedlichen Normzweck hinsichtlich des schützenswerten Adressatenkreises aufweisen, indem § 15a InsO direkt gläubigerschützend ist, wohingegen § 49 Abs. 3 GmbHG sich an die Gesellschafter richtet, und dementsprechend bzgl.

⁹⁵ *Diekmann/Marsch-Barner*, in: Münchener Hdb GesR III, § 45 Rn. 44; *Scholz/Seibt*, GmbHG, § 49 Rn. 23; siehe zur Veranschaulichung möglicher Ausgleichsmaßnahmen den Muster-Liquiditätsplan unter 3. Teil § 7 A. I. 1. c) cc) (1).

⁹⁶ *Roth/Altmeppen/Roth*, GmbHG, § 49 Rn. 11.

⁹⁷ *Liebscher*, in: MüKoGmbHG, § 49 Rn. 58.

⁹⁸ *Michalski/Römermann*, GmbHG, § 49 Rn. 108.

⁹⁹ *Michalski/Römermann*, GmbHG, § 49 Rn. 108; *Liebscher*, in: MüKoGmbHG, § 49 Rn. 58.

der Berechnung des Vermögensverlusts unterschiedliche Bewertungsgrundsätze anzuwenden seien¹⁰⁰, vermag daher nicht zu überzeugen. Vielmehr sind die Normen des § 49 Abs. 3 GmbHG und des § 15a Abs. 4 InsO in engem Zusammenhang zu sehen, da § 15a Abs. 4 InsO die unterlassene oder nicht rechtzeitige Insolvenzantragstellung ebenfalls unter Strafe stellt. Die Strafbewährtheit eines Fehlverhaltens unterstreicht die besondere Bedeutung verschiedener Handlungspflichten, sodass eine unterschiedliche Bewertung des § 15a InsO und des § 49 Abs. 3 GmbHG nicht gerechtfertigt erscheint. Letztlich ist für die Ermittlung des Gesellschaftsvermögens entscheidend, welchen Umfang die Unternehmenskrise hat, sodass weder automatisch Liquidationswerte noch Fortführungswerte der Berechnung zugrunde zu legen sind.¹⁰¹

bb) Auflösung stiller Reserven

Neben der Frage, nach welchen Bewertungsmaßstäben das Eigenkapital und folglich auch der Verlust des hälftigen Stammkapitals zu ermitteln ist, ist umstritten, ob stille Reserven aufgelöst werden dürfen und bei der Ermittlung des Gesellschaftsvermögens Berücksichtigung finden können.¹⁰² Obwohl der BGH diese Auflösungsmöglichkeit im Jahre 1958 in einer vereinzelt gebliebenen Entscheidung bejaht hat¹⁰³, ist nach ganz überwiegender Auffassung die Auflösung stiller Reserven grundsätzlich abzulehnen.¹⁰⁴ Eine Auflösung ist nur in dem Ausnahmefall möglich, in dem sie der Situation eines periodischen Jahres-

¹⁰⁰ Roth/Altmeppen/Roth, GmbHG, § 49 Rn. 13; Scholz/Seibt, GmbHG, § 49 Rn. 24.

¹⁰¹ Liebscher, in: MüKoGmbHG, § 49 Rn. 58.

¹⁰² Hillmann, in: Henssler/Strohn GesR, § 49 GmbHG Rn. 11; Michalski/Römermann, GmbHG, § 49 Rn. 109.

¹⁰³ BGH WM 1958, 1416, 1417.

¹⁰⁴ Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 49 Rn 15; Michalski/Römermann, GmbHG, § 49 Rn. 110; Liebscher, in: MüKoGmbHG, § 49 Rn. 59; Roth/Altmeppen/Roth, GmbHG, § 49 Rn. 13; U/H/L/Hüffer/Schürnbrand, GmbHG, § 49 Rn. 27; Scholz/Seibt, GmbHG, § 49 Rn 24; Koppensteiner/Gruber, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 49 Rn 11.

abschlusses gleich käme¹⁰⁵ bzw. im zulässigen Rahmen der Zuschreibung.¹⁰⁶ Schon aus systematischer Sicht scheint die umfassende Auflösung stiller Reserven nicht vom Gesetzgeber beabsichtigt zu sein, da § 49 Abs. 3 GmbHG auf die Jahresbilanz verweist und damit gerade keine Auflösungsmöglichkeit betont.¹⁰⁷ Unter Berücksichtigung des Telos des § 49 Abs. 3 GmbHG, nämlich den Gesellschaftern die Möglichkeit zu eröffnen, die wirtschaftliche Lage ihrer Gesellschaft realitätsgerecht anhand präziser Werte beurteilen zu können¹⁰⁸, erscheint es vorzugswürdig, der überwiegenden Auffassung zu folgen und eine Auflösung stiller Reserven abzulehnen. Würden stille Reserven über das übliche Maß hinaus aufgelöst, bestünde die Gefahr, dass das Restvermögen der Gesellschaft zu hoch bewertet und damit die wirtschaftliche Krise der Gesellschaft verschleiert würde.¹⁰⁹ § 49 Abs. 3 GmbHG soll den Gesellschaftern ein frühzeitiges Tätigwerden ermöglichen, weshalb der Geschäftsführer verpflichtet ist, unverzüglich die Gesellschafterversammlung einzuberufen und einen zeitnahen Termin für die Versammlung anzusetzen.¹¹⁰ Insofern muss nicht nur die Einberufung selbst, sondern auch die Abhaltung der Gesellschafterversammlung unverzüglich erfolgen.¹¹¹

cc) Zwischenergebnis

Hinsichtlich der Ermittlung des Gesellschaftsvermögens zur Feststellung, ob das hälftige Stammkapital gem. § 49 Abs. 3 GmbHG verloren ist, sollte dem Geschäftsführer im Rahmen seiner fortlaufenden Pflicht zur Überprüfung der

¹⁰⁵ Michalski/Römermann, GmbHG, § 49 Rn. 110; Liebscher, in: MüKoGmbHG, § 49 Rn. 59.

¹⁰⁶ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 49 Rn. 12; Michalski/Römermann, GmbHG, § 49 Rn. 109.

¹⁰⁷ Liebscher, in: MüKoGmbHG, § 49 Rn. 59.

¹⁰⁸ Michalski/Römermann, GmbHG, § 49 Rn. 110; Liebscher, in: MüKoGmbHG, § 49 Rn. 59.

¹⁰⁹ Liebscher, in: MüKoGmbHG, § 49 Rn. 59.

¹¹⁰ Hillmann, in: Henssler/Strohn, GesR, § 49 GmbHG Rn. 13; Michalski/Römermann, GmbHG, § 49 Rn. 110; Liebscher, in: MüKoGmbHG, § 49 Rn. 59.

¹¹¹ Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 49 Rn. 17; Scholz/Seibt, GmbHG, § 49 Rn. 29; U/H/L/Hüffer/Schürnbrand, GmbHG, § 49 Rn. 28.

wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft die Möglichkeit belassen werden, eine Fortführungsprognose durchzuführen, um zu prüfen, ob die Gesellschaft überhaupt noch in Zukunft Bestand haben kann. Fällt diese Prognose positiv aus, sind für die Bewertung des Gesellschaftsvermögens going-concern-Werte anzusetzen. Eine Auflösung stiller Reserven kommt hingegen nur in Ausnahmefällen in Betracht. Die Einberufungspflicht des Geschäftsführers aus § 49 Abs. 3 GmbHG ist als gesellschaftsinterne Vorstufe zur Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 1 InsO anzusehen und soll den Gesellschaftern ermöglichen, auf der Basis realitätsgerechter Zahlen über erforderliche Maßnahmen der Krisenabwendung zu entscheiden. Für eine erfolgreiche Krisenabwendung ist somit letztlich eine Gesamtbetrachtung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft unter Berücksichtigung der Zukunftsprognosen erforderlich.

2. Maßnahmen zum Verlustausgleich

Falls seitens des Geschäftsführers der Verlust des hälftigen Stammkapitals festgestellt worden ist, stellt sich die Frage, inwiefern die Gesellschafter Maßnahmen ergreifen können oder müssen, um diesen Verlust auszugleichen.

a) Keine generelle Nachschusspflicht im Kapitalgesellschaftsrecht

Grundsätzlich liegt dem Kapitalgesellschaftsrecht das Prinzip zugrunde, dass die Gesellschafter nach Erbringung ihrer Einlagen keiner Nachschusspflicht unterliegen.¹¹² Die Entscheidung zur Gründung einer Kapitalgesellschaft beruht gerade auf dem Gedanken des Trennungsprinzips, wonach die Gesellschaft als juristische Person gem. § 13 Abs. 2 GmbHG den Gläubigern nur mit ihrem Gesellschaftsvermögen haftet, die Gesellschafter selbst aber gerade nicht persönlich zur Haftung herangezogen werden.¹¹³ Würde eine generelle Nachschusspflicht der Gesellschafter bei Krisenanzeichen der Gesellschaft bestehen,

¹¹² Siehe dazu *Schultze-Petzold*, in: Büchel/von Rechenberg, Hdb FA Handels- und GesR, 11. Kap. Rn. 372 sowie *Wellensiek/Schluck-Amend*, in: Römermann, MAH GmbH-Recht, § 23 Rn. 7.

¹¹³ *Scholz/Bitter*, GmbHG, § 13 Rn. 55; die Gesellschafter sind vielmehr nur verpflichtet, ihren Beitrag in Höhe der von ihnen übernommenen Stammeinlage zu leisten, *Roth/Altmeppen/Altmeppen*, GmbHG, § 13 Rn. 66.

käme es dadurch zu einer Durchbrechung des Trennungsprinzips und einer indirekten persönlichen Haftung der Gesellschafter. Eine Nachschusspflicht vermag daher nur durch eine Festsetzung im Gesellschaftsvertrag begründet zu werden.¹¹⁴

b) Nachschusspflicht im Rahmen der Satzungsfreiheit

Im GmbH-Recht herrscht das Prinzip der Satzungsfreiheit, sodass im Gesellschaftsvertrag konkrete Regelungen getroffen werden können. So kann nach § 26 GmbHG in der Satzung geregelt werden, dass die Gesellschafter über Nachschüsse¹¹⁵ beschließen können. Aus systematischer Sicht verweisen die §§ 26-28 GmbHG zwar nicht auf § 49 Abs. 3 GmbHG, jedoch lässt sich aus dem Prinzip der Satzungsfreiheit herleiten, dass gerade für den Fall einer Unternehmenskrise geregelt werden kann, eine Nachschusspflicht für die Gesellschafter zu begründen. In der Satzung können verschiedene Bedingungen statuiert werden, unter denen eine Nachschusspflicht begründet werden kann, wie beispielsweise das Vorliegen einer Unterbilanz¹¹⁶, der Eintritt in die Liquidationsphase¹¹⁷, die Verlustdeckung¹¹⁸ oder sonstiger Bedarf der GmbH nach zusätzlichem Kapital, u.a. im Rahmen von Expansionsvorhaben.¹¹⁹ Da alle Gesellschafter dieser Entscheidung in der Satzung zugestimmt haben, wird das Risiko einer persönlichen Haftung dadurch begrenzt, dass derjenige Gesellschafter, der im Fall einer satzungsmäßig geregelten unbeschränkten Nachschusspflicht keinen Nachschuss zahlen will, gem. § 27 Abs. 1 GmbHG ein Preisgaberecht hat und sich durch Preisgabe seines Anteils an die Gesellschaft der Nachschusspflicht entziehen kann. Der Sinn und Zweck der Einberufungs-

¹¹⁴ U/H/L/Müller, GmbHG, § 26 Rn. 29.

¹¹⁵ Unter Nachschüssen sind Geldeinzahlungen zu verstehen, die über die Einlageleistungen hinausgehen, dem Eigenkapital zuzurechnen sind und eine Vermögensvermehrung bei der GmbH herbeiführen sollen, Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 26 Rn. 2; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 26 Rn. 2.

¹¹⁶ U/H/L/Müller, GmbHG, § 26 Rn. 35; Schütz, in: MüKoGmbHG, § 26 Rn. 52.

¹¹⁷ OLG Schleswig GmbHR 1994, 250; Michalski/Zeidler, GmbHG, § 26 Rn. 14; Schütz, in: MüKoGmbHG, § 26 Rn. 52.

¹¹⁸ Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 26 Rn. 2.

¹¹⁹ Schütz, in: MüKoGmbHG, § 26 Rn. 52; Scholz/Emmerich, GmbHG, § 26 Rn. 1.

pflicht des § 49 Abs. 3 GmbHG besteht gerade darin, den Gesellschaftern eine Entscheidung über die Zukunft der Gesellschaft zu ermöglichen,¹²⁰ sodass gerade für den Fall des Verlusts des hälftigen Stammkapitals die Vereinbarung einer möglichen Nachschusspflicht möglich sein muss. Eine solche Nachschusspflicht, die als Sonderpflicht eingeordnet werden kann, muss im Gesellschaftsvertrag geregelt werden.¹²¹

c) Wertungsmaßstäbe aus „Sanieren oder Ausscheiden“

Mit der Frage, inwiefern ein Gesellschafter bestimmten Kapitalmaßnahmen der Gesellschaft zustimmen muss, hat sich der BGH in den vergangenen Jahren in den „Sanieren oder Ausscheiden“-Entscheidungen¹²² befasst. In der ersten Entscheidung¹²³ hat der BGH aus der gesellschaftlicherlichen Treuepflicht eine Pflicht der sanierungsunwilligen Gesellschafter abgeleitet, dem Gesellschafterbeschluss über ihr Ausscheiden zuzustimmen, wenn dies „mit Rücksicht auf das bestehende Gesellschaftsverhältnis oder auf die bestehenden Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander dringend erforderlich ist und die Änderung des Gesellschaftsvertrags dem Gesellschafter unter Berücksichtigung seiner eigenen Belange zumutbar ist“¹²⁴ und sie in dem Fall nicht schlechter stünden als im Fall einer sofortigen Liquidation der Gesellschaft.¹²⁵ Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass dem Fall eine Publikumspersonengesellschaft in Form einer GmbH & Co. OHG zugrunde lag und keine GmbH. Ob sich die Wertungen aus dieser Entscheidung unmittelbar auch auf eine Kapitalgesellschaft übertragen lassen, erscheint daher fragwürdig. Auch gilt zu bedenken,

¹²⁰ Roth/Altmeppen/Roth, GmbHG, § 49 Rn. 11.

¹²¹ Scholz/Seibt, GmbHG, § 14 Rn. 29; über das im Gesellschaftsvertrag Festgesetzte hinaus besteht aber keine Nachschusspflicht, Meyer, ZInsO 2013, 2361, 2362.

¹²² BGHZ 183, 1 = NJW 2010, 65 – Sanieren oder Ausscheiden I; BGH NJW 2011, 1667 – Sanieren oder Ausscheiden II.

¹²³ BGHZ 183, 1 – Sanieren oder Ausscheiden I.

¹²⁴ BGH NJW 2010, 65, 67; siehe dazu auch Scholz/Emmerich, GmbHG, § 13 Rn. 39b, 42, 46, der die aus der Treuepflicht resultierende Mitwirkungspflicht der Gesellschafter zu erforderlichen Sanierungsmaßnahmen betont.

¹²⁵ BGH NJW 2010, 65, 68.

dass der BGH in der zweiten Entscheidung¹²⁶ den Umfang der Treuepflicht auf den Inhalt des Gesellschaftsvertrags eingegrenzt und entschieden hat, dass ein Gesellschafter sich durch Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrags nicht automatisch zu einer Übernahme größeren Risikos im Fall der wirtschaftlichen Schieflage der Gesellschaft verpflichtet hat und daher auch nicht durch die gesellschaftlicherliche Treuepflicht gehalten ist, einem Kapitalerhöhungsbeschluss zuzustimmen, sondern unter Inkaufnahme einer Verwässerung seiner Anteile in der Gesellschaft verbleiben kann.¹²⁷ Aus der zweiten Entscheidung des BGH lässt sich für die GmbH die Schlussfolgerung ziehen, dass der Inhalt des Gesellschaftsvertrages relevant ist und eine Nachschusspflicht zur Verlustausgleichsdeckung nur durch eine zuvor im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Regelung begründet werden kann. Eine Regelung im Gesellschaftsvertrag, die gem. § 26 GmbHG den Beschluss über eine Nachschusspflicht vorsieht, vermag letztlich auch eine größere Bindungswirkung zu entfalten als die gesellschaftlicherliche Treuepflicht für sich allein.

d) Bedeutung in der Praxis

Letztlich hat sich gezeigt, dass die Nachschussmöglichkeit in der Praxis nur geringe Bedeutung erlangt hat und die Zuführung neuer Liquidität in den meisten Fällen über Gesellschafterdarlehen realisiert wird.¹²⁸ In der Praxis ist vielmehr die Tendenz festzustellen, dass eine mögliche Sanierung bestenfalls im Wege der vereinfachten bzw. nominellen¹²⁹ Kapitalherabsetzung nach § 58a GmbHG zu realisieren ist, um entstandene Verluste auszugleichen. Dabei wird gleichzeitig mit einer vereinfachten Kapitalherabsetzung eine Kapitalerhöhung vorgenommen, um eine bestehende Unterbilanz zu beseitigen und den Eintritt

¹²⁶ BGH NJW 2011, 1667 - Sanieren oder Ausscheiden II.

¹²⁷ BGH NJW 2011, 1667, 1670.

¹²⁸ Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 26 Rn. 2; Scholz/Emmerich, GmbHG, § 26 Rn. 1a.

¹²⁹ Schulze, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 58a Rn. 1.

der Überschuldung zu vermeiden.¹³⁰ Die Beseitigung einer Unterbilanz wird dadurch realisiert, dass eingetretene Verluste mit der Stammkapitalziffer bilanziell in der Hinsicht verrechnet werden, dass eine Anpassung des Stammkapitals an das Aktivvermögen der Gesellschaft vorgenommen wird und dadurch Verlustvorträge aus der Bilanz entfernt werden können.¹³¹ Das Instrument der vereinfachten Kapitalherabsetzung darf nur für den Ausgleich von Verlusten verwendet werden, nicht jedoch für andere Zwecke wie u.a. die Heilung einer verdeckten Sacheinlage.¹³² Die vereinfachte Kapitalherabsetzung mit gleichzeitiger Barkapitalerhöhung wird in der Praxis in aller Regel zur Sanierung einer Gesellschaft durchgeführt und zeugt daher von großer Praxisrelevanz¹³³, wohingegen die satzungsmäßige Vereinbarung einer Nachschusspflicht der Gesellschafter nur eine untergeordnete Rolle spielt.

3. Rechtsfolgen bei unterlassener Einberufung

Kommt der Geschäftsführer der GmbH seiner Einberufungspflicht nicht nach, drohen ihm verschiedene weitreichende Konsequenzen.

a) Haftung des Geschäftsführers gem. § 43 Abs. 2 GmbHG

Der Geschäftsführer ist im Fall der unterlassenen Einberufung gem. § 43 Abs. 2 GmbHG zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der durch eine rechtzeitige Einberufung hätte vermieden werden können, wenn den Gesellschaftern die Möglichkeit zu rechtzeitigem Handeln gegeben worden wäre.¹³⁴ Der Schadenersatzanspruch steht jedoch nur der Gesellschaft zu, nicht aber den Gesellschaf-

¹³⁰ Baumbach/Hueck/Zöllner/Haas, GmbHG, § 58a Rn. 7; Schulze, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 58a Rn. 2; Römermann/Wellensiek/Schluck-Amend, MAH-GmbH-Recht, § 23 Rn. 46.

¹³¹ Schulze, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 58a Rn. 2.

¹³² J. Vetter, in: MüKoGmbHG, § 58a Rn. 1; Römermann/Schröder, MAH-GmbH-Recht, § 6 Rn. 98.

¹³³ Schulze, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 58a Rn. 5; U/H/W/Casper, GmbHG, § 58a Rn. 47.

¹³⁴ Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 49 Rn. 22; Diekmann/Marsch-Barner, in: Münchener Hdb GesR III, § 45 Rn. 53; Scholz/Seibt, GmbHG, § 49 Rn. 35; U/H/L/Hüffer/Schürnbrand, GmbHG, § 49 Rn. 31.

tern und auch nicht den Gesellschaftsgläubigern.¹³⁵ Die Gesellschaftsgläubiger könnten nur dann einen direkten Anspruch gegen den Geschäftsführer geltend machen, wenn die Norm des § 49 Abs. 3 GmbHG als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB zu klassifizieren wäre. Dies ist jedoch abzulehnen, da die Vorschrift den Geschäftsführer verpflichtet, die Gesellschafterversammlung einzuberufen, um ihr ein schnelles Tätigwerden zu ermöglichen, nicht jedoch, um die Gläubiger zu einem Handeln zu bewegen oder sie über die finanzielle Lage der Gesellschaft zu informieren.¹³⁶ Eine Information der Gesellschaftsgläubiger über die finanzielle Lage der Gesellschaft könnte vielmehr gravierende Konsequenzen haben, wenn öffentlich bekannt wird, dass sich die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft verschlechtert hat, und sich in der Folge verschiedene Gläubiger von der Gesellschaft abwenden. Erst wenn hinreichende Anhaltspunkte für das nachweisbare Vorliegen eines Insolvenzeröffnungsgrundes bestehen, erscheint es wirtschaftlich vertretbar, die Gläubiger zu informieren, was in aller Regel über die Stellung des Insolvenzantrags in die Tat umgesetzt wird. Daher ist eine drittschützende Wirkung des § 49 Abs. 3 GmbHG abzulehnen. Die Gesellschaft trägt die Beweislast für den Schadenseintritt.¹³⁷

b) Strafbarkeit des Geschäftsführers nach § 84 Abs. 1 GmbHG

Neben der Verpflichtung zum Schadensersatz aus § 43 Abs. 2 GmbHG macht sich der Geschäftsführer einer GmbH nach § 84 Abs. 1 GmbHG strafbar, wenn er die Verlustanzeigespflicht aus § 49 Abs. 3 GmbHG verletzt. Die Norm des § 84 Abs. 1 GmbHG bezweckt den Schutz der Gesellschafter, durch gezielte Maßnahmen die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft zu verbessern, so dass jegliche Form der Verlustmitteilung durch den Geschäftsführer ausreicht, um der Strafbarkeit zu entgehen; eine formelle Einberufung, wie von § 49

¹³⁵ *Diekmann/Marsch-Barner*, in: Münchener Hdb GesR III, § 45 Rn. 52; *Scholz/Seibt*, GmbHG, § 49 Rn. 35; *U/H/L/Hüffer/Schürnbrand*, GmbHG, § 49 Rn. 31; a.A. *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 49 Rn. 22, der die Norm des § 49 Abs. 3 GmbHG als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB zumindest der Gesellschafter einordnet.

¹³⁶ *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 49 Rn. 22; *Scholz/Seibt*, GmbHG, § 49 Rn. 23, 35; *U/H/L/Hüffer/Schürnbrand*, GmbHG, § 49 Rn. 31.

¹³⁷ *Scholz/Seibt*, GmbHG, § 49 Rn. 35; *U/H/L/Hüffer/Schürnbrand*, GmbHG, § 49 Rn. 31.

Abs. 3 GmbHG gefordert, ist mangels Verweises in § 84 Abs. 1 GmbHG nicht erforderlich.¹³⁸

c) **Wichtiger Grund für Abberufung und Kündigung**

Schließlich kann in der Verletzung der Einberufungspflicht auch ein wichtiger Grund für die Abberufung des Geschäftsführers gem. § 38 GmbHG oder für die Kündigung seines Anstellungsvertrags liegen.¹³⁹ Dies erscheint dadurch gerechtfertigt, dass durch die Einberufung der Gesellschafterversammlung den Gesellschaftern eine Chance zur Krisenbewältigung eröffnet wird. Unterbleibt eine solche Einberufung, ist die Gesellschaft möglicherweise in ihrer Existenz bedroht. Ein Geschäftsführer hat gem. § 43 Abs. 1 GmbHG in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden, was nicht mehr erfüllt sein dürfte, wenn er die Gesellschafter nicht über finanzielle Schwierigkeiten der Gesellschaft informiert. Ein derartiges Geschäftsführerverhalten wäre nicht mehr tragbar, sodass der Geschäftsführer in der Konsequenz seines Amtes enthoben werden kann. Dabei gilt es zu beachten, dass trotz der grundsätzlichen Trennung zwischen Anstellung und Bestellung in der Abberufung aus wichtigem Grund zugleich eine außerordentliche Kündigung des Anstellungsvertrags liegen kann.¹⁴⁰

II. Ordnungsgemäße Buchführung gem. § 41 GmbHG

Nach § 41 GmbHG ist der Geschäftsführer einer GmbH dazu verpflichtet, für die ordnungsgemäße Buchführung der Gesellschaft zu sorgen. Diese knappe Angabe im Gesetz vermag noch nicht umfassend die Buchführungspflicht zu skizzieren, sodass die konkreten Inhalte näher zu untersuchen sind.

¹³⁸ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 84 Rn. 2; Michalski/Dannecker, GmbHG, § 84 Rn. 2; Schaal, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 84 Rn. 21.

¹³⁹ Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 49 Rn. 22; Liebscher, in: MüKoGmbHG, § 49 Rn. 65; Scholz/Seibt, GmbHG, § 49 Rn. 35.

¹⁴⁰ Koppensteiner/Gruber, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 38 Rn. 44; Scholz/Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider, GmbHG, § 38 Rn. 35.

1. Sinn und Zweck der Buchführungspflicht

Die Buchführungspflicht aus § 41 GmbHG steht im öffentlichen Interesse und dient in erster Linie dem Gläubigerschutz.¹⁴¹ Nach allgemein anerkannter Meinung handelt es sich daher bei § 41 GmbHG um zwingendes öffentliches Recht.¹⁴² Neben dem öffentlichen Interesse an einem wirksamen Gläubigerschutz bezweckt die Buchführungspflicht zusätzlich, den Geschäftsführer zur Prüfung der finanziellen Lage der Gesellschaft anhand der relevanten Informationen anzuhalten, um rechtzeitig erkennen zu können, ob zur Stabilisierung der wirtschaftlichen Verhältnisse innerhalb der Gesellschaft Maßnahmen ergriffen werden müssen oder ob Insolvenzantrag gem. § 15a Abs. 1 InsO gestellt werden muss.¹⁴³ Daher lässt sich die Buchführungspflicht u.a. als eine der wichtigsten Pflichten des Geschäftsführers im Vorfeld einer Insolvenz der GmbH deklarieren, da bei ordnungsgemäßer Buchführung und sorgfältiger Analyse der Bilanzen für den Geschäftsführer erkennbar sein muss, ob die Gesellschaft wirtschaftlich noch zu stabilisieren ist oder ob er innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO Insolvenzantrag stellen muss. Letztlich dient die Buchführungspflicht daher neben dem Gläubigerschutz auch der Beweissicherung und der Selbstinformation des Geschäftsführers.¹⁴⁴

2. Organisation der Buchführung

Die Pflicht des Geschäftsführers zur ordnungsgemäßen Buchführung ist jedem einzelnen von möglicherweise mehreren Geschäftsführern zugewiesen¹⁴⁵ und insofern als höchstpersönliche Pflicht einzuordnen, als weder durch eine Sat-

¹⁴¹ Hk-GmbHG/*Viskorf*, § 41 Rn. 1; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, GmbHG, § 41 Rn. 2; *Graf*, in: MüKoBilanzR, HGB, § 238 Rn. 2.

¹⁴² Hk-GmbHG/*Viskorf*, § 41 Rn. 1; Michalski/*Sigloch/Weber*, GmbHG, § 41 Rn. 2; *Fleischer*, MüKoGmbHG, § 41 Rn. 4, der die Einordnung als öffentlich-rechtliche Pflicht jedoch für nicht erforderlich erachtet; Scholz/*Crezelius*, GmbHG, § 41 Rn. 3.

¹⁴³ U/H/L/*Paefgen*, GmbHG, § 41 Rn. 5.

¹⁴⁴ *Graf*, in: MüKoBilanzR, HGB, § 238 Rn. 2.

¹⁴⁵ Baumbach/Hueck/*Haas*, GmbHG, § 41 Rn. 2; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, GmbHG, § 41 Rn. 2; Michalski/*Sigloch/Weber*, GmbHG, § 41 Rn. 2; *Fleischer*, in: MüKoGmbHG, § 41 Rn. 1; Scholz/*Crezelius*, GmbHG, § 41 Rn. 4.

zungsänderung noch durch vertragliche Regelungen im Anstellungsvertrag die Buchführungspflicht vollständig auf ein anderes Gesellschaftsorgan übertragen werden kann.¹⁴⁶ Der Aspekt der Höchstpersönlichkeit ist letztlich aber beschränkt auf eine beim Geschäftsführer verbleibende Kontroll- und Überwachungspflicht, da die Geschäftsführer nicht selbst eigenhändig die Buchführung übernehmen müssen, sondern diese Aufgabe auch an nachgeordnete geeignete Mitarbeiter delegieren können.¹⁴⁷ Die Geschäftsführer sind nur verpflichtet, die Buchführung ordnungsgemäß zu organisieren, indem sie eine funktionale Buchhaltung einrichten, diese personell ausstatten und für die inhaltliche Anleitung und Überwachung Sorge tragen.¹⁴⁸ Entscheidend ist jedoch, dass die Geschäftsführer jederzeit in der Lage sein müssen, die Buchführung wieder zu übernehmen, um etwaige vorhandene Mängel schnellstmöglich zu beheben.¹⁴⁹ Nach dem Wortlaut des § 41 GmbHG sind eigene Buchführungskenntnisse des Geschäftsführers nicht erforderlich, da ihm nur die Sorgfaltspflicht auferlegt wird, für eine ordnungsgemäße Buchführung Sorge zu tragen.¹⁵⁰ Verfügt der Geschäftsführer über eigene Buchführungskenntnisse, erleichtert ihm dies die Erfüllung seiner Pflicht, die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft immer im Auge zu behalten und sich im Fall der Prüfung der Insolvenzreife der Gesellschaft fachkundigen Rat einzuholen, wenn er die dafür erforderlichen Kenntnisse selbst nicht besitzt.¹⁵¹

¹⁴⁶ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 41 Rn. 1; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 41 Rn. 2; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 41 Rn. 7.

¹⁴⁷ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 41 Rn. 4; Kanitz, Bilanzkunde für Juristen, Rn. 114; Hk-GmbHG/Viskorf, § 41 Rn. 4; Fleischer, in: MüKoGmbHG, § 41 Rn. 1; Graf, in: MüKoBilanzR, HGB, § 238 Rn. 37; Roth/Altmeyen/Altmeyen, GmbHG, § 41 Rn. 5; Scholz/Crezelius, GmbHG, § 41 Rn. 6; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 41 Rn. 18.

¹⁴⁸ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 41 Rn. 2, der insbesondere die ständige Überwachung des ausgewählten Personals in den Fokus rückt; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 41 Rn. 5; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 41 Rn. 19.

¹⁴⁹ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 41 Rn. 5.

¹⁵⁰ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 41 Rn. 3; Scholz/Crezelius, GmbHG, § 41 Rn. 7.

¹⁵¹ So schon BGHZ 126, 181, 191; BGH NZI 2012, 567.

3. Konkrete Inhalte der Buchführungspflicht

Die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung (GoB) bezeichnen allgemein ein „System von Regeln und Konventionen, das die gesamte Rechnungslegung umfasst“.¹⁵² Die inhaltliche Ausgestaltung der Buchführungspflicht richtet sich nach den §§ 238 ff. HGB. Dies ergibt sich daraus, dass die GmbH gem. § 13 Abs. 3 GmbHG eine Handelsgesellschaft und gem. § 6 Abs. 1 HGB Formkaufmann ist und dementsprechend nach § 238 Abs. 1 S. 1 HGB den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung unterliegt. Neben den Regelungen des HGB gelten für die Buchführungspflicht zusätzlich die Vorschriften der §§ 42, 42a GmbHG, nach denen die inhaltliche Aufstellung des Jahresabschlusses sowie die sodann erforderliche Vorlage an die Gesellschafterversammlung speziell geregelt sind. Nach wohl herrschender Auffassung ist der Geschäftsführer aus dem Gesamtzusammenhang der Rechnungslegungsvorschriften zur doppelten Buchführung verpflichtet, selbst wenn es sich um einen Kleinbetrieb handelt.¹⁵³ Dies ist erforderlich, um die gesetzlichen Voraussetzungen der Gewinn- und Verlustrechnung gem. §§ 242 Abs. 2, 264 Abs. 2 S. 1, 275 HGB zu erfüllen.¹⁵⁴ Der Unterschied zwischen doppelter und einfacher Buchführung besteht darin, dass bei der einfachen Buchführung Zu- und Abgänge in chronologischer Reihenfolge aufgezeichnet werden¹⁵⁵ und es nur Bestandskonten gibt¹⁵⁶, während bei der doppelten Buchführung neben dem Ausweis eines Vermögensvergleichs auch ein Ausweis von Erträgen und Aufwendungen zu erbringen ist, die auf Erfolgskonten gebucht werden.¹⁵⁷ Bei der doppelten Buchführung werden

¹⁵² *Förschle/Usinger*, in: Beck-BilKomm, § 243 HGB Rn. 1; *Morck*, in: Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB, § 243 Rn. 1.

¹⁵³ *Baumbach/Hopt/Merkt*, HGB, § 238 Rn. 12; *Baumbach/Hueck/Haas*, GmbHG, § 41 Rn. 9; *Büteröwe*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 41 GmbHG Rn. 9; *Hk-GmbHG/Viskorf*, § 41 Rn. 7; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, § 41 Rn. 6; *Roth/Altmeppen/Altmeppen*, GmbHG, § 41 Rn. 9; *Scholz/Crezelius*, GmbHG, § 41 Rn. 9; *U/H/L/Paefgen*, GmbHG, § 41 Rn. 23.

¹⁵⁴ *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, § 41 Rn. 6.

¹⁵⁵ *Scholz/Crezelius*, GmbHG, § 41 Rn. 9; ausführlich *Winnefeld*, Bilanz-Handbuch, Kap. A. Rn. 705 ff.

¹⁵⁶ *Baumbach/Hopt/Merkt*, HGB, § 238 Rn. 12; *Ballwieser*, in: MüKoHGB, § 238 Rn. 32.

¹⁵⁷ *Scholz/Crezelius*, GmbHG, § 41 Rn. 9; *U/H/L/Paefgen*, GmbHG, § 41 Rn. 23; *Winnefeld*, Bilanz-Handbuch, Kap. A. Rn. 350.

gleichzeitig Bestands- und Erfolgskonten geführt. Jeder vermögenswirksame Geschäftsvorfall führt zu einer Buchung im Soll und Haben mit identischen Beträgen und die Salden beider Konten werden in der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung (GuV) zusammengefasst, wodurch im Abschluss letztlich ein Gewinn oder Verlust erkennbar wird.¹⁵⁸ Grundlegende Bedeutung im Rahmen ordnungsgemäßer Buchführung hat das Belegprinzip („keine Buchung ohne Beleg“), wonach für jede Buchung ein Buchungsbeleg erforderlich ist, der zur Dokumentation und zum Nachweis jedes einzelnen Geschäftsvorfalles dient und damit auch anzeigt, wer innerhalb des Unternehmens zur Erfassung des jeweiligen Geschäftsvorfalles autorisiert war.¹⁵⁹

a) Ordnungsgemäße Führung der laufenden Bücher

Die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung beinhalten die auf bestimmten Methoden, Verfahren und Techniken basierende Aufzeichnung von Geschäftsvorgängen im Unternehmen unter Berücksichtigung der geltenden Standards und allgemeiner Prinzipien.¹⁶⁰ Buchführung bedeutet daher allgemein, dass alle Geschäftsvorfälle in einem kaufmännischen Unternehmen durchgehend, systematisch und in Geldgrößen aufgezeichnet werden.¹⁶¹ Für eine ordnungsgemäße Führung der laufenden Bücher ist gem. § 238 Abs. 1 HGB erforderlich, eine präzise Aufstellung der laufenden Geschäftsvorfälle vorzunehmen, die gem. § 239 Abs. 2 HGB insbesondere vollständig, richtig, zeitgerecht und geordnet zu erfolgen hat. Dies unterfällt der ordnungsmäßigen Buchführung im engeren Sinne.¹⁶² Geschäftsvorfälle als buchungstechnische Ereignisse führen zu einer

¹⁵⁸ Baumbach/Hopt/Merkt, HGB, § 238 Rn. 12; Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 41 Rn. 9; Ballwieser, in: MüKoHGB, § 238 Rn. 31.

¹⁵⁹ Winkeljohann/Klein, in: Beck-BilKomm, § 238 HGB Rn. 86; Böcking/Gros, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 238 Rn. 21; Morck, in: Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB, § 238 Rn. 9; Ballwieser, in: MüKoHGB, § 238 Rn. 39.

¹⁶⁰ Kanitz, Bilanzkunde für Juristen, Rn. 21; Zinser, in: Wimmer/Dauernheim/Wagner/Gietl, Hdb FA Insolvenzrecht, Kap. 23 Rn. 36.

¹⁶¹ Winkeljohann/Klein, in: Beck-BilKomm, § 238 HGB Rn. 59; Böcking/Gros, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 238 Rn. 21; Ballwieser, in: MüKoHGB, § 238 Rn. 16.

¹⁶² Fleischer, in: MüKoGmbHG, § 41 Rn. 5; eine nicht so feine Differenzierung in Buchführung i.e.S. und i.w.S. vornehmend Michalski/Sigloch/Weber, GmbHG, § 41 Rn. 3.

Veränderung des kaufmännischen Vermögens¹⁶³ und werden im Jahresabschluss erfasst,¹⁶⁴ wobei im Rahmen ordnungsgemäßer Buchführung auch schon die schwebenden Geschäfte zu erfassen sind, die noch keine unmittelbare Auswirkung auf die Höhe und Struktur des Vermögens haben.¹⁶⁵ Gem. § 239 Abs. 3 HGB dürfen keine Veränderungen an den Aufzeichnungen vorgenommen werden, durch die der ursprüngliche Inhalt nicht mehr zu erkennen ist. Zur ordnungsgemäßen Buchführung gehört umfassend neben einer Aufstellung des Inventars und des mit einem Anhang versehenen Jahresabschlusses auch die Aufstellung eines Lageberichts. Die genauen Inhalte werden nachfolgend untersucht.

b) Aufstellung eines Inventars gem. § 240 HGB

Neben einer ordnungsgemäßen Führung der laufenden Bücher ist gem. § 240 HGB zu Beginn und Ende des Geschäftsjahrs die Aufstellung eines Inventars erforderlich. In diesem müssen alle Vermögensgegenstände und Schulden des Unternehmens exakt verzeichnet und der Wert der Vermögensgegenstände sorgfältig erfasst werden.¹⁶⁶ Diese zu verzeichnenden Vermögensgegenstände sind jedoch nur die auf der Aktivseite der Bilanz ausgewiesenen Gegenstände wie Grundstücke, Forderungen, liquide Mittel und sonstige immaterielle Vermögenswerte.¹⁶⁷ Die Aufstellung des Inventars muss nicht durch den Geschäftsführer der GmbH selbst vorgenommen werden, er kann auch diese Aufgabe im Rahmen der Organisation der Buchführung delegieren. Jedoch ist es auch an dieser Stelle hilfreich, wenn der Geschäftsführer selbst zumindest grundlegende Kenntnisse hinsichtlich der Inventarisierung aufweisen kann, um sich selbst ein Bild von der Vollständigkeit und Richtigkeit der Angaben machen zu können.

¹⁶³ *Winkeljohann/Klein*, in: Beck-BilKomm, § 238 HGB Rn. 62; *Böcking/Gros*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 238 Rn. 21.

¹⁶⁴ *Ballwieser*, in: MüKoHGB, § 238 Rn. 17.

¹⁶⁵ *Ballwieser*, in: MüKoHGB, § 238 Rn. 17.

¹⁶⁶ *Michalski/Sigloch/Weber*, GmbHG, § 41 Rn. 3.

¹⁶⁷ *Morck*, in: Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB, § 240 Rn. 1; *Zinser*, in: Wimmer/Dauernheim/Wagner/Gietl, Hdb FA Insolvenzrecht, Kap. 23 Rn. 36.

c) **Aufstellung des Jahresabschlusses**

Die Bilanzierung und Bewertung in einem Unternehmen richtet sich nach den Strukturprinzipien des im HGB normierten und durch das BilMoG¹⁶⁸ reformierten Bilanzrechts. Nach § 242 Abs. 1 S. 1 HGB ist jeder Kaufmann verpflichtet, zu Beginn und Ende jedes Geschäftsjahres eine Eröffnungsbilanz aufzustellen. Unter Eröffnungsbilanz und Bilanz ist gem. § 242 Abs. 1 S. 1 HGB ein stichtagsbezogener Abschluss zu verstehen, der das Vermögen und die Schulden des Kaufmanns gegenüberstellt,¹⁶⁹ wobei die Eröffnungsbilanz zu Beginn des Handelsgewerbes und die Bilanz oder Jahresbilanz am Ende eines Geschäftsjahres aufzustellen ist.¹⁷⁰ Für die Aufstellung des Jahresabschlusses gilt § 242 HGB i.V.m. § 42 GmbHG. Gem. § 242 Abs. 3 HGB besteht der Jahresabschluss eines Unternehmens aus der zu erstellenden Bilanz gem. § 242 Abs. 1 HGB und der Gewinn- und Verlustrechnung (GuV) gem. §§ 242 Abs. 2, 275 ff. HGB. Der Jahresabschluss muss gem. § 242 Abs. 1 HGB im öffentlichen Interesse aufgestellt werden, fungiert aber zugleich auch als Mittel der Rechenschaftslegung gegenüber den Gesellschaftern und Gläubigern und setzt den Maßstab für die gesellschaftsrechtliche Gewinnverteilung.¹⁷¹ Die Aufstellung des Jahresabschlusses ist gem. § 243 Abs. 1 HGB entsprechend den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung durchzuführen. Insofern entsteht an dieser Stelle eine Verbindung zwischen Handels- und Gesellschaftsrecht, da die allgemeine Pflicht des Kaufmanns zur Aufstellung des Jahresabschlusses nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung durch § 41 GmbHG flankiert wird und diese Pflicht ausdrücklich dem Geschäftsführer einer GmbH zugewiesen ist.

¹⁶⁸ Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG) v. 25. Mai 2009, BGBl. I S. 1102.

¹⁶⁹ *Ballwieser*, in: MüKoHGB, § 242 Rn. 6.

¹⁷⁰ *Baumbach/Hopt/Merkt*, HGB, § 242 Rn. 1; *Morck*, in: Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB, § 242 Rn. 1 f.; *Ballwieser*, in: MüKoHGB, § 242 Rn. 13.

¹⁷¹ *Morck*, in: Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB, § 242 Rn. 2; *Ballwieser*, in: MüKoHGB, § 238 Rn. 1.

aa) Bilanz

Grundsätzliche Regelungen zum Bilanzansatz finden sich in den §§ 246-251 HGB. Die einzelnen Inhalte der Bilanz sind in § 247 HGB festgelegt und umfassen neben Anlage- und Umlaufvermögen das Eigenkapital, die Schulden sowie Rechnungsabgrenzungsposten. Gem. § 247 Abs. 2 HGB sind beim Anlagevermögen nur diejenigen Gegenstände auszuweisen, die bestimmt sind, dauernd dem Geschäftsbetrieb zu dienen. Hierfür ist die Zweckbestimmung des Gegenstands entscheidend,¹⁷² der sich entsprechend dem Stichtagsprinzip an den Verhältnissen des Abschlussstichtags orientiert und wertaufhellende Faktoren beachten muss.¹⁷³ Die Bilanz einer GmbH weist gem. § 266 Abs. 2 HGB auf der Aktivseite unter dem Anlagevermögen neben immateriellen Vermögensgegenständen wie z.B. gewerblichen Schutzrechten, Lizenzen oder dem Geschäfts- und Firmenwert die Sachanlagen aus, worunter u.a. Grundstücke und technische Anlagen fallen. Ebenfalls dem Anlagevermögen zuzurechnen sind die Finanzanlagen, die beispielsweise aus Anteilen an verbundenen Unternehmen und Wertpapieren des Anlagevermögens bestehen können. Dem Umlaufvermögen zuzuordnen ist demgegenüber all das Vermögen, das nicht zum Anlagevermögen zählt.¹⁷⁴ Unter dem Umlaufvermögen auszuweisen sind daher Vorräte wie beispielsweise Roh- und Betriebsstoffe und fertige Erzeugnisse, Forderungen und sonstige Vermögensgegenstände sowie Wertpapiere und letztlich der Kassenbestand, Guthaben bei Kreditinstituten und Schecks. Weiterhin auf der Aktivseite auszuweisen sind Rechnungsabgrenzungsposten, aktive latente Steuern sowie der aktive Unterschiedsbetrag aus der Vermögensverrechnung. Die Passivseite der Bilanz weist gem. § 266 Abs. 3 HGB neben Eigenkapital, Rückstellungen und Verbindlichkeiten ebenfalls Rechnungsabgrenzungsposten auf sowie passive latente Steuern. Dem Eigenkapital zuzurechnen sind dabei das gezeichnete Kapital, Kapitalrücklagen, Gewinnrücklagen, Ge-

¹⁷² Baumbach/Hopt/Merkt, HGB, § 247 Rn. 5; Morck, in: Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB, § 247 Rn. 4; Ballwieser, in: MüKoHGB, § 247 Rn. 14.

¹⁷³ Kanitz, Bilanzkunde für Juristen, Rn. 385.

¹⁷⁴ Baumbach/Hopt/Merkt, HGB, § 247 Rn. 4; Morck, in: Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB, § 247 Rn. 5.

winn- und Verlustvortrag sowie der Jahresüberschuss bzw. der Jahresfehlbetrag.¹⁷⁵

(1) Bilanzierungs- und Bewertungsgrundsätze

Während die Vorschriften zum Bilanzansatz (§§ 246-251, 266-278 HGB) regeln, welche Posten in der Bilanz ausgewiesen werden können oder müssen, setzen die Bewertungsvorschriften (§§ 252-256 HGB) fest, mit welchem Wert diese Posten angesetzt werden können oder müssen. Daher wird letztlich unterschieden zwischen Bilanzfähigkeit und Bilanzpflichtigkeit einerseits, die das *Ob* der Bilanzierung betreffen, und der Bewertung andererseits, die das *Wie* der Bilanzierung betrifft.¹⁷⁶ Die grundlegenden Prinzipien ordnungsgemäßer Buchführung und Bilanzierung werden im Folgenden näher skizziert.

(a) Die Generalnorm des „True and fair view“

Nach § 264 Abs. 2 HGB muss der Jahresabschluss einer Kapitalgesellschaft unter Beachtung der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens vermitteln. Dieses auch als „Einblicksgebot“ bezeichnete grundlegende Prinzip des „*true and fair view*“ basiert auf dem angelsächsischen System der Rechnungslegung, kann aber im deutschen Bilanzrecht der Kapitalgesellschaften, welches sich streng an den gesetzlichen Bilanzierungsvorschriften des HGB ausrichtet, nicht als „*overriding principle*“, sondern höchstens als Auffangnorm und Auslegungshilfe dienen.¹⁷⁷ Gesetzlich

¹⁷⁵ Eine sehr anschauliche Übersicht über die Aktiv- und Passivseite der Bilanz einer GmbH findet sich bei Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 42 zwischen Rn. 19 und 20, bei Kanitz, Bilanzkunde für Juristen Rn. 375 sowie bei Winter/Marx, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 42 Rn. 13 f.

¹⁷⁶ Baumbach/Hopt/Merkt, HGB, § 246 Rn. 2.

¹⁷⁷ Baumbach/Hopt/Merkt, HGB, § 243 Rn. 5; Kanitz, Bilanzkunde für Juristen, Rn. 262; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 42 Rn. 40; Ballwieser, in: MüKoHGB, § 243 Rn. 13, der den Begriff des „*true and fair view*“ nicht dem allgemeinen Kaufmannsrecht zuordnet und daher eine klare sprachliche Abgrenzung zu den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung fordert.

ermöglichte Ansatz- und Bewertungswahlrechte bleiben von dem Einblicksgebot unberührt.¹⁷⁸

(b) Vollständigkeitsgebot und Bilanzwahrheit

Eine der grundlegenden Ansatzvorschriften des HGB ist das Vollständigkeitsgebot nach § 246 Abs. 1 S. 1 HGB, wonach der Jahresabschluss sämtliche Vermögensgegenstände, Schulden, Rechnungsabgrenzungsposten sowie Aufwendungen und Erträge enthalten muss, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist. Das Vollständigkeitsgebot erfordert eine präzise Dokumentation der Beschaffungs- und Absatzvorgänge unter Zugrundelegung der gem. § 238 Abs. 1 HGB geführten Handelsbücher, um genau zu prüfen, welche Posten dem Unternehmen zugerechnet werden.¹⁷⁹ Das auch als Grundsatz der Bilanzvollständigkeit bezeichnete Vollständigkeitsgebot ist Ausfluss der sog. Bilanzwahrheit, wonach die Bilanz zwar nicht die objektive Wahrheit in Form der tatsächlichen Vermögenslage des Unternehmens darstellen, jedoch materiell richtig sein muss und keine fingierten Werte enthalten darf.¹⁸⁰

(c) Verrechnungsverbot und Bilanzklarheit

Ein weiteres wesentliches Ansatzprinzip der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung ist das in § 246 Abs. 2 HGB kodifizierte Verrechnungsverbot, wonach weder Aktivposten mit Passivposten, Aufwendungen mit Erträgen noch Grundstücksrechte mit Grundstückslasten verrechnet werden dürfen. Dieses Saldierungsverbot ist Ausfluss des Prinzips der Bilanzklarheit aus § 243 Abs. 2 HGB.¹⁸¹ Durch Einhaltung des Verrechnungsverbots wird auch dem Vollständigkeitsgebot Rechnung getragen, da danach u.a. gerade alle Aufwendungen und Erträge eindeutig im Jahresabschluss dargestellt werden müssen, was bei einer Saldierung nicht mehr gewährleistet wäre. Der Grundsatz der Bilanzwahrheit stellt außerdem klar, dass Kapitalgesellschaften von den gesetzli-

¹⁷⁸ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 42 Rn. 40.

¹⁷⁹ Kanitz, Bilanzkunde für Juristen, Rn. 271.

¹⁸⁰ Baumbach/Hopt/Merkt, HGB, § 243 Rn. 5.

¹⁸¹ Baumbach/Hopt/Merkt, HGB, § 243 Rn. 4; Kanitz, Bilanzkunde für Juristen, Rn. 281.

chen Gliederungsvorschriften der §§ 265, 266, 268, 275-277 HGB grundsätzlich nicht abweichen dürfen.¹⁸² Der Grundsatz der Bilanzklarheit erfordert nicht nur, dass ein einmal ausgewähltes Gliederungsschema der Bilanz und GuV fortgeführt wird, sondern dass auch die einzelnen Posten des Jahresabschlusses eindeutig bezeichnet werden müssen.¹⁸³

(d) Prinzip der Bilanzidentität

Die Norm des § 252 HGB normiert die zentralen allgemeinen Bewertungsgrundsätze. Nach § 252 Abs. 1 Nr. 1 HGB müssen die Wertansätze in der Eröffnungsbilanz des Geschäftsjahres mit denen der Schlussbilanz des vorhergehenden Geschäftsjahres übereinstimmen. Dieses Prinzip der Bilanzidentität stellt einen formellen Bilanzen-Zusammenhang dar¹⁸⁴ und verwirklicht die fortlaufende Buchführung.¹⁸⁵ Dabei ist zu beachten, dass die „Eröffnungsbilanz des Unternehmens“ nach § 252 Abs. 1 Nr. 1 HGB die Saldovorträge auf den Bestandskonten meint, sodass die Geschäftsjahresbilanz an die Vorjahresbilanz anknüpft.¹⁸⁶ Der Totalgewinn eines Unternehmens muss sich mit der Summe der Periodengewinne decken, daher ist die Bilanzidentität erforderlich.¹⁸⁷

(e) Fortführungsprinzip („Going Concern“)

Bei der Bewertung der im Jahresabschluss auszuweisenden Vermögensgegenstände ist gem. § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB grundsätzlich von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit auszugehen, sofern dem nicht tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstehen. Von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit ist dann auszugehen, wenn das Unternehmen aus Sicht eines vernünftigen Kaufmanns seine Tätigkeit als werbendes Unternehmen für eine absehbare

¹⁸² Baumbach/Hopt/Merkt, HGB, § 243 Rn. 4.

¹⁸³ Morck, in: Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB, § 243 Rn. 4.

¹⁸⁴ Kanitz, Bilanzkunde für Juristen, Rn. 358.

¹⁸⁵ Baumbach/Hopt/Merkt, HGB, § 243 Rn. 7.

¹⁸⁶ Kanitz, Bilanzkunde für Juristen, Rn. 358.

¹⁸⁷ Sog. *Kongruenzprinzip*, siehe Ballwieser, in: MüKoHGB, § 252 Rn. 5.

Zeit von mindestens zwölf Monaten aufrechterhalten kann.¹⁸⁸ Die Anwendung des „*Going Concern*“ – Grundsatzes verhindert eine Bewertung der Vermögensgegenstände mit Zerschlagungs- oder Liquidationswerten und hat damit in der Konsequenz auch Auswirkungen auf den Bilanzansatz, da bestimmte Schulden hiernach nicht zum Ansatz kommen.¹⁸⁹ Erforderlich ist dementsprechend die Durchführung einer Fortführungsprognose für die Gesellschaft, wobei der Geschäftsführer einer GmbH im Falle eines positiven Ergebnisses den Ansatz von Vermögensgegenständen mit Fortführungswerten anordnen kann, im Falle einer negativen Prognose jedoch gehalten ist, eine Bewertung nach Liquidations- bzw. Veräußerungswerten vorzunehmen. Tatsächliche Gegebenheiten, die einer Unternehmensfortführung widersprechen, sind beispielsweise Zahlungsunfähigkeit¹⁹⁰ oder der hälftige Verlust des Stammkapitals¹⁹¹. Auch an dieser Stelle zeigt sich die Verknüpfung verschiedener Pflichten des Geschäftsführers einer GmbH, da er bei hälftigem Verlust des Stammkapitals nur eine negative Fortführungsprognose für die Unternehmenstätigkeit abgeben kann, folglich bei der Bewertung von Vermögensgegenständen Liquidationswerte ansetzen muss und damit in der Konsequenz nach § 49 Abs. 3 GmbHG gehalten ist, die Gesellschafterversammlung einzuberufen.

(f) Stichtagsprinzip und Einzelbewertung

Das Stichtagsprinzip findet seine gesetzliche Kodifizierung in § 243 Abs. 3 HGB i.V.m. § 252 Abs. 1 Nr. 3 HGB und regelt den Ansatz- und Bewertungszeitpunkt von Vermögensgegenständen und Schulden. Die Stichtagsbezogenheit bedeutet, dass der Bewertung die Wertverhältnisse zum Abschlussstichtag zugrunde gelegt werden und grundsätzlich alle bis zu diesem Stichtag eingetre-

¹⁸⁸ *Winkeljohann/Büssow*, in: BeckBil-Komm, § 252 HGB Rn. 11; *Kanitz*, Bilanzkunde für Juristen, Rn. 266; *Morck*, in: Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB, § 252 Rn. 3; *Ballwieser*, in: MüKoHGB, § 252 Rn. 10.

¹⁸⁹ *Ballwieser*, in: MüKoHGB, § 243 Rn. 16.

¹⁹⁰ *Baumbach/Hopt/Merkt*, HGB, § 252 Rn. 7; *Ballwieser*, in: MüKoHGB, § 252 Rn. 11.

¹⁹¹ *Baumbach/Hopt/Merkt*, HGB, § 252 Rn. 7; *Winkeljohann/Büssow*, in: BeckBil-Komm, § 252 HGB Rn. 15, die als weiteres Beispiel die fehlende Finanzierungsmöglichkeit neuer, zur Aufrechterhaltung der Konkurrenzfähigkeit erforderlicher Herstellungsverfahren anführen.

tenen wertbeeinflussenden Faktoren Berücksichtigung finden müssen. Ereignisse, die sich nach dem Stichtag ergeben, bleiben unberücksichtigt, es sei denn, dass diese Ereignisse Wertveränderungen herbeiführen.¹⁹² Derartige Wertveränderungen können durch wertaufhellende Tatsachen eintreten, welche als Ereignisse zu qualifizieren sind, die erst nach dem Stichtag bekannt werden, ihren Ursprung aber schon vor dem Stichtag hatten.¹⁹³ Dies kann beispielsweise ein Forderungsausfall wegen Insolvenz des Schuldners sein.¹⁹⁴ Wertaufhellende Tatsachen finden in der Bilanz Berücksichtigung, wertbeeinflussende Tatsachen, die erst nach dem Stichtag eintreten, hingegen nicht.¹⁹⁵ Einzelbewertung bedeutet in dem Zusammenhang, dass jeder Vermögensgegenstand und jeder Schuldposten einzeln zu bewerten ist und es keine Verrechnung von Wertminderungen bei einem Vermögensgegenstand mit Wertsteigerungen bei einem anderen Vermögensgegenstand geben darf. Dadurch schlägt sich das Verrechnungsverbot des § 246 Abs. 2 S. 1 HGB nicht nur im Ansatz, sondern in der Ausprägung der Einzelbewertung auch in der Bewertung von Vermögensgegenständen nieder.¹⁹⁶

(g) Vorsichtsprinzip

Das allgemeine Gebot der Bewertungsvorsicht ist in § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB normiert und besagt, dass Vermögensgegenstände und Schulden vorsichtig zu bewerten sind. Der Grundsatz der Bewertungsvorsicht soll in erster Linie dem Gläubigerschutz dienen, sodass die Bilanz nur im Rahmen des Erlaubten „verbessert“ werden darf.¹⁹⁷ Das Vorsichtsprinzip lässt sich unterteilen in das *Impa-*

¹⁹² Baumbach/Hopt/Merkt, HGB, § 252 Rn. 8; Morck, in: Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB, § 252 Rn. 4.

¹⁹³ Baumbach/Hopt/Merkt, HGB, § 252 Rn. 8; Morck, in: Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB, § 252 Rn. 4; „Wertaufhellungsprinzip“, siehe Ballwieser, in: MüKoHGB, § 252 Rn. 48.

¹⁹⁴ Baumbach/Hopt/Merkt, HGB, § 252 Rn. 8; Morck, in: Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB, § 252 Rn. 4.

¹⁹⁵ Baumbach/Hopt/Merkt, HGB, § 252 Rn. 8; Morck, in: Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB, § 252 Rn. 4; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 42 Rn. 29.

¹⁹⁶ Baumbach/Hopt/Merkt, HGB, § 252 Rn. 9; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 42 Rn. 29; Ballwieser, in: MüKoHGB, § 252 Rn. 20.

¹⁹⁷ BGH NJW 1982, 2823, 2825 zur Prospekthaftung wegen Verbesserung des Bilanzbildes.

ritätsprinzip nach § 252 Abs. 1 Nr. 4, 1. Hs. HGB und das *Realisationsprinzip* nach § 252 Abs. 1 Nr. 4, 2. Hs. HGB. Das *Imparitätsprinzip* verlangt die Antizipation aller vorhersehbaren Risiken und Verluste, die zwar noch nicht realisiert, aber bis zum Abschlussstichtag entstanden sind (sog. *Verlustantizipation*); nicht antizipiert werden dürfen hingegen erwartete Gewinnbeiträge.¹⁹⁸ Aufgrund der Vielzahl möglicher Risikofaktoren kann jedoch nur eine Antizipation derjenigen Risiken und Verluste verlangt werden, die allgemein in der Geschäftstätigkeit üblich sind, nicht aber solche, die bei höchstem Zeit- und Kostenansatz hätten erkannt werden können.¹⁹⁹ Das Realisationsprinzip nach § 252 Abs. 1 Nr. 4, 2. Hs. HGB besagt, dass Gewinne nur zu berücksichtigen sind, wenn sie am Abschlussstichtag realisiert sind. Eine Gewinnrealisation erfolgt durch Umsatz am Markt und ist entgeltlich. Relevanter Zeitpunkt der Gewinnrealisation ist in aller Regel der Zeitpunkt der vollständigen Bewirkung der Hauptleistung des Sachleistungsverpflichteten.²⁰⁰

(h) Grundsatz der Periodenabgrenzung

Gem. § 252 Abs. 1 Nr. 5 HGB sind Aufwendungen und Erträge unabhängig vom Zeitpunkt der Zahlung in dem jeweiligen Geschäftsjahr im Jahresabschluss zu berücksichtigen. Dieser Grundsatz ist eng mit dem *Imparitäts-* und dem *Realisationsprinzip* aus § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB verbunden.²⁰¹ Eine Abweichung von diesem Grundsatz ist gem. § 252 Abs. 2 HGB nur in begründeten Ausnahmefällen möglich.

(i) Gebot der Bewertungsstetigkeit

Das Gebot der Bewertungsstetigkeit verlangt gem. § 252 Abs. 1 Nr. 6 HGB die Beibehaltung der Bewertungsmethode, sog. materielle Bilanzkontinuität.²⁰²

¹⁹⁸ Baumbach/Hopt/Merkt, HGB, § 252 Rn. 11; Morck, in: Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB, § 252 Rn. 5; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 42 Rn. 27; Ballwieser, in: MüKoHGB, § 252 Rn. 74.

¹⁹⁹ Ballwieser, in: MüKoHGB, § 252 Rn. 47.

²⁰⁰ Baumbach/Hopt/Merkt, HGB, § 252 Rn. 19.

²⁰¹ Baumbach/Hopt/Merkt, HGB, § 252 Rn. 23.

²⁰² Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 42 Rn. 28.

Dadurch wird eine Vergleichbarkeit der Jahresabschlüsse bezweckt.²⁰³ Im Kontext der Bewertungsstetigkeit zu sehen sind zusätzlich das Gebot der Ansatzstetigkeit nach § 246 Abs. 3 HGB, das durch das BilMoG eingeführt worden ist und die Beibehaltung der auf den vorhergehenden Jahresabschluss angewandten Ansatzmethoden verlangt, sowie das Gebot der Darstellungsstetigkeit nach § 265 Abs. 1 S. 1 HGB, das eine Kontinuität der Darstellung, insbesondere der Gliederung der aufeinanderfolgenden Bilanzen und GuV verlangt, soweit nicht in Ausnahmefällen aufgrund besonderer Umstände Abweichungen erforderlich sind.

(2) Vergleich zu Bewertungsansätzen nach § 49 GmbHG

Im Vergleich der Bewertung des Gesellschaftsvermögens nach § 49 Abs. 3 GmbHG mit den allgemeinen Bewertungsgrundsätzen im Rahmen der Aufstellung des Jahresabschlusses ist festzuhalten, dass bei beiden Bewertungsansätzen das Fortführungsprinzip („*Going Concern*“) von großer Bedeutung ist, bei der Aufstellung des Jahresabschlusses jedoch noch einige weitere Prinzipien zum Tragen kommen. Die Prüfung im Rahmen des § 49 Abs. 3 GmbHG, ob ein hälftiger Verlust des Stammkapitals eingetreten ist, hat sich an der ordentlichen Bewertungs- und Bilanzierungspraxis zu orientieren, sodass die Bewertung des Gesellschaftsvermögens nach § 49 Abs. 3 GmbHG keinen anderen Maßstäben unterworfen sein darf als die allgemeine Bewertung der Vermögensgegenstände und Schulden im Rahmen der Aufstellung des Jahresabschlusses.

(3) GmbH-spezifische Bilanzierungsgrundsätze

Die soeben skizzierten Grundprinzipien ordnungsgemäßer Buchführung nach HGB haben allgemeine Geltung. § 42 GmbHG ergänzt die handelsrechtlichen Bilanzierungsgrundsätze durch einige Sonderregelungen für die GmbH.

²⁰³ Kanitz, Bilanzkunde für Juristen, Rn. 360; Ballwieser, in: MüKoHGB, § 252 Rn. 78.

(a) Ausweis des Stammkapitals

Nach § 42 Abs. 1 GmbHG ist das Stammkapital der GmbH in der Bilanz als gezeichnetes Kapital auszuweisen. Es muss daher gem. § 266 Abs. 3 A I HGB als erster Posten der Passivseite unter dem Eigenkapital ausgewiesen werden. Dadurch soll diese Bilanzposition einfacher zu verstehen sein.²⁰⁴ Vor Geltung des BilMoG hatte die Gesellschaft im Fall noch ausstehender und noch nicht eingeforderter Einlagen auf das gezeichnete Kapital ein Wahlrecht, ob sie entweder einen Bruttoausweis führt, indem in der Hauptspalte das „Gezeichnete Kapital“ und auf der Aktivseite die ausstehenden Einlagen vor dem Anlagevermögen ausgewiesen wurden, oder ob das „Eingeforderte Kapital“ in der Hauptspalte auf der Passivseite ausgewiesen wurde, was nach einer offenen Absetzung des Betrags der noch ausstehenden, noch nicht eingeforderten Einlagen einen Nettoausweis in Form des Differenzbetrags zwischen dem in der Vorspalte aufgenommenen gezeichneten Kapital und dem abgesetzten Betrag der ausstehenden noch nicht eingeforderten Einlagen darstellte.²⁰⁵ Dieses Wahlrecht hat durch das BilMoG seine Geltung verloren, sodass nach heutigem Recht gem. § 272 Abs. 1 HGB zwingend ein Nettoausweis geführt werden muss.²⁰⁶ Somit sind die Posten „Gezeichnetes Kapital“ und „Nicht eingeforderte ausstehende Einlagen“ in der Vorspalte der Passivseite auszuweisen. Der nach Verrechnung dieser beiden Posten verbleibende Betrag wird unter dem Posten „Eingefordertes Kapital“ in der Hauptspalte der Passivseite ausgewiesen.²⁰⁷

(b) Nachschusskapital

Ist im Gesellschaftsvertrag eine Nachschusspflicht der Gesellschafter gem. § 26 GmbHG vereinbart worden und haben die Gesellschafter über die Einforderung beschlossen, regelt § 42 Abs. 2 GmbHG, dass der nachzuschießende Betrag auf

²⁰⁴ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 42 Rn. 46.

²⁰⁵ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 42 Rn. 6; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 42 Rn. 46.

²⁰⁶ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 42 Rn. 47; Kropff, in: MüKoBilanzR, HGB, § 272 Rn. 51.

²⁰⁷ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 42 Rn. 6.

der Aktivseite unter den Forderungen gesondert unter der Bezeichnung „Eingeforderte Nachschüsse“ auszuweisen ist, soweit mit der Zahlung gerechnet werden kann. Auf der Passivseite ist ein dem Aktivposten entsprechender Betrag in dem Posten „Kapitalrücklage“ gesondert auszuweisen. Die Norm des § 42 Abs. 2 GmbHG ergänzt die Vorschrift des § 272 Abs. 2 HGB und soll den Zweck des § 30 Abs. 2 GmbHG absichern, indem die der Gesellschaft aus dem Nachschusskapital zustehenden Werte von dem verteilungsfähigen Gewinn abgesondert werden.²⁰⁸

(c) Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern

Die GmbH kann mit ihren Gesellschaftern allgemein-schuldrechtliche Beziehungen eingehen. Nach § 42 Abs. 3 GmbHG sind derartige Beziehungen bilanziell gesondert darzustellen in der Form, dass Ausleihungen, Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschaftern jeweils eines gesonderten Ausweises oder einer Angabe im Anhang bedürfen. Sinn und Zweck der Norm ist die besondere Kenntlichmachung dieser Rechtsbeziehungen, die u.U. anders zu beurteilen sind als die Rechtsbeziehungen zu externen Dritten.²⁰⁹ Im Zuge des MoMiG gilt nunmehr gem. § 16 Abs. 1 GmbHG nur derjenige als Gesellschafter, der als solcher in der nach § 40 GmbHG im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Ob zwischen den drei Ausweisvarianten des bilanziellen gesonderten Ausweises, der Angabe im Anhang oder des Ausweises unter anderen Posten ein Wahlrecht besteht²¹⁰ oder ob vorrangig vor einer Angabe im Anhang ein bilanzieller Ausweis erfolgen muss²¹¹ ist zwar umstritten, soll an dieser Stelle jedoch nicht eingehender untersucht werden.

²⁰⁸ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 42 Rn. 7; Scholz/Crezelius, GmbHG § 42 Rn. 12.

²⁰⁹ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 42 Rn. 11.

²¹⁰ Dies bejahend Scholz/Crezelius, GmbHG, § 42 Rn. 19.

²¹¹ So Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 42 Rn. 55; Fleischer, in: MüKoGmbHG, § 42 Rn. 23.

bb) Gewinn- und Verlustrechnung

Neben der Bilanz bildet die GuV gem. § 242 Abs. 3 HGB den zweiten Teil des Jahresabschlusses. Nähere Regelungen zur GuV finden sich in den §§ 275-278 HGB. Kleine GmbH, die der Größenordnung des § 267 Abs. 1 HGB unterfallen, müssen gem. § 326 Abs. 1 HGB nur die Bilanz und den Anhang einreichen, nicht jedoch die GuV. Von ihrer Funktion her erfüllt die GuV zum einen den Zweck der Information der Gesellschafter über Veränderungen innerhalb der vergangenen Rechnungslegungsperiode und bildet zum anderen die Grundlage für die gegenüber den Gesellschaftern abzulegende Rechenschaft.²¹² Ebenso wie die Bilanz muss auch die GuV gem. § 264 Abs. 2 HGB unter Beachtung der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens vermitteln. Das auch als Generalnorm bezeichnete Prinzip des „*true and fair view*“²¹³ kann jedoch bei der GuV ebenso wie bei der Bilanz nur als Auslegungshilfe herangezogen werden. Gem. § 275 Abs. 1 HGB ist die GuV in Staffelform nach dem Gesamtkostenverfahren oder dem Umsatzkostenverfahren aufzustellen. Insofern erhält der zur Aufstellung des Jahresabschlusses Verpflichtete ein Wahlrecht, nach welchem Verfahren er die GuV aufstellen möchte.²¹⁴ Entsprechend dem Grundsatz der Gliederungsstetigkeit aus § 265 Abs. 1 HGB kann die Entscheidung für das eine oder das andere Verfahren nicht willkürlich geändert werden, sodass das einmal ausgewählte Verfahren grundsätzlich beizubehalten ist. Dies steht im Interesse der Vergleichbarkeit und soll nur Ausnahmen aus technischen oder rechtlichen Gründen ermöglichen.²¹⁵ Eine solche Ausnahme ist gem. § 265 Abs. 1 S. 2 HGB in jedem Fall anzugeben und zu begründen.

²¹² Kessler/Freisleben, in: MüKoBilanzR, HGB, § 275 Rn. 2.

²¹³ Siehe dazu ausführlicher unter 2. Teil § 4 B. II. 3. c) aa) (1) (a).

²¹⁴ Baumbach/Hopt/Merkt, HGB, § 275 Rn. 1; Winter/Marx, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 42a Rn. 6; Kanitz, Bilanzkunde für Juristen, Rn. 698; Kessler/Freisleben, in: MüKoBilanzR, HGB, § 275 Rn. 20.

²¹⁵ Kessler/Freisleben, in: MüKoBilanzR, HGB, § 275 Rn. 21.

(1) Gesamtkostenverfahren

Die inhaltliche Gliederung im Rahmen des Gesamtkostenverfahrens richtet sich nach § 275 Abs. 2 HGB. Danach müssen die Umsatzerlöse, eine Erhöhung oder Verminderung des Bestands an fertigen und unfertigen Erzeugnissen, andere aktivierte Eigenleistungen, sonstige betriebliche Erträge, Materialaufwand, Personalaufwand, Abschreibungen sowie sonstige betriebliche Aufwendungen ausgewiesen werden, die zunächst das „Betriebsergebnis“ darstellen. Weiterhin aufzustellen sind Erträge aus Beteiligungen, Erträge aus anderen Wertpapieren und Ausleihungen des Finanzanlagevermögens, sonstige Zinsen und ähnliche Erträge, Abschreibungen auf Finanzanlagen und auf Wertpapiere des Umlaufvermögens sowie Zinsen und ähnliche Aufwendungen. Diese Posten bilden das „Finanzergebnis“. Schließlich erfolgt ein Ausweis des Ergebnisses der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit, der außerordentlichen Erträge, der außerordentlichen Aufwendungen, des außerordentlichen Ergebnisses, der Steuern vom Einkommen und vom Ertrag, sonstiger Steuern sowie letztlich die Angabe eines Jahresüberschusses oder eines Jahresfehlbetrages.²¹⁶

(2) Umsatzkostenverfahren

Das Umsatzkostenverfahren unterscheidet sich vom Gesamtkostenverfahren nur hinsichtlich der ersten Posten, die das „Betriebsergebnis“ darstellen. Hier sind im Rahmen des Umsatzkostenverfahrens die Umsatzerlöse, die Herstellungskosten der zur Erzielung der Umsatzerlöse erbrachten Leistungen, das Bruttoergebnis vom Umsatz, Vertriebskosten, allgemeine Verwaltungskosten, sonstige betriebliche Erträge sowie sonstige betriebliche Aufwendungen auszuweisen.²¹⁷ Das Umsatzkostenverfahren stellt den getätigten Umsätzen die hierfür verwendeten Herstellungskosten gegenüber, unabhängig vom Zeitpunkt

²¹⁶ Siehe dazu auch die vergleichende Übersicht bei *Kanitz*, Bilanzkunde für Juristen, Rn. 703.

²¹⁷ Siehe auch dazu die vergleichende Übersicht bei *Kanitz*, Bilanzkunde für Juristen, Rn. 703.

deren Anfallens, und gliedert den Aufwand nicht nach Aufwandsarten, sondern vordergründig nach Funktionsbereichen.²¹⁸

(3) Gemeinsamkeiten und Unterschiede beider Verfahrensarten

Sowohl dem Gesamtkostenverfahren als auch dem Umsatzkostenverfahren liegt die Spaltung der Erfolgsrechnung in die drei Bestandteile „*Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit*“ nach § 275 Abs. 2 Nr. 13, Abs. 3 Nr. 13 HGB, „*außerordentliches Ergebnis*“ nach § 275 Abs. 2 Nr. 17, Abs. 3 Nr. 16 sowie „*Steuern vom Einkommen und vom Ertrag*“ nach § 275 Abs. 2 Nr. 18 und 19; Abs. 3 Nr. 17 und 18 HGB zugrunde. Die Erfolgsrechnung wird dadurch entsprechend der jeweiligen Verursachungsbereiche aufgeteilt.²¹⁹ Ohne vertieft die Vor- und Nachteile der beiden Verfahrensarten zu untersuchen, lässt sich festhalten, dass das Gesamtkostenverfahren sich für Unternehmen mit einfacher Organisationsstruktur eignet und das Umsatzkostenverfahren eher für Industrie- und Handelsbetriebe passend ist.²²⁰ Vorteile des Gesamtkostenverfahrens sind u.a. die Vermittlung der „Gesamtleistung“ der Rechnungsperiode, die Erkennbarkeit der Bedeutung der wesentlichen Kostenarten und eine höhere Transparenz der Periodenbezogenheit von Aufwendungen und Erträgen.²²¹ Auch gestaltet sich das Gesamtkostenverfahren weniger aufwendig als das Umsatzkostenverfahren, da beim Gesamtkostenverfahren die GuV unmittelbar aus der Finanzbuchhaltung ableitbar ist.²²² Demgegenüber weist das Umsatzkostenverfahren die Vorzüge auf, dass die Beziehung zwischen den Kosten der Leistungserbringung in der Periode und den Umsatzerlösen sichtbar gemacht wird, dass die Aufwandsentstehung nach betrieblichen Hauptfunktionen dargestellt wird und dass im Rahmen dieses Verfahrens eine internationale Ver-

²¹⁸ Böcking/Gros, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 275 Rn. 7; Winter/Marx, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 42a Rn. 8; Morck, in: Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB, § 275 Rn. 5.

²¹⁹ Kanitz, Bilanzkunde für Juristen, Rn. 693; Michalski/Sigloch/Weber, GmbHG, Anh. §§ 41-42a Rn. 1092.

²²⁰ Förtschle, in: BeckBil-Komm, § 275 Rn. 35; Kanitz, Bilanzkunde für Juristen, Rn. 701.

²²¹ Förtschle, in: BeckBil-Komm, § 275 Rn. 34; Kanitz, Bilanzkunde für Juristen, Rn. 701.

²²² Winter/Marx, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 42a Rn. 7 f.

gleichbarkeit ermöglicht wird.²²³ Letztlich ist festzuhalten, dass das Umsatzkostenverfahren international gebräuchlicher ist als das Gesamtkostenverfahren,²²⁴ jedoch beide Verfahren als gleichwertig anzusehen sind und die Entscheidung für das eine oder andere Verfahren von unterschiedlichen Faktoren abhängt, die das jeweilige Unternehmen beeinflussen.²²⁵

d) Anhang gem. § 284 HGB

Der Geschäftsführer einer GmbH ist als deren gesetzlicher Vertreter gem. § 264 Abs. 1 HGB dazu verpflichtet, den aufzustellenden Jahresabschluss um einen Anhang zu erweitern, der mit der Bilanz und der GuV eine Einheit bildet und deren einzelne Posten gem. § 284 HGB näher erläutert. Als dritter Teil des Jahresabschlusses übernimmt der Anhang neben einer Informations-, Erläuterungs- und Entlastungsfunktion auch eine Korrekturfunktion, falls der Jahresabschluss ohne den erläuternden Anhang nicht gem. § 264 Abs. 2 S. 2 HGB die tatsächlichen Verhältnisse entsprechend widerspiegeln würde.²²⁶ Zu unterscheiden sind Pflichtangaben, Wahlpflichtangaben und freiwillige Angaben im Anhang²²⁷, was an dieser Stelle jedoch keiner weiteren Ausführung bedarf. Der Anhang dient der Informationsvermittlung an alle Gesellschafter und Gläubiger und wird ergänzt durch das Auskunftsrecht des GmbH-Gesellschafters aus § 51a GmbHG.²²⁸ Fehlt der Anhang, zieht dies die Nichtigkeit des Jahresabschlusses und des darauf gestützten Gewinnverwendungsbeschlusses nach sich.²²⁹

²²³ *Kanitz*, Bilanzkunde für Juristen, Rn. 702.

²²⁴ *Baumbach/Hopt/Merkt*, HGB, § 275 Rn. 2; *Böcking/Gros*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, § 275 Rn. 8; *Winter/Marx*, in: *Gehrlein/Ekkenga/Simon*, GmbHG, § 42a Rn. 8.

²²⁵ *Förschle*, in: *BeckBil-Komm*, § 275 Rn. 36.

²²⁶ *Ellrott*, in: *BeckBil-Komm*, § 284 Rn. 6; *Böcking/Gros*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, § 284 Rn. 1, der die Korrekturfunktion auch als Ergänzungsfunktion bezeichnet; *Winter/Marx*, in: *Gehrlein/Ekkenga/Simon*, GmbHG, § 42a Rn. 10.

²²⁷ *Baumbach/Hopt/Merkt*, HGB, § 284 Rn. 2; *Morck*, in: *Koller/Kindler/Roth/Morck*, HGB, § 284 Rn. 1.

²²⁸ *Poelzig*, in: *MüKoHGB*, § 284 Rn. 2.

²²⁹ *Poelzig*, in: *MüKoHGB*, § 284 Rn. 4.

e) Lagebericht gem. § 289 HGB i.V.m. § 42a Abs. 1 GmbHG

Sofern die betroffene GmbH als mittelgroße oder große Kapitalgesellschaft i.S.d. § 267 HGB einzuordnen ist, ist ihr Geschäftsführer gem. § 264 Abs. 1 HGB auch verpflichtet, einen Lagebericht aufzustellen. Ebenso wie der Anhang soll der Lagebericht gem. § 289 HGB durch Darstellung des Geschäftsverlaufs einschließlich des Geschäftsergebnisses und der Lage der Kapitalgesellschaft ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild vermitteln. Während jedoch der Anhang das Zahlenwerk des Jahresabschlusses erläutert, soll der Lagebericht eine Übersicht über den Geschäftsverlauf und die wirtschaftliche Lage des Unternehmens geben.²³⁰ Der Lagebericht als „Rechenschaftsbericht der Geschäftsleitung“²³¹ geht über eine Betrachtung der vergangenen Geschäftsentwicklung hinaus und soll vielmehr gem. § 289 Abs. 1 S. 4 HGB auch zukünftige Geschäftsentwicklungen mit möglichen Chancen und Risiken aufnehmen.²³² Daher kommt dem Lagebericht ein Prognosecharakter zu, der vor allem qualitative Angaben bzgl. der zukünftigen Geschäftsentwicklung beinhalten wird.²³³ Dem Lagebericht kann daher eine große Bedeutung zukommen, wenn die Gesellschaft auf eine finanzielle Krise zusteuert und der Geschäftsführer entscheiden muss, ob die Zukunftsaussichten eine reelle Sanierungschance bieten oder ob er gem. § 15a Abs. 1 InsO Insolvenzantrag stellen muss. Zu bedenken ist hierbei allerdings, dass der Lagebericht anders als ein präziser Liquiditätsplan nicht die taggenaue finanzielle Situation der GmbH widerspiegeln kann, sodass er letztlich nur Einschätzungen für eine positive Fortführungsprognose bieten kann.

²³⁰ *Kessler*, in: MüKoBilanzR, HGB, § 284 Rn. 5; *Poelzig*, in: MüKoHGB, § 284 Rn. 1.

²³¹ *Winter/Marx*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 42a Rn. 13.

²³² *Böcking/Gros*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 289 Rn. 16; *Winter/Marx*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 42a Rn. 13.

²³³ *Böcking/Gros*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 289 Rn. 17.

f) Vorlage des Jahresabschlusses und des Lageberichts gem. § 42a GmbHG

Nach erfolgter Aufstellung und ggf. Prüfung des Jahresabschlusses sind die Geschäftsführer einer GmbH gem. § 42a Abs. 1 GmbHG verpflichtet, den Jahresabschluss und den Lagebericht der Gesellschafterversammlung vorzulegen, damit diese über die Feststellung des Jahresabschlusses beschließen kann. Zur Vorlage muss der Geschäftsführer nicht erst seitens der Gesellschafter aufgefordert werden, vielmehr muss er selbst von sich aus tätig werden.²³⁴ Sofern die Gesellschafter eine Erläuterung der Unterlagen verlangen, ist der Geschäftsführer analog § 176 Abs. 1 S. 2 AktG auch dazu verpflichtet.²³⁵ Kommt der Geschäftsführer seiner Auskunftspflicht nicht nach, haftet er der Gesellschaft gegenüber auf Schadensersatz nach § 43 GmbHG, nicht jedoch gegenüber den Gesellschaftern, da die Norm des § 51a GmbHG nicht als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB zu klassifizieren ist und eine anderweitige Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB ebenfalls nicht zum Tragen kommt.²³⁶

aa) Art und Weise der Vorlage

Auf welche Art und Weise die Vorlage des Jahresabschlusses und des Lageberichts zu erfolgen hat, wird unterschiedlich beurteilt. Einerseits wird vertreten, dass jedem Gesellschafter ein Recht auf Aushändigung der Unterlagen zusteht, um sich angemessen an der Feststellung des Jahresabschlusses beteiligen zu können.²³⁷ Nach anderer Auffassung müssen die Unterlagen den Gesellschaftern ohne Verlangen zugeschickt werden.²³⁸ Schließlich wird vertreten, dass eine Aushändigung der Unterlagen stets ein entsprechendes Verlangen der Ge-

²³⁴ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 42a Rn. 8; Scholz/Crezelius, GmbHG, § 42a Rn. 4.

²³⁵ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 42a Rn. 3; Winter/Marx, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 42a Rn. 40; Hk-GmbHG/Bayer, § 42a Rn. 16; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 42a Rn. 33; Fleischer, in: MüKoGmbHG, § 42a Rn. 7.

²³⁶ Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, § 51a Rn. 51; Diekmann/Marsch-Barner, in: Münchener Hdb GesR III, § 45 Rn. 33.

²³⁷ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 42a Rn. 10; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 42a Rn. 16 ff.; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 42a Rn. 30.

²³⁸ OLG Frankfurt BB 1977, 1016; Hommelhoff, ZGR 1986, 418, 423 m.w.N.

sellschafter erfordert.²³⁹ Die Möglichkeit der Aushändigung nur auf einen überschaubaren Gesellschafterkreis zu beschränken, erscheint aufgrund der begrifflichen Ungenauigkeit jedoch schwierig und ist daher abzulehnen.²⁴⁰ Um den Rahmen für die Ausgestaltung der Vorlagepflicht bestimmen zu können, ist der Sinn und Zweck dieser Pflicht näher zu betrachten. Die Vorlage von Jahresabschluss und Lagebericht an die Gesellschafterversammlung soll die Gesellschafter umfassend informieren, zu deren Willensbildung beitragen und so neben einer Vorbereitung der Ergebnisverwendung die Feststellung des Jahresabschlusses ermöglichen. Hierfür ist es erforderlich, dass die Gesellschafter eine umfassende Möglichkeit der Kenntnisnahme der Unterlagen bekommen. Ob dazu jedem einzelnen Gesellschafter die Unterlagen ausgehändigt werden müssen oder ob es genügt, die Unterlagen einem gewählten Sprecher zukommen zu lassen,²⁴¹ kann letztlich dahinstehen, solange jedem Gesellschafter die Möglichkeit der Einsichtnahme in den Geschäftsräumen der Gesellschaft sowie die Anfertigung von Fotokopien ermöglicht wird.²⁴²

bb) Informationsverweigerung durch die Geschäftsführung

Unabhängig von dem Recht der Gesellschafter, Einsicht in die Unterlagen zu nehmen, ist fraglich, ob der Geschäftsführung unter bestimmten Umständen ein Recht zusteht, die Vorlage der Unterlagen zu verweigern. Eine Vorlageverweigerung kann dann seitens der Geschäftsführung erwünscht sein, wenn an bestimmten Informationen ein besonderes Geheimhaltungsinteresse besteht. Dies wird insbesondere hinsichtlich des Prüfungsberichts des Abschlussprüfers vertreten, welcher nicht nach §§ 325 ff. HGB zu veröffentlichen ist und hochsen-

²³⁹ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 42a Rn. 10; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 42a Rn. 18.

²⁴⁰ So zutreffend Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 42a Rn. 10; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 42a Rn. 30; für die Zumutbarkeit der Aushändigung jedenfalls in einem überschaubaren Gesellschafterkreis aber Scholz/Crezelius, GmbHG, § 42a Rn. 11.

²⁴¹ Dies bejahen Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 42a Rn. 9 sowie Winter/Marx, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 42a Rn. 42; Diekmann/Marsch-Barner, in: Münchener Hdb GesR III, § 45 Rn. 25.

²⁴² Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 42a Rn. 9; Winter/Marx, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 42a Rn. 42; Diekmann/Marsch-Barner, in: Münchener Hdb GesR III, § 45 Rn. 25.

sible Informationen beinhaltet, die nicht für die breite Öffentlichkeit bestimmt sind.²⁴³ Eine Verweigerung der Vorlage erscheint dann gerechtfertigt, wenn zu befürchten ist, dass einzelne Gesellschafter die erhaltenen Informationen zu gesellschaftsfremden Zwecken einsetzen und dadurch der Gesellschaft Nachteile zufügen könnten.²⁴⁴ Auch wenn grundsätzlich alle Gesellschafter aufgrund ihrer gesellschafterlichen Treuepflicht gehalten sind, mit den erhaltenen Unterlagen vertraulich umzugehen,²⁴⁵ kann im Fall der Aushändigung von Fotokopien der Unterlagen eine erhöhte Missbrauchsgefahr dahingehend bestehen, dass die vertraulichen Informationen unbefugt an Dritte weitergegeben werden.²⁴⁶ Die Haftung eines Gesellschafters wegen Treuepflichtverletzung bei gesellschaftsschädlicher Weitergabe der vertraulichen Informationen²⁴⁷ vermag einen einmal eingetretenen Schaden, insbesondere eine negative Reputation in der Öffentlichkeit, kaum zu kompensieren. Aufgrund des Informationsinteresses der Gesellschafter an den Inhalten des Jahresabschlusses und des Lageberichts wird eine völlige Vorlageverweigerung nicht zulässig sein, für den nicht zu veröffentlichenden Prüfungsbericht des Abschlussprüfers erscheint eine Einschränkung der Vorlagepflicht durch entsprechenden Gesellschafterbeschluss jedoch in analoger Anwendung des § 51a Abs. 2 GmbHG für die Fälle gerechtfertigt, in denen das Risiko eines nicht unerheblichen Nachteils für die Gesellschaft durch gesellschaftszweckfremde Verwendung der Informationen besteht.²⁴⁸ Falls der Abschlussprüfungsbericht die Erkenntnis bringt, dass die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft sich verschlechtert hat und die Zukunftsprognosen auch eher gedämpft ausfallen, würde eine missbräuchliche Veröf-

²⁴³ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 42a Rn. 12; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 42a Rn. 25.

²⁴⁴ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 42a Rn. 12; Winter/Marx, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 42a Rn. 44; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 42a Rn. 24.

²⁴⁵ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 42a Rn. 12; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 42a Rn. 21; Diekmann/Marsch-Barner, in: Münchener Hdb GesR III, § 45 Rn. 26.

²⁴⁶ U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 42a Rn. 31.

²⁴⁷ Winter/Marx, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 42a Rn. 44.

²⁴⁸ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 42a Rn. 12; Winter/Marx, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 42a Rn. 44; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 42a Rn. 23; Diekmann/Marsch-Barner, in: Münchener Hdb GesR III, § 45 Rn. 26; Scholz/Crezelius, GmbHG, § 42a Rn. 13.

fentlichung dieser Informationen für die Gesellschaft ernste Probleme hinsichtlich der Geschäfts- und Lieferbeziehungen mit sich bringen, wenn auf dem Markt der Eindruck entsteht, dass die Gesellschaft finanziell nicht mehr gut aufgestellt ist. Der Rückzug derzeitiger und potentiell zukünftiger Geschäftspartner und Investoren könnte die Folge sein, mit der Konsequenz, dass die Gesellschaft allein durch den negativen Ruf am Markt auf das Risiko der Insolvenz zusteuern würde.²⁴⁹

g) Unterzeichnung und Einreichung des Jahresabschlusses

Nach § 245 S. 1 HGB ist der Kaufmann verpflichtet, den Jahresabschluss zu unterzeichnen. Bei der GmbH als Kapitalgesellschaft trifft diese Pflicht alle Geschäftsführer, sie müssen die Unterzeichnung persönlich vornehmen.²⁵⁰ Die Unterzeichnung hat Beweisfunktion²⁵¹ und der Unterzeichnende übernimmt die Verantwortung für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Jahresabschlusses.²⁵² Unterbleibt die Unterzeichnung durch die zuständigen Geschäftsführer, liegt nach § 334 Abs. 1 Nr. 1a HGB eine Ordnungswidrigkeit vor. Wenn ein Geschäftsführer eine Ordnungswidrigkeit begeht, ist darin auch eine Pflichtverletzung zu sehen, wobei das bloße Unterlassen der Unterzeichnung den Jahresabschluss nicht nichtig macht und in aller Regel keinen Grund für die vorzeitige Abberufung des Geschäftsführers aus seinem Amt begründet.²⁵³ Nach der Unterzeichnung sind die Geschäftsführer der GmbH gem. § 325 Abs. 1 S. 1 HGB verpflichtet, den Jahresabschluss der Gesellschaft elektronisch beim Bundesanzeiger einzureichen und gem. § 325 Abs. 2 HGB unverzüglich be-

²⁴⁹ Zu diesen Konsequenzen infolge frühzeitiger Insolvenzantragstellung siehe 2. Teil § 6 B. IV.

²⁵⁰ *Böcking/Gros*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, § 245 Rn. 8; *Winter/Marx*, in: *Gehrlein/Ekkenga/Simon*, GmbHG, § 42a Rn. 17; *Morck*, in: *Koller/Kindler/Roth/Morck*, HGB, § 245 Rn. 3.

²⁵¹ *Baumbach/Hopt/Merkt*, HGB, § 245 Rn. 1; *Ballwieser*, in: *MüKoHGB*, § 245 Rn. 1.

²⁵² *Morck*, in: *Koller/Kindler/Roth/Morck*, HGB, § 245 Rn. 4; *Ballwieser*, in: *MüKoHGB*, § 245 Rn. 1.

²⁵³ *Morck*, in: *Koller/Kindler/Roth/Morck*, HGB, § 245 Rn. 4.

kanntmachen zu lassen. Im Zuge des EHUG²⁵⁴ erfolgt inzwischen die Einreichung der Unterlagen nur noch beim elektronischen Bundesanzeiger, jedoch nicht mehr beim Handelsregister.²⁵⁵ Durch die Offenlegung des Jahresabschlusses wird die sog. externe Publizität erreicht, die dazu dient, Gläubigern und Geschäftspartnern im Markt Auskunft über die wirtschaftliche Situation der GmbH zu geben und die betroffenen Gesellschaften zu seriösem Verhalten im Wirtschaftsverkehr zu bewegen.²⁵⁶ Ebenso wenig wie die unterlassene Unterzeichnung führt die unterlassene Offenlegung zu einer Nichtigkeit des Jahresabschlusses, jedoch stellt ein Verstoß gegen die Offenlegungspflicht nach § 325 HGB eine Ordnungswidrigkeit gem. § 334 Abs. 1 Nr. 5 HGB dar und kann zu einem deliktischen Schadensersatzanspruch der Gesellschaftsgläubiger gegenüber dem Geschäftsführer aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 325 HGB als Schutzgesetz führen.²⁵⁷

h) Aufbewahrung der Buchführungsunterlagen gem. § 257 HGB

Neben der Aufstellung von Eröffnungsbilanz, Jahresabschluss und Lagebericht ist der Geschäftsführer einer GmbH gem. § 41 GmbHG i.V.m. § 257 Abs. 1 und 4 HGB auch verpflichtet, die dazugehörigen Unterlagen aufzubewahren.²⁵⁸ Die Pflicht zur Aufbewahrung hat vordergründig Dokumentations- und Beweisfunktion²⁵⁹ und gliedert sich an die grundlegenden Pflichten zur ordnungsgemäßen Buchführung nach den §§ 238 ff. HGB an. Die Verletzung der Aufbewahrungspflicht hat neben strafrechtlichen Sanktionen und der dann fehlen-

²⁵⁴ Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister v. 10.11.2006, BGBl. I S. 2553.

²⁵⁵ Siehe ausführlich zu Änderungen hinsichtlich der Unternehmenspublizität aufgrund europarechtlicher Vorgaben und zum dadurch veranlassten Übergang auf den elektronischen Bundesanzeiger *Drinhausen*, in: MüKoBilanzR, HGB, § 325 Rn. 1 ff.

²⁵⁶ *Winter/Marx*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, Anh. § 42a Rn. 2; *Fehrenbacher*, in: MüKoHGB, § 325 Rn. 7.

²⁵⁷ BGH ZIP 2006, 23, 25; Baumbach/Hopt/*Merkt*, HGB, § 325 Rn. 14; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, GmbHG, Anh zu § 42a Rn. 46.

²⁵⁸ OLG Koblenz ZIP 2011, 1913, 1915; Baumbach/Hueck/*Haas*, GmbHG, § 41 Rn. 9.

²⁵⁹ *Winkeljohann/Philipps*, in: BeckBil-Komm, § 257 HGB Rn. 1; *Böcking/Gros*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 257 Rn. 1.

den Beweiskraft in einem möglichen Zivilprozess²⁶⁰ insbesondere große Auswirkungen hinsichtlich der Feststellung eines möglichen Insolvenzeröffnungsgrundes, da nach Ansicht des BGH die Voraussetzungen der Zahlungseinstellung als Indiz für die Zahlungsunfähigkeit nach den Grundsätzen der Beweisvereitelung als bewiesen anzusehen sind, wenn der Geschäftsführer die Aufbewahrungspflicht verletzt hat und der Gläubiger aus dem Grund die einzelnen Umstände der Zahlungsunfähigkeit nicht näher darlegen kann.²⁶¹

III. Zwischenfazit

Die wichtigsten Pflichten des Geschäftsführers im Vorfeld einer Insolvenz der GmbH sind die Einberufung der Gesellschafterversammlung nach § 49 Abs. 3 GmbHG und die ordnungsgemäße Buchführung nach § 41 GmbHG. Die Einberufung der Gesellschafterversammlung als gesellschaftsinterne Vorstufe zur Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO²⁶² soll den Gesellschaftern die Ergreifung entsprechender Maßnahmen ermöglichen, um den hälftigen Verlust des Stammkapitals auszugleichen. Von größerer Praxisrelevanz²⁶³ als die satzungsmäßige Vereinbarung einer Nachschusspflicht der Gesellschafter ist dabei die vereinfachte Kapitalherabsetzung mit gleichzeitiger Barkapitalerhöhung. Unterlässt der Geschäftsführer die Einberufung, droht ihm neben zivil- und strafrechtlichen Konsequenzen auch die Abberufung aus wichtigem Grund. Die Pflicht zur ordnungsgemäßen Buchführung bezweckt neben dem Gläubigerschutz auch die Beweissicherung und Selbstinformation des Geschäftsführers,²⁶⁴ da der Geschäftsführer im Rahmen einer ordnungsgemäßen Buchführung in der Lage ist, sich ein Bild von der finanziellen Lage der Gesellschaft zu

²⁶⁰ Graf, in: MüKoBilanzR, HGB, § 257 Rn. 26.

²⁶¹ BGH DB 2012, 794, 795; Gehrlein, ZInsO 2012, 2117, 2124; siehe zur Zahlungsunfähigkeit ausführlich 2. Teil § 5 B. I.

²⁶² Michalski/Römermann, GmbHG, § 49 Rn. 107; Liebscher, in: MüKoGmbHG, § 49 Rn. 58; U/H/L/Hüffer/Schürnbrand, GmbHG, § 49 Rn. 26; a.A. Scholz/Seibt, GmbHG, § 49 Rn. 24; ähnlich Roth/Altmeppen/Roth, GmbHG, § 49 Rn. 11, der in der Einberufung die Implementierung eines Frühwarnsystems sieht.

²⁶³ Schulze, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 58a Rn. 5; U/H/W/Casper, GmbHG, § 58a Rn. 47.

²⁶⁴ Graf, in: MüKoBilanzR, HGB, § 238 Rn. 2.

machen. Von den einzelnen Bilanzierungs- und Bewertungsgrundsätzen erlangt im Hinblick auf eine mögliche Insolvenz der Gesellschaft insbesondere das Fortführungsprinzip („*Going Concern*“) gem. § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB eine übergeordnete Bedeutung. So darf eben nicht zu Fortführungswerten bilanziert werden, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig ist oder die Hälfte des Stammkapitals verloren ist, was wiederum die Einberufungspflicht des Geschäftsführers nach § 49 Abs. 3 GmbHG nach sich zieht.²⁶⁵ Wesentliches Element der ordnungsgemäßen Buchführung ist letztlich die Aufbewahrung der Buchführungsunterlagen nach § 257 HGB, da der BGH das Fehlen der Unterlagen nach den Grundsätzen der Beweisvereitelung als Zahlungseinstellung wertet, die die Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO indiziert.

²⁶⁵ Siehe hierzu bereits 2. Teil § 4 B. II. 3. c) aa) (1) (e).

§ 5 Sanierungspflicht und Insolvenzantragspflicht

Die Kernfrage nach den Geschäftsführerpflichten im Vorfeld einer Insolvenz der GmbH richtet sich neben der Frage nach den gesellschaftsrechtlichen Pflichten insbesondere darauf, inwiefern den Geschäftsführer eine Pflicht zur Sanierung der Gesellschaft trifft und in welchem Spannungsverhältnis sich die Sanierungspflicht und die Insolvenzantragspflicht bewegen. Dementsprechend beziehen sich die nachfolgenden Ausführungen auf die Möglichkeit der Ergreifung von Sanierungsmaßnahmen vor Insolvenzantragstellung.

A. Sanierung

Aus der gesetzlichen Insolvenzantragspflicht des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO lässt sich keine Sanierungspflicht des Geschäftsführers einer GmbH im Außenverhältnis gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ableiten, der Geschäftsführer kann jedoch im Innenverhältnis gegenüber der GmbH zur Sanierung verpflichtet sein. Eine Verletzung der Insolvenzantragspflicht durch entweder verfrüht gestellten Insolvenzantrag bei nur drohender Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO ohne Rücksprache mit der Gesellschafterversammlung oder durch verspätet gestellten Insolvenzantrag kann infolgedessen zu einer Haftung des Geschäftsführers im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft führen.¹ Auch wenn das Gesetz keine explizite Regelung zur Sanierungspflicht enthält, lässt sich aus § 43 Abs. 1 GmbHG eine derartige Pflicht des GmbH-Geschäftsführers zur Einleitung von notwendigen Sanierungsmaßnahmen ableiten.² Aus der Pflicht zur Geschäftsführung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes folgt die Pflicht des Geschäftsführers, durch sein Handeln das Beste für die Gesellschaft anzustreben, sodass er bei Krisenanzeichen, wie eben bei sich abzeichnender Ertragskrise, die den Krisenbeginn ausmacht, entsprechende Gegenmaßnahmen ergreifen muss, um die Krise abzuwenden. Diese Pflicht der Geschäftsführung zum Gegensteuern im Fall einer Krise lässt sich ferner sowohl aus dem Leitbild der Unternehmensleitung als Treuhänder frem-

¹ Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 15a Rn. 13; *Koppensteiner/Gruber*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 43 Rn. 16 betonen die Sanierungspflicht des Geschäftsführers und heben hervor, dass der Insolvenzantrag nicht verfrüht gestellt werden darf.

² Statt vieler *Schluck-Amend/Walker*, GmbHR 2001, 375, 376.

den Vermögens³ als auch aus der Norm des § 49 Abs. 3 GmbHG herleiten, wonach der Geschäftsführer einer GmbH bei Verlust des hälftigen Stammkapitals zur Einberufung der Gesellschafterversammlung verpflichtet ist.⁴ Die Sanierungspflicht besteht entsprechend der Sanierungsfähigkeit der Gesellschaft und endet nicht schon mit Insolvenzantragstellung, sondern tatsächlich erst, wenn das Unternehmen wirtschaftlich nicht mehr gerettet werden kann.⁵ Zu berücksichtigen ist in dem Zusammenhang, dass der Geschäftsführer aufgrund seiner Organstellung nur der GmbH gegenüber zum Tätigwerden verpflichtet ist, nicht aber den Gesellschaftern und den Gläubigern gegenüber.

I. Begriffsbestimmung

Zur genauen Bestimmung einer möglichen Sanierungspflicht des Geschäftsführers einer GmbH muss vorerst der Begriff der Sanierung kurz erläutert werden. Eine Sanierung⁶ verfolgt grundsätzlich das Ziel, ein wirtschaftlich angeschlagenes Unternehmen der Gesundung zuzuführen⁷ durch die dauerhafte Beseitigung von Verlusten als potentielle Insolvenzursachen und der Wiederherstellung der Ertragsfähigkeit des Unternehmens im Wege der Generierung kapitalerhaltender Gewinne.⁸ Dementsprechend ist eine Sanierung auf den Erhalt und die Fortführung des Unternehmens ausgerichtet, nicht hingegen auf die Liquidation der Gesellschaft. Insofern liegt eine erfolgreiche Sanierung auf jeden Fall im Interesse der Gesellschaftsgläubiger.⁹ Ob neben dem schützenswerten Interesse der Gläubiger auch der Erhalt von Arbeitsplätzen als Ziel einer Sanierung an-

³ Lutter, in: Krieger/Uwe H. Schneider, Hdb Managerhaftung, § 1 Rn. 1.

⁴ Kuss, Wpg 2009, 326, 327 f.

⁵ Wellensiek/Schluck-Amend, in: Römermann, MAH-GmbH-Recht, § 23 Rn. 75; Schluck-Amend/Walker, GmbHR 2001, 375, 376.

⁶ Von *lat. sanare* = heilen.

⁷ Förtschle/Heinz, in: Budde/Förtschle/Winkeljohann, Sonderbilanzen, Q. Rn. 1.

⁸ Bork, ZIP 2011, 101.

⁹ Foerste, ZZP 2012, 265, 266.

zusehen ist, wird kontrovers beurteilt.¹⁰ Letztlich kann eine genaue Zuordnung dahinstehen, weil im Fall einer erfolgreichen Sanierung die Ertragsfähigkeit eines Unternehmens wieder stabilisiert wird und dadurch – wenn auch als Nebeneffekt – die Arbeitsplätze gesichert werden können. Daher kommt eine erfolgreich durchgeführte Sanierung letztlich allen Beteiligten zugute. Zu unterscheiden sind verschiedene Sanierungsarten zum einen in zeitlicher Hinsicht und zum anderen hinsichtlich der Art und Weise ihrer Durchführung. Eine Sanierung kann bereits in der Krise eines Unternehmens durchgeführt werden, bevor es zur Insolvenz kommt, aber auch nach Stellung des Eröffnungsantrags. In der Praxis ist die außergerichtliche, vorinsolvenzliche Sanierung häufig, wobei Sanierung in den allermeisten Fällen ein lang andauernder Prozess ist, der auch nach der Insolvenzantragstellung fort dauert. Denkbar ist ebenfalls, eine Sanierung gerade durch die Insolvenz zu erreichen. Sowohl für die nachfolgenden Ausführungen als auch für diese gesamte Arbeit ist daher unter „Sanierung“ ein langer Prozess zu verstehen, der in aller Regel schon vor einer möglicherweise erforderlichen Insolvenzantragstellung beginnt und auch nach der Antragstellung fort dauert, sofern nicht die Liquidation des Unternehmens die einzig mögliche Handlungsoption darstellt. Da trotz des Bestrebens des Gesetzgebers des ESUG, die Sanierungschancen für Unternehmen zu verbessern und für alle Beteiligten eine größere Planungssicherheit bzgl. des Verfahrensablaufs zu schaffen,¹¹ ist der „Makel der Insolvenz“ aus dem deutschen Insolvenzrecht bislang noch nicht vollständig verbannt worden.¹² Aus dem Grund liegt dem Begriff der Sanierung in dieser Arbeit ein Verständnis zugrunde, das die Sanierung schwerpunktmäßig zeitlich vor der Insolvenzantragstellung ein-

¹⁰ Dies ablehnend *Foerste*, ZZZP 2012, 265, 266, der als Verfahrensziel des Insolvenzrechts die gemeinschaftliche Gläubigerbefriedigung einordnet und den Erhalt von Arbeitsplätzen nicht als vorrangiges Ziel betrachtet, da das Insolvenzrecht von seiner Natur her Vollstreckungsrecht darstelle; demgegenüber vertritt *Bork*, dass eine Sanierung allen Beteiligten dienen müsse, siehe zur Veröffentlichung dieser Ansichten den Diskussionsbericht von *Klocke*, ZZZP 2012, 341, 343.

¹¹ Begr. RegE-ESUG, BT-Drs. 17/5712, S. 1 f.

¹² *Seagon*, in: Buth/Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, § 26 Rn. 1 spricht insofern vom „Stigma der Insolvenz“.

ordnet. Dies stützt sich u.a. auch darauf, dass die in einem Sanierungskonzept¹³ für die einzelnen Krisenstadien zu erarbeitenden Sanierungsmaßnahmen gerade den Eintritt der Insolvenz vermeiden sollen.

1. Außergerichtliche Sanierung

Eine Sanierung außerhalb des gerichtlichen Insolvenzverfahrens wird auch als vorinsolvenzliche Sanierung bezeichnet und ist nur im Fall der Einigung aller Gläubiger überhaupt möglich.¹⁴ Vorteile einer solchen außergerichtlichen Sanierung sind darin zu sehen, dass die Reputation des Unternehmens besser geschützt werden kann, da eine außergerichtliche Sanierung nicht so öffentlichkeitswirksam ist wie ein gerichtliches Regelverfahren und darüber hinaus die Entscheidungskompetenz im Unternehmen selbst verbleibt.¹⁵ In der Praxis haben vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren bislang noch nicht an überragender Bedeutung gewonnen. Überlegungen des Bundeswirtschaftsministeriums und des Bundesjustizministeriums zur Einführung eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens haben sich aufgrund vieler Aspekte, wie beispielsweise der offenen Frage nach dem Verhältnis des Sanierungsverfahrens zur Insolvenzantragspflicht, noch nicht in Gesetzesform niedergeschlagen.¹⁶ Entsprechende Entwicklungen seitens des Gesetzgebers bleiben daher abzuwarten.

2. Sanierung im Regelverfahren und übertragende Sanierung

Bei Vorliegen eines Insolvenzeröffnungsgrundes und nach Stellung des Eröffnungsantrags besteht die Möglichkeit, im gerichtlichen Regelverfahren eine Sanierung durchzuführen. Wenn die Sanierungsmaßnahmen erfolgreich sind

¹³ Ausführliche Erörterungen zu den Inhalten eines Sanierungskonzepts und die Anforderungen an seine Erstellung finden sich unter 2. Teil § 5 A. II. 3.

¹⁴ *Foerste*, ZZP 2012, 265, 268; *Kreplin*, in: Nerlich/Kreplin, MAH Insolvenz und Sanierung, § 1 Rn. 10.

¹⁵ *Ehlers*, ZInsO 2013, 105, 110; *Kreplin*, in: Nerlich/Kreplin, MAH Insolvenz und Sanierung, § 1 Rn. 9.

¹⁶ Siehe ausführlich zur Diskussion zwischen BMWi und BMJ über ein mögliches vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren *Riewe*, NZI 2010, 561 sowie ferner zu dieser Thematik die Ansicht verschiedener Experten im INDat-Report 06_2013, S. 8 ff.

und das Unternehmen bzw. einzelne Teile von ihm wieder Erträge erwirtschaften, erfolgt in der Praxis häufig die Veräußerung des Unternehmens, was als übertragende Sanierung bezeichnet wird.¹⁷ Der Verkauf des Unternehmens oder eines Unternehmensteils aus der Insolvenz ist vom Gesetzgeber als mögliche Handlungsoption gesehen und in § 160 Abs. 2 Nr. 1 InsO geregelt worden. In aller Regel erfolgt die Unternehmensveräußerung im Wege eines asset deals, indem die betriebsnotwendigen Aktiva auf einen neuen Unternehmensträger als Auffanggesellschaft übertragen werden.¹⁸ Hierbei ist allerdings zu beachten, dass die Bezeichnung als „Sanierung“ dem eigentlichen Wortsinn einer Gesundung nur begrenzt entspricht, da nur die „gesunden“ Betriebsteile auf den neuen Rechtsträger übertragen werden, der alte, insolvente Rechtsträger jedoch zerschlagen wird und die nicht übertragenen Vermögenswerte durch den Insolvenzverwalter anderweitig verwertet werden.¹⁹ Zu differenzieren ist daher zwischen einer Sanierung nur des Unternehmens oder der Sanierung auch des Unternehmensträgers im Sinne einer Restrukturierung, wodurch die materielle Insolvenz des Unternehmensträgers beseitigt wird.²⁰

3. Sanierung im Insolvenzplanverfahren

Mit Eröffnung des gerichtlichen Regelinsolvenzverfahrens besteht darüber hinaus die Möglichkeit, eine Sanierung im Insolvenzplanverfahren gem. §§ 217 ff. InsO durchzuführen. Der Insolvenzplan entspricht einem Vertrag zwischen Schuldner und Gläubigern²¹ und ermöglicht die Eigensanierung des Unternehmensrechtsträgers in der Insolvenz.²² Der Insolvenzplan kann gem. § 218 Abs. 1 S. 2 InsO zusammen mit dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens beim Insolvenzgericht eingereicht werden. So besteht zum einen die

¹⁷ Foerste, ZZP 2012, 265, 269.

¹⁸ Beck, in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz, § 1 Rn. 132.

¹⁹ Steffan, in: Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 38 Rn. 96.

²⁰ Bork, ZIP 2011, 101; zur Beurteilung der Fortführungsfähigkeit des Unternehmensträgers im Rahmen einer möglichen Sanierung Eilenberger, in: MüKoInsO, § 220 Rn. 27 ff.

²¹ Foerste, ZZP 2012, 265, 269.

²² Beck, in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz, § 1 Rn. 135.

Möglichkeit, ein Regelverfahren unter Leitung des Insolvenzverwalters nach den besonders festgelegten Inhalten des Insolvenzplans durchzuführen. Wenn gem. § 270 Abs. 1 S. 1 InsO vom Insolvenzgericht die zuvor vom Schuldner gem. § 270 Abs. 2 Nr. 1 InsO beantragte Eigenverwaltung angeordnet worden ist, besteht ebenfalls die Möglichkeit, eine Sanierung im Insolvenzplanverfahren durchzuführen. Hier spielt insbesondere das durch das ESUG eingeführte Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO eine entscheidende Rolle, das dem Schuldner die Möglichkeit eröffnet, innerhalb einer Frist von höchstens drei Monaten dem Insolvenzgericht einen ausgearbeiteten Insolvenzplan vorzulegen.

a) Inhalt und Zweck des Insolvenzplans

Die Aufstellung eines Insolvenzplans ermöglicht es dem Schuldner gem. § 217 InsO, hinsichtlich der Gläubigerbefriedigung, der Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse, der Verfahrensabwicklung und seiner eigenen Haftung nach Beendigung des Insolvenzverfahrens von der InsO abweichende Regelungen zu treffen. Gem. § 219 InsO besteht der Insolvenzplan aus einem darstellenden und einem gestaltenden Teil. Der darstellende Teil des Plans soll gem. § 220 InsO nähere Ausführungen dahingehend enthalten, welche Maßnahmen nach der Verfahrenseröffnung getroffen worden sind oder noch getroffen werden müssen, auf welche Grundlagen sich der Plan stützt und welche Auswirkungen er haben wird, um allen Beteiligten die Entscheidung zu ermöglichen, dem Plan zuzustimmen. Demgegenüber legt der gestaltende Teil nach § 221 InsO fest, welche Änderungen in der Rechtsstellung der Beteiligten durch den Plan herbeigeführt werden. Sofern Beteiligte mit unterschiedlicher Rechtsstellung betroffen sind, sollen in dem Insolvenzplan gem. § 222 InsO verschiedene Gruppen der Beteiligten gebildet werden, um deren jeweiligen Rechte festlegen zu können. Grundsätzlich sind drei verschiedene Arten eines Insolvenzplans zu unterscheiden: Differenziert wird zwischen Sanierungsplan, Übertragungsplan und Liquidationsplan.²³ Ist der Insolvenzplan als Sanierungsplan ausgestaltet, trifft er die erforderlichen Regelungen für eine nachhaltige Wiederherstellung

²³ Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus, Insolvenzrecht, Kap. 38 Rn. 9.

der Ertragsfähigkeit des Unternehmens.²⁴ Ein Liquidationsplan kommt in Betracht, wenn die Liquidierung des haftenden Schuldnervermögens angestrebt wird.²⁵ Kommt es zu einer übertragenden Sanierung²⁶, die eine rechtliche Sonderform der Liquidation darstellt, wird der Insolvenzplan als Übertragungsplan ausgestaltet, was für die Gläubiger vorteilhafter sein kann als eine übertragende Sanierung ohne Insolvenzplan.²⁷ Möglich ist auch die Aufstellung sog. „pre-packaged“-Pläne, die vor der Antragstellung auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vollständig ausgearbeitet sind und dazu dienen, einen außergerichtlich gescheiterten Sanierungsversuch im geordneten gerichtlichen Verfahren umzusetzen.²⁸

b) Chancen und Risiken infolge des ESUG

Die Reform des deutschen Insolvenzrechts hat durch Einführung des ESUG auch erhebliche Auswirkungen auf das Insolvenzplanverfahren mit sich gebracht. Vor der Gesetzesreform galt das Insolvenzplanverfahren als aufwendig und störanfällig,²⁹ was durch die Tatsache belegt wird, dass unter Geltung der InsO nur in etwa 1% der Insolvenzen eine Abwicklung im Wege des Insolvenzplanverfahrens erfolgt ist.³⁰ Dementsprechend wollte der Gesetzgeber für eine erleichterte Sanierung von Unternehmen die gestaltenden Auswirkungen eines Insolvenzplans erweitern und mögliches Blockadepotential verringern.³¹

²⁴ Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus, Insolvenzrecht, Kap. 38 Rn. 10; Eidenmüller, in: MüKoInsO, § 217 Rn. 176 f. spricht diesbezüglich von einem Reorganisationsplan, der sich sowohl auf die finanzwirtschaftliche Reorganisation als auch auf die leistungswirtschaftliche Reorganisation erstrecken kann.

²⁵ Eidenmüller, in: MüKoInsO, § 217 Rn. 172; Braun/Uhlenbruck, Unternehmensinsolvenz, S. 565.

²⁶ Dieser Begriff ist geprägt von K. Schmidt, ZIP 1980, 328, 336.

²⁷ Eidenmüller, in: MüKoInsO, § 217 Rn. 175; Picot/Aleth, Unternehmenskrise und Insolvenz, Rn. 794.

²⁸ Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus, Insolvenzrecht, Kap. 38 Rn. 12; zum „prepackaged-plan“ als „in sich abgeschlossenes Regelwerk“ Kußmaul/Steffen, DB 2000, 1849, 1850.

²⁹ Römermann, GmbHHR 2012, 421, 423.

³⁰ Römermann, GmbHHR 2012, 421, 422.

³¹ Begr. RegE-ESUG, BT-Drs. 17/5712, S. 17.

Eine wesentliche Änderung durch das ESUG liegt in den Eingriffsmöglichkeiten in die Rechte der Anteilsinhaber gem. § 225a InsO ohne deren vollständige Zustimmung, insbesondere ist ein *Debt-Equity-Swap* nach § 225a Abs. 2 InsO möglich. Auch durch die Regelung des § 225a Abs. 1 InsO, dass die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der Anteilsinhaber nur dann unberührt bleiben, wenn der Insolvenzplan nichts anderes bestimmt, wird deutlich, dass das Bestreben des Gesetzgebers, für mehr Rechtssicherheit im Sanierungsprozess zu sorgen, eines der Hauptanliegen der Gesetzesreform war. Auch hat das ESUG zu einer größeren zeitlichen Planungssicherheit geführt, da die Zulassung von Rechtsbehelfen deutlich eingeschränkt worden ist.³² Gem. § 253 Abs. 2 InsO ist die sofortige Beschwerde gegen die Planbestätigung nur noch dann zulässig, wenn der Beschwerdeführer dem Plan widersprochen und gegen ihn gestimmt hat und geltend macht, dass er durch den Plan wesentlich schlechter gestellt wird als er ohne den Plan stünde und dieser Nachteil nicht durch eine Zahlung aus den gem. § 251 Abs. 3 InsO bereit gestellten Mitteln ausgeglichen werden kann. Die Einführung dieser sog. salvatorischen Klausel in § 251 Abs. 3 InsO sowie die Beschränkung der sofortigen Beschwerdemöglichkeit in § 253 InsO verhindern daher in Zukunft unüberschaubare zeitliche Verzögerungen für die Sanierung im Insolvenzplanverfahren und die Gefährdung der Wiederherstellung der Ertragsfähigkeit des Unternehmens.

aa) Kritische Betrachtung der Ausweitung des Obstruktionsverbots

Das Ziel, Blockadestrategien einzelner Gläubiger oder Anteilsinhaber zu unterbinden, hat durch die Erstreckung des Obstruktionsverbots auf die Gesellschafter gem. § 245 Abs. 3 InsO eine spürbare gesetzliche Unterstützung erfahren. Das Obstruktionsverbot ist dem US-amerikanischen Chapter 11-Verfahren³³ entsprechend ausgestaltet und führt zu einer Fiktion der Zustimmung einer sich missbräuchlich verhaltenden Abstimmungsgruppe, wenn die Voraussetzungen

³² *Rattunde*, GmbHR 2012, 455, 459 f., der ausführlich die ehemals infolge der unbeschränkten Zulassung von Rechtsbehelfen entstehende Unsicherheit für den Sanierungserfolg darlegt.

³³ Zum Chapter 11-Verfahren siehe statt vieler *Wittig/Tetzlaff*, in: *MüKoInsO*, 2. Aufl. 2008, Vorb zu §§ 270 bis 285 Rn. 11.

des § 245 InsO erfüllt sind. Die Blockade des Insolvenzplans durch die Nichterteilung der Zustimmung einer bestimmten Gruppe soll dadurch verhindert werden.³⁴ Als Vorteil der Ausweitung des Obstruktionsverbots auch auf die Anteilsinhaber und die Regelung des § 225a Abs. 2 InsO, wonach die erforderlichen gesellschaftsrechtlichen Beschlüsse durch eine Regelung im Insolvenzplan ersetzt werden können, ist festzuhalten, dass notwendige Sanierungsmaßnahmen nicht mehr blockiert und hinausgezögert werden können. Andererseits bringen die Neuregelungen gravierende Einschnitte für die Gesellschafter mit sich. Die Frage, ob die Eingriffe in die Rechte der Gesellschafter den verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz des Art. 14 GG tangieren, wird vom Gesetzgeber ausdrücklich verneint,³⁵ was nach anderer Auffassung aber durchaus kritisch beurteilt wird.³⁶ Letztlich sind die Anteils- und Teilhaberechte der Gesellschafter schon allein dadurch deutlich eingeschränkt, dass gem. § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG die GmbH ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens als aufgelöst gilt und sich infolgedessen die Gesellschafter nur noch in ihren Rechten hinsichtlich der Abwicklung der Liquidationsgesellschaft betroffen sehen können.³⁷

bb) Stellungnahme

Grundsätzlich ist zu konstatieren, dass der Sanierungserfolg maßgeblich durch Verzögerungen und Blockaden beeinträchtigt werden kann. Derartiges Störungspotenzial reduzieren zu wollen, kann daher als legitimes Ziel des Gesetzgebers gewertet werden. Wenn Kritik an der Ausweitung des Obstruktionsverbots geübt wird, ist dabei zu bedenken, dass die Fiktion der Zustimmungsertei-

³⁴ *Drukarczyk*, in: MüKoInsO, § 245 Rn. 2; Nerlich/Römermann/*Braun*, InsO, § 245 Rn. 1; Uhlenbruck/*Lüer*, InsO, § 245 Rn. 1.

³⁵ Begr. RegE-ESUG, BT-Drs. 17/5712, S. 18.

³⁶ *K. Schmidt*, BB 2011, 1603, 1608 sieht die zukünftigen Diskussionen über den verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz aus Art. 14 GG als „auf der Hand liegend“; *Willemsen/Rechel*, BB 2011, 834, 839 stellen darauf ab, dass der Schutz des Eigentums aus Art. 14 GG unabhängig von dessen Werthaltigkeit bestehe und daher die Argumentation des Gesetzgebers, dass durch die Enteignung wertloser Anteile kein Eingriff in das Eigentum erfolge, nicht überzeugend sei.

³⁷ *Hölzle*, NZI 2011, 124, 127.

lung nur dann eingreift, wenn nach § 245 Abs. 1 Nr. 1 InsO die Betroffenen durch den Insolvenzplan nicht schlechter gestellt werden als sie ohne den Plan stünden. Damit wird eine angemessene Interessenabwägung vollzogen zwischen dem schützenswerten Interesse der Gläubiger und Anteilseigner einerseits und dem Schutz des Sanierungserfolgs andererseits. Auch kann die erhöhte Rechtssicherheit dazu führen, dass Gläubiger in Zukunft eher geneigt sind, im Wege des Insolvenzplanverfahrens an der Sanierung des Unternehmens teilzunehmen.³⁸ Die kritische Betrachtung ist zwar berechtigt, jedoch wird sich in der gerichtlichen Praxis eine Tendenz abzeichnen, ob und inwieweit die Bedenken der kritischen Gegenstimmen begründet waren. Letztlich hat die Einführung des ESUG verdeutlicht, dass es keine klare Trennung mehr zwischen Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht geben kann,³⁹ sondern dass beide Rechtsbereiche interdisziplinär ineinander greifen und aufeinander abgestimmt sein müssen.⁴⁰

c) Pflicht des Geschäftsführers zur Einreichung eines Insolvenzplans

Aufgrund der Tatsache, dass durch einen Insolvenzplan die Möglichkeit der Eigensanierung des Unternehmensrechtsträgers geschaffen wird, bietet der Insolvenzplan die Chance zu alternativen Sanierungsmethoden, die vom gesetzlichen Instrumentarium der InsO abweichen. Daher können individuelle Besonderheiten des betroffenen Unternehmens einzelfallgerecht berücksichtigt werden, was den Anreiz erhöht, einen entsprechenden Insolvenzplan auszuarbeiten. Ob der Geschäftsführer bei bestehender Sanierungspflicht infolge der Insolvenzantragstellung dazu verpflichtet ist, einen Insolvenzplan als „*prepackaged-plan*“ einzureichen,⁴¹ bedarf an dieser Stelle keiner tiefergehenden Erörterung.

³⁸ *Willemsen/Rechel*, BB 2011, 834, 839.

³⁹ Begr. RegE-ESUG, BT-Drs. 17/5712, S. 18; *Römermann*, GmbHR 2012, 421, 423.

⁴⁰ *K. Schmidt*, BB 2011, 1603, 1610 erwartet sogar dementsprechende Konsequenzen für die berufliche Ausbildung der Rechtsanwälte und Richter.

⁴¹ Dies bejahend *Wellensiek/Schluck-Amend*, in: *Römermann, MAH-GmbH-Recht*, § 23 Rn. 75 sowie *Uhlenbruck*, in: *K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz*, Rn. 5.271; siehe zum „*prepackaged-plan*“ bereits die Ausführungen unter 2. Teil § 5 A. I. 3. a) zu Fußnote 28.

II. Entstehungszeitpunkt der Sanierungspflicht

Grundsätzlich schließen Sanierung und Insolvenzantragstellung sich nicht gegenseitig aus, sondern greifen zum Teil ineinander über. Auch wenn die Pflicht zur Sanierung grundsätzlich schon ab Eintritt der Krise des Unternehmens beginnt, dauert sie in aller Regel über den Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung fort, da die ergriffenen Sanierungsmaßnahmen weiter fortgeführt werden müssen.⁴² Auch kann eine gezielte Sanierung durch Insolvenz angestrebt werden. Eine nähere Konkretisierung der frühzeitigen Pflicht zur Ergreifung geeigneter Sanierungsmaßnahmen lässt sich ferner aus der Pflicht des Geschäftsführers zur Einberufung der Gesellschafterversammlung im Fall des Verlusts des hälftigen Stammkapitals gem. § 49 Abs. 3 GmbHG ableiten. Die Einberufungspflicht verdeutlicht, dass schon bei Beginn einer wirtschaftlichen Krise entsprechende Sanierungsmaßnahmen zu ergreifen sind, und nicht erst, wenn bereits einer der Insolvenzeröffnungsgründe der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung eingetreten ist.⁴³ Zu beachten ist jedoch, dass die Pflicht zur Sanierung und die Pflicht zur Insolvenzantragstellung unterschiedliche Zielrichtungen verfolgen. Die Pflicht des Geschäftsführers zur Antragstellung gem. § 15a Abs. 1 S. 1 InsO dient dem Gläubigerschutz und bezweckt die rechtzeitige Einleitung des Insolvenzverfahrens, damit materiell insolvente Gesellschaften nicht ohne den Schutz der insolvenzrechtlichen Normen weitergeführt werden.⁴⁴ Der gesetzlichen Antragspflicht ist deshalb ein öffentlich-rechtlicher Charakter zuzusprechen.⁴⁵ Die Sanierungspflicht hingegen besteht im Innenverhältnis gegenüber der GmbH⁴⁶ und entfaltet daher nur mittelbare Außenwirkung. Auch wenn in einem späteren Stadium der Krise des Unternehmens die Insolvenzantragstellung unvermeidbar wird und die Sanierung dann neben die

⁴² Über die Drei-Wochen-Frist hinausgehende Sanierungsbestrebungen führen nicht zur Ausdehnung der Frist, siehe dazu statt vieler *Uhlenbruck/Gundlach*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 7 Rn. 8.

⁴³ *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, § 15a Rn. 16.

⁴⁴ Begr. RegE-MoMiG, BT-Drs. 16/6140, S. 55; *Klöhn*, in: MüKoInsO, § 15a Rn. 19.

⁴⁵ *Grube/Maurer*, GmbHR 2003, 1461, 1464; *Hk-GmbHG/Kolmann*, Vor § 64 Rn. 150; *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, § 15a Rn. 12.

⁴⁶ *Wellensiek/Schluck-Amend*, in: Römermann, MAH-GmbH-Recht, § 23 Rn. 25.

Antragstellung tritt, entsteht die Pflicht zur Sanierung bereits zu einem früheren Zeitpunkt, sodass zum Zeitpunkt des Krisenbeginns des Unternehmens eine Abgrenzung zwischen Sanierung und Insolvenzantragstellung vorzunehmen ist. Daher ist es unabdingbar, den genauen Entstehungszeitpunkt der Sanierungspflicht konkret bestimmen zu können. Diese Feinabgrenzung eröffnet für den Geschäftsführer ein komplexes Feld an Überprüfungsmaßnahmen, was entsprechende Pflichten zur Folge hat, die einer näheren Erörterung bedürfen.

1. Selbstprüfungspflicht der Geschäftsführer

Aufgrund seiner Organstellung ist der Geschäftsführer gehalten, sich jederzeit ein Bild über die finanzielle Lage der Gesellschaft zu machen, um erforderlichenfalls die entsprechenden Maßnahmen zur Sanierung einleiten zu können.⁴⁷ Zur Feststellung, ob die GmbH auf eine Insolvenz zusteuert und inwieweit Aussicht auf erfolgreiche Sanierung des Unternehmens besteht, trifft den Geschäftsführer eine Selbstprüfungspflicht⁴⁸ dahingehend zu prüfen, ob einer der Insolvenzantragsgründe, eben Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 InsO oder Überschuldung gem. § 19 InsO, vorliegt. Die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes nach § 43 Abs. 1 GmbHG erfordert eine detaillierte, sorgfältige und stetige Überprüfung der wirtschaftlichen Lage, sodass der Geschäftsführer gesellschaftsinterne Vorkehrungen treffen sollte, um dieser Selbstprüfungspflicht gerecht zu werden.⁴⁹

a) Risikofrüherkennung

Für ein effektives Krisenmanagement und eine von Erfolg gekrönte Sanierung ist es von entscheidender Bedeutung, das möglicherweise bestehende finanzielle Risiko möglichst frühzeitig zu erkennen und zu bewerten. Der Geschäftsführer

⁴⁷ BGHZ 126, 181, 199; BGH GmbHR 1995, 299, 300; OLG Oldenburg, NZG 2001, 37, 39 f.; *Wellensiek/Schluck-Amend*, in: Römermann, MAH-GmbH-Recht, § 23 Rn. 75.

⁴⁸ Uhlenbruck/*Uhlenbruck*, InsO, § 19 Rn. 4.

⁴⁹ *K. Schmidt*, in: K. Schmidt/*Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1.109; *Goette*, ZGR 2006, 261, 269 f. erwägt sogar, auch die Gesellschafter hinsichtlich der wirtschaftlichen Selbstprüfung mit in die Pflicht zu nehmen.

rer hat innerhalb der Gesellschaft dafür Sorge zu tragen, dass ein entsprechendes Organisationsmodell besteht, anhand dessen die wirtschaftliche Situation der GmbH jederzeit überprüft werden kann, insbesondere durch Auswertung der Buchführung, sodass eine rechtzeitige Risikoerkennung gewährleistet werden kann und die erforderlichen Maßnahmen in die Wege geleitet werden können.⁵⁰ Die Früherkennung finanzieller Krisen kann sowohl durch operative Frühwarnsysteme in Form von Bilanzanalysen erfolgen als auch durch die Auswertung strategischer Frühwarnsysteme.⁵¹ Zur genauen Umsetzung und Funktion von Frühwarnsystemen siehe sogleich die Ausführungen unter 2. Teil § 5 A. II. 1. a) aa) (1).

aa) Informations- und Organisationspflicht

In seiner Position als Leiter des Unternehmens ist der Geschäftsführer unter Beachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes gem. § 43 Abs. 1 GmbHG dazu verpflichtet, sich umfassend über die finanzielle Situation der Gesellschaft zu informieren, was eine ständige Beobachtung der wirtschaftlichen Lage erfordert und von dem Geschäftsführer verlangt, sich die notwendigen Kenntnisse für einen angemessenen Überblick über die Vermögensverhältnisse mittels der Aufstellung einer Zwischenbilanz oder eines Vermögensstatus zu verschaffen.⁵² Sobald erste Anzeichen dafür auftauchen, dass die GmbH auf eine finanzielle Krise zusteuert, ist der Geschäftsführer zu einer intensiven Prüfung der Bilanzen verpflichtet, um entsprechende Maßnahmen zur Krisenabwendung zu ergreifen. Damit der Geschäftsführer überhaupt in der Lage ist zu erkennen, wann der Zeitpunkt erreicht ist, in dem es notwendig wird, Maßnahmen zur Krisenabwendung zu ergreifen, muss er gesellschaftsintern ein entsprechendes Organisationssystem etablieren, mittels dessen er jederzeit die

⁵⁰ *Schultze-Petzold*, in: Büchel/von Rechenberg, Hdb FA Handels- und GesR, 11. Kap. Rn. 456; Roth/Altmeppen/*Altmeppen*, GmbHG, § 41 Rn. 15.

⁵¹ *Oberle*, in: Münchener Hdb GesR III, § 66 Rn. 14; *Wellensiek/Schluck-Amend*, in: Römermann, MAH-GmbH-Recht, § 23 Rn. 15.

⁵² BGH NJW-RR 1995, 669; BGH NZG 2012, 940, 941.

wirtschaftliche und finanzielle Situation der GmbH überblicken kann.⁵³ Ein solches Frühwarnsystem soll die rechtzeitige Erkennung von zuvor festgelegten Risiken ermöglichen und ist insofern einer „Innenrevision“ vergleichbar.⁵⁴ Die Pflicht zur Einrichtung und Organisation eines derartigen internen Überwachungs- und Kontrollsystems ist zwar für die GmbH im Gegensatz zur AG⁵⁵ gesetzlich nicht geregelt, lässt sich für den Geschäftsführer der GmbH aber aus seiner Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensleitung gem. § 43 Abs. 1 GmbHG sowie mittelbar aus der Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 1 InsO ableiten.⁵⁶ Nur wenn der Geschäftsführer seiner wirtschaftlichen Selbstprüfungspflicht nachkommt, ist er in der Lage, eine Unterbilanz, den hälftigen Verlust des Stammkapitals oder den Eintritt der Insolvenzreife der GmbH festzustellen.⁵⁷ Daher ist trotz Fehlens einer wörtlichen Festlegung der Selbstprüfungspflicht im Gesetz aus dem teleologischen Zusammenspiel der Pflichten des Geschäftsführers aus dem GmbHG und der InsO die Notwendigkeit der wirtschaftlichen Selbstprüfung eindeutig zu sehen. Für die genaue inhaltliche Ausgestaltung der Informations- und Organisationspflicht ist dem Geschäftsführer ein unternehmerischer Ermessensspielraum einzuräumen.⁵⁸

(1) Implementierung betriebswirtschaftlicher Frühwarnsysteme

Bereits im Vorfeld einer Unternehmensinsolvenz greifen gesellschaftsintern innerhalb der GmbH bestimmte Mechanismen, die auch als gesellschaftsrechtliches Frühwarnsystem bezeichnet werden können. Hierzu zählen eine erhöhte

⁵³ BGH NJW-RR 1995, 669, 670; statt vieler *Bellen/Stehl*, BB 2010, 2579, 2580 sowie *Veil*, ZGR 2006, 374, 378.

⁵⁴ *Holzer*, NZI 2005, 308, 309.

⁵⁵ Die Vorschrift des § 91 Abs. 2 AktG, wonach der Vorstand einer AG verpflichtet ist, ein internes Überwachungssystem einzurichten, um Krisenanzeichen rechtzeitig zu erkennen, ist durch das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) v. 27. April 1998 (BGBl. I S. 786, 787) eingeführt worden.

⁵⁶ *Schultze-Petzold*, in: Büchel/von Rechenberg, Hdb FA Handels- und GesR, 11. Kap. Rn. 456; *Haas/Hossfeld*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 92 Rn. 7.

⁵⁷ *Haas/Hossfeld*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 92 Rn. 7.

⁵⁸ *Fleischer*, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 83; zum unternehmerischen Ermessensspielraum siehe ausführlich unter 2. Teil § 5 A. II. 5.

Sorgfaltspflicht in Bezug auf den Umgang mit dem Gesellschaftsvermögen, eine besondere Informationspflicht des Geschäftsführers gegenüber den Gesellschaftern sowie die gesteigerte Pflicht zur stetigen wirtschaftlichen Selbstprüfung.⁵⁹ Neben diesem gesellschaftsrechtlichen Frühwarnsystem sollten jedoch zur rechtzeitigen Krisenfrüherkennung auch betriebswirtschaftliche Frühwarnsysteme eingerichtet werden, da die gesellschaftsrechtlichen Frühwarnsysteme sehr spät greifen und damit eine erfolgreiche Sanierung erschweren.⁶⁰ Die Einrichtung von Frühwarnsystemen soll dem Geschäftsführer aussagekräftige Informationen zu einem so rechtzeitigen Zeitpunkt liefern, dass noch genügend Zeit zur Einleitung entsprechender Maßnahmen verbleibt, um eine Unternehmenskrise abzuwenden.⁶¹ Hinsichtlich der betriebswirtschaftlichen Frühwarnsysteme sind verschiedene Arten zu unterscheiden.

(a) Bilanzanalyse als operatives Frühwarnsystem

Die Einrichtung operativer Frühwarnsysteme bezweckt die Gewinnung von Informationen über Erfolg und Liquidität des Unternehmens, in aller Regel erfolgt dieser Prozess im Wege der Bilanzanalyse.⁶² Durch die Bilanzanalyse werden bestimmte Kennzahlen ermittelt, die zu einem Indikator zusammengefügt werden und dadurch letztlich Hinweise auf eine mögliche Krisenentwicklung geben sollen.⁶³ Das in der Praxis am häufigsten angewandte Verfahren ist

⁵⁹ *Haas/Hossfeld*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 92 Rn. 4; *Wellensiek/Schluck-Amend*, in: Römermann, MAH-GmbH-Recht, § 23 Rn. 6.

⁶⁰ *Wellensiek/Schluck-Amend*, in: Römermann, MAH-GmbH-Recht, § 23 Rn. 14; *Picot/Aleth*, Unternehmenskrise und Insolvenz, Rn. 156.

⁶¹ *Picot/Aleth*, Unternehmenskrise und Insolvenz, Rn. 157.

⁶² *Picot/Aleth*, Unternehmenskrise und Insolvenz, Rn. 159; *Wellensiek/Schluck-Amend*, in: Römermann, MAH-GmbH-Recht, § 23 Rn. 15; *K. Schmidt*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1.74.

⁶³ *Drukarczyk/Schöntag*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 2 Rn. 19; *Oberle*, in: Münchener Hdb GesR III, § 66 Rn. 15; *K. Schmidt*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1.74.

die *multivariate Diskriminanzanalyse*.⁶⁴ Dabei werden aus den Jahresabschlüssen von Unternehmen Kennzahlen erstellt, die die wirtschaftliche Lage des Unternehmens darstellen und eine Zuordnung des Unternehmens entweder zur Gruppe der solventen oder zur Gruppe der insolventen Unternehmen ermöglichen soll, da der Diskriminanzanalyse die Annahme zugrunde liegt, dass sich insolvenzgefährdete Unternehmen schon einige Jahre vor einer möglichen Anbahnung von Insolvenzgründen in ihrem Jahresabschluss deutlich von wirtschaftlich „gesunden“ Unternehmen unterscheiden.⁶⁵ Die relevanten Kennzahlen in Form von Umlaufvermögen, Gesamtaktiva, Fremdkapital, Eigenkapital, Umsatz, Gewinn, Rücklagen sowie den verschiedenen Cash-Flow-Varianten⁶⁶ und ihre Beziehung zueinander erfahren eine Gewichtung entsprechend ihrer Bedeutung und werden linear zu einer Funktion verknüpft. Daneben muss ein bestimmter Trennwert festgelegt werden, der eine Zuordnung des jeweiligen Unternehmens entweder in die Kategorie der insolvenzgefährdeten oder in die Kategorie der wirtschaftlich stabilen Unternehmen ermöglicht.⁶⁷ Eine Verfeinerung der multivariaten Diskriminanzanalyse kann durch die Anwendung *Künstlicher Neuronaler Netz-Analyse* herbeigeführt werden. Nach dieser Analyse soll mithilfe eigens dafür entwickelter Software computergestützt die Informationsaufnahme und -verarbeitung vergleichbar dem menschlichen Gehirn nachgebildet werden. Dabei werden viele tausende Eingabesätze in Form von Bilanzkennzahlen in die Software eingeführt, sodass die Software darauf trainiert wird, die eingegebenen Daten mit vorangegangenen Ergebniswerten in Zu-

⁶⁴ Im Gegensatz zur univariaten Diskriminanzanalyse, bei der nur eine Kennzahl für eine bestimmte Zuordnung verwendet wird, werden bei der multivariaten Diskriminanzanalyse mehrere Kennzahlen entsprechend ihrer Gewichtung in Relation gesetzt, siehe *Wilden*, in: Buth/Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, § 3 Rn. 20 f.

⁶⁵ *Wilden*, in: Buth/Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, § 3 Rn. 19; *Wellensiek/Schluck-Amend*, in: Römermann, MAH-GmbH-Recht, § 23 Rn. 16; *Picot/Aleth*, Unternehmenskrise und Insolvenz, Rn. 162.

⁶⁶ *Oberle*, in: Münchener Hdb GesR III, § 66 Rn. 15; *Picot/Aleth*, Unternehmenskrise und Insolvenz, Rn. 162.

⁶⁷ *Wilden*, in: Buth/Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, § 3 Rn. 21; *Drukarczyk/Schöntag*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 2 Rn. 20 mit einer sehr anschaulichen tabellarischen Übersicht zu als trennscharf ausgewiesenen Kennzahlen unter Rn. 21.

sammenhang zu setzen.⁶⁸ Aufgrund der Tatsache, dass das Neuronale Netzwerk-Verfahren einen Lernprozess durchläuft, soll es diejenigen Kennzahlen herausfinden und auswerten, die eine sehr zuverlässige Einteilung der Unternehmen in „solvent“ oder „insolvenzgefährdet“ zulässt.⁶⁹ Daneben gibt es als weiteres Verfahren das von *Baetge und Mitarbeitern* entwickelte sogenannte Backpropagation-Netz mit 14 Kennzahlen (BP-14).⁷⁰ Auf detaillierte Ausführungen zu diesem Verfahren kann an dieser Stelle verzichtet werden. Festzuhalten ist jedoch, dass gerade auch Kreditinstitute zur Prüfung der Sanierungsfähigkeit eines Firmenkunden im Rahmen der Risikofrüherkennung eine genaue Untersuchung der Jahresabschlüsse und der betriebsinternen Analysen vornehmen und bei der Prüfung eines Sanierungsgutachtens insbesondere ins Auge fassen, ob eine Erreichung der Kapitaldienstfähigkeit⁷¹ gewährleistet werden kann.⁷²

(b) Strategische Frühwarnsysteme

Im Gegensatz zu den operativen Frühwarnsystemen, die mathematisch generierte Informationen hervorbringen, basieren strategische Frühwarnsysteme auf der Sammlung und Auswertung von Signalen oder Symptomen, die mittels der Führung von Checklisten erfasst werden.⁷³ Die strategischen Frühwarnsysteme sind zukunftsorientiert und sollen die langfristige Überlebensfähigkeit des Unternehmens durch entsprechende unternehmensinterne Weichenstellungen si-

⁶⁸ *Wilden*, in: Buth/Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, § 3 Rn. 21; *Drukarczyk/Schöntag*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 2 Rn. 20; *Picot/Aleth*, Unternehmenskrise und Insolvenz, Rn. 169; umfassend zur Bilanzanalyse mithilfe von Künstlichen Neuronalen Netzen *Küting/Weber*, Die Bilanzanalyse, S. 378 ff.

⁶⁹ *Wilden*, in: Buth/Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, § 3 Rn. 21; *Drukarczyk/Schöntag*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 2 Rn. 20; *Wellensiek/Schluck-Amend*, in: Römermann, MAH-GmbH-Recht, § 23 Rn. 17.

⁷⁰ Ausführlich hierzu *Baetge/Schmedt/Hüls/Krause/Uthoff*, DB 1994, 337 ff.; *Baetge/Jerschensky*, DB 1996, 1581 ff.

⁷¹ Die Kapitaldienstfähigkeit kennzeichnet die Fähigkeit des Unternehmens, die Zinsen auf das zur Verfügung gestellte Kapital zu zahlen und die Tilgungsraten zu erbringen, *Depré/Dobler*, in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz, § 43 Rn. 127.

⁷² *Portisch*, KSI 2013, 149, 151.

⁷³ *Wellensiek/Schluck-Amend*, in: Römermann, MAH-GmbH-Recht, § 23 Rn. 19; *Oberle*, in: Münchener Hdb GesR III, § 66 Rn. 16.

cherstellen.⁷⁴ Über die Bilanzanalyse hinaus sollen mithilfe der Checkliste u.a. das Unternehmensumfeld, relevante Entwicklungen am Markt sowie politische und rechtliche Risiken frühzeitig erkannt werden können. Problematisch ist hierbei, dass für eine vollumfängliche strategische Krisenfrüherkennung beinahe „alles“ im Unternehmen laufend gemessen und auf verdächtige Entwicklungen untersucht werden müsste, was einer wirtschaftlichen Effizienz widerspräche.⁷⁵ Um auf die verschiedenen Gegebenheiten und Entwicklungen, die im Fall einer nahenden Krise zu erkennen sind, in wirtschaftlich effizienter Weise eingehen zu können, empfiehlt es sich, unternehmensintern die strategische Krisenfrüherkennung in ein entsprechend ausgestattetes Controlling einzubinden.⁷⁶ Die Organisation der Krisenfrüherkennung gehört folglich zu einem thematischen Bereich, den der Geschäftsführer an andere Abteilungen innerhalb der Gesellschaft delegieren kann. Trotzdem bleibt er selbst aber in der Pflicht, die Resultate der Krisenfrüherkennung regelmäßig auszuwerten und entsprechend zu reagieren. Das unternehmensinterne Controlling vermag insofern nur die strategische Organisation zu übernehmen, die Verantwortung für die Krisenfrüherkennung an sich verbleibt jedoch bei dem Geschäftsführer. Allein deshalb wird er dafür Sorge tragen, dass entsprechende Frühwarnsysteme umfassend und präzise eingerichtet und ausgewertet werden. Über die Implementierung verschiedener Systeme hinaus bietet es sich ferner an, Regelungen über den gesellschaftsinternen Informationsfluss zu treffen, damit dem Geschäftsführer die zeitnah erforderliche Auswertung der gewonnenen Informationen ermöglicht wird.

(c) Financial Covenants

Insbesondere im Rahmen von Kreditverträgen finden sich in der Praxis zunehmend *financial covenants*. Diese vertraglichen Nebenabreden verpflichten die Gesellschaft als Kreditnehmerin zu einem bestimmten Verhalten im Interesse

⁷⁴ Picot/Aleth, Unternehmenskrise und Insolvenz, Rn. 173; Maus, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1.121.

⁷⁵ Plötzeneder/Müller-Merbach, S. 419, 428; Wellensiek/Schluck-Amend, in: Römermann, MAH-GmbH-Recht, § 23 Rn. 19.

⁷⁶ Wellensiek/Schluck-Amend, in: Römermann, MAH-GmbH-Recht, § 23 Rn. 19.

des Kreditgebers an der Rückzahlung des investierten Kapitals, sodass die Gesellschaft dafür Sorge zu tragen hat, bestimmte Mindestanforderungen an die Vermögenssituation, den Ertrag oder die Liquidität einzuhalten.⁷⁷ Die Verwendung von Covenants in Kreditverträgen soll es dem Kreditgeber ermöglichen, eine drohende Krise des Kreditnehmers frühzeitig erkennen und entsprechende Maßnahmen rechtzeitig ergreifen zu können, daher ist es denkbar, dass Covenants effizient zur Insolvenzvermeidung beitragen können. Damit dem Kreditgeber aber überhaupt ein Einschreiten in Form von unternehmerischer Beteiligung möglich ist, müssen ihm vertraglich Informations- und Einwirkungsrechte eingeräumt werden.⁷⁸ Neben den Informationsmöglichkeiten ist es für den Kreditgeber von essentieller Bedeutung, bei Anzeichen einer Krise rechtzeitig handeln zu können. Wenn der Kreditnehmer seine vertraglichen Pflichten verletzt, sog. *breach of covenant*, wird dem Kreditgeber in aller Regel ein Recht zur Kreditkündigung zustehen, wobei es auch möglich ist, den Kredit zu geänderten Konditionen neu auszuhandeln.⁷⁹ Die durch die Verwendung von Covenants ermöglichte Mitentscheidungsgewalt des Kreditgebers wirft jedoch die Frage nach ihrem rechtlichen Rahmen auf. Um einen immensen Fremdeinfluss durch Investoren eindämmen zu können, mag es sinnvoll sein, die Investoren als Dritte in das Recht der Gesellschafterdarlehen nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO einzuordnen.⁸⁰

⁷⁷ Wellensiek/Schluck-Amend, in: Römermann, MAH-GmbH-Recht, § 23 Rn. 20; Servatius, CFL 2013, 14, 15.

⁷⁸ Wellensiek/Schluck-Amend, in: Römermann, MAH-GmbH-Recht, § 23 Rn. 20; Servatius, CFL 2013, 14; ein Musterbeispiel für die Information des Kreditgebers als Inhalt von *Financial Covenants* findet sich bei Wittig, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1.155.

⁷⁹ Servatius, CFL 2013, 14, 15; Wittig, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1.142.

⁸⁰ Siehe ausführlich zur rechtlichen Problematik der Einflussnahme über Covenants Servatius, CFL 2013, 14, 17 ff.

(2) Vor- und Nachteile der einzelnen Frühwarnsysteme

Die Bilanzanalyse als operatives Frühwarnsystem hat den Vorteil, dass der Jahresabschluss als grundlegende Informationsquelle leicht zugänglich ist.⁸¹ Als nachteilig ist jedoch einzuordnen, dass die Erkenntnisse aus der Bilanzanalyse vergangenheitsbezogen sind und aus dem Grund nur bedingt eine zukunftsgerichtete Krisenprognose ermöglichen. Auch die *Künstliche Neuronale Netz-Analyse* vermag den Mangel der Vergangenheitsbezogenheit nicht zu überwinden und ist daher aufgrund der fehlenden qualitativen und zukunftsbezogenen Aspekte nur bedingt für die Praxis geeignet.⁸² Daneben tritt das Risiko der möglichen Bilanzfälschung und der Ausnutzung der bilanziellen Spielräume, sodass die Bilanz als Informationsquelle keinen hinreichend sicheren Erkenntnisgewinn bzgl. der wahren finanziellen Lage der Gesellschaft zu präsentieren vermag.⁸³ Um eine sichere Zukunftsprognose bzgl. einer möglichen Insolvenz der Gesellschaft aufstellen zu können, müssen vielmehr auch andere Faktoren berücksichtigt werden, die nicht mathematisch-statistisch aus der Bilanzanalyse ersichtlich sind, sondern sich aus Veränderungen am Markt, der Wettbewerbsstruktur, Gesetzesänderungen, dem Verhalten der Mitarbeiter oder aus dem sonstigen relevanten Umfeld des Unternehmens ergeben.⁸⁴ Vorteil der strategischen Frühwarnsysteme ist deshalb ihre Zukunftsbezogenheit. Für den Geschäftsführer einer GmbH ist es daher unerlässlich, neben den handfesten Erkenntnissen aus einer präzisen Bilanzanalyse gerade auch die Erkenntnisse aus den strategischen Frühwarnsystemen sorgfältig zu untersuchen, um mögliche Sanierungschancen zu erkennen und entsprechende Maßnahmen einzuleiten.

⁸¹ *Wellensiek/Schluck-Amend*, in: Römermann, MAH-GmbH-Recht, § 23 Rn. 18.

⁸² *Wilden*, in: Buth/Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, § 3 Rn. 41.

⁸³ *Wilden*, in: Buth/Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, § 3 Rn. 21; *Kütting/Weber*, Die Bilanzanalyse, S. 402; *Wellensiek/Schluck-Amend*, in: Römermann, MAH-GmbH-Recht, § 23 Rn. 18; *Oberle*, in: Münchener Hdb GesR III, § 66 Rn. 15; insbesondere zum Manipulationsrisiko im Rahmen der Einhaltung von Financial Covenants *Maus*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1.160.

⁸⁴ *Wellensiek/Schluck-Amend*, in: Römermann, MAH-GmbH-Recht, § 23 Rn. 18; *Oberle*, in: Münchener Hdb GesR III, § 66 Rn. 15; *Picot/Aleth*, Unternehmenskrise und Insolvenz, Rn. 172; *Maus*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1.121.

Der vergangenheitsbezogene Blick auf die Bilanz kann dabei helfen, aus Fehlern zu lernen, wogegen der zukunftsgerichtete Blick das relevante Geschäftsfeld und die Marktrisiken der Gesellschaft genau zu analysieren hat. Zur Errichtung eines derartigen strategischen Krisenfrüherkennungssystems kann auch auf externe Unterstützung durch Unternehmensberatungen zurückgegriffen werden.⁸⁵ Financial Covenants erscheinen zwar aufgrund der frühzeitigen Einbindung der Kreditgeber und des ihnen ermöglichten Einschreitens als Instrument zur Krisenfrüherkennung sinnvoll, haben jedoch auch den Nachteil, dass sie sich auf die Zahlen aus der Bilanz und der GuV stützen und damit ebenso wie die Bilanzanalyse vergangenheitsbezogen ausgerichtet sind.⁸⁶ Als Krisenindikator können sie daher nur dann fungieren, wenn die Kreditgeber umfassend die Einhaltung der Covenants kontrollieren und im Fall eines Verstoßes umgehend handeln.

(3) Stellungnahme

Um ein rechtzeitiges Einschreiten des Geschäftsführers in Krisensituationen zu ermöglichen, muss die Einrichtung gesellschaftsinterner Frühwarnsysteme gewährleistet sein. Die Kombination aus gesellschaftsrechtlichen und betriebswirtschaftlichen Frühwarnsystemen erscheint dabei als die einzig Sinnvolle, da nur aus der Gesamtschau von Informationspflichten und mathematisch belegbaren Kennzahlen hinreichende Erkenntnisse hinsichtlich eines möglichen Sanierungserfolgs gewonnen werden können. Die Einrichtung entsprechender Systeme gestaltet sich dabei recht komplex, da neben dem finanziellen Aufwand für z.B. bestimmte Software und die entsprechenden Fachkräfte auch die Gefahr des Fremdeinflusses durch Kreditgeber über die Financial Covenants begrenzt werden muss. Auch wenn der Geschäftsführer bestimmte Aufgabenbereiche im Rahmen seiner Geschäftsführungskompetenz an andere Stellen delegieren darf, bleibt er verpflichtet, die finanzielle Lage der Gesellschaft jederzeit einschätzen zu können. Je mehr Delegation in einem Unternehmen vollzogen wird, umso weiter spannt sich das Netzwerk der Kommunikation und Informa-

⁸⁵ *Wilden*, in: Buth/Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, § 3 Rn. 52.

⁸⁶ *Wittig*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1.158 f.

tionsweitergabe. Sofern dann der Informationsfluss und die Kontrollmöglichkeiten sogar an externe Dritte in Gestalt von etwa Investoren ausgedehnt werden, der Geschäftsführer aber dennoch allein in der Verantwortung bleibt, sollten präzise Regelungen u.a. in den Kreditverträgen getroffen werden, um Haftungsrisiken für den Geschäftsführer zu minimieren. An dieser Stelle wird das Spannungsfeld deutlich, in dem der Geschäftsführer sich bewegt: Einerseits ist er gehalten, im Sinne der Gesellschaft entsprechende Finanzierungsmöglichkeiten mit Investoren zu nutzen, andererseits ist er dem Wohle der Gesellschaft verpflichtet und sieht sich im Fall von Fehlentscheidungen gegebenenfalls einer haftungsrechtlichen Inanspruchnahme gegenüber. Dementsprechend müssen ausführliche und präzise Regelungen getroffen werden, um einen angemessenen Interessenausgleich zwischen dem Interesse der Gesellschaft an einer guten Finanzierung und dem Interesse des Geschäftsführers an einer Überschaubarkeit seines Haftungsrisikos zu gewährleisten.

(4) Kontrolle des Informationsflusses

Für eine erfolgreiche Krisenfrüherkennung muss ein effektives Controlling eingerichtet sein, das nicht nur für die Koordination der Planung entsprechender Systeme, sondern auch für eine zuverlässige Information der Geschäftsführung verantwortlich ist und die nötige Unabhängigkeit von allen operativen Geschäftsbereichen aufweisen muss.⁸⁷ Die Existenz eines derartigen effizienten Controllings innerhalb des Unternehmens unterliegt der persönlichen Gesamtverantwortung des Geschäftsführers.⁸⁸ Fraglich ist, wie weit der Verantwortungsbereich auszudehnen ist. Die bloße Existenz und Funktionsfähigkeit des Controllings lassen sich noch von dem Geschäftsführer mit zumutbarem Aufwand überprüfen. Falls aber innerhalb des Controllings nicht sorgfältig gearbeitet und die relevanten Kennzahlen und sonstigen Erkenntnisse fehlerhaft oder sogar gar nicht dokumentiert werden, erscheint es haftungsrechtlich schwierig,

⁸⁷ *Drygala/Drygala*, ZIP 2000, 297, 299 weisen die Aufgabe der Risikoerkennung den jeweiligen Personen im Unternehmen zu, die für eine bestimmte Risikoquelle die Verantwortung tragen; *Picot/Aleth*, Unternehmenskrise und Insolvenz, Rn. 182 f.

⁸⁸ OLG Celle NZG 1999, 1064, 1065; *Picot/Aleth*, Unternehmenskrise und Insolvenz, Rn. 186; *Koppensteiner/Gruber*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 43 Rn. 16.

den Geschäftsführer für Fehler auf jeder kleineren Entscheidungsebene haftbar machen zu können. Auch wenn er die Gesamtverantwortung trägt und sicherstellen muss, dass ihm die relevanten Informationen von entsprechender Stelle rechtzeitig und vollständig zukommen, so kann er schwerlich auch den Inhalt jeglicher Information auf seine Richtigkeit hin überprüfen. Somit sollte der Verantwortungsbereich vordergründig auf den organisatorischen Bereich der Einrichtung und Überprüfung der Informationsweitergabe durch das Controlling ausgerichtet werden. Zur Überprüfung der Funktionsfähigkeit der Strategie des Unternehmens müssen dem Geschäftsführer die relevanten Kennzahlen zur Verfügung gestellt werden. Diese Kennzahlen sollten neben quantitativen auch qualitative Größen abbilden, was umfassend und übersichtlich mittels einer *balanced scorecard (bsc)* gestaltet werden kann.⁸⁹ In einer solchen werden aus verschiedenen Perspektiven die einzelnen Kennzahlen betrachtet und den einzelnen Krisenstadien zugeordnet. Die folgende Abbildung zeigt eine mögliche Ausgestaltung einer BSC, diese kann beliebig um weitere Kennzahlen ergänzt und erweitert werden.

Perspektive	Kennzahl	Krisenart	Messbereich	Zielwert
Finanzperspektive				
Kundenperspektive				
Interne Prozessperspektive				
Lern-/ Entwicklungsperspektive				

Abb. 1: Muster einer balanced scorecard

Quelle: *Exler/Situm*, KSI 2013, 161, 166.

⁸⁹ *Groß*, WPg 2009, 231, 241; *Exler/Situm*, KSI 2013, 161, 166.

bb) Einholung fachkundigen Rats zur Prüfung der Insolvenzreife

Grundsätzlich unterliegt das Erkennen der Insolvenzreife der GmbH unter Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vollständig dem Verantwortungsbereich und der Darlegungs- und Beweislast des Geschäftsführers.⁹⁰ Mittels der zuvor bereits erörterten unternehmensinternen Frühwarnsysteme kann ein wesentlicher Grundstein für den erforderlichen Erkenntnisgewinn bzgl. der finanziellen Lage der Gesellschaft gelegt werden. Sofern die gewonnenen Informationen aus den Systemen jedoch noch nicht ausreichend sind, um die Insolvenzreife der Gesellschaft abschließend beurteilen zu können, ist der Geschäftsführer verpflichtet, fachkundigen Rat einzuholen. Falls erforderlich, muss der Geschäftsführer sich daher rechtzeitig die nötigen Kenntnisse beschaffen, die zur Prüfung einer möglicherweise erforderlichen Insolvenzantragstellung unabdingbar sind.⁹¹ Dabei ist es nicht ausreichend, den Beratungsauftrag an einen unabhängigen fachlich qualifizierten Berater zu vergeben, sondern der Geschäftsführer muss zudem die unverzügliche Mitteilung des Prüfergebnisses einfordern und das Prüfergebnis einer Plausibilitätskontrolle unterziehen.⁹² Wenn der Geschäftsführer diese Anforderungen erfüllt hat, darf er auf den fachkundigen Rat vertrauen.⁹³

(1) Beauftragung eines fachkundigen Sachverständigen

Die für eine Prüfung der Insolvenzreife erforderliche Sachkompetenz ist in jedem Fall in der Person eines Wirtschaftsprüfers als externer Sachverständiger erfüllt.⁹⁴ Auch wenn die Beratung zur Prüfung einer möglicherweise bestehenden Insolvenzantragspflicht nicht zwangsläufig durch einen Wirtschaftsprüfer vorzunehmen ist, so sollte der Geschäftsführer trotzdem darauf achten, eine

⁹⁰ BGHZ 163, 134, 141.

⁹¹ BGHZ 126, 181, 199; BGH NZI 2007, 477, 478; BGH NZI 2012, 567, 568.

⁹² BGH NZI 2012, 567, 569; NZI 2007, 477, 478.

⁹³ BGH NZG 2007, 545, 547; *Fleischer*, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 86; gleiches gilt für den Vorstand, Hölters/Hölters, AktG, § 93 Rn. 34; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 73.

⁹⁴ BGH NZI 2012, 567, 568; *Picot/Aleth*, Unternehmenskrise und Insolvenz, Rn. 200.

zumindest vergleichbare Qualifikation des auszuwählenden Beraters sicherzustellen, um ein verlässliches Prüfergebnis zu erhalten, auf das er seine Entscheidung zur Insolvenzantragstellung stützt.

(2) Information des Beraters

Zur Gewährleistung eines zuverlässigen Prüfergebnisses ist der Geschäftsführer gehalten, dem Berater alle erforderlichen Unterlagen der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen und ihn umfassend über die Verhältnisse des Unternehmens aufzuklären.⁹⁵

(a) Zurverfügungstellung relevanter Unternehmensdaten

Hinsichtlich der Relevanz verschiedener Unternehmensdaten gibt es keine eindeutige Festlegung. Zur Prüfung der Insolvenzzreife einer Gesellschaft müssen dem Berater jedoch zumindest der Jahresabschluss und die Auswertungen der Bilanzanalyse, insbesondere aus der multivariaten Diskriminanzanalyse,⁹⁶ zur Verfügung gestellt werden. Der bereits erläuterte Nachteil des Jahresabschlusses liegt in der fehlenden Aktualität der darin erkennbaren Zahlen und Werte. Die kurzfristige Liquiditätslage des Unternehmens kann mittels einer Analyse des Jahresabschlusses daher nur in Ansätzen zutreffend ermittelt werden. Durch die Verwendung unterjähriger Unternehmensdaten kann zwar mitunter eine aktuellere Analyse durchgeführt werden, jedoch sind auch diese Daten – ebenso wie der Jahresabschluss – vergangenheitsbezogen und können für die zukünftige finanzielle Entwicklung der Gesellschaft nur gewisse Anhaltspunkte liefern.⁹⁷ Aus dem Grund erscheint es sinnvoll, in die Liste der relevanten Unternehmensdaten auch einen Teil der Auswertungen aus den strategischen Frühwarnsystemen aufzunehmen, die Auskunft über das Unternehmensumfeld und die Entwicklungen am Markt geben. Eine mögliche Besorgnis seitens des Geschäftsführers, zu viele Unternehmensinterna preiszugeben, erscheint so-

⁹⁵ BGH NZI 2012, 567, 568.

⁹⁶ Siehe zu den verschiedenen Methoden der Bilanzanalyse bereits die Ausführungen unter 2. Teil § 5 A. II. 1. a) aa) (1) (a).

⁹⁷ Günther/Hübl/Niepel, DStR 2000, 346, 347.

wohl aufgrund der Notwendigkeit der umfassenden Prüfung der Insolvenzreife zu seiner eigenen Absicherung als auch aufgrund der beruflichen Schweigepflicht des Beraters aus dem Mandatsverhältnis, die im Fall ihrer Verletzung gem. § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbewährt ist, unbegründet.

(b) Kooperation zwischen Berater und Mitarbeitern

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist zunächst der Geschäftsführer selbst verpflichtet, für die Bereitstellung der erforderlichen Unterlagen an den Berater zu sorgen.⁹⁸ Im Rahmen seiner Delegationsmöglichkeit innerhalb des Unternehmens erscheint es jedoch nur sinnvoll und zielführend, die Aufgabe der Informationsbereitstellung auch auf andere Stellen, wie eben das Controlling, auszuweiten, um dem Berater zeitnah und umfassend alle relevanten Daten zukommen zu lassen. Im Fall von Rückfragen des Beraters oder erforderlichen Ergänzungen der zur Verfügung gestellten Unterlagen sollten gesellschaftsintern Regelungen getroffen werden, die eine effektive Kooperation zwischen Mitarbeitern des Unternehmens und dem Berater sicherstellen. Bei der vertraglichen Ausgestaltung dieser Kooperation ist sicherzustellen, dass nur bestimmte Entscheidungsträger aus dem Unternehmen innerhalb ihres Kompetenzbereichs nach außen hin Informationen weitergeben dürfen. Aufgrund der Brisanz eines Insolvenzantrags für die Reputation des Unternehmens ist unbedingt darauf zu achten, dass Informationen bzgl. der möglichen Insolvenzreife des Unternehmens nur gezielt an die zur Prüfung befugte und beauftragte Person gelangen und nicht schon vor Bekanntwerden des Prüfergebnisses den Verdacht der Insolvenz am Markt entstehen lassen.

(3) Plausibilitätskontrolle des Prüfergebnisses

Die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes gem. § 43 Abs. 1 GmbHG erfordert, dass der Geschäftsführer sich nicht nur das Prüfergebnis vorlegen lässt, sondern es zusätzlich auf seine Plausibilität hin untersucht. In welcher Gestalt eine derartige Plausibilitätskontrolle zu erfolgen hat, ist diskussionswürdig. Bei der Plausibilitätskontrolle sind drei Aspekte zu berücksichtigen:

⁹⁸ BGH NJW 2007, 2118, 2120; NZG 2011, 1271, 1273; NZI 2012, 567, 568.

Das Prüfergebnis muss auf einer vollständigen und zutreffenden Tatsachengrundlage beruhen, es muss die konkrete Fragestellung abdecken und schließlich dürfen keine Widersprüche oder Begründungslücken erkennbar sein.⁹⁹ Gerade weil der Geschäftsführer selbst nicht über die nötige Fachkenntnis verfügt, um die Insolvenzreife der Gesellschaft eindeutig feststellen zu können, beauftragt er einen externen Sachverständigen mit der Prüfung. Das Prüfergebnis auf inhaltliche materielle Fehler hin zu kontrollieren, vermag der Geschäftsführer daher gerade nicht zu leisten. Vielmehr kann sich seine Kontrolle nur auf offensichtliche Unrichtigkeiten¹⁰⁰ in den äußeren Merkmalen des Gutachtens, wie etwa eine sehr einseitige Prüfung der Fragestellung¹⁰¹ oder sonstige auf Anhieb erkennbare Fehler erstrecken. Vordergründig kann eine solche Plausibilitätskontrolle nur dem Zweck dienen, reine Gefälligkeitsgutachten zu erkennen und auszugrenzen, die nicht zu einer Entlastung des Geschäftsführers führen können.¹⁰² Die Dokumentation der Art der Plausibilitätskontrolle und ihres Ergebnisses kann zwar empfehlenswert¹⁰³, jedoch nicht die entscheidende Voraussetzung für eine Entlastung des Geschäftsführers in einem späteren Haftungsprozess sein.¹⁰⁴ Wichtig erscheint, dass der Geschäftsführer das Prüfergebnis entsprechend seiner Fähigkeiten einzuordnen weiß und offensichtliche äußere Unrichtigkeiten erkennt. Auf die Richtigkeit der materiellen Inhalte muss er vertrauen dürfen. Dies spiegelt sich insbesondere in der aktuellen Rechtsprechung des BGH wider, wonach der Geschäftsführer im Wege des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter den beauftragten Berater in Regress nehmen kann, wenn diesem bei der Beurteilung der Insolvenzreife anhand der Bilanzen der Gesellschaft Fehler unterlaufen sind und der Geschäftsführer folglich für von ihm getätigte Handlungen in Anspruch genommen worden ist, die bei Vor-

⁹⁹ *Fleischer*, NZG 2010, 121, 124; *Merkt/Mylich*, NZG 2012, 525, 529.

¹⁰⁰ *Sandhaus*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 64 Rn. 34.

¹⁰¹ *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, § 43 Rn. 14.

¹⁰² BGH ZIP 2007, 1265, 1267; BGH ZIP 2005, 20, 21; *Bayer*, in: FS K. Schmidt, S. 85, 92; *Bunz*, Der Schutz unternehmerischer Entscheidungen, S. 116; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, § 43 Rn. 14.

¹⁰³ So *Strohn*, ZHR 176 (2012), 137, 142.

¹⁰⁴ *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, § 43 Rn. 14.

liegen der Insolvenzreife nicht mehr erlaubt sind.¹⁰⁵ Zu beachten ist jedoch, dass eine Haftung z.B. des Steuerberaters der GmbH nur dann in Betracht kommt, wenn er ausdrücklich mit der Prüfung der Insolvenzreife beauftragt worden ist. Eine generelle Pflicht zur Überprüfung der Insolvenzreife im Rahmen des Dauermandats der steuerlichen Beratung als vertragliche Nebenpflicht kann hingegen nicht bejaht werden.¹⁰⁶ Daher ist der Geschäftsführer in der Verantwortung, bei Krisenanzeichen das Ziel des in Auftrag gegebenen Gutachtens gegenüber dem sachverständigen Berater präzise zu formulieren und klarzustellen, dass genaue Erkenntnisse gewonnen werden müssen hinsichtlich der Notwendigkeit der Insolvenzantragstellung.

b) Solvenz- oder Liquiditätsprognose

Die Verpflichtung des Geschäftsführers zur Überprüfung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft umfasst im Rahmen der Risikofrüherkennung insbesondere regelmäßige Solvenzprognosen¹⁰⁷ sowie die Ermöglichung einer jederzeitigen Liquiditätskontrolle.¹⁰⁸ Eine Solvenzprognose spielt insbesondere im Vorfeld von Zahlungen i.S.d. § 64 S. 3 GmbHG eine bedeutende Rolle, sodass der Geschäftsführer nur dann Leistungen an Gesellschafter vornehmen darf, wenn die zu erwartenden Zahlungsströme zu einer positiven Solvenzprognose führen.¹⁰⁹ Durch eine sorgfältige Solvenzprüfung soll bereits der Kriseneintritt für den Geschäftsführer erkennbar sein.¹¹⁰ Somit lassen sich die Solvenz- und die Liquiditätsprognose in den gesamten Rahmen der Risikofrüherkennung einbinden. Die Instrumentarien der verschiedenen Frühwarnsysteme greifen mit der Ausarbeitung einer Solvenz- oder Liquiditätsprognose ineinander über und sollen folglich zu einem derart hinreichenden Informationsgewinn führen, dass

¹⁰⁵ BGH NZI 2012, 853, 858.

¹⁰⁶ BGH NZI 2014, 308, 309; NZG 2013, 675, 677.

¹⁰⁷ Bork, ZIP 2011, 101, 103.

¹⁰⁸ Bellen/Stehl, BB 2010, 2579, 2580.

¹⁰⁹ Bork, ZIP 2011, 101, 103; Ziemons, in: Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 31 Rn. 33.

¹¹⁰ Veil, ZGR 2006, 374, 377.

der Geschäftsführer die notwendigen Maßnahmen treffen und den Auswertungsergebnissen entsprechend reagieren kann.

c) **Auswertung der Unternehmensbilanzen**

Die Krisenfrüherkennung muss in einem umfassenden Rahmen organisiert werden. Auch wenn nur einige Kennzahlen und Untersuchungen zukunftsgerichtet sind,¹¹¹ ermöglicht eine Auswertung der Unternehmensbilanzen einen ersten Überblick über die finanzielle Lage der Gesellschaft anhand nachprüfbarer Zahlen. Die Auswertung der Unternehmensbilanzen dient damit sowohl frühzeitig schon der Prüfung, ob die Hälfte des Stammkapitals verloren ist und gem. § 49 Abs. 3 GmbHG die Gesellschafterversammlung einberufen werden muss als auch der Feststellung einer möglichen Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit. Erste grundlegende Erkenntnisse in bilanzieller Hinsicht bieten Umlaufvermögen, Gesamtaktiva, Fremdkapital, Eigenkapital, Umsatz, Gewinn, Rücklagen und die verschiedenen Cash-Flow-Varianten.¹¹²

aa) **Eigenkapitalquote und Verschuldungsgrad**

Zur frühzeitigen Erkennung finanzieller Probleme im Unternehmen ist ein besonderes Augenmerk auf die Eigenkapitalquote und den Verschuldungsgrad zu legen, da eine sinkende Eigenkapitalquote auf der anderen Seite eine steigende Verschuldung nach sich ziehen wird zur Aufrechterhaltung der Liquidität des Unternehmens.¹¹³ Der Verschuldungsgrad erhöht sich durch die Inanspruchnahme kurzfristiger Fremdmittel, dadurch dass die kurzfristigen Forderungen sinken und die kurzfristigen Verbindlichkeiten steigen,¹¹⁴ sodass sich aus der sorgfältigen Bilanzanalyse eine Erfolgskrise und der damit verbundene sofortige Handlungsbedarf erkennen lässt. Die Übergänge zwischen den einzelnen Krisenstadien verlaufen mitunter fließend, sodass eine starre Abgrenzung nur

¹¹¹ Siehe dazu bereits die Ausführungen unter 2. Teil § 5 A. II. 1. a) aa) (2) zu den Vor- und Nachteilen der einzelnen Frühwarnsysteme.

¹¹² *Oberle*, in: Münchener Hdb GesR III, § 66 Rn. 15; *Picot/Aleth*, Unternehmenskrise und Insolvenz, Rn. 162.

¹¹³ *Exler/Situm*, KSI 2013, 161, 164.

¹¹⁴ *Exler/Situm*, KSI 2013, 161, 165.

bedingt weiterhilft. So werden sich bestimmte Kennzahlen aus der Bilanz, wie beispielsweise die sinkende Eigenkapitalquote bzw. die steigende Verschuldung,¹¹⁵ von der Erfolgs- hin zur Liquiditätskrise verschärfen und der Handlungsbedarf entsprechend wachsen. Derartige Entwicklungen lassen sich aus der Bilanz erkennen, sodass sich einige der wesentlichen Risiken zahlenmäßig abzeichnen lassen.

bb) Gewinn- und Verlustrechnung (GuV)

Neben einer genauen Betrachtung von Eigenkapitalquote und Verschuldungsgrad muss die Gewinn- und Verlustrechnung im Fokus einer sorgfältigen Analyse stehen. Eine Erfolgskrise wird durch sinkende Gewinne auf der einen Seite und steigende Verluste auf der anderen Seite stark indiziert.¹¹⁶ Dies wird u.a. dadurch verdeutlicht, dass das Institut der deutschen Wirtschaftsprüfer (IDW) in seinem Standard IDW S 6 zu den „Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten“¹¹⁷ festgelegt hat, dass bei der Untersuchung der Ergebnis-, Finanz- und Vermögenslage des Unternehmens insbesondere zu prüfen ist, wie sich Umsätze, Kosten und Deckungsbeiträge der einzelnen Produktgruppen und Geschäftsbereiche innerhalb des Unternehmens entwickelt haben. Empfehlenswert ist in dem Zusammenhang eine *Break-even-Analyse*, mittels derer die Grundlagen für die Erreichung eines ausgeglichenen Ergebnisses geschaffen werden können.¹¹⁸ Für eine umfassende Analyse und entsprechende Konsequenzen ist es daher erforderlich, neben den konkreten Zahlen aus der GuV und der Bilanz auch auf einzelne Entwicklungen innerhalb verschiedener Geschäftsbereiche einzugehen.

¹¹⁵ Siehe zu den einzelnen Indikatoren der verschiedenen Krisenstadien *Exler/Situm*, KSI 2013, 161, 165; zur Feststellung der einzelnen Krisenstadien ferner *Beck*, Wpg 2009, 264, 265 f.

¹¹⁶ Vgl. hierzu die Abbildung von *Exler/Situm*, KSI 2013, 161, 165.

¹¹⁷ IDW Standard: Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten (IDW S 6), (Stand: 20.08.2012).

¹¹⁸ IDW S 6, Tz. 56.

cc) IFRS keine taugliche Auslegungshilfe

Die grundsätzliche Auswertung der Unternehmensbilanzen richtet sich nach HGB. Fraglich ist, ob für die Auswertung auch die IFRS¹¹⁹ zugrunde gelegt werden können. Gem. § 315a HGB gelten die IFRS nur für Konzerne, sodass sie für eine Einzel-GmbH grundsätzlich keine Anwendung finden. Die IFRS ermöglichen jedoch im Gegensatz zum HGB eine zukunftsgerichtete Auswertung,¹²⁰ sodass die Überlegung möglich erscheint, die IFRS zumindest als Auslegungshilfe bei der Auswertung der Unternehmensbilanzen heranzuziehen. Hierbei gilt jedoch zu beachten, dass im Kontext der Sanierung und Insolvenz der Gläubigerschutz im deutschen Recht nach InsO und HGB einen sehr hohen Stellenwert hat und daher u.a. insbesondere nach dem Vorsichtsprinzip gem. § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB zu bewerten ist. Das Unternehmen darf insofern gerade bei der Prüfung der Sanierungsfähigkeit nicht besser dargestellt werden als es ist, sodass eine Auslegung entsprechend der IFRS hinsichtlich einer zukunftsgerichteten Prognose gerade nicht möglich erscheint.¹²¹

2. Prüfung von Sanierungsmöglichkeiten

Sobald der Geschäftsführer einer GmbH von der Unternehmenskrise Kenntnis hat, sollte er prüfen, welche Maßnahmen ergriffen werden können, um die Krise abzuwenden. In Zusammenarbeit mit spezialisierten Sanierungsberatern ist ein Sanierungskonzept zu entwickeln, um das angeschlagene Unternehmen wieder zu stabilisieren. Die Prüfung der Sanierung unterteilt sich in die Prüfung der Sanierungsfähigkeit des Unternehmens und die Prüfung der Sanierungswürdigkeit.

¹¹⁹ International Financial Reporting Standards.

¹²⁰ Das handelsrechtliche Vorsichtsprinzip tritt in den Hintergrund, statt einer tatsächlichen Realisation von Gewinnen kommt es vielmehr auf die Realisierbarkeit an, wie es sich z.B. aus IAS 18.29 ableiten lässt, *Winkeljohann/Büssow*, in: BeckBil-Komm, § 252 HGB Rn. 84.

¹²¹ A.A. *Luttermann/Geißler*, ZInsO 2013, 1381, 1385, die zwar die Manipulationsgefahr bei einer Bewertung nach IFRS erkennen, jedoch die Informationsfunktion bei einer Bewertung nach IFRS im Mittelpunkt sehen, sodass ein erhöhter Gläubigerschutz durch frühzeitige Insolvenzantragstellung erreicht werden könnte.

a) Sanierungsfähigkeit

Um ein finanziell angeschlagenes Unternehmen als sanierungsfähig einstufen zu können, ist zunächst erforderlich, dass die Unternehmensfortführung nach den handelsrechtlichen Grundsätzen des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB anzunehmen ist,¹²² wobei eine erwartete Fortführung der Unternehmenstätigkeit für die auf den Abschlussstichtag folgenden zwölf Monate als genügend angesehen wird.¹²³ Nachfolgend sind in einem längeren Prognosezeitraum die entsprechenden Maßnahmen zu ergreifen, um die nachhaltige Fortführungsfähigkeit in Form von Wettbewerbs- und Renditefähigkeit sicherzustellen.¹²⁴ Bei Eintritt der Liquiditätskrise wird es in vielen Fällen u.a. unumgänglich sein, bestehende Kreditlinien weiter auszudehnen, was jedoch die Bereitstellung weiterer Sicherheiten und zusätzliche Auflagen nach sich ziehen wird.¹²⁵

b) Sanierungswürdigkeit

Die Sanierungswürdigkeit beurteilt sich aus der subjektiven Risikosicht einer Hausbank und einer Abwägung zwischen Chancen und Risiken der Sanierungsbemühungen.¹²⁶ Dabei müssen die Erfolgsaussichten dem Risiko weiterer Verluste gegenübergestellt werden. Hier wird deutlich, dass der subjektive Charakter der Sanierungswürdigkeitsprüfung einen beträchtlichen Entscheidungsspielraum für die Kreditgeber und Investoren eröffnet. Denn selbst wenn die Unternehmensfortführung nach going-concern-Grundsätzen gem. § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB zu bejahen ist, kann die Sanierungswürdigkeit und damit verbunden die Bereitschaft der Kreditgeber zur Prolongation oder Neuausgabe

¹²² IDW S 6, Tz. 11; *Thiele*, in: Wimmer/Dauernheim/Wagner/Gietl, Hdb FA Insolvenzrecht, Kap. 15 Rn. 26.

¹²³ *Eisolt*, BB 2010, 427, 428; *Winkeljohann/Büssow*, in: BeckBil-Komm, § 252 HGB Rn. 11.

¹²⁴ IDW S 6, Tz. 11; a.A. *Siemon*, ZInsO 2012, 1045, 1046 f., der die Wiedererlangung der Wettbewerbs- und Renditefähigkeit nicht für erforderlich erachtet, sondern vielmehr die Fortführung des Unternehmens und den Unternehmenserhalt mittels eines Insolvenzplans als Kernelement einer Sanierung einordnet.

¹²⁵ *Exler/Situm*, KSI 2013, 161, 165.

¹²⁶ *Portisch*, KSI 2013, 149, 153.

von Krediten mit dem Argument abgelehnt werden, dass die Erfolgsaussichten der Sanierungsbestrebungen geringer einzuschätzen sind als die drohenden Risiken weiterer Verluste. Die Sanierungswürdigkeit erscheint aufgrund der subjektiven Wertungselemente insofern nur bedingt als taugliches Kriterium,¹²⁷ wobei andererseits gerade diese subjektiven Entscheidungen der Stakeholder die objektive Grenze der möglichen und gegebenenfalls erforderlichen Sanierungsmaßnahmen darstellen, wenn es für eine erfolgreiche Sanierung entscheidend auf eine Beteiligung der Stakeholder an den entsprechenden Sanierungsmaßnahmen ankommt.¹²⁸ Daher erscheint es erforderlich, höchste Sorgfaltsanforderungen an die Fortführungsprognose zu stellen, um über eine nachvollziehbar geprüfte und positiv festgestellte Sanierungsfähigkeit auch eine entsprechende Argumentationsgrundlage für eine Sanierungswürdigkeit des Unternehmens bereit halten zu können. Aufgrund der Entscheidungsgewalt der Stakeholder können somit letztlich die Sanierungsfähigkeit und die Sanierungswürdigkeit nicht völlig losgelöst voneinander betrachtet werden.

3. Entwicklung und Umsetzung entsprechender Sanierungskonzepte

Damit ein erstelltes Sanierungskonzept als ernsthafter Sanierungsversuch klassifiziert werden kann, ist nach bestätigter Rechtsprechung des BGH neben einer hinreichenden Schlüssigkeit des Konzepts erforderlich, dass die tatsächlichen Umstände bei der Erstellung zugrunde gelegt wurden und das Konzept nicht eindeutig undurchführbar ist.¹²⁹ Zur Einschätzung der tatsächlich gegebenen Umstände sowie der Durchführbarkeit des Konzepts muss ein unvoreingenommener Fachmann konsultiert werden, der die nötigen branchenspezifischen Kenntnisse aufweist und seine Beurteilung anhand der ihm vorgelegten Buchhaltungsunterlagen vornimmt.¹³⁰ Neben den Krisenursachen sind die Vermögens-, Ertrags- und Finanzlage des Schuldners zu untersuchen, um seine wirt-

¹²⁷ So auch *Groß*, WPg 2009, 231, 238.

¹²⁸ IDW S 6, Tz. 18.

¹²⁹ BGH ZIP 1993, 276, 279; ZIP 1998, 248, 251.

¹³⁰ So die ständige Rechtsprechung des BGH, BGHZ 10, 228, 234; BGH NJW 1955, 1272, 1273 f.; ZIP 1998, 248, 251.

schaftliche Lage hinreichend beurteilen zu können.¹³¹ Auch wenn sich grundsätzlich die Pflicht des Geschäftsführers zur Sanierung aus dem Grundgedanken des § 43 Abs. 1 GmbHG ableiten lässt,¹³² so ist er in der Entscheidung über bestimmte Sanierungsmaßnahmen nicht völlig frei, sondern muss sich dazu mit der Gesellschafterversammlung abstimmen, da grundlegende Sanierungsentscheidungen in den Kompetenzbereich der Gesellschafterversammlung fallen und die Gesellschafter mit der Sanierung einverstanden sein müssen.¹³³

a) Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten nach IDW S 6

Der vom Institut der deutschen Wirtschaftsprüfer e.V. entwickelte IDW Standard S 6 ist der Nachfolgestandard vom bisherigen Branchenstandard, IDW Stellungnahme FAR 1/1991 „Anforderungen an Sanierungskonzepte (FAR 1/1991)“¹³⁴ und stellt die derzeit geltenden Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten dar.¹³⁵ Der Standard beinhaltet die wesentlichen allgemeinen Grundsätze, die von den Wirtschaftsprüfern bei der Erstellung von Sanierungskonzepten Berücksichtigung finden und für den jeweiligen Einzelfall entsprechend modifiziert werden.¹³⁶ Die Grundsätze finden entsprechende Anwendung bei der Begutachtung von Sanierungskonzepten, die von den gesetzlichen Vertretern erstellt worden sind.¹³⁷ Daraus wird deutlich, dass der GmbH-Geschäftsführer sowohl selbst ein Sanierungskonzept erstellen und von einem Wirtschaftsprüfer begutachten lassen kann als auch direkt einen externen Berater mit der Erstellung eines Sanierungskonzepts beauftragen kann. Letzt-

¹³¹ BGH ZIP 1998, 248, 251.

¹³² Siehe dazu bereits die Ausführungen unter 2. Teil § 5 A.

¹³³ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 36; *Veil*, ZGR 2006, 374, 380.

¹³⁴ *Buth/Hermanns*, DStR 2010, 288.

¹³⁵ IDW Standard: Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten (IDW S 6), verabschiedet vom Fachausschuss Sanierung und Insolvenz (FAS) am 20.08.2012, billigende Kenntnisnahme durch den Hauptfachausschuss (HFA) am 26.10.2012. Diese aktuelle Fassung ersetzt die Fassung vom 20.08.2009, siehe IDW S 6, Tz. 7.

¹³⁶ IDW S 6, Tz. 1, 3.

¹³⁷ IDW S 6, Tz. 6.

lich wird es von der Fachkunde des Geschäftsführers abhängen, ob er selbst in der Lage ist, ein derartiges Konzept aufzustellen. Letztlich hängt der Sanierungserfolg maßgeblich davon ab, ob die Geschäftsführung in der Lage ist, das Sanierungskonzept entsprechend umzusetzen und fortzuentwickeln.¹³⁸ Wenn der Geschäftsführer in der Lage ist, selbst ein schlüssiges Sanierungskonzept zu erstellen, liegt die Annahme nahe, dass er ebenfalls fähig ist, die geplanten Sanierungsmaßnahmen konzeptgemäß durchzuführen.¹³⁹ Aus der Fähigkeit zur Erstellung eines solchen Sanierungskonzepts lässt sich der Rückschluss ziehen, dass die einzelnen Krisenursachen und gesellschaftsinternen Problembereiche seitens des Geschäftsführers erkannt worden sind und infolgedessen das erforderliche Verständnis für die zu ergreifenden Maßnahmen vorhanden ist. Andererseits ist jedoch zu bedenken, dass eine Stakeholderkrise häufig gerade erst durch Fehler in der Geschäftsführung¹⁴⁰ und nachlässiges Verhalten auf Seiten des Geschäftsführers verursacht wird.¹⁴¹ Wenn der Krisenverursacher in der Folge Maßnahmen zur Abwendung der Krise konzipieren und umsetzen soll, kann es mithin zu Entscheidungskonflikten in der Person des Geschäftsführers kommen, da die Erkennung der Krisenursachen insbesondere die Einsichtsfähigkeit für möglicherweise eigenes vergangenes Fehlverhalten voraussetzt. Aus dem Grund ist es in praktischer Hinsicht empfehlenswert, die Erstellung des Sanierungskonzepts von einem externen fachkundigen Berater wenigstens auf seine Schlüssigkeit und Durchführbarkeit überprüfen zu lassen, wenn das Konzept zuvor unternehmensintern durch den Geschäftsführer erarbeitet worden ist.

aa) Teilkonzept versus Vollkonzept

Hinreichende Angaben zur Sanierungsfähigkeit des Unternehmens lassen sich nur dann treffen, wenn alle Anforderungen an ein Sanierungskonzept nach IDW S 6 eingehalten worden sind. Die Analyse bloß einzelner Problemberei-

¹³⁸ IDW S 6 Tz. 19.

¹³⁹ *Axhausen/Rieser*, in: Prinz/Winkeljohann, Beck'sches Handbuch der GmbH, § 15 Rn. 54.

¹⁴⁰ *Eisolt*, BB 2010, 427, 429.

¹⁴¹ *Groß*, WPg 2009, 231, 234.

che ist für die Prüfung der Sanierungsfähigkeit hingegen nicht ausreichend.¹⁴² Schon aus dem Wortlaut des IDW S 6 wird andererseits jedoch deutlich, dass auch bewusst nur ein Teilkonzept erstellt werden kann. In dem Fall muss auf alle nicht bearbeiteten Teile ausdrücklich hingewiesen werden.¹⁴³ Gerade in der Krise des Unternehmens kann es jedoch sinnvoll sein, zur Vermeidung der Zahlungsunfähigkeit bestimmte Notfallmaßnahmen zu ergreifen, die in einem Teilkonzept zusammengestellt werden können, um die akute Gefahr der Insolvenz abzuwenden. Auch die Aufstellung der Fortführungsprognose kann Objekt eines Teilkonzeptes sein.¹⁴⁴ Im Rahmen seiner Selbstprüfungspflicht hat der Geschäftsführer daher genau zu eruieren, in welchem Stadium die Gesellschaft sich befindet und ob es zunächst ausreicht, nur ein Teilkonzept zu erstellen bzw. erstellen zu lassen, um die Bestandsgefährdung des Unternehmens in Form des Insolvenzeintritts abzuwenden, oder ob direkt ein Vollkonzept erarbeitet werden sollte. Aufgrund der Pflicht zur rechtzeitigen Insolvenzantragstellung nach § 15a Abs. 1 S. 1 InsO sollte der Geschäftsführer somit spätestens bei Eintritt der Liquiditätskrise einen Liquiditätsstatus erstellen (lassen), um die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft zu überprüfen und gegebenenfalls den Insolvenzantrag zu stellen.¹⁴⁵

bb) Kernanforderungen an Sanierungskonzepte

Die Kernanforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten nach dem aktuell geltenden IDW Standard¹⁴⁶ werden nachfolgend genauer untersucht. Nur wenn alle diese Anforderungen erfüllt sind, lassen sich hinreichende Erkenntnisse hinsichtlich der Sanierungsfähigkeit des Unternehmens treffen. Grundlage für die Erstellung eines Sanierungskonzeptes ist, dass zunächst festgestellt wird, in welchem Krisenstadium sich das Unternehmen befindet, da

¹⁴² IDW S 6, Tz. 9.

¹⁴³ IDW S 6, Tz. 5.

¹⁴⁴ *Buth/Hermanns*, DStR 2010, 288, 289.

¹⁴⁵ *Eisolt*, BB 2010, 427, 430.

¹⁴⁶ IDW S 6, Tz. 8, Stand 20.08.2012.

sich der Auftragsinhalt des Konzepterstellers nach dem jeweiligen Krisenstadium richtet.¹⁴⁷

(1) Beschreibung von Auftragsgegenstand und -umfang

Zu Beginn der Konzepterstellung muss von den Beteiligten genau festgelegt werden, welche Verantwortungsbereiche dem beauftragten Wirtschaftsprüfer zustehen, wie genau der Inhalt des Auftrags ausgestaltet ist und welchen Zweck das Arbeitsergebnis verfolgt. Neben einer genauen Regelung der Überlassung von Informationen und Arbeitsergebnissen an Dritte mit diesbezüglichen Haftungsfragen sind des Weiteren die vertragliche Zusicherung des Zugangs zu den wesentlichen Geschäftsunterlagen, Auskunftsrechte gegenüber der Gesellschaft und der Anspruch des Wirtschaftsprüfers auf eine Vollständigkeitserklärung bzgl. der Vollständigkeit und Richtigkeit der zur Verfügung gestellten wirtschaftlichen Daten sowie der rechtlichen Rahmenbedingungen für die Ausführung des Auftrags wesentliche Elemente, die bei der Festlegung von Auftragsgegenstand und -umfang Berücksichtigung finden sollten.¹⁴⁸

(2) Darstellung und Analyse der wirtschaftlichen und rechtlichen Ausgangslage des Unternehmens

Nach Festlegung des genauen Auftragsgegenstands und Auftragsinhalts müssen alle wesentlichen Daten hinsichtlich der wirtschaftlichen und rechtlichen Ausgangslage des Unternehmens zusammengestellt werden. Hierzu müssen alle sanierungsrelevanten Daten und Informationen übersichtlich zusammengetragen werden, insbesondere Angaben zu den rechtlichen und organisatorischen, finanz-, leistungs- und personalwirtschaftlichen Verhältnissen des Unternehmens.¹⁴⁹ Es entspricht der höchstrichterlichen Rechtsprechung des BGH, dass im Rahmen der wirtschaftlichen Ausgangslage v.a. die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage untersucht werden muss.¹⁵⁰ Die Auswertung der systematisch

¹⁴⁷ IDW S 6, Tz. 25.

¹⁴⁸ IDW S 6, Tz. 27-29.

¹⁴⁹ IDW S 6, Tz. 8, 45-46.

¹⁵⁰ BGH ZIP 1998, 248, 251; so übernommen in den IDW S 6, Tz. 8, 56.

erhobenen Daten ermöglicht eine Einschätzung, welche Maßnahmen für eine erfolgreiche Sanierung erforderlich und möglich sind.¹⁵¹ Auch hier ist festzuhalten, dass gerade die finanziellen Informationen des Unternehmens vergangenheitsbezogen sind und daher nur bedingt eine zukunftsgerichtete Prognose der wirtschaftlichen Stabilität erlauben.¹⁵² Aber als Grundlage und Ausgangspunkt für ein Sanierungskonzept sind verlässliche und nachprüfbare Daten erforderlich, um daraus Schlussfolgerungen für zukünftige Entwicklungen ziehen zu können.

(a) Prüfung der Unternehmenslage anhand interner und externer Faktoren

Neben der Bereitstellung von Basisinformationen über die Unternehmenslage muss nachfolgend eine umfassende Analyse der Unternehmenslage anhand von internen und externen Faktoren erfolgen, um sowohl marktbezogene Chancen und Risiken als auch interne Stärken und Schwächen des Unternehmens zu identifizieren.¹⁵³ Im Rahmen der Analyse des Unternehmensumfelds muss insbesondere untersucht werden, wie sich die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen u.a. durch politische Einflüsse zukünftig entwickeln werden.¹⁵⁴ Ein wesentlicher Kernpunkt der Analyse externer Faktoren besteht in der Untersuchung der Branchenentwicklung. Für die Aufstellung eines aussichtsreichen Sanierungskonzepts ist es unabdingbar, diejenigen externen Faktoren zu kennen, die großen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit des Unternehmens haben. Hierzu zählen insbesondere andere Wettbewerber, Kunden, Lieferanten, neue technologische Entwicklungen, Veränderungen in benachbarten Branchen sowie neue Geschäftsmodelle.¹⁵⁵ Hinsichtlich der internen Faktoren müssen alle Verhältnisse untersucht werden, die die Ergebnis-, Finanz- und Vermögenslage des

¹⁵¹ IDW S 6, Tz. 49.

¹⁵² Zur Problematik der vergangenheitsbezogenen Informationen im Rahmen der Risikofrüherkennung siehe bereits die Ausführungen zu den Vor- und Nachteilen der einzelnen Frühwarnsysteme unter 2. Teil § 5 A. II. 1. a) aa) (2).

¹⁵³ IDW S 6, Tz. 48.

¹⁵⁴ IDW S 6, Tz. 52.

¹⁵⁵ IDW S 6, Tz. 53-54.

Unternehmens beeinflussen.¹⁵⁶ Gesellschaftsvertragliche Rahmenbedingungen sind ebenso zu untersuchen wie zivilrechtliche Verträge, Steuerrisiken und arbeitsrechtliche Verhältnisse.¹⁵⁷ Auch sind neben einer kritischen Überprüfung des Geschäftsmodells mitsamt seinen Kernbereichen und seiner Rentabilität die Interessen der Stakeholder sowie die im Unternehmen vorhandenen Ressourcen zu ermitteln, die für die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens relevant sind.¹⁵⁸ Dementsprechend ist es auch unerlässlich, die Geschäftsführung in die Analyse einzubeziehen, um die erforderlichen Sanierungsmaßnahmen entwickeln und umsetzen zu können.¹⁵⁹

(b) Prüfung der Fortführungsfähigkeit des Unternehmens

Eine hinreichende Beurteilung der wirtschaftlichen Ausgangslage erfordert darüber hinaus eine möglichst konkrete Aussage zur Fortführungsfähigkeit des Unternehmens. Entscheidend für eine Sanierung des Unternehmens mit dem Ziel, das Unternehmen langfristig wieder wettbewerbs- und renditefähig zu machen, ist nämlich eine positive Fortführungsprognose.¹⁶⁰ Daher ist eine genaue Prüfung der Zahlungsfähigkeit und Überschuldung geboten. Die Zahlungsfähigkeit wird mittels eines Liquiditätsstatus ermittelt und muss von einer bloß vorübergehenden Zahlungsstockung abgegrenzt werden.¹⁶¹ Ist das Stadium der Erfolgs- oder Liquiditätskrise erreicht, muss des Weiteren eine Überschuldungsprüfung vorgenommen werden. Für die Fortführungsprognose nach § 19 InsO i.S. eines rein liquiditätsorientierten Ansatzes zählt allein, ob innerhalb des Prognosezeitraums die Zahlungsfähigkeit aufrechterhalten werden kann (sog. „Liquiditätsvorschau“).¹⁶² Im Hinblick auf die Sanierungsfähigkeit

¹⁵⁶ Zu den Kernpunkten der Analyse bzgl. der Ergebnis-, Finanz- und Vermögenslage des Unternehmens siehe bereits die Ausführungen unter 2. Teil § 5 A. II. 1. c) bb).

¹⁵⁷ IDW S 6, Tz. 57.

¹⁵⁸ IDW S 6, Tz. 57-59.

¹⁵⁹ IDW S 6, Tz. 61.

¹⁶⁰ IDW S 6, Tz. 89.

¹⁶¹ Ausführliche Erörterungen zur Prüfung der Zahlungsfähigkeit mittels der Aufstellung einer Liquiditätsbilanz erfolgen unter 2. Teil § 5 B. I. 2. c).

¹⁶² IDW S 6, Tz. 85.

des Unternehmens muss über die rein liquiditätsorientierte Fortführungsprognose des § 19 InsO hinaus die Fortführungsfähigkeit der Unternehmenstätigkeit nach § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB geprüft und letztlich bejaht werden, die neben der reinen Liquidität des Unternehmens voraussetzt, dass der Unternehmensfortführung weder rechtliche noch tatsächliche Gegebenheiten entgegenstehen.¹⁶³

(3) Analyse von Krisenstadium und -ursachen

Entscheidend für eine erfolgreiche Sanierung ist, wie detailliert nach Identifizierung des betroffenen Krisenstadiums die Ursachen für die Krise herausgearbeitet werden, um die Neuausrichtung des Unternehmens strategisch sinnvoll zu gestalten. Die Stadien der Stakeholder-, Strategie-, Produkt- und Absatz-, Erfolgs- und Liquiditätskrise bis hin zur Insolvenzreife¹⁶⁴ bauen in aller Regel aufeinander auf, können jedoch auch parallel verlaufen oder sich überschneiden.¹⁶⁵ Nachfolgend wird erläutert, anhand welcher Anzeichen und tatsächlichen Gegebenheiten die verschiedenen Krisenstadien zu erkennen und einzuordnen sind.

(a) Stakeholderkrise

Bei einer Krise zwischen den Stakeholdern, also insbesondere Mitgliedern der Geschäftsführung, Gesellschaftern oder sonstigen am Unternehmen Beteiligten, kommt es zu Konflikten zwischen diesen einzelnen Gruppen, die sich negativ auf das Führungsverhalten auswirken, zu Blockadestrategien und letztlich zu einem Vertrauensverlust in die Geschäftsführung führen können, wenn dem Geschäftsführer als Vertretungsorgan nicht mehr zugetraut wird, das Unternehmen sicher aus der Krise zu führen.¹⁶⁶ Gerade schon in diesem Krisenstadium zeigt sich ein Kernproblem hinsichtlich einer erfolgreichen Sanierung:

¹⁶³ IDW S 6, Tz. 86.

¹⁶⁴ Siehe zu den verschiedenen Krisenstadien bereits die Ausführungen unter 1. Teil § 2 A. I.

¹⁶⁵ IDW S 6, Tz. 20, 62.

¹⁶⁶ IDW S 6, Tz. 65-68.

Wenn schon der Beginn einer Unternehmenskrise zu einem gewissen Anteil personelle Ursachen hat und insbesondere durch Fehler in der Geschäftsführung herbeigeführt worden ist, stellt sich die berechtigte Frage, ob der Geschäftsführer als verantwortliches Organ die nötige Einsichtsfähigkeit aufweisen und darüber hinaus in der Lage und willens sein wird, die erforderlichen Sanierungsmaßnahmen zu entwickeln und auch umzusetzen. Wenn dem Geschäftsführer nachweislich ein Fehlverhalten zur Last gelegt werden kann, mag eine Neuausrichtung des Unternehmens zur Abwendung der Bestandsgefährdung u.U. auch mit personellen Konsequenzen verbunden sein. Dementsprechend gilt es zu berücksichtigen, dass der Geschäftsführer bei der Erstellung und Umsetzung von Sanierungskonzepten in den meisten Fällen auch ein Auge darauf haben wird, inwieweit bestimmte Maßnahmen sein eigenes Amt gefährden können.

(b) Strategiekrise

In vielen Fällen folgt auf die Stakeholderkrise aufgrund von Fehlinvestitionen oder falsch ausgerichteten Innovationen eine Strategiekrise, die insbesondere durch den Verlust von Marktanteilen gekennzeichnet ist und dadurch den Rückschluss auf ein Nachlassen der Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens zulässt.¹⁶⁷ Entscheidenden Einfluss auf die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens haben allerdings immer auch die Entwicklungen innerhalb der Branche, in der das Unternehmen tätig ist. So können neben der Branchenstruktur auch die Zusammenarbeit zwischen den einzelnen Marktteilnehmern sowie die unterschiedlichen Marktphasen dazu führen, dass einzelne Unternehmen an Wettbewerbspotenzial einbüßen müssen.¹⁶⁸ Sofern dies rechtzeitig erkannt wird, kann die Unternehmensleitung durch die Einleitung entsprechender Maßnahmen versuchen, gegenzusteuern und das Unternehmen wieder wettbewerbsfähiger auszurichten.

¹⁶⁷ IDW S 6, Tz. 69-70.

¹⁶⁸ IDW S 6, Tz. 72.

(c) Produkt- und Absatzkrise

Eine Produkt- und Absatzkrise kann nach einer Strategiekrise eintreten und zeigt sich durch einen dauerhaften starken Rückgang der Nachfrage nach den Kernprodukten. Infolgedessen nehmen die Vorratsbestände und die Kapitalbindung zu und es kommt zu Ergebnisrückgängen.¹⁶⁹ Werden in der Produkt- und Absatzkrise keine wirksamen Gegenmaßnahmen zur Krisenabwendung ergriffen, tritt in der Folge regelmäßig die Erfolgskrise ein. Insofern wird deutlich, dass in jedem einzelnen Krisenstadium ein rechtzeitiges und zielgerichtetes Einschreiten seitens der Geschäftsführung erforderlich ist, um möglichst frühzeitig die Grundlagen für eine erfolgreiche Sanierung zu legen.

(d) Erfolgskrise

Kommt es zur Erfolgskrise, gehen die Renditen zurück, was sich v.a. dadurch zeigt, dass die Eigenkapitalkosten nicht mehr verdient werden. In der Folge kommt es zu Gewinneinbrüchen und Verlusten bis hin zum vollständigen Verlust des Eigenkapitals.¹⁷⁰ Zusammen mit der absinkenden Eigenkapitalquote sinkt auch die Kreditwürdigkeit des Unternehmens, was insofern zu einer Verschärfung der Krisensituation führt, als bei sinkender Kreditwürdigkeit die erforderlichen finanziellen Mittel für eine langfristig erfolgreiche Sanierung nicht mehr von externen Kapitalgebern zur Verfügung gestellt werden.¹⁷¹ Auch wenn kurzfristig der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit noch hinausgeschoben werden kann, müssen für nachhaltige Sanierungserfolge ausreichend finanzielle Mittel zur Verfügung stehen, um beispielsweise erforderliche Investitionen, eine Verbesserung des Marketing oder den Ausbau wettbewerbsfördernder Geschäftsbereiche vornehmen zu können.

¹⁶⁹ IDW S 6, Tz. 73.

¹⁷⁰ IDW S 6, Tz. 74.

¹⁷¹ IDW S 6, Tz. 75.

(e) Liquiditätskrise

Mit Eintritt der Liquiditätskrise liegt eine konkrete Bestandsgefahr für das Unternehmen vor, da ein Mangel an Liquidität das Insolvenzrisiko des Unternehmens drastisch erhöht.¹⁷² Eine der Hauptursachen für den Eintritt der Liquiditätskrise ist in der unausgewogenen und nur unzureichend stringent aufgebauten Finanzierungsstruktur des Unternehmens zu sehen, die z.B. durch ein ungenügendes *Working-Capital-Management*¹⁷³ oder durch eine zu verworrene Finanzierung mit Eigenkapital, Fremdkapital und hybriden Finanzinstrumenten nach außen in Erscheinung tritt. Hybride Finanzinstrumente sind dadurch gekennzeichnet, dass sie entsprechend der vertraglichen Ausgestaltung entweder dem bilanziellen Eigenkapital oder den Schulden zugeordnet werden können.¹⁷⁴ Wichtigste Beispiele sind stille Beteiligungen, Genussrechte¹⁷⁵ und Wandelanleihen¹⁷⁶. Ferner können mittelständische Unternehmen schnell in einen Liquiditätsengpass geraten, wenn ein größerer Auftrag nicht zeitnah beglichen wird.¹⁷⁷

(f) Insolvenzreife

Verschärft sich die Liquiditätskrise des Unternehmens, droht die Insolvenzreife. Sofern die Insolvenzeröffnungsgründe in Form von Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 InsO oder Überschuldung gem. § 19 InsO vorliegen, kann eine Abwendung der Insolvenz nur dadurch erreicht werden, dass schnell realisierbare Maßnahmen umgesetzt werden, um das Unternehmen einer positiven Fortführungsprognose zuzuführen.¹⁷⁸ Sofern ein externer Berater bei der Prüfung das

¹⁷² IDW S 6, Tz. 77.

¹⁷³ Mit *Working Capital* wird das Umlaufvermögen abzüglich kurzfristiger Verbindlichkeiten bezeichnet, anhand dessen die Liquidität eines Unternehmens beurteilt werden kann, *Lachmann*, in: Nerlich/Kreplin, MAH Insolvenz und Sanierung, § 8 Rn. 24.

¹⁷⁴ *Sigloch/Weber*, in: Michalski, GmbHG, Anh. §§ 41-42a Rn. 825.

¹⁷⁵ *Sigloch/Weber*, in: Michalski, GmbHG, Anh. §§ 41-42a Rn. 825.

¹⁷⁶ *Homölle*, in: MüKoBilanzR, IFRS 7. Rn. 63.

¹⁷⁷ BGHZ 163, 134, 143.

¹⁷⁸ IDW S 6, Tz. 79.

Vorliegen eines Insolvenzgrundes feststellt, muss er dies dokumentieren und den Geschäftsführer als Vertretungsorgan darüber informieren, damit dieser die notwendigen Maßnahmen in die Wege leiten kann.¹⁷⁹ Kann die Insolvenzreife nicht spätestens innerhalb von drei Wochen beseitigt werden, ist der Geschäftsführer zur Insolvenzantragstellung gem. § 15a Abs. 1 S. 1 InsO verpflichtet.

(g) Analyse der Krisenursachen

Für eine erfolgreiche Sanierung ist es unerlässlich, die Ursachen der Krise zu identifizieren und zu beheben. Zu beurteilen sind dabei sowohl interne als auch externe Einflüsse. Dazu zählen in externer Hinsicht z.B. Marktveränderungen und eine Verschärfung des Wettbewerbs und in interner Hinsicht z.B. Schwächen im operativen Bereich und Probleme im Management.¹⁸⁰ Wichtig ist, die verschiedenen Ursachen präzise herauszuarbeiten, um Veränderungen vornehmen zu können. Nicht ausreichend wäre es, pauschal auf Fehler der Geschäftsführung zu verweisen.¹⁸¹ Auch hier zeigt sich, dass ein Mindestmaß an Einsichtsfähigkeit seitens der Geschäftsführung erforderlich ist, um bestimmte Krisenursachen auch tatsächlich anzuerkennen. Eine strategische Neuausrichtung vermag nur dann zu gelingen, wenn alle Beteiligten sich der Krisenursachen bewusst sind und ihre Bereitschaft signalisieren, die erforderlichen Sanierungsmaßnahmen mitzutragen. Problematisch können Zeit- und Kostenaufwand für eine umfassende Ursachenanalyse sein, da im Krisenstadium ein möglichst zügiges Handeln erforderlich ist. Aber selbst bei kleineren Unternehmen muss die Sanierungsprüfung auch eine Ursachenanalyse beinhalten, um im Rahmen der angestrebten Sanierung einen hinreichenden Gläubigerschutz gewährleisten zu können.¹⁸²

¹⁷⁹ IDW S 6, Tz. 80.

¹⁸⁰ IDW S 6, Tz. 83.

¹⁸¹ IDW S 6, Tz. 82.

¹⁸² BGH ZIP 1998, 248, 251.

(4) Darstellung des Leitbilds des sanierten Unternehmens

Die Erstellung des Sanierungskonzepts orientiert sich am Leitbild des sanierten Unternehmens. Dieses ist gekennzeichnet durch eine nachhaltige branchenübliche Rendite und eine angemessene Eigenkapitalausstattung und stellt ein zukünftiges interessantes Ziel für Eigen- und Fremdkapitalgeber dar.¹⁸³ Das Leitbild ermöglicht, geeignete Sanierungsmaßnahmen zu erkennen und diese umzusetzen, um das Unternehmen wettbewerbsfähiger zu machen. Dabei werden auch die verantwortlich Handelnden zu einer effizienten Zusammenarbeit motiviert.¹⁸⁴ Das Leitbild konzipiert ferner ein umsatzbares und zukunftsfähiges Geschäftsmodell, das neben den wesentlichen Geschäftsfeldern des Unternehmens auch die erforderlichen Ressourcen und Fähigkeiten aufzeigt, die für einen strategischen Ausbau der Geschäftstätigkeiten benötigt werden.¹⁸⁵ Auch muss das Leitbild des sanierten Unternehmens die Ziele der Unternehmensentwicklung herausstellen und die Unternehmensstrukturen in Bezug auf ihre Effektivität hin bestimmen. Zu diesen Strukturen zählen insbesondere Einkauf, Verkauf, Produktion, Absatz, Forschung und Entwicklung, Finanzierung und der Personalbestand des Unternehmens.¹⁸⁶ Damit das Unternehmen letztlich Wettbewerbsvorteile gegenüber anderen Konkurrenzunternehmen am Markt hat, muss es bestimmte dauerhaft im Unternehmen verankerte Unterscheidungsmerkmale aufzeigen, die von den Kunden erkannt und besonders geschätzt werden.¹⁸⁷ Hier zeigen sich die strukturellen Unterschiede innerhalb eines Sanierungskonzepts: Während die Erforschung des Krisenstadiums, der Krisenursachen und der Ausgangslage des Unternehmens in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht eine vergangenheitsbezogene Analyse erfordern, ist die Ausrichtung am Leitbild des sanierten Unternehmens eine zukunftsgerichtete Betrachtung. Auch wenn die Untersuchung der zukünftigen Rendite- und Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens auf den ersten Blick wichtiger er-

¹⁸³ IDW S 6, Tz. 90.

¹⁸⁴ IDW S 6, Tz. 91.

¹⁸⁵ IDW S 6, Tz. 92.

¹⁸⁶ Diese und weitere Unternehmensstrukturen sind in IDW S 6, Tz. 95 niedergelegt.

¹⁸⁷ IDW S 6, Tz. 98.

scheinen mag als eine vergangenheitsbezogene Prüfung, so wird gerade deutlich, dass beide Komponenten für ein nachvollziehbares und aussichtsreiches Sanierungskonzept unerlässlich sind, da nur aufbauend auf den aus der Vergangenheit gewonnenen Erkenntnissen die nötigen Konsequenzen für die zukünftige strategische Neuausrichtung des Unternehmens gezogen werden können.

(5) Maßnahmen zur Bewältigung der Unternehmenskrise und zur Abwendung der Insolvenzgefahr

Welche Maßnahmen das Sanierungskonzept beinhalten muss, richtet sich nach dem jeweiligen Krisenstadium des Unternehmens. Vordergründig müssen die Sanierungsmaßnahmen darauf ausgerichtet sein, bestehende Insolvenzgründe in Form von Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 InsO oder Überschuldung gem. § 19 InsO aufzuheben. In einem zweiten Schritt muss das Unternehmen im Wege von Kostensenkungsprogrammen und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz wieder zur Erwirtschaftung von Gewinnen herangeführt werden. Letztlich folgt die strategische Neuausrichtung des Unternehmens hin zu einer besseren Wettbewerbsfähigkeit sowie zu mehr Erfolg und Wachstum.¹⁸⁸ Für eine Realisierbarkeit dieser Zielvorstellungen muss das Sanierungskonzept zumindest hinreichende Planungsvorgaben hinsichtlich des zeitlichen und finanziellen Aufwands der einzelnen Sanierungsmaßnahmen in den jeweiligen Krisenstadien bereithalten.¹⁸⁹ Ein dauerhafter Erfolg der Sanierungsmaßnahmen wird sich zum einen nur mittels langfristiger Maßnahmen einstellen, die das Unternehmen auf lange Sicht wettbewerbsfähig machen, und zum anderen müssen die Krisenursachen sorgfältig aufgearbeitet und behoben worden sein.¹⁹⁰ Bei einem schon weit fortgeschrittenen Krisenstadium kann es ferner erforderlich sein, die Möglichkeit der Sanierung durch Insolvenz in Betracht zu ziehen, wenn außergerichtliche Sanierungsmaßnahmen keine hinreichende Aussicht auf Erfolg

¹⁸⁸ IDW S 6, Tz. 100.

¹⁸⁹ IDW S 6, Tz. 102.

¹⁹⁰ IDW S 6, Tz. 101, 103.

bieten.¹⁹¹ So gibt es neben der Möglichkeit des Insolvenzplanverfahrens gem. §§ 217 ff. InsO (ggf. verbunden mit einer Eigenverwaltung) auch die Möglichkeit des Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO.¹⁹² Soll die Insolvenz vermieden werden, müssen gem. § 15a Abs. 1 S. 1 InsO spätestens innerhalb von drei Wochen die erforderlichen Maßnahmen ergriffen werden, um die Antragsgründe der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zu beseitigen. Dies kann sowohl durch Beiträge der Gesellschafter als auch der Gläubiger realisiert werden.¹⁹³ Eine detaillierte Erörterung der Möglichkeiten zur Überwindung der einzelnen Krisenstadien wäre an dieser Stelle zu weitgehend, sodass sowohl auf die im IDW S 6 niedergelegten Inhalte¹⁹⁴ als auch auf die nachfolgenden Ausführungen¹⁹⁵ verwiesen werden kann.

(6) Integrierter Unternehmensplan

Der integrierte Unternehmensplan stellt den geplanten Ablauf der Sanierung zahlenmäßig dar und ermöglicht im Rahmen einer solchen „rechnerischen Verprobung“ eine Übersicht über die Realisierbarkeit des finanziellen Aufwands der Sanierungsmaßnahmen.¹⁹⁶ Ferner muss neben einer Übersicht über die Problem- und Verlustbereiche des Unternehmens dargelegt werden, welchen Effekt die bereits ergriffenen Maßnahmen auf die künftige Entwicklung der Ergebnis-, Finanz- und Vermögenslage des Unternehmens haben werden.¹⁹⁷ Für einen nachhaltigen Sanierungseffekt müssen die im Sanierungskonzept erarbeiteten Maßnahmen konsequent umgesetzt und entsprechend der Unternehmensentwicklung angepasst werden, sodass es von großer Bedeutung ist, alle

¹⁹¹ IDW S 6, Tz. 104.

¹⁹² Zum Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO nachfolgend 2. Teil § 6 A. II. 1. a).

¹⁹³ IDW S 6, Tz. 108.

¹⁹⁴ Die Möglichkeiten zur Überwindung der einzelnen Krisenstadien sind in IDW S 6, Tz. 110-130 umfassend erläutert.

¹⁹⁵ Eine vertiefte Erörterung verschiedener Sofortmaßnahmen sowie mittel- bzw. langfristiger Maßnahmen findet sich nachfolgend in den Ausführungen zu den Arten von Sanierungsmaßnahmen unter 2. Teil § 5 A. II. 3. c).

¹⁹⁶ IDW S 6, Tz. 131.

¹⁹⁷ IDW S 6, Tz. 133, 135.

erforderlichen Maßnahmen im Hinblick auf ihre Stimmigkeit untereinander abzugleichen.¹⁹⁸ Der integrierte Unternehmensplan soll in Form eines Ergebnis-, Finanz- und Vermögensplans ausgestaltet werden. Diese Ausgestaltung beinhaltet eine Plan-GuV und einen darauf gestützten Finanzplan sowie eine Plan-Bilanz.¹⁹⁹ Zur Absicherung der zukunftsgerichteten Sanierungsplanung ist es empfehlenswert, neben einer Risikoabschätzung auch eine Alternativrechnung anzufertigen. In dem Zusammenhang ist es insbesondere wichtig, bei der Beurteilung der zukünftigen Finanzlage des Unternehmens auf mögliche Folgeberatkungskosten zu achten sowie den Umfang der zur Gläubigerbefriedigung zur Verfügung stehenden Finanzmittel abzuschätzen.²⁰⁰ Die Sanierungsfähigkeit des Unternehmens muss des Weiteren durch nachprüfbar Kennzahlen belegt werden, zu denen insbesondere Liquiditäts-, Ertrags- und Vermögenskennzahlen zu zählen sind.²⁰¹ Diese Kennzahlen ermöglichen eine Kontrolle der Entwicklung der Sanierungsmaßnahmen und können Dritten das Sanierungskonzept verständlich machen.²⁰²

(7) Zusammenfassende Einschätzung der Sanierungsfähigkeit

Nach Erstellung des Sanierungskonzepts durch einen externen Berater in der Person eines Wirtschaftsprüfers muss dieser die Ergebnisse des Auftrags dokumentieren und einen Abschlussbericht erstellen. Innerhalb dieser Berichterstattung muss der Wirtschaftsprüfer eine Einschätzung hinsichtlich der Frage vornehmen, ob sich das Unternehmen letztlich als sanierungsfähig erweist.²⁰³ Die Sanierungsfähigkeit wird dann positiv beurteilt, wenn auf der Grundlage des Sanierungskonzepts bei objektiver Betrachtung ernsthaft mit einem Sanierungserfolg innerhalb eines nahen zeitlichen Zusammenhangs gerechnet wer-

¹⁹⁸ IDW S 6, Tz. 138, 139.

¹⁹⁹ IDW S 6, Tz. 140; anschauliche Muster zum Finanzplan und zur Plan-GuV sowie zur Plan-Bilanz finden sich bei *Drukarczyk/Schüler*, in: MüKoInsO, § 19 Rn. 67 und 70.

²⁰⁰ IDW S 6, Tz. 143, 144.

²⁰¹ IDW S 6, Tz. 146.

²⁰² IDW S 6, Tz. 148.

²⁰³ IDW S 6, Tz. 154.

den kann.²⁰⁴ Trotz aller Prognosen und Einschätzungen bleibt jedoch festzuhalten, dass der Sanierungserfolg immer mit einer gewissen Unsicherheit belastet ist und unvorhergesehene Entwicklungen die Wiederherstellung der Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens be- oder sogar verhindern können. Daher kann ein – wenn auch sehr umfassend und gründlich geprüftes und erstelltes – Sanierungskonzept nur den erforderlichen Aktionsplan für das Ziel der nachhaltigen Sanierung darstellen, nicht jedoch die Gewähr für die Wiederherstellung der Rendite- und Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens bieten.

b) Spannungsfeld zwischen Theorie und Praxis

Das grundsätzliche Erfordernis einer umfassenden Analyse des Unternehmensumfelds steht in der Theorie außer Zweifel. Es stellt sich jedoch die Frage, ob diese Anforderungen in der Praxis dementsprechend erfüllt werden können. Wenn ein Unternehmen in eine finanzielle Schieflage gerät, ist zügiges Handeln seitens der Geschäftsführung erforderlich, um die Gefahr der Insolvenznähe des Unternehmens abzuwenden und damit den Unternehmensbestand zu sichern. Da es somit zu einem zeitlich begrenzten Handlungsspielraum der Geschäftsführung kommt, bleibt für eine umfassende Analyse der internen und externen Faktoren, die die Geschäftstätigkeit des Unternehmens beeinflussen, mitunter kaum Zeit. Auch sind mit einer derart umfassenden Analyse z.T. hohe Kosten verbunden, für den Fall, dass ein externer fachkundiger Berater (i.d.R. ein Wirtschaftsprüfer) mit der Untersuchung und Prüfung beauftragt wird. Die Problematik der praktischen Umsetzung einer umfassenden Unternehmensanalyse ist auch seitens des IDW erkannt worden. So wird im IDW S 6 darauf hingewiesen, dass die Art der Untersuchung und Prüfung in Zeiten einer Krise sich immer an dem zur Verfügung stehenden zeitlichen Spielraum sowie den finanziellen Möglichkeiten zu orientieren hat.²⁰⁵ Dementsprechend ist ein Auseinanderfallen von theoretischem Anspruch und praktischer Umsetzbarkeit denkbar.

²⁰⁴ IDW S 6, Tz. 154.

²⁰⁵ IDW S 6, Tz. 50.

c) Arten von Sanierungsmaßnahmen

Problematisch im Hinblick auf die Umsetzung von Sanierungskonzepten ist der zeitliche Aspekt. Gem. § 15a Abs. 1 S. 1 InsO bleiben dem Geschäftsführer der GmbH nur längstens drei Wochen Zeit, um ein entsprechendes Sanierungskonzept umzusetzen. Voraussetzung für eine Sanierung ist zunächst jedoch, dass überhaupt die Aussicht besteht, das Unternehmen wirtschaftlich wieder in eine stabile Lage zu versetzen und eine gesteigerte Ertragsfähigkeit zu erzielen. Damit eine Sanierung überhaupt durchgeführt werden kann, muss das Unternehmen noch eine gewisse Substanz aufweisen und darf noch nicht völlig heruntergewirtschaftet sein.²⁰⁶ Sofern diese Voraussetzung gegeben ist, kann der Geschäftsführer zunächst operative Sofortmaßnahmen ergreifen, muss darüber hinaus aber auch mittel- und langfristige Maßnahmen in das Sanierungskonzept aufnehmen.

aa) Sofortmaßnahmen

Operative Sofortmaßnahmen dienen der Überlebenssicherung des Unternehmens und sollen die möglichen Insolvenzantragsgründe der Zahlungsunfähigkeit, der Überschuldung sowie der drohenden Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft abwenden.²⁰⁷ Sofortmaßnahmen im operativen Bereich dienen auf erster Stufe dazu, den Zustand der akuten Bedrohung des Unternehmensfortbestands zu beheben, wohingegen auf zweiter Stufe ein nachhaltiges Sanierungskonzept zu erstellen ist, um die Wettbewerbs- und Renditefähigkeit der Gesellschaft wiederherzustellen.²⁰⁸ Möglich sind sowohl unternehmensinterne als auch unternehmensexterne Sofortmaßnahmen. Interne Sofortmaßnahmen können in Kostensenkungen, Ergebnisverbesserungen, einer Beschleunigung von Einzahlungen sowie der zeitlichen Hinauszögerung von Auszahlungen bestehen.²⁰⁹ Als externe Sofortmaßnahmen kommen Zahlungsmoratorien, eine Eigenkapitalzufuhr seitens der Gesellschafter, Neukreditaufnahmen und Stützungsmaßnahmen durch die öffentliche Hand in Betracht.²¹⁰ Auch kann der Geschäftsführer Maßnahmen ergreifen, die nur einen einmaligen Effekt auf die finanziel-

²⁰⁶ Foerste, ZJP 2012, 265, 270.

le Lage des Unternehmens haben, wie beispielsweise die Veräußerung von Betriebsteilen sowie das *sale and lease back* von Vermögensgegenständen.²¹¹

bb) Mittel- und langfristige Maßnahmen

Zur dauerhaften Stabilisierung der Ertragsfähigkeit eines Unternehmens müssen neben schnell durchzuführenden Sofortmaßnahmen auch effektive mittel- und langfristige Maßnahmen in die Tat umgesetzt werden, die die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens sicherstellen und die Erzielung branchenüblicher Renditen ermöglichen.²¹² Die langfristige erfolgreiche Sanierung erfordert eine gut konzipierte Strategie und muss auf den konkreten Einzelfall abgestimmt sein. Von ebenso großer Bedeutung wie finanzielle Maßnahmen zur Abwendung der wirtschaftlichen Krise ist der Verbleib der entscheidenden Mitarbeiter im Unternehmen, die als wichtige Leistungs- und Know-how-Träger eine große Rolle spielen.²¹³ Die Bindung der Mitarbeiter an ihr krisengeschütteltes Unternehmen kann sich in der Praxis durchaus schwierig gestalten, da bei Bekanntwerden der Krise in der Öffentlichkeit die Gefahr besteht, dass sich Spekulationen über die Zukunft des Unternehmens verschärfen und sich infolgedessen die besten und entscheidendsten Mitarbeiter nach sichereren Arbeitsplätzen auf dem Markt und gegebenenfalls bei einem Konkurrenzunternehmen umsehen.²¹⁴ Für eine Mitarbeiterbindung kommen verschiedene Möglichkeiten in Betracht. Neben der Vereinbarung von Wettbewerbsverboten oder Rückzahlungsklauseln, durch welche der Mitarbeiter verpflichtet wird, vom

²⁰⁷ *Steffan*, Wpg 2009, 273, 274.

²⁰⁸ *Eisolt*, BB 2010, 427, 428; *Nimwegen/Sanne*, DB 2012, 1821; *Steffan*, Wpg 2009, 273.

²⁰⁹ *Steffan*, Wpg 2009, 273, 275.

²¹⁰ *Förschle/Heinz*, in: Budde/Förschle/Winkeljohann, Sonderbilanzen, Q. Rn. 20; *Steffan*, Wpg 2009, 273, 275.

²¹¹ *Förschle/Heinz*, in: Budde/Förschle/Winkeljohann, Sonderbilanzen, Q. Rn. 21; *Steffan*, Wpg 2009, 273, 275.

²¹² *Nimwegen/Sanne*, DB 2012, 1821; die Wettbewerbs- und Renditefähigkeit kennzeichnen die nachhaltige Fortführungsfähigkeit, *Eisolt*, BB 2010, 427, 428.

²¹³ *Mückl*, ZIP 2012, 1642; *Steffan*, Wpg 2009, 273, 277.

²¹⁴ *Ehlers*, ZInsO 2013, 105, 109.

Unternehmen gezahlte Aus- und Weiterbildungskosten zurückzuzahlen, sind eine Insolvenzgeld(vorfinanzierung)²¹⁵ durch das Unternehmen, Mitarbeiterbeteiligungsmodelle sowie Bleibe- bzw. Treueprämien denkbar (sog. *Retention-Boni*).²¹⁶ Ohne die einzelnen Aspekte jede dieser Möglichkeiten bis ins Detail zu erörtern, lässt sich festhalten, dass im Ergebnis nur positive Anreize geeignet sind, die Mitarbeiter an das Unternehmen zu binden. Falls das Management versucht, die Mitarbeiter im Wege repressiver Maßnahmen zu halten, werden die Mitarbeiter sich wahrscheinlich sehr schnell nach einem anderen Arbeitsplatz umsehen. Die Motivation, sich als Mitarbeiter für die Sanierung des angeschlagenen Unternehmens zu engagieren, kann daher besser durch positive Anreize gesteigert werden, wie beispielsweise durch Vereinbarung einer Treueprämie, die jedoch erfolgsunabhängig formuliert werden sollte und nicht nur im Fall erfolgreicher Restrukturierung ausgezahlt wird.²¹⁷

4. Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabs aus § 43 Abs. 1 GmbHG durch IDW S 6

Im Rahmen der Prüfung und Entwicklung von Sanierungsmöglichkeiten mittels der Erstellung eines Sanierungskonzepts stellt sich die Frage, ob der Sorgfaltsmaßstab aus § 43 Abs. 1 GmbHG durch den IDW S 6 eine Einschränkung erfährt. So erscheint es denkbar, dass die detaillierten Aufstellungen der Wirtschaftsprüfer als Grundlage für den seitens des Geschäftsführers auszuarbeitenden Aktionsplan heranzuziehen sind.

²¹⁵ Das in den §§ 165 ff. SGB III geregelte Insolvenzgeld dient der Absicherung der Arbeitsentgeltansprüche der Arbeitnehmer bei Insolvenz des Arbeitgebers und wird von der Agentur für Arbeit nach §§ 358 ff. SGB III aus Mitteln bezahlt, die von der Agentur für Arbeit im Wege einer Umlage seitens der Arbeitgeber finanziert wird, siehe *Mückl*, ZIP 2012, 1642, 1643.

²¹⁶ *Mückl*, ZIP 2012, 1642, 1643 mit einer detaillierten Erörterung der verschiedenen Möglichkeiten.

²¹⁷ So schon *Mückl*, ZIP 2012, 1642, 1645, der zutreffend darauf verweist, dass die Arbeitnehmer kaum willens sein werden, das Erfolgsrisiko der Restrukturierung zu tragen.

a) Fehlende Rechtsverbindlichkeit der IDW- Standards

Die vom Institut der deutschen Wirtschaftsprüfer entwickelten und herausgegebenen Standards sind grundsätzlich keine rechtlich verbindlichen Normen, da ihnen keine Gesetzesqualität zukommt. Auch wenn diese Standards von hochqualifizierten Fachleuten konzipiert worden sind, fehlt ihnen die Rechtsverbindlichkeit, da sie nicht durch die Legislative im Wege des ordnungsgemäßen Gesetzgebungsverfahrens nach Art. 76 ff. GG die Normqualität eines Gesetzes erfahren haben. Eindeutige Pflichten und Handlungsvorgaben für den Geschäftsführer, wie sie sich z.B. aus § 49 Abs. 3 GmbHG oder § 15a Abs. 1 S. 1 InsO ergeben, lassen sich somit nicht aus dem IDW S 6 im Rahmen der Erstellung eines Sanierungskonzepts ableiten. Es ist aber anerkannt, dass z.B. Empfehlungen oder Verhaltensrichtlinien von Institutionen der EU, von anderen internationalen Organisationen und auch von Verbänden zu einer näheren Ausgestaltung und Konkretisierung der Pflichten und des Sorgfaltsmaßstabs des Geschäftsführers führen können.²¹⁸ Dies erscheint gerade im Fall des IDW S 6 zutreffend, da die einzelnen Maßgaben sich u.a. hinsichtlich der Früherkennung der einzelnen Krisenstadien und der Analyse der einzelnen Krisenursachen auf Urteile des BGH stützen und damit die geltende Rechtsprechung dem Standard in einigen Teilen eine wesentliche Prägung verliehen hat. Die Anforderungen an das Krisenmanagement basieren folglich nicht allein auf den Vorstellungen und Konzeptionen der Wirtschaftsprüfer aufgrund ihrer Erfahrungen und statistischen Auswertungen von Insolvenzen in Deutschland, sondern geben die seitens der Rechtsprechung geforderten Verhaltensmaßnahmen entsprechend wieder.

b) IDW- Standards als Auslegungshilfe

Aufgrund der Tatsache, dass der IDW S 6 in einigen Teilen auf der Rechtsprechung des BGH basiert und die Anforderungen der Rechtsprechung in sich aufgenommen hat, ist er zumindest als Auslegungshilfe bei der Erstellung eines Sanierungskonzepts zugrunde zu legen. Auch einem BGH-Urteil kommt zwar

²¹⁸ *Ziemons*, in: *Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung*, § 22 Rn. 22; *Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG*, § 43 Rn. 47.

außer inter-partes keine rechtsverbindliche Wirkung für die Allgemeinheit zu, jedoch hat die höchstrichterliche Rechtsprechung Signalwirkung für alle unteren Instanzen und zeugt somit von hoher Relevanz. Auch ist zu betonen, dass unabhängig von der Berücksichtigung der Rechtsprechung die sonstigen Inhalte des IDW S 6 auf der umfassenden Fachkunde der Wirtschaftsprüfer basieren. Somit kann den IDW-Standards trotz der fehlenden Rechtsverbindlichkeit die Funktion als Auslegungshilfe zugesprochen werden. Der Sorgfaltsmaßstab des Geschäftsführers aus § 43 Abs. 1 GmbHG kann insofern im Hinblick auf ein geplantes Sanierungskonzept durch den IDW S 6 eine nähere Konkretisierung erfahren.

c) Stellungnahme

Die IDW Standards geben umfassende Handlungsempfehlungen für die Praxis aus Sicht der Wirtschaftsprüfer und finden trotz ihrer fehlenden rechtlichen Bindungswirkung große Beachtung. Um den Sorgfaltsmaßstab des Geschäftsführers nach § 43 Abs. 1 GmbHG näher eingrenzen oder überhaupt näher konkretisieren zu können, erscheint es folglich sinnvoll, den IDW S 6 bei dieser Bestimmung zugrunde zu legen. Andererseits ist zu konstatieren, dass die fehlende Rechtsverbindlichkeit der IDW Standards gerade keine haftungsrechtlichen Folgen nach sich ziehen kann. Selbst wenn der Sorgfaltsmaßstab nach § 43 Abs. 1 GmbHG durch den IDW S 6 eine genauere inhaltliche Ausgestaltung erfahren könnte, so kann die Nichteinhaltung der vom IDW aufgestellten Grundsätze bei der Erstellung und Ausarbeitung eines Sanierungskonzeptes nicht ohne weiteres zu einer Haftung des Geschäftsführers nach § 43 Abs. 2 GmbHG führen. Jedoch sollte eine Einschränkung insofern vorgenommen werden, als der Geschäftsführer zumindest die Inhalte des IDW S 6 kennen und ansatzweise bei der Erarbeitung eines Sanierungskonzeptes berücksichtigen sollte. Denn nur bei einer sorgfältigen Analyse der Krisenursachen sowie der Erarbeitung von Maßnahmen zur Krisenbewältigung kann eine hinreichende Aussicht auf eine erfolgreiche Sanierung sichergestellt werden.

5. Unternehmerischer Ermessensspielraum im Rahmen der Sanierung

Neben der Frage nach dem Sorgfaltsmaßstab des Geschäftsführers aus § 43 Abs. 1 GmbHG und einer möglichen Konkretisierung durch den IDW S 6 ist klärungsbedürftig, wie weit der unternehmerische Ermessensspielraum im Rahmen der Sanierung reicht.

a) Reichweite des Ermessensspielraums

So wie schon in den allgemeinen Ausführungen zum unternehmerischen Ermessensspielraum unter 2. Teil § 4 A. I. 3 skizziert, ist für unternehmerisches Ermessen dann schon gar kein Raum, wenn es sich um eine gebundene Entscheidung handelt und der Geschäftsführer überhaupt keine Wahlmöglichkeit hinsichtlich seines Handelns hat. Im Kontext einer möglichen Sanierung des Unternehmens bedeutet dies, dass spätestens im Zeitpunkt der Entstehung der Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 1 S. 1 InsO für den Geschäftsführer gar kein Entscheidungsspielraum gegeben ist, da die Pflicht zur Stellung des Insolvenzantrags nicht der Business Judgment Rule unterliegt.²¹⁹ Wenn also die Voraussetzungen des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO erfüllt sind, muss der Geschäftsführer den Eröffnungsantrag stellen und kann nicht mehr im Rahmen seines Ermessens entscheiden, die Antragstellung aufgrund von geplanten Sanierungsmaßnahmen hinauszuzögern. Diese Möglichkeit besteht vor Eintritt eines Insolvenzeröffnungsgrundes und längstens für die Höchstfrist von drei Wochen gem. § 15a Abs. 1 S. 1 InsO. Solange die Pflicht zur Stellung des Eröffnungsantrags noch nicht besteht, muss dem Geschäftsführer hingegen die Möglichkeit gegeben sein, entsprechend der Lage des Unternehmens konkrete Maßnahmen zur Sanierung zu ergreifen. Hier kann jedoch gerade aus der anderen Perspektive eine Einschränkung des unternehmerischen Ermessens dahingehend zu bejahen sein, dass das Entschließungsermessen des Geschäftsführers hinsichtlich der Entscheidung, ob überhaupt Sanierungsbestrebungen durchgeführt werden, auf null reduziert ist, da den Geschäftsführer gegenüber der

²¹⁹ OLG München NZG 2013, 742, 743; Freitag/Korch, ZIP 2012, 2281, 2283; Klöhn, in: MüKoInsO, § 15a Rn. 126.

GmbH eine Sanierungspflicht trifft.²²⁰ Zu überlegen ist, ob der unternehmerische Ermessensspielraum im Rahmen der Sanierung durch das Erfordernis der Zustimmung der Gesellschafterversammlung zu bestimmten Sanierungsmaßnahmen eine Eingrenzung erfahren kann. Für den Fall einer Publikumspersonengesellschaft hat der BGH entschieden, dass die Gesellschafter aufgrund ihrer gesellschafterlichen Treuepflicht unter bestimmten Voraussetzungen dazu verpflichtet sind, einem Sanierungsbeschluss zuzustimmen.²²¹ Jedoch gilt zu bedenken, dass aus haftungsrechtlicher Perspektive ein enormer Unterschied zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften besteht und im Kapitalgesellschaftsrecht grundsätzlich gerade keine Nachschusspflicht für die Gesellschafter begründet werden kann.²²² Für den Fall einer Kapitalerhöhung im Krisenfall der GmbH vermag daher eine fehlende Zustimmung der Gesellschafterversammlung den Ermessensspielraum des Geschäftsführers einzuschränken. Entsprechendes wird auch für den Fall der Sanierungsbemühungen durch frühzeitige Stellung des Eröffnungsantrags im Fall bloß drohender Zahlungsunfähigkeit gem. § 18 InsO gelten, wenn dem Geschäftsführer für diese Maßnahme die Zustimmung der Gesellschafterversammlung fehlt. So hat das OLG München jüngst entschieden, dass die Stellung eines Insolvenzantrags gerade nicht vom Privileg der Business Judgment Rule erfasst ist, sondern entweder eine Pflichterfüllung gem. § 15a Abs. 1 S. 1 InsO darstellt oder für den Fall der Antragstellung wegen drohender Zahlungsunfähigkeit gem. § 18 InsO als ein Grundlagengeschäft einzuordnen ist, das der Zustimmung der Gesellschafter bedarf.²²³ Dieser konkrete Fall betraf jedoch den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH einer Publikums-KG, sodass auch hier sorgfältig abzuwägen ist, ob die Wertungen dieser Entscheidung entsprechend auch für eine GmbH zugrunde gelegt werden können. Letztlich lässt sich vorerst festhalten, dass die Entschei-

²²⁰ Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 15a Rn. 13; zur Herleitung der Sanierungspflicht des GmbH-Geschäftsführers aus § 43 Abs. 1 GmbHG in der Zusammenschau mit § 15a InsO siehe bereits die Ausführungen unter 2. Teil § 5 A.

²²¹ BGH NJW 2010, 65, 67 – „Sanieren oder Ausscheiden I“; siehe hierzu bereits die Erörterungen unter 2. Teil § 4 B. I. 2. c).

²²² So auch *Campos Nave*, BB 2013, 2130.

²²³ OLG München NZG 2013, 742, 743; ebenso Baumbach/Hueck/*Haas*, GmbHG, § 60 Rn. 29, § 64 Rn. 161; zur Kompetenzverteilung bei Antragstellung nach § 18 InsO wegen nur drohender Zahlungsunfähigkeit siehe 2. Teil § 6 A. I. 2.

dung zur Stellung des Insolvenzantrags in jedem Fall nicht ohne Weiteres dem unternehmerischen Ermessensspielraum zuzuordnen ist, sondern hierunter nur solche Arten von Sanierungsmaßnahmen zu fassen sind, die kein Grundlagengeschäft darstellen und insofern keinen zustimmenden Gesellschafterbeschluss erfordern.

b) Entscheidungen bei unsicherer Rechtslage

Inwiefern es im Kontext der Sanierung eine unsichere Rechtslage geben kann, erscheint klärungsbedürftig. Hinsichtlich der Pflicht zur Stellung des Insolvenzantrags gibt § 15a Abs. 1 S. 1 InsO eindeutig vor, dass spätestens innerhalb von drei Wochen nach Eintritt eines der Eröffnungsgründe Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Insolvenzantrag gestellt werden muss. Wenn schon zu Beginn dieser dreiwöchigen Frist erkennbar ist, dass eine geplante Sanierung keinen Erfolg haben wird, muss der Insolvenzantrag sofort, also dem Wortlaut gemäß ohne schuldhaftes Zögern, gestellt werden.²²⁴ Insofern scheint hinsichtlich der Insolvenzantragspflicht keine unsichere Rechtslage zu existieren, da das Gesetz in § 15a InsO genau präzisiert, wann und unter welchen Voraussetzungen der Insolvenzantrag zu stellen ist. Problematisch im Hinblick auf das Spannungsfeld zwischen Sanierung und Insolvenzantragstellung ist vielmehr eine unklare Tatsachenlage. Der Eintritt eines der Insolvenzgründe muss innerhalb des Unternehmens erkennbar sein, wobei gesetzlich nicht geregelt ist, auf welche Art und Weise die Krisenfrüherkennung auszugestalten ist. Dementsprechend besteht keine Unklarheit über die rechtlichen Voraussetzungen der Insolvenzantragspflicht oder der Pflicht des Geschäftsführers zur Ergreifung geeigneter Sanierungsmaßnahmen, sondern vielmehr eine Unsicherheit in tatsächlicher Hinsicht, wann einer der Insolvenzeröffnungsgründe eingetreten ist. Hierzu müssen entsprechende Analysen innerhalb des Unternehmens durchgeführt werden, insbesondere muss fortlaufend ein Vergleich der Bilanz- und GuV-Positionen durchgeführt werden, um eine Unternehmenskrise recht-

²²⁴ BGH NJW 1979, 1823, 1827; *Leithaus*, in: Andres/Leithaus/Dahl, InsO, § 15a Rn. 6; Nerlich/Römermann/Mönning, InsO, § 15a Rn. 17; *Klöhn*, in: MüKoInsO, § 15a Rn. 125; Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 15a Rn. 15; siehe zur Höchstfrist des § 15a InsO bereits die Ausführungen unter 1. Teil § 3 E. II. 1.

zeitig erkennen und ihr entgegenwirken zu können.²²⁵ Für die genaue Ausgestaltung der unternehmensinternen Krisenfrüherkennungssysteme muss dem Geschäftsführer ein unternehmerischer Ermessensspielraum zustehen. Aufgrund der Vielfalt der in Deutschland am Wirtschaftsverkehr teilnehmenden Unternehmen vermöge ein Gesetz es gar nicht zu leisten, umfassende Anforderungen an die inhaltliche Ausgestaltung derartiger Krisensysteme aufzustellen. Auch wenn in § 91 Abs. 2 AktG die Pflicht des Vorstands zur Einrichtung eines geeigneten Überwachungssystems klar geregelt ist, so ist die genaue inhaltliche Ausgestaltung seinem unternehmerischen Ermessen überlassen. Nichts anderes kann in entsprechender Anwendung für den GmbH-Geschäftsführer gelten.

III. Zwischenfazit

Dem Geschäftsführer einer insolvenzbedrohten GmbH steht hinsichtlich der Wahl einzelner Sanierungsmaßnahmen ein unternehmerischer Ermessensspielraum zu, der durch den IDW S 6 eine nähere Konkretisierung erfahren kann. Auch wenn der IDW S 6 keine rechtsverbindliche Norm darstellt, so sind seine Inhalte als Auslegungshilfe bei der Prüfung von Sanierungsmöglichkeiten und der Erstellung eines schlüssigen Sanierungsplans durch den Geschäftsführer zu berücksichtigen. Zu bedenken ist jedoch, dass die Anforderungen an die Erstellung eines Sanierungskonzepts nach dem IDW S 6 ein sehr umfassendes Programm darstellen, das gerade in Krisenzeiten der Gesellschaft, in denen ein immens hoher Zeitdruck besteht, nur schwer innerhalb kürzester Zeit abzuarbeiten möglich erscheint. Wird ein externer Wirtschaftsprüfer mit der Erstellung eines IDW S 6-Gutachtens beauftragt, kommen ferner noch hohe Kosten auf die Gesellschaft zu, die ebenso wie das zur Verfügung stehende Zeitfenster in Krisenzeiten nur knapp bemessen werden können. Hinsichtlich der Pflicht zur wirtschaftlichen Selbstprüfung²²⁶ erscheinen die gesellschaftsinterne Implementierung von betriebswirtschaftlichen Frühwarnsystemen und eine genaue Organisation des gesellschaftsinternen Informationsflusses nicht nur sinnvoll, sondern beinahe unerlässlich. Falls der Geschäftsführer selbst nicht in der Lage

²²⁵ Wellensiek /Schluck-Amend, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1.74.

²²⁶ BGH NJW-RR 1995, 669; NZG 2012, 940, 941.

ist, die Insolvenzreife der Gesellschaft hinreichend zu prüfen, muss er einen fachkundigen Sachverständigen mit der Prüfung beauftragen.²²⁷ Die Stellung des Insolvenzantrags ist nicht vom unternehmerischen Ermessensspielraum umfasst, da die Antragspflicht nach § 15a Abs. 1 S. 1 InsO keine unternehmerische Entscheidung darstellt. Vorherrschend ist vielmehr eine unklare Tatsachenlage bei der Prüfung der Insolvenzreife und darauf gestützten Sanierungsmaßnahmen, da der Geschäftsführer aus der Bilanzanalyse die notwendigen Erkenntnisse gewinnen muss, um ein schlüssiges Sanierungskonzept zu entwickeln und umzusetzen.

B. Die Antragsgründe des § 15a InsO

Nach der Feststellung, dass für die rechtzeitige Insolvenzantragstellung die Erkennbarkeit des objektiven Eintritts der Insolvenzreife ausschlaggebend ist, sind nachfolgend die beiden die Antragspflicht auslösenden Insolvenzeröffnungsgründe Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung genauer zu untersuchen. Hierbei liegt der Fokus auf den Tatbestandsvoraussetzungen und den Methoden zur Ermittlung der Insolvenzreife. Die drohende Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO kennzeichnet nur ein Antragsrecht des Schuldners, nicht aber eine Antragspflicht, sodass der Tatbestand des § 18 InsO erst in einem nachfolgenden Teil untersucht wird.²²⁸

I. Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 InsO

Einer der gesetzlich festgelegten Eröffnungsgründe ist die in § 17 InsO verankerte Zahlungsunfähigkeit. Nach der Legaldefinition des § 17 Abs. 2 S. 1 InsO liegt Zahlungsunfähigkeit vor, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Die Fälligkeit kann durch eine förmliche Stundung seitens des Gläubigers ausgeschlossen werden, jedoch ist ein bloßes Stillhalten in Form eines *pactum de non petendo* nicht ausreichend.²²⁹ Daher dürfen rein tatsächlich, aber ohne rechtliche Bindung gestundete Forderungen nicht in

²²⁷ BGH NZI 2012, 567, 568; BGHZ 126, 181, 199; NZI 2007, 477, 478.

²²⁸ Siehe hierzu die Ausführungen unter 2. Teil § 6 A. I. 1.

²²⁹ Hölzle, ZIP 2006, 101; Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 17 Rn. 16.

die Prüfung der Zahlungsunfähigkeit miteinbezogen werden.²³⁰ Trotz der Prolongation eines befristeten Darlehens seitens der Bank kann die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners gegeben sein, wenn er nicht in der Lage ist, gleichzeitig bestehende andere fällige Verbindlichkeiten zu begleichen und wenn in der Zeit geführte Umschuldungsverhandlungen erfolglos bleiben.²³¹ Die tatbestandliche Voraussetzung des „Nicht in der Lage-Seins“ ist sehr vage formuliert, sodass dem Rechtsanwender erst durch die Legaldefinition in § 17 Abs. 2 S. 2 InsO ein konkreterer Anhaltspunkt gegeben wird, nämlich dass im Fall der Zahlungseinstellung in der Regel von Zahlungsunfähigkeit auszugehen ist.

1. Zahlungseinstellung

Die Zahlungseinstellung begründet gem. § 17 Abs. 2 S. 2 InsO eine widerlegliche Vermutung für das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners²³² und stellt einen Unterfall der Zahlungsunfähigkeit dar²³³. Die Prüfung der Zahlungsunfähigkeit durch Feststellung der Zahlungseinstellung lässt sich der sog. „wirtschaftskriminalistischen Methode“ zuordnen, nach der beispielsweise bestehende Steuer- und Sozialversicherungsrückstände oder die Kündigung von Bankkrediten äußerlich erkennbare Anzeichen für den Eintritt von Zahlungsunfähigkeit darstellen.²³⁴ Unter Zahlungseinstellung ist das nach außen erkennbare Verhalten des Schuldners zu verstehen, aus dem sich seine Unfähigkeit zur Erfüllung seiner fälligen Verbindlichkeiten ergibt.²³⁵ Die beteiligten Verkehrskreise müssen den Eindruck erhalten, dass der Schuldner nicht mehr in der La-

²³⁰ BGH DB 2013, 167, 169; *Eilenberger*, in: MüKoInsO, § 17 Rn. 7a; Uhlenbruck/*Uhlenbruck*, InsO, § 17 Rn. 16.

²³¹ BGH ZInsO 2013, 76, 78.

²³² *Leithaus*, in: Andres/Leithaus/Dahl, InsO, § 17 Rn. 3; Uhlenbruck/*Uhlenbruck*, InsO, § 17 Rn. 29.

²³³ Uhlenbruck/*Uhlenbruck*, InsO, § 17 Rn. 32; a.A. *Pape*, Zahlungsunfähigkeit in der Gerichtspraxis, WM 2008, 1949, 1957, der eine feststellbare Zahlungseinstellung der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit vorangestellt sieht.

²³⁴ *Bork*, ZIP 2008, 1749; *Harz/Baumgartner/Conrad*, ZInsO 2005, 1304, 1308.

²³⁵ BGH NJW 2002, 515, 517; NJW-RR 2012, 823; WM 2012, 998, 999; OLG Düsseldorf GmbHR 2013, 88, 89; *Gehrlein*, ZInsO 2012, 2117, 2123.

ge ist, seine fälligen Verbindlichkeiten zu begleichen.²³⁶ Dafür genügt, dass eine Forderung von erheblicher Höhe auch nur eines einzelnen Gläubigers nicht beglichen wird.²³⁷ Allgemein ist die tatsächliche Nichtbegleichung eines Großteils der fälligen Forderungen ausreichend, selbst wenn noch beträchtliche Zahlungen erbracht wurden, diese aber insgesamt im Verhältnis zu den fälligen Schulden nur einen geringen Anteil betragen.²³⁸

a) Erkennungsmerkmale der Zahlungseinstellung

Die Zahlungseinstellung kann sich durch verschiedene Indizien²³⁹ abzeichnen, wie beispielsweise Lastschriftrückgaben, Lieferung nur gegen Barzahlung oder Vorkasse, Pfändung²⁴⁰ und die Nichtabführung von Steuern und Sozialabgaben.²⁴¹ So ordnet der BGH nach ständiger Rechtsprechung die Nichtbegleichung von Sozialversicherungsbeiträgen über einen Zeitraum von mehr als einem halben Jahr als sehr bedeutendes Beweisanzeichen für eine Zahlungseinstellung ein.²⁴² Weitere Indizien für eine Zahlungseinstellung seitens des Schuldners sind die Unfähigkeit des Schuldners, seine Rückstände wenigstens ratenweise zurückzuzahlen sowie die Nichteinlösung eines hingegebenen Schecks aufgrund fehlender Deckung.²⁴³ Ein mögliches Entfallen der Zahlungseinstellung durch Vereinbarung einer Ratenzahlung kommt nur dann in Betracht, wenn der Schuldner die Rückstände auch ratenweise abtragen kann.²⁴⁴ Nach den Grundsätzen der Beweisvereitelung gem. §§ 427, 441 Abs. 3, 444, 446, 453 Abs. 2,

²³⁶ BGH WM 2007, 1616, 1618; NJW-RR 2012, 823; WM 2012, 998, 999; *Gehrlein*, ZInsO 2012, 2117, 2123; *Eilenberger*, in: MüKoInsO, § 17 Rn. 27, der zwischen einer offiziell erklärten und einer faktisch erkennbaren Zahlungseinstellung differenziert.

²³⁷ BGH NJW 2002, 515, 517.

²³⁸ So die ständige Rechtsprechung des BGH: NJW 2001, 1650, 1651; WM 2007, 1616, 1618; WM 2011, 1429; WM 2012, 998, 999.

²³⁹ BGH NJW-RR 2003, 697, 699; BGH WM 2012, 998, 999.

²⁴⁰ Braun/*Bußhardt*, InsO, § 17 Rn. 43.

²⁴¹ BGH NZI 2006, 591, 592; OLG Celle ZInsO 2002, 979, 980; *Hölzle*, ZIP 2006, 101, 103.

²⁴² BGHZ 149, 178, 187; BGH WM 2003, 1776, 1778; BGH GmbHR 2013, 1202, 1203.

²⁴³ OLG Düsseldorf GmbHR 2013, 88, 90.

²⁴⁴ BGH DB 2013, 167, 169.

454 Abs. 1 ZPO und § 242 BGB²⁴⁵ gelten die Voraussetzungen der Zahlungseinstellung als bewiesen, wenn der Geschäftsführer einer GmbH seiner Pflicht zur Führung und Aufbewahrung von Büchern und Belegen nach §§ 238, 257 HGB, § 41 GmbHG nicht ordnungsgemäß nachkommt und dadurch einem Gläubiger die Darlegung näherer Einzelheiten zum Nachweis der Zahlungsunfähigkeit unmöglich macht.²⁴⁶ In die Prüfung der Zahlungsunfähigkeit müssen alle Verbindlichkeiten des Schuldners einbezogen werden, nicht nur die im Verhältnis zu einzelnen Gläubigern.²⁴⁷ Ist die Zahlungseinstellung eingetreten, so kann sie nur dadurch wieder aufgehoben werden, dass der Schuldner alle Verbindlichkeiten wieder begleicht und allgemein die Zahlungen wieder aufnimmt.²⁴⁸ Jedoch ist die Zahlungsfähigkeit dann nicht wiederhergestellt, wenn der Schuldner seine gegenwärtigen Gläubiger dadurch befriedigt, dass er die Mittel veräußert, die er haben muss, um seine künftig fälligen Verbindlichkeiten zu begleichen.²⁴⁹ Auch ist die Zahlungsfähigkeit nicht gegeben, wenn der Schuldner einen Forderungsrückstand „vor sich herschiebt“ und dadurch seine finanziellen Schwierigkeiten erkennbar nach außen trägt.²⁵⁰

b) Zahlungsunwilligkeit

Abzugrenzen ist die Zahlungseinstellung von der bloßen Zahlungsunwilligkeit, da die Zahlungsbereitschaft bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit grundsätzlich keine Rolle spielt.²⁵¹ Zahlungsunwilligkeit auf Seiten des

²⁴⁵ In Ermangelung einer genauen gesetzlichen Regelung zur Beweisvereitelung in der ZPO hat der BGH in seiner Entscheidung NJW 2007, 3130, 3131 aus der Gesamtschau der genannten Normen einen Rechtsgedanken entwickelt, wonach ein bestimmter Nachweis als geführt zu gelten hat, dies sind die sog. *Grundsätze der Beweisvereitelung*.

²⁴⁶ BGH DB 2012, 794, 795; zur Aufbewahrungspflicht von Büchern und Belegen siehe bereits 2. Teil § 4 B. II. 3. h).

²⁴⁷ BGH ZInsO 2013, 76, 78.

²⁴⁸ BGH NZI 2010, 985, 989; NJW-RR 2012, 823; OLG Düsseldorf GmbHR 2013, 88, 90.

²⁴⁹ BGH DB 2012, 2687, 2689.

²⁵⁰ BGH ZInsO 2011, 1410, 1411; BGH GmbHR 2013, 1202, 1203; *Gehrlein*, ZInsO 2012, 2117, 2123; *Eilenberger*, in: MüKoInsO, § 17 Rn. 30.

²⁵¹ *Bork*, Einführung in das neue Insolvenzrecht, Rn. 84; *Breuer*, Insolvenzrecht, Rn. 216; *Foerste*, Insolvenzrecht, Rn. 109; *Hölzle*, ZIP 2006, 101.

Schuldners kann nur gegeben sein, wenn der Schuldner überhaupt zahlungsfähig ist²⁵², weil er ansonsten gar keinen Entscheidungsspielraum besitzt. Der Schuldner kann jedoch nicht beanspruchen, nur als zahlungsunwillig angesehen zu werden, wenn er vorhandene Vermögenswerte vorsätzlich nicht liquidiert, mit denen er einwendungsfreie Verbindlichkeiten begleichen müsste.²⁵³ Solange dem Schuldner Zahlungsmittel zur Verfügung stehen, ist er in der Lage zu zahlen und damit zahlungsfähig, sodass seine Zahlungsunwilligkeit keine Bedeutung erlangt.²⁵⁴

2. Feststellung

Aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes in § 5 Abs. 1 S. 1 InsO muss das Insolvenzgericht sorgfältig prüfen, ob der Insolvenzgrund tatsächlich vorliegt. Dies ist aus dem Grund erheblich, als nur ein vom Gericht positiv festgestellter Insolvenzgrund die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu rechtfertigen vermag.²⁵⁵ Ansonsten wäre die für den Schuldner äußerst belastende Übertragung seiner Vermögensverfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter gem. § 80 InsO womöglich staatlicher Willkür ausgesetzt, was es im Interesse eines freien Wirtschaftsverkehrs zu vermeiden gilt. Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit erweist sich jedoch mitunter als kompliziert, da das Gesetz im Wortlaut des § 17 InsO weder auf die „Dauer“ noch auf die „Wesentlichkeit“ abstellt und somit keine exakten Vorgaben zur Feststellung der insolvenzrechtlichen Illi-

²⁵² BGH NJW-RR 2012, 823, 824; a.A. *Uhlenbruck*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.35, der eine Differenzierung zwischen dem Vorliegen einer Unterbilanz und dem Vorhandensein freien Vermögens bei einer GmbH vornimmt, und in dem Zuge die Zahlungsunfähigkeit der GmbH bejaht, wenn die Geschäftsführung die vorhandenen freien Vermögenswerte nicht liquidieren will.

²⁵³ *Pape*, Zahlungsunfähigkeit in der Gerichtspraxis, WM 2008, 1949, 1951.

²⁵⁴ *Harz/Baumgartner/Conrad*, ZInsO 2005, 1304, 1306; *Hölzle*, ZIP 2006, 101.

²⁵⁵ Vgl. *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 16 Rn. 7.

quidität bereit hält.²⁵⁶ Die Beweislast für die Zahlungsunfähigkeit nach § 17 Abs. 2 InsO hat in der Regel der klagende Insolvenzverwalter zu tragen.²⁵⁷

a) **Wesentlichkeitsschwelle des BGH**

Für die Feststellung, dass der Schuldner seine Zahlungen tatsächlich eingestellt hat, müssen hinreichende Anhaltspunkte erkennbar sein. Daher ist im Rahmen der Prüfung der Zahlungseinstellung eine Abgrenzung zu einer bloßen Zahlungsstockung vorzunehmen. Diese Abgrenzung kann nur aufgrund der objektiven Umstände vorgenommen werden.²⁵⁸

aa) **Abgrenzung zur Zahlungsstockung**

Schon nach der Gesetzesbegründung liegt selbstverständlich keine Zahlungsunfähigkeit im Fall einer bloß vorübergehenden Zahlungsstockung vor.²⁵⁹ Von einer Zahlungsstockung ist auszugehen, wenn eine innerhalb kurzer Zeit zu beseitigende Zahlungsunfähigkeit vorliegt.²⁶⁰ Hierunter ist eine Illiquidität über einen Zeitraum zu verstehen, der für eine kreditwürdige Person zur Beschaffung der benötigten Mittel erforderlich ist.²⁶¹ Eine nur geringe Liquiditätslücke kann noch keine Zahlungseinstellung begründen, vielmehr ist erst dann eine Zahlungseinstellung und damit das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit anzunehmen, wenn eine Liquiditätslücke von mindestens 10% der fälligen Verbind-

²⁵⁶ *Uhlenbruck/Gundlach*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 6 Rn. 13; ausführlich zur Rückkehr zu den Merkmalen der Wesentlichkeit und Dauer durch die grundlegende Entscheidung des BGH v. 24.05.2005 (BGHZ 163, 134) *Uhlenbruck*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.9.

²⁵⁷ *Hölzle*, ZIP 2006, 101, 103.

²⁵⁸ BGHZ 163, 134, 140; Nerlich/Römermann/Mönning, InsO, § 17 Rn. 34.

²⁵⁹ Begr. RegE-InsO, BT-Drs. 12/2443 S. 114.

²⁶⁰ BGHZ 163, 134, 139 = BGH NJW 2005, 3062, 3064; vgl. dazu auch *Breuer*, Insolvenzrecht, Rn. 213 und *Harz/Baumgartner/Conrad*, ZInsO 2005, 1304, die als Beispiel für eine Zahlungsstockung den unerwarteten Ausfall einer größeren Zahlung anführen.

²⁶¹ BGHZ 163, 134, 139 = BGH NJW 2005, 3062, 3064; *Uhlenbruck/Gundlach*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 6 Rn. 11.

lichkeiten über einen Zeitraum von drei Wochen besteht.²⁶² Liegt eine Liquiditätslücke von weniger als 10% über einen längeren Zeitraum als drei Wochen vor, so ist dennoch nicht von einer Zahlungsunfähigkeit auszugehen, es sei denn, es ist absehbar, dass die 10% - Grenze bald überschritten wird.²⁶³

Die Systematik der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit lässt sich anhand des folgenden Schemas veranschaulichen:

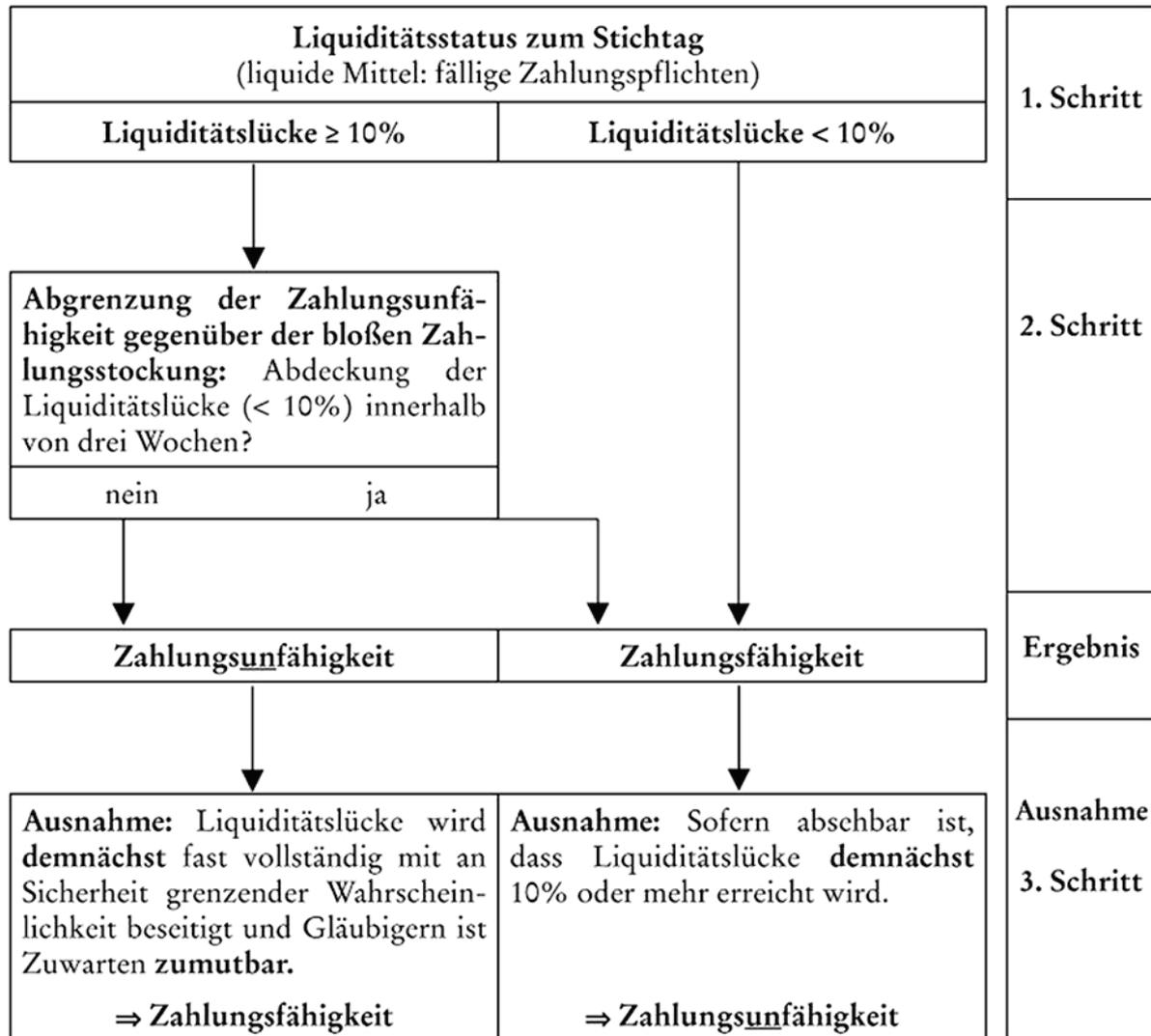


Abb.2: Zum systematischen Prüfungsaufbau bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit

Quelle: Ampferl, in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz, § 2 Rn. 63.

²⁶² BGHZ 163, 134, 145 = BGH NJW 2005, 3062, 3065; OLG Düsseldorf GmbHR 2013, 88, 90.

²⁶³ BGHZ 163, 134, 145 = BGH NJW 2005, 3062, 3066.

In dem Zusammenhang ist bislang nicht entschieden, ob bei dieser vorzunehmenden Abgrenzung ein Wertberichtigungsabschlag erlaubt ist.²⁶⁴ Für den Fall, dass ein Drittschuldner in Zahlungsverzug ist, erscheint die Vornahme eines Wertberichtigungsabschlags jedenfalls sinnvoll, da im Fall des Drittschuldnerverzugs nicht verbindlich festgestellt werden kann, dass diese Verbindlichkeit innerhalb der nächsten drei Wochen beglichen werden wird.²⁶⁵ Die Abgrenzung zur Zahlungsstockung mittels der dreiwöchigen Prognose erscheint letztlich sachgerecht, damit die Unternehmen eine gewisse wirtschaftliche Bewegungsfreiheit behalten, und nicht aufgrund nur geringer und bloß vorübergehender Liquiditätsengpässe einem Insolvenzverfahren ausgeliefert werden. Vielmehr würde eine sehr enge Definition einer Liquiditätslücke zu einer Hemmung der Produktivität und des freien Flusses von Wirtschaftsgütern führen. Zu beachten ist jedoch, dass in die Prüfung der Zahlungsfähigkeit keine Forderungen einbezogen werden dürfen, die erst nach der Dreiwochenfrist zur Entstehung oder Fälligkeit gelangen, da sie dann nicht mehr dem dreiwöchigen Beurteilungszeitraum zuzuordnen sind.²⁶⁶ Wenn die Entstehung bestimmter Forderungen, die dem Schuldner zugutekommen würden, zum Zeitpunkt der Prognoseentscheidung nur vermutet werden kann, können diese Forderungen begriffsnotwendigerweise nicht bei der Beurteilung der Zahlungsfähigkeit berücksichtigt werden, da andernfalls keine klare Abgrenzung möglich wäre, welcher Zeitraum für die Prognoseentscheidung zugrunde zu legen ist. Wenn die höchstgerichtliche Rechtsprechung den Maßstab ansetzt, dass Zahlungsunfähigkeit vorliegt, wenn der Schuldner nicht fähig ist, innerhalb von drei Wochen 90% seiner Gesamtverbindlichkeiten zu begleichen, können nur erhoffte und vermutete zukünftige Forderungen des Schuldners keine Berücksichtigung finden. Den Prognosezeitraum auf drei Wochen festzusetzen, ist aus betriebswirtschaftlicher Sicht jedoch ungünstig, da die Buchhaltung in der Regel monatlich angefertigt wird und sich betriebsinterne Liquiditätsplanungen ebenfalls regelmäßig

²⁶⁴ Bork, ZIP 2008, 1749, 1750.

²⁶⁵ Ampferl, in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz, § 2 Rn. 70; Bork, ZIP 2008, 1749, 1750.

²⁶⁶ LG Hamburg, ZInsO 2012, 1479, 1480; zu der Frage, ob im Rahmen der Aufstellung der Liquiditätsbilanz auf der Passivseite auch die Passiva II einzustellen sind, vgl. Bork, ZIP 2008, 1749 f. sowie Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 17 Rn. 42.

auf einen Monat beziehen.²⁶⁷ Daher spricht vieles dafür, den Zeitraum für die Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit ebenfalls auf einen Monat auszudehnen.

bb) Probleme der 90% - Schwelle

Die Abgrenzung der Zahlungsunfähigkeit zur Zahlungsstockung unterliegt jedoch einer gewissen Ungenauigkeit. Der BGH hat zwar entschieden, dass Zahlungsunfähigkeit im Fall einer Liquiditätslücke von mehr als 10% vorliegt²⁶⁸, jedoch kann dem Grunde nach nur eine Zahlungsfähigkeit von 100% vorliegen.²⁶⁹ Sobald die 100% - Grenze nicht erreicht wird, läge aber schon rein begrifflich keine Zahlungsfähigkeit mehr vor. Auch der BGH spricht sich zwar prinzipiell für eine begriffliche Klarheit aus, die auch der Rechtssicherheit dienen würde, verweist aber andererseits zutreffend auf schwankende Phasen im Wirtschaftsverkehr, aufgrund derer ein Schuldner bei gesetzlich festgelegten starren Werten recht schnell als zahlungsunfähig anzusehen wäre, obwohl er in Kürze aufgrund steigender Auftragslage wieder zu voller Liquidität gelangen könnte.²⁷⁰ Der vollständige Ausfall einer größeren Zahlung würde gegebenenfalls eine Insolvenz des Unternehmens begründen, wogegen eine nur kurzfristige Verspätung des Zahlungseingangs für die Fortführung des Unternehmens an sich harmlos sein könnte.

b) Zeitpunkt

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit ist der Zeitpunkt, in dem der Eröffnungsbeschluss für das Insolvenzverfahren erlassen wird.²⁷¹ Selbst wenn das Insolvenzgericht fälschlicherweise die Zahlungsunfähigkeit bejaht, wird diese regelmäßig alsbald eintreten, da durch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens die rechtliche und wirtschaftliche Situation des

²⁶⁷ Harz/Baumgartner/Conrad, ZInsO 2005, 1304, 1307.

²⁶⁸ BGH NJW 2005, 3062, 3065.

²⁶⁹ Eilenberger, in: MüKoInsO, § 17 Rn. 22.

²⁷⁰ BGH NJW 2005, 3062, 3065.

²⁷¹ BGH NJW 2006, 3553; Braun/Bußhardt, InsO, § 17 Rn. 42; Nerlich/Römermann/Mönning, InsO, § 17 Rn. 32.

Schuldners erheblich verschlechtert wird und der durch das Bekanntwerden des Insolvenzverfahrens drohende Verlust von Kunden und Lieferanten eine ernsthafte Bedrohung für den Bestand des Unternehmens darstellen kann.²⁷² Entscheidend kann nicht der Zeitpunkt des Eingangs des Insolvenzantrags sein, da sich die finanzielle Situation des Schuldners in der Zwischenzeit positiv oder negativ verändert haben kann und nach dem Sinn und Zweck eines Insolvenzverfahrens nur auf den letzten Erkenntnisstand abgestellt werden darf.²⁷³ Deshalb kann nur der Zeitpunkt der Gerichtsentscheidung als maßgeblicher Zeitpunkt anerkannt werden. Eine gleichmäßige Gläubigerbefriedigung kann nur dann im Wege des Insolvenzverfahrens erreicht werden, wenn hinreichend präzise Erkenntnisse über die finanzielle Lage des Schuldners vorliegen. Die Feststellung des genauen Zeitpunkts, ab wann Zahlungsunfähigkeit vorliegt, ist jedoch mit einigen Schwierigkeiten verbunden. So sieht sich der Schuldner der Herausforderung gegenüber, genau zu erkennen, ab wann der Drei-Wochen-Zeitraum der 10% - Liquiditätslücke zu laufen beginnt. Diese Erkenntnis wird ihm sehr wahrscheinlich nur dann möglich sein, wenn er eine exakte Dokumentation der 10% - Liquiditätslücke vornimmt und ihr Eintreten sowie ihr Fortbestehen sorgfältig nachhält.²⁷⁴ So beginnt die Drei-Wochen-Frist mit dem Tag zu laufen, an dem erstmals rechnerisch eine 10%ige Liquiditätslücke festgestellt worden ist.²⁷⁵ Innerhalb dieser Drei-Wochen-Frist soll der Schuldner die Möglichkeit haben, sich durch entsprechende Sanierungsmaßnahmen wieder neue Liquidität zu verschaffen, andernfalls ist er zur Stellung des Insolvenzantrags verpflichtet. Der Geschäftsführer ist daher verpflichtet, am ersten Tag der ermittelten Liquiditätslücke mithilfe eines Liquiditätsplans zu prüfen, ob innerhalb der nächsten drei Wochen wieder Liquidität beschafft werden kann, um so festzustellen, ob er Insolvenzantrag stellen muss.²⁷⁶

²⁷² BGH NJW 2006, 3553, 3554; hierzu auch nachfolgend unter 2. Teil § 6 B. IV.

²⁷³ Foerste, Insolvenzrecht, Rn. 109.

²⁷⁴ Eilenberger, in: MüKoInsO, § 17 Rn. 25.

²⁷⁵ Ganter, ZInsO 2011, 2297, 2300; Neu/Ebbinghaus, ZInsO 2012, 2229, 2230.

²⁷⁶ Neu/Ebbinghaus, ZInsO 2012, 2229, 2233.

c) Liquiditätsbilanz

§ 17 InsO enthält keine Vorgabe, anhand welcher Methode die Prüfung der Zahlungsunfähigkeit erfolgen muss.²⁷⁷ Diese Prüfung sollte zweckmäßigerweise mithilfe der Aufstellung einer Liquiditätsbilanz erfolgen.²⁷⁸ Im Gegensatz zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit im Anfechtungsprozess ist hinsichtlich der Insolvenzantragspflicht des Geschäftsführers nach höchstrichterlicher Rechtsprechung die Aufstellung einer Liquiditätsbilanz dann erforderlich, wenn eine Prognose getroffen werden muss, was beispielsweise im Fall einer Unterdeckung erforderlich ist.²⁷⁹ In einer Liquiditätsbilanz müssen die Mittel, die im maßgeblichen Zeitpunkt zur Verfügung stehen und innerhalb von drei Wochen der Liquidität zuführbar sind, in Beziehung gesetzt werden zu den Verbindlichkeiten, die am selben Stichtag fällig und eingefordert sind.²⁸⁰ Zu den zur Verfügung stehenden Zahlungsmitteln gehören Bargeld, Schecks, Bank- und Postgiroguthaben, kurzfristig ohne Wertverlust veräußerbare Finanzanlagen sowie freie Kreditlinien auf laufenden Geschäftskonten, wohingegen den fälligen Zahlungsverpflichtungen u.a. Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen sowie nicht geduldete Geschäftskontenüberziehungen unterfallen.²⁸¹ Dabei reicht es nicht aus, den Liquiditätsstatus für einen bestimmten Stichtag zu ermitteln, vielmehr muss eine Liquiditätsbilanz erstellt werden, die einen Zeitraum von drei Wochen berücksichtigt.²⁸²

aa) Prognoseproblematik

Hier zeigt sich jedoch die Schwierigkeit, dass eine Liquiditätsprognose am ersten Tag der Drei-Wochen-Frist nicht mit hinreichender Sicherheit klarstellen

²⁷⁷ Pape, WM 2008, 1949, 1951.

²⁷⁸ BGH NJW 2005, 3062, 3064; BGH ZIP 2006, 2222, 2224.

²⁷⁹ BGHZ 163, 134, 142; Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 17 Rn. 36.

²⁸⁰ BGH WM 2012, 998; BGH GmbHR 2013, 1202; BGH DB 2013, 167, 169; hierzu näher Harz/Baumgartner/Conrad, ZInsO 2005, 1304, 1306 f.; Knolle/Tetzlaff, ZInsO 2005, 897, 900 f.; IDW-Empfehlungen zur Prüfung eingetretener oder drohender Zahlungsunfähigkeit bei Unternehmen, ZIP 1999, 505, 506.

²⁸¹ Harz/Baumgartner/Conrad, ZInsO 2005, 1304, 1306.

²⁸² Pape, WM 2008, 1949, 1954.

kann, ob die geplanten Sanierungsmaßnahmen wie beispielsweise Eigen- oder Fremdkapital-Erhöhungen, Veräußerung von nicht benötigtem Anlagevermögen sowie Ratenzahlungs- oder Stundungsvereinbarungen mit Kreditoren und sonstige Finanzierungsmaßnahmen innerhalb der Drei-Wochen-Frist zu realisieren sind.²⁸³ Da eine Prognose immer ein zukunftsgerichtetes Element beinhaltet und daher unsicherheitsbehaftet ist, ist es für den Geschäftsführer eine sehr komplexe und anspruchsvolle Aufgabe zu prüfen, ab wann genau die Gesellschaft zahlungsunfähig ist. Ein anderer Ansatz tendiert daher zu einer Aufstellung zweier Liquiditätsstati, wobei eine erste Liquiditätsbilanz an einem ersten Tag aufgestellt wird, um die sog. *Liquidität I. Grades*, die zur Zahlung von Verbindlichkeiten am selben Tag genutzt werden kann, zu prüfen.²⁸⁴ Im Fall der Feststellung einer Unterdeckung von 10% beginnt die Drei-Wochen-Frist zu laufen und nach deren Ablauf wird eine zweite Liquiditätsbilanz aufgestellt. Ergibt sich daraus immer noch eine Unterdeckung von 10%, besteht Zahlungsunfähigkeit.²⁸⁵ Da eine hinreichend wahrscheinliche Liquiditätsprognose am ersten Tag durch den Geschäftsführer nicht sicher abzugeben ist, erhält er durch Aufstellung der zweiten Liquiditätsbilanz am 22. Tag eine detailliertere Übersicht über die zur Verfügung stehende Liquidität. Hierdurch wird der Geschäftsführer besser davor geschützt, übereilt einen Insolvenzantrag zu stellen, obwohl die Gesellschaft durch Zuführung neuer Liquidität infolge eines entsprechenden Eigen- oder Fremdkapitalzuflusses ihre Leistungsfähigkeit wieder unter Beweis hätte stellen können.²⁸⁶

bb) Berücksichtigung der Passiva II

Fraglich ist, ob auf der Passivseite der Liquiditätsbilanz neben den am Stichtag fälligen Verbindlichkeiten auch die innerhalb der drei Wochen fällig werden den Verbindlichkeiten aufgestellt werden müssen. Diese „Passiva II“²⁸⁷ sind

²⁸³ *Neu/Ebbinghaus, ZInsO 2012, 2229, 2233.*

²⁸⁴ *Neu/Ebbinghaus, ZInsO 2012, 2229, 2234.*

²⁸⁵ *Neu/Ebbinghaus, ZInsO 2012, 2229, 2234.*

²⁸⁶ *Neu/Ebbinghaus, ZInsO 2012, 2229, 2235.*

²⁸⁷ *Bork, ZIP 2008, 1749, 1751; siehe zu den Passiva II die nachfolgende Muster-Liquiditätsbilanz unter 2. Teil § 5 B. I. 2. c) ee).*

dem Wortlaut der BGH-Rechtsprechung nicht zu entnehmen, da der BGH ausführt, in die Liquiditätsbilanz seien „die im maßgeblichen Zeitraum verfügbaren und innerhalb von drei Wochen flüssig zu machenden Mittel in Beziehung zu setzen zu den am selben Stichtag fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten“.²⁸⁸ Ein bloßes Abstellen auf den Wortlaut der Entscheidung erscheint hinsichtlich der Komplexität und Bedeutung der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit zu kurz gegriffen.²⁸⁹ Vielmehr ist nach dem Sinn und Zweck der Insolvenzeröffnungsgründe eine Abgrenzung zwischen einer bloßen Zahlungsstockung und Zahlungsunfähigkeit vorzunehmen. Dementsprechend ist es sinnvoll, die Passiva II in die Liquiditätsbilanz mit aufzunehmen, um eine sachgerechte Prognose für den Drei-Wochen-Zeitraum treffen zu können und eine bloß kurzzeitige Zahlungsstockung bzw. Illiquidität von einer tatsächlich vorliegenden Zahlungsunfähigkeit abgrenzen zu können.²⁹⁰

cc) Stichtagsregelung

Die Stichtagsregelung der Drei-Wochen-Frist birgt das Risiko einer gewissen Ungenauigkeit in sich, sodass bei einer taggenauen Gegenüberstellung von Aktiva und Passiva ein anderes Ergebnis feststehen könnte und folglich die Zahlungsunfähigkeit zu bejahen wäre, wogegen innerhalb einer auf den letzten Tag der Drei-Wochen-Frist bezogenen Liquiditätsbilanz ein Ausgleich vorgenommen würde, sodass keine Zahlungsunfähigkeit vorläge.²⁹¹ Um eine präzise Messung der Zahlungsfähigkeit vornehmen zu können, sollte daher ein taggenauer Finanzplan und kein stichtagsbezogener Liquiditätsplan erstellt werden.²⁹² Festzuhalten ist, dass bzgl. der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit verschiedene Begrifflichkeiten unterschiedlich verwendet werden, sodass nicht immer hinreichend präzise zwischen einem Liquiditätsplan und einem Finanz-

²⁸⁸ BGHZ 163, 134, 138; BGH GmbHR 2013, 1202.

²⁸⁹ So aber Braun/Bußhardt, InsO, § 17 Rn. 8 ff.; Schröder, in: HambKommInsO, § 17 Rn. 23.

²⁹⁰ Sehr ausführlich und mit guten Argumenten überzeugend hierzu Bork, ZIP 2008, 1749, 1752 f.

²⁹¹ Eilenberger, in: MüKoInsO, § 17 Rn. 21.

²⁹² Eilenberger, in: MüKoInsO, § 17 Rn. 23.

plan differenziert wird. Unabhängig von einer terminologischen Festlegung erscheint der Ansatz von *Eilenberger* vorzugswürdig, eine taggenaue Gegenüberstellung von Aktiva und Passiva des Unternehmens vorzunehmen, um dadurch zu möglichst genauen Messergebnissen über einen 3-wöchigen Zeitraum zu gelangen. Grundsätzlich muss aus betriebswirtschaftlicher Sicht die Prüfung der Zahlungsunfähigkeit in zwei Schritten erfolgen: Nach Erstellung eines stichtagsbezogenen oder taggenauen Liquiditätsstatus muss nachfolgend ein Finanz- oder Liquiditätsplan erstellt werden, in dem zusätzlich zu den bereits ermittelten Positionen die zukünftig erwarteten Ein- und Auszahlungen aufzunehmen sind, wie beispielsweise der im Planungszeitraum realisierbare anteilige Verkauf des nicht betriebsnotwendigen Anlage- und Umlaufvermögens.²⁹³ Dem entspricht auch der Prüfungsstandard PS 800 des IDW²⁹⁴, der zwischen einem stichtagsbezogenen Finanzstatus und einem zeitraumbezogenen Finanzplan differenziert.²⁹⁵

dd) Zeitpunktilliquidity vs. Zeitraumilliquidität

Der Gesetzgeber hat bei der Insolvenzrechtsreform auf die Merkmale der „Dauer“ und der „Wesentlichkeit“ verzichtet,²⁹⁶ und entschieden, dass die Zahlungsunfähigkeit im Zeitpunkt des Eröffnungstichtags gegeben sein muss. Zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit auf diesen Stichtag werden vorher zu beseitigende Liquiditätslücken schon einberechnet, sodass die Zahlungsunfähigkeit nach Ablauf des Drei-Wochen-Zeitraums vorliegen muss. Die Prüfung der Zahlungsunfähigkeit muss daher eine „Zeitpunktilliquidity“²⁹⁷ ermitteln. Eine „Zeitraumilliquidität“ ist für die Zahlungsunfähigkeit aus dem Grund abzu-

²⁹³ *Harz/Baumgartner/Conrad*, ZInsO 2005, 1304, 1306 f.

²⁹⁴ IDW Prüfungsstandard: Beurteilung eingetretener oder drohender Zahlungsunfähigkeit bei Unternehmen (IDW PS 800), Stand 6.3.2009.

²⁹⁵ *Neu/Ebbinghaus*, ZInsO 2012, 2229, 2231.

²⁹⁶ Begr. RegE-InsO, BT-Drs. 12/2443, S. 114.

²⁹⁷ *Foerste*, Insolvenzrecht, Rn. 109; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 7.20; *Nerlich/Römermann/Mönning*, InsO, § 17 Rn. 2; a.A. *Uhlenbruck*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.17, der letztlich doch das Merkmal der Dauer für die Prüfung zugrunde legt, um eine Abgrenzung der Zahlungsunfähigkeit von der Zahlungsstockung vorzunehmen.

lehnen, dass der Unterschied zwischen der Zahlungsunfähigkeit und der drohenden Zahlungsunfähigkeit ansonsten nicht hinreichend deutlich würde. Auch spricht für diese Folgerung der Verzicht des Gesetzgebers auf das Merkmal der „Dauer“ für die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit. Der Begriff der „Dauer“ würde auf eine „Zeitraumilliquidität“ abzielen, der Gesetzgeber hat jedoch gerade darauf verzichtet, den Schuldner als „dauernd“ außerstande zur Forderungstilgung anzusehen.²⁹⁸ Selbst wenn die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit auf einer dynamischen Betrachtung der finanziellen Situation des Schuldners basiert und anhand der Aufstellung von Liquiditätsplänen ermittelt wird,²⁹⁹ so ist die Bezeichnung als „Zeitpunktilliquidität“ der „Zeitraumilliquidität“ aus dem Grund vorzuzugswürdig, dass ein Zeitpunkt festgelegt werden muss, an dem diese wirtschaftliche Situation des Schuldners vorliegt. Da einhellig anerkannt ist, dass für die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit ein Liquiditätsplan erstellt werden muss, kommt der Diskussion um die unterschiedliche begriffliche Einordnung letztlich eher dogmatische Bedeutung zu. Vielmehr bleibt festzuhalten, dass ein Liquiditätsplan sowohl kurzfristige Erkenntnisse bzgl. der Liquidität (für etwa die nächsten 10-20 Tage) als auch langfristig zeitraumbezogene Prognosen (für etwa ein Jahr) ermöglicht.³⁰⁰

ee) Muster einer Liquiditätsbilanz

Wie eine Liquiditätsbilanz als stichtagsbezogener Liquiditätsstatus bzw. Finanzstatus zur Prüfung der Zahlungsunfähigkeit auf erster Ebene aufgestellt werden könnte, wird an dem nachfolgenden (vereinfachten) Beispiel veranschaulicht³⁰¹:

²⁹⁸ Häsemeyer, Insolvenzzrecht, Rn. 7.20; eindeutig für eine Zeitraumilliquidität spricht sich hingegen Schmerbach, in: FK-InsO, § 18 Rn. 8 aus.

²⁹⁹ Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus, Insolvenzzrecht, Kap. 17 Rn. 9; Uhlenbruck, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.21.

³⁰⁰ Eilenberger, in: MüKoInsO, § 17 Rn. 12.

³⁰¹ Die eingesetzten Werte sind rein fiktiv und dienen allein der Veranschaulichung der Thematik.

<u>Liquiditätsbilanz</u>			
Aktiva		Passiva	
I. Liquide Mittel zum Bilanzstichtag in € (Aktiva I)		I. Fällige Zahlungspflichten zum Bilanzstichtag in € (Passiva I)	
1. Bankguthaben	100.000	1. Fällige Vbk aus LuL	60.000
2. Kassenbestände	30.000	2. Löhne	50.000
3. fällige Forderungen	20.000	3. Steuern	25.000
Summe zum Stichtag	150.000	Summe zum Stichtag	135.000
Unterdeckung zum Stichtag in €		Überdeckung zum Stichtag in €	
		15.000	
Unterdeckung zum Stichtag in %		Überdeckung zum Stichtag in %	
		10%	
II. Zahlungsmittelzuflüsse innerhalb der nächsten 20 Tage in € (Aktiva II)		II. Zahlungsmittelabflüsse innerhalb der nächsten 20 Tage in € (Passiva II)	
1. Laufender Geschäftsbetrieb		1. Laufender Geschäftsbetrieb	
a) Barverkäufe	25.000	a) Verbindlichkeiten aus LuL	80.000
b) Forderungsrealisierungen	50.000	b) Löhne	70.000
2. Sonstige Liquiditätszuflüsse		2. Sonstige Liquiditätsabflüsse	
Kreditaufnahme	30.000		
III. Nicht durch EK gedeckter Fehlbetrag	30.000		
Gesamtsumme nach 3-Wochen-Zeitraum	285.000	Gesamtsumme nach 3-Wochen-Zeitraum	285.000
Unterdeckung nach 3-Wochen-Zeitraum in €		Überdeckung nach 3-Wochen-Zeitraum in €	
-30.000			
Unterdeckung nach 3-Wochen-Zeitraum in %		Überdeckung nach 3-Wochen-Zeitraum in %	
-11%			

Abb. 3: Muster-Liquiditätsbilanz

Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an *Ampferl*, in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz, § 2 Rn. 75.

Die Unterdeckung i.H.v. 30.000 € wird in der Handelsbilanz nach § 268 Abs. 3 HGB als „Nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag“ auf der Aktivseite ausgewiesen. Der erneute Ausweis der 30.000 € in der Beispiels-Liquiditätsbilanz als „Unterdeckung nach 3-Wochen-Zeitraum“ dient allein der Veranschaulichung.

Für die Berechnung der Zahlungsfähigkeit aus der zuvor aufgestellten Liquiditätsbilanz lässt sich folgende Formelzugrunde legen:

$$\frac{(\text{Liquide Mittel} + \text{Zahlungseingänge innerhalb von 3 Wochen}) \times 100}{\text{Fällige} + \text{innerhalb von 3 Wochen fällig werdende Zahlungspflichten}}$$

Ist das Ergebnis kleiner oder gleich 90%, liegt Zahlungsunfähigkeit vor. Nach der Muster-Liquiditätsbilanz würde sich folgende Rechnung ergeben:

$$\frac{255.000}{285.000} \times 100 = 89,47\%$$

Das Ergebnis wäre vorliegend kleiner als 90%, sodass die für das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit erforderliche Voraussetzung einer Liquiditätslücke von mindestens 10% der fälligen Verbindlichkeiten über einen Zeitraum von drei Wochen³⁰² in diesem Beispielsfall erfüllt wäre. Umgekehrt kann eine mögliche Liquiditätslücke mit folgender Formel berechnet werden:

$$\frac{\text{Errechnete Über-/Unterdeckung}}{(\text{Aktiva I} + \text{Aktiva II})} \times 100 = \text{Liquiditätslücke bzw. -überschuss}$$

Nach der Muster-Liquiditätsbilanz würde sich hier folgende Rechnung ergeben:

$$-\frac{(30.000)}{255.000} \times 100 = -11,76\%$$

Es besteht also eine Liquiditätslücke i.H.v. mehr als 11%, sodass das Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit zu bejahen ist.

³⁰² BGH NJW 2005, 3062, 3065; OLG Düsseldorf GmbHR 2013, 88, 90.

II. Überschuldung gem. § 19 InsO

Der dritte Eröffnungsgrund für ein Insolvenzverfahren neben der Zahlungsunfähigkeit und der drohenden Zahlungsunfähigkeit ist die Überschuldung gem. § 19 InsO. Aufgrund des eindeutigen Wortlauts des § 19 Abs. 1 InsO greift dieser Eröffnungsgrund nur für juristische Personen und statuiert ebenso wie die Zahlungsunfähigkeit eine Antragspflicht nach § 15a Abs. 1 S. 1 InsO. Nach allgemeinem Erkenntnisstand tritt die Überschuldung in den meisten Fällen zeitlich vor der Zahlungsunfähigkeit ein.³⁰³ Aufgrund der Tatsache, dass die Überschuldung vom gesetzlichen Wortlaut her zwar relativ schlicht formuliert ist, ihre Überprüfung in der Praxis hingegen sehr kompliziert und umstritten ist,³⁰⁴ sollen nachfolgend die Voraussetzungen zwar hinreichend dargelegt und in den wesentlichen Grundzügen veranschaulicht werden, jedoch ohne vertieft auf tatsächliche Möglichkeiten zur Messung der Überschuldung einzugehen. Die nachfolgenden Ausführungen erheben mithin nicht den Anspruch, die Überschuldungsprüfung betriebswirtschaftlich vollumfänglich zu untersuchen.

1. Abgrenzungsfragen

Aufgrund der Tatsache, dass die Überschuldung für den Geschäftsführer einer GmbH die Pflicht zur Insolvenzantragstellung gem. § 15a Abs. 1 S. 1 InsO auslöst, ist bei der Prüfung der Überschuldung eine Abgrenzung zu anderen Tatbeständen vorzunehmen, die zwar auch auf eine finanziell verschlechterte Lage des Unternehmens hindeuten, aber noch nicht gravierend genug sind, um ein Insolvenzverfahren einleiten zu müssen.

a) Unterbilanz

Abzugrenzen ist die Überschuldung zum einen von der Unterbilanz, die gegeben ist, wenn das Gesellschaftsvermögen unter dem Nennbetrag des Stammka-

³⁰³ *Uhlenbruck*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.111.

³⁰⁴ *Drukarczyk/Schüler*, in: MüKoInsO, § 19 Rn. 3; statt vieler *Uhlenbruck*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.110.

pitals liegt³⁰⁵ bzw. wenn der Vermögensstatus der Gesellschaft aufzeigt, dass das Vermögen nach Abzug von Verbindlichkeiten und Rückstellung nicht mehr zur Deckung des Stammkapitalbetrags ausreicht.³⁰⁶ Ein Übergang von der Unterbilanz zur Überschuldung findet in dem Moment statt, in dem das Vermögen nicht mehr zur Deckung der Verbindlichkeiten ausreicht.³⁰⁷ Anders als die Verschuldung misst eine Unterbilanz sowohl das Verhältnis von Eigen- zu Fremdkapital als auch das Verhältnis von verwertbaren Aktivvermögenswerten zum Fremdkapital und sonstigen Verbindlichkeiten.³⁰⁸ Eine verschärfte Form einer Unterbilanz liegt dann vor, wenn die Hälfte des Stammkapitals verloren ist und der Geschäftsführer folglich nach § 49 Abs. 3 GmbHG die Gesellschafterversammlung einberufen muss.³⁰⁹

b) Verschuldung

Zum anderen ist klarzustellen, dass Überschuldung nicht mit einer Verschuldung gleichzusetzen ist, da Überschuldung das Verhältnis von Vermögen zu Fremdkapital betrifft, und nicht wie die Verschuldung auf das Verhältnis zwischen Eigen- und Fremdkapital abstellt.³¹⁰ Eine Verschuldung liegt vor, wenn das Fremdkapital höher ist als das Eigenkapital.³¹¹ Trotz Vorliegens einer hohen Gesamtverschuldung kann das Unternehmen eine positive Fortführungsprognose haben, sodass keine Überschuldung und damit keine Insolvenzantragspflicht vorläge; jedoch ist die Aufstellung eines Überschuldungsstatus bei Vorliegen einer hohen Gesamtverschuldung ratsam.³¹²

³⁰⁵ *Breuer*, Insolvenzrecht, Rn. 222; *Goette*, DStR 1997, 1495, 1496.

³⁰⁶ *Jung/Otto*, in: *Prinz/Winkeljohann*, Beck'sches Handbuch der GmbH, § 8 Rn. 119; *K. Schmidt*, GesR, § 37 III. 1. d).

³⁰⁷ *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, S. 287; *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 19 Rn. 25.

³⁰⁸ *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 19 Rn. 25.

³⁰⁹ Zur Einberufungspflicht des Geschäftsführers siehe bereits ausführlich die Ausführungen unter 2. Teil § 4 B. I.

³¹⁰ *Breuer*, Insolvenzrecht, Rn. 223.

³¹¹ *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 19 Rn. 24.

³¹² *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 19 Rn. 24.

c) Unterkapitalisierung

Des Weiteren muss eine Abgrenzung zwischen Überschuldung und einer Unterkapitalisierung vorgenommen werden. Eine Kapitalgesellschaft und damit auch eine GmbH ist unterkapitalisiert, wenn ein „Missverhältnis zwischen Eigenkapital und Geschäftsumfang, Eigenkapital und Anlagevermögen, Eigenkapital und Fremdkapital oder zwischen Eigenkapital und Risiko besteht.“³¹³ Unterschieden wird grundsätzlich zwischen nomineller und materieller Unterkapitalisierung. Nominelle Unterkapitalisierung liegt dann vor, wenn der für die Gesellschaft zusätzlich erforderliche Eigenkapitalbedarf nicht durch Gesellschaftereinlagen, sondern durch Fremdkapital, wie insbesondere Gesellschafterdarlehen, gedeckt wird.³¹⁴ Demgegenüber bedeutet materielle Unterkapitalisierung, dass nicht genügend Eigenkapital vorhanden ist, um den nach Art und Umfang der Geschäftstätigkeit erkennbar erforderlichen, nicht durch Kredite von dritter Seite zu deckenden mittel- oder langfristigen Finanzierungsbedarf der Gesellschaft zu befriedigen.³¹⁵

2. Entwicklungen der Rechtslage

Der Überschuldungsbegriff des § 19 Abs. 2 InsO hat in den letzten Jahren einige Änderungen erfahren. Nachfolgend soll der wesentliche Entwicklungsweg zum heute geltenden Begriff kurz aufgezeigt werden.

a) Überschuldungsbegriff vor Inkrafttreten der InsO

Vor Inkrafttreten der InsO am 01.01.1999 galt ursprünglich der damals von Karsten Schmidt³¹⁶ und Peter Ulmer³¹⁷ entwickelte *modifizierte zweistufige*

³¹³ Braun/Uhlenbruck, Unternehmensinsolvenz, S. 287; Uhlenbruck/Gundlach, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 6 Rn. 32; Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 19 Rn. 26.

³¹⁴ Braun/Uhlenbruck, Unternehmensinsolvenz, S. 288; K. Schmidt, GesR, § 9 IV. 4. a); Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 19 Rn. 26.

³¹⁵ Uhlenbruck/Gundlach, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 6 Rn. 32; K. Schmidt, GesR, § 9 IV. 4. a); Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 19 Rn. 26.

³¹⁶ K. Schmidt, AG 1978, 334, 338.

³¹⁷ Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 63 Rn. 29 ff.; Ulmer, KTS 1981, 469, 477.

Überschuldungsbegriff, wonach für das Vorliegen einer Überschuldung sowohl die rechnerische Überschuldung nach Bilanzierung zu Liquidationswerten als auch eine negative Fortführungsprognose erforderlich waren, da nur eine negative Fortführungsprognose zu einer rechtlichen Überschuldung führte.³¹⁸

b) Einführung der InsO am 01. Januar 1999

Mit Inkrafttreten der InsO zum 01.01.1999 wurde der vormals geltende modifizierte zweistufige Überschuldungsbegriff in § 19 Abs. 2 InsO a.F. dahingehend geändert, dass eine positive Fortführungsprognose allein nur dazu führte, dass bei der Aufstellung der Überschuldungsbilanz die Vermögenswerte zu Fortführungswerten (*going-concern*) angesetzt werden durften. Jedoch führte die positive Fortführungsprognose gerade nicht dazu, dass die Überschuldung insgesamt ausgeschlossen wurde. Selbst wenn die Unternehmen nach Fortführungswerten bilanzieren konnten, mussten sie den Insolvenzantrag nach damals noch § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. stellen, sofern die rechnerische Überschuldung bestehen blieb.³¹⁹

c) Finanzmarktstabilisierungsgesetz vom 17. Oktober 2008 (FMStG)

Als im Jahre 2008 die weltweite Finanzkrise viele Unternehmen finanziell in Bedrängnis brachte, wurde der Gesetzgeber aktiv und hat durch Art. 5 des Gesetzes zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes³²⁰ eine Rückkehr zum modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriff vollzogen, indem § 19 Abs. 2 InsO dahingehend geändert wurde, dass Überschuldung vorliegt, wenn das Schuldnervermögen die bestehenden Ver-

³¹⁸ Der modifizierte zweistufige Überschuldungsbegriff wurde seinerzeit vom BGH übernommen, BGHZ 119, 201, 214.

³¹⁹ Das „unbefriedigende Ergebnis“, dass Unternehmen den Insolvenzantrag aufgrund bilanzieller Überschuldung stellen mussten, obwohl sie positive Zukunftsaussichten hatten und ein Turnaround in naher Zukunft möglich war, wollte die damalige Regierung mit Einführung des FMStG vermeiden, Begr. RegE-FMStG, BT-Drs. 16/10600, S. 13.

³²⁰ Finanzmarktstabilisierungsgesetz vom 17.10.2008 (FMStG), BGBl. I S. 1982.

bindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist überwiegend wahrscheinlich. Das FMStG sollte Unternehmen helfen, die durch die Finanzkrise erhebliche Wertverluste erleiden mussten. Um die Unternehmen am Markt zu halten, die dem Grunde nach weiter operativ tätig sein konnten, jedoch aufgrund der Wertverluste eine bilanzielle Überschuldung aufwiesen, wurde wieder der modifizierte zweistufige Überschuldungsbegriff eingeführt, sodass folglich keine Überschuldung vorlag, sofern das prognostische Element der Fortführungsprognose ergab, dass „mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die Finanzkraft des Unternehmens mittelfristig zur Fortführung ausreicht“. ³²¹ Mithilfe des FMStG sollten folglich durch die Finanzkrise bedingte Unternehmensinsolvenzen vermieden werden.

d) Berücksichtigung von Gesellschafterdarlehen

Mit Einführung des MoMiG³²² am 23.10.2008 wurde § 19 Abs. 2 InsO ein weiterer Satz hinzugefügt, durch den klargestellt wurde, dass Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen nur dann keine Berücksichtigung in der Bilanz finden, wenn für sie ein Rangrücktritt nach § 39 Abs. 2 InsO vereinbart worden ist. Durch das Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetz³²³ wurde klargestellt, dass diese Regelung beibehalten werden sollte.

e) Rückkehr zum modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriff

Nachdem zunächst die Rückeinführung des zweistufigen Überschuldungsbegriffs auf den 01.01.2014 verschoben worden war,³²⁴ hat der Gesetzgeber durch das Gesetz zur Einführung einer Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess und zur Änderung anderer Vorschriften³²⁵ die Befristung des Überschuldungsbe-

³²¹ Begr. RegE-FMStG, BT-Drs. 16/10600, S. 13.

³²² BGBl. I S. 2026.

³²³ Gesetz zur weiteren Stabilisierung des Finanzmarktes vom 07. April 2009, BGBl. I S. 725.

³²⁴ Gesetz zur erleichterten Sanierung von Unternehmen, BGBl. I S. 3151.

³²⁵ Gesetz vom 05. Dezember 2012, BGBl. I S. 2418.

griffs endgültig aufgehoben,³²⁶ sodass der ursprünglich zur Zeit der Finanzkrise geltende Begriff auch weiterhin Geltung beansprucht und folglich eine positive Fortführungsprognose das Vorliegen einer Überschuldung ausschließt. Die tatbestandlichen Voraussetzungen der Überschuldung nach dem nun unbegrenzt fortgeltenden modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriff werden nachfolgend erörtert.

3. Voraussetzungen der Überschuldung nach § 19 Abs. 2 S. 1 InsO

Gem. § 19 Abs. 2 S. 1 InsO ist Überschuldung gegeben, wenn das Vermögen des Schuldners für die Deckung der bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr ausreicht, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich.

a) Modifizierter zweistufiger Überschuldungsbegriff

Die Zweistufigkeit der Überschuldungsprüfung zur Ermittlung der Insolvenzreife bezieht sich auf die Erstellung einer Überschuldungsbilanz und die Prüfung der Fortführungsprognose. Eine die Insolvenzantragspflicht auslösende Überschuldung liegt in der Folge nur dann vor, wenn sich aus der Überschuldungsbilanz eine rechnerische Überschuldung ergibt und die Fortführungsprognose für das Unternehmen negativ ausfällt. Eine Reihenfolge, nach der die zweistufige Prüfung vorzunehmen ist, hat das Gesetz in § 19 Abs. 2 InsO nicht vorgesehen.³²⁷ Nach dem nun wieder geltenden modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriff stehen das exekutorische und das prognostische Element gleichwertig nebeneinander,³²⁸ sodass in der Regel mit der Erstellung der Fortführungsprognose begonnen wird, da im Fall der positiven Fortführungsprognose eine Überschuldung nicht vorliegt und sich folglich die Überprüfung

³²⁶ BGBl. I S. 2418, 2424; zu der rechtlichen Entwicklung prägnant *Arnold*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 19 InsO Rn. 1.

³²⁷ *Uhlenbruck/Gundlach*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 6 Rn. 30; *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, § 63 Rn. 31; *Drukarczyk/Schüler*, in: MüKoInsO, § 19 Rn. 54; *Uhlenbruck*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.119.

³²⁸ Statt vieler *Wolf*, DStR 2009, 2682.

der rechnerischen Überschuldung erübrigt.³²⁹ Letztlich sollte die Prüfung der rechnerischen Überschuldung durch Aufstellung eines Überschuldungsstatus aber trotzdem erfolgen, um die finanzielle Situation der Gesellschaft hinreichend zu untersuchen. Auch kann eine Finanzplanung nur dann überzeugen, wenn sie auf einem entsprechenden Zahlenwerk aufbaut, das die Fortführungsprognose für die Gesellschaft positiv untermauert.³³⁰

aa) Überschuldungsbilanz

Ob eine Überschuldung gegeben ist, muss mithilfe der Aufstellung einer Überschuldungsbilanz geprüft werden. Diese Überschuldungsbilanz enthält eine Gegenüberstellung der Aktiva und Passiva des Unternehmens. Unter Passiva sind alle bestehenden Verbindlichkeiten zu verstehen, die im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu Insolvenzforderungen würden, Aktiva sind demgegenüber alle im Insolvenzfall verwertbaren Vermögensbestandteile.³³¹ In einer Überschuldungsbilanz müssen die Vermögenswerte der Gesellschaft mit ihren aktuellen Liquidationswerten dargestellt werden.³³² Die Aktivierung von Ansprüchen gegen den Geschäftsführer wegen Insolvenzverschleppung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO bzw. § 64 S. 1 GmbHG sowie des Anspruchs aus § 64 S. 3 GmbHG wegen der Insolvenzverursachung ist jedoch nicht möglich, da die Rechtsfolge der Anspruchsgrundlagen, nämlich die materielle Insolvenz, nicht bereits bei der Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen vorweggenommen werden kann.³³³ Das Vorliegen einer Überschuldung lässt

³²⁹ So auch der Fachausschuss Recht des IDW, WPg 1995, 596 und WPg 1997, 22, 23; für das gleichwertige Nebeneinander von exekutorischem und prognostischem Element siehe auch die Begr. RegE-FMStG, BT-Drs. 16/10600, S. 13; Uhlenbruck/Gundlach, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 6 Rn. 37; Drukarczyk/Schüler, in: MüKoInsO, § 19 Rn. 54; Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 19 Rn. 34.

³³⁰ K. Schmidt, ZIP 2013, 485, 489.

³³¹ Jacoby, in: Büchel/von Rechenberg, Hdb FA Handels- und GesR, 24. Kap. Rn. 61; Riering, in: Nerlich/Kreplin, MAH Insolvenz und Sanierung, § 22 Rn. 47.

³³² BGHZ 146, 264, 268.

³³³ Ausführlich zur Frage der Aktivierbarkeit von Ansprüchen gegen den Geschäftsführer und gegen die Gesellschafter *Frystatzki*, NZI 2013, 161, 163, der klarstellt, dass in der Überschuldungsbilanz nur ein Anspruch der Tochtergesellschaft gegen ihre Muttergesellschaft aus einer kündbaren Patronatserklärung aktiviert werden kann, NZI 2013, 161, 166.

sich schwieriger feststellen als das Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit. Aus der Handelsbilanz ergibt sich ein Hinweis darauf, dass eine Überschuldung gegeben sein könnte, wenn ein Fehlbetrag ausgewiesen wird, der nicht durch Eigenkapital gedeckt ist.³³⁴ Gem. § 268 Abs. 3 HGB wird die Überschuldung durch einen Überschuss der Passiva über die Aktiva ersichtlich, welcher am Schluss der Bilanz auf der Aktivseite als „Nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag“ auszuweisen ist. Jedoch ist die Überschuldungsbilanz nicht gleichzusetzen mit der Handelsbilanz, da in der Überschuldungsbilanz die wahren Werte anzusetzen und stille Reserven aufzulösen sind.³³⁵ Auch gelten anders als bei Aufstellung der Jahresbilanz weder der Grundsatz der Bilanzkontinuität noch das Anschaffungs- oder Imparitätsprinzip.³³⁶ Somit kann die Handelsbilanz lediglich als Indiz für eine Überschuldung fungieren.³³⁷

(1) Rechnerische Überschuldung

Im Rahmen der Überschuldungsprüfung ist zwischen der rechnerischen und der rechtlichen Überschuldung zu differenzieren. Die rechnerische Überschuldung wird auch als exekutorisches Element³³⁸ bezeichnet und liegt dann vor, wenn das Schuldnervermögen, welches nach Liquidationswerten bewertet worden ist, nicht mehr zur Schuldendeckung ausreicht.³³⁹ Aus der Überschuldungsbilanz wird dies ersichtlich, wenn die Passiva die Aktiva übersteigen. Unter Liquidationswerten sind die Werte zu verstehen, die im Rahmen einer zum Stichtag vorzunehmenden, aber ohne Zwang erfolgten Liquidation erreicht werden könn-

³³⁴ OLG Schleswig NZI 2010, 492, 493; *Uhlenbruck/Gundlach*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 6 Rn. 44.

³³⁵ AG Hamburg ZIP 2012, 1776; *Arnold*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 19 InsO Rn. 3.

³³⁶ *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 19 Rn. 10; zu den einzelnen Bilanzierungsgrundsätzen nach HGB siehe bereits die Ausführungen unter 2. Teil § 4 B. II. 3. c) aa) (1).

³³⁷ BGH ZInsO 2001, 467, 468; OLG Schleswig NZI 2010, 492, 493; *Gehrlein*, ZInsO 2012, 2117, 2124; *Uhlenbruck/Gundlach*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 6 Rn. 44; *Luttermann/Geißler*, ZInsO 2013, 1381, 1385.

³³⁸ *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, S. 288; *Uhlenbruck/Gundlach*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 6 Rn. 30; *Drukarczyk/Schüler*, in: MüKoInsO, § 19 Rn. 52.

³³⁹ *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, S. 288; *Uhlenbruck*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.111; *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 19 Rn. 15.

ten.³⁴⁰ Eine Bewertung zu Liquidationswerten erfordert, dass die Gesellschaft beendet werden soll,³⁴¹ und stellt letztlich die mit hinreichender Sicherheit realisierbare Wertuntergrenze dar.³⁴² Liquidationswerte sind jedoch nicht gleichzusetzen mit den – noch niedrigeren – Zerschlagungswerten, die dann anzusetzen sind, wenn die Liquidation gezwungenermaßen durchzuführen ist.³⁴³

(2) Muster-Überschuldungsbilanz

Vereinfacht könnte eine Überschuldungsbilanz (auch Überschuldungstatus genannt) folgendermaßen aussehen:

³⁴⁰ *Uhlenbruck*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.111; *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 19 Rn. 15.

³⁴¹ *Reichert/Weller*, in: MüKoGmbHG, § 14 Rn. 36; *Michalski/Nerlich*, GmbHG, § 60 Rn. 98.

³⁴² *Reichert/Weller*, in: MüKoGmbHG, § 14 Rn. 37; *Füchsl/Weishäupl/Jaffé*, in: MüKoInsO, § 151 Rn. 9.

³⁴³ *Michalski/Nerlich*, GmbHG, § 60 Rn. 98; *Möhlmann-Mahlau/Schmitt*, NZI 2009, 19, 22; *Nerlich/Römermann/Mönning*, InsO, § 19 Rn. 27; noch präziser *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, S. 293, die Zerschlagungswerte dann in Ansatz bringen, wenn der Insolvenzantrag unvermeidbar ist.

Überschuldungsstatus per 31.12.			
Aktiva	Wert	Passiva	Wert
A. Ausstehende Einlagen Stammeinlage (Gesellschafter X)	20.000	A. Rückstellungen	
		I. Pensionsrückstellungen	160.000
		II. Steuerrückstellungen	70.000
B. Anlagevermögen		B. Verbindlichkeiten	
I. Immaterielle Vermögenswerte		I. ggü. Kreditinstituten	130.000
1. Firma, Good Will	200.000	II. Verb. aus LuL	100.000
2. Patente	15.000	III. Sonstige Verb.	50.000
II. Grundvermögen	80.000		
III. Bewegliche Sachanlagen		IV. ggü. Gesellschaftern (ohne Rangrücktrittserklärung) Gesellschafter X (Darlehen)	10.000
1. Betriebs- und Geschäftsausstattung	30.000		
2. Maschinen	40.000		
C. Umlaufvermögen		C. Unterdeckung	-15.000
I. Vorräte	35.000		
II. Forderungen und sonstige Vermögensgegenstände	20.000		
III. Liquide Mittel			
1. Kassen	15.000		
2. Bankguthaben	50.000		
Summe Aktiva	505.000	Summe Passiva	505.000

Abb. 4: Überschuldungsstatus zur Aufzeigung einer Überschuldung

Quelle: Eigene Darstellung nach Muster bei Schröder, in: HambKommInsO, § 19 InsO Rn. 56.

Wenn die Summe der Passiva die Summe der Aktiva übersteigt, liegt eine rechnerische Überschuldung vor. Im vorliegenden Beispiel übersteigen die Passiva die Aktiva um 15.000 €, sodass eine rechnerische Überschuldung gegeben ist. Entscheidender Fokus muss also auf dem Posten der Über-/Unterdeckung unter Gliederungspunkt C. auf der Passivseite liegen.

bb) Rechtliche Überschuldung

Nur die rechtliche Überschuldung vermag die Insolvenz tatsächlich auszulösen, da nur sie dem Schuldner die Pflicht zur Stellung des Insolvenzantrags gem. § 15a InsO auferlegt.³⁴⁴ Die rechtliche Überschuldung ist erst dann gegeben, wenn zusätzlich zu einer rechnerischen Überschuldung eine negative Fortführungsprognose besteht. Daher ist unter Geltung des modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriffs letztlich das prognostische Element der Fortführungsprognose stark in den Vordergrund gerückt, da die positive Fortführungsprognose nicht nur zu einer Bewertung der Vermögenswerte zu going-concern-Werten innerhalb der Überschuldungsbilanz wie unter Geltung des vormaligen Überschuldungsbegriffs führt, sondern die Überschuldung insgesamt ausschließt.

cc) Fortführungsprognose

Ebenso wie die Überschuldungsbilanz nicht mit der Handelsbilanz gleichzusetzen ist, unterscheidet sich die insolvenzrechtliche Fortführungsprognose nach § 19 Abs. 2 InsO von der handelsrechtlichen Fortführungsprognose nach § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB. Die insolvenzrechtliche Fortführungsprognose beurteilt die zukünftige Zahlungsfähigkeit des Unternehmens und stellt somit die Liquidität in den Vordergrund der Untersuchung, wohingegen die handelsrechtliche Fortführungsprognose für eine Bilanzierung nach going-concern-Werten zusätzlich eine Reinvermögensvorschau als Ertragskomponente erfordert.³⁴⁵ Im Rahmen

³⁴⁴ Uhlenbruck, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.111; Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 19 Rn. 11, 22.

³⁴⁵ Groß/Amen, DB 2005, 1861, 1866; Frystatzki, NZI 2011, 173, 174; Wolf, DStR 2009, 2682, 2683.

der insolvenzrechtlichen Fortführungsprognose muss grundsätzlich geprüft werden, ob eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Fortführung des Unternehmens besteht.³⁴⁶ „Überwiegend wahrscheinlich“ erfordert in dem Zusammenhang eine Wahrscheinlichkeit von mehr als 50%.³⁴⁷ Während die insolvenzrechtliche Fortführungsprognose für ihre positive Bescheinigung eine überwiegende Wahrscheinlichkeit von mehr als 50% erfordert, ist ein Abweichen von der handelsrechtlichen Fortführungsprognose nur dann erforderlich, wenn tatsächliche Anhaltspunkte ersichtlich sind, die der Fortführung entgegenstehen.³⁴⁸ Neben dem exekutorischen Element der rechnerischen Überschuldung bildet die Fortführungsprognose das prognostische Element in der Überschuldungsprüfung und untersucht die Lebensfähigkeit des Unternehmens.³⁴⁹ Die Lebensfähigkeit des Unternehmens bzw. die Fortführungsprognose ist dann zu bejahen, wenn „die Finanzkraft der Gesellschaft nach überwiegender Wahrscheinlichkeit mittelfristig zur Fortführung des Unternehmens ausreicht“.³⁵⁰ Präziser formuliert bedeutet dies, dass die Gesellschaft zukünftig über derart ausreichende Liquidität verfügen wird, um die jeweils fälligen Verbindlichkeiten begleichen zu können.³⁵¹ Die Fortführungsprognose erfordert damit zunächst die Aufstellung eines aussagekräftigen Unternehmenskonzepts.³⁵² Auf der Grundlage dieses Konzepts ist ein Finanz- und Ertragsplan zu

³⁴⁶ BGH NZI 2005, 284, 286.

³⁴⁷ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 64 Rn. 47; Schröder, in: HambKommInsO, § 19 Rn. 13; Hk-GmbHG/Kolmann, Vor § 64 Rn. 38; Sikora, ZInsO 2010, 1761, 1766; Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 19 Rn. 51.

³⁴⁸ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 64 Rn. 44a; Weller, DStR 2010, 1046, 1047; a.A. Ehlers, NZI 2011, 161, 162, der keinen ersichtlichen Grund für die unterschiedliche Behandlung von § 19 Abs. 2 InsO und § 252 Abs. 2 Nr. 1 HGB sieht.

³⁴⁹ Uhlenbruck/Gundlach, in: Gottwald, Insolvenzsrechts-Handbuch, § 6 Rn. 30; Drukarczyk/Schüler, in: MüKoInsO, § 19 Rn. 52; Uhlenbruck, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.114.

³⁵⁰ BGHZ 119, 201, 214; Uhlenbruck/Gundlach, in: Gottwald, Insolvenzsrechts-Handbuch, § 6 Rn. 41.

³⁵¹ OLG Schleswig NZI 2010, 492, 493; Arnold, in: Henssler/Strohn, GesR, § 19 InsO Rn. 6.

³⁵² Schröder, in: HambKommInsO, § 19 Rn. 15; Arnold, in: Henssler/Strohn, GesR, § 19 InsO Rn. 6; Uhlenbruck, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.123.

erstellen, aus dessen Ergebnis die Fortführungsprognose abzuleiten ist.³⁵³ Zu berücksichtigen ist hierbei, dass eine positive Fortführungsprognose für das Unternehmen neben den objektiv messbaren Daten des Finanzplans in subjektiver Hinsicht den Fortführungswillen des Schuldners bzw. der Gesellschaftsorgane erfordert.³⁵⁴ Wenn also der Geschäftsführer einer insolvenzbedrohten GmbH nicht den Willen hat, die Gesellschaft fortzuführen, und die Gesellschafterversammlung diese Ansicht teilt, ist die Überlebensfähigkeit der Gesellschaft schon aus der Natur der Sache nicht mehr gegeben. Hinsichtlich des Prognosezeitraums hat der Gesetzgeber keine Regelung getroffen, es ist jedoch nach überwiegender Auffassung das laufende und das folgende Geschäftsjahr als tauglicher Zeitraum anzusetzen, da für diesen Zeitraum eine betriebswirtschaftlich mögliche Planungsrechnung durchgeführt werden kann.³⁵⁵ Ebenso wie bei der Prüfung geeigneter Sanierungsmaßnahmen steht dem Geschäftsführer auch bei der Erstellung der Fortführungsprognose ein Beurteilungsspielraum zu.³⁵⁶

(1) Zahlungsfähigkeitsprognose

Ausweislich des Gesetzeswortlauts des § 19 Abs. 2 InsO muss für eine Ablehnung der Überschuldung die überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Fortführung des Unternehmens bestehen. Entscheidend für eine positive Fortführungsprognose ist daher in erster Linie die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft, so dass die Zahlungsfähigkeitsprognose das Kernelement der Fortführungsprog-

³⁵³ BGH NZI 2007, 44; *Arnold*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 19 InsO Rn. 6; *Uhlenbruck*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.123; *Uhlenbruck/Gundlach*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 6 Rn. 41.

³⁵⁴ BGH NZG 2010, 1393, 1394; *Aleth/Harlfinger*, NZI 2011, 166, 168; *Bitter/Kresser*, ZIP 2012, 1733, 1735; *Arnold*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 19 InsO Rn. 6.

³⁵⁵ *Aleth/Harlfinger*, NZI 2011, 166, 169; *Ampferl*, in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz, § 2 Rn. 112; Fachausschuss Recht des IDW, WPg 1997, 22, 24; *Schröder*, in: Hamb-KommInsO, § 19 Rn. 18; *Arnold*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 19 InsO Rn. 6; Hk-GmbHG/*Kolmann*, Vor § 64 Rn. 39; *Sikora*, ZInsO 2010, 1761, 1765; *Uhlenbruck*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.126; *Uhlenbruck/Gundlach*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 6 Rn. 41; *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 19 Rn. 50.

³⁵⁶ BGHZ 126, 181, 199; OLG Schleswig NZI 2010, 492, 493; OLG Naumburg NZG 2001, 136, 137; für einen beschränkten Beurteilungsspielraum *Baumbach/Hueck/Haas*, GmbHG, § 64 Rn. 47 sowie *Hk-GmbHG/Kolmann*, Vor § 64 Rn. 38.

nose bildet.³⁵⁷ Wenn die Gesellschaft nicht in der Lage sein wird, ihre Verbindlichkeiten zukünftig zu begleichen, kann ihr die Prognose der Unternehmensfortführung nicht positiv bescheinigt werden. Die objektive Überlebensfähigkeit des Unternehmens scheitert dann an der fehlenden Liquidität der Gesellschaft.³⁵⁸

(2) Erfordernis einer Ertragsfähigkeitsprognose

Umstritten ist, ob neben der Erstellung einer Zahlungsfähigkeitsprognose für eine positive Fortführungsprognose auch die zukünftige Ertragsfähigkeit der Gesellschaft zu untersuchen ist. Unter Ertragsfähigkeit ist im insolvenzrechtlichen Kontext zu verstehen, dass ein Unternehmen fortgeführt werden kann, ohne dass Verluste entstehen; dabei ist erforderlich, dass aus den erwirtschafteten Erträgen zumindest die Verbindlichkeiten und Kosten des laufenden Betriebs gedeckt werden können.³⁵⁹ Im betriebswirtschaftlichen Sinne ist für die Ertragsfähigkeit eine risikoadäquate Eigenkapitalverzinsung erforderlich.³⁶⁰

(a) Argumente pro Erforderlichkeit einer Ertragsfähigkeitsprognose

Als Argument für das zusätzliche Erfordernis einer Ertragsfähigkeitsprognose wird vorgebracht, dass sich eine positive Fortführungsprognose nur bescheinigen lässt, wenn die insolvenzbedrohte Gesellschaft über einen mittelfristigen Zeitraum Einnahmen-Überschüsse generieren wird zur Begleichung aktueller und zukünftiger Verbindlichkeiten.³⁶¹ Hierfür spräche neben der Rechtsprechung des BGH, die für eine positive Fortführungsprognose Erfolge im operativen Geschäftsbetrieb erfordert,³⁶² auch die Begründung des Gesetzgebers zum FMStG, in welcher darauf verwiesen wird, dass es entscheidend sei, ob das insolvenzbe-

³⁵⁷ BGHZ 119, 201, 214; *Aleth/Harlfinger*, NZI 2011, 166, 168; *Baumbach/Hueck/Haas*, GmbHG, § 64 Rn. 44a; *Drukarczyk/Schüler*, in: MüKoInsO, § 19 Rn. 76.

³⁵⁸ *Bitter/Kresser*, ZIP 2012, 1733, 1736.

³⁵⁹ *BMJ*, Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, S. 112; *Frystatzki*, NZI 2011, 173, 174; *Bitter/Kresser*, ZIP 2012, 1733, 1736.

³⁶⁰ *Baumbach/Hueck/Haas*, GmbHG, § 64 Rn. 46a; *Frystatzki*, NZI 2011, 173.

³⁶¹ AG Hamburg ZIP 2012, 1776, 1777; *Ehlers*, NZI 2011, 161, 162.

³⁶² BGHZ 119, 201, 215.

drohte Unternehmen den „turnaround“ schaffen und weiterhin „erfolgreich am Markt operieren“ wird.³⁶³ Aufgrund der Tatsache, dass das FMStG in Zeiten der Finanzkrise verhindern wollte, dass durch krisenbedingte plötzliche Wertverluste zahlreiche Unternehmen in Not gerieten und nach dem damals geltenden Überschuldungsbegriff zur Insolvenzantragstellung verpflichtet gewesen wären, obwohl deren operatives Geschäft Erfolge verzeichnete, würde auch erkennbar, dass Unternehmen, die keine Aussicht auf eine erfolgreiche Sanierung hatten, gerade nicht am Markt gehalten werden sollten, sondern ihrer Pflicht zur Insolvenzantragstellung nachkommen mussten. Letztlich sei die Ertragsfähigkeitsprognose ein gleichwertiges Element neben der Zahlungsfähigkeitsprognose innerhalb der Fortführungsprognose, da eine ertragslose Gesellschaft wirtschaftlich nicht überlebensfähig sei.³⁶⁴ Um die Überlebensfähigkeit der Gesellschaft bejahen zu können, müsse zusätzlich zur Zahlungsfähigkeit die Ertrags- und Wettbewerbsfähigkeit vorliegen, sodass die bloße Generierung von Liquidität aus neuen Quellen allein nicht genügend sei.³⁶⁵ Auch bestünde ein Zielkonflikt mit der drohenden Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO, weil bei dieser der Prognosezeitraum bis zur Fälligkeit aller bestehenden Verbindlichkeiten reiche, die Fortführungsprognose bei § 19 Abs. 2 InsO jedoch nur das laufende und darauffolgende Geschäftsjahr im Blickfeld habe.³⁶⁶

(b) Argumente contra Erforderlichkeit einer Ertragsfähigkeitsprognose

Die h.M. stellt allein die Zahlungsfähigkeitsprognose in den Mittelpunkt der Fortbestehensprognose.³⁶⁷ Hierfür wird u.a. angeführt, dass es aus Sicht des

³⁶³ Begr. RegE-FMStG, BT-Drs. 16/10600, S. 13; *Wolf*, DStR 2009, 2682, 2684.

³⁶⁴ *Wolf*, DStR 2009, 2682, 2683.

³⁶⁵ *Ehlers*, NZI 2011, 161, 162.

³⁶⁶ *Wolf*, DStR 2009, 2682, 2683.

³⁶⁷ OLG Köln ZIP 2009, 808, 809 f.; *Aleth/Harlfinger*, NZI 2011, 166, 168; *Baumbach/Hueck/Haas*, GmbHG, § 64 Rn. 46a; *Bitter/Kresser*, ZIP 2012, 1733, 1736; *Frystatzki*, NZI 2011, 173, 179; *Möhlmann-Mahlau/Schmitt*, NZI 2009, 19, 22; *Drukarczyk/Schüler*, in: MüKoInsO, § 19 Rn. 76; *Nerlich/Römermann/Mönning*, InsO, § 19 Rn. 19 f.; *Uhlenbruck*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.123 f.; *Scholz/K. Schmidt/Bitter*, GmbHG, Vor § 64 Rn. 28; *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 19 Rn. 45.

Gläubigerschutzes irrelevant sei, ob die Verbindlichkeiten aus erwirtschafteten Erträgen oder durch Mittel der Außenfinanzierung beglichen werden könnten.³⁶⁸ Unter Innenfinanzierung ist die (Eigen-) Finanzierung des Unternehmens zu verstehen, die durch Bindung von Mitteln im Unternehmen und durch Thesaurierung von ausschüttungsfähigem Überschuss erzielt wird, wohingegen Außenfinanzierung durch unternehmensexterne Finanzquellen betrieben wird, die (neues) Eigen- oder Fremdkapital zur Verfügung stellen.³⁶⁹ Ein beträchtlicher Teil der Unternehmen des deutschen Mittelstands verfüge des Weiteren nur über einen geringen Eigenkapitalanteil, sodass im Fall einer negativen Fortführungsprognose die Bilanzierung zu Liquidationswerten die Passivseite des Überschuldungsstatus stark belasten würde und die Überschuldung letztlich fast immer die Folge sei.³⁷⁰ Folglich muss ein Ausgleich gefunden werden zwischen dem hoch anzusetzenden Gläubigerschutz einerseits und dem Interesse der tatsächlich lebensfähigen Gesellschaft andererseits. Eine zusätzliche Ertragsfähigkeitsprognose könnte tatsächlich noch lebensfähige Unternehmen u.U. in die Insolvenz treiben,³⁷¹ sodass als Hauptkriterium der Fortführungsprognose die Zahlungsfähigkeitsprognose anzusehen sei. Auch sei der Verweis der Gegenansicht auf die Gesetzesbegründung zum FMStG gerade nicht zielführend, da der Gesetzgeber die Begriffe „Turnaround“ und „Fortführungsprognose“ nebeneinander verwende und damit nicht eindeutig darauf abstelle, dass für den Turnaround die Ertragsfähigkeit des Unternehmens in die Fortführungsprognose mit aufzunehmen sei.³⁷² Auch lasse sich das Erfordernis einer selbständigen Ertragsfähigkeitsprognose nicht auf die Rechtsprechung des BGH in seiner „Dornier“-Entscheidung³⁷³ stützen, da sich aus dieser Entscheidung keine Gleichstellung der „Finanzkraft“ mit „Ertragskraft“ herleiten lasse.³⁷⁴

³⁶⁸ Bitter/Kresser, ZIP 2012, 1733, 1740; Frystatzki, NZI 2011, 173, 177; Schröder, in: HambKommInsO, § 19 Rn. 16a.

³⁶⁹ Aleth/Harlfinger, NZI 2011, 166, 169.

³⁷⁰ Frystatzki, NZI 2011, 173, 178.

³⁷¹ Aleth/Harlfinger, NZI 2011, 166, 168.

³⁷² Bitter/Kresser, ZIP 2012, 1733, 1737.

³⁷³ BGHZ 119, 201.

³⁷⁴ Bitter/Kresser, ZIP 2012, 1733, 1738.

(c) Stellungnahme

Um zu einer hinreichenden Beurteilung der widerstreitenden Interessen zu gelangen, ist auf den Sinn und Zweck der Insolvenzantragspflicht abzustellen. Der Grundgedanke des Insolvenzrechts ist der Gläubigerschutz. Bei der Aufstellung der Fortführungsprognose eines in die Krise geratenen Unternehmens ist daher immer zu überlegen, ob eine Verneinung der Fortführungsmöglichkeit und die damit verbundene Pflicht zur Insolvenzantragstellung den Gläubigern eher nützt als schadet. Ob die Gläubigerbefriedigung dabei aus einer Innen- oder Außenfinanzierung erreicht wird, ist aus Gläubigersicht irrelevant. Solange nämlich die Gläubigerbefriedigung mittels ausreichender Liquidität sichergestellt werden kann,³⁷⁵ ist die Finanzierungsquelle nur von nachrangigem Interesse und das betreffende Unternehmen muss nicht in ein staatlich geordnetes Insolvenzverfahren gedrängt werden. Die Ertragskraft eines Unternehmens kann daher nicht als Selbstzweck eingeordnet werden, sondern dient als ein Element bei der Ermittlung der Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft. Nachvollziehbar erscheint jedoch, eine Modifikation dergestalt vorzunehmen, dass die Zahlungsfähigkeit nachhaltig sein muss.³⁷⁶ Insofern können „*liquiditätsgenerierende Sondermaßnahmen*“, wie beispielsweise die Veräußerung betriebsnotwendigen Anlagevermögens, zwar kurzfristig die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft erhalten, werden aber letztlich im Rahmen der wertenden Gesamtbetrachtung dazu führen, dass die Fortführungsprognose negativ ausfällt, wenn das Unternehmen nicht auf andere Weise am Leben erhalten werden kann.³⁷⁷ Diejenigen Sonderfälle, in denen absehbar ist, dass die gegenwärtig vorhandenen Vermögenswerte in Zukunft aufgezehrt sein werden, ohne dass dem zu-

³⁷⁵ K. Schmidt, ZIP 2013, 485, 491, der klarstellt, dass sich das Interesse der Gläubiger nur auf ihre Befriedigung erstrecken kann, aber nicht notwendigerweise auf den Erhalt des Unternehmens.

³⁷⁶ So Sikora, ZInsO 2010, 1761, 1764, wobei die von ihm vorgeschlagene mehrstufige Zahlungsfähigkeitsprognose aufgrund der auf den Finanzplan gestützten wertenden Gesamtbetrachtung nicht erforderlich erscheint, Frystatzki, NZI 2011, 173, 178.

³⁷⁷ Frystatzki, NZI 2011, 173, 178 f.; ähnlich auch Bitter/Kresser, ZIP 2012, 1733, 1741, die zutreffend betonen, dass eine positive Fortführungsprognose nicht dadurch erreicht werden darf, dass durch betriebsaufzehrende Maßnahmen Liquidität generiert wird.

künftig ein ebenbürtiger Ertrag gegenüberstünde,³⁷⁸ erfordern indes frühzeitig die Einleitung eines Insolvenzverfahrens, da der Gläubigerschutz in dieser Konstellation für die Zukunft vorhersehbar nicht mehr gewährleistet ist. Anders zu beurteilen sind demgegenüber jedoch Sanierungsfälle sowie Unternehmensgründungen, bei denen in der Anfangszeit kaum Erträge erwirtschaftet werden, die jedoch Zukunftspotential aufweisen. Eingeleitete Sanierungsmaßnahmen erfordern häufig einen längeren Zeitraum, um den angestrebten Erfolg zu erreichen, sodass es gerade dem Sanierungsgedanken entgegenlaufen würde, wenn die Sanierungsfähigkeit an der Ertragsfähigkeit des Unternehmens im Sinne einer Erwirtschaftung von Jahresüberschüssen in der nächsten Zeit gemessen würde.³⁷⁹ Ein Zielkonflikt mit der drohenden Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO erscheint aus dem Grund fernliegend, da die Insolvenzantragspflicht nur bei Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 InsO oder bei Überschuldung gem. § 19 InsO entsteht, nicht aber bei drohender Zahlungsunfähigkeit, da diese nur dem Schuldner ein Antragsrecht eröffnet.³⁸⁰ Eine selbständige Ertragsfähigkeitsprognose aufzustellen erscheint folglich nicht im Interesse der tatsächlich lebensfähigen Unternehmen, da hierdurch sehr hohe Anforderungen an die Erstellung der Fortführungsprognose gestellt würden,³⁸¹ sodass die Fortführungsprognose sich vorwiegend auf die Zahlungsfähigkeitsprognose konzentrieren muss. Letztlich ist zwischen der Finanzkraft und der Ertragskraft eines Unternehmens auch gar nicht strikt zu trennen, sondern vielmehr besteht zwischen den beiden Elementen eine Verbindung dahingehend, dass sich die Ertragskraft anhand einer Cash-Flow-Analyse bestimmen lässt.³⁸² Eine hinreichende Prüfung der Fortführungsfähigkeit umfasst daher sowohl die Finanz- als auch die Ertragsebene,³⁸³ sodass die Frage nach der Differenzierung zwischen Zahlungs-

³⁷⁸ So lag der Fall des AG Hamburg, in dem das Gericht per Beschluss v. 02.12.2011 feststellte, dass die Ertragsfähigkeit als wesentliche Voraussetzung der Fortführungsprognose anzusetzen sei, ZIP 2012, 1776, 1777.

³⁷⁹ Bitter/Kresser, ZIP 2012, 1733, 1742.

³⁸⁰ So zutreffend *Frystatzki*, NZI 2011, 173, 178.

³⁸¹ Böcker/Poertzgen, GmbHR 2013, 17, 21; Göb, NZI 2013, 243, 246.

³⁸² Uhlenbruck, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.123; Weller, DStR 2010, 1046, 1048.

³⁸³ Möhlmann-Mahlau/Schmitt, NZI 2009, 19, 22.

und/oder Ertragsfähigkeitsprognose aus dogmatischer Sicht eine größere Bedeutung erlangen dürfte als in der praktischen Anwendung.

b) Sinn und Zweck der Vorschrift

Die Teleologie des § 19 InsO besteht darin, den Organen einer Gesellschaft bestimmte Handlungspflichten aufzuerlegen, um Schäden für die Gläubiger zu verhindern, da ein Unternehmen in Form einer juristischen Person nur beschränkt haftbar gemacht werden kann.³⁸⁴ Der Überschuldungstatbestand dient dem präventiven Gläubigerschutz, sodass sich die Aufstellung der Überschuldungsbilanz als Mittel zur Feststellung des Schuldendeckungspotenzials der Gesellschaft klassifizieren lässt.³⁸⁵ In der Praxis liegen die Voraussetzungen der Überschuldung häufig schon vor dem Zeitpunkt der Antragstellung vor, sodass die Überschuldung in erster Linie eine Selbstprüfungspflicht für die Geschäftsführer konstituiert.³⁸⁶ Dadurch soll ein Schutz für den Wirtschaftsverkehr erreicht werden, da ein überschuldetes Unternehmen das unternehmerische Risiko auf seine Geschäftspartner verlagert und die vollständige Gläubigerbefriedigung gefährdet ist. Auch ist zu berücksichtigen, dass in einer Vielzahl von Fällen, in denen der Insolvenzantrag wegen Zahlungsunfähigkeit gestellt wird, in aller Regel auch bereits eine Überschuldung vorliegt, da die Überschuldung der Zahlungsunfähigkeit zeitlich vorangeht.³⁸⁷

4. Würdigung der gesetzlichen Regelung

Der Tatbestand der Überschuldung nach § 19 InsO hat seit langem viel Diskussionsstoff geboten und so wurde in der Literatur diskutiert, ob ein Fortbestehen der ursprünglich auf den 31.12.2013 befristeten Regelung über den 01.01.2014 hinaus sinnvoll sei. Neben dieser Option hätte der Gesetzgeber auch eine Rückkehr zur alten Fassung des § 19 Abs. 2 InsO anstreben können. Des Wei-

³⁸⁴ *Drukarczyk/Schüler*, in: MüKoInsO, § 19 Rn. 1.

³⁸⁵ *Frystatzki*, NZI 2011, 521, den präventiven Gläubigerschutz auf zwei verschiedene Stufen aufteilend *K. Schmidt*, ZIP 2013, 485, 489.

³⁸⁶ *K. Schmidt*, ZIP 2013, 485, 490; *Uhlenbruck*, in: *K. Schmidt/Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.110; *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 19 Rn. 4.

³⁸⁷ *Möhlmann-Mahlau/Schmitt*, NZI 2009, 19, 23.

teren wurde vorgeschlagen, den Überschuldungstatbestand sinnvollerweise abzuschaffen, da der Gläubigerschutz dadurch nicht beeinträchtigt werde und der Tatbestand der Überschuldung letztlich im Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO aufgehen würde, sodass es vielmehr überlegenswert sei, für die drohende Zahlungsunfähigkeit eine Antragspflicht des Schuldners, jedoch kein Antragsrecht für die Gläubiger einzuführen, um zu verhindern, dass Gläubiger den Schuldner immens unter Druck setzen und eine außergerichtliche Sanierung massiv erschweren können.³⁸⁸ Verschiedenste Überlegungen zur Zukunft des Überschuldungsbegriffs sind mittlerweile jedoch vorerst hinfällig geworden, da der Gesetzgeber durch Art. 18 des Gesetzes zur Einführung einer Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess und zur Änderung anderer Vorschriften vom 05.12.2012³⁸⁹ die zeitliche Befristung des Überschuldungstatbestands auf den 31.12.2013 aufgehoben hat, sodass der modifiziert zweistufige Überschuldungsbegriff unbefristete Geltung erlangt hat. Die Entfristung des durch das FMStG wieder eingeführten Überschuldungsbegriffes hat nicht nur in der Praxis, sondern auch in der Literatur Zustimmung gefunden.³⁹⁰ Die befragten Experten waren überwiegend der Ansicht, dass die durch die Finanzkrise verursachten Marktunsicherheiten noch immer vorhanden sind und dass es sinnvoll sei, den derzeit geltenden Überschuldungsbegriff beizubehalten.³⁹¹ Darüber hinaus würde eine Rückkehr zu § 19 Abs. 2 InsO a.F. nicht nur die Sanierungschancen insbesondere von Großunternehmen erschweren, sondern es habe sich überdies in der Praxis die geringe tatsächliche Bedeutung des Überschuldungsbegriffs gezeigt, da kaum Insolvenzanträge wegen

³⁸⁸ *Frystatzki*, NZI 2011, 521, 526; für eine Abschaffung des Überschuldungstatbestands auch *Möhlmann-Mahlau/Schmitt*, NZI 2009, 19, 24.

³⁸⁹ BGBl. I 2012 S. 2418.

³⁹⁰ *Aleth/Harlfinger*, NZI 2011, 166, 167; *K. Schmidt*, ZIP 2013, 485, 487; eine Zusammenfassung der Ergebnisse der vom Zentrum für Insolvenz und Sanierung (ZIS) der Universität Mannheim und vom Institut Hommerich Forschung (IHF) durchgeführten Expertenbefragung zur Zukunft des Überschuldungsbegriffs im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz aus dem Frühjahr 2012, in deren Rahmen Insolvenzverwalter, Rechtsanwälte, Mitarbeiter von Kreditinstituten, Unternehmensberater und Wirtschaftsprüfer befragt wurden, ist von *Bitter/Hommerich/Reiß*, ZIP 2012, 1201 ff. erstellt worden.

³⁹¹ *Bitter/Hommerich/Reiß*, ZIP 2012, 1201, 1205.

Überschuldung gestellt würden.³⁹² Die geringe Praxistauglichkeit des Überschuldungstatbestands zeige sich v.a. daran, dass gerade bei Kleinunternehmen eine mangelnde Rechtskenntnis sowie fehlende Mittel für eine qualifizierte Beratung dazu führten, dass der Auftrag des Gesetzgebers, eine Überschuldungsbilanz aufzustellen, kaum befolgt wurde, was eine erhöhte Gefahr der Insolvenzverschleppung nach sich zieht.³⁹³ Wenn letztlich bei Kleinunternehmen z.T. gar keine Kenntnis davon besteht, dass eine eingetretene Überschuldung die Insolvenzantragspflicht auslöst, und des Weiteren der alte zweistufige Überschuldungsbegriff zu einer Behinderung von Sanierungsbestrebungen großer Unternehmen führt, spricht vieles für eine Beibehaltung des derzeit geltenden modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriffs.³⁹⁴ Die Abschaffung des Überschuldungstatbestands mit einer weitergehenden Änderung des Insolvenzrechts wäre eine weitere denkbare Alternative gewesen,³⁹⁵ gerade wenn die Überschuldung im Hinblick auf die gestellten Insolvenzanträge nur eine untergeordnete Rolle spielt. Jedoch erscheint es sinnvoller, den modifiziert zweistufigen Überschuldungsbegriff beizubehalten, da schon in Zeiten der Finanzkrise die volkswirtschaftlichen Vorteile die Nachteile überwogen. Gerade auch unter dem Gesichtspunkt des präventiven Gläubigerschutzes als eines der wichtigsten Ziele der Insolvenzordnung erscheint eine Abschaffung des Überschuldungsbegriffs nicht zweckmäßig, da die Überschuldungsprüfung gerade die Frage beantworten soll, ob das Unternehmen die Voraussetzungen rechtmäßiger Fortführung erfüllt.³⁹⁶ Daher muss nicht die Abschaffung des Überschuldungstatbestands, sondern vielmehr die Verbesserung der Information der Geschäftsführer im Fokus der Betrachtung stehen. Die Pflicht eines Geschäftsführers, sich fortlaufend über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft zu informieren, könnte weitergehend konkretisiert werden, beispielsweise durch einen zu erbringenden Nachweis, dass die für diese Information erforderlichen Rechtskenntnisse er-

³⁹² *Bitter/Hommerich/Reiß*, ZIP 2012, 1201, 1209.

³⁹³ Nach Ansicht der Experten haben nur etwa 22% der betroffenen Unternehmen einen Überschuldungsstatus aufgestellt, *Bitter/Hommerich/Reiß*, ZIP 2012, 1201, 1203, 1206.

³⁹⁴ *Bitter/Hommerich/Reiß*, ZIP 2012, 1201, 1208.

³⁹⁵ Für eine Abschaffung sprachen sich u.a. *Frystatzki*, NZI 2011, 521, 526 sowie *Möhlmann-Mahlau/Schmitt*, NZI 2009, 19, 24 aus.

³⁹⁶ *K. Schmidt*, ZIP 2013, 485, 489.

worben worden sind. Nur wenn der Geschäftsführer weiß, wodurch die Insolvenzantragspflicht ausgelöst wird, wird er einen qualifizierten Berater mit der Prüfung der Insolvenzreife beauftragen, um damit seiner Pflicht zur rechtzeitigen Insolvenzantragstellung nachzukommen. Relevant wird die nötige Rechtskenntnis insbesondere hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast im Haftungsprozess, wenn der Geschäftsführer gegenüber dem klagenden Insolvenzverwalter darlegen und beweisen muss, dass im fraglichen Zeitpunkt eine positive Fortführungsprognose bestand, damit keine Überschuldung vorlag und somit der Geschäftsführer den Insolvenzantrag nicht verspätet gestellt hat.³⁹⁷

C. Pflicht zur rechtzeitigen Insolvenzantragstellung

Der Geschäftsführer der GmbH ist gem. § 15a Abs. 1 S. 1 InsO verpflichtet, bei Eintritt eines der Insolvenzeröffnungsgründe ohne schuldhaftes Zögern, jedoch spätestens mit Ablauf der Drei-Wochen-Frist, einen Eröffnungsantrag zu stellen. Aus dem Gesetzeswortlaut des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO „ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung“ ergibt sich der maximale Zeitraum für die Entscheidungsfindung. Daneben lässt sich aus dem Wortlaut die Pflicht des Geschäftsführers erkennen, den Insolvenzantrag rechtzeitig zu stellen.³⁹⁸ Im Rahmen der Untersuchung dieser Pflicht wird das Spannungsfeld zwischen Sanierung und Insolvenzantragstellung erkennbar. Dieses zeigt sich am deutlichsten im Rahmen der Bestimmung der Rechtzeitigkeit der Insolvenzantragstellung. Es liegt in der Verantwortung des Geschäftsführers, die Erfolgsaussichten verschiedener Sanierungsmöglichkeiten zu prüfen und abzuwägen, ob innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO eine erfolgreiche Sanierung durchgeführt werden kann. Wenn dies nicht gelingt, muss der Insolvenzantrag gestellt werden, sodass in diesem Spannungsverhältnis eine Balance zwischen einer

³⁹⁷ *Sikora*, ZInsO 2010, 1761, 1774; zur Information über die wirtschaftliche Lage siehe bereits u.a. die Ausführungen unter 2. Teil § 4 B. II. 2; zur Beweislast siehe nachfolgend 3. Teil § 10.

³⁹⁸ *Bellen/Stehl*, BB 2010, 2579; *Uhlenbruck/Gundlach*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 7 Rn. 5.

Ausschöpfung der möglichen Sanierungsoptionen und einer Verzögerung der Insolvenzantragstellung gefunden werden muss.

I. Zuständigkeit des Geschäftsführers

Grundsätzlich fällt die Zuständigkeit für die Stellung des Insolvenzantrags nach § 15a Abs. 1 S. 1 InsO in den Kompetenzbereich des GmbH-Geschäftsführers. Für den Fall, dass mehrere Geschäftsführer bestellt sind, trifft die Insolvenzantragspflicht jedes einzelne der Organmitglieder, unabhängig von ihrer Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis.³⁹⁹ Ist die GmbH führungslos, trifft die Antragspflicht gem. § 15a Abs. 3 InsO auch jeden Gesellschafter. Davon zu unterscheiden ist die Situation der faktischen Geschäftsführung.⁴⁰⁰ Falls neben den wirksam bestellten Geschäftsführern auch ein faktischer Geschäftsführer existiert und dieser die Leitung der Gesellschaft zu einem gewissen Teil übernommen hat, ist auch dieser in seiner Rolle als faktisches Organ nach § 15a Abs. 1 S. 1 InsO analog zur Stellung des Insolvenzantrags verpflichtet.⁴⁰¹ Da der Schwerpunkt dieser Arbeit weder auf der Problematik der faktischen Geschäftsführung noch auf der Führungslosigkeit der Gesellschaft liegt, wird im Folgenden die Grundkonstellation der Antragspflicht des wirksam bestellten GmbH-Geschäftsführers zugrunde gelegt. Weitere Ausführungen zu anderen Konstellationen möglicher Antragsverpflichteter können somit an dieser Stelle unterbleiben. Vielmehr soll der Fokus nachfolgend auf die Untersuchung der Bestimmung der Rechtzeitigkeit der Insolvenzantragstellung gerichtet sein, um feststellen zu können, inwiefern eine Abgrenzung zwischen einer möglicherweise verfrühten, einer rechtzeitigen und einer verspäteten Antragstellung vorgenommen werden kann.

³⁹⁹ Uhlenbruck/Gundlach, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 7 Rn. 7; Klöhn, in: MüKoInsO, § 15a Rn. 70; Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 15a Rn. 7; Bellen/Stehl, BB 2010, 2579.

⁴⁰⁰ Siehe zur Antragsberechtigung des faktischen Geschäftsführers bereits die Ausführungen unter 1. Teil § 2 D. I. 2. b).

⁴⁰¹ Klöhn, in: MüKoInsO, § 15a Rn. 75.

II. Begriffsbestimmung der Rechtzeitigkeit

Nach der eindeutigen gesetzlichen Regelung des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO muss der Insolvenzantrag spätestens drei Wochen nach Eintritt eines der Insolvenzeröffnungsgründe Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung gestellt werden. Hierbei ergibt sich weniger die Problematik einer unsicheren Rechtslage als vielmehr die Problematik einer unsicheren Tatsachenlage.⁴⁰² Der Gesetzeswortlaut stellt ein klares Handlungsprogramm auf, schwieriger gestaltet sich hingegen die genaue Erkenntnis, wann einer der Insolvenzeröffnungsgründe tatsächlich eingetreten ist. Aufgrund der fließenden Zahlungsströme im Wirtschaftsverkehr verlangt die genaue Feststellung des Eintritts eines der Insolvenzeröffnungsgründe eine präzise betriebswirtschaftliche Analyse der finanziellen Situation der Gesellschaft. Um zu ermitteln, wann der genaue Zeitpunkt der Rechtzeitigkeit der Insolvenzantragstellung vorliegt, muss der Geschäftsführer eine genaue Feinabgrenzung im Abwägungsprozess vornehmen, ob es Sanierungsmaßnahmen gibt, die geeignet sind, die bereits eingetretenen Insolvenzeröffnungsgründe innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO nachhaltig zu beseitigen.⁴⁰³ Für die Nachhaltigkeit ist die wenigstens vorübergehende Beseitigung der Insolvenzreife zu verlangen.

1. Verbot der Insolvenzverschleppung

Aus dem eindeutigen Gesetzeswortlaut des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO ergibt sich im Wege eines *argumentum e contrario* das Verbot der Insolvenzverschleppung. Wenn spätestens mit Ablauf von drei Wochen nach Eintritt eines der Insolvenzeröffnungsgründe der Insolvenzantrag gestellt werden muss, bedeutet dies in Form einer Negativaussage, dass die eingetretene Insolvenz nicht verschleppt werden darf, also der Insolvenzantrag nicht länger als maximal drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung hinausge-

⁴⁰² Zu der Entscheidungsfindung bei unsicherer Rechtslage siehe bereits die Ausführungen unter 2. Teil § 5 A. II. 5. b).

⁴⁰³ BGH ZIP 2007, 1060, 1062; *Chr. Schmidt-Leithoff/Baumert*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, Vor § 64 Rn. 78; kritisch Hk-GmbHG/Kolmann, Vor § 64 Rn. 154, der für das Kriterium der Nachhaltigkeit im Kontext des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO zumindest das Erfordernis einer nachhaltigen Sanierung i.S.d. § 39 Abs. 4 S. 2 InsO ablehnt.

zögert werden darf. Des Weiteren wird das Verbot der Insolvenzverschleppung durch die strafrechtliche Sanktionierung des § 15a Abs. 4 InsO näher konkretisiert. Hiernach sind die unterlassene, die fehlerhafte und die verspätete Insolvenzantragstellung mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe belegt. Daraus wird deutlich, dass die zu einer Insolvenzverschleppung führende verspätete Antragstellung ein aus Sicht des Geschäftsführers zu vermeidendes Szenario darstellt. Auf der anderen Seite kann er sich aber der Gesellschaft gegenüber schadensersatzpflichtig machen, wenn er den Insolvenzantrag zu früh stellt, um eben der Insolvenzverschleppungshaftung zu entgehen.⁴⁰⁴ Insofern kommt der Bestimmung der Rechtzeitigkeit der Insolvenzantragstellung eine immens wichtige Bedeutung zu, da der richtige Zeitpunkt für die Antragstellung den entscheidenden Balanceakt im Spannungsverhältnis zwischen verfrühter und verspäteter Antragstellung darstellt.

2. Prüfung der Insolvenzreife der Gesellschaft

Um den richtigen Zeitpunkt einer möglicherweise erforderlichen Insolvenzantragstellung bestimmen zu können, muss in einem ersten Schritt die Insolvenzreife der Gesellschaft geprüft werden. Mittels im Unternehmen eingerichteter Krisenfrüherkennungssysteme und einer systematischen Analyse von Bilanz und GuV muss jederzeit dargestellt werden können, ob die Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet ist. Hinsichtlich der intern einzurichtenden Risikofrüherkennungssysteme und den damit verbundenen Schwierigkeiten kann an dieser Stelle auf die vorangegangenen Erörterungen verwiesen werden.⁴⁰⁵

3. Die Drei-Wochen-Frist des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO

Ein Kernelement bei der Bestimmung der Rechtzeitigkeit der Insolvenzantragstellung ist eine präzise Auseinandersetzung mit der Drei-Wochen-Frist des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO. Trotz der gesetzlich genau festgelegten Frist auf spätes-

⁴⁰⁴ Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 15 Rn. 3; aufgrund des hohen Zeitdrucks sollte die Entscheidung des Geschäftsführers daher am Maßstab einer ex-ante Beurteilung bewertet werden, *Goette*, FS 50 Jahre BGH, S. 123, 138.

⁴⁰⁵ Hierzu bereits ausführlich unter 2. Teil § 5 A. II. 1. a) aa) (1).

tens drei Wochen nach Eintritt eines der Insolvenzeröffnungsgründe, bedarf die Antragsfrist einer detaillierteren Untersuchung. So stellen sich wie bei jeder Frist die Fragen nach dem Fristbeginn, dem Fristende und einer möglichen Hemmung bzw. Unterbrechung der Frist durch in der Zwischenzeit eingeleitete Sanierungsmaßnahmen. Auch gilt es zu klären, ob die Drei-Wochen-Frist und die Antragspflicht des Geschäftsführers getrennt voneinander zu betrachten sind.⁴⁰⁶

a) **Rechtliche Problembereiche**

Die Drei-Wochen-Frist des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO wirft neben den allgemeinen Fragen nach Fristbeginn und Fristende – wie jede andere Frist auch – des Weiteren die Frage auf, ob die Frist durch ergriffene Sanierungsmaßnahmen gehemmt sein kann und ob die drei Wochen eine Höchstfrist darstellen und damit die Absolutheit der Insolvenzantragspflicht kennzeichnen.

aa) **Höchstfrist**

Nach überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur ist die Drei-Wochen-Frist des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO eine Höchstfrist, die nur dann vom Geschäftsführer voll ausgeschöpft werden darf, wenn die von ihm eingeleiteten Sanierungsmaßnahmen den Erfolg versprechen, die eingetretene Insolvenzreife innerhalb der drei Wochen nachhaltig zu beseitigen.⁴⁰⁷ Im Umkehrschluss darf die Frist aber dann nicht voll ausgeschöpft werden, wenn bei Eintritt der Insolvenzreife erkennbar ist, dass die angestrebten Sanierungsbemühungen die Insolvenzeröffnungsgründe nicht innerhalb der drei Wochen werden beseitigen

⁴⁰⁶ Dies überlegt *Schädlich*, Die objektiven und subjektiven Voraussetzungen der Insolvenzantragspflicht (§ 15a Abs. 1 InsO), S. 86.

⁴⁰⁷ BGHZ 75, 96, 111; *Leithaus*, in: Andres/Leithaus/Dahl, InsO, § 15a Rn. 6; Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 64 Rn. 123; *Uhlenbruck/Gundlach*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 7 Rn. 8; Hk-GmbHG/Kolmann, Vor § 64 Rn. 144; Nerlich/Römermann/Mönning, InsO, § 15a Rn. 17; *Klöhn*, in: MüKoInsO, § 15a Rn. 125; *Chr. Schmidt-Leithoff/Baumert*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, Vor § 64 Rn. 74; *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, § 15a Rn. 15; U/H/W/Casper, GmbHG, § 64 Rn. 65.

können. In dem Fall ist der Geschäftsführer verpflichtet, den Insolvenzantrag unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern, zu stellen.⁴⁰⁸

bb) Fristbeginn

Als weiterer rechtlicher Problembereich der Drei-Wochen-Frist ist der Fristbeginn zu untersuchen. An dieser Stelle muss geklärt werden, ob es für den Fristbeginn ausschließlich auf objektive Umstände ankommt oder ob die subjektive Seite des Geschäftsführers in irgendeiner Weise Einfluss auf den Beginn der Frist nehmen kann. Im Kern stellt sich also die Frage, ob die Drei-Wochen-Frist schon mit dem objektiven Eintritt eines der Insolvenzeröffnungsgründe, mit seiner Erkennbarkeit oder erst mit der positiven Kenntnis des Geschäftsführers von der Insolvenzreife beginnt.

(1) Objektiver Eintritt der Insolvenzreife

Nach derzeit überwiegender Auffassung setzt der Beginn der Drei-Wochen-Frist den objektiven Eintritt eines der Insolvenzeröffnungsgründe voraus, jedoch nicht die positive Kenntnis des Geschäftsführers, da das subjektive Verschuldenserfordernis auf Seiten des Geschäftsführers erst für die Frage relevant wird, ob er sich einer zivilrechtlichen Haftung oder einer strafrechtlichen Verantwortung wegen Insolvenzverschleppung ausgesetzt sieht.⁴⁰⁹ Den Fristbeginn pauschal erst auf den Zeitpunkt der positiven Kenntnis des Geschäftsführers⁴¹⁰ anzusetzen, vermag hingegen nicht zu überzeugen. Aufgrund der Pflicht des Geschäftsführers, sich jederzeit anhand entsprechender Frühwarnsysteme ein

⁴⁰⁸ BGHZ 75, 96, 111 f.; statt vieler mehr an dieser Stelle Hk-GmbHG/Kolmann, Vor § 64 Rn. 146.

⁴⁰⁹ Arnold, in: Henssler/Strohn, GesR, § 15a InsO Rn. 9; Klöhn, in: MüKoInsO, § 15a Rn. 116, 125; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, Anh § 64 Rn. 33; Uhlenbruck, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 2.2; Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 15a Rn. 14; a.A. Nerlich/Römermann/Mönning, InsO, § 15a Rn. 16, der das fehlende subjektive Element für mit der Praxis nicht vereinbar hält, da die Geschäftsführer nicht täglich die Insolvenzreife überprüfen, sondern mit anderen Geschäftsführungsaufgaben betraut seien.

⁴¹⁰ BGHZ 75, 96, 110 zu § 92 Abs. 2 AktG; Nerlich/Römermann/Mönning, InsO, § 15a Rn. 18.

Bild über die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft machen zu können,⁴¹¹ muss letztlich der objektive Eintritt eines der Eröffnungsgründe mit der Erwartung gleichgesetzt werden können, dass der Geschäftsführer von dieser finanziellen Entwicklung Kenntnis hat. Die Pflicht zur Prüfung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft korreliert insofern mit dem zumindest zu unterstellenden Kennenmüssen der Insolvenzreife. Eine Berufung auf das Urteil des BGH⁴¹² aus dem Jahr 1979 hinsichtlich des Bezugspunktes der positiven Kenntnis des Geschäftsführers erscheint problematisch, da der BGH zum einen in dem damals zu entscheidenden Fall allein den Fall der Überschuldung zu beurteilen hatte, und zum anderen die Rechtsprechung des BGH insofern eine Änderung erfahren hat, als der BGH mit einem Urteil aus dem Jahre 1999⁴¹³ klargestellt hat, dass für den Beginn des Zahlungsverbots des Geschäftsführers nach § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. die Erkennbarkeit der Konkursreife ausreichend ist, die positive Feststellung der Konkursreife aber gerade nicht erforderlich ist.

(2) Erkennbarkeit der objektiv eingetretenen Insolvenzreife

Inwieweit eine Differenzierung zwischen objektivem Eintritt eines der Insolvenzeröffnungsgründe und dessen Erkennbarkeit tatsächlich zu einem anderen Zeitpunkt führt, erscheint fraglich. Wenn die Insolvenzreife objektiv eingetreten und der Geschäftsführer verpflichtet ist, sich laufend über die finanzielle Lage der Gesellschaft zu informieren, so ist im Wege einer logischen Schlussfolgerung der Zeitpunkt der Erkennbarkeit mit dem Zeitpunkt des objektiven Eintritts der Insolvenzreife gleichzusetzen. Gerade bei Eintritt von Zahlungsunfähigkeit ist in der Praxis in aller Regel im selben Moment auch die Erkennbarkeit für den Geschäftsführer gegeben.⁴¹⁴ Die Erkennbarkeit der Insolvenzreife als angemessener zeitlicher Bezugspunkt ermöglicht erst die Einleitung ent-

⁴¹¹ BGH GmbHR 1995, 299, 300; OLG Oldenburg, NZG 2001, 37, 39 f.; zur Selbstprüfungspflicht der Geschäftsführer im Hinblick auf die finanzielle Lage der Gesellschaft siehe bereits die Ausführungen unter 2. Teil § 5 A. II. 1.

⁴¹² BGHZ 75, 96, 110.

⁴¹³ BGHZ 143, 184, 185.

⁴¹⁴ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 64 Rn. 124; Haas/Hossfeld, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 92 Rn. 74.

sprechender Sanierungsmaßnahmen,⁴¹⁵ sodass dieser objektive Ansatz vorzugswürdig ist. Für einen objektiv zu bestimmenden Fristbeginn spricht des Weiteren der Sinn und Zweck der Insolvenzantragspflicht, nämlich der Schutz der Gesellschaftsgläubiger einer GmbH, denen nur eine beschränkte Haftungsmasse zur Verfügung steht.⁴¹⁶ Wenn entscheidend auf die subjektive Kenntnis des Geschäftsführers abgestellt würde, könnte dies zu einer erheblichen Verzögerung der Insolvenzantragstellung führen und eine gleichmäßige Gläubigerbefriedigung im Insolvenzverfahren erschweren. Darüber hinaus wäre der Geschäftsführer in der Lage, sich für eine mitunter lange Zeit auf seine fehlende Kenntnis bzgl. des Eintritts eines der Insolvenzeröffnungsgründe zu berufen und dadurch den Beginn der Drei-Wochen-Frist hinauszuschieben. Somit erscheint die Ansicht vorzugswürdig, die für den Fristbeginn allein auf den objektiven Eintritt eines der Eröffnungsgründe abstellt und das subjektive Verschuldenserfordernis erst bei der Frage nach zivil- oder strafrechtlichen Sanktionen im Falle der Insolvenzverschleppung berücksichtigt. Die Insolvenzeröffnungsgründe Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung müssen objektiv eingetreten sein. Dass bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung mittels einer Überschuldungsbilanz Wertungsfragen nach bilanzrechtlichen Grundsätzen zu beantworten sind, kann nicht dazu führen, die Objektivierbarkeit der Feststellung allgemein in Frage zu stellen.⁴¹⁷ Selbst die durch das Bilanzrecht zugelassenen Bewertungsspielräume sind letztlich innerhalb des rechtlichen Rahmens der §§ 252 ff. HGB objektiv zu beurteilen, bestimmen sich aber nicht nach der rein persönlichen Vorstellung des antragspflichtigen Geschäftsführers.

⁴¹⁵ *Chr. Schmidt-Leithoff/Baumert*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, Vor § 64 Rn. 75; *Uhlenbruck/Gundlach*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 7 Rn. 9.

⁴¹⁶ *Foerste*, Insolvenzrecht, Rn. 91; *Grube/Maurer*, GmbHR 2003, 1461, 1463; zum Sinn und Zweck der Insolvenzantragspflicht siehe bereits die Ausführungen unter 1. Teil § 2 D. II.

⁴¹⁷ So aber *Schädlich*, Die objektiven und subjektiven Voraussetzungen der Insolvenzantragspflicht (§ 15a Abs. 1 InsO), S. 68, der die tatsächliche Objektivierbarkeit des Eintritts der Insolvenzgründe nur bedingt für möglich erachtet.

(3) Antragstellung ohne schuldhaftes Zögern

Die subjektive Seite des Geschäftsführers wird vielmehr bei der Frage relevant, ob er den Antrag ohne schuldhaftes Zögern gestellt hat. Das vom Gesetzgeber geforderte Handeln „ohne schuldhaftes Zögern“ in § 15a Abs. 1 S. 1 InsO kann sich ausschließlich auf die Insolvenzantragstellung beziehen. Wenn nach dem objektiven Eintritt eines der Insolvenzeröffnungsgründe erkennbar ist, dass innerhalb der Drei-Wochen-Frist keine erfolgreiche Sanierung durchgeführt werden kann, so muss der Geschäftsführer den Insolvenzantrag unverzüglich stellen, darf aber nicht die drei Wochen voll ausschöpfen.⁴¹⁸ Das schuldhafte Zögern kann sich daher nur darauf beziehen, dass der Geschäftsführer die Sanierungsaussichten völlig überschätzt und damit schuldhaft die Antragstellung hinauszögert. Nicht überzeugend ist hingegen die Ansicht, die die fristgerechte Stellung des Insolvenzantrags als Bezugspunkt des schuldhaften Zögerns in Zweifel zieht und auch die Feststellung des Eintritts der Insolvenzreife als möglichen Bezugspunkt in die Diskussion einbringt.⁴¹⁹ Letztlich erscheint es überzeugender, den objektiven Eintritt eines der Insolvenzeröffnungsgründe und die damit eintretende Erkennbarkeit für den Geschäftsführer als relevanten Bezugspunkt anzusehen. Für den in der Praxis wohl häufiger vorkommenden Fall der fahrlässigen Insolvenzverschleppung muss es gem. § 276 Abs. 2 BGB ausreichen, dass eine Tatsache erkennbar war und ihr Verkennen einen Verstoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt darstellt. Im Fall der Insolvenzantragstellung durch den Geschäftsführer kommt jedoch erschwerend hinzu, dass er nicht nur die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nach § 276 Abs. 2 BGB zu beachten hat, sondern die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes nach § 43 Abs. 1 GmbHG. Die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes erfordert gerade eine stetige Überprüfung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft, sodass ein Abstellen auf die positive Kenntnis des Geschäftsführers mit

⁴¹⁸ BGHZ 75, 96, 111 f.; Nerlich/Römermann/Mönning, InsO, § 15a Rn. 17.

⁴¹⁹ So stellt *Schädlich*, Die objektiven und subjektiven Voraussetzungen der Insolvenzantragspflicht (§ 15a Abs. 1 InsO), S. 73 f. einerseits zwar klar, dass die Voraussetzung „ohne schuldhaftes Zögern“ dem Antragspflichtigen eine Bedenkzeit für die Antragstellung gewähren soll, stellt aber andererseits den Bezugspunkt des schuldhaften Zögerns in Frage, anstatt die Prüfung der Erfolgsaussichten einer angestrebten Sanierung als Bezugspunkt des schuldhaften Zögerns weiter zu erörtern.

dem von ihm einzuhaltenden Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG nicht vereinbar erscheint. In der Konsequenz bedarf es daher für das schuldhaft Zögern i.S.d. § 15a Abs. 1 S. 1 InsO weder eines eingeschränkt-subjektiven noch eines eingeschränkt-objektiven Sorgfaltsmaßstabs.⁴²⁰ Im Rahmen des Sorgfaltsmaßstabs des § 43 Abs. 1 GmbHG kann von dem durchschnittlichen Geschäftsführer erwartet werden, dass er die Anforderungen an einen aussichtsreichen Sanierungsplan einschätzen kann. Wenn bei Eintritt der materiellen Insolvenzreife ein hinreichend konkreter Sanierungsplan noch nicht konzipiert worden ist, wird es in der Praxis kaum möglich sein, einen solchen Plan innerhalb der Drei-Wochen-Frist zu entwickeln und auch umzusetzen, sodass in dem Fall ein sofortiger Insolvenzantrag nach Eintritt der Insolvenzreife die sinnvollste Handlungsempfehlung darstellt.⁴²¹

cc) Keine Unterbrechung der Frist durch Sanierungsbemühungen

Zu überlegen gilt, ob die Drei-Wochen-Frist des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO durch die Einleitung von Sanierungsbestrebungen unterbrochen oder gehemmt werden kann. Dies würde jedoch dazu führen, dass die Antragspflicht ihrem Sinn nach „ausgehöhlt“ würde, da gerade vermieden werden soll, dass insolvenzreife Gesellschaften weiterhin am Markt wirtschaften. Das Argument, dass mit objektivem Eintritt der materiellen Insolvenz das betroffene Unternehmen durch den Insolvenzantrag vom Markt zu entfernen ist,⁴²² lässt sich daher sowohl für den Fristbeginn mit objektivem Eintritt der Insolvenzreife als auch für eine fehlende Unterbrechung der Frist durch Sanierungsbestrebungen anführen. Eine derartige Hemmung würde überdies auch dem Charakter einer Höchstfrist zuwiderlaufen, die absolute Wirkung entfaltet⁴²³ und gerade keinen Aufschub zu-

⁴²⁰ Diese Differenzierungen erachtet hingegen *Schädlich*, Die objektiven und subjektiven Voraussetzungen der Insolvenzantragspflicht (§ 15a Abs. 1 InsO), S. 78 ff. bei der Frage nach einer fahrlässigen Insolvenzantragstellung durch den Geschäftsführer für erforderlich.

⁴²¹ *Geißler*, ZInsO 2013, 167, 169; Hk-GmbHG/*Kolmann*, Vor § 64 Rn. 144.

⁴²² Hk-GmbHG/*Kolmann*, Vor § 64 Rn. 150.

⁴²³ Hk-GmbHG/*Kolmann*, Vor § 64 Rn. 145; *Schädlich*, Die objektiven und subjektiven Voraussetzungen der Insolvenzantragspflicht (§ 15a Abs. 1 InsO), S. 83.

lässt.⁴²⁴ Die Drei-Wochen-Frist als Höchstfrist wird also nicht dadurch unterbrochen oder gehemmt, dass eingeleitete Sanierungsmaßnahmen, insbesondere z.B. außergerichtliche Vergleichsverhandlungen,⁴²⁵ erst zu einem späteren Zeitpunkt erste Erfolge zeigen.⁴²⁶

dd) Fristende

Die Frist endet als Höchstfrist spätestens mit dem Ablauf der drei Wochen. Eine maßvolle Verlängerung der Drei-Wochen-Frist unter besonderen Umständen wurde vom Hanseatischen OLG mit Urteil vom 25.06.2010⁴²⁷ für möglich erachtet, wobei dieser Entscheidung die Situation zugrunde lag, dass unerwartet ein Teil der Gesellschafter dem eigentlich zuvor beschlossenen Sanierungsplan wider Erwarten doch nicht zugestimmt hatte. Eine derartige Fristverlängerung erscheint jedoch sowohl im Hinblick auf ihre Ursache als auch auf ihre Dauer nicht unproblematisch. Die Umstände, unter denen eine angemessene Fristverlängerung zur Ermöglichung eines Sanierungserfolgs gewährt werden kann, müssten immer im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung klassifiziert werden. Die Erfolgsaussichten eines Sanierungsversuchs können darüber hinaus nicht pauschal bestimmt werden, sondern müssen in jedem Einzelfall selbständig geprüft werden.⁴²⁸ Schließlich spricht der Sinn und Zweck der Insolvenzantragspflicht ebenfalls gegen eine Verlängerung der Frist, da durch den Insolvenzantrag v.a. der Gläubigerschutz gestärkt werden soll.⁴²⁹ Eine von den Umständen des Einzelfalls abhängige Verlängerung der Frist würde diesen Schutz geradezu

⁴²⁴ Klöhn, in: MüKoInsO, § 15a Rn. 117.

⁴²⁵ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 64 Rn. 123; Haas/Hossfeld, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 92 Rn. 72; Hk-GmbHG/Kolmann, Vor § 64 Rn. 145, U/H/W/Casper, GmbHG, § 64 Rn. 65.

⁴²⁶ Uhlenbruck/Gundlach, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 7 Rn. 8.

⁴²⁷ HansOLG NZG 2010, 1225, 1226.

⁴²⁸ So schon die höchstrichterliche Rechtsprechung aus dem Jahre 1979, BGHZ 75, 96, 112.

⁴²⁹ Geißler, ZInsO 2013, 167, 170; Klöhn, in: MüKoInsO, § 15a Rn. 121.

konterkarieren. Die Antragspflicht hingegen endet mit der nachhaltigen Beseitigung der materiellen Insolvenzreife.⁴³⁰

ee) Zwischenfazit

Um die Rechtzeitigkeit der Insolvenzantragstellung bestimmen zu können, ist auf den objektiven Eintritt der Insolvenzeröffnungsgründe Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung abzustellen. Der Zeitpunkt des objektiven Eintritts und der Erkennbarkeit für den Geschäftsführer fällt in der Praxis in aller Regel zusammen, da von dem mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes gem. § 43 Abs. 1 GmbHG handelnden Geschäftsführer erwartet werden kann, dass er sich fortlaufend über die finanzielle Lage der Gesellschaft informiert. Um eine hinreichende Information zu ermöglichen, sollten im Unternehmen entsprechende Krisenfrüherkennungssysteme eingerichtet werden. Der genaue Zeitpunkt des Eintritts von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung muss für jeden der Insolvenzeröffnungsgründe gesondert geprüft werden, wobei die Zahlungsunfähigkeit mittels der Aufstellung einer Liquiditätsbilanz und die Überschuldung durch Aufstellung einer Überschuldungsbilanz zu ermitteln ist.⁴³¹ Für den Beginn der Drei-Wochen-Frist des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO kommt es somit nicht auf die positive Kenntnis des Geschäftsführers von der Insolvenzreife, sondern nur auf deren objektive Erkennbarkeit an. Die Drei-Wochen-Frist als materielle Höchstfrist beginnt überhaupt erst dann zu laufen, wenn Sanierungsbemühungen eingeleitet werden, die Aussicht auf Erfolg haben, die Insolvenzreife innerhalb der drei Wochen nachhaltig zu beseitigen.⁴³² Das bloße Einleiten von Sanierungsmaßnahmen führt jedoch nicht zu einer Unterbrechung oder Hemmung des Fristablaufs. Auch vermag eine Verlängerung der Frist unter besonderen Umständen im Sinne der Rechtssicherheit und des Gläubigerschutzes nicht zu überzeugen. Die kurze Zeitspanne der Antragsfrist dient in

⁴³⁰ BGH ZIP 2007, 1060, 1062; *Chr. Schmidt-Leithoff/Baumert*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, Vor § 64 Rn. 78; kritisch in Bezug auf das Merkmal der „Nachhaltigkeit“ Hk-GmbHG/Kolmann, Vor § 64 Rn. 154.

⁴³¹ Siehe ausführlich zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit die Ausführungen unter 2. Teil § 5 B. I. 2 sowie zur Überschuldung unter 2. Teil § 5 B. II. 3. a) aa).

⁴³² Hierzu statt vieler U/H/W/Casper, GmbHG, § 64 Rn. 65.

erster Linie dem Gläubigerschutz und soll verhindern, dass insolvente Gesellschaften weiterhin am Markt wirtschaften und die zur Gläubigerbefriedigung zur Verfügung stehende Haftungsmasse weiter verringern.

b) Auswirkungen auf die Praxis

Im Hinblick auf die Strafbewährtheit der Insolvenzverschleppung nach § 15a Abs. 4 InsO, eine Haftung des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft gem. § 43 Abs. 2 GmbHG und einer Außenhaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern und den Gesellschaftern wird deutlich, welche praktische Relevanz die Bestimmung der Rechtzeitigkeit der Insolvenzantragstellung hat. Es wird jedoch auch deutlich, dass die in der Theorie geforderte Einrichtung von Krisenfrüherkennungssystemen im Unternehmen zur rechtzeitigen Ermittlung der Insolvenzreife in der Praxis nicht nur in finanzieller Hinsicht einen z.T. erheblichen Umsetzungsaufwand erfordert. Die Erkennbarkeit des objektiven Eintritts der Insolvenzreife lässt sich theoretisch recht eindeutig festlegen, so dass der Beginn der Drei-Wochen-Frist des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO damit in der Theorie offensichtlich sein sollte. Hier ergibt sich jedoch das Problem, dass eine Überschuldung zumeist schwieriger zu erkennen ist als das Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit.⁴³³ Es ist aber im Sinne der Rechtssicherheit und eines effektiven Gläubigerschutzes durch Erhalt der verteilungsfähigen Insolvenzmasse⁴³⁴ unerlässlich, einen gesetzlich festgelegten zeitlichen Rahmen für die Insolvenzantragspflicht festzulegen. Insbesondere der Fristbeginn muss abstrakt festgelegt und damit im konkreten Einzelfall bestimmbar sein. Die Anknüpfung an die Erkennbarkeit des objektiven Eintritts der Insolvenzreife stellt folglich für die Praxis hohe Anforderungen an die Ausgestaltung und Implementierung unternehmensinterner Frühwarnsysteme und der Organisation einer unternehmensinternen, auf die Erkennung der Krisenanzeichen gerichteten Kommunikation. Da der Geschäftsführer Adressat der Insolvenzantragspflicht ist, liegt sowohl das unternehmensinterne Risikofrühwarnsystem als auch das Krisenmanagement in seinem höchstgelegenen Interesse. Die Prüfung von Sanierungsmög-

⁴³³ Nerlich/Römermann/Mönning, InsO, § 15a Rn. 16.

⁴³⁴ Dies hat der BGH zum Sinn und Zweck des Zahlungsverbots des Geschäftsführers nach § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. betont, BGHZ 143, 184, 186.

lichkeiten und die – gegebenenfalls unter Heranziehung externer Berater – Aufstellung eines Sanierungsplans kann zwar nicht das Tagesgeschäft des Geschäftsführers bestimmen, sollte jedoch nicht erst dann beginnen, wenn die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft bereits eingetreten ist. In den seltensten Fällen wird der Eintritt der Insolvenzreife unvorhergesehen und völlig überraschend geschehen. Daher sollte der Gedanke an eine möglicherweise erforderliche Sanierung spätestens dann gefasst werden, wenn das Unternehmen das Stadium der Erfolgskrise erreicht hat.⁴³⁵

4. Das Scheitern von Sanierungsbestrebungen

Sofern innerhalb der Drei-Wochen-Frist Sanierungsmaßnahmen eingeleitet worden sind, diese jedoch nicht den gewünschten Erfolg bringen, die Insolvenzreife innerhalb der drei Wochen zu beseitigen, ist der Geschäftsführer zur Insolvenzantragstellung verpflichtet. Das bloße Einleiten von Sanierungsmaßnahmen ist gerade nicht ausreichend, um der Antragspflicht entgehen zu können. Dies würde gerade dem Sinn und Zweck der dem öffentlichen Interesse dienenden Antragspflicht zuwiderlaufen, insolvente Unternehmen durch den Antrag vom Markt zu nehmen.⁴³⁶ Sanierungsmaßnahmen, die länger andauern als der Drei-Wochen-Zeitraum, können den Fristablauf nicht hemmen oder unterbrechen, sodass nach Ablauf der drei Wochen Insolvenzantrag zu stellen ist.⁴³⁷ Sobald eine Sanierungsmaßnahme nicht nur länger andauert, sondern eindeutig gescheitert ist, und andere Maßnahmen keinen hinreichenden Erfolg versprechen, ist sogar vor Ablauf von drei Wochen der Antrag zu stellen.

III. Strafbewährtheit im Falle der Nichtbeachtung

Für den Fall, dass der Geschäftsführer den Insolvenzantrag zu spät stellt und die Drei-Wochen-Frist überschreitet, liegt eine Insolvenzverschleppung vor, die nach § 15a Abs. 4 InsO mit Strafe bedroht ist. Daher hat die Rechtzeitigkeit der

⁴³⁵ Zu den einzelnen Krisenstadien nach IDW S 6 siehe bereits die Ausführungen unter 2. Teil § 5 A. II. 3. a) bb) (3).

⁴³⁶ *Grube/Maurer*, GmbHR 2003, 1461, 1464; *Hk-GmbHG/Kolmann*, Vor § 64 Rn. 150.

⁴³⁷ *Uhlenbruck/Gundlach*, in: *Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch*, § 7 Rn. 8.

Antragstellung gerade auch aus strafrechtlicher Sicht eine nicht zu unterschätzende Relevanz.⁴³⁸ Inwieweit ein von einem Gläubiger gestellter Insolvenzantrag geeignet ist, für den Geschäftsführer strafbefreiende Wirkung zu entfalten,⁴³⁹ soll im Folgenden aufgrund der rein zivilrechtlichen Ausrichtung dieser Arbeit nicht weiter erörtert werden.

D. Pflicht zur formal „richtigen“ Antragstellung gem. § 13 Abs. 1 InsO

Grundsätzlich können gem. § 13 Abs. 1 S. 2 InsO sowohl die Gläubiger als auch der Schuldner den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellen.⁴⁴⁰ Für den Fall der Antragstellung durch den Schuldner stellt § 13 InsO präzisere Anforderungen an den Antrag, die nachfolgend skizziert werden.

I. Risiko der Insolvenzverschleppungshaftung bei „unrichtig“ gestelltem Antrag

Die formalen Anforderungen an die Stellung des Insolvenzantrags erlangen Relevanz aus der Zusammenschau der §§ 15a Abs. 4 und 13 InsO. Nach § 15a Abs. 4 InsO ist nicht nur die völlig unterbliebene Antragstellung strafbar, sondern auch die nicht richtige oder nicht rechtzeitige. Damit birgt ein zwar gestellter, aber nicht alle erforderlichen Angaben des § 13 Abs. 1 InsO beinhaltender Antrag für den Geschäftsführer das Risiko der Insolvenzverschleppungshaftung.⁴⁴¹ Daher ist neben der zeitlichen Prüfung der Insolvenzreife zur Bestimmung der Rechtzeitigkeit der gegebenenfalls erforderlichen Antragstellung auch ein besonderes Augenmerk auf die Vollständigkeit der Angaben im

⁴³⁸ Nerlich/Römermann/Mönning, InsO, § 15a Rn. 18.

⁴³⁹ Dies hinterfragen kritisch *Grube/Maurer*, GmbHR 2003, 1461 ff. und kommen letztlich zu dem Schluss, dass die Strafbarkeit des Geschäftsführers nur in dem Fall entfällt, wenn ein Gläubigerantrag vor Ablauf der Drei-Wochen-Frist dazu führt, dass das Insolvenzgericht sachlich entscheidet und entweder das Insolvenzverfahren eröffnet oder aber das Verfahren mangels Masse abweist.

⁴⁴⁰ Zur unterschiedlichen Antragsberechtigung von Gläubiger und Schuldner und zur Antragsverpflichtung des Schuldners siehe bereits die Ausführungen unter 1. Teil § 2 D. I.

⁴⁴¹ *Willemsen/Rechel*, BB 2011, 834, 835.

Insolvenzantrag zu legen. Was nach dem Gesetzeswortlaut unter einem „nicht richtig“ gestellten Antrag zu verstehen ist, wird nicht einheitlich beurteilt, jedoch erscheint es vorzugswürdig, für eine richtige Antragstellung grundsätzlich neben der Zulässigkeit auch die zumindest teilweise Vollständigkeit des Antrags und das Fehlen jeglicher Falschangaben zu verlangen.⁴⁴²

II. Formale Anforderungen an die Antragstellung

Die genauen Anforderungen, die der Insolvenzantrag erfüllen muss, sind in § 13 InsO ausdrücklich geregelt worden. Die Vorschrift ist durch das ESUG modifiziert worden und konkretisiert nach dem Willen des Gesetzgebers ausdrücklich die Anforderungen an einen richtig gestellten Antrag nach § 15a Abs. 4 InsO.⁴⁴³ Nachfolgend soll nur die Antragstellung durch den Schuldner näher untersucht werden, um die Haftungsrisiken für den GmbH-Geschäftsführer herauszustellen.

1. Schriftlicher Antrag

Nach § 13 Abs. 1 S. 1 InsO wird das Insolvenzverfahren nur auf schriftlichen Antrag eröffnet. Seitens der Justiz sind mittlerweile entsprechende Formulare erstellt worden, die der Schuldner gem. § 13 Abs. 3 S. 2 InsO bei der Antragstellung zu verwenden hat.⁴⁴⁴

2. Vollständigkeit der Angaben

Unter welchen Umständen die Angaben als vollständig zu qualifizieren sind, ist umstritten. So wird zum einen vertreten, dass nur diejenigen Fehl- oder Falschangaben von Relevanz seien, die zu einer Verhinderung oder Erschwerung der gerichtlichen Entscheidung führen, worunter jedoch nicht das bloße Vergessen

⁴⁴² Klöhn, in: MüKoInsO, § 15a Rn. 333.

⁴⁴³ Begr. RegE-ESUG, BT-Drs. 17/5712, S. 23.

⁴⁴⁴ In NRW beispielsweise müssen sich die GmbH-Geschäftsführer daher dem auf folgender Internetseite abrufbaren Antragsformular bedienen: http://www.jm.nrw.de/WebPortal/BS/formulare/insolvenz/eroeffnung_insolvenzverfahren/Antragsformular_-_Insolvenzverfahren_juristische_Person.pdf (Abruf vom 23.05.2014).

des Gläubiger- und Schuldnerverzeichnisses falle, sondern nur die fehlende Vermögensübersicht der Gesellschaft.⁴⁴⁵ Diese Auffassung widerspricht jedoch dem Willen des Gesetzgebers, der zwar das Fehlen einzelner Gläubiger oder Forderungen im Verzeichnis „trotz gebührender Anstrengung des Schuldners“ nicht als so relevant einordnet, dass der Antrag hierdurch unzulässig sei und gegebenenfalls eine Schätzung der Forderungshöhe erlaubt, jedoch einen Antrag ohne ein vollständiges Gläubigerverzeichnis in aller Regel als unzulässigen Antrag ansieht.⁴⁴⁶ Unter der Prämisse der Pflicht zur ordnungsgemäßen Buchführung nach §§ 238 ff. HGB und der hiermit verbundenen Erfassung aller Geschäftsvorfälle bleibt jedoch zu bedenken, ob es überhaupt trotz gebührender Anstrengung des Schuldners passieren kann, dass das Gläubiger- und Forderungsverzeichnis partiell unvollständig ist.⁴⁴⁷ Zu beachten ist, dass im Wortlaut des § 13 InsO zwischen verpflichtenden Angaben und Soll-Angaben differenziert wird. So „ist“ dem Antrag ein Verzeichnis über die Gläubiger und ihre Forderungen beizufügen, die weiteren Angaben zur Forderungshöhe etc. „sollen“ jedoch nur beigebracht werden. Nach dem Wortlaut der Norm erscheint es daher nur folgerichtig, das Gläubiger- und Forderungsverzeichnis als erforderliche Angabe für die Zulässigkeit des Antrags einzuordnen.

a) Darlegung des Vorliegens eines Eröffnungsgrundes

Aus dem Antrag muss eindeutig hervorgehen, dass vom Schuldner⁴⁴⁸ die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens bezweckt wird, jedoch keine sachfremden Zwecke verfolgt werden.⁴⁴⁹ Wenn der Schuldner einen Eigenantrag stellt, muss

⁴⁴⁵ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, Anh zu § 64 Rn. 87; Klöhn, in: MüKoInsO, § 15a Rn. 133; noch weitergehend Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 13 Rn. 32, der neben dem fehlenden Gläubiger- und Schuldnerverzeichnis auch die Vermögensübersicht und sonstige Unterlagen für vorerst verzichtbar hält, solange nur der Antrag rechtzeitig gestellt wird.

⁴⁴⁶ Begr. RegE-ESUG, BT-Drs. 17/5712, S. 23.

⁴⁴⁷ Blöse, GmbHR 2012, 471, 474 lehnt eine gebührende Anstrengung daher ab, wenn der Kaufmann trotz Kenntnis bestimmte Gläubiger und Forderungen nicht angibt.

⁴⁴⁸ Das Gesetz bezieht sich abstrakt auf „den Schuldner“, vorliegend tritt an seine Stelle der Geschäftsführer als Vertreter der Schuldner-GmbH.

⁴⁴⁹ BGHZ 153, 205, 207; Schmahl/Vuia, in: MüKoInsO, § 13 Rn. 96; Nerlich/Römermann/Mönning, InsO, § 13 Rn. 30.

er substantiiert und nachvollziehbar darlegen, dass ein Eröffnungsgrund besteht, wofür ausreichend ist, dass Tatsachen dargelegt werden, aus denen die wesentlichen Merkmale eines Eröffnungsgrundes offenbar werden.⁴⁵⁰ Das Vorliegen einer Schlüssigkeit im technischen Sinne ist allerdings nicht nötig.⁴⁵¹ Jedoch kann eine unrichtige Antragstellung dann gegeben sein, wenn der Geschäftsführer den Antrag „rein vorsorglich“ stellt.⁴⁵² Auch ist der Antrag bedingungs- und befristungsfeindlich.⁴⁵³

b) Auskünfte zur finanziellen Situation der Gesellschaft

Nach den Änderungen des § 13 InsO durch das ESUG sind seitens des Schuldners gem. § 13 Abs. 1 S. 4 InsO insbesondere Auskünfte zur finanziellen Situation der Gesellschaft zu geben, wenn der Schuldner seinen Geschäftsbetrieb fortführt.

aa) Gläubiger- und Forderungsliste

Grundsätzlich ist dem Antrag des Schuldners gem. § 13 Abs. 1 S. 2 InsO ein Verzeichnis der Gläubiger und ihrer Forderungen beizufügen. Besonderheiten gelten nach § 13 Abs. 1 S. 3 und 4 InsO hinsichtlich der Ausführlichkeit der Angaben, wenn der Schuldner einen Geschäftsbetrieb hat, der nicht eingestellt ist. Das Verzeichnis über Gläubiger und die Höhe ihrer Forderungen ist deshalb von so großer Bedeutung, da die Gläubiger schon frühzeitig in das Verfahren einbezogen werden sollen und dem Gericht ermöglicht werden soll, über die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses entscheiden zu können.⁴⁵⁴ Dementsprechend muss der Schuldner bei Fortführung des Geschäftsbetriebs gem. § 13 Abs. 1 S. 3 InsO neben den höchsten und den höchsten gesicherten

⁴⁵⁰ BGHZ 153, 205, 207; *Schmahl/Vuia*, in: MüKoInsO, § 13 Rn. 98; Uhlenbruck/*Uhlenbruck*, InsO, § 13 Rn. 40.

⁴⁵¹ BGHZ 153, 205, 207; Uhlenbruck/*Uhlenbruck*, InsO, § 13 Rn. 40.

⁴⁵² AG Köln NZI 2000, 284; Uhlenbruck/*Uhlenbruck*, InsO, § 13 Rn. 32.

⁴⁵³ *Linker*, in: HambKommInsO, § 13 Rn. 4; *Schmahl/Vuia*, in: MüKoInsO, § 13 Rn. 72; Nerlich/Römermann/*Mönning*, InsO, § 13 Rn. 21; Uhlenbruck/*Uhlenbruck*, InsO, § 13 Rn. 31.

⁴⁵⁴ Begr. RegE-ESUG, BT-Drs. 17/5712, S. 23.

Forderungen auch die Forderungen von der Finanzverwaltung, der Sozialversicherungsträger sowie aus betrieblicher Altersversorgung angeben.

bb) Angaben zu Bilanz-, Umsatz- und Arbeitnehmerzahlen

Ferner hat der Schuldner im Fall der Betriebsfortführung gem. § 13 Abs. 1 S. 4 InsO Angaben zur Bilanzsumme, zu den Umsatzerlösen und zur durchschnittlichen Arbeitnehmeranzahl des vorangegangenen Geschäftsjahres zu machen. Für den Fall, dass gem. § 13 Abs. 1 S. 5 InsO ein vorläufiger Gläubigerausschuss gem. § 22a InsO bestellt werden soll, sind diese Angaben verpflichtend. Hier wird deutlich, welche große Bedeutung einer ordnungsgemäßen Buchführung zukommt. Nur wenn der Geschäftsführer die Buchführung unternehmensintern hinreichend sorgfältig organisiert hat, vermag er bei der Insolvenzantragstellung alle erforderlichen Angaben innerhalb kürzester Zeit zu machen, um damit dem Risiko einer nicht richtigen Antragstellung zu entgehen. Das Argument, dass der zur Antragstellung verpflichtete Geschäftsführer häufig nicht in der Lage sei, einen ausführlichen Insolvenzantrag zu stellen, da er in Krisenzeiten v.a. mit dem operativen Geschäft beschäftigt und sich nicht über die Anforderungen eines Insolvenzantrags im Klaren sei,⁴⁵⁵ vermag insofern nur bedingt zu überzeugen. Im Rahmen der wirtschaftlichen Selbstprüfungspflicht des Geschäftsführers kann auch eine entsprechende Kenntnis der Anforderungen eines Insolvenzantrags gefordert werden, um die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes nach § 43 Abs. 1 GmbHG bejahen zu können. Wenn die Gesellschaft in eine finanzielle Krise gerät, muss davon ausgegangen werden können, dass der Geschäftsführer die situativen Gegebenheiten und Problematiken einer Insolvenz im Kopf hat und deshalb bestrebt sein sollte, eine effiziente Organisation der Buchführung und Frühwarnsysteme aufzubauen. Durch eine effiziente Organisation wird die Grundlage für die Zusammenstellung der erforderlichen Informationen nach § 13 InsO für die Insolvenzantragstellung geschaffen, die der Geschäftsführer notfalls selbst nach Antragstellung zeitnah nachreichen könnte.⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ *Stapper/Jacobi*, ZInsO 2012, 628.

⁴⁵⁶ *Chr. Schmidt-Leithoff/Baumert*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, Vor § 64 Rn. 77 rechnen aufgrund der durch das ESUG geänderten Anforderungen an die Antragstellung nach § 13 InsO mit einer wenigstens kurzen Nachbesserungsfrist seitens der Gerichte.

(1) Bedeutung der Bilanzsumme für die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses

Auch wenn zwar nach dem Wortlaut des § 13 Abs. 1 S. 5 InsO Angaben zur Bilanzsumme gemacht werden müssen, jedoch die Voraussetzungen des § 22a Abs. 1 InsO für die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses bzgl. der Umsatzerlöse und der Arbeitnehmeranzahl nicht erfüllt sind, kommt eine einschränkende Auslegung des Gesetzeswortlauts in Betracht, sodass folglich in diesem Fall auch keine Angaben zur Bilanzsumme erforderlich sind.⁴⁵⁷ Für den Fall des § 22a Abs. 1 InsO ist dies nachvollziehbar, da mindestens zwei der drei genannten Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Eine Übertragung dieser eingeschränkten Auslegung des § 13 Abs. 1 S. 5 InsO erscheint jedoch für die Fälle des § 13 Abs. 1 S. 6 Nr. 1 (Beantragung der Eigenverwaltung) und § 13 Abs. 1 S. 6 Nr. 3 (Beantragung der Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses) nicht möglich. In diesen Fällen liegt die Initiative beim Schuldner, sodass von ihm eine Beibringung der relevanten Daten auch zur Bilanzsumme erwartet werden kann. Gerade wenn der Schuldner die Eigenverwaltung beantragt, kann das Argument nicht überzeugen, dass die Angabe der Bilanzsumme viele Antragsteller vor Probleme stelle, da bislang nie bilanziert wurde oder die Mittel für die Erstellung einer Bilanz nicht aufgebracht werden könnten.⁴⁵⁸ Wenn bislang nicht bilanziert wurde oder keine ausreichenden Mittel zur Erstellung einer Bilanz vorhanden sind, erscheint es überaus schwierig, überzeugende Argumente für die Fähigkeit zur Eigenverwaltung vorzubringen. Daher ist letztlich nur für den Fall des § 22a Abs. 1 InsO die Angabe der Bilanzsumme entbehrlich, wenn die vorausgesetzten Umsatzerlöse und Arbeitnehmerzahlen nicht erreicht werden. Die Bedeutung der Angabe von Bilanzsumme, Umsatzerlösen und Arbeitnehmerzahlen ergibt sich letztlich aus einer Zusammenschau des § 13 Abs. 1 S. 5 InsO mit § 22a Abs. 1 InsO, da sich die Schwellenwerte des § 22a Abs. 1 InsO, die erreicht sein müssen, damit ein vorläufiger Gläubigerausschuss vom Insolvenzgericht einzusetzen ist, auf genau diese drei

⁴⁵⁷ AG Ludwigshafen ZInsO 2012, 2057, 2058.

⁴⁵⁸ So die Auffassung des AG Ludwigshafen ZInsO 2012, 2057, 2058 in Bezug auf die fehlende Notwendigkeit der Mitteilung der Bilanzsumme, wenn zwei der drei Voraussetzungen des § 22a Abs. 1 InsO ohnehin nicht vorliegen.

relevanten Kennzahlen des Unternehmens beziehen. Auch wenn diese Angaben in zeitlicher Hinsicht für die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses relevant sind und daher nicht erst im Rahmen der allgemeinen Auskunft- und Mitwirkungspflicht des Schuldners nach § 20 InsO beigebracht werden können,⁴⁵⁹ darf das zivil- und strafrechtliche Haftungsrisiko für den Geschäftsführer aus § 15a Abs. 4 InsO indes nicht außer Betracht gelassen werden.

(2) Restriktive Auslegung des § 15a Abs. 4 InsO

Trotz der eindeutigen Relevanz der Angabe von Informationen nach § 13 Abs. 1 S. 5 InsO für die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses nach § 22a Abs. 1 InsO ist andererseits die Zielrichtung des ESUG zu berücksichtigen, wonach eine Sanierung von Unternehmen erleichtert werden soll. Um eine Unzulässigkeit des Antrags zu vermeiden, die der Gesetzgeber auch nicht im Fall des Fehlens jeglicher Angaben vorgesehen hat, sofern der Schuldner „gebührende Anstrengungen“⁴⁶⁰ unternommen hat, sollte es dem Schuldner ermöglicht werden, die relevanten Informationen nachträglich noch dem Antrag hinzufügen zu können. Solange der Antrag durch den Schuldner früh- bzw. rechtzeitig gestellt worden ist, sollte dies durch die Insolvenzgerichte positiv honoriert werden. Erst wenn der Schuldner die erforderlichen Angaben nicht nachholt, obwohl er durch das Gericht im Wege der Zwischenverfügung zur Nachbesserung bis zur Eröffnung des Verfahrens aufgefordert worden ist, erscheint eine Abweisung des Antrags wegen Unzulässigkeit im Lichte des ESUG gerechtfertigt, womit der Gesetzgeber den Schuldner zu einem rechtzeitigen Eigenantrag motivieren will.⁴⁶¹ Wenn insbesondere die Angaben zur Bilanzsumme nicht innerhalb kürzester Zeit beigebracht werden können, so wird das Ziel der Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses dadurch zwar stark beeinträchtigt, aber die fehlenden Angaben sollten nicht automatisch zu einer Strafbarkeit nach § 15a Abs. 4 InsO wegen unrichtiger Antragstellung führen. Hierfür spricht auch das Ziel der Massesicherung als Sinn und Zweck

⁴⁵⁹ *Marotzke*, DB 2012, 560, 564.

⁴⁶⁰ Begr. RegE-ESUG, BT-Drs. 17/5712, S. 23.

⁴⁶¹ *Müller/Rautmann*, ZInsO 2012, 918, 921; *Stapper/Jacobi*, ZInsO 2012, 628, 629.

der Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 1 S. 1 InsO infolge der Haftungsbeschränkung im Kapitalgesellschaftsrecht, das auch bei einer Unvollständigkeit der nach § 13 Abs. 1 S. 3-5 InsO erforderlichen Angaben erreicht wird.⁴⁶² Der Auffassung, dass eine restriktive Auslegung des § 15a Abs. 4 InsO zur Vermeidung einer Ausweitung der Strafbarkeit dem Willen des Gesetzgebers widerspreche und deshalb abzulehnen sei,⁴⁶³ kann schon aus dem Grund nicht gefolgt werden, als die Methode der restriktiven Auslegung gerade dann Anwendung findet, wenn der Gesetzeswortlaut zu weit geht und der tatsächlich bestehenden Interessenlage zuwiderläuft. Dass ein innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO rechtzeitig und richtig gestellter Antrag nicht zu einer Strafbarkeit führt, versteht sich von selbst. Klärungsbedürftig ist die Situation, dass der Antrag zwar rechtzeitig innerhalb der Drei-Wochen-Frist gestellt wurde, aber einige Angaben fehlen, die auch erst nach Fristende beigebracht werden könnten. Die Nachholung der Angaben auf Zwischenverfügung des Insolvenzgerichts nur dann als nicht strafbedroht einzuordnen, wenn die Nachholung bis zum Fristablauf erfolgt ist,⁴⁶⁴ erscheint etwas zu kurz gegriffen. Die Rechtzeitigkeit der Antragstellung innerhalb der Drei-Wochen-Frist sollte höher gewertet werden als die Richtigkeit der Antragstellung, da erforderliche Angaben nachgeholt werden können. Die rechtzeitige Antragstellung zeigt, dass der Schuldner die Insolvenz erkannt hat und seiner Antragspflicht nachkommen will, sodass noch fehlende Angaben im Antrag auch nach Fristablauf nicht ohne weiteres zu einer Strafbarkeit führen sollten.

3. Zuständiges Insolvenzgericht

Neben der Einhaltung der formalen Anforderungen an die Antragstellung ist der Geschäftsführer gehalten, den Antrag auch bei dem international und örtlich zuständigen Insolvenzgericht zu stellen, um der Antragspflicht aus § 15a Abs. 1 S. 1 InsO zu genügen.⁴⁶⁵ Im Insolvenzantrag müssen daher alle Tatsa-

⁴⁶² *Hirte/Knof/Mock*, DB 2011, 632.

⁴⁶³ So *Marotzke*, DB 2012, 560, 565 f.

⁴⁶⁴ *Marotzke*, DB 2012, 560, 566.

⁴⁶⁵ *H. F. Müller*, in: *MüKoGmbHG*, § 64 Rn. 65; *Klöhn*, in: *MüKoInsO*, § 15a Rn. 132; *U/H/W/Casper*, GmbHG, § 64 Rn. 58.

chen aufgeführt sein, die die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts begründen.⁴⁶⁶

a) Sachliche Zuständigkeit

Sachlich zuständig als Insolvenzgericht sind gem. § 2 Abs. 1 InsO die Amtsgerichte, in deren Bezirk ein Landgericht seinen Sitz hat. Die Landesregierungen haben von der Ermächtigung des § 2 Abs. 2 InsO Gebrauch gemacht, sodass für jedes Bundesland die sachlich zuständigen Insolvenzgerichte festgelegt worden sind.⁴⁶⁷

b) Örtliche Zuständigkeit

Örtlich zuständig ist gem. § 3 Abs. 1 InsO das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat bzw. in dessen Bezirk sich der Mittelpunkt der selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit des Schuldners befindet. Im internationalen Kontext wird der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen als *center of main interest* (COMI) bezeichnet. Liegt dieser Mittelpunkt im EU-Ausland, so ist für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit die Norm des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO anzuwenden. Parallel zur Bestimmung des Bezirks des örtlichen Gerichts innerhalb Deutschlands bestimmt der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen international den zuständigen Mitgliedsstaat innerhalb der EU. Nach Erwägungsgrund 13 der EuInsVO liegt der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen an dem Ort, an dem der Schuldner für Dritte erkennbar der Verwaltung seiner Interessen nachgeht. Auf das Problem der Erschleichung eines vorteilhafteren Gerichtsstands und damit auch Insolvenzstatuts durch sog. *forum shopping* in Form von Sitzverlegungen vor Insolvenzantragstellung insbesondere in Fällen der sog. „Firmenbestattung“ soll vorliegend nicht weiter eingegangen werden.⁴⁶⁸

⁴⁶⁶ BGH NZI 2012, 151, 152; *Ganter/Lohmann*, in: MüKoInsO, § 3 Rn. 37; Uhlenbruck/*Uhlenbruck*, InsO, § 13 Rn. 57.

⁴⁶⁷ Eine Übersicht über alle zuständigen Amtsgerichte als Insolvenzgerichte in den einzelnen Bundesländern findet sich bei Nerlich/Römermann/*Becker*, InsO, § 2 Rn. 17.

⁴⁶⁸ Ausführlich zur Thematik der Firmenbestattung *Ganter/Lohmann*, in: MüKoInsO, § 3 Rn. 40 ff.; siehe auch bereits die Ausführungen unter 1. Teil § 2 D. I. 2. a).

c) Konsequenzen der Anrufung eines unzuständigen Gerichts

In der Praxis können mitunter Fehler bei der richtigen Adressierung des Insolvenzantrags unterlaufen,⁴⁶⁹ sodass fraglich ist, ob die Anrufung eines unzuständigen Insolvenzgerichts dazu führt, dass der Antrag nicht richtig oder verspätet gestellt worden ist, was wiederum zu einer Haftung des Geschäftsführers führen würde. Auch wenn der Schuldner im Insolvenzantrag die Tatsachen darlegen muss, aus denen sich die Zuständigkeit des angerufenen Insolvenzgerichts ergibt, muss das Gericht trotzdem von Amts wegen gem. § 5 Abs. 1 S. 1 InsO seine Zuständigkeit prüfen.⁴⁷⁰ Wenn der Schuldner aus Versehen den Antrag an ein sachlich oder örtlich unzuständiges Gericht stellt, er sich aber im richtigen Gerichtszweig bewegt, so verweist das unzuständige Gericht auf Antrag des antragstellenden Schuldners die Sache gem. § 4 InsO i.V.m. § 281 Abs. 1 S. 1 ZPO an das zuständige Insolvenzgericht.⁴⁷¹ Wenn der Antragsteller auf den Hinweis des unzuständigen Gerichts gem. § 4 InsO i.V.m. § 504 ZPO, in dem es ihm seine Unzuständigkeit mitteilt, untätig bleibt und nicht den Antrag auf Verweisung an das zuständige Gericht stellt, wird der Antrag abgewiesen, wenn das unzuständige Gericht den Antrag nicht von selbst weiterleitet, da die Gerichte trotz aller Fürsorge grundsätzlich nicht zu einer direkten Weiterleitung an die zuständige Stelle verpflichtet sind.⁴⁷² Wenn der Geschäftsführer innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO den Insolvenzantrag inhaltlich zutreffend und mit allen erforderlichen Angaben nach § 13 InsO stellt, sich jedoch an ein unzuständiges Gericht wendet, so erscheint der Antrag zumindest teilweise „nicht richtig“. Andererseits ist dem Geschäftsführer positiv zugute zu halten, dass er den Antrag samt aller Angaben fristgerecht stellen wollte, sodass der Fehler auf dem letzten Weg der Adressierung des zuständigen Insolvenzgerichts nicht so schwer ins Gewicht fallen sollte, als dass der Antrag insgesamt als nicht richtig oder

⁴⁶⁹ Nerlich/Römermann/Becker, InsO, § 2 Rn. 20.

⁴⁷⁰ Gehrlein, ZInsO 2012, 2117; Nerlich/Römermann/Becker, InsO, § 2 Rn. 21; Ganter/Lohmann, in: MüKoInsO, § 5 Rn. 13; Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 13 Rn. 57.

⁴⁷¹ Nach Hk-ZPO/Saenger, § 281 Rn. 3 gilt die Norm des § 281 ZPO im Insolvenzverfahren entsprechend.

⁴⁷² Nerlich/Römermann/Becker, InsO, § 2 Rn. 23.

als verspätet zu qualifizieren wäre. Hierfür spricht auch, dass gem. § 4 InsO die Vorschriften der ZPO entsprechend gelten, sodass die Tatsache, dass trotz eigentlich verspäteten Zugangs beim zuständigen Gericht infolge der Verweisung eine Fristwahrung dadurch erreicht wird, dass der erste fristgerechte Zugang beim unzuständigen Gericht als relevanter Zeitpunkt eingeordnet wird.⁴⁷³ Auch wenn § 281 ZPO grundsätzlich für das Klageverfahren gilt, so kann nach dem Sinn und Zweck der Verweisung wegen Unzuständigkeit für die Stellung des Insolvenzantrags nichts anderes gelten. Entsprechend der Regelung des § 281 ZPO sollte daher im Insolvenzeröffnungsverfahren auf den ursprünglichen Zeitpunkt der Antragstellung zur Beurteilung der Fristwahrung des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO abgestellt werden. Ist der Antrag zwar zuerst beim unzuständigen Insolvenzgericht, aber fristgerecht gestellt worden, so darf der erst nach Fristablauf beim zuständigen Insolvenzgericht eingehende Antrag weder als verspätet noch als nicht richtig im Sinne des § 15a Abs. 4 InsO gewertet werden.⁴⁷⁴ Die Anrufung eines unzuständigen Insolvenzgerichts allein vermag daher letztlich anders als die Unvollständigkeit oder Fehlerhaftigkeit der Angaben im Insolvenzantrag nicht die Unrichtigkeit des Antrags nach § 15a Abs. 4 InsO zu begründen, sofern die Verweisung an das zuständige Gericht beantragt worden ist.

E. Kollision von Sanierungspflicht und Insolvenzantragspflicht?

Sanierung und Insolvenzantragstellung schließen sich grundsätzlich nicht gegenseitig aus, sondern greifen zum Teil ineinander über. Zu beachten ist jedoch die unterschiedliche Schutzrichtung von Sanierungspflicht und Insolvenzantragspflicht. Während der gesetzlichen Antragspflicht ein öffentlich-rechtlicher Charakter zuzusprechen ist,⁴⁷⁵ besteht die Sanierungspflicht im

⁴⁷³ Dies gilt nach § 281 ZPO direkt für das Bestehen einer Ausschlussfrist, Hk-ZPO/Saenger, § 281 Rn. 21.

⁴⁷⁴ So auch *Vallender*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.203.

⁴⁷⁵ *Grube/Maurer*, GmbHR 2003, 1461, 1464; Hk-GmbHG/Kolmann, Vor § 64 Rn. 150; Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 15a Rn. 12.

Innenverhältnis gegenüber der GmbH⁴⁷⁶ und entfaltet daher nur mittelbare Außenwirkung. Insofern stellt sich die Frage, ob eine Kollision zwischen beiden Pflichten überhaupt möglich ist. Die Pflicht zur Sanierung endet nicht mit der Stellung des Insolvenzantrags. Vielmehr ist im Fall der wirtschaftlichen Krise des Unternehmens eine umfassende Betrachtung vorzunehmen: Mit Eintritt der Krise ist der Geschäftsführer verpflichtet, außergerichtliche Sanierungsmaßnahmen zu ergreifen. Ab Eintritt der Insolvenzreife, also sobald einer der Eröffnungsgründe des § 17 oder § 19 InsO seinen Voraussetzungen nach erfüllt ist, trifft den Geschäftsführer die Pflicht zur Stellung des Insolvenzantrags gem. § 15a Abs. 1 InsO. Wenn das Insolvenzverfahren eröffnet wird, kann es sowohl im Regelverfahren als auch in der Eigenverwaltung geführt werden. Unabhängig davon, ob es schließlich zu einem Turnaround, einer Liquidation oder einer übertragenden Sanierung des Unternehmens kommt, müssen die ab Kriseneintritt ergriffenen Sanierungsmaßnahmen bis zum finalen Stadium fortgeführt werden, solange sie erfolgsversprechend sind. Insofern können die Sanierungspflicht und die Insolvenzantragspflicht in vielen Fällen parallel nebeneinander stehen und sich in ihrem Anwendungsbereich und Handlungsspielraum überschneiden. Eine Kollision beider Pflichten kommt jedoch dann in Betracht, wenn der Geschäftsführer ohne zustimmenden Beschluss der Gesellschafterversammlung im Fall der drohenden Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft gem. § 18 InsO den Insolvenzantrag stellt und dadurch objektiv vorliegende Erfolgsaussichten einer begonnenen Sanierung vereitelt oder sich aufgrund der Stellung des Insolvenzantrags dazu entscheidet, bestimmte Sanierungsmaßnahmen gar nicht erst zu ergreifen. Aufgrund der Tatsache, dass es in der Praxis auch eine gezielte Sanierung durch Insolvenz gibt, schließen sich die Sanierungspflicht und die Insolvenzantragspflicht folglich nicht kategorisch aus, sondern greifen in bestimmten Konstellationen ineinander über. In den Fällen der gezielten Sanierung durch Insolvenz wird in der Konsequenz somit eine Kollision zwischen Sanierungspflicht und Insolvenzantragspflicht abzulehnen sein. Denkbar erscheint eine Kollision für den Fall, dass die Insolvenz des Unternehmens gerade vermieden wer-

⁴⁷⁶ Wellensiek/Schluck-Amend, in: Römermann, MAH-GmbH-Recht, § 23 Rn. 25; Schluck-Amend/Walker, GmbHR 2001, 375, 376.

den soll, da die Reputation des Unternehmens durch Bekanntwerden der Insolvenz einen nur schwer kompensierbaren Schaden nehmen könnte.

§ 6 Chancen und Risiken der Antragstellung gem. § 18 InsO

Nachdem vorhergehend die Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO bei Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung eingehend erörtert worden ist, soll nun eine Auseinandersetzung mit der drohenden Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO erfolgen, die nur ein Antragsrecht für den Schuldner, aber keine Antragspflicht begründet. Untersucht werden sollen insbesondere die Chancen und möglichen Anreize einer frühzeitigen Antragstellung nach § 18 InsO sowie die damit andererseits einhergehenden Risiken für die Gesellschaft und den Geschäftsführer.

A. Chancen einer frühzeitigen Antragstellung

Die drohende Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO ist zeitlich der Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO vorgelagert. Hier muss genauer untersucht werden, unter welchen Voraussetzungen der Geschäftsführer einer insolvenzbedrohten GmbH von seinem Recht auf Antragstellung aus § 18 InsO Gebrauch machen wird.

I. Voraussetzungen gem. § 18 InsO

Hierzu müssen zunächst die tatbestandlichen Voraussetzungen der drohenden Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO näher skizziert werden.

1. Drohende Zahlungsunfähigkeit gem. § 18 InsO

Durch die InsO wurde mit § 18 als weiterer Eröffnungsgrund die drohende Zahlungsunfähigkeit eingeführt, die nur für den Schuldner, nicht aber für den Gläubiger einen Eröffnungsgrund darstellt. Aus § 18 Abs. 1 InsO ergibt sich für den Schuldner die Berechtigung, einen Eigenantrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen. Die Antragstellung durch den Schuldner als sog. Innenlösung im Gegensatz zur Antragstellung durch die Gläubiger als sog. Au-

ßenlösung¹ hat den Vorteil, dass der Schuldner deutlich umfassendere Informationen über die finanzielle Lage der Gesellschaft besitzt² und dementsprechend das voraussichtliche Zahlungsunvermögen besser einschätzen kann als die Gläubiger.

a) Ziele der gesetzgeberischen Reform

Die drohende Zahlungsunfähigkeit stellt gem. § 18 Abs. 1 InsO nur bei einem Eigenantrag des Schuldners einen Insolvenzgrund dar³ und sollte nach dem Willen des Gesetzgebers die frühzeitige Einleitung und Eröffnung eines Insolvenzverfahrens herbeiführen.⁴ Die Einführung der drohenden Zahlungsunfähigkeit als weiterer Eröffnungsgrund beruhte auf der Vorstellung, dem Schuldner Anreize für eine frühzeitige Antragstellung zu präsentieren und damit die Sanierungschancen für das Unternehmen spürbar zu verbessern, ohne dass durch einen Antrag seitens der Insolvenzgläubiger vor Eintritt der Insolvenz bereits eine mögliche Sanierung erschwert werden könnte.⁵ Durch die Beschränkung des Eröffnungsgrundes auf den Eigenantrag des Schuldners sollte gerade verhindert werden, dass die Gläubiger den Schuldner durch die Stellung eines Insolvenzantrags unter Druck setzen und damit eine frühzeitige Sanierung zu vereiteln suchen.⁶ Durch eine frühzeitige Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann dem Schuldner darüber hinaus auch die Chance gegeben werden, verlorengegangene Liquidität wieder zurückzubekommen.⁷

¹ Zu den beiden Begrifflichkeiten *Burger/Schellberg*, BB 1995, 261, 265; insbesondere zur Innenlösung *Schmerbach*, in: FK-InsO, § 18 Rn. 1; *Drukarczyk/Schüler*, in: Kölner Schrift zur InsO, Teil I, S. 45 Rn. 43; *Drukarczyk*, in: MüKoInsO, § 18 Rn. 2.

² *Burger/Schellberg*, BB 1995, 261, 265.

³ *Leithaus*, in: Andres/Leithaus/Dahl, InsO, § 18 Rn. 3; Braun/*Bußhardt*, InsO, § 16 Rn. 2.

⁴ Begr. RegE-InsO, BT-Drs. 12/2443, S. 114.

⁵ *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 18 Rn. 1.

⁶ Begr. RegE-InsO, BT-Drs. 12/2443, S. 114; *Bork*, Einführung in das neue Insolvenzrecht, Rn. 88; *Burger/Schellberg*, BB 1995, 261, 265; *Jacoby*, in: Büchel/von Rechenberg, Hdb FA Handels- und GesR, 24. Kap. Rn. 59.

⁷ *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, S. 284.

b) Ausübung des Antragsrechts in der Praxis

§ 18 InsO verpflichtet den Schuldner nicht zur Stellung des Eröffnungsantrags, sondern räumt ihm vielmehr ein unter den Bedingungen des § 18 Abs. 3 InsO stehendes Antragsrecht ein.⁸ Trotz der gesetzgeberischen Bemühungen hat die drohende Zahlungsunfähigkeit jedoch in der Praxis bislang keine allzu große Anwendung als Eröffnungsgrund seitens der Schuldner erfahren, um frühzeitig ein Insolvenzverfahren in Gang zu setzen.⁹ Dies wird zum einen damit begründet, dass der Insolvenz noch immer ein Makel anhaftet, sodass viele Unternehmen auf eine Antragstellung nach § 18 InsO verzichten, um ihre Reputation nicht zu beschädigen.¹⁰ Zum anderen wird teilweise bei Eröffnung des Verfahrens entdeckt, dass der Schuldner im Zeitpunkt der Antragstellung bereits zahlungsunfähig gem. § 17 InsO oder überschuldet gem. § 19 InsO gewesen ist, sodass mitunter hinter einem auf § 18 InsO gestützten Eröffnungsantrag eine verdeckte Überschuldungssituation des Schuldners verborgen werden soll.¹¹ Stellt der Schuldner jedoch in einem solchen Fall der tatsächlich vorliegenden Überschuldung einen Insolvenzantrag wegen drohender Zahlungsunfähigkeit, so kann er seine Reputation auf dem Markt wenigstens in Ansätzen dahingehend schützen, dass er den Antrag freiwillig und nicht zwangsweise gestellt hat.

c) Begriffsbestimmung der drohenden Zahlungsunfähigkeit

Nach dem Wortlaut des § 18 Abs. 2 InsO bedeutet drohende Zahlungsunfähigkeit, dass der Schuldner seine bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit voraussichtlich nicht wird erfüllen können. Die Bedeutung des Wor-

⁸ *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, S. 284; *Uhlenbruck/Gundlach*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 6 Rn. 17; *Drukarczyk*, in: MüKoInsO, § 18 Rn. 2.

⁹ Statt vieler *Schröder*, in: HambKommInsO, § 18 Rn. 3; *Uhlenbruck*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.41.

¹⁰ *Leithaus*, in: Andres/Leithaus/Dahl, InsO, § 18 Rn. 2; *Schienstock/Reifert/Drießen*, KSI 2013, 167, 169.

¹¹ *Uhlenbruck/Gundlach*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 6 Rn. 17; *Drukarczyk*, in: MüKoInsO, § 18 Rn. 61; *Uhlenbruck*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.41; *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 18 Rn. 1.

tes „drohen“ ist auf ein in der Zukunft liegendes Ereignis gerichtet, sodass aus der Formulierung zunächst ein Unterschied zur Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 InsO gezogen wird, bei der die Unmöglichkeit der Erfüllung fälliger Verbindlichkeiten bereits eingetreten ist. Auch das prognostische Element der „voraussichtlichen“ Unmöglichkeit ist zukunftsbezogen, sodass allein aus dem Wortlaut des § 18 InsO eine Abgrenzung zur Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO erkennbar wird. Bei der Zahlungsunfähigkeit ist somit die gegenwärtige Liquiditätssituation entscheidend, wohingegen bei drohender Zahlungsunfähigkeit eine Untersuchung der künftigen Liquiditätsentwicklung erfolgt.¹² Der Wortlaut des § 18 InsO ist jedoch bzgl. der Tatbestandsvoraussetzungen nicht sehr präzise gefasst, sodass Kriterien aufzustellen sind, die konkretisieren, wann und unter welchen Umständen die Erfüllung der bestehenden Zahlungspflichten voraussichtlich unmöglich ist.

d) Abgrenzung zur Zahlungsunfähigkeit

Sowohl Zahlungsunfähigkeit als auch drohende Zahlungsunfähigkeit betreffen Geldilliquidität¹³ und für diese beiden Eröffnungsgründe ist eine nur vorübergehende Zahlungsstockung nicht ausreichend.¹⁴ Die Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit unterliegt jedoch einer Prognose, die der Schuldner anzustellen hat. Wodurch sich die bloß drohende Zahlungsunfähigkeit von der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit unterscheidet, bedarf einer näheren Betrachtung dieser Prognose.

aa) Inhalt der Prognoseentscheidung

Die Prognose muss die gesamte Entwicklung der Finanzlage des Schuldners bis zur Fälligkeit aller bestehenden Forderungen umfassen, wobei „voraussicht-

¹² *Schröder*, in: HambKommInsO, § 18 Rn. 5; *Uhlenbruck*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.48.

¹³ *Breuer*, Insolvenzrecht, Rn. 219; *Uhlenbruck*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.19; *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 17 Rn. 7; a.A. *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 80.

¹⁴ *Uhlenbruck*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.46.

lich“ in § 18 Abs. 2 InsO bedeutet, dass der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit wahrscheinlicher sein muss als deren Vermeidung.¹⁵ Liegt diese Voraussetzung vor, ist die Gläubigerbefriedigung so stark gefährdet, dass die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu rechtfertigen ist.¹⁶ Aufgrund des zukunftsgerichteten prognostischen Elements bedarf es einer Wahrscheinlichkeitsrechnung durch den Schuldner bezogen auf die Eintrittswahrscheinlichkeit der Zahlungsunfähigkeit.¹⁷ Wenn der Gesetzgeber für das Merkmal „voraussichtlich“ in § 18 Abs. 2 InsO verlangt, dass das Eintreten der drohenden Zahlungsunfähigkeit überwiegend wahrscheinlicher ist als deren Ausbleiben¹⁸, so sollte als Richtwert angesetzt werden, dass die kritische Wahrscheinlichkeit p^* höher sein muss als 0,5.¹⁹ Im Rahmen eines Vergleichs von § 17 und § 18 InsO geht aus dem Wortlaut nicht eindeutig hervor, ob neben den bestehenden Zahlungspflichten auch die noch nicht begründeten, aber in Zukunft absehbaren Zahlungspflichten in der Prognose Berücksichtigung finden sollen. Aus logischer Betrachtung müssen auch zukünftig absehbar begründete Forderungen mit in die Prognose einbezogen werden, da ansonsten kaum ein Unterschied zur Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO zu erkennen wäre. Auch ist die Einbeziehung sinnvoll, um dem Schuldner durch Erstellung eines genauen Bildes der finanziellen Situation eine frühzeitige Sanierung seines Unternehmens zu ermöglichen. Erforderlich ist, dass die Entstehung der zukünftigen Verbindlichkeiten voraussehbar ist,²⁰ wie dies beispielsweise bei den Löhnen der Fall ist.²¹ Hin-

¹⁵ Begr. RegE-InsO, BT-Drs. 12/2443, S. 115; *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus*, Insolvenzrecht, Kap. 17 Rn. 23.

¹⁶ Begr. RegE-InsO, BT-Drs. 12/2443, S. 114 f.

¹⁷ *Uhlenbruck/Gundlach*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 6 Rn. 20 m.w.N.

¹⁸ Begr. RegE-InsO, BT-Drs. 12/2443, S. 115.

¹⁹ *Schmerbach*, in: FK-InsO, § 18 Rn. 24; *Schröder*, in: HambKommInsO, § 18 Rn. 8; *Drukarczyk*, in: MüKoInsO, § 18 Rn. 19; *Picot/Aleth*, Unternehmenskrise und Insolvenz, Rn. 120.

²⁰ So schon der eindeutige Wortlaut der Gesetzesbegründung zu § 22 InsO BT-Drs. 12/2443, S. 114, 115; ebenso *Bork*, Einführung in das neue Insolvenzrecht, Rn. 89; *Breuer*, Insolvenzrecht, Rn. 219; *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, S. 285; *Uhlenbruck/Gundlach*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 6 Rn. 18; a.A. *Breuer*, Insolvenzrecht, Rn. 219.

²¹ *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, S. 284; *Uhlenbruck/Gundlach*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 6 Rn. 18; *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 18 Rn. 9.

gegen sind noch gar nicht begründete Verbindlichkeiten nicht Inhalt der Prognoseentscheidung,²² da nach dem Sinn und Zweck des Insolvenzrechts bloß potentielle künftige Gläubiger nicht geschützt werden.²³ Falls der Schuldner gem. § 249 HGB Rückstellungen für zukünftige Verbindlichkeiten tätigt und diese in die Bilanz aufnimmt, sollten auch diese Verbindlichkeiten in die Prognose mit aufgenommen werden, da derartige Rückstellungen durch den Schuldner nur dann vorgenommen werden, wenn er mit einer absehbaren Entstehung bestimmter Verbindlichkeiten rechnet.²⁴ Daher ist die Prognose anhand eines Finanz- und Liquiditätsplans²⁵ zu treffen, der die vorhandene Liquidität und die zu erwartenden Einnahmen den voraussichtlich fällig werdenden Verbindlichkeiten gegenüberstellt.²⁶ Durch diese Gegenüberstellung von zukünftig geplanten Ein- und Auszahlungen lässt sich ermitteln, ob ein Mangel an Zahlungsmitteln (*Cash-Flow*) vorliegt.²⁷ Wenn aus der Gegenüberstellung ein positiver Einzahlungsüberschuss als Ergebnis feststeht, ist der Schuldner in der Lage, seine Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen, sodass dann keine Zahlungsunfähigkeit droht.²⁸ Welchen Nachweis der Schuldner zur Darlegung der drohenden Zahlungsunfähigkeit erbringen muss, ist nicht eindeutig festgelegt. Bislang ist erforderlich, aber auch ausreichend, dass der Schuldner Tatsachen nachvollziehbar darlegt, die die wesentlichen Merkmale der drohenden Zahlungsunfähigkeit aufzeigen, hingegen ist eine Schlüssigkeit oder eine Glaubhaftmachung nicht erforderlich, sofern alle vertretungsberechtigten oder der einzige Ge-

²² *Schmerbach*, in: FK-InsO, § 18 Rn. 12; *Uhlenbruck*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.47.

²³ *Burger/Schellberg*, BB 1995, 261, 264.

²⁴ *Picot/Aleth*, Unternehmenskrise und Insolvenz, Rn. 121; Rückstellungen als reine Vorsichtsmaßnahmen werden jedoch nicht berücksichtigt, *Uhlenbruck*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.47.

²⁵ *Breuer*, Insolvenzrecht, Rn. 219; *Drukarczyk*, in: MüKoInsO § 18 Rn. 13 ff. mit detaillierten Gestaltungshinweisen zur konkreten Aufstellung eines Finanzplans.

²⁶ *Bork*, Einführung in das neue Insolvenzrecht, Rn. 89; daher sind auch Verbindlichkeiten in die Prognose einzubeziehen, die in Zukunft mit überwiegender Wahrscheinlichkeit fällig werden, BGH NJW-Spezial 2014, 151.

²⁷ *Jacoby*, in: Büchel/von Rechenberg, Hdb FA Handels- und GesR, 24. Kap. Rn. 59; ausführlich zur Aufstellung des Liquiditätsplans nach dem Bruttoprinzip und der Analyse des Netto-Cash-Flow *Drukarczyk/Schüler*, in: Kölner Schrift zur InsO, Teil I, S. 47 ff.

²⁸ *Drukarczyk/Schüler*, in: Kölner Schrift zur InsO, Teil I, S. 47 Rn. 49.

geschäftsführer den Antrag stellen.²⁹ Letztlich wird ein Geschäftsführer als Vertreter der Schuldner-GmbH nicht ohne triftigen Grund einen Insolvenzantrag stellen und die Gesellschaft in ein Insolvenzverfahren schicken, sodass die Zulässigkeitsvoraussetzung, ein solcher Antrag dürfe nicht sachfremden Zwecken dienen, sondern müsse das ernsthafte Interesse an einer Verfahrenseröffnung widerspiegeln³⁰, als selbstverständlich anzusehen sein sollte. Aufgrund der Tatsache, dass mit Einführung der drohenden Zahlungsunfähigkeit als weiterem Eröffnungsgrund eine frühzeitige Sanierungschance für wirtschaftlich schlecht aufgestellte Unternehmen geschaffen werden sollte, überzeugt es letztlich, geringere Anforderungen an den Nachweis der drohenden Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO zu stellen als an den Nachweis der Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 InsO.³¹ Um eine hinreichend zuverlässige Zahlungsunfähigkeitsprognose aufstellen zu können, sollte neben einem Liquiditätsplan auch eine Plan-GuV und eine Plan-Bilanz aufgestellt werden.³²

bb) Prognosezeitraum

Die Länge des Prognosezeitraums hat in der InsO keine gesetzliche Regelung erfahren, da der Wortlaut des § 18 Abs. 2 InsO dem Rechtsanwender nur das Tatbestandsmerkmal „voraussichtlich“ zur Verfügung stellt. So wird zum Teil auf den spätesten Fälligkeitstermin der Verbindlichkeiten abgestellt³³, was einen Prognosezeitraum von bis zu drei Jahren bedeuten könnte³⁴. Eine Betrachtung der Entwicklung bis zur Fälligkeit aller bestehenden Verbindlichkeiten

²⁹ BGH NZI 2003, 147; *Ampferl*, in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz, § 2 Rn. 116; *Uhlenbruck*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.45.

³⁰ BGH NZI 2003, 147.

³¹ So zutreffend *Uhlenbruck/Gundlach*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 6 Rn. 20.

³² *Ampferl*, in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz, § 2 Rn. 111; *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO § 18 Rn. 12; anschauliche Muster zur Plan-GuV sowie zu einer Plan-Bilanz finden sich bei *Drukarczyk*, in: MüKoInsO, § 18 Rn. 31.

³³ *Uhlenbruck/Gundlach*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 6 Rn. 19; *Drukarczyk*, in: MüKoInsO, § 18 Rn. 58.

³⁴ Vgl. Nerlich/Römermann/Mönning, InsO, § 18 Rn. 25.

wird einen Zeitraum vom mehreren Jahren umfassen können und abhängig von der betroffenen Branche unterschiedlich zu beurteilen sein.³⁵ Um diesen Zeitraum nicht allzu weit auszudehnen, sollte sinnvollerweise nur auf das laufende und gegebenenfalls noch das folgende Geschäftsjahr abgestellt werden, um so eine ausreichende Verifizierungsgrundlage für eine Zahlungsfähigkeitsprognose zu erhalten.³⁶

e) Überschneidungen mit dem Tatbestand der Überschuldung

Die Länge des Prognosezeitraums bei Prüfung der drohenden Zahlungsunfähigkeit entspricht im Ergebnis dem Prognosezeitraum im Rahmen der Fortführungsprognose bei der Überschuldungsprüfung, da eine hinreichend sichere Prognose nicht in unabsehbar weite Ferne gestellt werden kann und somit grundsätzlich ein angemessener Zeitraum erforderlich ist, der eine betriebswirtschaftliche Planungsrechnung ermöglicht.³⁷ Dies erscheint auch aus dem Grund nachvollziehbar, als in beiden Fällen eine Zahlungsfähigkeitsprognose erstellt wird. Letztlich muss sowohl zur Prüfung der drohenden Zahlungsunfähigkeit als auch zur Prüfung der Überschuldung ein Finanzplan aufgestellt werden, sodass beide Tatbestände sich zu einem bestimmten Teil überschneiden und es fraglich ist, ob von der Möglichkeit der Antragstellung nach § 18 InsO überhaupt entsprechender Gebrauch gemacht wird.³⁸ Jedoch erscheint die Fortführungsprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung nach § 19 InsO weitergehend als die Zahlungsfähigkeitsprognose nach § 18 InsO, da in der Fortführungsprognose nach § 19 auch noch nicht begründete, zukünftige Verbindlichkeiten Berücksichtigung finden, wohingegen im Rahmen der Prüfung der drohenden Zahlungsunfähigkeit nur solche Verbindlichkeiten Bestandteil der

³⁵ *Drukarczyk/Schüler*, in: Kölner Schrift zur InsO, Teil I, S. 47 Rn. 47; *Drukarczyk*, in: MüKoInsO, § 18 Rn. 55.

³⁶ Dies wird auch von *Breuer*, Insolvenzzrecht, Rn. 219; *Schröder*, in: HambKommInsO, § 18 Rn. 10; *Uhlenbruck/Gundlach*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 6 Rn. 19 und *Harz/Baumgartner/Conrad*, ZInsO 2005, 1304, 1308 entsprechend eingeschätzt.

³⁷ Zur Länge des Prognosezeitraums bei der Fortführungsprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung siehe bereits die Ausführungen unter 2. Teil § 5 B. II. 3. a) cc).

³⁸ *Drukarczyk*, in: MüKoInsO, § 18 Rn. 86.

Prognose sind, die zumindest vorhersehbar sind.³⁹ Zwischen den einzelnen Insolvenzeröffnungsgründen können daher z.T. fließende Übergänge bestehen. Bei der Feindifferenzierung zwischen drohender Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung gilt es letztlich zu untersuchen und abzugrenzen, in welchem Moment es zu einem Übergang von drohender Zahlungsunfähigkeit zu einer negativen Fortführungsprognose kommt, wodurch sich das in § 18 normierte Recht des Schuldners zur Antragstellung in die Pflicht zur Antragstellung nach § 15a Abs. 1 S. 1 InsO umwandeln würde.⁴⁰ Wenn nur drohende Zahlungsunfähigkeit, aber noch keine negative Fortführungsprognose vorliegt, wird das Unternehmen noch rechtmäßig fortgeführt, da eben noch keine Pflicht zur Stellung des Insolvenzantrags besteht. Eine vollständige Deckungsgleichheit beider Tatbestände ist daher abzulehnen, da anderenfalls gar keine frühzeitige Antragstellung wegen drohender Zahlungsunfähigkeit möglich wäre. Wenn dem Schuldner aber ein Anreiz geboten werden soll, frühzeitig den Insolvenzantrag zu stellen, so muss ein zeitlich vom Eintritt der Überschuldung zu trennender Zeitraum der drohenden Zahlungsunfähigkeit möglich sein. Für den Fall, dass der Antrag zwar auf drohende Zahlungsunfähigkeit gestützt wird, tatsächlich aber schon eine Überschuldung der Gesellschaft eingetreten ist, die durch den freiwilligen Antrag nach § 18 InsO zu verschleiern versucht wird, so wird dies dem Insolvenzgericht bei der gem. § 5 Abs. 1 InsO von Amts wegen durchzuführenden Prüfung, ob nach § 16 InsO ein Insolvenzgrund vorliegt, mit hoher Wahrscheinlichkeit auffallen, sodass eine derartige „Verschleierungs-Taktik“ nur wenig Aussicht auf Erfolg verspricht.⁴¹ Jedoch führt der wegen drohender Zahlungsunfähigkeit gestellte Antrag dazu, dass eine tatsächlich schon vorliegende Insolvenzverschleppung mit zukünftiger Wirkung eingestellt und möglicherweise rückwirkend für die Vergangenheit überdeckt wird.⁴² Letztlich sind Überschneidungen zwischen den Tatbeständen des § 18 InsO und § 19 InsO möglich und auch akzeptabel, da bei Zweifeln über das Vorliegen der Voraus-

³⁹ Vgl. *Uhlenbruck/Gundlach*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 6 Rn. 41.

⁴⁰ *K. Schmidt*, ZIP 2013, 485, 491.

⁴¹ Vgl. dazu *Drukarczyk*, in: MüKoInsO, § 18 Rn. 85.

⁴² *K. Schmidt*, in: *K. Schmidt/Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.41 betont den Vorteil des fehlenden „Selbstanzeigeeffekts“ bei einer Antragstellung nach § 18 InsO; *K. Schmidt*, ZGR 1998, 633, 651.

setzungen einer Überschuldung ein auf drohende Zahlungsunfähigkeit gestützter Eigenantrag gestellt werden kann⁴³ und auch das Gesetz in § 270b InsO mit der Möglichkeit der Beantragung des Schutzschirmverfahrens nach Antragstellung wegen drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung eine gewisse Nähe dieser beiden Insolvenzeröffnungsgründe zum Ausdruck gebracht hat.

2. Gesellschaftsinterne Zuständigkeit für die Antragstellung

Grundsätzlich erfolgt die Antragstellung nach § 18 Abs. 1 InsO wegen drohender Zahlungsunfähigkeit durch den Schuldner. Wenn bei einer GmbH die Zahlungsunfähigkeit droht, muss der Antrag für die Gesellschaft als Schuldnerin gem. § 18 Abs. 3 InsO entweder von allen Mitgliedern des Vertretungsorgans oder von dem zur Vertretung der Gesellschaft Berechtigten gestellt werden. Da es sich bei § 18 InsO eben nicht um eine Pflicht, sondern nur um ein Recht zur Antragstellung handelt, ist zu überlegen, ob der Wortlaut des § 18 Abs. 3 InsO ausreicht, dem Geschäftsführer der GmbH ohne weitere Einschränkungen die Kompetenz zur Antragstellung zuzuweisen.

a) Antragsrecht des Geschäftsführers als Vertretungsorgan

Der Geschäftsführer ist gem. § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG gesetzlicher Vertreter der GmbH, sodass ihm grundsätzlich die Zuständigkeit für die Antragstellung nach § 18 Abs. 3 InsO zu Teil wird. Dies ist schon aus systematischer Betrachtung einleuchtend, da ihm auch nach § 15 Abs. 1 S. 1 InsO das allgemeine Recht zur Antragstellung auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zusteht. Korrespondierend dazu ist das Recht zur Antragstellung nach § 18 Abs. 3 InsO und weitergehend die Antragspflicht nach § 15a Abs. 1 S. 1 InsO.

b) Zustimmung der Gesellschafterversammlung

Wenn der Geschäftsführer die Kompetenz der Antragstellung innehat, stellt sich die Frage, inwieweit eine Zustimmung der Gesellschafterversammlung hierfür noch von Bedeutung ist. So ist zum einen zu bedenken, dass das An-

⁴³ *Schmerbach*, in: FK-InsO, § 18 Rn. 5.

tragsrecht nach § 18 InsO eine Wahlmöglichkeit eröffnet, sodass hinsichtlich der Zukunft der Gesellschaft das Interesse derjenigen zu berücksichtigen sein sollte, die grundsätzlich über die Unternehmenspolitik entscheiden, und dies sind die Gesellschafter.⁴⁴ Die Insolvenzantragstellung unterfällt zwar grundsätzlich nicht dem gesetzlich festgelegten Aufgabenkreis der Gesellschafter nach § 46 GmbHG, eröffnet aber im Fall der nur drohenden Zahlungsunfähigkeit einen Entscheidungsspielraum. Da es weder in der InsO noch im GmbHG Regelungen bzgl. der Frage gibt, ob die Einholung eines zustimmenden Gesellschafterbeschlusses zur Antragstellung nach § 18 InsO durch den Geschäftsführer erforderlich ist,⁴⁵ gilt es auf der Basis allgemeiner Grundsätze abzuwägen, wie diese Frage beantwortet werden kann.

aa) Notwendigkeit eines Gesellschafterbeschlusses?

Erstmalig hat das OLG München zu der Problematik der Insolvenzantragstellung wegen drohender Zahlungsunfähigkeit in seiner Entscheidung vom 21. März 2013⁴⁶ ausgeführt, dass der Geschäftsführer pflichtwidrig handelt und sich dadurch gem. § 43 Abs. 2 GmbHG schadensersatzpflichtig macht, wenn er den Insolvenzantrag wegen drohender Zahlungsunfähigkeit stellt, ohne vorher einen zustimmenden Beschluss der Gesellschafter eingeholt zu haben. Die Formulierung, der Geschäftsführer dürfe nicht „gegen“⁴⁷ den Willen der Gesellschafter einen Insolvenzantrag wegen nur drohender Zahlungsunfähigkeit stellen, darf insofern nicht wörtlich als geringfügigere Hürde im Gegensatz zu „ohne“ einen zustimmenden Gesellschafterbeschluss verstanden werden, sondern erscheint vielmehr als redaktionelles Versehen bei der Wortwahl. „Gegen“ den Willen einer anderen Person zu handeln setzt voraus, dass diese andere

⁴⁴ Zur Kompetenzverteilung bzgl. der Unternehmenspolitik siehe bereits die Ausführungen unter 1. Teil § 3 C. I. 1.

⁴⁵ *Saenger/al-Wraikat*, NZG 2013, 1201, 1203; für ein erforderliches Einverständnis der Gesellschafter bereits *Meyke*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, Rn. 103.

⁴⁶ OLG München NZG 2013, 742, 744, in dem zu entscheidenden Fall lagen zusätzlich zum fehlenden zustimmenden Gesellschafterbeschluss bereits gar nicht die Voraussetzungen der drohenden Zahlungsunfähigkeit vor, da eine Deckungslücke von mindestens 10% nicht schlüssig vorgetragen wurde.

⁴⁷ OLG München NZG 2013, 742, 744.

Person überhaupt die Möglichkeit hatte, ihre Zustimmung zu verweigern, wohingegen ein Handeln „ohne“ den Willen schon dann vorliegt, wenn die andere Person gar nicht über das eigene Handeln informiert worden ist.

(1) Argumente pro Erforderlichkeit eines Gesellschafterbeschlusses

Für die Notwendigkeit eines Gesellschafterbeschlusses zur Stellung des Insolvenzantrags wegen drohender Zahlungsunfähigkeit lassen sich verschiedene Argumente anführen, die nachfolgend näher erörtert werden.

(a) Oberstes Willensbildungsorgan der GmbH

Die Gesellschafterversammlung hat die grundsätzliche Kompetenz zur Ausgestaltung der Unternehmenspolitik inne. Dies manifestiert sich insbesondere in dem Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung gegenüber dem Geschäftsführer aus § 37 Abs. 1 GmbHG, sodass die Gesellschafterversammlung als zentrales und höchstes Willensbildungsorgan innerhalb der Gesellschaft fungiert.⁴⁸ Da die Stellung eines Insolvenzantrags von zentraler Bedeutung für die Gesellschaft ist, sollte die Gesellschafterversammlung als oberstes Willensbildungsorgan an der Entscheidungsfindung hinsichtlich der Antragstellung partizipieren dürfen.

(b) Kompetenz für Grundlagengeschäfte

Die Gesellschafterversammlung entscheidet über Grundlagengeschäfte wie insbesondere die Auflösung der Gesellschaft nach § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG. Vor dem Hintergrund, dass die Gesellschaft mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens gem. § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG aufgelöst wird, kann der wegen drohender Zahlungsunfähigkeit gestellte Eröffnungsantrag, durch den nach gerichtlicher Prüfung das Insolvenzverfahren eröffnet wird, als mittelbarer Auflösungsbeschluss i.S.d. § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG angesehen werden.⁴⁹ Daher ist die

⁴⁸ Statt vieler Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, § 45 Rn. 4; Witt, in: Gehrlein/Witt/Volmer, GmbH-Recht in der Praxis, 4. Kap. Rn. 1.

⁴⁹ Leinekugel/Skauradszun, GmbHR 2011, 1121, 1126; Hk-GmbHG/Kolmann, Vor § 64 Rn. 142; so im Ergebnis auch Meyer, ZInsO 2013, 2361, 2364.

Entscheidung über die Stellung eines Insolvenzantrags wegen drohender Zahlungsunfähigkeit als Grundlagengeschäft anzusehen und folglich der Kompetenz der Gesellschafterversammlung zuzusprechen.⁵⁰

(c) Erst-Recht-Schluss aus § 49 Abs. 3 GmbHG

Ein weiteres Argument für die Notwendigkeit der Zustimmung der Gesellschafterversammlung ergibt sich aus einem Erst-Recht-Schluss aus § 49 Abs. 3 GmbHG. Hiernach muss die Gesellschafterversammlung bei hälftigem Verlust des Stammkapitals einberufen werden, um entscheiden zu können, welche möglichen Sanierungsmaßnahmen ergriffen werden können.⁵¹ Wenn die Einberufung nach § 49 Abs. 3 GmbHG schon als „Krisenwarnsignal“⁵² dient, dann erscheint die Einberufung der Gesellschafter im Fall der drohenden Zahlungsunfähigkeit und einer möglichen Intention des Geschäftsführers, deswegen nach § 18 InsO einen Insolvenzantrag zu stellen, erst recht notwendig.⁵³ Im Fall der drohenden Zahlungsunfähigkeit hat sich die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft im Vergleich zum hälftigen Verlust des Stammkapitals noch weiter verschlechtert, sodass die Gesellschafter das Recht haben müssen, über eine derart einschneidende Sanierungsmaßnahme wie einen Insolvenzantrag entscheiden zu können.

(d) Einberufung der Gesellschafter nach § 49 Abs. 2 GmbHG

Nach § 49 Abs. 2 GmbHG ist die Gesellschafterversammlung außerordentlich einzuberufen, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint. Daraus folgt, dass seitens des Geschäftsführers eine Entscheidung der Gesell-

⁵⁰ OLG München NZG 2013, 742, 744; *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1124; *Saenger/al-Wraikat*, NZG 2013, 1201, 1203.

⁵¹ *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1124; *Meyer*, ZInsO 2013, 2361, 2364; *Scholz/Seibt*, GmbHG, § 49 Rn. 23.

⁵² *Liebscher*, in: MüKoGmbHG, § 49 Rn. 55; *Scholz/Seibt*, GmbHG, § 49 Rn. 23; siehe hierzu bereits die Ausführungen unter 2. Teil § 4 B. I. 1. b) aa) (3).

⁵³ *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1124; *Chr. Schmidt-Leithoff/Baumert*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, Vor § 64 Rn. 46; *Saenger/al-Wraikat*, NZG 2013, 1201, 1203.

schafterversammlung bei allen Maßnahmen von grundlegender Bedeutung für die Gesellschaft eingeholt werden muss.⁵⁴ Insbesondere bei außergewöhnlichen Maßnahmen, die ein hohes finanzielles Risiko in sich bergen, wie beispielsweise die Veräußerung des Unternehmens, ist daher die Einberufung der Gesellschafterversammlung erforderlich.⁵⁵ Bislang ist aus der Kommentarliteratur noch nicht ausdrücklich ersichtlich, dass eine solche Einberufung auch für die Entscheidung über eine Insolvenzantragstellung wegen drohender Zahlungsunfähigkeit vorzunehmen ist. Wenn jedoch die Konsequenzen einer Insolvenzantragstellung, insbesondere das negative Image für das Unternehmen und die unvorhersehbaren Reaktionen der Kunden und Geschäftspartner, genau betrachtet werden, und eine Einberufung nach § 49 Abs. 3 GmbHG schon bei hälftigem Verlust des Stammkapitals zu erfolgen hat, so ist die Insolvenzantragstellung nach § 18 InsO erst recht als Maßnahme von grundlegender Bedeutung für die Gesellschaft einzuordnen.⁵⁶

(e) Keine zeitliche Parallele zu § 15a Abs. 1 S. 1 InsO

Zu beachten ist ferner, dass bei nur drohender Zahlungsunfähigkeit noch keine Antragspflicht nach § 15a Abs. 1 S. 1 InsO, sondern nur ein Antragsrecht besteht. Der Geschäftsführer ist daher mangels gesetzlich vorgeschriebener Frist zur Antragstellung im Fall der drohenden Zahlungsunfähigkeit nicht gehalten, den Antrag möglichst schnell zu stellen, ohne vorher die Gesellschafter um ihre Zustimmung gefragt haben zu müssen. Falls der Geschäftsführer sich darauf beruft, die Gesellschafter nicht kurzfristig erreicht zu haben, so kann ihn dies daher mangels Eilbedürftigkeit nicht von seiner Pflicht zur Einholung der Zustimmung befreien.⁵⁷ Eine Eilbedürftigkeit kann höchstens im tatsächlichen Sinne angenommen werden, wenn der Geschäftsführer in einer frühzeitigen

⁵⁴ Meyer, ZInsO 2013, 2361, 2364; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 37 Rn. 19.

⁵⁵ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 37 Rn. 11; Michalski/Lenz, GmbHG, § 37 Rn. 15; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 37 Rn. 22.

⁵⁶ So auch Ehlers, ZInsO 2013, 105, 114, der darauf verweist, dass eine Sanierung schon bei drohender Zahlungsunfähigkeit derart grundlegend über die Zukunft der Gesellschaft entscheidet, dass hierfür die Zustimmung der Gesellschafter erforderlich ist.

⁵⁷ OLG München NZG 2013, 742, 745.

Antragstellung nach § 18 InsO größere Sanierungschancen sieht, bevor tatsächlich die Insolvenzreife der Gesellschaft eintritt. Aber für den Fall der frühzeitigen Antragstellung wegen höherer Sanierungschancen besteht eben keine gesetzlich geregelte Pflicht zur schnellstmöglichen Antragstellung, denn spätestens dann, wenn die drohende Zahlungsunfähigkeit in Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung umschlägt, wandelt sich das Antragsrecht des Geschäftsführers in eine Antragspflicht um, sodass er für die dann erforderliche Antragstellung die Gesellschafter nicht mehr nach ihrer Zustimmung fragen muss, sondern die Drei-Wochen-Frist des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO zu beachten hat.

(2) Argumente contra Erforderlichkeit eines Gesellschafterbeschlusses

Neben den zuvor ausgeführten Argumenten, die für eine Notwendigkeit der Zustimmung der Gesellschafterversammlung sprechen, ist zu überlegen, welche Argumente einer derartigen erforderlichen Zustimmung entgegenstehen könnten.

(a) Zuständigkeitskatalog des § 46 GmbHG

Zunächst lässt sich gegen eine ausdrückliche Pflicht des Geschäftsführers zur Einberufung der Gesellschafterversammlung einwenden, dass der Zuständigkeitskatalog der Gesellschafter aus § 46 GmbHG die Zustimmung zur Insolvenzantragstellung wegen drohender Zahlungsunfähigkeit gerade nicht umfasst. Zur eindeutigen Präzisierung hätte der Gesetzgeber im Zuge des MoMiG eine entsprechende Gesetzesänderung vornehmen können, wovon er augenscheinlich Abstand genommen hat. Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Kompetenz der Gesellschafterversammlung zur Entscheidung über die Insolvenzantragstellung bei drohender Zahlungsunfähigkeit der GmbH könnte somit das Erfordernis einer Zustimmung der Gesellschafter abzulehnen sein.

(b) Vergleich zur UG (haftungsbeschränkt)

Zur Begründung der Notwendigkeit der Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung wird in der Literatur des Weiteren eine Parallele zur UG (haftungsbeschränkt) gezogen, bei der gem. § 5a Abs. 4 GmbHG im Fall der dro-

henden Zahlungsunfähigkeit unverzüglich die Gesellschafterversammlung einberufen ist. Hieraus werde die Grundentscheidung des GmbHG erkennbar, wonach über eine bevorstehende Insolvenz und deren mögliche Vermeidung auf Gesellschafterebene, nicht aber auf Geschäftsführungsebene zu befinden sei.⁵⁸ Tatsächlich ist in § 5a Abs. 4 GmbHG die Einberufungspflicht bei Vorliegen von drohender Zahlungsunfähigkeit ausdrücklich geregelt. Hier ist jedoch zu bedenken, dass die UG im Unterschied zur GmbH ein viel geringeres Stammkapital aufweist. Die Gesetzesbegründung stellt deshalb klar, dass aufgrund dieser Besonderheit bei der UG zu den bestehenden gesetzlichen Einberufungsgründen letztlich ein weiterer Einberufungsgrund hinzukommt.⁵⁹ Die Parallele zwischen der UG und der GmbH bei drohender Zahlungsunfähigkeit erscheint daher nicht ganz nachvollziehbar. Wenn nach dem Wortlaut des § 5a Abs. 4 GmbHG schon „abweichend von § 49 Abs. 3“ bei drohender Zahlungsunfähigkeit der UG unverzüglich die Gesellschafterversammlung einberufen werden muss, sich aber bei der GmbH keine entsprechende Regelung findet, so liegt der Schluss nahe, dass der Gesetzgeber für den Fall der drohenden Zahlungsunfähigkeit der GmbH gerade keine unverzügliche Einberufung der Gesellschafter verlangt. Da also für die UG gem. § 5a Abs. 4 GmbHG „abweichend von § 49 Abs. 3“ etwas anderes geregelt worden ist, vermag der hieraus abgeleitete Grundgedanke des GmbHG, dass Entscheidungen im Zusammenhang mit der Insolvenz der Gesellschaft immer auf Gesellschafterebene zu treffen sind, nicht zu überzeugen.

bb) Stellungnahme

Die fehlende Zustimmung seitens der Gesellschafter entfaltet im Außenverhältnis für die Antragstellung keine Wirkung, da die Zustimmung nur im Innenverhältnis von Relevanz ist. Ein ohne Zustimmung gestellter Antrag ist daher im Außenverhältnis wirksam, aber im Innenverhältnis kann dem Geschäftsführer

⁵⁸ *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1124; *Chr. Schmidt-Leithoff/Baumert*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, Vor § 64 Rn. 46.

⁵⁹ *Begr. RegE-MoMiG*, BT-Drs. 16/6140, S. 63.

eine Schadensersatzpflicht wegen eigenmächtiger Antragstellung drohen.⁶⁰ Für die Einholung der Zustimmung der Gesellschafterversammlung spricht in erster Linie ein systematisches Argument. Wenn der Geschäftsführer nach § 49 Abs. 3 GmbHG zur Einberufung der Gesellschafterversammlung im Fall des hälftigen Verlusts des Stammkapitals verpflichtet ist, so erscheint gerade die Stellung eines Insolvenzantrags wegen nur drohender Zahlungsunfähigkeit als wichtiger Grund zur Einberufung der Gesellschafterversammlung nach § 49 Abs. 2 GmbHG, da die Konsequenzen einer Insolvenzantragstellung für die Gesellschafter von allergrößtem Interesse sind. Auch wenn in diesem Fall noch keine Einberufungspflicht vorliegt, sollte von einem die Sorgfaltspflicht des § 43 Abs. 1 GmbHG beachtenden Geschäftsführer erwartet werden können, dass er die Gesellschafter befragt und wenigstens formlos ihre Zustimmung einholt.⁶¹ Die fehlende gesetzliche Regelung der Zustimmung der Gesellschafter im Zuständigkeitskatalog des § 46 GmbHG spricht letztlich nicht gegen das Erfordernis der Zustimmung aus anderen gesetzlichen Regelungen, wie eben der Einberufung aus wichtigem Interesse der Gesellschaft nach § 49 Abs. 2 GmbHG. Auch wenn die ausdrückliche Einberufungspflicht bei drohender Zahlungsunfähigkeit der UG nach § 5a Abs. 4 GmbHG noch nicht als ausreichend betrachtet werden kann, hieraus einen allgemeinen Grundgedanken des GmbHG abzuleiten, so erscheint das Argument des „Erst-Recht-Schlusses“ aus der Einberufungspflicht aus § 49 Abs. 3 GmbHG in der Gesamtschau mit § 49 Abs. 2 GmbHG letztlich als hinreichend überzeugend, einen vom Geschäftsführer vor der Antragstellung nach § 18 InsO einzuholenden zustimmenden Gesellschafterbeschluss als erforderlich anzusehen. Folglich ist die Zustimmung der Gesellschafterversammlung im Innenverhältnis erforderlich, damit der Geschäftsführer sich keinen Schadensersatzpflichten gegenüber sieht.

⁶⁰ So erstmals obergerichtlich entschieden vom OLG München NZG 2013, 742, 744; *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1126; *Hk-GmbHG/Kolmann*, Vor § 64 Rn. 142; *K. Schmidt*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.43.

⁶¹ *K. Schmidt*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.43.

c) Unternehmerischer Ermessensspielraum des Geschäftsführers

Die Frage, inwieweit der Geschäftsführer bei der Antragstellung wegen drohender Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO das Haftungsprivileg des unternehmerischen Ermessensspielraums für sich in Anspruch nehmen kann, bedarf keiner allzu umfassenden Erörterung. Auch wenn anerkannt ist, dass die Grundsätze der *business judgment rule* entsprechend auch für den Geschäftsführer gelten, so liegt bei der Stellung eines Insolvenzantrags schon gar keine unternehmerische Entscheidung vor, da der Geschäftsführer entweder seiner gesetzlichen Antragspflicht gem. § 15a Abs. 1 S. 1 InsO nachkommt, falls einer der Eröffnungsgründe Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vorliegen, oder im Fall der Antragstellung wegen drohender Zahlungsunfähigkeit gem. § 18 InsO ein Grundlagengeschäft vorgenommen wird, das in den Kompetenzbereich der Gesellschafterversammlung fällt.⁶² Jedoch ist ein Entscheidungsspielraum bei der Erstellung der Zahlungsfähigkeitsprognose i.S.d. § 18 Abs. 2 InsO dahingehend zu bejahen, dass die Prognose auf persönlichen Erfahrungswerten basiert und insbesondere die Wahrscheinlichkeit der Zahlungsunfähigkeit von mehr oder weniger 50% durch eine individuelle Einschätzung des Geschäftsführers festgelegt werden muss.⁶³ Insofern ist der unternehmerische Entscheidungsspielraum im Rahmen der drohenden Zahlungsunfähigkeit vorverlagert. Hinsichtlich der Prüfung, ob überhaupt die Zahlungsunfähigkeit droht, hat der Geschäftsführer also einen Ermessensspielraum.⁶⁴ Wenn er diese Prüfung mit einem positiven Ergebnis abschließt, verlässt er allerdings den Bereich der unternehmerischen Entscheidung und muss zur Entscheidung über die frühzeitige Insolvenzantragstellung nach § 18 InsO als Grundlagengeschäft der Gesellschaft die Zustimmung der Gesellschafterversammlung einholen. Anders hingegen stellt sich die Frage nach der Anwendung der *business judgment rule* für die Situation nach erfolgter Antragstellung durch den Geschäftsführer.

⁶² OLG München NZG 2013, 742, 743; *Saenger/al-Wraikat*, NZG 2013, 1201, 1205.

⁶³ *Drukarczyk*, in: MüKoInsO, § 18 Rn. 49 bezeichnet diese als „subjektive Wahrscheinlichkeiten“; *Saenger/al-Wraikat*, NZG 2013, 1201, 1205.

⁶⁴ OLG München NZG 2013, 742, 744; für einen unternehmerischen Ermessensspielraum bei unklarer Rechtslage *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 523; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, § 43 Rn. 23c.

Wenn die Eigenverwaltung begonnen hat und das Schutzschirmverfahren eröffnet ist, sollte dem Geschäftsführer auch für diesen Zeitraum das Privileg der *business judgment rule* zukommen, wenn er im Rahmen einer unternehmerischen Entscheidung gehandelt hat und die weiteren Voraussetzungen des unternehmerischen Ermessensspielraums erfüllt sind.⁶⁵

3. Formale Anforderungen an die Antragstellung nach § 18 InsO

Die Antragstellung wegen drohender Zahlungsunfähigkeit unterscheidet sich nur hinsichtlich des Auslösers für ihre Vornahme, nämlich dem Antragsrecht des Geschäftsführers, von der Antragstellung nach § 15a Abs. 1 S. 1 InsO aufgrund der Antragspflicht wegen eingetretener Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung. Ob der Antrag aufgrund eines Rechts oder aufgrund einer Pflicht gestellt wird, ändert zunächst einmal nichts an denselben formalen Voraussetzungen der Antragstellung. Die wesentlichen Anforderungen des § 13 InsO,⁶⁶ also insbesondere der schriftliche Antrag, das Gläubiger- und Forderungsverzeichnis sowie die Angaben zur Bilanzsumme, zu den Umsatzerlösen und zur durchschnittlichen Zahl der Arbeitnehmer gelten daher auch für die Antragstellung nach § 18 InsO wegen drohender Zahlungsunfähigkeit.

a) Vergleich zur „richtigen“ Antragstellung nach § 15a Abs. 4 InsO

Da es sich bei der Antragstellung wegen bloß drohender Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO nur um ein Recht zur Antragstellung, nicht aber um eine Pflicht handelt, findet die Norm des § 15a Abs. 4 InsO keine Anwendung, wonach dem Geschäftsführer die Strafbarkeit droht, wenn er den Insolvenzantrag nicht, nicht rechtzeitig oder nicht richtig stellt. Die Voraussetzung der „richtigen“ Antragstellung ist insofern bei einem auf drohende Zahlungsunfähigkeit gestützten Eigenantrag des Schuldners nur eine allgemeine Voraussetzung für die Zulässigkeit des Antrags an sich, führt aber im Fall ihrer Nichterfüllung gerade nicht

⁶⁵ Brinkmann, DB 2012, 1369, 1370.

⁶⁶ Ausführlich zu den formalen Anforderungen an die Antragstellung siehe bereits die obigen Ausführungen unter 2. Teil § 5 D. II.

zu einer Strafbarkeit des antragstellenden Geschäftsführers. Als einzige Konsequenz einer fehlerhaften Antragstellung droht im Fall des § 18 InsO somit lediglich die Zurückweisung des Antrags wegen Unzulässigkeit. Dies erscheint auch gerade aus der Betrachtung des teleologischen Zusammenspiels zwischen Recht und Pflicht einleuchtend: Nur die Verletzung einer Pflicht kann eine Sanktion nach sich ziehen. Wenn ein Recht ausgeübt wird, dabei jedoch Fehler unterlaufen, dürfen die Folgen nicht so gravierend ausfallen wie bei einer Pflichtverletzung.

b) Besondere Sorgfaltsanforderungen

Im Fall der Antragstellung nach § 18 InsO ist zu berücksichtigen, dass die Zahlungsunfähigkeit bislang nur droht. Da die zukünftigen Aussichten einer Sanierung durch die frühzeitige Antragstellung verbessert werden sollen, muss der Geschäftsführer als Vertreter der GmbH als Schuldnerin zusätzlich zu den nach § 13 InsO einzureichenden Unterlagen auch einen Liquiditätsplan einreichen.⁶⁷ Der Geschäftsführer ist gem. §§ 20 Abs. 1, 97 Abs. 1 und 101 Abs. 1 InsO auskunftspflichtig, sodass das Gericht von ihm die Vorlage eines entsprechenden Liquiditätsplans verlangen kann.⁶⁸ Bei der Aufstellung des Liquiditätsplans ist die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes nach § 43 Abs. 1 GmbHG anzuwenden.⁶⁹ Des Weiteren kann der Geschäftsführer zeitgleich mit der Antragstellung den Antrag auf Eigenverwaltung nach §§ 270 ff. InsO, den Antrag auf Eröffnung des Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO sowie einen „*pre-packaged-plan*“ eines Insolvenzplans nach §§ 218 ff. InsO beifügen.

⁶⁷ *Schmerbach*, in: FK-InsO, § 18 Rn. 18; *Uhlenbruck*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.45.

⁶⁸ Begr. RegE-InsO, BT-Drs. 12/2443, S. 115 sprach damals nur von der Pflicht zur Beifügung eines Gläubigerverzeichnisses und einer Vermögensübersicht; *Schmerbach*, in: FK-InsO, § 18 Rn. 23; *Drukarczyk/Schüler*, in: Kölner Schrift zur InsO, Teil I, S. 47 Rn. 48.

⁶⁹ *Schröder*, in: HambKommInsO, § 18 Rn. 17 spricht diesbezüglich von der „Sicht des sog. ordentlichen Kaufmanns“.

II. Anreize für eine frühzeitige Antragstellung

Der Gesetzgeber der InsO wollte mit Einführung des Antragsrechts bei drohender Zahlungsunfähigkeit Anreize für eine frühzeitige Antragstellung schaffen, zu denen aus Sicht des Geschäftsführers insbesondere das Recht zur Vorlage eines Insolvenzplans nach § 218 Abs. 1 InsO sowie die Möglichkeit der Eigenverwaltung nach §§ 270 ff. InsO zählen.⁷⁰ Insbesondere den Zugang zur Eigenverwaltung zu erleichtern, war eines der Hauptziele des ESUG-Gesetzgebers.⁷¹ Neu geschaffen wurde durch das ESUG ebenfalls die Möglichkeit für den Schuldner, sich im Fall von drohender Zahlungsunfähigkeit des sog. „*Schutzschirmverfahrens*“ nach § 270b InsO zu bedienen, um aufgrund einer frühzeitigen Antragstellung die Chancen für eine Sanierung des Unternehmens zu erhöhen.⁷²

1. Möglichkeit der Eigenverwaltung nach §§ 270 ff. InsO

Nach § 270 Abs. 1 InsO kann der Schuldner unter Aufsicht eines Sachwalters die Insolvenzmasse verwalten und über sie verfügen, wenn das Insolvenzgericht die Anordnung der Eigenverwaltung ausgesprochen hat, was nach § 270 Abs. 2 InsO voraussetzt, dass der Schuldner einen entsprechenden Antrag auf Eigenverwaltung gestellt hat und mangels entgegenstehender Tatsachen keine Nachteile für die Gläubiger durch die Anordnung der Eigenverwaltung zu befürchten sind. Der vorläufige Gläubigerausschuss hat gem. § 270 Abs. 3 InsO die Möglichkeit der Stellungnahme, wenn dies nicht offensichtlich eine nachteilige Veränderung im Schuldnervermögen zur Folge hat. Wenn der Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung nicht offensichtlich aussichtslos ist, soll das Gericht nach § 270a Abs. 1 InsO dem Schuldner weder ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegen noch einen sog. „starken“ vorläufigen Verwalter

⁷⁰ *Axhausen/Rieser*, in: Prinz/Winkeljohann, Beck'sches Handbuch der GmbH, § 15 Rn. 13; *Schmerbach*, in: FK-InsO, § 18 Rn. 1; *Drukarczyk/Schüler*, in: Kölner Schrift zur InsO, Teil I, S. 45 Rn. 43; *Drukarczyk*, in: MüKoInsO, § 18 Rn. 3.

⁷¹ Begr. RegE-ESUG, BT-Drs. 17/5712, S. 2; *Schröder*, in: HambKommInsO, § 18 Rn. 1; *Luttermann/Geißler*, ZInsO 2013, 1381, 1383; *Schienstock/Reifert/Drießen*, KSI 2013, 167.

⁷² Begr. RegE-ESUG, BT-Drs. 17/5712, S. 40.

bestellen, sondern vielmehr einen vorläufigen Sachwalter bestellen, der den Schuldner in der Verwaltung der Insolvenzmasse beaufsichtigt. Die Möglichkeit der Eigenverwaltung nach §§ 270 ff. InsO bietet also den großen Vorteil, dass sie dem Schuldner die Herrschaftsposition über das Vermögen des Unternehmens erhält. Auch wird die Eigenverwaltung als kostengünstiger eingeordnet, weil die Verfahrenskosten aufgrund der besseren Kenntnis des Eigenverwalters über die betrieblichen Verhältnisse etwa halbiert werden könnten.⁷³ Die Nutzung des bei der Geschäftsführung bestehenden Know-hows stellt neben den niedrigeren Kosten auch für die angestrebte Sanierung einen Vorteil dar.⁷⁴ Nicht zu unterschätzen ist indes das mangelnde Vertrauen der wichtigsten Gläubiger des Unternehmens in die „alte“ Geschäftsführung, sodass in der Praxis für eine erfolgreiche Sanierung häufig ein erfahrener Sanierungsberater oder CRO (*Chief Restructuring Officer*) neben der bestehenden Geschäftsführung eingesetzt wird.⁷⁵ Schließlich behält der Schuldner die Entscheidungskompetenz auch dann, wenn das Gericht die Voraussetzungen der Eigenverwaltung als nicht erfüllt ansieht, da das Gericht dem Schuldner gem. § 270a Abs. 2 InsO seine Bedenken mitteilen muss und ihm damit die Möglichkeit eröffnet, den Eröffnungsantrag vor der Entscheidung über die Eröffnung zurückzunehmen. Obwohl diese Punkte einen nicht zu unterschätzenden Vorteil im Rahmen einer angestrebten Sanierung und einen Anreiz für eine Insolvenzantragstellung schon bei drohender Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO darstellen, wurde die Eigenverwaltung aus Gläubigersicht bisweilen eher skeptisch betrachtet mit dem Argument, im Fall der Insolvenz dürfe nicht der „Bock zum Gärtner“ gemacht werden.⁷⁶ Diese Skepsis basiert hauptsächlich darauf, dass der Geschäftsführung u.a. der Vorwurf mangelnder Kenntnis der Krisenursachen, des Nichtbeachtens von Frühwarnsignalen und auch des Missbrauchs der

⁷³ Ehlers, ZInsO 2013, 105, 113; Schienstock/Reifert/Drießen, KSI 2013, 167, 170; Schneider/Höpfner, BB 2012, 87, 88.

⁷⁴ Steffan, in: Oppenländer/Trölitersch, GmbH-Geschäftsführung, § 38 Rn. 133; Siemon/Klein, ZInsO 2012, 2009, 2012; Vallender, GmbHR 2012, 450.

⁷⁵ Zu der Einsetzung eines CRO als vertrauensbildender Maßnahme im Allgemeinen und zu seinen Aufgaben im Besonderen Klein/Thiele, ZInsO 2013, 2233, 2236.

⁷⁶ Römermann, GmbHR 2012, 421, 422; ähnlich auch Haas/Kahlert, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 86 Rn. 14 sowie Vallender, GmbHR 2012, 445.

Eigenverwaltung zur eigenen Haftungsvermeidung und zur Vermeidung einer strafrechtlichen Inanspruchnahme gemacht wird, was schließlich ein mangelndes Vertrauen der Gläubiger in die Geschäftsführung widerspiegelt, sich zukünftig ordnungsgemäß im Sinne einer erfolgreichen Sanierung zu verhalten.⁷⁷ Auch wenn die Eigenverwaltung in der Praxis bislang noch nicht an überragender Bedeutung gewonnen hat,⁷⁸ so ist doch in einigen prominenten Fällen bereits die Eigenverwaltung nach frühzeitiger Antragstellung zur Anwendung gekommen.⁷⁹

a) **Schutzschirmverfahren gem. § 270b InsO**

Das Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO hat durch das ESUG Einzug in die InsO gehalten und ist gem. § 270b Abs. 1 InsO als eine mögliche Form der Eigenverwaltung anwendbar, wenn der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung gestellt worden, die Eigenverwaltung beantragt und die Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist. Das Erfordernis der nicht offensichtlichen Aussichtslosigkeit erfährt keine gesetzliche Definition. Eine Sanierung wird jedoch dann als offensichtlich aussichtslos einzuordnen sein, wenn aufgrund der bekannten Umstände das Scheitern der Sanierung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintreten wird, was insbesondere dann anzunehmen ist, wenn die Fortführung des Geschäftsbetriebs nicht einmal für den Drei-Monats-Zeitraum des § 270b InsO gesichert werden kann.⁸⁰ Dem Schuldner wird durch das Schutzschirmverfahren gem. § 270b Abs. 1 auf Antrag die Möglichkeit gegeben, innerhalb einer Frist von maximal drei Monaten einen Insolvenzplan vorzulegen und damit die anvisierte Sanierung vorzubereiten.

⁷⁷ *Ehlers*, ZInsO 2013, 105, 113.

⁷⁸ *Vallender*, GmbHR 2012, 445, 446.

⁷⁹ Zu den namhaften Fällen zählen u.a. *Pfleiderer* und *Centrotherm*, siehe hierzu *Kremers/Hoffmann*, ZInsO 2013, 289; *Schienstock/Reifert/Drießen*, KSI 2013, 167, 169.

⁸⁰ *Kern*, in: MüKoInsO, § 270b Rn. 38 mit weiteren Beispiels-Fallgruppen; *Thiele*, in: *Wimmer/Dauernheim/Wagner/Gietl*, Hdb FA Insolvenzrecht, Kap. 4 Rn. 124 f. stellt insbesondere auf die Einschätzung eines gerichtlich bestellten Sachverständigen ab.

aa) Besondere Pflichten des Schuldners

Zusammen mit dem Antrag auf Eröffnung des Schutzschirmverfahrens muss der Schuldner gem. § 270b Abs. 1 S. 3 InsO eine von einem Sachverständigen begründete Bescheinigung vorlegen, aus der sich ergibt, dass entweder drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vorliegt, aber gerade keine Zahlungsunfähigkeit, und dass die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist. Diese sog. Sanierungsbescheinigung sollte mindestens Angaben zu den von Unternehmensseite zur Verfügung gestellten Unterlagen enthalten, die drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung anhand der jeweiligen Tatsachen aufzeigen, die Krisenursachen skizzieren sowie das geplante Sanierungskonzept mitsamt der Begründung für seine Erfolgsaussichten darstellen.⁸¹ Die genauen Anforderungen an den Antrag nach § 270b InsO bedürfen einer genaueren Untersuchung. Insbesondere müssen die erforderlichen betriebswirtschaftlichen Analysen genauer ins Auge gefasst werden.⁸²

bb) Ausgewählte Problemfelder des § 270b InsO

Im Rahmen des Schutzschirmverfahrens tauchen einige problembehaftete Aspekte auf, die einer näheren Betrachtung bedürfen.

(1) Person des Ausstellers der Sanierungsbescheinigung

Nach § 270b Abs. 1 S. 3 InsO soll die vorzulegende Sanierungsbescheinigung von einem in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberater, Wirtschaftsprüfer oder Rechtsanwalt oder einer Person mit vergleichbarer Qualifikation ausgearbeitet und mit Gründen versehen werden. Hier stellt sich die Frage, ob die Person des Ausstellers über eine möglichst weitgehende Unvoreingenommenheit und Unabhängigkeit verfügen muss, um die wirtschaftliche Lage des Unternehmens

⁸¹ *Fuhst*, GWR 2012, 482, 483; auch sollten „offensichtliche Sanierungshemmnisse“ klar identifiziert werden, so *Knief*, DB 2012, 2353, 2355, unter Berufung auf den Musterantrag von *Haarmeyer*, Handlungsempfehlungen für die neue Insolvenzordnung, S. 7, abrufbar unter <http://www.diai.org/app/download/5794096862/Anhang+Handlungsempfehlung+Februar+2012.pdf?t=1374570489> (Abruf am 13.02.2014).

⁸² *Knief*, DB 2012, 2353, 2355.

sachgerecht beurteilen zu können. So gestaltet sich die Situation beispielsweise dann schwierig, wenn der langjährige Steuerberater des Unternehmens mit der Erstellung der Sanierungsbescheinigung beauftragt wird. Wenn der Berater das Unternehmen schon lange kennt und ihm die wirtschaftliche Entwicklung bekannt ist, ist eine neutrale Prüfung der Insolvenzgründe und der Sanierungsaussichten unter Umständen nicht mit Sicherheit zu gewährleisten. Folglich kann die Bescheinigung nicht von einem langjährigen unternehmensberatenden Steuerberater etc. ausgestellt werden.⁸³ Nach anderer Ansicht ist die Unabhängigkeit des Ausstellers kein erforderliches Kriterium, da es hierfür weder einen Anhaltspunkt im Gesetz gebe noch es im Sinne des Gesetzgebers sei, den Zugang zum Schutzschirmverfahren durch Einsetzung eines neutralen Dritten mit dadurch verbundenen erhöhten Kosten und einem großen Zeitaufwand zu erschweren.⁸⁴ Zwar ist es nachvollziehbar, dass ein langjähriger Berater des Unternehmens mit weniger Zeit- und Kostenaufwand eine Bescheinigung über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft aufstellen kann. Jedoch ist das Ziel des Schutzschirmverfahrens nicht außer Acht zu lassen: Dem Schuldner soll die Möglichkeit gegeben werden, unter Vorlage eines Insolvenzplans eine Sanierung des Unternehmens zu erreichen, er soll aber gerade nicht so weiterwirtschaften wie bisher.⁸⁵ Wenn ein mit den finanziellen Verhältnissen der Gesellschaft vertrauter Berater die zukünftigen Aussichten beurteilen soll, besteht das Risiko, dass die Sanierungsaussichten in Absprache mit der Geschäftsführung besser dargestellt werden als sie sind. Daher ist das aufgebaute Vertrauensverhältnis zwar für eine offene Kommunikation förderlich, kann aber auf der anderen Seite gerade dazu führen, dass die Sanierungsbescheinigung nicht ein wahrheitsgetreues Bild der wirtschaftlichen Lage widerspiegelt und es folglich zu einer Verletzung der Gläubigerinteressen kommt. Somit ist im Ergebnis die

⁸³ So entschieden vom AG München ZIP 2012, 1470; ebenso *Knief*, DB 2012, 2353, 2355 sowie *Kremers/Hoffmann*, ZInsO 2013, 289, 290.

⁸⁴ *Desch/Hafenmayer*, BB 2012, 2975, 2976; *Vallender*, GmbHR 2012, 450, 451; im Ergebnis so auch *Fuhst*, GWR 2012, 482, 484, der das Vertrauensverhältnis bei langjährigen Mandatsbeziehungen positiv hervorhebt, aber andererseits auch der Sanierungsbescheinigung eines unabhängigen Ausstellers eine wachsende Überzeugungskraft zugesteht.

⁸⁵ *Siemon/Klein*, ZInsO 2012, 2009, 2012.

Unabhängigkeit und Unvoreingenommenheit des Ausstellers als erforderliches Kriterium anzusehen.

(2) Haftung des Ausstellers

Macht der Aussteller der Sanierungsbescheinigung unrichtige Angaben, so ist zu überlegen, welchen Haftungsrisiken er sich dadurch aussetzt. Hier sei an dieser Stelle nur cursorisch die Haftung aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter im Falle der Schädigung eines Gläubigers genannt ebenso wie die Haftung wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB.⁸⁶

(3) Voraussichtlicher Eintritt der Zahlungsunfähigkeit

Ferner ist fraglich, ob die Eröffnung des Schutzschirmverfahrens für den Fall ausgeschlossen werden soll, dass voraussichtlich in Zukunft die Zahlungsunfähigkeit eintreten wird. Dies kann sich zum einen aus der Sanierungsbescheinigung ergeben, zum anderen kann es aus der Perspektive des Schuldners passieren, dass einige Gläubiger mit Bekanntwerden der Eröffnung des Schutzschirmverfahrens ihre Forderungen fällig stellen, was dann den tatsächlichen Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zur Folge hat.⁸⁷ Letztlich sieht es das Gesetz in § 270b InsO nicht vor, das Schutzschirmverfahren im Fall des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit aufzuheben. Solange die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist und in dem entwickelten Sanierungskonzept für den Fall der eintretenden Zahlungsunfähigkeit entsprechende Gegenmaßnahmen hinreichend berücksichtigt worden sind, sollte der voraussichtliche Eintritt der Zahlungsunfähigkeit daher nicht dazu führen, dass das Schutzschirmverfahren nicht eröffnet werden kann bzw. aufzuheben ist.⁸⁸

⁸⁶ Hierzu ausführlich *Brinkmann*, DB 2012, 1313, 1314 f. sowie *Fuhst*, GWR 2012, 482, 488.

⁸⁷ Ausführlich zu den einzelnen Fallkonstellationen *Ganter*, NZI 2012, 985 f.

⁸⁸ *Brinkmann*, DB 2012, 1313, 1316; *Ganter*, NZI 2012, 985, 987; *Vallender*, GmbHR 2012, 450, 452.

(4) Missbrauchsrisiken bei der Verwendung des Schutzschirmverfahrens

Die Besonderheit des Schutzschirmverfahrens liegt darin, dass der Schuldner abgeschirmt von dem Zugriff der Gläubiger die Möglichkeit haben soll, innerhalb von drei Monaten einen Insolvenzplan vorzulegen und damit die Sanierung des Unternehmens vorzubereiten. Aufgrund der Eigenverantwortlichkeit des Schuldners besteht das Risiko einer missbräuchlichen Verwendung bzw. Einsetzung des Schutzschirmverfahrens. Für den Fall, dass die Zahlungsunfähigkeit tatsächlich bereits eingetreten ist, würde es als rechtsmissbräuchlich einzuordnen sein, wenn der Schuldner die nach § 270b Abs. 1 S. 3 InsO erforderliche Bescheinigung einreicht, und diese entweder aufgrund der Vorlage unrichtiger Unternehmensdaten oder aufgrund einer Absprache mit dem jeweiligen Sachverständigen eine nur drohende Zahlungsunfähigkeit darstellt.⁸⁹ Ein weiterer rechtsmissbräuchlicher Einsatz des Schutzschirmverfahrens könnte dann vorliegen, wenn das Schutzschirmverfahren beantragt wird, um vordergründig einen gesellschaftsinternen Disput zu beenden anstatt das Ziel einer Erfolgs gerichteten Sanierung zu verfolgen.

(5) Praxisbeispiel des Suhrkamp-Verlags

Ein Beispiel aus der Praxis, in dem das Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO zur Anwendung gelangt ist und in dem sich die Frage einer missbräuchlichen Verwendung gestellt hat, ist der Fall des Suhrkamp-Verlags, welcher nachfolgend kurz skizziert werden soll.⁹⁰ Auf die langjährig bestehenden zivilrechtlichen Streitigkeiten zwischen den Gesellschaftern sowie auf eine detaillierte Darstellung der gesellschaftsrechtlichen Struktur des Suhrkamp-Verlags soll aus Vereinfachungsgründen hier nicht näher eingegangen werden. Es soll vielmehr die Konkurrenz zwischen Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht aufgezeigt und erörtert werden.

⁸⁹ *Ganter*, NZI 2012, 985, 988.

⁹⁰ Die nachfolgenden Informationen sind dem Urteil des LG Frankfurt a.M. v. 13.08.2013, Az. 3 09 O 78/13, abgedruckt in ZInsO 2013, 1793 ff., entnommen.

(a) Zeitliche Entwicklung des Rechtsstreits

Zur Existenzsicherung des Verlags hat die Geschäftsführung beim AG Berlin-Charlottenburg am 27.05.2013 die Eröffnung des Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO beantragt. Dem vorausgegangen war eine Gesellschafterversammlung am 10.05.2013, in welcher der 39%ige Minderheitsgesellschafter aufgefordert wurde, zukünftigen Investitionen zuzustimmen. Nach einer Mitteilung vom 16.05.2013, in der die Prüfung der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung der Gesellschaft bekannt gemacht wurde, wurden die Gesellschafter aufgefordert, entweder all ihre Gesellschafterforderungen bis zum Ablauf des Jahres 2014 zu stunden oder für diese Forderungen einen Rangrücktritt in den Rang des § 39 Abs. 2 InsO zu erklären, um eine zukünftig drohende Insolvenzantragspflicht zu vermeiden. Nachdem der Minderheitsgesellschafter die eingeforderten Erklärungen nicht abgegeben hatte, erklärte die 61%ige Mehrheitsgesellschafterin am 26.05.2013, sie werde den geplanten Maßnahmen zustimmen, wenn auch der Minderheitsgesellschafter hierzu bereit sei. Dem am 27.05.2013 gestellten Antrag auf Eröffnung des Schutzschirmverfahrens wurde stattgegeben und nach Feststellung der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung durch den Sachwalter und Einreichung des Insolvenzplans durch die Geschäftsführung wurde am 06.08.2013 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft unter Anordnung der Eigenverwaltung eröffnet. Nachfolgend stritten der Minderheitsgesellschafter und die Mehrheitsgesellschafterin um die Ausschüttung von Gewinnforderungen. Im Wege des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens hat der Minderheitsgesellschafter gegen die Mehrheitsgesellschafterin mit Urteil des LG Frankfurt a.M. vom 13.08.2013 eine einstweilige Verfügung erwirkt, aus der die Mehrheitsgesellschafterin verpflichtet wird, ihre Gewinnforderungen nicht nach § 38 InsO behandeln lassen zu wollen und ihre Forderungen nicht vor dem 31.12.2014 fällig zu stellen. Dies folge aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht, die insbesondere bei der Existenzsicherung der Gesellschaft zu beachten sei. Entscheidend war in diesem Fall, dass zum Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung nach Aussage des Sachwalters nur eine drohende Zahlungsunfähigkeit vorlag, welche noch nicht die Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 1 S. 1 InsO auslöst.

(b) Treuwidriges Verhalten der Mehrheitsgesellschafterin

Die Behauptung der Überschuldung durch die Mehrheitsgesellschafterin aufgrund negativer Fortführungsprognose, da die Gesellschafter an den erforderlichen Sanierungsmaßnahmen nicht entsprechend hätten mitwirken wollen, ist vom Gericht als treuwidrig eingeordnet worden, da der Minderheitsgesellschafter seine Sanierungsbereitschaft kurz vor der Antragstellung durch die Geschäftsführung bekundet habe.⁹¹ Die Fälligestellung der Gewinnausschüttungsforderungen der Mehrheitsgesellschafterin nach Eröffnung des Schutzschirmverfahrens hat die Krise der Gesellschaft vertieft und die tatsächliche Insolvenz erst herbeigeführt. Die Herbeiführung der Insolvenz steht jedoch gerade im Widerspruch zu den Motiven eines die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht beachtenden Gesellschafters.⁹² Die Beantragung des Schutzschirmverfahrens mit anschließender Fälligestellung der Gewinnausschüttungsforderungen durch die Mehrheitsgesellschafterin wurde daher vom Gericht als treuwidrig und als Handeln „aus gesellschaftsfremden Motiven“ eingeordnet, die darauf abzielten, den Minderheitsgesellschafter in seiner Position sehr zu schwächen oder ihn sogar aus der Gesellschaft zu drängen.⁹³ Diese Schlüsse zieht das Gericht aus dem von der Mehrheitsgesellschafterin vorgelegten Insolvenzplan, der keine strukturellen Verbesserungsvorschläge für das operative Geschäft enthielt, sondern vorsah, den Minderheitsgesellschafter nur noch mit einem Mindestmaß an aktienrechtlichem Einfluss zu bedenken, ihn aber für sieben Jahre an die Gesellschaft zu binden.⁹⁴ Das eigentliche Ziel des Schutzschirmverfahrens, das Unternehmen in Absprache mit den wichtigsten Gläubigern einer erfolgreichen Sanierung zuzuführen, wurde augenscheinlich vorliegend nicht verfolgt, da entsprechende Abstimmungen gar nicht stattgefunden hatten.⁹⁵ Letztlich hat das LG Frankfurt a.M. entschieden, dass für die Lösung gesellschaftsinterner Streitigkeiten nicht das Insolvenzrecht dienen kann und dass die Verwendung des

⁹¹ LG Frankfurt a.M. ZInsO 2013, 1793, 1798.

⁹² LG Frankfurt a.M. ZInsO 2013, 1793, 1799.

⁹³ LG Frankfurt a.M. ZInsO 2013, 1793, 1799.

⁹⁴ LG Frankfurt a.M. ZInsO 2013, 1793, 1799 f.

⁹⁵ LG Frankfurt a.M. ZInsO 2013, 1793, 1798.

Schutzschirmverfahrens in Eigenverwaltung mit dem Ziel der Entmachtung des Mitgesellschafters als rechtsmissbräuchliches Verhalten zu qualifizieren ist.⁹⁶

(c) Weitere Entwicklung des Rechtsstreits

Das OLG Frankfurt a.M. hat dem seitens der Mehrheitsgesellschafterin gestellten Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung aus der einstweiligen Verfügung des LG Frankfurt a.M. stattgegeben mit der Begründung, dem Minderheitsgesellschafter als Verfügungskläger fehle bereits das Rechtsschutzbedürfnis.⁹⁷ Es könne nicht unter Berufung auf die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht „in das durch das ESUG geschaffene Kompetenzgefüge (...) eingegriffen werden“.⁹⁸ Die Regelungen zum Insolvenzplan in der InsO würden gerade dann konterkariert, wenn einzelne Beteiligte für sie bedeutsame Vorfragen außerhalb des Insolvenzverfahrens von anderen Gerichten prüfen und klären lassen könnten, wie beispielsweise eben die Frage der rechtsmissbräuchlichen Verwendung des Insolvenzplanverfahrens.⁹⁹ Nachdem das AG Charlottenburg im September 2013 den Insolvenzplan zugelassen hatte, durch den der Suhrkamp-Verlag von einer KG in eine AG umgewandelt werden sollte¹⁰⁰ und die Mehrheit der Gläubiger den vorgelegten Insolvenzplan im Oktober 2013 angenommen hatte¹⁰¹, hat das AG Charlottenburg im Januar 2014 den Insolvenzplan bestätigt, wodurch der Weg für die angestrebte Umwandlung geebnet worden ist.¹⁰² Gegen diese Bestätigung hat der Minderheitsgesellschafter Ende Januar 2014 Beschwerde eingelegt, nachdem er bereits im Oktober 2013 eine Verfas-

⁹⁶ LG Frankfurt a.M. ZInsO 2013, 1793, 1800; *Fölsing*, ZInsO 2013, 1325, 1330; als rechtsmissbräuchlich ist die Antragstellung gerade dann anzusehen, wenn zuvor kein entsprechender Gesellschafterbeschluss eingeholt worden ist, *Müller*, DB 2014, 41, 44.

⁹⁷ OLG Frankfurt a.M. NZI 2013, 978.

⁹⁸ OLG Frankfurt a.M. NZI 2013, 978, 979.

⁹⁹ OLG Frankfurt a.M. NZI 2013, 978, 980.

¹⁰⁰ <http://www.spiegel.de/kultur/literatur/traditionsverlag-suhrkamp-wird-aktiengesellschaft-a-920472.html> (Abruf am 16.02.2014).

¹⁰¹ <http://www.spiegel.de/kultur/literatur/suhrkamp-glaebiger-billigen-insolvenzplan-a-929294.html> (Abruf am 16.02.2014).

¹⁰² <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/buecher/suhrkamp-prozess-gruenes-licht-fuer-insolvenzplan-12753076.html> (Abruf am 16.02.2014).

sungsbeschwerde eingereicht hatte.¹⁰³ Bislang ist das Insolvenzverfahren noch nicht beendet worden, sodass der weitere Fortgang des Rechtsstreits abzuwarten bleibt.

(d) Würdigung

Im Fall des Suhrkamp-Verlags sollte vordergründig die Existenz des Verlags durch die Beantragung des Schutzschirmverfahrens gesichert werden. Durch das Schutzschirmverfahren wollte der Verlag seine uneingeschränkte Handlungs- und Zahlungsfähigkeit sichern. Problematisch und von großem Interesse der medialen Öffentlichkeit begleitet war, dass die Beantragung des Schutzschirmverfahrens in diesem Fall erfolgt ist, um die widerstreitenden Interessen von Mehrheits- und Minderheitsgesellschafter um die Ausschüttung der Gewinne beizulegen.¹⁰⁴ Nach dem Willen des Gesetzgebers soll der Schutzschirm dem Schuldner die Chance auf eine frühzeitige Sanierung des Unternehmens in Eigenverwaltung ermöglichen und ihn für einen begrenzten Zeitraum dem unmittelbaren Zugriff seiner Gläubiger entziehen.¹⁰⁵ Wenn die Geschäftsführung nach vorangegangenen gesellschaftsinternen Streitigkeiten die Eröffnung des Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO zur Sicherung der Existenz des Verlags beantragt hat, so ist das Verfahren zwar offiziell zum Erhalt des Gesellschaftsbestands, tatsächlich aber zu dem Zweck verwendet worden, eine Lösung des Konflikts zwischen beiden Gesellschaftern über die Gewinnausschüttungsforderungen zu umgehen. Wenn zwischen den Gesellschaftern keine Einigung hinsichtlich der Gewinnausschüttung erzielt werden kann, erscheint es nach dem Sinn und Zweck der Norm des § 270b InsO in der Tat zweckwidrig, mit der Beantragung der Eröffnung des Schutzschirmverfahrens und der Vorlage eines Insolvenzplans, durch dessen Umsetzung der Minderheitsgesellschafter praktisch entmachtet würde, eine Konfliktlösung zwischen den widerstreitenden Interessen zu umgehen. Wenn es unter den Gesellschaftern Uneinigkeiten über die Führung der Gesellschaft und umzusetzende Maßnahmen gibt, so

¹⁰³ <http://www.boersenblatt.net/692176/> (Abruf am 16.02.2014).

¹⁰⁴ <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-dienstleister/schutzschirmverfahren-suhrkamp-leitet-sonder-insolvenzverfahren-ein/8262558.html> (Abruf am 16.02.2014).

¹⁰⁵ Begr. RegE-ESUG, BT-Drs. 17/5712, S. 40.

kann die zweckfremde Verwendung insolvenzrechtlicher Instrumente keine geeignete Problemlösung darstellen. Vielmehr kann eine Lösung nur dann erreicht werden, wenn entweder einer der Gesellschafter ausscheidet oder die Gesellschaft freiwillig liquidiert wird.¹⁰⁶ Auch wenn das OLG Frankfurt a.M. nachvollziehbar entschieden hat, dass eine Klärung selbständiger Vorfragen außerhalb des Insolvenzverfahrens durch andere Gerichte dem System der InsO widerspricht, und darüber hinaus das Risiko sich widersprechender Gerichtsentscheidungen besteht,¹⁰⁷ so stellt sich doch die Frage, ob der Schutz der Gesellschafter im Insolvenzverfahren noch hinreichend gewährleistet ist. Nach dem neu eingeführten § 225a InsO kann in die Anteilsrechte der Inhaber mittels des Insolvenzplans eingegriffen werden. Wenn dem Insolvenzverfahren ein absoluter Vorrang zugestanden wird, kann es für den Gesellschafter mitunter schwierig sein, im Insolvenzverfahren zu beweisen, dass sein Anteil noch einen gewissen Sanierungsrestwert aufweist, den er als auszugleichenden Schaden in einem Haftungsprozess gegen die Geschäftsführung geltend macht, wenn der Insolvenzantrag freiwillig und nicht nach § 15a Abs. 1 S. 1 InsO gestellt worden ist.¹⁰⁸ Eine strikte Ablehnung der Prüfung eines Verstoßes gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht innerhalb des Insolvenzverfahrens erscheint zwar aufgrund des weiten Spielraums der Treuepflicht nachvollziehbar, jedoch sollte eine Überprüfung hinsichtlich eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens möglich sein, um einen hinreichenden Schutz der Gesellschafter sicherstellen zu können. Wenn die Einleitung eines Insolvenzverfahrens aus anderen Gründen erfolgt als der zielgerichteten Sanierung des Unternehmens, muss dies überprüfbar und durch die Gesellschafter auch angreifbar sein, um ihre Rechte zu schützen. Ein solcher Schutz könnte zum einen dadurch erreicht werden, dass das Insolvenzgericht schon bei Prüfung des gestellten Insolvenzantrags untersucht, ob ein gesellschaftsrechtlicher Treuepflichtverstoß vorliegt, und für

¹⁰⁶ Im Fall des Suhrkamp-Verlags als GmbH & Co. KG hätte die Liquidation nach § 145 HGB stattgefunden, LG Frankfurt a.M. ZInsO 2013, 1793, 1800.

¹⁰⁷ Müller, DB 2014, 41, 45; im Ergebnis so auch Meyer, ZInsO 2013, 2361, 2366.

¹⁰⁸ Hierzu ausführlich Möhlenkamp, BB 2013, 2828, 2830; Müller, DB 2014, 41, 44 verweist noch weitergehend darauf, dass ein Rückgängigmachen der Konsequenzen aus der Eröffnung des Insolvenzverfahrens in der Regel nicht mehr möglich ist.

den Fall der Feststellung eines solchen Verstoßes den Antrag abweist.¹⁰⁹ Für einen derartigen Schutz sind zwei Alternativen denkbar: Zum einen kann dem durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens benachteiligten Gesellschafter die Möglichkeit gegeben werden, die Eröffnung des Verfahrens zu verhindern, indem er den treuwidrig handelnden Gesellschafter mittels eines Beseitigungsanspruchs nach § 1004 BGB analog verpflichten kann, an einem Gesellschafterbeschluss mitzuwirken, durch den die Geschäftsführung zur Rücknahme des Antrags nach § 13 Abs. 2 InsO angewiesen wird. Zum anderen kann der benachteiligte Gesellschafter nach Eröffnung des Verfahrens ebenfalls aus § 1004 BGB analog von dem treuwidrig handelnden Gesellschafter sowohl die Beseitigung der treuwidrig herbeigeführten Insolvenzgründe als auch die Mitwirkung an dem Gesellschaftsbeschluss zu verlangen, durch den die Geschäftsführung zur Beantragung der Einstellung des Verfahrens nach § 212 InsO angewiesen wird.¹¹⁰ Die Auffassung, dass dem Insolvenzrecht immer Vorrang vor dem Gesellschaftsrecht einzuräumen sei und die Treuepflicht keinen Einfluss auf das Insolvenzverfahren nehmen könne, weil anderenfalls der durch das ESUG verfolgte Zweck der Sanierung von Unternehmen durch ein „Treuepflicht-Torpedo“¹¹¹ unterlaufen würde, ist aus dem Grund nicht zuzustimmen, als Verstöße gegen die Treuepflicht ansonsten gar keine Berücksichtigung finden würden. Die Einleitung eines Insolvenzverfahrens aus gesellschaftsrechtlich motivierten Zwecken wäre dann möglich und würde zu einer Benachteiligung der Minderheitsgesellschafter führen, da der in §§ 251, 253 InsO vorgesehene Minderheitenschutz nur unzureichend die Interessen der Minderheitsgesellschafter schützen kann.¹¹²

¹⁰⁹ *Stöber*, ZInsO 2013, 2457, 2464; *Thole*, ZIP 2013, 1937, 1944 f.; *Meyer*, ZInsO 2013, 2361, 2365 stellt darauf ab, dass das Gericht im Rahmen seiner Amtsermittlungspflicht von den Tatsachen Kenntnis erlangen muss, die einen Missbrauch der Vertretungsmacht durch den Geschäftsführer aufzeigen, woraufhin der Antrag als unzulässig abzuweisen sei.

¹¹⁰ *Meyer*, ZInsO 2013, 2361, 2366 f.; *Stöber*, ZInsO 2013, 2457, 2464 f.; *Fölsing*, ZInsO 2013, 1325, 1330 f. hält auch einen Schadensersatzanspruch des Minderheitsgesellschafters gegen die Geschäftsführung aus § 826 BGB für denkbar.

¹¹¹ *Thole*, ZIP 2013, 1937, 1941; zum Vorrang des Insolvenzrechts vor dem Gesellschaftsrecht ferner *Haas*, NZG 2012, 961, 965 sowie *Lang/Muschalle*, NZI 2013, 953, 956 f., die die Problematik am Fall des Suhrkamp-Verlags erörtern.

¹¹² So auch *Stöber*, ZInsO 2013, 2457, 2463 f., der betont, dass der benachteiligte Gesellschafter seine Schlechterstellung kaum glaubhaft machen könne.

b) Vorlage eines Insolvenzplans als „prepackaged-plan“

Wird seitens des Schuldners die Eigenverwaltung beantragt, so bietet die gleichzeitige Vorlage eines bereits vorbereiteten Insolvenzplans (sog. *prepackaged-plan*) an das Gericht die Möglichkeit, die Inhalte und Ziele einer zuvor versuchten außergerichtlichen Sanierung im Planverfahren weiter zu verfolgen.¹¹³ So ist es möglich, bereits im Vorfeld des Insolvenzplanverfahrens mit den wesentlichen Gläubigern Vereinbarungen hinsichtlich der Planinhalte und der Zustimmung zum Plan zu treffen.¹¹⁴ Dadurch werden die Chancen einer erfolgreichen Sanierung deutlich erhöht.¹¹⁵

2. Vorteile frühzeitiger Sanierungsbestrebungen

Als zentrales Argument für eine frühzeitige Sanierung mittels des Schutzschirmverfahrens ist die Wahrung der Eigenverantwortlichkeit des Schuldners zu sehen.¹¹⁶ Neben diesen zuvor erörterten Möglichkeiten der Eigenverwaltung und des Schutzschirmverfahrens stehen losgelöst vom Wortlaut der InsO folgende Argumente im Fokus der frühzeitigen Antragstellung, um größere Erfolgsaussichten für eine Sanierung zu schaffen: Im Fall einer frühzeitigen Bestrebung, die Sanierung des Unternehmens durchzuführen, verfügt die Gesellschaft noch über mehr Vermögen, nur wenige Geschäftsbeziehungen sind bereits abgebrochen und die wichtigen Mitarbeiter sind noch für das Unternehmen tätig.¹¹⁷ Auch kann durch eine frühzeitige Abstimmung mit den Gläubigern eine größere Akzeptanz für alle Beteiligten geschaffen werden, sodass die sorgfältige Umsetzung des Schutzschirmverfahrens im besten Fall ein „positives Sanierungsimage“ mit sich bringt.¹¹⁸

¹¹³ Braun, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 68 Rn. 3; Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus, Insolvenzrecht, Kap. 38 Rn. 12.

¹¹⁴ Braun, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 68 Rn. 4; Nerlich/Römermann/Braun, InsO, Vorb. vor §§ 217-269 InsO, Rn. 204.

¹¹⁵ Zur Sanierung im Insolvenzplanverfahren siehe bereits die Ausführungen unter 2. Teil § 5 A. I. 3.

¹¹⁶ Pott, NZI 2012, 4, 8.

¹¹⁷ Schienstock/Reifert/Drießen, KSI 2013, 167.

¹¹⁸ Ehlers, ZInsO 2013, 105, 114.

III. Möglichkeiten zur Abwendung der voraussichtlich eintretenden Zahlungsunfähigkeit

Wie bereits aufgezeigt, bietet die frühzeitige Ergreifung von Sanierungsmaßnahmen eine erhöhte Chance auf Wiederherstellung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens. Zur Vermeidung einer sich anbahnenden Zahlungsunfähigkeit sind verschiedene Maßnahmen denkbar: So können mit Lieferanten und Arbeitnehmern Stundungsvereinbarungen getroffen werden, sodass die diesen gegenüber bestehenden Verbindlichkeiten nicht zu den fälligen Verbindlichkeiten zählen, die bei der Aufstellung des Finanzstatus in Form der Liquiditätsbilanz zur Prüfung der Zahlungsunfähigkeit im Verhältnis zur bestehenden Liquidität berücksichtigt werden müssen. Die sich anbahnende Zahlungsunfähigkeit kann so zur bloß drohenden Zahlungsunfähigkeit abgemildert werden.¹¹⁹ Auch können Vereinbarungen mit Banken und anderen Gläubigern getroffen werden, dass sie ihre Forderungen nicht fällig stellen und bestehende Verträge nicht kündigen, um so den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zu verhindern.¹²⁰ Des Weiteren kann eine Kapitalerhöhung vorgenommen werden mit Zustimmung der Gesellschafter. Schließlich kann die drohende Zahlungsunfähigkeit auch durch eine Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital erreicht werden.¹²¹

IV. Zwischenfazit

Bei Vorliegen einer bloß drohenden Zahlungsunfähigkeit besteht für den Schuldner nach § 18 InsO das Recht zur Stellung eines Insolvenzantrags, aber noch keine Pflicht. Erst wenn die drohende Zahlungsunfähigkeit in Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung umschlägt, greift die Antragspflicht des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO. In der Praxis ist die frühzeitige Antragstellung bislang eher der Ausnahmefall, da viele Unternehmen um ihre Reputation fürchten, wenn die Insolvenzantragstellung bekannt wird. Indes weist eine frühzeitige Antrag-

¹¹⁹ Hillebrand, ZInsO 2013, 2356, 2358.

¹²⁰ RegE-ESUG, BT-Drs. 17/5712, S. 40; gerade deshalb bietet sich die Vorlage eines „prepackaged-plans“ an.

¹²¹ Kreplin, in: Nerlich/Kreplin, MAH Insolvenz und Sanierung, § 1 Rn. 28.

stellung einige Vorteile auf: Der Schuldner kann bei einem frühzeitigen Eigenantrag die Eigenverwaltung nach §§ 270 ff. InsO beantragen und dies mit dem Antrag auf Eröffnung des Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO verbinden. Hierbei kann der Schuldner innerhalb von drei Monaten einen Insolvenzplan zur Vorbereitung einer Sanierung vorlegen, wenn die Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist. Dies hat den Vorteil, dass der Schuldner die Verfügungsgewalt behält, die Kenntnisse und Erfahrungen der „alten“ Geschäftsführung für den Sanierungsprozess genutzt werden können, geringere Kosten anfallen und im Vorhinein mit den Gläubigern Vereinbarungen getroffen werden können, die dann in einem *prepackaged-plan* dem Gericht bei der Antragstellung vorgelegt werden. Auf der anderen Seite weist die frühzeitige Antragstellung zwei nicht außer Acht zu lassende Problembereiche auf: Die Feststellung, ob tatsächlich nur drohende Zahlungsunfähigkeit oder bereits Zahlungsunfähigkeit vorliegt, unterliegt trotz der vom BGH festgelegten 10%-Grenze einer gewissen Ungenauigkeit, da der Tag der Aufstellung für den Finanzstatus nicht festgelegt ist und die bestehende Liquiditätslücke durch entsprechende Maßnahmen zur Liquiditätssteuerung beeinflusst werden kann.¹²² Ferner erfordert die Antragstellung wegen drohender Zahlungsunfähigkeit die Zustimmung der Gesellschafterversammlung, weil die Stellung eines Insolvenzantrags als Grundlagengeschäft einzuordnen ist, sodass es in die Kompetenz der Gesellschafter fällt, über diese Antragstellung zu entscheiden. Auch ergibt sich die Notwendigkeit eines zustimmenden Gesellschafterbeschlusses aus einem Erst-Recht-Schluss aus § 49 Abs. 3 GmbHG. Dementsprechend ist eine rechtzeitige Information und Absprache zwischen Geschäftsführung und Gesellschafterversammlung erforderlich, um eine erfolgreiche Sanierung durchführen zu können. Wird dies berücksichtigt und eine für jeden der Eröffnungsgründe bestehende Ungenauigkeit hinsichtlich seiner Feststellung in Kauf genommen, bieten die erörterten Vorteile für eine erfolgreiche Sanierung deutliche Anreize für eine frühzeitige Antragstellung. Eine frühzeitige Antragstellung ohne Rücksprache mit den Gesellschaftern mit dem Ziel, eine Haftung wegen Insolvenzverschleppung nach § 15a InsO zu vermeiden, sollte indes aufgrund der notwendigen

¹²² Hillebrand, ZInsO 2013, 2356, 2359.

Zustimmung der Gesellschafterversammlung nicht voreilig vorgenommen werden.¹²³

B. Risiken eines frühzeitig gestellten Eröffnungsantrags

Bislang ist eine frühzeitige Antragstellung in der Praxis eher der Ausnahmefall.¹²⁴ Die drohende Zahlungsunfähigkeit als Insolvenzeröffnungsgrund hat insofern in der Praxis bislang nur eine geringe Bedeutung erlangt.¹²⁵ Die Gründe hierfür können in den nachfolgend dargestellten Aspekten liegen.

I. Aufdeckung der tatsächlichen Insolvenzreife

Ein Grund dafür, dass der Antrag nach § 18 InsO selten gestellt wird, ist, dass in manchen Fällen eines auf den Antragsgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit gestützten Eigenantrags tatsächlich bereits im Zeitpunkt der Antragstellung Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vorlag, sodass eine solche „verdeckte Überschuldungssituation“ häufig seitens des Insolvenzgerichts bei der Prüfung der Verfahrenseröffnung festgestellt wird.¹²⁶ In dem Fall wandelt sich das aus § 18 InsO resultierende Antragsrecht des Schuldners in eine Antragspflicht. Hiervon zu unterscheiden ist der Fall, dass nach Eröffnung des Schutzschirmverfahrens die Zahlungsunfähigkeit eintritt, was nach dem Willen des Gesetzgebers nicht zur Aufhebung des Schutzschirmverfahrens führt.¹²⁷ So erfolgt eine Aufhebung des Schutzschirmverfahrens solange nicht, wie die ange-

¹²³ Zu weitgehend *Bellen/Stehl*, BB 2010, 2579, 2583, die dem Geschäftsführer in „kritischen Zweifelsfällen“ die Antragstellung nahelegen wollen.

¹²⁴ Dies wurde schon klargestellt in der Gesetzesbegründung zum ESUG, Begr. RegE-ESUG, BT-Drs. 17/5712, S. 1.

¹²⁵ *Schröder*, in: *HambKommInsO*, § 18 Rn. 3; *Drukarczyk*, in: *MüKoInsO*, § 18 Rn. 3; *Uhlenbruck/Gundlach*, in: *Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch*, § 6 Rn. 17; *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, *InsO*, § 18 Rn. 1.

¹²⁶ *Drukarczyk*, in: *MüKoInsO*, § 18 Rn. 3; *Uhlenbruck/Gundlach*, in: *Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch*, § 6 Rn. 17; *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, *InsO*, § 18 Rn. 1.

¹²⁷ Der Gesetzgeber hat gerade davon abgesehen, in § 270b InsO die Aufhebung des Schutzschirmverfahrens wegen eingetretener Zahlungsunfähigkeit anzuordnen; siehe auch *Siemon*, *ZInsO* 2012, 1045, 1050; *Vallender*, *GmbHR* 2012, 450, 451.

strebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist.¹²⁸ Falls das Gericht die Voraussetzungen der Eigenverwaltung für nicht als gegeben ansieht, muss es dies dem Schuldner gem. § 270a Abs. 2 InsO mitteilen und dem Schuldner damit die Chance bieten, den Eröffnungsantrag zurückzunehmen. Wenn der Geschäftsführer von dieser Möglichkeit der Antragsrücknahme Gebrauch macht, vorher aber die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist, droht dem Geschäftsführer für anschließend vorgenommene Zahlungen die Erstattungspflicht aus § 64 S. 1 GmbHG.¹²⁹

II. Ablehnung der Eigenverwaltung durch das Gericht

Des Weiteren besteht die Gefahr, dass der Antrag auf Eigenverwaltung nach §§ 270 ff. InsO vom Insolvenzgericht abgelehnt wird und sich der Schuldner im Eröffnungsverfahren einem sog. „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter gegenüber sieht.¹³⁰ Hinzu kommt die Abhängigkeit des Schuldners von der Entscheidung der Gläubigerversammlung im Berichtstermin gem. § 157 InsO, in der die Gläubigerversammlung beschließen kann, dass ein anderer als der vom Schuldner vorgelegte Insolvenzplan erstellt werden soll.¹³¹ Hier gilt indes zu bedenken, dass der Schuldner für den Fall der Ablehnung der Eigenverwaltung durch das Gericht nicht schlechter steht als er bei Eröffnung des Regelinsolvenzverfahrens ohnehin stünde. Auch die fehlende Zustimmung der Gläubigerversammlung zu dem vom Schuldner vorgelegten Insolvenzplan rechtfertigt nicht, einen frühzeitig gestellten Antrag als unvorteilhaft zu qualifizieren, weil der vom Schuldner ausgearbeitete Insolvenzplan im Fall seiner Umsetzung nur einen zusätzlichen Vorteil darstellt. Die vorherige Abstimmung mit den Gläubigern zur Vorbereitung eines *prepackaged-plans* eröffnet die Möglichkeit einer erfolgreichen Sanierung, wenn aufgrund eines vorher erzielten Konsenses die Gläubiger nach Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit auf eine Fälligkeitstellung ihrer Forderungen verzichten und dadurch der Eintritt der Zahlungs-

¹²⁸ Hierzu bereits ausführlich m.w.N. unter 2. Teil § 6 A. II. 1. a) bb) (3).

¹²⁹ Blöse, GmbHR 2012, 471, 475.

¹³⁰ Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 18 Rn. 1.

¹³¹ Drukarczyk, in: MüKoInsO, § 18 Rn. 3; Uhlenbruck, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.51.

unfähigkeit vermieden werden kann.¹³² Stimmen die Gläubiger gegen den vorgelegten Plan, entfällt schlicht diese Möglichkeit.

III. Fehlende Zustimmung der Gesellschafterversammlung

Schließlich müssen die Geschäftsführer ihr Haftungsrisiko im Auge behalten, wenn sie die auf drohende Zahlungsunfähigkeit gestützte Antragstellung nicht ausreichend mit der Gesellschafterversammlung abgestimmt haben.¹³³ Wie bereits ausführlich untersucht, erfordert die Antragstellung nach § 18 InsO die Zustimmung der Gesellschafterversammlung.¹³⁴ Ein ohne die erforderliche Zustimmung gestellter Antrag bleibt zwar im Außenverhältnis wirksam, dem Geschäftsführer droht aber eine Haftung gegenüber der Gesellschaft und gegenüber den Gesellschaftern.¹³⁵

IV. Eintritt der Insolvenz infolge der Antragstellung

Falls der Insolvenzantrag frühzeitig wegen drohender Zahlungsunfähigkeit gestellt wird, so ist es denkbar, dass nach der Antragstellung die Insolvenz tatsächlich in Form der Zahlungsunfähigkeit eintritt, weil es nach Bekanntwerden der Insolvenzantragstellung in aller Regel zur Kündigung der Kreditlinie und Fälligestellung der Kredite seitens der Banken kommen wird.¹³⁶ Gerade deshalb bietet sich die Vorbereitung eines Insolvenzplans in Abstimmung mit den Gläubigern an, um zu erreichen, dass sie auf die Fälligestellung ihrer Forderungen oder Kündigung bestehender Verträge verzichten und folglich den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit verhindern. Auch ist es nach erfolgter Antragstellung

¹³² Dies hatte auch schon der Gesetzgeber im Blick, RegE-ESUG, BT-Drs. 17/5712, S. 40.

¹³³ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 64 Rn. 161; Schröder, in: HambKommInsO, § 18 Rn. 14; Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 18 Rn. 1.

¹³⁴ Zur Frage der Notwendigkeit eines Gesellschafterbeschlusses siehe 2. Teil § 6 A. I. 2. b) aa).

¹³⁵ Leinekugel/Skauradszun, GmbHR 2011, 1121, 1126; ausführlich zu den Haftungsrisiken siehe nachfolgend unter 3. Teil § 7 A. I.

¹³⁶ RegE-ESUG, BT-Drs. 17/5712, S. 40; Schröder, in: HambKommInsO, § 18 Rn. 3; Saenger/al-Wraikat, NZG 2013, 1201, 1202; allgemein zum möglichen Insolvenzeintritt nach frühzeitiger Antragstellung Meyke, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, Rn. 103.

sehr wahrscheinlich, dass die Kunden sich von dem Unternehmen abwenden und sich die Gewinnung neuer Kunden in der Insolvenz nur sehr schwierig realisieren lässt.¹³⁷ Aus diesen Gründen wird in der Praxis bislang auf eine frühzeitige Antragstellung in den meisten Fällen verzichtet, sodass die Chance erhöhter Sanierungsaussichten noch nicht in großem Maße genutzt wird.

V. Zwischenfazit

Neben den zuvor erörterten Vorteilen einer frühzeitigen Antragstellung sind auch gewisse Risiken sorgfältig in die Überlegungen einzubeziehen. So kann die frühzeitige Antragstellung dazu führen, dass eine tatsächlich schon bestehende Insolvenzreife bei der Prüfung des Antrags auf Eröffnung des Schutzschirmverfahrens durch das Gericht aufgedeckt wird, wodurch sich das aus § 18 InsO ergebende Antragsrecht in eine Antragspflicht umwandelt. Ferner besteht die Möglichkeit, dass das Gericht den Antrag auf Eigenverwaltung ablehnt und stattdessen ein vorläufiger „starker“ Verwalter eingesetzt wird. Auch kann die Gläubigerversammlung den vom Schuldner vorgelegten Insolvenzplan ablehnen und entscheiden, dass ein anderer Plan umgesetzt werden soll. Des Weiteren droht dem Geschäftsführer eine Haftung gegenüber der Gesellschaft und gegenüber den Gesellschaftern, wenn er den Antrag wegen nur drohender Zahlungsunfähigkeit stellt, ohne vorher den notwendigen zustimmenden Gesellschafterbeschluss eingeholt zu haben. Letztlich kann es infolge der frühzeitigen Antragstellung zum Eintritt der tatsächlichen Insolvenzreife in Form von Zahlungsunfähigkeit kommen, wenn einige Gläubiger nach der Kenntnis von der Antragstellung ihre Forderungen fällig stellen oder bestehende Verträge kündigen.¹³⁸ Im Ergebnis erscheint jedoch nur der letzte Aspekt als wirklicher Nachteil. Die Aufdeckung einer tatsächlich schon bestehenden Insolvenzreife kann durch den Schuldner vermieden werden, wenn er selbst sorgfältig eine

¹³⁷ *Steffan*, in: Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 38 Rn. 124; *Frings*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz, S. 180 betont, dass sich Geschäftspartner und Investoren zurückziehen.

¹³⁸ *Uhlenbruck*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.51 verweist auf die nachteiligen Folgen des Bekanntwerdens der Verfahrenseröffnung insbesondere im Hinblick auf Geschäftsbeziehungen und den Unternehmenswert.

mögliche Insolvenzreife der Gesellschaft mittels interner Frühwarnsysteme prüft. Die Ablehnung der Eigenverwaltung verschlechtert nicht die Grundkonstellation des Schuldners, da sie ihm nur einen zusätzlichen Vorteil gewähren, aber nichts von einer bestehenden Rechtsposition nehmen würde. Den erforderlichen Gesellschafterbeschluss kann der Geschäftsführer durch eine entsprechende Kommunikation mit der Gesellschafterversammlung herbeiführen.

3. Teil

Haftungsrisiken für den Geschäftsführer zwischen Sanierung und Insolvenzantragsstellung

Aus dem Spannungsfeld zwischen Sanierung und Insolvenzantragstellung können für den Geschäftsführer Haftungsgefahren entstehen. Wenn ihm eine Pflichtverletzung nachzuweisen ist, kommt sowohl eine Haftung gegenüber der GmbH im Innenverhältnis als auch eine Haftung im Außenverhältnis gegenüber den Gesellschaftern oder Gesellschaftsgläubigern in Betracht. Zu bedenken ist, dass die Geltendmachung etwaiger Schadensersatzansprüche der GmbH im Innenverhältnis grundsätzlich von dem Geschäftsführer als Vertretungsorgan der Gesellschaft gem. § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG erfolgt. Für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Geschäftsführer ist in § 46 Nr. 8 GmbHG eine besondere Vertretungsregel vorgesehen.¹ Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens wandelt sich diese Situation jedoch, da ab diesem Zeitpunkt gem. § 80 Abs. 1 InsO die Verfügungsbefugnis über das Vermögen der Gesellschaft auf den Insolvenzverwalter übergeht und dieser etwaige Haftungsansprüche der Gesellschaft gegen die Geschäftsführung geltend macht.² Eine Haftung des Geschäftsführers erfordert allgemein, dass er in den Bereichen, in denen er haften soll, überhaupt eigenverantwortlich Entscheidungen treffen kann.³ Andernfalls würde ein Widerspruch zum Haftungssystem entstehen, wenn der Geschäftsführer zur Haftung herangezogen würde, ohne irgendeinen Einfluss auf die Haftungstatbestände nehmen zu können.

§ 7 Innenhaftung gegenüber der GmbH

Die Norm des § 43 Abs. 2 GmbHG regelt als zentraler Haftungstatbestand die Organhaftung der Geschäftsführung im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft. Dies ist die sog. *Innenhaftung* des Geschäftsführers im Gegensatz zur

¹ Leinekugel/Skauradszun, GmbHR 2011, 1121, 1127.

² Bellen/Stehl, BB 2010, 2579.

³ Stephan/Tieves, in: MüKoGmbHG, § 37 Rn. 8.

Außenhaftung gegenüber Gesellschaftern, Gesellschaftsgläubigern und anderen Dritten.⁴

A. Anspruchsgrundlagen

Die Haftung des Geschäftsführers kann sich aus verschiedenen Anspruchsgrundlagen ergeben, die nachfolgend genauer untersucht werden. Insbesondere ist zu differenzieren zwischen verschiedenen Ansprüchen aus dem gesellschaftsrechtlichen Organverhältnis und einem Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB aus dem dienstvertraglichen Anstellungsverhältnis.

I. Ansprüche aus dem gesellschaftsrechtlichen Organverhältnis

Der Geschäftsführer einer GmbH unterliegt dem in § 43 Abs. 1 GmbHG normierten Sorgfaltsmaßstab, sodass er sein Handeln entsprechend der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes ausrichten muss. Falls ihm bei seinem Handeln Pflichtverletzungen unterlaufen, droht ihm eine Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn dem Geschäftsführer „Missmanagement“ vorzuwerfen ist.⁵

1. § 43 Abs. 2 GmbHG als zentrale Norm der Organstellung

Für eine Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG ist neben einer Pflichtverletzung, die für den der Gesellschaft entstandenen Schaden ursächlich sein muss, ein schuldhaftes Handeln des Geschäftsführers erforderlich, das die nach § 43 Abs. 1 GmbHG erforderliche Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes gerade außer Acht gelassen hat.⁶ Für einen Anspruch der

⁴ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 43 Rn. 1; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 1; Fleischer, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 1; Hk-GmbHG/Lücke/Simon, § 43 Rn. 1; K. Schmidt, GesR, § 36 II. 5.

⁵ K. Schmidt, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 11.92.

⁶ Nerlich/Rhode, in: MAH Insolvenz und Sanierung, § 4 Rn. 388; K. Schmidt, GesR, § 36 II. 4. a).

GmbH gegen den Geschäftsführer aus § 43 Abs. 2 GmbHG sind im insolvenznahen Bereich verschiedene haftungsbegründende Pflichtverletzungen seitens des Geschäftsführers denkbar. Eine Haftung des Geschäftsführers für die Verursachung der Insolvenz kann allerdings höchstens dann eingreifen, wenn der Geschäftsführer unvertretbar agiert und dadurch unmittelbar die Insolvenz herbeigeführt hat.⁷

a) Pflichtverletzungen bei Risikofrüherkennung und Sanierung

Der Geschäftsführer unterliegt aufgrund seiner Organstellung der Pflicht, sich jederzeit ein Bild über die finanzielle Lage der Gesellschaft zu machen, um rechtzeitig entsprechende Maßnahmen ergreifen zu können, die zur Sanierung der Gesellschaft erforderlich sind.⁸ Im Rahmen dieser Selbstprüfungspflicht muss der Geschäftsführer geeignete Maßnahmen zur Risikofrüherkennung innerhalb der Gesellschaft treffen.⁹ Zur Gewährleistung der Risikofrüherkennung und damit einhergehenden Prüfung der Insolvenzreife sollten gesellschaftsintern betriebswirtschaftliche Frühwarnsysteme eingerichtet werden.¹⁰ Fraglich ist, ob eine Pflichtverletzung des Geschäftsführers im Zusammenhang mit der Risikofrüherkennung denkbar ist, aufgrund derer ihm die Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG droht. Die Selbstprüfungspflicht ist für die GmbH nicht ausdrücklich gesetzlich angeordnet, anders als für die AG in § 91 Abs. 2 AktG. Jedoch ist die Pflicht zur wirtschaftlichen Selbstprüfung aus der Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensleitung gem. § 43 Abs. 1 GmbHG sowie mit-

⁷ K. Schmidt, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 11.93, der betont, dass eine echte Insolvenzverursachungshaftung ein enormes Haftungsausmaß annimmt, welches dem Geschäftsführer nicht bei bloßen Managementfehlern aufgebürdet werden kann.

⁸ BGHZ 126, 181, 199; BGH GmbHR 1995, 299, 300; OLG Oldenburg, NZG 2001, 37, 39 f.; Wellensiek/Schluck-Amend, in: Römermann, MAH-GmbH-Recht, § 23 Rn. 75; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 134.

⁹ BGH NJW-RR 1995, 669, 670; statt vieler Bellen/Stehl, BB 2010, 2579, 2580 sowie Veil, ZGR 2006, 374, 378.

¹⁰ Zu den einzelnen Frühwarnsystemen, die der Risikofrüherkennung dienen, siehe bereits ausführlich unter 2. Teil § 5 A. II. 1. a) aa) (1).

telbar aus der Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 1 InsO abzuleiten.¹¹ Aufgrund der Tatsache, dass dem Geschäftsführer bei der konkreten Ausgestaltung der gesellschaftsinternen Frühwarnsysteme ein unternehmerischer Ermessensspielraum zuzubilligen ist,¹² lässt sich aus der Wahl eines eventuell schlechter geeigneten Frühwarnsystems noch keine Pflichtverletzung ableiten, sofern dieses Frühwarnsystem aus unternehmerischer Sicht nachvollziehbar implementiert werden konnte. Eine Pflichtverletzung ist vielmehr dann anzunehmen, wenn der Geschäftsführer keinerlei Maßnahmen zur Risikofrüherkennung innerhalb der Gesellschaft ergriffen hat und infolgedessen den Eintritt einer Krise oder sogar der Insolvenzreife nicht rechtzeitig erkennt. Klärungsbedürftig erscheint ferner, ob Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Sanierung der GmbH vorstellbar sind, die eine Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG rechtfertigen können. Bei der Aufstellung eines Sanierungskonzepts sollte der Geschäftsführer zwar die wesentlichen Inhalte des IDW S 6 kennen, indes ist eine Haftung des Geschäftsführers bei Nichtbeachtung des Standards aufgrund seiner fehlenden Rechtsverbindlichkeit abzulehnen.¹³ Indes sollte der IDW S 6 in seiner Funktion als Auslegungshilfe die entsprechende Beachtung in der Praxis finden. Hinsichtlich einzelner Sanierungsmaßnahmen sind der Zeitpunkt ihrer Vornahme sowie ihre Intensität hinsichtlich einer möglichen Haftung des Geschäftsführers entscheidend. Sobald die Pflicht zur Insolvenzantragstellung nach § 15a Abs. 1 S. 1 InsO besteht, ist kein Raum mehr für unternehmerisches Ermessen. Auch wenn frühzeitig der Insolvenzantrag gestellt werden soll, muss der Geschäftsführer die Zustimmung der Gesellschafterversammlung einholen. Dementsprechend sind jegliche Sanierungsmaßnahmen, die so wesentlich sind, dass sie ein Grundlagengeschäft der Gesellschaft darstellen, ein potentiell Haftungsrisiko für den Geschäftsführer, sofern er nicht auf der Grundlage eines zustimmenden Gesellschafterbeschlusses agiert. Sind weniger gravierende Sa-

¹¹ *Schultze-Petzold*, in: Büchel/von Rechenberg, Hdb FA Handels- und GesR, 11. Kap. Rn. 456; *Haas/Hossfeld*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 92 Rn. 7; hierzu bereits unter 2. Teil § 5 A. II. 1. a) aa).

¹² *Fleischer*, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 83; hierzu auch bereits unter 2. Teil § 5 A. II. 1. a) aa).

¹³ Zur Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabs aus § 43 Abs. 1 GmbHG durch den IDW S 6 bereits ausführlich unter 2. Teil § 5 A. II. 4.

nierungsmaßnahmen vorgenommen worden, die noch nicht das Ausmaß der Insolvenzantragstellung haben, wie beispielsweise der Abschluss von Stundungsvereinbarungen mit einigen Gläubigern, so steht dem Geschäftsführer der unternehmerische Ermessensspielraum zu. Eine haftungsbegründende Pflichtverletzung ist daher nur dann anzunehmen, wenn der Geschäftsführer völlig untätig bleibt und seiner Sanierungspflicht gar nicht nachkommt.¹⁴ Für den Fall der Einleitung von Sanierungsmaßnahmen, die zwar den Eintritt der Insolvenzreife verhindern sollen, dieses Ziel letztlich aber nicht erreichen, erscheint eine Haftung des Geschäftsführers nur dann gerechtfertigt, wenn die Sanierungsmaßnahmen völlig untauglich waren,¹⁵ da ein gewisses Risiko jeder Geschäftsführungsmaßnahme zur Abwendung der Insolvenz inhärent ist.

b) Eigenmächtige Antragstellung durch den Geschäftsführer

Erfolgt die Antragstellung durch den Geschäftsführer wegen drohender Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO, aber ohne den erforderlichen zustimmenden Gesellschafterbeschluss¹⁶ und damit eigenmächtig, so ist hierin ein Verstoß gegen die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu sehen. Ein solches Handeln stellt demnach eine Pflichtverletzung dar und begründet eine Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers gegenüber der GmbH aus § 43 Abs. 2 GmbHG.¹⁷ Eine eigenmächtig erfolgte Antragstellung und eine verfrühte Antragstellung greifen dabei in aller Regel ineinander über. Wenn bereits die Insolvenzreife eingetreten ist und der Geschäftsführer demnach gem. § 15a Abs. 1 S. 1 InsO zur Antragstellung verpflichtet ist, spielt eine etwaige Zustimmung oder Ablehnung der Gesellschafterversammlung zur Antragstellung keine Rolle. Besteht hingegen vorläufig nur ein Antragsrecht nach § 18 InsO, so ist vom Geschäftsführer ein zustimmender Beschluss der Gesellschafterver-

¹⁴ Für die Existenz der Sanierungspflicht Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, § 15a Rn. 13.

¹⁵ *Bork*, ZIP 2011, 101, 109.

¹⁶ Hierzu bereits ausführlich und m.w.N. unter 2. Teil § 6 A. I. 2. b) aa).

¹⁷ OLG München NZG 2013, 742, 744; Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 64 Rn. 161; *Mätzig*, in: BeckOK-GmbHG, § 64 Rn. 134; *Haas/Hossfeld*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 92 Rn. 141; *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1126; *Saenger/al-Wraikat*, NZG 2013, 1201, 1204; *Thiele*, in: Wimmer/Dauernheim/Wagner/Gietl, Hdb FA Insolvenzrecht, Kap. 15 Rn. 15.

sammlung einzuholen. Die Frage, wann ein Antrag „zu früh“ gestellt sein kann, wird nachfolgend erörtert.

c) „Zu früh“ gestellter Eröffnungsantrag

Nachdem bereits erörtert wurde, welche Vor- und Nachteile eine frühzeitige Antragstellung bei drohender Zahlungsunfähigkeit mit sich bringt, gilt nun zu klären, ob ein Antrag auch „zu früh“ gestellt sein kann und welche Konsequenzen dies nach sich zieht.¹⁸ Nach einer stark vertretenen Auffassung im Schrifttum macht ein Geschäftsführer sich schadensersatzpflichtig, wenn er zu früh den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellt.¹⁹ Um einen Antrag als „zu früh gestellt“ einzuordnen, sind verschiedene Konstellationen denkbar.

aa) „Panikantrag“

Zum einen ist von einer „zu früh“ erfolgten Antragstellung auszugehen, wenn der Geschäftsführer den Antrag gestellt hat, obwohl bei der GmbH weder Zahlungsunfähigkeit noch Überschuldung gegeben waren.²⁰ In dieser Situation besteht gar kein Anlass für eine voreilige Antragstellung. Eine Haftung des Geschäftsführers nach § 43 Abs. 2 GmbHG im Fall eines „Panikantrags“ abzulehnen, wenn der Geschäftsführer nach sorgfältiger Prüfung zum Ergebnis gelangt, dass die GmbH nicht mehr sanierungsfähig sei²¹, erscheint jedoch etwas zu kurz gegriffen. Selbst wenn noch keine Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vorliegt, kann bereits drohende Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO

¹⁸ Siehe hierzu *Koppensteiner/Gruber*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 43 Rn. 16; *Meyke*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, Rn. 103.

¹⁹ *Ampferl*, in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz, § 2 Rn. 116; *Haas*, DStR 1998, 1359, 1362; *Poertzgen/Meyer*, ZInsO 2012, 249, 254; *Uhlenbruck*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.99; *Uhlenbruck*, InsO, § 18 Rn. 27.

²⁰ *Haas/Hossfeld*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 92 Rn. 139; *Haas*, DStR 1998, 1359, 1363; *Michalski/Nerlich*, GmbHG, § 64 Rn. 99; *Nerlich/Rhode*, in: Nerlich/Kreplin, MAH Insolvenz und Sanierung, § 4 Rn. 380; *Chr. Schmidt-Leithoff/Baumert*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, Vor § 64 Rn. 46.

²¹ Dies befürwortend *Frings*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz, S. 180.

gegeben sein. Bei einer verfrühten Antragstellung ergibt sich aber in jeder Konstellation das Erfordernis einer Abstimmung mit der Gesellschafterversammlung, auch bei Vorliegen von drohender Zahlungsunfähigkeit. Wenn der Geschäftsführer zwar die Sanierungsaussichten prüft, in der Folge aber den Antrag stellt, ohne einen zustimmenden Gesellschafterbeschluss einzuholen, so ist dieses Verhalten als schuldhaftes Pflichtverletzung einzuordnen und eine Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG zu bejahen.

bb) Keine ausreichende Prüfung außergerichtlicher Sanierungsmöglichkeiten

Des Weiteren kann eine „zu früh“ vorgenommene Antragstellung dann vorliegen, wenn zwar bereits einer der zwingenden Antragsgründe der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit bei der GmbH eingetreten ist, der Geschäftsführer jedoch innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO nicht ausreichend geprüft hat, ob außergerichtliche Sanierungsmöglichkeiten bestehen, die hinreichend geeignet scheinen, die eingetretene Insolvenzreife wieder zu beseitigen.²² Auch wenn zu bedenken ist, dass mit der Möglichkeit des Insolvenzplanverfahrens nach §§ 217 ff. InsO eine Prüfung der Sanierungschancen auch im eröffneten Verfahren noch nachgeholt werden kann,²³ stellt die mit der Antragstellung einhergehende negative Publizität für die Gesellschaft einen großen Nachteil dar, der nicht ohne weiteres durch die Vorteile der Vorlagemöglichkeit eines *prepackaged-plans* ausgeglichen werden kann. Deshalb kann die Durchführung eines Insolvenzplanverfahrens eine nicht ausreichende Prüfung von Sanierungsmöglichkeiten nicht rechtfertigen.

²² Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 64 Rn. 161 f.; Frings, Die zivil- und strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz, S. 181; Haas/Hossfeld, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 92 Rn. 139; Haas, DStR 1998, 1359, 1363; Meyke, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, Rn. 103.

²³ Frings, Die zivil- und strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz, S. 180 f.; Haas, DStR 1998, 1359, 1363.

cc) Feststellung der „zu früh“ erfolgten Antragstellung

Zu differenzieren ist demnach zwischen der verspäteten Antragstellung, die die Insolvenzverschleppung nach sich zieht, der rechtzeitigen Antragstellung innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO (zu der auch die frühzeitige Antragstellung bei nur drohender Zahlungsunfähigkeit zu zählen ist) und der zu früh gestellten Antragstellung. Begriffsnotwendigerweise kann eine „zu früh“ erfolgte Antragstellung nach dem bisher Ausgeführten nur dann angenommen werden, wenn bei der Gesellschaft noch nicht einmal drohende Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist,²⁴ wenn ein „Panikantrag“ durch den Geschäftsführer gestellt wurde oder wenn die Antragstellung erfolgt ist, obwohl innerhalb der Drei-Wochen-Frist keine hinreichende Prüfung der Sanierungsmöglichkeiten stattgefunden hat.

(1) Aufstellung eines Liquiditätsplans

Im Hinblick auf die Bestimmung des richtigen Zeitpunkts für die Insolvenzantragstellung ist entscheidend auf den objektiven Eintritt der Insolvenzreife abzustellen, mit dem auch die objektive Erkennbarkeit für den Geschäftsführer entsteht.²⁵ Der Eintritt der Insolvenzreife ist nicht nur für die Entstehung der Antragspflicht des Geschäftsführers aus § 15a Abs. 1 S. 1 InsO entscheidend, sondern vielmehr auch zur Bestimmung einer verfrühten Antragstellung. Für den Fall, dass bislang höchstens von einer drohenden Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft auszugehen war, besteht höchstens ein Antragsrecht des Geschäftsführers aus § 18 InsO. Dementsprechend ist die sorgfältige Aufstellung eines Liquiditätsplans erforderlich, aus dem sich ergibt, ob überhaupt schon drohende Zahlungsunfähigkeit vorliegt. Dazu ist zunächst die Liquidität zu einem bestimmten Stichtag (im nachfolgenden Beispiel 31.12.) zu bestimmen. Nachfolgend muss die Liquiditätsentwicklung für den 3-Wochen-Zeitraum nach dem Stichtag betrachtet werden und schließlich eine vorausschauende Planung für die sich anschließenden sechs Monate erfolgen. Ein solcher Liquiditätsplan könnte folgendermaßen aussehen:

²⁴ So lag es in dem vom OLG München entschiedenen Fall, NZG 2013, 742, 744.

²⁵ Siehe hierzu bereits die Ausführungen unter 2. Teil § 5 C. II. 3. a) bb) (2).

§ 7 Innenhaftung gegenüber der GmbH

	Stichtag 31.12. in €	Zeitpunkt nach 3 Wochen in €	Zeitpunkt nach 6 Monaten in €
A. Anfangsbestand / Liquiditätsbestand			
Liquide Mittel	80.000	16.000	5.000
B. Einzahlungen / Zahlungsmittelzuflüsse			
I. aus lfd. Geschäftsbetrieb	50.000	80.000	125.000
II. aus Finanzerträgen			
Einzahlungen aus Zinserträgen	3.000		
IV. Kreditaufnahme	50.000	30.000	
V. Eigenkapitalzufuhr		60.000	
Summe Einzahlungen	103.000	170.000	125.000
C. Auszahlungen/fällige Zahlungspflichten			
I. für lfd. Geschäftsbetrieb			
1. Verbindlichkeiten aus LuL	35.000	50.000	75.000
2. Löhne	110.000	120.000	170.000
II. iRd. Finanzverkehrs			
1. Auszahlungen für Zinsaufwand	4.000	6.000	8.000
2. Kredittilgung	18.000	5.000	
Summe Auszahlungen	167.000	181.000	253.000
D. Liquiditätsüberschuss/ -unterdeckung	16.000	5.000	-123.000
E. Nachträgliche Ausgleichs- und Anpassungsmaßnahmen			
Bei Unterdeckung z.B. Einzahlungen aus			
1. Eigenkapitalerhöhung			70.000
2. Kreditaufnahme			40.000
Summe Ausgleichsmaßnahmen	0	0	110.000
F. Überschuss/Unterdeckung nach Maßnahmen	16.000	5.000	-13.000
G. Über-/Unterdeckung in %	9%	3%	-10%

Abb. 5: Muster-Liquiditätsplan

Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an die Muster bei *Ampferl*, in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz, § 2 Rn. 75 und 118; *Schröder*, in: HambKommInsO, § 17 Rn. 36.

Aus diesem Muster-Liquiditätsplan wird ersichtlich, wie sich die finanzielle Situation der Gesellschaft über mehrere Wochen und Monate verändern kann. Die Angaben in diesem Muster-Liquiditätsplan sind vereinfacht und erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit, sondern sie sollen vielmehr aufzeigen, auf welche wesentlichen finanziellen Positionen sich der Geschäftsführer fokussieren muss, um den möglichen Eintritt der Insolvenzreife erkennen und entsprechend handeln zu können. In vorstehendem Beispiel ist zum Stichtag ein Liquiditätsüberschuss in Höhe von 9% gegeben, sodass zu diesem Zeitpunkt noch keinerlei Anlass zur Stellung eines Insolvenzantrags besteht. Auch im Drei-Wochen-Zeitraum ist noch ein Liquiditätsüberschuss in Höhe von 3% gegeben, sodass auch zu diesem Zeitpunkt eine Antragstellung als verfrüht einzuordnen wäre. Für die nächsten Monate ist eine Prognose hinsichtlich der Liquidität der Gesellschaft erforderlich. Der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, also einer Liquiditätslücke von mehr als 10%, muss für die positive Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit mit einer Wahrscheinlichkeit von mehr als 50% erfolgen.²⁶ Diese Prognose ergibt aus der vorstehenden Musterbilanz eine voraussichtliche Unterdeckung in den folgenden sechs Monaten in Höhe von 10%. In dieser Situation stellt sich für den Geschäftsführer die Frage, ob bereits die Voraussetzungen der drohenden Zahlungsunfähigkeit erfüllt sind und ob ihm folglich ein Antragsrecht aus § 18 InsO zusteht. Zu prüfen ist daher immer, ob eine Unterdeckung gegeben ist und falls ja, in welcher Höhe sie besteht. Wenn die 10%-Grenze in Zukunft mit überwiegender Wahrscheinlichkeit überschritten wird, ist die Gesellschaft drohend zahlungsunfähig, sodass die Stellung eines Insolvenzantrags in Erwägung gezogen werden kann. Hierzu muss der Geschäftsführer die Zustimmung der Gesellschafterversammlung einholen.²⁷ Der entscheidende Fokus muss also bei der Aufstellung eines Liquiditätsplans auf der prozentualen Über-/bzw. -unterdeckung liegen. Letztlich gilt jedoch zu beachten, dass die im Liquiditätsplan für die Zukunft prognostizierten Werte aufgrund von Schwankungen und unerwarteten Ereignissen nicht exakt vorhergesagt werden können und somit ein gewisses Maß an fehlender

²⁶ *Schmerbach*, in: FK-InsO, § 18 Rn. 22; *Schröder*, in: HambKommInsO, § 18 Rn. 8; *Drukarczyk*, in: MüKoInsO, § 18 Rn. 19; *Picot/Aleth*, Unternehmenskrise und Insolvenz, Rn. 120; hierzu bereits ausführlich unter 2. Teil § 6 A. I. 1. d) aa).

²⁷ Siehe hierzu bereits m.w.N. die Ausführungen unter 2. Teil § 6 A. I. 2. b) aa).

Präzision und Unsicherheit verbleibt, das bei der Aufstellung des Liquiditätsplans einkalkuliert werden muss.²⁸ Möglich sind sowohl positive als auch negative Abweichungen von den prognostizierten Werten.

(2) Auswertung der Sanierungschancen

Zur Feststellung, ob eine Antragstellung zu früh erfolgt ist, muss des Weiteren neben der Aufstellung eines Liquiditätsplans eine Auswertung potentieller Sanierungschancen vorgenommen werden, die geeignet erscheinen, eine möglicherweise bereits eingetretene oder drohende Insolvenzreife innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO zu beseitigen. Erfolgversprechende Sanierungsmaßnahmen können in Sofortmaßnahmen sowie mittel- und langfristigen Maßnahmen bestehen. Falls sich nach Aufstellung des Liquiditätsplans eine drohende Zahlungsunfähigkeit abzeichnet, muss der Geschäftsführer Maßnahmen ergreifen, die zeitnah die Liquiditätslücke schließen können. Dies kann u.a. durch die externe Zuführung von Zahlungsmitteln in Form von Bar- und Buchgeld und sofort abrufbaren Kreditlinien erfolgen.²⁹ Eine weitere Option ist die Durchführung eines Investorenprozesses, der jedoch nur dann die drohende Insolvenzreife abwenden kann, wenn die Beseitigung der Liquiditätsunterdeckung innerhalb von drei Wochen überwiegend wahrscheinlich ist.³⁰ Auf weitere denkbare Sanierungsmaßnahmen soll nicht nochmals vertiefend eingegangen werden.³¹ Unterbleibt letztlich eine ausreichende Prüfung verschiedener tauglicher Sanierungsmaßnahmen innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO durch den Geschäftsführer und erfolgt vielmehr eine sofortige Antragstellung, so ist diese ebenfalls als „zu früh“ zu qualifizieren.

²⁸ Auch müssen diese Unsicherheiten bei der Bewertung des Liquiditätsplans berücksichtigt werden, *Götter*, der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 159.

²⁹ *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 17 Rn. 9; *Simon*, CFL 2012, 368, 371.

³⁰ *Simon*, CFL 2012, 368, 371; aufgrund des hohen Zeitdrucks bei der Investorengewinnung in Insolvenznähe, wird der Investorenprozess auch als „Fast Track Investorenprozess“ bezeichnet, *Simon*, CFL 2012, 368.

³¹ Zu den verschiedenen Arten von Sanierungsmaßnahmen bereits 2. Teil § 5 A. II. 3. c).

dd) Bedeutung des Zeitpunkts

Die Ermittlung des richtigen Zeitpunkts der Insolvenzantragstellung hat für verschiedene Aspekte eine entscheidende Bedeutung: Für den Fall der verspäteten Antragstellung drohen dem Geschäftsführer nach § 15a Abs. 4 InsO strafrechtliche Konsequenzen sowie des Weiteren die Insolvenzverschleppungshaftung. Wird der Antrag zu früh gestellt, macht der Geschäftsführer sich der GmbH gegenüber aus § 43 Abs. 2 GmbHG schadensersatzpflichtig. Nur die rechtzeitige Antragstellung innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO nach ausreichender Prüfung potentieller Sanierungsmöglichkeiten verschont den Geschäftsführer vor möglichen Haftungsansprüchen. Aufgrund dieser zivil- und strafrechtlichen Konsequenzen ist die Bestimmung des richtigen Antragszeitpunkts von essentieller Bedeutung. Die genaue Ermittlung der Rechtzeitigkeit soll hier nicht wiederholend erläutert werden, vielmehr kann auf die vorausgegangenen Untersuchungen verwiesen werden.³²

ee) Konsequenzen der Insolvenzantragsstellung

Wird der Insolvenzantrag tatsächlich verfrüht gestellt, kann dies zu liquiditätsschädigenden Folgemaßnahmen führen, wenn beispielsweise eine Kündigung der Kreditlinie durch die Hausbank gem. § 490 Abs. 1 BGB wegen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse erfolgt und hierdurch die Zahlungsunfähigkeit tatsächlich erst herbeigeführt wird.³³ Das Bekanntwerden der Insolvenzantragstellung wird in aller Regel zur Kündigung der Kreditlinie und Fälligstellung der Kredite seitens der Banken führen.³⁴ Daneben sind die Reaktionen anderer Marktpartner des Unternehmens sowie die Auswirkungen auf den Unternehmenswert nicht zu unterschätzen.

³² Siehe hierzu die Ausführungen unter 2. Teil § 5 C. II.

³³ *Geißler*, ZInsO 2013, 919, 923; *Saenger/al-Wraikat*, NZG 2013, 1201, 1202.

³⁴ Begr. RegE-ESUG, BT-Drs. 17/5712, S. 40; *Schröder*, in: *HambKommInsO*, § 18 Rn. 3; *Saenger/al-Wraikat*, NZG 2013, 1201, 1202.

(1) Reaktionen der Marktpartner des Unternehmens

Die Tatsache, dass der Beschluss über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens gem. § 9 Abs. 1 S. 1 InsO öffentlich im Internet³⁵ bekanntzumachen ist, kann zu einer Rufschädigung für die betroffene Gesellschaft führen und eine Abkehr der Kunden und Lieferanten der Gesellschaft aufgrund von Zweifeln an der weiteren Leistungsfähigkeit der Gesellschaft nach sich ziehen.³⁶ Diese Reaktion der Marktteilnehmer auf die Insolvenz eines Unternehmens in Form einer Abkehr oder Beendigung der Geschäftsbeziehungen wirkt sich negativ auf den Unternehmenswert aus und ist daher auch ein Posten von „indirekten Kosten“³⁷, die eine Insolvenz mit sich bringt. Als Beispiel zur Veranschaulichung der Auswirkungen des Bekanntwerdens einer finanziellen Krise eines Unternehmens kann der Fall der Kirch-Gruppe genannt werden. Diese musste im April 2002 Insolvenzantrag stellen, nachdem im Februar 2002 der damalige Vorstandssprecher der Deutschen Bank in einem Interview verlautbaren ließ, dass der Kirch-Konzern in finanziellen Schwierigkeiten sei und auf unveränderter Basis keine Zurverfügungstellung weiterer Eigen- und Fremdmittel seitens des Finanzsektors zu erwarten sei. Diese Äußerung war so brisant, dass die Kirch-Gruppe in der Folge keine weiteren Kredite zu den vorher geltenden Bedingungen mehr aufnehmen konnte, bestehende Kredite nicht verlängert wurden und ein hoher Zeitdruck zur Behebung der Liquiditätskrise aufgebaut wurde.³⁸ Der jahrelange Rechtsstreit um Schadensersatzforderungen in Höhe von fast 800 Millionen Euro hat jüngst in einem Vergleich zwischen der Deutschen Bank und den Erben des inzwischen verstorbenen Leo Kirch ein Ende gefunden,

³⁵ Dies erfolgt unter <https://www.insolvenzbekanntmachungen.de> (letzter Abruf am 24.05.2014).

³⁶ AG Wuppertal, ZInsO 2012, 1531, 1535.

³⁷ *Kreplin*, in: Nerlich/Kreplin, MAH Insolvenz und Sanierung, § 1 Rn. 9; *Uhlenbruck*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.51; *Frings*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz, S. 180 sieht die Gefahr einer Abkehr der Geschäftspartner und Investoren von der Gesellschaft.

³⁸ BGH NJW 2006, 830, 833.

durch den die Erben von der Deutschen Bank die Zahlung von 775 Millionen Euro zugesprochen bekommen haben.³⁹

(2) Auswirkungen auf den Unternehmenswert

Die Problematik eines verfrüht gestellten Insolvenzantrags entfaltet ihre volle Brisanz dem Grunde nach erst dann, wenn die Auswirkungen eines Insolvenzantrags auf den Unternehmenswert genauer betrachtet werden. Grundsätzlich ist zu konstatieren, dass die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens und das Bekanntwerden dieser Tatsache am Markt sich insbesondere auf den Unternehmenswert negativ auswirken.⁴⁰

(a) Bewertung nach going-concern-Grundsätzen

Grundsätzlich werden die Vermögensgegenstände eines Unternehmens gem. § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB auf der Grundlage der zukünftigen Fortführung des Unternehmens bewertet. Diese „going-concern“-Bewertung darf jedoch nur solange vorgenommen werden, wie ihr nicht tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstehen. Infolgedessen ist bei jeder Bilanzerstellung seitens des Geschäftsführers zu prüfen, ob derartige Gegebenheiten vorliegen.⁴¹ So widersprechen einer Unternehmensfortführung als tatsächliche Gegebenheiten beispielsweise Zahlungsunfähigkeit oder der hälftige Verlust des Stammkapitals.⁴²

³⁹ <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/nach-einigung-mit-deutscher-bank-kirch-erben-ziehen-alle-vorwuerfe-zurueck-12820434.html> (Abruf am 27.02.2014).

⁴⁰ *Uhlenbruck*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.51.

⁴¹ *Winkeljohann/Büssow*, in: Beck-BilKomm, § 252 HGB Rn. 10; *Gras*, in: Nerlich/Kreplin, MAH Insolvenz und Sanierung, § 6 Rn. 3.

⁴² *Baumbach/Hopt/Merkt*, HGB, § 252 Rn. 7; *Winkeljohann/Büssow* in: BeckBil-Komm, § 252 HGB Rn. 15; *Ballwieser*, in: MüKoHGB, § 252 Rn. 11.

(b) Bilanzierung zu Liquidationswerten

Anders als bei der handelsrechtlichen Bewertung der Zukunftsprognose ist im Rahmen der Überschuldungsprüfung nach § 19 InsO eine überwiegende Wahrscheinlichkeit der Unternehmensfortführung von mehr als 50% erforderlich, um eine positive insolvenzrechtliche Fortführungsprognose feststellen zu können.⁴³ Falls die Fortführungsprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung negativ ausfällt, sind bei Aufstellung der Überschuldungsbilanz nur Liquidationswerte anzusetzen, aber keine going-concern-Werte mehr.⁴⁴ Infolge des gestellten Insolvenzantrags kommt es in aller Regel zu einem dramatischen Absinken des Unternehmenswertes, was sich bei börsennotierten Gesellschaften besonders anschaulich anhand des gewaltigen Kurssturzes der Aktie nachvollziehen lässt.⁴⁵ Auch wenn sich bei einer GmbH der sinkende Unternehmenswert nicht anhand eines fallenden Aktienkurses an der Börse verfolgen lässt, zieht der für eine GmbH gestellte Insolvenzantrag das gleiche Resultat nach sich. Aus Gläubigersicht führt die Stellung eines Insolvenzantrags zwar noch nicht zu der Annahme, eine noch offene Forderung als uneinbringlich zu bewerten,⁴⁶ jedoch ist die Forderung durch die Antragstellung einem erhöhten Ausfallrisiko ausgesetzt.⁴⁷

2. Haftung nach § 64 S. 1 GmbHG

Nach § 64 S. 1 GmbHG haftet der Geschäftsführer der Gesellschaft für Zahlungen, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder der Feststellung ihrer

⁴³ Siehe hierzu 2. Teil § 5 B. II. 3. a) cc); Baumbach/Hueck/*Haas*, GmbHG, § 64 Rn. 44a; *Weller*, DStR 2010, 1046, 1047; a.A. *Ehlers*, NZI 2011, 161, 162, der keinen ersichtlichen Grund für die unterschiedliche Behandlung von § 19 Abs. 2 InsO und § 252 Abs. 2 Nr. 1 HGB sieht.

⁴⁴ *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 201, 1121, 1127; siehe hierzu die Ausführungen unter 2. Teil § 5 B. II. 3. a) aa) (1).

⁴⁵ So stürzte beispielsweise der Aktienkurs der Centrotherm AG im Juli 2012 nach Stellung des Insolvenzantrags um 75% ab, <http://www.faz.net/aktuell/finanzen/aktien/solar-aktien-centrotherm-aktie-wird-zum-hoffnungswert-11817039.html> (Abruf am 09.03.2014).

⁴⁶ BGH NZI 2007, 655, 656, der erst ab Verfahrenseröffnung die Annahme der Uneinbringlichkeit der Forderung bejaht; *Heese*, DStR 2008, 150, 153.

⁴⁷ *Heese*, DStR 2008, 150, 153.

Überschuldung geleistet werden. Für diese Haftung ist in subjektiver Hinsicht entscheidend, ob dem Geschäftsführer ein Verschulden vorzuwerfen ist. Der Verschuldensvorwurf ist dann positiv zu bescheinigen, wenn für den Geschäftsführer im Zeitpunkt der Zahlung bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes die Insolvenzreife der Gesellschaft erkennbar war.⁴⁸ Um einer Haftung nach § 64 S. 1 GmbHG zu entgehen, könnte es aus Sicht des Geschäftsführers naheliegen, einen Eröffnungsantrag zu stellen, da folglich eine Vertiefung der Insolvenz vermieden werden könnte. Falls jedoch der Antrag voreilig oder überdies nicht richtig i.S.d. § 15a Abs. 4 InsO gestellt würde, so erscheint die Konsequenz der Haftungsvermeidung nicht angemessen.⁴⁹

3. Haftung nach § 64 S. 3 GmbHG

Ein weiteres Haftungsrisiko droht dem Geschäftsführer nach § 64 S. 3 GmbHG für die Vornahme von Zahlungen an Gesellschafter, soweit diese Zahlungen zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten. Diese Haftung wird auch als Insolvenzverursachungshaftung bezeichnet im Gegensatz zur Insolvenzvertiefungshaftung nach § 64 S. 1 GmbHG.⁵⁰ Durch die Neuregelung hat der Gesetzgeber dem § 64 GmbHG einen starken insolvenzrechtlichen Bezug gegeben,⁵¹ sodass trotz der systematischen Einordnung der Norm in das GmbHG die Vorschrift insolvenzrechtlich zu verstehen ist.⁵² Mit der Einführung des § 64 S. 3 GmbHG als Insolvenzverursachungshaftung hat der Gesetzgeber den Schutz der Zahlungsfähigkeit der GmbH bezweckt, wobei sich die Neuregelung an dem sog. *solvency test* des anglo-amerikanischen Rechts orientiert.

⁴⁸ BGHZ 163, 134, 141.

⁴⁹ So auch *Blöse*, GmbHR 2012, 471, 474.

⁵⁰ *Greulich/Rau*, NZG 2008, 284; *Knof*, DStR 2007, 1536, 1537; *H.F. Müller*, in: MüKoGmbHG, § 64 Rn. 154; *Poertzgen/Meyer*, ZInsO 2012, 249, 250; *K. Schmidt*, GmbHR 2007, 1072, 1079; *U/H/W/Casper*, GmbHG, § 64 Rn. 102.

⁵¹ Begr. RegE-MoMiG BT-Drs. 16/6140, S. 47.

⁵² *Greulich/Rau*, NZG 2008, 565, 566; *Poertzgen/Meyer*, ZInsO 2012, 249, 251; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 66 spricht insofern von „insolvenzbezogenen Organpflichten“.

tiert hat.⁵³ Der Gesetzgeber wollte mit der Neuregelung insbesondere der Gefahr der Ausplünderung der Gesellschaft begegnen, wenn nämlich die Gesellschafter bei sich abzeichnender Zahlungsunfähigkeit der GmbH Mittel entziehen.⁵⁴ Ferner soll die Missbrauchsgefahr bei Unternehmenskäufen eingedämmt werden, wenn die Gesellschaft mit der Kaufpreisaufbringung belastet und damit der Insolvenzreife nahe geführt wird (sog. *leveraged-finance*-Praktiken).⁵⁵ Dementsprechend ergibt sich aus dieser Norm ein präventives Zahlungsverbot aus *ex-ante*-Sicht.⁵⁶ Genau an diesem Anknüpfungspunkt wird jedoch ein erstes Spannungsfeld erkennbar: Den Geschäftsführer einer GmbH trifft eine Sanierungspflicht innerhalb von drei Wochen bis zur Verpflichtung der Stellung eines Insolvenzantrags gem. § 15a Abs. 1 InsO. Diese Sanierungspflicht kann gegebenenfalls mit der Haftung aus § 64 S. 3 GmbHG kollidieren⁵⁷, da zur Sanierung bestimmte Zahlungen vorgenommen werden müssen, was jedoch gegen das präventiv ausgestaltete Zahlungsverbot⁵⁸ des Geschäftsführers aus § 64 S. 3 GmbHG verstoßen würde. Somit bewegt sich der Geschäftsführer im Vorfeld einer Insolvenz der GmbH in einem Spannungsfeld zwischen den notwendigen Sanierungsmaßnahmen, um das Unternehmen finanziell wieder zu stabilisieren einerseits, und dem Verbot, Zahlungen vorzunehmen, die gerade die Zahlungsunfähigkeit der GmbH herbeiführen andererseits. Damit der Geschäftsführer rechtzeitig erkennt, ab welchem Zeitpunkt er die vom Anwendungsbereich des § 64 S. 3 GmbHG umfassten Zahlungen nicht mehr vornehmen darf, ist er verpflichtet, sich mittels der Aufstellung eines Liquiditätsplans jederzeit ein Bild über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft zu machen.

⁵³ Begr. RegE-MoMiG BT-Drs. 16/6140, S. 46; Böcker/Poertzgen, WM 2007, 1203, 1205; Greulich/Bunnemann, NZG 2006, 681, 683; Poertzgen/Meyer, ZInsO 2012, 249, 250; geschützt wird also die Liquidität der Gesellschaft.

⁵⁴ Begr. RegE-MoMiG BT-Drs. 16/6140, S. 46; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 64 Rn. 22; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 64 Rn. 65.

⁵⁵ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 64 Rn. 22; Poertzgen/Meyer, ZInsO 2012, 249, 250; U/H/W/Casper, GmbHG, § 64 Rn. 102.

⁵⁶ Knof, DStR 2007, 1536, 1537; Hk-GmbHG/Kolmann, § 64 Rn. 69; dieses wird durch die Erstattungspflicht sanktioniert, Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 64 Rn. 64.

⁵⁷ Poertzgen, NZI 2007, 15, 16.

⁵⁸ Hölzle, GmbHR 2007, 729, 732 sieht in § 64 S. 3 GmbHG eine Handlungsanordnung; Knof, DStR 2007, 1536.

Daher trifft den Geschäftsführer die wirtschaftliche Selbstprüfungspflicht umfassend im Hinblick auf die rechtzeitige Krisenerkennung und zum rechtzeitigen Erkennen des Zahlungsverbots aus § 64 S. 3 GmbHG.⁵⁹ Hier zeigt sich das komplexe Ineinandergreifen von den Pflichten des Geschäftsführers und einer möglichen Haftung sehr anschaulich.

a) Der Geschäftsführer als Normadressat

Die durch das MoMiG eingeführte Neuregelung des § 64 S. 3 GmbHG richtet sich nicht an die Gesellschafter als Zahlungsempfänger, sondern adressiert die Ersatzpflicht an den Geschäftsführer, der die Zahlungen tatsächlich vorgenommen und dadurch den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit in seinem Ursprung kausal herbeigeführt hat.⁶⁰ In dem Zusammenhang gilt es die Weisungsabhängigkeit des Geschäftsführers von den Gesellschaftern zu beachten, die jedoch ihre Grenze dann findet, wenn der Geschäftsführer gegen ihn betreffende gesetzliche Pflichten verstoßen würde.⁶¹ Auf die Problematik der Führungslosigkeit der Gesellschaft und die Anwendbarkeit der Norm auf Auslandsgesellschaften soll hier nicht vertiefend eingegangen werden.⁶² Für den Fall, dass mehrere Gesellschafter von dem Geschäftsführer Rückzahlung verlangen, ist eine quotale Befriedigung denkbar, die sich entweder an der Beteiligungshöhe oder an der Höhe der jeweils fälligen Forderung ausrichten kann, solange durch die vorgenommenen Zahlungen nicht die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft herbeigeführt wird.⁶³

⁵⁹ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 64 Rn. 95; Poertzgen/Meyer, ZInsO 2012, 249, 250; Hk-GmbHG/Kolmann, § 64 Rn. 72; siehe zur Selbstprüfungspflicht des Geschäftsführers bereits 2. Teil § 5 A. II. 1.

⁶⁰ Begr. RegE-MoMiG, BT-Drs. 16/6140, S. 46; Knof, DStR 2007, 1536, 1537; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 64 Rn. 23; Poertzgen/Meyer, ZInsO 2012, 249, 250; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 64 Rn. 67; Winstel/Skauradszun, GmbHR 2011, 185, 186.

⁶¹ So schon eindeutig im Begr. RegE-MoMiG BT-Drs. 16/6140, S. 47, der weiterhin ausführt, dass der Geschäftsführer im Zweifel die Weisung zur Vornahme einer Zahlung nicht befolgen darf, sondern sein Amt niederlegen muss.

⁶² Hierzu H.F. Müller, in: MüKoGmbHG, § 64 Rn. 158; Poertzgen/Meyer, ZInsO 2012, 249, 251.

⁶³ Hierzu ausführlich Winstel/Skauradszun, GmbHR 2011, 185, 189 f.

b) Tatbestand des § 64 S. 3 GmbHG

Der Geschäftsführer ist nach § 64 S. 3 GmbHG zum Ersatz von Zahlungen an Gesellschafter verpflichtet, soweit diese Zahlungen zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, es sei denn, dies war für ihn trotz Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes nicht erkennbar. Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Geschäftsführers ist also die Vornahme von Zahlungen an Gesellschafter als Zahlungsempfänger, ohne dass die Größe ihres Anteils von Relevanz ist⁶⁴, und die durch die Zahlung kausal verursachte Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft. Potentielle Zahlungsempfänger können darüber hinaus auch einem Gesellschafter wirtschaftlich gleichstehende Dritte sein, z.B. dem Gesellschafter nahestehende Personen oder Tochtergesellschaften.⁶⁵

aa) Begriff der Zahlungsunfähigkeit

Nach überwiegender Ansicht ist der Begriff der Zahlungsunfähigkeit in § 64 S. 3 GmbHG identisch mit § 17 InsO, der Eintritt von Überschuldung ist hingegen nicht ausreichend.⁶⁶ Hinsichtlich der genauen Voraussetzungen der Zahlungsunfähigkeit kann insofern auf die vorangegangenen detaillierten Ausführungen verwiesen werden.⁶⁷ Zu den relevanten Zahlungen i.S.d. § 64 S. 3 GmbHG zählen neben reinen Geldzahlungen alle Leistungen, die sich auf die

⁶⁴ *Bitter*, ZInsO 2010, 1505, 1519; *Arnold*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 64 GmbHG Rn. 53; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, § 64 Rn. 25; *H.F. Müller*, in: MüKoGmbHG, § 64 Rn. 163; *Hk-GmbHG/Kolmann*, § 64 Rn. 83; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 77; *U/H/W/Casper*, GmbHG, § 64 Rn. 106.

⁶⁵ *Bitter*, ZInsO 2010, 1505, 1519; *Poertzgen/Meyer*, ZInsO 2012, 249, 255; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 77; *U/H/W/Casper*, GmbHG, § 64 Rn. 106; ausführlich zur Geschäftsführerhaftung beim Cash-Pooling *Willemsen/Rechel*, GmbHR 2010, 349 ff.

⁶⁶ *Baumbach/Hueck/Haas*, GmbHG, § 64 Rn. 102; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, § 64 Rn. 27; *Terlau/Hürten*, in: MAH GmbH-Recht, § 10 Rn. 118; *H.F. Müller*, in: MüKoGmbHG, § 64 Rn. 166; *Hk-GmbHG/Kolmann*, § 64 Rn. 86; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 81; a.A. *U/H/W/Casper*, GmbHG, § 64 Rn. 107, der sämtliche insolvenzauslösenden Zahlungen unter § 64 S. 3 fasst und auch die Überschuldung einbezieht.

⁶⁷ Siehe 2. Teil § 5 B. I. 2.

Liquidität der Gesellschaft auswirken.⁶⁸ Erhält die Gesellschaft im Gegenzug für die Zahlung eine liquide Gegenleistung in gleicher Höhe, so ist diese Gegenleistung anzurechnen. Auch wenn nach dem Wortlaut der Gesetzesbegründung eine Berücksichtigung von derartigen Gegenleistungen im Rahmen der Kausalität stattzufinden hat,⁶⁹ erscheint es aus logischem Blickwinkel nachvollziehbarer, bereits die Voraussetzung der vorgenommenen Zahlung zu verneinen, da sich schon das Gesellschaftsvermögen gar nicht vermindert.⁷⁰ Wenn kein Vermögensabfluss aus dem Gesellschaftsvermögen zu verzeichnen ist, kann eine Erstattungspflicht des Geschäftsführers schon nach dem Sinn und Zweck des § 64 S. 3 GmbHG nicht in Betracht kommen.

(1) Berücksichtigung fälliger Gesellschafterforderungen

Unstreitig vom Zahlungsverbot des § 64 S. 3 GmbHG erfasst sind Zahlungen auf Forderungen, die einredebehaftet, weil beispielsweise noch gar nicht fällig sind.⁷¹ Uneinheitlich beurteilt wird hingegen die Frage, ob Zahlungen auf fällige und durchsetzbare Gesellschafterforderungen von der Norm des § 64 S. 3 GmbHG erfasst werden. Die Frage ist aus dem Grund relevant, als in der aufzustellenden Liquiditätsbilanz den zum jeweiligen Stichtag fälligen Verbindlichkeiten die zu dem Zeitpunkt in der Gesellschaft vorhandenen liquiden Mittel gegenüberzustellen sind, um aus ihrem Verhältnis zueinander ableiten zu können, ob Zahlungsunfähigkeit gegeben ist. Insofern ist bei Einbeziehung der fälligen Gesellschafterforderungen in den aufzustellenden Liquiditätsstatus bereits gar nicht der Anwendungsbereich des § 64 S. 3 GmbHG eröffnet, sondern die Regelung des § 64 S. 1 GmbHG einschlägig, wenn sich aus dem Liquidi-

⁶⁸ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 64 Rn. 98; Bitter, ZInsO 2010, 1505, 1518; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 64 Rn. 24; H.F. Müller, in: MüKoGmbHG, § 64 Rn. 159; Hk-GmbHG/Kolmann, § 64 Rn. 78; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 64 Rn. 75.

⁶⁹ Begr. RegE-MoMiG, BT-Drs. 16/6140, S. 46; so auch Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 64 Rn. 85.

⁷⁰ Arnold, in: Henssler/Strohn, GesR, § 64 GmbHG Rn. 54; U/H/W/Casper, GmbHG, § 64 Rn. 108; differenzierend Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 64 Rn. 100.

⁷¹ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 64 Rn. 99; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 64 Rn. 28; Nolting-Hauff/Greulich, GmbHR 2013, 169, 170; Poertzen/Meyer, ZInsO 2012, 249, 252.

tätsstatus die Zahlungsunfähigkeit ergibt, weil die Zahlungsunfähigkeit dann bereits eingetreten ist und eben nicht mehr erst durch die Zahlung i.S.d § 64 S. 3 GmbHG herbeigeführt werden kann.⁷² Dementsprechend kann sich nach einer Ansicht die Norm des § 64 S. 3 GmbHG gar nicht auf fällige Gesellschafterforderungen beziehen, sodass die Norm praktisch keinen sinnvollen Anwendungsbereich habe.⁷³ Nach anderer Auffassung ist die Norm des § 64 S. 3 GmbHG erweiternd dahingehend auszulegen, dass fällige Gesellschafterforderungen bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit im Rahmen des § 64 S. 3 GmbHG auszublenden sind, um der Norm einen sinnvollen Anwendungsbereich zu erhalten.⁷⁴ Andernfalls könnte durch eine Vereinbarung zwischen dem Geschäftsführer und den Gesellschaftern über die Fälligkeit der Forderung eine Umgehung des § 64 S. 3 GmbHG erreicht werden.⁷⁵ Eine Lösung des Problems wird des Weiteren darin gesehen, bereits die Begründung der Forderung und andere Einwirkungen auf die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft als die Weggabe von Aktiva an Gesellschafter als „Zahlung“ i.S.d § 64 S. 3 GmbHG einzuordnen.⁷⁶ Inzwischen ist höchstrichterlich entschieden worden, dass fällige Gesellschafterforderungen bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit im Rahmen des § 64 S. 3 GmbHG zu berücksichtigen sind.⁷⁷ Ergibt sich unter Berücksichtigung der fälligen Forderungen bereits eine Deckungslücke von mindestens 10%, so ist bereits die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten und kann nicht mehr durch die Zahlung an einen Gesellschafter herbeigeführt werden.⁷⁸ Anders liegt der Fall, wenn zunächst nur eine unwesentliche Deckungslücke besteht und erst durch Vornahme der Zahlung die relevante 10%-

⁷² Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 64 Rn. 29; Poertzgen/Meyer, ZInsO 2012, 249, 255; Hk-GmbHG/Kolmann, § 64 Rn. 87.

⁷³ Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, § 64 Rn. 1 i.V.m. Rn. 72.

⁷⁴ Dahl/Schmitz, NZG 2009, 567, 569 f.; H.F. Müller, in: MüKoGmbHG, § 64 Rn. 167.

⁷⁵ Arnold, in: Henssler/Strohn, GesR, § 64 GmbHG Rn. 49; Poertzgen/Meyer, ZInsO 2012, 249, 252; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 64 Rn. 77 Fn. 7.

⁷⁶ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG. § 64 Rn. 99.

⁷⁷ BGH DB 2012, 2739; diese Ansicht teilen ferner Arnold, in: Henssler/Strohn, GesR, § 64 GmbHG Rn. 49; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 64 Rn. 33; Winstel/Skauradzsun, GmbHR 2011, 185, 187; kritisch, aber die für die Praxis geschaffene Klarheit anerkennend Sandhaus, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 64 Rn. 49.

⁷⁸ BGH DB 2012, 2739, 2740.

Schwelle überschritten wird.⁷⁹ Auch kann in der Nichtgeltendmachung einer Forderung selbst eine Forderung gesehen werden, wenn die Werthaltigkeit der Forderung aufgrund einer zukünftig drohenden Insolvenz des betreffenden Gesellschafters in hohem Maße gefährdet erscheint.⁸⁰

(2) Würdigung

Die Ansichten, die den Begriff der Zahlungsunfähigkeit in § 64 S. 3 GmbHG anders verstehen wollen als in § 17 InsO, und ausnahmsweise die fälligen Gesellschafterforderungen bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit im Rahmen des § 64 S. 3 GmbHG „ausblenden“ wollen, überdehnen sowohl den Wortlaut als auch den Sinn und Zweck der Norm. § 64 S. 3 GmbHG dient dem Liquiditätsschutz der Gesellschaft und soll die Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit verhindern, nicht aber die Vertiefung einer schon vorhandenen Zahlungsunfähigkeit sanktionieren. Deshalb ist die Sichtweise des BGH nachvollziehbar, dass es keine unterschiedliche Behandlung der Zahlungsunfähigkeit in § 17 InsO und § 64 S. 3 GmbHG gibt und folglich auch ein „Ausblenden“ fälliger Gesellschafterforderungen nicht geboten ist.⁸¹ Sofern die Gegenauffassung kritisiert, dass der Norm des § 64 S. 3 GmbHG – wenn überhaupt – nur ein kleiner Anwendungsbereich verbliebe,⁸² wird übersehen, dass schon der Gesetzgeber von einem engen Anwendungsbereich der Norm ausgegangen ist.⁸³ Der Anwendungsbereich ist auch dann eröffnet, wenn die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft nicht unmittelbar durch Vornahme der Zahlung herbeigeführt wird, sondern mittelbar darüber eintritt, dass außerhalb der Gesellschaft stehende Kreditgeber die Verlängerung oder die Gewährung ihrer Kredite vom Belassen

⁷⁹ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 64 Rn. 99; Arnold, in: Henssler/Strohn, GesR, § 64 GmbHG Rn. 48; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 64 Rn. 29; Poertzgen/Meyer, ZInsO 2012, 249, 253; Winstel/Skauradszun, GmbHR 2011, 185, 186.

⁸⁰ Arnold, in: Henssler/Strohn, GesR, § 64 GmbHG Rn. 52; U/H/W/Casper, GmbHG, § 64 Rn. 105.

⁸¹ BGH DB 2012, 2739, 2740.

⁸² Dahl/Schmitz, NZG 2009, 567, 569 f.; H.F. Müller, in: MüKoGmbHG, § 64 Rn. 167; Roth/Altmeyen/Altmeyen, GmbHG, § 64 Rn. 1 i.V.m. Rn. 72.

⁸³ Begr. RegE-MoMiG, BT-Drs. 16/6140, S. 47; dies ist höchstrichterlich entsprechend bestätigt worden, BGH DB 2012, 2739, 2740.

gerade derjenigen Gesellschafterforderung abhängig gemacht haben, auf die die Zahlung durch den Geschäftsführer vorgenommen worden ist, und infolge der Zahlung eine Kreditrückführung mit der Folge des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit bei der Gesellschaft vornehmen.⁸⁴ Die Auffassung, bereits die Begründung der Forderung als Zahlung einzuordnen⁸⁵, stellt eine zu weit gehende Ausdehnung des Wortlauts der Vorschrift des § 64 S. 3 GmbHG dar. Auch kann das Argument, der Gesellschaft müsse gegen eine fällige Forderung eine Einrede zustehen, wenn durch Begleichung der Forderung die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eintreten würde,⁸⁶ aus dem Grund nicht überzeugen, als über einen Umweg das durch das MoMiG geänderte Eigenkapitalersatzrecht aus § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG wieder eingeführt würde.⁸⁷ Auch wenn letztlich nur ein kleiner Anwendungsbereich der Norm verbleibt, erscheint es letztlich überzeugender, eine einheitliche Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit in § 17 InsO und § 64 S. 3 GmbHG vorzunehmen, sodass die Berücksichtigung der fälligen Gesellschafterforderungen angemessen ist.

bb) Verursachung der Zahlungsunfähigkeit

Den Geschäftsführer trifft nach § 64 S. 3 GmbHG die Ersatzpflicht für Zahlungen, soweit sie zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten. Unter welchen Voraussetzungen dieser Kausalitätszusammenhang gegeben ist, lässt sich unterschiedlich beurteilen. Nach der Ansicht des Gesetzgebers muss die vorgenommene Zahlung „ohne Hinzutreten weiterer Kausalbeiträge“ zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen.⁸⁸ Dementsprechend ist das Kausalitätserfordernis verhältnismäßig einfach für den Fall zu bejahen, dass durch die Zahlung selbst unmittelbar eine Liquiditätslücke von mindestens 10% eintritt.⁸⁹ Schwieriger gestaltet sich hingegen die Feststellung der Kausalität, wenn durch die vorgenommene Zahlung nicht unmittelbar, sondern erst verzögert eine Li-

⁸⁴ BGH DB 2012, 2739, 2740; *Nolting-Hauff/Greulich*, GmbHR 2013, 169, 173.

⁸⁵ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 64 Rn. 99.

⁸⁶ *Dahl/Schmitz*, NZG 2009, 567, 570; *Poertzgen/Meyer*, ZInsO 2012, 249, 254 f.

⁸⁷ BGH DB 2012, 2739, 2740; *Hk-GmbHG/Kolmann*, § 64 Rn. 90.

⁸⁸ Begr. RegE-MoMiG, BT-Drs. 16/6140, S. 46.

⁸⁹ *Böcker/Poertzgen*, WM 2007, 1203, 1208; *Poertzgen/Meyer*, ZInsO 2012, 249, 255.

quiditätslücke von mehr als 10% eintritt.⁹⁰ Aus dem Wortlaut des § 64 S. 3 GmbHG „führen mussten“ wird erkennbar, dass nicht jedweder Zusammenhang zwischen einer vorgenommenen Zahlung und der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit für eine Haftungs begründung ausreichen kann. Der für den eng begrenzten Anwendungsbereich der Norm erforderliche enge Kausalzusammenhang erfordert, dass die vorgenommene Zahlung für den Geschäftsführer vorhersehbar die Zahlungsunfähigkeit herbeiführen musste, was auch als „Weichenstellung ins Aus“⁹¹ bezeichnet wurde. Erforderlich ist daher ein enger sachlicher und zeitlicher Zusammenhang zwischen der Vornahme der Zahlung und dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit im Sinne einer adäquaten Kausalität, der aus objektiver ex-ante-Perspektive im Rahmen einer (Solvenz-)Prognose mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit schließen lässt.⁹² Nicht entscheidend ist, dass die Zahlung alleinige Ursache im Sinne einer Monokausalität ist, da in den meisten Fällen mehrere Ursachen für den Eintritt der Insolvenzreife verantwortlich sind.⁹³

c) Rechtsfolge des § 64 S. 3 GmbHG

Wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 64 S. 3 GmbHG erfüllt sind, ist auf Rechtsfolgenseite ferner klärungsbedürftig, ob dem Geschäftsführer neben seiner Erstattungspflicht ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht und welche Maßnahmen der Geschäftsführer treffen muss, wenn mehrere Gesellschafter von ihm Rückzahlung verlangen.

⁹⁰ *Poertzgen/Meyer*, ZInsO 2012, 249, 255.

⁹¹ *Greulich/Bunnemann*, NZG 2006, 681, 685; *Greulich/Rau*, NZG 2008, 284, 288; *Nolting-Hauff/Greulich*, GmbHR 2013, 169, 174; *Poertzgen/Meyer*, ZInsO 2012, 249, 256; *Hk-GmbHG/Kolmann*, § 64 Rn. 87; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 84; *U/H/W/Casper*, GmbHG, § 64 Rn. 109.

⁹² *Knof*, DStR 2007, 1536, 1539; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, § 64 Rn. 35 f.; *Hk-GmbHG/Kolmann*, § 64 Rn. 87; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 86; *U/H/W/Casper*, GmbHG, § 64 Rn. 108 f.

⁹³ *Baumbach/Hueck/Haas*, GmbHG, § 64 Rn. 103; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, § 64 Rn. 36; *Nolting-Hauff/Greulich*, GmbHR 2013, 169, 174; *Poertzgen/Meyer*, ZInsO 2012, 249, 256; *Hk-GmbHG/Kolmann*, § 64 Rn. 87; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 83.

aa) Erstattungspflicht des Geschäftsführers

Nach überwiegender Auffassung begründet die Norm des § 64 S. 3 GmbHG einen eigenständigen Ersatzanspruch der Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer, jedoch keinen Schadensersatzanspruch.⁹⁴ Der Erstattungsanspruch ist auf Ersatz der geleisteten Zahlung an die Gesellschaft gerichtet und besteht nur in der Höhe, in welcher der Gesellschaft tatsächlich liquide Mittel entzogen wurden, hingegen ist der Nachweis eines eingetretenen Schadens gerade nicht erforderlich.⁹⁵ Ist der gesamte Insolvenzverursachungsschaden höher als die geleistete Zahlung, so ist dieser Schaden als weiterer Schadensersatzanspruch – beispielsweise unter den Voraussetzungen des § 43 GmbHG – geltend zu machen.⁹⁶ Die Geltendmachung des Ersatzanspruchs aus § 64 S. 3 GmbHG obliegt in der Insolvenz dem Insolvenzverwalter, im Fall der Ablehnung der Verfahrenseröffnung können die Gläubiger den Anspruch pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen.⁹⁷ Der Geschäftsführer kann sich nach § 64 S. 3 GmbHG exkulpieren, wenn er nachweisen kann, dass auch bei Beachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes nicht erkennbar war, dass die Zahlung zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen musste. Diese Erkennbarkeit wird widerleglich vermutet, sodass sich der Geschäftsführer in aller Regel nur dadurch entlasten kann, dass er eine sorgfältige Finanzplanung erstellt, aus der sich kein Anzeichen für eine drohende Zahlungsunfähigkeit ableiten lässt.⁹⁸ Auch kann sich der Geschäftsführer gem. § 64 S. 4 GmbHG i.V.m. § 43 Abs. 3 S. 3 GmbHG nicht mit dem Argument rechtfertigen, er habe

⁹⁴ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 64 Rn. 107; Sandhaus, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 64 Rn. 75; Arnold, in: Henssler/Strohn, GesR, § 64 GmbHG Rn. 43; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 64 Rn. 20; H.F. Müller, in: MüKoGmbHG, § 64 Rn. 175; Poertzgen/Meyer, ZInsO 2012, 249, 257; Hk-GmbHG/Kolmann, § 64 Rn. 87; a.A. Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 64 Rn. 94, der eine schadensersatzrechtliche Einordnung bevorzugt.

⁹⁵ Statt vieler Hk-GmbHG/Kolmann, § 64 Rn. 95.

⁹⁶ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 64 Rn. 107; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 64 Rn. 20; Poertzgen/Meyer, ZInsO 2012, 249, 257; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 64 Rn. 94.

⁹⁷ Bitter, ZInsO 2010, 1505, 1518; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 64 Rn. 40; Hk-GmbHG/Kolmann, § 64 Rn. 95.

⁹⁸ Bitter, ZInsO 2010, 1505, 1520; Hk-GmbHG/Kolmann, § 64 Rn. 92.

nur entsprechend einer Weisung der Gesellschafterversammlung agiert.⁹⁹ Eine solche wäre in diesem Fall rechtswidrig und dürfte seitens des Geschäftsführers gar nicht befolgt werden.¹⁰⁰ Ferner kann sich der Geschäftsführer nicht auf den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens berufen, weil für die Zahlungsunfähigkeit neben der von ihm geleisteten Zahlung in aller Regel noch weitere Ursachen hinzutreten.¹⁰¹ Eine Entlastung kann der Geschäftsführer des Weiteren nach § 64 S. 2 GmbHG erreichen, wenn die Zahlung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar war.¹⁰² Eine Haftung des Geschäftsführers ist jedoch auch bei freiwilligen Stützungszahlungen durch die Gesellschafter, die den Eintritt der Insolvenzreife noch einige Monate hinausgezögert haben, zu bejahen, wenn zwischen den vom Geschäftsführer vorgenommenen Zahlungen und den später erfolgten Zahlungen seitens der Gesellschafter kein synallagmatisches Verhältnis zur Begründung einer echten Gegenleistung bestanden hat.¹⁰³

bb) Leistungsverweigerungsrecht des Geschäftsführers

Auf Rechtsfolgenseite steht dem Geschäftsführer nach überwiegender Auffassung ein Leistungsverweigerungsrecht zu, das mit dem normierten Zahlungsverbot korrespondiert.¹⁰⁴ Nach anderer Auffassung kann sich ein Leistungsverweigerungsrecht nur aus anderen Vorschriften ergeben, weil sich aus dem Wortlaut des § 64 S. 3 GmbHG keine Einrede herleiten lasse.¹⁰⁵ Dieser Auffas-

⁹⁹ Begr. RegE-MoMiG, BT-Drs. 16/6140, S. 47; BGH DB 2012, 2739, 2741; *Bitter*, ZInsO 2010, 1505, 1520; *Nolting-Hauff/Greulich*, GmbHR 2013, 169, 173; Hk-GmbHG/*Kolmann*, § 64 Rn. 96a; U/H/W/*Casper*, GmbHG, § 64 Rn. 117; *Winstel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 185, 186.

¹⁰⁰ Siehe zur Thematik rechtswidriger Weisungen bereits 1. Teil § 3 C. II. 2.

¹⁰¹ *Poertzgen/Meyer*, ZInsO 2012, 249, 257; U/H/W/*Casper*, GmbHG, § 64 Rn. 110.

¹⁰² Dies wird trotz des unklaren Wortlauts der Norm überwiegend bejaht, Hk-GmbHG/*Kolmann*, § 64 Rn. 93; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 88.

¹⁰³ So entschieden vom OLG Celle, DStR 2013, 55, 57 für einen Fall im Konzernverbund.

¹⁰⁴ *Dahl/Schmitz*, NZG 2009, 567, 569; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, § 64 Rn. 33; *H.F. Müller*, in: MüKoGmbHG, § 64 Rn. 174; *Nolting-Hauff/Greulich*, GmbHR 2013, 169, 171; *Poertzgen/Meyer*, ZInsO 2012, 249, 253; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 91; *Winstel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 185, 187.

¹⁰⁵ *Baumbach/Hueck/Haas*, GmbHG, § 64 Rn. 107.

sung ist der BGH entgegen getreten und hat dem Geschäftsführer ein Leistungsverweigerungsrecht zugesprochen, da der Gefahr der Mittelentnahme durch die Gesellschafter nur dadurch begegnet werden könne, dass der Geschäftsführer den Mittelabfluss verweigern kann, ohne sich selbst einer Haftung aussetzen zu müssen.¹⁰⁶ Die Anerkennung eines Leistungsverweigerungsrechts widerspricht auch nicht der Auffassung, dass die fälligen Gesellschafterforderungen bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit zu berücksichtigen sind, weil andernfalls die Insolvenzantragstellung verzögert würde und es zu einer „Perpetuierung einer Krisenfinanzierung“¹⁰⁷ kommen würde.¹⁰⁸ Ein weiteres gewichtiges Argument für die Anerkennung eines Leistungsverweigerungsrechts liegt darin begründet, dass es nicht gerechtfertigt erscheint, den Geschäftsführer zur Vermeidung der Inanspruchnahme nach § 64 S. 3 GmbHG auf eine Insolvenzantragstellung wegen drohender Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO zu verweisen. Nicht nur würde hiermit die Insolvenzantragspflicht schon auf die drohende Zahlungsunfähigkeit vorverlagert¹⁰⁹, sondern es würde dem Geschäftsführer überdies ein weiteres Haftungsrisiko nach § 43 Abs. 2 GmbHG wegen zu früh erfolgter Insolvenzantragstellung aufgebürdet.¹¹⁰ Dies entspricht nicht dem Sinn und Zweck des § 64 S. 3 GmbHG, die Liquidität der Gesellschaft zu schützen. Ein verfrüht gestellter Insolvenzantrag nach § 18 InsO zur Vermeidung einer Haftung nach § 64 S. 3 GmbHG könnte im Gegenteil dazu führen, dass bei der Gesellschaft noch vorhandene Liquidität vernichtet wird. Aus diesen Gründen ist die Anerkennung eines Leistungsverweigerungsrechts im Ergebnis vorzugswürdig.

¹⁰⁶ BGH DB 2012, 2739, 2740 f.

¹⁰⁷ Sandhaus, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 64 Rn. 51; Nolting-Hauff/Greulich, GmbHR 2013, 169, 173.

¹⁰⁸ BGH DB 2012, 2739, 2740; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 64 Rn. 33.

¹⁰⁹ Arnold, in: Henssler/Strohn, GesR, § 64 GmbHG Rn. 49a; Winstel/Skauradszun, GmbHR 2011, 185, 187; Winstel, DZWIR 2010, 438, 440.

¹¹⁰ Leinekugel/Skauradszun, GmbHR 2011, 1121, 1126; Nolting-Hauff/Greulich, GmbHR 2013, 169, 173; zum Haftungsrisiko wegen „zu früh“ gestellten Insolvenzantrags siehe bereits 3. Teil § 7 A. I. 1. c).

d) Kollision von § 64 S. 3 GmbHG mit § 15a InsO

Für den Geschäftsführer ergibt sich insbesondere ein Spannungsfeld aus seiner Pflicht zur Sanierung der Gesellschaft innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO auf der einen Seite und dem Zahlungsverbot aus § 64 S. 3 GmbHG auf der anderen Seite. Eine Sanierung kann in der Regel nur vollzogen werden, indem bestimmte Zahlungen vorgenommen werden. Das hätte aber nach logischer Betrachtung die Konsequenz, dass der Geschäftsführer entweder seine Pflicht zur Sanierung innerhalb der drei Wochen verletzt, wenn er auf die Vornahme entsprechender Zahlungen verzichtet, oder dass er zwar seiner Sanierungspflicht nachkommt, damit aber gegen das präventive Zahlungsverbot aus § 64 S. 3 GmbHG verstößt. Letztlich kann der Kollision dieser beiden Haftungstatbestände dadurch begegnet werden, dass eine Haftung nach § 64 S. 3 GmbHG dann nicht in Betracht kommt, wenn die vom Geschäftsführer vorgenommenen Zahlungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes erfolgt und im Hinblick auf das Ziel einer Sanierung als erforderlich einzuordnen gewesen sind.¹¹¹

e) Konsequenzen bei möglichen Pflichtverstößen

Der aus § 64 S. 3 GmbHG folgende Erstattungsanspruch des Geschäftsführers ist die normierte Sanktion für verbotswidrig geleistete Zahlungen. Zu überlegen gilt, ob dem Geschäftsführer neben dem Erstattungsanspruch noch weitere Sanktionen drohen können, wenn ihm die Pflichtverletzung des Verstoßes gegen das Zahlungsverbot vorzuwerfen ist, oder ob er selbst bestimmte Konsequenzen ziehen kann.

aa) Abberufung durch die Gesellschafterversammlung

In Betracht kommt als weitere Sanktion die Abberufung des Geschäftsführers durch die Gesellschafterversammlung. Die Kompetenz zur Abberufung steht der Gesellschafterversammlung nach § 46 Nr. 5 GmbHG zu, hiermit einher geht im Wege einer Annexkompetenz die Beendigung des Anstellungsverhält-

¹¹¹ Saenger, Gesellschaftsrecht, Rn. 777.

nisses.¹¹² Nach § 38 Abs. 1 GmbHG ist die Abberufung jederzeit möglich, ohne dass dadurch die Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen tangiert werden. Hiermit zeigt das Gesetz die Trennung von Organverhältnis und Anstellungsverhältnis eindeutig auf. Jedoch kann das Anstellungsverhältnis mittels einer Kopplungsklausel vom Fortbestand des Organverhältnisses abhängig gemacht werden, sodass infolge der Abberufung auch das Anstellungsverhältnis beendet wird.¹¹³ Für den Fall der satzungsmäßigen Beschränkung der freien Abberufbarkeit des Geschäftsführers aus wichtigem Grund nennt § 38 Abs. 2 S. 2 GmbHG explizit die grobe Pflichtverletzung und die Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung. Wenn ein Geschäftsführer schuldhaft gegen das präventive Zahlungsverbot des § 64 S. 3 GmbHG verstößt, so ist hierin eine grobe Pflichtverletzung zu sehen, weil er durch Vornahme der Zahlung einen Verursachungsbeitrag zum Eintritt der Insolvenzreife geleistet hat. Selbst wenn als Beispiele für einen wichtigen Grund insbesondere Bilanzmanipulationen, Verletzung der Buchführungspflichten und der Insolvenzantragspflicht sowie die Umgehung der Gesellschafterversammlung¹¹⁴ angeführt werden, so ist auch die Insolvenzverursachung durch Vornahme verbotener Auszahlungen als wichtiger Grund einzuordnen, da für das Vorliegen eines wichtigen Grundes bei der Gesellschaft noch nicht einmal ein Schaden eingetreten sein muss.¹¹⁵ Ob durch einen Verstoß gegen § 64 S. 3 GmbHG auch die Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung angenommen werden kann, lässt sich bei nur einmaligem Verstoß wohl noch nicht bejahen¹¹⁶, vielmehr ist eine Einzelfallbe-

¹¹² Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 46 Rn. 23; Oppenländer, in: Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 9 Rn. 11.

¹¹³ Statt vieler Stephan/Tieves, in: MüKoGmbHG, § 38 Rn. 23; zum Verhältnis von Organ- und Anstellungsverhältnis siehe bereits 1. Teil § 3 B. III.

¹¹⁴ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 38 Rn. 13; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 38 Rn. 21; Hk-GmbHG/Lücke/Simon, § 38 Rn. 24.

¹¹⁵ Hk-GmbHG/Lücke/Simon, § 38 Rn. 23; differenzierend zur Würdigung der Gesamtumstände Buck/Heeb, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 38 Rn. 24.

¹¹⁶ OLG Köln GmbHR 1989, 76, 79; Buck/Heeb, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 38 Rn. 26; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 38 Rn. 20b.

urteilung unter Abwägung der Gesamtumstände vorzunehmen¹¹⁷. Ohne näher auf die genauen Voraussetzungen einer wirksamen Abberufung einzugehen, wird somit deutlich, dass dem Geschäftsführer neben seiner Erstattungspflicht auch die Abberufung drohen kann. Dies erscheint allerdings nur für den Fall wahrscheinlich, dass die Gesellschafter sehr zeitnah einen Ersatz für den Geschäftsführer finden oder bereits haben, da sie ansonsten die Führungslosigkeit der Gesellschaft herbeiführen würden. Gerade bei einer drohenden Insolvenz der Gesellschaft wird eine Abberufung des Geschäftsführers daher als Regelfall wohl nicht in Betracht kommen.

bb) Amtsniederlegung durch den Geschäftsführer

Fraglich ist ferner, ob eine Amtsniederlegung durch den Geschäftsführer nach einer begangenen Pflichtverletzung in Betracht kommt. Grundsätzlich ist eine Amtsniederlegung durch den Geschäftsführer jederzeit und ohne wichtigen Grund möglich.¹¹⁸ Ob die Amtsniederlegung zur Unzeit dazu führt, dass sie wegen Rechtsmissbrauchs gar nicht wirksam ist, wird unterschiedlich beurteilt.¹¹⁹ Durch das MoMiG sind nun im Fall der Führungslosigkeit der Gesellschaft die Gesellschafter stärker in die Pflicht genommen worden, insbesondere zur Stellung des Insolvenzantrags nach § 15a Abs. 3 InsO. Daher wird vertreten, dass die Amtsniederlegung seitens des Geschäftsführers keine überaus gravierenden Folgen mehr nach sich ziehe und die durch das MoMiG begründete Verantwortlichkeit der Gesellschafter zu einer Aufrechterhaltung der Handlungsfähigkeit der Gesellschaft führe, sodass die Amtsniederlegung wirksam sei.¹²⁰ Gerade in einer

¹¹⁷ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 38 Rn. 12; Buck/Heeb, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 38 Rn. 24; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 38 Rn. 20b; Hk-GmbHG/Lücke/Simon, § 38 Rn. 23.

¹¹⁸ BGHZ 121, 257, 260; BGHZ 78, 82, 84.

¹¹⁹ Für eine Unwirksamkeit u.a. OLG München GmbHR 2011, 486, 487; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 38 Rn. 42; gegen eine Unwirksamkeit Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 38 Rn. 86; Stephan/Tieves, in: MüKoGmbHG, § 38 Rn. 61; Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 93; differenzierend Hk-GmbHG/Lücke/Simon, § 38 Rn. 85.

¹²⁰ Buck/Heeb, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 38 Rn. 73; Haas/Hossfeld, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 92 Rn. 147; Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 93.

wirtschaftlichen Krise der Gesellschaft erscheint es aber trotz den durch das MoMiG geschaffenen Neuregelungen problematisch, wenn sich der Geschäftsführer durch Niederlegung seines Amtes seiner Verantwortung – insbesondere der Pflicht zur Insolvenzantragstellung – entzieht.¹²¹ Unabhängig von der Wirksamkeit der Amtsniederlegung an sich herrscht jedoch verbreitet Einigkeit darüber, dass eine sofortige Amtsniederlegung zur Unzeit ohne wichtigen Grund zu einer Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers wegen Verletzung des schuldrechtlichen Anstellungsvertrags führt.¹²² Neben diesen Aspekten gilt es im Hinblick auf eine Amtsniederlegung im Zusammenhang mit § 64 S. 3 GmbHG zu beachten, dass selbst wenn der Gesetzgeber die Möglichkeit der Amtsniederlegung für den Fall vorgesehen hat, dass eine Zahlung möglicherweise gegen § 64 S. 3 GmbHG verstoßen würde¹²³, die Niederlegung des Geschäftsführeramtes sowohl eher praxisfern als auch aus dem Grund untauglich erscheint, als die Problematik des Zahlungsverbots nur auf den nachfolgenden Geschäftsführer verlagert wird.¹²⁴ Als tauglicherer Ansatz vermag in dem Fall eher die Kommunikation des Geschäftsführers mit der Gesellschafterversammlung anzusehen sein. Ansonsten ist zu berücksichtigen, dass der Geschäftsführer im Krisenfall aufgrund seiner aus dem Organverhältnis resultierenden Treuepflicht u.U. auch zu Notmaßnahmen verpflichtet ist.¹²⁵ Dementsprechend kann die Amtsniederlegung nur dann ein sinnvolles Instrument aus Sicht des Geschäftsführers sein, wenn er sich dadurch nicht spiegelbildlich einer Schadensersatzpflicht wegen

¹²¹ BGH NJW 2003, 3787, 3789; auch sah der BGH den Geschäftsführer als nicht berechtigt an, sein Amt aufgrund einer wirtschaftlichen Krise der GmbH niederzulegen, BGHZ 78, 82, 84; zu dieser Problematik auch Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 38 Rn. 43.

¹²² OLG Köln GmbHR 1997, 30, 31; OLG Koblenz GmbHR 1995, 730, 731; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 38 Rn. 89; Haas/Hossfeld, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 92 Rn. 148; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 38 Rn. 42; Oppenländer, in: Oppenländer/Trolitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 12 Rn. 26; Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 93a stellen nicht auf eine Pflichtverletzung aus dem Anstellungsverhältnis, sondern auf eine Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht ab.

¹²³ Begr. RegE-MoMiG, BT-Drs. 16/6140, S. 47.

¹²⁴ Nolting-Hauff/Greulich, GmbHR 2013, 169, 173; Winstel/Skauradszun, GmbHR 2011, 185, 187.

¹²⁵ Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 93.

Verletzung seiner anstellungsvertraglichen Pflichten oder seiner Treuepflicht ausgesetzt sieht.

4. Zwischenfazit

Nicht nur für den in der Praxis am häufigsten vorkommenden Fall der verspäteten Antragstellung, die eine Insolvenzverschleppung nach sich zieht, sondern auch für den Fall einer zu früh erfolgten Antragstellung droht dem Geschäftsführer eine Haftung gegenüber der Gesellschaft aus § 43 Abs. 2 GmbHG. Der Antrag kann dann „zu früh“ gestellt sein, wenn ein Fall des sog. „Panikantrag“ vorliegt, also die Gesellschaft noch nicht einmal zahlungsunfähig oder überschuldet ist, oder wenn der Geschäftsführer innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO nicht ausreichend geprüft hat, ob geeignete Sanierungsmaßnahmen bestehen, mit denen die Insolvenzreife umgehend beseitigt werden kann.¹²⁶ Die wohl gravierendste Auswirkung der Insolvenzantragstellung ist die damit verbundene negative Publizität, die in aller Regel dazu führt, dass sich Kunden zurückziehen, Kreditgeber ihre Kredite fällig stellen und nicht mehr verlängern und dass der Unternehmenswert mit Bekanntwerden der Insolvenz dramatisch absinkt. Dementsprechend ist die Feststellung des richtigen Zeitpunkts der Insolvenzantragstellung von essentieller Bedeutung. Neben der Schadensersatzpflicht nach § 43 Abs. 2 GmbHG bestehen für den Geschäftsführer ferner die Haftungsrisiken aus § 64 S. 1 GmbHG wegen Insolvenzvertiefung und aus § 64 S. 3 GmbHG wegen Insolvenzverursachung.¹²⁷ Dabei ist zu beachten, dass die Norm des § 64 S. 3 GmbHG den Geschäftsführer nur zum Ersatz der vorgenommenen Zahlung verpflichtet, ein darüber hinaus gehender Schaden ist unter den Voraussetzungen des § 43 Abs. 2 GmbHG zu ersetzen. Mögliche Konsequenz eines Pflichtverstoßes kann die Abberufung

¹²⁶ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 64 Rn. 161 f.; *Frings*, Die zivil- und strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz, S. 181; *Haas*, DStR 1998, 1359, 1363; siehe zur Problematik der „zu früh“ erfolgten Antragstellung bereits 3. Teil § 7 A. I. 1. c).

¹²⁷ Zu der Unterscheidung zwischen Insolvenzvertiefung und Insolvenzverursachung *Greulich/Rau*, NZG 2008, 284; *Knof*, DStR 2007, 1536, 1537; *H.F. Müller*, in: *MüKoGmbHG*, § 64 Rn. 154; *Poertzgen/Meyer*, ZInsO 2012, 249, 250; *U/H/W/Casper*, GmbHG, § 64 Rn. 102.

durch die Gesellschafterversammlung sein. Eine Amtsniederlegung durch den Geschäftsführer ist zwar dem Grunde nach möglich, allerdings macht er sich der Gesellschaft gegenüber schadensersatzpflichtig, wenn die Amtsniederlegung zur Unzeit erfolgt ist und der Geschäftsführer sich dadurch seinen Pflichten in der wirtschaftlichen Krise der Gesellschaft entziehen will.

5. Haftung in Eigenverwaltung und Schutzschirmverfahren

Wenn sich der Geschäftsführer nach Antragstellung in der Eigenverwaltung und auch während des Schutzschirmverfahrens Pflichtverletzungen zu Schulden kommen lässt, greift ebenfalls die Haftungsnorm des § 43 Abs. 2 GmbHG. Zu beachten ist, dass im eröffneten Insolvenzverfahren der Maßstab des Pflichtenkanons zwar immer noch das Gesellschaftsinteresse ist, dieses Interesse jedoch nach Verfahrenseröffnung den Gläubigerinteressen gleichzustellen ist.¹²⁸ Zu fragen ist, ob auch eine Haftung nach § 64 S. 1 GmbHG in Eigenverwaltung und Schutzschirmverfahren denkbar ist. Dies erscheint aus dem Grund beachtlich, als eine erfolgreiche Sanierung – die durch das Schutzschirmverfahren in Eigenverwaltung angestrebt wird – nur im Fall der Betriebsfortführung möglich ist.¹²⁹ Eine solche Betriebsfortführung erfordert die Vornahme von Zahlungen, um die entstehenden Verbindlichkeiten erfüllen zu können. Eine Überschneidung zwischen den Tatbeständen des § 64 S. 1 GmbHG und § 270b InsO kommt dann in Betracht, wenn der Geschäftsführer nach Insolvenzantragstellung den Betrieb fortführt und nach Eröffnung des Schutzschirmverfahrens die Insolvenzreife in Form der Zahlungsunfähigkeit tatsächlich eintritt oder die Gesellschaft schon bei Antragstellung gem. § 270b Abs. 1 S. 1 InsO überschuldet war.¹³⁰ Eine Anwendbarkeit des § 64 S. 1 GmbHG wird auf der einen Seite mit dem Argument der teleologischen Reduktion dergestalt abgelehnt, dass der funktionale Zusammenhang mit der Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 1 S. 1 InsO nach Einleitung eines Schutzschirmverfahrens gar nicht mehr bestehe, da in diesem Fall der Insol-

¹²⁸ *Brinkmann*, DB 2012, 1369.

¹²⁹ *Ganter*, NZI 2012, 433; *Siemon/Klein*, ZInsO 2012, 2009.

¹³⁰ *Siemon/Klein*, ZInsO 2012, 2009, 2011.

venzantrag mit dem Antrag auf Eigenverwaltung bereits gestellt worden sei und daher eine Haftung wegen Verletzung der Antragspflicht nicht mehr zum Tragen komme.¹³¹ Dem wird von anderer Seite jedoch dergestalt vehement mit dem Argument widersprochen, dass die Geltung des § 64 S. 1 GmbHG nicht von der Stellung eines Insolvenzantrags abhängt und dass der Sinn und Zweck des § 64 S. 1 GmbHG, Masseschmälerungen zulasten der Gläubiger zu verhindern, nicht dem Ziel der Eigenverwaltung widerspreche, durch eine Kontinuität innerhalb der Geschäftsführung die Befriedigungsaussichten der Gläubiger zu erhöhen.¹³² Durch das Schutzschirmverfahren in Eigenverwaltung sollen die Sanierungschancen für das Unternehmen verbessert werden. Dieses Ziel kann nur dann erreicht werden, wenn eine ordnungsgemäße Betriebsfortführung stattfindet und die Insolvenzmasse vor unzulässigen Masseschmälerungen geschützt wird. Da es in den §§ 270 ff. InsO keine Verweise auf die gesellschaftsrechtlichen Haftungsnormen gibt und daher in der InsO keine Regelungen zur Haftung im Schutzschirmverfahren und in der Eigenverwaltung getroffen worden sind, erscheint es erforderlich, auf die gesellschaftsrechtlichen Haftungsregelungen, und also insbesondere auch auf § 64 S. 1 GmbHG zurückzugreifen, um eine Verschmälerung der Masse zu verhindern.¹³³ Dementsprechend ist die zweitgenannte Ansicht vorzugswürdig, sodass die Norm des § 64 S. 1 GmbHG auch in der Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren für den Geschäftsführer gilt.

II. Anspruch aus dem dienstvertraglichen Anstellungsverhältnis gem. § 280 Abs. 1 BGB

Zwischen der Haftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG und besonderen gesellschaftsrechtlichen Anspruchsgrundlagen sowie deliktischen Ansprüchen der Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer wird von einem Teil der Literatur

¹³¹ *Brinkmann*, DB 2012, 1369.

¹³² *Siemon/Klein*, ZInsO 2012, 2009, 2012; bei einer solchen Kontinuität kann das bei der Geschäftsführung bestehende Know-how im Rahmen der Sanierung genutzt werden, siehe dazu auch *Vallender*, GmbHR 2012, 450.

¹³³ *Klein/Thiele*, ZInsO 2013, 2233, 2240; *Siemon*, ZInsO 2012, 1045, 1053.

grundsätzlich Anspruchskonkurrenz angenommen.¹³⁴ Da die Norm des § 43 GmbHG auf der Organstellung des Geschäftsführers beruht und Organverhältnis und Anstellungsverhältnis voneinander zu unterscheiden sind, stehen Ansprüche der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer aus dem schuldrechtlichen Anstellungsvertrag zwar dem Grunde nach neben einer Haftung aus § 43 GmbHG, jedoch nimmt § 43 GmbHG als *lex specialis* der Organhaftung die Haftung aus dem Anstellungsvertrag in sich auf.¹³⁵ Demzufolge ist an dieser Stelle eine tiefergehende Erläuterung der Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs aus § 280 Abs. 1 BGB nicht erforderlich.

B. Vorschusspflicht gem. § 26 Abs. 4 InsO

Nach den vorangegangenen Erörterungen zu verschiedenen Haftungsrisiken des Geschäftsführers im Innenverhältnis gegenüber der GmbH ist nachfolgend zu untersuchen, welche Auswirkungen die durch das ESUG neu eingeführte Vorschrift des § 26 Abs. 4 InsO auf die Insolvenzantragspflicht des Geschäftsführers hat.

I. Voraussetzungen der Vorschusspflicht

Grundsätzlich wird ein Insolvenzverfahren nur dann eröffnet, wenn ausreichend Masse zur Verfügung steht. Wenn das Schuldnervermögen nicht zur Verfahrenskostendeckung ausreicht, weist das Insolvenzgericht den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse gem. § 26 Abs. 1 S. 1 InsO ab. Hingegen wird der Antrag gem. § 26 Abs. 1 S. 2 InsO dann nicht abgewiesen, wenn ein ausreichender Geldbetrag vorgeschossen wird. Diese grundsätz-

¹³⁴ *Buck-Heeb*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 43 Rn. 5; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 6; Hk-GmbHG/Lücke/Simon, § 43 Rn. 11; Scholz/Uwe H. Schneider, GmbHG, § 43 Rn. 18; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 5; anders die höchstrichterliche Rechtsprechung, BGH WM 1989, 1335, 1337; BGH DStR 1992, 549, 550; BGH ZIP 1997, 199, 200.

¹³⁵ BGH WM 1989, 1335, 1337; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 43 Rn. 4; *Buck-Heeb*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 43 Rn. 4; Hk-GmbHG/Lücke/Simon, § 43 Rn. 11; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 6; *Saenger*, Gesellschaftsrecht, Rn. 777; U/H/L/Paefgen, § 43 Rn. 6; a.A. *K. Schmidt*, GesR § 36 II. 4. a), der eine Anspruchskonkurrenz annimmt.

liche Regelung hat für den Geschäftsführer im Zuge des ESUG eine neue Bedeutung erfahren, da nunmehr gem. § 26 Abs. 4 S. 1 InsO jede Person einen entsprechenden Vorschuss nach § 26 Abs. 1 S. 1 InsO zu leisten hat, die den Insolvenzeröffnungsantrag pflichtwidrig und schuldhaft nicht gestellt hat. Der Gesetzgeber sah sich zur Einfügung des neuen § 26 Abs. 4 InsO dadurch motiviert, dass die aus Gläubigersicht bestehende Möglichkeit nach § 26 Abs. 3 S. 1 InsO, selbst den Vorschuss zu leisten und diesen dann von der antragspflichtigen Person erstattet zu verlangen, aufgrund des damit verbundenen Kostenrisikos in der Praxis kaum genutzt worden sei. Zur Ermöglichung der Verfahrenseröffnung sei es deshalb sinnvoll, die nach § 15a InsO antragspflichtigen Personen – also auch den Geschäftsführer einer GmbH – zur Leistung des Verfahrenskostenvorschusses zu verpflichten.¹³⁶ Die Vorschrift beinhaltet in § 26 Abs. 4 S. 2 InsO eine Beweislastumkehr zulasten der antragspflichtigen Person, sodass der Geschäftsführer nachweisen muss, dass er nicht pflichtwidrig und schuldhaft gehandelt hat. Dieser Nachweis kann nach dem Willen des Gesetzgebers nur dann erbracht werden, wenn der Geschäftsführer die Insolvenzreife trotz erheblicher Gewissensanspannung nicht hat erkennen können.¹³⁷

II. Motivation zu rechtzeitiger Antragstellung?

Fraglich ist jedoch, ob die dem Geschäftsführer drohende Verpflichtung zur Leistung des Verfahrenskostenvorschusses aus seinem Privatvermögen im Fall der unterbliebenen Antragstellung nach § 26 Abs. 4 S. 1 InsO dazu führt, ihn zu einer rechtzeitigen Antragstellung zu bewegen. Nach dem Wortlaut des § 26 Abs. 4 InsO gilt die Vorschusspflicht nur bei unterlassener Antragstellung. Daher wird vorgeschlagen, dass zur Erreichung des vom Gesetzgeber gewollten Regelungsziels die Vorschusspflicht auch auf die nicht rechtzeitige Antragstellung anzuwenden sei.¹³⁸ Jedoch ist unabhängig von der Frage nach rechtzeitiger oder unterlassener Antragstellung zu bedenken, dass ein Geschäftsführer in der Praxis selten anerkennen wird, dass er die Insolvenzreife verkannt hat, und

¹³⁶ Begr. RegE-ESUG, BT-Drs. 17/5712, S. 25.

¹³⁷ Begr. RegE-ESUG, BT-Drs. 17/5712, S. 25.

¹³⁸ *Blöse*, GmbHR 2012, 471, 475.

dementsprechend wird eine zügige Leistung des Vorschusses eher den Ausnahmefall darstellen.¹³⁹ Mit einer sofortigen Zahlung des Vorschusses würde der Geschäftsführer eingestehen, dass er seine Insolvenzantragspflicht verletzt hat, und damit die Grundlage für seine spätere Inanspruchnahme wegen Insolvenzverschleppung legen.¹⁴⁰ Gerade deshalb ist nicht mit einer großen Anzahl an Fällen zu rechnen, in denen eine rasche Vorschussleistung seitens der Geschäftsführer erbracht wird. Trotz der in § 26 Abs. 4 S. 2 InsO normierten Beweislastumkehr zulasten des Geschäftsführers wird der vorläufige Insolvenzverwalter im Zweifel die Geltendmachung des Anspruchs im Prozessweg verfolgen müssen, was sich über einen langen Zeitraum erstrecken und folglich nicht zu einer zügigen Eröffnung des Insolvenzverfahrens führen dürfte.¹⁴¹ Somit wird aus diesen Gründen der neu eingeführten Vorschrift nur eine geringe Praxisrelevanz bescheinigt.¹⁴² Die Vorschusspflicht aus § 26 Abs. 4 InsO erscheint daher kein taugliches Instrument, um den Geschäftsführer zu einer rechtzeitigen Insolvenzantragstellung zu motivieren.

C. Haftungsprivilegierung

Sofern die Voraussetzungen einer Anspruchsgrundlage erfüllt sind und dem Geschäftsführer folglich eine haftungsrechtliche Inanspruchnahme droht, ist zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen er eine Haftungsprivilegierung erfahren kann. Grundsätzlich ist eine Einschränkung der gesetzlich normierten Geschäftsführerhaftung durch eine abweichende vertragliche Regelung möglich, die entweder im Vorhinein den Pflichten- und Sorgfaltsmaßstab modifiziert oder im Nachhinein über die (Nicht-)Geltendmachung eines entstandenen

¹³⁹ *Foerste*, ZInsO 2012, 532, 533, der darauf verweist, dass eine zügige Leistung des Vorschusses bei einem drohenden Strafverfahren nach § 15a Abs. 4 und Abs. 5 InsO sinnvoll sein mag.

¹⁴⁰ *Hirte/Knof/Mock*, DB 2011, 632, 635; *Römermann*, NJW 2012, 645, 646 betont überdies die Furcht des Geschäftsführers vor einem Schuldeingeständnis im strafrechtlichen Sinn.

¹⁴¹ *Braun/Herzig*, InsO, § 26 Rn. 29; *Nerlich/Römermann/Mönning/Zimmermann*, InsO, § 26 Rn. 108; *Römermann*, NJW 2012, 645, 647.

¹⁴² *Hirte/Knof/Mock*, DB 2011, 632, 635; *Nerlich/Römermann/Mönning/Zimmermann*, InsO, § 26 Rn. 87; *Römermann*, NJW 2012, 645, 647.

Schadensersatzanspruchs entscheidet.¹⁴³ Dementsprechend kommt für eine Haftungsprivilegierung neben einer Haftungsfreistellung infolge der Befolgung einer Weisung der Gesellschafterversammlung auch ein Verzicht der Gesellschaft auf die Geltendmachung des Anspruchs in Betracht. Ferner gewährt der unternehmerische Ermessensspielraum eine Haftungsprivilegierung. Letztlich kann eine Haftungsvermeidung auch über den Abschluss einer „D&O-Versicherung (*Directors and Officers*)“ erreicht werden. Aufgrund seiner Organstellung kann sich der Geschäftsführer hingegen nicht auf eine Haftungsprivilegierung nach den arbeitsrechtlichen Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs berufen.¹⁴⁴

I. Freistellung durch Weisung und Einverständnis

Aufgrund der Weisungsabhängigkeit der Geschäftsführung von der Gesellschafterversammlung nach § 37 Abs. 1 GmbHG ergibt sich spiegelbildlich eine Haftungsfreistellung für den Geschäftsführer, wenn er entsprechend eines bindenden Weisungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung gehandelt hat.¹⁴⁵ Dies erscheint schon aus logischer Betrachtung angemessen, da es ansonsten einen Wertungswiderspruch darstellen würde, wenn auf der einen Seite eine Weisungsabhängigkeit besteht und auf der anderen Seite eine Haftung trotz Befolgung der Weisung stehen könnte.¹⁴⁶ Für die Haftungsfreistellung bei Befolgung einer Gesellschafterweisung spricht des Weiteren das systematische Argument aus § 43 Abs. 3 S. 3 GmbHG im Wege eines *argumentum e contrario*: Hiernach haftet der Geschäftsführer ausnahmsweise trotz Befolgung einer Weisung, wenn er dadurch gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30 und 33 GmbHG

¹⁴³ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 60; Hk-GmbHG/Lücke/Simon, § 43 Rn. 79; zur Modifikation des Sorgfaltsmaßstabs siehe bereits 2. Teil § 4 A. III.

¹⁴⁴ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 43 Rn. 6; Schaub, DStR 1992, 985, 987; K. Schmidt, GesR, § 36 II 4. b); Wicke, GmbHG, § 43 Rn. 18.

¹⁴⁵ BGHZ 31, 258, 278; BGHZ 119, 257, 261; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 43 Rn. 33; Götker, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 529; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 40; Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 182; Fleischer, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 275.

¹⁴⁶ Fleck, GmbHR 1974, 224, 226; Grunewald, Gesellschaftsrecht, § 13 Rn. 66; Ziemons, in: Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 29 Rn. 1; Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 182.

verstoßen hat.¹⁴⁷ Die Haftungsfreistellung infolge einer erteilten Weisung erfordert indes eine sorgfältige Entscheidungsvorbereitung der Gesellschafter durch den Geschäftsführer, sodass dem Geschäftsführer eine Restverantwortung im Hinblick auf die ordnungsgemäße Information der Gesellschafter über mögliche Risiken einer Maßnahme etc. verbleibt, um eine hinreichende Entscheidungsgrundlage zu schaffen.¹⁴⁸ Ferner entfällt eine Haftungsfreistellung, wenn der Geschäftsführer eine nichtige Weisung befolgt hat, da diese für ihn schon keine Folgepflicht begründen kann.¹⁴⁹ Befolgt der Geschäftsführer eine Weisung, die für die Gesellschaft existenzbedrohend ist, so wird ihm das Privileg der Haftungsfreistellung ebenfalls nicht zuteil.¹⁵⁰ Auch an dieser Stelle zeigt sich die Bedeutung der fortlaufenden wirtschaftlichen Selbstprüfungspflicht für den Geschäftsführer: Um sich trotz Befolgung einer Weisung nicht dem Haftungsrisiko des § 43 Abs. 2 GmbHG auszusetzen, muss der Geschäftsführer vor Ausführung einer Weisung prüfen, ob die Gesellschaft bereits insolvenzreif ist oder ob durch Ausführung der Weisung ein Liquiditätsengpass bei der Gesellschaft zu befürchten ist.¹⁵¹ Daher entfaltet die Pflicht zur wirtschaftlichen Selbstprüfung nicht nur hinsichtlich der rechtzeitigen Insolvenzantragstellung eine essentielle Bedeutung, sondern auch in Bezug auf eine spätere Haftung trotz Ausführung einer zuvor erteilten Weisung. Zum gleichen Ergebnis der Haftungsfreistellung führt das Einverständnis (dies entspricht der Billigung) der Gesellschafterversammlung mit der getätigten Handlung des Geschäftsführers.¹⁵²

¹⁴⁷ BGHZ 31, 258, 278; *Fleischer*, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 275; *Saenger*, Gesellschaftsrecht, Rn. 777; *U/H/L/Paefgen*, GmbHG, § 43 Rn. 231.

¹⁴⁸ *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, § 43 Rn. 34; *Oetker*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 43 GmbHG Rn. 31; *Michalski/Haas/Ziemons*, GmbHG, § 43 Rn. 182a und 183a; *Hk-GmbHG/Lücke/Simon*, § 43 Rn. 63.

¹⁴⁹ *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, § 43 Rn. 35; *Oetker*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 43 GmbHG Rn. 32; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, § 43 Rn. 42; *Fleischer*, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 278; *Hk-GmbHG/Lücke/Simon*, § 43 Rn. 65.

¹⁵⁰ *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, § 43 Rn. 34; *Michalski/Haas/Ziemons*, GmbHG, § 43 Rn. 183; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, § 43 Rn. 42.

¹⁵¹ *Michalski/Haas/Ziemons*, GmbHG, § 43 Rn. 183; zur wirtschaftlichen Selbstprüfungspflicht bereits 2. Teil § 5 A. II. 1.

¹⁵² *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, § 43 Rn. 41; *Fleischer*, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 278; *Roth/Altmeppen/Altmeppen*, GmbHG, § 43 Rn. 120; *U/H/L/Paefgen*, GmbHG, § 43 Rn. 218.

II. Anspruchsverzicht der Gesellschaft

Eine Einschränkung der Geschäftsführerhaftung lässt sich auch dadurch erreichen, dass die Gesellschaft im Wege nachträglicher Dispositionsfreiheit auf einen bereits entstandenen Schadensersatzanspruch verzichtet.¹⁵³ Diese Kompetenz steht ihr aus entsprechender Anwendung des § 46 Nr. 8 GmbHG zu. Eine Beschränkung der Verzichtsmöglichkeit ist bei einer Haftung des Geschäftsführers nach § 43 Abs. 3 GmbHG wegen des expliziten Verweises auf § 9b Abs. 1 GmbHG gegeben, was jedoch im Umkehrschluss bedeutet, dass ein Verzicht auf die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs nach § 43 Abs. 2 GmbHG ebenso möglich ist wie ein Verzicht auf die Geltendmachung des Anspruchs aus § 43 Abs. 3 GmbHG für die Fälle, in denen der Ersatz nicht zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist.¹⁵⁴ Der für den Verzicht erforderliche Gesellschafterbeschluss muss hinreichend präzise gefasst sein, um deutlich zu machen, auf welche Tatsachen bzw. Handlungen er sich erstrecken soll.¹⁵⁵ Eine dem Verzicht ähnliche Wirkung i.S. einer Präklusion entfaltet die Entlastung der Geschäftsführung durch Beschluss der Gesellschafterversammlung nach § 46 Nr. 5 GmbHG.¹⁵⁶ Weitergehend als die Entlastung ist die sog. *Generalbereinigung*, die einen Erlassvertrag zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer über alle denkbaren Ansprüche gegen den Geschäftsführer darstellt.¹⁵⁷

¹⁵³ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 60; Fleischer, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 281.

¹⁵⁴ Oetker, in: Henssler/Strohn, GesR, § 43 GmbHG Rn. 52 f.; Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 238; Fleischer, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 281.

¹⁵⁵ Oetker, in: Henssler/Strohn, GesR, § 43 GmbHG Rn. 55; vgl. U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 246.

¹⁵⁶ Oetker, in: Henssler/Strohn, GesR, § 43 GmbHG Rn. 51; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 41; Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, § 43 Rn. 121; K. Schmidt, GesR, § 14 VI 2. b).

¹⁵⁷ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 29; Ziemons, in: Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 29 Rn. 26; Wicke, GmbHG, § 43 Rn. 15.

III. Summenmäßige Beschränkung und Verjährungsverkürzung

Weitere Möglichkeiten zur Erreichung einer Haftungsprivilegierung stellen eine summenmäßige Beschränkung der Haftung sowie eine Verkürzung der Verjährungsfrist für die Schadensersatzansprüche dar.¹⁵⁸ Grundsätzlich verjährt der Anspruch aus § 43 Abs. 2 GmbHG in fünf Jahren gem. § 43 Abs. 4 GmbHG. Eine Verkürzung dieser Verjährungsfrist ist nach überwiegender Auffassung für die Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG möglich, nicht jedoch für die Haftung nach § 43 Abs. 3 GmbHG aufgrund des erforderlichen Gläubigerschutzes.¹⁵⁹ Im Hinblick auf die summenmäßige Beschränkung wird nach einer Ansicht vertreten, eine solche sei nur für den Fall einfacher Fahrlässigkeit möglich, nicht jedoch für grobe Fahrlässigkeit.¹⁶⁰ Hierfür ist jedoch allein schon aus dem Gesetzeswortlaut und der Systematik kein überzeugender Grund ersichtlich.¹⁶¹ Bei vorsätzlichem Handeln des Geschäftsführers entfällt eine Haftungsbefreiung im Wege der Verkürzung der Verjährung nach § 202 Abs. 1 BGB und mittels des Haftungsausschlusses nach § 276 Abs. 3 BGB. Daraus lässt sich aber nicht ohne weiteres der Schluss ziehen, eine Haftungsbeschränkung für grobe Fahrlässigkeit sei ebenso unzulässig. Die Feststellung, dass auf die Haftung des Geschäftsführers die Grundsätze des arbeitsrechtlichen innerbetrieblichen Schadensausgleichs – nach denen er für leichte Fahrlässigkeit nicht haften würde – nicht anwendbar sind, zeigt zunächst nur, dass der Geschäftsführer für leichte Fahrlässigkeit grundsätzlich haftet. Hieraus den Umkehrschluss zu ziehen, dass auch nur für leichte Fahrlässigkeit eine Haftungsbeschränkung möglich sein soll, erscheint letztlich nicht überzeugend.

¹⁵⁸ Für eine summenmäßige Beschränkung Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 60; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 8; vergleichbar, aber mit der Betonung auf einer Haftungshöchstsumme Hk-GmbHG/Lücke/Simon, § 43 Rn. 81.

¹⁵⁹ BGH NJW 2002, 3777, 3778; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 43 Rn. 60; Buck-Heeb, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 43 Rn. 102; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 69; Hk-GmbHG/Lücke/Simon, § 43 Rn. 92; a.A. Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 232a.

¹⁶⁰ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 43 Rn. 5, 46; Lohr, NZG 2000, 1204, 1211.

¹⁶¹ So im Ergebnis auch Fleischer, BB 2011, 2435, 2439.

IV. Unternehmerischer Ermessensspielraum

Eine Haftung des Geschäftsführers kommt gar nicht erst in Betracht, wenn sein Handeln von dem ihm zustehenden unternehmerischen Ermessensspielraum gedeckt ist. Liegen die Voraussetzungen einer unternehmerischen Entscheidung vor, ist das Handeln bereits nicht als pflichtwidrig einzuordnen, sodass folglich auch kein haftungsrechtlicher Anspruch gegen den Geschäftsführer begründet wird.¹⁶² Die einzelnen Voraussetzungen der Haftungsprivilegierung und ihr Anwendungsbereich im Kontext der Sanierung und Insolvenzantragstellung sind bereits eingehend erörtert worden, sodass an dieser Stelle auf die vorausgegangenen Ausführungen verwiesen werden kann.¹⁶³ Festzuhalten bleibt, dass im Zusammenhang mit der Insolvenzantragspflicht ein unternehmerischer Ermessensspielraum kaum von Bedeutung ist, da der Geschäftsführer im Fall der eingetretenen Insolvenzreife der Gesellschaft entweder seine gesetzliche Antragspflicht gem. § 15a Abs. 1 S. 1 InsO erfüllt oder im Fall der Antragstellung wegen drohender Zahlungsunfähigkeit gem. § 18 InsO ein Grundlagengeschäft vorgenommen wird, das in den Kompetenzbereich der Gesellschafterversammlung fällt.¹⁶⁴ Jedoch besteht ein Ermessensspielraum bei der Erstellung der Zahlungsfähigkeitsprognose i.S.d. § 18 Abs. 2 InsO insoweit, als die Prognose auf persönlichen Erfahrungswerten basiert und insbesondere die Wahrscheinlichkeit der Zahlungsunfähigkeit von mehr oder weniger 50% durch eine individuelle Einschätzung des Geschäftsführers festgelegt werden muss.¹⁶⁵ Hinsichtlich einer Haftung nach § 64 S. 3 GmbHG steht dem Geschäftsführer hingegen kein Ermessensspielraum zu, wenn eine von ihm vorgenommene Zahlung zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen musste.¹⁶⁶

¹⁶² Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 43 Rn. 22; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 23; *Fleischer*, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 79.

¹⁶³ Zum unternehmerischen Ermessensspielraum allgemein 2. Teil § 4 A. IV; im Kontext der Sanierung 2. Teil § 5 A. II. 5 sowie im Rahmen der Prüfung der drohenden Zahlungsunfähigkeit 2. Teil § 6 A. I. 2. c).

¹⁶⁴ OLG München NZG 2013, 742, 743; *Saenger/al-Wraikat*, NZG 2013, 1201, 1205.

¹⁶⁵ *Drukarczyk*, in: MüKoInsO, § 18 Rn. 49 bezeichnet diese als „subjektiven Wahrscheinlichkeiten“; *Saenger/al-Wraikat*, NZG 2013, 1201, 1205; siehe hierzu bereits 2. Teil § 6 A. I. 2. c).

¹⁶⁶ *Nolting-Hauff/Greulich*, GmbHR 2013, 169, 173.

V. D&O-Versicherung zur Haftungsvermeidung

Mittlerweile hat sich in der Praxis weitverbreitet der Abschluss einer „*Directors‘ and Officers‘ Liability Insurance (D&O-Versicherung)*“ als wichtiges Instrument zur Abdeckung von Haftungsansprüchen gegen die Geschäftsführer etabliert.¹⁶⁷ Diese Vermögensschadenhaftpflichtversicherung für Organmitglieder juristischer Personen dient der Abdeckung von Ansprüchen gegen die Geschäftsführung und erlangt nicht nur bei großen börsennotierten Gesellschaften, sondern auch im GmbH-Recht immer mehr an Bedeutung.¹⁶⁸ Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht bestehen gegen eine solche Abdeckung der Haftungsrisiken nach überwiegender Auffassung keine Bedenken, da durch die Abwälzung eines eingetretenen Schadens auf die Versicherung sowohl dem Interesse der Gesellschaft als auch dem Interesse der Gesellschaftsgläubiger gedient wird, die mit der Versicherung noch ein weiteres Haftungssubstrat erhalten.¹⁶⁹ Die Versicherung wird grundsätzlich von der Gesellschaft für den Geschäftsführer abgeschlossen und ist als Haftpflichtversicherung für fremde Rechnung zu qualifizieren.¹⁷⁰ Aus dem im Versicherungsrecht geltenden Trennungsprinzip zwischen Haftungsverhältnis und Deckungsverhältnis ergibt sich im Schadensfall kein unmittelbarer eigener Anspruch der Gesellschaft als Versicherungsnehmerin gegen die Versicherung, jedoch kann der Geschäftsführer als Versicherter seinen Freistellungsanspruch an die Gesellschaft abtreten, sodass er von dieser gegen die Versicherung geltend gemacht werden kann.¹⁷¹ Der Abschluss einer D&O-Versicherung dient dem Ziel, der Geschäftsführung die notwendige Handlungsfreiheit für unternehmerische Entscheidungen zu gewäh-

¹⁶⁷ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 43 Rn. 112; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 7; Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 259; Hk-GmbHG/Lücke/Simon, § 43 Rn. 12; K. Schmidt, GesR, § 36 II. 4. b).

¹⁶⁸ Fleischer, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 374; Roth/Altmeyen/Altmeyen, GmbHG, § 43 Rn. 174; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 421.

¹⁶⁹ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 43 Rn. 112; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 8; Fleischer, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 375; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 422.

¹⁷⁰ OLG München VersR 2005, 540, 541; Sieg, in: Krieger/Uwe H. Schneider, Hdb Managerhaftung, § 15 Rn. 24; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 421.

¹⁷¹ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 7; Fleischer, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 377.

ren, indem das Risiko einer persönlichen Haftung minimiert wird.¹⁷² Der Geschäftsführer soll gerade nicht aus Angst vor einer persönlichen Inanspruchnahme von bestimmten unternehmerischen Entscheidungen absehen, wenn sie aus wirtschaftlicher Sicht eigentlich sinnvoll erscheinen. Der gewährte Versicherungsschutz einer D&O-Versicherung umfasst neben dem Rechtsschutz für das betroffene Organmitglied den bei festgestellter Haftpflicht zu leistenden Schadensersatz.¹⁷³ Präzise heißt es in Ziffer 1.1 der GDV-Musterbedingungen, dass Versicherungsschutz für den Fall gewährt wird, dass „*ein (...) Mitglied (...) der Geschäftsführung wegen einer bei Ausübung dieser Tätigkeit begangenen Pflichtverletzung aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts für einen Vermögensschaden von Dritten (...) in Anspruch genommen wird.*“¹⁷⁴ Auch wenn nach dem Wortlaut ausdrücklich Ansprüche von Dritten abgedeckt werden sollen, so besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass nicht nur die Außenhaftung des Geschäftsführers, sondern auch die Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft von der Versicherung umfasst ist.¹⁷⁵ In aller Regel enthält der Versicherungsvertrag eine vereinbarte Haftungshöchstsumme und einen Selbstbehalt.¹⁷⁶ Daneben ist der Versicherungsschutz bei vorsätzlicher Schadensverursachung ebenso ausgeschlossen wie bei vorsätzlicher oder wissentlicher Pflichtverletzung.¹⁷⁷ In zeitlicher Hinsicht gilt für die D&O-Versicherung das Anspruchserhebungsprinzip (sog. *Claims Made-Prinzip*), wonach erst die Geltendmachung des Anspruchs den Versicherungs-

¹⁷² OLG München VersR 2005, 540, 542; *Sieg*, in: Krieger/Uwe H. Schneider, Hdb Managerhaftung, § 15 Rn. 1; *Melot de Beauregard/Gleich*, GmbHReport 2/2013, R 17.

¹⁷³ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 7; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 426.

¹⁷⁴ Einsehbar unter http://www.gdv.de/wp-content/uploads/2011/11/09_DandO_1105.pdf (Abruf am 19.03.2014).

¹⁷⁵ *Sieg*, in: Krieger/Uwe H. Schneider, Hdb Managerhaftung, § 15 Rn. 13 Fn. 6; *Melot de Beauregard/Gleich*, GmbHReport 2/2013, R 17; *dies.*, NJW 2013, 824; Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 259d; *Fleischer*, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 376; Scholz/Uwe H. Schneider, GmbHG, § 43 Rn. 440 f.

¹⁷⁶ *Buck-Heeb*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 43 Rn. 144; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 423.

¹⁷⁷ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 7; *Melot de Beauregard/Gleich*, GmbHReport 2/2013, R 17.

fall auslöst.¹⁷⁸ Gesellschaftsintern erfordert der Abschluss einer D&O-Versicherung einen Gesellschafterbeschluss als Annex-Kompetenz zu § 46 Nr. 5 und 8 GmbHG, wobei ein fehlender Beschluss nicht zur Unwirksamkeit des abgeschlossenen Versicherungsvertrags führt.¹⁷⁹ Die Gesellschaft ist grundsätzlich nicht zum Abschluss einer D&O-Versicherung verpflichtet und ebenso wenig hat der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft einen Anspruch auf Abschluss der Versicherung.¹⁸⁰ Aufgrund der hohen Haftungsrisiken ist dem Geschäftsführer aber zu empfehlen, eine den Abschluss einer D&O-Versicherung betreffende Klausel in seinen Anstellungsvertrag aufzunehmen.¹⁸¹ Von essentieller Bedeutung für den Geschäftsführer ist die Tatsache, dass Fehlentscheidungen im Rahmen des unternehmerischen Ermessensspielraums grundsätzlich nicht vom Versicherungsschutz umfasst sind.¹⁸² Auch wenn der Abschluss einer D&O-Versicherung die Eingehung unternehmerischer Risiken für die Geschäftsführer erleichtern soll,¹⁸³ so ist der Geschäftsführer gehalten, seinen Entscheidungsprozess sorgfältig zu dokumentieren, um sein eigenes Haftungsrisiko gering zu halten.

D. Zwischenfazit

Um vorbeugend für Klarheit in einem späteren Haftungsprozess zu sorgen, empfiehlt es sich für den Geschäftsführer, alle zwischen ihm und der Gesellschaft vereinbarten Haftungsbeschränkungen sorgfältig formuliert nicht nur in

¹⁷⁸ *Sieg*, in: Krieger/Uwe H. Schneider, Hdb Managerhaftung, § 15 Rn. 10; *Melot de Beauregard/Gleich*, GmbHReport 2/2013, R 17; *U/H/L/Paefgen*, GmbHG, § 43 Rn. 429.

¹⁷⁹ *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, § 43 Rn. 112; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, § 43 Rn. 8; *Fleischer*, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 378.

¹⁸⁰ *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, § 43 Rn. 8; *Fleischer*, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 380 f.; *Hk-GmbHG/Lücke/Simon*, § 43 Rn. 13.

¹⁸¹ *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, § 43 Rn. 112; *Fleischer*, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 381; *Hk-GmbHG/Lücke/Simon*, § 43 Rn. 13.

¹⁸² *Melot de Beauregard/Gleich*, GmbHReport 2/2013, R 17; *Hk-GmbHG/Lücke/Simon*, § 43 Rn. 12.

¹⁸³ OLG München VersR 2005, 540, 542; *U/H/L/Paefgen*, GmbHG, § 43 Rn. 422; differenzierend zur Interessenlage bei Abschluss einer D&O-Versicherung *Lange*, DStR 2002, 1626, 1628 f.

die Satzung, sondern auch in seinen Geschäftsführeranstellungsvertrag aufzunehmen. Eine Haftungsfreistellung oder Begrenzung in Bezug auf den Geschäftsführer betreffende Organpflichten, die dem Interesse der Gläubiger dienen, wie insbesondere die Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 1 S. 1 InsO, ist nicht möglich.¹⁸⁴ Gerade die Pflicht zur Insolvenzantragstellung liegt im öffentlichen Interesse, sodass der Geschäftsführer auch entgegen einer ablehnenden Weisung seitens der Gesellschafter im Fall der Insolvenzreife zur Antragstellung verpflichtet ist. Eine Weisung, die dem Geschäftsführer die Antragstellung untersagen würde, wäre rechtswidrig und dürfte von ihm nicht befolgt werden. In der Konsequenz erscheint es nicht möglich, für einen Pflichtenbereich des Geschäftsführers, der der Weisungskompetenz der Gesellschafterversammlung nicht zugänglich ist, eine Haftungsprivilegierung vereinbaren zu können. Letztlich gilt zu beachten, dass den Gesellschaftern die Dispositionsbefugnis über eine Haftungsbeschränkung gegenüber dem Geschäftsführer ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens entzogen ist.¹⁸⁵ Umso wichtiger sind daher ein pflichtgemäßes Verhalten des Geschäftsführers im Vorfeld der Insolvenzeröffnung und eine ausführliche Abstimmung mit den Gesellschaftern über etwaige Haftungsbeschränkungen, die vertraglich fixiert werden sollten.

¹⁸⁴ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 43 Rn. 5; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 64.

¹⁸⁵ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 66.

§ 8 Außenhaftung gegenüber Dritten

Die Außenhaftung des Geschäftsführers besteht nicht gegenüber der GmbH, sondern gegenüber den Gesellschaftern, den Gesellschaftsgläubigern und anderen Dritten.¹ Die Außenhaftung basiert nicht auf der Anspruchsgrundlage des § 43 Abs. 2 GmbHG, sondern erfordert eine eigenständige Anspruchsgrundlage.² Nachfolgend soll der Fokus auf einer möglichen Außenhaftung bei einem verfrüht gestellten Insolvenzantrag liegen, daneben werden weitere Haftungsrisiken erörtert.

A. Risiko des „zu früh“ gestellten Eröffnungsantrags

Eine verfrühte Antragstellung kommt dann in Betracht, wenn der Geschäftsführer entweder keine hinreichende Prüfung außergerichtlicher Sanierungsmöglichkeiten vornimmt oder wenn er einen „Panikantrag“ stellt.³ Wie bereits zuvor erörtert, droht dem Geschäftsführer in diesem Fall eine Inanspruchnahme durch die Gesellschaft nach § 43 Abs. 2 GmbHG. Inwieweit bei einem verfrüht gestellten Insolvenzantrag auch eine Außenhaftung gegenüber den Gesellschaftern in Betracht kommt, ist klärungsbedürftig.

I. Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers aus § 823 Abs. 1 BGB

Eine deliktische Haftung des Geschäftsführers aus § 823 Abs. 1 BGB gegenüber den Gesellschaftern kommt nur dann in Betracht, wenn er durch ein ihm zurechenbares Fehlverhalten kausal eine Rechtsgutverletzung bei den Gesellschaftern herbeigeführt hat, durch die den Gesellschaftern ein kausaler Schaden entstanden ist. Neben der Frage, ob die Anteilsinhaberschaft der Gesellschafter

¹ Hierzu bereits m.w.N. unter 3. Teil § 7 A. I. 1.

² Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 1; Hk-GmbHG/Lücke/Simon, § 43 Rn. 1 und 94; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 328.

³ Haas/Hossfeld, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 92 Rn. 139; Haas, DStR 1998, 1359, 1362 f.; Michalski/Nerlich, GmbHG, § 64 Rn. 99; Nerlich/Rhode, in: Nerlich/Kreplin, MAH Insolvenz und Sanierung, § 4 Rn. 380; siehe zum „Panikantrag“ bereits 3. Teil § 7 A. I. 1. c) aa).

durch einen verfrüht gestellten Insolvenzantrag überhaupt betroffen ist, ist weiterhin fraglich, welche Eingriffsintensität für die Begründung einer Haftung erforderlich ist.

1. Mitgliedschaft als geschütztes Rechtsgut

Geschütztes Rechtsgut im Zusammenhang mit einem verfrüht gestellten Insolvenzantrag kann die Mitgliedschaft der Gesellschafter in der Gesellschaft in Form ihrer Anteilsinhaberschaft sein.⁴ Es wird uneinheitlich beurteilt, ob die Mitgliedschaft ein sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB darstellt und folglich deliktsrechtlichen Schutz genießt. Nach einer Ansicht ist das Mitgliedschaftsrecht als sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB anzusehen, sodass im Fall einer schuldhaften Verletzung der betroffene Gesellschafter Schadensersatz nach deliktsrechtlichen Vorschriften verlangen kann.⁵ Die Gegenansicht lehnt einen deliktischen Schutz des Mitgliedschaftsrechts ab und verweist darauf, dass kein erforderlicher „Außeneingriff“ vorliege, sondern die Verletzung der körperschaftsrechtlichen Pflichten durch den Geschäftsführer im Innenverhältnis zur Gesellschaft nach § 43 Abs. 2 GmbHG sanktioniert werden müsse.⁶ Andernfalls läge ein Widerspruch zu der gesetzlichen Wertung vor, die über § 43 GmbHG eine Haftungskonzentration bei der Gesellschaft anordnet.⁷ Der BGH sieht jedoch keinen Grund dafür, dass eine Verletzung des Mitgliedschaftsrechts nicht nur durch außenstehende Dritte möglich ist, sondern dass auch durch die Organe eine derartige Verletzung begangen werden kann.⁸ Für den Fall eines verfrüht gestellten Insolvenzantrags mit der Folge eines drasti-

⁴ Palandt/*Sprau*, BGB, § 823 Rn. 21.

⁵ RGZ 100, 274, 278; BGHZ 110, 323, 327; OLG München ZIP 1990, 1552, 1553; *Haas/Hossfeld*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 92 Rn. 142; *Habersack*, Die Mitgliedschaft, S. 314 f. ordnet die Teilhaberechte aus der Mitgliedschaft als wesentliches Element der Willensbildung in der Gesellschaft ein und spricht ihnen im Ergebnis einen subjektiv-rechtlichen Charakter zu; Palandt/*Sprau*, BGB, § 823 Rn. 21; *K. Schmidt*, GesR, § 19 I. 3. a).

⁶ Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, GmbHG, § 43 Rn. 65; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, GmbHG, § 43 Rn. 49; U/H/L/*Paefgen*, GmbHG, § 43 Rn. 316.

⁷ Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, GmbHG, § 43 Rn. 49; U/H/L/*Paefgen*, GmbHG, § 43 Rn. 317.

⁸ BGHZ 110, 323, 334.

schen Absinkens des Unternehmenswertes ist zu bedenken, dass die Anteilsrechte der Gesellschafter zusätzlich zu dem Unternehmenswert eine Beeinträchtigung erfahren.⁹ Eine Sanktionierung von Pflichtverletzungen des Geschäftsführers allein über die Gesellschaft nach § 43 GmbHG würde dementsprechend zu kurz greifen. Daher bedarf nicht nur der Unternehmenswert der Gesellschaft an sich eines Schutzes, sondern auch die Anteilsinhaberschaft der Gesellschafter. Die Auffassung des BGH ist demzufolge vorzugswürdig, so dass die Anteilsinhaberschaft als geschütztes Rechtsgut nach § 823 Abs. 1 BGB einzuordnen ist.

2. Zurechenbare Pflichtverletzung des Geschäftsführers

Eine Haftung des Geschäftsführers nach § 823 Abs. 1 BGB kann nur dann entstehen, wenn ihm ein zurechenbares Fehlverhalten vorzuwerfen ist. Ein solches ist dem Grunde nach im Fall einer verfrühten Antragstellung, insbesondere bei Vorliegen eines „Panikantrags“, zu bejahen. Aufgrund der Weisungsabhängigkeit des Geschäftsführers von der Gesellschafterversammlung kann eine Außenhaftung gegenüber den Gesellschaftern jedoch nur dann nachvollziehbar begründet werden, wenn es sich um ein Verhalten des Geschäftsführers handelt, das sich nicht in der bloßen Ausführung einer erteilten Weisung erschöpft. Es käme andernfalls zu einem Zirkelschluss, wenn der Geschäftsführer einen von der Gesellschafterversammlung gefassten Beschluss ausführt und dafür im Umkehrschluss zur Haftung herangezogen werden könnte. Die Entscheidung des BGH erscheint jedoch dahingehend nur eingeschränkt nachvollziehbar, als dem Geschäftsführer aufgrund seiner persönlichen Haftung nicht zugemutet werden könne, generell die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen.¹⁰ Der Geschäftsführer ist vielmehr gehalten, nur rechtmäßige Weisungen zu befolgen.¹¹ Rechtswidrige Weisungen darf er gerade nicht ausführen, sodass er vor Ausführung der Weisung ihre Rechtmäßigkeit prüfen muss. So darf der Geschäftsführer die Weisung, den aufgrund

⁹ Zur Problematik eines möglichen Reflexschadens siehe *Altmeyden*, in: Krieger/Uwe H. Schneider, Hdb Managerhaftung, § 7 Rn. 34 ff.

¹⁰ BGHZ 110, 323, 335.

¹¹ Zu rechtswidrigen Weisungen bereits 1. Teil § 3 C. II. 2.

eingetretener Insolvenzreife erforderlichen Insolvenzantrag nicht zu stellen, nicht befolgen, da er ansonsten gegen seine Antragspflicht aus § 15a Abs. 1 S. 1 InsO verstoßen würde. Stellt er jedoch unangewiesen verfrüht einen Insolvenzantrag und missachtet dadurch vielleicht gerade eine erteilte Weisung der Gesellschafter, so ist diese Antragstellung als zurechenbares Verhalten i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB anzusehen, das kausal für die Rechtsgutverletzung gewesen ist.

3. Eingriffsintensität

Fraglich ist, welche Intensität der durch einen verfrüht gestellten Insolvenzantrag erfolgte Eingriff aufweist. So kann zum einen ein mitgliedschaftsbezogener Eingriff vorliegen, zum anderen eine Minderung des Anteilswerts.¹²

a) Mitgliedschaftsbezogener Eingriff

Einhellig anerkannt ist, dass die Mitgliedschaft an sich gegen Eingriffe geschützt ist, die ihren Bestand gefährden oder die mit ihr verbundenen Organrechte entziehen.¹³ Daher kann eine Haftung des Geschäftsführers nach § 823 Abs. 1 BGB gegenüber den Gesellschaftern grundsätzlich dann in Betracht kommen, wenn der Geschäftsführer schuldhaft einen Eingriff in den Kernbereich des Mitgliedschaftsrechts der Gesellschafter vorgenommen hat.¹⁴ Um einen Eingriff in das Mitgliedschaftsrecht bejahen zu können, muss ein Eingriff in konkrete Kompetenzen der Gesellschafter vorliegen,¹⁵ was beispielsweise bei einer Verletzung des Stimmrechts der Fall sein kann.¹⁶ Ein Eingriff in den Kernbereich kann auch dann gegeben sein, wenn rechtswidrig ein Anteil ver-

¹² *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1126.

¹³ *Baumbach/Hueck/Haas*, GmbHG, § 64 Rn. 162; *Haas/Hossfeld*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch § 92 Rn. 142; *Palandt/Sprau*, BGB, § 823 Rn. 21; *K. Schmidt*, JZ 1991, 157, 159; *Staudinger/Hager*, BGB, § 823 Rn. B 142.

¹⁴ BGHZ 110, 323, 327; *Haas/Hossfeld*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § 92 Rn. 142; a.A. *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, § 43 Rn. 49.

¹⁵ *Wagner*, in: MüKoBGB, § 823 Rn. 235.

¹⁶ *Habersack*, Die Mitgliedschaft, S. 337; *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1126; *Staudinger/Hager*, BGB, § 823 Rn. B 144.

wertet worden ist¹⁷ oder wenn der Geschäftsführer grob pflichtwidrig die Insolvenz der Gesellschaft verursacht hat¹⁸. Im Fall eines verfrüht gestellten Insolvenzantrags besteht das Risiko, dass erst durch die Antragstellung die Insolvenz der Gesellschaft herbeigeführt wird. Daher ist im Wege konsequenter Schlussfolgerung auch eine verfrühte Insolvenzantragstellung als mitgliedschaftsbezogener Eingriff zu werten. Dies erscheint auch deshalb plausibel, weil mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens weitere Eingriffe in die Organisationsstruktur der Gesellschaft und die Stellung der Gesellschafter erfolgen, insbesondere durch den Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter nach § 80 InsO.¹⁹ Folgerichtig liegt in einem verfrüht gestellten Insolvenzantrag ein für die Begründung eines Schadensersatzanspruchs hinreichender Eingriff in das Mitgliedschaftsrecht der Gesellschafter.²⁰

b) Minderung des Anteilswerts

Anders als der vollständige Entzug des Mitgliedschaftsrechts weist die bloße Wertminderung der Mitgliedschaft eine andere Eingriffsintensität auf. Daher ist streitig, ob die wirtschaftliche Wertminderung eines Gesellschaftsanteils infolge einer Insolvenzantragstellung überhaupt von dem deliktsrechtlichen Schutzbereich des § 823 Abs. 1 BGB erfasst ist. So wird einerseits vertreten, die bloße Minderung des Anteilswerts bzw. der Ertragskraft der Gesellschaft sei ein reiner Vermögensschaden, der vom Schutz des § 823 Abs. 1 BGB nicht erfasst sei.²¹ Nach anderer Auffassung ist die Anteilsinhaberschaft als sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB einzuordnen, da hierdurch Anteile an einem eingerich-

¹⁷ RGZ 100, 274, 278; *Wagner*, in: MüKoBGB, § 823 Rn. 235; *Staudinger/Hager*, BGB, § 823 Rn. B 142.

¹⁸ *Michalski/Haas/Ziemons*, GmbHG, § 43 Rn. 278a.

¹⁹ OLG Hamm GmbHR 2008, 662, 663; *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1127; *Scholz/K. Schmidt/Bitter*, GmbHG, Vor § 64 Rn. 111.

²⁰ So auch *Baumbach/Hueck/Haas*, GmbHG, § 64 Rn. 162; *Haas/Hossfeld*, in: *Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch*, § 92 Rn. 142; *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1127.

²¹ RGZ 158, 248, 255; *Altmeppen*, in: *Krieger/Uwe H. Schneider*, Hdb Managerhaftung, § 7 Rn. 31; *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1126; *Staudinger/Hager*, BGB, § 823 Rn. B 143.

teten und ausgeübten Gewerbebetrieb gehalten würden und ein betriebsbezogener Eingriff in den Gewerbebetrieb mit einer Folge der Anteilswertminderung zum Schadensersatz berechtige.²² Dem wird jedoch entgegengehalten, dass das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nur der GmbH selbst zustehe, die Gesellschafter hingegen hieraus keine Ansprüche geltend machen könnten.²³ Dies erscheint schon aus dem Grund überzeugend, als die Beteiligung an einer GmbH keine gewerbliche Tätigkeit, sondern eine reine Vermögensverwaltung darstellt.²⁴ Eine solche ist aber durch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als Auffangtatbestand gerade nicht geschützt. Dementsprechend weist die bloße Minderung des Anteilswerts eine zu geringe Eingriffsintensität auf, als dass sie einen Schadensersatzanspruch auslösen könnte.

II. Würdigung

Auch wenn nicht einheitlich anerkannt ist, dass das Mitgliedschaftsrecht ein sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB darstellt, so erscheint eine reine Sanktionierung von Pflichtverletzungen des Geschäftsführers über § 43 GmbHG nicht weitreichend genug. Auch der Geschäftsführer kann durch sein Verhalten das Mitgliedschaftsrecht der Gesellschafter beeinträchtigen, sodass ein hinreichender Schutzbedarf zu bejahen ist. Auf der anderen Seite würde es das Haftungsrisiko für den Geschäftsführer über Gebühr ausweiten, wenn die Gesellschafter bei bloßen negativen Wertveränderungen ihrer Anteile einen Schadensersatzanspruch gegen den Geschäftsführer geltend machen könnten. Das Erfordernis eines Eingriffs in den Kernbereich der Mitgliedschaft erlangt vielmehr dadurch seine Rechtfertigung, dass eine deliktische Haftung für reine Vermögensschäden nach der Systematik des BGB nicht vorgesehen ist. Für den Fall eines verfrüht gestellten Insolvenzantrags bleibt jedoch das Haftungsrisiko für den Geschäftsführer bestehen. Die bloße Wertminderung berechtigt zwar

²² OLG München NJW-RR 1991, 928, 929.

²³ RGZ 158, 248, 255; BGH NJW 2006, 830, 839; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 43 Rn. 65; *Altmeyen*, in: Krieger/Uwe H. Schneider, Hdb Managerhaftung, § 7 Rn. 30; U/H/L/*Paefgen*, GmbHG, § 43 Rn. 314.

²⁴ BGHZ 133, 71, 78; BGHZ 133, 220, 223.

aus nachvollziehbaren Gründen noch nicht zur Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs, jedoch stellt der mit dem Insolvenzverfahren nach § 80 InsO einhergehende Steuerungsverlust der Gesellschafter einen relevanten Eingriff in ihr Mitgliedschaftsrecht dar. Somit wird deutlich, dass eine verfrühte Antragstellung auch im Außenverhältnis gegenüber den Gesellschaftern ein erhöhtes Haftungsrisiko für den Geschäftsführer bedeutet.

B. Weitere Haftungsrisiken des Geschäftsführers

Neben der Außenhaftung des Geschäftsführers gegenüber den Gesellschaftern wegen verfrühter Insolvenzantragstellung ist zu untersuchen, welche weiteren Haftungsrisiken für den Geschäftsführer im Außenverhältnis bestehen.

I. Haftung wegen Insolvenzverschleppung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a Abs. 1 InsO

Einer der wichtigsten Haftungstatbestände innerhalb der Außenhaftung ist die Haftung des Geschäftsführers wegen Insolvenzverschleppung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a Abs. 1 InsO. Anders als die Normen der §§ 41 und 43 GmbHG²⁵ ist § 15a InsO nach h.M. ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB.²⁶ Verletzt der Geschäftsführer durch verspätete Antragstellung dieses Schutzgesetz und kommt es dadurch zu einem Schaden, so haftet er gegenüber Gesellschaftern und Gesellschaftsgläubigern. Bzgl. des Haftungsumfanges ist zwischen Alt- und Neugläubigern zu differenzieren. Altgläubiger sind diejenigen, die ihre Forderung vor dem Zeitpunkt erworben haben, zu dem der Insolvenzantrag hätte gestellt werden müssen, als Neugläubiger gilt hingegen, wer seine Forderung nach diesem Zeitpunkt erworben hat.²⁷ Während Altgläubiger

²⁵ Für diese Normen wird die Schutzgesetzqualität gerade verneint, BGHZ 110, 342, 360; BGHZ 125, 366, 375 ff.; Hk-GmbHG/Lücke/Simon, § 43 Rn. 115.

²⁶ BGH NJW 1994, 2220, 2222; *Jacoby*, in: Büchel/von Rechenberg, Hdb FA Handels- und GesR, 24. Kap. Rn. 71; *Arnold*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 64 GmbHG Rn. 70; *Wagner*, in: MüKoBGB, § 823 Rn. 94; *Saenger*, Gesellschaftsrecht, Rn. 778; Hk-GmbHG/Lücke/Simon, § 43 Rn. 115.

²⁷ BGHZ 126, 181, 192; BGHZ 171, 46, 51; *Arnold*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 64 GmbHG Rn. 74; *Wagner*, in: MüKoBGB, § 823 Rn. 94.

nur ihren „Quotenschaden“ ersetzt verlangen können, also den Schaden, der ihnen daraus entsteht, dass sich ihre Quote aufgrund der Insolvenzverschleppung noch verschlechtert hat, können Neugläubiger den Ersatz ihres negativen Interesses verlangen, weil sie überhaupt noch mit der Gesellschaft kontrahiert und dieser Geld- oder Sachmittel zur Verfügung gestellt haben, ohne einen entsprechend werthaltigen Gegenanspruch dafür zu bekommen.²⁸ Die Thematik der Haftung des Geschäftsführers wegen Insolvenzverschleppung im Fall verspäteter Antragstellung ist weitestgehend geklärt, sodass eine noch tiefergehende Auseinandersetzung hier nicht erforderlich ist.

II. Haftung nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3 BGB (c.i.c.)

Der Geschäftsführer kann wegen Verschuldens bei Vertragshandlungen einem weiteren Haftungsrisiko nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo (c.i.c.) nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3 BGB ausgesetzt sein. Verletzt der Geschäftsführer schuldhaft seine vorvertragliche Schutzpflicht gegenüber Dritten, so haftet er auf den Ersatz des dadurch verursachten Vertrauensschadens. Relevant für eine solche c.i.c.-Haftung im Vorfeld eines Vertragsschlusses sind insbesondere Warn- und Aufklärungspflichten des Geschäftsführers gegenüber den Vertragspartnern der Gesellschaft über die aktuell erkennbare oder in kurzer Zeit eintretende Insolvenzreife der Gesellschaft.²⁹ Da grundsätzlich die Gesellschaft als Vertragspartnerin für vorvertragliche Nebenpflichtverletzungen einzustehen hat, kann eine persönliche Haftung des Geschäftsführers nur dann in Betracht kommen, wenn er ein besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen hat, das weit über das normale Verhandlungstrauen hinausgeht und beinahe schon den Charakter einer „Erklärung im Vorfeld einer Garantiezusage“³⁰ aufweist. Problematisch ist, wie weit die Aufklärungspflicht über die

²⁸ BGHZ 126, 181, 193; BGHZ 171, 46, 52; *Bitter*, ZInsO 2010, 1561, 1574; *Wagner*, in: MüKoBGB, § 823 Rn. 94.

²⁹ OLG München, GmbHR 1992, 813, 814; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, § 43 Rn. 70; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, § 43 Rn. 73; *Hk-GmbHG/Lücke/Simon*, § 43 Rn. 111.

³⁰ BGHZ 126, 181, 189; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, § 43 Rn. 71; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, § 43 Rn. 74; *Hk-GmbHG/Lücke/Simon*, § 43 Rn. 112.

finanziellen Verhältnisse der Gesellschaft reicht, wenn die Insolvenzzreife in unmittelbare Nähe gerückt ist. Solange die Insolvenzzreife noch nicht eingetreten ist, kann eine Aufklärungspflicht des Geschäftsführers nur unter den besonderen Umständen des Einzelfalls begründet werden, da der Geschäftsführer nicht ohne Weiteres verpflichtet ist, über eine wirtschaftliche Krise der Gesellschaft Auskunft zu erteilen.³¹ Würde der Geschäftsführer alle Geschäftspartner der GmbH ungefragt über die finanzielle Lage der Gesellschaft und eine mögliche Krise informieren, so würde er sich mitunter selbst der Gesellschaft gegenüber nach § 43 Abs. 2 GmbHG schadensersatzpflichtig machen, wenn infolge seiner Information die Geschäftspartner von einem Vertragsschluss mit der Gesellschaft absehen und die Krise hierdurch möglicherweise bis hin zur Insolvenzzreife verschärft würde.³² Es wäre daher nicht vertretbar, dem Geschäftsführer zur Vermeidung einer Außenhaftung aus c.i.c. eine Innenhaftung nach § 43 Abs. 2 aufzuerlegen. Auch ist ein Schutz der Neugläubiger, die in Insolvenznähe noch mit der Gesellschaft kontrahiert haben, ein weitgehender Schutz durch die Insolvenzverschleppungshaftung nach § 823 Abs. 2 i.V.m. § 15a Abs. 1 S. 1 InsO gegeben, sodass für den Ersatz des Vertrauensschadens nicht per se eine c.i.c.-Haftung des Geschäftsführers erforderlich ist.³³ Wenn die Insolvenzzreife der Gesellschaft eingetreten ist und der Geschäftsführer dies weiß, besteht jedoch eine Aufklärungspflicht gegenüber den Geschäftspartnern, insbesondere wenn der Geschäftsführer bei dem Vertragspartner dadurch ein größeres Vertrauen erweckt, dass er die Leistungsfähigkeit der Gesellschaft besonders positiv hervorhebt und mit der Betonung auf einer durch ihn selbst durchgeführten Überprüfung der Vermögenslage unterstreicht.³⁴

³¹ BGHZ 126, 181, 189f.; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 43 Rn. 73; Altmeyden, in: Krieger/Uwe H. Schneider, Hdb Managerhaftung, § 7 Rn. 24; Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 312.

³² So schon K. Schmidt, GesR, § 36 II. 5. c).

³³ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 43 Rn. 73; Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 312; a.A. Altmeyden, in: Krieger/Uwe H. Schneider, Hdb Managerhaftung, § 7 Rn. 23, der die Schutzgesetzzeigenschaft des § 15a InsO ablehnt und die Kontrahierungsschäden der Neugläubiger nur über eine c.i.c.-Haftung erfasst sieht.

³⁴ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 43 Rn. 73; Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 313b.

III. Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a StGB

Im Rahmen der Außenhaftung droht dem Geschäftsführer des Weiteren eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a Abs. 1 StGB, wenn er die Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung nicht abführt. Nach überwiegender Auffassung kommt der Norm des § 266a StGB Schutzgesetzcharakter zu.³⁵ Grundsätzlich richtet sich die Norm des § 266a StGB an die GmbH selbst als Arbeitgeber, jedoch ist der Geschäftsführer nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB als für die juristische Person handelndes Vertretungsorgan für die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge verantwortlich. Die zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit beginnt erst mit wirksamer Bestellung zum Geschäftsführer, sodass ein Fehlverhalten früherer Geschäftsführer grundsätzlich nicht sanktioniert wird, jedoch kommt eine Haftung für den neu bestellten Geschäftsführer dann in Betracht, wenn er nach seiner Bestellung die noch ausstehenden Beiträge nicht begleicht und somit weiter vorenthält.³⁶ Eine Verwirklichung des Tatbestands des § 266a Abs. 1 StGB durch den Geschäftsführer kann nur dann erfolgen, wenn ihm die Erfüllung seiner Pflicht zur Abführung der Sozialversicherungsbeiträge im Fälligkeitszeitpunkt rechtlich und tatsächlich möglich ist.³⁷ Rechtlich unmöglich ist die Abführung der Beiträge, wenn bereits das Insolvenzverfahren eröffnet wurde und damit die Verfügungsbefugnis gem. § 80 Abs. 1 InsO auf den Insolvenzverwalter übergegangen oder wenn gem. § 22 Abs. 2 Nr. 2 InsO ein Verfügungsverbot verhängt worden ist.³⁸ In tatsächlicher Hinsicht ist die Beitragsabführung unmöglich, wenn die Gesellschaft bereits zahlungsunfähig ist; das Vorliegen von Überschuldung reicht jedoch noch nicht

³⁵ BGHZ 144, 311, 313f.; BGHZ 136, 332, 333; OLG Koblenz NZG 2010, 471; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 43 Rn. 91; Oetker, in: Henssler/Strohn, GesR, § 43 GmbHG Rn. 89; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 91; differenzierend und mit der Betonung auf der Funktionsfähigkeit des Sozialversicherungssystems als überindividuelles Gemeinschaftsgut Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 376a.

³⁶ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 43 Rn. 96; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 98; Fleischer, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 356.

³⁷ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 43 Rn. 93; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 93; Fleischer, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 358.

³⁸ BGH GmbHR 1998, 280, 281; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 43 Rn. 93; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 93; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 403.

zur Begründung der Unmöglichkeit aus.³⁹ Zahlungsunfähigkeit in dem hier maßgebenden Sinn ist aber erst dann gegeben, wenn es der Gesellschaft trotz Hintanstellung sonstiger Verbindlichkeiten nicht möglich ist, ausschließlich die fälligen Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung zu begleichen.⁴⁰ Hiernach hat der BGH i.S. der sog. *Vorrangrechtsprechung* der Begleichung von Sozialversicherungsbeiträgen einen absoluten Vorrang gegenüber anderen fälligen Gesellschaftsschulden eingeräumt.⁴¹ Ferner ist nach der Rechtsprechung des BGH ein strafbarkeitsbegründendes Verhalten trotz bereits eingetretener Zahlungsunfähigkeit nach der strafrechtlichen Theorie der *omissio libera in causa* zu bejahen, wenn der Geschäftsführer bei ernst zu nehmenden Krisenanzeichen keine ausreichenden Rücklagen bildet, andere Forderungen begleicht und damit seine Pflicht verletzt, eine hinreichende Liquidität der Gesellschaft sicherzustellen.⁴² Insbesondere die Haftung nach den Grundsätzen der *omissio libera in causa* stößt jedoch im Schrifttum nachvollziehbar auf Kritik, da es zum einen im Vorfeld einer Insolvenz nicht praktikabel und wenig schlüssig erscheint, eine Liquiditätssicherungspflicht hinsichtlich der Beitragszahlung zu statuieren⁴³ und zum anderen eine Begründung der Strafbarkeit des Geschäftsführers nach § 266a Abs. 1 StGB eine Durchbrechung des unternehmerischen Ermessensspielraums im Vorfeld einer Insolvenz darstellen würde.⁴⁴ Ein Spannungsfeld im Sinne einer Haftungskollision ergibt sich für den Geschäftsführer insbesondere aus systematischer Sicht zwischen der Haftung aus § 823 Abs. 2 i.V.m. § 266a Abs. 1 StGB und der Haftung aus § 64 S. 1 GmbHG. Wenn der Ge-

³⁹ BGHZ 134, 304, 307; BGHZ 144, 311, 315; BGH NJW 2002, 1123, 1125; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 93; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 403 f.

⁴⁰ BGH NJW 2003, 3787, 3788; BGH NJW 2002, 1123, 1124 f.; Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 383b; Fleischer, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 358.

⁴¹ BGHZ 134, 304, 309; BGH NJW 2003, 3787, 3788; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 95; Fleischer, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 358; ablehnend hierzu Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 43 Rn. 95 m.w.N.

⁴² BGHZ 134, 304, 309; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 94; Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 384; Fleischer, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 358.

⁴³ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 43 Rn. 95.

⁴⁴ U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 409; Brand, in: Krieger/Uwe H. Schneider, Hdb Managerhaftung, § 33 Rn. 20 hält eine Liquiditätssicherungspflicht zugunsten der Sozialversicherung nur bei konkreten Anhaltspunkten für eine Krise für denkbar.

geschäftsführer auf der einen Seite zivilrechtlich nach § 64 S. 1 GmbHG verpflichtet ist, keine Zahlungen vorzunehmen, die eine bereits eingetretene Insolvenz der Gesellschaft vertiefen, auf der anderen Seite aber die strafrechtliche Sanktion des § 266a Abs. 1 StGB fürchten muss, wenn er die Sozialversicherungsbeiträge der Arbeitnehmer nicht abführt, stellt sich die Frage, wie diese Pflichtenkollision gelöst werden kann. Ursprünglich hatte der II. Zivilsenat des BGH⁴⁵ der Massesicherungspflicht den Vorrang eingeräumt und das deliktische Verschulden des § 266a StGB abgelehnt, da etwas zivilrechtlich Verbotenes nicht aus strafrechtlicher Sicht verlangt werden könne.⁴⁶ Dem trat der 5. Strafsenat des BGH entgegen und räumte der Pflicht zur Abführung der Sozialversicherungsbeiträge den Vorrang vor der Massesicherungspflicht ein, da nur die Beitragsabführungspflicht strafbewährt sei.⁴⁷ Letztlich ist diese Pflichtenkollision durch den II. Zivilsenat des BGH aufgehoben worden, indem er mit Urteil vom 14.05.2007 seine ursprüngliche Rechtsprechung aufgegeben und die Begleichung der Sozialversicherungsbeiträge im Sinne der Einheit der Rechtsordnung als mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes nach § 64 S. 1 GmbHG vereinbar erklärt hat.⁴⁸ In der Konsequenz bedeutet dies, dass der Geschäftsführer nicht nach § 64 S. 1 GmbHG haftet, wenn er bei Insolvenzzreife der Gesellschaft pflichtgemäß die Sozialversicherungsbeiträge abführt.⁴⁹ Strafrechtlich ist der Geschäftsführer innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO zur Insolvenzantragstellung privilegiert, sofern die Chance auf eine aussichtsreiche Sanierung besteht,⁵⁰ jedoch haftet er nach Ablauf der Drei-Wochen-Frist gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a Abs. 1 StGB, wenn er die Beiträge in der Folge weiter vorenthält.⁵¹ Im Ergebnis ist für das Dilemma der Pflichtenkollision eine Lösung gefunden worden, sodass der Geschäftsführer

⁴⁵ BGHZ 146, 264, 275.

⁴⁶ U/H/W/Casper, GmbHG, § 64 Rn. 91.

⁴⁷ BGH NJW 2003, 3787, 3788; *Fleischer*, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 360.

⁴⁸ BGH NJW 2007, 2118, 2120; *K. Schmidt*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rz. 11.44.

⁴⁹ BGH NJW 2007, 2118, 2120; *Fleischer*, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 360.

⁵⁰ BGH NJW 2003, 3787, 3788; *Fleischer*, in: MüKoGmbHG, § 43 Rn. 360.

⁵¹ BGH NJW 2003, 3787, 3788; BGH NJW 2009, 295.

gehalten ist, bis zum letztmöglichen Zeitpunkt die Sozialversicherungsbeiträge der Arbeitnehmer abzuführen, um eine Strafbarkeit nach § 266a StGB zu vermeiden.

IV. Haftung wegen Verletzung der Buchführungspflicht

Verletzt der Geschäftsführer seine Pflicht zur ordnungsgemäßen Buchführung nach § 41 GmbHG, so haftet er den Gesellschaftsgläubigern nur nach § 826 BGB, nicht aber nach § 823 Abs. 2 BGB, da die Norm des § 41 GmbHG keine Schutzgesetzqualität zugunsten einzelner Dritter aufweist.⁵² Eine Außenhaftung des Geschäftsführers aufgrund der Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens gem. § 311 Abs. 3 BGB kommt in dem Zusammenhang nur in Betracht, wenn er einem einzelnen Gesellschaftsgläubiger den Jahresabschluss der GmbH zu einem bestimmten Anlass zur Einsicht gegeben hat und dieser im Vertrauen darauf beispielsweise Investitionen getätigt hat, die sich letztlich aufgrund falscher Angaben im Jahresabschluss nicht ausgezahlt haben.⁵³ Letztlich wird es jedoch in den meisten Fällen beinahe unmöglich sein, den erforderlichen Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen der Rechtsgutverletzung in Form der Verletzung der Buchführungspflicht und dem Schaden beweisen zu können.⁵⁴

C. Zwischenfazit

Das Risiko des zu früh gestellten Insolvenzantrags spielt nicht nur im Innenverhältnis, sondern auch im Rahmen der Außenhaftung gegenüber Dritten, insbesondere den Gesellschaftern, eine entscheidende Rolle. Nach vorzugswürdiger Ansicht des BGH ist die Anteilsinhaberschaft der Gesellschafter als nach § 823 Abs. 1 BGB geschütztes Rechtsgut anzusehen, sodass folglich ein rechtswidriger Eingriff eine Schadensersatzverpflichtung begründen kann. Hin-

⁵² *Altmeppen*, in: Krieger/Uwe H. Schneider, Hdb Managerhaftung, § 7 Rn. 51; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, GmbHG, § 41 Rn. 4; Hk-GmbHG/*Lücke/Simon*, § 41 Rn. 10.

⁵³ Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, GmbHG, § 41 Rn. 4; ähnlich *Terlau/Hürten*, in: Römermann, MAH GmbH-Recht, § 10 Rn. 190.

⁵⁴ *Altmeppen*, in: Krieger/Uwe H. Schneider, Hdb Managerhaftung, § 7 Rn. 51; *Terlau/Hürten*, in: Römermann, MAH GmbH-Recht, § 10 Rn. 190.

sichtlich der Intensität des Eingriffs ist allerdings zu differenzieren zwischen einem Eingriff in das Mitgliedschaftsrecht an sich und einer bloßen Minderung des Anteilswerts. Der verfrüht gestellte Insolvenzantrag greift infolge der Verfahrenseröffnung und des damit verbundenen Übergangs der Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter nach § 80 InsO in die Steuerungsfähigkeit der Gesellschafter ein und stellt somit einen Eingriff in das Mitgliedschaftsrecht dar. Die Minderung des Anteilswerts hingegen stellt nur einen reinen Vermögensschaden dar, der von § 823 Abs. 1 BGB nicht erfasst wird und somit – anders als ein Eingriff in die Mitgliedschaft selbst – keinen Schadensersatzanspruch zu begründen vermag. Neben der Haftung wegen verfrüht gestellten Insolvenzantrags droht dem Geschäftsführer spiegelbildlich die Haftung wegen Insolvenzverschleppung aufgrund verspätet gestellten Insolvenzantrags nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a Abs. 1 S. 1 InsO. Die Insolvenzverschleppung stellt in der Praxis im Vergleich zur verfrühten Antragstellung den Regelfall dar⁵⁵, da die Insolvenzreife entweder erst zu spät erkannt wird oder zu lange auf ein Beseitigen-Können der Insolvenzreife gehofft wird. Eine Haftung des Geschäftsführers aus c.i.c. kommt nur unter besonderen Umständen des Einzelfalls in Betracht. Der Geschäftsführer ist jedoch nicht verpflichtet, ohne nähere Anhaltspunkte potentielle Vertragspartner der GmbH über eine wirtschaftliche Krise der Gesellschaft zu informieren. Vielmehr könnte sich eine solche Information umgekehrt negativ auswirken, wenn in der Folge einige Geschäftspartner von einem Vertragsschluss mit der GmbH absehen und dadurch die Krise noch verschärft wird.⁵⁶ Ein weiteres Haftungsrisiko droht dem Geschäftsführer nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a Abs. 1 StGB für den Fall des Nichtabführens von Sozialversicherungsbeiträgen. Die ursprünglich bestehende Pflichtenkollision zwischen der Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 266a Abs. 1 StGB und der Haftung nach § 64 S. 1 GmbHG ist mittlerweile durch den BGH⁵⁷ dahingehend gelöst worden, dass der Begleichung von Sozialversicherungsbeiträgen der Vorrang eingeräumt worden und die Vornahme der Bei-

⁵⁵ Zu der in vielen Fällen deutlich verspäteten Antragstellung *Schmerbach*, in: FK-InsO, § 26 Rn. 66; *Knief*, DB 2012, 2353, 2355; siehe hierzu bereits die Ausführungen unter 1. Teil § 1 A.

⁵⁶ Ausführlich zur Haftung aus c.i.c. 3. Teil § 8 B. II.

⁵⁷ BGH NJW 2007, 2118, 2120.

tragszahlungen im Stadium der Insolvenzreife für mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar erklärt worden ist, sodass eine Haftung aus § 64 S. 1 GmbHG im Fall der Kollision mit der Abführung der Sozialversicherungsbeiträge nicht in Betracht kommt. Eine Haftung des Geschäftsführers wegen Verletzung der Buchführungspflicht aus § 41 GmbHG kann nur nach § 826 BGB oder im Fall der Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens in Betracht kommen. Aufgrund der hohen Beweisschwierigkeiten kann dieser Haftung letztlich eine nur untergeordnete Rolle zugesprochen werden.

§ 9 Schaden

Grundsätzlich kann der Geschäftsführer nur in Haftung genommen werden, wenn der Gesellschaft oder Dritten durch sein Verhalten ein nachweisbarer Schaden entstanden ist. Für die Schadensberechnung wird die Differenzhypothese nach §§ 249 ff. BGB herangezogen. Entscheidend für eine Inanspruchnahme des Geschäftsführers durch die GmbH selbst ist daher, dass durch sein pflichtwidriges Verhalten eine Minderung des Gesellschaftsvermögens eingetreten ist, die bei pflichtgemäßem Verhalten ausgeblieben wäre.¹ Aufgrund der auch seitens des BGH² geforderten Pflichtwidrigkeit des Geschäftsführerhandelns erscheint die Auffassung nicht überzeugend, die den Schadensbegriff gesellschaftsrechtlich dahingehend einschränkt, dass der Schaden unter Berücksichtigung des Unternehmenszwecks typischerweise durch pflichtwidriges Verhalten der Geschäftsführung herbeigeführt worden ist³. Welche einzelnen Schadensposten bei einem verfrüht gestellten Insolvenzantrag geltend gemacht werden können, wird nachfolgend einer näheren Betrachtung unterzogen. Auf die Differenzierung zwischen Alt- und Neugläubigerschaden im Rahmen der Insolvenzverschleppung soll indes nicht näher eingegangen werden.⁴

A. Bezifferbare Schadenspositionen

Ein möglicher Schadensposten ist in den Kosten des Eröffnungsverfahrens begründet, wenn die Eröffnung mangels Masse abgewiesen wird, und die GmbH diese Kosten zu tragen hat.⁵ Ferner haftet der Geschäftsführer für die Verfahrenskosten, die nach Eröffnung des Verfahrens entstehen. Dies sind gem. § 54 InsO die Gerichtskosten für das Insolvenzverfahren sowie die Vergütungen und die Auslagen des vorläufigen Insolvenzverwalters, des Insolvenzverwalters und

¹ U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 178.

² BGHZ 152, 280, 284.

³ So aber *Mertens*, FS H. Lange 1992, S. 561, 563.

⁴ Festzuhalten bleibt an dieser Stelle nur, dass eine Schmälerung der Insolvenzquote als Neugläubigerschaden nicht das Gesellschaftsvermögen betrifft und daher gar keinen Schaden der GmbH darstellt, U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 191.

⁵ *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1127.

des vorläufigen Gläubigerausschusses.⁶ Ohne größere Schwierigkeiten feststellbar sind des Weiteren entstandene Rechtsanwaltskosten, die sich nicht nur auf die Prüfung der Insolvenzverwaltervergütung beziehen können, sondern auch außergerichtlich in Bezug auf die streitgegenständlichen Schadensersatzansprüche angefallen sein können.⁷ Rechtsanwaltskosten im Zusammenhang mit der Geltendmachung und Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs sind als Rechtsverfolgungskosten nach § 249 BGB zu ersetzen, falls und soweit die Inanspruchnahme rechtlichen Beistands erforderlich und zweckdienlich gewesen ist.⁸ Falls es infolge der frühzeitigen Antragstellung durch den Geschäftsführer zu einer Kündigung bestehender Kredite durch die beteiligten Kreditinstitute oder die Hausbank gekommen ist, so kann eine etwaig fällige Vorfälligkeitsentschädigung an die Bank als weitere Schadensposition vom Geschäftsführer zu erstatten sein.⁹

B. Beschränkung der Rechte der Gesellschafter

Eine andere Schadensposition ist in einer Beschränkung der Gesellschafterrechte zu sehen, die dazu führt, dass die Gesellschafter die Gesellschaft nicht mehr so entsprechend frei leiten und steuern können wie vor der Insolvenzantragstellung.¹⁰ Dies ist durch den Übergang der Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter nach § 80 InsO ab Verfahrenseröffnung bedingt.¹¹ Problematisch erscheint jedoch die genaue Bezifferung eines Schadens, der in der Einschränkung der Steuerungsfähigkeit der Gesellschafter liegt. Der Verlust der Leitungs- und Lenkungshoheit in einer Gesellschaft ist als solcher kaum greifbar, sodass auch die freie Würdigung des Gerichts zur Schadensermittlung nach

⁶ Die von dem Geschäftsführer zu leistende Erstattung der Vergütung an den Insolvenzverwalter sowie der Kosten des Insolvenzverfahrens wurde so vom OLG München, NZG 2013, 742, 745 bestätigt; bereits *Meyke*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, Rn. 103 hielt diese Kosten für erstattungsfähig.

⁷ OLG München, NZG 2013, 742, 745.

⁸ BGH NJW 2004, 444, 446; NJW 2006, 1065; OLG München, NZG 2013, 742, 745.

⁹ OLG München, NZG 2013, 742, 745.

¹⁰ *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1127.

¹¹ Zum mitgliedschaftsbezogenen Eingriff durch verfrühte Insolvenzantragstellung und dem Übergang der Verfügungsbefugnis nach § 80 InsO siehe bereits 3. Teil § 8 A. I. 3. a).

§ 287 ZPO nicht ohne weitere Anknüpfungspunkte zu einer genauen Bezifferung des Schadens führen kann. Die Ermittlung des Schadens kann über die Verschlechterung des Unternehmenswertes erfolgen, wenn aufgrund der Insolvenzantragstellung eine Umstellung der Bilanzierung von going-concern-Werten gem. § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB zu Liquidationswerten erfolgen muss, was zu einem Absinken des Substanzwertes des Unternehmens führt.¹² Eine Untersuchung des Unternehmenswertes vor und nach der erfolgten Antragstellung durch den Geschäftsführer mittels eines kombinierten Substanz- und Ertragswertverfahrens kann für die Schadensberechnung hilfreich sein.¹³ Jedoch ist für eine Inanspruchnahme des Geschäftsführers unabdingbare Voraussetzung, dass die Verschlechterung des Unternehmenswertes kausal auf eine durch ihn begangene Pflichtverletzung zurückzuführen sein muss.¹⁴ Aufgrund der Tatsache, dass die Ermittlung des Unternehmenswertes ein sehr komplexer Vorgang ist, der verschiedenen Bewertungsmethoden unterliegen und daher unterschiedliche Ergebnisse hervorbringen kann, stellt sich die Frage, inwieweit eine Verschlechterung des Unternehmenswertes tatsächlich dem Verhalten des Geschäftsführers kausal zugerechnet werden kann. Problematisch erscheint nämlich insbesondere, den Kausalitäts- und Zurechnungszusammenhang zwischen der Insolvenzantragstellung und einer Veränderung des Unternehmenswertes präzise darzustellen. Auch wenn beispielsweise bei einem börsennotierten Unternehmen infolge eines gestellten Insolvenzantrags ein offensichtlicher Kurssturz erfolgt, so ist nicht mit letzter Sicherheit auszuschließen, dass neben dem Insolvenzantrag auch noch andere Ursachen für das rapide Absinken des Kurses verantwortlich sind.

¹² *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1127.

¹³ Dies halten *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1127 für denkbar.

¹⁴ *Götter*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn. 528 mit weiteren Ausführungen zur Frage der Beweislast; so i.E. auch *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1127.

C. Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs wegen verfrühter Antragstellung

Für den Fall einer verfrüht erfolgten Insolvenzantragstellung ist im Hinblick auf die Zuständigkeit zur Geltendmachung eines möglichen Schadensersatzanspruchs gegen den Geschäftsführer dahingehend zu differenzieren, wem durch die verfrühte Antragstellung ein Schaden entstanden ist. Ist die Insolvenzreife bei der Gesellschaft noch gar nicht eingetreten, tritt bei ihr aber infolge des Insolvenzantrags ein Schaden ein, so obliegt die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs aus § 43 Abs. 2 GmbHG nach Einstellung des Verfahrens gem. § 212 InsO dem besonderen Vertreter nach § 46 Nr. 8, 2. Var. GmbHG, der von der Gesellschafterversammlung bestimmt wird. Durch die Bestellung eines besonderen organschaftlichen Vertreters zur Geltendmachung der Schadensersatzansprüche gegen den Geschäftsführer wird die prozessuale Handlungsfähigkeit der Gesellschaft geschaffen, sodass die Vertreterbestellung wesentliche Grundlage für die Zulässigkeit der Schadensersatzklage ist, jedoch keine Auswirkungen auf die materielle Begründetheit des Anspruchs nach § 46 Nr. 8, 1. Var. GmbHG hat.¹⁵ Wenn zusätzlich neben dem Schaden bei der Gesellschaft auch ein Schaden bei den Gesellschaftern eingetreten ist, so können diese ihre Ansprüche selbst geltend machen.¹⁶ Auch können die Gesellschafter einen Schadensersatzanspruch gegen den Geschäftsführer geltend machen, wenn dieser den Insolvenzeröffnungsantrag verfrüht oder eigenmächtig gestellt hat und den Gesellschaftern hierdurch ein Schaden entstanden ist.¹⁷ Hat der bei drohender Zahlungsunfähigkeit eigenmächtig oder verfrüht gestellte Antrag auch zu einem Schaden bei der Gesellschaft geführt, so kann der Anspruch vom Insolvenzverwalter gem. § 85 Abs. 1 InsO wieder aufgenommen werden, wenn der Rechtsstreit zuvor durch die Verfahrenseröffnung gem. § 240 S. 1 ZPO unterbrochen worden ist.¹⁸ Für den Fall der frühzeitigen Antragstellung ist

¹⁵ *Liebscher*, in: MüKoGmbHG, § 46 Rn. 262; *Mollenkopf*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 46 GmbHG Rn. 45 verweist darauf, dass die Ersatzansprüche in § 46 Nr. 8, 1. Var. GmbHG besonders geregelt worden sind.

¹⁶ *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1127.

¹⁷ *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1127.

¹⁸ *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1127.

immer zu bedenken, dass eine solche die Sanierungschancen für die Gesellschaft mitunter deutlich verbessern kann.¹⁹ Daher erscheint eine Inanspruchnahme des Geschäftsführers nur unter der Prämisse gerechtfertigt, dass die verfrühte Antragstellung die Sanierung der Gesellschaft entweder zunichte gemacht oder die Kosten in die Höhe getrieben hat.²⁰

D. Fazit

Das Abwägen von Vor- und Nachteilen einer frühzeitigen Antragstellung erscheint im Hinblick auf einen hierdurch kausal verursachten Schaden durchaus schwierig. Wenn der Gesellschaft nachweisbar ein Schaden durch die verfrühte Antragstellung entstanden ist, kann der Geschäftsführer hierfür in Anspruch genommen werden. Wie bereits aufgezeigt²¹, können für das Absinken des Unternehmenswertes mehrere Ursachen relevant sein. Inwiefern die Antragstellung einerseits zu einem Absinken des Unternehmenswertes und einem Vertrauensverlust bei Geschäftspartnern und Kreditinstituten geführt hat und andererseits etwa durch die Nutzung des Schutzschirmverfahrens in Eigenverwaltung nach § 270b InsO die Aussichten auf eine erfolgreiche Sanierung deutlich verbessert worden sind, erscheint in Zahlen kaum messbar. Wenn die positiven und negativen Konsequenzen einer frühzeitigen Antragstellung sich letztlich in Teilen ausgleichen, ist eine Haftung des Geschäftsführers unter Berücksichtigung der erforderlichen kausalen Schadensverursachung nicht zu begründen. Indes ist eine Haftung für eindeutig bezifferbare Schadenspositionen, die infolge eines verfrüht gestellten Insolvenzantrags entstanden sind, wie beispielsweise die Verfahrenskosten und Rechtsanwaltskosten sowie eine von der Gesellschaft zu leistende Vorfälligkeitsentschädigung an die beteiligten Kreditinstitute, angemessen. Sofern die Rechtsstellung der Gesellschafter im Hinblick auf ihre Steuerungsfähigkeit der Gesellschaft durch die verfrühte Antragstellung negativ beeinflusst worden ist, steht ihnen dem Grunde nach ein Schadenser-

¹⁹ Haas, DStR 1998, 1359, 1363; zu den Chancen einer frühzeitigen Sanierung im Schutzschirmverfahren *Seagon*, in: Buth/Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, § 26 Rn. 2.

²⁰ *Leinekugel/Skauradszun*, GmbHR 2011, 1121, 1127.

²¹ Siehe hierzu 3. Teil § 9 B.

satzanspruch zu. Jedoch ist die genaue Ermittlung der Schadenshöhe kaum möglich, sodass auch die Bemessung über den zwischengeschalteten Weg der Unternehmensbewertung nach einem kombinierten Substanz- und Ertragswertverfahren aufgrund der verschiedenen Faktoren und Einflüsse im Rahmen der Unternehmensbewertung nur ansatzweise zur Schadensberechnung geeignet erscheint.

§ 10 Beweislastverteilung

Die Darlegungs- und Beweislastverteilung im Haftungsprozess hat essentielle Bedeutung für die erfolgreiche Inanspruchnahme des Geschäftsführers durch die Gesellschaft.¹ Selbst wenn aus theoretischer Betrachtung die Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind, so kann in der Praxis kein Anspruch erfolgreich durchgesetzt werden, wenn seine Voraussetzungen nicht bewiesen werden können.

A. Beweisgrundsätze nach den gesetzlichen Vorschriften

Grundsätzlich gilt in Bezug auf die Beweislast, dass der Anspruchsteller die Voraussetzungen des von ihm geltend gemachten Anspruchs darzulegen und zu beweisen hat, der Anspruchsgegner indes die rechtshindernden, die rechtsvernichtenden und die rechtshemmenden Tatbestandsmerkmale. Diese heute ungeschriebene Regel fand ihren Ursprung in § 193 des ersten Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich von 1888 und sollte dem Kläger nicht noch zusätzlich die Beweislast für tatbestandsausschließende Tatsachen auferlegen.² Diese Grundregel erfährt jedoch im Bereich der Organhaftung des Geschäftsführers eine Modifikation: Für die Haftung des Geschäftsführers aus § 43 Abs. 2 GmbHG greift eine dem § 93 Abs. 2 AktG entsprechende Beweislastumkehr, wonach der Geschäftsführer zu beweisen hat, dass er mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes nach § 43 Abs. 1 GmbHG gehandelt bzw. schuldlos nicht gehandelt hat oder dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Alternativverhalten eingetreten wäre.³ Nach Ansicht des BGH obliegt dem Geschäftsführer auch die Beweislast hinsichtlich der Einhaltung seines unternehmerischen Ermessensspielraums.⁴ Dies erscheint schon aus dem Grund

¹ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 43 Rn. 36.

² Motive zu § 193 BGB E I, Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888, S. 382; siehe auch Musielak/Foerste, ZPO, § 286 Rn. 35 sowie Prütting, in: MüKoZPO, § 286 Rn. 110 f.

³ BGHZ 152, 280, 284; Koppensteiner/Gruber, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 43 Rn. 36; Saenger, Gesellschaftsrecht, Rn. 777; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 203.

⁴ BGHZ 152, 280, 284; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 52; Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 251b; Hk-GmbHG/Lücke/Simon, § 43 Rn. 137; kritisch dazu U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 209.

nachvollziehbar, als der Geschäftsführer in eigenem Interesse auf eine sorgfältige Dokumentation seiner Entscheidungsfindung zum Erhalt der Haftungsprivilegierung im Rahmen der *business judgment rule* achten sollte.⁵ Die Gesellschaft hingegen trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der bei ihr eingetretene Schaden kausal durch ein Verhalten des Geschäftsführers verursacht worden ist, das sich „möglicherweise pflichtwidrig darstellt“.⁶ Diese Umkehr der Beweislast zulasten des Geschäftsführers wird damit begründet, dass er die maßgeblichen Umstände seines Organhandelns deutlich besser überblicken und beweisen kann als die Gesellschaft.⁷ Die Gesellschaft erfährt jedoch eine Erleichterung im Rahmen ihrer Beweisführung nach § 287 ZPO, wonach das Gericht den Schaden unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung ermittelt.⁸ Für die deliktische Haftung des Geschäftsführers gegenüber Dritten gilt der allgemeine Grundsatz, dass der Anspruchsteller die Anspruchsvoraussetzungen darlegen und beweisen muss, wobei auch ihm die Beweiserleichterungen nach § 287 ZPO zugutekommen.⁹ Sowohl bei einem Anspruch aus § 43 GmbHG als auch bei einem Anspruch aus § 823 BGB kann die Kausalität zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten des Geschäftsführers und dem eingetretenen Schaden mithilfe des Anscheinsbeweises nachgewiesen werden, wenn sich der Schaden nach allgemeiner Lebenserfahrung als typische Folge der Pflichtverletzung darstellt.¹⁰ Für einen Nachweis auch schon des pflichtwidrigen Verhaltens mittels des Anscheinsbeweises ist indes erforderlich, dass das Gericht nachweislich von einem konkret gefährlichen und zur Schadensverursachung geeigneten Verhalten überzeugt ist.¹¹ Inwiefern der Anscheinsbeweis für eine Inanspruchnahme des

⁵ Zur Dokumentation der Entscheidungsfindung im Rahmen der *business judgment rule* siehe bereits 2. Teil § 4 A. IV. 2. e).

⁶ BGHZ 152, 280, 284; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 43 Rn. 38; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 43 Rn. 52; Hk-GmbHG/Lücke/Simon, § 43 Rn. 137.

⁷ Koppensteiner/Gruber, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 43 Rn. 36; U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 206.

⁸ Buck-Heeb, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 43 Rn. 80; Oetker, in: Henssler/Strohn, GesR, § 43 GmbHG Rn. 58.

⁹ Wagner, in: MüKoBGB, § 823 Rn. 71.

¹⁰ Zum Anscheinsbeweis im Rahmen des § 43 GmbHG U/H/L/Paefgen, GmbHG, § 43 Rn. 210; zum Anscheinsbeweis bei § 823 BGB Wagner, in: MüKoBGB, § 823 Rn. 74.

¹¹ BGH NJW 2010, 1072, 1073; Wagner, in: MüKoBGB, § 823 Rn. 75.

Geschäftsführers wegen verfrühter Insolvenzantragstellung geeignet ist, erscheint fraglich. Allein die Feststellung der „zu früh“ erfolgten Antragstellung ist ein derart komplexer Prüfungsvorgang, dass es schwierig erscheint, allein nach der Lebenserfahrung auf einen hierdurch verursachten Schaden rückschließen zu können. Auch zeigen sich die Folgen eines verfrüht gestellten Antrags in unterschiedlichen Ausprägungen. Der Nachweis eines Schadens mittels des Anscheinsbeweises bei verfrühter Antragstellung muss daher im Ergebnis höhere Hürden überwinden als bei anderen Rechtsstreitigkeiten, in denen die allgemeine Lebenserfahrung unter weniger komplizierten Voraussetzungen den Rückschluss auf eine Schadensverursachung zulässt.

B. Beweislastverteilung in Insolvenznähe der GmbH

Hinsichtlich der Erkennbarkeit der Insolvenzreife der Gesellschaft trifft den Geschäftsführer der GmbH unter Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes nach § 43 Abs. 1 GmbHG vollumfänglich die Darlegungs- und Beweislast.¹² So muss der Geschäftsführer gegenüber dem klagenden Insolvenzverwalter darlegen und beweisen, dass im fraglichen Zeitpunkt eine positive Fortführungsprognose und damit keine Überschuldung bestand, und somit der Geschäftsführer den Insolvenzantrag nicht verspätet gestellt hat.¹³ Die Tatsache, dass gerade bei Kleinunternehmen vielfach gar nicht bekannt ist, dass das Vorliegen von Überschuldung zur Insolvenzantragspflicht führt¹⁴, vermag jedoch die Geschäftsführung nicht von der Darlegungs- und Beweislast zu befreien. Die Pflicht zur Prüfung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft beinhaltet auch in rechtlicher Hinsicht die Pflicht zur hinreichenden Informationsbeschaffung. Der Geschäftsführer darf sich also im Haftungsprozess nicht auf fehlende Kenntnis berufen können. Hinsichtlich des Nichtvorliegens der Zahlungsunfähigkeit trifft den Geschäftsführer ebenfalls die Beweislast, wenn er geltend macht, dass eine einmal eingetretene Zahlungseinstellung durch Aufnahme der Zahlungen wieder beseitigt worden ist. Als Beweis kann der Ge-

¹² BGH NJW 1994, 2149, 2150; BGHZ 143, 184, 185; BGHZ 163, 134, 141.

¹³ *Sikora*, ZInsO 2010, 1761, 1774.

¹⁴ *Bitter/Hommerich/Reiß*, ZIP 2012, 1201, 1206.

schäftsführer hierfür eine aufgestellte Liquiditätsbilanz anführen, die für den maßgeblichen Zeitraum eine Liquiditätslücke von weniger als 10% ausgewiesen hat.¹⁵ Im Rahmen des Ersatzanspruchs nach § 64 S. 3 GmbHG trägt grundsätzlich der den Anspruch der Gesellschaft geltend machende Insolvenzverwalter die Darlegungs- und Beweislast in Bezug auf die vorgenommene Zahlung, die Zahlungsunfähigkeit und den erforderlichen Zurechnungszusammenhang. Der Geschäftsführer ist umgekehrt für seine Exkulpation darlegungs- und beweisbelastet.¹⁶ In den meisten Fällen werden sich die Darlegung und der Beweis des erforderlichen Zurechnungszusammenhangs zwischen der vorgenommenen Zahlung und der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit für den Insolvenzverwalter als kaum überwindbare Hürde darstellen, insbesondere wenn es an einer sorgfältigen Finanzplanung und Dokumentation mangelt. Daher ist nach den Grundsätzen der sekundären Behauptungslast dem Geschäftsführer die Darlegung aufzuerlegen, dass die von ihm vorgenommene Zahlung gerade nicht die eingetretene Zahlungsunfähigkeit verursacht hat.¹⁷ Der Geschäftsführer ist schon hinsichtlich der Insolvenzantragspflicht zur sorgfältigen Dokumentation verpflichtet, sodass ihm fehlende Unterlagen nach den Grundsätzen der Beweisvereitelung nach den §§ 427, 441 Abs. 3, 444, 446, 453 Abs. 2, 454 Abs. 1 ZPO und § 242 BGB¹⁸ angelastet werden.¹⁹ In der Konsequenz wird der Grundsatz, dass derjenige die Voraussetzungen der Zahlungseinstellung darlegen und beweisen muss, der sich darauf berufen will, dann zulasten des Geschäftsführers umgekehrt, wenn der Geschäftsführer die ihm obliegende Pflicht zur Führung und Aufbewahrung von Büchern und Belegen nach §§ 238, 257 HGB, § 41 GmbHG verletzt hat, wodurch es dem Gläubiger verwehrt bleibt, nähere Einzelheiten zur Zahlungseinstellung darzulegen.²⁰

¹⁵ BGH ZInsO 2012, 696, 698; *Gehrlein*, ZInsO 2012, 2117, 2123.

¹⁶ *Knof*, DStR 2007, 1580, 1585; *Sandhaus*, in: *Gehrlein/Ekkenga/Simon*, GmbHG, § 64 Rn. 78; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, § 64 Rn. 39; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 90.

¹⁷ *Knof*, DStR 2007, 1580, 1585; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, § 64 Rn. 39; *Poertzgen/Meyer*, ZInsO 2012, 249, 258.

¹⁸ BGH NJW 2007, 3130, 3131; siehe hierzu bereits 2. Teil § 5 B. I. 1. a).

¹⁹ *Knof*, DStR 2007, 1580, 1585; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, § 64 Rn. 39.

²⁰ BGH ZInsO 2012, 648, 649; *Gehrlein*, ZInsO 2012, 2117, 2124.

4. Teil

Schlussbetrachtung

Der Geschäftsführer einer insolvenzbedrohten GmbH bewegt sich im Spannungsfeld zwischen Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht. Die Beachtung verschiedenster Pflichtenprogramme unter Wahrung des Gesellschaftsinteresses stellt insofern für den Geschäftsführer eine große Herausforderung dar. Abschließend soll in einer Schlussbetrachtung eine Würdigung der in dieser Arbeit durchgeführten Untersuchung erfolgen.

§ 11 Fazit

Das vorinsolvenzliche Stadium einer GmbH stellt für den Geschäftsführer aus haftungsrechtlicher Perspektive ein hochkomplexes Spannungsfeld dar. Ein allgemeingültiger Lösungsansatz zur Haftungsproblematik vermag nicht aufgestellt zu werden, vielmehr können nur die jeweiligen Einzelfallumstände darüber entscheiden, ob ein frühzeitiger Insolvenzantrag mehr Nutzen als Schaden mit sich bringt. Insbesondere die Einführung von MoMiG und ESUG hat zu bedeutenden Auswirkungen auf die Tätigkeit des Geschäftsführers geführt.

A. Haftungsverschärfung durch MoMiG und ESUG

Die durch das MoMiG neu eingeführte Vorschrift des § 15a InsO hat die Insolvenzantragspflicht rechtsformübergreifend dem Insolvenzrecht zugeordnet und konkretisiert den Drei-Wochen-Zeitraum als Antragsfrist. Die Anforderungen an die Insolvenzantragstellung sind ferner durch das ESUG verschärft worden.¹ Insbesondere sind die Voraussetzungen für die Stellung eines Eigenantrags durch das ESUG komplizierter gestaltet worden, was dem eigentlich bezweckten Ziel des Gesetzgebers, die Sanierung von Unternehmen zu vereinfachen, zuwiderläuft.

¹ *Marotzke*, DB 2012, 560, 565; *Luttermann/Geißler*, ZInsO 2013, 1381, 1386; *Klöhn*, in: MüKoInsO, § 15a Rn. 133; *Römermann*, NJW 2012, 645, 646; *Stapper/Jacobi*, ZInsO 2012, 628, 629; so im Ergebnis auch *Blöse*, GmbHR 2012, 471, 473, der § 13 InsO als Schutzgesetz einordnet, die Haftungsverschärfung aber auch in der durch § 13 InsO konkretisierten Antragspflicht nach § 15a InsO sieht.

I. Widersprüchliche Konsequenzen des § 15a Abs. 4 InsO

Durch das ESUG sollen die Geschäftsführer zu einer frühzeitigen Antragstellung motiviert werden. Wenn jedoch nach § 15a Abs. 4 InsO auch bereits ein nicht richtig gestellter Insolvenzantrag, dem einige der nach § 13 InsO erforderlichen Angaben fehlen, zur Strafbarkeit führt, wird es letztlich in der Praxis wohl kaum zu einer frühzeitigen Antragstellung kommen. Die antragspflichtigen Geschäftsführer werden im Gegenteil zur Vermeidung ihrer eigenen Strafbarkeit die Antragstellung eher hinauszögern, bis alle relevanten Informationen für die zu machenden Angaben vorliegen. Die durch das ESUG modifizierte Regelung des § 15a Abs. 4 InsO i.V.m. der ebenfalls geänderten Norm des § 13 InsO schafft damit einen in der Praxis nur schwer auflösbaren Widerspruch. Nach § 15a Abs. 4 InsO ist sowohl die nicht rechtzeitige als auch die nicht richtige Antragstellung mit Strafe bedroht. Um den Antrag „richtig“ zu stellen, kann und wird es eher zu einer zeitlichen Verzögerung kommen, wodurch die Antragstellung dann eventuell nicht mehr rechtzeitig erfolgt. In der Konsequenz wird es dann heißen: Entweder der Antrag wird richtig *oder* rechtzeitig gestellt. Ausnahmen hiervon kann es nur dann geben, wenn innerhalb des Unternehmens für eine derart gut organisierte Buchführung gesorgt ist, dass alle relevanten Daten unmittelbar für eine Antragstellung vorgelegt werden können. Gerade in kleinen oder mittelständischen Unternehmen wird dies aber häufig nicht der Fall sein. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass mittelständische und gerade auch kleine Unternehmen einige der nach § 13 Abs. 1 S. 3-7 InsO erforderlichen Angaben nicht unverzüglich werden beibringen können und somit durch ein Beharren auf der „richtigen“ Antragstellung nach § 13 InsO das eigentliche Ziel des ESUG-Gesetzgebers, nämlich der frühzeitigen Sanierung von Unternehmen, gerade konterkariert würde,² erscheint es nur zweckmäßig, von einer Strafbarkeit nach § 15a Abs. 4 InsO abzusehen, sofern die erforderlichen Angaben zeitnah nachgeholt werden.

² *Schmerbach*, in: FK-InsO, § 13 Rn. 44.

II. Handlungsbedarf für den Gesetzgeber

Um der für den Geschäftsführer undankbaren Situation des „wie man es macht, macht man es falsch“ ein Ende zu bereiten, wären seitens des Gesetzgebers Modifikationen wünschenswert. Denkbar wäre, in die Norm des § 15a Abs. 4 InsO einen Zusatz dergestalt aufzunehmen, dass im Fall der rechtzeitigen Antragstellung die noch fehlenden Angaben nach § 13 InsO noch zeitnah bis zur Entscheidung über die Verfahrenseröffnung nachgereicht werden können. Dann würde eine Strafbarkeit wegen unrichtiger Antragstellung jedenfalls dann ausscheiden, wenn die Nachholung der erforderlichen Angaben geschieht. Wenn die Antragstellung durch den Geschäftsführer schon rechtzeitig erfolgt ist, sollte dies honoriert und gerade nicht dadurch wieder revidiert werden, dass dem Geschäftsführer auf der anderen Seite eine Strafbarkeit wegen unrichtiger Antragstellung droht. Dieser Widerspruch aus dem Norminhalt des § 15a Abs. 4 InsO widerspricht somit dem eigentlichen Ziel des ESUG-Gesetzgebers, die Sanierung von Unternehmen zu erleichtern. Der Anreiz für eine frühzeitige Sanierung darf gerade nicht durch die Strafandrohung bei unrichtiger Antragstellung wieder zunichte gemacht werden. Es bleibt daher abzuwarten und zu hoffen, dass eine entsprechende Korrektur des Gesetzes durch die Legislative erfolgen wird, um eine klare Rechtslage und damit Rechtssicherheit zu schaffen.

III. Keine Verpflichtung zur frühzeitigeren Antragstellung durch ESUG

Eine mögliche Kollision zwischen Sanierungspflicht und Insolvenzantragspflicht gerade im Hinblick auf die Rechtzeitigkeit der Antragstellung kann höchstens mittels Inanspruchnahme des Schutzschirmverfahrens überwunden werden. Wenn dieses den Anreiz für eine frühzeitige Sanierung stellt, kann ein „Panikantrag“ vermieden werden. Dies kann jedoch nur dann gelten, wenn das Schutzschirmverfahren nicht missbräuchlich eingesetzt wird. So ist der Bekanntheitsgrad des Schutzschirmverfahrens insbesondere erst durch den Fall „Suhrkamp“ in der Öffentlichkeit gestiegen. Ob jedoch mit Einführung des ESUG eine Verpflichtung des Geschäftsführers zur frühzeitigen Antragstellung begründet worden ist, darf bezweifelt werden. Die Möglichkeit, einen Insol-

venzplan vorzulegen und im Rahmen des Schutzschirmverfahrens in Eigenverwaltung die Sanierung des Unternehmens anzustreben, stellt zwar für die Gesellschaft eine Chance dar, indes kann hieraus keine Pflicht des Geschäftsführers abgeleitet werden, frühzeitig den Insolvenzantrag zu stellen. Ansonsten hätte der Wortlaut des § 18 InsO dahingehend geändert werden müssen, dass der Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit nicht nur ein Wahlrecht für den Geschäftsführer darstellt, sondern unter bestimmten Umständen eine Antragspflicht statuiert. Auch kann aus dem Bestreben, eine Haftung wegen Insolvenzverschleppung zu vermeiden, nicht im Umkehrschluss eine Pflicht zur frühzeitigen und damit vielleicht sogar zu früh vorgenommenen Insolvenzantragstellung begründet werden. Letztlich kann höchstens mittelbar eine gewisse Motivation für den Geschäftsführer zur frühzeitigen Antragstellung dadurch geschaffen werden, dass ihm durch das ESUG neue Sanierungsinstrumente bereit gestellt werden und er deshalb eher geneigt ist, frühzeitig die erforderlichen Sanierungsmaßnahmen einzuleiten und gegebenenfalls den Antrag auf Insolvenzeröffnung auch schon bei nur drohender Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO zu stellen.

IV. „Sanierung kein Makel mehr“? – Ziele des Gesetzgebers

Der Gesetzgeber wollte mit Einführung des ESUG die Sanierung von Unternehmen erleichtern und dadurch einen größeren Erhalt von Arbeitsplätzen ermöglichen.³ Tatsächlich bieten die Möglichkeiten der Eigenverwaltung und des Schutzschirmverfahrens Anreize für eine frühzeitige Insolvenzantragstellung.⁴ Der Wunsch, dass der Sanierung oder der Insolvenz als solcher aus dem Blick des Betrachters kein Makel mehr anhaftet, dürfte bislang indes nur ansatzweise in Erfüllung gegangen sein. Nach wie vor ist der Ruf der Insolvenz für ein Unternehmen mit einem nicht zu unterschätzenden Image-Verlust verbunden. Wenn zudem infolge des Bekanntwerdens der Insolvenz die mit der Gesellschaft in Verbindung stehenden Kreditinstitute ihre Kredite fällig stellen oder

³ Begr. RegE-ESUG, BT-Drs. 17/5712, S. 2.

⁴ Zu den Anreizen für eine frühzeitige Antragstellung siehe 2. Teil § 6 A. II.

bestehende Kreditlinien nicht weiter verlängern⁵ und auch andere Geschäftspartner sich von der Gesellschaft abwenden, kann dies gravierende Auswirkungen auf den Sanierungserfolg haben. Aus dem Grund verspricht eine Sanierung im Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn im Vorfeld mit den Banken und anderen Hauptgläubigern Absprachen getroffen werden können, wonach die Hauptgläubiger auf eine Fälligkeit der Kredite verzichten, um zu verhindern, dass infolge der Antragstellung die Zahlungsunfähigkeit eintritt.⁶

B. Haftungsverringerung aufgrund fehlender Beweisbarkeit des Schadens?

Grundsätzlich stellt die Beweisbarkeit eines Schadens das Kernelement der prozessualen Anspruchsdurchsetzung dar. Daher erscheint überlegenswert, ob der Geschäftsführer in einem gegen ihn geführten Haftungsprozess dann Chancen auf ein nur geringes Haftungsrisiko hat, wenn sich ein bei der Gesellschaft oder bei den Gesellschaftern eingetretener Schaden nicht oder nur schwer beweisen lässt. Hier sind jedoch die Grundsätze der Beweislastverteilung in Insolvenznähe der GmbH zu beachten. So ist gerade im Hinblick auf den Eintritt der Insolvenzreife eine Haftungsverringerung kaum denkbar, da der Geschäftsführer gemäß der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes nach § 43 Abs. 1 GmbHG vollumfänglich die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Erkennbarkeit der Insolvenzreife der Gesellschaft trägt.⁷ Auch muss der Geschäftsführer gegenüber dem klagenden Insolvenzverwalter darlegen und beweisen, dass er den Insolvenzantrag rechtzeitig gestellt hat, da zum entscheidenden Zeitpunkt eine positive Fortführungsprognose und damit keine Überschuldung gegeben war.⁸ Ferner ist der Geschäftsführer im Hinblick auf das Nichtvorliegen der Zahlungsunfähigkeit beweisbelastet, wenn er sich darauf beruft, dass eine einmal eingetretene Zahlungseinstellung durch Aufnahme der

⁵ RegE-ESUG, BT-Drs. 17/5712, S. 40; *Schröder*, in: *HambKommInsO*, § 18 Rn. 3; *Saenger/al-Wraikat*, NZG 2013, 1201, 1202.

⁶ RegE-ESUG, BT-Drs. 17/5712, S. 40; siehe auch 2. Teil § 6 B. IV.

⁷ BGH NJW 1994, 2149, 2150; BGHZ 143, 184, 185; BGHZ 163, 134, 141.

⁸ *Sikora*, ZInsO 2010, 1761, 1774; siehe hierzu 3. Teil § 10 B.

Zahlungen wieder beseitigt worden ist. Dieser Beweis kann mittels einer aufgestellten Liquiditätsbilanz erbracht werden, die für den maßgeblichen Zeitraum eine Liquiditätslücke von weniger als 10% auswies.⁹ Bzgl. einer Haftung nach § 64 S. 3 GmbHG trägt zwar grundsätzlich der klagende Insolvenzverwalter die Darlegungs- und Beweislast in Bezug auf die vorgenommene Zahlung, die Zahlungsunfähigkeit und den erforderlichen Zurechnungszusammenhang, jedoch muss der Geschäftsführer den Beweis für seine Exkulpation erbringen.¹⁰ Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Geschäftsführer aufgrund der Beweisschwierigkeiten für den Insolvenzverwalter nach den Grundsätzen der sekundären Behauptungslast zu beweisen hat, dass die von ihm vorgenommene Zahlung gerade nicht die eingetretene Zahlungsunfähigkeit verursacht hat,¹¹ ist eine fehlende Beweisbarkeit gerade nicht gegeben. Gleiches gilt für fehlende Unterlagen zum Nachweis der Voraussetzungen der Zahlungseinstellung. Nach den Grundsätzen der Beweisvereitelung gem. §§ 427, 441 Abs. 3, 444, 446, 453 Abs. 2, 454 Abs. 1 ZPO und § 242 BGB¹² erfolgt dann eine Beweislastumkehr zulasten des Geschäftsführers, wenn er seine Pflicht zur Führung und Aufbewahrung von Büchern und Belegen nach §§ 238, 257 HGB, § 41 GmbHG verletzt hat, wodurch es dem Gläubiger verwehrt bleibt, nähere Einzelheiten zur Zahlungseinstellung darzulegen.¹³ Hieran zeigt sich deutlich, dass die für verschiedene Situationen eingreifende Beweislastumkehr zulasten des Geschäftsführers die Chance einer Haftungsverringerung in weite Ferne rücken lässt. Auch wenn ein durch verfrühte Insolvenzantragstellung verursachter Schaden mittels des Anscheinsbeweises nur schwer nachzuweisen ist, sollte der Geschäftsführer sich nicht in der Erwartung pflichtwidrig verhalten, dass seine Pflichtverletzung aller Wahrscheinlichkeit nach nicht beweisbar ist und eine

⁹ BGH ZInsO 2012, 696, 698; *Gehrlein*, ZInsO 2012, 2117, 2123; siehe hierzu 3. Teil § 10 B.

¹⁰ *Knof*, DStR 2007, 1580, 1585; *Sandhaus*, in: *Gehrlein/Ekkenga/Simon*, GmbHG, § 64 Rn. 78; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, § 64 Rn. 39; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 90; siehe hierzu 3. Teil § 10 B.

¹¹ *Knof*, DStR 2007, 1580, 1585; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, § 64 Rn. 39; *Poertzen/Meyer*, ZInsO 2012, 249, 258.

¹² BGH NJW 2007, 3130, 3131; siehe hierzu bereits 2. Teil § 5 B. I. 1. a).

¹³ BGH ZInsO 2012, 648, 649; *Gehrlein*, ZInsO 2012, 2117, 2124.

Haftung folglich kaum in Betracht käme. Letztlich bestehen erhebliche Anforderungen an die Beweisführung des Geschäftsführers: Je größer die Liquiditätslücke ist, umso höher sind die Anforderungen an die Beweisführung.¹⁴

¹⁴ Pape, WM 2008, 1949, 1954.

§ 12 Ergebnisse

Die aus der Arbeit gewonnenen Erkenntnisse werden abschließend in einer thesenartigen Übersicht zusammengestellt. Auch werden konkrete Handlungsempfehlungen unterbreitet.

A. Zusammenfassung in Thesen

Die wesentlichen Kernthesen der Untersuchung werden nachfolgend – zugeordnet zu den großen Teilen bzw. Abschnitten der Arbeit – zusammenfassend dargestellt.

I. Insolvenz einer GmbH und Rechtsstellung des Geschäftsführers

- 1) Die GmbH ist gem. § 11 Abs. 1 InsO i.V.m. § 13 GmbHG insolvenzfähig und kann daher auch Insolvenzschuldnerin sein. Begriffsnotwendigerweise muss zur Feststellung der Insolvenz zeitlich vorgelagert eine Abgrenzung zur Krise vorgenommen werden, die der Insolvenz vorausgeht.
- 2) Der Geschäftsführer hat die Geschäftsführungsbefugnis ebenso inne wie die Vertretungsmacht nach § 35 GmbHG.¹ Dementsprechend obliegt ihm die Pflicht zur rechtzeitigen Insolvenzantragstellung nach § 15a Abs. 1 S. 1 InsO.
- 3) In Bezug auf seine Tätigkeit ist zu berücksichtigen, dass der Geschäftsführer gem. § 37 Abs. 1 GmbHG von der Gesellschafterversammlung weisungsabhängig ist. Da die Gesellschafter über die Grundsätze der Unternehmenspolitik entscheiden, ist der Geschäftsführer in verschiedenen Entscheidungssituationen an eine entsprechend erteilte Weisung gebunden. Die Weisungsabhängigkeit gilt jedoch nicht im Rahmen der unentziehbaren Kompetenzen des Geschäftsführers, zu denen u.a. die Pflicht zur Insolvenzantragstellung nach § 15a InsO sowie die Pflicht zur Einberufung der Gesellschafterversammlung nach § 49 Abs. 3 GmbHG gehören. Auch darf der Geschäftsführer keine rechtswidrigen Weisungen befolgen.²

¹ Oben, 1. Teil § 3 B. IV. (S. 30 ff.).

² Zur Weisungsabhängigkeit oben, 1. Teil § 3 C. (S. 33 ff.).

- 4) Neben der Weisungsabhängigkeit ist die Geschäftsführertätigkeit durch die Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft und gegenüber den Gesellschaftern gekennzeichnet. Hieraus resultiert u.a. nicht nur das Verbot, Geschäftschancen der Gesellschaft für sich auszunutzen, sondern auch die Pflicht, ungewöhnliche Geschäfte der Gesellschafterversammlung zur Entscheidung vorzulegen. Diese Vorlagepflicht ist eine Ausprägung der Weisungsgebundenheit nach § 37 Abs. 1 GmbHG und kann weiter reichen als ein Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte.³
- 5) Durch Einführung des MoMiG und des ESUG sind die Anforderungen an die Geschäftsführertätigkeit verschärft worden. Als wesentliche Neuerungen sind die Einführung der rechtsformübergreifenden Insolvenzantragspflicht in § 15a InsO, die Einführung der Vorschusspflicht nach § 26 Abs. 4 InsO sowie die Einführung der Insolvenzverursachungshaftung nach § 64 S. 3 GmbHG zu nennen.

II. Gesellschaftsrechtliche Pflichten im vorinsolvenzlichen Stadium der GmbH

- 6) Der Geschäftsführer muss sein Verhalten am Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG ausrichten. Danach ist er zu gesetzeskonformem Verhalten verpflichtet, sodass es auch keine nützlichen Pflichtverletzungen geben kann, durch die der Gesellschaft ein Vorteil zugutekommt. Die Grundsätze des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) entfalten keine rechtsverbindliche Wirkung und können daher nur als Orientierungshilfe dienen. Dem Geschäftsführer steht jedoch ein unternehmerischer Ermessensspielraum zu, wonach er nicht pflichtwidrig handelt, wenn er im Rahmen einer unternehmerischen Entscheidung aufgrund angemessener Information vernünftigerweise davon ausgehen durfte, dem Gesellschaftswohl entsprechend zu handeln.⁴

³ Zur Treuepflicht oben, 1. Teil § 3 D. (S. 42 ff.).

⁴ Ausführlich zu den einzelnen Voraussetzungen des unternehmerischen Ermessensspielraums oben, 2. Teil § 4 A. IV. 2. (S. 66 ff.).

- 7) Eine der wesentlichen Pflichten des Geschäftsführers im Vorfeld der Insolvenz der Gesellschaft ist die Pflicht zur Einberufung der Gesellschafterversammlung nach § 49 Abs. 3 GmbHG, wenn die Hälfte des Stammkapitals verloren ist. Diese Einberufung gilt als gesellschaftsinterne Vorstufe zur Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO, weshalb die Verlustanzeige auch als „Krisenwarnsignal“⁵ bezeichnet wird. Dafür spricht auch die Tatsache, dass der Geschäftsführer sich bei Verletzung der Verlustanzeigespflicht gem. § 84 GmbHG strafbar macht. Vom Schutzzweck des § 49 Abs. 3 GmbHG umfasst sind die GmbH, ihre Gesellschafter und die Gesellschaftsgläubiger. Letztlich sollen die Gesellschafter die Möglichkeit erhalten, im Fall des hälftigen Verlusts des Stammkapitals erforderliche Ausgleichsmaßnahmen zu ergreifen.⁶
- 8) Im Fokus des vorinsolvenzlichen Pflichtenkanons steht des Weiteren die Pflicht des Geschäftsführers zur ordnungsgemäßen Buchführung gem. § 41 GmbHG. Diese dient neben dem Gläubigerschutz auch der Beweissicherung und Selbstinformation des Geschäftsführers,⁷ da es dem Geschäftsführer mithilfe einer ordnungsgemäßen Buchführung ermöglicht wird, sich ein Bild von der finanziellen Lage der Gesellschaft zu machen. Ein Kernelement ordnungsgemäßer Buchführung ist im Hinblick auf eine drohende Insolvenz insbesondere die Aufbewahrung der Buchführungsunterlagen nach § 257 HGB, da der BGH das Fehlen der Unterlagen nach den Grundsätzen der Beweisvereitelung als Zahlungseinstellung wertet, welche die Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO indiziert.⁸

⁵ Michalski/Römermann, GmbHG, § 49 Rn. 8; Diekmann/Marsch-Barner, in: Münchener Hdb GesR III, § 45 Rn. 44; Liebscher, in: MüKoGmbHG, § 49 Rn. 55; Scholz/Seibt, GmbHG, § 49 Rn. 23.

⁶ Siehe zu möglichen Maßnahmen zum Verlustausgleich oben, 2. Teil § 4 B. I. 2. (S. 81 ff.).

⁷ Graf, in: MüKoBilanzR, HGB, § 238 Rn. 2.

⁸ Zur ordnungsgemäßen Buchführungspflicht oben, 2. Teil § 4 B. II. (S. 87 ff.).

III. Sanierungspflicht

- 9) Die Sanierungspflicht entsteht mit dem Erkennen der finanziellen Krise der Gesellschaft. Der Geschäftsführer ist grundsätzlich verpflichtet, sich fortlaufend über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft zu informieren,⁹ wozu die gesellschaftsinterne Implementierung von betriebswirtschaftlichen Frühwarnsystemen und einer genauen Organisation des gesellschaftsinternen Informationsflusses nicht nur sinnvoll, sondern beinahe unerlässlich erscheint.
- 10) Falls der Geschäftsführer selbst nicht in der Lage ist, die Insolvenzreife der Gesellschaft hinreichend zu prüfen, ist er verpflichtet, fachkundigen Rat einzuholen.¹⁰ Die Stellung des Insolvenzantrags ist nicht vom unternehmerischen Ermessensspielraum erfasst, da die Antragspflicht nach § 15a Abs. 1 S. 1 InsO keine unternehmerische Entscheidung darstellt, sondern im öffentlichen Interesse besteht. Die Sanierungspflicht hingegen besteht im Innenverhältnis gegenüber der GmbH.¹¹ Auch besteht keine unklare Rechtslage im Hinblick auf den Insolvenzantrag. Bei der Prüfung der Insolvenzreife und möglichen Sanierungsmaßnahmen liegt keine unklare Rechtslage, sondern vielmehr eine unklare Tatsachenlage vor, sodass der Geschäftsführer zur Entwicklung und Umsetzung eines schlüssigen Sanierungskonzepts die notwendigen Erkenntnisse aus der Bilanzanalyse gewinnen muss.
- 11) Dem Geschäftsführer einer insolvenzbedrohten GmbH steht hinsichtlich der Wahl einzelner Sanierungsmaßnahmen ein unternehmerischer Ermessensspielraum zu, der durch den IDW S 6 eine nähere Konkretisierung erfahren kann. Auch wenn der IDW S 6 keine rechtsverbindliche Norm darstellt, so sind seine Inhalte doch bei der Prüfung von Sanierungsmöglichkeiten und der Erstellung eines schlüssigen Sanierungsplans durch den Geschäftsführer zu berücksichtigen, soweit die Zeit und die Kosten der Erstellung eines IDW S 6-Gutachtens noch im

⁹ BGH NJW-RR 1995, 669; NZG 2012, 940, 941.

¹⁰ BGHZ 126, 181, 199; BGH NZI 2007, 477, 478; BGH NZI 2012, 567, 568.

¹¹ *Wellensiek/Schluck-Amend*, in: Römermann, MAH-GmbH-Recht, § 23 Rn. 25; siehe hierzu oben, 2. Teil § 5 A. II. (S. 126 ff.).

Verhältnis zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen. Bzgl. verschiedener Arten von Sanierungsmaßnahmen ist zu unterscheiden zwischen Sofortmaßnahmen sowie mittel- und langfristigen Maßnahmen.¹²

IV. Insolvenzantragspflicht

- 12) Die Insolvenzantragspflicht des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO entsteht nur bei Vorliegen eines der Insolvenzeröffnungsgründe Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 InsO oder Überschuldung gem. § 19 InsO. Schwierigkeiten bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit bietet die durch den BGH geforderte 90% -Schwelle, wonach Zahlungsunfähigkeit in Abgrenzung zur Zahlungsstockung gegeben ist, wenn eine Liquiditätslücke von 10% oder mehr vorliegt, die sich nicht innerhalb eines Zeitraums von drei Wochen wieder beseitigen lässt.¹³ Für die Prüfung der Zahlungsunfähigkeit ist die Aufstellung einer Liquiditätsbilanz erforderlich, die auch die Passiva II berücksichtigt.¹⁴
- 13) Der Überschuldungsbegriff des § 19 InsO unterlag in den letzten Jahren vielen Veränderungen. Nach der nunmehr wieder geltenden Fassung des modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriffs liegt Überschuldung vor, wenn sowohl das exekutorische Element der rechnerischen Überschuldung als auch das prognostische Element der negativen Fortführungsprognose vorliegen. Eine rechnerische Überschuldung ist dann gegeben, wenn das zu Liquidationswerten bewertete Schuldnervermögen die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt.¹⁵ Da die Norm des § 19 Abs. 2 InsO keine Reihenfolge der zweistufigen Prüfung festgelegt hat, wird in aller Regel zuerst die Fortführungsprognose durchgeführt werden. Kommt diese zu einem negativen Ergebnis, müssen in der Überschuldungsbilanz Liquidationswerte angesetzt werden. Im Gegensatz zur han-

¹² Siehe hierzu oben, 2. Teil § 5 A. II. 3. c) (S. 165 ff.).

¹³ BGH NJW 2005, 3062, 3065; siehe hierzu oben, 2. Teil § 5 B. I. 2. a) bb) (S. 179 ff.).

¹⁴ Siehe zur Liquiditätsbilanz oben, 2. Teil § 5 B. I. 2. c) (S. 184 ff.).

¹⁵ Zur rechnerischen Überschuldung oben, 2. Teil § 5 B. II. 3. a) aa) (1) (S. 198).

delsrechtlichen Fortführungsprognose erfordert die insolvenzrechtliche Fortführungsprognose für ihre positive Bescheinigung eine überwiegende Wahrscheinlichkeit von mehr als 50%. Der Streitfrage, ob im Rahmen der Fortführungsprognose neben der Zahlungsfähigkeitsprognose auch eine Ertragsfähigkeitsprognose erforderlich ist¹⁶, lässt sich dergestalt begegnen, dass die Zahlungsfähigkeitsprognose den Kernpunkt der Fortführungsprognose darstellt und dass ein striktes Erfordernis auch einer Ertragsfähigkeitsprognose für manche noch lebensfähige Unternehmen eine nur schwer überwindbare Hürde darstellen würde. Für das angestrebte Ziel des Gläubigerschutzes ist die Finanzierungsquelle von nachgeordnetem Interesse. Letztlich berührt eine Cash-Flow-Analyse sowohl die Finanz- als auch die Ertragsebene, sodass im Ergebnis beide Komponenten bei der Beurteilung der Fortführungsprognose Berücksichtigung finden.

- 14) Die Pflicht zur rechtzeitigen Insolvenzantragstellung nach § 15a Abs. 1 S. 1 InsO stellt für den Geschäftsführer aus dem Grund eine große Herausforderung dar, als der Zeitpunkt der Rechtzeitigkeit nur schwer zu bestimmen ist und die Rechtzeitigkeit nach § 15a Abs. 4 InsO auch strafrechtlich relevant ist. Nach überwiegender Auffassung ist die Drei-Wochen-Frist des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO eine Höchstfrist, die nur dann vom Geschäftsführer voll ausgeschöpft werden darf, wenn die von ihm eingeleiteten Sanierungsmaßnahmen den Erfolg versprechen, die eingetretene Insolvenzreife innerhalb der drei Wochen nachhaltig zu beseitigen. Andernfalls muss der Antrag unverzüglich gestellt werden, ein Hinauszögern der Antragstellung bis zum Ablauf der drei Wochen ist nicht zulässig.¹⁷ Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt des objektiven Eintritts eines der Eröffnungsgründe und damit auch mit der Erkennbarkeit für den Geschäftsführer. Eintritt und Erkennbarkeit treffen in der Praxis in aller Regel zeitlich zusammen, da von dem gem. § 43 Abs. 1 GmbHG sorgfältig agierenden Geschäftsführer erwartet wird, dass er sich fortlaufend über die finanzielle Lage der Gesellschaft informiert.¹⁸ Für eine hinreichende In-

¹⁶ Hierzu oben, 2. Teil § 5 B. II. 3. a) cc) (2) (S. 204 ff.).

¹⁷ Siehe zur Höchstfrist oben, 2. Teil § 5 C. II. 3. a) aa) (S. 216).

¹⁸ Zum Fristbeginn oben, 2. Teil § 5 C. II. 3. a) bb) (S. 217 ff.).

formation sollten im Unternehmen entsprechende Krisenfrüherkennungssysteme eingerichtet werden. Auf eine positive subjektive Kenntnis des Geschäftsführers kommt es hingegen nicht an. Auch kommt weder eine Unterbrechung bzw. Hemmung des Fristablaufs durch Sanierungsbemühungen noch eine Verlängerung der Frist im Einzelfall in Betracht.¹⁹

- 15) Neben die Problematik der Rechtzeitigkeit tritt die Problematik der nach § 15a Abs. 4 i.V.m. § 13 InsO erforderlichen formal „richtigen“ Antragstellung, die auch von strafrechtlicher Bedeutung ist. Der Antrag muss schriftlich und vollständig gestellt werden. Die Vollständigkeit wirft in der Praxis Probleme auf, weil es in vielen Fällen aufgrund unzureichender Buchführung kaum möglich ist, innerhalb der Drei-Wochen-Frist die erforderlichen Angaben zur Bilanzsumme beizubringen. Um eine rechtzeitig erfolgte Antragstellung zu honorieren, sollte die strafrechtliche Norm des § 15a Abs. 4 InsO restriktiv ausgelegt und dem Geschäftsführer die Chance gegeben werden, die erforderlichen Angaben zeitnah nachzuholen.²⁰ Ähnlich ist die rechtzeitige, aber bei einem unzuständigen Gericht erfolgte Antragstellung zu beurteilen. Gem. § 4 InsO gelten die Vorschriften der ZPO entsprechend, sodass infolge der Verweisung trotz eigentlich verspäteten Zugangs beim zuständigen Gericht eine Fristwahrung dadurch erreicht wird, dass der erste fristgerechte Zugang beim unzuständigen Gericht als relevanter Zeitpunkt der Antragstellung eingeordnet wird. Andernfalls würde der durch das ESUG verfolgte Zweck der Erleichterung der Sanierung von Unternehmen konterkariert.
- 16) Sanierung und Insolvenzantragstellung schließen sich nicht strikt gegenseitig aus, sondern verlaufen in weiten Teilen parallel, da die eingeleiteten Sanierungsmaßnahmen auch über den Zeitpunkt der Antragstellung hinweg fort dauern. Eine Kollision zwischen Sanierungspflicht und Insolvenzantragspflicht kann jedoch dann entstehen, wenn der Geschäftsführer ohne zustimmenden Beschluss der Gesellschafterversammlung bei drohender Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft gem. § 18 InsO den Insolvenzantrag stellt und dadurch objektiv vorliegende Erfolgsaussichten einer begonnenen Sa-

¹⁹ Hierzu oben, 2. Teil § 5 C. II. 3. a) cc) (S. 221 ff.).

²⁰ Zu dieser restriktiven Auslegung oben, 2. Teil § 5 D. II. 2. b) bb) (2) (S. 232 f.).

nierung vereitelt oder sich aufgrund der Stellung des Insolvenzantrags dazu entscheidet, bestimmte Sanierungsmaßnahmen gar nicht erst zu ergreifen. Auch kollidieren beide Pflichten, wenn das Bekanntwerden der Insolvenz für die Gesellschaft einen hohen Reputationsverlust bedeuten würde und eine Antragstellung daher tunlichst vermieden werden soll.²¹

V. Antragstellung nach § 18 InsO

- 17) Der Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO begründet für den Geschäftsführer nur ein Antragsrecht, aber keine Antragspflicht. Im Gegensatz zur Zahlungsunfähigkeit ist bei drohender Zahlungsunfähigkeit nicht die gegenwärtige Liquiditätssituation, sondern die künftige Liquiditätsentwicklung entscheidend. Die mehr als 50%-ige Wahrscheinlichkeit, dass die Gesellschaft ihre Verbindlichkeiten zukünftig nicht mehr wird erfüllen können, muss mittels einer Prognose anhand eines Finanz- und Liquiditätsplans ermittelt werden, der die vorhandene Liquidität und die zu erwartenden Einnahmen den voraussichtlich fällig werdenden Verbindlichkeiten gegenüberstellt.²²
- 18) Für die frühzeitige Stellung eines Insolvenzantrags wegen nur drohender Zahlungsunfähigkeit gem. § 18 InsO bedarf der Geschäftsführer eines zustimmenden Gesellschafterbeschlusses. Dies folgt insbesondere aus systematischer Betrachtung und dem Argument des „Erst-Recht-Schlusses“ aus der Einberufungspflicht aus § 49 Abs. 3 GmbHG in der Gesamtschau mit § 49 Abs. 2 GmbHG.²³ Das Haftungsprivileg des unternehmerischen Ermessensspielraums greift bei der Stellung eines Insolvenzantrags nicht ein, da hier schon gar keine unternehmerische Entscheidung vorliegt, sondern der Geschäftsführer entweder seine gesetzliche Antragspflicht gem. § 15a Abs. 1 S. 1 InsO erfüllt oder im Fall der Antragstellung gem. § 18 InsO wegen drohender Zahlungsunfähigkeit ein Grundlagengeschäft vornimmt, das in den Kompetenzbereich der Gesellschafterversammlung

²¹ Zur Frage der Kollision oben, 2. Teil § 5 E. (S. 236 f.).

²² Zur Prognoseentscheidung oben, 2. Teil § 6 A. I. 1. d) aa) (S. 242 ff.).

²³ Zum Erfordernis eines Gesellschafterbeschlusses oben, 2. Teil § 6 A. I. 2. b) aa) (S. 249 ff.).

fällt. Jedoch steht dem Geschäftsführer ein Entscheidungsspielraum bei der Erstellung der Zahlungsfähigkeitsprognose i.S.d. § 18 Abs. 2 InsO zu, weil er die Wahrscheinlichkeit der Zahlungsunfähigkeit von mehr oder weniger 50% individuell beurteilen muss. Hinsichtlich der Prüfung, ob drohende Zahlungsunfähigkeit vorliegt, hat der Geschäftsführer somit einen Ermessensspielraum.²⁴

- 19) Als Anreize für eine frühzeitige Antragstellung sind die Eigenverwaltung nach §§ 270 ff. InsO und das Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO hervorzuheben. Hierbei kann der Schuldner innerhalb von drei Monaten einen Insolvenzplan zur Vorbereitung einer Sanierung vorlegen, wenn die Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist. Dies hat den Vorteil, dass der Schuldner die Verfügungsgewalt behält, die Kenntnisse und Erfahrungen der „alten“ Geschäftsführung für den Sanierungsprozess genutzt werden können, geringere Kosten anfallen und im Vorhinein mit den Gläubigern Vereinbarungen getroffen werden können, die dann in einem *pre-packaged-plan* dem Gericht bei der Antragstellung vorgelegt werden.²⁵
- 20) Den Chancen einer frühzeitigen Antragstellung stehen auf der anderen Seite indes auch bedeutende Risiken gegenüber. So kann eine tatsächlich bestehende Insolvenzreife durch eine frühzeitige Antragstellung erst aufgedeckt werden. Die Ablehnung der Eigenverwaltung durch das Insolvenzgericht oder der Beschluss der Gläubigerversammlung, nicht den vorgelegten Insolvenzplan, sondern einen neu erstellten Plan umzusetzen, sind zwar bei frühzeitiger Antragstellung denkbar, stellen die Schuldner-GmbH letztlich aber nicht schlechter als sie im Regelverfahren stehen würde. Gravierender ist das Risiko für den Geschäftsführer, im Fall eines ohne die Zustimmung der Gesellschafterversammlung eigenmächtig gestellten Antrags persönlich in Anspruch genommen zu werden. Letztlich ist die größte Gefahr jedoch darin zu sehen, dass womöglich infolge der Antragstellung die Insolvenz tatsächlich erst eintritt, weil die beteiligten Banken nach Bekanntwerden der Insolvenzantragstellung in aller Regel ihre Kreditlinie kündigen und ihre Kredite fällig

²⁴ Hierzu oben, 2. Teil § 6 A. I. 2. c) (S. 256 f.).

²⁵ Zu den Anreizen für eine frühzeitige Antragstellung oben, 2. Teil § 6 A. II. (S. 259 ff.).

stellen werden. Daher muss auch eine frühzeitige Antragstellung wohl überdacht und vorbereitet sein.²⁶

VI. Haftungsrisiken für den Geschäftsführer

- 21) Für den Geschäftsführer droht eine Haftung im Innenverhältnis gegenüber der GmbH aus der zentralen gesellschaftsrechtlichen Anspruchsgrundlage des § 43 Abs. 2 GmbHG. Die Haftung wird ausgelöst durch Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit Risikofrüherkennung und Sanierung, durch eine eigenmächtige Antragstellung seitens des Geschäftsführers oder auch durch einen „zu früh“ gestellten Eröffnungsantrag. Der Antrag ist dann „zu früh“ gestellt, wenn bislang weder Zahlungsunfähigkeit noch Überschuldung bei der GmbH vorliegen und daher ein sog. „Panikantrag“ gestellt wurde.²⁷ Auch liegt ein zu früh gestellter Antrag dann vor, wenn der Geschäftsführer nicht ausreichend geprüft hat, ob außergerichtliche Sanierungsmöglichkeiten bestehen.²⁸ Zur Feststellung einer verfrühten Antragstellung ist ein Liquiditätsplan aufzustellen, aus dem sich ergibt, ob überhaupt schon drohende Zahlungsunfähigkeit vorliegt.²⁹
- 22) Die negativen Konsequenzen einer verfrühten Antragstellung sind insbesondere in liquiditätsschädigenden Folgemaßnahmen, einer Abkehr der wesentlichen Geschäftspartner und Kunden und einem Wechsel der Bilanzierung der Vermögensgegenstände von going-concern-Werten zu Liquidationswerten zu sehen. Daher ist zu bedenken, dass das Bekanntwerden der Antragstellung zu einer Kündigung der Kreditlinie durch die Hausbank gem. § 490 Abs. 1 BGB wegen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse führen kann und hierdurch die Zahlungsunfähigkeit tatsächlich erst herbeigeführt wird. In letzter Konsequenz führt der Insolvenzantrag zu einem drastischen Absinken des Unternehmenswertes.

²⁶ Zu den Risiken einer frühzeitigen Antragstellung oben, 2. Teil § 6 B. (S. 275 ff.).

²⁷ Zum „Panikantrag“ oben, 3. Teil § 7 A. I. 1. c) aa) (S. 286).

²⁸ Hierzu oben, 3. Teil § 7 A. I. 1. c) bb) (S. 287 f.).

²⁹ Siehe hierzu oben, 3. Teil § 7 A. I. 1. c) cc) (S. 288 ff.).

- 23) Neben einer Inanspruchnahme aus § 43 Abs. 2 GmbHG drohen dem Geschäftsführer des Weiteren die Haftungsrisiken aus § 64 S. 1 GmbHG wegen Insolvenzvertiefung und aus § 64 S. 3 GmbHG wegen Insolvenzverursachung. Eine mögliche Kollision zwischen § 64 S. 3 GmbHG und § 15a InsO kann dadurch vermieden werden, dass eine Haftung nach § 64 S. 3 GmbHG dann nicht in Betracht kommt, wenn die vom Geschäftsführer vorgenommenen Zahlungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes erfolgt und im Hinblick auf das Ziel einer Sanierung als erforderlich einzuordnen gewesen sind.³⁰
- 24) Als Folge begangener Pflichtverstöße durch den Geschäftsführer kann eine Abberufung durch die Gesellschafterversammlung nach § 46 Nr. 5 GmbHG vorgenommen werden, die im Wege einer Annexkompetenz auch zur Beendigung des Anstellungsvertrags führen kann. Eine Amtsniederlegung des Geschäftsführers ist grundsätzlich jederzeit möglich. Jedoch gilt zu beachten, dass eine sofortige Amtsniederlegung zur Unzeit ohne wichtigen Grund zu einer Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers wegen Verletzung des schuldrechtlichen Anstellungsvertrags führt. Dies erlangt insbesondere dann Bedeutung, wenn der Geschäftsführer sein Amt während einer wirtschaftlichen Krise niederlegt, um sich seinen Krisenpflichten und insbesondere der Insolvenzantragspflicht zu entziehen.³¹
- 25) Die durch das ESUG neu eingeführte Vorschrift des § 26 Abs. 4 S. 1 InsO verpflichtet den Geschäftsführer, der den Insolvenzeröffnungsantrag pflichtwidrig und schuldhaft nicht gestellt hat, einen Vorschuss nach § 26 Abs. 1 S. 1 InsO zu leisten. Es steht jedoch nicht zu erwarten, dass ein Geschäftsführer in der Praxis die Verkennung der Insolvenzreife zügig zugeben und diesen Vorschuss leisten wird, sodass eine Geltendmachung im Zweifel durch den vorläufigen Insolvenzverwalter im Prozessweg erfolgen muss, was nicht zu einer schnellen Eröffnung des Insolvenzverfahrens führen wird. Aus der neu eingefügten Norm kann mithin keine Motivation

³⁰ Siehe zur möglichen Kollision von § 64 S. 3 GmbHG und § 15a InsO oben, 3. Teil § 7 A. I. 3. d) (S. 308).

³¹ Zur Abberufung und Amtsniederlegung oben, 3. Teil § 7 A. I. 3. e) (S. 308 ff.).

für den Geschäftsführer abgeleitet werden, den Insolvenzantrag früh- bzw. rechtzeitig zu stellen.³²

- 26) Eine Haftungsprivilegierung für den Geschäftsführer kann auf verschiedenen Wegen erreicht werden. Der Geschäftsführer ist zunächst von einer Haftung freigestellt, wenn er aufgrund rechtmäßiger Weisung oder mit Einverständnis der Gesellschafter agiert hat. Neben einem Anspruchsverzicht der Gesellschaft kann auch eine summenmäßige Beschränkung der Haftung oder eine Kürzung der Verjährungsfrist vereinbart werden. Bewegt sich das Handeln des Geschäftsführers im unternehmerischen Ermessensspielraum, scheidet eine Haftung ebenfalls aus. Schließlich kann und sollte zur Haftungsvermeidung eine D&O-Versicherung zugunsten des Geschäftsführers abgeschlossen werden.³³
- 27) Neben dem Haftungsrisiko im Innenverhältnis zur GmbH selbst kann auch eine Inanspruchnahme des Geschäftsführers im Außenverhältnis erfolgen. Im Fall eines verfrüht gestellten Insolvenzantrags droht eine Haftung gegenüber den Gesellschaftern aus § 823 Abs. 1 BGB, da zwar die bloße Minderung des Anteilswerts noch nicht zur Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs berechtigt, jedoch der mit dem Insolvenzverfahren nach § 80 InsO einhergehende Steuerungsverlust der Gesellschafter einen relevanten Eingriff in ihr Mitgliedschaftsrecht darstellt.³⁴
- 28) In der Praxis von großer Bedeutung ist die Haftung des Geschäftsführers wegen Insolvenzverschleppung aufgrund verspätet gestellten Insolvenzantrags nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a Abs. 1 S. 1 InsO. Bzgl. der geschädigten Gläubiger ist zwischen Alt- und Neugläubigern zu differenzieren. Altgläubiger können nur ihren „Quotenschaden“ ersetzt verlangen, Neugläubiger hingegen ihr negatives Interesse.³⁵ Eine Haftung des Geschäftsführers aus c.i.c kommt nur bei einer besonderen Aufklärungspflicht über die finanzielle Lage der Gesellschaft in Betracht. Die Aufklä-

³² Zur Motivationsproblematik des § 26 Abs. 4 InsO siehe oben, 3. Teil § 7 B. II. (S. 316 f.).

³³ Zur Haftungsprivilegierung oben, 3. Teil § 7 C. (S. 317 ff.).

³⁴ Zur Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB oben, 3. Teil § 8 A. I. (S. 327 f.).

³⁵ Zur Insolvenzverschleppungshaftung oben, 3. Teil § 8 B. I. (S. 333 ff.).

rungspflicht ist noch nicht im Fall der wirtschaftlichen Krise zu bejahen, sondern erst dann, wenn die Insolvenzreife bereits eingetreten ist und der Geschäftsführer hiervon Kenntnis hat.³⁶ Für die Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen haftet der Geschäftsführer nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a Abs. 1 StGB. Eine Kollision dieser Haftung mit der Haftung aus § 64 S. 1 GmbHG ist durch die Rechtsprechung nunmehr dergestalt beseitigt worden, dass die Begleichung der Sozialversicherungsbeiträge im Sinne der Einheit der Rechtsordnung als mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes nach § 64 S. 1 GmbHG vereinbar angesehen wird.³⁷ Die Verletzung der Buchführungspflicht aus § 41 GmbHG führt nur im Fall der Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens gem. § 311 Abs. 3 BGB zu einer Außenhaftung.³⁸

- 29) Durch einen verfrüht gestellten Insolvenzantrag können verschiedene Schadensposten entstehen. Ersatzfähig sind eindeutig bezifferbare Schadenspositionen, wie die Kosten des Eröffnungsverfahrens im Fall der Abweisung mangels Masse, Verfahrenskosten und Rechtsanwaltskosten sowie eine von der Gesellschaft zu leistende Vorfälligkeitsentschädigung an die beteiligten Kreditinstitute.³⁹ Deutlich schwieriger zu bemessen ist hingegen der Schaden, der den Gesellschaftern infolge des Verlusts ihrer Steuerungsfähigkeit der Gesellschaft entsteht. Die Schadensberechnung mittels der Unternehmensbewertung nach einem kombinierten Substanz- und Ertragswertverfahren wird aufgrund der verschiedenen Faktoren und Einflüsse im Rahmen der Unternehmensbewertung selten zu einem präzisen Ergebnis führen.⁴⁰
- 30) Die Beweislastverteilung im Rahmen der Inanspruchnahme des Geschäftsführers nach § 43 Abs. 2 GmbHG erfährt eine Modifikation dahingehend, dass der Geschäftsführer im Wege einer Beweislastumkehr zu beweisen

³⁶ Zur Haftung aus c.i.c. oben, 3. Teil § 8 B. II. (S. 334 f.).

³⁷ Zur Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a StGB oben, 3. Teil § 8 B. III. (S. 336 ff.).

³⁸ Hierzu oben, 3. Teil § 8 B. IV. (S. 339 f.).

³⁹ Zu den bezifferbaren Schadenspositionen oben, 3. Teil § 9 A. (S. 342 f.).

⁴⁰ Hierzu oben, 3. Teil § 9 B. (S. 343 f.).

hat, dass er mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes nach § 43 Abs. 1 GmbHG gehandelt bzw. schuldlos nicht gehandelt hat oder dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Alternativverhalten eingetreten wäre.⁴¹ Ferner ist der Geschäftsführer hinsichtlich der Erkennbarkeit der Insolvenzreife beweisbelastet. Im Rahmen der Haftung nach § 64 S. 3 GmbHG trägt der Geschäftsführer nach den Grundsätzen der sekundären Behauptungslast die Beweislast dafür, dass die von ihm vorgenommene Zahlung gerade nicht die eingetretene Zahlungsunfähigkeit verursacht hat. Auch wird nach den Grundsätzen der Beweisvereitelung die fehlende Aufbewahrung von Buchführungsunterlagen als Zahlungseinstellung und damit als Indiz für die Zahlungsunfähigkeit gewertet.⁴²

- 31) Die Anforderungen an die Stellung des Insolvenzantrags sind durch § 15a Abs. 4 i.V.m. § 13 InsO verschärft worden. Um die durch das ESUG bezweckte erleichterte Sanierung von Unternehmen zu ermöglichen, erscheint eine Modifikation des § 15a Abs. 4 InsO durch die Legislative ratsam. Die in der Praxis zum Großteil nur schwer zu erfüllende Anforderung einerseits vollständiger und andererseits aber auch rechtzeitiger Antragstellung könnte dahingehend gelöst werden, dass ein Nachreichen der erforderlichen Unterlagen bis zur Eröffnung des Verfahrens ermöglicht wird, ohne dass die strafrechtlichen Konsequenzen des § 15a Abs. 4 InsO den Geschäftsführer unmittelbar nach z.T. noch unvollständiger, aber rechtzeitiger Antragstellung treffen.
- 32) Letztlich stellt die haftungsrechtliche Situation ein Dilemma für den Geschäftsführer dar: Bei verspäteter Antragstellung droht ihm die Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung, bei verfrühter Antragstellung macht er sich womöglich schadensersatzpflichtig. Dieser Haftungsgefahr vermag der Geschäftsführer nur dadurch zu entgehen, dass er die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft ständig prüft, um die Rechtzeitigkeit einer gegebenenfalls erforderlichen Antragstellung zu erkennen, und vor einer Antragstellung nach § 18 InsO die Zustimmung der Gesellschafterversammlung einholt.

⁴¹ Zur allgemeinen Beweislastverteilung oben, 3. Teil § 10 A. (S. 348 ff.).

⁴² Zur Beweislastverteilung in Insolvenznähe der GmbH oben, 3. Teil § 10 B. (S. 350 ff.).

B. Konkrete Handlungsempfehlungen

Nach den gewonnenen Erkenntnissen sollen abschließend einige Handlungsempfehlungen für die Praxis ausgesprochen werden.

I. Gestaltungsanregungen für die Legislative

Aufgrund der Verschärfung der Anforderungen an die Antragstellung nach § 15a Abs. 4 InsO i.V.m. § 13 InsO erscheint es sinnvoll, eine Änderung der gesetzlichen Regelungen vorzunehmen.

1. Modifikation des § 15a Abs. 4 InsO

Hinsichtlich der durch das ESUG tatsächlich eher erschwerten als vereinfachten Antragstellung in der Praxis durch die Änderung des § 13 InsO ist entweder der Gesetzgeber gehalten, eine Korrektur bzw. Klarstellung vorzunehmen, in welchen Fällen die Angabe der Bilanzsumme entbehrlich ist oder es muss sich im Wege der Rechtsfortbildung herauskristalisieren, ob es nicht sinnvoller ist, auf aktuell verfügbare Werte abzustellen.⁴³ Auch könnte der Gesetzgeber des Weiteren klarstellen und präzisieren, unter welchen Voraussetzungen ein gestellter Insolvenzantrag gem. § 15a Abs. 4 InsO unrichtig ist und in der Folge eine Strafbarkeit des Antragstellers nach sich zieht. Eine Unrichtigkeit aufgrund fehlender Angaben nach § 13 InsO würde die vom ESUG-Gesetzgeber bezweckte Vereinfachung der Sanierung von Unternehmen mehr behindern als erleichtern, sodass zu überlegen ist, ob die Unrichtigkeit bis zur Verfahrenseröffnung durch nachträgliche Beibringung der entsprechenden Informationen geheilt werden kann. Ein Anreiz für die frühzeitige Antragstellung kann nur dadurch geschaffen werden, dass der Geschäftsführer sich nicht der Strafbarkeit ausgesetzt sieht, wenn er den Antrag unrichtig stellt. Die frühzeitige Antragstellung an sich sollte positiv gewertet werden, sodass es möglich sein muss, fehlende Angaben noch nachzuholen. Auch wenn der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung klargestellt hat, dass das Fehlen einzelner Angaben den Antrag nicht ohne Weiteres als unzulässig qualifizieren soll, sofern der Schuldner „ge-

⁴³ So zutreffend *Stapper/Jacobi*, ZInsO 2012, 628.

bührende Anstrengungen⁴⁴ unternommen hat, könnte durch eine gesetzliche Präzisierung für Rechtsklarheit gesorgt werden. Gleiches gilt hinsichtlich der Antragstellung bei einem unzuständigen Gericht.⁴⁵ Für eine modifizierte Fassung des § 15a Abs. 4 InsO wird folgender Ergänzungsvorschlag unterbreitet:

§ 15a InsO – Antragspflicht bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit

(...)

(4) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen Absatz 1 Satz 1, auch in Verbindung mit Satz 2 oder Absatz 2 oder Absatz 3, einen Eröffnungsantrag nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig stellt.

Der Eröffnungsantrag gilt nur dann als nicht richtig gestellt, wenn die nach § 13 InsO erforderlichen Angaben unvollständig sind und bis zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung keine nachträgliche Beibringung durch den Schuldner erfolgt ist.

Ist der Antrag innerhalb der Frist des Absatz 1 Satz 1 bei einem nicht zur Verfahrenseröffnung zuständigen Gericht gestellt worden, so gilt er weder als unrichtig noch als verspätet, wenn der Antragsteller auf den Hinweis des unzuständigen Gerichts gem. § 4 InsO i.V.m. § 504 ZPO hin, in dem es ihm seine Unzuständigkeit mitteilt, den Antrag auf Verweisung an das zuständige Gericht gestellt hat. Geht der Antrag bei dem zuständigen Gericht in der Folge erst nach Ablauf der Frist des Absatzes 1 Satz 1 ein, so gilt der Zeitpunkt des ersten fristgerechten Zugangs bei dem unzuständigen Gericht als Zeitpunkt der Antragstellung.

⁴⁴ Begr. RegE-ESUG, BT-Drs. 17/5712, S. 23.

⁴⁵ Ausführlich hierzu oben, 2. Teil § 5 D. II. 3. c).

2. Einführung eines eigenständigen Sanierungsgesetzes neben der InsO

Eine denkbare Möglichkeit, um den immer noch vorherrschenden „Makel der Insolvenz“ besser von einer frühzeitigen Sanierung abgrenzen zu können, könnte darin liegen, ein neues Sanierungsgesetz zu schaffen, das neben der InsO existiert. Solange die Möglichkeiten zur Sanierung in der Eigenverwaltung, im Schutzschirmverfahren und im Insolvenzplanverfahren insgesamt in der InsO geregelt sind, wird eine hinreichende Unterscheidung nicht möglich. So könnte in einem gesonderten Sanierungsgesetz geregelt werden, unter welchen Voraussetzungen eine frühzeitige Sanierung durchgeführt werden kann mit dem Ziel der Unternehmensfortführung. Insbesondere das Schutzschirmverfahren könnte von seiner Kodifizierung in § 270b InsO in einem anderen Gesetz „untergebracht“ werden. In der InsO könnten Regelungen zur Liquidation und Abwicklung von Unternehmen erhalten bleiben, die keine Aussicht auf eine erfolgreiche Sanierung haben. Diese Ideen sind auch nach Inkrafttreten des ESUG aus Sicht von Experten aus der Restrukturierungsbranche von immenser Praxisrelevanz: Der Ruf nach der Einführung eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens an die Legislative ist nach wie vor nicht verhallt, da es trotz der durch das ESUG eingeführten Instrumente, wie insbesondere des Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO, kaum möglich ist, „einfach, schnell und vertraulich“⁴⁶ eine Sanierung durchzuführen. Da ein Schutzschirmverfahren auch ein Insolvenzverfahren sei, fehle bislang noch die allgemeine Akzeptanz bei den betroffenen Unternehmen, sodass das „Stigma der Insolvenz“⁴⁷ durch ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren deutlich besser vermieden werden könnte.⁴⁸ Die Erfolgsaussichten einer Sanierung könnten gerade dadurch erhöht werden, dass infolge der fehlenden Öffentlichkeitswirksamkeit höhere Anreize für die frühzeitige Einleitung eines Sanierungsverfahrens geschaffen werden könnten.⁴⁹ Es bleibt abzuwarten, ob die Einführung eines vor-

⁴⁶ INDat-Report 06_2013, S. 9.

⁴⁷ *Seagon*, in: Buth/Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, § 26 Rn. 1.

⁴⁸ INDat-Report 06_2013, S. 9 f.

⁴⁹ INDat-Report 06_2013, S. 10.

insolvenzlichen Sanierungsverfahrens in der Legislative auf Zustimmung stößt und das deutsche Insolvenzrecht in Zukunft tatsächlich weitere Chancen für eine erfolgreiche Sanierung zu bieten haben wird.

II. Handlungsempfehlungen für die Geschäftsführung

Neben den vorgeschlagenen Änderungsmöglichkeiten für den Gesetzgeber sind auch dem Geschäftsführer einige Handlungsempfehlungen auszusprechen.

1. Einrichtung von unternehmensinternen Frühwarnsystemen

Dem Geschäftsführer ist anzuraten, in der Gesellschaft betriebswirtschaftliche Frühwarnsysteme zu implementieren, falls diese noch nicht vorhanden sind.⁵⁰ Hierdurch wird es ihm ermöglicht, den Überblick über die finanziellen Verhältnisse der Gesellschaft zu behalten und rechtzeitig eine drohende Insolvenzreife zu erkennen. Nur wenn der Geschäftsführer die entsprechenden Informationen, Datensätze etc. erhält, kann er die gegebenenfalls erforderlichen Sanierungsmaßnahmen einleiten. Die Einrichtung unternehmensinterner Frühwarnsysteme liegt zudem auch im Interesse der Gesellschafter, die hierdurch ihrerseits eine bessere Kontrolle der finanziellen Situation und auch der Geschäftsführung erreichen können.⁵¹ Zu beachten ist jedoch, dass die Einrichtung von Frühwarnsystemen der Art und Größe des Unternehmens angemessen sein muss und nicht zu einer finanziellen Überlastung des Unternehmens führen darf. Dadurch würde der Zweck der Risikofrüherkennung gerade in sein Gegenteil verkehrt. Der Informationsgewinnung kommt jedoch neben der Möglichkeit, die Insolvenzreife rechtzeitig zu entdecken, noch ein anderer wichtiger Wert zu: Aufgrund der Beweislastumkehr im Haftungsprozess ist es für den Geschäftsführer eine große Hilfe, wenn er aufgrund des gesammelten Datenmaterials nachweisen kann, zu welchem Zeitpunkt eine Liquiditätslücke bestand oder eine Überschuldung gegeben war.

⁵⁰ Ausführlich zu den verschiedenen Methoden der Risikofrüherkennung oben, 2. Teil § 5 A. II. 1. a) aa) (1).

⁵¹ *Wellensiek/Schluck-Amend*, in: Römermann, MAH-GmbH-Recht, § 23 Rn. 21.

2. Gesellschaftsinterne Strategieabteilung

Denkbar ist auch, gesellschaftsintern eine selbständige Strategieabteilung zur Prüfung von Sanierungsmöglichkeiten einzurichten. Diese könnte neben einer Überprüfung der Bilanzen eine Auswertung der Ergebnisse aus den Frühwarnsystemen vornehmen und die Erkenntnisse an den Geschäftsführer weiterleiten. Eine solche Übertragung von Geschäftsführungsbefugnissen auf eine andere Stelle erfordert eine Satzungsänderung.⁵² Diese neu gegründete Abteilung sollte eine strategische Ausrichtung auf eine höhere Effizienz des Unternehmens und eine Steigerung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit haben. Deshalb steht nicht nur die Überprüfung der finanziellen Situation, sondern auch die Überprüfung von internen Strukturmaßnahmen zur Verbesserung der Leistungsfähigkeit im Fokus ihrer Tätigkeit. Soweit die Abteilung Verbesserungsbedarf erkennt, sollte sie Strategiepläne konzipieren, die sowohl langzeit- als auch kurzzeitbezogene Maßnahmen beinhalten. Die Abteilung sollte als funktionale Beratungsabteilung ohne eigenständige Entscheidungskompetenz unterhalb der Gesellschafterversammlung angesiedelt werden und die Mitglieder der Abteilung sollten nicht als Erfüllungsgehilfen des Geschäftsführers nach § 278 BGB, sondern nur als Berater fungieren. Letztlich ist es sinnvoll, eine gewisse Beteiligungsquote der Gesellschafter in dieser Abteilung sicherzustellen, um die Gesellschaftsinteressen zu wahren.

3. Regelung einer D&O-Versicherung im Anstellungsvertrag

Um seine eigene Haftung zu vermeiden, ist dem Geschäftsführer dringend zu empfehlen, den Abschluss einer D&O-Versicherung in seinem Anstellungsvertrag zu vereinbaren. Daneben sollten auch weitere Vereinbarungen zur Haftungsbegrenzung vertraglich fixiert werden. So kann insbesondere eine summenmäßige Beschränkung der Haftung und eine Regelung zur Verjährungsverkürzung in den Anstellungsvertrag und auch in die Satzung aufgenommen werden.

⁵² Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, § 37 Rn. 14.

4. Abstimmung mit der Gesellschafterversammlung

Bevor der Geschäftsführer zur Vermeidung einer Inanspruchnahme wegen Insolvenzverschleppung verfrüht einen Insolvenzantrag stellt, sollte er die Zustimmung der Gesellschafterversammlung einholen. Stellt er infolge einer Weisung den Insolvenzantrag bei nur drohender Zahlungsunfähigkeit gerade nicht, so kann ihm nachher nicht haftungsrechtlich vorgeworfen werden, er habe nicht ausreichend geprüft, ob eine frühzeitige Antragstellung nicht doch die Sanierungschancen deutlich erhöht hätte. Zur allgemeinen Prüfung der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft kann auch zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschafterversammlung vereinbart werden, dass der Geschäftsführer in bestimmten zeitlichen Abständen, beispielsweise viertel- oder halbjährlich, verpflichtet ist, einen Bericht über die finanzielle Lage der Gesellschaft zu erstellen und hierdurch die Gesellschafter zu informieren.⁵³ Schließlich bleibt festzuhalten, dass es aus haftungsrechtlicher Sicht sinnvoller erscheint, eine rechtzeitige Kommunikation mit der Gesellschafterversammlung zu suchen, als eigenmächtig und kurzfristig Entscheidungen zu treffen, die letztlich der Gesellschaft zum Nachteil gereichen.

⁵³ Wellensiek/Schluck-Amend, in: Römermann, MAH-GmbH-Recht, § 23 Rn. 21.

Literaturverzeichnis

Aleth, Franz / Harlfinger, Wolf: Die Fortführungsprognose i.S. von § 19 II InsO – eine Handlungsanweisung für Geschäftsführer, in: NZI 2011, S. 166-173.

Andres, Dirk / Leithaus, Rolf / Dahl, Michael: Insolvenzordnung, (InsO), Kommentar, 3. Aufl. München 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: Andres/Leithaus/Dahl, InsO, § Rn.).

Baetge, Jörg / Jerschensky, Andreas: Beurteilung der wirtschaftlichen Lage von Unternehmen mit Hilfe von modernen Verfahren der Jahresabschlussanalyse, in: DB 1996, S. 1581-1591.

Baetge, Jörg / Schmedt, Ulrich / Hüls, Dagmar / Krause, Clemens / Uthoff, Carsten: Bonitätsbeurteilung von Jahresabschlüssen nach neuem Recht (HGB 1985) mit Künstlichen Neuronalen Netzen auf der Basis von Clusteranalysen, in: DB 1994, S. 337-343.

Baumbach, Adolf / Hopt, Klaus J. (Hrsg.): Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 36. Aufl. München 2014 (zit.: *Baumbach/Hopt/Bearbeiter*, HGB, § Rn.).

Baumbach, Adolf / Hueck, Alfred: Beck'sche Kurzkommentare, Band 20, GmbHG, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 20. Aufl. München 2013 (zit.: *Baumbach/Hueck/Bearbeiter*, GmbHG, § Rn.).

Baums, Theodor (Hrsg.): Bericht der Regierungskommission Corporate Governance: Unternehmensführung – Unternehmenskontrolle – Modernisierung des Aktienrechts, Köln 2001 (zit.: *Baums*, Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, Rn.).

Bayer, Walter: Legalitätspflicht der Unternehmensleitung, nützliche Gesetzesverstöße und Regress bei verhängten Sanktionen – dargestellt am Beispiel von Kartellverstößen, in: Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag,

hrsg. von Georg Bitter / Marcus Lutter / Hans-Joachim Priester / Wolfgang Schön / Peter Ulmer, Köln 2009 (zit.: *Bayer*, in: FS K. Schmidt, S.).

Beck, Matthias: Sanierung und Krisenstadium, in: Wpg 2009, S. 264-272.

Beck, Siegfried / Depré, Peter: Praxis der Insolvenz – Ein Handbuch für die Beteiligten und ihre Berater, 2. Aufl. München 2010 (zit.: *Bearbeiter*, in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz, § Rn.).

Becker, Christoph: Insolvenzrecht, 3. Aufl. Köln 2010 (zit.: *Becker*, Insolvenzrecht, Rn.).

Beck'scher Bilanz-Kommentar, hrsg. von Gerhart Förschle / Bernd Grottel / Stefan Schmidt / Wolfgang J. Schubert / Norbert Winkeljohann: Beck'scher Bilanz-Kommentar, Handels- und Steuerbilanz, §§ 238-339, 342-342e mit IFRS-Abweichungen, 9. Aufl. München 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckBil-Komm, § HGB Rn.).

Beck'sches Handbuch der GmbH, hrsg. von Ulrich Prinz / Norbert Winkeljohann: Gesellschaftsrecht – Steuerrecht, 5. Aufl. München 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: Prinz/Winkeljohann, Beck'sches Handbuch der GmbH, § Rn.).

Bellen, Francis / Stahl, Indra: Pflichten und Haftung der Geschäftsführung in der Krise der GmbH – ein Überblick, in: BB 2010, S. 2579-2585.

Bitter, Georg: Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern in der Insolvenz ihrer GmbH – Teil 1, in: ZInsO 2010, S. 1505- 1524.

- Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern in der Insolvenz ihrer GmbH – Teil 2, in: ZInsO 2010, S. 1561-1582.

Bitter, Georg / Hommerich, Christoph / Reiß, Nicole: Die Zukunft des Überschuldungsbegriffs – Expertenbefragung im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, in: ZIP 2012, S. 1201-1209.

Bitter, Georg / Kresser, Matthias: Positive Fortführungsprognose trotz fehlender Ertragsfähigkeit? – Zur Überschuldung nach § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO, insbesondere bei kriselnden Assetfinanzierungen, in: ZIP 2012, S. 1733-1743.

Blöse, Jochen: Haftung der Geschäftsführer und Gesellschafter nach dem ESUG, in: GmbHR 2012, S. 471-478.

-
- Böcker, Philipp / Poertzgen, Christoph*: Kausalität und Verschulden beim künftigen § 64 Satz 3 GmbHG, in: WM 2007, S. 1203-1208.
- Der insolvenzrechtliche Überschuldungsbegriff ab 2014 – Perpetuierung einer Übergangsregelung statt Neuanfang, in: GmbHR 2013, S. 17-22.
- Bork, Reinhard*: Einführung in das neue Insolvenzrecht, Tübingen 1995 (zit.: *Bork*, Einführung in das neue Insolvenzrecht, Rn.).
- Zahlungsunfähigkeit, Zahlungsstockung und Passiva II, in: ZIP 2008, S. 1749-1753.
 - Pflichten der Geschäftsführung in Krise und Sanierung, in: ZIP 2011, S. 101-109.
- Braun, Eberhard*: Insolvenzordnung (InsO), Kommentar, 6. Aufl. München 2014 (zit.: *Braun/Bearbeiter*, InsO, § Rn.).
- Braun, Eberhard / Uhlenbruck, Wilhelm*: Unternehmensinsolvenz – Grundlagen, Gestaltungsmöglichkeiten, Sanierung mit der Insolvenzordnung, Düsseldorf 1997 (zit.: *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, S.).
- Breuer, Wolfgang*: Insolvenzrecht - Eine Einführung, 3. Aufl. München 2011 (zit.: *Breuer*, Insolvenzrecht, Rn.).
- Brinkmann, Moritz*: Haftungsrisiken im Schutzschirmverfahren und in der Eigenverwaltung (Teil 1), in: DB 2012, S. 1313-1319.
- Haftungsrisiken im Schutzschirmverfahren und in der Eigenverwaltung (Teil 2), in: DB 2012, S. 1369-1372.
- Büchel, Helmut / Freiherr von Rechenberg, Wolf-Georg* (Hrsg.): Handbuch des Fachanwalts Handels- und Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. Köln 2011 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Büchel/von Rechenberg*, Kap., Rn.).
- Buck-Heeb, Petra*: Selbstregulierung im Gesellschaftsrecht – Corporate Governance-Regeln für die GmbH?, in: Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Lutz Aderhold / Barbara Grunewald / Dietgard Klingberg / Walter G. Paefgen, Köln 2008, S. 845-859 (zit.: *Buck-Heeb*, Festschrift H.P. Westermann 2008, S.).

Budde, Wolfgang Dieter / Förschle, Gerhart / Winkeljohann, Norbert (Hrsg.): Sonderbilanzen – Von der Gründungsbilanz bis zur Liquidationsbilanz, 4. Aufl. München 2008 (zit.: *Bearbeiter*, in: Budde/Förschle/Winkeljohann, Sonderbilanzen, Q. Rn.).

Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, Köln 1985 (zit.: *BMJ*, Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, S.).

Bunz, Thomas: Der Schutz unternehmerischer Entscheidungen durch das Geschäftsleiterermessen – Ein Beitrag zu mehr Rechtssicherheit im Umgang mit der Business Judgment Rule, Köln 2011, zugl. Diss. Univ. Bonn 2011 (zit.: *Bunz*, Der Schutz unternehmerischer Entscheidungen, S.).

Burger, Anton / Schellberg, Bernhard: Die Auslösetatbestände im neuen Insolvenzrecht, in: BB 1995, S. 261-266.

Buth, Andrea K. / Hermanns, Michael (Hrsg.): Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz – Handbuch, 4. Aufl. München 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: Buth/Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, § Rn.).

- Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten nach dem neuen IDW S 6, in: DStR 2010, 288-293.

Campos Nave, José A.: Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht kann die Zustimmung zu zahlungsverpflichtenden Gesellschafterbeschlüssen gebieten, in: BB 2013, S. 2130, zugl. Anm. zu OLG Stuttgart, Urt. v. 11.07.2013 – 19 U 11/13, in: BB 2013, S. 2127-2129.

Dahl, Michael / Schmitz, Jan: Probleme von Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit nach FMStG und MoMiG, in: NZG 2009, S. 567-570.

Desch, Wolfram / Hafenmayer, Angelika: Anmerkung zu AG München, Urt. v. 14.06.2012, Az. 1506 IN 1851/12, in: BB 2012, S. 2975-2976.

Drygala, Tim / Drygala, Anja: Wer braucht ein Frühwarnsystem? – Zur Ausstrahlungswirkung des § 91 Abs. 2 AktG, in: ZIP 2000, S. 297-305.

-
- Ebenroth, Thomas / Boujong, Karlheinz / Joost, Detlev, (Begr.), / Strohn Lutz, (Hrsg.):* Handelsgesetzbuch, Band 1, §§ 1-342e, München 3. Aufl. 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § Rn.).
- Ehlers, Harald:* Die Risiken der Sanierungsberatung, in: ZInsO 2013, S. 105-119.
- Anforderungen an die Fortführungsprognose, in: NZI 2011, S. 161-166.
- Eisolt, Dirk:* Erstellung von Sanierungskonzepten nach dem neuen IDW S 6, in: BB 2010, S. 427-432.
- Exler, Markus W. / Situm, Mario:* Früherkennung von Unternehmenskrisen – Systematische Zuordnung von Krisenfrüherkennungsindikatoren zu den unterschiedlichen Krisenphasen eines Unternehmens, in: KSI 2013, S. 161-166.
- Feller, Matthias:* Mindeststammkapital und Kapitalaufbringung als Instrumente des Gläubigerschutzes bei kleinen und mittlere Unternehmen, Hamburg 2014, zugl. Diss., Univ. Münster 2013.
- Fleck, Hans-Joachim:* Zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers, in: GmbHR 1974, S. 224-236.
- Fleischer, Holger:* Zur Einschränkung der Geschäftsführerhaftung in der GmbH, in: BB 2011, S. 2435-2440.
- Vorstandshaftung und Vertrauen auf anwaltlichen Rat, in: NZG 2010, S. 121-125.
 - Zur organschaftlichen Treuepflicht der Geschäftsleiter im Aktien- und GmbH-Recht, in: WM 2003, S. 1045-1058.
- Foerste, Ulrich:* Insolvenzrecht, 6. Aufl. München 2014 (zit.: *Foerste, Insolvenzrecht, Rn.*).
- Gläubigerautonomie und Sanierung im Lichte des ESUG, in: ZZP 2012, 125. Band, S. 265-284.
 - § 26 Abs. 4 InsO – Ein Zwischenruf, in: ZInsO 2012, S. 532-533.

-
- Fölsing, Philipp*: Die Zählung des Widerspenstigen im Suhrkamp-Fall: Schutzschirmverfahren bei Gesellschafterstreit, in: ZInsO 2013, S. 1325-1332.
- Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, hrsg. von Klaus Wimmer: FK-InsO, Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung mit EuInsVO, InsVV und weiteren Nebengesetzen, 8. Aufl. Köln 2015 (zit.: *Bearbeiter*, in: FK-InsO, § Rn.).
- Freitag, Robert / Korch, Stefan*: Die Angemessenheit der Information im Rahmen der Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG), in: ZIP 2012, S. 2281-2286.
- Frings, Daniel*: Die zivil- und strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz, Hamburg 2008, zugl. Diss., Univ. Köln 2008.
- Frystatzki, Christian*: Ansprüche gegen Geschäftsführer und Gesellschafter in der Überschuldungsbilanz der GmbH, in: NZI 2013, S. 161-166.
- Der Tatbestand der Überschuldung gem. § 19 II InsO nach dem 31.12.2013 – Die Handlungsoptionen des Gesetzgebers, in: NZI 2011, S. 521-527.
 - Die insolvenzrechtliche Fortführungsprognose – Zahlungsfähigkeits- oder Ertragsfähigkeitsprognose?, in: NZI 2011, S. 173-179.
- Fuhst, Christian*: Die Sanierungsbescheinigung nach § 270b InsO, in: GWR 2012, S. 482-485.
- Ganter, Hans Gerhard*: Zur drohenden Zahlungsunfähigkeit in § 270b InsO, in: NZI 2012, S. 985-988.
- Betriebsfortführung im Insolvenzeröffnungs- und Schutzschirmverfahren, in: NZI 2012, S. 433-440.
 - Die Bedeutung der „Bugwelle“ für die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit, in: ZInsO 2011, S. 2297-2302.
- Gehrlein, Markus*: Aktuelle Rechtsprechung zum Insolvenzeröffnungsverfahren, in: ZInsO 2012, S. 2117-2127.

-
- Gehrlein, Markus / Ekkenga, Jens / Simon, Stefan*: GmbHG, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 2. Aufl. Köln 2015 (zit.: *Bearbeiter*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § Rn.).
- Gehrlein, Marcus / Witt, Carl-Heinz / Volmer, Michael*: GmbH-Recht in der Praxis, 3. Aufl. Frankfurt 2015 (zit.: *Bearbeiter*, in: Gehrlein/Witt/Volmer, GmbH-Recht in der Praxis, Kap. Rn.).
- Geißler, Markus*: Verlängerung der Dreiwochenfrist des § 15a Abs. 1 InsO bei Insolvenz der GmbH?, in: ZInsO 2013, S. 167-170.
- Die drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) in der Entscheidungsverantwortung des GmbH-Geschäftsführers, in: ZInsO 2013, S. 919-924.
- Goette, Wulf*: Leitung, Aufsicht, Haftung – zur Rolle der Rechtsprechung bei der Sicherung einer modernen Unternehmensführung, in: Festschrift aus Anlass des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, hrsg. v. Karlmann Geiß / Kay Nehm / Hans Erich Brandner / Horst Hagen, Köln u.a. 2000, S. 123-142 (zit.: *Goette*, FS 50 Jahre BGH, S.).
- Der Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Kapitalerhaltung und zum Rückgewährverbot im GmbH-Recht, in: DStR 1997, S. 1495-1500.
 - Krisenvermeidung und Krisenbewältigung in der GmbH – Überblick, in: ZGR 2006, S. 261-280.
- Gottwald, Peter*: Insolvenzrechts-Handbuch, 4. Aufl. München 2010 (zit.: *Bearbeiter*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, § Rn.).
- Götter, Uwe*: Der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH – Der Einfluss der Insolvenzordnung auf die Rechts- und Pflichtenstellung eines GmbH-Geschäftsführers, Köln 1999 (zit.: *Götter*, der Geschäftsführer in der Insolvenz der GmbH, Rn.).
- Graf Kanitz, Friedrich von*: Bilanzkunde für Juristen, 3. Aufl. München 2014 (zit.: *Kanitz*, Bilanzkunde für Juristen, Rn.).
- Greulich, Sven / Bunnemann, Jan*: Geschäftsführerhaftung für zur Zahlungsunfähigkeit führende Zahlungen an die Gesellschafter nach § 64 II 3

GmbHG-RefE - Solvenzttest im deutschen Recht?, in: NZG 2006, S. 681-687.

Greulich, Sven / Rau, Thomas: Zur partiellen Insolvenzverursachungshaftung des GmbH-Geschäftsführers nach § 64 S. 3 GmbHG-RegE, in: NZG 2008, S. 284-289.

Groß, Paul J.: Wesentliche Gesichtspunkte der Erarbeitung von IDW ES 6 – Zu den Hintergründen und Neuerungen des IDW Standards: Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten, in: Wpg 2009, S. 231-245.

Groß, Paul J. / Amen, Matthias: Going-Concern-Prognosen im Insolvenz- und im Bilanzrecht, in: DB 2005, S. 1861-1868.

Grube, Andreas / Maurer, Frank: Zur strafbefreienden Wirkung des Insolvenzantrags eines Gläubigers zugunsten des GmbH-Geschäftsführers, in: GmbHR 2003, S. 1461-1466.

Grunewald, Barbara: Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. Tübingen 2014 (zit.: *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, § Rn.).

Günther, Thomas: Auswirkungen des ESUG auf das Insolvenzplanverfahren – Mehr Entscheidungsfreiheit für die Gläubiger?, in: ZInsO 2012, S. 2037-2043.

Günther, Thomas / Hübl, Gudrun / Niepel, Mirko: Insolvenzprognose anhand unterjähriger Unternehmensdaten, in: DStR 2000, S. 346-352.

Haas, Ulrich: Mehr Gesellschaftsrecht im Insolvenzplanverfahren – Die Einbeziehung der Anteilsrechte in das Insolvenzverfahren, in: NZG 2012, S. 961-968.

- Der Normzweck des Eigenkapitalersatzrechts, in: NZI 2001, S. 1-10.
- Insolvenzantragsrecht und -pflicht in der GmbH insbesondere des “faktischen Geschäftsführers” nach neuem Recht, in: DStR 1998, S. 1359-1363.

Habersack, Mathias: Die Mitgliedschaft – subjektives und ‘sonstiges’ Recht, Tübingen 1996, zugl. Habil. Univ. Heidelberg 1995.

-
- Hachenburg, Max (Begr.):* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Großkommentar, Dritter Band, §§ 53-85, 7. Aufl. Berlin 1984 (zit.: *Hachenburg/Bearbeiter*, GmbHG, § Rn.).
- Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*, hrsg. von Andreas Schmidt: Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht – InsO – EuInsVO – EGInsO (Auszug) – InsVV – VbrInsFV – InsOBekV - Insolvenzstrafrecht, 5. Aufl. Köln 2015 (zit.: *Bearbeiter*, in: *HambKommInsO*, § Rn.).
- Harz, Michael / Baumgartner, Uwe / Conrad, Günther:* Kriterien der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung – Stand und Sichtweisen nach knapp sieben Jahren InsO, in: *ZInsO* 2005, S. 1304-1311.
- Häsemeyer, Ludwig:* Insolvenzrecht, 4. Aufl. Köln 2007 (zit.: *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn.).
- Heese, Michael:* Forderungsbewertung und Wertermittlungspflichten im Insolvenzfall, in: *DStR* 2008, S. 150-156.
- Henssler, Martin / Strohn, Lutz:* Beck'sche Kurzkommentare, Band 62, Gesellschaftsrecht – BGB, HGB, PartGG, GmbHG, AktG, UmwG, GenG, IntGesR, 2. Aufl. München 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Henssler/Strohn*, GesR, § Gesetz Rn.).
- Hillebrand, Christoph:* Die Kriterien der Sanierungsfähigkeit vor und in der Insolvenz – Oder: Die Eintrittsbarrieren ins ESUG-Verfahren, in: *ZInsO* 2013, S. 2356-2361.
- Hirte, Heribert / Knof, Béla / Mock, Sebastian:* Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (Teil I), in: *DB* 2011, S. 632-643.
- Hölters, Wolfgang:* Aktiengesetz, Kommentar, 2. Aufl. München 2014 (zit.: *Hölters/Bearbeiter*, AktG, § Rn.).
- Holzer, Johannes:* Krisenerkennung bei insolvenzgefährdeten Unternehmen aus Sicht der gerichtlichen Praxis, in: *NZI* 2005, S. 308-316.
- Hölzle, Gerrit:* Zahlungsunfähigkeit – Nachweis und Kenntnis im Anfechtungsprozess, in: *ZIP* 2006, S. 101-107.

- Gesellschafterfremdfinanzierung und Kapitalerhaltung im Regierungsentwurf des MoMiG, in: GmbHR 2007, S. 729-736.

- Die „erleichterte Sanierung von Unternehmen“ in der Nomenklatur der InsO – ein hehres Regelungsziel des RefE-ESUG, in: NZI 2011, S. 124-131.

Hommelhoff, Peter: Die Ergebnisverwendung in der GmbH nach dem Bilanzrichtliniengesetz, in: ZGR 1986, S. 418-462.

Hopt, Klaus J. / Wiedemann, Herbert (Hrsg.): Aktiengesetz, Großkommentar, Dritter Band, §§ 76-94, 4. Aufl. Berlin 2008 (zit.: GroßkommAktG/Bearbeiter, § Rn.).

Hüffer, Uwe (Begr.): Beck'sche Kurzkommentare, Band 53, Aktiengesetz, 11. Aufl. München 2014 (zit.: Hüffer/Bearbeiter, AktG, § Rn.).

Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW) (Hrsg.): IDW Verlautbarung: IDW Standard: Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten (IDW S 6), Düsseldorf 2012 (Stand: 20.08.2012), (zit.: IDW S 6, Tz.).

- IDW Prüfungsstandard: Beurteilung eingetretener oder drohender Zahlungsunfähigkeit bei Unternehmen (IDW PS 800), Düsseldorf 2010 (Stand 6.3.2009).

- Empfehlungen zur Prüfung eingetretener oder drohender Zahlungsunfähigkeit bei Unternehmen, in: ZIP 1999, S. 505-508.

- Entwurf einer Verlautbarung des IDW: Empfehlungen zur Überschuldungsprüfung bei Unternehmen, in: Wpg 1995, S. 596-599.

- Stellungnahme des Fachausschusses Recht des IDW, FAR 1/1996: Empfehlungen zur Überschuldungsprüfung bei Unternehmen, in: Wpg 1997, S. 22-25.

Kirstein, Hans-Joachim: Ausführungen zur real existierenden Situation bei Eröffnungs- und Befriedigungsquoten in Insolvenzverfahren, in: ZInsO 2006, S. 966-973.

Klein, Christian / Thiele, Frank: Der Sanierungsgeschäftsführer einer GmbH in der Eigenverwaltung – Chancen und Risiken im Spannungsfeld der divergierenden Interessen, in: ZInsO 2013, S. 2233-2245.

-
- Klocke, Daniel Matthias*: Insolvenz im Umbruch – Diskussionsbericht, in: ZZP 2012, 125. Band, S. 341-343.
- Knief, Peter*: Die Bedeutung betriebswirtschaftlicher Analysen nach der Insolvenzrechtsreform, in: DB 2012, S. 2353-2359.
- Knof, Béla*: Die neue Insolvenzverursachungshaftung nach § 64 Satz 3 RegE-GmbHG (Teil I), in: DStR 2007, S. 1536-1542.
- Die neue Insolvenzverursachungshaftung nach § 64 Satz 3 RegE-GmbHG (Teil II), in: DStR 2007, S. 1580-1586.
- Knolle, Eike / Tetzlaff, Christian*: Zahlungsunfähigkeit und Zahlungsstockung, zugl. Besprechung v. BGH, Urt. v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, ZInsO 2005, S. 807, in: ZInsO 2005, S. 897-902.
- Kock, Martin / Dinkel, Renate*: Die zivilrechtliche Haftung von Vorständen für unternehmerische Entscheidungen – Die geplante Kodifizierung der Business Judgment Rule im Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, in: NZG 2004, S. 441-448.
- Koller, Ingo / Kindler, Peter / Roth, Wulf-Henning / Morck, Winfried* (Hrsg.): Handelsgesetzbuch, Kommentar, 8. Aufl. München 2015 (zit.: *Bearbeiter*, in: Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB, § Rn.).
- Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, hrsg. von Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen Köln e.V.: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Aufl. Münster 2009 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kölner Schrift zur InsO, Teil S. Rn.).
- Konzen, Horst*: Geschäftsführung, Weisungsrecht und Verantwortlichkeit in der GmbH und GmbH & Co KG, in: NJW 1989, S. 2977-2987.
- Kornblum, Udo*: Bundesweite Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Stand 1.1.2013), in: GmbHR S. 2013, 693-703.
- Kremers, Klaus / Hoffmann, Thomas*: Insolvenzrechtsreform führt zum Mentalitätswechsel, in: ZInsO 2013, S. 289-290.
- Krieger, Gerd / Schneider, Uwe H.*: Handbuch Mangerhaftung – Vorstand, Geschäftsführer, Aufsichtsrat, Pflichten und Haftungsfolgen, Typische Risiko-

bereiche, 2. Aufl. Köln 2010 (zit.: *Bearbeiter*, in: Krieger/Uwe H. Schneider, Hdb Managerhaftung, § Rn.).

Kübler, Friedrich / Assmann, Heinz-Dieter: Gesellschaftsrecht – Die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen, 6. Aufl. Heidelberg 2006 (zit.: *Kübler/Assmann*, Gesellschaftsrecht, § S.).

Kuss, Ehrenfried: Rechtliche Aspekte der Sanierung für die Unternehmensleitung und den Sanierungsberater, in: Wpg 2009, S. 326-339.

Kußmaul, Rolf / Steffan, Bernhard: Insolvenzplanverfahren: Der prepackaged Plan als Sanierungsalternative, in: DB 2000, S. 1849-1853.

Küting, Karlheinz / Weber, Claus-Peter (Hrsg.): Die Bilanzanalyse – Beurteilung von Abschlüssen nach HGB und IFRS, 10. Aufl. Stuttgart 2012 (zit.: *Küting/Weber*, Die Bilanzanalyse, S.).

Lang, Dennis / Muschalle, Volker: Suhrkamp-Verlag – Rechtsmissbräuchlichkeit eines rechtmäßig eingeleiteten Insolvenzverfahrens?, in: NZI 2013, S. 953-957.

Lange, Oliver: Praxisfragen der D&O-Versicherung (Teil I), in: DStR 2002, S. 1626-1631.

Leinekugel, Rolf / Skauradszun, Dominik: Geschäftsführerhaftung bei eigenmächtig gestelltem Insolvenzantrag wegen bloß drohender Zahlungsunfähigkeit – Das Spannungsfeld zwischen Sanierungspflicht und Insolvenzantragspflicht, in: GmbHR 2011, S. 1121- 1127.

Lohr, Martin: Die Beschränkung der Innenhaftung des GmbH-GF, in: NZG 2000, S. 1204-1213.

Lutter, Marcus / Hommelhoff, Peter: GmbH-Gesetz, Kommentar, 18. Aufl. Köln 2012 (zit.: *Lutter/Hommelhoff/Bearbeiter*, GmbHG, § Rn.).

Luttermann, Claus / Geißler, Susanne: Rechtsbasis und Praxis einer Kultur der Unternehmenssanierung, in: ZInsO 2013, S. 1381-1386.

-
- Marotzke, Wolfgang*: Das insolvenzrechtlich Eröffnungsverfahren neuer Prägung (Teil 1) – Konsequenzen für den Schuldner, seine antragspflichtigen Vertreter und seine Gläubiger, in: DB 2012, S. 560-567.
- Melot de Beauregard, Paul / Gleich, Christian*: Aktuelle Problemfelder bei der D&O-Versicherung, in: NJW 2013, S. 824-829.
- D&O-Versicherung für Geschäftsführer, in: GmbHReport 2/2013, R 17-R 18.
- Mennicke, Petra*: Zum Weisungsrecht der Gesellschafter und der Folgepflicht des GF in der mitbestimmungsfreien GmbH, in: NZG 2000, S. 622-626.
- Merkt, Hanno / Mylich, Falk*: Einlage eigener Aktien und Rechtsrat durch den Aufsichtsrat – Zwei aktienrechtliche Fragen im Lichte der ISION-Entscheidung des BGH, in: NZG 2012, S. 525-530.
- Mertens, Hans-Joachim*: Schadensfragen im Kapitalgesellschaftsrecht, in: Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag am 24. Januar 1992, hrsg. v. Dieter Medicus / Hans-Joachim Mertens / Knut Wolfgang Nörr / Wolfgang Zöllner, Stuttgart 1992, S. 561-582 (zit.: *Mertens*, FS H. Lange 1992, S.).
- Meyer, Susanne*: Vorrang des Insolvenzrechts vor dem Gesellschaftsrecht? - Überlegungen zur Position des Minderheitsgesellschafters im Schutzschirmverfahren, in: ZInsO 2013, S. 2361-2369.
- Meyke, Rolf*: Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 5. Aufl. Köln 2007 (zit.: *Meyke*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, Rn.).
- Michalski, Lutz*: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), (zit.: *Michalski/Bearbeiter*, GmbHG, § Rn.).
- Band I, Systematische Darstellungen, §§ 1-34 GmbHG, 2. Aufl. München 2010.
 - Band II, §§ 35-85 GmbHG, §§ 1-4 EGGmbHG, 2. Aufl. München 2010.
- Möhlenkamp, Andreas*: Flucht nach vorn in die Insolvenz – funktioniert Suhrkamp?, in: BB 2013, S. 2828-2831.

Möhlmann-Mahlau, Thomas / Schmitt, Jens: Der „vorübergehende“ Begriff der Überschuldung, in: NZI 2009, S. 19-24.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I, Allgemeiner Theil, Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888.

Mückl, Patrick: Effektive Bindung von Leistungs- und Know-how-Trägern in Krise und Insolvenz, in: ZIP 2012, S. 1642-1649.

Müller, Hans-Friedrich: Entrechtung der Gesellschafter im Insolvenzverfahren? - Anmerkungen zum Fall Suhrkamp - , in: DB 2014, S. 41-46.

Müller, Udo / Rautmann, Heiko: Die Unzulässigkeit des Antrags als Folge der neuen Vorgaben des § 13 InsO, in: ZInsO 2012, S. 918-921.

Müller-Merbach, Heiner: Frühwarnsysteme zur betrieblichen Krisenerkennung und Modelle zur Beurteilung von Krisenabwehrmaßnahmen, in: Computergestützte Unternehmensplanung – Computer Assisted Corporate Planning, Wirtschaftsinformatik Symposium 1976, IBM Deutschland, Bad Homburg v.d.H. 4.-6. Oktober 1976, Fachberichte und Referate, Lectures and Tutorials, Band/Volume 1, hrsg. v. Hans D. Plötzeneder, Stuttgart 1977 (zit.: Plötzeneder/Bearbeiter, S.).

Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, hrsg. von Volker Römermann: Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 3. Aufl. München 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: Römermann, MAH GmbH-Recht, § Rn.).

Münchener Anwaltshandbuch Insolvenz und Sanierung, hrsg. von Jörg Nerlich / Georg Kreplin: Münchener Anwaltshandbuch Insolvenz und Sanierung, 2. Aufl. München 2012 (zit.: *Bearbeiter*, in: Nerlich/Kreplin, MAH Insolvenz und Sanierung, § Rn.).

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, hrsg. von Hans-Joachim Priester / Dieter Mayer / Hartmut Wicke: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 4. Aufl. München 2012 (zit.: *Bearbeiter*, in: Münchener Hdb GesR III, § Rn.).

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, hrsg. von Wulf Goette / Mathias Habersack / Susanne Kalss: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz,

Band 1, §§ 1-75, 3. Aufl. München 2008 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKoAktG, § Rn.).

Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, hrsg. von Joachim Hennrichs / Detlef Kleindiek / Christoph Watrin: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht.

- Band 1, IFRS, 5. Ergänzungslieferung, München 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKoBilanzR, IFRS Nr. Rn.).

- Band 2, Bilanzrecht, §§ 238-342e HGB, München 2013 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKoBilanzR, HGB, § Rn.).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht, Besonderer Teil III, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 6. Aufl. München 2013 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKoBGB, § Rn.).

Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG, hrsg. von Holger Fleischer / Wulf Goette: Münchener Kommentar zum GmbHG (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKoGmbHG, § Rn.).

- Band 1, §§ 1-34, 2. Aufl. München 2015.

- Band 2, §§ 35-52, München 2012.

- Band 3, §§ 53-85, München 2011.

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, hrsg. von Karsten Schmidt / Werner F. Ebke: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 4, Drittes Buch, Handelsbücher, §§ 238-342e HGB, 3. Aufl. München 2013 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKoHGB, § Rn.).

Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, hrsg. von Hans-Peter Kirchhof / Horst Eidenmüller / Rolf Stürner: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKoInsO, § Rn.).

- Band 1, §§ 1-79, Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung (InsVV), 3. Aufl. München 2013.

- Band 2, §§ 80-216, 3. Aufl. München 2013.

- Band 3, §§ 270-359, Internationales Insolvenzrecht, Insolvenzsteuerrecht, Sachverzeichnis für die Bände 1-3, 2. Aufl. München 2008.

- Band 3, §§ 217-359 InsO, Art. 103a-110 EGIInsO, Konzerninsolvenzrecht, Insolvenzsteuerrecht, 3. Aufl. München 2014.

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, hrsg. von Wolfgang Joecks / Roland Schmitz: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 7, Nebenstrafrecht II, Strafvorschriften aus: MarkenG, UrhG, UWG, AO, SchwarzArbG, AÜG, BetrVG, AktG, AWG, BauFordSiG, BörsG, DepotG, GenG, GewO, GmbHG, HGB, InsO, KWG, WpHG, TKG, TMG, München 2010 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKoStGB, § InsO Rn.).

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, hrsg. von Wolfgang Krüger / Thomas Rauscher: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1, §§ 1-354, 4. Aufl. München 2013 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKoZPO, § Rn.).

Münchener Vertragshandbuch, hrsg. von Martin Heidenhain / Burkhardt W. Meister: *Münchener Vertragshandbuch*, Band 1, Gesellschaftsrecht, 7. Aufl. München 2011 (zit.: *Bearbeiter*, in: Münchener Vertragshandbuch, Gesellschaftsrecht).

Musielak, Hans-Joachim: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, 11. Aufl. München 2014 (zit.: *Musielak/Bearbeiter*, ZPO, § Rn.).

Nerlich, Jörg / Römermann, Volker: Insolvenzordnung (InsO), Kommentar, Stand: Juni 2014, 26. Ergänzungslieferung, München 2014 (zit.: *Nerlich/Römermann/Bearbeiter*, InsO, § Rn.).

Neu, Peter / Ebbinghaus, Mark: Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit und die Prognoseproblematik, in: ZInsO 2012, S. 2229-2235.

Nimwegen, Sebastian / Sanne, Stefan: Ganzheitliches Sanierungscontrolling als Voraussetzung für nachhaltige Unternehmenssanierung, in: DB 2012, S. 1821-1824.

-
- Nolting-Hauff, Wilhelm / Greulich, Sven*: Was von der Insolvenzverursachungshaftung des Geschäftsführers nach § 64 S. 3 GmbHG bleibt, in: *GmbHR* 2013, S. 169-176.
- Oppenländer, Frank / Trölitzsch, Thomas*: Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 2. Aufl. München 2011 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung*, § Rn.).
- Palandt, Otto* (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 74. Aufl. München 2015 (zit.: *Palandt/Bearbeiter*, BGB, § Rn.).
- Pape, Gerhardt*: Zahlungsunfähigkeit in der Gerichtspraxis, in: *WM* 2008, S. 1949-1957.
- Pape, Gerhard / Uhlenbruck, Wilhelm / Voigt-Salus, Joachim*: Insolvenzrecht, 2. Aufl. München 2010 (zit.: *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus*, Insolvenzrecht, Kap. Rn.).
- Picot, Gerhard / Aleth, Franz*: Unternehmenskrise und Insolvenz, Vorbeugung – Turnaround – Sanierung, München 1999 (zit.: *Picot/Aleth*, Unternehmenskrise und Insolvenz, Rn.).
- Poertzgen, Christoph*: Neues zur Insolvenzverschleppungshaftung – der Regierungsentwurf des MoMiG, in: *NZI* 2008, S. 9-11.
- Die künftige Insolvenzverschleppungshaftung nach dem MoMiG, in: *NZI* 2007, S. 15-17.
- Poertzgen, Christoph / Meyer, Benedikt*: Aktuelle Probleme des § 64 Satz 3 GmbHG, in: *ZInsO* 2012, S. 249-258.
- Portisch, Wolfgang*: Risikoerkennung und Sanierungswürdigkeitsprüfung durch Kreditinstitute – Sanierungsentscheidungen nachvollziehbar treffen, in: *KSI* 2013, S. 149-154.
- Pott, Sarah*: Renaissance des modifiziert zweistufigen Überschuldungsbegriffs, in: *NZI* 2012, S. 4-9.

Rattunde, Rolf: Das neue Insolvenzplanverfahren nach dem ESUG, in: GmbHR 2012, S. 455-462.

Reul, Adolf / Heckschen, Heribert / Wienberg, Rüdiger: Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, Immobilien-, Gesellschafts-, Erb- und Familienrecht, München 2012 (zit.: *Bearbeiter*, in: Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, N. Rn.).

Reuter, Peter: Kalter Kaffee oder immer noch frisch? Das vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren – Welche Argumente trotz des ESUG weiterhin für die Einführung eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens sprechen, in: INDat-Report 06_2013, S. 8-11.

Riewe, Anne Deike: BMWi und BMJ: Gemeinsames Kolloquium zur Sanierung im Vorfeld von Insolvenzverfahren, in: NZI 2010, 561-563.

Römermann, Volker: Neues Insolvenz- und Sanierungsrecht durch das ESUG, in: NJW 2012, S. 645-652.

- Insolvenzrecht im MoMiG, in: NZI 2008, S. 641-646.

- Neue Herausforderungen durch das ESUG – ein Überblick, in: GmbHR 2012, S. 421-431.

Roth, Günther H. / Altmeyen, Holger: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Kommentar, 7. Aufl. München 2012 (zit.: Roth/Altmeyen/Bearbeiter, GmbHG, § Rn.).

Rowedder, Heinz / Schmidt-Leithoff, Christian: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Kommentar, 5. Aufl. München 2013 (zit.: *Bearbeiter*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § Rn.).

Saenger, Ingo: Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. München 2013 (zit.: *Saenger*, Gesellschaftsrecht, Rn.).

- Zivilprozessordnung, FamFG, Europäisches Verfahrensrecht, Handkommentar, 6. Aufl. Baden-Baden 2015 (zit.: Hk-ZPO/Bearbeiter, § Rn.).

Saenger, Ingo / Aderhold, Lutz / Lenkaitis, Karlheinz / Speckmann, Gerhard (Hrsg.): Handels- und Gesellschaftsrecht, Praxishandbuch, 2. Aufl. Baden-Baden 2011 (zit.: *Bearbeiter*, in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis/Speckmann, Handels- und Gesellschaftsrecht, § Rn.).

Saenger, Ingo / Al-Wraikat, Nadja: Insolvenzrecht versus Gesellschaftsrecht: Wer darf bei der GmbH wann den Schutzschirm öffnen?, in: NZG 2013, S. 1201-1206.

Saenger, Ingo / Inhester, Michael (Hrsg.): GmbHG, Handkommentar, 2. Aufl. Baden-Baden 2013 (zit.: Hk-GmbHG/Bearbeiter, § Rn.).

Schädlich, Jörg: Die objektiven und subjektiven Voraussetzungen der Insolvenzantragspflicht (§ 15a Abs. 1 InsO) - Die Manifestation der Insolvenzreife als Voraussetzung eines eingeschränkt-objektiven Sorgfaltspflichtmaßstabes bei der fahrlässigen Insolvenzantragspflichtverletzung, Hamburg 2012, zugl. Diss. Univ. Leipzig 2012 (zit.: *Schädlich*, Die objektiven und subjektiven Voraussetzungen der Insolvenzantragspflicht (§ 15a Abs. 1 InsO), S.).

Schaub, Bernhard: Die Haftung des Geschäftsführers einer GmbH gegenüber der Gesellschaft und den Gesellschaftern (Teil I), in: DStR 1992, S. 985-989.

Schienstock, Arnd / Reifert, Thomas / Drießen, Margarete: ESUG-Werkzeuge öffnen neue Sanierungswege - Anwendungserfahrungen im Überblick, in: KSI 2013, S. 167-171.

Schluck-Amend, Alexandra / Walker, Thilo: Neue Haftungsrisiken für GmbH-Geschäftsführer durch Pflicht zur Erstellung eines Insolvenzplans?, in: GmbHR 2001, S. 375-381.

Schmahl, Hermann-Josef: Subsidiäres Insolvenzantragsrecht bei führungslosen juristischen Personen nach dem Regierungsentwurf des MoMiG – Versuch einer rechtzeitigen begrifflichen und sachlichen Klärung, in: NZI 2008, S. 6-9.

Schmidt, Karsten: Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln u.a. 2002 (zit.: *K. Schmidt*, GesR, §).

- Konkursgründe und präventiver Gläubigerschutz – Ein Beitrag zur Diskussion um den Konkursgrund der Überschuldung, in: AG 1978, S. 334-340.
- Insolvenzordnung und Gesellschaftsrecht, in: ZGR 1998, S. 633-671.

-
- Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht im ESUG-Entwurf, in: BB 2011, S. 1603-1610.
 - Überschuldung und Unternehmensfortführung oder: per aspera ad astra, in: ZIP 2013, S. 485-493.
 - Reform der Kapitalsicherung und Haftung in der Krise nach dem Regierungsentwurf des MoMiG – Sechs Leitsätze zu § 30 GmbHG-E, § 64 GmbHG-E und § 15a InsO-E, in: GmbHR 2007, S. 1072- 1080.
 - Die Vereinsmitgliedschaft als Grundlage von Schadensersatzansprüchen – Positive „Vertragsverletzung“ und „sonstiges Recht“ im Innenrecht des Vereins, in: JZ 1991, S. 157- 162.
 - Organverantwortlichkeit und Sanierung im Insolvenzrecht der Unternehmen, in: ZIP 1980, S. 328-337.

Schmidt, Karsten / Lutter, Marcus (Hrsg.): Aktiengesetz, Kommentar, I. Band, §§ 1-149, 2. Aufl. Köln 2010 (zit.: *Bearbeiter*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § Rn.).

Schmidt, Karsten / Uhlenbruck, Wilhelm: Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz – Gesellschaftsrecht, Insolvenzrecht, Steuerrecht, Arbeitsrecht, Bankrecht und Organisation bei Krisenvermeidung, Krisenbewältigung und Abwicklung, 4. Aufl. Köln 2009 (zit.: *Bearbeiter*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn.).

Schneider, Steffen / Höpfner, Alexander: Die Sanierung von Konzernen durch Eigenverwaltung und Insolvenzplan – Insolvenzrechtliche und steuerliche Aspekte nach heutiger Rechtslage und nach RegE-ESUG, in: BB 2012, S. 87-92.

Scholz, Franz (Begr.): Kommentar zum GmbH-Gesetz (zit.: *Scholz/Bearbeiter*, GmbHG, § Rn.).

- Band I, §§ 1-34, Anh. § 13 Konzernrecht, Anh. § 34 Austritt und Ausschließung eines Gesellschafters, 11. Aufl. Köln 2012.
- Band II, §§ 35-52, Anh. § 45 Gesellschafterversammlung und Gesellschafterkompetenzen in der GmbH & Co. KG, 11. Aufl. Köln 2014.

-
- Seel, Henning-Alexander*: Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers – Worauf ist zu achten?, in: JA 2009, S. 446-451.
- Servatius, Wolfgang*: Covenants in der Restrukturierung, in: CFL 2013, S. 14-22.
- Siemon, Klaus*: Das ESUG und § 270b InsO in der Anwendung, in: ZInsO 2012, S. 1045-1053, zugl. Anm. zu AG Erfurt, Beschl. V. 13.4.2012 – 172 IN 190/12, in: ZInsO 2012, S. 944.
- Siemon, Klaus / Klein, Christian*: Haftung des (Sanierungs-)Geschäftsführers gem. § 64 GmbHG im Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO, in: ZInsO 2012, S. 2009-2019.
- Sikora, Karl*: Die Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung, in: ZInsO 2010, S. 1761-1775.
- Simon, Stefan*: Fast Track Investorenprozesse zur Insolvenzvermeidung, in: CFL 2012, S. 368-374.
- Spindler, Gerald*: Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat für fehlerhafte Auslegung von Rechtsbegriffen, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band 2, hrsg. v. Andreas Heldrich / Jürgen Prölss / Ingo Koller, München 2007, S. 403-428 (zit.: *Spindler*, in: FS Canaris, Bd. 2, S.).
- Spindler, Gerald / Stilz, Eberhard* (Hrsg.): Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, §§ 1-149, 2. Aufl. München 2010 (zit.: *Bearbeiter*, in: Spindler/Stilz, AktG, § Rn.).
- Stapper, Florian / Jacobi, Christoph Alexander*: Der Eigenantrag (§ 13 InsO) nach neuem Recht, in: ZInsO 2012, S. 628-629.
- Staudinger, Julius von* (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 823-825, Dreizehnte Bearbeitung von Johannes Hager, Berlin 1999 (zit.: *Staudinger/Bearbeiter*, BGB, § Rn.).
- Steffan, Bernhard*: Sicherung des Unternehmensbestands als erste Stufe der Sanierung, in: Wpg 2009, S. 273-282.

Stöber, Michael: Strukturmaßnahmen im Insolvenzplanverfahren und gesellschaftsrechtliche Treuepflicht – der Fall Suhrkamp, in: ZInsO 2013, S. 2457-2466.

Strohn, Lutz: Beratung der Geschäftsleitung durch Spezialisten als Ausweg aus der Haftung?, in: ZHR 176 (2012), S. 137-143.

- Faktische Organe – Rechte, Pflichten, Haftung, in: DB 2011, S. 158-167.

Thole, Christoph: Managerhaftung für Gesetzesverstöße – Die Legalitätspflicht des Vorstands gegenüber seiner Aktiengesellschaft, in: ZHR 173 (2009), S. 504-535.

- Treuepflicht-Torpedo? Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht im Insolvenzverfahren, in: ZIP 2013, S. 1937-1945.

Uhlenbruck, Wilhelm: Die neue Insolvenzordnung (II), Auswirkungen auf das Recht der GmbH und GmbH & Co. KG, in: GmbHR 1995, S. 195-211.

Uhlenbruck, Wilhelm / Hirte, Heribert / Vallender, Heinz: Insolvenzordnung, Kommentar, 13. Auflage München 2010 (zit.: Uhlenbruck/Bearbeiter, InsO, § Rn.).

Ulmer, Peter: Konkursantragspflicht bei Überschuldung der GmbH und Haftungsrisiken bei Konkursverschleppung, in: KTS 1981, S. 469-492.

Ulmer, Peter / Habersack, Mathias / Löbbe, Marc (in Nachfolge für Martin Winter), (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Großkommentar, Band I, §§ 1-28, 2. Aufl. Tübingen 2013 (zit.: U/H/L/Bearbeiter, GmbHG, § Rn.).

- Band II, §§ 29-52, 2. Aufl. Tübingen 2014.

Ulmer, Peter / Habersack, Mathias / Winter, Martin: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Großkommentar, Band III, §§ 53-87, Tübingen 2008 (zit.: U/H/W/Bearbeiter, GmbHG, § Rn.).

-
- Vallender, Heinz*: Die Eigenverwaltung in neuem Gewand nach dem ESUG, in: GmbHR 2012, S. 445-450.
- Das neue Schutzschirmverfahren nach dem ESUG, in: GmbHR 2012, S. 450-455.
- Veil, Rüdiger*: Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht – Verlust des halben Kapitals, Pflicht zu ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, in: ZGR 2006, S. 374-397.
- Weller, Niels*: Das Trugbild einer dichotomen insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose – Grundlagen einer betriebswirtschaftlich fundierten Unternehmensplanung – zugleich Entgegnung auf den Beitrag von Wolf, DStR 2009, 2682, in: DStR 2010, S. 1046-1050.
- Wicke, Hartmut*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Kommentar, 2. Aufl. München 2011 (zit.: *Wicke*, GmbHG, § Rn.).
- Willemsen, Reinhard / Rechel, Janine*: Insolvenzrecht im Umbruch – ein Überblick über den RegE-ESUG, in: BB 2011, S. 834-840.
- Erweiterte Geschäftsführerhaftung beim Cash-Pooling – Ausweitung der Insolvenzpräventionspflichten in § 64 GmbHG, in: GmbHR 2010, S. 349-355.
- Wimmer, Klaus / Dauernheim, Jörg / Wagner, Martin / Gietl, Josef* (Hrsg.): Handbuch des Fachanwalts Insolvenzrecht, 6. Aufl. Köln 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: Wimmer/Dauernheim/Wagner/Gietl, Hdb FA Insolvenzrecht, Kap. Rn.).
- Winnefeld, Robert*: Bilanz-Handbuch – Handels- und Steuerbilanz, Rechtsformspezifisches Bilanzrecht, Bilanzielle Sonderfragen, Sonderbilanzen, IAS/US-GAAP, 4. Aufl. München 2006 (zit.: *Winnefeld*, Bilanz-Handbuch, Kap. Rn.).
- Winstel, Marc*: Anforderungen des § 64 S. 3 GmbHG, zugl. Anm. zu OLG München, Urt. v. 6.5.2010, Az. 23 U 1564/10, in: DZWIR 2010, S. 437-440.
- Winstel, Marc / Skauradszun, Dominik*: Zahlungen an mehrere Gesellschafter in der Krise - Verteilungsmaßstäbe im Rahmen des § 64 S. 3 GmbHG -, in: GmbHR 2011, S. 185-190.

Wolf, Thomas: Mythos Fortführungsprognose – Welche Rolle spielt die Ertragsfähigkeit?, in: DStR 2009, S. 2682-2685.

Ziemons, Hildegard / Jaeger, Carsten (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar, GmbHG, Stand: 01.10.2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOK-GmbHG, § Rn.).

Bezüglich der verwendeten Abkürzungen wird verwiesen auf:

Kirchner, Hildebert: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 7. Aufl. Berlin 2013.

Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Spannungsfeld zwischen Sanierungspflicht und Insolvenzantragspflicht

Carolin Roßkothen

Die Stellung eines Insolvenzantrags für ein insolventes Unternehmen erfolgt durchschnittlich etwa erst ein Jahr nach Eintritt der materiellen Insolvenz. Dies hat zur Folge, dass in vielen Fällen keine Sanierungschancen mehr bestehen. Um Anreize für eine frühzeitige Antragstellung zu schaffen, hat der Gesetzgeber durch das ESUG die Eigenverwaltung gestärkt und das Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO eingeführt. Jedoch birgt eine frühzeitige Antragstellung nach wie vor Risiken, da das Bekanntwerden einer Unternehmensinsolvenz am Markt gravierende wirtschaftliche Konsequenzen haben kann. Für den GmbH-Geschäftsführer ergibt sich daraus ein Spannungsfeld zwischen einer Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung und Haftung wegen verspäteter Antragstellung einerseits und einer Haftung wegen verfrühter Antragstellung andererseits. Die Auflösung dieses bislang nicht geklärten Spannungsfeldes hängt insbesondere davon ab, wie die Rechtzeitigkeit der Antragstellung festgestellt werden kann.

ISBN 978-3-8405-0123-4



9 783840 501234

EUR 24,50



02450