

## § 5 Gläubigerschutz in der geschlossenen Kapitalgesellschaft\*

### A. Die beschränkte Haftung – Privileg oder Ausdruck der Privatautonomie

#### 1. Die Haftungsbeschränkung – nicht Wesensmerkmal, sondern rechtspolitisches Gestaltungsmerkmal

Die beschränkte Haftung der Gesellschafter für die Schulden der Gesellschaft gehört zu den prägenden Merkmalen der (geschlossenen) Kapitalgesellschaft. Sie findet sich bei den Aktiengesellschaften und GmbH (sowie deren Verwandten auf dem europäischen Kontinent) ebenso wie bei der britischen *company limited by shares* oder der *US-corporation*.

Eine rechtspolitische (Neu-)Konzeption des Gläubigerschutzes in der Kapitalgesellschaft darf nicht davon ausgehen, dass die Haftungsbeschränkung ein zwingendes und damit der rechtspolitischen Diskussion vorgegebenes Wesensmerkmal der juristischen Person im Allgemeinen oder der Kapitalgesellschaft im Besonderen bildet.<sup>1</sup> Auch wird man nicht bei der juristischen Person oder auch nur bei der Kapitalgesellschaft die beschränkte Haftung der Mitglieder für eine vorgesezte natürliche Regel halten und den Durchgriff auf Teilhaber oder Organmitglieder zur rechtfertigungsbedürftigen Ausnahme erklären können. Zwar legt die Qualifikation bestimmter (unternehmerischer) Rechtsgebilde als juristischer Personen es auf den ersten Blick nahe, sämtliche durch ihre Tätigkeit hervorgerufenen Schuldverhältnisse in erster Linie ihr selbst und nicht ihren Mitgliedern oder den für sie handelnden natürlichen Personen zuzuordnen. Doch sagt dies nichts über Grund und Umfang einer Haftung von Gesellschaftern und Handelnden aus. Vielmehr zeigt ein Blick in Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung die Kurzsichtigkeit dieser Annahme.

Aus der Sicht der deutschen Rechts tradition hat sich gerade in jüngerer Zeit die Differenzierung zwischen der juristischen Person einerseits und der auf ihre Teilhaber bezogenen Gesamtheit sowie weiteren nicht-inkorporierten Personenverbänden andererseits als fragwürdig herausgestellt. Die selbstständige Rechtssträgerschaft war für die Personengesellschaften des Handelsrechts schon immer in § 124 HGB angeordnet und ist dennoch mit der vollen persönlichen Haftung der Mitglieder verbunden; umgekehrt belegt die langjährige Rechtspraxis zum nichtrechtsfähigen Idealverein, dass das Fehlen der förmlichen Rechtsfähigkeit einer Körperschaft nicht notwendig die persönliche Haftung der Mitglieder nach sich zieht. Spätestens seit dem Siegeszug der übergreifenden Kategorie des selbstständigen „Rechtssträgers“ in der Zivilrechtsdogmatik, der alle gesamthänderischen Personengesellschaften wie die GbR oder die OHG

ebenso wie Vereine oder Kapitalgesellschaften einschließt und jeweils den Personenverband zum Fokuspunkt der Rechtsverhältnisse erklärt,<sup>2</sup> lassen sich aus der Dichotomie zwischen der juristischen Person und der Gesamtheit für die Haftungslage der Gesellschafter (oder der Handelnden) keine unmittelbaren Schlüsse ziehen. Aber auch umgekehrt gilt: Dass schon der historische Gesetzgeber des GmbH-Gesetzes die Frage nach der Qualifikation der Gesellschaft mit beschränkter Haftung als „juristischer Person“ der Wissenschaft überließ,<sup>3</sup> zeigt, dass die Haftungsbeschränkung als solche nicht zwingend mit der Kategorie der juristischen Person verbunden ist.

Aus rechtsvergleichender Sicht verstärkt sich für die Personenhandelsgesellschaften die Skepsis gegenüber „natürlichen“ oder „logischen“ Vorgaben zum Thema der Haftungsbeschränkung durch einen Blick auf den romanischen Rechtskreis, der diese schon immer der Kategorie der „personae morales“ unterwirft, ohne dass diese Einordnung an der persönlichen Haftung der Teilhaber etwas ändern würde; aus der Sicht des britischen Rechtskreises findet sich schließlich unter den Urformen der Kapitalgesellschaft neben der *company limited by shares* mit beschränkter Haftung die *unlimited company* mit unbeschränkter Haftung der Gesellschafter, ohne dass hinsichtlich der Rechtsfähigkeit der *company* im Außenverhältnis differenziert würde;<sup>4</sup> hinzu tritt in der neueren britischen und US-amerikanischen Gesellschaftsrechtsgesetzgebung die *limited liability partnership*, die mit Rücksicht auf ihr flexibel gestaltbares Innenverhältnis und den Vorrang der Selbstorganschaft als Personengesellschaft gilt und dennoch (anders als die deutsche Kommanditgesellschaft oder Partnerschaftsgesellschaft) keinen ihrer Gesellschafter einer unbeschränkten persönlichen Haftung aussetzt.<sup>5</sup> In der Gestaltungspraxis steht diese LLP wiederum phänotypisch der als „legal person“ kategorisierten *limited liability corporation* (LLC) des US-Rechts nahe,<sup>6</sup> vor dem Hintergrund dieser Formenvielfalt verlieren begriffliche oder sonst kategoriale Vorgaben weitgehend ihren Nutzwert.

Wer europäisches Gesellschaftsrecht in den Blick nimmt, wird zwei weitere Beispiele für die Unbrauchbarkeit dogmatischer Kategorien geben können: Die Gleichgültigkeit der EWIV-VO gegenüber der Qualifikation der EWIV als juristische Person oder Personengesellschaft (sie überlässt diese Zuordnungsfrage in Art. 15 EWIV-VO letztlich den Mitgliedstaaten) oder auch das rechtspolitische Programm der Einpersonengesellschafts-Richtlinie, die den Mitgliedstaaten zwar verpflichtend aufzulegen, für Einzelunternehmer eine Rechtsform mit beschränkter Haftung einzuführen, aber dabei nicht darauf Wert legt, ob diese als eigenständige juristische Person oder haftungsbeschränktes Sondervermögen des Unternehmers ausgestaltet wird.<sup>7</sup>

2 K. Schmidt, AcP 209 (2009), 181.

3 Nachweise bei Fleischner, MünchKommB. z. GmbHG, 2010, Einleitung Rdn. 6 f.

4 Gower/Davies, Principles of Modern Company Law, 8. Aufl., 2008, I – 13.

5 Gower/Davies, aO (Fn. 4), I – 3.

6 Siehe Sec. 104 (a) Revised Uniform Limited Liability Company Act 2006, zur vertraglichen Kontrolle der *managers* und *members* in der Delaware LLC. D. Matteo, 46 Am. Bus. L. J. 279 (2009).

7 Schön, RabelsZ 64 (2000), 1.

\* Der Text beruht auf einem Entwurf von Schön.

1 Ausführlich Grigoleit, Gesellschaftsrecht für interne Einflusnahme im Recht der GmbH, 2006, S. 8 ff; Voraussetzung für die beschränkte Haftung ist allerdings die Bildung eines Sondervermögens (Dunbar/Flume, ZEuP 2012, 128 zum Einzelkaufmann mit beschränkter Haftung).

Maßgeblich für das Design des Gläubigerschutzes im Recht der geschlossenen Kapitalgesellschaft müssen daher die wirtschaftliche Funktion der Rechtsform einerseits und die Wahrung der involvierten Interessen andererseits sein. Dabei wird man – wie auch zu anderen Themenstellungen – fragen müssen, ob und in welchem Umfang Grundlage und Ausgestaltung des Schutzes den betroffenen Personen zur privatautonomen Verhandlung und Gestaltung überlassen bleiben können.

## II. Die Funktion der Haftungsbeschränkung in der geschlossenen Kapitalgesellschaft

Die Funktion der Haftungsbeschränkung in der geschlossenen Kapitalgesellschaft unterscheidet sich graduell, aber nicht prinzipiell von der Funktion der Haftungsbeschränkung in der Publikums-Kapitalgesellschaft. Es geht in beiden Fällen um den Anreiz für Investoren, einen begrenzten Teil des eigenen Vermögens in ein (riskantes) Projekt zu investieren, ohne im Falle des Misserfolgs mit dem gesamten Restvermögen für die entstandenen Verbindlichkeiten einstehen zu müssen.<sup>8</sup> Damit erweitert die geschlossene Kapitalgesellschaft gezielt den Kreis der möglichen Investitionsformen; andernfalls würden bestimmte volkswirtschaftlich erwünschte Investitionen möglicherweise unterbleiben.

Der wesentliche Unterschied zur Publikumsgesellschaft liegt in der typologischen Annahme, dass dort die Investoren des allgemeinen Kapitalmarkts (Portfolio-Aktionäre und institutionelle Anleger) nicht zugleich als Mitglieder der Geschäftsführung agieren und auch nicht jeweils in einem Umfang am stimmberechtigten Kapital beteiligt sind, der ihnen kraft ihrer mitgliederschaftlichen Mitwirkungs- und Informationsrechte einen nennenswerten Einfluss auf die operative Geschäftsführung der Gesellschaft sichert. Demgegenüber kann in einer geschlossenen Kapitalgesellschaft regelmäßig angenommen werden, dass alle oder einige Gesellschafter entweder persönlich die Aufgabe der Geschäftsführung wahrnehmen oder zumindest im Rahmen einer Gesellschafterversammlung oder anderer Organe (Aufsichtsräte, Beiräte etc.) substantiell auf das operative Geschäft Einfluss nehmen können.

Dieser organschaftlich oder mitgliederschaftlich begründete Einfluss der Gesellschafter einer geschlossenen Kapitalgesellschaft stellt allerdings deren grundsätzliches Bedürfnis nach einer haftungsbeschränkten Rechtsform nicht in Frage. Andernfalls wären weder die Erfindung noch der Siegeszug der GmbH in der Welt zu erklären.<sup>9</sup> Eine Notwendigkeit, in „eigentümergeführten“ Unternehmen generell die Haftungsbeschränkung zu problematisieren, ist empirisch nicht begründet. Daher können auch allgemein gehaltene Räsonnements über einen Gleichlauf von Herrschaft und Haf-

nung,<sup>10</sup> der kontrollierenden Gesellschaftern tendenziell die Befugnis zur Haftungsbeschränkung entziehen würde, nicht überzeugen. Die typischen Fallgruppen der *close company*, nämlich die Familiengesellschaft, das *joint venture*, die Konzernrochergesellschaft oder die *start-up-company* leben von der Kombination aus Haftungsbeschränkung und Steuerungsmöglichkeit der Gesellschafter und haben sich nicht als prinzipiell wohlfahrtschädlich erwiesen.<sup>11</sup> Die klare Entscheidung des europäischen Gesellschaftsrechts für die Einpersonen-GmbH unterstreicht die rechtspolitische Sinnhaftigkeit der *close company* mit Nachdruck.

Daher kann die Grundfrage des Gläubigerschutzes in der geschlossenen Kapitalgesellschaft nicht auf das Ob einer Haftungsbeschränkung in geschlossenen Gesellschaften, sondern nur auf das Wie ihrer Ausgestaltung, insbesondere der Eindämmung opportunistischen Verhaltens der Mitglieder und Geschäftsleiter der Gesellschaft gegenüber den Gläubigern, gerichtet sein.

## III. Die Haftungsbeschränkung – ein „Privileg“?

So wenig man davon ausgehen darf, dass in der juristischen Person die persönliche Haftung der Beteiligten eine rechtfertigungsbedürftige Ausnahme bildet, so wenig leuchtet es umgekehrt ein, die Haftungsbeschränkung einer Gesellschaftsform als „Privileg“<sup>12</sup> zu deuten, das „verdient“ oder „erkauft“ werden müsse. Mit der rechtspolitischen Entwicklung des gesetzlichen Rahmens der juristischen Personen weg vom Konzessionssystem hin zum System der Normativbestimmungen in allen relevanten Gesellschaftsrechtsordnungen ist der Ausnahmecharakter der Gründung einer juristischen Person (durch *royal charter* oder einen vergleichbaren Genehmigungsakt) entfallen und ist seither die Gründung einer juristischen Person als selbstverständlicher Ausdruck der Privatautonomie (konkret aus deutscher Sicht: der Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG) akzeptiert. Damit steht auch fest, dass diese Gründung nicht an Pseudo-Gegenleistungen der Gründer geknüpft werden darf. Im Europäischen Recht hat die Einpersonengesellschafts-RL aus dem Jahre 1989 diese Haltung auch für die GmbH mit nur einem Gesellschafter bekräftigt. Beispielhaft ist dieser Gedanke schließlich in der Gesellschaftsteuer-RL der Europäischen Union formuliert, die lediglich die Einrichtung der kostenbezogenen Gebühren für den Handelsregisterantrag als fiskalische Schranke der Eintragung zulässt. Die Vorstellung eines weitergehenden „Eintrittsgeldes“ für Gesellschaftsgründer oder einer anderen Zusatzleistung ist damit nicht vereinbar.

Daher ist auch die Annahme, eine Haftungsbeschränkung müsse durch die Aufbringung eines Mindestkapitals erkauf<sup>13</sup> oder durch die Bereitschaft zur Offenlegung

<sup>8</sup> Haas, Gutachten E zum 66. DJT 2006, S. E 13; *Fleischer*, aaO (Fn. 3), Einl. GmbHG Rdn. 281 ff; siehe auch EuGH NZG 2011, 183, 185 ff Rdn. 47 ff – C-81/09 (*Tatryma Typos*) zur unbeschränkten Haftung als Hindernis der wirtschaftlichen Entfaltung im Binnen-

markt sowie *Pfennig*, Gläubigerschutz bei der Europäischen Privatgesellschaft, 2011, S. 42 f.

<sup>9</sup> Näher *Fleischer*, aaO (Fn. 3), Einl. GmbHG Rdn. 210 ff; *Grigoleit*, aaO (Fn. 1), S. 31 ff.

<sup>10</sup> Dagegen auch *Spindler*, JZ 2006, 839, 840; *Grigoleit*, aaO (Fn. 1), S. 18 ff; zur Diskussion in den 30er Jahren siehe *Fleischer*, aaO (Fn. 3), Einl. GmbHG Rdn. 88.

<sup>11</sup> *McCahery/Vermelen*, Corporate Governance of Non-Listed Companies, 2008, S. 6 ff, 24 ff.

<sup>12</sup> Zuletzt *Schall*, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, 2009, S. 294 ff.

<sup>13</sup> *Lutner*, in: *Lutner*, Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, 2006, S. 1, 4.



vermag die Haftung über das Gesellschaftervermögen hinaus zu erweitern (etwa durch Gesellschafterbürgschaften) oder auf einzelne Teile des Gesellschaftsvermögens zu begrenzen (etwa durch Individualvertrag mit einem einzelnen Gläubiger). Bei dieser Betrachtung wird deutlich, dass mit jeder Wahl einer Rechtsform auch ein „kollektivvertragliches“ Element verbunden ist: die Gründer entscheiden sich für eine Rechtsform als „Standardvertrag“ mit Dritten, die je nach Wunsch der Beteiligten im Rahmen des zwingenden Rechts durch „Individualabreden“ ergänzt werden kann. Daher soll der nachstehenden Analyse die Annahme zugrunde gelegt werden, dass die objektivrechtlichen Vorgaben des Gesellschaftsrechts einen teils dispositiven, teils verbindlichen „Standardvertrag“ zwischen Gründern/Gesellschaftern und Gläubigern bieten.

Die Existenz eines solchen von dispositivem und zwingendem Recht geprägten „Standardvertrages“ bietet zugleich die Gewähr, dass sich die Gerichte nicht vorzeitig aufgefordert sehen, den im konkreten Fall für nötig gehaltenen Schutz einzelner Gruppen durch allgemeine Rechtsinstanz („Durchgriff“, „Missbrauch“) zu substituieren.<sup>20</sup> Je mehr institutionelle Regeln das Gesetz den Gläubigern anbietet, umso weniger Erfolg verheißt der Rekurs auf richterliche Generalklauseln.

#### B. Die Funktion der Regeln zur Bildung eines Sondervermögens und zur Haftungsbeschränkung für verschiedene Gläubigergruppen

##### 1. Adjusting und Non-Adjusting Creditors

Es ist allgemein anerkannt, dass die gesetzlichen Regeln zur Haftungsbeschränkung je nach der Person des Gläubigers und dem Rechtsgrund seiner Ansprüche unterschiedliche Funktionen besitzen. Als Analyserahmen wird regelmäßig die von *Bechtel/Fried* begründete Distinktion zwischen *adjusting* und *non-adjusting creditors* verwendet, welche die Schutzwürdigkeit von Gläubigern danach beurteilt, ob und in welchem Umfang sie in der Lage sind, die Befriedigung ihrer Ansprüche vertraglich sicherzustellen.<sup>21</sup> Das Paradigma für einen *adjusting creditor* bildet die Hausbank des Schuldners, die mit überlegenen Wissen und faktischer Durchsetzungskraft eine weitgehende Sicherung ihrer Ansprüche oder entsprechende Risikoprämien durchsetzen kann. Dem stehen als *non-adjusting creditors* insbesondere die Deliktsgläubiger gegenüber, die unfreiwillig und ohne Verhandlungen in die Gläubigersituation geraten, aber auch andere gesetzliche Gläubiger oder wirtschaftlich schwache Vertragspartner (namentlich Arbeitnehmer oder kleine Lieferanten und Handwerker), denen einerseits wirtschaftlich nicht zumutbar ist, von einem Vertragsschluss mit der haf-

tungsbeschränkten Einheits Abstand zu nehmen, die andererseits aber auch nicht stark genug sind, ausgeglichene oder jedenfalls für sie passende Vertragsklauseln auszuhandeln.<sup>22</sup> Es sprechen gute Gründe dafür, diese Vertragsgläubiger durch gruppenspezifische Schutznormen außerhalb des Gesellschaftsrechts abzusichern, wie dies für Arbeitnehmer beispielhaft durch Insolvenzrechte, Pensionsversicherung und andere Instrumente geschehen ist. Vielfach wird sich auch durch das Recht zum schlichten Zug-um-Zug-Austausch von Leistungen oder Werkunternehmerpfandrechte ein Mindestschutz ergeben.

Hinzu treten weitere gesetzliche Schuldverhältnisse, die aufgrund ihrer jeweiligen Struktur eher als deliktähnlich oder als vertragähnlich bezeichnet werden können, z.B. Konditionsansprüche, Verbindlichkeiten aus Gefährdungshaftung oder öffentliche-rechtliche Pflichten, z.B. Steuerverpflichten. Gerade am Beispiel der Steuerzahlungspflichten zeigt sich allerdings die Ambivalenz des Begriffspaares *adjusting/non-adjusting creditors*.<sup>23</sup> Einerseits erscheint der Staat als der überlegene Gläubiger, der es als Gesetzgeber in der Hand hat, Steuerabstände frei und ohne Gegenleistung zu formulieren sowie Konkursvorrechte und andere Sicherungen zu etablieren. Andererseits führt die streng dem einheitlichen Vollzug verpflichtete Anwendung des Steuergesetzes nicht dazu, dass die Finanzverwaltung im Einzelfall darüber entscheiden kann, ob ein Steueranspruch zur Entstehung gelangt oder ob sie ihn durchsetzen möchte. Der Staat als Steuergesetzgeber ist daher ein *adjusting creditor*, die Finanzbehörden im Vollzug sind es nicht. Es spricht daher vieles dafür, diese Fallgestaltungen einer Sonderregelung zu unterwerfen. Dies gilt in vergleichbarer Weise für öffentlich-rechtliche Pflichtbeiträge wie z.B. Sozialversicherungsbeiträge, die einerseits einen Gegenleistungsanspruch begründen (und daher vertragähnlichen Charakter haben), deren Entstehung und Durchsetzung allerdings nicht schlichter freiwillig erfolgen darf.

##### II. Das Zurechnungsproblem bei Deliktsgläubigern

Schaut man näher hin, so zeigt sich, dass die Differenzierung zwischen anpassungsfähigen und nicht anpassungsfähigen Gläubigern bereits eines als gegeben hinnimmt: die primäre Zuordnung einer Verbindlichkeit zur Gesellschaft (verstanden als Sondervermögen) als solche und damit auch die prinzipiell fehlende persönliche Haftung der Gesellschaftsorgane oder der Gesellschafter selbst. Vor diesem Hintergrund wird dann behandelt, ob es erforderlich ist, bestimmte gesetzliche Ausnahmeregelungen über den Schutz des Vermögens der Gesellschaft, den Durchgriff auf die Gesellschafter, die Verhaltenspflichten der Gesellschaftsorgane etc. zu formulieren.

<sup>20</sup> *Böckmann*, Gläubigerschutz bei GmbH und *close corporation*, 2005, S. 317 ff.

<sup>21</sup> Näher: *Armour/Hertig/Kanda*, in: *Kraakman/Armour/Davies/Earntaus/Hansmann/Hertig/Hopv/Kanda/Rock*, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 2. Aufl., 2009, S. 115, 120 f; kritisch zu dieser Differenzierung *Grigolenti*, aAO (Fn. 1), S. 42 ff.

<sup>22</sup> Näher: *Haas*, aAO (Fn. 8), S. E 95 ff; *Mühlberg*, in: *Eidemüller/Schön*, *The Law and Economics of Creditor Protection – A Transatlantic Perspective*, 2008, S. 361, 370 ff.

<sup>23</sup> Näher *Schön*, FS Westermann, 2008, S. 1469; zuletzt *Altmeyer*, FS Goette, 2011, S. 1; *Weiland*, DZWR 2011, 224.

Gedanklicher Ausgangspunkt der Analyse muss demgegenüber der Umstand sein, dass in der realen Welt Schuldverhältnisse nur durch das Verhalten natürlicher Personen begründet werden können. Traditionell wird ein solches Verhalten mit dem Begriff der „Handlung“ beschrieben, der sowohl tatsächliche als auch rechtsgeschäftliche Maßnahmen einschließt. Sowohl für tatsächliches als auch für rechtsgeschäftliches Verhalten muss in einem ersten Schritt daher die Frage beantwortet werden, ob die Verbindlichkeit (i.S. einer Verantwortung für die Folgen einer Maßnahme) die handelnden Personen selbst treffen soll. Das Deliktsrecht legt diese persönliche Haftung zugrunde, wenn es die Verpflichtung zum Schadensersatz an die persönliche Verletzung fremder Rechtsgüter oder dritgerichteter Verhaltenspflichten knüpft (siehe § 823 Abs. 1 BGB). Die Rechtsgeschäftslehre verlangt dies im Ausgangspunkt ebenfalls, indem der Abschluss von Rechtsgeschäften, soweit diese nicht erkennbar im Namen Dritter vorgenommen werden, den Handelnden bindet (siehe § 164 Abs. 2 BGB).

Ein wesentlicher Unterschied zwischen der vertraglichen und der deliktischen Haftung liegt nun zunächst darin, dass bei der vertraglichen Haftung der (offen gelegte) Inhalt des Rechtsgeschäfts die Gesellschaft (oder/und andere natürliche oder juristische Personen) als Träger einer Verbindlichkeit identifiziert und damit das Rechtsgeschäft selbst den gedanklichen Ausgangspunkt für die weiteren Zuordnungsfragen bildet. Demgegenüber ist gerade bei der deliktischen Haftung eine unmittelbare Zuordnung der Verbindlichkeit zur Gesellschaft nicht denkbar. Ausgangspunkt ist vielmehr stets das persönliche Handeln (einschließlich Unterlassen) einer oder mehrerer natürlicher Personen<sup>24</sup> und es geht um die zurechnende Zurechnung der eintretenden Folgen an die beteiligten Rechtsträger. Auf der Seite des Deliktsgläubigers ist dabei zu beachten, dass dieser unfreiwillig einer schädigenden Handlung ausgesetzt wird und daher seinen Schaden nicht von Vornherein im Vertrauen auf die persönliche Haftung einer bestimmten Person (der Gesellschaft, der Geschäftsführer oder der Gesellschaftsleiter) erleidet. Weder hat der Deliktsgläubiger über die Bedingungen der Forderungsstrenghung „verhandeln“ können noch kann er andererseits die Existenz eines bestimmten Haftungsfonds erwarten.

Für die Zurechnung von Delikten zu einer juristischen Person ist daher eine rechtspolitische Begründung erforderlich. Diese liegt typischerweise in dem Umstand begründet, dass eine schädigende Handlung in Ausführung einer Tätigkeit vorgenommen wird, deren Erfolg dem Gesellschaftsvermögen zugute kommen soll.<sup>25</sup> Daher muss die juristische Person auch die nachteiligen Konsequenzen dieses Handelns internalisieren. Andernfalls bestünde ein Fehlreiz zum Betrieb extern schadensträchtiger Unternehmungen in inkorporierter Form.

Außerordentlich problematisch ist gerade im Deliktsrecht aber die Frage nach einer möglichen Enthaltung der handelnden Personen durch den Verweis auf eine Zurechnung der Verbindlichkeit an die Gesellschaft. Dies ist vor allem dann von Bedeu-

tung, wenn sich die Verhaltenspflichten, gegen die eine Person (durch Tun oder Unterlassen) verstoßen hat, gerade nicht als „Jedermannspflichten“ darstellen, sondern im (unternehmerischen) Geschäftsbereich der Gesellschaft ihre Grundlage finden, z.B. durch den Betrieb gefährlicher Anlagen, den Vertrieb schadhafter Produkte oder die Aufsicht über das Unternehmenspersonal.<sup>26</sup> Im Einzelfall ist daher festzustellen, wann eine „private“ Verlagerung der deliktischen Verbindlichkeit auf die Gesellschaft in Frage kommt und wann eine gesamtschuldnerische Solidarhaftung angemessen erscheint.<sup>27</sup> Dies wiederum muss nicht die Frage präjudizieren, ob die handelnde natürliche Person gegenüber der juristischen Person zum Regress berechtigt ist oder umgekehrt die juristische Person die natürliche Person wegen Fehlverhaltens in Anspruch nehmen kann.

Vor diesem Hintergrund ist auch die Frage des „Durchgriffs“ auf die Gesellschaft bei individuellen schädigenden Handlungen in erster Linie eine Frage des Deliktsrechts, nicht des Gesellschaftsrechts: Das Deliktsrecht hat darüber zu entscheiden, ob die schädigende Handlung den hinter den Gesellschaftern stehenden Personen mittelbar als „eigenes“ Handeln zugerechnet und daher mit Haftungsfolgen ausgestattet werden kann – etwa weil die Gründung der juristischen Person bereits auf die Verlagerung hoher Risiken auf potentielle Opfer angelegt ist.<sup>28</sup> Auf diese Problematik kann in unserem vorwiegend gesellschaftsrechtlichen Kontext nicht ausführlich eingegangen werden.

### C. Vertragliche Gläubiger

#### I. Regelungsziele

Wenn eine Person gegen eine Kapitalgesellschaft auf vertraglicher Grundlage einen schuldrechtlichen Zahlungs- oder sonstigen Leistungsanspruch erwirbt, so ist dieser Anspruch in aller Regel (abgesehen von dem seltenen Fall der Schenkung) auf eine eigene Leistung des Gläubigers gegründet. Dabei ist zwischen einem Leistungsaustausch Zug-um-Zug und Fällen einer einseitigen Vorleistung zu unterscheiden. Exemplarisch ist die Hingabe eines Darlehens gegen das Versprechen der Rückzahlung des Kapitalbetrags und der Entrichtung von Zinsen oder anderen Entgelten für die zeitlich betriebsfähige Kapitalüberlassung. Weitere Fallgestaltungen betreffen Kauf-, Werk- oder Dienstleistungen sowie die Überlassung von Sachen zur Nutzung, soweit nicht Leistung und Gegenleistung unmittelbar Zug um Zug ausgetauscht werden, sondern der Gläubiger eine Vorleistung erbringt. Typisch ist für diese Konstellationen, dass

26 *Klenndiek*, Deliktshaftung und juristische Person, 1997.

27 *Bachmann*, in: *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil*, Steuerungsfunktionen des Haftungsrechts im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 2007, S. 93, 137 ff; siehe beispielhaft BGHZ 166, 84 (Kirch/Breuer).

28 *Lebronn*, 91 *Column. L. Rev.* 1565 (1991); *Hansmann/Krakeman*, 100 *Yale L.J.* 1879 (1991).

24 *Wagner*, Münchener Komm. z. BGB, 5. Aufl., 2009, § 823 Rdn. 305 ff; siehe auch § 4 B.II.1.(c)bb).

25 Zuletzt ausführlich *Gehrlein*, FS Hüffer, 2010, S. 205.

der Gläubiger während einer bestimmten Zeitspanne einen Wert auf das Gesellschaftsvermögen überträgt und seinerseits darauf angewiesen ist, dass aus diesem Gesellschaftsvermögen die Rückgewähr (Darlehen) oder Gegenleistung (Zinsen und andere Leistungs- oder Lieferungsentgelte) erbracht wird. Hat sich der Gläubiger keine Individualsicherheit ausbedingen lassen (etwa ein Grundpfandrecht an einem der Gesellschaft gehörenden Grundstück oder eine Gesellschafterbürgschaft), so hängt die Bonität dieses Anspruchs wesentlich von der Solvenz der Gesellschaft ab. Der Gläubiger hat also ein Interesse daran, dass diese Solvenz (spätestens im Falligkeitszeitpunkt) gegeben ist. Aus der Sicht des Gesetzgebers stellt sich die Frage, ob dieses Interesse einen Anlass für (zwingende oder dispositive) gesetzliche Vorschriften bildet.

Dies erfordert eine volkswirtschaftliche Würdigung unternehmerischen Handelns. Diese geht davon aus, dass die freiwillige Bündelung von Produktionsfaktoren aus dem Bereich der Unternehmensgründer (*Know How*, Arbeitskraft, Eigenkapital etc.) und Produktionsfaktoren aus dem Bereich der Gläubiger (Fremdkapital, Vorkleistungen von Waren, Werken oder Diensten) zur effizienten Allokation von Ressourcen und damit zu einer Steigerung der Gesamtwohlfahrt führen kann. Daher ist es Aufgabe der Rechtsordnung, einen Rahmen bereitzustellen, der diese Zusammenführung ermöglicht und dabei insbesondere die Kosten für die Unternehmensgründer einerseits und die Kosten für die Gläubiger andererseits insgesamt effizient zuordnet.<sup>29</sup>

Beginnt man diese Prüfung bei der Person des Gläubigers, so wird man feststellen, dass dieser die Bereitstellung von Fremdkapital oder andere Vorleistungen davon abhängig machen wird, in welchem Umfang die Solvenz für die Zukunft gesichert ist oder das Risiko der Insolvenz durch Risikozuschläge auf den vereinbarten Zins entgolten werden muss.<sup>30</sup> Dabei zeigt sich, dass nicht jedes beliebige Risiko durch solche Zuschläge aufgefangen werden kann. Es wird sich häufig als effizienter erweisen, bestimmte Risiken (etwa opportunistisches Verhalten der Gesellschafter) durch gesetzliche oder vertragliche Verbote auszuschließen als sie durch hohe Risikoprämien zu bepreisen.<sup>31</sup> Auf der Gegenseite muss der Unternehmensgründer sich überlegen, welche Beschränkungen seiner Handlungsfreiheit er bereit ist hinzunehmen, um das gewünschte Fremdkapital überhaupt zu erhalten bzw. auf niedrige Fremdkapitalentgelte drängen zu können. Schließlich ist zu beachten, dass beide – sowohl der Unternehmensgründer als auch der Fremdkapitalgeber – in ihrem wirtschaftlichen Erfolg davon abhängen, dass das Unternehmen mit Geschick und Tatkraft betrieben wird, dabei bei unterschieden sie sich graduell allerdings darin, dass der Fremdkapitalgeber im Wesentlichen nur das Risiko der Insolvenz des Unternehmens trägt, während der

29 Myers 5 J. Fin. Econ. 147 (1977); Nash/Netter/Powlson, 9 J. Corp. Fin. 201 (2003).

30 Braeley/Myers/Allen, Principles of Corporate Finance, 9. Aufl., 2008, Chapt. 24, S. 646 ff; Haaker, ZGR 2010, 1055, 1061–1065; zu den unterschiedlichen finanziellen Risiken (Liquiditätsrisiken, Wertverlustrisiken) siehe Händschi, 22 Eur. Bus. L. Rev. 189 (2011); zur Kalibrierung des Risikozuschlags je nach Eigentümerstruktur siehe Sánchez-Ballester/García-Meca 20 Eur. Accr. Rev. 389 (2011).

31 Triole, The Theory of Corporate Finance, 2006, S. 80 ff; Milbert, in: Eidenmüller/Schön, aao (Fn. 22), S. 374 f.

Gründer (und Eigenkapitalgeber) durch seinen Anteil am Liquidationsvermögen und die ihm zugerechneten Gewinnanteile auch die weitergehenden Chancen und Risiken des Geschäftsmodells internalisiert. Bei genauer Betrachtung wirkt sich diese Differenz vor allem im Erfolgsfall aus: dem Eigenkapitalgeber kommt der Residualgewinn alleine zugute, während der Fremdkapitalgeber typischerweise nur den Festzins erhält. Im Fall eines unternehmerischen Misserfolges erleiden typischerweise sowohl der Eigenkapitalgeber als auch der Fremdkapitalgeber (wenn das vorrangig haftende Eigenkapital aufgebraucht ist) einen Ausfall.

## II. Zentrale Fragestellungen

Vor diesem Hintergrund werden den Eigenkapitalgeber (Unternehmensgründer) und den Fremdkapitalgeber regelmäßig die folgenden Fragen bewegen:<sup>32</sup>

- Wer übt die Herrschaft über das Gesellschaftsvermögen aus; insbesondere:
  - Wer entscheidet über die Geschäftsstrategie des Unternehmens?
  - Welche Konsequenzen haben unternehmerische Fehlentscheidungen (der Geschäftsführer oder der Gesellschafter) für die Position des Fremdkapitalgebers?
  - Ändert sich der Inhalt der Geschäftsführerplichten in der Krise?
  - Welchen rechtlichen Vorgaben sollen unternehmerische Strategiewechsel unterliegen?
- In welchem Zeitpunkt ist es sinnvoll, die Herrschaft über das Gesellschaftsvermögen auf die Gläubiger zu verlagern?
- Welche Konsequenz hat der verspätete Kontrollwechsel (insbesondere im Fall der Insolvenzverschleppung)? Wer ist verantwortlich (Geschäftsführer, Gesellschafter?)
- In welchem Umfang sind Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen an Gesellschafter (oder diesen nahestehenden Personen) zulässig; insbesondere:
  - Wann dürfen Dividenden ausbezahlt werden
  - Welchen Grenzen unterliegen verdeckte Vermögensverlagerungen an die Gesellschafter?
  - Welche weiteren eigennützigen Eingriffe durch Geschäftsführer oder Gesellschafter in den Betrieb und das Vermögen einer Gesellschaft bedürfen einer Sanktion?
- Welche Informationsrechte sollen den Gläubigern zugestanden werden?
- Welche Funktion besitzen die Regeln über Kapitalaufbringung und -erhaltung? Diese Frage ist bewusst an den Schluss gesetzt worden. Denn es gehört zu den wesentlichen Zielen der nachfolgenden Analyse, das Verhältnis zwischen den allgemeinen Regeln des Gläubigerschutzes bei beschränkt haftenden Einheiten und dem speziellen Regime des Kapitalsystems deutlich zu machen. Es wird sich zei-

32 Zu den Grundfragen des Gläubigerschutzes in der Kapitalgesellschaft siehe auch den Überblick bei: Aronow/Herrig/Kanda, in: Krakman et al., aao (Fn. 21), S. 115 ff.

gen, dass das Thema „Kapital“ nicht die zentrale Steuerungsfunktion besitzt, die ihm vielfach zugemessen wird.

Diese Themen sollen im Folgenden behandelt werden.

### III. Die Herrschaft über das Gesellschaftsvermögen

In einem ersten Schritt ist zu klären, wie im Verhältnis der Gesellschafter, der Gläubiger und der Geschäftsführer die Herrschaft über das Gesellschaftsvermögen, insbesondere die Geschäftspolitik zu bestimmen ist. Dabei ist zu beachten, dass diese Fragestellung von insgesamt vier wesentlichen Rahmenbedingungen geprägt wird:

- dem Unternehmenszweck (Gewinnerzielung oder nicht)
- dem Unternehmensgegenstand (Tätigkeitsfeld, Risikoprofil)
- dem Umfang des für Investitionen und laufenden Betrieb verfügbaren Unternehmensvermögens (Bereitstellung von Fremd- und Eigenkapital)
- den betriebswirtschaftlichen Regeln der laufenden Geschäftsführung

#### 1. Unternehmenszweck und Unternehmensgegenstand

Das deutsche Recht der Kapitalgesellschaften und viele verwandte Rechtsordnungen gehen wie selbstverständlich davon aus, dass Unternehmenszweck und Unternehmensgegenstand von den Gründern der Gesellschaft in ihrer Satzung definiert werden. Demgegenüber kann im Vereinigten Königreich (Sec. 31(1) Companies Act 2006) sowie in den USA (§ 102(a)(3) Del. Gen. Corp. L.) auf eine statutarische Benennung von Zweck und Gegenstand des Unternehmens ganz verzichtet werden. Dies wirft zwei Fragen auf: Die erste geht dahin, ob die Gründer (aus Gründern des Gläubigerschutzes) verpflichtet sein müssen, den Gesellschaftszweck und ihren Gegenstand überhaupt (mit substanzialer Präzision) festzulegen. Die zweite geht dahin, ob und in welchem Umfang den Fremdkapitalgebern ein Mitspracherecht bei dieser Festlegung eingeräumt werden muss.

Die Antwort auf beide Fragen setzt voraus, dass aus der Sicht des Fremdkapitalgebers der Unternehmenszweck und der Unternehmensgegenstand eine wesentliche Bedeutung für die Entscheidung über die Kapitalhingabe und die Ausgestaltung sowie die Höhe des Kapitalengelds besitzen. Beides ist der Fall:

- Eine auf Gewinnerzielung angelegte Gesellschaft wird aufgrund des Strebens der Geschäftsführung nach einer Mehrung des Gesellschaftsvermögens tendenziell immer auch eine Sicherung der Solvenz der Gesellschaft im Blick haben; demgegenüber kann sich bei einer gemeinnützigen, öffentlichen Zwecken dienenden oder gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft die Aufzählung des Gesellschaftsvermögens geradezu aus dem Zweck ergeben (man denke nur an das gemeinnützige, keitsrechtliche Gebot „zeitnaher Mittelverwendung“). Auch eine Gesellschaft, deren Zweck auf bloße Kostendeckung gerichtet ist, weist aus der Sicht eines Kreditgebers ein anderes Risikoprofil auf als eine Gesellschaft, die ihre Leistungen zu

Marktpreisen mit Gewinnmargen anbietet und daher eher in der Lage ist, gläubigerschützende Rücklagen zu generieren.<sup>33</sup>

- Ebenso verhält es sich mit dem Unternehmensgegenstand. Je nach der Wahl des Geschäftsmodells wird die Gesellschaft bei identischem Erwartungswert zweier Investitionen ein anderes Risikoprofil (mit höherer oder niedrigerer Volatilität) aufweisen, das sich unterschiedlich (z.T. asymmetrisch) auf das Risikoprofil des Fremdkapitalgebers auswirkt. Daher sind Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand für den Fremdkapitalgeber wichtige Grundlagen seiner eigenen Investitionsentscheidung.<sup>34</sup>

Dabei empfiehlt es sich, die Definitionskompetenz für Unternehmenszweck und Unternehmensgegenstand in erster Linie den Gründern der Gesellschaft einzuräumen und nicht (auch) den Fremdkapitalgebern. Das hat seine Ursache allerdings nicht schon in dem Charakter der Fremdkapitalhingabe als solcher. So ist bei der Begründung eines stillen Gesellschaftsverhältnisses gesetzlich vorgesehen, dass sich der Inhaber des Handelsgeschäfts und der stille Beteiligte gesellschaftsvertraglich auf einen bestimmten Gesellschaftszweck – den Betrieb eines konkreten Handelsgewerbes durch den Kaufmann – verständigen.<sup>35</sup> Bei der Kapitalgesellschaft und ihren Fremdkapitalgebern ist allerdings zu beachten, dass nicht lediglich ein einzelnes bilaterales Verhältnis zur Entstehung gelangt, sondern dass sich in der Regel der oder die Eigenkapitalgeber einer prinzipiell unbeschränkten und zeitlich gestaffelten Zahl von Fremdkapitalgebern gegenüberstehen. Deren Kapitalbeiträge werden in der Gesellschaft gemeinsam als Haftungsmasse und Betriebskapital verwaltet.

Eine Aufspaltung der jeweiligen Kapitalbeiträge nach Zweck und Gegenstand ist praktisch nahezu unmöglich. Die hohen Transaktionskosten verhindern, dass mit jedem Fremdkapitalgeber neu über Unternehmenszweck und Unternehmensgegenstand mit dem Ziel eines kollektiv einheitlichen Ergebnisses verhandelt wird. Daher empfiehlt es sich, dass die Gründer der Gesellschaft in einem ersten Schritt Zweck und Gegenstand definieren und die später hinzutretenden Fremdkapitalgeber (sowie neue Eigenkapitalgeber) auf der Grundlage ihrer Abschlussfreiheit entscheiden, ob sie einen Beitrag zur Finanzierung dieser Unternehmung leisten wollen. Der Fremdkapitalgeber kann dann zwar nicht rechtlich einen neuen Unternehmenszweck oder -gegenstand durchsetzen, er kann sich allerdings der Kapitalhingabe verweigern und ist damit (bei entsprechender Bedeutung seines Finanzierungsbeitrags für die Gesellschaft) mittelbar in der Lage, auf eine Modifikation von Zweck und Gegenstand hinzuwirken.

<sup>33</sup> Schön, ZGR 1996, 429, 452 ff; zum Verhältnis von Gewinnziel und Haftungsbeschränkung ausführlich Grigoleit, aaO (Fn. 1), S. 55 ff.

<sup>34</sup> Wicke, MünchKomm. Komm. z. GmbHG, 2010, § 3 Rdn. 10; explizit für die Sicht neuer Eigenkapitalgeber: Fleischer/Schmolke, ZHR 73 (2009), 649, 674; zur Neuregelung durch das MoMiG siehe Schröder/Carnize, NZG 2008, 1; zu der durchaus parallel gelagerten Festlegung der „Zweckbestimmung“ einer Sache im Rahmen dinglicher Nutzungsrechte siehe Schön, Der Nießbrauch an Sachen, 1992, S. 51 ff.

<sup>35</sup> § 230 Abs. 1 HGB.

Unbenommen bleibt dem Kapitalgeber in jedem Fall, individualvertraglich seine Kapitalzufuhr auf bestimmte Aktivitäten des Unternehmens zu beschränken, z.B. eine stille Beteiligung nur im Hinblick auf einen Teilbetrieb des Unternehmens zu gewähren<sup>36</sup> und damit nicht den Geschäftsrisiken des Gesamtunternehmens ausgesetzt zu sein. Eine Beteiligung auch am Insolvenzrisiko der übrigen Geschäftsbereiche lässt sich dadurch allerdings nur Rücksicht auf die einheitliche Haftungsmasse der Gesellschaft nicht vermeiden. Zwar sehen die LLC-Gesetze einiger US-Bundesstaaten eine solche interne Separierung in weitere *series* vor (z.B. Sec. 18–215 *Delaware Limited Liability Company Act*), doch sind die haftungsrechtlichen und insolvenzrechtlichen Konsequenzen einer solchen Handhabung letztlich ungeklärt (anders daher der *Revised Uniform Limited Liability Company Act 2006*).<sup>37</sup>

Dabei empfiehlt sich, dass ein solcher Unternehmensgegenstand nicht nur intern von Vorherem festgelegt, sondern auch im Handelsregister publik gemacht und damit einer offenen Zahl künftiger Vertragspartner verdeutlicht wird. Dies dient nicht nur zur Senkung von Transaktionskosten. Es empfiehlt sich auch deshalb, weil andernfalls individualvertraglich divergierende Erwartungen auf Seiten der verschiedenen Gläubiger geweckt werden können und damit nicht nur Konflikte zwischen Gläubigern und Gesellschaft (bzw. deren Geschäftsführern und Gesellschaftern) programmiert sind, sondern auch Konflikte zwischen verschiedenen Gläubigergruppen, die zu einer Lähmung der Gesellschaftstätigkeit insgesamt führen können. Diese Koordinationsverluste sollten im Vorfeld bereinigt werden, so dass die Gläubiger auf der Grundlage der Gesellschaftsatzung wechselseitig wissen, dass sie bestimmte Risiken parallel in Kauf nehmen.<sup>38</sup>

Vor diesem Hintergrund kann angenommen werden, dass der im Zeitpunkt der Hingabe von Fremdkapital im Handelsregister verlautete Unternehmenszweck und -gegenstand zur „Geschäftsgrundlage“ der Fremdkapitalzufuhr erhoben wird. Es wäre zwar unverhältnismäßig, bei einer späteren Änderung des Zwecks oder Gegenstands die volle Zustimmung aller Gläubiger zu verlangen; allerdings sollten diese – in Anlehnung an das französische Recht für Schuldverschreibungen – bei einer entsprechenden Satzungsänderung durch die Gesellschafter ein Recht zur Kündigung des Darlehens aus wichtigerem Grund besitzen.

Letztlich besteht allerdings kein Anlass, die Gründer auch gegen ihren Willen zu einer solchen – die Transaktionskosten senkenden – Spezifikation von Zweck und Gegenstand des Unternehmens zu zwingen. Den Gläubigern bleibt es unbenommen, von Gesellschaften mit einem Unternehmen Abstand zu nehmen, welches seinen Gegenstand und damit die mit seiner Tätigkeit verbundenen Risiken nicht offen legt. In diesem Punkt ist dem Recht in den Vereinigten Staaten und im Vereinigten Königreich zu folgen, wo eine gesetzliche Pflicht zu einer satzungsmäßigen Beschränkung des Unternehmensgegenstandes nicht existiert.

36 K. Schmidt, in: MünchKomm. z. HGB, 2. Aufl., 2007, § 230 Rdn. 39.

37 Kritisch zum *Series-Konzept* Kleinberger/Bishop, 62 Bus. Law. 515, 541 ff. (2007), da-gegen Ribstein, 3 Va. L. & Bus. Rev. 35, 36 ff. (2006).

38 Siehe auch *Hirte*, FS Hüffer, S. 329.

## 2. Umfang des Unternehmensvermögens

Die Risikolage der Gläubiger wird in einem zweiten Schritt durch Umfang und Zusammensetzung des Unternehmensvermögens, namentlich das Verhältnis zwischen Eigen- und Fremdkapital bei dessen Finanzierung, festgelegt. Nachträgliche Änderungen in der Finanzierungsstruktur resultieren daher auch in Modifikationen für den Wert der Gläubigeransprüche. Dies führt zu der Frage, ob und in welchem Umfang den Gläubigern ein Einfluss auf Veränderungen in der Finanzierungsstruktur des Unternehmens zugebilligt werden kann.

Das geltende Recht kennt keine Zustimmungsvorbehalte der Gläubiger, wenn es um Veränderungen auf der Eigenkapitalseite geht. Dies erscheint ganz natürlich bei der Kapitalerhöhung, weil diese prinzipiell das Aktivvermögen steigert und damit die Rückzahlungsansprüche der Gläubiger aufwerter. Gesetzlich vorgesehen sind demgegenüber vielfach Ansprüche auf Sicherung der Gläubigerrechte bei der förmlichen Kapitalherabsetzung, der Verschmelzung oder der Spaltung von Gesellschaften. Ein solcher Sicherungsanspruch erscheint als die überlegene Lösung im Vergleich zu einem Zustimmungsvorbehalt der Gläubiger. Ein gesetzlicher Zustimmungsvorbehalt sämtlicher oder einzelner Gläubiger würde die Verhandlungen zwischen Gesellschaftern, Geschäftsführern und Dritten bei der Umstrukturierung außerordentlich belasten und hätte gerade bei gesunden Unternehmen keinen materiellen Mehrwert für die Gläubiger zur Folge. Der Anspruch auf Sicherheitsleistung erscheint als die mildere und daher angemessene Lösung, weil er sich nach der individuellen Gefährdung der Gläubigerrechte richtet. Dies hindert verhandlungsstarke Gläubiger nicht, gegebenenfalls in ihre Vertragsbedingungen weitgehend Zustimmungsvorbehalte oder Kündigungsvorbehalte aufzunehmen.<sup>39</sup>

Überhaupt keine Restriktionen bietet – auch im Rechtsvergleich – das gesetzliche Gesellschaftsrecht gegenwärtig bei der Frage, ob die Gesellschaft zu einem späteren Zeitpunkt weiteres Fremdkapital aufnehmen und damit den Zugriff der früheren Gläubiger auf ihre Vermögenswerte „verwässern“ darf (*debt dilution*).<sup>40</sup> Hier geht es indessen ohnehin nicht um ein spezifisches Problem des Gesellschaftsrechts, sondern des allgemeinen Kreditrechts, das weder mit der beschränkten Haftung in der Kapitalgesellschaft noch bei besonderen *principal-agent*-Konflikten gegenüber den Geschäftsführern zu tun hat: Ein Unterschied zur *debt dilution* bei natürlichen Personen als Schuldner ist nicht erkennbar. Sowohl der frühere als auch der spätere Fremdkapitalgeber erwerben ihre Ansprüche gegen das Unternehmensvermögen auf der Grundlage individueller Schuldverträge. Ein pauschales gesetzliches Verbot der *debt dilution* wäre daher gleichbedeutend mit einem Verbot unter Erlaubnisvorbehalt, bei existierenden Obligationen weitergehende Schulden aufzunehmen: Die Privatautonomie der Schuldner würde durch ein solches Kontrahierungsverbot massiv beeinträchtigt,

39 Bantton, in: Eidenmüller/Schön, aaO (Fn. 22), S. 37, 47 ff.

40 Armour/Hertig/Kanda, in: Kraakman et al., aaO (Fn. 21), S. 127.

obwohl im Regelfall keine materiellen Schäden auf Gläubigerseite eintreten. Daher erscheint es sinnvoll und ausreichend, es einzelnen umfangreich betroffenen Gläubigern zu überlassen, hier für vertragliche Regelungen zu sorgen.

### 3. Laufende Geschäftsführung

Mit der Festlegung von Unternehmenszweck, Unternehmensgegenstand und Unternehmensfinanzierung ist für Eigenkapitalgeber und Fremdkapitalgeber eine gemeinsame Grundlage hinsichtlich der laufenden Geschäftstätigkeit der Gesellschaft geschaffen. In einem nächsten Schritt muss geklärt werden, wem die Herrschaft über die laufende Geschäftsführung der Kapitalgesellschaft zustehen soll – den Geschäftsführern, den Gesellschaftern oder den Fremdkapitalgebern (oder einer Mehrheit dieser Gruppen).

Für diese Analyse muss eine grundsätzliche Differenzierung eingeführt werden: Im Folgenden soll es ausschließlich um die gewöhnlichen Maßnahmen der Geschäftsführung gehen, die sich im Vermögen und Betrieb der Gesellschaft abspielen und die im Grundsatz darauf gerichtet sind, den Unternehmenszweck zu verwirklichen. Diese Maßnahmen sind in erster Linie Aufgabe der Geschäftsführung, die diese nach allgemeiner unternehmerischer Sorgfaltspflicht (*duty of care*) unter Wahrung ihres betriebswirtschaftlichen Entscheidungspielraums (*business judgment*) wählen und durchführen muss.

Mit anderen Worten: es geht bei den Regeln zur laufenden Geschäftsführung nicht um Transaktionen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern oder zwischen Gesellschaft und Geschäftsführern, bei denen Vermögenswerte zu Lasten der Gläubiger aus dem Gesellschaftsvermögen verschoben werden. Derartige Maßnahmen – offene Dividenden, verdeckte Vermögensverlagerungen und weitere eigennützige Eingriffe der Geschäftsführer und Gesellschafter in Betrieb und Vermögen der Gesellschaft – werden in einem eigenen Abschnitt behandelt.<sup>41</sup>

#### a) Geschäftsführung im gesunden Unternehmen

Theorie und Praxis der geschlossenen Kapitalgesellschaft gehen davon aus, dass die Herrschaft über die laufende Geschäftsführung im Grundsatz den Gesellschaftern obliegt, welche die Wahl haben, entweder das *management* selber wahrzunehmen oder diese Aufgabe professionellen Fremdgeschäftsführern überlassen, die sie nach Arbeitskraft und unternehmerischen Fähigkeiten auswählen. Damit ist zugleich die Annahme verbunden, dass die Geschäftsführer (gleich ob in Selbst- oder Fremddorfganschaft) bei der Wahrnehmung ihrer Leitungsaufgaben in erster Linie die Interessen der Anteilseigner im Blick haben. Aus der Sicht der Gläubiger kann dies hingegen

men werden. Denn das finanzielle Interesse der Anteilseigner richtet sich auf Dividenden und Liquidationserlöse, deren Auszahlung von einer angemessenen Berücksichtigung der Interessen der Fremdkapitalgeber abhängt. Solange ein Unternehmen nicht in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät, kann von einem natürlichen Gleichlauf der Interessen der Gesellschafter und der Gläubiger gesprochen werden: Beide Gruppen sind an einer Mehrung des Gesellschaftsvermögens interessiert – die Fremdkapitalgeber zur Absicherung ihrer Rückzahlungsansprüche, die Eigenkapitalgeber zur Erhöhung ihres Residualgewinns.

Die allgemeine Sorgfaltspflicht der Unternehmensleiter – die *duty of care* – kommt im materiellen Ergebnis daher sowohl den Fremdkapitalgebern als auch den Eigenkapitalgebern zugute.<sup>42</sup> Grundlegenden Charakter besitzt dennoch die Frage, in wessen Person eine Verletzung dieser Pflichten Schadensersatzansprüche begründet – der Gesellschaft als solcher, der Gesellschafter oder auch der Gläubiger?<sup>43</sup>

Ausgangspunkt dieser Betrachtung ist der Umstand, dass die Geschäftsführer – bei dogmatischer Betrachtung – der juristischen Person „Kapitalgesellschaft“ ihre Dienste schulden und daher Schadensersatz in das Gesellschaftsvermögen leisten müssen, wenn sie unter Verstoß gegen ihre Sorgfaltspflicht (bei Berücksichtigung der *business judgment rule*) eine Minderung des Gesellschaftsvermögens herbeiführt oder eine Mehrung verhindert haben.<sup>44</sup> Aus der Sicht der Gläubiger und Geschäftsführer stellt sich daher zunächst die Frage, ob ihnen bei Fehlverhalten der Geschäftsführer zusätzlich ein persönlicher materieller Schadensersatzanspruch zugebilligt werden sollte. Das ist nicht der Fall: Der eigene Vermögensschaden des Gesellschafters (Minderung von Gewinnanteil und Liquidationsanteil) und des Gläubigers (Minderung des Rückzahlungsbetrages) bildet in erster Linie einen Reflex des Vermögensschadens der Gesellschaft als solcher.<sup>45</sup> Wenn die Gesellschaft von den schädigenden Geschäftsführern so gestellt wird, wie sie bei ordnungsmäßiger Geschäftsführung stehen würde, führt dies automatisch zu einer richtigen Kompensation auch der Reflexschäden des Gläubigers und des Gesellschafters. Diese Konzeption wird namentlich im französischen Recht bei der *responsabilité pour insuffisance d'actifs* (in der Nachfolge der *action en complément de passif*) voll durchgesetzt.<sup>46</sup>

Fraglich kann dann nur noch sein, ob Gesellschafter und Gläubiger berechtigt sein sollen, individuell die Schadensersatzleistung an die Gesellschaft im Wege der Prozessstandschaft einzuklagen. Das ist bei Gesellschaftern im Wege der *actio pro socio* dann sinnvoll, wenn die Gesellschaftermehrheit (etwa mit Rücksicht auf die Beteiligung eines (Mehrheits-)Gesellschafters an der Geschäftsführung) die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs verweigert. Eine eigene Prozessstandschaft des Gläubigers ist hingegen – zumindest im Regelfall des „gesunden“ Unternehmens –

42 *Daouies*, in: Eidenmüller/Schön, aO (Fn. 22), S. 303, 332.

43 Ausführlich *Drygala*, in: Lutter, aO (Fn. 13), S. 277, 283 ff.; *Klohn*, ZGR 2008, 110.

44 *Wiedemann*, ZGR 2011, 183 (197 ff.); siehe ausführlich zur Bedeutung der *business judgment rule* § 4 B. III.

45 Zu *reflective losses* siehe zuletzt *De Wulf*, in: FS Hoppe, 2010, S. 1537.

46 *Cozian/Vianier/Deboisy*, Droit des Sociétés, 22. Aufl., 2009, Rdn. 298 ff.

41 Siehe unten Abschn. F, S. 146 ff.

nicht angezeigt. Der Unterschied zwischen beiden Gruppen liegt darin, dass der Gesellschaftler als „Residualberechtigter“ jede schuldhaftige Schädigung des Gesellschaftsvermögens mittelbar im eigenen Vermögen spürt, während der Gläubiger erst dann von einem Fehlverhalten wirtschaftlich betroffen ist, wenn und soweit sein Anspruch auf Rückzahlung des Fremdkapitals (oder ein weitergehendes Leistungsangebot) gefährdet ist. Dies ändert sich, wenn die Gläubiger aufgrund des betriebswirtschaftlichen Fehlverhaltens der Geschäftsführer von der Gesellschaft keine Befriedigung ihrer Ansprüche erlangen: Dann erscheint eine eigene Prozessführungsbefugnis der Gläubiger zugunsten der Gesellschaft durchaus sinnvoll – letztlich also dann, wenn ein förmliches Insolvenzverfahren „mangels Masse“ nicht durchgeführt wird. Für die Aktiengesellschaft ist dieser verallgemeinerungsfähige Gedanke in § 93 Abs. 5 AktG niedergelegt.<sup>47</sup>

Eine wesentliche Zuspitzung erfährt die Frage nach der Konstruktion einer eigenständigen *duty of care* gegenüber den Gläubigern vor allem dann, wenn die Gesellschafter bereit sind, die Geschäftsführer von vornherein oder im Nachhinein von der Haftung für fehlerhafte betriebswirtschaftliche Entscheidungen freizustellen, die Gläubiger dem aber nicht zustimmen. Exemplarisch ist die Rechtslage in *Delaware*, wo die Gesellschafter auch zu Lasten der Gläubiger auf die Einhaltung der *duty of care* verzichten können, so dass zwar nicht treuwidriges (*duty of loyalty*), aber doch nachlässiges *management* sanktionslos bleibt.<sup>48</sup> Dieser Haftungsausschluss dürfte – so die neuere Rechtsprechung<sup>49</sup> – nicht durch ein eigenes Klagerecht der Gläubiger in Frage gestellt werden; daher könne eine eigenständige und unvermittelte Treuhandschaft der Geschäftsführer gegenüber den Gläubigern nicht akzeptiert werden.

Das deutsche Kapitalgesellschaftsrecht zeigt bisher keine klare Linie zu dieser Frage.<sup>50</sup> Fest steht zunächst, dass die Haftung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft für „gröbliche“ Pflichtverletzungen nicht mit Wirkung zu Lasten der Gläubiger ausgeschlossen werden kann (§ 93 Abs. 5 Satz 1 AktG). Darüber können auch ein Beschluss der Hauptversammlung oder ein nachträglicher Verzicht oder Vergleich nicht hinweg helfen (§ 93 Abs. 3, Abs. 5 AktG). Eine ebenso scharfe Regelung bietet das für die *close company* einschlägige GmbH-Recht nicht; vielmehr stellt das GmbH-Recht die Geschäftsführer für Maßnahmen auf Weisung der Gesellschafter haftungsfrei,<sup>51</sup> auch kann nach h.M. der Sorgfaltsmaßstab statutarisch vermindert werden,<sup>52</sup> solche Enthaftungsregelungen wirken nur dann nicht haftungsausschließend, wenn die Geschäftsführer zu Lasten des Stammkapitals Vermögenswerte auf die Gesellschaft verlagern (§ 43 Abs. 3 Satz 2 GmbHG). Ein eigenes Klagerecht der Gläubiger wird

47 *Haas*, aAO (Fn. 8), S. E 38 ff.

48 § 102(b)(7) Del. Gen. Corp. L.; zur Disponibilität nach UK-Recht siehe *Steffek*, Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft, 2011, S. 309 ff.

49 Zu den noch weiter reichenden Befreiungen in der LLC siehe: *Miller*, 46 Am. Bus. L.J. 243 (2009).

50 *Klöhn*, ZGR 2008, 110, 131 ff.

51 Ausföhrlich *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Winter, Komm. z. GmbHG, 2006, § 43 Rdn. 113 ff.

52 *Paefgen*, aAO (Fn. 51), § 43 GmbHG Rdn. 122 ff; näher *Fleischer*, BB 2011, 2435.

diesen ohnehin bestritten.<sup>53</sup> Die Gefährdung der Gläubiger durch betriebswirtschaftliche Fehlentscheidungen der Geschäftsführer ist in der GmbH daher nicht zu Gunsten Ersterer sanktioniert.

Betrachtet man diese Situation *de lege ferenda*, so wird man differenzieren müssen. Zunächst sollte feststehen, dass der Umfang der Geschäftsführerhaftung mit Wirkung für und gegen die Gläubiger nicht durch einseitigen Beschluss der Gesellschafter festgelegt werden kann. Gesellschafter und Geschäftsführer bilden aus der Sicht des Fremdkapitalgebers gerade in der *close company* eine einheitliche Unternehmensleitung.<sup>54</sup> Eine nachteilige Weisung der Gesellschafter an die Geschäftsführer, eine bestimmte Maßnahme vorzunehmen, darf ebenso wenig zu Lasten der Ansprüche der Gläubiger gehen wie eine nachträgliche Freistellung von der Sorgfaltspflicht. Andererseits müssen die Gläubiger die Gesellschaft und das von ihr betriebene Unternehmen so akzeptieren, wie sie es bei Abschluss des Kreditvertrages vorfinden. Dies gilt nicht nur für den Unternehmenszweck und den Unternehmensgegenstand, sondern auch für den betriebswirtschaftlichen Freiraum der Unternehmensleiter. Wenn und soweit die Gesellschafter einer *close company* den unternehmerischen Handlungsspielraum der Geschäftsführer privatautonom von vornherein erweitern, müssen die Fremdkapitalgläubiger dies hinnehmen, wenn ihnen dieser Umstand bei Hingabe des Fremdkapitals bekannt war. Daher ist die Regelung im Recht des Staates *Delaware*, den vollen Ausschluss der Haftung für die *duty of care* in der Gesellschaftsatzung zuzulassen, dann ein sinnvolles Vorbild, wenn diese Satzungsregelung im Handelsregister eingetragen wird und damit an dessen Publizitätswirkung teilnimmt. Die Gläubiger wissen dann, worauf sie sich einlassen. Entscheiden sich die Gesellschafter hingegen erst nach dem Zeitpunkt der Fremdkapitalzufuhr dafür, die Geschäftsführer von der *duty of care* freizustellen oder erteilen sie selber nachteilige Weisungen, so wäre es zwar unverhältnismäßig, dafür die Zustimmung jedes einzelnen Fremdkapitalgläubigers zu verlangen; allerdings sollte dies – je nach Einzelfall – einen wichtigen Grund für die Kreditoren bilden, die sofortige Rückzahlung des hingegebenen Kapitals verlangen zu können. Dass die Gläubiger in ihren Kreditverträgen eine weitergehende positive Bindung des *managements* festschreiben können, steht ohnehin außer Frage.

#### b) Geschäftsführung in der Krise

Zu den aktuellen Grundsatzen des Gläubigerschutzes im Gesellschaftsrecht gehört die Frage, ob und ab welchem Zeitpunkt eine Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens zur Folge hat, dass sich die Pflichten der Geschäftsführung inhaltlich verändern, insbesondere eine stärkere Betonung der Gläubi-

53 *Paefgen*, aAO (Fn. 51), § 43 GmbHG Rdn. 174.

54 *Arnour/Hertzog/Kanda*, in: Kraakman et al., aAO (Fn. 21), S. 117 f, 135; *Fleischer*, aAO (Fn. 3), Einl. GmbHG Rdn. 277.

gerintere Interessen zu fördern ist.<sup>55</sup> Eine solche Verschiebung der Koordinaten wird damit begründet, dass ein weitgehender Verlust des Eigenkapitals zu einer Divergenz von Gläubiger- und Gesellschafterebenen führt: Zwar bleiben sowohl die Gläubiger als auch die Gesellschafter im Grundsatz an einer Wertmaximierung des Unternehmens interessiert. Während aber die Gläubiger tendenziell eine vorsichtige Geschäftsführung und baldige Abwicklung des Unternehmens in den Blick nehmen, um eine möglichst hohe Rückzahlungsquote auf ihre Ansprüche zu sichern, können die Gesellschafter in erster Linie von dem positiven Ausgang riskanter Geschäfte profitieren, die sie in die Gewinnzone zurückführen, während ein negativer Ausgang dieses Geschäfts sie wirtschaftlich nicht mehr berührt. Daraus hat sich – namentlich in den USA<sup>56</sup> und im Vereinigten Königreich<sup>57</sup> – die Frage ergeben, ob die Geschäftsführer in der *vicinity of insolvency* in erster Linie verpflichtet sind, als „Treuhänder“ der Fremdkapitalgeber zu agieren.

Bei der Beantwortung dieser Frage muss der konzeptionellen Klarheit willen die besondere Gefährdung der Gläubigerinteressen, die im Vorfeld der Insolvenz durch die Verlagerung von Vermögenswerten aus dem Gesellschaftsvermögen auf die Gesellschafter oder Geschäftsführer oder diesen nahestehende Personen eintrreten kann, aus dem Blickfeld genommen werden. Bei unserer jetzigen Betrachtung geht es ausschließlich darum, ob der betriebswirtschaftliche Spielraum, den die Geschäftsführer bei der Verfolgung des Unternehmenszwecks genießen, im Vorfeld einer möglichen Insolvenz eingengt wird. Dabei geht es vor allem um den Abschluss riskanter Geschäfte, die für die Gläubiger eher schädigend, für die Gesellschafter aber eher vorteilhaft wirken, weil deren Betroffenheit durch das *downside risk* in dem Zeitraum nach dem (weilgehenden) Verlust des Eigenkapitals ohnehin gegen Null tendiert.

Bei der Würdigung dieser Fragestellung ist zunächst festzuhalten, dass die Kreditoren einer Kapitalgesellschaft sich vertraglich darauf eingelassen haben, dass betriebswirtschaftliche Verluste auch zu ihren Lasten gehen können. Eine Rückzahlungsgarantie besteht ebenso wenig wie eine persönliche Einstandspflicht der Geschäftsführer oder Gesellschafter für die von der Gesellschaft geschuldeten Beträge. Daher können sich die Gläubiger auch in der Krise nicht dagegen wenden, dass mit ihrem Geld der Unternehmenszweck im Rahmen des Unternehmensgegenstandes auf eine Weise verfolgt wird, die zum Verlust ihrer Rückzahlungsansprüche führen kann.<sup>58</sup>

55 *Arnover/Herrig/Kanda*, in: Krakman et al., aO (Fn. 21), S. 119 ff, 134 ff; *Davies*, in: Eidenmüller/Schön, aO (Fn. 22), S. 303, 329 ff; *Mülbert*, in: Eidenmüller/Schön, aO (Fn. 22), S. 361, 407 ff; *Spindler*, in: Eidenmüller/Schön, aO (Fn. 22), S. 341; *Baums*, ZHR 174 (2011), Heft 2 + 3; siehe auch § 4 B. II.1.c)aa).

56 Siehe zuletzt die Grundsatzentscheidung des Supreme Court of Delaware in *North American Catholic Educational Programming Foundation, Inc. v. Rob Gheewalla*, *Gerry Carabante and Jack Daly* 930 A.2d 92; aus dem Schrifttum siehe *Bainbridge*, 1 J. Bus. & Tech. L. 281 (2007); *Hu/Westbrook*, 107 Colum. L. Rev. 1321 (2007); *Ribstein/Alces*, 1 J. Bus. & Tech. L. 529 (2007); *Böckmann*, aO (Fn. 20), S. 202 ff.

57 *Keay*, 4 J. Corp. L. Stud. 307 (2004); *Davies*, in: Eidenmüller/Schön, aO (Fn. 22), S. 303; *Steffek*, aO (Fn. 48), S. 263 ff.

58 *Haus*, aO (Fn. 8), S. E 13 ff; *Mülbert*, in: Eidenmüller/Schön, aO (Fn. 22), S. 378 ff; *K. Schmidt*, in: Lutter, aO (Fn. 13), S. 188, 189.

Dem korrespondieren allerdings zugleich zwei Restriktionen: Mit dem Unternehmenszweck ist regelmäßig die Ausrichtung auf die Erzielung von Gewinnen vorgeprogrammiert. Geschäftsführer dürfen daher ausschließlich Maßnahmen ergreifen, insbesondere Verpflichtungen eingehen und Investitionen tätigen, die einen positiven Erwartungswert für das Gesellschaftsvermögen besitzen. Darüber hinaus müssen sich die Geschäftsführer an den Rahmen des Unternehmensgegenstandes halten – damit ist das „Risikoprofil“ der Geschäftstätigkeit in der Regel hinreichend transparent umschrieben. Schließlich verlangen die allgemeinen Regeln betriebswirtschaftlichen Handelns nach einer Diversifikation von Risiken innerhalb eines Unternehmens – einschließlich eines funktionsfähigen Risikomanagements.<sup>59</sup> Dies wird vielfach bereits bei gesunden Unternehmen die Geschäftsführer hindern, ein „Klumpenrisiko“ einzugehen, und wird dies in der Krise erst recht tun.

Vor diesem Hintergrund ist es den Geschäftsführern allerdings nicht grundsätzlich verboten, Maßnahmen zu treffen, die das Risiko einer Gläubigerbeeinträchtigung beinhalten. Beispielhaft genannt sei die Konzentration der finanziellen Ressourcen des Unternehmens auf die Entwicklung und Vermarktung eines bestimmten Kernproduktes, von dem sich die Geschäftsführer im Rahmen ihres *business judgment* den dauerhaften Einstieg in einen bestimmten Markt versprechen dürfen. Ein Misserfolg dieses Projekts kann durchaus zum Totalverlust führen, ohne dass eine solche Strategie von vornherein verboten sein darf.<sup>60</sup> Daher ist auch die Annahme eines generellen Verbots, die „Existenz“ der Gesellschaft durch Geschäftführungsmaßnahmen zu gefährden, nicht zu halten. Die Gläubiger müssen dies hinnehmen, man wird lediglich annehmen müssen, dass die Geschäftsführer für solche grundlegenden betrieblichen Entscheidungen intern die Zustimmung der Gesellschafter einholen müssen.<sup>61</sup>

Das Gegenbeispiel einer verbotenen Maßnahme bildet das *gambling for resurrection*, bei dem die Geschäftsführung ungewöhnlich riskante Einsätze tätigt, um ein im Scheitern begriffenes Unternehmen aus der Krise zu reißen.<sup>62</sup> Solche Investitionen sind bei näherem Hinsehen in aller Regel schon nicht vom Unternehmensgegenstand gedeckt und auch betriebswirtschaftlich vor dem Hintergrund der Forderung nach Risikostreuung kaum vertretbar. Sie sind daher bereits nach den allgemeinen Regeln den Geschäftsführern nicht erlaubt. Wünscht ein Gläubiger eine noch weiter reichende Einschränkung des Handlungsspielraums der Geschäftsführer, so muss man ihm zumuten, dafür konkrete Vorgaben und branchenübergreifende Kriterien im „objektiven Recht“ dafür festlegen. Umgekehrt können die Geschäftsführer mit Geschäftsführern und Gläubigern für eine „ausbrechende“ Maßnahme darüber verhandeln, ob eine solche Rettungschance wahrgenommen werden darf.

59 Siehe die (vorsichtige) Tendenz bei *Fleischer/Schnolke*, ZHR 73 (2009), 649, 674 ff; zum „correlation risk“, bei dem die Risiken aus Verbindlichkeiten und Anlagen korreliert sind, siehe: *Squire*, 123 Harv. L. Rev. 1151 (2010).

60 Überzeugend *Hu/Westbrook*, 107 Colum. L. Rev. 1321, 1378 ff (2007).

61 *Drygala*, FS Hopt, Bd. 1, S. 541, 545 ff.  
62 *Haus*, aO (Fn. 8), S. E 83 ff.

Es besteht auf den ersten Blick kein Anlass dafür, diese Pflichtelage im Vorfeld der Insolvenz zu modifizieren. Solange die Geschäftsführer den Unternehmenszweck verfolgen, den Rahmen des Unternehmensgegenstandes nicht verlassen und die allgemeinen betriebswirtschaftlichen Regeln der Risikostreuung beachten, sind die dadurch erzeugten Risiken im Grundsatz von den Vereinbarungen mit den Gläubigern gedeckt.

Allerdings bedarf in dieser Situation die Ausrichtung des unternehmerischen Handelns auf das Ziel der „Gewinnerzielung“ einer näheren Konkretisierung. Ausgangspunkt ist die Annahme, dass sowohl die Gläubiger als auch die Gesellschafter ein Interesse an der Erzielung von Gewinnen besitzen, weil jede Mehrung des Gesellschaftsvermögens dem Gläubiger mehr Sicherheit für den Rückzahlungsanspruch und dem Gesellschafter eine Erhöhung seines Residualanteils verschafft.<sup>63</sup> Die Geschäftsführer dürfen daher auch in der Krise lediglich solche Projekte in Angriff nehmen, die einen positiven Erwartungswert besitzen. Die „Asymmetrie“ der Risikoverteilung in der Krise eines Unternehmens kann allerdings dazu führen, dass bei mehreren möglichen Projekten mit positivem Erwartungswert die jeweiligen Erwartungswerte für die Gesellschafter und für die Gläubiger nicht korrelieren, weil das *upside risk* und das *downside risk* bei den möglichen Maßnahmen ungleich verteilt sind. Soll in dieser Situation der Geschäftsführer die Auswahl zwischen den Optionen danach treffen, welches Projekt den Nutzen der Gesellschafter am stärksten erhöht, vorrangig den Nutzen der Gläubiger maximiert oder den Gesamtertrag der Investition in den Blick nimmt? Diese Problematik stellt sich gerade in der geschlossenen Kapitalgesellschaft wegen des erheblichen Einflusses der Gesellschafter auf die Geschäftsführung.<sup>64</sup>

Der *shareholder value*-Ansatz scheint die erste Option anzustreben; dabei würde jedoch vernachlässigt, dass die Hingabe des Fremdkapitals durch die Gesellschafts-gläubiger unter der (impliziten) Voraussetzung geschieht, dass das Unternehmen nach allgemeinen betriebswirtschaftlichen Grundsätzen geführt wird. Aber auch eine einseitige Betonung der Gläubigerinteressen scheint nicht angezeigt, denn sie sind rechtlich nicht in die Position der Unternehmensleiter gewechselt; die Gesellschafter besitzen – auch wenn ihr finanzieller Einsatz (vorläufig) verloren ist – nach wie vor ihre originäre Rechtsstellung als Inhaber der Gesellschaftsanteile und damit eine *call option* auf den künftigen Unternehmenswert oberhalb der rückzahlbaren Verbindlichkeiten.<sup>65</sup>

Die betriebswirtschaftliche Entscheidung der Geschäftsleitung muss daher auf diejenige Option gerichtet sein, die „objektiv“ den höchsten Erwartungswert aufweist – unabhängig davon, wie deren Risiken und Chancen zwischen Gesellschaftern und Gläubigern verteilt sind.<sup>66</sup> Solange sich die Geschäftsführer im Rahmen des „satzungsmäßigen“ Risikoprofils bewegen, sind sie nicht verpflichtet, zugunsten der

63 Engert, FS Heldrich, S. 87, 91 ff.

64 Daories, in: Eidenmüller/Schön, aaO (Fn. 22), S. 310 f; Spindler, in: Eidenmüller/Schön, aaO (Fn. 22), S. 344 f.

65 Hü/Westbrook, 107 Colum. L. Rev. 1321, 1382 ff (2007).

66 Bantl/Henderson, 60 Stan. L. Rev. 1309, 1323 ff (2008).

Gläubiger ein weniger riskantes Projekt mit einem geringeren Erwartungswert zu wählen. Risiken oberhalb der impliziten Übergrenze sind ihnen jedoch nicht erlaubt. Ein wirkliches Problem entsteht dann erst in dem seltenen Fall, dass mehrere alternative Investments einen identischen Erwartungswert besitzen, allerdings mit unterschiedlichen Verteilungswirkungen zwischen Gläubigern und Gesellschaftern.<sup>67</sup> Hier muss das Gesetz positivistisch eine Präferenz für eine Kapitalgebergruppe formulieren (die dann bei der Kreditvergabe zur Grundlage der Risikobewertung und Zinsbemessung werden kann). Bedenkt man die Informationsasymmetrie zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführern einerseits und Gläubigern andererseits, wenn es um die Bewertung und Risikoanalyse dieser Investitionen geht, sprechen die besseren Gründe dafür, im Zweifel die Gläubigerinteressen in den Vordergrund zu stellen. Die Pflichten der Geschäftsführer in der Krise unterscheiden sich daher in ihrer Zielrichtung nicht von den Pflichtnahmen, dem sie auch im „gesunden“ Unternehmen ausgesetzt sind.

Eine ganz andere Frage ist darauf gerichtet, ob eine nachteilige betriebliche Entwicklung die Geschäftsführer dazu zwingen muss, im Interesse aller Beteiligten eine Änderung der unternehmerischen Strategie einzuleiten oder die Rekapitalisierung der Gesellschaft zu betreiben. Dies soll im Rahmen des folgenden Kapitels behandelt werden.

#### D. Der Übergang der Herrschaft auf die Gläubiger

Von der Frage, in welchem Umfang die Geschäftsführer einer geschlossenen Kapitalgesellschaft auf die Interessen der Gläubiger Rücksicht nehmen müssen, ist die weitere Frage zu trennen, ob von einem bestimmten Zeitpunkt an die Herrschaft über das Unternehmensvermögen den Gesellschaftern und ihren Geschäftsführern aus der Hand genommen und auf die Gläubiger bzw. ihnen treuhänderisch zugeordnete Personen übergehen soll. Dies betrifft die Einleitung eines Insolvenzverfahrens, dessen auslösenden Tatbestand sowie – personenbezogen – das Recht und die Pflicht zur Antragstellung.

##### 1. Der verfahrenswenilende Tatbestand

Mit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens oder eines anderen auf Verwertung des Unternehmensvermögens zielenden Verfahrens wird die Herrschaft über das Unternehmen im Kern auf die Gläubiger bzw. einen für diese treuhänderisch tätige Person (Verwalter, Administrator, receiver etc.) übertragen.<sup>68</sup> Daher muss geklärt werden, welcher Tatbestand diese Entreichung der bisherigen Inhaber (Gesellschafter, Ge-

67 Klein, ZGR 2008, 110, 131 ff.

68 Ausführlich Haas, aaO (Fn. 8), S. E 19 f.

schaftsführer) legitimieren kann und welche Personen zur Einleitung eines solchen Verfahrens berechtigt sein sollen.<sup>69</sup>

In nahezu allen Rechtsordnungen bildet den maßgeblichen Tatbestand für die Einleitung eines solchen Verwertungsverfahrens die „Zahlungsunfähigkeit“ der Gesellschaft. Hinzu tritt in vielen Jurisdiktionen der Tatbestand der „Überschuldung“.<sup>70</sup> Dahinter steht *idealerweise* die Annahme, dass bis zum Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung die Rückzahlung der Gläubigeransprüche aus dem Aktivvermögen gesichert ist. Die Herrschaft der Gläubiger soll daher in dem Zeitpunkt einsetzen, ab dem sie nur noch eine reduzierte Befriedigung ihrer Forderungen zu erwarten haben. Von diesem *moment of truth* an verschärft sich einerseits die Konkurrenz zwischen den einzelnen Gläubigern (so dass zur Wahrung der *par conditio creditorum* eine geordnete Gesamtvollstreckung angezeigt erscheint) und es verschärft sich andererseits die Konkurrenz zwischen den Gläubigern und den Gesellschaftern (so dass eine Verlagerung der Herrschaftsrechte auf die erste Gruppe geboten erscheint).<sup>71</sup>

Man muss sich darüber im Klaren sein, dass die insolvenzauflösenden Tatbestände der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung keine „naturgegebenen“ Sachverhalte abbilden, sondern lediglich positivrechtliche Konventionen wiedergeben. Sie bilden ein zentrales Element des gesetzlichen „Standardvertrages“ zwischen Gläubigern und Gesellschaftern, der den Gläubigern das Recht zubilligt, ab einem bestimmten Wertverlust die Kontrolle über das Unternehmen zu erlangen.<sup>72</sup> Das Gesetz gibt damit eine von mehreren möglichen Antworten auf die Frage, welcher Zeitpunkt in einem auf Effizienz angelegten Kreditvertrag zwischen Gesellschaftern und Gläubigern typischerweise vereinbart worden wäre, um die Kontrolle von den Gesellschaftern auf die Gläubiger zu übertragen. Die gesetzliche Festlegung dieses Zeitpunkts bestimmt wiederum maßgeblich die Bereitschaft des Kreditors, dem Grunde nach Fremdkapital zur Verfügung zu stellen, sowie die Höhe der Risikozuschläge, die sich der Kreditgläubiger zusätzlich zum sicheren Kapitalmarktzins vom Schuldner einräumen lässt. Daher gehen auch Klagen fehl, welche die gegenwärtigen insolvenzauflösenden Tatbestände allein deshalb kritisieren, weil sie die voraussichtlichen Zerlegungsvorläufe und den Entwicklungsaufwand nach Insolvenzeröffnung nicht berücksichtigen und damit das gesetzliche Versprechen einer vollen Befriedigung der Gläubiger regelmäßig nicht einlösen. Es geht nicht um volle Befriedigung der Gläubiger, sondern um die Wahl eines Zeitpunkts, der für das vorausgehende Verhalten der beteiligten Personengruppen und ihre Vereinbarungen effizienzfördernde Anreize setzt.

Diesem positivistischen Ansatz entspricht es, dass die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung auch im Detail maßgeblich positivrechtlich be-

stimmt werden muss, so dass namentlich der Tatbestand der Überschuldung von der gesetzlichen Wahl der Methode der Rechnungslegung abhängig ist (Zerschlagungswerte, Fortführungswerte, Bilanzwerte). Sodann wird der „Test“ auf Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit häufig um ein prognostisches Element ergänzt, das die Vorläufigkeit oder Endgültigkeit der negativen Vermögensentwicklung des Unternehmens erfasst und daher eine zentrale Rolle beim Kontrollübergang spielt.<sup>73</sup>

Bei der Festlegung des maßgeblichen Zeitpunkts sind drei wesentliche Erfordernisse zu beachten:

- Das erste Kriterium betrifft die „Objektivität“ des *triggers*, der wegen seiner Bedeutung für Geschäftsführer, Gläubiger und Gesellschafter möglichst anhand äußerlich sichtbarer Merkmale festgestellt werden muss. Unter diesem Gesichtspunkt erweist sich der Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit dem der Überschuldung als überlegen.<sup>74</sup> Noch weniger handhabbar als eine Anknüpfung an der Überschuldung wäre schließlich, ein Verfahren bereits auf der Grundlage einer „Krise“ im Vorfeld der eigentlichen Insolvenz einzuleiten.<sup>75</sup>
- Gegenläufige Anforderungen stellt indessen das Verlangen nach möglicher vollständiger Gläubigerbefriedigung, das bei einer Anknüpfung an die Zahlungsunfähigkeit am weitesten erfüllt wird und spätestens bei Eintritt der Überschuldung die Einleitung eines verwertenden oder sanierenden Verfahrens erfordert. Der Gedanke des Gläubigerschutzes mag es sogar als sinnvoll erscheinen lassen, den verfahrensauslösenden Tatbestand noch weiter vorzuziehen, um eine höhere oder sogar vollständige Befriedigung der Gläubigeransprüche zu gewährleisten. Aus der Sicht der Eigenkapitalgeber könnte dies allerdings eine Vernichtung ihrer Gewinnaussichten zu einem Zeitpunkt herbeiführen, zu dem noch Hoffnung besteht, das Unternehmen im Interesse aller Beteiligten in eine erfolgreiche Zukunft zu führen.<sup>76</sup> Der Kontrollwechsel darf daher nicht verfrüht stattfinden.
- Zum Dritten ist es sinnvoll, bei der Frage nach der Einleitung eines Insolvenzverfahrens neben dem rechnerungsmäßigen Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung oder in dessen Rahmen ein prognostisches Element einzuführen, um arbiträre Effekte der Rechnungslegung zu vermeiden und zugleich die mangelnde Vorhersehbarkeit der späteren Entwicklungen bei Abschluss des Kreditvertrages durch einen aktuellen Blick auf die unternehmerische Situation zu ergänzen.

Dieses prognostische Element<sup>77</sup> kann in zwei Richtungen wirken:

- Nach der „deutschen Tradition“ vermag die positive Fortführungsprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung den Ansatz günstiger Fortführungswerte begründen und damit den Tatbestand der Insolvenz auszuschließen.<sup>78</sup> Die Prognose

69 Eidenmüller, in: Eidenmüller/Schön, aAO (Fn. 22), S. 241.

70 Zum Rechtsvergleich siehe Haas, aAO (Fn. 8), S. 21 ff; Steffek, aAO (Fn. 48), S. 67 ff; näher K. Schmidt, aAO (Fn. 13), S. 193 ff.

71 Haas, aAO (Fn. 8), S. E 19 f.

72 *Twale*, aAO (Fn. 31), S. 84 ff; Klaus Schmidt, in: Eidenmüller/Schön, aAO (Fn. 22), S. 87, 91 ff; Christensen/Nikolaev, 50 J. Acct. Res. 75 (2012) („Performance Covenant“).

73 K. Schmidt, in: Lutter, aAO (Fn. 13), S. 188.

74 Eidenmüller, in: Eidenmüller/Schön, aAO (Fn. 22), S. 241.

75 Eidenmüller, in: Eidenmüller/Schön, aAO (Fn. 22), S. 244 f; Haas, aAO (Fn. 8), S. E 31.

76 Davies, in: Eidenmüller/Schön, aAO (Fn. 22), S. 322.

77 Zum Rechtsvergleich siehe differenzierend Steffek, aAO (Fn. 48), S. 468 ff.

78 Hüttemann, FS K. Schmidt, 2009, S. 761; K. Schmidt, in: Lutter, aAO (Fn. 13), S. 198 ff.

- verhindert hier trotz eingetretener rechnerischer Insolvenz die Einleitung des Verfahrens. Anders gewendet: Die Gläubiger können die Geschäftsführer trotz rechnerischer Insolvenz nicht in ein Insolvenzverfahren zwingen, sondern müssen ihnen die Möglichkeit geben, weitere Rettungsversuche zu unternehmen.
- Nach den britischen Regeln zum *wrongful trading* hingegen kann eine negative Prognose bereits im Vorfeld der eigentlichen Insolvenz Handlungspflichten der Gesellschafter begründen. Anders gewendet: Die Geschäftsführer können sich trotz bestehender Solvenz des Unternehmens nicht damit zufriedengeben, die Geschäfte wie gehabt weiterzuführen, sondern müssen Maßnahmen ergreifen, um durch Änderungen im Geschäftsmodell und/oder Rekapitalisierung der Gesellschaft zu einer günstigen Prognose zurückzukehren.<sup>79</sup> Dabei ist allerdings im Schrifttum nicht eindeutig geklärt, ob im britischen Recht die Solvenz des Unternehmens für Zwecke des *wrongful trading* nur am Maßstab der Zahlungsunfähigkeit oder auch nach dem Maßstab der Überschuldung bestimmt wird.<sup>80</sup>
- Damit zeigt sich: Der insolvenzauslösende Zeitpunkt ist vom Gesetzgeber nicht in erster Linie zu bestimmen nach der Aussicht einer vollständigen Gläubigerbefriedigung, sondern nach der effizienten Zuordnung von Verhaltensanreizen für die beteiligten Gruppen. Er muss weiterhin kombiniert werden mit einer Prognose zur Überlebensfähigkeit des Unternehmens sowie mit Aussagen zu den Verhaltenspflichten der Geschäftsführung in der Krise – vor allem im Hinblick auf konkretere betriebswirtschaftliche Entscheidungen.
- Eine ausgewogene Regulierung könnte die folgenden Elemente enthalten:
    - Vor dem Zeitpunkt einer rechnerischen Überschuldung der Gesellschaft auf der Grundlage von Zerschlagungswerten sind für das Recht zur Weiterführung des Unternehmens weder eine besondere Prognose erforderlich noch eine Verhaltensänderung der Geschäftsführer. Es besteht selbst bei sofortiger Abwicklung keine Gefahr für die Gläubiger.
    - Ist auf der Grundlage von Zerschlagungswerten Insolvenz eingetreten, besteht allerdings bei positiver Fortbestehensprognose noch keine Überschuldung auf der Grundlage von *going concern*-Werten, so müssen die Geschäftsleiter prüfen, welche Maßnahmen zu ergreifen sind, um eine dauerhafte Insolvenz zu vermeiden. Eine Verfahrenseinleitung ist zu diesem Zeitpunkt nicht erforderlich, jedoch eine fortlaufende Beobachtung der Wertentwicklung und Steuerung der Unternehmenspolitik zur Insolvenzprophylaxe.
    - Ist die Prognose ungünstig und daher weder bei Ansatz von Zerschlagungswerten noch bei Ansatz von Fortführungswerten die Überschuldung zu vermeiden, kommt es zum Schwur, ob man dem *management* eine weitere Frist zur Rettung des Unternehmens einräumen will. Hier wird man verlangen müssen, dass sie –

<sup>79</sup> Davies, in: Eidenmüller/Schön, aaO (Fn. 22), S. 313 ff.

<sup>80</sup> Bachner, 5 Eur. Bus. Org. L. Rev. 293 (2004); Davies, in: Eidenmüller/Schön, aaO (Fn. 22), S. 319 ff; Habersack/Venze, ZHR 168 (2004), 174, 213 ff; K. Schmidt, in: Lutter, aaO (Fn. 13), S. 198 ff; zum französischen Recht Haas, aaO (Fn. 8), S. E 27 ff.

- zur Vermeidung des Insolvenzverfahrens – die wichtigsten Gläubiger über die Finanzlage informieren und mit ihnen über eine Rekapitalisierung oder andere Rettungsmaßnahmen verhandeln.<sup>81</sup> Den Gläubigern muss in diesem Zustand bereits Gelegenheit gegeben werden, einen Insolvenzantrag zu stellen, um in den Verhandlungen ein sinnvolles Druckmittel zu besitzen. Allerdings können auch Sonderkündigungsrechte, die zur unmittelbaren Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen würden, dieses eigenständige Antragsrecht faktisch ersetzen.
- Spätestens bei Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens ist das Insolvenzverfahren einzuleiten.

## II. Insolvenzantragsrecht

Die Frage nach dem Recht zur Stellung eines Insolvenzantrags bedarf vor diesem Hintergrund bestimmter Differenzierungen:

- Ein Recht der Gläubiger, einen Antrag auf Einleitung eines Insolvenzverfahrens zu stellen, bildet einen erheblichen Eingriff in die Herrschaft der Gesellschafter und Geschäftsführer. Der Antrag ist daher erst im Zeitpunkt der Insolvenz legitim. Andererseits muss dieser Eingriff möglich sein, um bei dauerhaft nachteiliger wirtschaftlicher Entwicklung eine fortlaufende Schädigung der Gläubiger durch Fehleinschätzungen der Geschäftsführer und die daraus resultierende Verzögerung der Verwertung zu vermeiden.<sup>82</sup> Die Abhängigkeit der Verfahrenseröffnung von einer negativen Fortführungsprognose des Unternehmens schützt hier die Gesellschafter und Geschäftsführer in ihren redlichen Anstrengungen, das Unternehmen aus der Krise herauszuführen.
- Das Recht der Geschäftsführer, einen Antrag auf Einleitung eines Insolvenzverfahrens zu stellen, besitzt eine andere Bedeutung. Aus ihrer Sicht dient das Antragsrecht vor allem einem Einstieg in eine geordnete Abwicklung<sup>83</sup> – je nachdem auch in eine geordnete Restrukturierung – sowie um eine gleichheitskonforme Information der Öffentlichkeit über den finanziellen Stand des Unternehmens. Damit werden die Geschäftsführer zugleich aus einer prekären Pflichtenkollosion entlassen. Die Gesellschaft wird vor unkontrollierten Eingriffen der Gläubiger geschützt und erhält gegebenenfalls die Möglichkeit, sich von lästigen Verbindlichkeiten zu befreien. Intensiv diskutiert wird daher auch die Frage, ob den Geschäftsführern bereits im Vorfeld der Insolvenz ein Antragsrecht eingeräumt werden kann, um den Geschäftsführern frühzeitig den Einstieg in eine geordnete Reorganisation oder Restrukturierung zu ermöglichen.<sup>84</sup>

<sup>81</sup> Zuletz Kleindiek, FS Schneider, 2011, S. 617, 618 ff.

<sup>82</sup> Armour/Hertig/Kanda, in: Kraakman et al., aaO (Fn. 21), S. 122, 143 ff.

<sup>83</sup> Zum britischen Recht Steffek, aaO (Fn. 48), S. 139 ff.

<sup>84</sup> Armour/Hertig/Kanda, in: Kraakman et al., aaO (Fn. 21), S. 143; zur Dysfunktionalität des § 18 InsO siehe K. Schmidt, in: Lutter, aaO (Fn. 13), S. 192.

– Gerade in der geschlossenen Kapitalgesellschaft stellt sich an dieser Stelle die Frage nach den Rechten der Gesellschafter (einzeln oder in ihrer Gesamtheit). Dies führt zunächst in die Problematik, ob die Geschäftsführer bei der Ausübung des Antragsrechts die Zustimmung der Gesellschafter benötigen. Dies wird man in der Situation der Überschuldung oder der Zahlungsunfähigkeit nicht sagen können, denn hier dient die Eröffnung des Insolvenzverfahrens in erster Linie der Sicherung der Gläubigeransprüche. Die Gesellschafter müssen sich allerdings gegen einen vorzeitigen Insolvenzantrag wehren können, wenn sie Sorge tragen, dass die Geschäftsführer verfrüht eine Entwertung der Gesellschaftsrechte in Kauf nehmen, um sich selber auf die „sichere Seite“ zu bringen oder ohne Abstimmung mit den Gesellschaftern eine Reorganisation oder Restrukturierung zu deren Lasten durchzuführen.<sup>85</sup> Dies entspricht dem Umstand, dass auch im gesunden Unternehmen eine „Liquidation“ nur auf der Grundlage eines (qualifizierten) Gesellschaftersbeschlusses durchgeführt werden kann.

Schließlich steht die Frage im Raum, ob die Gesellschafter einer geschlossenen Kapitalgesellschaft auch in der Lage sein sollten, selbständig einen Antrag auf Durchführung eines Insolvenzverfahrens zu stellen. Dafür sprechen gute Gründe: Die Durchführung eines Insolvenzverfahrens dient einerseits der Befriedigung der Gläubiger und andererseits der geordneten Abwicklung, Restrukturierung oder Fortführungswert). Beides liegt im unmittelbaren oder mittelbaren Interesse der Gesellschafter, die sich möglicherweise gegen eigenartiges Verhalten der Geschäftsführer durchsetzen müssen. Daher sollte die Gesellschaftermehrheit oder eine qualifizierte Minderheit in die Lage versetzt werden, einen solchen Antrag zu stellen oder die Gesellschafter entsprechend anzuweisen.

### III. Insolvenzantragspflicht

Das deutsche Insolvenzrecht kennt – ebenso wie die meisten kontinental-europäischen Reche<sup>86</sup> – eine generelle Insolvenzantragspflicht der Leitungsorgane einer juristischen Person, namentlich des Vorstandes einer Aktiengesellschaft und der Geschäftsführer einer GmbH. Die Verletzung dieser Pflicht ist zivilrechtlich und strafrechtlich sanktioniert.<sup>87</sup> Selbsterständig ist eine solche Insolvenzantragspflicht indessen nicht, wie ein Blick in die USA belegt. Dort sind die *directors* einer *corporation* zwar berechtigt, nicht aber gesetzlich verpflichtet, einen Insolvenzantrag zu stellen und da-

bei – je nach Lage – Schutz nach *chapter 11* zu suchen oder die reguläre Abwicklung nach *chapter 7* anzustreben. Dies wird nicht zuletzt damit verteidigt, dass die Geschäftsführer nicht in einen Konflikt zwischen den Interessen der Gläubiger und den Interessen der Gesellschafter geführt werden sollen. Eine mittlere Lösung hat sich im britischen Recht entwickelt: die Vorschrift über *wrongful trading* (sec. 214 *Insolvency Act*) statuiert zwar keine Antragspflicht, belegt die Geschäftsführer jedoch mit einer zivilrechtlichen Haftung, wenn sie trotz Krise des Unternehmens den Antrag nicht stellen und auch nicht durch die Art und Weise ihrer Geschäftsführung dafür sorgen, dass die Schäden, die den Gläubigern durch die Verzögerung der Insolvenzeröffnung drohen, minimiert werden. Indirekt wird damit letztlich ein Druck zur Antragstellung erzeugt, auch wenn es an strafrechtlichen Konsequenzen fehlt.<sup>88</sup>

Bei sorgfältiger Würdigung der involvierten Interessen streifen für eine gesetzliche Antragspflicht der Geschäftsführer in erster Linie die Probleme der Informationsasymmetrie und der Kollektivhandlung. Die Gläubiger wissen nicht so gut wie die Geschäftsführer (und in der *close corporation* die Gesellschafter), wie es finanziell um die Gesellschaft steht, und sie sind nur schwer in der Lage, ihre Interessen im Vorfeld eines förmlichen Insolvenzverfahrens zu koordinieren. Gerade bei Kleingläubigern können Aufwand und Risiko einer streitigen Antragstellung jede Initiative eindämmen. Daher sprechen gute Gründe dafür, in erster Linie die Geschäftsführer für verpflichtet zu halten, bei Eintritt von Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit den Insolvenzantrag zu stellen. Auf diese Weise werden die Geschäftsführer auch indirekt angehalten, gegenüber den wichtigsten Gläubigern frühzeitig die finanzielle Situation offenzulegen und über entlastende Maßnahmen (Rangrücktritt, *debt-equity-swap*, Teilverzichte) zu verhandeln. Bei verspäterer Antragstellung sollten die Geschäftsführer daher verpflichtet sein, der Masse den durch die Verzögerung entstandenen Schaden zu ersetzen. In diesem Ergebnis unterscheiden sich letztlich die britische Lösung (über *wrongful trading*) und die deutsche Lösung (über § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO) kaum voneinander.<sup>89</sup>

Eine wirkliche Bedeutung kommt bei dieser Betrachtung der Frage zu, wem die Zuständigkeit für die Prognose des Fortbestehens oder des Scheiterns des Unternehmens zusteht.<sup>90</sup> Während im deutschen Recht vor allem das Gericht im Rahmen der Insolvenzprüfung eine solche Prognose (gegebenenfalls mit Hilfe von Gutachtern) zu erstellen hat, überlässt das britische Recht in erster Linie den Geschäftsführern diese Prognose, die allerdings mit der gebotenen Sorgfalt handeln müssen. Man wird hier nicht umhin kommen, eine „generische Ineffizienz“ festzustellen: die Geschäftsführer sind besser als das Gericht über die Entwicklung des Unternehmens und sein wirtschaftliches Umfeld informiert, sie sind allerdings zugleich der Gefahr von Wahrneh-

85 *Baird/Henderson*, 60 Stan. L. Rev. 1309, 1320 ff. (2008); dies entspricht der Rechtsauffassung im deutschen Recht zum Verhältnis Antragsrecht/Vorlagspflicht (K. Schmidt, in: Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 4. Aufl., 2009, Abschn. 5.43 f.).

86 *Kaisl/Adensamer/Oelkers*, in: Lutter, aaO (Fn. 13), S. 134.

87 Näher *Wagner*, FS K. Schmidt, S. 1665; zum Präventionszweck *Casper*, in: Bachmann/Casper/Schäfer/Veil, aaO (Fn. 27), S. 33.

88 *Davies*, in: Eidenmüller/Schön, aaO (Fn. 22), S. 316; *Keary*, 25 Legal Stud. 431 (2005); *Steffel*, aaO (Fn. 48), S. 342 ff.

89 *Davies*, in: Eidenmüller/Schön, aaO (Fn. 22), S. 321 ff.; *Haas*, aaO (Fn. 8), S. E 29; *Müller*, in: Eidenmüller/Schön, aaO (Fn. 22), S. 386 ff.; K. Schmidt, in: Lutter, aaO (Fn. 13), S. 201 ff.

90 *Spindler*, JZ 2006, 839, 846 f.

munungsstörungen (*overoptimism*) und Fehlanreizen (Haftungsvermeidung; Arbeitsplatzsicherung) zu Lasten der Gläubiger ausgesetzt. Das Gericht hingegen ist zwar „unparteiisch“ in seiner Beurteilung, es muss allerdings nicht nur eigene Sachkenntnis aufbauen oder substituieren, sondern bei seiner Bewertung auch der Verlockung des *bindingly bias* entgegen.<sup>91</sup> Eine optimale Lösung ist damit strukturell ausgeschlossen. Man wird vielmehr mit einer Kompromisslösung leben müssen, die in erster Linie dem *management* das Urteil über die Fortbestehensprognose überlässt, in einem späteren Gerichtsverfahren aber eine Substantiierung dieses Urteils und eine Dokumentation der maßgeblichen Überlegungen verlangt.<sup>92</sup>

Dazu gehört auch, dass die Geschäftsführer verpflichtet sind, bereits im Vorfeld des endgültigen Insolvenzratbestandes alles Erforderliche zu tun, um das Unternehmen wieder zum Erfolg zu führen.<sup>93</sup> Dazu gehören auch sichtbare Maßnahmen wie eine Überprüfung und gegebenenfalls Umsteuerung des betriebswirtschaftlichen Konzepts, Verhandlungen mit Eigen- und Fremdkapitalgebern über eine Rekapitalisierung der Gesellschaft etc. Dem Vorteil, trotz rechnerischer Überschuldung bei günstiger Fortführungsprognose keinen Insolvenzantrag stellen zu müssen, muss eine Pflicht korrespondieren, die zur Verwirklichung dieser Prognose erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen.

#### IV. Eigenverwaltung oder Fremdverwaltung

Eine eigenständige Frage liegt darin, ob es Gründe geben kann, mit der Einleitung des Insolvenzverfahrens zwar die Führung des Unternehmens an den Interessen der Gläubiger auszurichten, die Leitung des Unternehmens aber den bisherigen Geschäftsführern nicht zu entziehen. Im Rechtsvergleich zeigt sich, dass viele Rechtsordnungen – beispielhaft *chapter 11* des *U.S. Bankruptcy Code* – eine solche Eigenverwaltung kennen; auch das deutsche Recht fördert zunehmend eine Kombination aus Insolvenzverfahren und Amtsverbleib der Geschäftsführer.<sup>94</sup> Hier wird man differenzieren müssen. Eine „Eigenverwaltung“ darf nicht vorrangig im Interesse der Geschäftsführer an einer Weiterführung ihrer beruflichen Position angedacht werden; weiterhin darf der grundsätzliche Übergang der Unternehmensherrschaft an die Gläubiger nicht in Frage gestellt werden. Die „Eigenverwaltung“ ist dann letztlich nur eine Art Auftragsverwaltung des amtierenden (oder eines neuen) Managements, das ebenso wie ein Insolvenzverwalter als „Treuhandler“ der Gläubigersamtheit agiert. Sie bedarf daher der Zustimmung der Gläubigermehrheit und verändert zugleich den Pflichtenstatus der Geschäftsführer in Richtung auf eine vorrangige Wahrung der Interessen der Kreditorengesamtheit.

91 K. Schmidt, in: Lutter, aO (Fn. 13), S. 193.

92 Zur Beweislast siehe zuletzt Strohn, NZG 2011, 1161, 1162.

93 A. A. Haas, aO (Fn. 8), S. E 33 ff.

94 Zuletzt ausführlich Eidenmüller, ZHR 175 (2011), 11; Jaffé, ZHR 175 (2011), 38.

#### E. Haftung der Gesellschafter

Typisch für die geschlossene Kapitalgesellschaft ist der gesteigerte Einfluss der Gesellschafter auf die Geschäftsführung. Dies hat zur Folge, dass die Frage nach einer persönlichen Schadensersatzhaftung der Gesellschafter (gegenüber der Gesellschaft) für geschäftsleitende Maßnahmen hier von größerer Relevanz ist als bei Publikumskapitalgesellschaften. Dabei muss in einer haftungsbeschränkten Kapitalgesellschaft selbstverständlich akzeptiert werden, dass der unternehmerische Einfluss als solcher sowie die Vorgabe bestimmter betriebswirtschaftlicher Konzepte für die Geschäftsführung nicht ausreichen können, um eine persönliche Haftung der Geschäftsführer auslösen zu können.<sup>95</sup> Vielmehr stehen in unserem Zusammenhang zwei Gesichtspunkte im Vordergrund: die Haftung für betriebliche Fehlentscheidungen der Gesellschafter und ihre Haftung für verzögerte Stellung eines Insolvenzantrags.

##### 1. Haftung für Eingriffe in die Geschäftsführung

Die Frage nach der Haftung von Gesellschaftern für Eingriffe in die Leitungsaufgaben der Geschäftsführer wird nicht nur in Deutschland, sondern auch in anderen Ländern unter dem Stichwort des „faktischen Organs“<sup>96</sup> (*de facto director / dirigeant de fait*) oder auch der mittelbaren Einflussnahme (*shadow director*) diskutiert.<sup>97</sup> Es geht darum, ob Gesellschafter, die auf die Tätigkeit der Gesellschaft Einfluss nehmen, anstelle oder neben den Geschäftsführern einer solchen Verpflichtung unterliegen können.

Die Antwort sollte nicht von der begrifflichen Qualifikation eines Gesellschafters als faktisches Organ einer Gesellschaft abhängen. Diese Bezeichnung hat ihre Grundlage in dem Umstand, dass das positive Recht in der Regel nur die eigentlichen Geschäftsführer in den Blick nimmt und eine Gesellschafterhaftung daher häufig nur im Wege einer Analogie begründet oder systematisch erfasst werden kann. Dies gilt auch für die Frage, ob nur natürliche Personen als faktische Geschäftsführer in die Haftung genommen werden können. Dies wird man bejahen, wenn man die potentielle Organfähigkeit nach deutschem Recht hypostasiert, um überhaupt eine Haftung begründen zu können. Sieht man den Haftungstrabstand in erster Linie in dem tatsächlichen Eingriff des Gesellschafters in die laufenden Geschäfte der Gesellschaft, wird deutlich, dass auch eine juristische Person einer solchen Haftung unterliegen kann.

Ausgangspunkt der Überlegungen ist die Wertung, dass nach der gesetzlichen Arbeitsteilung in der Kapitalgesellschaft die Gesellschafter „als solche“ keiner Obligation außerhalb der Erfüllung ihrer satzungsmäßigen Verpflichtungen (namentlich

95 Mühlert, in: Eidenmüller/Schön, aO (Fn. 22), S. 368.

96 Zuletzt ausführlich Strohn, DB 2011, 158; siehe auch § 4 B. III.2.

97 Ausführlich und rechtsvergleichend Merten/Spindler, in: Lutter, aO (Fn. 13), S. 221 ff., 249 ff; Steffek, aO (Fn. 48), S. 499 ff.

der Leistung einer Einlage) unterliegen.<sup>98</sup> Sie sind nicht „Organ“ in dem Sinne einer Zuständigkeit zur laufenden Wahrnehmung von Pflichten in der Gesellschaft. Ein Gesellschafter, der sich nach Leistung der Einlage vollständig aus dem Geschäfts-geschehen zurückzieht, handelt im Grundsatz nicht pflichtwidrig. Damit wird insbesondere ermöglicht, dass sich ein Gesellschafter in der geschlossenen Kapitalgesellschaft – wie ein Aktionär in der Publikumsgesellschaft – auf die Position eines reinen Kapitalgebers zurückzieht. Dies erscheint auch sinnvoll, um Kapitalgebern die Möglichkeit zu geben, ohne „Arbeitspflichten“ eine solche Beteiligung zu erwerben. Dies sollte im Grundsatz auch für den Alleinhaber sämtlicher Anteile gelten: Wenn die gesetzlich Pflichten der Geschäftsleiter angemessen ausgestaltet und sanktioniert sind, besteht kein Anlass, den Gesellschaftern besondere Überwachungslasten aufzubürden. Ein ineffizientes *binding* wird damit vermieden.

Andererseits wird gerade in der Situation einer geschlossenen Kapitalgesellschaft die Lage nicht selten so sein, dass ein oder mehrere Gesellschafter eben doch Einfluss auf die tatsächliche Geschäftsführung nehmen. Wenn und soweit sie betriebswirtschaftlich nachteilige Weisungen erteilen, stellt sich daher die Frage nach Grund und Umfang einer Schadenersatzpflicht vor allem gegenüber der Gesellschaft. Dabei sollen hier nicht die ebenfalls häufigen Konflikte zwischen Mehrheits- und Minderheitsgesellschaftern betrachtet werden; es geht vielmehr auch darum, ob z.B. der Alleingesellschafter einer geschlossenen Kapitalgesellschaft dieser für nachteilige Weisungen haften sollte.

Die Antwort muss aus der Sicht der *ex ante*-Verhandlungen zwischen Gläubigern, Geschäftsführern und Gesellschaftern erfolgen. Die Gläubiger gehen (im gesetzlichen Regelfall) davon aus, dass die Geschäftsführer die Maßstäbe ordnungsmäßiger Geschäftsführung (im Rahmen der *business judgment rule*) einhalten und das Gesellschaftsvermögen nicht durch ordnungswidrige Maßnahmen vermindert wird. Wenn die Gesellschafter die Möglichkeit hätten, den Geschäftsführern Weisungen zu erteilen, ohne der Gesellschaft für nachteilige Weisungen zu haften, würden die Geschäftsführer die volle Wucht des Interessenkonfliktes zwischen Gläubigern und Gesellschaftern spüren: die Gesellschafter wären dem Anreiz ausgesetzt, zu Lasten der Gläubiger und ohne persönliches Haftungsrisiko zu spekulieren und die Funktionsfähigkeit der *governance* würde ausschließlich vom persönlichen Rückgrat der Geschäftsleiter (vor allem ihrer persönlichen Unabhängigkeit von den Gesellschaftern) abhängen. Gleiches gilt, wenn ein Gesellschafter unmittelbar Geschäftsführungsmaßnahmen im Hinblick auf die Gesellschaft vornimmt (und dafür bei den Arbeitnehmern, Kunden, Lieferanten etc. der Gesellschaft Gehör findet). Auf das „Auftreten nach außen“ sollte es dafür nicht ankommen.<sup>99</sup>

Sinnvoll erscheint es daher, die Gesellschafter persönlich gegenüber der Gesellschaft für betriebswirtschaftlich fehlerhafte und nachteilige Weisungen in demselben Umfang haften zu lassen wie die eigentlichen Geschäftsführer. Dies entspricht nicht

zur einer Ansicht, die in der deutschen wissenschaftlichen Diskussion mit unterschiedlicher Begründung<sup>100</sup> immer wieder vorgebracht worden ist; vielmehr hat diese Haftungsregel zuletzt in Art. 2476 Abs. 7 *Code de Civile* für „Entscheidungen“ und „Ernähigungen“ der Gesellschafter Aufnahme in das italienische Recht gefunden.<sup>101</sup> Wer diese Haftung scheut, mag sich dieser Einmischung enthalten. Erneut kann allerdings die Haftung für die *duty of care* in der publizierten Satzung ganz oder teilweise ausgeschlossen werden (dies allerdings nur dann, wenn auch die Geschäftsführung parallel eingeschränkt wird). Auch können sich die Gesellschafter auf die *business judgment rule* berufen. Die Gläubiger wissen dann, auf welche *governance* sie sich einlassen.

## II. Haftung für Insolvenzsverschleppung

Bei der Frage nach der Haftung für die verspätete oder fehlende Einleitung des Insolvenzverfahrens muss das Bild differenzierter ausfallen. Hier geht es um ein „Unterlassen“, das im Grundsatz nur gehandelt werden kann, wenn eine eindeutig zugeordnete Rechtspflicht gegeben ist. Erneut muss man davon ausgehen, dass ein Gesellschafter nicht schon kraft seiner Gesellschafterstellung verpflichtet ist, sich über die finanzielle Situation der Gesellschaft zu informieren und gegebenenfalls auf einen Insolvenzantrag hinzuwirken. Dies würde sich nicht mit dem Bild des Gesellschafters als reinen „Kapitalist“ vertragen und kann auch bei wesentlichen Beteiligungen nicht anders gesehen werden. Insofern sollte das Gesetz von einer klaren Aufgabenteilung zwischen Geschäftsführung und Gesellschafterkreis ausgehen.

Auch die bloße Kenntnis vom finanziellen Zustand der Gesellschaft darf für eine solche Haftungsfolge nicht ausreichen. Die Gesellschafter haben das Recht, aber nicht die Pflicht, sich über die finanzielle Situation des Unternehmens zu informieren. Wenn sie dies tun, wird man nicht aus „Ingerenz“ eine Pflicht zur Antragstellung herleiten können, will man nicht die Gesellschafter davon abschrecken, sich über das Verhalten des Managements und die wirtschaftliche Situation des Unternehmens zu informieren.

Schwieriger sind zwischengelagerte Fallkonstellationen, bei denen der Gesellschafter sich mehr oder weniger an der Geschäftsführung beteiligt. Einzelne Weisungen aus dem Gesellschafterkreis dürften nicht ausreichen, um die Haftung für Insolvenzsverschleppung auszuüben, anders jedoch eine volle Einmischung in die tägliche Arbeit des Unternehmens. Diese müsste allerdings mit einem persönlichen Antragsrecht des Gesellschafters kombiniert werden.<sup>102</sup> Ein klarer Fall liegt schließlich in der Situation, dass der Gesellschafter aktiv verhindert, dass ein Insolvenzantrag gestellt wird. Dabei muss er als „Beteiligter“ oder als „Täter“ ebenfalls in den Bereich der Haftungsnorm gelangen.<sup>103</sup>

100 Eimersseits *Wilhelm*, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, 1981; andererseits *Grigoleit*, aO (Fn. 1), S. 289 ff.

101 *Sangionanni*, RIW 2011, 744.

102 Siehe dazu oben und *Haaß*, aO (Fn. 8), S. E 47 f.

103 *Haaß*, aO (Fn. 8), S. E 44.

98 *Haaß*, aO (Fn. 8), S. E 100 ff.

99 Siehe auch *Davies*, in: Eidenmüller/Schön, aO (Fn. 22), S. 314; *Spindler*, in: Eidenmüller/Schön, aO (Fn. 22), S. 348; *ders.*, JZ 2006, 839, 847 f.

## F. Verlagerungen zwischen Gesellschaftsvermögen und Gesellschaftervermögen

## 1. Die allgemeine Grenze der Auszahlungen

Die Interessen der Gläubiger und der Gesellschaft stoßen unmittelbar aufeinander, wenn es zu Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter kommt. Eine solche Leistung – sei es eine offene Dividende oder eine verdeckte Vermögensverlagerung – vermindert den Haftungsfonds der Gesellschaft und erhöht den Konsumtionfonds der Gesellschafter. Dieser Effekt verstärkt sich noch, wenn das Gesetz – etwa bei gutgläubig bezogenen Dividenden – die Rückforderung von Zahlungen ausschließt und daher an die Stelle des verlagerten Vermögens nicht etwa ein Rückforderungsanspruch gegen die Gesellschafter tritt.

Die Frage nach der Zulässigkeit von Auszahlungen an die Gesellschafter bildet daher eine wesentliche Grundlage des „Verrages“ zwischen Gläubigern und Gesellschaftern, der durch das objektive Gesellschaftsrecht substituiert wird.<sup>104</sup> Je nach Umfang der „Entnahmerechte“ wird man leichter oder schwerer Eigenkapital gewinnen – andererseits werden sich die Fremdkapitalgläubiger die Gefährdung ihrer Ansprüche durch Gesellschaftsretnahmen typischerweise durch höhere Zinssätze entgelten lassen.<sup>105</sup> Dabei ist die Gefahr opportunistischen Verhaltens bei dieser Problemstellung besonders hoch, so dass es sich lohnen kann, zwingende Vorschriften in das Gesellschaftsrecht einzubauen, die eine vollständige haftungsfreie Entnahme des Gesellschaftsvermögens zu Lasten der Gläubiger generell verhindern.<sup>106</sup> Alternativ besteht auch die Option, das Recht der Insolvenzanfechtung zu einem Kontrollinstrument für Auszahlungen an Gesellschafter auszubauen.<sup>107</sup> Auf diese technische Frage – Insolvenzrecht oder Gesellschaftsrecht – die auch bei der Kollision mehrerer Rechtsordnungen Bedeutung erlangen kann, wird hier nicht eingegangen.<sup>108</sup>

Eine besonders hohe Schranke setzten frühere Rechtsordnungen, die eine Auszahlung von Gewinnanteilen erst mit der Liquidation der Gesellschaft und der vor-

rangigen Betriedung aller Gläubigeransprüche ermöglichten; bei langlebigen Kapitalgesellschaften führt dies jedoch zu einem ineffizient hohen Gläubigerschutzniveau, das den Interessen der Gesellschafter an regelmäßigen Erträgen sowie an der Möglichkeit der Reinvestition außerhalb des Gesellschaftsvermögens nicht gleichgewichtig ist.<sup>109</sup> Die Wahrheit liegt daher – wie so oft – in der Mitte: Es muss möglich sein, auch im laufenden Betrieb des Unternehmens regelmäßige Dividendenzahlungen vorzunehmen und andere Vermögensverlagerungen durchzuführen. Dabei müssen Konventionen gebildet werden, die – als typisierter Interessenausgleich – die Entnahmegrenze so definieren, dass mit einer effizienten Aufnahme von Fremd- und Eigenkapital gerechnet werden kann.<sup>110</sup>

Strukturell unterscheiden die bekannten Rechtsordnungen zwischen zwei verschiedenen Grenzlinien: der Grenzlinie des gezeichneten Kapitals einerseits und der Grenzlinie der Überschuldung oder Solvenz andererseits. Die Vorstellung, dass Leistungen, die bei bilanzieller Betrachtung das gezeichnete Kapital angehen, nicht erfolgen dürfen oder zurückgewährt werden müssen, setzt im Grundsatz voraus, dass man das in der 2. Richtlinie und vielen kontinentaluropäischen Rechtsordnungen formulierte System der Aufbringung und Erhaltung von Kapital akzeptiert. Dazu wird in einem eigenständigen Punkt Stellung genommen.<sup>111</sup> Die Grenzlinie der Überschuldung oder Solvenz findet sich hingegen in allen bekannten Rechten.<sup>112</sup> Es gehört zum Kernbestand des Gesellschaftsrechts oder des Insolvenzrechts, dass Gesellschaften mit beschränkter Haftung keine Zahlungen an ihre Gesellschafter leisten dürfen, wenn dadurch die Erfüllung der Verbindlichkeiten des Unternehmens nicht mehr gesichert erscheint (siehe z.B. sec. 6.40 *Revised Model Business Corporation Act*). Natürlich könnte man dies den einzelnen Gläubigern zur Verhandlung überlassen – aber vor dem Hintergrund der erheblichen Transaktionskosten, der fehlenden Marktmacht einzelner Gläubiger sowie der bekannten Kollektivhandlungsprobleme erscheint es sinnvoller eine feste Untergrenze der Ausschüttungen mit Wirkung für und gegen alle Beteiligten vorzusehen und den Beteiligten die Möglichkeit zu lassen, privatautonom höhere Ausschüttungsschranken zu formulieren.<sup>113</sup>

Erkennt man, dass es sich bei dieser Grenzziehung um eine „Konvention“ handelt, die einen „typischen Vertragsinhalt“ substituiert, so wird deutlich, dass die Vor- und Nachteile der vertretenen Konzeptionen in jeweils unterschiedlichen Risikoverteilungen zwischen Gesellschaftern und Gläubigern (oder einzelnen Gläubigergruppen) zum Ausdruck kommen. So werden individualgesicherte Großgläubiger (Banken) kein Interesse an standardisierten Ausschüttungsregeln haben, weil sie ihre

104 *Kalaly*, 10 J. Fin. Econ. 211 (1982).

105 *Rickford et al.*, 15 Eur. Bus. L. Rev. 919, 967 (2004).

106 *Arnour*, in: Eidenmüller/Schön, aO (Fn. 22), S. 10 f., 14 f.; *Spindler*, JZ 2006, 839, 843 f.; die Frage dieser Ausschüttungsgrenzen ist in vielen Rechtsordnungen verbunden mit der Frage nach der Erhaltung des Stammkapitals einer Gesellschaft; sie stellt sich jedoch unabhängig von der Existenz eines gesetzlichen Kapitalschutzsystems (*Lutter*, aO (Fn. 13), S. 6; *Schön*, Der Konzern 2004, 162, 164 ff.).

107 Näher *Eidenmüller/Engert*, FS K. Schmidt, S. 305; *Grigoleti*, aO (Fn. 1), S. 153 ff.; *Panhas*, in: Lutter, aO (Fn. 13), S. 434; *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, 2010, S. 89 ff.; *Wagner*, in: Eidenmüller/Schön, aO (Fn. 22), S. 217; zum US-Recht siehe *Barnd*, in: Eidenmüller/Schön, aO (Fn. 22), S. 199.

108 Eine gewisse materielle Bedeutung kommt dieser Differenzierung dann zu, wenn man die gesellschaftsrechtlichen Auszahlungsgrenzen als *ex ante* wirkende Verbote versteht, die insolvenzrechtlichen Regeln aber immer nur *ex post* eingreifen lässt. M. E. kann aber (bei rechtspolitischer Betrachtung) auch einer insolvenzrechtlichen Regel eine gewisse „Vorwirkung“ beigemessen werden, die z.B. den Geschäftsführer nachträglich für anfechtbare Auszahlungen haften lässt.

109 *Schön* in: Hommelhoff/Rowedder/Ulmer, Max Hachenburg – Fünfte Gedächtnisvorlesung 2002, 2003, S. 17 ff.

110 *Arnour/Hentig/Kanda*, in: Kraakman et al., aO (Fn. 21), S. 132 f.

111 Siehe unten Abschnitt II.

112 *Hatz*, aO (Fn. 8), S. E 121 ff.; *Müller*, in: Eidenmüller/Schön, aO (Fn. 22), S. 392 f.; *Rickford*, in: Eidenmüller/Schön, aO (Fn. 22), S. 135, 144 ff.; zur Diskussion im Rahmen der SPE siehe *Hennrichs*, NZG 2009, 921, 926; *De Erice/Gaude*, NZG 2009, 857, 860 f.; 113 *Spindler*, JZ 2006, 839, 841.

eigenen Vorzugsrechte durchsetzen und zudem in *covenants* eigenständige Ausschüttungsregeln formulieren können. Bei den übrigen Gläubigern wird man zwischen den Interessen kurzfristiger und langfristiger Gläubiger differenzieren können.<sup>114</sup> Während die Inhaber kurzfristiger Forderungen auf die laufende Liquidität des Unternehmens achten werden (die in einem „Solvenztest“ geprüft wird), müssen die Inhaber langfristiger ungesicherter Forderungen (Pensionszusagen, Umweltschuldrückstellungen) an einem „Bilanztest“ interessiert sein, der die Schuldendeckungsfähigkeit des Gesellschaftsvermögens unter langfristigem Einschluss aller Verbindlichkeiten und Rückstellungen in den Blick nimmt. Wendet man einen „Bilanztest“ an, so kann man besonders vorsichtige Bilanzregeln zum Einsatz bringen, die Risiken asymmetrisch stärker abbilden als Chancen, oder eher informationsorientierte Regeln wie die IFRS, die stärker die Aktualität und Marktwertorientierung in den Blick nehmen als die Definition des langfristig entziehbaren Gewinns.

Für einen am Vorsichtsprinzip orientierten „Bilanztest“ streiten vor allem Überlegungen, welche die Gefahr opportunistischen Verhaltens der Geschäftsführer und Gesellschafter in den Blick nehmen. Dafür muss man bedenken, dass die genannten Tests zunächst in der Hand des *managements* liegen und häufig genug vom Gesellschafterkreis ratifiziert werden. Externe *gatekeeper* wie Wirtschaftsprüfer oder Gerichte kommen erst in zweiter Linie zum Einsatz. Daher sollte man Tests anwenden, die möglichst wenig durch die interessierten Geschäftsführer und Gesellschafter manipuliert werden können.

Dabei ist der „Bilanztest“ klar im Vorteil gegenüber dem „Solvenztest“, der weitgehend an persönliche Einschätzungen des *managements* über die zukünftige Entwicklung des Unternehmens anknüpft, während der Bilanztest sich in erster Linie an historischen Daten orientiert.<sup>115</sup> Bei der Auswahl der Bilanzregeln sollte dem Ansinnen der Gesellschafter entgegen gewirkt werden können, bei unsicherem Betriebsverlauf Gewinne auszuweisen und auszusütten, ohne diese Zahlungen bei Realisation des *dévoiside risk* zurückzahlen zu müssen. Eine Bilanzierung nach IFRS kann daher auch in Kombination mit einem Solvenztest keine Lösung sein.<sup>116</sup> Eine asymmetrische Bilanzierung nach dem Vorsichtsprinzip bietet demgegenüber eine Grenze, die von Gesellschaftern und Geschäftsführern weniger manipuliert werden kann als eine Grenze nach den IFRS oder nach einem Solvenztest. Die bisherige „konservative“ Buchführung hat sich insoweit bewährt und wird bis heute auch in „freiwilligen“ *covenants* praktiziert.<sup>117</sup> Sie sollte auch nicht durch einen obligatorischen kumulativen Solvenztest ergänzt werden.<sup>118</sup>

114 Schön, in: Eidenmüller/Schön, aO (Fn. 22), S. 181, 189 ff.

115 *Hemtrichs*, NZG 2009, 921, 926; *Spindler*, JZ 2006, 839, 843 f.; *Haaker*, DStR 2010, 663, 667; *ders.*, ZGR 2010, 1055, 1061–1065; *Pfennig*, aO (Fn. 8), S. 113 ff.

116 So aber *Latzer*, aO (Fn. 13), S. 10 ff. sowie für die SPE: *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2010, 337, 340; dagegen *Hemtrichs*, ZGR 2008, 361; *Schön*, in: Eidenmüller/Schön, aO (Fn. 22), S. 196 ff.

117 *Nikolaew*, 48 J. Acct. Res. 51 (2010); *Li*, 48 J. Acct. Res. 1103 (2010).

118 *Pfennig*, aO (Fn. 8), S. 130 ff.

## II. Dividenden: Gunglaubensschutz

Bei Dividenden aus dem Gesellschaftsvermögen stellt sich die grundsätzliche Frage, ob und in welchem Umfang der gute Glaube der Beteiligten an die Ordnungsmäßigkeit der Zahlungen den Schutz der Gläubiger einschränken kann. Exemplarisch ist eine Zahlung, die aufgrund einer objektiv fehlerhaften Bilanz erfolgt (z.B.: die Notwendigkeit einer Rückstellung für erhebliche Umweltschutzverpflichtungen wurde ohne subjektives Verschulden verkannt). Auf den ersten Blick erscheint die Schutzwürdigkeit der Dividendempfänger gering; denn sie haben bei ihrer Kapitalanzahlung keinen eindeutigen Anspruch auf bestimmte Auszahlungen erworben. Andererseits kann es die Bereitschaft von Investoren zur Gewährung von Eigenkapital einschränken, wenn sie damit rechnen müssen, dass Ihnen offene Dividenden im Nachhinein entzogen werden können. Daher wird man einen Gunglaubensschutz anordnen müssen, der zumindest bei einer subjektiv richtigen Bilanzierung der Geschäftsführung sowie bei subjektiv gutem Glauben der Gesellschafter einen Rückforderungsausschluss hervorruft.<sup>119</sup>

## III. Verdeckte Vermögensverlagerungen

Bei verdeckten Vermögensverlagerungen stellen sich mehrere Probleme.<sup>120</sup> Die erste Frage geht dahin, ob verdeckte Vermögensverlagerungen generell wegen ihres vermögensschädigenden Charakters untersagt und mit Schadensersatz- oder Ausgleichs- bzw. Rückgewähransprüchen sanktioniert werden sollen. Diese Tendenz verfolgt das deutsche Aktienrecht, welches – auch bei nicht börsennotierten Unternehmen – die gesamte Vermögenssphäre der Gesellschaft unter Schutz stellt.<sup>121</sup> Dies mag aus der Sicht des Schutzes der Gesellschafter (namentlich der Minderheitsgesellschafter) eine diskutierbare Norm sein, aus der Sicht der Gläubiger ist dies hingegen irrelevant. Der Unterschied zwischen der offenen Dividende und der verdeckten Vermögensverlagerung liegt im Hinblick auf den Gläubigerschutz nicht zutage. Beide Leistungen sind darauf angelegt, Werte ohne entsprechende Gegenleistung dem Unternehmen zu entziehen. Daher müssen verdeckte Vermögensverlagerungen aus Gläubigersicht zulässig sein, solange das Unternehmen den Bilanztest besteht. Umgekehrt bedeutet dies aber auch, dass verdeckte Vermögensverlagerungen nicht von einem solchen „Test“ freigestellt werden dürfen. Entschleift man sich – wie oben beifüwortet – für einen bilanzorientierten Test, so muss dieser nicht nur auf offene Dividenden, sondern auch auf verdeckte Vermögensverlagerungen angewandt werden.<sup>122</sup> Dabei eignen sich diese Fälle zwar nicht für eine vorab zu erstellende „Solvenzbescheinigung“, aber man muss

119 Schön, FS 50 Jahre Bundesgerichtshof 2000, Bd. 2, S. 153 ff.

120 *Arnour/Hertig/Kanda*, in: Krakman et al., aO (Fn. 21), S. 132 f.

121 *Kritisch Schön*, FS Röhricht, 2005, S. 559.

122 *Arnour*, in: Eidenmüller/Schön, aO (Fn. 22), S. 6 ff.; zur SPE siehe *Wäcke*, GmbHR 2011, 566, 572 f.

die Geschäftsführer verpflichtet, bei Aufdeckung einer verdeckten Vermögensverlagerung im Nachhinein den Zulässigkeitsnachweis zu führen. Ob man für Konzeptionsituationen eine gewisse Flexibilität gewähren sollte, wenn nachteilige Rechtsgeschäfte im Rahmen einer übergreifenden Unternehmensstrategie gerechtfertigt erscheinen, steht auf einem anderen Blatt.<sup>123</sup>

#### IV. Weitergehende eigenwillige Maßnahmen

Neben den offenen Dividenden und den ungleichwertigen Leistungen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern entfaltet sich ein „grauer Bereich“ von Maßnahmen der Geschäftsführer und Gesellschafter, die geeignet sind, das persönliche Einkommen von Geschäftsführern und Gesellschaftern zu Lasten des Gewinns und Vermögens der Gesellschaft zu steigern. Beispielhaft sind die Nutzung von „Geschäftschancen“ der Gesellschaft durch Geschäftsführer und Gesellschafter oder andere unternehmerische Entscheidungen – z.B. die Schließung eines Geschäftsbereichs, der Entzug betriebswesentlicher Anlagegüter oder die Neugestaltung eines Vertragswerks – welche zwar nicht als Vermögensverlagerung i.e.S. angesehen werden können, aber doch eine Korrespondenz zwischen Gesellschaftsvermögen und Gesellschafter-/Geschäftsführervermögen aufweisen.<sup>124</sup>

Aus der Sicht des Gläubigerschutzes liegt in diesen Fällen die Besonderheit darin, dass dem Gesellschaftsvermögen nicht ein konkreter Vermögenswert entzogen, sondern die Aussicht auf bestimmte zukunftsgerichtete Erwerbchancen genommen wird. Daher kann auch ein „Bilanztest“ nicht sinnvoll auf diese Maßnahmen angewandt werden. Dies führt erneut zu der Frage, wie man den gesetzlichen „Standardvertrag“ zwischen Gesellschaftern, Geschäftsführern und Gläubigern zu „lesen“ hat. Ausgangspunkt der vertraglichen Vereinbarungen zwischen Gläubigern und Gesellschaft ist – wie bereits mehrfach betont – nicht nur der Bestand des Vermögens, sondern das ganze „Geschäftsmodell“ der Gesellschaft, wie es in Unternehmenszweck und Unternehmensgegenstand zum Ausdruck gebracht ist. Die Gläubiger gehen davon aus, dass die Gesellschaft sich aktiv in diesem Rahmen betätigt und auch die dort vorhandenen Geschäftschancen nutzt. Die Verlagerung von Geschäftschancen aus dem Unternehmen, der Entzug wesentlicher Betriebsgrundlagen oder auch die Herausnahme ganzer Geschäftsfelder wirken sich zu Lasten künftiger Gewinne aus und sind nicht durch die gemeinsamen Vorgaben gedeckt. Die Geschäftsführer oder Gesellschafter können sich diese Vorrechte nur dann aneignen, wenn sie sich außerhalb der Sphäre von Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand bewegen oder wenn sie die Gesellschaftssatzung entsprechend ändern. In Einzelfällen kann auch ein einstimmiger Zustimmungsbeschluss der Gesellschafterversammlung ausreichen. Eine nachträgliche Änderung der Gesellschaftssatzung oder ein entsprechender Gesell-

<sup>123</sup> Fleischer, in: Lutter, aaO (Fn. 13), S. 114 (mit Rechtsvergleich).  
<sup>124</sup> Paefgen, aaO (Fn. 51), § 43 GmbHG Rdn. 45.

schafterbeschluss sollte allerdings mit einem sofortigen Kündigungsrecht der Gesellschaftsgläubiger kombiniert werden.

Diese eigenwilligen Verhaltensweisen – zu denen auch einige der in Deutschland unter dem Stichwort der „Existenzvernichtungshaftung“<sup>125</sup> besprochenen Konstellationen gehören – sind scharf von den schlicht nachlässigen und betriebswirtschaftlich fehlerhaften Verhaltensweisen zu trennen. Dies gilt vor allem für die Frage der Abdingbarkeit der Pflichten. Während die  *duty of care*  in der Satzung – wie oben dargelegt – auch mit Wirkung für die Gläubiger abbedungen werden kann, erscheint dies für die Loyalitätspflichten gegenüber dem Unternehmenszweck nicht möglich, um *moral hazard* auszuschließen. Eigenwillige Eingriffe der Geschäftsführer oder der Gesellschafter in den Gesellschaftsbetrieb müssen also in jedem Fall mit einer Haftung der Beteiligten zugunsten der Gläubiger *via* Kapitalgesellschaft sanktioniert werden. Voraussetzung muss natürlich sein, dass die Gläubiger durch diese Maßnahmen überhaupt gefährdet sind. Daher empfiehlt es sich, diese Haftung nur für den Fall der Insolvenz eingreifen zu lassen (und entweder dem Insolvenzverwalter oder den Gläubigern die Durchsetzung der Ansprüche zu überlassen).

Keine klare Vorstellung verbindet man demgegenüber im deutschen Recht mit „insolvenzauflösenden Zahlungen“, wie sie jetzt in § 64 Satz 3 GmbHG mit Haftungserfolgen belegt sind; hier bleibt namentlich die Frage nach dem Charakter der „Kausalität“ offen.<sup>126</sup> Man sollte daher dabei bleiben, dass nur drei Tatbestände zur Haftung von Geschäftsführer und Gesellschafter führen können:

- Dividendenzahlungen, die den „Bilanztest“ nicht passieren;
- verdeckte Vermögensverlagerungen unter denselben Voraussetzungen;
- sonstige eigenwillige Maßnahmen der Gesellschafter und Gläubiger im Vorfeld der Insolvenz.

#### G. Informationspflichten gegenüber Gläubigern

Zu den zentralen Anliegen der Diskussion über den angemessenen Schutz von Gläubigern gehört, unter anderem der Wunsch nach zeitnaher und substanzialer Information der Gläubiger über die jeweilige wirtschaftliche Situation des Unternehmens. Dabei geht es einerseits um regelmäßige Pflichtpublizität der Gesellschaft, andererseits um ad-hoc-Informationen in der Krise. Zu beiden Themen gibt es unterschiedliche Auffassungen:

<sup>125</sup> Habersack, ZGR 2008, 533; Schall, aaO (Fn. 12), S. 213 ff; Schön, ZHR 168 (2004), 268; Osterloh-Kornadt, ZHR 172 (2008), 274; Tröger/Dangelmayr, ZGR 2011, 558, 568 ff.

<sup>126</sup> Näher Altmeyers, FS Hüffer, S. 1; Kleinahle, FS K. Schmidt, S. 893, 900 ff; Schall, aaO (Fn. 12), S. 184 ff; Strohn, ZHR 173 (2009), 589; ders., NZG 2011, 1161, 1168 f; Wiedemann, ZGR 2011, 183, 204 f.

## I. Pflichtpublizität der Kapitalgesellschaft

## 1. Tatbestand

In der europäischen Diskussion wird die Pflicht zur Publizität von Unternehmensdaten traditionell mit dem Anliegen des Gläubigerschutzes begründet.<sup>127</sup> Vielfach findet sich hier auch die Annahme, dass die Haftungsbeschränkung in der Kapitalgesellschaft durch die Bereitschaft zu regelmäßiger Offenlegung der Unternehmenszahlen ergänzt werden müsse. Diese – seit Jahrzehnten – in der 1. Richtlinie sowie in der 4. Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft niedergelegte Vorgabe wird als nahezu selbstverständlich eingeschätzt. Sie steht allerdings in deutlichen Gegensatz zur Praxis der Vereinigten Staaten, wo die Einzelstratentreue für die geschlossenen Kapitalgesellschaften gerade keine Regelpublizität der Unternehmenszahlen vorschreiben und lediglich auf der Grundlage von Bundesrecht kapitalmarktorientierte Unternehmen vielfältigen Publizitätspflichten unterliegen.<sup>128</sup>

Bei näherer Betrachtung stellt man fest, dass die allgemeine Registerpublizität von geschlossenen Kapitalgesellschaften letztlich nachteilige Auswirkungen hat: Sie nützt in erster Linie den Wettbewerbern eines als Kapitalgesellschaft verfassten Unternehmens, wie vielfältig belegt werden kann.<sup>129</sup> Für die individuellen Gläubiger hingegen würde es vollständig ausreichen, wenn ihnen die objektive Rechtsordnung einen persönlichen Anspruch auf Vorlage eines geprüften Jahresabschlusses gewähren würde. Wer noch in der Verhandlungssituation steht, kann ohnehin auch ohne gesetzlichen Anspruch seine Bereitschaft zum Vertragsschluss von einer solchen Vorlage abhängig machen.<sup>130</sup>

## 2. Haftung

Die Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses obliegt typischerweise den Geschäftsführern und den Gesellschaftern. Damit stellt sich die Frage der Haftung dieser Personen für die Schäden von Gläubigern, die im Vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben im Jahresabschluss der Gesellschaft einen Kredit gewährt haben oder in anderer Weise mit ihr in geschäftlichen Kontakt gekommen sind. Diese Frage, die im deutschen Recht vor allem daran erörtert wird, ob die bilanzrechtlichen Geschäftsführerpflichten sich als dritgerichtete Schutzgesetze darstellen,<sup>131</sup> ist *de lege ferenda*

127 *Merkel*, in: Eidenmüller/Schön, aaO (Fn. 22), S. 93; *Haas*, aaO (Fn. 8), S. E 105 ff; *Müller*, in: Eidenmüller/Schön, aaO (Fn. 22), S. 383 f.

128 *Arnoult/Hering/Kanda*, in: Kraakman et al., aaO (Fn. 21), S. 124 f.

129 *Schön*, in: Schön, Rechnungslegung und Wettbewerbschutz im deutschen und europäischen Recht, 2009, S. 563 ff.

130 *Allen/Kraakman/Sabramanian*, Commentaries and Cases on the Law of Business Organizations, 3. Aufl., 2009, Abschn. 6.1, S. 133.

131 Siehe etwa *Schnorr*, ZHR 170 (2006) 9; a.A. *Grigoleit*, aaO (Fn. 1), S. 136 ff; *Merkel*, in: Eidenmüller/Schön, aaO (Fn. 22), S. 118.

zu bejahen. Eine bloße Schadensersatzhaftung der Gesellschaft als solcher für fehlerhafte Bilanzen bringt den Gläubigern keinen Vorteil: ihnen steht das Gesellschaftsvermögen ohnehin als Haftungsmasse zur Verfügung. Ein Schaden der Gesellschaft, den diese gegenüber den Geschäftsführern mit Wirkung für die Gläubiger geltend machen könnte, ist andererseits nicht erkennbar oder jedenfalls nicht kongruent zum Gläubigerschaden. Um sinnvolle Anreize für eine ordnungsmäßige Unternehmenspublizität vorgeben zu können, muss daher eine vorsätzliche oder fahrlässige Fehlbilanzierung eine persönliche Haftung der Geschäftsführer zur Folge haben können. Die eigentliche Aufgabe besteht darin, die Beurteilungsspielräume der Geschäftsführer – namentlich bei der faktischen Benennung und Bewertung von Risiken – angemessen zu würdigen.

Gesellschafter sollten immer dann ebenfalls dieser Haftung unterliegen, wenn und soweit sie aktiv Einfluss auf die Aufstellung der Bilanz genommen haben. Haben sie sich darauf zurückgezogen, das von den Geschäftsführern erstellte und von Wirtschaftsprüfern testierte Rechenwerk zu genehmigen, so trifft sie im Grundsatz keine Haftung, da ihnen auch keine Prüfungspflicht zuzumuten ist. Ein anderes kann nur bei vorsätzlichem Handeln oder deutlicher Evidenz eines Fehlers angenommen werden.

Einen Extremfall dieser Informationshaftung bildet schließlich die häufig als Fall der „Durchgriffshaftung“ qualifizierte Haftung für Vermögensvermischung, bei der die Gläubiger in erster Linie dadurch gefährdet werden, dass eine nachvollziehbare Zuordnung von Vermögensgegenständen zum Gesellschaftervermögen und zum Gesellschaftsvermögen anhand der Buchführung nicht mehr möglich ist („Waschkorb-*lage*“).<sup>132</sup> Es ist aber nicht die Mischung der Vermögenssphären als solche, sondern das daraus resultierende Informationsproblem, das eine Haftung legitimiert.

## II. Offenlegung einer wirtschaftlichen Notlage

Im System des Gesetzes wird die wirtschaftliche Notlage eines Unternehmens entweder deutlich in den Angaben, die im Rahmen der Registerpublizität offengelegt werden, oder durch die Publizitätswirkung, die mit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens verbunden ist. Eine *Ad-hoc*-Publizität, wie sie das Kapitalmarktrecht zum Schutz von Investoren kennt, ist auf der Ebene der geschlossenen Gesellschaft nicht vorgesehen – auch nicht als Ergänzung zur weit gefassten Bilanzpublizität des Europäischen Gesellschaftsrechts.

Allerdings wird gerade in den Niederlanden sowie in den skandinavischen Ländern eine solche Aufklärungspflicht anerkannt<sup>133</sup> und auch in Deutschland wurde über viele Jahre eine Geschäftsführerhaftung aus *culpa in contrahendo* praktiziert. Heute wird auf der Grundlage der vollen Deliktshaftung der Geschäftsführer gegen-

132 *Merkel/Spindler*, in: Lutter, aaO (Fn. 13), S. 213 f.

133 Nachweise bei *Kals/Adensamer/Oellers*, in: Lutter, aaO (Fn. 13), S. 159, 161, 170 f.

über Neugläubigern nach § 823 Abs. 2 BGB eine Art „Publizitätshaftung“ durchgesetzt, wenn eine Kapitalgesellschaft nicht rechtzeitig in ein formales – und damit auch für Gläubiger sichtbares – Insolvenzverfahren geführt wird.<sup>134</sup>

Man muss darüber nachdenken, ob eine solche gläubigerorientierte *Ad-hoc*-Publizität Sinn ergibt. Dafür müsste man die Geschäftsführer eines Unternehmens verpflichten, den Eintritt einer wirtschaftlichen Krise (im Vorfeld der eigentlichen Insolvenz) einer allgemeinen Öffentlichkeit oder jedenfalls allen bekannten Gläubigern mitzuteilen. Dies erscheint nicht ratsam. Vielmehr würde dies ein Unternehmen in schwieriger Lage dem generellen Verdacht der baldigen Insolvenz aussetzen und damit die redlichen Versuche der Geschäftsführer, das Unternehmen wieder auf das richtige Gleis zu bringen, konterkarieren. Eine allgemeine Publizitätspflicht für wirtschaftliche Notlagen kann daher nicht befürwortet werden.<sup>135</sup>

Dies führt zu der spezifischen Frage, ob Geschäftsführer in konkreten Verhandlungen mit Gläubigern verpflichtet sind, über eine bestehende wirtschaftliche Krise des Unternehmens aufzuklären. Selbstverständlich ist in allen Rechtsordnungen, dass den Geschäftsteilern keine *misrepresentation* erlaubt ist: Alle positiven Angaben zur Lage des Unternehmens müssen bei Gefahr der persönlichen Haftung der Wahrheit entsprechen. Problematisch ist das „Unterlassen“ einer solchen Aufklärung im Vorfeld einer Insolvenz. Soll es – so muss man fragen – im Vorfeld der eigentlichen Insolvenzantragspflicht eine haftungsbewehrte Aufklärungspflicht gegenüber Geschäftspartnern geben?

Schaut man näher hin, so stellt man fest, dass die Thematik einer Aufklärungspflicht eng zusammenhängt mit derjenigen des Zeitpunkts für das Einsetzen der Insolvenzantragspflicht. Es ist bereits darauf hingewiesen worden, dass *de lege lata* und *de lege ferenda* der Zeitpunkt für den Insolvenzantrag nicht so früh liegt, dass im Insolvenzverfahren sämtliche ausstehenden Forderungen sicher erfüllt werden können. Vielmehr wird – sowohl durch die Anwendung der Bilanzierungsregeln beim Überschuldungsstatus als durch die Berücksichtigung eines prognostischen Elements – den Geschäftsführern gestattet, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens in einer Weise hinauszuzögern, welche die Ansprüche der Gläubiger effektiv gefährdet. Dieses Recht der Geschäftsführer, zur Rettung des Unternehmens trotz rechnerischer Insolvenz Maßnahmen zu ergreifen, insbesondere neue Aufträge und neues Kapital zu akquirieren, führt allerdings zu einer Situation der Asymmetrie: Die Geschäftsführer wissen um den Stand des Unternehmens, die (potenziellen) Gläubiger wissen es nicht, so dass die Geschäftsführer ein Stück weit auf Kosten dieser Gläubiger spekulieren können. Dies spricht für eine Rechtsregel, nach der die Unternehmensleiter in der Krise ihre Geschäftspartner in Vertragsverhandlungen positiv auf die Bonitätsrisiken der Kapitalgesellschaft hinweisen müssen.<sup>136</sup> Natürlich lässt sich wiederum anführen,

dass diese Auskunftspflicht die Chancen auf eine Rekapitalisierung der Gesellschaft dämpft – doch muss man dann auch akzeptieren, dass ein genereller Ausschluss dieser Offenlegungspflicht im Vorfeld einer Insolvenz potentielle Gläubiger auch gesunder Unternehmen eher abschrecken und daher zu einer adersen Selektion auf den Kreditmärkten führen kann. Daraus resultiert, dass in einer schweren wirtschaftlichen Krise die Geschäftsführer des Unternehmens potentielle Geschäftspartner auf die potentielle Insolvenz der Gesellschaft aufmerksam machen müssen. Als angemessene Sanktion kommt nur die persönliche Haftung dieser Geschäftsführer in Betracht, denn eine Haftung der Gesellschaft würde nicht über den ohnehin geschuldeten Betrag hinausgehen. Geschäftspartner sollten persönlich haften, wenn sie entweder *in persona* Verhandlungen mit potentiellen Gläubigern geführt oder die Geschäftsführer angehalten haben, die wahren Verhältnisse nicht offenzulegen.

## H. Kapital

### I. Einleitung

Im Mittelpunkt der öffentlichen Fachdiskussion über die Zukunft des Gläubigerschutzes im Gesellschaftsrecht steht das Rahmenwerk des *legal capital*, die gesetzlichen Regeln über die Ausbringung und Erhaltung des Gesellschaftskapitals als Beitrag der Gesellschafter zur Finanzierung der Unternehmen.<sup>137</sup> Dass diese Thematik erst am Ende dieser Darstellung erörtert wird, hat seinen Grund darin, dass sämtliche vorausgehenden Themenstellungen – die Verhaltenspflichten von Geschäftsführern und Gesellschaftern, das Recht und die Pflicht zur Einleitung eines Insolvenzverfahrens sowie die Ausschüttungsgrenzen anhand eines Bilanz- oder Solvenztests – davon nicht zwingend berührt werden. Ein Kapitalschutzsystem solle nur als Ergänzung und Verstärkung, aber nicht als gedanklicher Ausgangspunkt des nach den vorstehenden allgemeinen Regeln erarbeiteten Gläubigerschutzsystems verstanden werden.

Das Thema „Kapital“ lässt sich in drei Grundthemen untergliedern:<sup>138</sup> die Notwendigkeit eines gesetzlichen „Mindestkapitals“, die Regeln über die Ausbringung und Erhaltung des freiwillig in der Satzung festgelegten Kapitals und schließlich die allgemeine Funktion einer Ausschüttungsgrenze. Alle drei Aspekte sind nicht logisch miteinander verbunden: Ein ausdifferenzierter Kapitalschutzsystem verlangt nicht nach einem Mindestkapital, wenn und soweit sich die Mehrheit der Unternehmen freiwillig auf einen substanzialen Kapitalbetrag festlegt. Eine Kontrolle von Ausschüttungen verlangt ebenfalls nicht nach einem Kapitalsystem, wie die Ausführungen oben belegen. Vielmehr reicht es dafür aus, eine an einem Solvenzttest oder einem Bilanztest orientierte Kontrolle für Dividenden und Vermögensverlagerungen einzuführen.

134 Zum Verhältnis siehe Casper, in: Ulmer/Habersack/Winter, Komm. z. GmbHG, 2008, § 64 Rdn. 154 f.

135 Siehe auch Müllert, in: Eidenmüller/Schön, aaO (Fn. 22), S. 387.

136 A. A. Müllert, in: Eidenmüller/Schön, aaO (Fn. 22), S. 386 f, der Informationspflichten erst im Zeitpunkt der Insolvenz entstehen lassen will.

137 Lutter, aaO (Fn. 13), S. 1.

138 Schön, Der Konzern 2004, 162.

## II. Mindestkapital

Der national<sup>139</sup> und international<sup>140</sup> geführten Diskussion über die Vorzüge eines gesetzlichen Mindestkapitals lassen sich keine wesentlichen Argumente hinzufügen. Während sich in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung der Wunsch nach einem spürbaren „Eintrittsgeld“ zur Seriositätsgewähr nach wie vor hält<sup>141</sup> und auch der Gedanke eines „Qualitätssignals“<sup>142</sup> i. S. eines Bekenntnisses der Gesellschafter zum eigenen Geschäftsmodell vorgetragen wird, hat sich in der Realität und im Wettbewerb des europäischen Gesellschaftsrechts längst eine andere Richtung die Bahn gebrochen. Nicht nur ist es auf europäischer Ebene zu keinem Zeitpunkt gelungen, in Entsprechung zur aktienrechtlichen 2. Richtlinie auch für geschlossene Kapitalgesellschaften in Europa ein gläubigerschützendes Kapitalsystem zu installieren; auch in den Rechten der Mitgliedstaaten haben sich in den letzten 10 Jahren immer mehr kleine Kapitalgesellschaften ohne Mindestkapital etabliert.<sup>143</sup> Bedenkt man, welche geringen Schutzwirkungen die schnell verwirtschafteten und in der Insolvenz weitgehend irrelevanten Mindestkapitalbeträge bieten, sprechen gute Gründe dafür, ein solches Mindestkapital nicht gesetzlich zwingend vorzugeben.<sup>144</sup> Ebenso wenig lassen sich operationalisierbare Maßstäbe für eine generelle Gesellschaftserhaltung aus dem Gesichtspunkt der „materiellen Unterkapitalisierung“ entwickeln.<sup>145</sup>

Ob und in welchem Umfang die Höhe des statutarischen Kapitals publik gemacht werden sollte,<sup>146</sup> insbesondere durch die Wahl einer besonderen Bezeichnung für diese Gesellschaften, ist eine andere Frage. Dem Gedanken der Privatautonomie und der Transparenz von unternehmerischen Angaben entspricht es, hier klare Signale gegenüber dem Geschäftsverkehr zu setzen.

## III. Statutarisches Kapital

## 1. Das satzungsmäßige Kapital als kollektive Haftungsgrundlage

In den vergangenen Jahren ist mehrfach der Gedanke entfallen worden, das klassische Kapitalschutzsystem auch ohne die Festlegung eines gesetzlichen Mindestkapitals beizubehalten und schlicht auf das jeweils von den Gründern oder Gesellschaftern gewählte satzungsmäßige Kapital anzuwenden.<sup>147</sup> Der Hintergrund dieses Vorschlags ist sowohl faktischer als auch rechtlicher Natur. Im Tatsächlichen ist festzuhalten, dass die allermeisten Gesellschaften ohnehin Eigenkapital in einem Umfang aufnehmen, der weit über das gesetzliche Mindestkapital hinausgeht. Diesem statutarischen Kapital kann daher durchaus eine gläubigerschützende Funktion zukommen. Im Rechtlichen ist zu sehen, dass dieses Kapital den Charakter einer „kollektiven Haftungsgrundlage“ besitzt – nicht im Sinne eines unmittelbaren Vertrages zwischen Gesellschaftern und Gläubigern, sondern im Sinne einer Selbstbindung, die einen Abzug dieses Kapitals nur unter den besonderen Kautelen der förmlichen Kapitalherabsetzung (mit entsprechender Publizität und entsprechenden Sicherungsmechanismen) erlaubt.

Das Rechtsinstitut des satzungsmäßigen Kapitals erlaubt den Gründern oder Gesellschaftern einer Kapitalgesellschaft daher, über die bloße Bereitstellung ungedundener Mittel und über vertragrechtliche Zusagen (Gesellschafterbürgschaften, Paronaserklärungen) hinaus, der Gesellschaft Finanzmittel zur Verfügung zu stellen, die mit einer besonderen Bindung zugunsten der Gläubiger ausgestattet sind. Bei dieser Betrachtung stellt sich das Kapitalschutzsystem nicht als lästiges Zwangsinstrument dar, sondern als Erweiterung der privatautonomen Handlungsformen der Gesellschafter. Es ist in ihrer Hand, ob und in welchem Umfang sie von diesem Instrument Gebrauch machen und damit ein Bonitätsignal an alle potentiellen und aktuellen Gläubiger senden. Wenn und soweit sie ein solches Kapital bereitstellen, sind natürlich auch Mechanismen zur Kontrolle der Aufbringung und Erhaltung dieses Kapitals zu installieren.<sup>148</sup> Dabei kann es den Gesellschaftern (bei entsprechender Publizität) auch überlassen bleiben, ob sie das Kapital unmittelbar einzahlen oder nur eine entsprechende Haftsumme garantieren.<sup>149</sup>

Im Schrifttum ist dieses Konzept häufig deshalb kritisiert oder jedenfalls für überflüssig erklärt worden, weil den Gläubigern unbenommen sei, in privatrechtlichen *covenants* individuell die Bereitstellung von Eigenkapital, die Einhaltung von Fremd- und Eigenkapitalrelationen oder auch die Begrenzung von Ausschüttungen zu regeln.<sup>150</sup> Demgegenüber bleibt festzuhalten, dass diese individualvertraglichen Rege-

139 Lutter, aaO (Fn. 13), S. 4, 7 f; Eidenmüller/Grunewald/Noack, in: Lutter, aaO (Fn. 13), S. 17; Fleischer, in: Eidenmüller/Schön, aaO (Fn. 22), S. 27; Müllert, in: Eidenmüller/Schön, aaO (Fn. 22), S. 389 ff; Schall, aaO (Fn. 12), S. 101 ff.

140 Siehe etwa für die SPE: Haaker, ZGR 2010, 1056, 1065, 1092; Hommelhoff, ZHR 173 (2009), 255, 262 ff; Hommelhoff/Teichmann, GmbHR 2010, 337, 338 f; Pfennig, aaO (Fn. 8), S. 101 ff; Wicke, GmbHR 2011, 566, 572; zu den neueren Vorstellungen einer Mitgliedsstaaten-Option siehe Freudenberg, NZG 2010, 527, 527 f; Wedemmann, EuZW 2010, 534, 537.

142 Eidenmüller/Engert, GmbHR 2005, 433.

143 Überblick bei Witt, ZGR 2009, 872 (dort auch zur Ausnahme Schweiz).

144 Armour/Hertig/Kanda, in: Kraakman et al., aaO (Fn. 21), S. 130 f; so auch für die SPE: Davies, FS Hopf, S. 479, 487 ff.

145 Für die Gegenauffassung siehe Bittner, in: Bachmann/Casper/Schäfer/Veil, aaO (Fn. 27), S. 57.

146 Hommelhoff/Teichmann, GmbHR 2010, 337, 339.

147 Schön, ZHR 166 (2002), 1, 4 f; ders., Der Konzern 2004, 162; ders., 5 Eur. Bus. Org. L. Rev., 429, 438 ff (2004).

148 Zur Reform der Kapitalaufbringung im Europäischen Recht siehe näher Pentz/Priester/Schwanna, in: Lutter, aaO (Fn. 13), S. 42; Jung, EuZW 2012, 129; dies., EWS 2012, 25; Pfennig, aaO (Fn. 8), S. 59 ff; zur Vereinfachung siehe jüngst Henzler/Schwandner, ZGR 2009, 1007.

149 Bayer, GmbHR 2010, 1289 ff.

150 Armour, in: Eidenmüller/Schön, aaO (Fn. 22), 19 f.

lungen nicht allen potentiellen Gläubigern zu Gebote stehen und diese als *free riders* der Verhandlungen von Großgläubigern keine verlässliche Rechtsposition erhalten; vor allem wird damit verkannt, dass gerade solche *covenants* sich eher als sinnvolle Ergänzung denn als Gegensatz zu einem kollaktivvertraglichen „Mindesterschutz“ durch eine freiwillig gewählte Kapitalziffer verstehen lassen. Es bleibt dabei, dass das gezeichnete Kapital als kollektive Haftungszusage gegenüber dem Publikum verstanden und entsprechend gebunden sein kann.

## 2. Die Differenzierung zwischen Haftungskapital und Betriebskapital

Der wichtigste Einwand, der bisher im Schrifttum gegen diese Konzeption vorgebracht worden ist, stammt von *Elis Ferran*.<sup>151</sup> Sie legt dar, dass die Wahl der Eigenkapitalziffer durch die Gründer oder Gesellschafter in der Praxis stärker durch betriebswirtschaftliche Finanzierungserfordernisse als durch die Haftungsrelevanz des Eigenkapitals begründet ist. Wer ein mittleres oder großes Unternehmen ins Leben rufe oder als Geschäftsführer einer solchen Gesellschaft vor der Wahl stehe, Eigen- oder Fremdkapital aufzunehmen, der falle diese Entscheidung nach den finanziellen Aspekten der jeweiligen Kapitaltitel (Gewinnabhängigkeit, Beteiligung am Liquidationserlös) oder nach anderen rechtlichen Aspekten (Stimmrechte), nicht aber nach dem Umfang des damit ausgelösten Gläubigerschutzes.

Diese Argumentation überzeugt zum Teil; ihr muss daher auch zum Teil Rechnung getragen werden. Einerseits bleibt festzuhalten, dass es zur Definition des Eigenkapitals in allen Rechtsordnungen gehört, dass sämtliche Eigenkapitaltitel in der Insolvenz nachrangig sind gegenüber sämtlichen Fremdkapitaltiteln. Insofern ist eine bestimmte gläubigerschützende Funktion von Eigenkapital in keinem Fall zu verneinen; sonst wäre die gesamte Differenzierung zwischen Eigen- und Fremdkapital gefährdet. Nicht zwingend mit dem Eigenkapitalcharakter der Finanzmittel verbunden ist allerdings ihre strenge Bindung an das Gesellschaftsvermögen, die in dem Umstand zum Ausdruck kommt, dass sie nur mit Hilfe einer formalen Kapitalherabsetzung – und entsprechenden Sicherungen für die Unternehmensgläubiger – aus der Gesellschaft abgezogen werden können. Man kann sich durchaus vorstellen, dass eine bestimmte Gruppe von Finanziers zwar bereit ist, gegenüber dem Fremdkapital nachrangiges Eigenkapital zur Verfügung zu stellen, dass sie aber nicht eine solche formale Bindung dieser Mittel zum Schutze der Gläubiger wünschen.

Vor diesem Hintergrund bietet es sich an, den privatautonomen Charakter der Eigenkapitalusage weiter auszudifferenzieren. Dafür ist lediglich erforderlich, dass in Geschäftsanteilen repräsentierte „Eigenkapital“ in „haftendes“ und „freies“ Eigenkapital zu untergliedern. Während das „haftende“ Eigenkapital als solches im Handelsregister eingetragen wird, nach strengen Regeln aufgebracht werden muss, scharfen

Ausschüttungsgrenzen unterliegt und nur in einem formalen Verfahren herabgesetzt werden kann, ist das „freie Eigenkapital“ nicht so stark gebunden. Es kann auch ohne Formalien durch entsprechende Willensbildung der Gesellschafter abgezogen werden. Allerdings genießt es in der Insolvenz der Gesellschaft nicht den gleichen Rang wie Fremdkapital.

Damit wäre ein Modell geschaffen, das sein mittelbares Vorbild in der aus dem Recht der Kommanditgesellschaften bekannten Differenzierung zwischen „Haftsumme“ und „Pflichteinlage“ findet. Der gesamte von einem Gesellschafter versprochene und eingezahlte Kapitalbetrag repräsentiert die geleistete „Pflichteinlage“. Wenn und soweit die Gesellschafter diesen Betrag als „haftendes Eigenkapital“ bezeichnen, unterliegt er den tradierten Regeln zur Aufbringung und Erhaltung von Gesellschaftskapital. Das Recht des Staates Delaware kennt eine vergleichbare Differenzierung; wenn dort der Gesellschaft das Recht eingeräumt wird, die auf Aktien eingezahlten Mittel in gebundenes *capital* und freies *surplus* aufzuteilen (siehe sec. 154, 170 *Delaware General Corporation Law*). Die Realität wird dann zeigen, ob und in welchem Umfang die Gesellschafter und Geschäftsführer von der Option Gebrauch machen werden, ihre Gesellschaften mit einem stärker gebundenen „haftenden Kapital“ auszustatten.<sup>152</sup> Erst wenn sich erweist, dass diese Option nicht substantiell aufgegriffen wird, kann man erwägen, das Konzept des haftenden Kapitals ganz aufzugeben. Empirische Studien aus den USA, die für Staaten mit einem Kapitalschutzsystem geringere Kreditkosten nachweisen können, deuten in eine für das Kapitalsystem günstige Richtung.<sup>153</sup>

Ein wichtiger Gesichtspunkt, der die Freistellung des geschilderten „freien“ Eigenkapitals von seiner gläubigerschützenden Funktion betrifft, ist jedoch die insolvenzrechtliche Würdigung von Auszahlungen aus dem „ungebundenen Eigenkapital“ an die Gesellschafter im Vorfeld der Insolvenz. Klar ist, dass einerseits die strengen Regeln der Kapitalerhaltung und formellen Kapitalherabsetzung nicht gelten.<sup>154</sup> Klar ist auch, dass die allgemeinen Schranken des „Bilanzrests“ oder des „Solvenzrests“ auf jede Art der Eigenkapitalauskehr angewendet werden müssen. Beachtlich erscheint darüber hinaus die Frage, ob es für die Rückführung „ungebundener“ Eigenkapitaltitel eine zeitliche Bindung geben muss, die – wie im geltenden deutschen Insolvenzrecht für Gesellschafterdarlehen – alle Auszahlungen innerhalb eines Jahres vor Insolvenzeröffnung einer Rückzahlungspflicht unterwirft.

Für die Anwendung von insolvenzrechtlichen Rückforderungsrechten für „ungebundenes“ Eigenkapital spricht nicht nur die Analogie zu den Gesellschafterdarlehen. Hinzu tritt die Informationsasymmetrie zwischen Gesellschaftern und Gläubigern,

<sup>152</sup> Zur Praxis in Delaware vgl. KPMG, Feasibility Study on an Alternative to the Capital Maintenance Regime established by the Second Company Law Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 and an examination of the impact on profit distribution of the new EU-accounting regime, Main Report, 2008, S. 161 ff.

<sup>153</sup> *Manski/Marxwell/Wald*, 52 J.L. & Econ. 701 (2009); *Wald/Lang*, 83 J. Fin. Econ. 287 (2007).

<sup>154</sup> Siehe auch im UK: Sec. 642(1) Companies Act 2006; *Witt*, ZGR 2009, 872, 893 f.

<sup>151</sup> *Ferran*, 3 Eur. Co. & Fin. L. Rev. 178, 196 (2006); zustimmend *Arnour/Hertig/Kanda*, in: *Kraakman et al.*, aaO (Fn. 21), S. 131 Fn. 91.

die schon jetzt für stille Gesellschaften eine Sonderanfechtung erlaubt (§ 136 InsO); auch muss erneut berücksichtigt werden, dass die oben befürwortete Regelung zur Insolvenzantragspflicht, die den Geschäftsführern in der Krise „Rettungsversuche“ auf Kosten der Gläubigerquote gestartet, der Gefahr von Kapitalabzug im Vorfeld der eigentlichen Insolvenz begegnen muss. Wer in einer solchen Situation Leistungen nur dem „Bilanzrest“ unterwirft, begibt sich auf unsicheren Boden. Es sprechen daher gute Gründe dafür, dass der Insolvenzverwalter die Rückabwicklung aller Kapitalrückzahlungen aus dem Zeitraum eines Jahres vor Insolvenzeröffnung verlangen kann.

#### IV. Gesellschafterdarlehen

Das „freie Kapital“ ähnelt damit stark den eigentlichen Gesellschafterdarlehen, ist diesen gegenüber in der Insolvenz jedoch nachrangig gestellt. Die Regelung dieser Gesellschafterdarlehen ist gegenwärtig sehr uneinheitlich. Sowohl Deutschland als auch die USA und viele andere Länder kennen Sonderregeln, die einen Nachrang (*subordination*) oder eine Umqualifizierung (*recharacterization*) solcher Gesellschafterdarlehen vorsehen; zu diesen gehören jedoch nicht England oder Frankreich.<sup>155</sup>

Die rechtfertigende Grundlage für diese Sonderregeln wird in der Anreizstruktur für die Gesellschafter gesehen.<sup>156</sup> Will man ihnen zugestehen, dass sie, wenn ihre Fremdmittel in der wirtschaftlichen Krise zum Einsatz kommen, zwar (nahezu) den gesamten Erfolg vereinnahmen, bei einem Fehlschlag des Engagements jedoch wie ein gewöhnlicher Gläubiger an der Quote partizipieren? Dagegen spricht, dass der Gesellschaftler-Darlehensgeber, auch wenn er auf sein Darlehen nur einen festen Rückzahlungsbetrag sowie Zinsen erhält, auf dem „Umweg“ über seine Eigenkapitalbeiträge die Gewinne im Erfolgsfall vereinnahmen kann.

Daher ist nicht nur – wie zuerst von *Müller* vorgeschlagen<sup>157</sup> – die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen im Vorfeld der Insolvenz gesetzlich anzugreifen; vielmehr sind – der neuen deutschen Regelung folgend – prinzipiell alle Gesellschafterdarlehen gegenüber dem eigentlichen Fremdkapital nachrangig gestellt und lediglich gegenüber dem eigentlichen Eigenkapital vorrangig zu befriedigen.<sup>158</sup> Die Alternative – Gesellschafterdarlehen und Drittdarlehen gleichrangig zu bedienen und die problematische Anreizstruktur über Verhaltenspflichten der Geschäftsführer zu steuern – erscheint demgegenüber schwer zu operationalisieren.

155 *Böckmann*, aaO (Fn. 20), S. 210 ff.; *Witz*, ZGR 2009, 872, 886 ff., 922 ff.; *Huber/Haber-sack*, in: *Lutten*, aaO (Fn. 13), S. 372 ff.; *Steckel/Krause-Vilmar*, in: *Eidemüller/Schön*, aaO (Fn. 22), S. 261; *Cahn*, in: *Eidemüller/Schön*, aaO (Fn. 22), S. 289; für die SPE siehe *Hommelhoff*, ZHR 179 (2009), 255, 270 f.

156 *Engert*, ZGR 2004, 813.

157 *AaO* (Fn. 22), S. 398 ff.; ebenso *Eidemüller*, FS *Canaris*, Bd. 2, 2007, S. 49.

158 *Verse*, 9 *German L.J.* 1109 (2009); *Pentz*, FS *Hüffer*, S. 747; kritisch *Spindler*, JZ 2006, 839, 844 ff.

#### I. Ergebnisse

Der Gläubigerschutz im Recht der geschlossenen Kapitalgesellschaft beruht nach den vorstehend entwickelten Überlegungen auf folgenden Säulen:

1. Gesellschafter, Geschäftsführer und Gläubiger schließen ihre Verträge auf der Grundlage eines bestimmten „Geschäftsmodells“ der Gesellschaft, das den Gesellschaftszweck, den Unternehmensgegenstand, die allgemeinen Grundsätze ordnungsmäßigen betrieblichen Handelns sowie gegebenenfalls Haftungsfreistellungen für die Geschäftsführer und die Gesellschafter enthält. Änderungen des Gesellschaftsvertrages in diesen Punkten berechnen die Gläubiger zur Kündigung der Kreditverhältnisse aus wichtigem Grund.
2. Die Geschäftsführer betreiben das Unternehmen der Gesellschaft mit dem Ziel der Maximierung des Unternehmenswerts. Diese Zielsetzung wird auch im Vorfeld der Insolvenz der Gesellschaft nicht verändert. Die Geschäftsführer sind berechtigt und verpflichtet, im Rahmen des Unternehmensgegenstandes und im Einklang mit allgemeinen Regeln zur Risikostreuung auch riskante Geschäfte zu tätigen. Pflichtverletzungen führen zur Haftung gegenüber der Gesellschaft, die in der Insolvenz auch durch den Verwalter oder die Gläubiger geltend gemacht werden kann. In Ausnahmefällen können solche Ansprüche auch gegen Gesellschaftler begründet sein, die in die Geschäftsführung eingreifen.
3. Die Herrschaft über das Unternehmen geht nicht mit der Krise, wohl aber mit dauerhafter Insolvenz auf die Gläubiger über. Solange die Gesellschaft nach Zerschlagungswerten solvent ist, besteht kein Anlass für ein Eingreifen der Geschäftsführer. Bei Insolvenz nach Zerschlagungswerten, aber bei positiver Fortführungsprognose, besteht eine verschärfte Beobachtungspflicht der Geschäftsführer. Bei Insolvenz nach Zerschlagungswerten, aber bei negativer Fortführungsprognose, bestehen Informations- und Handlungspflichten der Geschäftsführer sowie ein Insolvenzantragsrecht der Gläubiger. Bei dauerhafter Überschuldung und spätestens bei Zahlungsunfähigkeit findet die Eröffnung des Insolvenzverfahrens statt.
4. Die Geschäftsführer unterliegen einer Haftung für Insolvenzerschleppung, die Gesellschafter nur im Ausnahmefall. Diesen steht allerdings das Recht zu, einen Insolvenzantrag zu stellen.
5. Auszahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen sind nach Maßgabe eines konservativen Bilanzrests verboten. Dies gilt gleichermaßen für offene Dividenden und verdeckte Vermögensverlagerungen. Weitere, die Insolvenz auslösende eigen-nützige Maßnahmen von Geschäftsführern und Gläubigern sind ebenfalls untersagt.
6. An dem Konzept der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung ist mit folgenden Modifikationen festzuhalten:
  - a. Das gesetzliche Mindestkapital wird bei geschlossenen Kapitalgesellschaften aufgegeben.
  - b. Das statutarische Kapital wird als Option auf eine „kollektive Haftungszusage“ beibehalten. Es bleibt den Gesellschaftern überlassen, in welchem Umfang ihre Kapitalbeiträge als „freies“ oder „haftendes“ Kapital geführt werden sollen.

- c. Das gezeichnete Kapital bildet eine Ausschüttungsgrenze. Als weitere Untergrenze bleibt für alle Gesellschaften die Schuldendeckungsfähigkeit nach dem unter Nr. 5 genannte Bilanzrest.
7. Gesellschafter-Darlehen und freies Kapital, die innerhalb eines Jahres vor Insolvenzeröffnung ausbezahlt werden, können in der Insolvenz zurückgefordert werden. Gesellschafterdarlehen sind gegenüber Drittdarlehen mit Nachrang ausgestattet.

## § 6 Errichtung, Führung und Anteilsübertragung\*

Der Fokus der vorangegangenen Abschnitte lag auf den (Interessen-)Konflikten zwischen den Gesellschaftern einer geschlossenen Kapitalgesellschaft, auf den Konflikten zwischen diesen und den Geschäftslern sowie auf denjenigen zwischen den Gesellschaftern bzw. der Gesellschaft und Dritten. Es ging um die Frage, durch welche Regeln sich die mit diesen Konflikten verbundenen Kosten minimieren lassen. In diesem Abschnitt werden demgegenüber eher technische, operative Fragen der Geschäftstätigkeit in den Blick genommen: solche der Errichtung und Führung einer geschlossenen Kapitalgesellschaft sowie des Gesellschafterwechsels. Im Fokus stehen damit jetzt nicht Konfliktkosten, sondern vielmehr Transaktionskosten und deren Senkung.<sup>1</sup>

Die ökonomische Forschung hat in den letzten Jahren gezeigt, welchen Stellenwert insbesondere Gründungskosten und -geschwindigkeit für die Rechtsformwahl besitzen.<sup>2</sup> Ein diesbezüglich attraktives Angebot ist ein Schlüsselfaktor für den Erfolg einer Rechtsform im internationalen Wettbewerb der Gesellschaftsrechte. Gleichzeitig konnte auch eine Korrelation zwischen einfacher, schneller und kostengünstiger Firmengründung in einem Land sowie den Gründungszahlen und dem nationalen Wirtschaftswachstum empirisch erhärtet werden.<sup>3</sup> Es geht also nicht nur um die Attraktivität einer Rechtsform, sondern auch um die volkswirtschaftliche Prosperität einer Region, in der diese als Vehikel für ökonomische Aktivitäten zur Verfügung steht. Eine hohe Gründungsgeschwindigkeit verringert im Übrigen die juristischen Probleme und vor allem Haftungsrisiken, die geschäftliche Aktivitäten im Errichtungsstadium für die Gründer mit sich bringen.

Entsprechend dem in § 2 C.I. formulierten Regelungsziel wird sich die Analyse primär an den wohlfahrtsökonomischen Effizienzeffekten unterschiedlicher Regelungen orientieren. Das bedeutet zunächst, dass die mit der Errichtung und Führung einer Gesellschaft sowie dem Gesellschafterwechsel verbundenen Transaktionskosten, wie bereits erwähnt, möglichst niedrig gehalten werden sollten. Transaktionskosten sind als solche wohlfahrtsmindernd – es gilt, die mit ihnen verbundenen Verluste zu begrenzen. Niedrige Transaktionskosten haben aber auch den positiven Nebeneffekt, dass dadurch privatautonome Aushandlungsprozesse erleichtert werden und so eine effiziente Ressourcenallokation gefördert wird.<sup>4</sup>

\* Der Text beruht auf einem Entwurf von Eidenmüller.

<sup>1</sup> Damit wird nicht gesagt, dass Konflikte und Konfliktkosten bei Errichtung, Führung und Anteilsübertragung keine Rolle spielen. Das tun sie sehr wohl. Sie stehen nur nicht – anders als in den vorangegangenen Kapiteln – im Fokus.

<sup>2</sup> *Becht/Mayer/Wagner*, 14 J. Corp. Fin. 241 (2008).

<sup>3</sup> *Dyankov/La Porta/Lopez-de-Silanes/Schleifer*, 17 Q. J. Econ. 1 (2002); *Klapper/Laeven/Rajan*, 82 J. Fin. Econ. 591 (2006); *Braun/Eidenmüller/Engert/Hornuf*, Does Charter Competition Foster Entrepreneurship? A Difference-in-Difference Approach to European Company Law Reforms, ECGI – Finance Working Paper No. 308/2011, <http://ssrn.com/abstract=1827962>. Vgl. aber auch *van Stel/Storey/Thurik*, 28 Small Bus. Econ. 171 (2007).

<sup>4</sup> Vgl. § 2 C.II.1.