

Der GmbH-Geschäftsführer in Krisenzeiten

– Unternehmerische Entscheidung oder Haftung? –

In Krisenzeiten geht es nicht nur großen Unternehmen schlecht. Auch kleinere oder mittlere Unternehmen leiden. Umsätze brechen ein, Mitarbeiter müssen entlassen werden, Gewinne schrumpfen, Verluste stellen sich ein. In solchen Zeiten unterliegen die Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften einer besonderen Beobachtung und Prüfung. Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich auf einzelne Fragen zum Haftungsregime für GmbH-Geschäftsführer (GF). Die Gesellschafter werden fragen, ob der GF – sofern sie ihm unternehmerisches Ermessen eingeräumt haben – dieses Ermessen auch sachgerecht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes ausgeübt hat. Diese Frage ist seit einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) aus Juli 2008 umso spannender, als der BGH dort folgerichtig den Haftungsmaßstab für GF (§ 43 GmbHG, Haftung des GF gegenüber der Gesellschaft, sog. Innenhaftung) in wenigen klaren Worten an die Haftungsregelungen des Aktiengesetzes anlehnt:

„Nach der Rechtsprechung des Senats (BGHZ 152 S. 280 ff.) ist Voraussetzung einer Haftungsprivilegierung des Geschäftsführers einer GmbH im Rahmen des unternehmerischen Ermessens, dass sein unternehmerisches Ermessen auf einer sorgfältigen Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruht. Danach hat der GF in der konkreten Entscheidungssituation alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art auszuschöpfen und auf dieser Grundlage die Vor- und Nachteile der bestehenden Handlungsoption sorgfältig abzuschätzen und den erkennbaren Risiken Rechnung zu tragen“ (Goette, Festschrift 50 Jahre BGH, S. 123, 140 f., m.w.N.). Nur wenn diese Anforderungen erfüllt sind, ist Raum für die Zubilligung unternehmerischen Ermessens.“ (BGH, Beschluss vom 14.07.2008 – II ZR 202/07, ZIP 2008 S. 1657; dazu bereits Waclawik, S:R 2008 S. 319).

Diese Festlegung des BGH verweist indirekt auf die Regelung des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG, wonach eine Pflichtverletzung eines Vorstandsmitglieds einer AG nicht vorliegt, wenn er bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der

Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Was bedeutet das nun für den GF in der Praxis, insbesondere in unruhigen Zeiten, in Zeiten des Umsatzrückgangs, des verschärften Wettbewerbs und damit auch höherer unternehmerischer Risiken am Markt? Praktisch geht es für den GF um die Frage: Was muss ich tun, damit ich den mir eingeräumten unternehmerischen Freiraum so nutzen kann, ohne für dieses Handeln gegenüber der Gesellschaft haften zu müssen?

Der GF einer GmbH hat kein gesetzlich verbrieftes Leitungsermessen wie der Vorstand einer AG (dazu BGHZ 125 S. 239, 246 = NJW 1994 S. 1410). Er kann und darf nur dann einen Ermessensspielraum wahrnehmen, wenn er ihm tatsächlich (ausdrücklich oder stillschweigend durch die Gesellschafter) eingeräumt wurde. Davon abzugrenzen sind gesetzliche, satzungsmäßige oder vertragliche Pflichten, die ein GF schon kraft seines Amtes erfüllen muss und bei deren Nichterfüllung er grundsätzlich haftet. Konkret geht es um die Frage, wie der GF im Lichte der Rechtsprechung damit umgeht, wenn ihm – in Abgrenzung zu konkreten Weisungen der Gesellschafter (§ 37 Abs. 1 GmbHG) – weite unternehmerische Ermessensspielräume zustehen (vgl. BGHZ 152 S. 280, 284 unter Bezugnahme auf BGHZ 135 S. 244, 253). Denn – darauf wies Goette schon vor Jahren hin unter Bezugnahme auf die amtliche Begründung zu § 84 AktG 1937 – einem Geschäftsleiter solle nicht im Hinblick auf eine mögliche Haftung „jeder Mut zur Tat genommen werden“ (s. Goette, Festschrift 50 Jahre BGH, S. 123, 124, nachfolgend nur: Goette, S....).

Eine geschäftliche Aktion muss ein GF daher in drei Stufen vorab prüfen, bei positivem Ausgang mit der Folge, dass die Aktion als unternehmerische Entscheidung zu qualifizieren ist und ihr mangelnder Erfolg keine persönliche Haftung für den GF begründet: **1. Sammeln von Informationen**, **2. Prüfen der Handlungsoptionen** und darauf aufbauend **3. Treffen einer Entscheidung**. Der GF hat daher zunächst auf der ersten Stufe die Entscheidungsgrundlagen zu ermitteln. Dabei muss er alle Informationsquellen tatsächlicher

und rechtlicher Art ausschöpfen (Goette, S. 141 unter Hinweis auf BGHZ 126 S. 181, 200; Urt. v. 01.07.1991 – II ZR 180/90, ZIP 1991 S. 1140). Auf der zweiten Stufe muss er darauf beruhend die Vor- und Nachteile aller Handlungsoptionen abwägen, d.h. also die Risiken lokalisieren (Goette, S. 141, unter Hinweis auf BGHZ 136 S. 133, 139 f.; 138, 211 ff.). Auf der dritten Stufe hat er schließlich unter Rechnungstragung der erkennbaren Risiken diese Risiken zu bewerten und eine unternehmerische Entscheidung zu treffen (Goette, S. 141, unter Hinweis auf BGHZ 75 S. 96, 110; 108 S. 134, 144; 86, S. 1, 19; Urt. v. 10.11.1986 – II ZR 140/85, ZIP 1987 S. 29; Urt. v. 16.02.1981 – II ZR 49/80, WM 1981 S. 440, ferner Lutter, VGR Band 1, S. 88 ff., 98 f.) Sind diese Prüfungsstufen erfolgreich erklommen, darf ein GmbH-GF Haftungsprivilegien für sich in Anspruch nehmen. Die Rechtsprechung billigt ihm in solchen Fällen ein unternehmerisches Ermessen zu. Er haftet trotz Eintritt eines Verlustes oder Nachteils bei der Gesellschaft dafür nicht.

Auf der **ersten Stufe** beschafft sich der GF die notwendigen **Informationen**. Der BGH verlangt, dass der GF in der konkreten Entscheidungssituation alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art ausschöpfen muss. Was verbirgt sich in der Praxis dahinter? Zunächst ist auf die konkrete Entscheidungssituation abzustellen. Dies bedeutet, dass Umstands- und Zeitmomente zu berücksichtigen sind (vgl. hierzu Goette, S. 133 ff.). Der GF wird also zunächst bei der Frage, welche und wie viele Informationen er einholt, zu beurteilen haben, in welcher Situation sich die Gesellschaft befindet. Denn gerade zeitliche Grenzen (wie bspw. die Drei-Wochen-Frist, innerhalb der bei Vorliegen der Voraussetzungen Insolvenz beantragt werden muss, vgl. hierzu Goette, S. 138) geben dem GF nur beschränkt Möglichkeiten, Informationen von Sachverständigen oder in- und externen Fachleuten abzufragen. Zwar ist im Zeitalter des Internets, mobiler Datenbanken und des schnellen Zugriffs nahezu jede Information abrufbar. Doch darf man diese Anforderungen nicht überdehnen. So mag es ausreichen, wenn sich der GF mit den fachkundigen Ansprechpartnern seines Unternehmens (bei kleineren

Unternehmen eventuell mit externen Beratern) abstimmt, ohne die ihm übermittelten einzelnen Daten durch weitere Meinungen, Gutachten oder Sachverständige umfangreich prüfen lassen zu müssen. Trotzdem wird ein GF bei Entscheidungen über den Abbau von Überkapazitäten, Kurzarbeit, kurzfristig Anpassungen von Produktlinien etc. zumindest eine aussagekräftige (Kurz-)Studie anfordern müssen, ohne sich hierbei allein auf allgemein zugängliche Wirtschaftsdaten stützen zu dürfen. Der zu betreibende Aufwand hängt von der Höhe der Investitionen und damit von dem einzugehenden Risiko ab. Es macht keinen Sinn, umfangreiche Recherchen und Gutachten einzuholen, deren Aufwand und Kosten den prognostizierten Gewinn egalisieren. Rechtliche Stellungnahmen sind einzuholen, wenn durch die unternehmerische Maßnahme detaillierte Verträge abzuschließen sind oder die Gefahr einer Verletzung von Rechten Dritter (*intellectual property rights*) droht.

Auf der **zweiten Stufe** hat der GF – basierend auf den zur Verfügung stehenden Informationen – die **Handlungsoptionen** zu identifizieren und deren Vor- und Nachteile abzuschätzen. Die unternehmerische Entscheidung als Ganzes oder in ihren möglichen Abstufungen kann zu unterschiedlichen Risikoverteilungen führen. Was sollte der GF in diesem Zusammenhang bedenken? Betriebs-, volkswirtschaftliche, technische, finanzielle und juristische Fragen wird er beantworten müssen: Welche Standorte, welche Mitarbeiter, welche unternehmensinternen Experten sind kurzfristig verfügbar und welche Kosten fallen zusätzlich an? Wie sieht die wirtschaftliche Entwicklung auf den Märkten jetzt und in den Prognosen aus? Ist mit einer weiter anhaltenden Rezession zu rechnen oder haben sich die Märkte bei Produkteinführung voraussichtlich erholt? Welche kurz-, mittel- und/oder langfristigen Finanzierungsmöglichkeiten stehen dem Unternehmen zur Verfügung? Bringen die Gesellschafter neues Kapital auf oder muss die Liquidität über Bankkredite oder den sonstigen Finanzmarkt aufgebracht werden? Können staatliche Fördermittel beschafft werden? Welche Partner müssen vertraglich wie in das Projekt eingebunden werden? Wie lange braucht man für die Gewinnung dieser Partner und die Vertragsverhandlungen? Müssen Marken- und/oder Patentrechte erworben, verlängert, verteidigt oder ergänzt werden? Wie schützt sich das Unternehmen in noch unbekanntem Märkten? Oder ist der vermeintliche Schutz zu kostspielig und ineffektiv mit der Folge, Kopier- und Nachahmungsrisiken bewusst eingehen zu wollen? Aus den Antworten zu diesen Fragen wird eine Bewertungsmatrix zu erstellen sein, die die unterschiedlichen Handlungsoptionen

einschließlich der damit verbundenen Risiken widerspiegelt.

Auf der **dritten Stufe** schließlich hat der GF die Handlungsoptionen, deren Vor- und Nachteile er auf der zweiten Stufe lokalisiert hat, einzuschätzen und dann eine nachvollziehbare, aber nicht notwendigerweise risikolose **Entscheidung** zu treffen. Der GF hat objektiv und ohne Eigennutz zu entscheiden (vgl. *Goette*, S. 135, mit Hinweis auf die umfangreiche Rechtsprechung des BGH hierzu). Persönliche Vorteile, die die Objektivität gefährden, dürfen dabei gar keine Rolle spielen (vgl. BGH, Urt. v. 14.11.1994 – II ZR 160/93, ZIP 1995 S. 738; BGH, Urt. v. 09.12.1996 – II ZR 240/95, ZIP 1997 S. 199; BGH, Urt. v. 10.11.1986 – II ZR 140/85, ZIP 1987 S. 29; BGHZ 138 S. 211; weitere Beispiele bei *Goette*, S. 135, 136). Maßstab ist, wie ein pflichtbewusster selbstständig tätiger Leiter eines Unternehmens der konkreten Art zu handeln hat, der nicht mit eigenen Mitteln wirtschaftet, sondern ähnlich wie ein Treuhänder fremden Vermögensinteressen verpflichtet ist (so die einheitliche Rspr.; dazu m.w.N.: *Hüffer*, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 93 Rdn. 4).

Der GF darf danach nicht eigenes persönliches Ermessen ausüben (der eine ist risikofreudiger, der andere eher zögernd). Sondern er muss quasi einen „objektiven“ Maßstab anwenden. Nicht geschützt wird das subjektive Risikoempfinden des betreffenden GF, sondern das eines Verantwortlichen für fremdes Vermögen, das allerdings seinerseits nicht jede Risikobereitschaft ausschließt. Der GF muss sich fragen: Geht die Gesellschaft mit dieser Entscheidung ein außergewöhnliches Risiko für sich als Ganzes ein (z.B. erstmalige Nutzung von Finanzprodukten)? Kann die Substanz des Unternehmens angegriffen werden (z.B. Risiko erhöhter Rückstellungen; Verlust von wichtigen Schutzrechten nach Gerichtsprozessen)? Führt die Entscheidung zu einer zurzeit nicht auf den ersten Blick erkennbaren Belastung späterer Perioden, möglicherweise nach dem Ausscheiden des GF (z.B. mögliche zusätzliche Vertragspflichten bei Eintritt ungewisser Bedingungen)? Sind Maßnahmen geplant oder notwendig, die mittel- oder langfristig eine Abkehr von oder Änderung der bisher geübten Geschäftspolitik bewirken (z.B. Einführung von Produkten mit hohem Produkthaftungsrisiko)? Besteht objektiv die Wahrscheinlichkeit, unter Compliance- und Reputationsgesichtspunkten die Position im Markt zu beeinträchtigen (z.B. Geschäftsbeziehungen mit Staaten oder Institutionen, deren Handeln in umweltpolitischen oder Menschenrechtsfragen bedenklich ist)? Wenn nur eine Frage bejaht werden kann, benötigt der GF die Zustimmung seiner Gesellschafter.

Diese unternehmerische Entscheidung darf er nicht allein treffen.

Auf jeder Stufe hat der GF sein Handeln so zu dokumentieren, dass er die Ausübung unternehmerischen Ermessens nachvollziehbar darlegen und nachweisen kann. Das bedeutet konkret, dass er die unterschiedlichen Informationen sammeln und sie so zusammenstellen muss (meist in elektronischer Form), dass die Gesellschafter sich ohne Probleme einen Überblick verschaffen können. Dabei hat er insbesondere darzulegen, warum diese Entscheidung in welchem zeitlichen Zusammenhang getroffen wurde. Schnelle Reaktionen auf den Markt zur Sicherung eines Wettbewerbsvorteils dürfen vor einer gründlichen und zeitintensiven Prüfung nicht (generell) hinten anstehen. Die Rechtsprechung hat erkannt, dass ein Unternehmer kalkulierbare Risiken (im Gegensatz zum „Glücksspiel“ mit risikoreichen Finanzinstrumenten) eingehen muss, um am Markt erfolgreich zu sein. In sein Kalkül darf der GF daher die zeitlichen Umstände (insbesondere bei insolvenznahen Situationen, also der Zuspitzung der Unternehmenskrise) so einstellen, dass nicht jede Entscheidung einer detaillierten Vorabuntersuchung unterzogen werden muss. Unternehmerische Erfahrungen und Weitblick sind dann besonders wertvoll und gefragt.

Die Handlungsoptionen mit der Entscheidung (einschließlich Begründung für die eine gewählte Option) sind abschließend kurz so darzustellen, dass ihre Grundlagen, ihre Durchführungsmodalitäten und ihre Wirkungen skizziert werden. Weitergehende Dokumentationen werden nur in Ausnahmefällen (z.B. bei technischen Neuerungen, besonders hohen Risiken) erforderlich sein. Je wirtschaftlich wichtiger eine Entscheidung ist, desto mehr an Begründung und Dokumentation werden die Gesellschafter erwarten.

Zusammenfassend kann sich ein GF auf sein unternehmerisches Ermessen berufen, ohne für die Auswirkungen dieser Entscheidungen persönlich haften zu müssen, wenn er – ausreichend dokumentiert – (mit den Worten des BGH)

1. in der konkreten Entscheidungssituation alle verfügbaren **Informationsquellen ausschöpft**,
2. auf dieser Grundlage die Vor- und Nachteile der bestehenden **Handlungsoptionen sorgfältig abschätzt** und
3. den erkennbaren **Risiken Rechnung trägt**. ■