Der GmbH-Geschäftsführer beim Unternehmenskauf – Haftung und Haftungsbeschränkung im Innenverhältnis

Dr. André Bienek, ROTTHEGE I WASSERMANN, Essen

1. Einführung

Unternehmenstransaktionen bergen aufgrund ihrer Komplexität, ihrer Bedeutung für die an der Transaktion beteiligten Parteien, der nicht unerheblichen Transaktionskosten und der Höhe der gehandelten Unternehmenswerte ein erhebliches Haftungsrisiko für die einbezogene Unternehmensführung.[1] Ist eine GmbH am Transaktionsprozess beteiligt, trifft dieses Haftungsrisiko den GmbH-Geschäftsführer. Diesem kommt regelmäßig eine zentrale Funktion im Transaktionsprozess zu, sei es als Initiator und Organisator der Transaktion oder als Auskunftgeber für die am Transaktionsprozess beteiligten Parteien.

Erfüllen sich die mit der Unternehmenstransaktion verbundenen Erwartungen nicht oder werden konkrete Schadensersatzansprüche der Parteien – zum Beispiel wegen Garantieverletzungen – erhoben, sieht sich der Geschäftsführer nicht selten Regressansprüchen der von ihm vertretenen Gesellschaft ausgesetzt.

Dieser Beitrag fasst die grundsätzlichen Verhaltenspflichten des GmbH-Geschäftsführers, deren Nichtbeachtung eine Haftung gegenüber der von ihm vertretenen GmbH bei Unternehmenstransaktionen begründen kann, zusammen und zeigt Möglichkeiten zur Haftungsbeschränkung auf. Unterschieden wird hierbei zwischen der Haftung des Geschäftsführers auf Erwerber- und auf Veräußererseite.

2. Verhaltenspflichten der Geschäftsführung

Die Verhaltenspflichten des Geschäftsführers gegenüber der von ihm vertretenen Gesellschaft bei Unternehmenstransaktionen ergeben sich aus dem allgemeinen Sorgfaltsmaßstab der GmbH-Geschäftsführung, der in § 43 Abs. 1 GmbHG verortet ist. Verstößt der Geschäftsführer schuldhaft gegen seine Pflichten aus § 43 Abs. 1 GmbHG, haftet er der Gesellschaft grundsätzlich uneingeschränkt nach § 43 Abs. 2 GmbHG.[2]

2.1 Legalitätspflicht und Weisungsgebundenheit

In erster Linie trifft den Geschäftsführer eine Legalitätspflicht. Hiernach hat er sich bei der Amtsausübung an die geltende Rechtsordnung zu halten, das heißt er hat alle einschlägigen gesetzlichen Vorgaben zu beachten. Dabei hat der Geschäftsführer nicht nur dafür Sorge zu tragen, dass er sich selbst gesetzeskonform verhält, sondern auch die von ihm vertretene Gesellschaft.[3]

Unterhalb der Legalitätspflicht ist der Geschäftsführer an die satzungsmäßigen Vorgaben und verbindlichen Beschlüsse und Weisungen der Gesellschafterversammlung beziehungsweise anderer kraft Satzung weisungsberechtigter Organe gebunden. Grundvoraussetzung für die Verbindlichkeit von Beschlüssen und Weisungen ist, dass diese ihrerseits nicht gegen Gesetze verstoßen.[4]

2.2 Sorgfalts- und Treuepflicht des ordentlichen Geschäftsführers

Die oberste Pflicht des Geschäftsführers aus § 43 Abs. 1 GmbHG ist, die Gesellschaft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsführers zu leiten. Er schuldet die Sorgfalt, die ein ordentlicher Geschäftsmann in verantwortlich leitender Position bei selbstständiger Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen zu wahren hat. Inhaltlich entspricht dies der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, wie sie

1 Jacques, in: Ettinger/Jaques, Beck´sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, 2. Aufl. 2017, C. Rn. 82.

2 Vergleiche zu weiteren Anspruchsgrundlagen, insbesondere wegen Vertragsverletzung oder auf deliktischer Grundlage: Beurskens, in: Baumbach/Hueck, in: GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 43 Rn. 110 ff.

3 BGH, Urteil vom 07.05.2019, VI ZR 512/17; BGH, Urteil vom 10.07.2012, VI ZR 341/10; Oetker, in: Henssler/Strohn, in: Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 43 GmbHG Rn. 25.

4 Lutter, in: GmbH-Rundschau 2000, S. 301, 304.

§ 93 Abs. 1 AktG fordert.[5] Bei der konkreten Bewertung des Sorgfaltsmaßstabs sind Art, Größe und Struktur des zu leitenden Unternehmens zu berücksichtigen.[6] Das sich für den Geschäftsführer aus § 43 Abs. 1 GmbHG ergebende zentrale Gebot ist, durch sein Handeln den Vorteil der Gesellschaft zu wahren und Schaden von ihr abzuwenden.[7]

Darüber hinaus unterliegt der Geschäftsführer einer Treuepflicht, die ihn dazu anhält, in allen Angelegenheiten ausschließlich das Interesse der Gesellschaft und nicht seinen eigenen Nutzen oder den Nutzen Dritter zu verfolgen.[8]

2.3 Business Judgement Rule

Hat der Geschäftsführer unternehmerische Entscheidungen zu treffen, sieht er sich aufgrund der zumeist hohen Komplexität dieser Entscheidungen einem größeren Haftungsrisiko ausgesetzt. Dies folgt aus dem einer solchen Entscheidung zugrunde liegenden Prognoseelement. Bei einer unternehmerischen Entscheidung trifft der Geschäftsführer die bewusste Auswahl zwischen mehreren tatsächlich möglichen und rechtlich zulässigen Verhaltensalternativen, wobei die latente Gefahr besteht, dass sich die getroffene Entscheidung im Nachhinein als falsch herausstellt.[9]

Die Risiken unternehmerischen Handelns hat der BGH bereits in seiner ARAG/Garmenbeck-Entscheidung zur Haftung des Vorstands einer AG anerkannt und diesem einen weiten haftungsprivilegierten Handlungsspielraum bei der Leitung der Geschäfte des Unternehmens zugebilligt. Demnach komme eine Schadensersatzpflicht erst in Betracht, wenn die Grenze eines verantwortungsbewussten, am Unternehmenswohl orientierten unternehmerischen Handelns auf Grundlage einer sorgfältig ermittelten Entscheidungsgrundlage deutlich überschritten wurde. [10]

Diese zwischenzeitlich in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kodifizierte Business Judgement Rule gilt analog auch für den GmbH-Geschäftsführer.[11] Der Geschäftsführer soll nicht für jeden Schaden, der durch die von ihm getroffene unternehmerische Entscheidung entstanden ist, haften. Dieser Privilegierung liegt der Gedanke zugrunde, dass eine sinnvolle Unternehmensführung ohne eine weitreichende Handlungsfreiheit praktisch nicht möglich wäre. Zu einer unternehmerischen Betätigung gehöre sowohl die bewusste Eingehung geschäftlicher Risiken als auch die Gefahr einer Fehleinschätzung bei noch so verantwortungsbewusstem Handeln.[12]

Eine Pflichtverletzung des Geschäftsführers bei Schäden, die aus unternehmerischen Entscheidungen resultieren, liegt nach der Business Judgement Rule deshalb nicht vor, wenn der Geschäftsführer

- die unternehmerische Entscheidung auf der Grundlage angemessener Informationen getroffen hat,
- die unternehmerische Entscheidung ausschließlich am Unternehmenswohl ausgerichtet hat,
- frei von Sonderinteressen, sachfremden Erwägungen und Interessenkonflikten handelt
- und gutgläubig davon ausgehen durfte, dass die Entscheidung ausschließlich dem Wohl der Gesellschaft dient.[13]

Zusammengefasst ergibt sich folgendes Prüfungsschema: Zunächst ist zu fragen, ob die Entscheidungsgrundlage sorgfältig ermittelt wurde. Ist dies der Fall, ist weiter zu ergründen, ob der Geschäftsführer die Vor- und Nachteile sorgfältig abgewogen, sich an betriebswirtschaftliche und branchenübliche Regeln zur Steuerung von etwaigen Risiken gehalten und dadurch die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, nicht in verantwortungsloser Weise überspannt hat und das Verhalten der Geschäftsführers sich auch nicht aus anderen Gründen als pflichtwidrig herausstellt.[14]

3. Pflichten der Geschäftsführung auf Erwerberseite

Unter Berücksichtigung der dargestellten Sorgfaltspflichten des Geschäftsführers lässt sich beurteilen, welche Maßnahmen der Geschäftsführer bei Unternehmenstransaktionen auf Erwerberseite durchzuführen hat und ob er sich bei transaktionsbedingter Schädigung der GmbH auf die Haftungsprivilegierung der Business Judgement Rule berufen kann.

3.1 Erwerbsentscheidung

Der Entschluss, ein Unternehmen(steil) zu erwerben, ist eine unternehmerische Entscheidung, bei der dem Geschäftsführer ein haftungsfreier Ermessenspielraum nach den Kriterien der Business Judgement Rule zukommt.[15]

5 Altmeppen, in: GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43 Rn. 3; Beurskens in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 43 Rn 8; OLG Celle, Urteil vom 15.03.2000, 9 U 209/99.
6 OLG Zweibrücken, Urteil vom 22.12.1998, 8 U 98/98; Altmeppen, in: GmbHG, 10. Aufl. 2021. § 43 Rn. 3; Schnorbus, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 43 Rn. 13.
7 BGH, Urteil vom 28.04.2008, II ZR 264/06; OLG Zweibrücken, Urteil vom 22.12.1998, 8 U 98/98.
8 BGH, Urteil vom 10.02.1992, II ZR 23/91; OLG Koblenz, Urteil vom 11.07.2013, 6 U 1359/12; Schnorbus, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 43 Rn. 51.
9 Altmeppen, in: GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43 Rn. 11.
10 BGH, Urteil vom 21.04.1997, II ZR 175/95.
11 BGH, Beschluss vom 14.07.2008, II ZR 202/07, BGH, Urteil vom 04.11.2002, II ZR 224/00, OLG Oldenburg, Urteil vom 22.06.2006, 1 U 34/03; Altmeppen, in: GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43 Rn. 8; Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 43 Rn. 23.
12 BGH, Urteil vom 21.04.1997, II ZR 175/95.
13 Beurskens, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 43 Rn. 38; Jaques, in: Ettinger/Jaques, Beck'sches Handbuch im Mittelstand, 2. Aufl. 2017, C. Rn. 83; BGH, Urteil vom 15.01.2013, II ZR 90/11 – für den Vorstand einer Aktiengesellschaft.
14 Jaques, in: Ettinger/Jaques, Beck'sches Handbuch im Mittelstand, 2. Aufl. 2017, C. Rn. 85; BGH, Urteil vom 15.01.2013, II ZR 90/11.
15 Werner, in: Zeitschrift für Wirtschafsstrafrecht, Steuerstrafrecht und Unternehmensrecht 2014, S. 169, 170.

Zieht der Geschäftsführer den Erwerb eines Unternehmens in Betracht, hat er – um den gesellschaftsrechtlichen Vorgaben gerecht zu werden – im Vorfeld der geplanten Transaktion sicherzustellen, dass die Beteiligung an einem Unternehmen beziehungsweise der Erwerb eines Unternehmens satzungsmäßig gestattet und die Transaktion vom Unternehmensgegenstand gedeckt ist. Zudem hat er etwaige gesellschaftsrechtliche Zustimmungsvorbehalte zu beachten.[16] Des Weiteren muss der Erwerb des Unternehmens allein dem Wohl der Gesellschaft dienen. Erforderlich ist folglich eine Zielsetzung, die der Gesellschaft zum Vorteil gereicht, wie zum Beispiel die Verbesserung der Wettbewerbsposition oder die Wertschöpfung von zusätzlichem Ertragspotenzial.[17]

Ob der Geschäftsführer mit dem finalen Erwerb eine pflichtgemäße unternehmerische Entscheidung getroffen hat oder nicht, ist von mehreren Faktoren abhängig. Es wird im Wesentlichen darauf ankommen, welche Informationen er zu dem Zielobjekt eingeholt hat, welchen Inhalt diese haben und ob der Geschäftsführer auf Grundlage dieser Informationen eine sachgemäße Interessenabwägung vorgenommen und angemessene Maßnahmen getroffen hat, um bestehende Risiken zu minimieren.[18]

3.2 Due Diligence als Informationsgrundlage

Der Geschäftsführer wird sich nur auf die Haftungsprivilegierung der Business Judgement Rule berufen können, wenn er seine Entscheidung auf angemessen informierter Grundlage trifft.[19]

Inwieweit sich daraus eine generelle Pflicht zur Durchführung einer Due Diligence bei Unternehmenstransaktionen ableiten lässt, wird nicht einheitlich beurteilt. Eine in diesem Kontext zentrale Entscheidung des Oberlandesgerichts Oldenburg besagt, dass der Geschäftsführer jedenfalls dann die Pflicht zur Durchführung einer Due Diligence hat, wenn er nicht über ausreichende, gesicherte Erkenntnisse über das zu erwerbende Unternehmen verfügt oder wenn vorhandene Informationen Unklarheiten aufweisen. Unterlasse er die Due Diligence, komme eine Haftung bei zu erheblichen Verlusten führenden Fehlinvestitionen in Betracht. [20]

In der Literatur wird teilweise eine grundsätzliche Pflicht des Geschäftsführers angenommen, vor dem Erwerb des Zielobjekts eine umfassende Due Diligence durchzuführen.[21] Nach anderer Auffassung besteht die Pflicht zur Durchführung einer Due Diligence nur in Abhängigkeit von den Umständen des Einzelfalls.[22] Das Oberlandesgericht Oldenburg hat die Frage, ob eine generelle Pflicht zu Durchführung einer Due Diligence besteht, offen gelassen. Es scheinen aber Fallkonstellationen denkbar, in denen ein Unternehmenserwerb ohne vorherige Due Diligence nicht pflichtwidrig sein dürfte. Dies dürften allerdings absolute Ausnahmefälle sein.[23] Etwa wenn der Erwerber das Unternehmen – zum Beispiel bei einem Management Buy-out – sehr gut kennt oder der Erwerbvorgang überschaubar ist, ein geringes Transaktionsvolumen ausweist und für die Unternehmensstrategie keine wesentliche Bedeutung hat. Im Regelfall wird der Geschäftsführer daher eine Due Diligence durchführen müssen, um eine Entscheidung auf informierter Grundlage treffen zu können.

3.3 Kaufpreisbewertung

Bei der Kaufpreisbewertung für das Zielobjekt steht dem Geschäftsführer ebenfalls ein Ermessensspielraum zu.[24] Grundsätzlich wird er sich an einer sachgerechten Unternehmensbewertung unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Due Diligence orientieren müssen. Ein höherer Preis kann gleichwohl gerechtfertigt sein, wenn andere dem Gesellschaftswohl dienende Gründe dies rechtfertigen – etwa bedeutende strategische Gesichtspunkte.[25] Umgekehrt kann der Erwerb zum Bewertungspreis pflichtwidrig sein, wenn bewertungsrelevante Risiken identifiziert werden.

Im Ergebnis wird der Geschäftsführer darauf zu achten haben, dass stichhaltige Gründe vorliegen, die den jeweiligen Preis als angemessen oder auch „vernünftigerweise" als angemessen erscheinen lassen.[26.] Es empfiehlt sich deshalb, eine Stellungnahme eines Sachverständigen zur finanziellen Angemessenheit des Transaktionspreises einzuholen (sog. Fairness Opinion). Eine solche Stellungnahme dürfte grundsätzlich eine angemessene Maßnahme sein, um eine informierte Entscheidung zum Transaktionspreis im Sinne des Business Judgement Rule treffen zu können.[27]

16 Werner, in: Zeitschrift für Wirtschafsstrafrecht, Steuerstrafrecht und Unternehmensrecht 2014, S. 169, 171; Gunßer in: Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, § 36 Rn. 8.
17 Werner, in: Zeitschrift für Wirtschafsstrafrecht, Steuerstrafrecht und Unternehmensrecht 2014, S. 169, 171.
18 Beurskens, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 43 Rn. 38; Jaques, in: Ettinger/Jaques, Beck'sches Handbuch im Mittelstand, 2. Aufl. 2017, C. Rn. 83; BGH, Urteil vom 15.01.2013, II ZR 90/11 – für den Vorstand einer Aktiengesellschaft.
19 Gunßer, in: Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, § 36 Rn. 12.
20 OLG Oldenburg, Urteil vom 22.06.2006, 1 U 34/03.
21 Gunßer, in: Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, § 36 Rn. 12; Jaques, in Ettinger/Jaques, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, 2. Aufl. 2017, C. Rn. 89; Werner, in: Zeitschrift für Wirtschafsstrafrecht, Steuerstrafrecht und Unternehmensrecht 2014, S. 169, 171.
22 Becker/Voß, in: Knott, Unternehmenskauf, II. Rn. 113; Fleischer, in: Neue juristische Wochenschrift 2009, S. 2337, 2338.
23 Böttcher, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2007, S. 481, 483 ff.; Gunßer, in: Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, § 36 Rn. 13.
24 Bücker/Kulenkamp, in: Krieger/Schneider, Handbuch Managerhaftung, 3. Aufl. 2017, Rn. 29.91.
25 Gunßer in: Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, § 36 Rn. 10.
26 OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 02.06.2017, 25 U 107/13 – für die Bewertung eines Firmenwertes.
27 Heller, in: Rotthege/Wassermann, Unternehmenskauf bei der GmbH, 2. Aufl. 2020, Kap. 4 Rn. 253.

3.4 Transaktionsstruktur, Unternehmenskaufvertrag, Post-Merger

Der Geschäftsführer muss den geplanten Unternehmenserwerb zudem pflichtgemäß strukturieren. Hierbei ist die Festlegung des chronologischen Ablaufs der Transaktion ein wesentliches Merkmal. Die Reihenfolge der abzuarbeitenden Punkte, die jeweilige Steuerung des Projekts inklusive der Zusammenstellung des Projektteams und die Verteilung der Aufgaben sind vorab abzustimmen. Vorrangig müssen hier Transaktionssicherheit und -geschwindigkeit sowie steuerliche Effizienz beachtet werden.[28]

Bei der Gestaltung des Unternehmenskaufvertrags hat der Geschäftsführer dafür Sorge zu tragen, dass dieser frei von Gesetzesverstößen ist. Zu nennen sind hier insbesondere kartellrechtliche Vollzugsverbote, die durch Closingbedingungen abgesichert werden müssen. Der Unternehmenskaufvertrag muss so aufgebaut sein, dass der Erwerbsvorgang rechtlich möglich ist.[29]

Die Detailausgestaltung des Unternehmenskaufvertrags unterliegt wiederum unternehmerischem Ermessen. Berücksichtigt man, dass der Geschäftsführer Schaden von der Gesellschaft abzuwenden und bei riskanten Geschäften die betriebswirtschaftlichen und branchenüblichen Regeln zur Risikostreuung zu ergreifen hat,[30] wird man die Aufnahme eines Gewährleistungs- und/oder Garantiekataloges verlangen dürfen, um die durch die Due Diligence identifizierten Risiken abzusichern. Ferner wird der Geschäftsführer je nach Einzelfall und Bonität des Verkäufers zur Absicherung der abgegebenen Garantien angehalten sein, Vorsorge durch Kaufpreiseinbehalte, Earn-outs, Freistellungsregelungen, Bürgschaften, W&I-Versicherungen et cetera zu treffen.[31]

Nach Abschluss des Unternehmenskaufvertrages und dem sogenannten Closing trifft den Geschäftsführer die Pflicht, die Transaktion mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns zu vollziehen. Hierzu gehört die Umsetzung und Überwachung der erforderlichen Maßnahmen, um die verfolgten unternehmerischen Ziele verwirklichen zu können.[32]

4. Pflichten der Geschäftsführung auf Veräußererseite

Grundsätzlich gelten die unter Ziffer 3 dargestellten Verhaltenspflichten auch für den Geschäftsführer des Zielunternehmens, wenn auch situationsbedingt mit anderen Vorzeichen und Schwerpunkten. Zentrale Sorgfaltspflichten auf Seiten des Geschäftsführers des Zielunternehmens dürften die Sicherstellung einer angemessenen Kaufpreisbewertung, die tatsächliche und rechtliche Umsetzbarkeit der Transaktion sowie eine interessengerechte Ausgestaltung des vertraglichen Haftungsregimes sein.

Das wesentliche Haftungsrisiko des Geschäftsführers des Zielunternehmens ergibt sich aber aus Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Weitergabe von Informationen an den potenziellen Erwerber.

4.1 Informationsweitergabe und Verschwiegenheitspflicht

Der Geschäftsführer des Zielunternehmens ist bei der Weitergabe von Informationen einem Konflikt ausgesetzt. Er hat einerseits den Erwerber mit angemessenen Informationen zu versorgen, um die Transaktion zu fördern und keine Schadenersatzansprüche wegen unterlassener Aufklärung zu produzieren. Andererseits trifft ihn gegenüber dem Zielunternehmen die Pflicht, Geschäftsgeheimnisse zu wahren.[33]

Offenbart der Geschäftsführer unbefugt Geschäftsgeheimnisse, haftet er bei hieraus resultierenden Schäden wegen Verletzung seiner Treuepflicht gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG. Des Weiteren drohen strafrechtliche Konsequenzen wegen eines Verstoßes gegen § 85 GmbHG.[34]

Fraglich ist, ob dem Geschäftsführer ein Ermessensspielraum darüber zusteht, ob und in welchem Umfang er dem potenziellen Erwerber Unternehmensinterna offenlegen darf. Da die Erteilung von Auskünften gegenüber dem potenziellen Erwerber eine über den regulären Geschäftsbetrieb hinausgehende außergewöhnliche Maßnahme darstellt, wird überwiegend angenommen, dass dies nicht der Fall ist. Es bedarf zur Offenlegung von Unternehmensinformationen, insbesondere im Rahmen einer Due Diligence, eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung.[35] Ungeklärt ist, welcher Mehrheit der Beschluss bedarf. Das Landgericht Köln ist in einer Entscheidung aus 2008 von einem einstimmigen Beschlusserfordernis ausgegangen.[36] Ist die Transaktion von allen Gesellschaftern gewollt, dürfte das Informieren des potenziellen Erwerbers wenig Probleme bereiten, da der Geschäftsführer im Einvernehmen mit allen Gesellschaftern handelt und konkludent von seiner Geheimhaltungspflicht befreit sein dürfte.[37] Gleichwohl ist anzuraten, für die Infor-

28 Bücker/Kulenkamp in: Krieger/Schneider, Handbuch Managerhaftung, 3. Aufl. 2017, Rn.29.92.
29 Werner, in: Zeitschrift für Wirtschafsstrafrecht, Steuerstrafrecht und Unternehmensrecht 2014, S. 169, 173; Gunßer in: Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, § 36 Rn. 19; Muschler/Mersmann, in: Der Betrieb 2003, S. 79, 81.
30 BGH, Urteil vom 15.01.2013, II ZR 90/11 – für den Vorstand einer Aktiengesellschaft.
31 Gunßer in: Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, § 36 Rn. 19; Jaques, in: Ettinger/Jaques, Beck´sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, 2. Aufl. 2017, C. Rn. 90.
32 Hierzu: Bücker/Kulenkamp in: Krieger/Schneider, Handbuch Managerhaftung, 3. Aufl. 2017, Rn.29.98 ff.
33 Beisel, in: Beisel/Andreas, Beck'sches Mandatshandbuch Due Diligence, 3. Aufl. 2017, § 7 Rn. 2.
34 Jaques, in Ettinger/Jaques, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, 2. Aufl. 2017, C. Rn. 97; Rittmeister, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2004, S. 1032, 1036.
35 Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 43 Rn. 21; Beurskens, in: Baumbach/Hueck, GmbHG , 22. Aufl. 2019, § 37 Rn. 93; Scheuffele, in: GmbH-Rundschau 2010, S. 965, 967 für den Share Deal.
36 LG Köln, Urteil vom 26.03.2008, 90 O 11/08.
37 Ziemons, in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 43 Rn. 308.

mationsweitergabe einen einstimmigen Gesellschafterbeschluss einzuholen. Nicht zuletzt, weil innerhalb der Gesellschafterversammlung Diskrepanzen zum Umfang der zu erteilenden Informationen bestehen können.

Ungeachtet einer Zustimmung der Gesellschafterversammlung erfordert es die gebotene Sorgfalt des Geschäftsführers, Maßnahmen zum Schutz der zu erteilenden Informationen zu ergreifen. Hierzu gehören unter anderem der Abschluss einer strafbewehrten Vertraulichkeitsvereinbarung und gegebenenfalls eines LOI[38] sowie die Einrichtung eines Datenraums zur Erfassung und Begrenzung der offengelegten Informationen sowie zur Kontrolle der zugriffsberechtigten Personen.[39]

Besonderheiten ergeben sich bei einem Share Deal, der lediglich den Geschäftsanteil eines Gesellschafters beziehungsweise nicht aller Gesellschafter betrifft. Die jeweiligen Gesellschafter können gegenüber der GmbH Information über die Angelegenheiten der Gesellschaft gemäß § 51a Abs. 1 GmbHG verlangen. Die Informationsweitergabe darf nur unter den Voraussetzungen des § 51a Abs. 2 GmbHG verweigert werden. Dies ist der Fall, wenn die Gefahr besteht, dass der Gesellschafter die erteilten Informationen zu gesellschaftsfremden Zwecken verwenden und der Gesellschaft oder einem verbundenen Unternehmen ein nicht unerheblicher Nachteil entstehen würde.

Haftungsrisiken ergeben sich für den Geschäftsführer, wenn er Auskünfte erteilt, die nach § 51a Abs. 2 GmbHG hätten verweigert werden müssen.[40] Da der Geschäftsführer im Zweifel nicht beurteilen kann, ob die geforderten Auskünfte zu verweigern sind, hat er auch hier einen Beschluss der Gesellschafterversammlung herbeizuführen.[41]

4.2 Weitergabe unzutreffender Informationen

Neben der Haftung wegen unbefugter Weitergabe von Informationen an den potenziellen Erwerber kann sich der Geschäftsführer einer Inanspruchnahme im Innenverhältnis durch die veräußernde Gesellschaft (Asset Deal) beziehungsweise die veräußernden Gesellschafter (Share Deal) ausgesetzt sehen, wenn er dem Erwerber unrichtige Informationen erteilt hat.[42]

Führt eine fehlerhafte Informationserteilung des Geschäftsführers an den Erwerber bei einem Asset Deal zur Auslösung von Garantie und/oder Gewährleistung, haftet zunächst das veräußernde Unternehmen dem Erwerber als Vertragspartner unter Zurechnung des Fehlverhaltens des Geschäftsführers. Stellt sich die falsche Informationserteilung im Innenverhältnis als pflichtwidriges Verhalten des Geschäftsführers gegenüber der veräußernden Gesellschaft dar, droht diesem ein Regress nach § 43 Abs. 2 GmbHG.[43]

Ebenso wird vertreten, dass bei einem Share Deal die von dem Käufer aufgrund falscher Informationen in Anspruch genommenen Gesellschafter sich zunächst bei der Gesellschaft schadlos halten können. Ein solcher Anspruch wird – je nach Auffassung – auf eine Verletzung des Mitgliedschaftsrechts als absolutes Recht nach § 823 Abs. 1 BGB, den Verstoß gegen § 51a GmbHG als Schutzgesetz i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB oder die Verletzung mitgliedschaftlicher Sonderrechte gestützt, wobei sich die GmbH das Fehlverhalten des Geschäftsführers zurechnen lassen muss.[44] Die von den veräußernden Gesellschaftern in Anspruch genommene Gesellschaft kann dann ihrerseits wiederum Ersatz des Schadens bei dem Geschäftsführer nach § 43 Abs. 2 GmbHG verlangen.[45]

5. Maßnahmen zur Haftungsbegrenzung

Um die Haftungsrisiken des Geschäftsführers angesichts seines umfangreichen Pflichtenkanons und der tatsächlichen sowie rechtlichen Komplexität von Unternehmenstransaktionen, die nicht selten unter zeitlichem Druck abgewickelt werden, zu minimieren, bieten sich unterschiedliche Maßnahmen zur Haftungsbegrenzung an.

5.1 Einholen von Expertenrat

In der Regel wird der Geschäftsführer bei der Durchführung einer Unternehmenstransaktion unterschiedliche Berater einbinden, da er selbst selten über alle Kenntnisse verfügt, um angemessene Entscheidungen auf informierter Grundlage zu treffen. In diesem Fall trifft ihn sogar die Pflicht, sich die erforderlichen Kenntnisse zu verschaffen.[46]

Ungeachtet dessen kann die Einschaltung Dritter eine entlastende Wirkung zugunsten des Geschäftsführers haben. Der Geschäftsführer, der einen unabhängigen, fachlich qualifizierten Berater beauftragt, haftet mangels Verschulden nicht, wenn er diesen über die tatsächlichen Umstände umfassend informiert und die erforderlichen Unterlagen für die zu klärende Frage vorgelegt hat.[47] Der Geschäftsführer darf den Expertenrat

38 Ziemons, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 43 Rn. 310.
39 Werner, in: Zeitschrift für Wirtschafsstrafrecht, Steuerstrafrecht und Unternehmensrecht 2014, S. 209, 212 f. mit weitergehenden Maßnahmen.
40 Haas/Müller, in: GmbH-Rundschau 2004, S. 1169, 1170.
41 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 22. Aufl. 2019, § 51a Rn. 38; Haas/Müller, in: GmbH-Rundschau 2004, S. 1169, 1170.
42 Werner, in: Zeitschrift für Wirtschafsstrafrecht, Steuerstrafrecht und Unternehmensrecht 2014, S. 209, 211.
43 Jaques, in: Ettinger/Jaques, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, 2. Aufl. 2017, Rn. D. Rn. 384.
44 Werner, in: Zeitschrift für Wirtschafsstrafrecht, Steuerstrafrecht und Unternehmensrecht 2014, S. 209, 211.
45 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2019, § 51a Rn. 51.
46 BGH, Urteil vom 20.09.2011, II ZR 234/09; BGH, Urteil vom 15.05.2007, II ZR 48/06.
47 BGH, Urteil vom 28.04.2015, II ZR 63/14; BGH, Urteil vom 20.09.2011, II ZR 234/09; vgl. generell zum Expertenrat auch Decker, in: GmbH-Rundschau 2014, S. 72 ff.

allerdings nicht ungeprüft übernehmen, sondern ist verpflichtet, diesen einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen. Die Plausibilitätskontrolle bezieht sich auf die Überprüfung, ob der Berater nach dem Inhalt seiner Auskunft alle erforderlichen Informationen erhalten und verarbeitet sowie alle sich aufdrängenden Fragen widerspruchsfrei beantwortet hat oder sich aufgrund der Auskunft weitere Fragen aufdrängen.[48]

Zu beachten ist, dass eine mündliche Beratung dem Geschäftsführer nach der Rechtsprechung nur ausnahmsweise, nämlich bei einfachen Fragestellungen oder Eilbedürftigkeit, eine Plausibilitätskontrolle ermöglichen soll.[49] Aufgrund der typischerweise komplexen betriebswirtschaftlichen, rechtlichen und steuerlichen Fragestellungen beim Unternehmenskauf sollte deshalb darauf geachtet werden, dass Handlungsempfehlungen inklusive der tatsächlichen Informationen zur Entscheidungsgrundlage verschriftlicht werden.

5.2 Einholen von Gesellschafterbeschlüssen, Entlastung

Ein weiteres Mittel zur Haftungsbegrenzung ist die Herbeiführung eines Gesellschafterbeschlusses, der den Geschäftsführer anweist, bestimmte Maßnahmen im Zuge der Unternehmenstransaktion vorzunehmen oder zu unterlassen. Der Geschäftsführer, der auf verbindliche Weisung oder mit Einverständnis der Gesellschafterversammlung beziehungsweise des ihm gegenüber weisungsberechtigten Organs handelt, haftet nicht nach § 43 Abs. 2 GmbHG.[50] Hierbei genügt ein stillschweigendes Einverständnis der Gesellschafterversammlung.[51] Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Geschäftsführer, der sich auf einen entlastenden Gesellschafterbeschluss berufen möchte, prozessual hierfür die Darlegungs- und Beweislast trägt,[52] sollte allerdings auf die Verschriftlichung des Entscheidungsprozesses hingewirkt werden.

Um sich auf ein haftungsausschließendes Einverständnis der Gesellschafterversammlung berufen zu können,

48 BGH, Urteil vom 28.04.2015, II ZR 63/14; vgl. hierzu auch Buck-Heeb, in: Betriebsberater 2016, S. 1347, 1349 ff.
49 BGH, Urteil vom 20.09.2011, II ZR 234/09.
50 BGH, Urteil vom 09.12.2014, II ZR 350/13; BGH, Urteil vom 26.10.2009, II ZR 222/08.
51 BGH, Urteil vom 09.12.2014, II ZR 350/13.
52 BGH, Urteil vom 28.04.2008, II ZR 264/06.

ANZEIGE

M&A REVIEW EUROPE Munich – Home of M&A REVIEW

muss der Geschäftsführer – wie bei der Einholung von Expertenrat – die Gesellschafterversammlung allerdings vorab hinreichend über die tatsächlichen Umstände für die zu beurteilende Frage informieren und auf etwaige Bedenken seinerseits hinweisen.[53] Auch deshalb ist eine Verschriftlichung des Entscheidungsprozesses ratsam.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass der Geschäftsführer nach Abschluss der Transaktion nur auf die Entlastung durch die Gesellschafterversammlung gemäß § 46 Nr. 5 GmbHG hoffen kann, die zu einer Haftungsbefreiung für Pflichtverletzungen führt. Der Entlastungsbeschluss befreit allerdings nur von bekannten oder aufgrund der Rechenschaftslegung bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennbaren Pflichtverletzungen.[54]

5.3 Vertragliche Haftungsbeschränkungen

In welchem Umfang sich der Geschäftsführer auf vertragliche oder satzungsmäßige Haftungsausschlüsse berufen kann, ist umstritten. Während in Anlehnung an § 93 Abs. 4 AktG teilweise vertreten wird, dass eine vertragliche Haftungsbeschränkung unzulässig sein soll, wird überwiegend die Zulässigkeit von vertraglichen Haftungsbeschränkungen befürwortet.[55]

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass eine vertragliche Haftungsbeschränkung jedenfalls nicht bei Ansprüchen greift, auf die die Gesellschaft nicht verzichten kann. Dies betrifft insbesondere den Erlass einer Haftung für Vorsatz gemäß § 276 Abs. 3 BGB. Ob darüber hinaus die Haftung für grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen werden kann, ist umstritten.[56] Der Geschäftsführer sollte sich daher nur bedingt auf vertragliche Haftungsausschlüsse verlassen.

Im Übrigen dürfte dem Geschäftsführer ohnehin kraft vertraglicher Vereinbarung nur in absoluten Ausnahmefällen Dispens für fahrlässige Pflichtverletzungen erteilt werden. Nicht zuletzt, weil sich die Gesellschaft dadurch der Möglichkeit berauben würde, etwaige eintretende Schäden aufgrund des Claim-made-Prinzips gegen eine abgeschlossene D&O-Versicherung geltend machen zu können.[57]

5.4 D&O-Versicherungen

Der Abschluss einer D&O-Versicherung begrenzt die persönliche Haftung des Geschäftsführers auch bei schuldhaften Pflichtverletzungen im Zuge von Unternehmenstransaktionen.[58] Der Versicherungsschutz erstreckt sich sowohl auf die Außen- als auch die Innenhaftung, weshalb der Geschäftsführer auch bei der Inanspruchnahme durch die von ihm vertretene Gesellschaft abgesichert ist.[59]

Sofern Unternehmenstransaktionen nicht zum typischen Geschäftsfeld der von dem Geschäftsführer vertretenen Gesellschaft gehören, sollte der mit der Unternehmenstransaktion betraute Geschäftsführer sicherstellen, dass die Versicherung eine ausreichende Deckungssumme beinhaltet und neben dem obligatorischen Ausschluss des Versicherungsschutzes für vorsätzliche und wissentliche Pflichtverletzungen keine weiteren den Versicherungsschutz ausschließenden Umstände vorliegen.

6. Zusammenfassung

Unternehmenstransaktionen sind für den GmbH-Geschäftsführer sowohl auf Erwerber- als auch auf Veräußererseite haftungsrelevant. Der an der Transaktion beteiligte Geschäftsführer hat einen umfassenden Pflichtenkatalog zu beachten, um einer Inanspruchnahme durch die eigene Gesellschaft bei Fehlschlägen vorzubeugen.

Eine zentrale Haftungsprivilegierung ergibt sich für den Geschäftsführer bei unternehmerischen Entscheidungen nach den Grundsätzen der Business Judgement Rule. Der Geschäftsführer ist daher angehalten, bestehende Informationsgrundlagen auszuschöpfen und den Abwägungsprozess für die von ihm getroffenen Entscheidungen in allen Transaktionsstadien zu dokumentieren, um sich entlasten zu können.

Zudem sollte der Geschäftsführer durch haftungsbeschränkende Maßnahmen Vorsorge treffen. Vertraglichen Haftungsbeschränkungen vorzuziehen sind die Einholung von Expertisen sowie präventiv entlastende Beschlüsse der Gesellschafterversammlung auf informierter Grundlage. Dies bietet im Gegensatz zu gegebenenfalls angreifbaren Haftungsvereinbarungen oder ungewissen nachträglichen Entlastungsbeschlüssen die größte Sicherheit für den Geschäftsführer.

53 BGH, Urteil vom 09.12.2014, II ZR 360/13; BGH, Urteil vom 18.06.2013, II ZR 86/11.
54 Beurskens, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 43 Rn. 68; Altmeppen ,in: GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 46 Rn. 54; BGH, Urteil vom 20.05.1985, II ZR 165/84.
55 Zum Streitstand: Drescher, in: Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 8 Aufl. 2019, Rn 443 ff. und Ziemons/Pöschke, in: BeckOK GmbHG, 45. Ed. 1.5.2020, § 43 Rn. 299.3.
56 Hierzu: Ziemons/Pöschke, in: BeckOK GmbHG, 45. Ed. 1.5.2020, § 43 Rn. 299.3.
57 Ziff. 2 AVB-AVG.
58 Zur Ausgestaltung von D&O-Versicherungen bei Transaktionen Stelmaszczyk, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2011, S. 241 ff.
59 BGH, Urteil vom 12.09.2012, IV ZR 171/11.

Dr. André Bienek ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner der auf Immobilien- und Unternehmenstransaktionen spezialisierten Kanzlei ROTTHEGE I WASSERMANN mit Sitz in Essen und Düsseldorf. Er berät u.a. bei Unternehmenstransaktionen und -umstrukturierungen. a.bienek@rotthege.com