

In dieser Ausgabe:

• ZInsO-Aufsätze

Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern in der Insolvenz ihrer GmbH – Teil 2 (S. 625)

von Professor Dr. Georg Bitter, Universität Mannheim

– Existenzvernichtungshaftung – Haftung aus Vertrag (Bürgschaft, Schuldbeitritt, Garantie) und aus Vertrauen (Rechtsschein unbeschränkter Haftung; Eigenhaftung des Vertreters aus § 311 Abs. 3 BGB) – Deliktshaftung aus § 826 BGB, aus § 823 Abs. 2 BGB (insbes. wegen Betrugs, Bankrotts, Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen und Insolvenzverschleppung) sowie aus § 823 Abs. 1 BGB (deliktische Eigenhaftung) – Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung und Unterkapitalisierung –

Der Gläubigerschutz im präventiven Restrukturierungsrahmen (S. 660)

von Rechtsanwältin Dr. Katrin Stohrer, Frankfurt/M.

Keine Pflicht des eigenverwaltenden Schuldners zu Dual-Track-Prozess (S. 668)

von Rechtsanwältin Katrin Schröder, LL.M. corp. restruc., Düsseldorf

• ZInsO-Rechtsprechungsreport

Grenzen des Pfändungsschutzes nach Freigabe einer selbständigen Tätigkeit des Schuldners (S. 671)

BGH, Beschl. v. 25. 1. 2018 – IX ZA 19/17

Nachfrist für Antrag auf Insolvenzgeld nur bei unverschuldeter Fristversäumnis (S. 673)

LSG Bayern, Beschl. v. 18. 1. 2018 – L 10 AL 254/17 B PKH

(Keine) Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen bei Insolvenzanfechtungen (S. 675)

LG Berlin, Beschl. v. 2. 1. 2018 – 3 O 187/17

Nachteilsausgleich bei unterlassenem Interessenausgleich des Insolvenzverwalters als Masseverbindlichkeit (S. 675)

BAG, Urt. v. 7. 11. 2017 – 1 AZR 186/16

Vorwirkung der Versagungsgründe bereits für Entscheidung zur Verfahrenskostenstundung (S. 679)

AG Marburg, Beschl. v. 16. 1. 2018 – 22 IN 178/17

Keine „sofortige“/außerordentliche (Rechts-)Beschwerde zum BGH wegen Entscheidung des LG zum Vergütungsanspruch des Insolvenzverwalters nach InsVV (S. 680)

BGH, Beschl. v. 23. 11. 2017 – IX ZB 51/17



Herausgeber:

Prof. Dr. Christian Berger

RA Dr. Susanne Berner

Michael Bretz

RA Dr. Christian Brünkmans

RA Dr. Jan de Weerth

Prof. Dr. Ulrich Foerste

RA Dr. Michael C. Frege

RiAG Frank Frind

RiBGH Prof. Dr. Markus Gehrlein

Prof. Dr. Hugo Grote

RA Dr. Andreas Henkel

WP/StB Michael Hermanns

Prof. Dr. Heribert Hirte

RiAG Martin Horstkotte

Präs. LG a.D. Prof. Dr. Michael Huber

RA Peter J. Hütten

RA Dr. Karen Kuder

RA Dr. Norbert Küpper

RiAG Dr. Peter Laroche

Prof. Dr. Wolfgang Marotzke

PD Dr. Sebastian Mock

RA Dr. Patrick Mückl

Prof. Dr. Bettina Nunner-Krautgasser

RA Dr. Manfred Obermüller

Vors. RiOLG Dr. Dietmar Onusseit

RA Prof. Dr. Klaus Pannen

RiBGH Prof. Dr. Gerhard Pape

RA Dr. Christoph Poertzgen

RA Stephan Ries

Prof. Dr. Thomas Rönnau

Prof. Dr. Jessica Schmidt

RiBGH a.D. Prof. Dr. Lutz Strohn

RiBGH a.D. Gerhard Vill

OSTA Raimund Weyand

Schriftleiter:

RA Prof. Dr. Hans Haarmeyer

ZInsO-Aufsätze

Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern in der Insolvenz ihrer GmbH – Teil 2

von Professor Dr. Georg Bitter, Universität Mannheim*

Die in der Praxis enorm wichtige, nämlich in jedem Insolvenzverfahren über das Vermögen einer GmbH bedeutsame Haftung der Geschäftsführer und Gesellschafter wurde im ersten Teil (ZInsO 2018, 557) insoweit dargestellt, als es um die Tatbestände der Innenhaftung des Geschäftsführers gegenüber der GmbH (§§ 43, 64 GmbHG) geht. In diesem zweiten Teil folgen nun die Existenzvernichtungshaftung, die nach der – hier kritisierten – Rechtsprechung eine Innenhaftung der Gesellschafter gegenüber der GmbH aus § 826 BGB ist, sowie jene Anspruchsgrundlagen, die unstreitig zu einer Außenhaftung der Gesellschafter und Geschäftsführer gegenüber den Gläubigern der GmbH führen können.

(Fortsetzung des Beitrags aus ZInsO 2018, 557)

Inhalt

A. Einführung	558	4. Einzelfälle	629
B. Haftung gegenüber der Gesellschaft – Innenhaftung	558	5. Verschulden	630
I. Haftung für unsorgfältige Geschäftsführung (§ 43 GmbHG)	559	6. Haftungsumfang	630
1. Haftung im Interesse der Gesellschafter	559	7. Konkurrenzen	631
2. Haftung im Interesse der Gläubiger	561	C. Haftung gegenüber Dritten – Außenhaftung	631
3. Abgrenzung zwischen Gesellschafter- und Gläubigerinteresse	563	I. „Unechter“ Durchgriff	632
4. Verschulden	564	1. Vertragshaftung	632
5. Haftung des faktischen Geschäftsführers	565	a) Bürgschaft	632
6. Haftung des Geschäftsführers in (vorläufiger) Eigenverwaltung	565	b) Schuldbeitritt	633
II. Zahlungen an Gesellschaftsgläubiger nach Insolvenzreife (§ 64 Satz 1 GmbHG)	573	c) Garantie	633
1. Anwendungsbereich	573	2. Vertrauenshaftung	633
2. Schuldner und Gläubiger des Anspruchs	577	a) Rechtsscheinshaftung wegen fehlenden/falschen Rechtsformzusatzes	633
3. Insolvenzreife	578	b) Culpa in contrahendo (c.i.c.)	636
4. Zahlungen	581	3. Deliktshaftung	638
5. Zahlungspflichten und Zahlungsverbote im Eröffnungsverfahren	591	a) Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung (§ 826 BGB)	638
6. Verschulden und Beweislast	593	b) Verletzung eines Schutzgesetzes (§ 823 Abs. 2 BGB)	641
7. Rechtsfolge	594	aa) Betrug (§ 263 StGB)	641
8. Regress beim Berater?	594	bb) Kreditbetrug (§ 265b StGB)	642
III. Verursachung der Zahlungsunfähigkeit (§ 64 Satz 3 GmbHG)	595	cc) Bankrott (§§ 283 ff. StGB)	642
1. Schuldner und Gläubiger des Anspruchs	595	dd) Untreue (§ 266 StGB)	643
2. Zahlung an Gesellschafter	595	ee) § 266a StGB – Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen	644
3. Verursachung der Zahlungsunfähigkeit	596	ff) § 43 GmbHG – Verletzung von Geschäftsführerpflichten	645
4. Verschulden	597	gg) Haftung wegen Insolvenzverschleppung (§ 15a Abs. 1 Satz 1 InsO)	646
5. Umfang des Anspruchs	597	c) Deliktische Eigenhaftung (insbesondere aus § 823 Abs. 1 BGB)	652
IV. Existenzvernichtung	625	II. Echte Durchgriffshaftung wegen Missbrauchs der Rechtsform GmbH	655
1. Entwicklung der Existenzvernichtungshaftung	626	1. Vermögensvermischung	656
2. Schuldner und Gläubiger des Anspruchs	627	2. Unterkapitalisierung	657
3. Tatbestandsvoraussetzungen	628	3. Beherrschung der Gesellschaft	659

IV. Existenzvernichtung

Die Haftung wegen sog. Existenzvernichtung⁶⁶⁵ ist – im Gegensatz etwa zu den Haftungstatbeständen der §§ 43, 64

GmbHG – eine Gesellschafter-, nicht eine Geschäftsführerhaftung. Sie muss als eine „schwere Geburt“ der Rechtsprechung bezeichnet werden und es kann nach dem letzten Stand der Dinge auch nicht festgestellt werden, dass diese

* Professor Dr. Georg Bitter ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht an der Universität Mannheim sowie Vorstandsvorsitzender des dortigen Zentrums für Insolvenz und Sanierung (ZIS). Es handelt sich um die aktualisierte und erweiterte Fassung des Aufsatzes aus ZInsO 2010, 1505 ff., 1561 ff. Herrn Wiss. Mitarbeiter Markus Baschnagel, LL.M. (Cambridge), sei herzlich für die Unterstützung bei der Aktualisierung gedankt.

⁶⁶⁵ Siehe dazu schon ausführlich Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. I, 12. Aufl. 2018, § 13 Rn. 152 ff.; kritisch zu dem Begriff – mit je unterschiedlicher Stoßrichtung – Bitter, WM 2001, 2133, 2136 (missverstanden bei Wahl, Die Haftung der GmbH-Gesellschafter wegen Existenzvernichtung, 2006, S. 43 f.); Schön, ZHR 168 (2004), 268, 271 f.; Zöllner, in: FS Konzen, 2006, S. 999, 1003; Fischinger, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, 2015, S. 321.

Geburt geglickt sei.⁶⁶⁶ Die Haftungsfigur war zunächst in den 1980er und 1990er Jahren als Haftung im sog. „qualifiziert faktischen Konzern“ entstanden, wurde dann in den Jahren 2001/2002 durch die BGH-Entscheidungen „Bremer Vulkan“⁶⁶⁷ und „KBV“⁶⁶⁸ vom konzernrechtlichen Ansatz befreit und richtigerweise zu einer allgemeinen Durchgriffshaftung wegen Missbrauchs der Haftungsbeschränkung fortentwickelt (Außenhaftung gegenüber den Gläubigern),⁶⁶⁹ um sodann durch das 2007 ergangene Urteil „Trihotel“⁶⁷⁰ eine erneute überraschende Wendung hin zu einer Innenhaftung aus § 826 BGB zu nehmen.⁶⁷¹ Die Entwicklung sei hier kurz dargestellt:⁶⁷²

1. Entwicklung der Existenzvernichtungshaftung

Ausgangspunkt des von der Rechtsprechung entwickelten Haftungsansatzes ist seit jeher die Vorstellung, dass das gesetzliche Gläubigerschutzkonzept des GmbHG Lücken enthält.⁶⁷³ Das Gesetz schützt zwar das bilanzielle Kapital der GmbH, indem es in §§ 30, 31 GmbHG dieses vor einem Gesellschafterzugriff bewahrt. Nicht sanktioniert werden aber sonstige, nicht in einem Vermögensabfluss an Gesellschafter bestehende oder nicht bilanziell erfassbare nachteilige Eingriffe in das Vermögen und in die Interessen der Gesellschaft durch den Alleingesellschafter oder mehrere einverständlich handelnde Gesellschafter.⁶⁷⁴ Zudem ist der Anspruch aus § 31 GmbHG auf den Ersatz des abgeflossenen Betrags beschränkt; darüber hinaus bei der GmbH entstandene Schäden werden im Rahmen der *Gesellschafterhaftung* nicht ersetzt.⁶⁷⁵ Auch das – einen gewissen Schutz bietende⁶⁷⁶ – Insolvenzanfechtungsrecht ist nur auf Rückgewähr und auch nur gegen den Empfänger des Gegenstands gerichtet.⁶⁷⁷ Bei fehlender Eröffnung des Insolvenzverfahrens greifen zudem mangels Anwendbarkeit der §§ 129 ff. InsO nur die allgemeinen Tatbestände des Anfechtungsgesetzes ein (insbesondere § 3 AnfG).⁶⁷⁸

Der insoweit als lückenhaft erkannte Gläubigerschutz wurde im ersten Schritt zunächst für Konzerngesellschaften durch eine Analogie zu den Vorschriften des aktienrechtlichen Vertragskonzerns (§§ 302, 303 AktG) geschlossen (sog. „**qualifiziert faktischer Konzern**“).⁶⁷⁹ Diesen ausschließlich konzernrechtlich begründeten Haftungsansatz hat der BGH dann aber im zweiten Schritt in seinen Entscheidungen „Bremer Vulkan“⁶⁸⁰ und „KBV“⁶⁸¹ aufgegeben und – gleich ob in abhängiger oder unabhängiger Gesellschaft – den existenzvernichtenden Eingriff des oder der Gesellschafter als missbräuchlich qualifiziert.⁶⁸² Unabhängig von einer Unternehmensverbindung hafteten die Gesellschafter den Gläubigern also unmittelbar, wenn der Eingriff in das Vermögen der

Gesellschaft zu deren Insolvenz führte oder die Insolvenz vertiefte. Im dritten Schritt hat schließlich der BGH diese im Ansatz überzeugende Linie mit der Folge einer persönlichen Durchgriffshaftung des/der Gesellschafter gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft⁶⁸³ in seiner **Entscheidung „Tri-**

669 In diesem Sinne zuvor schon *Bitter*, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, 2000, S. 490 ff.; im Anschluss an das Urteil „Bremer Vulkan“ auch *Bitter*, WM 2001, 2133; *Wahl* (Fn. 665), S. 52 ff., S. 77 ff.; *Matschernus*, Die Durchgriffshaftung wegen Existenzvernichtung in der GmbH, 2006, S. 64 ff.; *Gottschalk*, Die Existenzvernichtungshaftung des GmbH-Gesellschafters, 2007, S. 55 ff.; *Hangebrauck*, Kapitalaufbringung, Kapitalerhaltung und Existenzschutz bei konzernweiten Cash-Pooling-Systemen, 2008, S. 482 ff.; siehe dazu auch *Wiedemann*, ZGR 2003, 283 ff.

670 BGHZ 173, 246 = ZInsO 2007, 881 = ZIP 2007, 1552 = NJW 2007, 2689 = GmbHR 2007, 927 – „Trihotel“.

671 Dazu *Liebscher*, in: MünchKomm. GmbHG, Bd. 1, 2. Aufl. 2015, Anh. § 13 Rn. 522 ff.; *Kroh*, Der existenzvernichtende Eingriff – Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen, englischen, französischen und niederländischen Recht, 2013, S. 14 ff.; *Goette*, ZHR 177 (2013), 740, 747 spricht von einem „schmerzlichen Lernprozess“ des II. Zivilsenats des BGH.

672 Siehe auch den Überblick bei *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 13 Rn. 48 f., 57 ff.; *Casper*, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke (Hrsg.), GmbHG, Bd. III, 2. Aufl. 2016, Anh. § 77 Rn. 97 ff.; *Lieder*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 13 Rn. 421 ff.; ausführlich *Wahl* (Fn. 665), S. 48 ff.; *Jahn*, Die Anwendbarkeit deutscher Gläubigerschutzvorschriften bei einer EU-Kapitalgesellschaft mit Sitz in Deutschland, 2014, S. 279 ff.; *Liebscher*, in: MünchKomm. GmbHG (Fn. 671), Anh. § 13 Rn. 518 ff. mit umfassenden Literaturangaben vor Rn. 518.

673 BGH, ZInsO 2015, 1216 = GmbHR 2015, 644 (Rn. 9); eingehend *Röhrich*, in: FS 50 Jahre BGH, Bd. 1, 2000, S. 83, 92 ff.; *Wahl* (Fn. 665), S. 3 ff. mit Ergebnis S. 46; *Khonsari*, Die Haftung der GmbH-Gesellschafter aus existenzvernichtendem Eingriff, 2007, S. 47 ff.; *Hangebrauck* (Fn. 669), S. 475 ff.; *Henzler*, Haftung der GmbH-Gesellschafter wegen Existenzvernichtung, 2009, S. 19 ff., 121 ff.; *Kroh* (Fn. 671), S. 29 ff.; *Jahn* (Fn. 672), S. 304 ff.; w.N. bei Scholz/*Bitter* (Fn. 665), § 13 Rn. 153 in Fn. 469; deutlich kritisch *Wazlawik*, NZI 2009, 291, 293.

674 BGH, ZInsO 2015, 1216 = GmbHR 2015, 644 (Rn. 9); ausführlich *Wahl* (Fn. 665), S. 10 ff.; *Henzler* (Fn. 673), S. 20 ff.; Beispiel bei *Strohn*, ZHR 173 (2009), 589, 591: Übertragung existenzwichtiger Patente auf einen Gesellschafter; zu den dogmatischen Grundlagen des Problems vgl. auch Scholz/*Bitter* (Fn. 665), § 13 Rn. 125.

675 Zur fehlenden Ersatzfähigkeit sog. „Kollateralschäden“ vgl. BGHZ 173, 246, 254 = ZInsO 2007, 881 = ZIP 2007, 1552 = NJW 2007, 2689 = GmbHR 2007, 927 (Rn. 21) – „Trihotel“; BGH, ZInsO 2015, 1216 = GmbHR 2015, 644 (Rn. 9); *Wahl* (Fn. 665), S. 19 f.; *Khonsari* (Fn. 673), S. 50 ff.; *Kroh* (Fn. 671), S. 32; *Dauner-Lieb*, ZGR 2008, 34, 37; *Strohn*, ZInsO 2008, 706, 707; *Röck*, DZWIR 2012, 97, 101. Der *Geschäftsführer* haftet demgegenüber auf Schadensersatz (vgl. § 43 Abs. 2, 3 GmbHG; dazu *Strohn*, ZHR 173 [2009], 589, 590 ff.).

676 Dazu *Haas*, ZIP 2006, 1373 ff.; *Henzler* (Fn. 673), S. 35 ff. mit Ergebnis S. 54; kritisch zur häufigen Ausblendung des Anfechtungsrechts *Haas*, ZHR 170 (2006), 478, 482 f.

677 Dazu *Guski*, KTS 2010, 277, 284 ff., 287 f.; *Henzler* (Fn. 673), S. 57 f.

678 *Henzler* (Fn. 673), S. 56 f.

679 Siehe zu dem in den Urteilen BGHZ 95, 330 = NJW 1986, 188 – „Autokran“; BGHZ 107, 7 = NJW 1989, 1800 – „Tiefbau“ und BGHZ 115, 187 = NJW 1991, 3142 – „Video“ entwickelten Haftungsansatz den Überblick bei *Bitter*, WM 2001, 2133 ff.; umfassend *Bitter* (Fn. 669), S. 432 ff.

680 BGHZ 149, 10 = ZInsO 2001, 1051 = GmbHR 2001, 1036 = ZIP 2001, 1874 = NJW 2001, 3622 – „Bremer Vulkan“.

681 BGHZ 151, 181 = ZIP 2002, 1578 = GmbHR 2002, 902 = NJW 2002, 3024 – „KBV“.

682 Dazu *Casper*, in: Ulmer (Fn. 672), Anh. § 77 Rn. 102; *Strohn*, ZInsO 2008, 706, 707; *Beck*, DStR 2012, 2135 ff.

683 Zustimmung auch *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 13 Rn. 46; *Lieder*, in: Michalski u.a. (Fn. 672), § 13 Rn. 433 ff.; *Lieder*, in: FS Pannen, 2017, S. 439, 445 f.; *Wahl* (Fn. 665), S. 52 ff. (Darstellung), S. 77 ff. (Bewertung); *Matschernus* (Fn. 669), S. 64 ff.; *Hangebrauck* (Fn. 669), S. 482 ff.; *Gottschalk* (Fn. 669), S. 55 ff.

666 So schon Scholz/*Bitter* (Fn. 665), § 13 Rn. 152; kritisch auch *Hönn*, WM 2008, 769 ff.; *Schwab*, ZIP 2008, 341 ff.; zustimmend hingegen *Weller*, ZIP 2007, 1681, 1689 („dogmatisches Kabinettstück“); *Gehrlein*, WM 2008, 761, 769 („erfreuliche Klärung“); w.N. bei *Veil*, NJW 2008, 3264 in Fn. 5.

667 BGHZ 149, 10 = ZInsO 2001, 1051 = ZIP 2001, 1874 = NJW 2001, 3622 – „Bremer Vulkan“; siehe auch BGHZ 150, 61 = ZInsO 2002, 582 = GmbHR 2002, 549 = NJW 2002, 1803 mit Anm. *Bitter*, WuB II C § 13 GmbHG 2.02.

668 BGHZ 151, 181 = NJW 2002, 3024 = ZIP 2002, 1578 = GmbHR 2002, 902 – „KBV“.

hotel⁶⁸⁴ zugunsten einer nicht mehr gesellschaftsrechtlichen, sondern nunmehr deliktsrechtlichen Haftung des betreffenden Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft wieder aufgegeben und für diese Rechtsrückbildung⁶⁸⁵ erstaunlich viel Zustimmung im Schrifttum gefunden.⁶⁸⁶ Die Existenzvernichtungshaftung versteht der BGH jetzt als eine besondere **Fallgruppe der sittenwidrigen, vorsätzlichen Schädigung** der Gesellschaft nach § 826 BGB mit der Folge einer Haftung des betreffenden Gesellschafters auf Ersatz des „Zerschlagungsschadens“. Den Anspruch spricht der BGH dabei entgegen der bisherigen Linie nicht mehr den Gläubigern zu, sondern der GmbH (**Innenhaftung**),⁶⁸⁷ was in der Literatur deutliche Kritik erfahren hat.⁶⁸⁸ Nach Ansicht der Rechtsprechung trägt die GmbH bzw. der Insolvenzverwalter an ihrer Stelle die volle Darlegungs- und **Beweislast** für alle objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale,⁶⁸⁹ was in der Literatur ebenfalls auf berechnete Kritik stößt.⁶⁹⁰

2. Schuldner und Gläubiger des Anspruchs

Die Haftung trifft denjenigen, der durch seinen tatsächlichen Einfluss einen existenzvernichtenden Eingriff vornehmen kann. In erster Linie ist das der **Gesellschafter** einer GmbH; es kann aber auch der „Gesellschafter-Gesellschafter“ sein,⁶⁹¹ der z.B. auf ein „Enkelunternehmen“ einen beherrschenden Einfluss ausübt. Die Haftung trifft auch diejenigen Mitgesellschafter, die – ohne selbst etwas empfangen zu haben – durch ihr Einverständnis mit einem Vermögensabzug an der Existenzvernichtung der Gesellschaft mitgewirkt haben.⁶⁹² Personen, bei denen die Übernahme der Gesellschafterstellung zum Zeitpunkt des zu beurteilenden Eingriffs nur vorbereitet, aber noch nicht vollzogen war, scheiden nach herkömmlichem Verständnis als unmittelbare Adressaten der Existenzvernichtungshaftung aus.⁶⁹³ Der **Geschäftsführer** haftet, soweit er zugleich auch (Allein-)Gesellschafter ist;⁶⁹⁴ daneben kommt eine (Mit-)Haftung nach §§ 826, 830 BGB und aus §§ 43 Abs. 2, 3, 64 Satz 3 GmbHG infrage.⁶⁹⁵ Auch sonstige **Mittäter, Anstifter und Gehilfen** können gem. §§ 826, 830 BGB haften.⁶⁹⁶

Gläubiger des Anspruchs ist nach der neueren Rechtsprechung die Gesellschaft.⁶⁹⁷ In der Insolvenz wird die Haftung durch den Insolvenzverwalter geltend gemacht.⁶⁹⁸ Gleiches würde nach dem in der jüngeren Literatur wieder zunehmend vertretenen Alternativmodell gelten, das die dogmatische Basis der Innenhaftung in einer mitgliedschaftlichen Sonder-

verbindung zwischen Gesellschafter und Gesellschaft sieht,⁶⁹⁹ jedoch nach hier vertretener und von der Rechtsprechung geteilter Ansicht als Grundlage für eine Haftung im Gläubigerinteresse dogmatisch nicht taugt.⁷⁰⁰

Der entscheidende **praktische Nachteil** sowohl des deliktischen wie auch des mitgliedschaftlichen **Innenhaftungsmodells** zeigt sich in den häufigen Fällen, in denen mangels Masse kein Insolvenzverfahren eröffnet wird (§ 26 InsO). Dann gibt es keinen Insolvenzverwalter, der den Anspruch durchsetzt.⁷⁰¹ Die Gläubiger sind – anders als nach dem früheren Modell der Durchgriffshaftung – auf den in der Praxis sehr umständlichen Umweg verwiesen, den Anspruch der

684 BGHZ 173, 246 = ZInsO 2007, 881 = ZIP 2007, 1552 = NJW 2007, 2689 = GmbHR 2007, 927 – „Trihotel“.

685 Zu dieser Tendenz im jüngeren Schrifttum vgl. Scholz/Bitter (Fn. 665), § 13 Rn. 122.

686 Nachw. bei Veil, NJW 2008, 3264 in Fn. 5.

687 Im Anschluss an den II. Zivilsenat des BGH auch der IX. Zivilsenat in BGH, ZInsO 2013, 780 = ZIP 2013, 894 (Rn. 20); ferner BAGE 144, 180 = ZIP 2013, 1041 (Rn. 35 f.); ausführlich OLG Köln v. 25.2.2015 – 13 U 96/13 (juris-Rn. 74 ff.); LAG Hamm, ZInsO 2015, 1283, 1284 f. = ZIP 2015, 1392, 1393 f.; weitere Nachw. zur instanzgerichtlichen Rspr. bei Röck, DZWIR 2012, 97 in Fn. 10; Liebscher, in: MünchKomm. GmbHG (Fn. 671), Anh. § 13 Rn. 528.

688 Dazu noch unten bei Fn. 701 ff.; Nachw. bei Röck, DZWIR 2012, 97 in Fn. 5 („zumeist auf heftigen Widerstand gestoßen“); Stöber, ZIP 2013, 2295, 2296 in Fn. 19 („überwiegend ... Ablehnung“).

689 BGHZ 193, 96 = ZInsO 2012, 1025 = ZIP 2012, 1071 = GmbHR 2012, 740 (Rn. 13); ebenso Liebscher, in: MünchKomm. GmbHG (Fn. 671), Anh. § 13 Rn. 577 ff.; weitere Nachw. bei Born, WM-Sonderbeilage 1/2013, S. 18 in Fn. 220; Kroh (Fn. 671), S. 91 f.

690 Casper, in: Ulmer (Fn. 672), Anh. § 77 Rn. 150 ff.; Raiser, in: Ulmer/Habersack/Löbbe (Hrsg.), GmbHG, Bd. I, 2. Aufl. 2013, § 13 Rn. 174; Röck, DZWIR 2012, 97, 102 f.; Geißler, DZWIR 2013, 395, 399 f., jeweils m.w.N.; Fischinger (Fn. 665), S. 337 f.; für eine sekundäre Darlegungslast des Gesellschafters im Einzelfall auch Pentz, in: Rowedder/Schmidt-Leitloff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 13 Rn. 119.

691 BGH, ZInsO 2005, 311, 312 = ZIP 2005, 117, 118 – „BMW-Vertragshändler“; BGH, ZIP 2005, 250, 251 = WM 2005, 332 – „Handelsvertreter“; BGHZ 173, 246, 263 f. = ZInsO 2007, 881, 886 = ZIP 2007, 1552, 1558 = NJW 2007, 2689 (Rn. 44) – „Trihotel“; BGH, ZInsO 2012, 1718 = ZIP 2012, 1804 (Rn. 14); BGH, ZInsO 2013, 780 = ZIP 2013, 894 (Rn. 20); w.N. bei Scholz/Bitter (Fn. 665), § 13 Rn. 157 in Fn. 488; ausführlich zum Anspruchsgegner Liebscher, in: MünchKomm. GmbHG (Fn. 671), Anh. § 13 Rn. 585 ff.; Wahl (Fn. 665), S. 135 ff.; knapper Kroh (Fn. 671), S. 63 ff.

692 So – noch unter dem früheren Modell der Außenhaftung – BGHZ 150, 61 = ZInsO 2002, 582 = ZIP 2002, 848 = NJW 2002, 1803 (Leitsatz 2) = WuB II C § 13 GmbHG 2.02 Bitter; siehe auch Casper, in: Ulmer (Fn. 672), Anh. § 77 Rn. 124; Geißler, DZWIR 2013, 395, 397 f. m.w.N.; ausführlich Wahl (Fn. 665), S. 137 ff.

693 OLG München, ZIP 2010, 331; eine Teilnehmerhaftung ist jedoch möglich; gegen eine Anwendung von § 130 HGB Wahl (Fn. 665), S. 145 f.

694 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 683), § 13 Rn. 33; weitergehend Träger/Dangelmayr, ZGR 2011, 558 ff.: Eigenhaftung auch der Organe im Konzern.

695 Vgl. dazu unten Ziff. B. IV. 7. a) bei Fn. 760 ff.

696 BGH, ZInsO 2013, 780 = ZIP 2013, 894 = GmbHR 2013, 529 (Rn. 20 m.w.N.); LAG Hamm, ZInsO 2015, 1283 = ZIP 2015, 1392, 1394 = GmbHR 2015, 931; Blöse, GmbHR 2013, 533, 534: denkbar weiter Kreis der Haftungsadressaten; siehe auch Liebscher, in: MünchKomm. GmbHG (Fn. 671), Anh. § 13 Rn. 603.

697 Dazu Strohn, ZInsO 2008, 706, 709 f.; Gehrlein, WM 2008, 761, 762 bezeichnet dies als „deutlichste und erstaunlichste Kehrtwende“; ähnlich Dauner-Lieb, ZGR 2008, 34, 42.

698 Saenger, in: Saenger/Inhester, 3. Aufl. 2016, § 13 Rn. 124; Strohn, ZInsO 2008, 706, 710; Bisle, DStR 2012, 1514 f.

699 Vgl. die Nachw. bei Scholz/Bitter (Fn. 665), § 13 Rn. 121.

700 Ausführlich Bitter (Fn. 669), S. 304 ff.; zust. Lieder, in: FS Pannen, 2017, S. 439, 441 f.; siehe auch die Kritik bei Casper, in: Ulmer (Fn. 672), Anh. § 77 Rn. 118 (anders sodann aber Rn. 119); vgl. dazu auch Scholz/Bitter (Fn. 665), § 13 Rn. 125.

701 Geißler, GmbHR 2013, 1302, 1306; näher Geißler, DZWIR 2013, 395 ff.; Lieder, in: FS Pannen, 2017, S. 439, 441, 446; vor dem Urteil „Trihotel“ schon Wagner, in: FS Canaris, Bd. II, 2007, S. 473, 487 f. m.w.N.; dem folgend Rubner, Der Konzern 2007, 635, 644 f.

GmbH pfänden zu müssen,⁷⁰² was insbesondere nach der von Amts wegen erfolgenden Löschung der GmbH im Handelsregister (§ 394 FamFG)⁷⁰³ sehr schwer fällt,⁷⁰⁴ namentlich in Fällen der sog. „GmbH-Bestattung“.⁷⁰⁵ Zudem fehlt in der Rechtsprechung eine dogmatische Begründung dafür, warum ein durch das Verhalten der Gesellschafter sittenwidrig geschädigter Gläubiger nicht zumindest aus § 826 BGB unmittelbar auf den Schadensverursacher soll zugreifen können, wie dies außerhalb der Existenzvernichtungshaftung auch vom BGH anerkannt wird.⁷⁰⁶ Der II. Zivilsenat des BGH ist nicht dazu berufen, eine zivilrechtliche Norm im Verhältnis bestimmter Personen – hier Gläubiger und Gesellschafter – für unanwendbar zu erklären und dies auch nur in einer speziellen Fallgruppe, der Existenzvernichtung.⁷⁰⁷

Soweit die Vertreter der Innenhaftung teilweise auf ein **Verfolgungsrecht der Gläubiger** in Analogie zu §§ 62 Abs. 2, 93 Abs. 5, 117 Abs. 5, 309 Abs. 4 Satz 3, 317 Abs. 4 AktG verweisen,⁷⁰⁸ reichen sie den Gläubigern auch damit „Steine statt Brot“, weil jene Vorschriften aufgrund ihrer gesetzlichen Fehlkonstruktion auch in ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich praktisch bedeutungslos sind.⁷⁰⁹

3. Tatbestandsvoraussetzungen

Der GmbH-Gesellschafter haftet persönlich, wenn er auf die Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens keine Rücksicht nimmt und der Gesellschaft im Wege der „Selbstbedienung“ ohne angemessenen Ausgleich – offen oder verdeckt – Vermögenswerte entzieht, die sie zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt (**betriebsfremder Eingriff**).⁷¹⁰ Gemeint ist das Vermögen im weiteren Sinne, also auch das, was – wie etwa bei Geschäftschancen, dem Abzug notwendigen Personals, der Verlagerung von Produktionen oder der Belastung von Gesellschaftsvermögen für fremde Schulden – bilanziell nicht in Erscheinung tritt und mithin keine Folgen nach §§ 30, 31 GmbHG hat.⁷¹¹ Der BGH spricht insoweit von „bilanzneutralen Vermögensabschöpfungen“.⁷¹²

Um einen Eingriff handelt es sich auch bei der systematischen Verlagerung von Vermögen auf eine Schwestergesellschaft im Konzern,⁷¹³ eine unabhängige Zweitgesellschaft oder einen sonstigen Dritten.⁷¹⁴ Zwar sind die Gesellschafter einer GmbH nicht verpflichtet, deren Geschäftsbetrieb im Interesse von Gesellschaftsgläubigern fortzusetzen. Sie können den Geschäftsbetrieb sogar mit dem Ziel der Weiterführung durch eine neu gegründete Gesellschaft einstellen.⁷¹⁵ Dabei müssen sie aber die für die Abwicklung der GmbH geltenden Regeln beachten, also die Gesellschaft liquidieren oder Insolvenz beantragen,⁷¹⁶ während die „**Liquidation auf kaltem Wege**“ unzulässig ist.⁷¹⁷ Dieses häufig anzutreffende Verhalten zeichnet sich dadurch aus, dass zugunsten der Gesellschafter in das Vermögen der Gesellschaft eingegriffen, Letztere dadurch in die Insolvenz getrieben und in der Folge ein Schaden angerichtet wird, der über den reinen, nach §§ 30, 31 GmbHG kompensierbaren Vermögensabzug hinausgeht. Der Grund für eine derartige Verfahrensweise liegt in dem persönlichen Vorteil der Gesellschafter: Der Vermögenstransfer in das Privatvermögen oder in das Vermögen einer von ihnen gehaltenen (neuen) Gesellschaft (GmbH-Stafette) kommt ihnen direkt zugute, während

die Gläubiger der insolventen Gesellschaft auf ihrem Forderungsausfall sitzen bleiben. Es erfolgt letztlich eine **Trennung**

702 Mit Recht kritisch insoweit *Casper*, in: Ulmer (Fn. 672), Anh. § 77 Rn. 116 f. und 163; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 683), § 13 Rn. 46; *Lieder*, in: Michalski u.a. (Fn. 672), § 13 Rn. 392, 438; *Raiser*, in: Ulmer (Fn. 690), § 13 Rn. 172, 175; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl. 2015, § 39 Rn. 33; w.N. – auch zu differenzierenden Ansätzen, die bei masseloser Insolvenz einen Direktanspruch der Gläubiger befürworten – bei Scholz/Bitter (Fn. 665), § 13 Rn. 159 in Fn. 498.

703 Dazu Scholz/Karsten Schmidt/Bitter, GmbHG, Bd. III, 11. Aufl. 2015, § 60 Rn. 22 ff.

704 Darauf mit Recht hinweisend OLG Brandenburg v. 15.1.2009 – 5 U 170/06 (juris-Rn. 75); *Schwab*, ZIP 2008, 341, 347 f.; *Raiser*, in: Ulmer (Fn. 690), § 13 Rn. 175; Details der Anspruchsverfolgung bei *Geißler*, DZWIR 2013, 395 ff.

705 Dazu *Geißler*, GmbHR 2013, 1302, 1306 f.; zur möglichen Existenzvernichtung durch Firmenbestattung LAG Hamm, ZInsO 2015, 1283 = ZIP 2015, 1392, 1395 = GmbHR 2015, 931.

706 Siehe zur Außenhaftung gem. § 826 BGB unten Ziff. C I. 3. a); ferner Scholz/Bitter (Fn. 665), § 13 Rn. 100 ff.

707 Mit Recht kritisch auch *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 683), § 13 Rn. 46; *Raiser*, in: Ulmer (Fn. 690), § 13 Rn. 160, 172 m.w.N.; *Hönn*, WM 2008, 769, 771 ff.; *Guski*, KTS 2010, 277 ff.; *Schanze*, NZG 2007, 681, 685; *Stöber*, ZIP 2013, 2295, 2300; *Fischinger* (Fn. 665), S. 345 ff.; ähnlich *Kleindiek*, NZG 2008, 686, 689; für eine – offenbar neben die Innenhaftung tretende – Außenhaftung auch *Born*, WM-Sonderbeilage 1/2013, S. 18.

708 Dafür – jeweils m.w.N. – *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 13 Rn. 109; *Altmeyen*, NJW 2007, 2657, 2660; *Karsten Schmidt*, GmbHR 2008, 449, 458; allgemein für alle gläubigerschützenden Innenansprüche *Khonsari* (Fn. 673), S. 84 f.; a.A. *Raiser*, in: Ulmer (Fn. 690), § 13 Rn. 172.

709 Dazu Scholz/Bitter (Fn. 665), § 13 Rn. 160.

710 BGHZ 173, 246 = ZInsO 2007, 881 = ZIP 2007, 1552 = NJW 2007, 2689 = GmbHR 2007, 927 (Rn. 18) – „Trihotel“; BGH, ZInsO 2013, 780 = ZIP 2013, 894 = GmbHR 2013, 529 (Rn. 20) m.w.N.; LAG Hamm, ZInsO 2015, 1283 = ZIP 2015, 1392, 1393 = GmbHR 2015, 931; dazu *Liebscher*, in: MünchKomm. GmbHG (Fn. 671), Anh. § 13 Rn. 524 f., 533 ff.; *Röck*, DZWIR 2012, 97, 98 ff.; *Kroh* (Fn. 671), S. 65 ff.

711 BGHZ 173, 246 = ZInsO 2007, 881 = ZIP 2007, 1552 = NJW 2007, 2689 = GmbHR 2007, 927 (Rn. 24) – „Trihotel“; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 683), § 13 Rn. 32; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff (Fn. 690), § 13 Rn. 113; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen (Fn. 708), § 13 Rn. 83; *Saenger*, in: Saenger/Inhester (Fn. 698), § 13 Rn. 114; *Strohn*, ZInsO 2008, 706, 708; *Wahl* (Fn. 665), S. 103 ff., 107 ff.

712 BGH, ZInsO 2015, 1216 = GmbHR 2015, 644 (Rn. 9); dazu auch *Lieder*, in: Michalski u.a. (Fn. 672), § 13 Rn. 446 ff.

713 BGH, ZInsO 2013, 780 = ZIP 2013, 894 = GmbHR 2013, 529 (Rn. 23); für eine Außenhaftung aus § 826 BGB BGH, ZIP 2004, 2138 = GmbHR 2004, 1528 (Leitsatz 1); *Born*, WM-Sonderbeilage 1/2013, S. 18.

714 Dazu, dass die Vermögensverlagerung nicht zugunsten des Gesellschafters erfolgen muss, siehe *Liebscher*, in: MünchKomm. GmbHG (Fn. 671), Anh. § 13 Rn. 546; *Strohn*, ZInsO 2008, 706, 708 f.; *Beck*, DStR 2012, 2135 f.

715 BGHZ 193, 96 = ZInsO 2012, 1025 = ZIP 2012, 1071 = GmbHR 2012, 740 (Rn. 17); dazu *Bisler*, DStR 2012, 1514; *Beck*, DStR 2012, 2135.

716 BGHZ 151, 181, 186 f. = NJW 2002, 3024, 3025 = ZIP 2002, 1578 = GmbHR 2002, 902 (Ziff. 2 der Gründe) – „KBV“; BGH, ZInsO 2005, 311 = GmbHR 2005, 225 = ZIP 2005, 117 = WM 2005, 176 (Leitsatz 1) – „BMW-Vertragshändler“; BGH, ZInsO 2012, 1025 = BGHZ 193, 96 = ZIP 2012, 1071 = GmbHR 2012, 740 (Rn. 17).

717 Ebenso *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff (Fn. 690), § 13 Rn. 113; *Liebscher*, in: MünchKomm. GmbHG (Fn. 671), Anh. § 13 Rn. 522; *Lieder*, in: Michalski u.a. (Fn. 672), § 13 Rn. 455; *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, 24. Aufl. 2017, § 24 Rn. 37 a.E.; *Fischinger* (Fn. 665), S. 328 f., 337; *Wagner*, in: FS Canaris, Bd. II, 2007, S. 473, 477 und 488; *Heeg/Manthey*, GmbHR 2008, 798, 799; *Schön*, ZHR 168 (2004), 268, 286 ff.; *Koch*, Die Abkehr von der „bilanziellen Betrachtungsweise“ und ihre Auswirkungen auf die Existenzvernichtungshaftung, 2007, S. 111 ff.; grundlegend – auf anderer dogmatischer Basis – *Winter*, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, 1988, S. 202 ff.; dem folgend *Henzler* (Fn. 673), S. 115 ff. m.w.N.; zurückhaltend *Beck*, DStR 2012, 2135, 2136 f.

der Aktiva von den Passiva der Gesellschaft,⁷¹⁸ die zwar – als sog. „übertragende Sanierung“ – im Insolvenzverfahren möglich ist,⁷¹⁹ nicht aber im Vorfeld der Insolvenz zulasten der Gläubiger.⁷²⁰

Nach dem Verständnis der Rechtsprechung setzt die Haftung wegen Existenzvernichtung immer einen (kompensationslosen)⁷²¹ „Eingriff“ in das Gesellschaftsvermögen voraus.⁷²² Dem ist nur insoweit zuzustimmen, als die Haftung sicher nicht allein an unternehmerische Fehlentscheidungen (Managementfehler) anknüpfen kann.⁷²³ Wenn der BGH darüber hinaus aber die Ansicht vertreten hat, ein Unterlassen hinreichender Kapitalausstattung im Sinne einer „Unterkapitalisierung“ der GmbH⁷²⁴ stehe dem Eingriff nicht gleich,⁷²⁵ ist dem zu widersprechen.⁷²⁶ Insbesondere kann aus der Beschränkung des GmbHG auf eine Regelung zum Mindestkapital kein Freibrief hergeleitet werden, nach Aufbringung dieses „Eintrittsgeldes“ frei zulasten der Gläubiger zu spekulieren.⁷²⁷ Daher ist in Übereinstimmung mit früheren, noch unter Geltung des Außenhaftungsmodells ergangenen Entscheidungen eine Haftung in solchen Fällen anzuerkennen, in denen ein risikoreiches Projekt auf eine Tochter-GmbH ausgelagert wird, wenn die Verluste im Fall des Fehlschlagens wegen Unterkapitalisierung der GmbH notwendig die Gläubiger treffen. Die hier vorliegende „einseitige Spekulation auf Kosten der Gläubiger“ ist nach ganz h.M. verboten.⁷²⁸ Die Verwendung einer haftungsbeschränkten Rechtsform wie der GmbH impliziert zwar ganz allgemein die Übertragung eines gewissen, mit jeder Geschäftstätigkeit verbundenen Insolvenzrisikos auf die Gläubiger,⁷²⁹ erlaubt aber nicht den Betrieb mit einer **deutlich erhöhten Insolvenzwahrscheinlichkeit**.⁷³⁰

Die im Ergebnis existenzvernichtende Maßnahme muss jeweils zur Insolvenz der Gesellschaft geführt haben, d.h. für die Insolvenz kausal gewesen sein oder diese zumindest vertieft, etwa eine schon bestehende Überschuldung vergrößert haben.⁷³¹ Der Anspruch besteht auch, wenn die Insolvenz erst während der Liquidation der Gesellschaft hervorgerufen oder vertieft wird.⁷³² Ob dem Kriterium der Kompensationslosigkeit des Eingriffs neben der Insolvenzverursachung eigenständige Bedeutung zukommt oder der fehlende Ausgleich für die entzogenen Vermögenswerte nur den typischen Fall der Insolvenzverursachung/-vertiefung beschreibt, erscheint bislang offen.⁷³³

718 Vgl. *Bitter*, WM 2004, 2190, 2196 f.

719 Dazu ausführlich *Bitter/Rauhut*, KSI 2007, 197 ff. und 258 ff.

720 Zutreffend *Heeg/Manthey*, GmbHR 2008, 798, 799 f.

721 Dazu *Lieder*, in: FS Pannen, 2017, S. 439, 447 ff. m.w.N.

722 BGHZ 176, 204, 210 f. = ZIP 2008, 1232, 1234 = NJW 2008, 2437 (Leitsatz 1 und Rn. 12) – „Gamma“; OLG Köln v. 7.2.2013 – 18 U 30/12 (juris-Rn. 78); OLG Köln v. 25.2.2015 – 13 U 96/13 (juris-Rn. 82); dazu auch *Raiser*, in: Ulmer (Fn. 690), § 13 Rn. 163 ff.; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 672), § 13 Rn. 64; *Lieder*, in: Michalski u.a. (Fn. 672), § 13 Rn. 442 ff.; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff (Fn. 690), § 13 Rn. 114; *Casper*, in: Ulmer (Fn. 672), Anh. § 77 Rn. 128 ff.; *Wahl* (Fn. 665), S. 101 ff.; *Osterloh-Konrad*, ZHR 172 (2008), 274, 283 ff.; *Gehrlein*, WM 2008, 761, 762 f. bezeichnet dies als „Kardinalvoraussetzung“; mit Recht kritisch gegenüber dieser zu engen Tatbestandsvoraussetzung *Zöllner*, in: FS Konzen, 2006, S. 999, 1016 f.; *Röck*, Die Rechtsfolgen der Existenzvernichtungshaftung, 2011, S. 117 ff.

4. Einzelfälle

Als existenzvernichtender Eingriff kommt nach der Rechtsprechung in Betracht:⁷³⁴

- der Entzug liquider Mittel in einen Konzern-Cashpool ohne Rücksichtnahme auf das Interesse der Tochtergesellschaft an der Aufrechterhaltung ihrer Fähigkeit, ihren Verbindlichkeiten nachzukommen,⁷³⁵

723 BGH, WM 2005, 332 = ZIP 2005, 250 (Leitsatz 1) – „Handelsvertreter“; OLG Köln v. 7.2.2013 – 18 U 30/12 (juris-Rn. 78, 81); w.N. bei *Scholz/Bitter* (Fn. 665), § 13 Rn. 163 in Fn. 520.

724 Dazu unten Ziff. C. II. 2. und *Scholz/Bitter* (Fn. 665), § 13 Rn. 138 ff.

725 BGHZ 176, 204, 210 f. = ZIP 2008, 1232, 1234 = NJW 2008, 2437 = GmbHR 2008, 805 (Leitsatz 1 und Rn. 12) – „Gamma“; im Anschluss daran auch BAGE 137, 203 = ZIP 2011, 1433 = AG 2011, 703 (Rn. 35 f.); ebenso *Wahl* (Fn. 665), S. 115 f.; *Kroh* (Fn. 671), S. 84 f.; *Schäfer/Fackler*, NZG 2007, 377, 378; *Weller*, ZIP 2007, 1681, 1684; *Osterloh-Konrad*, ZHR 172 (2008), 274, 283 m.w.N.

726 Siehe schon *Scholz/Bitter* (Fn. 665), § 13 Rn. 163; wie hier auch *Hangebrauck* (Fn. 669), S. 494 f.; *Matschernus* (Fn. 669), S. 252 ff., 258 ff.; *Halmer*, Gesellschafterdarlehen und Haftungsdurchgriff – Zur Rechtsökonomik beschränkter Haftung bei Unterkapitalisierung, 2013, S. 212.

727 Siehe auch unten bei Fn. 1147; eingehend *Bitter*, in: Bachmann/Casper/Schäfer/Veil, Steuerungsfunktionen des Haftungsrechts im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 2007, S. 57 ff.; *Bitter* (Fn. 669), S. 110 ff., 531 ff.; ein existenzvernichtender Eingriff fehlt allerdings, wenn das Verhalten des Gesellschafters bei einer Gesamtschau als Rettungsversuch zu werten ist (vgl. BGH, GmbHR 2008, 929 = ZIP 2008, 1329).

728 BGH, NJW 1994, 446, 447 = GmbHR 1994, 171 – „EDV“; BGH, NJW 2000, 1571, 1572 = GmbHR 2000, 330; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff (Fn. 690), § 13 Rn. 151; *Lieder*, in: Michalski u.a. (Fn. 672), § 13 Rn. 451 f.; *Bitter*, WM 2001, 2133, 2136 f.; *Bitter*, WM 2004, 2190, 2197 f.; *Grüner*, NZG 2000, 601, 602 f.; *Hölzle*, ZIP 2004, 1729, 1733; *Raiser*, in: FS Lutter, 2000, S. 637, 649; *Röhrich*, in: FS 50 Jahre BGH, Bd. 1, 2000, S. 83, 109 ff.; *G. H. Roth*, NZG 2003, 1081, 1082 f.; *Wüst*, JZ 1992, 710, 712; *Lieder*, in: FS Pannen, 2017, S. 439, 444; *Hangebrauck* (Fn. 669), S. 494 f.; *Matschernus* (Fn. 669), S. 252 ff.; *Halmer* (Fn. 726), S. 212; w.N. bei *Scholz/Bitter* (Fn. 665), § 13 Rn. 163 in Fn. 524; a.A. *Weller/Discher*, in: Bork/Schäfer, 3. Aufl. 2015, § 13 Rn. 48.

729 Dazu *Scholz/Bitter* (Fn. 665), § 13 Rn. 65 ff.; *Haas*, WM 2003, 1929 ff. spricht vom „normalen Risiko“ (S. 1930) in Abgrenzung zum „besonderen, systemwidrigen Gläubigerisiko“ (S. 1931).

730 Dazu *Bitter*, WM 2001, 2133, 2141; *Bitter*, WM 2004, 2190, 2197 f.; ausführlich *Bitter*, in: Bachmann/Casper/Schäfer/Veil (Fn. 727), S. 57 ff., insbes. S. 81 ff.; in der Sache ähnlich *Lehmann*, ZGR 1986, 345, 362 f.; *Matschernus* (Fn. 669), S. 256, 263.

731 BGH, ZInsO 2012, 1718 = ZIP 2012, 1804 (Rn. 25 m.w.N.); *Liebscher*, in: MünchKomm. GmbHG (Fn. 671), Anh. § 13 Rn. 558 ff.; *Raiser*, in: Ulmer (Fn. 690), § 13 Rn. 166; *Casper*, in: Ulmer (Fn. 672), Anh. § 77 Rn. 141 f.; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 683), § 13 Rn. 38; *Gehrlein*, WM 2008, 761, 763; *Strohn*, ZInsO 2008, 706, 709; *Röck*, DZWIR 2012, 97, 98 f.; *Kroh* (Fn. 671), S. 72 ff.; ausführlich *Wahl* (Fn. 665), S. 116 ff., 122 ff.

732 BGH, ZInsO 2009, 878 = ZIP 2009, 802 (Rn. 15 f., 37 ff.) – „Sanitary“; OLG Celle, GmbHR 2010, 87; siehe zur Haftung während der Liquidation *Scholz/Bitter* (Fn. 665), § 13 Rn. 176.

733 Die eigenständige Bedeutung der Kompensationslosigkeit mit guten Gründen verneinend *Röck*, DZWIR 2012, 97, 99 ff.; siehe auch *Lieder*, in: Michalski u.a. (Fn. 672), § 13 Rn. 456; *Lieder*, in: FS Pannen, 2017, S. 439, 447 ff.

734 Siehe auch die Zusammenstellungen der Fallgruppen bei *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 672), § 13 Rn. 72; *Casper*, in: Ulmer (Fn. 672), Anh. § 77 Rn. 133 ff.; *Raiser*, in: Ulmer (Fn. 690), § 13 Rn. 164 f.; *Liebscher*, in: MünchKomm. GmbHG (Fn. 671), Anh. § 13 Rn. 547 ff.; *Heeg/Manthey*, GmbHR 2008, 798 ff.; *Koch* (Fn. 717), S. 123 ff.; *Gottschalk* (Fn. 669), S. 165 ff.; ausführlich *Wahl* (Fn. 665), S. 184 ff.; *Matschernus* (Fn. 669), S. 194 ff.; *Kroh* (Fn. 671), S. 77 ff.

735 BGHZ 149, 10 = ZInsO 2001, 1051 = ZIP 2001, 1874 – „Bremer Vulkan“; dazu auch *Koch* (Fn. 717), S. 123 ff.; *Kroh* (Fn. 671), S. 77 ff. und ausführlich *Hangebrauck* (Fn. 669), S. 484 ff., jeweils m.w.N.; ferner *Geißler*, GmbHR 2015, 734, 738; zurückhaltend für die Zeit nach dem MoMiG *Theiselmann*, GmbHR 2007, 904, 905 f.

- die Vereinnahmung des Geschäfts der GmbH ohne Gegenleistung, etwa des „Beraterstamms“ (der Versuch reicht jedoch noch nicht),⁷³⁶
- die Übernahme sämtlicher Aktiva gegen Übernahme nur eines kleinen Teils der Verbindlichkeiten,⁷³⁷
- die Übernahme des Kundenstamms/Betriebs ohne ausreichende Vergütung; Verlagerung von Geschäftschancen und Ressourcen auf eine andere Gesellschaft,⁷³⁸
- die Veräußerung von Gesellschaftsvermögen unter dem Verkehrswert (nicht: Buchwert)⁷³⁹ oder im Gegenzug zur Übernahme von Darlehensschulden, die nach dem Gesellschafterdarlehensrecht⁷⁴⁰ nachrangig sind,⁷⁴¹
- der Vermögensentzug unter Vereinbarung einer zunächst angemessenen Gegenleistung, die jedoch nachträglich auf ein unangemessenes Maß herabgesetzt wird,⁷⁴²
- die Veräußerung von Vermögensgegenständen zu einem zwar angemessenen Kaufpreis, jedoch mit dem später vom Käufer (Gesellschafter) realisierten Plan, gegen die aus dem Kaufvertrag entstehende Forderung mit wertlosen Gegenforderungen aufzurechnen,⁷⁴³
- die Umleitung von der Gesellschaft zustehenden Geldern an den Gesellschafter,⁷⁴⁴
- der Entzug eines Warenlagers oder einer sonstigen Sicherheit mit der Folge einer Kreditkündigung durch die Bank als Sicherungsnehmerin,⁷⁴⁵
- in Form der Insolvenzvertiefung auch die Zahlung einer zusätzlichen Vergütung für die Leitung der Gesellschaft in der Krise und die Entnahme dieser Vergütung⁷⁴⁶ und
- das Bewirken der rechtskräftigen Abweisung eines zugunsten der GmbH gegen den Alleingesellschafter-Geschäftsführer geführten Schadensersatzprozesses.⁷⁴⁷

Nicht ausreichend ist demgegenüber

- die schlichte, unter §§ 30, 31 GmbHG fallende offene oder verdeckte Vermögensverlagerung,⁷⁴⁸ ferner die Zahlung auf eine durch sog. „qualifizierten Rangrücktritt“⁷⁴⁹ gesperrte Forderung, weil es insoweit im Hinblick auf die Einzelausgleichsfähigkeit an einer Schutzlücke fehlt,⁷⁵⁰
- die Einziehung von Forderungen der GmbH gegen Dritte auf ein eigenes Konto des Gesellschafters, wenn er mit diesen und weiteren eigenen Mitteln Verbindlichkeiten der Gesellschaft begleicht,⁷⁵¹
- die Sicherungsübertragung von Gesellschaftsvermögen, wenn dadurch die übliche Weiterbenutzung des Sicherungsgutes seitens der GmbH und damit auch die Betriebsfortführung nicht beeinträchtigt wird,⁷⁵²
- die Überleitung von Miet-, Leasing- und Mitarbeiterverträgen auf eine vom Gesellschafter neu gegründete Gesellschaft, wenn dadurch die spätere Insolvenzschuldnerin sogar von Verbindlichkeiten entlastet wurde.⁷⁵³

5. Verschulden

Die Haftung wegen Existenzvernichtung setzt, wenn man sie mit der neueren BGH-Rechtsprechung als Anwendungsfall

des § 826 BGB ansieht, Verschulden im Sinne eines **zumindest bedingten Vorsatzes** voraus.⁷⁵⁴ Dem Vorsatzerfordernis genügt es bereits, wenn dem Gesellschafter bekannt ist, dass der Gesellschaft ohne angemessenen Ausgleich und ohne Rücksicht auf die Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens Vermögenswerte entzogen werden. Ein Bewusstsein des Gesellschafters, dass sein Verhalten sittenwidrig ist, wird ebenso wenig gefordert wie die Absicht einer Schädigung der Gesellschaft oder ihrer Gläubiger.⁷⁵⁵ Ein Verschulden liegt demnach vor, wenn die Erfüllung von Verbindlichkeiten durch die Gesellschaft dauerhaft beeinträchtigt wurde, dies voraussetzbar Folge des Eingriffs war und der Gesellschafter diese Folge in Erkenntnis ihres möglichen Eintritts billigend in Kauf genommen hat.⁷⁵⁶

6. Haftungsumfang

Der Schädiger schuldet nach dem Modell der Rechtsprechung als Schadensersatz grds. den Betrag, der erforderlich ist, um seinen zur Insolvenz führenden Eingriff auszuglei-

736 BGHZ 150, 61 = ZInsO 2002, 582 = ZIP 2002, 848 = WuB II C § 13 GmbHG 2.02 *Bitter*.

737 BGHZ 151, 181 = ZIP 2002, 1578 = NJW 2002, 3024 – „KBV“.

738 BGH, ZInsO 2005, 311 = GmbHR 2005, 225 = ZIP 2005, 117 – „BMW-Vertragshändler“; *Geißler*, GmbHR 2015, 734, 738; *Kroh* (Fn. 671), S. 81 ff.; a.A. in Bezug auf den Entzug von Geschäftschancen und -aktivitäten *Wahl* (Fn. 665), S. 110 ff. m.w.N.

739 BGHZ 193, 96 = ZInsO 2012, 1025 = ZIP 2012, 1071 (Rn. 17 ff.).

740 Dazu ausführlich, *Scholz/Bitter* (Fn. 703), Anh. zu § 64.

741 BGH, ZInsO 2013, 780 = ZIP 2013, 894 = GmbHR 2013, 529 (Rn. 23).

742 BGHZ 173, 246 = ZInsO 2007, 881 = ZIP 2007, 1552 – „Trihotel“.

743 BGH, ZInsO 2012, 1718 = ZIP 2012, 1804 (Rn. 21); zust. *Böcker*, DZWIR 2013, 86, 87.

744 BGH, ZInsO 2012, 1718 = ZIP 2012, 1804 (Rn. 26).

745 BGH, ZInsO 2012, 1718 = ZIP 2012, 1804 (Rn. 25).

746 BGH, ZInsO 2008, 276, 277 = ZIP 2008, 455 (Rn. 12).

747 BGH, ZInsO 2009, 878 = ZIP 2009, 802 – „Sanitary“; OLG Celle, GmbHR 2010, 87.

748 BGH, GmbHR 2015, 644 (Rn. 9) mit Anm. *Ulrich/Schlichting*; dazu *Lieder*, in: FS Pannen, 2017, S. 439, 450 f.

749 BGHZ 204, 231 = ZInsO 2015, 681 = ZIP 2015, 638 mit Anm. *Bitter/Heim*; dazu oben bei Fn. 371; eingehend *Bitter*, ZHR 181 (2017), 428 ff.

750 Vgl. sinngemäß die noch zum alten Eigenkapitalersatzrecht ergangene Entscheidung BGH, GmbHR 2015, 644 (Rn. 9); *Gehrlein*, DB 2016, 1177, 1181; anders offenbar *Seidel/Wolf*, NZG 2016, 921, 925, die sogar die Befriedigung eines gewöhnlichen Gesellschafterdarlehens für haftungsrelevant erklären.

751 BGH, GmbHR 2008, 929 = ZIP 2008, 1329 (Rn. 10).

752 BGHZ 173, 246 = ZInsO 2007, 881 = ZIP 2007, 1552 (Rn. 47 f.) – „Trihotel“; dazu auch *Brand*, ZIP 2012, 1010, 1012; siehe aber auch *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff (Fn. 690), § 13 Rn. 113 und *Kroh* (Fn. 671), S. 80 f. zu existenzvernichtenden Sicherheitenbestellungen.

753 BGHZ 193, 96 = ZInsO 2012, 1025 = ZIP 2012, 1071 (Rn. 19); vgl. zur GmbH-Stafette schon oben bei Fn. 713 ff.

754 BGH, ZInsO 2013, 780 = ZIP 2013, 894 (Rn. 21); *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 683), § 13 Rn. 40; *Liebscher*, in: MünchKomm. GmbHG (Fn. 671), Anh. § 13 Rn. 570 ff.; *Weller*, ZIP 2007, 1681, 1685 f.; *Röck* (Fn. 722), S. 125 f.; *Röck*, DZWIR 2012, 97, 99; *Kroh* (Fn. 671), S. 76 f.

755 BGH, ZInsO 2013, 780 = ZIP 2013, 894 (Rn. 21).

756 BGHZ 173, 246, 258 f. = ZInsO 2007, 881 = ZIP 2007, 1552 = NJW 2007, 2689 (Rn. 30) – „Trihotel“; dazu auch *Schanze*, NZG 2007, 681, 684; *J. Vetter*, BB 2007, 1965, 1966 f.; *Theiselmann*, GmbHR 2007, 904, 906.

chen.⁷⁵⁷ Wären die Gläubiger auch ohne den existenzvernichtenden Eingriff partiell ausgefallen, muss der Gesellschafter die Masse nur soweit auffüllen, dass die Gläubiger jene Befriedigung erhalten können, die sie auch bei einem redlichen Verhalten des Gesellschafters erlangt hätten (sog. **Quotenschaden**).⁷⁵⁸ Lag der Fall hingegen so, dass die Gesellschaft z.Zt. des Eingriffs noch nicht überschuldet war, bildet derjenige Betrag die Obergrenze, den der Insolvenzverwalter zur Befriedigung aller Gläubiger und der Kosten des Insolvenzverfahrens benötigt.⁷⁵⁹

7. Konkurrenzen

a) Geschäftsführerhaftung

Der Geschäftsführer ist geradezu notwendigerweise in Fälle der Existenzvernichtung verwickelt, da er den Eingriff i.d.R. verwirklicht. Er haftet dann mit dem Gesellschafter als **Gesamtschuldner** in erster Linie bereits aus § 43 Abs. 2 und 3 GmbHG,⁷⁶⁰ zumal ihn das Einverständnis des Gesellschafters in Fällen der Existenzvernichtung nicht entlastet.⁷⁶¹ Daneben besteht – oft inhaltsgleich – ein Anspruch der GmbH aus dem durch das MoMiG neu eingeführten und oben bereits diskutierten § 64 Satz 3 GmbHG.⁷⁶² Jene Norm soll nämlich nach dem Willen des Gesetzgebers einen Teilbereich der Existenzvernichtungshaftung regeln.⁷⁶³ Es kommt aber auch eine Haftung als Anstifter oder Gehilfe nach §§ 826, 830 Abs. 2 BGB in Betracht,⁷⁶⁴ nach teilweise vertretener Ansicht auch eine Eigenhaftung aus § 826 BGB.⁷⁶⁵ Diese Deliktshaftung hat jedoch, soweit man sie in der Folge der „Trihotel“-Doktrin auch beim Geschäftsführer auf das Innenverhältnis zur Gesellschaft beschränkt, neben den bereits bei Fahrlässigkeit eingreifenden Tatbeständen der §§ 43, 64 GmbHG keine praktische Bedeutung. Lehnt man im Rahmen des § 826 BGB die Beschränkung auf das Innenverhältnis hingegen ab,⁷⁶⁶ behält die Deliktshaftung ihren eigenständigen Wert.

Da die Existenzvernichtung oftmals zugleich den strafrechtlichen Tatbestand der **Untreue i.S.v. § 266 StGB** erfüllen wird,⁷⁶⁷ kommt auch eine Haftung des Geschäftsführers aus § 823 Abs. 2 BGB in Betracht.⁷⁶⁸

b) Gesellschafterhaftung

Hat der Gesellschafter (oder Gesellschafter-Gesellschafter)⁷⁶⁹ zugleich §§ 30, 31 GmbHG verletzt, so schließt das den Anspruch der Gesellschaft aus § 826 BGB nicht aus: Beide Ansprüche bestehen nebeneinander⁷⁷⁰ mit je eigenständiger Verjährung.⁷⁷¹ Ein Nebeneinander gibt es auch zwischen Existenzvernichtungshaftung und Insolvenzanfechtung (insbesondere aus § 133 InsO).⁷⁷² Allerdings lässt eine erfolgreiche Anfechtung durch den Insolvenzverwalter den Schaden entfallen, sodass sich die Haftung des Gesellschafters aus § 826 BGB entsprechend verringert.⁷⁷³

C. Haftung gegenüber Dritten – Außenhaftung

Im Gegensatz zur Innenhaftung, bei der die Gesellschaft Anspruchsinhaberin ist, stehen die Ansprüche bei der Außen-

haftung anderen als der Gesellschaft zu. In der ursprünglichen Konzeption des Gesetzgebers hatte sie – wie eingangs erläutert – keine Bedeutung, weil er davon ausgegangen war, dass der außenstehende Gläubiger Ansprüche der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer pfordern und sich zur Einziehung überweisen lassen könne. In der Praxis hat sich dieser Umweg jedoch als oft wenig tauglich erwiesen, vor

757 BGHZ 173, 246, 260 und 268 = ZInsO 2007, 881, 885, 887 = ZIP 2007, 1552, 1557 und 1560 (Rn. 32 und 55) – „Trihotel“; BGH, ZInsO 2012, 1718 = ZIP 2012, 1804 (Rn. 29); Pentz, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff (Fn. 690), § 13 Rn. 118; näher Liebscher, in: MünchKomm. GmbHG (Fn. 671), Anh. § 13 Rn. 605 ff.; Röck (Fn. 722), S. 129 ff.; Kroh (Fn. 671), S. 86 ff.

758 Wagner, in: FS Canaris, Bd. II, 2007, S. 473, 483 f.; Strohn, ZInsO 2008, 706, 710; Gehrlein, WM 2008, 761, 762 spricht vom „tatsächlich bei der Gesellschaft eingetretenen Vermögensverlust“; siehe auf der Basis des Außenhaftungsmodells auch BGH, ZInsO 2005, 311 = GmbHR 2005, 225 = ZIP 2005, 117 = NJW-RR 2005, 335 (Leitsatz 2) – „BMW-Vertragshändler“; ferner Casper, in: Ulmer (Fn. 672), Anh. § 77 Rn. 120 und 157 („Quotenverschlechterungsschaden“); zust. Raiser, in: Ulmer (Fn. 690), § 13 Rn. 173; kritisch Röck (Fn. 722), S. 139 ff.

759 BGHZ 173, 246, 268 f. = ZInsO 2007, 881 = ZIP 2007, 1552, 1560 (Rn. 56) – „Trihotel“; BGH, ZInsO 2012, 1718 = ZIP 2012, 1804 (Rn. 29 f.); Fastrich, in: Baumbach/Hueck (Fn. 672), § 13 Rn. 68 spricht von „Wiederherstellung der Schuldendeckungsfähigkeit“; kritisch Fischinger (Fn. 665), S. 340 ff.

760 BGHZ 193, 96 = ZInsO 2012, 1025 = ZIP 2012, 1071 = GmbHR 2012, 740 (Rn. 27) zu einem Fall der Personalunion; Casper, in: Ulmer (Fn. 672), Anh. § 77 Rn. 123; Liebscher, in: MünchKomm. GmbHG (Fn. 671), Anh. § 13 Rn. 599; Scholz/U. H. Schneider, GmbHG, Bd. II, 11. Aufl. 2014, § 43 Rn. 287 f.; Strohn, ZHR 174 (2009), 589, 590 ff.; Tröger/Dangelmayr, ZGR 2011, 558, 572 ff.; Kroh (Fn. 671), S. 95 ff.

761 BGH, ZInsO 2013, 1753 = ZIP 2013, 1712 (Rn. 33 m.w.N.); BGH, ZInsO 2015, 356 = ZIP 2015, 322 (Rn. 15); Kroh (Fn. 671), S. 98 f. m.w.N.

762 Siehe oben Ziff. B. III.

763 RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 46; dazu auch BGHZ 195, 42 = ZInsO 2013, 104 = ZIP 2012, 2391 (Rn. 13); Brand, ZIP 2012, 1010.

764 Dazu ausführlich Liebscher, in: MünchKomm. GmbHG (Fn. 671), Anh. § 13 Rn. 599 ff.; S. H. Schneider, GmbHR 2011, 685 ff.; siehe auch Strohn, ZInsO 2008, 706, 708; Kroh (Fn. 671), S. 106 f.; ferner Weller/Discher, in: Bork/Schäfer (Fn. 728), § 13 Rn. 54; Pentz, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff (Fn. 690), § 13 Rn. 111; Gehrlein, WM 2008, 761, 764, und Kölbl, BB 2009, 1194, 1198, die betonen, dass auch Banken, Berater und Geschäftspartner der GmbH über §§ 826, 830 BGB in die Haftung einbezogen sein können (siehe aber auch Liebscher, in: MünchKomm. GmbHG [Fn. 671], Anh. § 13 Rn. 603).

765 OLG Köln v. 7.2.2013 – 18 U 30/12 (juris-Rn. 69); Tröger/Dangelmayr, ZGR 2011, 558 ff. für Konzernsachverhalte.

766 Dazu oben bei Fn. 701 ff.

767 BGHSt 54, 52 = ZInsO 2009, 1912 = ZIP 2009, 1860 = NJW 2009, 3666 (Rn. 23 ff.); BGH, ZInsO 2013, 1302 = ZIP 2013, 1382 (Rn. 28 ff.); OLG Köln v. 7.2.2013 – 18 U 30/12 (juris-Rn. 91, dort verneint); dazu eingehend Habetha/Klatt, NSStZ 2015, 671 ff. und Anders, NZWiSt 2017, 13 ff., die jeweils ein alternatives Konzept über § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB vorschlagen (dazu unten bei Fn. 917 ff.); anders Livonius, wistra 2009, 91: keine Vermögensbetreuungspflicht aus § 826 BGB ableitbar.

768 Gegen den „Umweg“ über das Strafrecht Tröger/Dangelmayr, ZGR 2011, 558, 579 f.

769 Dazu BGH, ZInsO 2012, 1718 = ZIP 2012, 1804 (Rn. 14, 31).

770 BGHZ 173, 246, 262 f. = ZInsO 2007, 881, 885 f. = ZIP 2007, 1552, 1557 f. (Rn. 38 ff.) – „Trihotel“; BGHZ 193, 96 = ZInsO 2012, 1025 = ZIP 2012, 1071 (Rn. 22); dazu auch Casper, in: Ulmer (Fn. 672), Anh. § 77 Rn. 147 ff.; J. Vetter, BB 2007, 1965, 1968; Kroh (Fn. 671), S. 88 f.

771 BGH, ZInsO 2012, 1718 = ZIP 2012, 1804 (Rn. 14 ff., 31).

772 BGH, ZInsO 2013, 780 = ZIP 2013, 894; Gehrlein, DB 2016, 1177, 1183; zur umstrittenen Frage des gleichen Streitgegenstands Haas/Keller, NZI 2013, 503, 504.

773 Näher zur Konkurrenz zwischen Schadensersatz und Insolvenzanfechtung Henzler (Fn. 673), S. 158 ff.

allein, wenn der Geschäftsführer gleichzeitig Gesellschafter war oder die Unterstützung der Gesellschafter hatte. Die Außenhaftung hat daher zunehmende Bedeutung erlangt.

I. „Unechter“ Durchgriff

Die Annahme einer unmittelbaren Haftung des Gesellschafter-Geschäftsführers gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft ist immer geeignet, das in § 13 Abs. 2 GmbHG normierte Trennungsprinzip zu tangieren. Nach dieser Vorschrift haftet den Gläubigern der Gesellschaft nur das Gesellschaftsvermögen. Ein Rückgriff auf das Privatvermögen der/des Gesellschafter/s ist im Grundsatz ausgeschlossen.

Ausnahmsweise wird diese Trennung jedoch durchbrochen, sodass in Fällen, in denen primär die GmbH haftet, auch eine hinter ihr stehende natürliche oder juristische Person in Anspruch genommen werden kann. Solche Durchgriffe müssen jedoch eine Ausnahme bleiben, da sonst die GmbH als vom Gesellschafter zu trennende, selbstständige juristische Person und auch das Wesen der Kapitalgesellschaft, bei der eben „nur“ das zweckgebundene Gesellschaftskapital haftet, infrage gestellt würden.⁷⁷⁴

Will man die Fälle der Außenhaftung systematisieren, lässt sich zwischen der „echten“ Durchgriffshaftung (dazu unten II.) und dem sog. „unechten“ Durchgriff trennen.⁷⁷⁵ Während es bei dem erstgenannten Ansatz um eine mit gesellschaftsrechtlichen Erwägungen begründete unmittelbare Durchbrechung des Haftungsprivilegs unter Rückgriff auf die eigentlich nur im Recht der Personengesellschaften geltende Haftungsnorm des § 128 HGB geht, haftet der Gesellschafter(-Geschäftsführer) beim „unechten“ Durchgriff zwar ebenfalls persönlich, jedoch nicht für eine Verbindlichkeit der Gesellschaft, sondern für eine *eigene* Verbindlichkeit, die aber im Zusammenhang mit dem Tätigwerden für die GmbH begründet wurde. Bisweilen wird auch gesagt, der „unechte“ Durchgriff sei in Wahrheit überhaupt kein Fall des Durchgriffs, eben weil der Gesellschafter aus einer eigenständigen Anspruchsgrundlage haftet.⁷⁷⁶

Eine solche Haftung kann vertraglicher oder deliktischer Natur sein oder sich aus einer Rechtsscheinhaftung ergeben. Die verschiedenen, dem allgemeinen Zivilrecht entstammenden Haftungsgründe sollen nachfolgend speziell im Hinblick auf die Person des Gesellschafters oder Geschäftsführers einer GmbH analysiert werden.⁷⁷⁷

1. Vertragshaftung

a) Bürgschaft

Eine Haftung des (Gesellschafter-)Geschäftsführers kann sich etwa daraus ergeben, dass er sich für eine Verbindlichkeit der Gesellschaft persönlich verbürgt (§§ 765 ff. BGB). Dies ist in der Praxis recht häufig, da sich insbesondere Banken oder einflussreiche Lieferanten vor Vermögensverschiebungen und Misswirtschaft von vornherein absichern wollen. Zudem sind die meisten anderen Sicherungsmittel,

insbesondere die Bestellung von Grundpfandrechten oder die Sicherungsübereignung von Betriebsmitteln der GmbH, oft schon für langfristige Finanzierungen durch die Hausbank der Gesellschaft ausgeschöpft.

Die Bürgschaft ist bekanntlich eine akzessorische Sicherheit (vgl. § 767 BGB), d.h., die Haftung des Bürgen ist in Höhe und Bestand von der Hauptverbindlichkeit (des Gläubigers gegenüber der GmbH) abhängig. Zudem haftet der Bürge grds. nur subsidiär, also erst, wenn der Gläubiger erfolglos versucht hat, den Hauptschuldner in Anspruch zu nehmen (Einrede der Vorausklage nach § 771 BGB). Aufgrund von § 773 Abs. 1 Nr. 3 BGB steht dem bürgenden Gesellschafter die Einrede der Vorausklage allerdings nicht zu, wenn über das Vermögen des Hauptschuldners – d.h. der GmbH – das Insolvenzverfahren eröffnet wurde.

Auch außerhalb der Insolvenz ist die subsidiäre Haftung des Bürgen meist ausgeschlossen, denn auf die Einrede der Vorausklage kann der Bürge verzichten (sog. selbstschuldnerische Bürgschaft gem. § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB; bei Bürgschaften gegenüber Banken üblich). Ein Ausschluss der Einrede der Vorausklage kommt zudem nach § 349 HGB in Betracht, wenn der Bürge Kaufmann und die Bürgschaft für ihn ein Handelsgeschäft ist.⁷⁷⁸ Ohne Weiteres kann dies bejaht werden, wenn die Muttergesellschaft sich für ihre Tochter verbürgt. Ist der Gesellschafter jedoch eine natürliche Person, so ist dieser weder als Gesellschafter noch als Geschäftsführer Kaufmann i.S.d. § 1 HGB,⁷⁷⁹ sodass jedenfalls eine direkte Anwendung des § 349 HGB nicht in Betracht kommt. Eine analoge Anwendung wird z.T. befürwortet, soweit der Gesellschafter zugleich geschäftsführend tätig ist,⁷⁸⁰ von der h.M. jedoch nicht in Betracht gezogen oder ausdrücklich abgelehnt.⁷⁸¹ Im gleichen Sinne ist die Bürgschaft eines GmbH-Gesellschafters nach h.M. auch nicht gem. § 350 HGB von der Schriftform des § 766 BGB frei.⁷⁸²

774 Umfassend zu den Grundlagen und den Durchbrechungen der Haftungsbeschränkung Scholz/Bitter (Fn. 665), § 13 Rn. 55 ff.

775 Siehe bereits Scholz/Bitter (Fn. 665), § 13 Rn. 73.

776 In diesem Sinne Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 9 IV 1 b (S. 233 f.); Nirk, in: FS Stimpel, 1985, S. 443, 449; gänzlich gegen den Begriff des (Haftungs-)Durchgriffs Lieder, in: Michalski u.a. (Fn. 672), Rn. 341.

777 Siehe zum Folgenden – dort beschränkt auf die *Gesellschafterhaftung* – schon Scholz/Bitter (Fn. 665), § 13 Rn. 90 ff.

778 Dazu Bitter/Schumacher, Handelsrecht, 2. Aufl. 2015, § 7 Rn. 36 f. mit Fällen 2 und 22 (demnächst in 3. Aufl. 2018).

779 Bitter/Schumacher, HandelsR (Fn. 778), § 2 Rn. 34; siehe auch Scholz/Bitter (Fn. 665), § 13 Rn. 92; anderes gilt nach h.M. für persönlich haftende Gesellschafter einer OHG/KG; vgl. zur h.M. Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, § 6 Rn. 5; dazu kritisch Bitter/Schumacher, a.a.O.

780 Karsten Schmidt, in: MünchKomm. HGB, Bd. 5, 3. Aufl. 2013, § 349 Rn. 5 und § 350 Rn. 10 f.; ähnlich Canaris, HandelsR, 24. Aufl. 2006, § 24 Rn. 13 (S. 370) zu § 350 HGB.

781 Siehe die zu § 350 HGB in der Folgefußnote angeführte Rechtsprechung und Literatur sinngemäß.

782 Vgl. BGH, ZIP 1986, 1457; BGHZ 121, 224, 228 = NJW 1993, 1126 = JR 1993, 318 mit Anm. Karsten Schmidt; Pamp, in: Oetker, 5. Aufl. 2017, § 350 HGB Rn. 12; Koller, in: Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB, 8. Aufl. 2015, § 350 Rn. 5; Hakenberg, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl. 2015, § 350 Rn. 13.

b) Schuldbeitritt

Eine in ihrer Funktion und wirtschaftlichen Bedeutung der Bürgschaft vergleichbare Personalsicherheit ist der Schuldbeitritt, der im Gesetz zwar nicht geregelt ist, aber bereits vom RG⁷⁸³ anerkannt wurde. Der Schuldbeitritt ist abzugrenzen von einer Haftung als Mitkreditnehmer einerseits und von der Bürgschaft andererseits.

Als Schuldbeitretender tritt der (Gesellschafter-)Geschäftsführer nur der „Schuld“, d.h. nur der gegen die GmbH gerichteten Forderung oder Verpflichtung bei, etwa einem Rückzahlungsanspruch des Gläubigers aus § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB. Der Gläubiger erhält damit einen zweiten Schuldner, ist aber nicht zwei Gläubigern ausgesetzt, denn der Schuldbeitretende ist – anders als der Mitkreditnehmer – nicht berechtigt, die vereinbarte Leistung selbst auch zu fordern. Seiner Zahlungspflicht steht also kein korrespondierendes Forderungsrecht gegenüber.⁷⁸⁴ Im Gegensatz zum Bürgen haftet der Schuldbeitretende nicht akzessorisch, sondern gleichrangig neben dem Schuldner der Forderung aus dem (Kredit-)Vertrag. Anstelle der bürgenschützenden Vorschriften der §§ 767, 768, 770 BGB, gelten die Vorschriften der §§ 421 ff. BGB betreffend die Gesamtschuld.⁷⁸⁵

Da der **Schuldbeitritt formfrei**, die Bürgschaft hingegen nach § 766 BGB formbedürftig ist, besteht bei mündlichen Erklärungen des Geschäftsführers und/oder Gesellschafters, für die Verbindlichkeiten der GmbH einzustehen, ein Interesse des Gläubigers, diese Erklärung als Schuldbeitritt ausulegen. Der BGH hat diesbezüglich entschieden, dass bei der Abgrenzung von Schuldbeitritt und Bürgschaft das **eigene wirtschaftliche (oder auch rechtliche) Interesse** des sich verpflichtenden Vertragspartners daran, dass die Verbindlichkeit des Schuldners getilgt wird, ein wichtiger Anhaltspunkt für das Vorliegen des Schuldbeitritts sein kann: Bei einem die Vertragsverhandlungen führenden Geschäftsführer, der zugleich auch – ggf. dominierender – Gesellschafter der GmbH ist, wird daher eher anzunehmen sein, dass er sich parallel zu „seiner“ GmbH im Wege des Schuldbeitritts mitverpflichten will, als bei einem Fremdgeschäftsführer.⁷⁸⁶

Die Auslegung in Richtung eines Schuldbeitritts nützt freilich dem Vertragspartner nichts in dem **Sonderfall**, dass die **Mithaftung für einen Kredit** erklärt wird – ganz im Gegenteil: Die Rechtsprechung wendet auf den Schuldbeitritt zu einem Kredit – anders als auf die Bürgschaft für einen Kredit⁷⁸⁷ – die Normen des Verbraucherkredits an (qualifizierte Schriftform des § 492 BGB; Widerrufsrecht des § 495 BGB), wenn der Beitretende ein Verbraucher ist.⁷⁸⁸ Und jene Verbrauchereigenschaft kommt nach Ansicht des BGH regelmäßig auch dem geschäftsführenden Allein- oder Mehrheitsgesellschafter einer GmbH zu.⁷⁸⁹ Darüber hinaus kann der Schuldbeitritt als Verpflichtungsgeschäft auch in sonstigen Fällen den Formerfordernissen unterliegen, die für den Hauptvertrag gelten, soweit diese mit Rücksicht auf den Leistungsgegenstand des Schuldbeitritts aufgestellt sind.⁷⁹⁰

c) Garantie

Die Garantie dient, wie die Bürgschaft, der Sicherung eines fremden Interesses, ist aber nicht wie diese notwendig vom Bestehen einer fremden Verbindlichkeit abhängig. Der aus dem Garantievertrag folgende Anspruch ist somit nicht akzessorisch. Kennzeichnend für den Garantievertrag ist es, dass sich durch ihn der Garant verpflichtet, den Gläubiger (auch: Garantiennehmer) im Garantiefall so zu stellen, als ob der ins Auge gefasste Erfolg eingetreten oder der Schaden nicht entstanden wäre. Die Primärleistungspflicht des Garanten besteht somit nicht in der Herbeiführung des garantierten Erfolgs, sondern in der Schadloshaltung des Garantiennehmers bei Ausbleiben des Erfolgs; es handelt sich um eine verschuldensunabhängige Erfüllungshaftung.⁷⁹¹

2. Vertrauenshaftung

a) Rechtsscheinhaftung wegen fehlenden/falschen Rechtsformzusatzes

Offenbart der Geschäftsführer im Rahmen geschäftlicher Verhandlung nicht, dass Verhandlungs- und Vertragspartner eine GmbH ist, und tritt schriftlich ohne⁷⁹² oder mit fehlerhaftem⁷⁹³ Rechtsformzusatz i.S.v. § 4 bzw. § 5a GmbHG auf, so kann dies – neben der Haftung der Gesellschaft⁷⁹⁴ – zu einer persönlichen Haftung des Geschäftsführers kraft Rechtsscheins bzw. analog § 179 BGB führen.⁷⁹⁵

783 RGZ 59, 232, 233.

784 *Habersack*, in: MünchKomm. BGB, Bd. 6, 7. Aufl. 2017, Vor § 765 Rn. 10.

785 *Habersack*, in: MünchKomm. BGB (Fn. 784), Vor § 765 Rn. 11 m.w.N.

786 Vgl. BGH, NJW 1981, 47 = ZIP 1980, 983; BGH, NJW 1986, 580 = ZIP 1985, 1485.

787 Dazu BGHZ 138, 321 = ZIP 1998, 949 = NJW 1998, 1939 (Unanwendbarkeit des Verbraucherkreditrechts bei Bürgschaften für gewerbliche Kredite); EuGH I 2000, 1741 = NJW 2000, 1323 = ZIP 2000, 574 (Bürgschaft unterfällt generell nicht der Verbraucherkreditrichtlinie).

788 BGHZ 133, 71 = ZIP 1996, 1209 = NJW 1996, 2156; bestätigend BGHZ 165, 43 = NJW 2006, 431 = ZIP 2006, 68 m.w.N.; dabei gilt für den persönlichen Anwendungsbereich der Grundsatz der Einzelbetrachtung: Nur der Schuldbeitretende, nicht auch der Kreditnehmer muss Verbraucher sein (vgl. BGHZ 133, 71, Leitsatz 2).

789 BGHZ 165, 43 = NJW 2006, 431 = ZIP 2006, 68 (Rn. 13 ff.).

790 BGH, WM 2017, 541 = NJW-RR 2017, 124 (Rn. 7) zu § 3a Abs. 1 RVG.

791 *Habersack*, in: MünchKomm. BGB (Fn. 784), Vor § 765 Rn. 16 ff.

792 Vgl. dazu Scholz/Bitter (Fn. 665), § 13 Rn. 94.

793 Vgl. dazu Scholz/Bitter (Fn. 665), § 13 Rn. 14 f. In der Praxis spielt dies vor allem bei der UG (haftungsbeschränkt) und bei ausländischen Gesellschaften, die im Inland wie eine GmbH auftreten, eine Rolle (vgl. BGH, ZInsO 2012, 1778 = ZIP 2012, 1659 zur UG; LG Karlsruhe ZIP 1995, 1818, 1819 zur ausländischen Gesellschaft).

794 Dazu sogleich unten ee) bei Fn. 825; ferner Scholz/Bitter (Fn. 665), § 13 Rn. 15; allgemein zum unternehmensbezogenen Rechtsgeschäft *Bitter/Röder*, BGB AT, 3. Aufl. 2016, § 10 Rn. 51 ff.

795 *Bitter/Schumacher*, HandelsR (Fn. 778), § 3 Rn. 15 ff., dort auch zum nachfolgenden Prüfungsaufbau; ferner *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 672), § 4 Rn. 15; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 672), § 43 Rn. 69; *Scholz/U. H. Schneider* (Fn. 760), § 43 Rn. 312; *Merk*, in: MünchKomm. GmbHG (Fn. 671), § 13 Rn. 339; jeweils m.w.N.

aa) Setzen eines Rechtsscheins

Im Handelsrecht gilt der Grundsatz der unbeschränkten Haftung. Deshalb darf jedermann darauf vertrauen, mit einem unbeschränkt haftenden Vertragspartner zu tun zu haben, wenn ihm nicht etwas anderes angezeigt wird.

Der Geschäftsführer einer GmbH setzt daher den Rechtsschein einer unbeschränkten Haftung, wenn er unter Verstoß gegen § 4 GmbHG *ohne* Rechtsformzusatz auftritt.⁷⁹⁶ Eindeutig sind die Fälle, in denen der Geschäftsführer ohne GmbH-Zusatz zeichnet oder sich sonst *schriftlich* gegenüber Dritten äußert.⁷⁹⁷ Dies folgt aus § 35a GmbHG, der die Aufnahme bestimmter Angaben, insbesondere zur Rechtsform der Gesellschaft, in Geschäftsbriefen ausdrücklich anordnet. Der „Geschäftsbrief“ wird weit gefasst. Es handelt sich um alle schriftlichen Mitteilungen, die an einen bestimmten Empfänger adressiert sind. Hierunter fallen daher z.B. Preislisten, Lieferscheine, Rechnungen und Bestellformulare der GmbH. Erfasst sind auch Mitteilungen per Telefax oder E-Mail. Nicht erfasst sind, da sie sich nicht an einen bestimmten Empfänger richten, Zeitungsinserate und nicht adressierte Werbezettel.⁷⁹⁸

Schwieriger sind die Fälle zu beurteilen, bei denen das Vertrauen durch *mündliche* Erklärungen begründet worden ist. Hier wird grds. keine Vertrauenshaftung angenommen.⁷⁹⁹ Es reicht also z.B. nicht aus, dass der Geschäftsführer bei mündlichen Geschäftsabschlüssen – insbesondere bei telefonischen Bestellungen – den GmbH-Zusatz fortgelassen hat. Dann haftet er nur, wenn er ausdrücklich mündlich einen Abschluss für die GmbH verneint.⁸⁰⁰ Ausreichend ist nach Ansicht des OLG Naumburg aber die Vorlage von Visitenkarten bei einer mündlichen Besprechung, soweit diese die Haftungsbeschränkung nicht ausweisen,⁸⁰¹ nach Ansicht des OLG Saarbrücken ferner die mündliche Benennung der Firmenbezeichnung ohne GmbH-Zusatz bei telefonischer Bitte zur vollständigen und richtigen Adressenangabe.⁸⁰²

Handelt ein Geschäftsführer für eine Unternehmungsgesellschaft (haftungsbeschränkt), ist auch dies nach § 5a GmbHG anzuzeigen. Tritt ein Geschäftsführer stattdessen unter der Bezeichnung „GmbH“ oder einer gänzlich missverständlichen Firmenbezeichnung wie „H-GmbH, u. G. (i. G.)“ auf, kann auch dies nach Ansicht des BGH eine Rechtsscheinhaftung auslösen, die jedoch – wie zu zeigen sein wird⁸⁰³ – im Umfang beschränkt ist.⁸⁰⁴

Die Rechtsscheinhaftung kommt auch schon bei der Vor-GmbH in Betracht, wenn der für die Gesellschaft Auftretende seiner Bestellung nicht den Zusatz „GmbH i. Gr.“ beigefügt hat; denn die Vorschrift des § 35 Abs. 3 GmbHG, wonach die Geschäftsführer bei Vertretung der GmbH mit deren Firma zu zeichnen haben, ist auch auf die Vorgesellschaft anwendbar.⁸⁰⁵

bb) Zurechenbarkeit des Rechtsscheins

Der Rechtsschein ist dem Geschäftsführer ohne Weiteres zurechenbar, wenn er ihn durch eigenes Handeln selbst gesetzt hat.⁸⁰⁶ Handelt ein sonstiger Mitarbeiter oder Untervertreter, so trifft nur diesen die Haftung und nicht den Geschäftsführer.⁸⁰⁷

cc) Entschließung des Dritten im Vertrauen auf die unbeschränkte Haftung

Weitere Voraussetzung für eine Haftung wegen fehlenden bzw. unrichtigen Rechtsformzusatzes ist, dass der Vertragspartner im Vertrauen auf die unbeschränkte Haftung bzw. den scheinbar vorhandenen Haftungsfonds Ware geliefert oder eine sonstige Leistung erbracht hat, ohne die bestehende Forderung sofort geltend zu machen.⁸⁰⁸

Dieses Kriterium ist – wie allgemein bei der Rechtsscheinhaftung im Handelsrecht⁸⁰⁹ – nicht im Sinne einer engen Kausalität so zu verstehen, dass der Anspruchsteller beweisen müsste, er habe den Vertrag niemals abgeschlossen, wenn er die wahre Rechtslage gekannt habe. Vielmehr reicht es aus, dass der falsche Schein beim Vertragsschluss gedanklich im Hintergrund vorhanden war und bei Kenntnis des wahren Sachverhalts typischerweise mit einer anderen Entscheidung – ggf. auch nur mit einer Modifikation der Vertragskonditionen (Preis, Vorleistungsverpflichtung, Zahlungsziel) – zu rechnen wäre. Wird allerdings der Rechtsschein erst gesetzt, nachdem der Vertrag schon geschlossen ist⁸¹⁰ oder geht es um ein Handeln gänzlich außerhalb des Geschäfts- und Prozessverkehrs (reiner Deliktsbereich),⁸¹¹ kann der Schein keinen Einfluss auf die Dispositionen der anderen Seite gehabt haben, sodass die Rechtsscheinhaftung ausgeschlossen ist.

Das Vertrauen auf den gesetzten Rechtsschein hat das LG Düsseldorf in einem Fall verneint, in dem eine UG (haftungsbeschränkt) nur als „UG“ aufgetreten ist: Der Geschäftspartner habe nicht auf eine unbeschränkte Haftung vertrauen können, da sich aus dem *numerus clausus* der Rechtsformen des deutschen Gesellschaftsrechts ergebe,

796 *Bitter/Schumacher*, HandelsR (Fn. 778), § 3 Rn. 15 mit Fall Nr. 7 – Nachlässigkeit.

797 BGH, NJW 1996, 2645 = ZIP 1996, 1511 (Leitsatz 2).

798 *Jula*, Der GmbH-Geschäftsführer, 4. Aufl. 2012, S. 283.

799 *Bitter/Schumacher*, HandelsR (Fn. 778), § 3 Rn. 15.

800 BGH, NJW 1996, 2645 = ZIP 1996, 1511 (Leitsatz 2).

801 OLG Naumburg, NJW-RR 1997, 1324, 1325; siehe auch LG Wuppertal, NJW-RR 2002, 178; *Scholz/Cziupka* (Fn. 665), § 4 Rn. 85.

802 OLG Saarbrücken, GmbHR 2009, 209, 210 f.

803 Siehe zu den Rechtsfolgen unten ee) bei Fn. 822.

804 BGH, ZInsO 2012, 1778 = ZIP 2012, 1659.

805 OLG Celle, NJW-RR 1990, 801 (Leitsatz 2).

806 Siehe *Bitter/Schumacher*, HandelsR (Fn. 778), Fall Nr. 7 – Nachlässigkeit (S. 178), zum Scheinkaufmann ferner § 2 Rn. 40.

807 BGH, ZIP 2007, 908 = NJW 2007, 1529 (Leitsatz 1 und Rn. 13 ff.); BGH, ZIP 1991, 1004 = NJW 1991, 2627 (Leitsatz und Ziff. II der Gründe); *Scholz/Cziupka* (Fn. 665), § 4 Rn. 83; kritisch *Altmeyden*, ZIP 2007, 889, 893 ff.

808 Vgl. *Bitter/Schumacher*, HandelsR (Fn. 778), § 3 Rn. 16 und Fall Nr. 7 – Nachlässigkeit (S. 178).

809 Siehe zum Scheinkaufmann *Bitter/Schumacher*, HandelsR (Fn. 778), § 2 Rn. 41.

810 Vgl. dazu *Bitter/Schumacher*, HandelsR (Fn. 778), Fall Nr. 7 – Nachlässigkeit (S. 178 a.E.), zum Scheinkaufmann ferner § 2 Rn. 41; zur zeitlichen Reihenfolge ferner BGH, NJW 1990, 2678, 2679 (juris-Rn. 15).

811 Vgl. dazu – in Bezug auf den Scheinkaufmann und § 15 HGB – *Bitter/Schumacher*, HandelsR (Fn. 778), § 2 Rn. 41 a.E.; § 4 Rn. 21 und 35.

dass mit „UG“ eine „UG (haftungsbeschränkt)“, jedenfalls aber eine juristische Person gemeint war.⁸¹² Dieses Ergebnis war im konkreten Fall sicher vertretbar, doch darf vom Geschäftsverkehr nicht allgemein erwartet werden, dass er auch unkodifizierte gesellschaftsrechtliche Dogmen wie den numerus clausus der Rechtsformen kennt und aus falschen oder unvollständigen Firmierungen die richtigen Schlüsse zieht.⁸¹³ Für die Praxis kann man daher nur die Empfehlung aussprechen, sich bei der Formulierung des Rechtsformzusatzes streng am Gesetzestext zu halten, um eine Rechtsscheinhaftung zu vermeiden.⁸¹⁴

dd) Schutzwürdigkeit des Dritten (Gutgläubigkeit)

Zudem muss der Vertragspartner schutzwürdig sein, was jedenfalls dann nicht der Fall ist, wenn er die wahren Verhältnisse kannte.⁸¹⁵ Auch grobe Fahrlässigkeit sollte schaden, während einfache Fahrlässigkeit in dem auf Leichtigkeit und Schnelligkeit ausgerichteten Handelsverkehr – anders als in § 173 BGB – nicht genügt.⁸¹⁶ Jedenfalls wird das Vertrauen in den gesetzten Rechtsschein nach der Rechtsprechung nicht dadurch zerstört, dass sich die wirklichen Verhältnisse aus dem Handelsregister ergeben; der Zweck des § 4 Satz 1 GmbHG,⁸¹⁷ die beschränkte Haftung des Unternehmensträgers im Interesse der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs auch ohne vorherige Einsicht in das Handelsregister schon im laufenden geschäftlichen Kontakt aus der Firma erkennen zu lassen, würde vereitelt, hätte nicht § 4 Satz 1 GmbHG Vorrang vor § 15 Abs. 2 HGB.⁸¹⁸ Die Beweislast für die fehlende Gutgläubigkeit trifft denjenigen, der durch Verstoß gegen §§ 35 Abs. 2, 35a GmbHG den Rechtsschein erzeugt hat,⁸¹⁹ i.d.R. also den bei Vertragsschluss für die GmbH handelnden Geschäftsführer.

ee) Konsequenzen

Bei *fehlendem* Rechtsformzusatz hat der GmbH-Geschäftsführer, soweit die o.g. Voraussetzungen vorliegen, gegenüber dem Vertragspartner für die Gesellschaftsverbindlichkeiten persönlich unbeschränkt einzustehen.⁸²⁰ Die Rechtsprechung stützt die Rechtsscheinhaftung dabei dogmatisch auf eine analoge Anwendung des § 179 Abs. 1 BGB.⁸²¹

Bei *fehlerhaftem* Rechtsformzusatz haftet der Geschäftsführer ebenfalls im Außenverhältnis. Bei der Firmierung als „GmbH“ statt als „UG (haftungsbeschränkt)“ ist diese freilich im Umfang auf die Differenz zwischen dem scheinbar und dem tatsächlich aufgebrachten Kapital begrenzt⁸²² und deshalb wie die Außenhaftung eines Kommanditisten abzuwickeln (§§ 171, 172 HGB).⁸²³ Im Fall des für eine Auslandsgesellschaft mit der Bezeichnung als „GmbH“ Auftretenden tritt neben die Differenz im aufzubringenden Stammkapital hingegen auch das Problem der praktischen Erreichbarkeit der Auslandsgesellschaft, weshalb insoweit an eine unbeschränkte Rechtsscheinhaftung analog § 179 Abs. 1 BGB wegen gänzlichen Fehlens der inländischen Gesellschaft zu denken ist.⁸²⁴

Die **Verbindlichkeit der Gesellschaft** selbst – hier also der GmbH – entsteht, weil diese trotz des fehlenden Hinweises

des Geschäftsführers (oder sonstigen Vertreters) nach den Grundsätzen des unternehmensbezogenen Geschäfts Vertragspartner wird: Tritt der Geschäftsführer (oder sonstige Vertreter) erkennbar für ein bestimmtes Unternehmen auf, so gilt das Geschäft als für den Rechtsträger des Unternehmens, also die GmbH, geschlossen, soweit es „unternehmensbezogen“ ist.⁸²⁵ Dies wird bejaht, wenn das Geschäft typischerweise zum Geschäftsbereich des Unternehmens gehört. Der **Geschäftsführer** selbst wird hingegen nicht Partner des Vertrags, sondern **haftet neben der GmbH für deren Verbindlichkeit** aufgrund des von ihm veranlassten Rechtsscheins.

Die Rechtsscheinhaftung ist entgegen einer im Schrifttum vertretenen Ansicht⁸²⁶ nach der Rechtsprechung des BGH **nicht subsidiär**, d.h. keine nachrangige Ausfallhaftung. Der Getäuschte kann also den Geschäftsführer entweder allein oder neben der Gesellschaft in Anspruch nehmen. Gesellschaft und Geschäftsführer haften als Gesamtschuldner.⁸²⁷

812 Sehr ausführlich LG Düsseldorf, NZG 2014, 823 = ZIP 2014, 1174 (juris-Rn. 30 ff.).

813 Zutreffend und weiterführend BeckOK GmbHG/Miras, 33. Ed. 1.11.2017, § 5a Rn. 59a ff. m.w.N.

814 Ebenso BeckOK GmbHG/Miras (Fn. 813), § 5a Rn. 63 f.

815 BGH, NJW 1990, 2678, 2679 (juris-Rn. 17).

816 Vgl. zu dieser streitigen Frage – bezogen auf den Scheinkaufmann – *Bitter/Schumacher*, HandelsR (Fn. 778), § 2 Rn. 42; von „kennen müssen“ spricht demgegenüber BGH, ZIP 1991, 1004 = NJW 1991, 2627 (juris-Rn. 10), ohne allerdings den Fahrlässigkeitsmaßstab zu präzisieren.

817 Früher: § 4 Abs. 2 GmbHG.

818 BGH, NJW 1990, 2678, 2679 (juris-Rn. 14); Scholz/Cziupka (Fn. 665), § 4 Rn. 82; *Bitter/Schumacher*, HandelsR (Fn. 778), § 4 Rn. 12 und Fall Nr. 7 – Nachlässigkeit (S. 179): Registerreinsicht nur bei einem sich aufdrängenden Verdacht der Unrichtigkeit gemachter Angaben oder bei bedeutenden Geschäftsabschlüssen.

819 BGH, NJW 1990, 2678, 2679 (juris-Rn. 17); LG Heidelberg NJW-RR 1997, 355 (Leitsatz 2).

820 BGH, NJW 1990, 2678, 2679 (juris-Rn. 14 und 16); *Bitter/Schumacher*, HandelsR (Fn. 778), § 3 Rn. 15 f. mit Fall Nr. 7 – Nachlässigkeit (S. 177 ff.); ferner Scholz/*Bitter* (Fn. 665), § 13 Rn. 94.

821 BGH, ZIP 1991, 1004 = NJW 1991, 2627 (juris-Rn. 8); BGH, ZIP 2007, 908 = NJW 2007, 1529 (Rn. 9).

822 BGH, ZInsO 2012, 1778 = ZIP 2012, 1659 (Rn. 14 ff.) m.w.N.; Scholz/*Bitter* (Fn. 665), § 13 Rn. 14 f.; dogmatische Kritik bei Scholz/Cziupka (Fn. 665), § 4 Rn. 84.

823 *Bitter/Schumacher*, HandelsR (Fn. 778), § 3 Rn. 17; entgegen dem BGH für eine Innenhaftung *Lieder*, in: Michalski u.a. (Fn. 672), Rn. 20 m.w.N.

824 LG Karlsruhe, ZIP 1995, 1818, 1819; dem folgend Scholz/*Bitter* (Fn. 665), § 13 Rn. 15; partiell kritisch *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen (Fn. 708), § 13 Rn. 11; zur europarechtlichen Zulässigkeit der Rechtsscheinhaftung analog § 179 BGB beim Handeln für ausländische Gesellschaften BGH, NJW 2007, 1529 = ZIP 2007, 908 (Rn. 10 f.); allgemein zur Haftung analog § 179 BGB beim Handeln für eine nicht existente Person *Bitter/Röder*, BGB AT, (Fn. 794), § 10 Rn. 260 m.N. zur Rspr.; gegen die Heranziehung des § 179 BGB bei tatsächlich existenten Rechtsträgern *Lieder*, in: Michalski u.a. (Fn. 672), § 13 Rn. 20 m.w.N.

825 H.M.; vgl. BGHZ 64, 11, 15 = NJW 1975, 1166, 1167; BGH, NJW 1990, 2678 (juris-Rn. 12); BGH, NJW 1995, 43, 44 (juris-Rn. 9); *Karsten Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 4 Rn. 88; Palandt/*Ellenberger*, BGB, 77. Aufl. 2018, § 164 Rn. 2; *Bitter/Röder*, BGB AT (Fn. 794), § 10 Rn. 51 ff.; zum unternehmensbezogenen Rechtsgeschäft bei Anlageberatung OLG Schleswig, ZIP 2015, 1543.

826 *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen (Fn. 708), § 13 Rn. 72; zust. *Saenger*, in: Saenger/Inhester (Fn. 698), § 13 Rn. 94.

827 BGH, NJW 1990, 2678, 2679 (juris-Rn. 16); bestätigend BGH, ZIP 1991, 1004 = NJW 1991, 2627 (juris-Rn. 10); Scholz/Cziupka (Fn. 665), § 4 Rn. 83.

b) Culpa in contrahendo (c.i.c.)

Unter culpa in contrahendo ist ein Verschulden bei oder vor Vertragsschluss zu verstehen, welches zu einer Schadensersatzpflicht gegenüber dem Verhandlungspartner nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB führen kann. Typische Fallgruppen der c.i.c. sind die Verletzung von Sorgfalts-, Obhuts- und Aufklärungspflichten, etwa die unterlassene Aufklärung über eine wirtschaftlich angespannte Lage.⁸²⁸ Führt eine solche Pflichtverletzung zu einem Schaden beim Verhandlungspartner, so ist der Schaden aufgrund der §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB zu ersetzen. Der Anspruch aus c.i.c. richtet sich aber gewöhnlich nur gegen denjenigen, der durch die Vertragsverhandlungen Vertragspartner werden soll, also gegen die GmbH; nur diese haftet also im Grundsatz für die Verletzung vorvertraglicher Schutzpflichten durch ihre Organe und Mitarbeiter.⁸²⁹

Ausnahmsweise kann sich der **Anspruch** aus c.i.c. aber auch **gegen den Vertreter** selbst richten, der die Verhandlungen für die GmbH führt. Nach § 311 Abs. 3 BGB kommt dies insbesondere in Betracht, wenn der Vertreter besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch nimmt. Daneben ist als weitere Fallgruppe seit Langem auch das unmittelbare eigene wirtschaftliche Interesse am Vertragsabschluss anerkannt.

Die c.i.c. ist eine für den Gläubiger interessante Anspruchsgrundlage, weil darüber bereits bei Fahrlässigkeit eine Haftung des Geschäftsführers für Vermögensschäden begründet werden kann, die hohen Hürden der Deliktshaftung (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB [Betrug]⁸³⁰ oder § 826 BGB)⁸³¹ also nicht gelten.⁸³² Sie ist gerade deshalb aber auch nur sehr vorsichtig gegenüber Personen anzuwenden, die gar nicht Vertragspartner werden sollen, weil anderenfalls die vom Gesetzgeber bewusst eingeführten Grenzen des Deliktsrechts umgangen werden könnten, das im Gegensatz zum Vertragsrecht einen allgemeinen Vermögensschutz nicht kennt.

aa) Wirtschaftliches Eigeninteresse des Vertreters

Die Fallgruppe des wirtschaftlichen Eigeninteresses des Vertreters spielt heute im Zusammenhang mit der Haftung von (geschäftsführenden) Gesellschaftern einer haftungsbeschränkten Gesellschaft praktisch kaum noch eine Rolle, seit der BGH in der **wichtigen Entscheidung BGHZ 126, 181** ihren Anwendungsbereich ganz deutlich eingeschränkt und auf die Rechtsprechung des RG zurückgeschnitten hat, nach der ein wirtschaftliches Eigeninteresse (nur) in Fällen des sog. *procurator in rem suam* anerkannt wurde. Gemeint war damit – ganz unabhängig von der Beteiligung einer GmbH – eine Gestaltung, in der jemand zwar als Vertreter auftritt, aber in eigener Sache handelt, z.B. bei Treuhand-/Strohmannverhältnissen: Übertrag etwa der Ehemann sein Handelsgeschäft treuhänderisch auf seine Ehefrau und führte dieses anschließend als Vertreter der als Strohfrau fungierenden Ehefrau fort, konnte er persönlich in Anspruch genommen werden, weil er bei der Geschäftsführung zwar formal als Vertreter, wirtschaftlich aber in eigener Sache handelte.

Diese Rechtsprechung hatte der BGH zunächst weit ausgedehnt und auf GmbH-Geschäftsführer übertragen: Diese soll-

ten entweder schon deshalb aus c.i.c. haften, weil sie zugleich Gesellschafter der GmbH waren, jedenfalls aber dann, wenn sie das Interesse der GmbH durch Hingabe von Sicherheiten, insbesondere die Übernahme von Bürgschaften gegenüber der Hausbank, zu ihrem eigenen Interesse gemacht hatten.⁸³³ Die Hingabe von Sicherheiten an bestimmte Personen führte damit faktisch auch zu einer Haftung gegenüber anderen Gläubigern, nämlich aus c.i.c. wegen (fahrlässiger) Nichtaufklärung über die wirtschaftlich angespannte Lage der GmbH. Da diese Rechtsprechung zu einer weitgehenden Aufhebung der Haftungsbeschränkung im GmbH-Recht führte, hat sie der BGH wieder auf den Ausgangspunkt des RG zurückgeführt. Als besonderes Eigeninteresse genügt es deshalb nicht, dass

- der Geschäftsführer zugleich Mehrheits- oder Alleingesellschafter der GmbH ist,⁸³⁴
- er zur Absicherung von Verbindlichkeiten der GmbH Bürgschaften oder dingliche Sicherheiten zur Verfügung stellt,⁸³⁵
- oder er ein eigenes Interesse am Erhalt seines Arbeitsplatzes als Geschäftsführer hat.⁸³⁶

Wie der BGH zudem schon vor seiner Rechtsprechungswende entschieden hatte, reicht es für ein wirtschaftliches Eigeninteresse nicht aus, dass der Geschäftsführer neben seinem Geschäftsführergehalt für den von ihm vermittelten Vertrag von der GmbH eine Provision erhält.⁸³⁷

Jedenfalls nach der **restriktiven neuen Linie** scheidet damit das Eigeninteresse in aller Regel aus, sodass in der Praxis Ansprüche gegen den Geschäftsführer aus § 311 Abs. 3 BGB unter diesem Gesichtspunkt kaum noch begründet werden können.⁸³⁸ Im Gegenzug hat der BGH allerdings in derselben

828 Kritisch zu dieser Aufklärungspflicht *Poertzgen*, ZInsO 2010, 416, 418 ff.; vgl. dazu auch unten Ziff. C. I. 3. b) aa) bei Fn. 903 ff. zum Betrug durch Unterlassen mit krit. Würdigung durch *Pauka/Link/Armenat*, NZI 2016, 897 ff.

829 Eine Haftung der Geschäftsführer als „Repräsentanten“ der GmbH wird ganz überwiegend abgelehnt; vgl. *Scholz/U. H. Schneider* (Fn. 760), § 43 Rn. 314 m.w.N.; überzeugend *Bork*, ZGR 1995, 505, 509 f.; a.A. *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 703), § 64 Rn. 218; zu dessen Position kritisch *Wagner*, in: FS Karsten Schmidt, 2009, S. 1665, 1672 f.; *Poertzgen*, ZInsO 2010, 460, 462 f.

830 Dazu unten Ziff. C. I. 3. b) aa) bei Fn. 899 ff.

831 Dazu unten Ziff. C. I. 3. a) bei Fn. 859 ff.

832 Dazu auch *Poertzgen*, ZInsO 2010, 416, 417 m.w.N.

833 Vgl. die in BGHZ 126, 181, 183 ff. = NJW 1994, 2220 unter Ziff. I 2 a dargestellte Entwicklung der Rspr.; dazu auch *Bork*, ZGR 1999, 505, 507 f.; *Poertzgen*, ZInsO 2010, 460 ff.

834 BGH, ZIP 2002, 1771 = NJW-RR 2002, 1309 unter Ziff. II 2 a; siehe vor der Rechtsprechungswende schon BGH, ZIP 1986, 26 = NJW 1986, 586.

835 BGHZ 126, 181 = NJW 1994, 2220 (Leitsatz 1); siehe nachfolgend auch BGH, ZIP 1995, 31 = WM 1995, 108; ebenso *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 672), § 43 Rn. 72.

836 BAG, ZInsO 2014, 2167 = ZIP 2014, 1976 = NJW 2014, 2669 = GmbHR 2014, 1199 (Rn. 22) – „Karstadt“.

837 BGH, ZIP 1992, 694 = WM 1992, 735 = NJW-RR 1992, 1061 unter Ziff. I der Gründe.

838 Zur Kritik an der restriktiven Anwendung vgl. *Flume*, ZIP 1994, 337, 338; für eine gänzliche Aufgabe der Fallgruppe demgegenüber *Scholz/U. H. Schneider* (Fn. 760), § 43 Rn. 320 a.E. m.w.N.; *Weller/Discher*, in: *Bork/Schäfer* (Fn. 728), § 13 Rn. 30.

Entscheidung BGHZ 126, 181 die Außenhaftung wegen Insolvenzverschleppung deutlich ausgeweitet,⁸³⁹ wie später zum Deliktsrecht noch näher auszuführen sein wird.⁸⁴⁰

bb) Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens

Dagegen kommt eine Haftung des Geschäftsführers nach der in § 311 Abs. 3 Satz 2 BGB ausdrücklich aufgenommenen Fallgruppe theoretisch in Betracht, wenn er im Rahmen der Vertragsverhandlungen besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch nimmt.⁸⁴¹

Das Problem dieser Haftung besteht allerdings darin, dass der BGH jedenfalls gegenüber Geschäftsführern einer GmbH auch insoweit sehr restriktiv verfährt und stets betont, dieser nehme im Regelfall nur das **normale Verhandlungsvertrauen** in Anspruch, für dessen Verletzung nicht er, sondern die GmbH einzutreten hat.⁸⁴² Der Geschäftsführer haftet daher nicht schon dann, wenn er den Vertragspartner nicht auf eine prekäre wirtschaftliche Lage der GmbH hinweist. Von einem *persönlichen* Vertrauen lässt sich nur dann sprechen, wenn der Geschäftsführer ein zusätzliches, von ihm selbst ausgehendes Vertrauen auf die Vollständigkeit und Richtigkeit seiner Erklärungen hervorgerufen hat.⁸⁴³ Dies kann etwa der Fall sein, wenn der Geschäftsführer als Vertragsvermittler mit Hinweis auf seine außergewöhnliche Sachkunde oder seine besondere persönliche Zuverlässigkeit dem Vertragspartner eine zusätzliche, von ihm persönlich ausgehende Gewähr für das Gelingen des in Aussicht gestellten Geschäfts gibt;⁸⁴⁴ er soll also haften, wenn er eine garantieähnliche Erklärung abgibt.⁸⁴⁵ Diese hat etwa das OLG Zweibrücken in der Behauptung gesehen, die Gesellschaft stehe gut da und der Geschäftsführer stehe persönlich für die Bezahlung ein.⁸⁴⁶

Insoweit erscheint jedoch nicht unproblematisch, die Haftung des Geschäftsführers in solchen Fällen, in denen seine Erklärungen für die Annahme eines (formfreien) Schuldbeitritts oder einer (formfreien) Garantie nicht ausreichen, auf dem Umweg über die c.i.c. zu begründen.⁸⁴⁷ Nicht recht überzeugen kann danach auch die Begründung des RegE zu § 311 Abs. 3 Satz 2 BGB, in der auf die Haftungsbegründung durch „die Erklärung, man verbürge sich für den Vertragspartner oder Ähnliches“ hingewiesen wird.⁸⁴⁸ Eine – ggf. formunwirksame – Bürgschaftserklärung kann nicht durch die Hintertür der c.i.c. doch eine Haftung des Geschäftsführers auslösen.

Nicht ausreichend ist nach der Rechtsprechung die Äußerung, die Gesellschaft verfüge über „Aufträge in Millionenhöhe“, denn diese Erklärung bezieht sich allenfalls auf das Vertrauen in die fortbestehende Solvenz der Gesellschaft und begründet gerade keine Aussage dahin gehend, dass der Geschäftsführer persönlich für den Erfolg des Geschäfts garantiere.⁸⁴⁹ Hingegen können Äußerungen des Geschäftsführers, er werde bei einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage Kapital in die GmbH „nachschießen“, als selbstständiges, die Haftung begründendes Garantieversprechen zu bewerten sein, bei dessen Verletzung der Geschäftsführer dann allerdings wegen Verletzung des Garantievertrags und nicht aus c.i.c. haftet.⁸⁵⁰

Praktisch hat die Haftung aus § 311 Abs. 3 Satz 2 BGB daher neben der echten Vertragshaftung aus Bürgschaft, Schuldbeitritt oder Garantie für den Geschäftsführer einer GmbH kaum eine Bedeutung. Entweder hat er wirksam die Haftung übernommen: dann haftet er aus Vertrag. Oder der Tatbestand einer wirksamen (Mit-)Haftung ist nicht erfüllt: dann steht die c.i.c. nicht als Umweg zur Verfügung.

Anders hat der BGH dies allerdings für den **Sonderfall einer kapitalsuchenden Gesellschaft** gesehen. Treten die organ-schaftlichen Vertreter – dort Vorstände einer AG – einer solchen Gesellschaft Anlageinteressenten persönlich mit dem Anspruch gegenüber, sie über die für eine Anlageentscheidung wesentlichen Umstände zu informieren, so haften sie für die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit ihrer Angaben nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsschluss.⁸⁵¹

Ferner sei auf die bereits oben zum **Insolvenzeröffnungsverfahren**⁸⁵² dargestellten Urteile der Oberlandesgerichte Schleswig und Frankfurt verwiesen, die für den vorläufigen schwachen Insolvenzverwalter eine Sachwalterhaftung nach § 311 Abs. 3 BGB anerkannt haben, wenn dem Lieferanten vor seiner Lieferung mitgeteilt wird, seine Rechnungen würden aus der Masse bezahlt.⁸⁵³ Die dort ebenfalls erwähnte und derzeit in der Revision beim BGH befindliche Entscheidung des OLG Düsseldorf zum Sanierungsgeschäftsführer in der Eigenverwaltung⁸⁵⁴ liegt hingegen ganz auf der Linie der hier dargestell-

839 Zu diesem Zusammenhang *Bork*, ZGR 1999, 505 ff.; ferner *Poertzen*, ZInsO 2010, 416 f. und 464 f.

840 Siehe unten Ziff. C. I. 3. b) gg) bei Fn. 966 ff., insbes. Fn. 993 ff.

841 Dazu *Scholz/U. H. Schneider* (Fn. 760), § 43 Rn. 315 f. m.w.N.

842 Vgl. z.B. BGH, NJW-RR 1991, 1312; auf diese Entscheidung will vermutlich auch die Begr. RegE zu § 311 Abs. 3 Satz 2 BGB, BT-Drucks. 14/6040, S. 163 Bezug nehmen, obwohl dort „BGH, NJW-RR 1991, 1242“ zitiert wird; vgl. auch OLG Stuttgart, ZIP 2016, 2066, 2068 (juris-Rn. 28, 32) zur Anlagewerbung gegenüber einem künftigen stillen Gesellschafter.

843 BGHZ 126, 181, 189 = ZIP 1994, 1103 = WM 1994, 1428 (Ziff. II 2 b der Gründe).

844 BGH, ZIP 1989, 1455 = DB 1989, 2320 (Ziff. II 2 der Gründe); BGH, ZIP 1991, 1140 = NJW-RR 1991, 1247 (Leitsatz 3).

845 BGH, ZIP 1995, 31 = GmbHR 1995, 130 = WM 1995, 108 (Ziff. 2 a der Gründe); ähnlich BGHZ 126, 181, 189 = ZIP 1994, 1103, 1106 („Erklärungen im Vorfeld einer Garantieusage“); dem folgend *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 672), § 43 Rn. 71; *Scholz/U. H. Schneider* (Fn. 760), § 43 Rn. 316 m.w.N., *U. H. Schneider*, GmbHR 2010, 57, 58.

846 OLG Zweibrücken, NZG 2002, 423 (Leitsatz und Ziff. 2 b der Gründe).

847 Deutlich OLG Frankfurt, ZInsO 2007, 548, wo das Vorliegen einer Garantie abgelehnt (juris-Rn. 28), die Haftung aus § 311 Abs. 3 BGB jedoch bejaht wird (juris-Rn. 20 ff.).

848 BT-Drucks. 14/6040, S. 163.

849 BGH, ZIP 1995, 31 = GmbHR 1995, 130 = WM 1995, 108 (Ziff. 2 a der Gründe).

850 BGH, ZIP 2001, 1496 = DB 2001, 1825 (Leitsatz und Ziff. II 1 der Gründe).

851 BGHZ 177, 25, 28 ff. = ZIP 2008, 1526 (Rn. 11 ff.); dazu aufschlussreich *Kersting*, JR 2009, 221 ff.

852 Siehe oben bei Fn. 186.

853 OLG Schleswig, NJW 2004, 1257 = NZI, 2004, 92; OLG Frankfurt, ZInsO 2007, 548.

854 OLG Düsseldorf, ZInsO 2017, 2114 = ZIP 2017, 2211, 2212 („Dass der Geschäftsführer eines Unternehmens sachkundig ist, kann der Geschäftspartner ohnehin erwarten“).

ten restriktiven Rechtsprechung des BGH zur (i.d.R. fehlenden Haftung) der Geschäftsführer gem. § 311 Abs. 3 BGB.⁸⁵⁵

cc) Haftungsumfang

Liegen gleichwohl einmal die o.g. Voraussetzungen vor, so haftet der Geschäftsführer gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB auf das **negative Interesse** (Vertrauensschaden), wenn das mit der GmbH geschlossene Geschäft „platzt“ oder die Gesellschaft ihrer Gegenleistungspflicht nicht nachkommt.

3. Deliktshaftung

Neben der vertraglichen und quasivertraglichen Haftung kann auch das Deliktsrecht dem Vertragspartner einer kriselnden GmbH Schutz vermitteln.⁸⁵⁶

Für deliktisches Handeln ihrer Organe, also insbesondere ihres Geschäftsführers, haftet die GmbH Dritten entsprechend § 31 BGB auf Schadensersatz, es sei denn das Opfer wurde nicht in Ausführung der dem Geschäftsführer zustehenden Verrichtungen, sondern nur „bei Gelegenheit“ verletzt.⁸⁵⁷ Anders als bei übrigen Mitarbeitern kann sich die GmbH für das deliktische Handeln ihrer Organe (und sonstiger Repräsentanten) nicht nach § 831 BGB exkulpieren.⁸⁵⁸

Neben der Haftung der GmbH bleibt die eigene Haftung des Geschäftsführers für sein deliktisches Handeln (oder Unterlassen) bestehen; **Gesellschaft und Geschäftsführer** haften, soweit die Voraussetzungen des § 31 BGB vorliegen, dem Verletzten **als Gesamtschuldner** (§ 840 BGB). Der Geschäftsführer haftet persönlich, wenn er selbst eine unerlaubte Handlung begeht oder sich einer Straftat schuldig macht, die ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB verletzt.

a) Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung (§ 826 BGB)

Ein Verhalten des Geschäftsführers und/oder Gesellschafters bzw. ein von diesem (bewusst) geschaffener gläubigerschädigender Zustand kann Ansatzpunkt für eine Haftung aus § 826 BGB sein.⁸⁵⁹ Diese allgemeine zivilrechtliche Norm gerät immer dann in den Blick, wenn ein Gläubiger, der in der Insolvenz der GmbH mit seiner Forderung ausfällt, nicht in seinen nach § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgütern verletzt, sondern nur in seinem Vermögen geschädigt ist und zudem kein besonderes Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB einschlägig ist. Mit den Tatbestandsmerkmalen der Sittenwidrigkeit und des Vorsatzes stellt § 826 BGB freilich hohe Hürden für die Haftung des Gesellschafters, der oft zugleich Geschäftsführer ist, auf. In erster Linie geht es insoweit um Sachverhalte, in denen die Gesellschafter die Rechtsform der GmbH bewusst zum Zwecke der Gläubigerschädigung missbrauchen. Dann haften sie selbst aus § 826 BGB und ggf. neben ihnen der Geschäftsführer.⁸⁶⁰

aa) Sozialwidrige Risikoabwälzung auf Dritte

Eine unmittelbare Außenhaftung gegenüber den Gläubigern aus § 826 BGB hat die Rechtsprechung zum einen in Fällen

anerkannt, in denen die Gesellschafter(-Geschäftsführer) die gesellschaftliche Struktur derart angelegt hatten, dass Nachteile systematisch bei der GmbH anfallen, während sich die Vorteile in ihrem Privatvermögen realisieren und dadurch die Gläubiger planmäßig und absehbar geschädigt werden (sog. **Aschenputtelfälle**).⁸⁶¹

Im Architektenfall aus dem Jahr 1978 ging es um eine Gestaltung, in der sich die vom Beklagten beherrschte GmbH & Co. KG gegenüber diesem verpflichtete, Bauvorhaben auf Grundstücken des Beklagten zu einem **Festpreis** zu errichten, **der die Selbstkosten der Gesellschaft voraussichtlich nicht deckt**. Der in der Insolvenz der unterkapitalisierten GmbH ausgefallene Architekt nahm daraufhin den Beklagten persönlich in Anspruch und hatte damit beim BGH Erfolg.⁸⁶²

Im Bauhandwerkerfall aus dem Jahr 1988 erfolgte die Gründung einer GmbH und deren mangelnde Vermögensausstattung mit dem Ziel, Verträge mit Bauhandwerkern durch die GmbH abschließen zu lassen, die Bauleistungen der Vertragspartner aber auf Grundstücken der Gesellschafter-Geschäftsführer erbringen und damit den Vorteil jenen persönlich zukommen zu lassen. Durch diese **planmäßige Spaltung der Vor- und Nachteile** wurde den Werkunternehmern der Zugriff auf die mit ihren Werkleistungen geschaffenen Vermögenswerte, nämlich die den Gesellschaftern persönlich zufließenden Erlöse aus dem Verkauf der renovierten Wohnungen, unmöglich gemacht.⁸⁶³

Im Jahr 1992 hat der BGH zudem eine Haftung aus § 826 BGB in einem Fall bejaht, in dem der Geschäftsführer in großem Umfang **Bauvorhaben ohne sachgerechte Kalkulation** durchführte und Aufträge zu Festpreisen übernahm, die nicht kostendeckend waren. Damit war von vornherein absehbar, dass die Forderungen der für die GmbH tätigen Bauhandwerker aus den Erlösen der GmbH nicht befriedigt

855 Siehe schon oben bei Fn. 191.

856 Siehe zum Folgenden auch schon Scholz/Bitter (Fn. 665), § 13 Rn. 97 ff.; ferner Scholz/U. H. Schneider (Fn. 760), § 43 Rn. 321 ff.; allgemein zum zivilrechtlichen Schutz (u.a. durch das Deliktsrecht) in Krisensituationen Gehrlein, DB 2016, 1177 ff., dort als „Flankenschutz“ zur Insolvenzanfechtung dargestellt.

857 Drescher, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 7. Aufl. 2013, Rn. 941; allgemein zu § 31 BGB Bitter/Heim, GesR (Fn. 779), § 2 Rn. 7.

858 Allgemein zu § 31 BGB und zur sog. Repräsentantenhaftung Bitter/Heim, GesR (Fn. 779), § 2 Rn. 7 mit Fällen 1, 24 und 31.

859 Siehe dazu schon Scholz/Bitter (Fn. 665), § 13 Rn. 100 ff.; ferner Scholz/U. H. Schneider (Fn. 760), § 43 Rn. 334 ff.; vgl. auch Raiser, in: Ulmer (Fn. 690), § 13 Rn. 128 f.; Steffek, JZ 2009, 77, 80 f. m.N. zur Rspr.

860 Zur Geschäftsführerhaftung aus § 826 BGB bei einem „Schwindelunternehmen“ siehe z.B. BGH, ZInsO 2015, 2296 = ZIP 2015, 2169 = MDR 2015, 1363.

861 Siehe zum Folgenden schon Scholz/Bitter (Fn. 665), § 13 Rn. 100 ff.; ferner Saenger, in: Saenger/Inhester (Fn. 698), § 13 Rn. 129 ff.; Steffek, JZ 2009, 77, 81; Weber/Sieber, ZInsO 2008, 952, 955 f.

862 BGH, GmbHR 1979, 89; dazu Schwab, GmbHR 2012, 1213, 1217 f. m.w.N.

863 BGH, NJW-RR 1988, 1181 = DB 1988, 1848; ebenso OLG Jena, ZIP 2002, 631, 632 f. = GmbHR 2002, 112.

werden konnten, während der beklagte Geschäftsführer sein Gehalt sowie eine Provision vorab aus den eingehenden Bau- geldern zahlen konnte.⁸⁶⁴

bb) Täuschung über die Bereitschaft/Fähigkeit der Gesellschaft zur Erfüllung von Verträgen

Anerkannt ist eine Haftung aus § 826 BGB ferner, wenn dem Geschäftsführer nachgewiesen werden kann, dass er einen Vertragspartner von Anfang an über die Bereitschaft und Fähigkeit der GmbH zur Bezahlung der bezogenen Waren oder Dienstleistungen getäuscht hat.⁸⁶⁵ Dabei ist ausreichend, wenn der Geschäftsführer die für die zukünftige Nichterfüllung maßgebenden Tatsachen kannte und nur mit der Möglichkeit eines Schadens für den Vertragspartner rechnete, also bedingt vorsätzlich handelte.⁸⁶⁶ Eine **Pflicht zur Offenbarung der wirtschaftlichen Lage der GmbH** besteht, wenn die Durchführbarkeit des Vertrags bei Vorleistungspflicht des Vertragspartners durch Überschuldung der Gesellschaft von vornherein schwerwiegend gefährdet ist oder wenn die schlechte wirtschaftliche Lage zur Vereitelung des Vertragszwecks geeignet ist, insbesondere wenn bei Inanspruchnahme von Geld- und Warenkredit mit Rücksicht auf die bestehende Überschuldung zu erwarten ist, dass die Gesellschaft im Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung zahlungsunfähig sein wird.⁸⁶⁷

In derartigen Fällen greift neben § 826 BGB zudem auch die unten noch darzustellende Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB (Betrug) ein.⁸⁶⁸

cc) Unterkapitalisierung/Spekulation auf Kosten der Gläubiger

Neben den vorgenannten Fällen, die entweder dem berühmten Aschenputtel-Motto „Die guten ins Töpfchen, die schlechten ins Kröpfchen“ folgen oder sich als schlichter Betrug darstellen, wird § 826 BGB insbesondere in zwei Konstellationen relevant, die zugleich als Anwendungsfälle der „echten“ Durchgriffshaftung diskutiert werden: Unterkapitalisierung und Vermögensvermischung. Ist der Vorsatz nachweisbar, greift § 826 BGB ein (dazu sogleich). Gelingt der Beweis nicht, ist weiter zu fragen, ob auch unterhalb dieser Haftungsschwelle eine Gesellschafterhaftung wegen teleologischer Reduktion des § 13 Abs. 2 GmbHG anzuerkennen ist (dazu unten C. II.).⁸⁶⁹

Eine **eindeutig unzureichende Kapitalisierung**, die in keinem Verhältnis zu den von der GmbH eingegangenen Risiken steht und bei der folglich im Fall der Realisierung des Risikos notwendig die Gläubiger der GmbH ausfallen müssen, ist bei (bedingt) vorsätzlichem Handeln der Gesellschafter als Fallgruppe des § 826 BGB anzuerkennen.⁸⁷⁰ Der BGH, der jedenfalls einer echten (objektiven) Durchgriffshaftung wegen Unterkapitalisierung sehr reserviert gegenübersteht,⁸⁷¹ hat die Frage freilich im Hinblick auf § 826 BGB in seinem Urteil „Gamma“ aus dem Jahr 2008 offengelassen.⁸⁷²

Wie oben zur Existenzvernichtung schon ausgeführt, hat er allerdings in früheren Urteilen zur (zunächst konzernrecht-

lich) begründeten Missbrauchshaftung wegen Existenzvernichtung auch die Fälle der „einseitigen Spekulation auf Kosten der Gläubiger“ anerkannt⁸⁷³ und genau darum geht es bei qualifizierter Unterkapitalisierung. Ist aber in solchen Fällen – entgegen der jüngeren Rechtsprechung – sogar eine (Außen-) Haftung wegen objektiven Missbrauchs der Haftungsbeschränkung anzuerkennen (unten C. II. 2.), muss erst recht eine Haftung aus § 826 BGB eingreifen, wenn den Gesellschafter-Geschäftsführern vorsätzliches Verhalten nachgewiesen werden kann.

Nach der zutreffenden Ansicht des BGH und des BAG liegt eine sittenwidrige Spekulation auf Kosten der Gläubiger aber nicht schon in Fällen eines **ex-ante lohnend erscheinenden Sanierungsversuchs** vor: Versucht jemand ein notleidendes Unternehmen zu retten und darf er die Krise den Umständen nach als überwindbar und darum Bemühungen um ihre Behebung als lohnend ansehen, verstößt er damit nicht schon deshalb gegen die guten Sitten, weil dieser Versuch die Möglichkeit des Misslingens und damit einer Schädigung nicht informierter Geschäftspartner und Gläubiger einschließt.⁸⁷⁴ Dass der (geschäftsführende) Gesellschafter die Bemühungen um eine Sanierung für erfolgreich und die Krise für überwindbar ansehen durfte, muss aber er selbst beweisen.⁸⁷⁵ Dazu genügt es nicht, dass er subjektiv davon

864 BGH, GmbHR 1992, 363 = ZIP 1992, 694 = WM 1992, 735 (Ziff. 2 der Gründe).

865 Dazu Scholz/U. H. Schneider (Fn. 760), § 43 Rn. 335 m.w.N.

866 BGH, NJW 1984, 2284, 2285 = ZIP 1984, 439, 441 (Ziff. IV 3 der Gründe); Schulze-Osterloh, in: FS Lutter, 2000, S. 707, 715 f.

867 BGH, NJW-RR 1991, 1312 = WM 1991, 1548.

868 Siehe unten Ziff. C. I. 3. b) aa) bei Fn. 899 ff.

869 Siehe zu beiden Ansätzen schon umfassend Scholz/Bitter (Fn. 665), § 13 Rn. 105 ff. (§ 826 BGB), 130 ff. (Fallgruppen der Durchgriffshaftung).

870 Siehe schon Scholz/Bitter (Fn. 665), § 13 Rn. 106; ebenso Merkt, in: MünchKomm. GmbHG (Fn. 671), § 13 Rn. 342; Raiser, in: Ulmer (Fn. 690), § 13 Rn. 143 ff.; Weller/Discher, in: Bork/Schäfer (Fn. 728), § 13 Rn. 41; Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 31, 60; Altmeppen, in: Roth/Altmeppen (Fn. 708), § 13 Rn. 145 ff.; Altmeppen, ZIP 2008, 1201, 1205 f.; Reuter, in: MünchKomm. BGB, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, Vor § 21 BGB Rn. 41 f.; Kahler, BB 1985, 1429, 1431; Wüst, JZ 1995, 990, 994; Steffek, JZ 2009, 77, 81; ausführlich Weitbrecht, Haftung der Gesellschafter bei materieller Unterkapitalisierung der GmbH, 1990, S. 81 ff.; von „allgemeiner Anerkennung“ spricht Wiesner, Materielle Unterkapitalisierung – ein überflüssiges Institut? in: Theobald (Hrsg.), Entwicklungen zur Durchgriffs- und Konzernhaftung, S. 59, 68 f.; siehe zur Rspr. auch Heermann, Materielle Unterkapitalisierung und sog. Haftungsdurchgriff, Überlegungen zum Anwendungsbereich, zu den dogmatischen Grundlagen und zu den Tatbestandsvoraussetzungen, ebenda, S. 11, 38 ff.; im Grundsatz auch Fastrich, in: Baumbach/Hueck (Fn. 672), § 13 Rn. 50, aber sehr zurückhaltend; auf die Umstände des Einzelfalls hinweisend auch Strohn, ZInsO 2008, 706, 711; insgesamt a.A. Gloger/Goette/Japing, ZInsO 2008, 1051, 1056 f.

871 Dazu noch unten Ziff. C. II. 2.

872 BGHZ 176, 204, 216 = GmbHR 2008, 805 = ZIP 2008, 1232, 1235 f. (Leit-satz 2 und Rn. 25) – „Gamma“.

873 Siehe oben bei Fn. 728, ferner unten bei Fn. 1147.

874 So BAG, GmbHR 1991, 413 = ZIP 1991, 884 = NJW 1991, 2923; ähnlich BGHZ 108, 134, 141 ff. = ZIP 1989, 1341, 1344 = GmbHR 1990, 69 (Ziff. 3 der Gründe); Scholz/U. H. Schneider (Fn. 760), § 43 Rn. 336 m.w.N.; Gehrlein, ZInsO 2017, 849, 854 f.

875 BGH, ZIP 2008, 361, 362 = GmbHR 2008, 315 = WM 2008, 456 (Rn. 17), insoweit in BGHZ 175, 58 nicht abgedruckt.

ausging, die Krise sei überwindbar; er muss vielmehr objektive Anhaltspunkte vortragen.

dd) Vermögensvermischung

Eine Haftung aus § 826 BGB sollte zudem anerkannt werden, wenn Gesellschafter planmäßig das Gesellschafts- mit Privatvermögen vermischen, um auf diese Weise dem Gläubiger den Haftungszugriff auf das GmbH-Vermögen zu erschweren.⁸⁷⁶ In Fällen einer derartigen generellen Vermögensvermischung wird freilich auch vom BGH eine echte Durchgriffshaftung wegen Missbrauchs der Rechtsform anerkannt (unten C. II. 1.), sodass die nur bei Vorsatz eingreifende Haftung aus § 826 BGB daneben ohne praktische Bedeutung ist.⁸⁷⁷

ee) Vorsätzliche Insolvenzsverschleppung

Bei Insolvenzreife der Gesellschaft kommt neben der noch darzustellenden Haftung für (mindestens) fahrlässige Insolvenzsverschleppung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO⁸⁷⁸ auch eine Haftung für vorsätzliche Insolvenzsverschleppung in Betracht.⁸⁷⁹ § 826 BGB findet also im Verhältnis zu § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO kumulativ Anwendung, doch geht er über den dort normierten Verhaltensstandard nicht hinaus: Ein mit § 15a InsO konformes Verhalten kann im Rahmen des § 826 BGB also nicht als sittenwidrig qualifiziert werden.⁸⁸⁰ Daraus folgt, dass die an vorsätzliches Verhalten anknüpfende Haftung aus § 826 BGB insoweit keine praktische Bedeutung erlangt, wie auch der Tatbestand der nach h.M. bereits bei Fahrlässigkeit eingreifenden Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO erfüllt ist.⁸⁸¹

Relevant wird § 826 BGB deshalb im Bereich der Insolvenzsverschleppungshaftung nur in solchen Fällen, in denen entweder eine Person in Anspruch genommen werden soll, die nicht Geschäftsführer – oder bei Führungslosigkeit: Gesellschafter – ist und folglich nicht der Insolvenzantragspflicht des § 15a InsO unterliegt (z.B. die finanzierende Bank⁸⁸² oder ein Warenkreditgeber⁸⁸³) oder in denen der Geschädigte nicht vom Schutzbereich der Insolvenzsverschleppungshaftung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO erfasst wird.⁸⁸⁴ Letzteres gilt etwa für die Bundesagentur für Arbeit, die den Geschäftsführer für das von ihr gezahlte **Insolvenzgeld** in Anspruch nehmen will.⁸⁸⁵

ff) Einstellung des Geschäftsbetriebs/ Existenzvernichtung

Für sich genommen nicht sittenwidrig ist es, wenn eine GmbH liquidiert und die Geschäftstätigkeit auf eine neue Gesellschaft übertragen wird (GmbH-Stafette). Ein derartiges Unwerturteil scheidet nämlich daran, dass die Gesellschafter einer GmbH nicht verpflichtet sind, deren Geschäftsbetrieb im Interesse von Gesellschaftsgläubigern im bisherigen Umfang fortzuführen. Sie können die Beendigung des Geschäftsbetriebs und die Auflösung der Gesellschaft beschließen, Warenbestände veräußern, die Geschäftstätigkeit einschränken und auf vielfache andere Weise

Maßnahmen treffen, durch die sich die Vollstreckungsaussichten von Gesellschaftsgläubigern vermindern.⁸⁸⁶

Anderes gilt dagegen, wenn die Gesellschaft „ausgeplündert“, die GmbH also „auf kaltem Wege“ und unter Umgehung der gesetzlichen Liquidationsvorschriften beseitigt wird. Dann greift die Haftung aus § 826 BGB wegen Existenzvernichtung ein, die allerdings nach dem „Trihotel“-Urteil nur noch eine Innenhaftung gegenüber der GmbH begründen soll,⁸⁸⁷ während richtigerweise – nicht anders als in allen anderen vorgenannten Fällen sittenwidriger Gläubigerschädigung – eine Außenhaftung anzuerkennen ist.⁸⁸⁸

gg) Subjektiver Tatbestand

Die Haftung aus § 826 BGB setzt – wie bereits in Bezug auf einzelne Fallgruppen erwähnt – mindestens bedingten Vorsatz (*dolus eventualis*) voraus.⁸⁸⁹ Der Geschäftsführer muss also die unmittelbar drohende Insolvenz der Gesellschaft erkannt oder jedenfalls für möglich gehalten (Wissenselement) und die Schädigung der Gläubiger – etwa durch den Abschluss von Verträgen ohne Hinweis auf die wirtschaftliche Situation, das Hinauszögern des „Todeskampfes“ der GmbH durch Fortführung des Betriebs etc. – zumindest billigend in Kauf genommen haben (Wollenselement).⁸⁹⁰

876 Scholz/Bitter (Fn. 665), § 13 Rn. 109; zust. Merkt, in: MünchKomm. GmbHG (Fn. 671), § 13 Rn. 342; ebenso Fischinger (Fn. 665), S. 374.

877 So schon Scholz/Bitter (Fn. 665), § 13 Rn. 109; ebenso Fischinger (Fn. 665), S. 374.

878 Hierzu ausführlich unten Ziff. C. I. 3. b) gg) bei Fn. 966 ff.

879 Näher Casper, in: Ulmer (Fn. 672), § 64 Rn. 195 f. m.w.N.; siehe auch Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck (Fn. 672), § 13 Rn. 52.

880 Vgl. in Bezug auf die Dreiwochenfrist des § 15a InsO auch Casper, in: Ulmer (Fn. 672), § 64 Rn. 196, jedoch auf § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. verweisend.

881 Ähnlich Casper, in: Ulmer (Fn. 672), § 64 Rn. 197, wenn er nur auf die Altgläubiger verweist. Den dort geschilderten Fall, dass die Insolvenz sicher abzusehen war, aber noch keine Insolvenzantragspflicht bestand, dürfte es aber kaum geben, weil bei negativer Fortführungsprognose i.d.R. Überschuldung vorliegt. Die Bedeutung des § 826 BGB liegt richtigerweise in den nachfolgend im Text genannten Fällen.

882 Dazu monographisch Gawaz, Bankenhaftung für Sanierungskredite, 1997; Engert, Die Haftung für drittschädigende Kreditgewährung, 2005; Vuia, Die Verantwortlichkeit von Banken in der Krise von Unternehmen, 2007; Ferschen, Prüfungspflicht der Bank in der Krise des Unternehmens, 2008; vgl. im Zusammenhang mit der Insolvenzanfechtung auch Gehrlein, DB 2016, 1177, 1180.

883 Vgl. dazu Gehrlein, DB 2016, 1177, 1182 f.

884 Vgl. dazu Wagner, in: MünchKomm. BGB (Fn. 784), § 826 Rn. 157.

885 Dazu BGHZ 108, 134 = NJW 1989, 3277 = ZIP 1989, 1341; BGHZ 175, 58 = ZInsO 2008, 384 = ZIP 2008, 361; ferner BGH, ZInsO 2010, 41 = ZIP 2009, 2439 und OLG Stuttgart, GmbHR 2010, 207 zur Darlegungs- und Beweislast der Bundesagentur, wenn der Geschäftsführer berechtigt einwendet, Insolvenzgeld hätte auch bei rechtzeitiger Antragstellung bezahlt werden müssen.

886 BGH, NJW 1996, 1283 = WM 1996, 587; ebenso Scholz/U. H. Schneider (Fn. 760), § 43 Rn. 337.

887 Siehe oben Ziff. B. IV.

888 Siehe oben Ziff. B. IV. 2. bei Fn. 706; ferner Scholz/Bitter (Fn. 665), § 13 Rn. 152, 155 f., 159.

889 Allgemein und ausführlich zum Vorsatz bei § 826 BGB Wagner, in: MünchKomm. BGB (Fn. 784), § 826 Rn. 25 ff., zum bedingten Vorsatz insbes. Rn. 27.

890 BGH, ZIP 1992, 694 = NJW-RR 1992, 1061 (Ziff. 2 der Gründe); allgemein auch Wagner, in: MünchKomm. BGB (Fn. 784), § 826 Rn. 27 m.w.N.

Grds. ist zwar positive Kenntnis der Insolvenzzureife notwendig. Ausnahmsweise reicht aber (bewusste oder leichtfertige) Unkenntnis aus, und zwar dann, wenn der Geschäftsführer sich – entgegen seinen Geschäftsführerpflichten – keine Informationen über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft verschafft und nur deshalb nicht von der Insolvenzzureife weiß.⁸⁹¹ Er handelt dann gleichsam „ins Blaue hinein“ und hält es damit zumindest für möglich, dass die Gesellschaft schon insolvenzreif ist.⁸⁹²

Für das Wollenselement, der billigenden Inkaufnahme der Gläubigerschädigung, ist ausreichend, dass der Geschäftsführer es hinnimmt, die Gesellschaft werde die vertraglich übernommenen Verbindlichkeiten nicht erfüllen können.⁸⁹³ Auf die Schädigung ganz bestimmter Gläubiger braucht sich der Vorsatz nicht zu erstrecken. Es reicht aus, wenn der Schädiger sowohl die Richtung vorausgesehen und billigend in Kauf genommen hat, in der sich das Verhalten zum Nachteil anderer auswirken konnte, als auch die Art des möglicherweise eintretenden Schadens.⁸⁹⁴

hh) Haftungsumfang

Rechtsfolge des § 826 BGB ist Schadensersatz nach Maßgabe der §§ 249 ff. BGB, primär also Naturalrestitution (§ 249 Abs. 1 BGB). Dabei wird im Deliktsrecht allgemein nur das **negative Interesse** ersetzt.⁸⁹⁵ Wer also durch ein sittenwidriges Verhalten der Geschäftsführer oder Gesellschafter zum Vertragsschluss mit der (insolvenzreifen) GmbH verleitet worden ist, muss im Rahmen des Schadensersatzes so gestellt werden, wie er gestanden hätte, wenn es nicht zum Vertragsschluss gekommen wäre. Damit ist insbesondere der **beabsichtigte Gewinn** aus dem mit der GmbH abgeschlossenen Vertrag **nicht ersatzfähig**.⁸⁹⁶ Hat der Geschädigte jedoch im Hinblick auf den Vertragsschluss mit der (insolventen) GmbH eine andere Geschäftsgelegenheit ausgeschlagen, ist der potenzielle Gewinn aus jenem Geschäft nach Maßgabe des § 252 BGB ersatzfähig.⁸⁹⁷

b) Verletzung eines Schutzgesetzes (§ 823 Abs. 2 BGB)

Eine persönliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers gegenüber Gläubigern der Gesellschaft kann sich auch aus § 823 Abs. 2 BGB ergeben.⁸⁹⁸ Dabei sollen hier diejenigen Schutzgesetze in den Vordergrund der Betrachtung gerückt werden, deren Tatbestand typischerweise im Vorfeld einer Insolvenz verwirklicht wird und die deshalb in der späteren Insolvenz der GmbH einen Rückgriff auf den Geschäftsführer erlauben.

aa) Betrug (§ 263 StGB)

Ein Betrug i.S.d. § 263 StGB liegt vor, wenn der Geschäftsführer einen anderen täuscht und dadurch bei diesem oder einem Dritten einen Vermögensschaden verursacht. Die Tat muss zudem darauf gerichtet sein, sich oder andere, z.B. also die GmbH, rechtswidrig zu bereichern.

Wie bereits zur Haftung aus § 826 BGB ausgeführt,⁸⁹⁹ kommen als GmbH- und insolvenzspezifische Sachverhalte vor

allem solche Fälle in Betracht, in denen der Geschäftsführer den Vertragspartner *bei Abschluss des Vertrags* über die Fähigkeit und Bereitschaft der GmbH zur Erfüllung des Vertrags täuscht.⁹⁰⁰ Eindeutig sind insoweit Fälle einer **ausdrücklichen Täuschung**, wenn sich der Vertragspartner etwa vor dem Vertragsschluss oder auch erst vor seiner Leistungserbringung nach der Solvenz der GmbH erkundigt und der Geschäftsführer (oder sonstige Vertreter) dazu bewusst unrichtige Angaben macht, um in den Genuss der Leistung zu kommen. Fehlt es an einer ausdrücklichen Erklärung, ist an eine **konkludente Täuschung** zu denken, wobei zwischen der Situation bei Vertragsschluss und bei der späteren (Vor-)Leistung zu unterscheiden ist:

Jedenfalls die *Eingehung* einer vertraglichen Verpflichtung enthält – wenn sich aus den Umständen nichts anderes ergibt – die stillschweigende Erklärung des Schuldners, dass er zur Vertragserfüllung willens und nach seinem Urteil bei Fälligkeit auch in der Lage sei.⁹⁰¹ Hat der Geschäftsführer Kenntnis, dass die GmbH bereits überschuldet ist und schließt er gleichwohl noch Verträge ab, in denen Dritte zu Vorleistungen verpflichtet werden, kann sich daraus folglich der Vorwurf des Betrugs ergeben.

Wird jedoch *nach* Vertragsschluss lediglich die geschuldete Leistung entgegengenommen, obwohl zwischenzeitlich die Insolvenzzureife eingetreten ist, liegt darin i.d.R. keine konkludente Täuschung.⁹⁰² Vielmehr kommt dann höchstens eine **Täuschung durch Unterlassen** in Betracht. Voraussetzung für eine Aufklärungspflicht ist aber eine **Garantenpflicht des Geschäftsführers**, die von der Rechtsprechung bei vertraglichen Beziehungen nur unter besonderen Umständen, insbesondere einer im Einzelfall genau festzustellenden Vertrauensbeziehung angenommen wird.⁹⁰³ Bejaht wird dies z.B. bei einer engen laufenden Geschäftsbeziehung, bei der

891 Drescher (Fn. 857), Rn. 1312.

892 Siehe allgemein zum bedingten Vorsatz bei einem Handeln „ins Blaue hinein“ Wagner, in: MünchKomm. BGB (Fn. 784), § 826 Rn. 31; in Bezug auf § 123 BGB ferner Bitter/Röder, BGB AT (Fn. 794), § 7 Rn. 149.

893 BGH, NJW 1979, 2104, 2105.

894 BGHZ 108, 134, 141 ff. = ZIP 1989, 1341 (Ziff. 3 der Gründe).

895 Ausführlich zur Insolvenverschleppungshaftung unten bei Fn. 1003 ff.; allgemein BGH, ZInsO 2012, 1367 = ZIP 2012, 1455 (Rn. 14) m.w.N.; zu § 826 BGB Casper, in: Ulmer (Fn. 672), § 64 Rn. 197.

896 Zur Insolvenverschleppungshaftung unten Fn. 1007; deutlich BGH, ZInsO 2012, 1367 = ZIP 2012, 1455 (Rn. 14 f.) m.w.N.; vgl. auch Casper, in: Ulmer (Fn. 672), § 64 Rn. 197 mit Verweis auf Rn. 176 f.

897 Zur Insolvenverschleppungshaftung unten Fn. 1008; deutlich z.B. BGH, ZInsO 2009, 1159 = ZIP 2009, 1220 (Leitsatz 2 und Rn. 16).

898 Scholz/U. H. Schneider (Fn. 760), § 43 Rn. 328 ff.

899 Siehe oben Ziff. C. I. 3. a) bb) bei Fn. 865 ff.

900 Dazu Scholz/Karsten Schmidt (Fn. 703), § 64 Rn. 221; Casper, in: Ulmer (Fn. 672), § 64 Rn. 191; Schulze-Osterloh, in: FS Lutter, 2000, S. 707, 712 ff.

901 BGH, ZIP 1984, 439, 441 (Ziff. IV 1 b der Gründe; insoweit in NJW 1984, 2284 nicht abgedruckt); siehe auch BGH, ZIP 1995, 31, 32 = WM 1995, 108; OLG Köln, ZInsO 2014, 2453 = GmbHR 2014, 1039; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck (Fn. 672), § 43 Rn. 81; Schulze-Osterloh, in: FS Lutter, 2000, S. 707, 712 f.

902 BeckOK StGB/Beukelmann, 36. Ed. 1.11.2017, § 263 Rn. 17.

903 BGH, ZInsO 2017, 216 = ZIP 2017, 370 (Rn. 15) – „JuraXX“.

auf Abruf oder auf weitere Bestellung ständig Waren oder Leistungen auf laufende Rechnung geliefert werden,⁹⁰⁴ nicht hingegen bei bloßen Austauschverträgen.

Im **Sonderfall des Beitritts zu einer Anwaltskanzlei** mit Verpflichtung zur Leistung eines Nachrangdarlehens hat der 4. Strafsenat des BGH kürzlich im Fall „JuraXX“ ausgesprochen, dass als täuschungsrelevante Tatsache auch schon ein „Liquiditätsengpass“ in Betracht kommt, wenn durch dessen Verschweigen der vom Vertragspartner erstrebte Zweck gefährdet wird.⁹⁰⁵ Zu konkretisieren bleibt freilich, ab wann ein „Liquiditätsengpass“ eine rechtlich greifbare Tatsache i.S.d. § 263 StGB darstellt und ob der relevante Aufklärungszeitraum nicht richtigerweise erst im Zeitpunkt der drohenden Zahlungsunfähigkeit oder eines anderen Insolvenzeröffnungsgrundes beginnen sollte.⁹⁰⁶ Klar ist nämlich: Je früher man eine Aufklärungspflicht bejaht, desto eher kommt auch ein dem Grunde nach noch gesundes Unternehmen in Insolvenzgefahr, weil es bei einer Aufklärung über jegliche Liquiditätsengpässe kaum noch Geschäfte machen kann.

Unabhängig davon kann eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB natürlich auch in allen sonstigen Betrugsfällen eingreifen, in denen es um allgemeine kriminelle Machenschaften geht, die nicht allein ein GmbH-Geschäftsführer, sondern auch ein Einzelkaufmann unternehmen kann. Beispiele aus der Rechtsprechung des BGH sind etwa

- die Täuschung von Käufern über Eigenschaften der Kaufsache mit dem Ziel eines Vertragsabschlusses,⁹⁰⁷
- die Täuschung durch unrichtige Prospektangaben, um Anleger zum Abschluss einer privaten Altersvorsorge zu veranlassen.⁹⁰⁸

bb) Kreditbetrug (§ 265b StGB)

Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB ist auch § 265b StGB (sog. Kreditbetrug).⁹⁰⁹ Nach Abs. 1 der Vorschrift macht sich strafbar, wer unrichtige Angaben im Zusammenhang mit der Gewährung, Belassung oder Veränderung eines Kredites macht (Nr. 1) oder die Veränderung entscheidungserheblicher Angaben nicht mitteilt (Nr. 2). Die Vorschrift schützt nicht nur das Vermögen des einzelnen Kreditgebers, sondern auch das Allgemeininteresse an der Verhütung von Gefahren, die der Wirtschaft im Ganzen infolge der vielfältigen Abhängigkeiten von Gläubigern, Schuldern und Arbeitnehmern durch ungerechtfertigte Vergabe von Wirtschaftskrediten erwachsen können.⁹¹⁰ Die Vorschrift ist folglich ein abstraktes Gefährdungsdelikt und bereits dann verwirklicht, wenn die unrichtigen Angaben dem Kreditgeber mitgeteilt werden. Nicht notwendig ist es, dass der Kreditgeber durch die falschen Angaben tatsächlich getäuscht wurde, den Kredit ausbezahlt oder gar einen Vermögensschaden durch die Kreditgewährung erlitten hat.⁹¹¹

Kredit i.S.d. § 265b StGB meint nicht nur das klassische (Bank-)Darlehen. Erfasst werden z.B. auch Warenkredite von Lieferanten, die Stundung von Geldforderungen und die Gewährung von Genussrechtskapital.⁹¹² Auf die Höhe des Kredits kommt es ebenfalls nicht an.⁹¹³

Für die Strafbarkeit des Täters ist (zumindest bedingter) Vorsatz notwendig. Gleiches gilt sodann auch für die daran anknüpfende Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB, die zudem einen Schaden des Betroffenen voraussetzt.

cc) Bankrott (§§ 283 ff. StGB)

Die Insolvenzstraftaten der §§ 283 ff. StGB, insbesondere der Tatbestand des Bankrotts, haben bislang keine große Bedeutung als Anknüpfungspunkt für eine zivilrechtliche Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB erlangt. Dies lag vor allem an einer eingeschränkten Anwendbarkeit dieser Strafnormen auf den Geschäftsführer einer GmbH: Täter des Sonderdelikts kann nur der Schuldner sein, weshalb die Strafbarkeit des Organs (Geschäftsführers) über § 14 StGB begründet werden muss.⁹¹⁴ Da die Vorschrift voraussetzt, dass die handelnde Person „als“ Organ oder Vertreter (Abs. 1) bzw. „auf Grund eines Auftrags“ (Abs. 2) agiert, forderte die **früher herrschende „Interessentheorie“**, das Organ oder der Vertreter müsse zumindest auch im Interesse des Geschäftsherrn gehandelt haben. Liegen demgegenüber – etwa bei der Ausplünderung einer GmbH zugunsten des Alleingesellschafter-Geschäftsführers – ausschließlich eigennützige Motive vor, kam eine Strafbarkeit nicht in Betracht, weil die Vermögensminderung bei der Gesellschaft in einer Krise regelmäßig den Interessen des Geschäftsherrn widersprach.⁹¹⁵ Die Insolvenzdelikte hatten folglich bei Handelsgesellschaften bislang nur einen geringen Anwendungsbereich.⁹¹⁶ Die dadurch entstehende Strafbarkeitslücke füllte der BGH durch den Rückgriff auf § 266 StGB, wonach existenzgefährdende Eingriffe eine Untreue des Geschäftsführers begründen sollten und ein tatbestandsausschließendes Einverständnis der Gesellschafter wegen § 30 GmbHG – einer gläubigerschützenden Norm – unwirksam sein sollte.⁹¹⁷

Mit einem Grundsatzurteil aus dem Jahr 2012 hat der 3. Strafsenat des BGH, nachdem er bei den anderen Senaten ange-

904 Vgl. BGH, wistra 1988, 262 = StV 1988, 386 (juris-Rn. 8); BeckOK StGB/Beukelmann (Fn. 902), § 263 Rn. 19.

905 BGH, ZInsO 2017, 216 = ZIP 2017, 370 (Rn. 19: „Liquiditätsengpass“) – „JuraXX“.

906 Dazu ausführlich *Pauka/Link/Armenat*, NZI 2016, 897 ff.

907 BGHZ 57, 137 = NJW 1972, 36; zum Fall *Dieselgate* siehe eingehend *Altmeyen*, ZIP 2016, 97, 99.

908 BGH, NJW-RR 2005, 751.

909 Scholz/Karsten Schmidt (Fn. 703), § 64 Rn. 222 m.w.N.

910 BGHSt 60, 15 = ZIP 2015, 481 (Rn. 42) m.w.N.; *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 265b Rn. 1.

911 *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 265b Rn. 22.

912 Zu Letzterem BGHSt 60, 15 = ZIP 2015, 481 (Rn. 55 ff.).

913 *Heger*, in: Lackner/Kühl (Fn. 910), § 265b Rn. 3.

914 Zur Organ- und Vertreterhaftung aus strafrechtlicher Sicht siehe ausführlich *Radtke*, ZIP 2016, 1993 ff.

915 Vgl. hierzu *Habetha/Klatt*, NSTZ 2015, 671 ff.

916 Dazu BGH, ZInsO 2009, 1011 ff. = GmbHR 2009, 871 ff. (insbes. Rn. 10 und 19 f.) m. Anm. *Radtke*.

917 Dazu *Habetha/Klatt*, NSTZ 2015, 671, 672; Nachw. zur Rspr. oben in Fn. 767; siehe auch *Anders*, NZWiSt 2017, 13 ff., der – ebenso wie *Habetha/Klatt* – ein alternatives Konzept über § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB vor schlägt.

fragt hatte,⁹¹⁸ die **Interessentheorie aufgeben**.⁹¹⁹ Dies ist zu begrüßen, denn es muss nun nicht mehr entschieden werden, ob eine Handlung des Geschäftsführers auch im Interesse der Gesellschaft erfolgt, welche als juristische Person ohnehin kein autonomes – vom Interesse der Gesellschafter⁹²⁰ zu trennendes – Interesse haben kann.⁹²¹ Folglich kann ein Geschäftsführer nun (auch) gem. § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar sein, obwohl er ausschließlich seine eigenen Interessen verfolgt.⁹²²

Fraglich ist dann allerdings, wann der Geschäftsführer „als Organ oder Vertreter“ i.S.d. § 14 StGB auftritt. Die Rechtsprechung bedarf insoweit noch weiterer Konkretisierung. Bislang scheint sie zu differenzieren:⁹²³ Bei rechtsgeschäftlichem Tätigwerden soll ausreichen, wenn der Geschäftsführer „im Namen der juristischen Person auftritt oder für diese [...] bindende Rechtsfolgen [...] herbeiführt.“⁹²⁴ Bei faktischem Tätigwerden – z.B. dem tatsächlichen Beiseiteschaffen von Wertgegenständen – soll jedenfalls die Zustimmung der Gesellschafter für eine Zurechnung nach § 14 StGB ausreichen.⁹²⁵ In der Literatur bemüht man sich, hieraus das sog. **Funktionsmodell** zu formulieren: Eine Zurechnung erfolge, wenn der Geschäftsführer in seiner Funktion als Geschäftsführer gehandelt hat. Dies sei der Fall, „wenn er diejenigen tatsächlichen oder rechtlichen Handlungsmöglichkeiten einsetzt oder ausnutzt, die aus seiner Organstellung resultieren“ und sich deshalb eine Gefahr realisiert hat, „die durch die vorausgegangene Delegation von Leitungsmacht an den Vertreter“ begründet wurde.⁹²⁶

Steht fest, dass der Geschäftsführer nun nach §§ 283, 14 StGB strafbar ist, kann sich daran auch eine zivilrechtliche Haftung anknüpfen, falls man die Insolvenzstraftaten als Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB ansieht.⁹²⁷

dd) Untreue (§ 266 StGB)

Eine Untreue begeht, wer vorsätzlich seine Pflicht zur Betreuung fremder Vermögensinteressen verletzt, indem er denjenigen, dessen Interessen er zu betreuen hat, benachteiligt. Bei der Untreue sind zwei Fälle zu unterscheiden: Der Untreuetatbestand kann einerseits im Verhältnis des Geschäftsführers zur GmbH, andererseits im Verhältnis zu Dritten verwirklicht werden.

aaa) Verletzung der Vermögensinteressen der GmbH

Im ersten Fall haftet der die Vermögensinteressen der GmbH benachteiligende Geschäftsführer i.d.R. bereits nach § 43 Abs. 2 und 3 GmbHG, sodass es für seine Haftung des Rückgriffs auf § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 StGB nicht bedarf.⁹²⁸ Diese Parallele zwischen Organinnenhaftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG und Untreue wurde jüngst vom BGH bestätigt, als er in den Fällen „Nürburgring“ und „HSH Nordbank“ nur bei einer Überschreitung der Grenzen unternehmerischen Ermessens (sog. *business judgement rule*) eine Pflichtverletzung i.S.d. § 266 StGB für möglich hielt.⁹²⁹

Wichtig im Hinblick auf die Insolvenzsituation ist insoweit jedoch der bereits im Hinblick auf § 43 GmbHG diskutierte

Umstand, dass das GmbH-Vermögen im Grundsatz zur Disposition der Gesellschafter steht, soweit nicht ausnahmsweise Gläubigerinteressen gesetzlich (§ 43 Abs. 3 GmbHG) oder durch die Rechtsprechung (Existenzvernichtung) geschützt sind.⁹³⁰ Wird also der GmbH Vermögen durch den GmbH-Alleingeschafter-Geschäftsführer oder im Einvernehmen mit allen Gesellschaftern entzogen, kann auch keine Untreue i.S.v. § 266 StGB vorliegen, wenn nicht ausnahmsweise der Tatbestand des § 30 GmbHG verwirklicht oder eine Existenzvernichtung der GmbH bewirkt wird.⁹³¹ Bislang orientiert sich das Strafrecht also an der gesellschaftsrechtlich anerkannten Vermögenszuordnung.

bbb) Verletzung der Vermögensinteressen Dritter

Soweit eine Haftung des Geschäftsführers wegen Untreue zu lasten eines Dritten in Rede steht, etwa zu lasten eines Gläubigers der Gesellschaft, dessen Vermögen die Gesellschaft zu betreuen hat, geht es nicht um GmbH-spezifische Besonderheiten. Der Geschäftsführer macht sich z.B. dann strafbar, wenn die GmbH Gelder ihrer Vertragspartner nicht ordnungs-

918 BGH, ZInsO 2011, 2332 = ZIP 2011, 2403.

919 BGHSt 57, 229 = ZInsO 2012, 1484 = ZIP 2012, 1451 (Rn. 23 ff.).

920 Zum Wechsel auf das Gläubigerinteresse ab Eintritt der materiellen Insolvenz siehe jedoch oben bei Fn. 114 ff.

921 Siehe hierzu schon oben bei Fn. 52 m.w.N.; eingehend *Bitter* (Fn. 669), S. 304 ff.; ebenso im hiesigen Zusammenhang *Habetha*, NZG 2012, 1134, 1138 f.; *Habetha/Klatt*, NSStZ 2015, 671, 672.

922 Zur Bankrottstrafbarkeit eines Geschäftsführers bei Rückführung von Gesellschafterdarlehen in der Krise siehe BGH, ZInsO 2017, 1038 = NZI 2017, 542 = GmbHR 2017, 925 und die Anmerkung von *Brand*, NZI 2017, 518.

923 BGHSt 57, 229 = ZInsO 2012, 1484 = ZIP 2012, 1451 (Rn. 22 ff.).

924 BGHSt 57, 229 = ZInsO 2012, 1484 = ZIP 2012, 1451 (Rn. 23); Hervorhebung durch Kursivdruck durch den *Verfasser*.

925 BGHSt 57, 229 = ZInsO 2012, 1484 = ZIP 2012, 1451 (Rn. 25).

926 Ausführlich und m.w.N. *Habetha/Klatt*, NSStZ 2015, 671, 673, 676 und Zusammenfassung S. 677.

927 Dazu nach Aufgabe der Interessentheorie monographisch *Graf von Spee*, Sanktion schuldnerseitiger Insolvenzerursachung durch Vermögensdispositionen, 2016; von geringer Bedeutung neben der Insolvenzverschleppungshaftung ausgehend *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 703), § 64 Rn. 234; von Subsidiarität spricht (zweifelhaft) *Casper*, in: *Ulmer* (Fn. 672), § 64 Rn. 194.

928 *Drescher* (Fn. 857), Rn. 985.

929 Soweit BGHSt 61, 48 = ZIP 2016, 966 = NJW 2016, 2585 (Rn. 57) – „Nürburgring“ und BGH, ZInsO 2017, 25 = ZIP 2016, 2467 (Rn. 27 ff.) – „HSH Nordbank“ davon ausgehen, bei jeder Überschreitung des gesellschaftsrechtlich Zulässigen liege automatisch eine gravierende Pflichtverletzung i.S.d. § 266 StGB vor, ohne dass die besondere Schwere in einem weiteren Schritt festzustellen sei, ist dies berechtigter Kritik ausgesetzt; vgl. *Baur/Holle*, ZIP 2017, 555 ff.: Strafrecht als *ultima ratio*.

930 Ob sich die Grenzen des Einverständnisses der Gesellschafter nach der Aufgabe der „Interessentheorie“ zum Bankrott (oben bei Fn. 919) in Zukunft ändern, diskutiert *Anders*, NZWiSt 2017, 13 ff., der für eine strafrechtsautonome Grenze plädiert.

931 BGH, NJW 2000, 154 = wistra 2000, 18; BGHSt 54, 52 = ZInsO 2009, 1912, 1913 f. = ZIP 2009, 1860, 1861 f. = GmbHR 2009, 1202, 1204 (Rn. 24 ff.); siehe auch die zivilrechtliche Entscheidung BGHZ 142, 92 = NJW 1999, 2817 (Leitsatz 2); zur Grenze der Existenzvernichtung deutlich BGHZ 149, 10 = ZInsO 2001, 1051 = NJW 2001, 3622 (Leitsatz 2) – „Bremer Vulkan“; siehe außerdem zum Verhältnis von Untreue bei existenzgefährdenden Eingriffen, der Verletzung von § 30 GmbHG und § 283 StGB *Habetha*, NZG 2012, 1134 ff.; *Habetha/Klatt*, NSStZ 2015, 671, 672; *Anders*, NZWiSt 2017, 13 ff.

gemäß verwendet bzw. verwaltet. Die Besonderheit bei einer GmbH – im Vergleich etwa zu einem Einzelkaufmann – besteht darin, dass die juristische Person nicht bestraft werden kann. Deshalb wird über die Vorschrift des § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB auf den Geschäftsführer zurückgegriffen.

Ein Verstoß des Geschäftsführers im Hinblick auf eine Vermögensbetreuungspflicht der GmbH gegenüber Dritten wurde bspw. in folgenden Fällen angenommen:

- Kauttionen von Wohnraummietungen werden entgegen der gesetzlichen Verpflichtung des § 550b BGB a.F. (§ 551 Abs. 3 BGB n.F.) nicht getrennt vom Vermögen der GmbH angelegt⁹³² oder zunächst zwar ordnungsgemäß angelegt, jedoch später zweckwidrig verwendet.⁹³³
- Forderungen, welche an einen Werkunternehmer statt Bezahlung des Werklohnes abgetreten wurden, werden entgegen dieser Vereinbarung von der GmbH für eigene Zwecke eingezogen.⁹³⁴

Es ist nicht erforderlich, dass der Geschäftsführer sich hierbei selbst bereichern möchte. Allerdings muss der Geschäftsführer mit Schädigungsvorsatz handeln, wobei es genügt, dass er von der Schädigung bzw. von der Vermögensgefährdung des Dritten weiß und sie billigend in Kauf nimmt.⁹³⁵

ee) § 266a StGB – Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen

In der Praxis sehr bedeutsam und geschäftsführerspezifisch ist die Strafbarkeit aus § 266a StGB mit einer nach h.M. daran anknüpfenden Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB.⁹³⁶ Nach § 266a Abs. 1 StGB wird nämlich bestraft, wer *als Arbeitgeber* der Einzugsstelle Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung vorenthält; der GmbH-Geschäftsführer hat für derartige Pflichten der GmbH nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB einzustehen, wenn diese – wie üblich – als Arbeitgeber gegenüber den Beschäftigten fungiert.⁹³⁷ Dies gilt auch für den nur als Strohhalm handelnden formalen Geschäftsführer⁹³⁸ und für den faktischen Geschäftsführer.⁹³⁹

In einer Krisensituation kann es leicht vorkommen, dass der Geschäftsführer die Arbeitnehmerbeiträge nicht mehr abführt, weil die dazu erforderlichen Mittel nicht vorhanden sind. Für diese Beiträge, nicht allerdings für Säumniszuschläge,⁹⁴⁰ kann er sodann der Sozialversicherung persönlich aus § 823 Abs. 2 BGB haften. Die Darlegungs- und Beweislast des klagenden Sozialversicherungsträgers erstreckt sich auch auf den Vorsatz des Geschäftsführers.⁹⁴¹ Er muss zeigen, dass der Geschäftsführer die Nichtabführung von Sozialversicherungsabgaben billig und nicht auf deren Abführung hinwirkt, obwohl er eine Krise für möglich hält.⁹⁴² Eine Restschuldbefreiung in England sperrt die Durchsetzung des Anspruchs aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a StGB i.d.R. nicht.⁹⁴³

aaa) Tatbestand des Vorenthalte

Die Verpflichtung des Arbeitgebers, die von seinen Arbeitnehmern zu entrichtenden Beiträge an die Sozialversiche-

rungsträger abzuführen, an die § 266a StGB anknüpft, ergibt sich aus § 28e Abs. 1 SGB IV. Die Beitragsschuld entsteht durch die versicherungspflichtige Beschäftigung des Arbeitnehmers gegen zugesagtes Entgelt. Die Beiträge werden vorenthalten, wenn sie bis zum Fälligkeitstermin nicht bezahlt werden und der Gesellschaft die Zahlung möglich wäre.⁹⁴⁴ Überträgt der Geschäftsführer die Abführung entsprechender Abgaben auf andere Angestellte oder einen Mitgeschäftsführer, obliegt ihm eine **Überwachungspflicht**, die insbesondere in finanziellen Krisen oder bei ungeordneten Verhältnissen im Geschäftsablauf zu beachten ist.⁹⁴⁵

Dass der Lohn dem Arbeitnehmer tatsächlich ausbezahlt wird, ist nicht Tatbestandsvoraussetzung des § 266a Abs. 1 StGB. Die Verpflichtung zur Abführung trifft den Arbeitgeber also selbst dann, wenn den Arbeitnehmern die ihnen zustehenden Löhne ganz oder teilweise nicht ausbezahlt worden sind.⁹⁴⁶

Sind zum Zeitpunkt der Fälligkeit ausreichende Mittel vorhanden, um die Sozialabgaben zu leisten, ganz gleich, ob die Beiträge aus Barmitteln, Krediten oder Ansprüchen gegen Dritte geleistet werden, so ist die Haftung unproblematisch. Keine strafrechtliche Verantwortung und damit auch keine zivilrechtliche Haftung trifft den Geschäftsführer aber dann, wenn der Gesellschaft im Zeitpunkt der Fälligkeit die **Zahlung un-**

932 LG München I, NStZ 1991, 134.

933 BGHSt 41, 224 = NStZ 1996, 81 = NJW 1996, 65.

934 BGH, NJW-RR 1995, 1369.

935 BGH, GmbHR 2005, 544 (Ziff. II 2 b der Gründe); zurückhaltender in Bezug auf das voluntative Element beim Gefährdungsschaden BGHSt 51, 100 = NJW 2007, 1760 (Rn. 61 ff.); anders aber BGHSt 56, 203 = NJW 2011, 1747 (Rn. 61 f.) m.w.N.; Nachw. zum Streitstand auch bei Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 911), § 266 Rn. 49 a.E.

936 BGHZ 133, 370, 374 = ZIP 1996, 2017, 2018; BGH, ZInsO 2008, 1139 = ZIP 2008, 2075, 2076; w.N. bei Scholz/U. H. Schneider (Fn. 760), § 43 Rn. 386 ff. und Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck (Fn. 672), § 43 Rn. 91 ff., die aber jeweils der zivilrechtlichen Haftung kritisch gegenüberstehen (Rn. 407 bzw. Rn. 95).

937 Radtke, GmbHR 2009, 673, 675; für einen intern nur beschränkt entscheidungsbefugten Geschäftsführer OLG Koblenz, GmbHR 2010, 650; zur Frage, ob der Vorsitzende der Direktion einer schweizer AG tauglicher Anspruchsgegner i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a StGB sein kann, siehe BGH, ZInsO 2013, 1736 = ZIP 2013, 1519 (Rn. 13 ff.).

938 BGH, ZInsO 2016, 2483 = ZIP 2017, 224 (3. Strafsenat) unter Hinweis auf die dem formalen Geschäftsführer gesetzlich zustehenden, gerichtlich durchsetzbaren Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Gesellschaft; OLG Celle, ZInsO 2017, 1547 = ZIP 2017, 1325.

939 Dazu oben Ziff. B. I. 5. bei Fn. 93 ff.

940 BGH, ZInsO 2008, 1139 = ZIP 2008, 2075.

941 BGH, ZInsO 2013, 553 = ZIP 2013, 412 (Rn. 14).

942 BGH, ZInsO 2013, 553 = ZIP 2013, 412 (Rn. 14 ff.); BGH, ZInsO 2016, 1362 = ZIP 2016, 1283 (Rn. 13 ff.) mit dem Hinweis, dass eine Beweislastumkehr bei Schutzgesetzen, die Vorsatz voraussetzen, nicht in Betracht kommt.

943 Dazu ausführlich Dornblüth, ZIP 2014, 712 ff. unter Hinweis darauf, dass Ansprüche aus betrugs- oder untreuähnlichen Delikten i.d.R. nicht von der englischen Restschuldbefreiung umfasst würden.

944 Vgl. Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck (Fn. 672), § 43 Rn. 92 f.

945 BGH, ZInsO 2013, 553 = WM 2013, 329 = ZIP 2013, 412 (Rn. 17); BGH, ZInsO 2016, 1362 = WM 2016, 1231 = ZIP 2016, 1283 (Rn. 24).

946 BGHZ 144, 311, 313 ff. = ZInsO 2001, 124 = GmbHR 2000, 816 = NJW 2000, 2993 (Leitsatz und Ziff. II der Gründe); BGHSt 47, 318 = NJW 2002, 2480.

möglich ist.⁹⁴⁷ Von einer Unmöglichkeit ist aber nach Ansicht des BGH nur dann auszugehen, wenn die GmbH im Fälligkeitszeitpunkt schlechthin außerstande ist, die nötigen Gelder aufzubringen. Dass die Gesellschaft für den Fall der Zahlung nicht in der Lage wäre, anderen Verbindlichkeiten nachzukommen, ist für das Tatbestandsmerkmal der Zahlungsmöglichkeit ohne Belang.⁹⁴⁸ Die Unmöglichkeit der Zahlung wurde folglich in folgenden Fällen verneint:

- Bedienen anderer Schulden,⁹⁴⁹
- ein Sanierungsbeauftragter wird mit Zustimmung der Gesellschaft in die Geschäftsleitung entsandt und vereinbart die eingehenden Gelder vollständig für andere Zwecke,⁹⁵⁰
- die Kreditlinie wurde noch nicht vollständig ausgeschöpft.⁹⁵¹

Eine Unmöglichkeit der Zahlung⁹⁵² wird auch ansonsten von der Rechtsprechung nur sehr restriktiv bejaht. Nach § 266a Abs. 1 StGB macht sich durchaus strafbar, wer zwar zum Fälligkeitszeitpunkt nicht leistungsfähig war, es aber bei Anzeichen von Liquiditätsproblemen unterlassen hat, **Sicherungs- vorkehrungen für die Zahlung der Arbeitnehmerbeiträge** zu treffen, und dabei billigend in Kauf genommen hat, dass diese später nicht mehr erbracht werden können.⁹⁵³ Dies setzt natürlich voraus, dass der Geschäftsführer auch schon zu jenem früheren Zeitpunkt im Amt war, in dem Sicherungsvorkehrungen hätten getroffen werden müssen.⁹⁵⁴

bbb) Verhältnis zu § 64 Satz 1 GmbHG

Viel diskutiert ist bis in die jüngste Zeit die bereits bei der Darstellung des § 64 GmbHG erörterte Frage, wie sich die gem. § 266a StGB strafrechtlich sanktionierte Pflicht zur Abführung der Arbeitnehmerbeiträge sowie die parallele und in §§ 34, 69 AO zivilrechtlich sanktionierte Pflicht zur Abführung der vom Unternehmen geschuldeten Steuern zu dem Zahlungsverbot des § 64 Satz 1 GmbHG (früher § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) verhält, das ab Insolvenzzreife Zahlungen jeglicher Art an einzelne Gläubiger verbietet, um die Masse zur Verteilung an alle Gläubiger zusammen zu halten.⁹⁵⁵ Zusammengefasst gilt nach der Rechtsprechung, dass jene Zahlungen für die Zeit vor Antragstellung nach § 64 Satz 2 GmbHG erlaubt sind und ihre Nicht-Erbringung den Tatbestand des § 266a StGB bzw. der §§ 34, 69 AO erfüllt.⁹⁵⁶ Für die Zeit nach Antragstellung steht eine Entscheidung zu § 266a StGB noch aus,⁹⁵⁷ während der BFH § 64 Satz 2 GmbHG auch in diesem Zeitraum heranziehen will.⁹⁵⁸ Sowohl vor als auch nach Antragstellung sprechen allerdings die besseren Gründe für die Geltung des Zahlungsverbots aus § 64 Satz 1 GmbHG, welches vor der Antragstellung parallel zu § 266a StGB und §§ 34, 69 AO anwendbar ist (selbst verschuldete Pflichtenkollision)⁹⁵⁹ und nach der Antragstellung Vorrang vor jenen straf- und steuerrechtlichen Normen genießt (Auflösung der nicht vermeidbaren Pflichtenkollision im Sinne der *par conditio creditorum*).⁹⁶⁰

ccc) Verschulden und Schaden

Der Tatbestand des § 266a StGB setzt Vorsatz voraus. Es müssen das Bewusstsein und der Wille vorliegen, die Abfüh-

rung der Beiträge bei Fälligkeit zu unterlassen.⁹⁶¹ Ein billigendes Inkaufnehmen reicht aus. Von bedingtem Vorsatz ist bereits auszugehen, wenn der Arbeitgeber die Vorstellung gebilligt hat, dass die Arbeitnehmerbeiträge möglicherweise vorenthalten werden und er nicht auf eine rechtzeitige Abführung hingewirkt hat.⁹⁶²

An einem Schaden beim Sozialversicherungsträger als letzte Voraussetzung des Anspruchs aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a StGB fehlt es allerdings, wenn die nicht gezahlten Leistungen im Insolvenzverfahren angefochten worden wären.⁹⁶³ Die Voraussetzungen eines solchen hypothetischen Kausalverlaufs hat der Schädiger darzulegen und zu beweisen.⁹⁶⁴

ff) § 43 GmbHG – Verletzung von Geschäftsführerplichten

§ 43 GmbHG ist kein Schutzgesetz,⁹⁶⁵ denn diese Vorschrift knüpft an Pflichten an, die dem Geschäftsführer gegenüber der

947 BGH, ZInsO 2007, 265, 267 = ZIP 2007, 541 = NJW-RR 2007, 991 (Rn. 17) m.w.N.; BGH, ZInsO 2010, 38, 41 = ZIP 2010, 150, 152 (Rn. 22).

948 BGH, ZIP 1996, 1989 = NJW 1997, 133 (Leitsatz und Ziff. II 2 b der Gründe); BGH, ZIP 2006, 2127 = NJW 2006, 3573 (Leitsatz und Rn. 10).

949 BGH, ZInsO 2008, 740 = ZIP 2008, 1275 = WM 2008, 1403 (Rn. 10); zur fehlenden Möglichkeit der Entlastung über § 64 Satz 2 GmbHG (vgl. bei Fn. 527) in diesen Fällen siehe auch BGH, ZInsO 2010, 425 = ZIP 2010, 368 = WM 2010, 409.

950 BGHZ 133, 370, 380 = ZIP 1996, 2017 = NJW 1997, 130 (Ziff. II 3 der Gründe).

951 BGHZ 144, 311, 315 = ZInsO 2001, 124 = GmbHR 2000, 816 = ZIP 2000, 1339 (Ziff. II 1 b der Gründe).

952 Zur Frage, ob die Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts durch das Insolvenzgericht oder die Übertragung der Kassenführungsbefugnis auf den Sachwalter zur Unmöglichkeit der Zahlung durch den Geschäftsführer führt, siehe oben Ziff. B. II. 5. c.) bei Fn. 567 ff.

953 Siehe aus der strafrechtlichen Rechtsprechung z.B. BGHSt 47, 318 = NJW 2002, 2480; aus der zivilrechtlichen Rechtsprechung z.B. BGHZ 134, 304 = ZIP 1997, 412 = NJW 1997, 1237; BGH, ZInsO 2007, 265, 267 = ZIP 2007, 541 = NJW-RR 2007, 991 (Rn. 18); Radtke, GmbHR 2009, 673, 675 f. (*omissio libera in causa*); siehe zu dieser „Vorverlagerung der Strafbarkeit“ auch Scholz/U. H. Schneider (Fn. 760), § 43 Rn. 395 m.w.N.

954 BGH, ZInsO 2010, 38, 41 = ZIP 2010, 150, 152 (Rn. 22) m.w.N.

955 Zu § 64 Satz 1 GmbHG siehe oben Ziff. B. II., zum Verhältnis zu § 266a StGB insbes. Ziff. B. II. 4. b) cc) bei Fn. 522 ff.

956 Siehe dazu ausführlich oben Ziff. B. II. 4. b) cc) bei Fn. 522 ff.

957 Siehe dazu ausführlich oben Ziff. B. II. 5. bei Fn. 550 ff., insbes. bei Fn. 561.

958 Siehe oben bei Fn. 556.

959 Siehe oben bei Fn. 530 f., zu § 266 StGB ferner oben bei Fn. 544.

960 Siehe oben bei Fn. 558 ff., insbes. Fn. 564 f.

961 BGH, ZIP 1991, 1511 = NJW 1992, 177 = GmbHR 1992, 170 (Ziff. II 2 a der Gründe); BGH, ZInsO 2016, 1362 = WM 2016, 1231 = ZIP 2016, 1283 (Rn. 23).

962 BGHZ 133, 370, 381 f. = ZIP 1996, 2017 = NJW 1997, 130 (Ziff. II 4 der Gründe); BGH, ZInsO 2013, 553 = WM 2013, 329 = ZIP 2013, 412 (Rn. 16); BGH, ZInsO 2016, 1362 = WM 2016, 1231 = ZIP 2016, 1283 (Rn. 23).

963 BGHZ 187, 337 = ZInsO 2011, 41 = ZIP 2011, 37 (Rn. 19); BGH, ZInsO 2012, 646 (Rn. 11); Bork, KTS 2017, 189, 209 ff., insbes. S. 215 ff. mit Ergebnis S. 221; Drescher (Fn. 857), Rn. 1047.

964 BGH, ZInsO 2012, 646 (Rn. 11); Drescher (Fn. 857), Rn. 1072 m.w.N. zur Rspr.

965 BGHZ 194, 26 = ZInsO 2012, 1953 = ZIP 2012, 1552 (Rn. 23); Scholz/U. H. Schneider (Fn. 760), § 43 Rn. 308, 328; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck (Fn. 672), § 43 Rn. 79 m.w.N.; Drescher (Fn. 857), Rn. 1088.

GmbH obliegen. Nur diese ist „Schutzobjekt“ des § 43 GmbHG und nicht die – mittelbar von einer Pflichtverletzung ebenfalls betroffenen – Gläubiger der Gesellschaft. Aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 43 GmbHG können Gläubiger oder sonstige Dritte daher keine Ansprüche herleiten.

gg) Haftung wegen Insolvenzverschleppung (§ 15a Abs. 1 Satz 1 InsO)

Ein bei GmbH-Insolvenzen äußerst wichtiger Tatbestand der Außenhaftung gegenüber den Gläubigern ergibt sich aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit der Insolvenzantragspflicht, die früher in § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. geregelt war und seit dem 1.11.2008 rechtsformübergreifend in § 15a Abs. 1 InsO verankert ist.⁹⁶⁶ Wird die GmbH zahlungsunfähig oder überschuldet, hat der Geschäftsführer unverzüglich, spätestens aber 3 Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen.

§ 15a Abs. 1 InsO ist nach fast allgemeiner Ansicht ein Schutzgesetz, da die Stellung eines Insolvenzantrags gerade die Gläubiger eines kränkelnden Unternehmens vor der Verschlechterung ihrer Befriedigungsmöglichkeiten schützen soll und nicht etwa nur die Allgemeinheit vor überschuldeten Kapitalgesellschaften.⁹⁶⁷

aaa) Schuldner des Anspruchs

Die Verpflichtung zur Insolvenzantragstellung trifft **alle Geschäftsführer**; sie ist nicht abhängig von der Ressortaufteilung und kann auch nicht durch Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschluss abbedungen werden. Zur Antragstellung ist nach h.M. auch der **faktische Geschäftsführer** verpflichtet,⁹⁶⁸ wobei diese Pflicht aber richtigerweise nur so verstanden werden kann, seinen Einfluss dahin gehend geltend zu machen, dass der Antrag durch die vertretungsberechtigte Person gestellt wird; ein eigenes Antragsrecht einer formal gar nicht zum Geschäftsführer bestellten Person ist nämlich zweifelhaft.⁹⁶⁹ Mehrere Geschäftsführer haften als Gesamtschuldner.⁹⁷⁰

Daneben kommt auch eine Haftung des Gesellschafters als **Anstifter oder Gehilfe** in Betracht (§ 830 BGB), allerdings nur, wenn der Gesellschafter vorsätzlich gehandelt und von der Krisensituation des Unternehmens gewusst hat.⁹⁷¹ Teilnehmer einer Insolvenzverschleppung kann aber auch ein Berater⁹⁷² oder u.U. ein Gläubiger der GmbH sein (z.B. Bank), der auf Verzögerung der Insolvenzanmeldung drängt.⁹⁷³

Fehlt ein Geschäftsführer (**Führungslosigkeit**, vgl. § 35 Abs. 1 Satz 2 GmbHG), so ist nach § 15a Abs. 3 InsO auch **jeder Gesellschafter** zur Insolvenzantragstellung verpflichtet, es sei denn, er hat von der Insolvenzreife keine Kenntnis. Die Gesellschafter können sich also ebenso wie der Geschäftsführer wegen Insolvenzverschleppung strafbar (§ 15a Abs. 4, 5 InsO) und gegenüber den Gesellschaftsgläubigern nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a Abs. 1 InsO schadensersatzpflichtig machen.⁹⁷⁴ Damit das Insolvenzverfahren bei Führungslosig-

keit später eröffnet werden kann, muss der Gesellschafter außerdem einen neuen Geschäftsführer einstellen.⁹⁷⁵

bbb) Insolvenzverschleppung

Der Geschäftsführer (oder sonstige Adressat des § 15a InsO, s.o.) handelt pflichtwidrig und verletzt damit das Schutzgesetz, wenn er objektiv die dreiwöchige Frist des § 15a Abs. 1 InsO überschreitet oder sie ohne Chance für eine Sanierung voll ausschöpft.⁹⁷⁶

Die Antragsfrist beginnt zu laufen, wenn Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung⁹⁷⁷ für den Geschäftsführer erkennbar sind.⁹⁷⁸ Die Dreiwochenfrist des § 15a Abs. 1 InsO soll dem Geschäftsführer eine Sanierung ermöglichen. Der Geschäftsführer schuldet seine Sanierungsbemühungen aber nicht erst bei Insolvenzreife; dann ist es meistens ohnehin zu spät. Er muss stattdessen schon vor Eintritt der Insolvenzreife die Entwicklung der Gesellschaft beobachten und rechtzeitig Sanierungsbemühungen einleiten. Die **Dreiwochenfrist** ist daher die absolute **Höchstgrenze** für die Stellung des Insolvenzantrags; der Geschäftsführer darf sie nicht ausschöpfen, wenn

966 Zur Neufassung Wagner, in: FS Karsten Schmidt, 2009, S. 1665 ff.; Römermann, NZI 2010, 241 f.; für die Geschäftsführer von Banken gilt die Sonderregel des § 46b KWG, aus der sich ebenfalls eine Insolvenzverschleppungshaftung ergeben kann (vgl. Poertzen/Meyer, WM 2010, 968).

967 Wagner, in: MünchKomm. BGB (Fn. 784), § 823 Rn. 139; Casper, in: Ulmer (Fn. 672), § 64 Rn. 156 m.w.N.; zur Entwicklung der Rspr. Scholze-Osterloh, in: FS Lutter, 2000, S. 707 ff.; Wagner, in: FS Karsten Schmidt, 2009, S. 1665, 1666 f.; ausführlich zum Schutzzweck des § 15a InsO Klöhn, KTS 2012, 133, 147 ff.; kritisch nur Altmeyen, in: Roth/Altmeyen (Fn. 708), § 64 Rn. 35.

968 BGHZ 104, 44 = ZIP 1988, 771 = NJW 1988, 1789; BGH, ZInsO 2005, 878 = ZIP 2005, 1550 = DB 2005, 1897 (Leitsatz 1); Scholz/Karsten Schmidt (Fn. 703), § 64 Rn. 153 f. m.w.N.; Wagner, in: FS Karsten Schmidt, 2009, S. 1665, 1689 f.; zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des faktischen Geschäftsführers BGH, ZInsO 2015, 196 = ZIP 2015, 218 f. unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung des MoMiG, nach der „Die Rechtsprechung zum faktischen Geschäftsführer und die weitere Rechtsentwicklung hierzu [durch die Verlagerung der Insolvenzantragspflicht in die InsO] nicht berührt werden“; kritisch aufgrund einer Verletzung des Analogieverbots von Galen, NSTZ 2015, 470, 471 f.

969 Vgl. Scholz/Karsten Schmidt (Fn. 703), § 64 Rn. 154 m.w.N.

970 Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 683), Anh. zu § 64 Rn. 83.

971 BGHZ 164, 50, 57 = ZInsO 2005, 1043 = ZIP 2005, 1734 = NJW 2005, 3137 (Ziff. II 1 c aa der Gründe); Casper, in: Ulmer (Fn. 672), § 64 Rn. 206 f.; Bork, ZGR 1995, 505, 526 f.

972 Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 683), Anh. zu § 64 Rn. 85 m.N. in Fn. 5.

973 Siehe auch dazu die in Fn. 882 angeführten Monographien; unter dem Gesichtspunkt des § 826 BGB BGHZ 90, 381, 399 = ZIP 1984, 572, 581 ff. = NJW 1984, 1893 (Ziff. VI der Gründe; zur AG).

974 Dazu Scholz/Karsten Schmidt (Fn. 703), § 64 Rn. 156 ff.; Casper, in: Ulmer (Fn. 672), § 64 Rn. 212 ff.; zu den umstrittenen Details ferner Passarge, GmbHR 2010, 295 ff.; Römermann, NZI 2010, 241, 242 ff. m.w.N.; zum subjektiven Tatbestand Konu/Topoglu/Calcagno, NZI 2010, 244 ff.; zur Anwendung bei der GmbH & Co. KG Löser, ZInsO 2010, 799 ff.

975 Nachw. oben in Fn. 324.

976 Näher Scholz/Karsten Schmidt (Fn. 703), § 64 Rn. 163 ff. m.w.N.; zur Dreiwochenfrist als Höchstfrist siehe sogleich bei Fn. 979.

977 Zu den Begriffen siehe bereits oben Ziff. B. II. 3. bei Fn. 335 ff.

978 BGHZ 171, 46, 49 f. = ZInsO 2007, 376, 377 = ZIP 2007, 676, 677 (Rn. 8); Drescher (Fn. 857), Rn. 1115; ebenso zum Beginn des Zahlungsverbots aus § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. BGHZ 143, 184 = ZIP 2000, 184 = NJW 2000, 668 (Leitsatz 1) = ZInsO 2000, 117 (nur ein red. Leitsatz).

etwaige Bemühungen um eine Sanierung des Unternehmens keine ernstlichen Aussichten auf Erfolg bieten oder die Sanierung längere Zeit in Anspruch nehmen würde.⁹⁷⁹ Praktisch bedeutet das: Bei Insolvenzreife muss zumeist sofort Insolvenzantrag gestellt werden, weil Sanierungskonzepte i.d.R. nicht von einem Tag auf den anderen entwickelt werden können.⁹⁸⁰

Dass bereits von einem Gläubiger Insolvenzantrag gestellt wurde, entlastet den Geschäftsführer nach Ansicht des 5. Strafsenats des BGH nicht von seiner eigenen Antragspflicht, weil der Gläubigerantrag noch zurückgenommen werden kann, bis das Gericht über die Eröffnung des Verfahrens entschieden hat.⁹⁸¹

Um den Druck auf die Verantwortlichen zusätzlich zu erhöhen, rechtzeitig den Insolvenzantrag zu stellen, bestimmt § 26 Abs. 3 InsO, dass derjenige, der zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens einen Vorschuss geleistet hat, diesen von dem Geschäftsführer erstattet verlangen kann, wenn dieser den Antrag schuldhaft nicht rechtzeitig gestellt hat. Den Entlastungsbeweis hat der Geschäftsführer zu führen.⁹⁸² Erstattungsfähig ist aber nur dieser Massekostenvorschuss i.S.v. § 26 Abs. 3 InsO, nicht eine sonstige Zahlung eines Gläubigers an den Insolvenzverwalter.⁹⁸³

ccc) Verschulden

Die Haftung des Geschäftsführers nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a Abs. 1 InsO setzt als deliktische Haftung Verschulden voraus. Nach ganz h.M. genügt **Fahrlässigkeit**, da der Straftatbestand des § 15a Abs. 4 InsO ebenfalls nur Fahrlässigkeit verlangt.⁹⁸⁴

Für die Fahrlässigkeit genügt die **Erkennbarkeit der Insolvenzreife**. Bei objektiver Insolvenzreife wird das Verschulden des Geschäftsführers an der Insolvenzverschleppung vermutet. Der Geschäftsführer muss dann beweisen, dass er seine Insolvenzantragspflicht nicht schuldhaft verletzt hat.⁹⁸⁵

Um dem Verschuldensvorwurf zu entgehen, ist der Geschäftsführer gehalten, die wirtschaftliche Lage des Unternehmens laufend zu beobachten. Bei Anzeichen einer Krise hat er die Zahlungsfähigkeit der GmbH anhand einer **Liquiditätsbilanz** zu prüfen⁹⁸⁶ und sich durch Aufstellung eines **Vermögensstatus** einen Überblick über den Vermögensstand der Gesellschaft zu verschaffen.⁹⁸⁷ Das muss er mindestens monatlich, bei sehr großer Gefahr auch wöchentlich wiederholen. Die Verschuldensvermutung ist widerlegt, wenn dem Geschäftsführer trotz dieser Maßnahmen die Insolvenzreife des Unternehmens nicht erkennbar war.⁹⁸⁸ Ein Verschulden ergibt sich nicht bereits daraus, dass sich eine ursprünglich angestellte Prognose später (*ex post*) als unrichtig erweist; entscheidend ist vielmehr, dass seinerzeit (*ex ante*) die Annahme vertretbar war, es liege keine Insolvenzreife vor.⁹⁸⁹

Da die Feststellung der Insolvenzreife mit rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten behaftet und folglich die Haftungsgefahr groß ist, hat der BGH – wie bereits in Bezug auf § 64 GmbHG ausgeführt⁹⁹⁰ – im Jahr 2007 ein für die Praxis

enorm wichtiges Urteil gefällt: Danach verletzt der organ-schaftliche Vertreter einer Gesellschaft seine Insolvenzantragspflicht dann nicht schuldhaft, wenn er bei fehlender eigener Sachkunde zur Klärung des Bestehens der Insolvenzreife der Gesellschaft den **Rat eines unabhängigen, fachlich qualifizierten Berufsträgers** einholt, diesen über sämtliche für die Beurteilung erheblichen Umstände ordnungsgemäß informiert, auf eine zeitnahe Prüfung hinwirkt und nach eigener Plausibilitätskontrolle der ihm daraufhin erteilten Antwort dem Rat folgend von der Stellung eines Insolvenzantrags absieht.⁹⁹¹ Allerdings trifft den Geschäftsführer auch weiterhin die Pflicht zur sorgfältigen Auswahl und Überwachung der eingeschalteten Hilfsperson.⁹⁹²

ddd) Differenzierung zwischen Alt- und Neugläubigerschäden

Die praktische Bedeutung der deliktischen Insolvenzverschleppungshaftung hat seit jener Grundsatzentscheidung BGHZ 126, 181, in der die Haftung aus c.i.c. wegen wirtschaftlichen Eigeninteresses zurückgefahren und dafür die Insolvenzverschleppungshaftung ausgebaut wurde,⁹⁹³ deutlich an Bedeutung zugenommen. Der BGH definierte seinerzeit die Schutzrichtung der Insolvenzantragspflicht neu und hat so eine Differenzierung zwischen Alt- und Neugläubigern eingeführt, die zumindest letzteren eine effektive Sanktionierung des Geschäftsführerverhaltens ermöglicht.⁹⁹⁴

Vor BGHZ 126, 181 ging die h.M. davon aus, die Pflicht zur rechtzeitigen Stellung eines Insolvenzantrags diene allein dazu, die zum Zeitpunkt der Insolvenzreife bestehende Haftungsmasse für alle Gläubiger zu sichern. Entsprechend haftete der Geschäftsführer gegenüber den Gläubigern nur auf

979 Vgl. BGHZ 75, 96, 111 f. = NJW 1979, 1823, 1827 (juris-Rn. 40); Casper, in: Ulmer (Fn. 672), § 64 Rn. 70, 160; Scholz/Karsten Schmidt (Fn. 703), § 64 Rn. 163.

980 Drescher (Fn. 857), Rn. 1120.

981 BGHSt 53, 24 = ZInsO 2008, 1385 = ZIP 2008, 2308.

982 OLG Hamm, NZI 2002, 437 (Ziff. II der Gründe).

983 BGH, NZI 2003, 324; so auch schon die Vorinstanz OLG Brandenburg, ZInsO 2003, 223 = ZIP 2003, 451 (Ziff. I 2 c der Gründe).

984 Dazu BGH, ZInsO 2010, 38, 40 = ZIP 2010, 150, 152 (Rn. 16); Casper, in: Ulmer (Fn. 672), § 64 Rn. 161; Scholz/Karsten Schmidt (Fn. 703), § 64 Rn. 179 m.w.N.; a.A. Schulze-Osterloh, in: FS Lutter, 2000, S. 707, 718 f.

985 BGHZ 171, 46, 49 f. = ZInsO 2007, 376, 377 = ZIP 2007, 676 = NJW-RR 2007, 759 (Rn. 8); zu § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. siehe auch BGHZ 143, 184 = ZIP 2000, 184 = NJW 2000, 668 (Leitsatz 1) = ZInsO 2000, 117 (nur ein red. Leitsatz).

986 Dazu BGH, ZInsO 2016, 1118 = ZIP 2016, 1119 (Rn. 33 ff.).

987 Dazu BGHZ 126, 181, 199 = ZIP 1994, 1103 (Ziff. II 2 d der Gründe, juris-Rn. 32) m.w.N.

988 BGHZ 126, 181, 199 f. = ZIP 1994, 1103 (Ziff. II 2 d der Gründe, juris-Rn. 32 f.); dem folgend OLG Hamm, ZInsO 2010, 527, 529.

989 Vgl. BGH, ZInsO 2016, 1118 = ZIP 2016, 1119 (Rn. 33 ff.).

990 Zum dort ebenfalls erforderlichen Verschulden oben Ziff. B. II. 6. bei Fn. 595 ff.

991 BGH, ZInsO 2007, 660 = NJW 2007, 2118 = ZIP 2007, 1265 (Leitsatz 2); w.N. oben in Fn. 600 f.

992 OLG Schleswig, ZInsO 2010, 530 = ZIP 2010, 516 (Leitsatz 3).

993 Dazu oben Ziff. C. I. 2. b) aa) bei Fn. 839.

994 Dazu Bork, ZGR 1995, 505 ff.

die durch die Insolvenzverschleppung eingetretene Masse schmälert, die sich darin äußert, dass der jeweilige Gläubiger zum späteren Zeitpunkt der tatsächlichen Antragstellung nur eine geringere Insolvenzquote bezieht als bei rechtzeitiger Antragstellung. Diese Begrenzung auf den sog. **Quotenverminderungsschaden** oder kurz Quotenschaden gilt nach BGHZ 126, 181 nur noch für die sog. **Altgläubiger**, also solche, die zum Zeitpunkt der eingreifenden Insolvenzantragspflicht (Insolvenzreife zzgl. Prüfungsfrist) bereits in geschäftlichem Kontakt mit der GmbH standen und hierdurch einen Anspruch gegen jene erworben hatten. Da solche Altgläubiger auch bei rechtzeitigem Insolvenzantrag z.T. ausgefallen wären, erhalten sie nur den im Zeitraum der Insolvenzverschleppung durch die Verminderung der Insolvenzquote entstandenen Schaden ersetzt.⁹⁹⁵ Der Quotenschaden ist folglich die Differenz zwischen der tatsächlich gezahlten Insolvenzquote und derjenigen, die angefallen wäre, wenn der Geschäftsführer den Insolvenzantrag rechtzeitig gestellt hätte.⁹⁹⁶ Zur Ermittlung dieser fiktiven Quote ist nicht das Vermögen der Gesellschaft durch die Summe der Gläubiger zu teilen, sondern die hypothetisch bei einem rechtzeitig beantragten Insolvenzverfahren zur Verfügung stehende Masse zu ermitteln. Abzuziehen sind daher Ansprüche der Massegläubiger gem. §§ 54, 55 InsO sowie Vermögensgegenstände, die einem (wirksam begründeten) Ausoder Absonderungsrecht unterliegen.⁹⁹⁷ Erst dieser Betrag ist durch die Summe der – hypothetisch zum damaligen Zeitpunkt bestehenden – Gläubigerforderungen zu dividieren und mit der tatsächlich erzielten Quote zu vergleichen.

Wer den Anspruch der Altgläubiger auf Ersatz ihres Quotenschadens gegen den Geschäftsführer geltend machen kann, hängt davon ab, ob das Insolvenzverfahren eröffnet wird oder nicht. Kommt es zu einem Insolvenzverfahren, so kann gem. § 92 InsO ausschließlich der Insolvenzverwalter gegen den Geschäftsführer vorgehen: Er kann sodann den allen Altgläubigern entstandenen Quotenschaden gemeinsam einklagen.⁹⁹⁸ Die Klage einzelner Altgläubiger ist hingegen unzulässig, solange das Insolvenzverfahren andauert.⁹⁹⁹ Wird hingegen das Insolvenzverfahren gar nicht erst eröffnet oder (mangels Masse) eingestellt, so kann theoretisch jeder einzelne Altgläubiger den Geschäftsführer hinsichtlich seines Quotenschadens selbst in Anspruch nehmen.¹⁰⁰⁰ Ein beschiedener Insolvenzantrag ist dazu nicht Voraussetzung; der Anspruch besteht auch, wenn der Geschäftsführer die insolvente GmbH „still“ abwickelt.

Praktisch wird der Quotenschaden allerdings weder vom Insolvenzverwalter (§ 92 InsO) noch von einzelnen Gläubigern geltend gemacht, weil es in den allermeisten Fällen nahezu unmöglich ist, hypothetisch auf einen früheren Zeitpunkt zu bestimmen, wie hoch die Quote in einem – ja tatsächlich gar nicht durchgeführten – Insolvenzverfahren gewesen wäre.¹⁰⁰¹ Die Insolvenzverschleppungshaftung war daher vor der Entscheidung BGHZ 126, 181 weitgehend totes Recht und ist es seitdem immer noch für die Altgläubiger.

Ganz anderes gilt hingegen für die sog. **Neugläubiger**, für die sich durch jenes Urteil eine entscheidende Wende ergeben hat. Seit BGHZ 126, 181 sieht der BGH den Sinn und Zweck der Insolvenzantragspflicht auch darin, insolvenzreife GmbH vom

Rechtsverkehr fernzuhalten.¹⁰⁰² Daher können nun solche Personen, die erst nach Eintritt der Insolvenzantragspflicht mit der GmbH in geschäftlichen Kontakt treten, ihr volles **negatives Interesse** geltend machen: Sie sind so zu stellen, als ob vom Vertragsschluss mit der GmbH nie die Rede gewesen wäre; zu ersetzen ist der sog. **Kontrahierungs- oder Kreditgewährungsschaden** des Gläubigers.¹⁰⁰³ Der Gläubiger kann also bspw. bei der Lieferung von Waren oder der Erbringung von Werkleistungen den Geschäftsführer nicht auf Zahlung des Rechnungsbetrags in Anspruch nehmen (positives Interesse), sondern nur in Höhe der **Anschaffungs- oder Herstel-**

995 BGHZ 126, 181 = ZIP 1994, 1103 (Leitsatz 2).

996 BGHZ 126, 181, 190 = ZIP 1994, 1103 (Ziff. II 1 der Gründe); BGHZ 138, 211, 221 f. = ZIP 1998, 776 = NJW 1998, 2667 (Leitsätze 2 und 3 sowie Ziff. II 3 der Gründe, insoweit in ZInsO 1998, 41 nicht abgedruckt).

997 BGHZ 138, 211, 222 = ZIP 1998, 776 = NJW 1998, 2667 (Ziff. II 3 b der Gründe, insoweit in ZInsO 1998, 41 nicht abgedruckt); sehr kritisch zur Differenzierung von Alt- und Neugläubigern *Altmeyen*, ZIP 2015, 949, 954 f.

998 BGHZ 126, 181, 190 = ZIP 1994, 1103 (Ziff. II 1 der Gründe); BGHZ 138, 211, 214 = ZIP 1998, 776 = NJW 1998, 2667 (Ziff. II 1 der Gründe, insoweit in ZInsO 1998, 41 nicht abgedruckt); BGHZ 159, 25 = ZInsO 2004, 676 = ZIP 2004, 1218 (Leitsatz 1); BGH, ZInsO 2013, 2556 = ZIP 2014, 23 = GmbHR 2014, 89 (Rn. 15); *Haas*, ZIP 2009, 1257, 1259 f.

999 BGHZ 159, 25 = ZInsO 2004, 676 = ZIP 2004, 1218 (Leitsatz 1); BGHZ 171, 46, 51 = ZInsO 2007, 376, 377 f. = ZIP 2007, 676 (Rn. 12).

1000 *Casper*, in: Ulmer (Fn. 672), § 64 Rn. 166, 182, 203.

1001 *Bitter/Heim*, GesR (Fn. 779), § 4 Rn. 150; *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6, 11; ebenso *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen (Fn. 708), Vor § 64 Rn. 125 m.w.N.; *Bork*, ZGR 1995, 505, 516 f. m.w.N.; *Klöhn*, KTS 2012, 133, 134 f.; beschränkt auf den einzelnen Gläubiger *Haas*, ZIP 2009, 1257, 1260. Die praktische Funktionslosigkeit beruht damit entgegen *Karsten Schmidt* (NZI 1998, 9, 10 ff.; KTS 2001, 373, 385 f.; ZIP 2008, 1401 f.; ZIP 2009, 1551, 1553; *Scholz/Karsten Schmidt* [Fn. 703], § 64 Rn. 176, 187, 198; zust. *Casper*, in: Ulmer [Fn. 672], § 64 Rn. 169 f.) und *Poertzen* (DZWIR 2007, 101, 103 f.; ZInsO 2009, 1833, 1837 ff.; ZInsO 2010, 785, 791) nicht erst auf der Entscheidung BGHZ 138, 211, mit der es dem Insolvenzverwalter versagt wird, den Quotenschaden der Neugläubiger zu liquidieren. Der Hinweis auf § 287 ZPO (*Casper*, a.a.O., Rn. 168, 173) verfährt insoweit nicht, weil die Schätzung unzulässig ist, wenn jegliche Schätzungsbasis fehlt (BGHZ 91, 243, 256; BGH, NJW 1987, 909, 910; *Zöller/Greger*, ZPO, 32. Aufl. 2017, § 287 Rn. 4). Auch das – theoretisch richtige – Modell von *Wagner*, in: FS Karsten Schmidt, 2009, S. 1665, 1686 ff. wird deshalb keine praktische Bedeutung erlangen. Anderes mag bei einer gesetzlich angeordneten Haftung „für den bilanziell zu ermittelnden operativen Verlust“ (so *Karsten Schmidt*, ZIP 2009, 1551, 1553 f.) gelten.

1002 BGHZ 126, 181, 194 = ZIP 1994, 1103 (juris-Rn. 27); präzisierend *Klöhn*, KTS 2012, 133, 147 ff. m.N. zu verschiedenen Formulierungen: Die Gesellschaft solle aus dem Verkehr, dem Rechtsverkehr, dem Geschäftsverkehr oder vom Markt gezogen werden. Andere formulieren, dass Neugläubiger vor dem Vertragsschluss mit der insolvenzreifen Gesellschaft geschützt werden sollten oder ihr kein Kredit mehr gewährt werden solle. Laut Gesetzesbegründung solle § 15a InsO jedenfalls den Neugläubiger vor neuen Vertragsabschlüssen mit notleidenden Gesellschaften schützen. Bei korrekter Auslegung seien aber auch Deliktgläubiger vom Schutzzweck des § 15a InsO umfasst, denn der Zweck des § 15a InsO sei insolvenzrechtsakzessorisch auszulegen. Nach Insolvenzreife sollten alle dann noch hinzutretenden Gläubiger durch das verschärfte Pflichtenprogramm der InsO geschützt werden.

1003 BGHZ 126, 181, 190 ff. = ZIP 1994, 1103 (Ziff. II der Gründe); deutlich BGH, ZInsO 2012, 1367 = ZIP 2012, 1455 (Rn. 14 f.) m.w.N.; BGH, ZInsO 2013, 2556 = ZIP 2014, 23 (Rn. 7); *Casper*, in: Ulmer (Fn. 672), § 64 Rn. 176; *Wagner*, in: FS Karsten Schmidt, 2009, S. 1665, 1676 ff.; seit BGHZ 171, 46, 55 = ZInsO 2007, 376, 378 f. = ZIP 2007, 676 (Rn. 20) müssen sie sich nicht einmal mehr die Insolvenzquote auf ihre Forderung abziehen lassen; kritisch zur Berechnung des Neugläubigerschadens *Klöhn*, KTS 2012, 133, 138 ff.

lungskosten der gelieferten Gegenstände bzw. der Selbstkosten des hergestellten Werks.¹⁰⁰⁴ Ferner sind generell die **Kosten der Rechtsverfolgung** gegen die unerkannt insolvente GmbH vom Geschäftsführer auszugleichen.¹⁰⁰⁵ Durch die Begrenzung auf das negative Interesse – oft auch Vertrauensinteresse genannt¹⁰⁰⁶ – entgeht dem Gläubiger i.d.R. der Gewinn des Geschäfts, den er – anders als im Rahmen der vertraglichen Erfüllungshaftung (§§ 281 ff. BGB) – grds. nicht ersetzt verlangen kann.¹⁰⁰⁷ Der Neugläubiger kann aber geltend machen, dass ihm wegen des Vertragsschlusses mit der insolventen Gesellschaft ein Gewinn entgangen ist, den er ansonsten anderweitig erzielt hätte.¹⁰⁰⁸

Im Gegensatz zu einem Altgläubiger kann der **Neugläubiger** den Geschäftsführer unmittelbar auf Leistung an sich in Anspruch nehmen; er ist also **aktivlegitimiert**.¹⁰⁰⁹ Seinem Anspruch steht nicht entgegen, dass das Insolvenzverfahren noch fort dauert. Nach Ansicht des BGH kann der Insolvenzverwalter den Schaden des Neugläubigers nicht einklagen, auch nicht partiell, weil es sich – im Gegensatz zum Quotenschaden der Altgläubiger – insgesamt nicht um einen Gesamtgläubigerschaden handele.¹⁰¹⁰

eee) Problemfälle der Abgrenzung

Da der Anspruch der Neugläubiger somit aus mehreren Gründen effektiv durchsetzbar, derjenige der Altgläubiger hingegen ein stumpfes Schwert ist, besteht für jeden Geschädigten ein vitales Interesse, in die Gruppe der Neugläubiger eingeordnet zu werden. Dies sind nach dem dargelegten Verständnis im Grundsatz¹⁰¹¹ diejenigen Gläubiger, die mit der GmbH noch Geschäfte getätigt haben, als die Gesellschaft bereits insolvenzreif geworden und die Überlegungsfrist in § 15a Abs. 1 InsO abgelaufen war, und die nunmehr für die von ihnen erbrachte Leistung wegen des Insolvenzverfahrens keine oder nur eine reduzierte Gegenleistung bekommen. Altgläubiger sind hingegen jene Personen, die bereits bei Beginn der Antragspflicht auf die Verteilung der Insolvenzmasse angewiesen waren.¹⁰¹² In einigen Fällen ist die Einordnung in die eine oder andere Gruppe bzw. die Abgrenzung derjenigen Schäden, die als ersatzfähiger Vertrauensschaden anzusehen sind, allerdings zweifelhaft.

(1) Vertragsschluss vor, Vorleistung nach Insolvenzreife

Nach einem Urteil des BGH v. 12.3.2007 ist für die Abgrenzung von Alt- und Neugläubiger maßgebend der Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs, für den Schadensersatz gefordert wird.¹⁰¹³ Der Schadensersatzanspruch der Neugläubiger findet seine Begründung nämlich darin, dass sie in ihrem Vertrauen auf die Solvenz der Gesellschaft enttäuscht worden sind, hat also – anders als bei den Altgläubigern – nichts mit der Verkürzung der Haftungsmasse infolge der Verspätung des Insolvenzantrags zu tun und ist deshalb auch kein Quotenschaden, sondern ein Vertrauensschaden.¹⁰¹⁴ Vertrauen kann auch dann enttäuscht werden, wenn der Vertrag zwar schon vor dem Eingreifen der Insolvenzantragspflicht geschlossen wurde, der Gläubiger aber die **vermögensschädigende Disposition erst**

nach Beginn der Insolvenzantragspflicht trifft.¹⁰¹⁵ Entschieden hat dies der BGH für den Fall, dass die Inanspruchnahme einer Kreditlinie gegenüber der Bank (Gläubiger) erhöht wird:¹⁰¹⁶ Soweit der Kredit schon in Anspruch genommen war, als der Geschäftsführer Insolvenzantrag hätte stellen müssen, ist kein Vertrauen enttäuscht, weil die Bank auch bei rechzeitigem Antrag partiell ausgefallen wäre. Insoweit ist sie Altgläubiger und auf den Quotenschaden beschränkt. Eine weitere Erhöhung der Kreditlinie hätte die Bank hingegen nicht geduldet, wenn der Antrag schon gestellt worden wäre. Der insoweit eingetretene Vertrauensschaden ist ihr als Neugläubigerin zu ersetzen.

Diese Überlegungen müssen auf Fälle übertragen werden, in denen der Vertrag zwar schon vor Beginn der Insolvenzantragspflicht geschlossen, der Gläubiger aber erst danach vorgeleistet hat.¹⁰¹⁷ Selbst wenn er nach dem Vertrag zur Vorleistung verpflichtet war, hätte er diese Leistung nach einem Insolvenzantrag gem. § 321 BGB verweigern können. Er erleidet folglich einen Vertrauensschaden und ist insoweit Neugläubiger.

(2) Dauerschuldverhältnisse

Als problematisch erweisen sich insoweit allerdings Dauerschuldverhältnisse wie Miete, Dienst- oder Arbeitsver-

1004 Casper, in: Ulmer (Fn. 672), § 64 Rn. 176.

1005 BGH, ZInsO 2015, 318 = WM 2015, 288 = ZIP 2015, 267 (Rn. 23 ff.): Die Insolvenzantragspflicht soll den Vertragspartner einer GmbH davor schützen, dass er sich durch die Prozessführung mit der unerkannt insolvenzreifen Gesellschaft mit Kosten belastet, die er bei der Gesellschaft als Kostenschuldnerin nicht mehr realisieren kann.

1006 Präzisierend Klöhn, KTS 2012, 133, 137, 159 f. (kein Erfordernis einer Vertrauensinvestition).

1007 BGH, ZInsO 2009, 1159 = ZIP 2009, 1220 (Leitsatz 2 und Rn. 15); BGH, ZInsO 2012, 1367 = ZIP 2012, 1455 (Rn. 14 f.); Casper, in: Ulmer (Fn. 672), § 64 Rn. 176 f.

1008 BGH, ZInsO 2009, 1159 = ZIP 2009, 1220 (Leitsatz 2 und Rn. 16); BGH, ZInsO 2012, 1367 = ZIP 2012, 1455 (Rn. 15 a.E. „nur ausnahmsweise“); Casper, in: Ulmer (Fn. 672), § 64 Rn. 177; Drescher (Fn. 857), Rn. 1175; siehe auch Poertzen, ZInsO 2009, 1833, 1835; Klöhn, KTS, 2012, 133, 142 f., 153 ff.; a.A. Altmeppen, in: Roth/Altmeppen (Fn. 708), Vor § 64 Rn. 136.

1009 BGHZ 126, 181, 201 = ZIP 1994, 1103 (Ziff. II 2 f der Gründe); BGHZ 171, 46, 51 ff. = ZInsO 2007, 376, 377 f. = ZIP 2007, 676 (Rn. 12 ff.).

1010 BGHZ 138, 211, 214 ff. = ZInsO 1998, 41 = ZIP 1998, 776 = NJW 1998, 2667 (Ziff. II 1 der Gründe); BGHZ 171, 46, 52 = ZInsO 2007, 376, 378 = ZIP 2007, 676 (Rn. 13 a.E.); für § 826 BGB auch BGHZ 175, 58, 61 f. = ZInsO 2008, 384, 385 = ZIP 2008, 361 (Rn. 10); dazu kritisch Karsten Schmidt u.a. (vgl. Fn. 1001).

1011 Präzisierung bei Klöhn, KTS 2012, 133, 138 ff.

1012 Klöhn, KTS 2012, 133, 152.

1013 BGH, ZInsO 2007, 543 = ZIP 2007, 1060 = NJW 2007, 3130 (Rn. 16).

1014 BGHZ 126, 181, 190 ff., insbes. S. 201 = ZIP 1994, 1103 (Ziff. II der Gründe); BGHZ 164, 50 = ZInsO 2005, 1043 = ZIP 2005, 1734 (Leitsatz 1).

1015 Wagner, in: FS Karsten Schmidt, 2009, S. 1665, 1677; Klöhn, KTS 2012, 133, 137, 142 f.; a.A. offenbar OLG Hamburg, ZIP 2007, 2318 f., das generell auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abstellt.

1016 BGHZ 171, 46 = ZInsO 2007, 376 = ZIP 2007, 676.

1017 OLGR Celle 2002, 158 = NZG 2002, 730, 732 (juris-Rn. 61); OLG Oldenburg, GWR 2010, 170 = BeckRS 2010, 02819 (red. Leitsatz und Ziff. II 1 a der Gründe, insbes. juris-Rn. 81 ff.); Wagner, in: FS Karsten Schmidt, 2009, S. 1665, 1677; Klöhn, KTS 2012, 133, 137, 142 f., 145; vgl. auch den Hinweis auf die Vorleistungen in BGHZ 164, 50 = ZInsO 2005, 1043 = NJW 2005, 3137 = NJW 2005, 1734 (Leitsatz 1).

trag.¹⁰¹⁸ So ist z.B. bei einem **Arbeitnehmer** nicht sicher, ob er den Schaden nicht auch dann erlitten hätte, wenn ein Insolvenzantrag früher gestellt worden wäre. Er hätte dann zwar die Arbeitsleistung ggf. nicht mehr erbringen müssen, hätte aber vielleicht auch nicht sofort einen anderen Arbeitsplatz finden können, bei dem ihm entsprechendes Gehalt gezahlt wird.¹⁰¹⁹ Der BGH hat in Bezug auf Arbeitsverhältnisse bislang nur über eine Sonderkonstellation entschieden, nämlich den Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (§ 3 EFZG): Für diesen haftete der Geschäftsführer jedenfalls nicht, weil der Arbeitnehmer nicht im Vertrauen auf die Solvenz irgendwelche Vorleistungen erbracht habe.¹⁰²⁰

Einen **Vermieter** hat der BGH hinsichtlich Forderungen, die das Mietverhältnis für den Zeitraum nach Insolvenzreife betreffen, als **Altgläubiger** eingestuft, wenn der Mietvertrag schon vor Insolvenzreife geschlossen wurde und der Vermieter kein Lösungsrecht¹⁰²¹ bei Insolvenzreife hätte geltend machen können. Nur im letzteren Fall könne die Fortsetzung des Mietverhältnisses nämlich auf dem Vertrauen in die Solvenz des Mieters beruhen und der nicht gestellte Insolvenzantrag somit kausal für den Schaden sein.¹⁰²²

Dieser zuletzt genannte Gedanke lässt sich verallgemeinern: Kann der Partner eines Dauerschuldverhältnisses plausibel darlegen und ggf. beweisen, dass ihn ein bestimmter Ausfall bei rechtzeitiger Antragstellung nicht getroffen hätte, so sollte er seinen Vertrauensschaden auch als Neugläubiger liquidieren können.¹⁰²³

Als problematisch in der Einordnung erweist sich auch der **Eintritt in ein bestehendes Mietverhältnis**. Übernimmt jemand ein mit einer (unerkannt) insolvenzreifen GmbH als Mieterin bestehendes Mietverhältnis als neuer Vermieter von einem Dritten, ist er nach Ansicht des OLG Stuttgart als Altgläubiger anzusehen, wenn er nach dem Entdecken der Insolvenzreife keine Möglichkeit hatte, die Mieträume von der Insolvenzschuldnerin zurückzuerlangen.¹⁰²⁴ Ein Vertrauensschaden sei auch nicht durch den Eintritt in den Mietvertrag begründet, weil die Vertragsübernahme nicht mit der Insolvenzschuldnerin, sondern dem früheren Vermieter zustande komme.¹⁰²⁵ Diese letztgenannte Feststellung kann jedoch nicht überzeugen: Dient die Insolvenzantragspflicht auch dazu, eine insolvenzreife GmbH aus dem Verkehr zu ziehen,¹⁰²⁶ dann ist – wie sogleich in Bezug auf die Deliktsgläubiger noch auszuführen ist – ein (unmittelbarer) rechtsgeschäftlicher Kontakt mit der Insolvenzschuldnerin nicht zwingend erforderlich. Vielmehr erleidet in o.g. Fall auch der Vertragsübernehmer einen relevanten Vertrauensschaden, weil er bei einer durch den Insolvenzantrag offenkundig gewordenen Zahlungsunfähigkeit der Mieterin seine vermögensschädigende Disposition – hier die Vertragsübernahme – nicht mehr getroffen hätte.

(3) Deliktsgläubiger

Nicht ausgetragen ist bislang auch die Frage, ob Deliktsgläubiger geschützt sind, weil sie keinen Vertrag mit der GmbH schließen und folglich auch nicht auf die Solvenz vertrauen.¹⁰²⁷ Sie hängt – wie soeben in Bezug auf die Vertragsüber-

nahme mit einem Dritten schon ausgeführt – vom genauen Schutzzweck des § 15a InsO ab, den es zu präzisieren gilt.¹⁰²⁸ Abgelehnt hat der BGH die Haftung gegenüber einem Deliktsgläubiger bislang nur in einem Extremfall, in dem der Schaden auf betrügerische Doppelabtretungen eines zweiten Mitgeschäftsführers zurückzuführen war.¹⁰²⁹ Der tragende Gedanke war insoweit jedoch, dass der Mitgeschäftsführer die Dritten völlig unabhängig von der Haftungsbeschränkung hätte betrügen können, der Schaden also nicht vom Schutzzweck der Insolvenzantragspflicht erfasst war.¹⁰³⁰

Richtigerweise wird man im Grundsatz auch Deliktsgläubiger einbeziehen können, wenn diese darlegen und beweisen können, dass ihr Schaden nicht (mehr) eingetreten wäre, wenn der Insolvenzantrag rechtzeitig gestellt und die insolvente GmbH aus dem Verkehr genommen worden wäre.¹⁰³¹ Dies gilt insbesondere für solche Deliktsschäden, die speziell auf die krisenhafte Situation der GmbH zurückzuführen sind, wenn etwa der Geschäftsführer wegen der angespannten finanziellen Situation auf sonst übliche Maßnahmen zum Schutz fremder Rechtsgüter verzichtet.¹⁰³²

1018 Generell für die Einordnung der Arbeitnehmer als Altgläubiger OLG Hamburg, ZIP 2007, 2318 m.N. auch zur gegenteiligen Rechtsprechung mehrerer Landesarbeitsgerichte; a.A. *Casper*, in: Ulmer (Fn. 672), § 64 Rn. 163.

1019 Dazu ausführlich LAG Nürnberg, DB 2012, 2227 = BeckRS 2012, 72671 (red. Leitsatz, juris-Rn. 26 ff.).

1020 BGH, ZInsO 2009, 329 = ZIP 2009, 366 = GmbHR 2009, 315.

1021 Zu den Grenzen insolvenzabhängiger Lösungsklauseln siehe *Thole*, ZHR 181 (2017), 548 ff. m.w.N.

1022 BGH, ZInsO 2013, 2556 = ZIP 2014, 23 (Rn. 8 ff.).

1023 Wie hier *Casper*, in: Ulmer (Fn. 672), § 64 Rn. 163 unter Hinweis auf ggf. bestehende Kündigungsrechte; a.A. offenbar *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 703), § 64 Rn. 176, der für die Vertrauenshaftung bei Fortsetzung der Leistungsbeziehung nur auf § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB verweist.

1024 OLG Stuttgart, ZInsO 2012, 2204 = ZIP 2012, 2342 (juris-Rn. 10 ff.).

1025 OLG Stuttgart, ZInsO 2012, 2204 = ZIP 2012, 2342 (juris-Rn. 17).

1026 Siehe oben bei Fn. 1002.

1027 Darstellung des Streitstandes und Befürwortung der Einbeziehung von Deliktsgläubigern bei *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 683), Anh. zu § 64 Rn. 96 und *Wagner*, in: MünchKomm. BGB (Fn. 784), § 826 Rn. 147.

1028 Siehe dazu Fn. 1002.

1029 BGHZ 164, 50 = ZInsO 2005, 1043 = NJW 2005, 3137 = ZIP 2005, 1734 (Leitsatz 2). Entgegen der Darstellung bei *Klöhn*, KTS 2012, 133, 156 äußern sich die bei ihm in Fn. 115 zitierten Urteile hingegen nicht zu den Deliktsgläubigern.

1030 BGHZ 164, 50, 55 f. und 59 ff. = ZInsO 2005, 1043, 1044 und 1045 f. (juris-Rn. 8, 16 ff.); dazu kritisch *Gehrlein*, DB 2005, 2395 ff.

1031 *Gehrlein*, DB 2005, 2395 ff.; *Wagner*, in: FS Karsten Schmidt, 2009, S. 1665, 1678 ff.; allgemein für gesetzliche Ansprüche *Klöhn*, KTS 2012, 133, 155 ff. m.w.N. zum Streitstand in Fn. 112 f.; auch *Bork*, ZGR 1995, 505, 518 f., aber sehr zurückhaltend; gänzlich a.A. *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen (Fn. 708), Vor § 64 Rn. 134; *Casper*, in: Ulmer (Fn. 672), § 64 Rn. 180 m.w.N. zum Streitstand.

1032 Dieser Fall liegt eindeutig anders als der von *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen (Fn. 708), Vor § 64 Rn. 134 a.E. als *argumentum ad absurdum* gebildete Postbotenfall. Selbstverständlich ist der Normzweck der Insolvenzantragspflicht zu berücksichtigen, wie das bei Fn. 1030 zitierte BGH-Urteil zeigt.

(4) Mangelhafte (Werk-)Leistung durch insolvente GmbH

Schwierig ist die Abgrenzung des dem Neugläubiger zustehenden negativen Interesses vom Erfüllungsinteresse bei von der insolvenzreifen GmbH mangelhaft erbrachten Werkleistungen. In einem ersten Fall, in dem die GmbH als Werkunternehmerin Dämmplatten, die im Eigentum des Bestellers standen, mangelhaft an einem Haus angebracht hat, bestätigte der BGH zunächst den oben schon allgemein angeführten Grundsatz, dass der Geschäftsführer aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO nicht auf den Ersatz des positiven Interesses haftet.¹⁰³³ Der Schutzbereich der Insolvenzantragspflicht umfasse jedoch auch solche Schäden des Neugläubigers, die durch eine fehlerhafte Bauleistung der insolvenzreifen Gesellschaft am Bauwerk verursacht werden und von dieser wegen fehlender Mittel nicht mehr beseitigt werden können.¹⁰³⁴ Danach waren im konkreten Fall die Kosten der Demontage der alten Platten sowie der Beschaffung neuer Platten ersatzfähig, nicht aber die Kosten der Neuanbringung und weiterer von der GmbH versprochener Leistungen, weil es sich bei letzteren um das positive Interesse handelt.¹⁰³⁵

In einem zweiten vom BGH beurteilten Fall hatte eine GmbH eine Tür mit einer niedrigeren als der vertraglich geschuldeten Sicherheitsstufe in ein Haus eingebaut; später brachen Diebe in das Haus ein und entwendeten dort Schmuck.¹⁰³⁶ In diesem Fall hielt nun der BGH den Schaden nach dem Schutzzweck der Norm nicht für ersatzfähig, weil die mangelhafte Leistung der insolvenzreifen GmbH lediglich die Schädigung des Vermögens des Vertragspartners der GmbH durch deliktisches Handeln eines Dritten begünstigt habe.¹⁰³⁷ Überzeugen könnte diese Ablehnung des Schutzzweckzusammenhangs jedoch allenfalls, wenn durch den Diebstahl eine Person geschädigt worden wäre, die kein Vertragspartner der Insolvenzschuldnerin ist. Dann nämlich ginge es um die vorstehend unter (3) angeführten Deliktsfälle, bei denen nach hier vertretener Ansicht eine Ersatzpflicht zwar grds. auch denkbar ist, jedoch besonders sorgsam zu prüfen ist, ob der konkret eingetretene Schaden mit der Insolvenzreife in Zusammenhang steht. Da ein Unbeteiligter keinen Anspruch auf einen bestimmten Sicherheitsstandard in einem fremden Haus hat, ist das zu verneinen. Ist jedoch der Geschädigte – wie im BGH-Fall – Vertragspartner der GmbH und bestand der Vertragszweck gerade in einer bestimmten Sicherung des Objekts, ist der Schutzzweckzusammenhang zu bejahen. Insolvente Werkunternehmer neigen nämlich wegen der ihnen fehlenden finanziellen Mittel allgemein dazu, kostengünstigere als die vertraglich geschuldeten Leistungen zu erbringen. Genau dieser spezifischen Gefahr wäre der Besteller nicht ausgesetzt, wenn die GmbH aufgrund des Insolvenzantrags bereits vom Markt verschwunden wäre.

Ebenso wäre der Fall zu beurteilen, in dem ein insolvenzreifes Bewachungsunternehmen mit dem Schutz eines Objekts beauftragt, sodann zur Kosteneinsparung vertragswidrig zu wenig Personal einsetzt und dadurch ein Diebstahl oder eine Beschädigung durch Dritte ermöglicht wird. Auch hier verwirklicht sich – im Sinne des Dämmplatten-Urteils – eine „typischerweise mit dem Vertragsschluss zwischen Neugläubiger und unerkannt insolvenzreifer Gesellschaft einherge-

hende Gefahr“, vor der die Insolvenzantragspflicht den Geschäftsverkehr bewahren will.¹⁰³⁸

(5) Vorteilsausgleich bei laufender Geschäftsverbindung?

Probleme können sich schließlich ergeben, wenn ein Gläubiger in laufender Geschäftsverbindung mit der GmbH steht und damit **zugleich Alt- und Neugläubiger** sein kann, je nachdem, wann welche vermögensschädigende Disposition getroffen wurde. Hat dieser Gläubiger nur wegen der Insolvenzverschleppung auf seine Altforderungen noch Zahlungen erhalten, die er bei rechtzeitigem Insolvenzantrag nicht mehr erhalten hätte, ließe sich die Ansicht vertreten, er müsse sich solche Zahlungen auf Altforderungen auf jenen Schadensersatzanspruch anrechnen lassen, der sich aus den neuen Dispositionen ergibt und für die er folglich einen Anspruch als Neugläubiger hat. Der BGH hat eine solche Anrechnung jedoch mit Recht abgelehnt, weil die Vorteilsausgleichung zu einer unbilligen, dem Zweck der Ersatzpflicht widersprechenden Entlastung des Schädigers führe.¹⁰³⁹

(6) Insolvenzgeld

Nicht vom Schutzzweck der Insolvenzantragspflicht erfasst ist die Bundesagentur für Arbeit bzgl. des nach § 165 SGB III den Arbeitnehmern zu zahlenden Insolvenzgeldes, da ihre Zahlungspflicht erst nach Insolvenzantragstellung ausgelöst wird.¹⁰⁴⁰ Für diesen Fall wird daher – wie schon ausgeführt¹⁰⁴¹ – die Insolvenzverschleppungshaftung aus § 826 BGB bedeutsam.

(7) Beiträge zur Sozialversicherung

Ebenfalls nicht gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO als Neugläubiger ersatzberechtigt sind die Träger der Sozialversicherung bzgl. der Beitragsforderungen. Den Sozialversicherungsträgern entsteht nämlich durch die Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer durch die marode GmbH kein Vertrauensschaden. Zwar wurden zugunsten der Sozialversicherungsträger durch die Weiterbeschäftigung (zumeist wertlose) Ansprüche begründet; jedoch ist dies für sich gesehen kein Schaden, der bei rechtzeitiger Antragstellung hätte vermieden werden können. Durch die Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer sind dem Sozialversicherungsträger auch keine anderweitigen Beitragseinnahmen entgangen.¹⁰⁴²

1033 BGH, ZInsO 2012, 1367 = ZIP 2012, 1455 (Rn. 7, 14 f.).

1034 BGH, ZInsO 2012, 1367 = ZIP 2012, 1455 (Rn. 22-24).

1035 BGH, ZInsO 2012, 1367 = ZIP 2012, 1455 (Rn. 24 f.).

1036 BGH, ZInsO 2015, 318 = ZIP 2015, 267 (Rn. 1 und 3).

1037 BGH, ZInsO 2015, 318 = ZIP 2015, 267 (Leitsatz und Rn. 11 ff.).

1038 BGH, ZInsO 2012, 1367 = ZIP 2012, 1455 (Rn. 24 a.E.).

1039 BGH, ZInsO 2007, 543 = ZIP 2007, 1060 = WM 2007, 970.

1040 BGHZ 108, 134 = ZIP 1989, 1341 = NJW 1989, 3277 (Leitsatz 1); Scholz/Karsten Schmidt (Fn. 703), § 64 Rn. 177.

1041 Siehe oben Ziff. C. I. 3. a) ee), insbes. bei Fn. 885.

1042 BGH, ZInsO 1999, 349 = ZIP 1999, 967; OLG Hamm, ZInsO 2000, 118 = ZIP 2000, 198 = BB 2000, 113 (Orientierungssatz 2); offen gelassen in BGH, ZIP 2003, 1713 m. Anm. Karsten Schmidt.

fff) Mitverschulden

Die Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers kann (partiell) entfallen, wenn den anspruchstellenden Gläubiger ein Mitverschulden an der Entstehung oder der Höhe des Schadens trifft (§ 254 BGB). Dies ist zu bejahen, wenn sich der Gläubiger auf Geschäfte mit einer GmbH eingelassen hat, obwohl er Anzeichen der fehlenden Solvenz der GmbH kannte oder kennen musste.¹⁰⁴³ Als Anzeichen hierfür genügt allein die geringe Höhe des Stammkapitals der GmbH jedoch noch nicht.¹⁰⁴⁴

c) Deliktische Eigenhaftung (insbesondere aus § 823 Abs. 1 BGB)

Neben Verstößen gegen § 826 BGB und § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einem Schutzgesetz kann den Geschäftsführer eine deliktische Eigenhaftung treffen, insbesondere aus § 823 Abs. 1 BGB.¹⁰⁴⁵ Zunächst gilt auch hier, dass die GmbH für den vom Geschäftsführer verursachten Schaden analog § 31 BGB einzustehen hat.¹⁰⁴⁶ In welchen Fällen daneben auch der Geschäftsführer dem Dritten gegenüber – in Gesamtschuld¹⁰⁴⁷ – haftet, ist in der Rechtsprechung noch nicht endgültig ausdiskutiert.

Klar ist zunächst, dass der **Geschäftsführer** haftet, wenn er **selbst aktiv tätig wird** und dabei das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges (absolutes) Recht¹⁰⁴⁸ eines anderen schuldhaft verletzt,¹⁰⁴⁹ z.B. fremdes Eigentum auf eigene Rechnung veräußert¹⁰⁵⁰ oder sich ehrverletzend¹⁰⁵¹ bzw. kreditgefährdend¹⁰⁵² über Dritte äußert. Gleiches gilt in Fällen von Wettbewerbsverstößen, wenn der Geschäftsführer die Rechtsverletzungen selbst begangen oder in Auftrag gegeben oder das auf Rechtsverletzungen angelegte Geschäftsmodell selbst ins Werk setzt.¹⁰⁵³

Für ein **Unterlassen** haftet der Geschäftsführer gegenüber Dritten, wenn ihn eine Verkehrssicherungs- bzw. Garantienpflicht nicht nur gegenüber seiner GmbH, sondern auch gegenüber dem Dritten trifft. Das Bestehen einer solchen drittschützenden Pflicht wird von den verschiedenen BGH-Senaten allerdings unterschiedlich beurteilt.¹⁰⁵⁴ Die Rechtsprechungshistorie sei daher im Folgenden skizziert:

aa) Der Baustoff-Fall des VI. Zivilsenats des BGH

Im „Baustoff-Fall“ hat der VI. Zivilsenat des BGH erstmalig und weitgehend entschieden, dass den Geschäftsführer einer GmbH eine Verkehrssicherungspflicht im Verhältnis zu Dritten treffe, bei deren Verletzung er dem Dritten persönlich hafte.¹⁰⁵⁵ Ein Lieferant hatte Baustoffe unter verlängertem Eigentumsvorbehalt geliefert, also den Weiterverkauf der Ware durch die GmbH nur für den Fall gestattet, dass ihm die Forderung aus dem Weiterverkauf abgetreten wird. Diese Abtretung ging aufgrund eines mit dem Abnehmer vereinbarten Abtretungsverbots (§ 399 BGB) ins Leere, weshalb der Baustofflieferant mit der Weiterveräußerung seine Sicherheit verlor. Nach Ansicht des BGH haftete der Geschäftsführer, der selbst überhaupt nicht am Vertragsschluss beteiligt war, weil er den Betrieb der GmbH nicht so organi-

siert hat, dass Weiterveräußerungen unterbleiben, wenn sie nach dem Vertrag mit dem Baustofflieferanten nur gegen Abtretung der Forderung gestattet sind und die Erfüllung dieser Abtretungspflicht wegen des mit dem Abnehmer vereinbarten Abtretungsverbots unmöglich ist.

Der BGH ging dabei zwar von dem Grundsatz aus, dass Gefahrenquellen im Aktivitätsbereich der Gesellschaft grds. nur Verkehrspflichten und damit die Haftung der *Gesellschaft* begründen und die Organisations- und Überwachungspflichten des Geschäftsführers folglich auch nur gegenüber der Gesellschaft, nicht aber gegenüber Dritten bestehen.¹⁰⁵⁶ Die Verkehrspflichten könnten ihn aber „aus besonderen Gründen [auch] persönlich gegenüber dem Dritten treffen.“¹⁰⁵⁷ Nach Ansicht des VI. Zivilsenats des BGH kann dies „im außervertraglichen, deliktischen Bereich insbesondere wegen einer dem Geschäftsführer als Aufgabe zugewiesenen oder von ihm jedenfalls in Anspruch genommenen **Garantenstellung zum Schutz fremder Schutzgüter** i.S. des § 823 Abs. 1 BGB der Fall sein, die ihre Träger der Einflussphäre der Gesellschaft anvertraut haben.“¹⁰⁵⁸ Da der Geschäftsführer aufgrund seiner – gegenüber der Gesellschaft bestehenden – Organisations-

1043 *Drescher* (Fn. 857), Rn. 1188.

1044 BGHZ 126, 181, 200 f. = ZIP 1994, 1103 (Ziff. II 2 e der Gründe); zustimmend *Bork*, ZGR 1995, 505, 520.

1045 *Scholz/U. H. Schneider* (Fn. 760), § 43 Rn. 321 ff.

1046 Die Haftung der GmbH entfällt nur dann, wenn die Verletzung des Opfers in keinem inneren Zusammenhang mit der Tätigkeit des Geschäftsführers als Organ der GmbH steht. Dann handelte der Geschäftsführer nicht „in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen“, was Voraussetzung für § 31 BGB ist (*Bitter/Heim*, GesR [Fn. 779], § 2 Rn. 7); unerheblich ist, ob der Geschäftsführer mit ausreichender Vertretungsmacht handelte oder nicht; entscheidend ist allein der rein tatsächliche Wirkungskreis (*Drescher* [Fn. 857], Rn. 941).

1047 Vgl. allgemein für § 31 BGB *Arnold*, in: MünchKomm. BGB (Fn. 870), § 31 Rn. 45.

1048 Das BAG hat in ZInsO 2014, 2167 = ZIP 2014, 1976 = GmbHR 2014, 1199 (Rn. 26) – „Karstadt“ offen gelassen, ob ein „Recht am Arbeitsplatz“ ein absolut geschütztes Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB ist, das dem ausgefallenen Arbeitnehmer einen Anspruch gegen den Geschäftsführer geben könnte. Das BAG hat den Anspruch verneint, weil es an der Finalität und der Rechtswidrigkeit fehle, die bei offenen Tatbeständen besonders geprüft werden müssten.

1049 Zusammenfassend der VI. Zivilsenat in BGHZ 194, 26, 35 = ZInsO 2012, 1953 = ZIP 2012, 1552 (Rn. 24) m.w.N.

1050 BGH, ZIP 1996, 786 = WM 1996, 1005: Verkauf eines in Dritteigentum stehenden Lamborghinis.

1051 OLG Koblenz, GmbHR 1992, 378.

1052 Zum Vorstand einer AG BGHZ 166, 84 = ZIP 2006, 317 – „Kirch J. Deutsche Bank AG und Breuer“; dazu unten bei Fn. 1097.

1053 So der I. Zivilsenat in BGHZ 201, 344, 348, 349, 350 f., 354 = ZInsO 2014, 1611 = ZIP 2014, 1475 (Rn. 14, 17, 19 mit Beispielen, 31) – „Geschäftsführerhaftung“; siehe dazu auch den X. Zivilsenat in BGHZ 208, 182, 206 = ZIP 2016, 362 (Rn. 108) – „Glasfasern II“.

1054 Siehe dazu den Überblick bei *Kuhlen*, NZWiSt 2015, 121 ff. und 161 ff.; *Nietsch*, CCZ 2013, 192 ff.; *Gottschalk*, GmbHR 2015, 8, 10 ff.

1055 BGHZ 109, 297 = NJW 1990, 976.

1056 BGHZ 109, 297, 303 = NJW 1990, 976 (Ziff. II 3 a aa der Gründe, juris-Rn. 16); dazu auch *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 683), § 43 Rn. 82 ff. m.w.N.

1057 BGHZ 109, 297, 303 = NJW 1990, 976 (Ziff. II 3 a aa der Gründe, juris-Rn. 16).

1058 BGHZ 109, 297, 303 = NJW 1990, 976 (Ziff. II 3 a aa der Gründe, juris-Rn. 16).

und Leitungspflichten persönlich Einfluss auf Gefahrenabwehr- und -steuerungsmaßnahmen nehmen könne, resultiere hieraus eine persönliche Verantwortung gegenüber den betroffenen Außenstehenden. Folglich sei der Geschäftsführer gem. § 823 Abs. 1 BGB verantwortlich für den Verlust des (vorbehaltenen) Eigentums an den Baustoffen, der durch die unzulässige Weiterveräußerung eingetreten war.

Obwohl sich die konkrete Fallkonstellation im Hinblick auf den zwischenzeitlich eingeführten § 354a HGB¹⁰⁵⁹ nicht mehr wiederholen kann,¹⁰⁶⁰ zeigt der Fall doch die erheblichen Haftungsgefahren für den Geschäftsführer, der über die Garantienstellung mittelbar für das Fehlverhalten der Angestellten der GmbH einzustehen hat, für das er eigentlich nicht persönlich haftbar ist.¹⁰⁶¹

bb) Der Lederspray-Fall des 2. Strafsenats des BGH

Parallel nahm der 2. Strafsenat des BGH im „Lederspray-Fall“ BGHSt 37, 106 an, dass den Geschäftsführer eine Garantienpflicht i.S.d. § 13 StGB zum Schutz der Rechtsgüter Dritter treffen könne. Trotz schwerer gesundheitlicher Gefahren für die Benutzer eines Ledersprays hatte die Geschäftsleitung des produzierenden Unternehmens nicht für den rechtzeitigen Rückruf des Produktes gesorgt, sodass zahlreiche weitere Kunden verletzt wurden. Der 2. Strafsenat erkannte auf eine Strafbarkeit der Geschäftsleitung wegen Körperverletzung, weil der gebotene Rückruf des gesundheitsgefährdenden Produktes unterblieb.¹⁰⁶² Die strafrechtliche Garantienpflicht des Herstellers zum Rückruf bereits in den Handel gelangter Produkte trifft die Geschäftsleitung persönlich, wobei nach dem Urteil des BGH jeder Geschäftsführer, der es trotz seiner Mitwirkungskompetenz unterlässt, seinen Beitrag zum Zustandekommen der gebotenen Rückrufentscheidung zu leisten, eine Ursache für das Unterbleiben der Maßnahme setzt und damit mitverantwortlich ist.

cc) Kritik in der Literatur

Die Entscheidung des BGH im „Baustoff-Fall“ ist in der Literatur überwiegend (teils scharf) kritisiert worden,¹⁰⁶³ wobei jedoch die alternativ angebotenen Lösungen äußerst disparat sind.¹⁰⁶⁴ Es wird kritisiert, dass die Beschützergarantienstellung des Geschäftsführers ausschließlich aus der (gegenüber der Gesellschaft geschuldeten) Organisationspflicht hergeleitet und so die Geschäftsführerhaftung verdoppelt werde. Es werde nicht mehr differenziert, welche Pflichten den Geschäftsführer persönlich und welche ihn „nur“ in seiner Organeigenschaft als Pflichten der GmbH treffen.¹⁰⁶⁵ Dies belaste den Geschäftsführer mit nicht mehr berechenbaren Risiken, mache ihn zum faktischen Ausfallbürgen der Gesellschaft und konterkarriere das in § 13 Abs. 2 GmbHG normierte Haftungstrennungsprinzip.¹⁰⁶⁶ Stimmen in der Literatur wollen daher persönliche Verkehrspflichten des Geschäftsführers nur dann anerkennen, wenn der Rang des jeweils geschützten Rechtsguts, das bestehende Risiko einer Schädigung Dritter, die Komplexität der Vorgänge und die Schwere der potenziellen Schäden eine Überwachung durch

den Geschäftsführer persönlich erforderlich machen.¹⁰⁶⁷ Verletze der Geschäftsführer seine ihn hieraus treffenden Verkehrs(sicherungs)pflichten oder delegiere der Geschäftsführer seine persönlichen Pflichten an Mitarbeiter der GmbH, so hafte er dem betroffenen Dritten, auch wenn er von einem Fehlverhalten der Mitarbeiter keine Kenntnis hat.

dd) Wende des VI. Zivilsenats des BGH in BGHZ 194, 26?

Offen erscheint, ob der VI. Zivilsenat des BGH mit seinem jüngeren Urteil BGHZ 194, 26 aus dem Jahr 2012¹⁰⁶⁸ eine Wende seiner scharfen Rechtsprechung zur drittsschützenden Verkehrssicherungspflicht eines Geschäftsführers aus dem Baustoff-Urteil einleiten wollte, wie es teilweise im Schrifttum behauptet wird.¹⁰⁶⁹ Vereinfacht lag der Entscheidung folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Vorstand einer AG leistete in einem von ihm erdachten System zur Liquiditätsbeschaffung Zahlungen auf Scheinrechnungen und machte sich daher wegen Untreue i.S.d. § 266 StGB strafbar. Die Scheinrechnungen wurden von einer GmbH durch deren Geschäftsführer A erstellt. Einem zweiten Geschäftsführer B jener GmbH wurde vom späteren Insolvenzverwalter der AG vorgeworfen, er sei gegen das Handeln des A nicht eingeschritten und habe dadurch Beihilfe zur Untreue des Vorstands der AG geleistet.

Der BGH hat eine Haftung des nicht direkt an der Rechnungsstellung beteiligten B gegenüber der AG wegen Beihilfe zur Untreue durch Unterlassen (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 266 Abs. 1, 27, 13 StGB) abgelehnt. Der Leitsatz zu jenem Urteil lautet:

„Allein aus der Stellung als Geschäftsführer einer GmbH bzw. Mitglied des Vorstands einer AG ergibt sich keine Ga-

1059 Dazu *Bitter/Schumacher*, HandelsR (Fn. 778), § 7 Rn. 45 ff.

1060 Zum gutgläubigen Eigentumserwerb trotz Abtretungsverbots siehe *Kars-ten Schmidt*, NJW 1999, 400 zu einem ähnlich gelagerten Fall.

1061 Hieran ändert auch § 831 BGB nichts, denn Geschäftsherr des Angestellten ist nicht der Geschäftsführer, sondern die GmbH.

1062 BGHSt 37, 106 = NJW 1990, 2560 = ZIP 1990, 1413 – „Erdal“.

1063 Dazu ausführlich *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 683), § 43 Rn. 82 ff. mit Literaturhinweisen vor Rn. 79 und m.w.N.; Nachw. auch bei Scholz/*U. H. Schneider* (Fn. 760), § 43 Rn. 326; *Fleischer*, in: MünchKomm. GmbHG, Bd. 2, 2. Aufl. 2016, § 43 Rn. 348 ff.

1064 Siehe hierzu die Entscheidung des KG, NZG 2013, 586, 588 ff., in der sieben Auffassungen zur Organaußenhaftung differenzierend dargestellt werden; im Anschluss daran auch *Kuhlen*, NZWiSt 2015, 161, 164 f.

1065 *Karsten Schmidt*, GesR (Fn. 776), § 36 II 5 e (S. 1090).

1066 *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 683), § 43 Rn. 86; kritisch zu dem Hinweis auf § 13 Abs. 2 GmbHG *Kuhlen*, NZWiSt 2015, 161, 165; dem BGH im Grundsatz zustimmend hingegen *Scholz/U. H. Schneider* (Fn. 760), § 43 Rn. 327 m.w.N., allerdings mit Differenzierung des Pflichtenmaßstabs im Innen- und Außenverhältnis; dazu kritisch *Kuhlen*, NZWiSt 2015, 161, 165 ff.

1067 *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 683), § 43 Rn. 87 m.w.N.

1068 BGHZ 194, 26 = ZInsO 2012, 1953 = ZIP 2012, 1552.

1069 *Fleischer*, in: MünchKomm. GmbHG (Fn. 1063), § 43 Rn. 349a („deutliche Kurskorrektur“); *Bachmann*, NJW-Beil. 2014, 43, 46; *Schirmer*, NJW 2012, 3398, 3399 f.; *Gottschalk*, GmbHR 2015, 8, 11.

rantenpflicht gegenüber außenstehenden Dritten, eine Schädigung ihres Vermögens zu verhindern. Die Pflichten aus der Organstellung zur ordnungsgemäßen Führung der Geschäfte der Gesellschaft aus § 43 Abs. 1 GmbHG, § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG, zu denen auch die Pflicht gehört, für die Rechtmäßigkeit des Handelns der Gesellschaft Sorge zu tragen, bestehen grundsätzlich nur dieser gegenüber und lassen bei ihrer Verletzung Schadensersatzansprüche grundsätzlich nur der Gesellschaft entstehen.¹⁰⁷⁰

In den Gründen stellt der VI. Zivilsenat des BGH das Verhältnis dieser neuen Entscheidung BGHZ 194, 26 zu seinem früheren Baustoff-Urteil nicht klar. Jenes Urteil wird nur als Beleg für die ständige Rechtsprechung zitiert, nach der (1) die Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung (§ 43 Abs. 1 GmbHG, § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG) grds. nur gegenüber der Gesellschaft besteht, nicht aber auch im Verhältnis zu außenstehenden Dritten¹⁰⁷¹ und (2) eine Außenhaftung des Geschäftsleiters nur aufgrund besonderer Anspruchsgrundlagen in Betracht kommt, insbesondere wenn er selbst aktiv ein Delikt begeht.¹⁰⁷² Bei den sodann folgenden Ausführungen zu der Frage, ob und wann ausnahmsweise auch eine Pflicht zur Verhinderung von Vermögensschäden gegenüber außenstehenden Dritten besteht, wird hingegen kein Bezug mehr auf den Baustoff-Fall genommen.¹⁰⁷³ Insoweit wird lediglich ausgesprochen, es seien vom Berufungsgericht „keine Umstände festgestellt“, die die Annahme rechtfertigten, dass der Zweitgeschäftsführer – über die ihm gegenüber der GmbH obliegenden Pflichten hinaus – „weitere Pflichten übernommen hatte, die er nicht nur für [die GmbH] zu erfüllen hatte, sondern die ihn aus besonderen Gründen persönlich gegenüber der [...] AG trafen und den Schutz ihrer Vermögensinteressen zum Gegenstand hatten.“¹⁰⁷⁴

Da der BGH keine Begründung dafür liefert, warum hier – anders als damals im Baustoff-Fall – keine „besonderen Gründe“ vorliegen, lässt sich auch nicht erkennen, in welchem Umfang er zukünftig eine Garantienstellung von Geschäftsleitern bejahen wird.¹⁰⁷⁵ Den Unterschied sieht der VI. Zivilsenat jedenfalls in der konkreten Fallgestaltung, weil er sich anderenfalls inhaltlich von den rechtlichen Grundsätzen des Baustoff-Urteils hätte distanzieren müssen, was nicht geschehen ist. Insoweit fallen folgende Besonderheiten des neuen Falls auf: (1) Diesmal ging es nicht um eine Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts, sondern um eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB wegen eines Vermögensschadens.¹⁰⁷⁶ (2) Der Haupttäter, der Vorstand der AG, war kein Mitarbeiter der vom Beklagten geführten GmbH und eine „Beihilfe zur Beihilfe“ des anderen Geschäftsführers der eigenen Gesellschaft wurde nicht diskutiert, zumal dann auch zusätzlich fraglich wäre, ob sich die im Strafrecht angenommene Garantienpflicht zur Verhinderung von Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter¹⁰⁷⁷ auch auf den Fall eines gleichgeordneten Geschäftsführers übertragen ließe.

Festzuhalten bleibt jedenfalls, dass der VI. Zivilsenat auch in BGHZ 194, 26 explizit betont, „besondere Gründe“ könnten zur Anerkennung einer drittschützenden Garantienstellung führen.¹⁰⁷⁸ Dem Urteil ist deshalb kaum eine (deutliche) Abkehr von der bisherigen Linie zu entnehmen. Allenfalls

kann die selektive Auswahl der für den Leitsatz ausgesuchten Grundsätze andeuten, dass der VI. Zivilsenat diese zukünftig stärker gegenüber den Ausnahmen betonen will.

ee) Jüngere Rechtsprechung insbesondere des I. und X. Zivilsenats des BGH

Die Bildung des Leitsatzes hat jedenfalls Wirkung gezeigt, wie insbesondere mehrere Folgeurteile anderer BGH-Senate zeigen: Im Wettbewerbsrecht entschied der I. Zivilsenat des BGH,¹⁰⁷⁹ dass ein Geschäftsführer von einem Wettbewerber nicht persönlich in Anspruch genommen werden kann, obwohl „seine“ Gesellschaft Handelsvertreter beauftragte, welche Verbrauchern in Haustürsituationen falsche Informationen über jene Wettbewerber unterbreiteten und der Geschäftsführer hiervon Kenntnis hatte. Allein aus seiner Organstellung ergebe sich – so der I. Zivilsenat – keine Verpflichtung des Geschäftsführers gegenüber außenstehenden Dritten, Wettbewerbsverstöße der Gesellschaft zu verhindern.¹⁰⁸⁰ Eine persönliche Haftung komme nur bei „besonderen Umständen“ in Betracht, die der I. Zivilsenat „erwägen“ will, wenn sich der Geschäftsführer bewusst jeglicher Kenntnis entzieht, etwa weil er sich dauerhaft im Ausland aufhält.¹⁰⁸¹ Seine bisherige Rechtsprechung, wonach ein Geschäftsführer persönlich für Wettbewerbsverstöße haftete, wenn er Kenntnis hiervon hatte und sie nicht verhinderte, gab der BGH auf.¹⁰⁸²

Deutlich zurückhaltender hat auch das OLG Karlsruhe in einem Fall geurteilt, in dem der Gast einer Gaststätte bei Glattteis auf dem Hof der Gaststätte stürzte und für seinen Schaden neben der GmbH als Betreiberin der Gaststätte auch deren Geschäftsführer in Anspruch nehmen wollte. Im Anschluss an die Entscheidung BGHZ 194, 26 des VI. Zivilsenats wird betont, dass die Organpflichten grds. nur gegenüber der GmbH bestünden, den Geschäftsführer jedoch – wie jeden anderen Be-

1070 BGHZ 194, 26 = ZInsO 2012, 1953 = WM 2012, 1591 = ZIP 2012, 1552 (Leitsatz); zustimmend *Bitter/Heim*, GesR (Fn. 779), § 4 Rn. 140.

1071 BGHZ 194, 26, 34 f. = ZInsO 2012, 1953 = ZIP 2012, 1552 (Rn. 23); dazu auch *Schirmer*, NJW 2012, 3398, 3399 f.

1072 BGHZ 194, 26, 35 = ZInsO 2012, 1953 = ZIP 2012, 1552 (Rn. 24).

1073 Vgl. BGHZ 194, 26, 35 f. = ZInsO 2012, 1953 = ZIP 2012, 1552 (Rn. 25 f.).

1074 BGHZ 194, 26, 36 = ZInsO 2012, 1953 = ZIP 2012, 1552 (Rn. 26).

1075 Zutreffend *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff* (Fn. 683), § 43 Rn. 82.

1076 Darauf hinweisend *Gärtner*, BB 2013, 2242, 2244.

1077 Zur Garantienpflicht des Betriebsinhabers bzw. Vorgesetzten zur Verhinderung betriebsbezogener Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter BGHSt 57, 42 f., 45 ff. = NJW 2012, 1237, 1238 f. (Leitsatz und Rn. 12 ff.); vgl. dazu *Kuhlen*, NZWiSt 2015, 121 ff. und 161 ff. mit Aufarbeitung der Unterschiede zwischen straf- und zivilrechtlicher Rechtsprechung des BGH.

1078 BGHZ 194, 26, 36 = ZInsO 2012, 1953 = ZIP 2012, 1552 (Rn. 26).

1079 BGHZ 201, 344 = ZInsO 2014, 1611 = ZIP 2014, 1475 – „Geschäftsführerhaftung“.

1080 BGHZ 201, 344, 351 = ZInsO 2014, 1611 = ZIP 2014, 1475 (Rn. 23) – „Geschäftsführerhaftung“; dazu *Hohmuth*, GmbHR 2014, 1249 ff.

1081 BGHZ 201, 344, 352 = ZInsO 2014, 1611 = ZIP 2014, 1475 (Rn. 26) – „Geschäftsführerhaftung“.

1082 BGHZ 201, 344, 348 = ZInsO 2014, 1611 = ZIP 2014, 1475 (Rn. 15) – „Geschäftsführerhaftung“.

diensteten der GmbH¹⁰⁸³ – im Deliktsbereich auch eine „Garantenstellung zum Schutz fremder Rechtsgüter i.S. des § 823 Abs. 1 BGB“ gegenüber Dritten treffen könne.¹⁰⁸⁴ Im konkreten Fall verneint das OLG jedoch die Haftung, weil der Geschäftsführer einen Hausmeister mit dem Streudienst beauftragt hatte und nicht jede Verletzung der Überwachungspflicht eine Außenhaftung begründen könne; anderenfalls werde die persönliche Haftung im Außenverhältnis entgegen § 43 Abs. 2 GmbHG uferlos ausgedehnt.¹⁰⁸⁵

Im Ergebnis anders hat es der X. Zivilsenat des BGH im Urteil „Glasfasern II“ aus dem Jahr 2015 gesehen, in welchem er eine persönliche Haftung des Geschäftsführers für den Fall bejaht, dass „seine“ Gesellschaft Patente einer anderen Gesellschaft verletzt, und beruft sich dabei auf den Baustoff-Fall.¹⁰⁸⁶ Eine Garantenstellung könne insbesondere dann bestehen, wenn der Schutz von Rechten Dritter eine organisatorische Aufgabe sei, zu der zu allererst der gesetzliche Vertreter berufen sei.¹⁰⁸⁷ Allerdings stützt der BGH seine Entscheidung dann maßgeblich darauf, dass Schutzrechtsverletzungen besondere Bedeutung zukäme.¹⁰⁸⁸ Die Verkehrssicherungspflicht folge in diesen Fällen nicht aus einer Geschäftsführerstellung als solcher, sondern aus der – von der Rechtsform des Unternehmens unabhängigen – tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeit und Zumutbarkeit der Beherrschung einer Gefahrenlage für absolut geschützte Rechte Dritter.¹⁰⁸⁹

ff) Resümee

Zusammenfassend lässt sich damit nach wie vor eine nicht unbeträchtliche Haftungsgefahr für Geschäftsführer im Bereich der deliktischen Eigenhaftung erkennen und keineswegs eine Abkehr der Rechtsprechung von den Grundsätzen des Baustoff-Urteils feststellen. Dies gilt insbesondere bei der Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter.¹⁰⁹⁰ Die isolierte Modifizierung des Pflichtenmaßstabs im Zivilrecht würde den Geschäftsführern jedenfalls bei auch strafrechtlich geschützten Rechtsgütern zudem wenig nützen, weil im Strafrecht nach wie vor die im Lederspray-Fall begründete Rechtsprechung gilt,¹⁰⁹¹ in der insbesondere auch vom Bestehen einer (Überwachungs-)Garantenpflicht des Betriebsinhabers bzw. Vorgesetzten – auch eines Geschäftsführers – ausgegangen wird, betriebsbezogene Straftaten zu verhindern.¹⁰⁹² Dann aber kommt die Haftung des Geschäftsführers durch die Hintertür des § 823 Abs. 2 BGB ohnehin wieder herein.¹⁰⁹³ Soweit teilweise auf erhebliche Unterschiede zwischen straf- und zivilrechtlicher Beurteilung hingewiesen wird,¹⁰⁹⁴ liegen diese wohl auch eher in der Begrifflichkeit – Betonung des Ausnahmeharakters im Zivilrecht – als im konkreten Ergebnis für einzelne Fälle. Auch im Strafrecht ist der Betriebsinhaber, Geschäftsführer oder sonstige Vorgesetzte keineswegs pauschal für alle im Betrieb verübten Straftaten verantwortlich und es gilt – ganz unabhängig von gesellschaftsrechtlichen Fragen¹⁰⁹⁵ – das richtige Maß des Pflichtenprogramms leitender Personen zu bestimmen.¹⁰⁹⁶ Dabei muss man sich dann allerdings hüten, den straf- bzw. deliktischen Pflichtenstandard der konkret handelnden Person – auch des Geschäftsführers – an lediglich *vertraglich* vom Betriebsinhaber – etwa einer GmbH – übernommenen Pflichten auszurichten. Darin liegt die wahre Problematik nicht nur des Baustoff-Urteils, sondern

übrigens auch der berühmten Entscheidung des XI. Zivilsenats im Fall *Kirch/Breuer*,¹⁰⁹⁷ während die Anerkennung von drittwirkenden Verkehrs- oder Garantenpflichten von für eine Betriebsorganisation zuständigen Personen eigentlich eine straf- und zivilrechtliche Selbstverständlichkeit ist.

II. Echte Durchgriffshaftung wegen Missbrauchs der Rechtsform GmbH

Von den Fällen der „unechten“ Durchgriffshaftung, in denen der Gesellschafter einer GmbH aufgrund besonderer zivilrechtlicher Anspruchsgrundlagen – Vertrag,¹⁰⁹⁸ Vertrauen,¹⁰⁹⁹ Delikt¹¹⁰⁰ – haftbar ist, muss die sog. echte Durchgriffshaftung wegen Missbrauchs der Rechtsform grds. unterschieden werden.¹¹⁰¹ Nach diesem bis heute umstrittenen Haftungsansatz wird in Einzelfällen das in § 13 Abs. 2 GmbHG angeordnete Prinzip der haftungsrechtlichen Trennung zwischen Gesellschaft (GmbH) und Gesellschafter durchbrochen, dem Gesellschafter also das „Privileg“ der Haftungsbeschrän-

1083 OLG Karlsruhe, GmbHR 2013, 267 (juris-Rn. 16): „In dieser Beziehung gilt für die Eigenhaftung des Geschäftsführers im Grundsatz nichts anderes als für jeden anderen Bediensteten der GmbH, soweit dessen Aufgabebereich sich auf die Wahrung deliktischer Integritätsinteressen Dritter erstreckt.“; identische Formulierung im Baustoff-Urteil BGHZ 109, 297, 303 = NJW 1990, 976 (Ziff. II 3 a aa der Gründe, juris-Rn. 16); fast identisch – mit Ersetzung der Worte „Bediensteten der GmbH“ durch „für ein Unternehmen Tätigen“ – BGHZ 208, 182, 207 f. = ZIP 2016, 362 (Rn. 113) – „Glasfasern II“; mit Recht die Unabhängigkeit der Fragestellung vom Gesellschaftsrecht betonend auch *Kuhlen*, NZWiSt 2015, 161, 165 mit Hinweis auf den Betrieb eines Unternehmens durch einen Einzelkaufmann.

1084 OLG Karlsruhe, GmbHR 2013, 267 (juris-Rn. 16).

1085 OLG Karlsruhe, GmbHR 2013, 267 (juris-Rn. 18); kritisch zu dieser Begründung *Kuhlen*, NZWiSt 2015, 161, 162.

1086 BGHZ 208, 182, 206 ff. = ZIP 2016, 362 (Rn. 108 ff.) – „Glasfasern II“.

1087 BGHZ 208, 182, 207 = ZIP 2016, 362 (Rn. 112) – „Glasfasern II“.

1088 BGHZ 208, 182, 207 ff. = ZIP 2016, 362 (Rn. 113 ff.) – „Glasfasern II“.

1089 BGHZ 208, 182, 207 f. = ZIP 2016, 362 (Rn. 113) – „Glasfasern II“; kritisch dazu *Müller*, GRUR 2016, 570 ff.

1090 Deutlich BGHZ 208, 182, 207 f. = ZIP 2016, 362 (Rn. 113) – „Glasfasern II“; OLG Karlsruhe, GmbHR 2013, 267 (juris-Rn. 16).

1091 Ausführlicher Vergleich der zivil- und strafrechtlichen Urteile bei *Kuhlen*, NZWiSt 2015, 121 ff. und 161 ff.

1092 BGHSt 57, 42 f., 45 ff. = NJW 2012, 1237, 1238 f. (Leitsatz und Rn. 12 ff.); zu Geschäftsleitern *Kuhlen*, NZWiSt 2015, 121 ff. und 161 ff.

1093 Zutreffend *Kuhlen*, NZWiSt 2015, 161, 167 bei Fn. 77.

1094 Ausführlich *Kuhlen*, NZWiSt 2015, 121 ff. und 161 ff. mit Unterscheidung zwischen strafrechtlicher „Organtheorie“ und zivilrechtlicher „Ausnahmetheorie“.

1095 Siehe schon oben Fn. 1083; zur Rechtsformunabhängigkeit ferner die bei Fn. 1089 zitierten Urteilsgründe des X. Zivilsenats.

1096 Insoweit übereinstimmend das Resümee bei *Kuhlen*, NZWiSt 2015, 161, 168.

1097 BGHZ 166, 84, 113 ff. = NJW 2006, 830 = ZIP 2006, 317 (Rn. 119 ff., insbes. Rn. 124: „in die Güter- und Interessenabwägung zusätzlich vertragliche Pflichten einzubeziehen sind“) – „Kirch / Deutsche Bank AG und Breuer“; zu beiden Urteilen insoweit mit Recht kritisch *Kuhlen*, NZWiSt 2015, 161, 165 bei Fn. 63.

1098 Dazu oben Ziff. C. I. 1.

1099 Dazu oben Ziff. C. I. 2.

1100 Dazu oben Ziff. C. I. 3.

1101 Siehe dazu schon Scholz/*Bitter* (Fn. 665), § 13 Rn. 110 ff., zur Systematisierung der Durchgriffsfragen ferner Rn. 69 ff.; Überblick auch bei *Merkt*, in: MünchKomm. GmbHG (Fn. 671), § 13 Rn. 338 ff.; ausführlich *Bitter* (Fn. 669), S. 67 ff.

kung abgesprochen. Hierdurch kommt es dann zu einem „Durchgriff“ auf die „hinter“ der GmbH stehenden Gesellschafter, die persönlich für die Gesellschaftsverbindlichkeiten einzustehen haben. Das angloamerikanische Recht spricht insoweit in anschaulicher Bildersprache davon, dass der den Rechtsträger schützende Schleier gehoben bzw. durchstoßen wird (*lifting or piercing the corporate veil*).¹¹⁰²

Die dogmatischen Grundlagen eines solchen Durchgriffs sind umstritten;¹¹⁰³ richtigerweise geht es um eine **teleologische Reduktion des § 13 Abs. 2 GmbHG** in solchen Konstellationen, in denen die vom Gesetz ausdrücklich oder implizit vorausgesetzten Bedingungen für das in § 13 Abs. 2 GmbHG angeordnete Haftungsprivileg nicht erfüllt sind. Der Gesellschafter haftet dann nach dem Grundprinzip deutscher Handelsgesellschaften unbeschränkt und persönlich für die Verbindlichkeiten der GmbH (Analogie zu § 128 HGB).¹¹⁰⁴

Eine solche unmittelbare Außenhaftung kann jedoch nur in Ausnahmefällen anerkannt werden, da ansonsten das – grds. sinnvolle, nämlich der Förderung unternehmerischer Aktivitäten dienende¹¹⁰⁵ – Trennungsprinzip des § 13 Abs. 2 GmbHG aufgegeben würde.¹¹⁰⁶ Insbesondere darf nicht in solchen Fällen, in denen sich etwa der subjektive Tatbestand einer deliktischen Haftungsnorm schwer nachweisen lässt, pauschal auf einen objektiven Missbrauch der Haftungsbeschränkung abgestellt und so „durch die Hintertür“ die persönliche Haftung begründet werden.¹¹⁰⁷ Welche Fallgruppen des Durchgriffs wegen Missbrauchs der haftungsbeschränkten Rechtsform GmbH anzuerkennen sind, ist seit Langem umstritten.¹¹⁰⁸

1. Vermögensvermischung

Die einzige wenigstens im Grundsatz in Rechtsprechung¹¹⁰⁹ und Literatur¹¹¹⁰ als möglicher Anwendungsbereich einer echten Durchgriffshaftung allgemein anerkannte Fallgruppe ist die Vermögensvermischung.¹¹¹¹ Von nur grundsätzlicher Anerkennung muss deshalb gesprochen werden, weil unter dem Begriff der Vermögens- und/oder Sphärenvermischung unterschiedliche Gestaltungen diskutiert werden, die nicht durchweg alle über die Durchgriffshaftung gelöst werden, sondern z.T. auch mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu erfassen sind. Darüber hinaus ist auch die Begrifflichkeit nicht immer klar.¹¹¹²

Zur echten Durchgriffshaftung führt nur die sog. **generelle Vermögensvermischung**, d.h. eine Situation, in der das Gesellschafts- vom Privatvermögen des Gesellschafters in keiner Weise mehr klar unterschieden werden kann. Dafür reichen einzelne Privatentnahmen der Gesellschafter noch nicht aus. Hinzukommen muss, dass die Vermögensabgrenzung zwischen Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen durch undurchsichtige Buchführung oder auf ähnliche Weise allgemein verwischt oder verschleiert wird; denn in diesem Fall können die Kapitalerhaltungsvorschriften, deren Einhaltung ein unverzichtbarer Ausgleich für die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen (§ 13 Abs. 2 GmbHG)

ist,¹¹¹³ nicht funktionieren.¹¹¹⁴ Salopp wird teilweise von einer „**Waschkorbblase**“ gesprochen.¹¹¹⁵

Die Haftung trifft einen Gesellschafter nach Ansicht der Rechtsprechung allerdings nur, wenn er aufgrund des von ihm wahrgenommenen Einflusses als Allein- oder Mehrheitsgesellschafter, ggf. auch als Treugeber im Hintergrund,¹¹¹⁶ für den Vermögensvermischungstatbestand verantwortlich ist (Verhaltenshaftung).¹¹¹⁷ Mit dem dogmatischen

1102 Umfassend zu den Grundlagen der Durchgriffshaftung *Bitter* (Fn. 669), S. 67 ff.

1103 Ausführlich zu den diversen Durchgriffstheorien Scholz/*Bitter* (Fn. 665), § 13 Rn. 112 ff. m.w.N. und Stellungnahme in Rn. 123 ff.

1104 BGHZ 95, 330, 332 = ZIP 1985, 1263, 1264 – „Autokran“; BGHZ 173, 246, 257 = ZInsO 2007, 881, 884 = ZIP 2007, 1552, 1556 (Rn. 27) – „Trihotel“; ferner BGHZ 151, 181 = NJW 2002, 3024 (Leitsatz 1) – „KBV“, wo von einem „Verlust des Haftungsprivilegs“ die Rede ist; Scholz/*Bitter* (Fn. 665), § 13 Rn. 126 mit umfassenden Nachw. in Fn. 365; ausführlich *Bitter* (Fn. 669), S. 67 ff. (Darstellung der Haftungsansätze) und S. 94 ff. (Stellungnahme).

1105 Zur ökonomischen Rechtfertigung der Haftungsbeschränkung siehe umfassend *Bitter* (Fn. 669), S. 150 ff.; *Bitter*, in: Bachmann/Casper/Schäfer/Veil (Fn. 727), S. 57, 60 ff.; knapper Scholz/*Bitter* (Fn. 665), § 13 Rn. 60 ff.

1106 Vgl. *Strohn*, ZInsO 2008, 706.

1107 Deutlich zu pauschal insoweit OLG Naumburg, ZInsO 2009, 43 = GmbHR 2008, 1149 m. krit. Anm. *Schröder*.

1108 Vgl. Scholz/*Bitter* (Fn. 665), § 13 Rn. 130 ff. (dort Rn. 110a auch zum gesetzlichen Durchgriff); umfassend zu den Fallgruppen der Durchgriffshaftung *Bitter* (Fn. 669), S. 103 ff.

1109 BGHZ 95, 330, 332 ff. = NJW 1986, 188 – „Autokran“; BGHZ 125, 366 = NJW 1994, 1801; BGHZ 165, 85 = ZInsO 2006, 328 = ZIP 2006, 467 = NJW 2006, 1344; BGHZ 173, 246, 257 = ZIP 2007, 1552, 1556 (Rn. 27) – „Trihotel“; BAG ZIP 1991, 884, 889 = NJW 1991, 2923; BSGE 75, 82, 84 = ZIP 1994, 1945 f.; BSG, ZIP 1996, 1134, 1135.

1110 *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 672), § 13 Rn. 45; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 683), § 13 Rn. 19; *Saenger*, in: Saenger/Inhester (Fn. 698), § 13 Rn. 99; *Lieder*, in: Michalski u.a. (Fn. 672), § 13 Rn. 395 ff.; *Raiser*, in: Ulmer (Fn. 690), § 13 Rn. 80, 130 ff.; *Casper*, in: Ulmer (Fn. 672), Anh. § 77 Rn. 170; w.N. bei Scholz/*Bitter* (Fn. 665), § 13 Rn. 131 in Fn. 383.

1111 Siehe dazu schon Scholz/*Bitter* (Fn. 665), § 13 Rn. 131 ff.

1112 Vgl. *Bitter* (Fn. 669), S. 103 ff.; *Bauschke*, BB 1985, 77, 78; *Geißler*, GmbHR 1993, 71, 74 f.

1113 Dazu *Keßler*, GmbHR 2002, 945, 947 ff.

1114 BGHZ 95, 330, 334 = WM 1985, 1263, 1264 = NJW 1986, 188, 189 – „Autokran“; BGHZ 125, 366 = NJW 1994, 1801; BGHZ 165, 85 = ZInsO 2006, 328 = ZIP 2006, 467 = NJW 2006, 1344; näher *Bitter* (Fn. 669), S. 104 ff.; zur Anwendbarkeit auf EU-Auslandsgesellschaften *Bitter*, WM 2004, 2190, 2196.

1115 Siehe z.B. *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 672), § 13 Rn. 45; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 683), § 13 Rn. 19; *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaften (Fn. 702), § 39 Rn. 26; *Röhricht*, in: FS 50 Jahre BGH, Bd. 1, 2000, S. 83, 89; *Haas*, WM 2003, 1929, 1932; zum unterschiedlichen Verständnis dieses Begriffs siehe aber Scholz/*Bitter* (Fn. 665), § 13 Rn. 132.

1116 Vgl. BGHZ 125, 366, 369 = ZIP 1994, 867, 868; zu einem Strohmännfall auch KG Berlin, ZIP 2008, 1535 = WM 2008, 1690, wobei der konkrete Fall wohl besser über das Deliktsrecht hätte gelöst werden sollen.

1117 BGHZ 165, 85 = ZInsO 2006, 328 = ZIP 2006, 467 = NJW 2006, 1344; *Weller/Discher*, in: Bork/Schäfer (Fn. 728), § 13 Rn. 36; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 683), § 13 Rn. 19; *Saenger*, in: Saenger/Inhester (Fn. 698), § 13 Rn. 101 ff.; *Strohn*, ZInsO 2008, 706, 712; *Raiser*, in: FS Lutter, 2000, S. 637, 645. Diese Verhaltenshaftung ist aber keine Verschuldenshaftung (vgl. *Raiser*, in: Ulmer [Fn. 690], § 13 Rn. 133; *Weller/Discher*, in: Bork/Schäfer [Fn. 728], § 13 Rn. 36; tendenziell anders *Gottschaller*, KStZ 2014, 1, 2); erst recht erfordert sie kein vorsätzliches Handeln des Gesellschafters (a.A. *Steffek*, JZ 2009, 77, 81 f.; *Schirrmacher*, GmbHR 2016, 1077, 1080).

Konzept einer teleologischen Reduktion der Haftungsbeschränkung¹¹¹⁸ ist diese Einschränkung allerdings nicht leicht zu erklären,¹¹¹⁹ weil auch der für die Vermögensvermischung nicht selbst verantwortliche Gesellschafter von diesem Zustand profitiert haben kann.¹¹²⁰

Von der generellen Vermögensvermischung, die zu einem – in der Insolvenz analog § 93 InsO vom Verwalter geltend zu machenden¹¹²¹ – Haftungsdurchgriff führt, klar zu unterscheiden sind die gegenständliche Vermögensvermischung sowie die Vermischung von Haftungssubjekten (Sphärenvermischung).¹¹²² Soweit einzelne bei der Gesellschaft befindliche Gegenstände nicht mehr eindeutig als Privatvermögen identifiziert werden können (**gegenständliche Vermögensvermischung**), führt dies nur zu einer gegenständlichen Haftungserweiterung auf diesen konkreten Gegenstand.¹¹²³ Wird die rechtliche Trennung zwischen Gesellschaft und ihren Gesellschaftern nach außen hin überspielt, indem die betreffende Gesellschaft eine ähnliche Firma, den gleichen Sitz, die gleichen Geschäftsräume, den gleichen Telefonanschluss und die gleichen Bediensteten hat wie das einzelkaufmännische Unternehmen des Gesellschafters oder eine Muttergesellschaft („**Sphärenvermischung**“), geht es um ein Offenkundigkeitsproblem des Firmen- und Stellvertretungsrechts, das über Rechtsscheinsgrundsätze zu lösen ist.¹¹²⁴

2. Unterkapitalisierung

Bis heute sehr umstritten ist die Fallgruppe der Unterkapitalisierung.¹¹²⁵ Ausgangspunkt der – ebenso auch in anderen Rechtsordnungen bekannten¹¹²⁶ – Problematik ist der folgende:

a) Definition der Unterkapitalisierung

Das Gesetz enthält für keine Gesellschaftsform generelle Regeln darüber, dass das Eigenkapital der Gesellschaft in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten oder tatsächlichen Geschäftsumfang stehen muss.¹¹²⁷ Für die AG und GmbH gibt es allein Regeln über ein Mindestkapital; für die Personengesellschaften wurde auch darauf verzichtet. Es ist daher denkbar, dass eine Gesellschaft mit einem das Eigenkapital um ein Vielfaches übersteigenden jährlichen Umsatzvolumen arbeitet, so dass ein im Verhältnis zum Umsatz nur geringfügiger Verlust schnell zur Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft und damit zu Schäden für die Gläubiger führen kann.¹¹²⁸ Daher wird die Unterkapitalisierung in Rechtsprechung¹¹²⁹ und Literatur¹¹³⁰ oftmals als der Zustand gekennzeichnet, in dem ein Missverhältnis zwischen Haftungskapital und Gesellschaftszweck besteht bzw. das Eigenkapital für den Unternehmenszweck zu gering ist. Präziser formuliert *Ulmer*,¹¹³¹ nach dessen Definition eine Gesellschaft als unterkapitalisiert bezeichnet werden kann, „wenn das Eigenkapital nicht ausreicht, um den nach Art und Umfang der [...] Geschäftstätigkeit [...] bestehenden, nicht durch Kredite Dritter zu deckenden mittel- oder langfristigen Finanzbedarf zu befriedigen“.¹¹³²

b) Nominelle und materielle Unterkapitalisierung

Bei den Rechtsfolgen einer derartigen Unterkapitalisierung ist im Ansatz zwischen nomineller und materieller Unterkapita-

lisierung zu unterscheiden, wobei nur für die letztere eine Durchgriffshaftung überhaupt in Betracht kommt.¹¹³³ Die Besonderheit der **nominellen Unterkapitalisierung** besteht darin, dass das erforderliche Kapital wohl vorhanden ist, von den Gesellschaftern aber nicht durch Eigenkapitalzufuhr, sondern im Wege der Fremdfinanzierung, insbesondere durch Hingabe von **Gesellschafterdarlehen** aufgebracht wird. Insoweit galt früher ein zweispuriges Haftungssystem unter dem Stichwort der sog. „eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarle-

-
- 1118 Dazu oben nach Fn. 1103, ferner *Scholz/Bitter* (Fn. 665), § 13 Rn. 126 f.
- 1119 Von einem „Spannungsverhältnis“ spricht *Lieder*, in: Michalski u.a. (Fn. 672), § 13 Rn. 398; siehe auch *Fischinger* (Fn. 665), S. 372 f.: „Auf den ersten Blick passt dies nicht zu einer Analogie zu § 128 HGB“.
- 1120 Vgl. *Wiedemann*, ZGR 2003, 283, 292 („keine Handelndenhaftung, sondern Statusverantwortung“); früher auch *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, 4. Aufl. 2002, § 13 Rn. 141, ferner Rn. 140 zur Unterkapitalisierung; a.A. *Gottschalk* (Fn. 669), S. 136 ff.
- 1121 BGHZ 165, 85, 89 f. = ZInsO 2006, 328 = ZIP 2006, 467 = NJW 2006, 1344 (Rn. 10); *Raiser*, in: *Ulmer* (Fn. 690), § 13 Rn. 134; *Strohn*, ZInsO 2008, 706, 713; *Fischinger* (Fn. 665), S. 380 f.; *Schwab*, GmbHR 2012, 1213, 1217 (mit Konsequenzen für die Verjährung).
- 1122 Siehe schon *Bitter* (Fn. 669), S. 107 ff.
- 1123 Dazu *Scholz/Bitter* (Fn. 665), § 13 Rn. 135.
- 1124 *Scholz/Bitter* (Fn. 665), § 13 Rn. 136 f. m.w.N.; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff (Fn. 690), § 13 Rn. 157; *Karsten Schmidt*, BB 1985, 2074, 2075 unter Ziff. II 3b aa; *Karsten Schmidt*, GesR (Fn. 776), § 9 IV 2b (S. 236); *Bitter* (Fn. 669), S. 68 f. m.N. in Fn. 5, S. 108 f.; siehe zur Rechtsscheinhaftung wegen Fortlassens des Rechtsformzusatzes auch oben Ziff. C. I. 2. a) bei Fn. 792 ff. und *Scholz/Bitter* (Fn. 665), § 13 Rn. 94, bei unzutreffender Firmierung als „GmbH“ Rn. 14.
- 1125 Dazu schon *Scholz/Bitter* (Fn. 665), § 13 Rn. 138 ff.; Überblick zum Meinungsstand auch bei *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden (Fn. 708), § 13 Rn. 142; *Raiser*, in: *Ulmer* (Fn. 690), § 13 Rn. 138 f.; *Lieder*, in: Michalski u.a. (Fn. 672), § 13 Rn. 406 ff.; ausführlich *Bitter* (Fn. 669), S. 110 ff.; *Bitter*, in: Bachmann/Casper/Schäfer/Veil (Fn. 727), S. 57 ff.; *Bitter*, WM 2004, 2190, 2197 f.; monographisch *Möller*, Die materiell unterkapitalisierte GmbH, 2005 (dazu die Rezension von *Bitter*, ZHR 171 [2007], 114); sehr eingehend *Eckhold*, Materielle Unterkapitalisierung, 2002, der sich jedoch für eine Innenhaftung ausspricht (S. 307 ff. und insbes. S. 621 ff.).
- 1126 Siehe die rechtsvergleichende Darstellung bei *Möller* (Fn. 1125), S. 171 ff.; knapp *Blaurock*, in: FS Stimpel, 1985, S. 553, 561 f., 563 f. (USA); *Fan*, RIW 2013, 515 ff. (China).
- 1127 Vgl. *Ulmer*, in: Hachenburg, 8. Aufl. 1991, Anh. § 30 Rn. 1; *Kahler*, BB 1985, 1429, 1433; *Raiser*, in: FS Lutter, 2000, S. 637, 649; zu den speziellen Vorschriften im Bankenbereich vgl. *Walter*, AG 1998, 370, 371.
- 1128 Vgl. *Geißler*, GmbHR 1993, 71, 76; *Kahler*, BB 1985, 1429.
- 1129 BGHZ 31, 258, 268; BGHZ 68, 312, 316 = GmbHR 1977, 198, 199 – „Fertighaus“.
- 1130 *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 672), § 5 Rn. 6; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, § 10 IV 3 (S. 565); *Lieder*, in: Michalski u.a. (Fn. 672), § 13 Rn. 409; *Lieder*, in: FS Pannen, 2017, S. 439, 443.
- 1131 *Ulmer*, in: Hachenburg, 8. Aufl. 1991, Anh. § 30 Rn. 16; dazu *Bitter* (Fn. 669), S. 110.
- 1132 So im Anschluss an *Ulmer* auch *Karsten Schmidt*, ZIP 1981, 689, 690; *Karsten Schmidt*, GesR (Fn. 776), § 9 IV 4a (S. 240); *Wüst*, JZ 1995, 990, 992; *Fischinger* (Fn. 665), S. 354; umfassend aus ökonomischer Sicht *Halmer* (Fn. 726), S. 68 ff. m.w.N.; partiell kritisch *Kahler*, BB 1985, 1429, 1430.
- 1133 Zu dieser Unterscheidung siehe *Ulmer*, in: Hachenburg, 8. Aufl. 1991, Anh. § 30 Rn. 21; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 672), § 5 Rn. 6, § 13 Rn. 47; *Lieder*, in: Michalski u.a. (Fn. 672), § 13 Rn. 410; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff (Fn. 690), Rn. 147 ff.; *Reuter*, in: MünchKomm. BGB (Fn. 870), Vor § 21 BGB Rn. 37 ff.; *Windbichler*, GesR (Fn. 717), § 24 Rn. 31; *Wüst*, JZ 1995, 990, 992 ff.; *Michalski/de Vries*, NZG 1999, 181 f.; näher *Bitter* (Fn. 669), S. 111 ff. mit Darstellung der historischen Entwicklung.

hen“,¹¹³⁴ das bekanntlich mit dem MoMiG durch eine insolvenzrechtliche Regelung abgelöst worden ist (§§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 44a, § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO i. V. m. § 143 InsO).¹¹³⁵ Hier von zu trennen ist die **materielle Unterkapitalisierung**, von der gesprochen wird, wenn der Gesellschaft die benötigten Mittel überhaupt nicht – weder als Eigenkapital noch als Fremdkapital – zur Verfügung stehen. Schlagwortartig kann daher in Abgrenzung zur (nominellen) „Unterkapitalisierung durch Fremdkapitalisierung“ von „Unterkapitalisierung durch Nichtkapitalisierung“ gesprochen werden.¹¹³⁶

c) Durchgriffshaftung bei materieller Unterkapitalisierung

Der Betrieb einer unterkapitalisierten GmbH mit Risikoverlagerung auf die Gläubiger widerspricht dem Zweck des § 13 Abs. 2 GmbHG, denn das Gesellschaftskapital soll auch als Finanzpolster dienen, mit dem Verluste aufgefangen und ein jederzeitiges Abrutschen der GmbH in die Insolvenz verhindert wird.¹¹³⁷ Eine Durchgriffs-/Außenhaftung des Gesellschafters analog § 128 HGB für eine objektiv völlig unzureichende Vermögensausstattung der GmbH wird deshalb mit Recht von zahlreichen Stimmen in der Literatur befürwortet, von vielen anderen aber auch abgelehnt.¹¹³⁸

Auch in der Rechtsprechung ist das Bild gespalten.¹¹³⁹ Während das BSG sich durchaus offen gegenüber einer Missbrauchshaftung wegen materieller Unterkapitalisierung gezeigt hat,¹¹⁴⁰ steht die Rechtsprechung des BGH¹¹⁴¹ und BAG¹¹⁴² ihr sehr zurückhaltend gegenüber. Besonders deutlich ist in dieser Hinsicht das 2008 ergangene Urteil „Gamma“ des für Gesellschaftsrecht zuständigen II. Zivilsenats.¹¹⁴³ Danach existiert weder eine gesetzliche Regelung noch besteht eine ausfüllungsbedürftige oder ausfüllungsfähige Gesetzeslücke.¹¹⁴⁴ Das GmbHG kenne lediglich eine „Entnahmesperre“ zugunsten des Stammkapitals der GmbH (§§ 30, 31), nicht aber eine Rechtspflicht der Gesellschafter zu ausreichender Finanzausstattung. Eine Haftung des GmbH-Gesellschafters wegen unzureichender Kapitalisierung der Gesellschaft sei also weder gesetzlich normiert noch durch richterrechtliche Rechtsfortbildung als gesellschaftsrechtlich fundiertes Haftungsinstitut anerkannt. Mangels einer im derzeitigen gesetzlichen System des GmbHG bestehenden Gesetzeslücke komme daher die Statuierung einer allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Haftung des Gesellschafters wegen materieller Unterkapitalisierung im Wege der Rechtsfortbildung schon im Ansatz nicht in Betracht.

Diese scharfe Ablehnung erstaunt,¹¹⁴⁵ hat sich derselbe II. Zivilsenat des BGH doch früher durchaus offen gezeigt¹¹⁴⁶ und insbesondere im Rahmen der Missbrauchshaftung wegen Existenzvernichtung eine Haftung wegen „Spekulation auf Kosten der Gläubiger“ anerkannt,¹¹⁴⁷ womit in der Sache **das gleiche Phänomen** gemeint ist.¹¹⁴⁸ Wer eine Gesellschaft betreibt, die im Verhältnis zu den mit der Geschäftstätigkeit verbundenen Risiken eindeutig unterkapitalisiert ist, spekuliert auf Kosten der Gläubiger: Realisiert sich das Risiko nicht, schöpft der Gesellschafter den Gewinn des risikoreichen Projektes über sein Gewinnbezugsrecht ab; realisiert es sich, lässt

er die GmbH insolvent werden und überträgt damit den Schaden auf die Gläubiger. Dass ein solches Verhalten nicht zu missbilligen sein soll, ist in keiner Weise einzusehen, zumal

1134 Vgl. dazu Scholz/Karsten Schmidt, Bd. I, 10. Aufl. 2006, § 32a, 32b.

1135 Ausführlich zum Recht der Gesellschafterdarlehen Scholz/Bitter (Fn. 703), Anh. zu § 64.

1136 Vgl. Karsten Schmidt, ZIP 1981, 689, 690.

1137 Siehe Scholz/Bitter (Fn. 665), § 13 Rn. 67 f.; zust. Lieder, in: FS Pannen, 2017, S. 439, 444; siehe auch Bayer, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 683), § 13 Rn. 20; Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 31, 58 f.

1138 Umfassende Nachw. bei Scholz/Bitter (Fn. 665), § 13 Rn. 143 in Fn. 418 und 419; befürwortend z.B. auch Bayer, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 683), § 13 Rn. 20 ff.; Lieder, in: Michalski u.a. (Fn. 672), § 13 Rn. 415; Raiser, in: FS Lutter, 2000, S. 637, 647 ff.; Raiser, in: FS Priester, 2007, S. 619, 623 f.; Wiedemann, ZGR 2003, 283, 295 f.; Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 31, 58 ff.; Hölzle, ZIP 2010, 913 f.; G. H. Roth, NZG 2003, 1081, 1082 f.; Schäfer/Fischbach, LMK 2008, 267714; eingehend Bitter (Fn. 669), S. 119 ff., 531 ff.; Bitter, in: Bachmann/Casper/Schäfer/Veil (Fn. 727), S. 57 ff.; ablehnend z.B. Fastrich, in: Baumbach/Hueck (Fn. 672), § 5 Rn. 6; Windbichler, GesR (Fn. 717), § 24 Rn. 31; Weitbrecht (Fn. 870), S. 66 ff.; Möller (Fn. 1125), S. 43 ff., 82 ff.; Fischinger (Fn. 665), S. 358 ff.; Weller, IPRax 2003, 520, 524; Zimmer, NJW 2003, 3585, 3588; Veil, NJW 2008, 3264, 3265 f.; Weber/Sieber, ZInsO 2008, 952, 955 ff.; Gloger/Goette/Japing, ZInsO 2008, 1051, 1055 f.

1139 Siehe die ausführliche Darstellung bei Bitter (Fn. 669), S. 115 ff.; Winter (Fn. 717), S. 61 ff.; Weitbrecht (Fn. 870), S. 58 ff.; Möller (Fn. 1125), S. 99 ff., ferner S. 73 ff.; Wiesner (Fn. 870), S. 60 ff.; zur älteren Rspr. Mossmann, Die Haftung des Kommanditisten in der unterkapitalisierten KG, Diss. Heidelberg, 1978, S. 105 ff.; zum Vereinsrecht siehe auch BGHZ 54, 222 = NJW 1970, 2015 = WM 1970, 1106; BGHZ 175, 12 = ZIP 2008, 364 = MDR 2008, 396 = „Kolpingwerk“.

1140 BSGE 56, 76, 83 ff. = DB 1984, 1103, 1104 = GmbHR 1985, 294; BSGE 75, 82, 84 = ZIP 1994, 1944, 1945 f. = GmbHR 1995, 46; insbes. BSG, ZIP 1996, 1134, 1135 = GmbHR 1996, 604; vgl. aus der instanzgerichtlichen Rechtsprechung der Zivilgerichte außerdem OLG Hamburg, BB 1973, 1231, 1232, wo im konkreten Fall jedoch die Haftung verneint wurde.

1141 BGHZ 68, 312 = GmbHR 1977, 198 = „Fertighaus“ (VIII. Zivilsenat); demgegenüber offen die Entscheidung des II. Zivilsenats BGH, NJW 1977, 1683, 1686 = GmbHR 1977, 246, in der Vorbehalte geäußert werden, „ob der engen Auffassung, die der VIII. Zivilsenat des BGH unlängst [...] zur Haftung eines Gesellschafters wegen Unterkapitalisierung vertreten hat, in Anbetracht neuerer, auch in der Rechtsprechung des II. Zivilsenats zu verzeichnender Tendenzen zu einem verstärkten Gläubigerschutz gefolgt werden kann“ (insoweit in BGHZ 69, 95 nicht abgedruckt); deutlich ablehnend gegenüber einer Durchgriffshaftung sodann aber der II. Zivilsenat in BGHZ 176, 204 = ZIP 2008, 1232 = NJW 2008, 2437 = GmbHR 2008, 805 = „Gamma“.

1142 BAGE 89, 349, 356 = NJW 1999, 740, 741 = ZIP 1999, 24, 26 (8. Senat); BAG, NJW 1999, 2299 = ZIP 1999, 878 (5. Senat).

1143 BGHZ 176, 204 = ZIP 2008, 1232 = NJW 2008, 2437 = „Gamma“; zustimmend Fastrich, in: Baumbach/Hueck (Fn. 672), § 5 Rn. 6, § 13 Rn. 47; Windbichler, GesR (Fn. 717), § 24 Rn. 31; Weber/Sieber, ZInsO 2008, 952, 955 ff.; Gloger/Goette/Japing, ZInsO 2008, 1051, 1055 f.

1144 BGHZ 176, 204, 212 f. = ZIP 2008, 1232, 1234 f. = NJW 2008, 2437 (Rn. 17 ff.) = „Gamma“; so auch schon Karsten Schmidt, JZ 1984, 771, 777.

1145 A.A. Kleindiek, NZG 2008, 686, 688.

1146 Siehe das Zitat aus BGH, NJW 1977, 1683, 1686 in der Fn. 1141.

1147 BGH, NJW 1994, 446, 447 = GmbHR 1994, 171 = „EDV“; BGH, NJW 2000, 1571, 1572 = GmbHR 2000, 330; vgl. dazu schon oben Ziff. B. IV. 3. bei Fn. 728; Scholz/Bitter (Fn. 665), § 13 Rn. 163; Matschernus (Fn. 669), S. 252 ff.

1148 Vgl. Bitter, in: Bachmann/Casper/Schäfer/Veil (Fn. 727), S. 57, 59 f. und 82 f.; Bitter, WM 2004, 2190, 2197 f.; ausführlich Bitter (Fn. 669), S. 540 ff.; zust. Lieder, in: Michalski u.a. (Fn. 672), § 13 Rn. 415; Lieder, in: FS Pannen, 2017, S. 439, 444; siehe auch Haas, WM 2003, 1929, 1935 in Fn. 97 m.w.N. („zwei Seiten derselben Medaille“); ähnlich Hölzle, ZIP 2004, 1729, 1733 ff.; wohl auch Halmer (Fn. 726), S. 212 („enger funktionaler Zusammenhang“), aber in den Rechtsfolgen differenzierend (S. 214, 227 f.).

die Haftungsbeschränkung so zu volkswirtschaftlichen Ineffizienzen führen würde.¹¹⁴⁹ Noch einmal sei deshalb betont: Die Beschränkung des GmbHG auf eine Regelung zum Mindestkapital ist kein Freibrief, nach Aufbringung dieses „Eintrittsgeldes“ frei zulasten der Gläubiger zu spekulieren.¹¹⁵⁰ Insbesondere das Recht der Gesellschafterdarlehen zeigt deutlich, dass die Eigentümer der Gesellschaft keineswegs frei sind, in welchem Umfang sie sich vorrangig gegenüber den Gläubigern am Risiko beteiligen.¹¹⁵¹ Daher hat das begrenzte Mindestkapital mit der Zulässigkeit einer Haftung für materielle Unterkapitalisierung im Grunde überhaupt nichts zu tun, weshalb auch die Einführung der UG (haftungsbeschränkt) mit einem Mindestkapital von nur 1 € kein Argument gegen,¹¹⁵² sondern allenfalls für eine Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung bietet.¹¹⁵³

Entgegen der jüngeren Rechtsprechung ist deshalb eine Außenhaftung bei materieller Unterkapitalisierung anzuerkennen, die letztlich nur ein Unterfall der sog. Existenzvernichtung durch „Existenzgefährdung“ ist:¹¹⁵⁴ Verboten ist der Betrieb einer Gesellschaft mit deutlich erhöhter Insolvenzwahrscheinlichkeit.¹¹⁵⁵

3. Beherrschung der Gesellschaft

Als dritte Fallgruppe der Durchgriffshaftung wurde früher die Beherrschung der Gesellschaft diskutiert, wobei zwischen der Konzernbeherrschung einerseits und der nur im Recht der Personengesellschaften relevanten Beherrschung einer KG andererseits zu unterscheiden ist.¹¹⁵⁶ Jeweils geht es um die Frage, ob mit der Herrschaft in der Gesellschaft auch eine Haftung für deren Verbindlichkeiten verbunden sein muss.¹¹⁵⁷

In Bezug auf die KG ist diese Frage relevant, wenn entgegen der Grundidee des HGB die KG nicht durch die Komplementäre, sondern faktisch durch einen Kommanditisten beherrscht wird (sog. **atypische KG**). Insoweit hat der BGH in dem berühmten „Rektor“-Urteil¹¹⁵⁸ schon 1966 entschieden, dass es keinen zwingenden Grundsatz der Verknüpfung von Herrschaft und Haftung gebe und folglich der Kommanditist nicht schon deshalb persönlich für die Verbindlichkeiten der KG hafte, weil er – für die KG atypisch – die Gesellschaft beherrscht.¹¹⁵⁹ Anderes kann allerdings in Fällen der Unterkapitalisierung einer derartigen atypischen KG gelten.¹¹⁶⁰

Vornehmlich in Bezug auf das GmbH-Recht ist hingegen in den 1980er und 1990er Jahren die schon oben im Zusammenhang mit der Existenzvernichtungshaftung dargestellte Diskussion zum sog. „**qualifiziert faktischen Konzern**“ geführt worden.¹¹⁶¹ Die herrschende Ansicht übertrug seinerzeit das Modell des aktienrechtlichen Konzernrechts, das eine unmittelbare Leitungsmacht der Gesellschafter (Aktionäre) nur bei Beherrschungsverträgen (§ 291 AktG in Abweichung von § 76 AktG) und dort um den Preis des Verlustausgleichs kennt (§ 302 AktG), auf das GmbH-Recht – mit katastrophalen Folgen: Wird nämlich die in §§ 291, 302 AktG enthaltene Wertung, dass Herrschaft nur um den Preis unbeschränkter Haftung zu haben ist,¹¹⁶² auf das GmbH-Recht übertragen,

das in § 13 Abs. 2 gerade eine Haftungsbeschränkung trotz umfassender Herrschaftsrechte der Gesellschafter kennt, muss notwendig dieses Prinzip der Haftungstrennung ins Wanken geraten.¹¹⁶³ Da der BGH das ganze (konzernrechtliche) Konstrukt – wie schon erwähnt¹¹⁶⁴ – in den Urteilen „Bremer Vulkan“¹¹⁶⁵ und „KBV“¹¹⁶⁶ mit Recht wieder aufgegeben und durch die oben¹¹⁶⁷ schon dargestellte Existenzvernichtungshaftung ersetzt hat,¹¹⁶⁸ ist darauf hier nicht weiter einzugehen. Heute ist man sich weitgehend darin einig, dass allein die Beherrschung einer oder auch mehrerer GmbH durch einen Gesellschafter für sich genommen keine Durchgriffshaftung rechtfertigt.¹¹⁶⁹

1149 Dazu ausführlich Scholz/Bitter (Fn. 665), § 13 Rn. 65 ff.

1150 Siehe schon Scholz/Bitter (Fn. 665), § 13 Rn. 146 und 163; zutreffend schon Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 31, 58; Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft, 1970, S. 402 ff.; näher Bitter (Fn. 669), S. 128 ff.; monographisch Guntermann, Das Zusammenspiel von Mindeststammkapital und institutioneller Haftungsbeschränkung, 2016, passim; ähnlich Pentz, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff (Fn. 690), § 13 Rn. 152; Raiser, in: FS Lutter, 2000, S. 637, 647 ff.; Wagner, in: FS Gerhardt, 2004, S. 1043, 1057; vgl. außerdem die Ausführungen oben Ziff. B. IV. 3. bei Fn. 728 im Rahmen der Existenzvernichtungshaftung.

1151 Zur Verbindung beider Problembereiche siehe Scholz/Bitter (Fn. 665), § 13 Rn. 147; sehr früh schon Mossmann (Fn. 1139), S. 112 ff.; Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 31 ff.; umfassend aus rechtsökonomischer Sicht die Dissertation von Halmer (Fn. 726) mit Zusammenfassung S. 245: „gemeinsame ökonomische Fundierung“.

1152 So aber Goette, ZHR 177 (2013), 740, 755; Podewils, GmbHR 2009, 606, 608; Gloger/Goette/Japing, ZInsO 2008, 1051, 1055; Fischinger (Fn. 665), S. 363; wie hier demgegenüber Lieder, in: Michalski u.a. (Fn. 672), § 13 Rn. 416.

1153 Wie hier Priester, ZIP 2005, 921, 922; eingehend Guntermann (Fn. 1150), S. 427 ff., 466 ff. mit Zusammenfassung S. 498 f., 503 ff.: Anscheinsbeweis für materielle Unterkapitalisierung bei Insolvenz einer UG.

1154 Ebenso Matschernus (Fn. 669), S. 258 ff.; Hangebrauck (Fn. 669), S. 494 f. m.w.N.

1155 Dazu oben Ziff. B. IV. 3. bei Fn. 730; siehe auch schon Scholz/Bitter (Fn. 665), § 13 Rn. 147 und 163.

1156 Dazu Bitter (Fn. 669), S. 137 ff.

1157 Vgl. schon Scholz/Bitter (Fn. 665), § 13 Rn. 148 ff.

1158 BGHZ 45, 204 = NJW 1966, 1309 – „Rektor“.

1159 Dazu Blaurock, in: FS Stimpel, 1985, S. 553, 554 ff., 569 mit rechtsvergleichenden Hinweisen; ausführlich Bitter (Fn. 669), S. 139 ff. mit umfassenden Nachw.

1160 Blaurock, in: FS Stimpel, 1985, S. 553, 569.

1161 Dazu oben Ziff. B. IV. 1. bei Fn. 679.

1162 Dazu Bitter (Fn. 669), S. 338 ff.

1163 Dazu Bitter, ZIP 2001, 265 ff.; Bitter (Fn. 669), S. 349 ff.; zustimmend Matschernus (Fn. 669), S. 345 f.

1164 Siehe oben bei Fn. 680 f.

1165 BGHZ 149, 10 = ZInsO 2001, 1051 = ZIP 2001, 1874 = NJW 2001, 3622 – „Bremer Vulkan“.

1166 BGHZ 151, 181 = ZIP 2002, 1578 = NJW 2002, 3024 – „KBV“.

1167 Siehe oben Ziff. B. IV.

1168 Dazu Scholz/Bitter (Fn. 665), § 13 Rn. 150, 153 ff.; Liebscher, in: Münch-Komm. GmbHG (Fn. 671), Anh. § 13 Rn. 519 ff.; Bitter, WM 2001, 2133 ff.

1169 Vgl. schon Scholz/Bitter (Fn. 665), § 13 Rn. 151; ferner Strohn, ZInsO 2008, 706, 707 („Damit war der faktische GmbH-Konzern tot“); Weller/Discher, in: Bork/Schäfer (Fn. 728), Anhang zu § 13 Rn. 54 („Bedeutung für die Praxis verloren“); Paefgen, DB 2007, 1907, 1911 („Abschied vom qualifiziert faktischen Konzern“); für eine Weiterführung der konzernspezifischen Rechtsprechung allerdings Fastrich, in: Baumbach/Hueck (Fn. 672), § 13 Rn. 48.