

ZInsO-Aufsätze

Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern in der Insolvenz ihrer GmbH – Teil 1

von Professor Dr. Georg Bitter, Universität Mannheim*

Die Haftung von GmbH-Gesellschaftern und GmbH-Geschäftsführern in der Insolvenz hat in der Praxis eine enorme Bedeutung, da in praktisch jedem Insolvenzverfahren von Seiten der Insolvenzverwalter zu prüfen ist, ob Ansprüche gegen die Geschäftsleiter und Gesellschafter bestehen, die zur Auffüllung der Masse fruchtbar gemacht werden können. Gläubiger der GmbH, die in deren Insolvenz ausfallen, versuchen zudem, zumindest einen Teil ihres Ausfalls durch Zugriff auf das Vermögen der – aus ihrer Sicht oft für die Insolvenz verantwortlichen – Gesellschafter und Geschäftsführer zu kompensieren.

Vor diesem Hintergrund sollen die in Betracht zu ziehenden Anspruchsgrundlagen in systematischer Weise aufbereitet werden, um dem insolvenz- und gesellschaftsrechtlichen Praktiker eine Arbeitshilfe zu geben. Dabei wird der Fokus auf den für die Praxis besonders wichtigen Grundsätzen der Rechtsprechung liegen, die allerdings auch einer kritischen Überprüfung unterzogen werden.

In diesem ersten Teil werden diejenigen Tatbestände dargestellt, die zu einer Innenhaftung der Geschäftsführer bzw. Gesellschafter gegenüber der GmbH führen. Im zweiten Teil folgen sodann die Anspruchsgrundlagen der Außenhaftung gegenüber den Gläubigern der GmbH.

Inhalt

- | | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> A. Einführung B. Haftung gegenüber der Gesellschaft – Innenhaftung <ul style="list-style-type: none"> I. Haftung für unsorgfältige Geschäftsführung (§ 43 GmbHG) <ul style="list-style-type: none"> 1. Haftung im Interesse der Gesellschafter 2. Haftung im Interesse der Gläubiger 3. Abgrenzung zwischen Gesellschafter- und Gläubigerinteresse 4. Verschulden 5. Haftung des faktischen Geschäftsführers II. Zahlungen an Gesellschaftsgläubiger nach Insolvenzzreife (§ 64 Satz 1 GmbHG) <ul style="list-style-type: none"> 1. Anwendungsbereich 2. Schuldner und Gläubiger des Anspruchs 3. Insolvenzzreife 4. Zahlungen 5. Verschulden und Beweislast 6. Rechtsfolge III. Zahlungen an Gesellschafter nach Insolvenzzreife (§ 64 Satz 3 GmbHG) <ul style="list-style-type: none"> 1. Schuldner und Gläubiger des Anspruchs 2. Zahlung an Gesellschafter 3. Verursachung der Zahlungsunfähigkeit 4. Verschulden 5. Umfang des Anspruchs IV. Existenzvernichtung <ul style="list-style-type: none"> 1. Entwicklung der Existenzvernichtungshaftung 2. Schuldner und Gläubiger des Anspruchs 3. Tatbestandsvoraussetzungen 4. Einzelfälle 5. Verschulden 6. Haftungsumfang | <ul style="list-style-type: none"> 7. Konkurrenzen 8. Haftung während der Liquidation C. Haftung gegenüber Dritten – Außenhaftung <ul style="list-style-type: none"> I. „Unechter“ Durchgriff <ul style="list-style-type: none"> 1. Vertragshaftung <ul style="list-style-type: none"> a) Bürgschaft b) Schuldbeitritt c) Garantie 2. Vertrauenshaftung <ul style="list-style-type: none"> a) Rechtsscheinhaftung wegen fehlenden Rechtsformzusatzes (§ 4 GmbHG) b) Culpa in contrahendo (c.i.c.) 3. Deliktshaftung <ul style="list-style-type: none"> a) Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung (§ 826 BGB) b) Verletzung eines Schutzgesetzes (§ 823 Abs. 2 BGB) <ul style="list-style-type: none"> aa) Betrug (§ 263 StGB) bb) Kreditbetrug (§ 265b StGB) cc) Bankrott (§§ 283 ff. StGB) dd) Untreue (§ 266 StGB) ee) Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 266a StGB) ff) Verletzung von Geschäftsleiterpflichten (§ 43 GmbHG) gg) Haftung wegen Insolvenzverschleppung (§ 15a Abs. 1 Satz 1 InsO) c) Deliktische Eigenhaftung aus § 823 Abs. 1 BGB II. Echte Durchgriffshaftung wegen Missbrauchs der Rechtsform GmbH <ul style="list-style-type: none"> 1. Vermögensvermischung 2. Unterkapitalisierung 3. Beherrschung der Gesellschaft |
|--|---|

A. Einführung

Wer sich über die mögliche Haftung von GmbH-Gesellschaftern und GmbH-Geschäftsführern in der Insolvenz Gedanken macht, sollte sich zunächst darüber Klarheit verschaffen, in welcher der beiden Eigenschaften eine Person in Anspruch genommen werden soll. In der Unternehmenspraxis jedenfalls der kleineren GmbH sind die Gesellschafter

oft zugleich Geschäftsführer (Stichwort: Einpersonen-GmbH). In derartigen Fällen können alle nachfolgend dargestellten Anspruchsgrundlagen zur Anwendung kommen. Hat die GmbH hingegen von den Gesellschaftern der GmbH verschiedene (Fremd-)Geschäftsführer, ist jeweils sorgsam der Anspruchsgegner zu ermitteln, also zu prüfen,

* Der Autor 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).

ob sich die Haftungsverantwortlichkeit aus der Gesellschafter- oder Geschäftsführerstellung ergibt.

Auf der anderen Seite gilt es für jeden Haftungstatbestand festzustellen, wer *Anspruchsinhaber* ist, ob also der Anspruch der GmbH zugeordnet ist (Innenhaftung) oder den Gläubigern der Gesellschaft (Außenhaftung).

Das GmbHG selbst regelt mit Ausnahme von § 40 Abs. 3 GmbHG die Haftung des *Geschäftsführers* nur gegenüber der Gesellschaft selbst, also die Innenhaftung. Die maßgeblichen Vorschriften finden sich insoweit in § 43 Abs. 2 und 3 GmbHG (allgemeine Haftung für unsorgfältige Geschäftsführung) und § 64 GmbHG (spezielle Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife der GmbH bzw. im Vorfeld der Insolvenz). Vernachlässigt hat das Gesetz hingegen die Außenhaftung, insbesondere gegenüber den Gläubigern der GmbH im Fall ihrer Insolvenz.

Der historische Gesetzgeber war der Meinung, dass es der Regelung einer eigenen Außenhaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern nicht bedürfe, weil deren Interessen mittelbar über die Innenhaftung Berücksichtigung finden könnten: Bei einer Insolvenz der GmbH geht nämlich das Verwaltungs- und Verfügungsrecht gem. § 80 InsO auf den Insolvenzverwalter über, der damit die Ansprüche der Gesellschaft geltend machen kann. Die Gläubiger profitieren von der Anreicherung der Masse; i.Ü. können Gläubiger bei masseloser Insolvenz (§ 26 InsO) im Wege der Zwangsvollstreckung Ansprüche der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer pfänden lassen. Durch diese Mechanismen sah der Gesetzgeber einen ausreichenden Gläubigerschutz als gewährleistet an.¹

In der Realität der GmbH-Insolvenzen hat sich diese Annahme allerdings nicht bewahrheitet, sondern es entstand in bestimmten Fällen das Bedürfnis, den Geschäftsführer auch direkt in Anspruch nehmen zu können, insbesondere soweit es um individuelle Schäden einzelner Gläubiger geht, die nicht allgemein über die Masse abgewickelt werden können. Der wichtigste Tatbestand ist insoweit die deliktische Haftung für Insolvenzverschleppung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO, soweit es um die Interessen solcher Gläubiger geht, die erst nach Insolvenzreife der GmbH in geschäftlichen Kontakt zu dieser getreten sind (sog. Neugläubiger).²

Überhaupt nicht geregelt hat der Gesetzgeber des GmbHG eine auf Schadensersatz oder auf Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeiten gerichtete (Außen-)haftung der *Gesellschafter*. Diese werden zwar in bestimmten Einzelfällen in die Pflicht genommen, insbesondere im Bereich des Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsrechts. Haben sie aber das Stammkapital ordnungsgemäß aufgebracht und der GmbH auch belassen, sollen sie sich im Grundsatz auf die Haftungstrennung zwischen Gesellschaft und Privatvermögen verlassen können (§ 13 Abs. 2 GmbHG).

Auch insoweit hat sich allerdings ein Bedürfnis ergeben, die Gesellschafter in bestimmten Einzelfällen doch persönlich in Anspruch nehmen zu können, insbesondere soweit das

gesetzliche Gläubigerschutzkonzept Lücken aufweist. Stichworte sind die Existenzvernichtung der GmbH³ und die Durchgriffshaftung (*piercing the corporate veil*).⁴

Sowohl der Geschäftsführer als auch der Gesellschafter haften ferner persönlich, wenn sie sich vertraglich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft mitverantwortlich haben oder einen jener Ausnahmetatbestände erfüllen, in denen sie aus dem von ihnen veranlassten Rechtsschein, aus einer Eigenhaftung gem. § 311 Abs. 3 Satz 2 BGB oder deshalb haften, weil ihre Verhaltensweisen als unerlaubte Handlung anzusehen sind.

Die Palette der vom Insolvenzverwalter oder den Gesellschaftsgläubigern in Betracht zu ziehenden Anspruchsgrundlagen ist also breit gefächert.

B. Haftung gegenüber der Gesellschaft – Innenhaftung

Zunächst sollen solche Tatbestände in den Blick genommen werden, bei denen die GmbH Anspruchsinhaber ist (Innenhaftung). Dies sind – hinsichtlich der *Geschäftsführerhaftung* – die schon erwähnten §§ 43 und 64 GmbHG (unten I. bis III.). In Bezug auf den *Gesellschafter* als Anspruchsverpflichteten vertritt die Rechtsprechung des BGH zudem seit einiger Zeit die Ansicht, eine sog. Existenzvernichtung der GmbH führe zu einem Anspruch der GmbH aus § 826 BGB. Deshalb wird auch dieser Haftungsansatz unter dem Titel der Innenhaftung behandelt, dabei jedoch zugleich deutlich gemacht, dass die Ansicht des BGH vom *Verfasser* nicht geteilt wird (unten IV.). Die als Existenzvernichtung oder Existenzgefährdung (Spekulation auf Kosten der Gläubiger) einzuordnenden Verhaltensweisen sind richtigerweise über eine gesellschaftsrechtliche Durchgriffshaftung zu erfassen, weshalb sie bei den Tatbeständen der Außenhaftung noch einmal aufgegriffen werden.⁵

I. Haftung für unsorgfältige Geschäftsführung (§ 43 GmbHG)

In Angelegenheiten der Gesellschaft haftet der Geschäftsführer gem. § 43 Abs. 1 GmbHG für die Sorgfalt eines „ordentlichen Geschäftsmannes“. Verletzt er die sich daraus ergebenden Pflichten, indem er z.B. die Grenzen seines unternehmerischen Ermessens überschreitet,⁶ so ist er der Gesellschaft für den dadurch entstandenen Schaden ersatzpflichtig; mehrere Geschäftsführer haften solidarisch (§ 43 Abs. 2 GmbHG).

In dieser Vorschrift kommt ein Grundsatz zum Ausdruck, der nicht nur im Gesellschaftsrecht auch für andere Organperso-

1 Dazu *Biletzki*, NZG 1999, 286, 287.

2 Zur Differenzierung zwischen Alt- und Neugläubigern s.u. Ziff. C. I. 3. b) gg) ddd).

3 Zur Existenzvernichtungshaftung s.u. Ziff. B. IV. sowie auch Ziff. C. II. 2. c).

4 Zur echten gesellschaftsrechtlichen Durchgriffshaftung s.u. Ziff. C. II.

5 S.u. Ziff. C. II. 2. c).

6 Dazu BGH, ZIP 2008, 1675 = NJW 2008, 3361.

nen – etwa den Vorstand einer AG (§ 93 AktG) –, sondern auch im Allgemeinen Zivilrecht gilt: Derjenige, der fremdes Vermögen verwaltet, hat für Schäden aus einer unsorgfältigen Vermögensverwaltung einzustehen (§ 280 BGB).

1. Haftung im Interesse der Gesellschafter

Aus dieser Anknüpfung der Haftung ergibt sich jedoch zugleich schon ihre verhältnismäßig geringe Bedeutung als Anspruchsgrundlage zur Auffüllung der Insolvenzmasse im Interesse der Gläubiger: Die in § 43 Abs. 2 GmbHG genannte Sorgfalt schuldet der Geschäftsführer, weil er fremdes Vermögen – nämlich das der Gesellschafter – in der Gesellschaft verwaltet. § 43 Abs. 2 GmbHG ist damit in erster Linie eine die Gesellschafter schützende Vorschrift. Beeinträchtigungen des in der GmbH gebundenen Vermögens der Gesellschafter sollen sanktioniert werden, wie diverse Beispiele verdeutlichen, in denen die Rechtsprechung eine Haftung des Geschäftsführers wegen unsorgfältiger Leitung der GmbH angenommen hat:⁷

- Angebotspreise werden kaufmännisch fehlerhaft kalkuliert,⁸
- Waren werden auf Kredit an ein unbekanntes Unternehmen verkauft ohne vorherige Bonitätsprüfung oder Absicherung der eigenen Gesellschaft,⁹
- Kurzarbeit wird trotz Unterbeschäftigung der Arbeitnehmer infolge Auftragsmangels nicht angemeldet,¹⁰
- ein Darlehen wird vorzeitig abgelöst, wobei der Zinssparnis eine höhere Vorfälligkeitsentschädigung gegenübersteht,¹¹
- ein Beratervertrag wird mit einer dafür nicht qualifizierten Person (Rechtsreferendar) abgeschlossen,¹²
- Verzicht auf realisierbare Forderungen und vorzeitige Bedienung von Forderungen,¹³ Bezahlen von Rechnungen ohne Prüfung, ob die Forderung berechtigt ist,¹⁴
- unentgeltliche Heranziehung von Angestellten der Gesellschaft für private Bauarbeiten,¹⁵ Möblierung einer Privatwohnung auf Firmenkosten¹⁶ oder Verwendung einer Firmenkreditkarte für private Zwecke,¹⁷
- Verkauf¹⁸ oder Kauf¹⁹ von Gesellschaftsgrundstücken oder Abschluss von Geschäften über einem bestimmten Volumen²⁰ ohne den notwendigen Gesellschafterabschluss.

In all diesen Fällen beeinträchtigt der Geschäftsführer in erster Linie die Vermögensinteressen der Gesellschafter, deren Beteiligung an der GmbH mit jedem Verlust an Wert verliert. Deshalb scheidet eine Haftung des Geschäftsführers – soweit nicht ausnahmsweise auch Gläubigerinteressen über § 43 Abs. 3 GmbHG geschützt werden (dazu unten 2.) – aus, wenn der Geschäftsführer mit Einverständnis oder auf Weisung der Gesellschafter seine Geschäftsleiterpflichten verletzt;²¹ durch ihr – ggf. stillschweigendes – Einverständnis verzichten die Gesellschafter gleichsam auf den Schutz des § 43 Abs. 2 Satz 1 GmbHG. Besteht eine Treuhand am Ge-

sellschaftsanteil, sollte auch das Einverständnis oder die Weisung des Treugebers den Geschäftsführer entlasten, weil letztlich über die Treuhandschaft nur die Vermögensinteressen des Treugebers betroffen sind.²² Die Beweislast für das Vorliegen einer entsprechenden Weisung oder eines Einverständnisses trifft allerdings generell den Geschäftsführer.²³

Nach den gleichen Grundsätzen entfällt eine Haftung gem. § 43 Abs. 2 GmbHG im Grundsatz auch dann, wenn der Geschäftsführer zugleich Alleingesellschafter der GmbH ist.²⁴ Bei einer solchen Personalunion handelt der Geschäftsführer nämlich notwendig mit Zustimmung des Gesellschafters bzw. führt seine eigenen Weisungen aus.

Für die Praxis hat dies zur Konsequenz, dass Ansprüche aufgrund einer Sorgfaltspflichtverletzung nach § 43 Abs. 2 GmbHG oftmals nicht bestehen, denn sehr häufig ist der Geschäftsführer zugleich Alleingesellschafter oder es liegt ein – zumindest stillschweigendes – Einverständnis der (Mit-)Gesellschafter vor.

Die Geschäftsführerhaftung ist auch dann ausgeschlossen, wenn zwischenzeitlich ein neuer Geschäftsführer bestellt

7 Weitere Beispiele bei *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 43 Rn. 24.

8 BGH, ZIP 2008, 736 = WM 2008, 696 m. Anm. *Werner*, GmbHR 2008, 490; s. zu einem Kalkulationsirrtum im Vertragsangebot auch BGH, WM 1971, 1548 = NJW 1972, 154.

9 BGH, GmbHR 1981, 191 = WM 1981, 440; zur Vergabe eines unbesicherten Darlehens über 3 Mio. DM s. LG Köln, NJW-RR 2000, 1056.

10 BGHZ 152, 280 = ZInsO 2003, 29 = ZInsO 2007, 1152 = ZIP 2002, 2314 = NJW 2003, 358.

11 BGH, ZIP 2008, 1675 = NJW 2008, 3361.

12 BGH, ZIP 1997, 199 = NJW 1997, 741.

13 OLG Koblenz, GmbHR 1999, 1201.

14 OLG Brandenburg, NZG 2001, 756.

15 BGH, WM 1976, 77 = NJW 1976, 797.

16 OLG Naumburg, NZG 1999, 353.

17 OLG Brandenburg, GmbHR 2007, 874.

18 BGH, WM 2008, 1453 = DStR 2008, 1599.

19 BGH, ZIP 1996, 2164 = NJW 1997, 314.

20 KG, GmbHR 2005, 477 m. Anm. *Brötzmann*.

21 BGH, ZIP 2000, 135 = NJW 2000, 576; BGH, ZIP 2000, 493 = NJW 2000, 1571; BGH, ZNotP 2003, 392 = ZIP 2003, 945 = DB 2003, 1107 (Ziff. I 1 der Gründe); *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 43 Rn. 33; s. auch *Scholz/U. H. Schneider*, GmbHG, Bd. II, 2007, § 43 Rn. 119 ff.

22 Zur Gleichstellung der Weisungen des Hintermanns mit den Weisungen eines Gesellschafters s. BGHZ 31, 258, 278 f.; für eine auf den Fall einer Einbindung des Geschäftsführers in das Treuhandverhältnis beschränkte Entlastung *Hachenburg/Mertens*, GmbHG, 2. Bd., 8. Aufl. 1997, § 43 Rn. 73; *Rowedder/Koppensteiner*, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 43 Rn. 29; unklar *Fleck*, GmbHR 1974, 224, 226; gänzlich a.A. OLG Frankfurt, GmbHR 2009, 317, 319. Die fehlende Weisungsbindung des Geschäftsführers gegenüber einem Treugeber (vgl. *Michalski/Haas/Ziemons*, GmbHG, Bd. II, 2. Aufl. 2010, § 43 Rn. 59a) hindert jedenfalls die Entlastung bei Befolgung nicht.

23 BGHZ 176, 204, 221 = ZIP 2008, 1232, 1237 = NJW 2008, 2437 (Rn. 39) = ZInsO 2008, 758 (nur Leitsätze) – „Gamma“.

24 BGHZ 119, 257 = ZIP 1992, 1734 = NJW 1993, 193; BGHZ 122, 333 = ZIP 1993, 917 = NJW 1993, 1922 (Ziff. I 1 der Gründe); BGHZ 142, 92 = ZNotP 1999, 369 = ZIP 1999, 1352 = NJW 1999, 2817 (LS 2 und Ziff. I 2 c der Gründe); BGH, ZIP 2000, 493 = NJW 2000, 1571; BGH, ZInsO 2009, 2304 = ZIP 2009 2335 = NJW 2010, 64; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 43 Rn. 33; s. auch BGH, ZNotP 2008, 249 = ZIP 2008, 308 (Rn. 15): kein Wettbewerbsverbot des Alleingesellschafters, wenn Gläubigerinteressen nicht betroffen sind.

wurde und dieser „Versäumnisse“ seines Vorgängers aufdeckt: Solange das auf die angeblichen „Versäumnisse“ bezogene Handeln des Geschäftsführers mit Duldung der Gesellschafter erfolgt ist, besteht – von der Ausnahme des § 43 Abs. 3 GmbHG abgesehen (dazu unten 2.) – kein Anspruch gegen den Geschäftsführer, der von seinem Nachfolger oder nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden könnte.²⁵

Sehr deutlich wird dies in der Entscheidung BGHZ 142, 92, in der es um ein Golfplatzprojekt ging:²⁶ Die beklagten Altgeschäftsführer, die zzt. ihrer Geschäftsführeigenschaft maßgebliche Gesellschafter der später gegen sie klagenden GmbH waren,²⁷ hatten veranlasst, dass ein Ablösebetrag von 100.000 DM an eine von ihnen beherrschte Gesellschaft sowie 300.000 DM Honorar für die Entwicklung des Golfplatzprojekts an einen Dritten gezahlt wurden. Nachdem sie ihre Anteile an der GmbH veräußert hatten und ein neuer Geschäftsführer bestellt war, erhob dieser namens der GmbH Klage gegen die Altgeschäftsführer mit der Behauptung, den geleisteten Zahlungen hätten keine (gleichwertigen) Gegenleistungen gegenüber gestanden. Sie seien daher sorgfaltswidrig i.S.v. § 43 Abs. 2 GmbHG. Mit Recht wies der BGH die Klage ab, weil der Vermögensabfluss, selbst wenn ihm keine (ausreichende) Gegenleistung gegenüberstand, im Hinblick auf das Einverständnis der Altgesellschafter nicht pflichtwidrig war. Für einen Eingriff in das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen (§ 30 GmbHG) war nichts vorgetragen.

Zwar benennt § 43 Abs. 2 GmbHG „die Gesellschaft“ als Anspruchsberechtigte. Gleichwohl lässt sich aus dieser Vorschrift kein eigenständiges Gesellschaftsinteresse ableiten, welches unabhängig vom Interesse der Gesellschafter an einer sorgfältigen Verwaltung ihres Vermögens geschützt würde. Die Inanspruchnahme des *Geschäftsführers* im Interesse der Gesellschaft selbst ist also ausgeschlossen, ebenso wie auch der *Gesellschafter* nach richtiger Ansicht keiner Haftung im „Gesellschaftsinteresse“ unterliegt.²⁸

Keine vom Gesellschafterwillen unabhängige Haftung lässt sich auch aus der Sonderregelung in § 49 Abs. 3 GmbHG herleiten, die den Geschäftsführer zur Einberufung der Gesellschafterversammlung verpflichtet, wenn sich aus der Jahresbilanz oder aus einer im Verlauf des Geschäftsjahrs aufgestellten Bilanz ergibt, dass die Hälfte des Stammkapitals verloren ist. Insoweit geht es nur um ein Krisensignal an die Gesellschafter,²⁹ dessen pflichtwidrige Unterlassung den Geschäftsführer gem. § 43 Abs. 2 GmbHG zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet, der durch rechtzeitige Beschlussfassung der Gesellschafter hätte vermieden werden können.³⁰ Handelt der Geschäftsführer im Einverständnis oder in Personalunion mit dem Gesellschafter, ist auch der auf die Verletzung des § 49 Abs. 3 GmbHG gestützte Anspruch aus § 43 Abs. 2 GmbHG ausgeschlossen. Ebenso wenig kommt eine Direkthaftung gegenüber den Gläubigern gem. § 823 Abs. 2 BGB in Betracht.³¹

2. Haftung im Interesse der Gläubiger

Steht die Haftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG nach den v.g. Grundsätzen im Regelfall zur Disposition der Gesellschafter, ist die Grenze der Gesellschafterbefugnisse allerdings erreicht, sobald der Geschäftsführer gegen die in § 43 Abs. 3 GmbHG normierten, dem Gläubigerschutz dienenden Regelungen verstößt.³²

a) Verletzung der Stammkapitalerhaltungspflicht

Nach dieser Vorschrift ist der Geschäftsführer der Gesellschaft insbesondere dann zum Ersatz verpflichtet, wenn er der Bestimmung des § 30 GmbHG zuwider Zahlungen an die Gesellschafter aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen leistet, ferner wenn er entgegen § 33 GmbHG eigene Anteile erwirbt. Die erste Alternative des Verstoßes gegen § 30 GmbHG dürfte in vielen Insolvenzverfahren relevant werden, weil oftmals die Gesellschafter, insbesondere wenn sie zugleich Geschäftsführer sind, im Vorfeld der Insolvenz den Versuch unternehmen, das noch vorhandene Restvermögen aus der Gesellschaft herauszuziehen.

Gem. § 43 Abs. 3 GmbHG ist es dem Geschäftsführer verboten, Aktivvermögen der Gesellschaft an die Gesellschafter herauszugeben, wenn und soweit dadurch eine Unterbilanz herbeigeführt oder noch weiter vertieft wird. In diesem Fall wird der Geschäftsführer im Interesse der Gläubiger gem. § 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG mit in die Pflicht genommen, haftet also neben den Gesellschaftern (§ 31 GmbHG) für die verbotenen Auszahlungen. Sinn und Zweck der Vorschrift ist es, das Vermögen der Gesellschaft bis zur Höhe der Stammkapitalziffer dem Zugriff der Gesellschafter zu entziehen. Damit soll nach Möglichkeit der GmbH ein ihren Bestand schützendes Mindestbetriebsvermögen und ihren Gläubigern eine Befriedigungsreserve gesichert werden.³³

In der Rechtsfolge ist die Geschäftsführerhaftung bei Verstoß gegen § 43 Abs. 3 GmbHG – ebenso wie diejenige des Gesellschafters aus § 31 GmbHG³⁴ – nicht auf den Betrag

25 S. schon *Fleck*, GmbHR 1974, 224, 226.

26 BGHZ 142, 92 = ZNotP 1999, 369 = ZIP 1999, 1352 = NJW 1999, 2817.

27 Sie hielten im konkreten Fall 50 % der GmbH-Anteile unmittelbar, weitere 50 % über eine zweite GmbH.

28 Zu Letzterem eingehend *Bitter*, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, 2000, S. 304 ff. m. Nachw. zur insoweit übereinstimmenden Rechtsprechung und früher h.L.; diese verliert allerdings in jüngerer Zeit an Zuspruch (vgl. die Nachweise bei *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck* [Fn. 7], § 13 Rn. 54 in Fn. 206).

29 *Scholz/Karsten Schmidt/Seibt* (Fn. 21), § 49 Rn. 23 m.w.N.

30 *Scholz/Karsten Schmidt/Seibt* (Fn. 21), § 49 Rn. 35.

31 So die ganz h.M.; vgl. *Scholz/Karsten Schmidt/Seibt* (Fn. 21), § 49 Rn. 35 m.w.N.

32 Dazu *Paefgen*, in: *Ulmer/Habersack/Winter* (Hrsg.), GmbHG, Bd. II, 2006, § 43 Rn. 140 ff.

33 BGHZ 157, 72, 75 f. = ZIP 2004, 263 (Ziff. II 2 c bb der Gründe).

34 BGH, NJW 1990, 1730, 1732; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 37 III 1 d (S. 1134 ff.); dazu auch *Bitter* (Fn. 28), S. 233 f.

des Stammkapitals beschränkt. Vielmehr müssen erst recht solche Beträge erstattet werden, die noch nach Verbrauch des gesamten Stammkapitals aus dem überschuldeten GmbH-Vermögen geleistet werden. Dabei ist die Haftung des Geschäftsführers – anders als die des Gesellschafters aus § 31 GmbHG – allerdings nicht auf Rückgewähr des ausgezahlten Betrags beschränkt; der Geschäftsführer haftet aus § 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG, da die Haftung an § 43 Abs. 2 GmbHG anknüpft, vielmehr auf Schadensersatz und hat folglich auch einen ggf. über den Vermögensabfluss hinausgehenden Schaden der Gesellschaft zu ersetzen.³⁵

Entlasten kann sich der Geschäftsführer nicht mit dem Hinweis, er habe auf Weisung der Gesellschafter gehandelt. Dies ergibt sich ausdrücklich aus § 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG und zudem aus dem Grundsatz, dass der Geschäftsführer gesetzwidrigen Weisungen keine Folge zu leisten hat.³⁶

Direkte Ansprüche der Gläubiger gegen den Geschäftsführer bestehen allerdings nicht, denn § 30 GmbHG ist – anders als die Vorschrift zur Insolvenzantragspflicht in § 15a InsO bzgl. der Insolvenzverschleppungshaftung³⁷ – kein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB.³⁸

b) Verbot von „Auszahlungen“ an Gesellschafter

Das Gesellschaftsvermögen ist durch § 30 GmbHG nicht in seiner gegenständlichen Zusammensetzung, sondern lediglich in seinem rechnerischen Wert geschützt (sog. bilanzielle Betrachtungsweise). Daher sind Zahlungen i.S.d. § 30 GmbHG Leistungen jeder Art, denen keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht. Unzulässig sind insbesondere auch alle Arten von verdeckten Zuwendungen (auch als „verdeckte Gewinnausschüttungen“ bezeichnet), die insbesondere bei Austauschgeschäften zwischen Gesellschaft und Gesellschafter zu unangemessenen Konditionen in Betracht kommen.³⁹

Beispiel:

Die GmbH verkauft und übereignet einen Pkw im Wert von 15.000 € für nur 10.000 € an ihren Gesellschafter. Hier liegt i.H.v. 5.000 € eine verdeckte Zuwendung vor, die bei bestehender Unterbilanz gegen § 30 GmbHG verstößt.

Bei der Bestimmung des Werts der ausgetauschten Leistungen kommt es nicht auf den Buchwert, sondern den tatsächlichen Wert an, der insbesondere bei Grundstücken aufgrund der dort häufigen sog. „stillen Reserven“ deutlich höher liegen kann. Nach bilanziellen Grundsätzen wird also nur bestimmt, ob das Stammkapital zzt. der Leistung gedeckt ist, während für den Vermögensabfluss selbst auf den Verkehrswert abzustellen ist.⁴⁰

Eine Rückzahlung ist auch die Tilgung von Gesellschafterschulden bei einem Dritten, der Verzicht auf Forderungen

gegen den Gesellschafter oder die Weggabe von Vermögenswerten zugunsten eines dem Gesellschafter nahestehenden Dritten (verbundenes Unternehmen, Familienangehörige).⁴¹

Voraussetzung für den Verstoß gegen § 43 Abs. 3 GmbHG ist aber in jedem Fall, dass i.S.v. § 30 GmbHG ein *Vermögensfluss von der GmbH zu einem Gesellschafter* festzustellen ist. Keine Haftung des Geschäftsführers tritt deshalb ein, wenn aus dem Vermögen der GmbH Geld an Dritte weggegeben wird,⁴² die mit dem Gesellschafter nicht verbunden sind, etwa im Rahmen einer Sportförderung oder einer karitativen Spende.

Ebenfalls nicht durch § 43 Abs. 3 GmbHG sanktioniert ist die Belastung der GmbH mit Ansprüchen Dritter, wie ein sehr aufschlussreicher Fall des BGH aus dem Jahr 2000 zeigt.⁴³ Der beklagte Geschäftsführer war zugleich Gesellschafter einer GmbH, die sich mit Kapitalanlageberatung befusste. In seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der GmbH hatte er den Kläger fehlerhaft beraten, woraufhin dieser erfolgreich gegen die GmbH einen Titel auf Schadensersatz erlangt hatte. Da die GmbH den Schadensersatzanspruch nicht erfüllen konnte, kam der Kläger auf die Idee, aufgrund seines Titels gegen die GmbH einen der GmbH gegen den Geschäftsführer zustehenden Anspruch aus § 43 Abs. 2 GmbHG zu pfänden und sich zur Einziehung überweisen zu lassen. Er machte sodann gegenüber dem Geschäftsführer geltend, dieser habe mit der fehlerhaften Beratung zugleich auch seine Sorgfaltspflichten gegenüber der GmbH verletzt, indem er sie mit dem Schadensersatzanspruch aus fehlerhafter Kapitalanlageberatung belastet habe.

Mit Recht wies der BGH die Klage ab. Die Fehlberatung hatte zwar einen Anspruch des Klägers gegen die GmbH, nicht aber einen Anspruch der GmbH gegen den Geschäftsführer ausgelöst, weil dieser in Personalunion und folglich im Einverständnis mit dem Gesellschafter handelte. Der Ausnahmefall des § 43 Abs. 3 GmbHG lag nicht vor, weil keine Auszahlung an den Gesellschafter erfolgte, sondern allein die GmbH mit einem Anspruch belastet wurde.

Würde man anders entscheiden, könnte die Haftungsbeschränkung des § 13 Abs. 2 GmbHG allzu leicht ausgehebelt werden, indem jeweils bei Ausfall eines Gläubigers in

35 Dazu Scholz/U. H. Schneider (Fn. 21), § 43 Rn. 275 m.w.N.

36 Dazu auch Scholz/U. H. Schneider (Fn. 21), § 37 Rn. 52, § 43 Rn. 200 und insbesondere Rn. 271.

37 Dazu unten Ziff. C. I. 3. b) gg).

38 BGHZ 110, 342, 359 f. = ZIP 1990, 578 (LS 2 und Ziff. III der Gründe); das Gleiche gilt nach h.M. für § 43 GmbHG (vgl. Fn. 360).

39 Dazu ausführlich Bitter (Fn. 28), S. 234 ff.; zum Gesellschafterschutz bei derartigen „verdeckten Gewinnausschüttungen“ s. ders., ZHR 164 (2004), 302 ff.

40 Vgl. Habersack, in: Ulmer (Fn. 32), § 30 Rn. 43 ff., 75 und 81 m.w.N.

41 Zur Anwendbarkeit des § 30 GmbHG bei Leistungen an verbundene Dritte s. Habersack, in: Ulmer (Fn. 32), § 30 Rn. 65 ff.

42 Paefgen, in: Ulmer (Fn. 32), § 43 Rn. 144.

43 BGH, NJW 2000, 1571.

der Insolvenz der GmbH an die Belastung dieser Gesellschaft mit einem Anspruch des Gläubigers angeknüpft und der Gesellschafter-Geschäftsführer über die Pfändung des Anspruchs aus § 43 Abs. 2 GmbHG voll in die Haftung genommen würde.

Zu beachten ist allerdings, dass diese Grundsätze eben nur bei Personalunion oder einverständlichem Handeln mit den Gesellschaftern gelten. Hätte es sich in dem Kapitalanlagefall um einen Fremdgeschäftsführer gehandelt, käme durchaus ein Anspruch der GmbH aus § 43 Abs. 2 GmbHG in Betracht, weil der Geschäftsführer durch die Belastung der GmbH mit dem Schadensersatzanspruch die durch § 43 Abs. 2 GmbHG geschützten Vermögensinteressen der – von ihm personenverschiedenen – Gesellschafter verletzt hätte.

c) Entfallen des Beschlusserfordernisses aus § 46 Nr. 8 GmbHG

Da die Gesellschafterversammlung das oberste Organ der GmbH ist, bedarf es zur Durchsetzung des Anspruchs gegen den Geschäftsführer aus § 43 GmbHG im Grundsatz nach § 46 Nr. 8 GmbHG eines Gesellschafterbeschlusses. Auf diese Weise soll verhindert werden, dass ein Geschäftsführer gegen den Willen der Gesellschaftermehrheit in Anspruch genommen und dadurch ggf. das Verhältnis zwischen den „Eigentümern der Gesellschaft“ und ihrem „Vermögensverwalter“ zerstört wird. Ferner soll die mit der Inanspruchnahme des Geschäftsführers wegen Pflichtverletzung verbundene Offenlegung innerer Gesellschaftsverhältnisse nicht dem Ansehen und Kredit der Gesellschaft schaden.⁴⁴

Diese dem Schutz der Gesellschaft dienenden Grundsätze treten allerdings hinter den Befriedigungsinteressen der Gesellschaftsgläubiger zurück, wenn der Geschäftsführer nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Insolvenzverwalter in Anspruch genommen wird⁴⁵ oder ein pfändender Gläubiger sich den Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer nach §§ 829, 835 ZPO zur Einziehung überweisen lässt,⁴⁶ insbesondere in der masselosen Liquidation.⁴⁷ In derartigen Fällen bedarf es keines Gesellschafterbeschlusses, um die Haftung des Geschäftsführers realisieren zu können.

3. Abgrenzung zwischen Gesellschafter- und Gläubigerinteresse

Die Möglichkeit, in der Insolvenz der Gesellschaft einen Geschäftsführer erfolgreich nach § 43 GmbHG in Anspruch nehmen zu können, ist nach den v.g. Grundsätzen davon abhängig, ob im konkreten Einzelfall allein die Gesellschafterinteressen oder die nach Absatz 3 der Vorschrift ausnahmsweise geschützten Gläubigerinteressen betroffen sind. Da die Abgrenzung sehr wichtig ist, soll sie anhand einiger Beispiele noch einmal ergänzend erläutert werden.

Beispiel 1:

Die fußballbegeisterten Gesellschafter der Bau-GmbH weisen den Geschäftsführer an, für den heimischen Fußballclub kostenlos ein Vereinsheim zu bauen. Für den dadurch bei der GmbH eintretenden Vermögensverlust haftet der Geschäftsführer bei Befolgung der Weisung grds. nicht, weil der Verlust der GmbH i.d.R. allein auf Kosten des in der Gesellschaft gebundenen Vermögens der Gesellschafter geht.

Eine Weisung ist kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung (§ 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG) aber nicht entlastend, wenn der Geschäftsführer entgegen § 30 GmbHG Zahlungen an die Gesellschafter erbringt. Dazu das

Beispiel 2:

Die Gesellschafter der Bau-GmbH weisen den Geschäftsführer an, auf einem Grundstück der Gesellschafter kostenlos ein Haus zu errichten. Da die Bauleistung eine „Zahlung“ an die Gesellschafter darstellt, haftet der Geschäftsführer für den dadurch eintretenden Vermögensabfluss bei der GmbH trotz der Weisung, wenn der Vermögensabfluss zu einer Unterbilanz führt, also i.S.d. § 30 GmbH das Stammkapital angetastet wird. Im Bereich der Erhaltung des Stammkapitals fehlt nämlich die Dispositionsbefugnis der Gesellschafter.

Umstritten ist, ob eine Weisung der Gesellschafter ganz generell keine Ausschlusswirkung für die Geschäftsführerhaftung hat, wenn der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung benötigt wird. Teilweise wird vertreten, § 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG sei, um einen weitergehenden Gläubigerschutz sicherzustellen, auch auf die gewöhnliche Geschäftsführerhaftung gem. § 43 Abs. 2 GmbHG zu übertragen und somit gewissermaßen als ein selbstständiger Absatz 5 zu lesen.⁴⁸ Die Rechtsprechung hatte sich dieser Auffassung zunächst angeschlossen,⁴⁹ sodann aber entschieden, die Geschäftsführerhaftung außerhalb des § 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG im Grundsatz der Disposition der Gesellschafter zu überlassen.⁵⁰ Die Wirkung zeigt sich im

⁴⁴ BGHZ 28, 355, 357; BGH, ZInsO 2004, 1203 = ZIP 2004, 1708 = NJW-RR 2004, 1408 (Ziff. II 2 b der Gründe).

⁴⁵ BGH, ZInsO 2004, 1203 = ZIP 2004, 1708; hierzu Karsten Schmidt, KTS 2005, 261, 265.

⁴⁶ Scholz/U. H. Schneider (Fn. 21), § 43 Rn. 291 und Scholz/Karsten Schmidt (Fn. 21), § 46 Rn. 152.

⁴⁷ BGH, ZInsO 2004, 1203 = ZIP 2004, 1708; hierzu Karsten Schmidt, KTS 2005, 261, 265.

⁴⁸ Vgl. die ausführliche Darstellung der Problematik und des Meinungsstands bei Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 43 Rn. 118 ff.

⁴⁹ BGH, NJW 2000, 576 bzgl. der parallelen Frage der Zulässigkeit einer Abkürzung der Verjährungsfrist.

⁵⁰ Vgl. zu den parallelen Fragen des Verzichts auf den Schadensersatzanspruch bzw. der Verkürzung der Verjährung BGH, ZIP 2002, 2128, 2130 = NJW 2002, 3777; BGH, ZNotP 2003, 392 = ZIP 2003, 945, 946 (Ziff. I 2 a der Gründe); BGH, ZIP 2008, 736, 738 (Rn. 11); zustimmend Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 43 Rn. 34.

Beispiel 3:

Kommt es im Fall der fußballbegeisterten Gesellschafter, die das Vereinsheim auf Kosten der GmbH bauen lassen (Beispiel 1), später zu einer Insolvenz der GmbH und wäre folglich der Ausgleich des eingetretenen Vermögensverlusts zur Befriedigung der GmbH-Gläubiger erforderlich, entlastet die Gesellschafterweisung den Geschäftsführer nach der neueren Rechtsprechung gleichwohl, weil § 43 Abs. 3 GmbHG nicht eingreift. Die Vermögensverschiebung erfolgte nicht zugunsten der Gesellschafter und fällt damit nicht unter § 30 GmbHG.

Eine Ausnahme hat der BGH allerdings in seinem Urteil „Bremer Vulkan“ für solche Fälle anerkannt, in denen die Weisung des Gesellschafter zur Existenzvernichtung der GmbH führt. Dann kommt nicht nur die später noch darzustellende persönliche Haftung der Gesellschafter in Betracht;⁵¹ vielmehr wird insoweit auch dem Geschäftsführer ein nicht zur Disposition der Gesellschafter stehendes Pflichtenprogramm auferlegt.⁵²

4. Verschulden

Die Haftung des Geschäftsführers setzt in jedem Fall Verschulden voraus, d.h. Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Die Haftung entfällt also, soweit der Geschäftsführer die Verletzung seiner Geschäftsleiterpflichten (Absatz 2) oder die rechtswidrige Auszahlung (Absatz 3) nicht zu vertreten hat. Die Beweislast trägt der Geschäftsführer.⁵³

Für die Haftung des Geschäftsführers gilt der objektive Verschuldensbegriff: Der Geschäftsführer kann sich gegenüber einem Anspruch aus § 43 Abs. 2, 3 GmbHG nicht auf Unerfahrenheit, Alter, mangelnde Sachkenntnis, Überarbeitung oder schlechte Ausbildung berufen. Sein Verschulden ist dann gleichsam vorverlagert; ihn trifft ein Übernahmeverschulden. Wer nicht über die nötige Kompetenz verfügt, darf das Amt des Geschäftsführers nicht übernehmen. Der Geschäftsführer kann sich auch nicht damit entlasten, er sei von den Gesellschaftern schlecht ausgesucht worden.⁵⁴ Hinsichtlich des Verschuldens ist also darauf abzustellen, was von einem Geschäftsführer in der jeweiligen Situation objektiv erwartet werden durfte, ohne Rücksicht darauf, ob er nach seinen individuellen Fähigkeiten, Kräften, Erfahrungen und Kenntnissen die objektiv gebotene Sorgfalt erkennen und erbringen konnte. Dies folgt daraus, dass an den Geschäftsführer als Verwalter fremden Vermögens gesteigerte Anforderungen zu stellen sind.⁵⁵

5. Haftung des faktischen Geschäftsführers

Die Haftung des § 43 GmbHG trifft auch den faktischen Geschäftsführer, der ohne Bestellung tatsächlich Geschäftsführerkompetenzen wahrnimmt.⁵⁶ Faktischer Geschäftsführer ist nach der Rechtsprechung, wer sowohl betriebsintern als auch

- mit Einverständnis der Gesellschafter tatsächlich das Sagen hat und
- eine gegenüber dem formellen Geschäftsführer überragende Stellung annimmt.⁵⁷

Nicht ausreichend ist nach Ansicht des BGH eine allein im Innenverhältnis beherrschende Stellung, sondern der faktische Geschäftsführer muss darüber hinaus die Geschicke der Gesellschaft nach außen hin maßgeblich in die Hand genommen haben; erforderlich ist ein für außenstehende Dritte erkennbares, üblicherweise der Geschäftsführung zuzurechnendes Handeln.⁵⁸

Von einer überragenden Stellung ist nach einer strafrechtlichen Entscheidung des BayObLG⁵⁹ auszugehen, wenn von den acht klassischen Merkmalen im Kernbereich der Geschäftsführung sechs in der Person des faktischen Geschäftsführers erfüllt sind. Hierzu gehören:

- Bestimmung der Unternehmenspolitik,
- Unternehmensorganisation,
- Einstellung von Mitarbeitern,
- Gestaltung der Geschäftsbeziehungen zu Vertragspartnern,
- Verhandlung mit Kreditgebern,
- Bestimmung der Gehaltshöhe,
- Entscheidung der Steuerangelegenheiten und
- Steuerung der Buchhaltung.

II. Zahlungen an Gesellschaftsgläubiger nach Insolvenzzreife (§ 64 Satz 1 GmbHG)

Die derzeit in der Praxis der Insolvenzverwaltung wichtigste Anspruchsnorm der Geschäftsführerhaftung ist § 64

51 Dazu unten Ziff. B. IV. sowie auch Ziff. C. II. 2. c) zur Unterkapitalisierung.

52 BGHZ 149, 10, 16 = ZInsO 2001, 1051, 1052 f. = ZIP 2001, 1874, 1876 – „Bremer Vulkan“; im Anschluss daran BGH, ZNotP 2003, 392 = ZIP 2003, 945, 946 (Ziff. I 1 der Gründe); zu den Grenzen der Weisungsbefugnis auch *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 7), § 43 Rn. 44; *Scholz/U. H. Schneider* (Fn. 21), § 37 Rn. 52 und § 43 Rn. 200.

53 BGHZ 152, 280 = ZInsO 2003, 29 = ZInsO 2007, 1152 = ZIP 2002, 2314; BGH, ZIP 2008, 1675, 1676 = NJW 2008, 3361 (Rn. 4); ausführlich zur Verteilung der Beweislast *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 7), § 43 Rn. 36 ff.; *Scholz/U. H. Schneider* (Fn. 21), § 43 Rn. 234 ff.

54 BGH, *GmbHR* 1981, 191 = *WM* 1981, 440 (Ziff. 2 c der Gründe); BGH, *ZIP* 1983, 824 = *NJW* 1983, 1856.

55 *Paefgen*, in: *Ulmer* (Fn. 32), § 43 Rn. 85.

56 BGHZ 148, 167, 169 f. = ZInsO 2001, 908, 909 = ZIP 2001, 1458 = *NJW* 2001, 3123 (Ziff. II 1 der Gründe); kritisch zur Rechtsfigur des „faktischen Geschäftsführers“ *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 7), § 43 Rn. 3.

57 S. die strafrechtliche Entscheidung BGH, *ZInsO* 2000, 391, 392 f. = *ZIP* 2000, 1390, 1391 = *NJW* 2000, 2285 (Ziff. 3 b der Gründe).

58 S. die zivilrechtliche Entscheidung BGHZ 150, 61 = ZInsO 2002, 582 = *NJW* 2002, 1803 = *WM* 2002, 960 (LS 3) m. Anm. *Bitter*, *WuB* II C, § 13 GmbHG 2.02; zur Insolvenverschleppungshaftung auch BGH, *ZIP* 2005, 1414 = *WM* 2005, 1606; BGH, *ZInsO* 2005, 878 = *ZIP* 2005, 1550 = *WM* 2005, 1706 (LS 2); a.A. *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 7), § 64 Rn. 10; kritisch auch *Scholz/U. H. Schneider* (Fn. 21), § 43 Rn. 26.

59 *BayObLGSt* 97, 38 = *NJW* 1997, 1936.

- nach außen anstelle des rechtlichen Geschäftsführers

Satz 1 GmbHG (bis zum MoMiG § 64 Abs. 2 GmbHG). Allerdings hat sie diese Bedeutung erst seit ihrer „Entdeckung“ durch die Rechtsprechung des II. ZS des BGH ab 1999 erlangt, nachdem die Vorschrift seit Schaffung des GmbHG zunächst in einen gut 100-jährigen „Dornröschenschlaf“ gefallen war.⁶⁰

Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft nach § 64 Satz 1 GmbHG zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung (Insolvenzreife) geleistet werden. Die Vorschrift will den Geschäftsführer zur rechtzeitigen Antragstellung anhalten und dient so dem (Gesamt-)Gläubigerinteresse an einer Erhaltung der letzten noch vorhandenen Haftungsmasse.⁶¹ Sie hat Parallelen im Aktien- und Genossenschaftsrecht (§ 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG i.V.m. § 92 Abs. 2 AktG; § 34 Abs. 3 Nr. 4 GenG i.V.m. § 99 GenG), während beim Verein und bei der Stiftung keine vergleichbaren Sanktionen existieren.⁶²

Entscheidend ist der Zeitpunkt der Insolvenzreife selbst, nicht erst der Ablauf der 3-wöchigen Insolvenzantragspflicht (§ 15a Abs. 1 Satz 1 InsO).⁶³ Da in der großen Mehrzahl aller Insolvenzverfahren eine *Insolvenzverschleppung* festzustellen ist⁶⁴ und folglich in all diesen Fällen auch noch Zahlungen nach Insolvenzreife getätigt wurden, sind Ansprüche gegen den oder die Geschäftsführer aus § 64 Satz 1 GmbHG ganz regelmäßig gegeben, auch wenn sie vielleicht aus taktischen Gründen nicht in allen Insolvenzverfahren geltend gemacht werden. Der Insolvenzverwalter ist nämlich oft auf die Mitarbeit bzw. auf Informationen des (früheren) Geschäftsführers angewiesen und diesbezüglich wirkt sich eine Haftungsklage nicht eben förderlich aus.

1. Anwendungsbereich

Die Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife trifft nicht nur den Geschäftsführer einer insolventen GmbH, sondern nach § 130a Abs. 1 Satz 1 HGB auch den Geschäftsleiter des persönlich haftenden Gesellschafters einer insolventen OHG, wenn kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist. Das Gleiche gilt über § 177a Satz 1 HGB für die GmbH & Co. KG.

Nach Ansicht des KG ist § 64 GmbHG auch auf eine (*Schein-*)*Auslandsgesellschaft* mit Zweigniederlassung in Deutschland anwendbar, z.B. eine englische *Limited*.⁶⁵ Ob sich diese Sichtweise durchsetzen wird, ist bislang noch unklar, weil zum einen die internationalprivatrechtliche Qualifikation der Vorschrift (Insolvenzrecht oder Gesellschaftsrecht) umstritten,⁶⁶ zum anderen unklar ist, ob insbesondere die Einordnung als Gesellschaftsrecht eine Anwendung auf Auslandsgesellschaften, die ihren Verwaltungssitz in Deutschland haben, hindern würde. Letzteres ist nicht per se der Fall, auch wenn dies oft fälschlich der EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit⁶⁷ entnommen wird.⁶⁸ Ob eine Vorschrift gesellschafts- oder insolvenzrechtlich zu qualifizieren ist, spielt im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit keinerlei Rolle, weil europarechtlich nur der Effekt

einer Anwendung der Vorschrift auf die Grundfreiheit interessiert.⁶⁹ Insoweit ist klar zwischen Marktzutrittsschranken und Regeln über die Ausübung der Tätigkeit sowie den Marktaustritt zu unterscheiden.⁷⁰ Da die Insolvenzverschleppungshaftung zu den Letzteren gehört, sie insbesondere nicht den Zutritt der ausländischen Gesellschaft zum deutschen Markt hindert, dürfte ihre Anwendung auf Scheinauslandsgesellschaften europarechtlich unproblematisch sein.⁷¹

2. Schuldner und Gläubiger des Anspruchs

Die Ersatzpflicht nach § 64 Satz 1 GmbHG trifft nicht nur den rechtlichen Geschäftsführer (auch als Strohmännchen), sondern auch den faktischen Geschäftsführer.⁷² Da es sich nicht um einen Deliktstatbestand handelt, scheidet eine Teilnahme Dritter i.S.v. § 830 BGB aus.⁷³

Der Anspruch steht nach § 64 Satz 1 GmbHG der Gesellschaft zu (Innenhaftung). Praktisch wird er aber erst in der Insolvenz geltend gemacht, und zwar durch den Insolvenzverwalter.⁷⁴

60 Dazu *Bitter*, WM 2001, 666 ff.

61 *Haas*, GmbHR 2010, 1 f. m.w.N.

62 Zur Ablehnung einer Analogie im Vereinsrecht s. BGH, ZInsO 2010, 915 = ZIP 2010, 985 (zustimmend *Poertzgen*, ZInsO 2010, 785, 789 f.), im Stiftungsrecht *Müller*, ZIP 2010, 153, 158 f.

63 BGH, ZInsO 2009, 876 = ZIP 2009, 860 = WM 2009, 851 (LS 1) = WuB II C. § 64 GmbHG 1.09 *Bitter*; *Scholz/Karsten Schmidt*, GmbHG, Bd. III, 2010, § 64 Rn. 37.

64 Vgl. die Umfrage unter Insolvenzverwaltern bei *Bitter/Röder*, ZInsO 2009, 1283, 1286 f.

65 KG, ZInsO 2009, 2010 = ZIP 2009, 2156 = GmbHR 2010, 99 m. krit. Anm. *Mock*; im Ergebnis zustimmend *Drygala*, EWIR 2010, 359, 360; a.A. *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 63), § 64 Rn. 66 (zu § 64 Satz 3, aber allgemein begründet).

66 Dazu *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 7), § 64 Rn. 21; *Casper*, in: *Ulmer/Habersack/Winter* (Hrsg.), GmbHG, Bd. III, 2008, § 64 Rn. 34.

67 EuGHE I 1999, 1459 = WM 1999, 956 = NJW 1999, 2027 (Centros); EuGHE I 2002, 9919 = WM 2002, 2372 = NJW 2002, 3614 (Überseering); EuGHE I 2003, 10155 = WM 2003, 2042 = NJW 2003, 3331 (Inspire Art).

68 S. z.B. *Strohn*, ZInsO 2008, 706, 711; ferner *Osterloh-Konrad*, ZHR 172 (2008), 274, 298 m.w.N., bei der diese Einschätzung besonders verwundert, stimmt sie doch mit der sogleich bei Fn. 69 dargelegten Position überein.

69 Zutreffend *Karsten Schmidt*, ZHR 168 (2004), 493, 498 f.; *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 7), § 64 Rn. 26 m.w.N.; s. auch schon *Bitter*, WM 2004, 2190, 2191 f. m.w.N.; insoweit richtig auch *Osterloh-Konrad*, ZHR 172 (2008), 274, 299 f.

70 Ausführlich *Weller*, Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 34 ff., 200 ff.; *Bitter*, in: *Tietze/McGuire* et al. (Hrsg.), Europäisches Privatrecht – Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 299 ff., insbesondere S. 314 ff.

71 Zutreffend *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 7), § 64 Rn. 31; vgl. zur Außenhaftung aus § 823 Abs. 2 BGB auch schon *Bitter*, WM 2004, 2190, 2198 f.

72 BGH, ZInsO 2005, 878 = ZIP 2005, 1550 = DB 2005, 1897 (LS 1); BGH, GmbHR 2008, 702 (Rn. 6); Details bei *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 7), § 64 Rn. 8 ff.; *Casper*, in: *Ulmer* (Fn. 66), § 64 Rn. 36 ff.; s. allgemein zur Haftung des faktischen Geschäftsführers auch schon oben B. 1. 5.

73 BGH, GmbHR 2008, 702 (LS 3 und Rn. 6); kritisch *Haas*, GmbHR 2010, 1, 8.

74 Dazu *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 7), § 64 Rn. 11.

Bei masseloser Insolvenz kann jeder Gläubiger nach Pfändung und Überweisung zur Einziehung die der Gesellschaft zustehenden Ansprüche geltend machen.⁷⁵ Grds. dient der Anspruch zwar der Auffüllung der Masse und hat damit bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens besondere Relevanz; doch besteht kein Grund, die Gläubiger schlechter zu behandeln, wenn noch nicht einmal genügend Masse zur Insolvenzeröffnung vorhanden ist und damit ein besonders krasser Fall der Vermögensverschlechterung vorliegt. Daher kann der Anspruch auch geltend gemacht werden, wenn der Geschäftsführer die Gesellschaft nach Insolvenzreife still liquidiert und es gar nicht zu einer Entscheidung über einen Insolvenzantrag kommt, weil er den Gläubigern aussichtslos erscheint oder die ersten Gläubiger, die einen Antrag gestellt haben, befriedigt wurden und ihren Antrag zurückgenommen haben.⁷⁶

3. Insolvenzreife

Im Tatbestand knüpft die Insolvenzverschleppungshaftung an die Insolvenzreife der Gesellschaft an. Deshalb sollen die Tatbestände der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung kurz erläutert werden. Für die Details sei auf das Spezialschrifttum verwiesen.⁷⁷

a) Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)

Die Gesellschaft ist nach der Legaldefinition in § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO zahlungsunfähig, wenn sie nicht in der Lage ist, ihre fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen.⁷⁸ Dies wird bei Zahlungseinstellung vermutet (§ 17 Abs. 2 Satz 2 InsO).

aa) Eingrenzung der Zahlungsunfähigkeit

Mit dem Wortlaut des § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO, der allein auf die Nichterfüllung fälliger Zahlungspflichten ohne weitere tatbestandliche Voraussetzungen abstellt, wollte der Gesetzgeber der InsO früheren Tendenzen zur Einschränkung des Begriffs der Zahlungsunfähigkeit entgegenreten: Der Schuldner soll im Grundsatz *alle* Verbindlichkeiten zum Fälligkeitszeitpunkt erfüllen können.

Gleichwohl erkennt die Rechtsprechung auch unter dem neuen Recht gewisse Einschränkungen an.⁷⁹ Zum einen wird die Zahlungsunfähigkeit von der Zahlungsstockung abgegrenzt, welche vorliegen soll, wenn die Gesellschaft innerhalb von *3 Wochen* in der Lage ist, ihre Zahlungsfähigkeit – insbesondere durch Aufnahme neuer Kredite – wiederherzustellen.⁸⁰ Die Zahlungsfähigkeit in diesem Sinne wird allerdings von der Rechtsprechung schon dann anerkannt, wenn eine *geringfügige Liquiditätslücke* verbleibt, die unter 10 % der fälligen Forderungen beträgt.⁸¹ Diese Ausnahme erscheint nicht unproblematisch, weil sie letztlich auch Unternehmen mit andauernden Liquiditätsproblemen und -lücken einen nicht unbedenklichen Aufschub der Verfahrenseröffnung gewährt.⁸²

bb) Feststellung der Zahlungsunfähigkeit (Liquiditätsbilanz)

Zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit ist i.d.R. auf eine Liquiditätsbilanz abzustellen bzw. – bei größeren Unternehmen – auf einen Finanzplan, der sämtliche erwarteten Einnahmen und Ausgaben taggenau enthält. Da nicht alle Zahlungsströme zu 100 % verlässlich sind (z.B. bei streitigen Forderungen), enthält die Feststellung ein Prognoseelement: Es muss wahrscheinlich sein, dass alle fälligen und fällig werdenden Verbindlichkeiten durch die erwartbaren Zahlungseingänge oder durch die zeitnahe Verwertung von Vermögensgütern der Gesellschaft befriedigt werden können.⁸³

cc) Zahlungseinstellung

Die Zahlungsunfähigkeit wird nach § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO vermutet, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Unter Zahlungseinstellung ist dasjenige nach außen hervortretende Verhalten des Schuldners zu verstehen, in dem sich typischerweise ausdrückt, dass er nicht in der Lage ist, mindestens eine nicht unwesentliche fällige Forderung zu erfüllen.⁸⁴ Der Tatbestand kann von der ausdrücklich an einzelne Gläubiger oder an die Öffentlichkeit gerichteten, ggf. mit einer Stundungsbitte verbundenen Erklärung, nicht mehr zahlen zu können, über die Hingabe ungedeckter Schecks bis zur Schließung des Ladenlokals unter Unerreichbarkeit der Geschäftsführung reichen; auch die bloße Nichtzahlung wichtiger, typischerweise bei Fälligkeit gezahlter Verbindlichkeiten (z.B. Löhne, Sozialversicherungsbeiträge, Steuerverbindlichkeiten oder Kosten für Energielieferungen) kann genügen.⁸⁵

⁷⁵ BGH, ZInsO 2000, 599 = ZIP 2000, 1896 = NJW 2001, 304 = WuB II C. § 64 GmbHG 1.01 *Bitter* (LS 2); entgegen *Haas*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 64 Rn. 13 bei Fn. 77 wird auch bei *Bitter*, WM 2001, 666, 671 keine nur quotal Pfändbarkeit propagiert, sondern allein darauf hingewiesen, dass der Gesamtanspruch auch anteilig – nämlich in Höhe der Gläubigerforderung – gepfändet werden kann.

⁷⁶ *Drescher*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 6. Aufl. 2009, Rn. 295.

⁷⁷ Einführend zur Insolvenzrechtsfähigkeit der GmbH und zu den Eröffnungsgründen *Scholz/Karsten Schmidt/Bitter* (Fn. 63), Vor § 64 Rn. 4 ff. mit umfassenden Nachweisen; *Casper*, in: Ulmer (Fn. 66), § 64 Rn. 43 ff.; ausführlich zu §§ 17 ff. InsO insbesondere die Kommentierung von *Jaeger/H.-F. Müller*, InsO, 1. Bd., 2004; stärker aus ökonomischer Sicht die Kommentierungen von *MünchKomm-InsO/Eilenberger/Drukarczyk*, 1. Bd., 2. Aufl. 2007.

⁷⁸ Ausführlich zur Zahlungsunfähigkeit *Scholz/Karsten Schmidt/Bitter* (Fn. 63), Vor § 64 Rn. 6 ff.

⁷⁹ Näher *Scholz/Karsten Schmidt/Bitter* (Fn. 63), Vor § 64 Rn. 6 ff.

⁸⁰ Grundlegend für das neue Recht BGHZ 163, 134, 139 f. = ZInsO 2005, 807 = NJW 2005, 3062 unter II. 2. der Gründe; dazu auch *Scholz/Karsten Schmidt/Bitter* (Fn. 63), Vor § 64 Rn. 11.

⁸¹ Auch insoweit grundlegend für das neue Recht BGHZ 163, 134 = ZInsO 2005, 807 = NJW 2005, 3062 (LS 2); seither st. Rspr., vgl. BGH, ZInsO 2009, 1254, 1258 = ZIP 2009, 1235, 1239 (Rn. 37) m.w.N.

⁸² Vgl. *Scholz/Karsten Schmidt/Bitter* (Fn. 63), Vor § 64 Rn. 13 m.w.N.

⁸³ *Scholz/Karsten Schmidt/Bitter* (Fn. 63), Vor § 64 Rn. 10 und 12 m.w.N.

⁸⁴ BGHZ 149, 178, 184 f. = ZInsO 2002, 29 = NJW 2002, 515, 517; dazu auch *Scholz/Karsten Schmidt/Bitter* (Fn. 63), Vor § 64 Rn. 14 m.w.N.

⁸⁵ Vgl. die Nachweise bei *Scholz/Karsten Schmidt/Bitter* (Fn. 63), Vor § 64 Rn. 14.

b) Überschuldung

Die in § 64 Satz 1 GmbH neben der Zahlungsunfähigkeit in Bezug genommene Überschuldung ist in § 19 Abs. 2 InsO definiert. Überschuldung liegt gem. § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Nach dem ursprünglich mit der InsO eingeführten Überschuldungsbegriff sollte bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen sein, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist; bei negativer Fortführungsprognose sollten hingegen Liquidationswerte angesetzt werden.

Dieser Überschuldungsbegriff wurde allerdings im Jahr 2008 kurzfristig durch das FMStG zunächst für die Dauer von knapp 2 Jahren modifiziert, um die Folgen der Finanz- und Wirtschaftskrise vorübergehend abzumildern; später erfolgte eine Verlängerung dieser Modifizierung um weitere 3 Jahre.⁸⁶ Seit dem 18.10.2008 bis zum 31.12.2013 gilt folglich erneut der schon vor Einführung der InsO angewendete, seinerzeit von *Karsten Schmidt* entwickelte sog. modifizierte zweistufige Überschuldungsbegriff.⁸⁷ Danach wird die rechnerische Überschuldung grds. nach Liquidationswerten ermittelt. Eine so festgestellte (rechnerische) Überschuldung wird sodann aber nicht als rechtliche Überschuldung i.S.v. § 19 Abs. 2 InsO angesehen, wenn die Fortführungsprognose positiv ist. Demgemäß begründet die fehlende Deckung der Schulden durch das Vermögen der Gesellschaft nach der derzeit geltenden Fassung des § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO nur im Grundsatz die Überschuldung, „es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich.“ Auf vor dem 17.10.2008 bereits entstandene Haftungssachverhalte findet diese Neufassung allerdings keine Anwendung.⁸⁸

Der Unterschied zwischen beiden Überschuldungsbegriffen besteht nach der Konzeption des Gesetzgebers also in Folgendem: Nach der ursprünglich in der InsO eingeführten Definition veränderte die Fortführungsprognose nur den Maßstab für die Bewertung des Vermögens: Statt Zerschlagungs- konnten Fortführungswerte angesetzt werden. Nach der derzeit geltenden Fassung schließt eine positive Fortführungsprognose die Annahme rechtlicher Überschuldung per se aus.⁸⁹

In seinen Einzelheiten ist der Überschuldungstatbestand seit jeher sehr umstritten,⁹⁰ insbesondere aber seit Einführung des § 19 InsO sowie der jetzigen befristeten Rückänderung im Rahmen des FMStG. Die Probleme resultieren jedenfalls für das Unternehmensinsolvenzrecht letztlich daraus, dass ein Unternehmen als lebender Organismus nicht statisch betrachtet werden kann. Es gibt nicht einen feststehenden Vermögensbestand, der in einer zeitpunktbezogenen Betrachtung zur Tilgung der Schulden eingesetzt werden könnte. Ein Unternehmen generiert vielmehr laufend Zahlungsströme, aus denen die laufend entstehenden Verbindlichkeiten gedeckt werden müssen. Überschuldung ist damit ökonomisch nichts anderes als die Unfähigkeit zur Auszahlungsdeckung im Zeitablauf; das Vermögen ist die Fähigkeit, die Schulden im Zeitablauf begleichen zu können.⁹¹ Damit

rückt der Begriff der Überschuldung aber nahe an denjenigen der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit heran.

4. Zahlungen

Der Geschäftsführer haftet gem. § 64 Satz 1 GmbHG für Zahlungen, die nach Eintritt der Insolvenzreife geleistet werden. Das gilt auch dann, wenn er die Zahlungen nicht selbst, sondern ein Mitarbeiter des Unternehmens diese veranlasst hat und zwar auch dann, wenn der Geschäftsführer hiervon keine Kenntnis hatte. Der Geschäftsführer muss ab Insolvenzreife dafür sorgen, dass solche Zahlungen unterbleiben.⁹² Der Geschäftsführer kann jedoch nicht für Zahlungen verantwortlich gemacht werden, die er nicht hätte verhindern können, etwa die Abbuchung von Beträgen aufgrund einer Zwangsvollstreckungsmaßnahme.⁹³

a) Begriff der „Zahlung“ i.S.v. § 64 Satz 1 GmbHG

Die „Zahlung“ ist der Schlüsselbegriff des § 64 Satz 1 GmbHG, an den sich eine grundlegende Kontroverse über den Umfang der Ersatzpflicht anknüpft.⁹⁴

Im Ansatz besteht zunächst Einigkeit, dass der Begriff weit auszulegen ist und eine „Zahlung“ nicht nur bei Leistungen aus dem Barbestand in Betracht kommt, sondern auch bei Zahlungen per Überweisung, Scheck oder Lastschrift.⁹⁵ Sogar der Einzug eines von Dritten der GmbH hingegebenen Schecks auf ein Geschäftskonto der GmbH kann nach der Rechtsprechung eine Zahlung begründen. Auf den ersten Blick erscheint der Vorgang zwar unverdächtig, weil der Geschäftsführer kein Geld an Dritte gibt, sondern ganz im Gegenteil Geld entgegennimmt und auf das Geschäftskonto einzahlt. Befindet sich das Geschäftskonto aber zu diesem Zeitpunkt im Soll, wird mit dem Betrag der Kredit der Bank zurückgeführt und darin liegt nach Ansicht des BGH eine

86 Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen v. 24.9.2009 (BGBl. I, S. 3151); s. auch den Entwurf in BT-Drucks. 16/13927 v. 21.8.2009; Plädoyer für eine unbegrenzte Weitergeltung bei *Karsten Schmidt*, ZIP 2009, 1551 ff.

87 Dazu und zu der Entwicklung ausführlich *Scholz/Karsten Schmidt/Bitter* (Fn. 63), Vor § 64 Rn. 15 ff.; s. auch *Greil/Herden*, ZInsO 2010, 833 ff.

88 Ausdrücklich OLG Schleswig, ZInsO 2010, 530 = ZIP 2010, 516 (LS 1); wohl auch BGH, ZInsO 2010, 568, 569 = ZIP 2010, 470 f. = WM 2010, 465, 466 (Rn. 7: „in der damaligen Fassung“).

89 Dazu, dass beide Definitionen aber bei richtigem Verständnis im Ergebnis auf das Gleiche hinauslaufen, s. *Scholz/Karsten Schmidt/Bitter* (Fn. 63), Vor § 64 Rn. 21 und 34.

90 Historischer Überblick bei *Götz*, KTS 2003, 1 ff.

91 Vgl. die Nachweise bei *Scholz/Karsten Schmidt/Bitter* (Fn. 63), Vor § 64 Rn. 20.

92 Vgl. auch BGH, ZInsO 2009, 876, 877 = ZIP 2009, 860, 861 = WM 2009, 851 (Rn. 12).

93 BGH, ZInsO 2009, 917, 918 = ZIP 2009, 956 f. = GmbHR 2009, 937, 938 (Rn. 13 f.).

94 Überblick: *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 63), § 64 Rn. 49 ff.

95 Dazu *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 7), § 64 Rn. 65; *Casper*, in: *Ulmer* (Fn. 66), § 64 Rn. 84; *Haas*, GmbHR 2010, 1, 5; *Bitter*, WM 2001, 666, 667.

„Zahlung“ an die Bank.⁹⁶ Darüber hinaus kommt es nicht einmal darauf an, dass Bar- oder Buchgeld aus dem Vermögen abfließt; vielmehr erfasst § 64 Satz 1 GmbHG über reine Geldzahlungen hinaus auch sonstige masseschmälernde Leistungen, etwa die Erbringung von Dienstleistungen oder die Lieferung von Waren.⁹⁷ Die Vorschrift soll nämlich sicherstellen, dass ab Insolvenzzreife das Vermögen der GmbH zusammengehalten wird, um dieses geordnet – im Insolvenzverfahren – zur gleichmäßigen Verteilung an die Gläubiger zu bringen.

Höchst umstritten ist jedoch die Frage, ob der Geschäftsführer dabei – wie es der Wortlaut zunächst nahelegt – auf den Ersatz jedes einzelnen (!) Vermögensabflusses nach Insolvenzzreife, also letztlich auf den danach getätigten Umsatz haftet oder nicht im Gegenzug auch die während der Insolvenzzreife eingetretenen Vermögenszuflüsse zu berücksichtigen sind, der Geschäftsführer also nur für die insgesamt eingetretene Masseschmälerung verantwortlich ist.

Die Rechtsprechung des II. ZS des BGH orientiert sich seit der „Entdeckung“⁹⁸ der Haftungsnorm Ende 1999⁹⁹ am Wortlaut und vertritt folglich die erstgenannte Position. Dies wird besonders bedeutsam in Fällen, in denen Gelder – insbesondere in Konzernsachverhalten – durch die Gesellschaft gleichsam nur hindurch geleitet werden, die GmbH also Zahlungen entgegennimmt, um diese wenig später wieder an Dritte auszuzahlen. Für einen solchen Fall hat der BGH im Jahr 2003 entschieden, dass der Geschäftsführer gleichwohl für jeden Vermögensabfluss gem. § 64 Satz 1 GmbHG (damals noch § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) haftet.¹⁰⁰ Der im gleichen Zeitraum der Insolvenzzerschleppung eingetretene Vermögenszufluss wird hingegen nicht berücksichtigt.

In der Literatur ist diese überstrenge Sichtweise, die allein die jeweils erfolgten Vermögensabflüsse („Zahlungen“) in den Blick nimmt, insbesondere von *Altmeyen*,¹⁰¹ *Karsten Schmidt*¹⁰² und vom *Verfasser*¹⁰³ kritisiert worden.¹⁰⁴ Alternativ wird vorgeschlagen, nicht auf den Ersatz einzelner „Zahlungen“, sondern auf den Ersatz der insgesamt während der Insolvenzzerschleppung eingetretenen Masseschmälerung abzustellen.¹⁰⁵ Die gegenteilige Rechtsprechung führt nämlich mittlerweile zu bizarren Ergebnissen, die *Karsten Schmidt* im Jahr 2008 in einem sehr lesenswerten Aufsatz mit dem Titel „Debitorisches Bankkonto und Insolvenzzerschleppungshaftung – Ist Geben seliger denn Nehmen?“¹⁰⁶ zusammengefasst und einer eingehenden Kritik unterzogen hat.¹⁰⁶ Wie bereits gesagt, ist die Hereinnahme von Geld auf ein im Soll befindliches Bankkonto nach Ansicht der Rechtsprechung als haftungsschädliche „Zahlung“ anzusehen, weil darin eine Rückzahlung des Kredits an die Bank liegt. Umgekehrt soll die Auszahlung von einem solchen Konto keine „Zahlung“ darstellen, weil der Geldabfluss bei fehlendem Guthaben nicht zulasten der GmbH, sondern allein zulasten der Bank geht.¹⁰⁷ Bei debitorischem Konto ist also die Hereinnahme von Geld haftungsschädlich, die Herausgabe nicht („Geben seliger als Nehmen“), während sich die Rechtslage bei kreditorischem Konto (mit Guthaben) exakt umgekehrt darstellt („Nehmen seliger als

Geben“). Erfolgt die Zahlung teils aus Guthaben, teils aus Kredit, müsste der Geschäftsführer nur anteilig haften.

Der II. ZS des BGH versucht nun in jüngerer Zeit, die negativen Folgen seiner Rechtsprechung durch Anwendung des sogleich anzusprechenden § 64 Satz 2 GmbHG in den Griff zu bekommen,¹⁰⁸ und auch in der jüngeren Literatur sind ähnliche Tendenzen erkennbar.¹⁰⁹ Damit nähern sich die beiden im Ansatz verschiedenen Konzepte in den Ergebnissen an. Doch werden mit der Heranziehung des § 64 Satz 2 GmbHG letztlich nur die Symptome kuriert, während es richtigerweise einer grundlegenden Heilung des verfehlten Ansatzpunkts bedarf.¹¹⁰

b) Vereinbarkeit der Zahlung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns (§ 64 Satz 2 GmbHG)

Von der Ersatzpflicht des Geschäftsführers nach § 64 Satz 1 GmbHG ausgenommen sind gem. § 64 Satz 2 GmbHG Zahlungen, die trotz Insolvenzzreife mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind.

96 BGHZ 143, 184, 186 ff. = NJW 2000, 668 (LS 2 und Ziff. II 2 a – c der Gründe) = ZInsO 2000, 117 (redaktioneller Leitsatz) und BGH, ZInsO 2000, 599 = NJW 2001, 304 = WM 2000, 2158 (LS 1 und Ziff. II 2 der Gründe); s. zu beiden Urteilen *Bitter*, WM 2001, 666; *ders.*, WuB II C. § 64 GmbHG 1.01; jüngst mit anderer Zielrichtung *Krumm*, WM 2010, 296.

97 *Haas*, GmbHR 2010, 1, 5; *Drescher* (Fn. 76), Rn. 371.

98 Dazu oben bei Fn. 60.

99 Vgl. BGHZ 143, 184 = NJW 2000, 668 = ZInsO 2000, 117 (redaktioneller Leitsatz).

100 BGH, ZInsO 2003, 468 = NJW 2003, 2316 = WM 2003, 1017 m. krit. Anm. *Bitter*, WuB II C. § 64 GmbHG 1.03; kritisch auch *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 63), Anh. § 64 Rn. 24.

101 *Altmeyen*, ZIP 2001, 2201, 2206 ff.; zuvor auch schon *Altmeyen/Wilhelm*, NJW 1999, 673, 678 f.

102 *Karsten Schmidt*, GmbHR 2000, 1225 ff.

103 *Bitter*, WM 2001, 666 ff.

104 Abl. gegenüber einer Haftung bei der Durchleitung von Beträgen zuvor schon *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, 3. Bd., 8. Aufl. 1997, § 64 Rn. 40 a.E.; im Ansatz kritisch ferner *Casper*, in: *Ulmer* (Fn. 66), § 64 Rn. 80 f.: „Für die Auffassung von *K. Schmidt* und *Georg Bitter* sprechen zahlreiche beachtliche Gründe“.

105 *Bitter*, WM 2001, 666, 667 ff.; ähnlich *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 63), § 64 Rn. 18, 51 und 56 („Ersatz des Gesamtgläubigerschadens“) m.w.N.; *Altmeyen/Wilhelm*, NJW 1999, 673, 678 f. und *Altmeyen*, ZIP 2001, 2201, 2206 ff. („Verlustausgleich“); weniger weitgehend *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 7), § 64 Rn. 69, der nur in bestimmten – über die Rechtsprechung hinausgehenden – Fällen eine Gesamtbetrachtung zulassen will, etwa beim Kontokorrent.

106 *Karsten Schmidt*, ZIP 2008, 1401 ff.; s. auch *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 63), Anh. § 64 Rn. 26 ff.; zustimmend *Hangebrauck*, EWIR 2010, 357, 358.

107 BGH, ZInsO 2007, 542 f. = ZIP 2007, 1006, 1007 (Rn. 8); BGH, ZInsO 2010, 568, 569 = ZIP 2010, 470, 471 = WM 2010, 465, 466 (Rn. 10). Damit löst sich die Betrachtung im Rahmen des § 64 Satz 1 GmbHG von derjenigen im Insolvenzanfechtungsrecht (vgl. *Bitter*, FS Gero Fischer, 2008, S. 15, 30 ff.); kritisch zu dieser Divergenz *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 7), § 64 Rn. 64.

108 S. sogleich bei Fn. 113.

109 *Krumm*, WM 2010, 296, 298 ff. m.w.N.

110 S. dazu *Bitter/Schumacher*, WuB II C. § 64 GmbHG 2.08 in Kritik an BGH, ZInsO 2007, 1349 = ZIP 2008, 72 = WM 2008, 27; *Bitter*, WuB II C. § 64 GmbHG 1.09 in Kritik an BGH, ZInsO 2008, 812 = ZIP 2008, 1229 = WM 2008, 1227 = NJW 2008, 2504.

aa) Aktiventausch

Da Satz 1 nur masseschmälernde Handlungsweisen verbietet, sind Zahlungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar, wenn lediglich ein Aktiventausch stattfindet. Ein solcher Aktiventausch liegt nach der Rechtsprechung nur dann vor, wenn für eine von der Gesellschaft erbrachte Leistung unmittelbar (!) eine (angemessene) Gegenleistung erzielt wird,¹¹¹ während die Berücksichtigung von Gegenleistungen nach dem in der Literatur vertretenen Gegenkonzept deutlich weiter reicht, weil insgesamt nur die eingetretene Masseschmälerung zu ersetzen ist. Jedenfalls bezogen auf den unmittelbaren Aktiventausch nähern sich aber beide Ansichten erneut an: Da den Gläubigern der Gesellschaft durch einen Aktiventausch wertmäßig dasselbe Vermögen zur Verfügung steht, bedarf es in diesem Fall in der Tat keiner Haftung des Geschäftsführers. Dabei lässt sich in derartigen Fällen statt des Rückgriffs auf § 64 Satz 2 GmbHG auch von vornherein die „Auszahlung“ verneinen.¹¹²

bb) Pflichtenkollision

Eine Einschränkung seiner strengen Ansicht aus dem Jahr 2003 vertritt der BGH zwischenzeitlich für Fälle der Weiterleitung von Geldern „durch eine GmbH hindurch“. Hat der Geschäftsführer diese *Gelder treuhänderisch zur Weiterleitung erhalten* und würde er sich bei Nichtweiterleitung wegen Untreue strafbar machen (§ 266 StGB), so soll die Weiterleitung im Hinblick auf eine Pflichtenkollision nunmehr unter § 64 Satz 2 GmbHG fallen und damit die Haftung ausscheiden.¹¹³

Dieser Umweg über § 64 Satz 2 GmbHG zeigt zum einen, dass die vom BGH gewollte „klare, einfach handhabbare Regelung“, mit der er seinen strengen Haftungsansatz rechtfertigt,¹¹⁴ eben doch nicht zu haben ist, zumal Einfachheit keinen überzogenen Haftungstatbestand rechtfertigt.¹¹⁵ Zum anderen gibt der Ansatz des BGH den Instanzgerichten die Möglichkeit, ein Treueverhältnis i.S.v. § 266 StGB im Einzelfall abzulehnen, um dadurch den Geschäftsführer bei Durchleitung von Beträgen durch mehrere Konzerngesellschaften gar mehrfach für ein und denselben Betrag haften zu lassen.¹¹⁶ Letztlich überzeugende Ergebnisse erzielt man eben nicht durch Umwege, sondern durch im Ansatz richtige Haftungsgrundsätze.¹¹⁷

Die Idee des BGH, auf eine Pflichtenkollision (einerseits das Zahlungsverbot des § 64 GmbHG, andererseits ein strafrechtliches Zahlungsgebot) abzustellen und insoweit die Zahlung über § 64 Satz 2 GmbHG für nicht haftungsschädlich zu erklären, ist nicht neu. Der II. ZS hatte diesen Ansatz bereits zuvor für den Fall entwickelt, in dem der Geschäftsführer Zahlungen unterlässt, zu denen er öffentlich-rechtlich und strafbewehrt verpflichtet ist, so insbesondere zur *Abführung der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung* (§ 266a StGB).¹¹⁸

Auch insoweit gab es eine Rechtsprechungsänderung.¹¹⁹ In einer Entscheidung aus dem Jahr 2005 hatte der II. ZS des BGH¹²⁰ noch vertreten, dass § 266a StGB in der Insolvenz keinen Vorrang der Ansprüche der Sozialkasse begründet. Daher hafte der Geschäftsführer gem. § 64 Satz 1 GmbHG (§ 64 Abs. 2 GmbHG a.F.) bei Abführung der Beiträge nach Insolvenzureife auf deren Rückzahlung an die GmbH. Diese Rechtsprechung hat der II. ZS inzwischen mit der Begründung aufgegeben, die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen entspreche der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters.¹²¹ Mit Rücksicht auf die Einheit der Rechtsordnung könne es dem organschaftlichen Vertreter nicht angesonnen werden, die Massesicherungspflicht nach § 64 Satz 1 GmbHG zu erfüllen und fällige Leistungen an die Sozialkassen oder die Steuerbehörden nicht zu erbringen, wenn er sich dadurch strafrechtlicher Verfolgung aussetzt. Sein die entsprechenden sozial- und steuerrechtlichen Vorschriften befolgendes Verhalten müsse deswegen im Rahmen der bei § 64 Satz 1 und 2 GmbHG anzustellenden Prüfung als mit den Pflichten eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar angesehen werden. Ob diese Wende überzeugend ist, wird noch an späterer Stelle zu diskutieren sein.¹²² Vorläufig bleibt festzuhalten, dass dies der Stand der Rechtsprechung ist, die zwischenzeitlich vom LG München auch auf Umsatzsteuerschulden ausgedehnt wurde.¹²³

Ob dem auch der BGH folgen wird, ist derzeit unklar.¹²⁴ Keine Geltung soll die Privilegierung wegen einer (angeblichen) Pflichtenkollision nach Ansicht des BGH haben, so-

111 So in der Tendenz, aber ohne Hinweis auf § 64 Satz 2 GmbHG (früher § 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG) schon BGH, ZInsO 2003, 468, 469 = NJW 2003, 2316, 2317 = WM 2003, 1017: „Allenfalls dann, wenn mit den von dem Geschäftsführer bewirkten Zahlungen ein Gegenwert in das Gesellschaftsvermögen gelangt ist und dort verblieben ist, kann erwogen werden, eine Masseverkürzung und damit einen Erstattungsanspruch gegen das Organmitglied zu verneinen [...]“; dazu Bitter, WuB II C. § 64 GmbHG 1.03.

112 Vgl. Haas, in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 64 Rn. 70; Casper, in: Ulmer (Fn. 66), § 64 Rn. 85 und 90.

113 BGH, ZInsO 2008, 812 = ZIP 2008, 1229 = WM 2008, 1227 = NJW 2008, 2504 m. krit. Anm. Bitter, WuB II C. § 64 GmbHG 1.09; ebenfalls kritisch Haas, in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 64 Rn. 83.

114 BGH, ZInsO 2008, 812 = ZIP 2008, 1229 = WM 2008, 1227 = NJW 2008, 2504 (Rn. 10).

115 S. auch Karsten Schmidt, ZIP 2008, 1401 ff.: „wertungsmäßig inakzeptabel“; ders., ZIP 2009, 1551, 1553.

116 So OLG München 2009, 379 = ZIP 2008, 2169.

117 So Bitter, WuB II C. § 64 GmbHG 1.09; zu § 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG a.F. auch Bitter/Schumacher, WuB II C. § 64 GmbHG 2.08.

118 BGH, ZInsO 2007, 660 = NJW 2007, 2118 = ZIP 2007, 1265 (LS 1 und Rn. 12 ff.).

119 Überblick bei Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 43 Rn. 99 ff. m.w.N.

120 BGH, ZInsO 2005, 650 = NJW 2005, 2546 (LS 3).

121 BGH, ZInsO 2007, 660 = NJW 2007, 2118 = ZIP 2007, 1265 (Rn. 12 ff.).

122 S.u. Ziff. C. 3. b) ee) bbb) ab Fn. 347; ferner Haas, in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 64 Rn. 81 ff.

123 LG München I, ZIP 2007, 1960 (LS 2 und Ziff. IV 2a bb der Gründe) = ZInsO 2007, 1176 (nur Leitsätze); offen insoweit das Berufungsurteil OLG München 2009, 379 = ZIP 2008, 2169, 2172 f. (unter Ziff. B II 1 c der Gründe).

124 Dazu Werres, ZInsO 2009, 1845 ff.

weit es um die *Zahlung von Arbeitgeberbeiträgen* zur Sozialversicherung geht: Weil die Strafvorschrift des § 266a StGB insoweit nicht eingreift, sollen derartige Zahlungen nach der Insolvenzreife der Gesellschaft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns nicht vereinbar sein und folglich zur Erstattungspflicht nach § 64 Satz 1 und 2 GmbHG führen.¹²⁵ Da der BGH auf die fehlende Strafbarkeit der fehlenden Abführung von Arbeitgeberbeiträgen abstellt, ist in der Literatur mit Recht die Frage gestellt worden, was dies für die Abführung von Steuern bedeutet. Dort gibt es zwar eine zivilrechtliche Haftung des Geschäftsführers aus § 69 AO,¹²⁶ nicht aber eine allgemeine Strafandrohung.¹²⁷

cc) Leistungen an Gläubiger mit Sicherungsrechten

Mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns sind auch Zahlungen an aus- oder absonderungsberechtigte Gläubiger bis zur Höhe des Werts des Sicherungsguts vereinbar, soweit die Zahlung bewirkt, dass die Sicherheit frei oder weniger ausgeschöpft wird.¹²⁸ Dies folgt daraus, dass § 64 Satz 1 GmbHG nur darauf abzielt, Schmälerungen der Masse zu verhindern und eine solche bei „Freigabezahlungen“ gerade nicht eintritt.

dd) Zahlungen zur Nachteilsabwendung

Zahlungen sind nach der Rechtsprechung auch dann mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar, wenn sie zur Abwendung größerer Nachteile für die Insolvenzmasse erforderlich sind. Das soll vor allem Zahlungen betreffen, die zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs notwendig sind, um diesen für eine Sanierung im Insolvenzverfahren am Leben zu erhalten, z.B. also Zahlungen für Strom-, Wasser- oder Gaslieferungen, um die Produktion fortzuführen.¹²⁹ Hat die Gesellschafterversammlung jedoch beschlossen, dass das Unternehmen nicht saniert, sondern liquidiert werden soll, so sollen Zahlungen zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs nicht mehr infrage kommen.¹³⁰

Bei der Fortzahlung von Beträgen – etwa für Strom, Wasser und Gas – gilt es allerdings zu berücksichtigen, ob die Rechnungen bei rechtzeitiger Stellung des Insolvenzantrags über den gleichen Zeitraum hätten entrichtet werden müssen. Keinesfalls können diese Kosten auch dann privilegiert entrichtet werden, wenn die Insolvenz über Monate oder gar Jahre verschleppt wird.¹³¹ Zudem gilt es zu fragen, ob den zur Betriebserhaltung notwendigen Zahlungen positive Erträge gegenüberstehen, womit die Betrachtung wieder zu dem entscheidenden Punkt zurückkehrt, ob während der Insolvenverschleppung insgesamt eine Masseschmälerung eingetreten ist. Auch in Bezug auf § 64 Satz 2 GmbHG führt der auf Einzelzahlungen abstellende Ansatz der Rechtsprechung letztlich in die Irre und sollte durch eine Gesamtbetrachtung ersetzt werden.¹³²

5. Verschulden und Beweislast

Der Ersatzanspruch gegen den Geschäftsführer aus § 64 Satz 1 GmbHG setzt Verschulden voraus, wobei leichte Fahrlässigkeit – ohne Rücksicht auf die individuellen Fähigkeiten des Geschäftsführers (objektiver Maßstab) – genügt.¹³³ Zugunsten der Gesellschaft wird das Verschulden vermutet, wenn eine vom Geschäftsführer veranlasste Zahlung nach Eintritt der Insolvenzreife vorgenommen wurde. Der Kläger, i.d.R. der Insolvenzverwalter, hat also lediglich die Insolvenzreife¹³⁴ sowie die nachfolgende Minderung der Insolvenzmasse durch Zahlungen (aufgeschlüsselt nach Höhe, Empfänger und Leistungszeit) darzulegen und zu beweisen. Der Geschäftsführer muss dann zu seiner Entlastung nachweisen, dass ihn an der dadurch bewirkten Schmälerung der Masse kein Verschulden trifft.¹³⁵ Er kann etwa geltend machen, dass der Eintritt der Insolvenzreife trotz Beachtung der gebotenen Sorgfalt nicht erkennbar war¹³⁶ oder die Zahlung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns i.S.d. § 64 Satz 2 GmbHG entsprochen hat,¹³⁷ z.B. der Masse eine gleichwertige Gegenleistung zugeflossen ist.

I.Ü. sei auf die Ausführungen zum Verschulden bei der Insolvenverschleppungshaftung gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO verwiesen. Dort gilt der gleiche Fahrlässigkeitsmaßstab.¹³⁸

6. Rechtsfolge

Auf der Rechtsfolgenseite kehrt der Streit um den „Zahlungsbegriff“ wieder. Nach der Rechtsprechung setzt § 64 Satz 1 GmbHG keinen Schaden der Gesellschaft voraus,

125 BGH, ZInsO 2009, 1456 = ZIP 2009, 1468 = NJW 2009, 2599.

126 Zur Haftung gegenüber Steuergläubigern s. den Überblick bei *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 7), § 43 Rn. 89 f.; ferner *Scholz/U. H. Schneider* (Fn. 21), § 43 Rn. 362 ff., der allerdings § 34 AO als Anspruchsgrundlage bezeichnet, obwohl dort nur die Pflichten begründet werden.

127 Näher *Werres*, ZInsO 2009, 1845 ff.; s. auch *Radtke*, GmbHR 2009, 673, 678; dazu auch noch unten Ziff. C. 3. b) ee) bbb) bei Fn. 356.

128 *Drescher* (Fn. 76), Rn. 387.

129 BGH, ZInsO 2007, 1349 = ZIP 2008, 72 = WM 2008, 27 (Rn. 6) = WuB II C. § 64 GmbHG 2.08 *Bitter/Schumacher*.

130 OLG Celle, ZInsO 2008, 1328 = GmbHR 2008, 1034 (LS 3).

131 Wie hier auch *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 7), § 64 Rn. 73: „Aufrechterhaltung des status quo für einen kurzfristigen Zeitraum“; wohl auch *Casper*, in: *Ulmer* (Fn. 66), § 64 Rn. 89 a.E.

132 *Bitter/Schumacher*, WuB II C. § 64 GmbHG 2.08.

133 OLG Schleswig, ZInsO 2010, 530, 533 = ZIP 2010, 516, 519; *Casper*, in: *Ulmer* (Fn. 66), § 64 Rn. 93 m.w.N.; ferner *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 63), § 64 Rn. 46.

134 Im Fall des § 19 InsO hat er sogar nur die rechnerische Überschuldung nach Liquidationswerten darzulegen, während der Geschäftsführer für die positive Fortführungsprognose beweisbelastet ist (vgl. *Scholz/Karsten Schmidt/Bitter* [Fn. 63], Vor § 64 Rn. 26 m. Nachw. zur Rechtsprechung).

135 BGH, ZIP 1994, 891 (Ziff. II 2 a der Gründe); BGHZ 143, 184 = NJW 2000, 668 (LS 1) = ZInsO 2000, 117 (nur ein redaktioneller Leitsatz).

136 Zum berechtigten Vertrauen auf den Rat eines unabhängigen, qualifizierten Berufsträgers s. BGH, ZInsO 2007, 660 = NJW 2007, 2118 = ZIP 2007, 1265 = WM 2007, 1274 [dazu unten Ziff. C. I. 3. b) gg) ccc)].

137 *Drescher* (Fn. 76), Rn. 410.

138 S.u. Ziff. C. I. 3. b) gg) ccc).

sondern begründet einen Ersatzanspruch eigener Art,¹³⁹ der auf Rückgewähr jedes einzelnen abgeflossenen Vermögenswerts gerichtet ist, wobei Vermögenszuflüsse – von unmittelbaren Gegenleistungen abgesehen – außer Betracht bleiben.

Da der befriedigte Gläubiger ohne die Zahlung des Geschäftsführers am Insolvenzverfahren teilgenommen hätte, sprechen sich einige Literaturstimmen für einen Abzug in Höhe der dem begünstigten Gläubiger ohne die Zahlung zustehende Insolvenzquote aus.¹⁴⁰ Der BGH hat diese Position zunächst auch vertreten, sich dann aber in BGHZ 146, 264 anders entschieden: Der Abzug wird nunmehr abgelehnt und dem Geschäftsführer im Urteil lediglich vorbehalten, nach vollständiger Erstattung an die Masse seinen Gegenanspruch in Höhe der „ersparten“ Insolvenzquote gegen den Insolvenzverwalter zu verfolgen.¹⁴¹

Überhaupt nicht auf Einzelansprüche, sondern auf die insgesamt eingetretene Masseschmälerung stellt die Gegenansicht ab. *Karsten Schmidt* begründet dies dogmatisch, indem er § 64 GmbHG als Schadensersatzanspruch einordnet: Der Geschäftsführer hat danach den insgesamt bei den Gläubigern durch die Insolvenzverschleppung eingetretenen Schaden zu ersetzen.¹⁴² Die Begrenzung auf die Masseschmälerung ist aber nicht nur auf diese Weise möglich, sondern lässt sich durchaus auch mit der Annahme in Einklang bringen, § 64 GmbHG (früher § 64 Abs. 2 GmbHG) sei ein Anspruch eigener Art: Die Frage ist allein, in welchem Umfang die Norm den Vermögensabfluss für ersatzfähig erklärt.¹⁴³

III. Zahlungen an Gesellschafter nach Insolvenzureife (§ 64 Satz 3 GmbHG)

Neu mit dem MoMiG eingeführt wurde in § 64 Satz 3 GmbHG eine Haftung des Geschäftsführers für Zahlungen an den Gesellschafter, die zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten.¹⁴⁴ Die Vorschrift steht nach der Vorstellung des Gesetzgebers zwischen der Haftung des Geschäftsführers für Zahlungen, mit denen das Stammkapital der Gesellschaft zurückgezahlt wird (§§ 43 Abs. 3, 30 Abs. 1 GmbHG) und der anschließend noch näher zu behandelnden Existenzvernichtungshaftung.¹⁴⁵ Sie ist sowohl im Hinblick auf ihre tatbestandliche Konkretisierung als auch in ihrer rechtspolitischen Berechtigung sehr umstritten.¹⁴⁶

1. Schuldner und Gläubiger des Anspruchs

Der Anspruch richtet sich gegen den Geschäftsführer der Gesellschaft, der im Zeitpunkt der Zahlung im Amt ist, sowie auch gegen etwaige faktische Geschäftsführer.¹⁴⁷

Der Anspruch steht, wie im Fall des § 64 Satz 1 GmbHG, der Gesellschaft zu (Innenhaftung). In der Insolvenz ist er vom Insolvenzverwalter geltend zu machen. Wird die Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgelehnt oder das Insolvenzverfahren eingestellt, können die Gläubiger den der Gesellschaft zustehenden Anspruch pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen. Insoweit bestehen keine Unterschiede zum Anspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG¹⁴⁸ oder

zur Haftung für Existenzvernichtung, wenn man diese mit der Rechtsprechung als Innenhaftung ansieht.¹⁴⁹

2. Zahlung an Gesellschafter

a) Zahlung

Unter Zahlung ist wie in § 64 Satz 1 GmbHG im Grundsatz jede Leistung zu verstehen, die die Aktiva der Gesellschaft vermindert, wobei im Hinblick auf den speziellen Tatbestand des § 64 Satz 3 GmbHG aber zu berücksichtigen ist, ob eine Leistung zulasten des Gesellschaftsvermögens Auswirkungen auf die Liquidität der Gesellschaft haben kann oder nicht.¹⁵⁰ Als Zahlung anzusehen ist danach auch die Übertragung von Vermögensgegenständen, wenn diese kurzfristig zugunsten der Befriedigung von Gläubigerforderungen hätten liquidiert werden können.

Auch die Bestellung einer Sicherheit für den Gesellschafter wird erfasst, wenn die weggegebene Sicherheit zur Liquiditätsbeschaffung für die GmbH geeignet gewesen wäre.¹⁵¹ Vom Gesellschafter erbrachte Gegenleistungen sind – soweit sie liquiditätswirksam sind – anzurechnen.¹⁵²

139 BGHZ 146, 264, 278 = ZInsO 2001, 260, 263 = ZIP 2001, 235, 239 = NJW 2001, 1280 unter Ziff. III. 1. der Gründe; BGH, GmbHR 2008, 702 (LS 3 und Rn. 6); übereinstimmend *Haas*, in: Ulmer (Fn. 7), § 64 Rn. 7 m.w.N. zur Rechtsprechung.

140 *Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh*, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 64 Rn. 84 (anders jetzt *Haas* in der 19. Aufl., § 64 Rn. 88 m.w.N. zum Streitstand); *Wicke*, GmbHG, 2008, § 64 Rn. 23.

141 BGHZ 146, 264 = ZInsO 2001, 260 = ZIP 2001, 235 = NJW 2001, 1280 (LS 3) in Abweichung von BGHZ 143, 184 = ZInsO 2000, 117 (redaktioneller Leitsatz); BGH, ZInsO 2007, 1379 = ZIP 2008, 72 = WM 2008, 27 = GmbHR 2008, 142; ebenso *Casper*, in: Ulmer (Fn. 66), § 64 Rn. 96; in der prozessualen Abwicklung partiell abweichend *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 7), § 64 Rn. 88.

142 *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 63), § 64 Rn. 15, 51 und 56 („Ersatz des Gesamtgläubigerschadens“).

143 Vgl. *Bitter*, WM 2001, 666, 667 ff.; der bei *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 7), § 64 Rn. 7 angeführte dogmatische Streit scheint mir deshalb an der (wesentlichen) Sache vorbei zu gehen.

144 Dazu *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 63), § 64 Rn. 64 ff.; *Casper*, in: Ulmer (Fn. 66), § 64 Rn. 102 ff.; *Kleindiek*, GWR 2010, 75; *Seulen/Osterloh*, ZInsO 2010, 881 ff.

145 BT-Drucks. 16/6140, S. 46; vgl. zur Existenzvernichtungshaftung unten B. IV.

146 *Knapper* Überblick bei *Altmeyden*, in: *Roth/Altmeyden* (Fn. 48), § 64 Rn. 56 ff.

147 S. zu den Normadressaten *Kleindiek*, GWR 2010, 75.

148 Dazu oben B. II. 2.

149 S.u. B. IV.

150 Dazu präzisierend *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 7), § 64 Rn. 98; dem folgend *Seulen/Osterloh*, ZInsO 2010, 881 f.; s. auch *Kleindiek*, GWR 2010, 75, 76.

151 Ähnlich *Haas*, GmbHR 2010, 1, 5 f. („kurzfristig beleih- bzw. versilberbar“); auf die Verwertung abstellend hingegen *Komo*, GmbHR 2010, 230, 235 f.

152 *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 63), § 64 Rn. 85; *Seulen/Osterloh*, ZInsO 2010, 881, 883; *Kleindiek*, GWR 2010, 75, 76; s. auch *Casper*, in: Ulmer (Fn. 66), § 64 Rn. 105.

b) Zahlungsempfänger

Zahlungsempfänger muss – anders als bei § 64 Satz 1 GmbHG – grds. ein Gesellschafter sein, ohne dass es auf die Beteiligungshöhe ankommt. Dem Gesellschafter gleichzustellen sind Dritte, die mit dem Gesellschafter verbunden sind, sodass die Zahlung ihm mittelbar zugutekommt. Zur Abgrenzung werden teilweise die Regeln des Rechts der Kapitalaufbringung und -erhaltung herangezogen,¹⁵³ während andere darauf abstellen, ob die Leistung der Zahlung an einen Gesellschafter i.S.v. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO (früher § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG) entspricht.¹⁵⁴ Jedenfalls muss eine Nähebeziehung zwischen Drittem und Gesellschafter bestehen, welche die Zurechnung rechtfertigt. Dies wird bejaht für Ehegatten, minderjährige Kinder und u.U. Eltern oder Geschwister des Gesellschafters; ebenso kann regelmäßig für das Verhältnis zwischen Treuhandgesellschaft und Treugeber sowie für verbundene Unternehmen i.S.d. § 15 AktG von einer solchen Nähebeziehung ausgegangen werden.¹⁵⁵ § 64 Satz 3 GmbHG kann damit z.B. beim Cash-Pool im Konzern Bedeutung erlangen.¹⁵⁶

3. Verursachung der Zahlungsunfähigkeit

Die Haftung des Geschäftsführers gem. § 64 Satz 3 GmbHG setzt weiter voraus, dass die Zahlung an den Gesellschafter „zur Zahlungsunfähigkeit führen musste“. Hier liegt der tatbestandliche Knackpunkt der neuen Regelung und damit zugleich die Ursache diverser Streitigkeiten.

Da im Gesetz nur von einer Herbeiführung der *Zahlungsunfähigkeit* die Rede ist, scheint zunächst klar zu sein, dass die Verursachung (nur) einer *Überschuldung* nicht zur Haftung des Geschäftsführers führt.¹⁵⁷ Aus der Wortwahl der Vorschrift ergibt sich nach der Gesetzesbegründung ferner, dass es nicht ausreichend sein kann, wenn die Zahlung dazu *geeignet* war, zur Zahlungsunfähigkeit zu führen; die Zahlungsunfähigkeit muss vielmehr auch tatsächlich eingetreten sein.¹⁵⁸ Eine Haftung scheidet daher aus, wenn die Gesellschaft – auch unverhofft – weitere Liquidität erhält oder dem Geschäftsführer nach der Zahlung und einer drohenden Zahlungsunfähigkeit die Sanierung der Gesellschaft gelingt.¹⁵⁹

Die Zahlung muss zur Zahlungsunfähigkeit *geführt haben*, d.h. sie muss hierfür kausal gewesen sein. Ob und inwieweit dies überhaupt denkbar ist, wird in der Literatur kontrovers diskutiert.¹⁶⁰ Klar scheint zunächst, dass der Geschäftsführer nicht für jede Zahlung haften soll, die irgendwie äquivalent kausal für die Zahlungsunfähigkeit geworden ist, u.U. aber schon etliche Monate zurückliegt. Entscheidend für die Haftung des Geschäftsführers soll nach der Vorstellung der Gesetzesverfasser sein, ob die Zahlung ohne Hinzutreten weiterer Kausalbeiträge zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft geführt hat.¹⁶¹ Mit Recht wird demgegenüber geltend gemacht, dass jedenfalls die Zahlung auf eine existente, fällige und durchsetzbare Forderung des Gesellschafters die Zahlungsunfähigkeit nicht herbeiführen kann, weil die

erfüllte Forderung bereits zuvor in der Liquiditätsbilanz¹⁶² zu berücksichtigen, folglich die Zahlungsunfähigkeit auch schon vor der Zahlung eingetreten war und damit § 64 Satz 1 GmbHG einschlägig ist.¹⁶³ Über Satz 1 hinausgehende Bedeutung hätte Satz 3 bei diesem Verständnis nur in solchen Fällen, in denen der Geschäftsführer bei gleichbleibenden Mitteln zusätzlich zerstörerische Verbindlichkeiten eingeht¹⁶⁴ oder bei gleichbleibenden Verbindlichkeiten die vorhandenen Mittel durch verbotene, nicht geschuldete Ausschüttungen an den Gesellschafter gemindert werden,¹⁶⁵ etwa zugunsten des Gesellschafters die Konten der GmbH geräumt werden. Derartige Verhaltensweisen dürften jedoch i.d.R. schon über § 43 Abs. 2 und 3 GmbHG sanktioniert sein, sei es wegen Verstoßes offener oder verdeckter Ausschüttungen gegen § 30 GmbHG oder sei es im Hinblick auf eine Existenzvernichtung, mit der auch ein im Einverständnis mit dem Gesellschafter handelnder Geschäftsführer die im Gläubigerinteresse bestehende Grenze seiner Befugnisse überschreitet.¹⁶⁶

Ob und in welchen Fällen § 64 Satz 3 GmbHG deshalb als zusätzliche Haftungsnorm benötigt wird, bleibt vorerst abzuwarten.¹⁶⁷ Nach dem Willen des Gesetzgebers soll die Erstattungspflicht jedenfalls dann entstehen, wenn mit der Leistung an den Gesellschafter gerade jene Liquidität abgezogen wird, welche die Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt. Das soll auch dann der Fall sein, wenn die Zahlungsunfähigkeit, wenn auch nicht notwendig sofort, unausweichliche Folge der Leistung ist.¹⁶⁸ Dies wird

153 Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 64 Rn. 26; Casper, in: Ulmer (Fn. 66), § 64 Rn. 106; Drescher (Fn. 76), Rn. 424; Poertzen, ZInsO 2010, 785, 788.

154 Scholz/Karsten Schmidt (Fn. 63), § 64 Rn. 77; auf beides zugleich verweisend Seulen/Osterloh, ZInsO 2010, 881, 887.

155 Vgl. Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 153), § 30 Rn. 22 für Nachweise; Scholz/Karsten Schmidt (Fn. 63), § 64 Rn. 77.

156 Dazu Willemsen/Rechel, GmbHR 2010, 349 ff.

157 Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 153), § 64 Rn. 27; Scholz/Karsten Schmidt (Fn. 63), § 64 Rn. 81; Seulen/Osterloh, ZInsO 2010, 881, 882; a.A. Casper, in: Ulmer (Fn. 66), § 64 Rn. 107.

158 BT-Drucks. 16/6140, S. 46; dazu Kleindiek, GWR 2010, 75, 77; LG Berlin, GmbHR 2010, 201, 202 f. m. Anm. Hoffmann.

159 Drescher (Fn. 76), Rn. 425.

160 S. insbesondere die pointierte Kritik bei Spliedt, ZIP 2009, 149, 159 f.; Altmeyen, in: Roth/Altmeyen (Fn. 48), § 64 Rn. 61 ff.; dagegen Scholz/Karsten Schmidt (Fn. 63), § 64 Rn. 77; Poertzen, ZInsO 2010, 785, 787; s. auch die differenzierte Argumentation bei Seulen/Osterloh, ZInsO 2010, 881, 883 f. m.w.N.

161 BT-Drucks. 16/6140, S. 46; dem folgend Scholz/Karsten Schmidt (Fn. 63), § 64 Rn. 84.

162 Dazu oben Ziff. B. II. 3. a) bb) bei Fn. 83.

163 Altmeyen, in: Roth/Altmeyen (Fn. 48), § 64 Rn. 61; s. auch Spliedt, ZIP 2009, 149, 159; dagegen Kleindiek, GWR 2010, 75, 76; a.A. offenbar auch Scholz/Karsten Schmidt (Fn. 63), § 64 Rn. 77.

164 Darauf hinweisend Spliedt, ZIP 2009, 149, 159; die Begründung von Verbindlichkeiten müsste man dann anders als bei § 64 Satz 1 GmbH als „Zahlung“ einordnen (so Haas, in: Baumbach/Hueck [Fn. 7], § 64 Rn. 99 gegen die das Problem verkennende h.M.).

165 Darauf hinweisend Altmeyen, in: Roth/Altmeyen (Fn. 48), § 64 Rn. 64.

166 S.o. Ziff. B. I. 3. a.E. bei Fn. 52.

167 Für ein weites Verständnis der Norm zum Erhalt eines eigenen Anwendungsbereichs Seulen/Osterloh, ZInsO 2010, 881, 884 m.w.N.

168 Greulich/Rau, NZG 2008, 284, 288; näher Casper, in: Ulmer (Fn. 66), § 64 Rn. 108 ff.

in der Literatur verbreitet angenommen, wenn sich im Zeitpunkt der Zahlung bei objektiver Betrachtung die Zahlungsunfähigkeit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (mehr als 50 %) bereits abzeichnet.¹⁶⁹ Eine Haftung des Geschäftsführers soll demgegenüber nicht eintreten, wenn ein plötzliches Ereignis – etwa die Insolvenz eines Geschäftspartners, eine Kreditkündigung, mit der nicht gerechnet werden musste, etc. – zur Zahlungsunfähigkeit führt oder beiträgt.

4. Verschulden

Die Haftung des Geschäftsführers setzt Verschulden voraus, wobei Fahrlässigkeit genügt. Das Verschulden wird nach der Formulierung in Satz 3 vermutet. Es fehlt, wenn auch mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns nicht erkennbar war, dass die Leistung zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen musste. Die Entlastung durch den Geschäftsführer verlangt i.d.R., dass der Geschäftsführer eine kontinuierliche Finanzplanung erstellt und sich daraus kein Anhalt für eine drohende Zahlungsunfähigkeit ergibt.¹⁷⁰

Eine Weisung der Gesellschafter entlastet den Geschäftsführer nicht (§§ 64 Satz 4, 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG).¹⁷¹

5. Umfang des Anspruchs

Der Geschäftsführer hat der Gesellschaft die geleistete Zahlung, bei anderen als Geldleistungen deren Wert, zu ersetzen. Die Ersatzpflicht des Geschäftsführers besteht aber nur in dem Umfang, wie der Gesellschaft tatsächlich liquide Vermögensmittel entzogen wurden; erbrachte Gegenleistungen des Zahlungsempfängers sind – wie gesagt – anzurechnen.

IV. Existenzvernichtung

Die Haftung wegen Existenzvernichtung ist im Gegensatz zu den bislang behandelten Haftungstatbeständen der §§ 43, 64 GmbHG eine Gesellschafter-, nicht eine Geschäftsführerhaftung. Sie ist eine „schwere Geburt“ der Rechtsprechung und es kann nach dem letzten Stand der Dinge nicht unbedingt festgestellt werden, dass diese Geburt geglückt sei.¹⁷² Die Haftungsfigur war zunächst in den 1980er und 1990er Jahren als Haftung im sog. „qualifiziert faktischen Konzern“ entstanden,¹⁷³ wurde dann in den Jahren 2001/2002 durch die BGH-Entscheidungen „Bremer Vulkan“¹⁷⁴ und „KBV“¹⁷⁵ vom konzernrechtlichen Ansatz befreit und richtigerweise zu einer allgemeinen Durchgriffshaftung wegen Missbrauchs der Rechtsform GmbH fortentwickelt (Außenhaftung gegenüber den Gläubigern),¹⁷⁶ um sodann durch das 2007 ergangene Urteil „Trihotel“¹⁷⁷ eine erneute überraschende Wendung hin zu einer Innenhaftung aus § 826 BGB zu nehmen.¹⁷⁸ Da dieses ständige Hin und Her der Rechtsprechung – bisweilen gar als „Odyssee“ bezeichnet¹⁷⁹ – das Verständnis der Haftungsfigur nicht gerade leicht macht, soll die – von *Gehrlein*¹⁸⁰ mit Recht als „stürmisch“ bezeichnete – Entwicklung kurz dargestellt werden.¹⁸¹

1. Entwicklung der Existenzvernichtungshaftung

Ausgangspunkt des von der Rechtsprechung entwickelten Haftungsansatzes ist seit jeher die Vorstellung, dass das gesetzliche Gläubigerschutzkonzept des GmbHG Lücken enthält.¹⁸² 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 nachteilige Eingriffe in das Vermögen und in die Interessen der Gesellschaft durch den Alleingesellschafter oder mehrere einverständlich¹⁸³ handelnde Gesellschafter. Zudem ist der Anspruch aus § 31 GmbHG auf den Ersatz des abgeflossenen Betrags beschränkt; darüber hinaus bei der GmbH entstandene Schäden werden nicht ersetzt.¹⁸⁴

Der insoweit als lückenhaft erkannte Gläubigerschutz wurde zunächst für Konzerngesellschaften durch eine Analogie zu den Vorschriften des aktienrechtlichen Vertragskonzerns (§§ 302, 303 AktG) geschlossen. Demnach war das herrschende Unternehmen – und dies kann auch ein Gesellschafter sein, der mindestens zwei GmbH beherrscht¹⁸⁵ – gegenüber seinem abhängigen Unternehmen zum Verlustausgleich verpflichtet, wenn das herrschende Unternehmen dem anderen Nachteile zufügt, indem es kompensationslos in das Gesellschaftsvermögen eingreift. Führt der Eingriff in das Vermögen zur Insolvenz des abhängigen Unternehmens, so

169 *Drescher* (Fn. 76), Rn. 427 ff.; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 153), § 64 Rn. 27 ff.; *Spliedt*, ZIP 2009, 149, 160; *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 63), § 64 Rn. 86; *Seulen/Osterloh*, ZInsO 2010, 881, 885.

170 *Meyer*, BB 2008, 1742, 1746; s. auch *Kleindiek*, GWR 2010, 75, 77; *Hoffmann*, GmbHR 2010, 203 f.

171 Zu § 43 Abs. 3 Satz 3 s.o. Ziff. B. I. 3.

172 Kritisch auch *MünchKomm-GmbHG/Liebscher*, 1. Bd., 2010, Anh. § 13 Rn. 534; *Hönn*, WM 2008, 769 ff.; zustimmend hingegen *Weller*, ZIP 2007, 1681, 1689 („dogmatisches Kabinettstück“); *Gehrlein*, WM 2008, 761, 769 („erfreuliche Klärung“); weitere Nachweise bei *Hönn* in Fn. 2.

173 Dazu unten Ziff. C. II. 3.

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

175 BGHZ 151, 181 = ZNotP 2002, 446 = NJW 2002, 3024 – „KBV“.

176 In diesem Sinne zuvor schon *Bitter* (Fn. 28), S. 490 ff.; im Anschluss an das Urteil „Bremer Vulkan“ auch *Bitter*, WM 2001, 2133; s. dazu auch *MünchKomm-GmbHG/Liebscher* (Fn. 172), Anh. § 13 Rn. 523.

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

178 Dazu *MünchKomm-GmbHG/Liebscher* (Fn. 172), Anh. § 13 Rn. 524 ff.

179 *Hönn*, WM 2008, 769.

180 So *Gehrlein*, WM 2008, 761.

181 S. auch den Überblick bei *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 13 Rn. 48 f., 57 ff.; *Casper*, in: Ulmer (Fn. 66), Anh. § 77 Rn. 96 ff.; ausführlich *MünchKomm-GmbHG/Liebscher* (Fn. 172), Anh. § 13 Rn. 469 ff. mit umfassenden Literaturangaben vor Rn. 469.

182 Dazu eingehend *Röhrich*, FS 50 Jahre BGB, 1. Bd., 2000, S. 83, 92 ff.; s. auch *Casper*, in: Ulmer (Fn. 66), Anh. § 77 Rn. 94; *Strohn*, ZInsO 2008, 706, 707.

183 Zur Haftung im Minderheitsinteresse bei fehlendem Einverständnis s. *Bitter* (Fn. 28), S. 272 ff.; *ders.*, ZHR 164 (2004), 302 ff.

184 *Dauner-Lieb*, ZGR 2008, 34, 37 und *Strohn*, ZInsO 2008, 706, 707 sprechen von „Kollateralschäden“.

185 Ausführlich zum Unternehmensbegriff des Konzernrechts *Bitter* (Fn. 28), S. 34 ff.

haftete der Gesellschafter analog § 303 AktG den Gläubigern sogar persönlich.¹⁸⁶ Bei unabhängigen Gesellschaften dagegen waren Eingriffe des Gesellschafters bis zur Grenze des § 30 GmbHG uneingeschränkt zulässig.

In seinen Entscheidungen „Bremer Vulkan“¹⁸⁷ und „KBV“¹⁸⁸ hat der BGH dann den bislang ausschließlich konzernrechtlich begründeten Haftungsansatz aufgegeben und – gleich ob in abhängiger oder unabhängiger Gesellschaft – den existenzvernichtenden Eingriff des oder der Gesellschafter als missbräuchlich qualifiziert.¹⁸⁹ 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.

Diese im Ansatz überzeugende Linie mit der Folge einer persönlichen Haftung des/der Gesellschafter gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft hat der BGH nun in seiner Entscheidung „Trihotel“¹⁹⁰ zugunsten einer nicht mehr gesellschaftsrechtlichen, sondern nunmehr deliktsrechtlichen Haftung des betreffenden Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft wieder aufgegeben. Diese 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).

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, kann aber auch der „Gesellschafter-Gesellschafter“ sein,¹⁹¹ 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.¹⁹² Der Geschäftsführer haftet, soweit er zugleich auch (Allein-)Gesellschafter ist. Daneben kommt eine (Mit-)Haftung nach §§ 826, 830 BGB und aus § 43 Abs. 2, 3 GmbHG in Frage.¹⁹³

Gläubiger des Anspruchs ist nach der neueren Rechtsprechung die Gesellschaft.¹⁹⁴ In der Insolvenz wird die Haftung durch den Insolvenzverwalter geltend gemacht.¹⁹⁵ Gleiches würde nach einem in der jüngeren Literatur wieder zunehmend vertretenen Alternativmodell gelten, das die dogmatische Basis der Innenhaftung in einer mitgliedschaftlichen Sonderverbindung zwischen Gesellschafter und Gesellschaft sieht,¹⁹⁶ aber als Grundlage für eine Haftung im Gläubigerinteresse nicht taugt.¹⁹⁷

Der entscheidende Nachteil sowohl des deliktischen wie auch des mitgliedschaftlichen Innenhaftungsmodells zeigt sich in den praktisch häufigen Fällen, in denen mangels

Masse kein Insolvenzverfahren eröffnet wird (§ 26 InsO). Dann gibt es keinen Insolvenzverwalter, der den Anspruch durchsetzt. Die Gläubiger sind – anders als nach dem früheren Modell der Durchgriffshaftung – auf den in der Praxis sehr umständlichen Umweg verwiesen, den Anspruch der GmbH pfänden zu müssen.¹⁹⁸ 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.¹⁹⁹ Der II. ZS des BGH ist nicht dazu berufen, eine bürgerlich-rechtliche Norm im Verhältnis bestimmter Personen – hier Gläubiger und Gesellschafter – für unanwendbar zu erklären und dies auch nur in einer speziellen Fallgruppe, der Existenzvernichtung.²⁰⁰

186 S. zu diesem 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 *ders.* (Fn. 28), S. 432 ff.

187 BGHZ 149, 10 = ZInsO 2001, 1051 = ZIP 2001, 1874 = NJW 2001, 3622.

188 BGHZ 151, 181 = ZNotP 2002, 446 = ZIP 2002, 1578 = NJW 2002, 3024.

189 Dazu Scholz/*Emmerich*, GmbHG, Bd. I, 2006, § 13 Rn. 104; *Casper*, in: Ulmer (Fn. 66), Anh. § 77 Rn. 101; *Strohn*, ZInsO 2008, 706, 707.

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

191 BGH, ZInsO 2005, 311, 312 = ZIP 2005, 117, 118; BGH, ZIP 2005, 250, 251; BGHZ 173, 246, 263 f. = ZInsO 2007, 881, 886 = ZIP 2007, 1552, 1558 = NJW 2007, 2689 (Rn. 44) – „Trihotel“; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 13 Rn. 65; *Casper*, in: Ulmer (Fn. 66), Anh. § 77 Rn. 121; *Gehrlein*, WM 2008, 761, 764; *Strohn*, ZInsO 2008, 706, 709.

192 So – noch unter dem früheren Modell der Außenhaftung – BGHZ 150, 61 = ZInsO 2002, 582 = ZIP 2002, 848 = NJW 2002, 1803 (LS 2) = WuB II C § 13 GmbHG 2.02 *Bitter*; s. auch *Casper*, in: Ulmer (Fn. 66), Anh. § 77 Rn. 120.

193 Dazu unten Ziff. B. IV. 7. a).

194 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, 342.

195 *Strohn*, ZInsO 2008, 706, 710.

196 *Osterloh-Konrad*, ZHR 172 (2008), 274 ff., insbesondere S. 290 ff. m.w.N.; *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH, 2006, S. 321 ff.; weitere Nachweise bei *Casper*, in: Ulmer (Fn. 66), Anh. § 77 Rn. 108.

197 Dazu bereits ausführlich *Bitter* (Fn. 28), S. 304 ff.; s. auch die Kritik bei *Casper*, in: Ulmer (Fn. 66), Anh. § 77 Rn. 115.

198 Kritisch insoweit *Casper*, in: Ulmer (Fn. 66), Anh. § 77 Rn. 113 f. und 151; *Kleindiek*, NZG 2008, 686, 689 m.w.N.; *Habersack*, ZGR 2008, 533, 548 m.w.N.; dem folgend *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 13 Rn. 59; auch *Gehrlein*, WM 2008, 761, 766 spricht von einem „dornenreichen Umweg“ und befürwortet deshalb bei masseloser Insolvenz einen Direktanspruch der Gläubiger (ebenso *Habersack*, a.a.O.; MünchKomm-GmbHG/*Liebscher* [Fn. 172], Anh. § 13 Rn. 535; ähnlich *Grigoleit* [Fn. 196], S. 455). Wie dieser Anspruch aber auf den Schaden der Gesellschaft zu beschränken sein soll (so *Gehrlein*), bleibt unerfindlich, müsste für eine solche Begrenzung doch entschieden werden, welche Klage(n) der vielen Gläubiger sich noch innerhalb dieses Schadens bewegt/bewegen und welche nicht mehr; insgesamt anders *Strohn*, ZInsO 2008, 706, 710, der den Umweg über die Pfändung für zumutbar hält.

199 Vgl. dazu unten Ziff. C. I. 3. a).

200 Mit Recht kritisch auch *Hönn*, WM 2008, 769, 771 ff.; MünchKomm-GmbHG/*Liebscher* (Fn. 172), Anh. § 13 Rn. 534 m.w.N.; ähnlich *Kleindiek*, NZG 2008, 686, 689; anders wohl *Dauner-Lieb*, ZGR 2008, 34, 43 f. und 47, die von einer „teleologischen Reduktion der gesetzlichen Anspruchsgrundlage des § 826 BGB“ spricht, deren methodische Zulässigkeit aber nicht begründet.

3. Tatbestandsvoraussetzungen

Der GmbH-Gesellschafter haftet persönlich, wenn er auf die Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens keine Rücksicht nimmt und der Gesellschaft ohne angemessenen Ausgleich – offen oder verdeckt – Vermögenswerte entzieht, die sie zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt. 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.²⁰¹

Um einen Eingriff handelt es sich auch bei der systematischen Verlagerung von Vermögen auf eine Schwestergesellschaft im Konzern,²⁰² eine unabhängige Zweitgesellschaft oder einen sonstigen Dritten.²⁰³ 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. Dabei müssen sie aber die für die Abwicklung der GmbH geltenden Regeln beachten, also die Gesellschaft liquidieren oder Insolvenz beantragen,²⁰⁴ während die „Liquidation auf kaltem Wege“ unzulässig ist. 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 der Aktiva von den Passiva der Gesellschaft.²⁰⁵

Nach dem Verständnis der Rechtsprechung setzt die Haftung wegen Existenzvernichtung immer einen „Eingriff“ in das Gesellschaftsvermögen voraus.²⁰⁶ Dem ist nur insoweit zuzustimmen, als die Haftung sicher nicht allein an unternehmerische Fehlentscheidungen (Managementfehler) anknüpfen kann.²⁰⁷ Wenn der BGH darüber hinaus aber in jüngerer Zeit die Ansicht vertreten hat, ein Unterlassen hinreichender Kapitalausstattung im Sinne einer „Unterkapitalisierung“ der GmbH²⁰⁸ stehe dem Eingriff nicht gleich,²⁰⁹ ist dem zu widersprechen. 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.²¹⁰ 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 verboten:²¹¹ Die Verwendung einer haftungsbeschränkten Rechtsform wie der GmbH impliziert zwar ganz allgemein die Übertragung eines gewissen, mit jeder Geschäftstätigkeit verbundenen Insolvenzrisikos auf die Gläubiger, erlaubt aber nicht den Betrieb mit einer deutlich erhöhten Insolvenzwahrscheinlichkeit.²¹²

In einem – hier favorisierten – Außenhaftungskonzept kann insoweit allerdings zwischen verschiedenen Gläubigergruppen unterschieden werden, je nachdem, ob sich der Gläubiger gegen derartige „Spekulationen“ absichern kann oder nicht.²¹³

Die existenzvernichtende Maßnahme muss jeweils zur Insolvenz der Gesellschaft geführt haben, d.h. für die Insolvenz kausal gewesen sein oder diese zumindest vertieft ha-

201 Lutter, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 153), § 13 Rn. 34; Strohn, ZInsO 2008, 706, 708.

202 Für eine Außenhaftung aus § 826 BGB BGH, ZIP 2004, 2138 = GmbHR 2004, 1528 (LS 1).

203 Dazu, dass die Vermögensverlagerung nicht zugunsten des Gesellschafters erfolgen muss, s. MünchKomm-GmbHG/Liebscher (Fn. 172), Anh. § 13 Rn. 546; Strohn, ZInsO 2008, 706, 708 f.

204 BGHZ 151, 181, 186 f. = ZNotP 2002, 446 = NJW 2002, 3024, 3025 (Ziff. 2. der Gründe) – „KBV“; BGH, ZIP 2005, 176 = WM 2005, 176 (LS 1).

205 Vgl. Bitter, WM 2004, 2190, 2196 f.

206 BGHZ 176, 204, 210 f. = ZIP 2008, 1232, 1234 = NJW 2008, 2437 (LS 1 und Rn. 12) = ZInsO 2008, 758 (nur Leitsätze) – „Gamma“; dazu auch Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 13 Rn. 64; Scholz/Emmerich (Fn. 189), § 13 Rn. 114 ff.; MünchKomm-GmbHG/Liebscher (Fn. 172), Anh. § 13 Rn. 540 ff.; Casper, in: Ulmer (Fn. 66), Anh. § 77 Rn. 124 ff.; Gehrlein, WM 2008, 761, 762 f. bezeichnet dies als „Kardinalvoraussetzung“.

207 BGH, WM 2005, 332 = ZIP 2005, 250 (LS 1); vgl. auch Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 13 Rn. 67; Dauner-Lieb, ZGR 2008, 34, 45; Gehrlein, WM 2008, 761, 762; Strohn, ZInsO 2008, 706, 708.

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

209 BGHZ 176, 204, 210 f. = ZIP 2008, 1232, 1234 = NJW 2008, 2437 (LS 1 und Rn. 12) = ZInsO 2008, 758 (nur Leitsätze) – „Gamma“; s. auch Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 13 Rn. 64, die aber in bestimmten Konstellationen gleichwohl eine deliktische (Außen-)Haftung befürworten (Rn. 50 f.).

210 Dazu eingehend Bitter, in: Bachmann/Casper/Schäfer/Veil (Hrsg.), Steuerungsfunktionen des Haftungsrechts im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 2007, S. 57 ff.; ders. (Fn. 28), 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, ZNotP 2008, 1329 = ZIP 2008, 1329).

211 BGH, NJW 1994, 446, 447 – „EDV“; BGH, NJW 2000, 1571, 1572; dazu Bitter, WM 2001, 2133, 2136 f.; ders., WM 2004, 2190, 2197 f.; Grüner, NZG 2000, 601, 602 f.; Hölzle, ZIP 2004, 1729, 1733; Röhrich (Fn. 182), S. 83, 109 ff.; G. H. Roth, NZG 2003, 1081, 1082 f.; ähnlich Lutter, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 153), § 13 Rn. 36 („Eingehung ganz unverhältnismäßiger Schulden und Risiken“); Rowedder/Koppensteiner (Fn. 22), § 43 Rn. 71 („Risikoverlagerung zulasten der Gesellschaftsgläubiger“); tendenziell auch Wiedemann, FS 50 Jahre BGH, Bd. II, 2000, S. 337, 363 ff. („Systemwidrige Risikoüberwälzung“); ferner MünchKomm-GmbHG/Liebscher (Fn. 172), Anh. § 13 Rn. 553, der aber die Unterkapitalisierung davon trennen will (Rn. 555); a.A. Weller, in: Bork/Schäfer, GmbHG, 2010, § 13 Rn. 44.

212 Dazu Bitter, WM 2001, 2133, 2141; ders., WM 2004, 2190, 2197 f.; ausführlich ders., in: Bachmann/Casper/Schäfer/Veil (Fn. 210), S. 57 ff., insbesondere S. 81 ff.

213 Dazu Bitter (Fn. 28), S. 554 ff.; ders., WM 2001, 2133, 2140 f.; kritisch in Bezug auf eine – hier nicht befürwortete – Deliktshaftung MünchKomm-GmbHG/Liebscher (Fn. 172), Anh. § 13 Rn. 596.

ben.²¹⁴ Der Anspruch besteht auch, wenn die Insolvenz erst während der Liquidation der Gesellschaft hervorgerufen oder vertieft wird.²¹⁵

4. Einzelfälle

Als existenzvernichtender Eingriff kommt nach der Rechtsprechung in Betracht:²¹⁶

- der Entzug liquider Mittel in einem Konzern-Cashpool ohne Rücksichtnahme auf das Interesse der Tochtergesellschaft an der Aufrechterhaltung ihrer Fähigkeit, ihren Verbindlichkeiten nachzukommen,²¹⁷
- die Vereinnahmung des Geschäfts der GmbH ohne Gegenleistung, etwa des „Beraterstamms“ (der Versuch reicht jedoch noch nicht),²¹⁸
- die Übernahme sämtlicher Aktiva gegen Übernahme nur eines kleinen Teils der Verbindlichkeiten,²¹⁹
- die Übernahme des Kundenstamms/Betriebs ohne ausreichende Vergütung; Verlagerung von Geschäftschancen und Ressourcen auf eine andere Gesellschaft,²²⁰
- der Vermögensentzug unter Vereinbarung einer zunächst angemessenen Gegenleistung, die jedoch nachträglich auf ein unangemessenes Maß herabgesetzt wird,²²¹
- in Form der Insolvenzvertiefung auch die Zahlung einer zusätzlichen Vergütung für die Leitung der Gesellschaft in der Krise und die Entnahme dieser Vergütung²²²
- das Bewirken der rechtskräftigen Abweisung eines zugunsten der GmbH gegen den Alleingesellschafter-Geschäftsführer geführten Schadensersatzprozesses.²²³

5. Verschulden

Die Haftung wegen Existenzvernichtung setzt, wenn man sie mit der neueren Rechtsprechung des BGH als Anwendungsfall des § 826 BGB ansieht, Verschulden im Sinne eines zumindest bedingten Vorsatzes voraus.²²⁴ Dem Vorsatzerfordernis genügt es bereits, wenn dem Gesellschafter/Geschäftsführer 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, bedarf es nicht. Ein Verschulden liegt demnach vor, wenn die Erfüllung von Verbindlichkeiten durch die Gesellschaft dauerhaft beeinträchtigt wurde, dies voraussehbare Folge des Eingriffs war und der Gesellschafter diese Folge in Erkenntnis ihres möglichen Eintritts billigend in Kauf genommen hat.²²⁵

Stützt man das Haftungskonzept demgegenüber mit der im Urteil „KBV“²²⁶ eingenommenen, bereits zuvor in der Literatur vertretenen Position²²⁷ auf einen objektiv verstandenen Missbrauch der Rechtsform, der – wie allgemein in Fällen der Durchgriffshaftung – über eine teleologische Reduktion der haftungsbeschränkenden Norm des § 13 Abs. 2

GmbHG zu einer unmittelbaren Außenhaftung gegenüber den Gläubigern führt, ist ein Verschulden nicht erforderlich.

6. Haftungsumfang

Der Schädiger schuldet nach dem Modell der Rechtsprechung als Schadensersatz grds. den Betrag, der erforderlich ist, um seinen zur Insolvenz führenden Eingriff auszugleichen.²²⁸ 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.²²⁹ Lag der Fall hingegen so, dass die Gesellschaft zzt. des Eingriffs noch nicht überschuldet war, bildet derjenige Betrag die Obergrenze, den der Insolvenzverwalter zur Befriedigung aller Gläubiger und der Kosten des Insolvenzverfahrens benötigt.²³⁰

Gibt es Minderheitsgesellschafter in der GmbH, die mit dem existenzvernichtenden Verhalten des Mehrheitsgesell-

²¹⁴ MünchKomm-GmbHG/Liebscher (Fn. 172), Anh. § 13 Rn. 557 ff.; Casper, in: Ulmer (Fn. 66), Anh. § 77 Rn. 131 f.; Gehrlein, WM 2008, 761, 763; Strohn, ZInsO 2008, 706, 709.

²¹⁵ BGH, ZInsO 2009, 878 = ZIP 2009, 802 = WM 2009, 800 – „Sanitary“ (Rn. 15 f., 37 ff.); OLG Celle, GmbHR 2010, 87; dazu auch noch unten B. IV. 8. bei Fn. 240.

²¹⁶ S. auch die bei Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 13 Rn. 72, Casper, in: Ulmer (Fn. 66), Anh. § 77 Rn. 127 ff. und MünchKomm-GmbHG/Liebscher (Fn. 172), Anh. § 13 Rn. 547 angeführten Fallgruppen; ferner Heeg/Manthey, GmbHR 2008, 798 ff.

²¹⁷ BGHZ 149, 10 = ZInsO 2001, 1051 = ZIP 2001, 1874 = NJW 2001, 3622 – „Bremer Vulkan“.

²¹⁸ BGHZ 150, 61 = ZInsO 2002, 582 = ZIP 2002, 848 = NJW 2002, 1803 = WuB II C § 13 GmbHG 2.02, Bitter.

²¹⁹ BGHZ 151, 181 = ZNotP, 2002, 446 = ZIP 2002, 1578 = NJW 2002, 3024 – „KBV“.

²²⁰ BGH, ZInsO 2005, 311 = ZIP 2005, 117 = WM 2005, 176.

²²¹ BGHZ 173, 246 = ZInsO 2007, 881 = ZIP 2007, 1552 = NJW 2007, 2689 – „Trihotel“.

²²² BGH, ZInsO 2008, 276, 277 = ZIP 2008, 455 = GmbHR 2008, 322 (Rn. 12).

²²³ BGH, ZInsO 2009, 878 = ZIP 2009, 802 = WM 2009, 800 – „Sanitary“; OLG Celle, GmbHR 2010, 87.

²²⁴ Dazu MünchKomm-GmbHG/Liebscher (Fn. 172), Anh. § 13 Rn. 562 ff.

²²⁵ BGHZ 173, 246, 258 f. = ZInsO 2007, 881, 884 = ZIP 2007, 1552 = NJW 2007, 2689 (Rn. 30) – „Trihotel“.

²²⁶ BGHZ 151, 181 = ZNotP, 2002, 446 = ZIP 2002, 1578 = NJW 2002, 3024 – „KBV“.

²²⁷ S. insbesondere Bitter (Fn. 28), S. 67 ff., 490 ff.; ders.; WM 2001, 2133 ff.; ders., WuB II C. § 13 GmbHG 2.02 unter Ziff. 4.; im Anschluss an „KBV“ auch ders., WM 2004, 2190, 2195 ff.; zur seinerzeitigen Übernahme dieses Haftungskonzepts durch den BGH s. die Anm. von Ulmer, JZ 2002, 1049 ff. (insbesondere ab Ziff. II 1 b).

²²⁸ BGHZ 173, 246, 260 und 268 = ZInsO 2007, 881, 885 und 887 = ZIP 2007, 1552, 1556 und 1560 (Rn. 32 und 55) – „Trihotel“; näher MünchKomm-GmbHG/Liebscher (Fn. 172), Anh. § 13 Rn. 598 ff.

²²⁹ Strohn, ZInsO 2008, 706, 710 spricht vom „Quotenschaden“, Gehrlein, WM 2008, 761, 762 vom „tatsächlich bei der Gesellschaft eingetretenen Vermögensverlust“; s. auf der Basis des Außenhaftungsmodells auch BGH, ZInsO 2005, 311 = ZIP 2005, 117 = NJW-RR 2005, 335 (LS 2); ferner Casper, in: Ulmer (Fn. 66), Anh. § 77 Rn. 116 und 146 („Quotenverschlechterungsschaden“).

²³⁰ BGHZ 173, 246, 268 f. = ZInsO 2007, 881, 887 = ZIP 2007, 1552, 1560 (Rn. 56) – „Trihotel“; Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 13 Rn. 68 spricht von „Wiederherstellung der Schuldendeckungsfähigkeit“.

schafters nicht einverstanden waren, sollen nach Ansicht von *Gehrlein* darüber hinaus auch diejenigen Aufwendungen zu ersetzen sein, die erforderlich sind, um aus der GmbH wieder eine werbende Gesellschaft zu machen.²³¹ Doch ergibt sich diese Rechtsfolge bei mehrgliedrigen Gesellschaften ohnehin schon aus einem dort eingreifenden Anspruch auf Schadensersatz wegen Treuepflichtverletzung,²³² während die Haftungsfigur der Existenzvernichtung primär Gläubigerschädigungen im Blick hat.

Geht man von einem Konzept der Durchgriffshaftung aus, haftet der Gesellschafter unmittelbar persönlich für die (ganze) Forderung des Gläubigers (analog § 128 HGB).²³³ Möglich ist – wie gesagt – aber eine Differenzierung nach Gläubigergruppen.²³⁴

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 aus § 43 Abs. 2 und 3 GmbHG²³⁵ bzw. – meist inhaltsgleich – aus dem neuen § 64 Satz 3 GmbHG.²³⁶ Es kommt aber auch eine Haftung als Gehilfe nach §§ 826, 830 Abs. 2 BGB in Betracht.²³⁷

Das Verhältnis von § 826 BGB zu § 64 Satz 1 GmbHG ist dagegen noch nicht endgültig geklärt. Eine Haftung aus § 64 Satz 1 GmbHG kommt nur infrage, wenn der nach § 826 BGB Haftende auch Geschäftsführer oder faktischer Geschäftsführer der Gesellschaft ist. Dann liegt aber eine Anspruchskonkurrenz nahe.²³⁸

b) Gesellschafterhaftung

Hat der Gesellschafter zugleich § 31 GmbHG verletzt, so schließt das den Anspruch der Gesellschaft aus § 826 BGB nicht aus: beide Ansprüche bestehen nebeneinander.²³⁹

8. Haftung während der Liquidation

Eine Innenhaftung aus § 826 BGB kommt nach Ansicht des BGB auch nach Auflösung der Gesellschaft infrage, wenn der als Liquidator fungierende Gesellschafter das noch vorhandene Kapital der Gesellschaft zu eigenen Gunsten entzieht.²⁴⁰ In der Liquidationsphase ist es wegen des Kapitalerhaltungsgebots in der Liquidation auch nicht erforderlich, dass die Maßnahme insolvenzverursachend wirkt.

(Beitrag wird in der nächsten Ausgabe fortgesetzt)

231 So *Gehrlein*, WM 2008, 761, 765, a.A. *Drescher* (Fn. 76), Rn. 459, obwohl er sich auf *Gehrlein* bezieht.

232 Zum Schadensersatz wegen Treuepflichtverletzung s. *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 7), § 13 Rn. 54; *Casper*, in: *Ulmer* (Fn. 66), Anh. § 77 Rn. 166 ff.; ausführlich *Bitter* (Fn. 28), S. 272 ff.; zur insoweit fehlenden Schutzlücke *MünchKomm-GmbHG/Liebscher* (Fn. 172), Anh. § 13 Rn. 612. m.w.N. – Die Möglichkeit einer Haftung aus Sonderverbindung wird auch bei *Gehrlein*, WM 2008, 761, 767 f. betont.

233 Dazu *Dauner-Lieb*, ZGR 2008, 34, 38 f.

234 S. Fn. 213.

235 *Scholz/U. H. Schneider* (Fn. 21), § 43 Rn. 287 f. und 349; *Casper*, in: *Ulmer* (Fn. 66), Anh. § 77 Rn. 123.

236 Dazu oben Ziff. B. III. 3. bei Fn. 166, ferner Ziff. B. I. 3. a.E. bei Fn. 52.

237 Ausführlich *MünchKomm-GmbHG/Liebscher* (Fn. 172), Anh. § 13 Rn. 580 ff.; s. auch *Strohn*, ZInsO 2008, 706, 708; ferner *Weller*, in: *Bork/Schäfer* (Fn. 211), § 13 Rn. 50 und *Gehrlein*, WM 2008, 761, 764, die betonen, dass auch Banken, Berater und Geschäftspartner der GmbH über §§ 826, 830 BGB in die Haftung einbezogen sein können (s. aber auch *Liebscher*, a.a.O., Rn. 592).

238 *Lutter*, in: *Lutter/Hommelhoff* (Fn. 153), § 13 Rn. 46 m.w.N.

239 BGHZ 173, 246, 262 f. = ZInsO 2007, 881, 885 f. = ZIP 2007, 1552, 1557 f. (Rn. 38 ff.) – „Trihotel“.

240 BGHZ, ZInsO 2009, 878 = ZIP 2009, 802 = WM 2009, 800 – „Sanitary“; s. auch OLG Celle, GmbHR 2010, 87.

ZInsO-Aufsätze

Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern 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 Gesellschafter und Geschäftsführer wurde im ersten Teil (ZInsO 2010, 1505 ff.) insoweit dargestellt, als es um Tatbestände der Innenhaftung gegenüber der GmbH geht. In diesem zweiten Teil folgen nun jene Anspruchsgrundlagen, die zu einer Außenhaftung der Gesellschafter und Geschäftsführer gegenüber den Gläubigern der GmbH führen können.

C. Haftung gegenüber Dritten – Außenhaftung

Im Gegensatz zur Innenhaftung, bei der die Gesellschaft Anspruchsinhaberin ist, stehen die Ansprüche bei der Außenhaftung 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 allem, 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, in Frage gestellt würden.

Will man die Fälle der Außenhaftung systematisieren, lässt sich zwischen der „echten“ Durchgriffshaftung (dazu unten II.) und dem sog. „unechten“ Durchgriff trennen. 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.²⁴¹

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.

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 eine akzessorische Sicherheit (vgl. § 767 BGB), d.h., die Haftung des Bürgen ist in Höhe und Bestand von der Hauptverbindlichkeit (der GmbH gegenüber dem Gläubiger) abhängig. Zudem haftet der Bürge grds. nur subsidiär, also erst, wenn der Gläubiger erfolglos versucht hat, den Hauptschuldner in Anspruch zu nehmen (§ 771 BGB). Unterlässt der Gläubiger einen vorrangigen Befriedigungsversuch beim Hauptschuldner, so steht dem Bürgen die sog. Einrede der Vorausklage nach § 771 BGB zu, welche die subsidiäre Inanspruchnahme sichert. Aufgrund von § 773 Abs. 1 Nr. 3 BGB steht dem bürgenden (Gesellschafter-) Geschäftsführer die Einrede der Vorausklage aber nicht zu,

* Der Autor 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).

241 In diesem Sinne Karsten Schmidt (Fn. 34), § 9 IV 1 b (S. 233 f.).

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. Dies ist gem. § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB insbesondere dann der Fall, wenn er sich selbstschuldnerisch verbürgt hat, was jedenfalls bei Geschäften mit Kreditinstituten die Regel ist. Zweifelhaft ist, ob ein Ausschluss der Einrede der Vorausklage auch aufgrund von § 349 HGB in Betracht kommt. Voraussetzung hierfür ist, dass der Bürge Kaufmann und die Bürgschaft für ihn ein Handelsgeschäft ist. Ohne Weiteres kann dies bejaht werden, wenn die Muttergesellschaft sich für ihre Tochter verbürgt. Ist der Gesellschafter(-Geschäftsführer) jedoch eine natürliche Person, so ist dieser weder als Gesellschafter noch als Geschäftsführer Kaufmann i.S.d. § 1 HGB, sodass die Anwendung des § 349 HGB abgelehnt wird;²⁴² allenfalls wird eine entsprechende Anwendung erwogen, soweit der Gesellschafter zugleich geschäftsführend tätig ist.²⁴³

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 RG²⁴⁴ 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 hinsichtlich seiner Gegenleistung nicht zwei Gläubigern ausgesetzt, denn der Schuldbeitretende ist – anders als der Mitkreditnehmer – nicht berechtigt, die vereinbarte Leistung selbst auch zu fordern. Seiner Zahlungsverpflichtung steht also kein korrespondierendes Forderungsrecht gegenüber.²⁴⁵ Im Gegensatz zum Bürgen haftet der Schuldbeitretende nicht akzessorisch, sondern gleichrangig neben dem Schuldner der Forderung aus dem (Kredit-)Vertrag. Anstelle der bürgenschützenden Vorschriften, zu denen insbesondere das Formerfordernis aus § 766 BGB und die §§ 767, 768, 770 BGB zu rechnen sind, gelten stattdessen die Vorschriften der §§ 421 ff. BGB betreffend die Gesamtschuld.²⁴⁶

Da der Schuldbeitritt formfrei, die Bürgschaft eines GmbH-Geschäftsführers hingegen formbedürftig (§ 766 BGB) ist, besteht bei mündlichen Erklärungen des Geschäftsführers, 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 Anhalts-

punkt für das Vorliegen des Schuldbeitritts sein kann: Bei einem 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.²⁴⁷

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.²⁴⁸

2. Vertrauenshaftung

a) Rechtsscheinhaftung wegen fehlenden Rechtsformzusatzes (§ 4 GmbHG)

Offenbart der Geschäftsführer im Rahmen geschäftlicher Verhandlung nicht, dass Verhandlungs- und Vertragspartner eine GmbH ist, und tritt schriftlich ohne Rechtsformzusatz i.S.v. § 4 GmbHG auf, so kann dies – neben der Haftung der GmbH – zu einer persönlichen Haftung des Geschäftsführers kraft Rechtsscheins führen.²⁴⁹

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. Eindeutig sind die Fälle, in denen der Geschäftsführer ohne GmbH-Zusatz zeichnet oder sich sonst *schriftlich* gegenüber Drit-

242 MünchKomm-HGB/Karsten Schmidt, 5. Bd., 2. Aufl. 2009, § 350 Rn. 10 und Fn. 21 für Nachweise.

243 MünchKomm-HGB/Karsten Schmidt (Fn. 242), § 349 Rn. 5 und § 350 Rn. 10 f.

244 RGZ 59, 232, 233.

245 MünchKomm-BGB/Habersack, 5. Bd., 5. Aufl. 2009, Vor § 765 Rn. 10.

246 MünchKomm-BGB/Habersack (Fn. 245), Vor § 765 Rn. 11 m.w.N.

247 Vgl. BGH, NJW 1981, 47; BGH, NJW 1986, 580.

248 MünchKomm-BGB/Habersack (Fn. 245), Vor § 765 Rn. 16 f.

249 Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 4 Rn. 15; Zöllner/Noack, ebda., § 43 Rn. 69; Scholz/U. H. Schneider (Fn. 21), § 43 Rn. 312; MünchKomm-GmbHG/Merkt (Fn. 172), § 13 Rn. 335, jeweils m.w.N.

ten äußert.²⁵⁰ 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.²⁵¹

Schwieriger sind die Fälle zu beurteilen, bei denen das Vertrauen durch *mündliche* Erklärungen begründet worden ist. Hier wird grds. keine Vertrauenshaftung angenommen. 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.²⁵² Ausreichend ist nach Ansicht des OLG Naumburg aber die Vorlage von Visitenkarten bei einer mündlichen Besprechung, soweit diese die Haftungsbeschränkung nicht ausweisen,²⁵³ nach Ansicht des OLG Saarbrücken ferner die mündliche Benennung der Firmenbezeichnung ohne GmbH-Zusatz bei telefonischer Bitte zur vollständigen und richtigen Adressenangabe.²⁵⁴

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 Geschäftsführer haben bei Vertretung der GmbH mit deren Firma zu zeichnen, was in gleicher Weise auch für die Vorgesellschaft gilt.²⁵⁵

bb) Zurechenbarkeit des Rechtsscheins

Der Rechtsschein ist dem Geschäftsführer ohne Weiteres zurechenbar, wenn er ihn durch eigenes Handeln selbst gesetzt hat. Handelt ein sonstiger Mitarbeiter oder Untervertreter, so trifft diesen die Haftung und nicht den Geschäftsführer.²⁵⁶

cc) Entschließung des Dritten im Vertrauen auf die unbeschränkte Haftung

Weitere Voraussetzung für eine Haftung wegen Fehlens des Rechtsformzusatzes ist, dass der Vertragspartner im Vertrauen auf die unbeschränkte Haftung Ware geliefert oder eine sonstige Leistung erbracht hat, ohne die bestehende Forderung sofort geltend zu machen.

dd) Schutzwürdigkeit des Dritten (Gutgläubigkeit)

Zudem muss der Vertragspartner schutzwürdig sein, was der Fall ist, wenn er die wahren Verhältnisse weder kannte noch kennen musste.²⁵⁷ Die Beweislast hierfür trifft denjenigen, der durch Verstoß gegen §§ 4, 35a GmbHG den Rechts-

schein erzeugt hat,²⁵⁸ i.d.R. also den bei Vertragsschluss für die GmbH handelnden Geschäftsführer.

ee) Konsequenzen

Der GmbH-Geschäftsführer hat, soweit die o.g. Voraussetzungen vorliegen, gegenüber dem Vertragspartner für die Gesellschaftsverbindlichkeiten persönlich unbeschränkt einzustehen.

Die Verbindlichkeit der GmbH entsteht, weil diese trotz des fehlenden Hinweises des Geschäftsführers nach den Grundsätzen des unternehmensbezogenen Geschäfts Vertragspartner wird: Tritt der Geschäftsführer erkennbar für ein bestimmtes Unternehmen auf, so gilt das Geschäft als für den Rechtsträger des Unternehmens, also die GmbH, geschlossen, soweit es „unternehmensbezogen“ ist.²⁵⁹ 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 aufgrund des von ihm veranlassten Rechtscheins unbeschränkter Haftung.

Die Rechtsscheinhaftung ist 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.²⁶⁰

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.²⁶¹ 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

250 BGH, NJW 1996, 2645 = ZIP 1996, 1511 (LS 2).

251 *Jula*, Der GmbH-Geschäftsführer, 3. Aufl. 2009, S. 283.

252 BGH, NJW 1996, 2645 = ZIP 1996, 1511 (LS 2).

253 OLG Naumburg, NJW-RR 1997, 1324, 1325; s. auch LG Wuppertal, NJW-RR 2002, 178.

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

255 OLG Celle, NJW-RR 1990, 801 (LS 2) zu § 35 Abs. 3 GmbHG a.F.

256 BGH, ZIP 2007, 908 = NJW 2007, 1529 (Ziff. II 3 der Gründe); BGH, ZIP 1991, 1004 = NJW 1991, 2627 (LS und Ziff. II der Gründe).

257 BGH, NJW 1990, 2678, 2679.

258 BGH, NJW 1990, 2678, 2679; LG Heidelberg, NJW-RR 1997, 355 (LS 2).

259 H.M.; vgl. BGHZ 64, 11, 15 = NJW 1975, 1166, 1167; BGH, NJW 1995, 43, 44; *Karsten Schmidt*, Handelsrecht, 5. Aufl. 1999, § 5 III (S. 120 ff.); *Palandt/Ellenberger*, BGB, 69. Aufl. 2010, § 164 Rn. 2.

260 BGH, ZIP 1991, 1004 = NJW 1991, 2627 (Ziff. III der Gründe).

261 Kritisch zu dieser Aufklärungspflicht *Poertzgen*, ZInsO 2010, 416, 418 ff.

also im Grundsatz für die Verletzung vorvertraglicher Schutzpflichten durch ihre Organe und Mitarbeiter.²⁶²

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]²⁶³ oder § 826 BGB²⁶⁴) also nicht gelten.²⁶⁵ 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 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 sollten 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.²⁶⁶ 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 mehr, dass

- der Geschäftsführer zugleich Mehrheits- oder Alleingesellschafter der GmbH ist,²⁶⁷
- er zur Absicherung von Verbindlichkeiten der GmbH Bürgschaften oder dingliche Sicherheiten zur Verfügung stellt.²⁶⁸

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.²⁶⁹

Jedenfalls nach der *restriktiven neuen Linie* scheidet damit das Eigeninteresse i.d.R. aus, sodass in der Praxis Ansprüche gegen den Geschäftsführer aus § 311 Abs. 3 BGB unter diesem Gesichtspunkt kaum noch begründet werden können.²⁷⁰ Im Gegenzug hat der BGH allerdings in derselben Entscheidung BGHZ 126, 181 die Außenhaftung wegen Insolvenzsverschleppung deutlich ausgeweitet,²⁷¹ wie später zum Deliktsrecht noch näher auszuführen sein wird.²⁷²

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.²⁷³

²⁶² Eine Haftung der Geschäftsführer als „Repräsentanten“ der GmbH wird ganz überwiegend abgelehnt; vgl. Scholz/*U. H. Schneider* (Fn. 21), § 43 Rn. 314 m.w.N.; überzeugend *Bork*, ZGR 1995, 505, 509 f.; a.A. Scholz/*Karsten Schmidt* (Fn. 63), Anh. § 64 Rn. 86; zu dessen Position jüngst wieder kritisch *Wagner*, FS Karsten Schmidt, 2009, S. 1665, 1672 f.; *Poertzgen*, ZInsO 2010, 460, 462 f.

²⁶³ Dazu unten Ziff. C. I. 3. b) aa).

²⁶⁴ Dazu unten Ziff. C. I. 3. a).

²⁶⁵ Dazu auch *Poertzgen*, ZInsO 2010, 416, 417 m.w.N.

²⁶⁶ Vgl. die in BGHZ 126, 181, 183 ff. = NJW 1994, 2220 unter Ziff. I 2 a dargestellte Entwicklung der Rechtsprechung; dazu auch *Bork*, ZGR 1999, 505, 507 f.; *Poertzgen*, ZInsO 2010, 460 ff.

²⁶⁷ BGH, ZIP 2002, 1771 = NJW-RR 2002, 1309 unter Ziff. II 2 a; s. vor der Rechtsprechungswende schon BGH, ZIP 1986, 26 = NJW 1986, 586.

²⁶⁸ BGHZ 126, 181 = NJW 1994, 2220 (LS 1); s. nachfolgend auch BGH, ZIP 1995, 31 = WM 1995, 108; ebenso *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 7), § 43 Rn. 72.

²⁶⁹ BGH, ZIP 1992, 694 = WM 1992, 735 = NJW-RR 1992, 1061 unter Ziff. I der Gründe.

²⁷⁰ Zur Kritik an der restriktiven Anwendung vgl. *Flume*, ZIP 1994, 337, 338; für eine gänzliche Aufgabe der Fallgruppe demgegenüber *Scholz/U. H. Schneider* (Fn. 21), § 43 Rn. 320 a.E.; *Weller*, in: *Bork/Schäfer* (Fn. 211), § 13 Rn. 27.

²⁷¹ Zu diesem Zusammenhang *Bork*, ZGR 1999, 505 ff.; ferner *Poertzgen*, ZInsO 2010, 416 f. und 464 f.

²⁷² S.u. Ziff. C. I. 3. b) gg).

²⁷³ Dazu *Scholz/U. H. Schneider* (Fn. 21), § 43 Rn. 315 m.w.N.

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.²⁷⁴ 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.²⁷⁵ 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;²⁷⁶ er soll also haften, wenn er eine garantieähnliche Erklärung abgibt.²⁷⁷ Diese hat etwa das OLG Zweibrücken in der Behauptung gesehen, die Gesellschaft stehe gut da und der Geschäftsführer stehe persönlich für die Bezahlung ein.²⁷⁸

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. 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.²⁷⁹ 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.²⁸⁰ Hingegen können Äußerungen des Geschäftsführers, er werde bei einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage Kapital in die GmbH „nachschießen“, als selbstständiges, die Haftung begründendes Garantieverprechen zu bewerten sein, bei dessen Verletzung der Geschäftsführer dann allerdings wegen Verletzung des Garantievertrags und nicht aus c.i.c. haftet.²⁸¹

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 jüngst allerdings für den Sonderfall einer kapitalsuchenden Gesellschaft gesehen. Treten die organschaftlichen 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.²⁸²

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

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.²⁸³ Anders als bei übrigen Mitarbeitern kann sich die GmbH für das deliktische Handeln ihrer Organe nicht nach § 831 BGB exkulpieren.

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.

274 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.

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

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

277 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 Garantiezusage“); dem folgend Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 43 Rn. 71, Scholz/U. H. Schneider (Fn. 21), § 43 Rn. 316 m.w.N., ders., GmbHR 2010, 57, 58.

278 OLG Zweibrücken, NZG 2002, 423 (LS und Ziff. 2 b der Gründe).

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

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

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

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

283 Drescher (Fn. 76), Rn. 536.

a) Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung (§ 826 BGB)

Da der Gläubiger, der in der Insolvenz der GmbH mit seiner Forderung ausfällt, zumeist nicht in einem der in § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgüter verletzt,²⁸⁴ sondern nur in seinem Vermögen geschädigt ist, gerät als allgemeine Norm des Vermögensschutzes im Deliktsrecht vor allem § 826 BGB in den Blick, der freilich mit den Tatbestandsmerkmalen der Sittenwidrigkeit und des Vorsatzes hohe Hürden für die Haftung des Geschäftsführers aufstellt. Die Vorschrift greift daher insbesondere in krassen Fällen der Gläubigerschädigung ein.

aa) Sozialwidrige Risikoabwälzung auf Dritte

Eine unmittelbare Außenhaftung des Geschäftsführers gegenüber den Gläubigern aus § 826 BGB hat die Rechtsprechung zum einen in Fällen anerkannt, in denen die 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.

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.²⁸⁵

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 dem Gesellschafter persönlich zufließenden Erlöse aus dem Verkauf der renovierten Wohnungen, unmöglich gemacht.²⁸⁶

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 werden konnten, während der Beklagte Geschäftsführer sein Gehalt sowie eine Provision vorab aus den eingehenden Baugeldern zahlen konnte.²⁸⁷

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. 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.²⁸⁸ 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.²⁸⁹

In derartigen Fällen greift neben § 826 BGB zudem auch § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB (Betrug) ein.²⁹⁰

cc) Unterkapitalisierung/Spekulation auf Kosten der Gläubiger

Auch 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.²⁹¹ Der BGH, der jedenfalls einer echten (objektiven) Durchgriffshaftung wegen Unterkapitalisierung sehr reserviert gegenübersteht,²⁹² hat die Frage freilich im Hinblick auf § 826 BGB in seinem Urteil „Gamma“ aus dem Jahr 2008 offengelassen.²⁹³

Wie an früherer Stelle zur Existenzvernichtung schon ausgeführt, hat er allerdings in älteren Urteilen zur (zunächst konzernrechtlich) begründeten Missbrauchshaftung auch

284 Zur Eigenhaftung aus § 823 Abs. 1 BGB s. aber noch unten Ziff. C. I. 3. c).

285 BGH, NJW 1979, 2104.

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

287 BGH, ZIP 1992, 694 = WM 1992, 735 (Ziff. 2 der Gründe).

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

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

290 Dazu unten Ziff. C. I. 3. b) aa).

291 MünchKomm-GmbHG/*Merkt* (Fn. 172), § 13 Rn. 337; *Weller*, in: *Bork/Schäfer* (Fn. 211), § 13 Rn. 37; im Grundsatz auch *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 7), § 13 Rn. 50, aber sehr zurückhaltend; auf die Umstände des Einzelfalls hinweisend auch *Strohn*, ZInsO 2008, 706, 711.

292 Dazu noch unten C. II. 2. c).

293 BGHZ 176, 204, 216 = ZIP 2008, 1232, 1235 f. = NJW 2008, 2337 (LS 2 und Rn. 25) = ZInsO 2008, 758 (nur Leitsätze) – „Gamma“.

die Fälle der „einseitigen Spekulation auf Kosten der Gläubiger“ anerkannt²⁹⁴ 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 Rechtsform der GmbH anzuerkennen,²⁹⁵ 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.²⁹⁶ Dass der Geschäftsführer die Bemühungen um eine Sanierung für erfolgreich und die Krise für überwindbar ansehen durfte, muss aber er selbst beweisen.²⁹⁷ Dazu genügt es nicht, dass er subjektiv davon ausging, die Krise sei überwindbar;²⁹⁸ 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. In Fällen einer derartigen generellen Vermögensvermischung wird freilich auch vom BGH eine echte Durchgriffshaftung wegen Missbrauchs der Rechtsform anerkannt,²⁹⁹ sodass die nur bei Vorsatz eingreifende Haftung aus § 826 BGB daneben ohne praktische Bedeutung ist.

ee) Vorsätzliche Insolvenverschleppung

Bei Insolvenzreife der Gesellschaft kommt neben der noch darzustellenden Haftung für (mindestens) fahrlässige Insolvenverschleppung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO³⁰⁰ auch eine Haftung für vorsätzliche Insolvenverschleppung in Betracht.³⁰¹ § 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. 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 eingreifende Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO erfüllt ist.

Relevant wird § 826 BGB deshalb im Bereich der Insolvenverschleppungshaftung 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 Bank)³⁰² oder in denen der Geschädigte nicht vom Schutzbereich der Insolvenverschleppungshaftung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO erfasst wird.³⁰³ Letzteres gilt etwa für die Bundesagentur für Arbeit, die den Geschäftsführer für das von ihr gezahlte *Insolvenzgeld* in Anspruch nehmen will.³⁰⁴

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.³⁰⁵

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,³⁰⁶ während richtigerweise – nicht anders als in allen anderen v.g. Fällen sittenwidriger Gläubigerschädigung – eine Außenhaftung anzuerkennen ist.³⁰⁷

294 S.o. Ziff. B. IV. 3. in Fn. 211.

295 S.o. Ziff. B. IV. 3. in Fn. 210.

296 So BAG, ZIP 1991, 884; ähnlich BGHZ 108, 134, 141 ff. = ZIP 1989, 1341, 1344 (Ziff. 3 der Gründe); s. auch Scholz/U. H. Schneider (Fn. 21), § 43 Rn. 336.

297 BGH, ZInsO 2008, 384, 385 = ZIP 2008, 361, 362 = WM 2008, 456 (Rn. 17; insoweit in BGHZ 175, 58 nicht abgdr.).

298 Drescher (Fn. 76), Rn. 767.

299 Dazu unten Ziff. C. II. 1.

300 Hierzu ausführlich unten Ziff. C. I. 3. b) gg).

301 Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 13 Rn. 52; Casper, in: Ulmer (Fn. 66), § 64 Rn. 151.

302 Dazu monografisch 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.

303 Vgl. dazu MünchKomm-BGB/Wagner (Fn. 245), § 826 Rn. 90.

304 Dazu BGHZ 108, 134 = NJW 1989, 3277; BGHZ 175, 58 = ZInsO 2008, 384 = ZIP 2008, 361; ferner BGH, ZInsO 2010, 41 = ZIP 2009, 2439 und OLG Stuttgart, GmbHR 2010, 207 = ZInsO 2010, 245 zur Darlegungs- und Beweislast der Bundesagentur, wenn der Geschäftsführer berechtigt einwendet, Insolvenzgeld hätte auch bei rechtzeitiger Antragstellung bezahlt werden müssen.

305 BGH, NJW 1996, 1283 = WM 1996, 587; ebenso Scholz/U. H. Schneider (Fn. 21), § 43 Rn. 337.

306 S.o. Ziff. B. IV.

307 S.o. Ziff. B. IV. 2. bei Fn. 199.

gg) Subjektiver Tatbestand

Die Haftung aus § 826 BGB setzt – wie bereits in Bezug auf einzelne Fallgruppen erwähnt – mindestens bedingten Vorsatz voraus. Der Geschäftsführer muss also die unmittelbar drohende Insolvenz der Gesellschaft erkannt (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).³⁰⁸

Grds. ist zwar positive Kenntnis der Überschuldung notwendig. Ausnahmsweise reicht aber (grob fahrlässige) Unkenntnis aus und zwar dann, wenn der Geschäftsführer sich – entgegen seinen Geschäftsleiterpflichten – keine Informationen über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft verschafft und nur deshalb nicht von der Überschuldung weiß.³⁰⁹ Er handelt dann gleichsam „ins Blaue hinein“.

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.³¹⁰ 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.³¹¹

hh) Haftungsumfang

Rechtsfolge des § 826 BGB ist Schadensersatz nach Maßgabe der §§ 249 ff. BGB, primär also Naturalrestitution (§ 249 Abs. 1 BGB). Nach Maßgabe des § 252 BGB umfasst der Vermögensschaden auch den entgangenen Gewinn des Geschädigten.

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.³¹² 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 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, zu bereichern.

Wie bereits zur Haftung aus § 826 BGB ausgeführt,³¹³ 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.³¹⁴ 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 der Vorwurf des Betrugs ergeben. Denn die Eingehung jeder 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.³¹⁵

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,³¹⁶
- die Täuschung durch wissentlich unrichtige Prospektangaben, um Anleger zum Abschluss einer privaten Altersvorsorge zu veranlassen.³¹⁷

bb) Kreditbetrug (§ 265b StGB)

Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB ist auch § 265b StGB (sog. Kreditbetrug).³¹⁸ Nach Abs. 1 der Vorschrift macht sich strafbar, wer unrichtige Angaben im Zusammenhang mit der Gewährung, Belassung oder Veränderung eines Kredits 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, Schuldnern und Arbeitnehmern durch ungerechtfertigte Vergabe von Wirtschaftskrediten erwachsen können.³¹⁹ Die Vorschrift ist

308 BGH, ZIP 1992, 694 = NJW-RR 1992, 1061 (Ziff. 2 der Gründe).

309 Drescher (Fn. 76), Rn. 774.

310 BGH, NJW 1979, 2104, 2105.

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

312 Scholz/U. H. Schneider (Fn. 21), § 43 Rn. 328 ff.

313 S.o. Ziff. C. I. 3. a) bb).

314 Dazu Scholz/Karsten Schmidt (Fn. 63), Anh. § 64 Rn. 89; Casper, in: Ulmer (Fn. 66), § 64 Rn. 147; Schulze-Osterloh (Fn. 288), S. 707, 712 ff.

315 BGH, ZIP 1984, 439, 441 (Ziff. IV 1 b der Gründe; insoweit in NJW 1984, 2284 nicht abgdr.); s. auch BGH, ZIP 1995, 31, 32 = WM 1995, 108; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 43 Rn. 86; Schulze-Osterloh (Fn. 288), S. 707, 712 f.

316 BGHZ 57, 137 = NJW 1972, 36.

317 BGH, NJW-RR 2005, 751.

318 Scholz/Karsten Schmidt (Fn. 63), Anh. § 64 Rn. 90.

319 Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. 2007, § 265b Rn. 1.

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.³²⁰

Kredit i.S.d. § 265b StGB meint nicht nur das klassische (Bank-)Darlehen. Erfasst werden z.B. auch Warenkredite von Lieferanten oder die Stundung von Geldforderungen. Auf die Höhe des Kredits kommt es ebenfalls nicht an.³²¹

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

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 liegt vor allem an einer bislang 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. Da die Vorschrift voraussetzt, dass die handelnde Person „als“ Organ oder Vertreter (Abs. 1) bzw. „auf Grund eines Auftrags“ (Abs. 2) agiert, fordert die bislang herrschende „Interesstheorie“, 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, kommt eine Strafbarkeit nicht in Betracht. Die Insolvenzdelikte haben folglich bei Handelsgesellschaften bislang nur einen geringen Anwendungsbereich.³²²

Nachdem der 3. Strafsenat nun allerdings zu erkennen gegeben hat, dass er zur Aufgabe der Interesstheorie neigt,³²³ ist möglicherweise eine deutliche Ausweitung der Strafbarkeit zu erwarten. Daran kann sich auch eine zivilrechtliche Haftung anknüpfen, falls man die Insolvenzstraftaten als Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB ansieht.³²⁴

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.

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 § 266 StGB nicht bedarf. Wichtig im Hin-

blick 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. Wird also der GmbH Vermögen durch den GmbH-Alleingesellschafter-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.³²⁵ Das Strafrecht orientiert sich also an der gesellschaftsrechtlich anerkannten Vermögenszuordnung.

Soweit eine Haftung des Geschäftsführers wegen Untreue zulasten eines Dritten in Rede steht, etwa zulasten 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 ordnungsgemäß 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:

- Kautionen von Wohnraummieten werden entgegen der gesetzlichen Verpflichtung des § 550b BGB a.F. nicht getrennt vom Vermögen der GmbH angelegt³²⁶ oder zunächst zwar ordnungsgemäß angelegt, jedoch später zweckwidrig verwendet.³²⁷
- Forderungen, welche an einen Werkunternehmer statt Bezahlung des Werklohns abgetreten wurden, werden entgegen dieser Vereinbarung von der GmbH für eigene Zwecke eingezogen.³²⁸

Es ist nicht erforderlich, dass der Geschäftsführer sich hierbei selbst bereichern möchte. Allerdings muss der Ge-

320 Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 265 Rn. 22.

321 Lackner/Kühl (Fn. 319), § 265b Rn. 3.

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

323 BGH, ZInsO 2009, 1011, 1013 f. = GmbHR 2009, 871, 874 f. (Rn. 22 ff.).

324 Dazu auf der Basis der bisherigen Linie der Rechtsprechung Casper, in: Ulmer (Fn. 66), § 64 Rn. 150.

325 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.); s. auch die zivilrechtliche Entscheidung BGHZ 142, 92 = ZNotP 1999, 369 = NJW 1999, 2817 (LS 2); zur Grenze der Existenzvernichtung deutlich BGHZ 149, 10 = ZInsO 2001, 1051 = NJW 2001, 3622 (LS 2) – „Bremer Vulkan“.

326 LG München I, NStZ 1991, 134.

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

328 BGH, NJW-RR 1995, 1369.

schäftsführer mit Schädigungsvorsatz handeln, wobei es genügt, dass er von der Schädigung bzw. von der Vermögensgefährdung des Dritten weiß und sie billigend in Kauf nimmt.³²⁹

ee) Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 266a StGB)

In der Praxis sehr bedeutsam und geschäftsleiterspezifisch ist die Strafbarkeit aus § 266a StGB mit einer nach h.M. daran anknüpfenden Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB.³³⁰ 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.³³¹ 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,³³² kann er sodann der Sozialversicherung persönlich aus § 823 Abs. 2 BGB haften.

aaa) Tatbestand des Vorenthaltes

Die Verpflichtung des Arbeitgebers, die von seinen Arbeitnehmern zu entrichtenden Beiträge an die Sozialversicherungsträger 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 am Fälligkeitstermin nicht bezahlt werden und der Gesellschaft die Zahlung möglich wäre.³³³

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.³³⁴

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 unmöglich ist.³³⁵ 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 Zahlungsunmöglichkeit ohne Belang.³³⁶ Die Unmöglichkeit der Zahlung wurde folglich in folgenden Fällen verneint:

- Bedienen anderer Schulden,³³⁷
- ein Sanierungsbeauftragter wird mit Zustimmung der Gesellschaft in die Geschäftsleitung entsandt und vereinnahmt die eingehenden Gelder vollständig für andere Zwecke,³³⁸
- die Kreditlinie wurde noch nicht vollständig ausgeschöpft.³³⁹

Eine Unmöglichkeit der Zahlung 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, Sicherungsvorkehrungen für die Zahlung der Arbeitnehmerbeiträge zu treffen, und dabei billigend in Kauf genommen hat, dass diese später nicht mehr erbracht werden können.³⁴⁰ Dies setzt natürlich voraus, dass der Geschäftsführer auch schon zu jenem früheren Zeitpunkt im Amt war, in dem Sicherungsvorkehrungen hätten getroffen werden müssen.³⁴¹

bbb) Verhältnis zu § 64 Satz 1 GmbHG, § 69 AO

Viel diskutiert ist bis in die jüngste Zeit die – bereits bei der Darstellung des § 64 GmbHG angesprochene – Frage, wie sich die gem. § 266a StGB strafrechtlich sanktionierte Pflicht zur Abführung der Arbeitnehmerbeiträge sowie die parallele und in § 69 AO zivilrechtlich sanktionierte Pflicht zur Abführung der vom Unternehmen geschuldeten Steuern zu dem Zahlungsverbot des § 64 Satz 1 GmbHG (früher

329 BGH, GmbHR 2005, 544 (Ziff. II 2 b der Gründe).

330 BGHZ 133, 370, 374 = ZIP 1996, 2017, 2018; BGH, ZInsO 2008, 1139 = ZIP 2008, 2075, 2076; weitere Nachweise bei Scholz/U. H. Schneider (Fn. 21), § 43 Rn. 406 ff. und Zöllner/Noack; in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 43 Rn. 91, die aber jeweils der zivilrechtlichen Haftung kritisch gegenüberstehen.

331 Radtke, GmbHR 2009, 673, 675; für einen intern nur beschränkt entscheidungsbefugten Geschäftsführer OLG Koblenz, GmbHR 2010, 650.

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

333 Vgl. Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 43 Rn. 92 f.

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

335 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).

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

337 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. 348) in diesem Fällen s. auch BGH, ZInsO 2010, 425 = ZIP 2010, 368 = WM 2010, 409.

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

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

340 S. 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. (*ommissio libera in causa*); kritisch zu dieser „Vorverlagerung der Strafbarkeit“ Scholz/U. H. Schneider (Fn. 21), § 43 Rn. 395 f.; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 43 Rn. 95, jeweils m.w.N.

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

§ 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.³⁴²

Während der II. ZS des BGH dem zivilrechtlichen Zahlungsverbot im Interesse der Gläubigergesamtheit den Vorrang einräumte,³⁴³ berührt der Grundsatz der Massesicherung nach Ansicht des 5. Strafsenats die Strafbarkeit aus § 266a StGB im Grundsatz nicht.³⁴⁴ Dem schloss sich der BFH im Hinblick auf die Haftung aus § 69 AO an und räumte im konkreten Fall den steuerlichen Pflichten zur Abführung der Lohnsteuer an das Finanzamt Vorrang ein.³⁴⁵

In diesem Streit hat schließlich der II. ZS nachgegeben und seine Rechtsprechung geändert,³⁴⁶ dies allerdings ganz ohne Grund. Der Geschäftsführer befindet sich zwar ab dem Eingreifen des Zahlungsverbots i.S.v. § 64 Satz 1 GmbHG in einer Pflichtenkollision, doch ist diese von ihm selbst verschuldet: er hätte nur rechtzeitig Insolvenzantrag stellen müssen.³⁴⁷ Warum er nun trotz seiner eigenen Pflichtwidrigkeit (Verstoß gegen § 15a InsO) vom Zahlungsverbot des § 64 Satz 1 GmbHG befreit werden soll, weil die Zahlungen angeblich im Hinblick auf die straf- und steuerrechtlichen Pflichten mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers vereinbar sein sollen (§ 64 Satz 2 GmbHG, früher § 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG),³⁴⁸ ist nicht erklärlich.

Eine vom Geschäftsführer nicht selbst verschuldete Pflichtenkollision hätte sich allenfalls für jenen Zeitraum ergeben können, in dem er bereits pflichtgemäß den Antrag gestellt hat und der Betrieb bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortgeführt wird.³⁴⁹ Für jenen Zeitraum hatte der 5. Strafsenat aber noch gar nicht über eine Strafbarkeit entschieden, vielmehr nur die Verurteilung solcher Geschäftsführer bestätigt, die gerade keinen Insolvenzantrag gestellt und zudem keine Arbeitnehmerbeiträge abgeführt hatten.³⁵⁰

Für den Zeitraum nach Stellung des Insolvenzantrags ist die gerichtliche Anordnung eines Zahlungsverbots (§ 21 InsO) relevant. Für die ggf. vor dem Antrag liegende, in § 15a InsO (früher § 64 Abs. 1 GmbHG) gewährte Überlegungsfrist von 3 Wochen³⁵¹ bis zum Insolvenzantrag hatten der 5. Strafsenat³⁵² sowie der BFH³⁵³ ohnehin schon eine Ausnahme von der Strafbarkeit gem. § 266a StGB bzw. der Haftung gem. § 69 AO anerkannt, sodass auch insoweit keine Pflichtenkollision bestand.

Nach alledem ist die Änderung der Rechtsprechung durch den II. ZS des BGB nicht nur überflüssig, sondern sogar kontraproduktiv und schädlich, weil sie auch einen ggf. über Jahre die Insolvenz verschleppenden Geschäftsführer im Hinblick auf die Abführung der Arbeitnehmerbeiträge vom Zahlungsverbot des § 64 Satz 1 GmbHG befreit. Zudem hat der unnötige Rückzug des BGH den BFH nunmehr veranlasst, seine Rechtsprechung auszudehnen: Die vorher anerkannte Aussetzung der Haftung aus § 69 AO für die Überlegungsfrist von 3 Wochen wurde zurückgenommen, weil die

Pflichtenkollision im Hinblick auf die geänderte Rechtsprechung des II. ZS des BGH auch für diesen Zeitraum nicht mehr besteht.³⁵⁴ Es bleibt abzuwarten, ob der 5. Strafsenat dem für die Strafbarkeit aus § 266a StGB folgen wird.³⁵⁵

Legt man die hier für richtig gehaltene Sichtweise zugrunde, erledigen sich auch jene bei der Haftung aus § 64 GmbHG angesprochenen, in der Unternehmenspraxis nicht leicht zu vermittelnden Differenzierungen des BGH zwischen der Abführung von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträgen und die daraus resultierende Frage, ob nun allein die Kollision mit strafrechtlichen Sanktionen oder auch eine solche mit zivil-, insbesondere steuerrechtlichen Sanktionen zum Ausschluss der Haftung gem. § 64 Satz 2 GmbHG führt.³⁵⁶ Jede vom Geschäftsführer selbst verursachte Pflichtenkollision kann nämlich in Wahrheit nie zur Haftungsfreiheit führen. Im Ergebnis unterliegt der Geschäftsführer also sowohl der Massesicherungspflicht aus § 64 Satz 1 GmbHG als auch den straf- und steuerlichen Pflichten aus § 266a StGB, § 69 AO. Aus dem von ihm selbst verursachten Dilemma hat er sich durch Stellung des Insolvenzantrags zu befreien.³⁵⁷

ccc) Verschulden

Der Tatbestand des § 266a StGB setzt Vorsatz voraus. Es müssen das Bewusstsein und der Wille vorliegen, die Abführung der Beiträge bei Fälligkeit zu unterlassen.³⁵⁸ Ein billiges 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.³⁵⁹

342 Zu § 64 Satz 1 GmbHG s.o. Ziff. B. II., zum Verhältnis zu § 266a StGB insbesondere Ziff. B. II. 4. b) bb).

343 BGH, ZInsO 2005, 650 = NJW 2005, 2546.

344 BGH, ZInsO 2005, 986 = NJW 2005, 3650 = ZIP 2005, 1678; dazu kritisch Scholz/U. H. Schneider (Fn. 21), § 43 Rn. 401 m.w.N.

345 BFH, ZIP 2007, 1604.

346 BGH, ZInsO 2007, 660 = NJW 2007, 2118 = ZIP 2007, 1265.

347 So auch BFH, ZIP 2007, 1604, 1606 (Rn. 20); Haas, in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 64 Rn. 82.

348 So BGH, ZInsO 2007, 660 = NJW 2007, 2118 = ZIP 2007, 1265; dazu schon oben Ziff. B. II. 4. b) bb).

349 Dazu auch Haas, in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 64 Rn. 82.

350 Vgl. BGH, ZInsO 2005, 986 = NJW 2005, 3650 = ZIP 2005, 1678, wo schon im LS auf den unterbliebenen Insolvenzantrag abgestellt wird.

351 Dazu sogleich unten Ziff. C. 3. b) gg) bbb).

352 BGHSt 48, 307 = ZInsO 2004, 39 = NJW 2003, 3787.

353 BFH, ZIP 2007, 1604 (LS 2).

354 BFHE 222, 228 = ZInsO 2009, 151 = ZIP 2009, 122 (LS 3); dazu Scholz/U. H. Schneider (Fn. 21), 57, 63.

355 Dazu Brand, GmbHR 2010, 237 ff. m.w.N.

356 Dazu oben B. II. 4. a) bb) bei Fn. 124 – 127.

357 Ebenso Haas, in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 64 Rn. 82 f.; kritisch zur neuen Linie des II. ZS des BGH auch Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 43 Rn. 101 f., allerdings mit dem nicht überzeugenden Ergebnis eines Vorrangs des § 64 Satz 1 GmbHG und einer daraus abgeleiteten Befreiung des Geschäftsführers von den straf- und steuerrechtlichen Pflichten.

358 BGH, ZIP 1991, 1511 = NJW 1992, 177 = GmbHR 1992, 170 (Ziff. II 2 a der Gründe).

359 BGHZ 133, 370, 381 f. = ZIP 1996, 2017 = NJW 1997, 130 (Ziff. II 4 der Gründe).

ff) Verletzung von Geschäftsleiterpflichten (§ 43 GmbHG)

§ 43 GmbHG ist kein Schutzgesetz,³⁶⁰ denn diese Vorschrift knüpft an Pflichten an, die dem Geschäftsführer gegenüber der 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 GmbH a.F. geregelt war und seit dem 1.11.2008 rechtsformübergreifend in § 15a Abs. 1 InsO verankert ist.³⁶¹ 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. Diese Pflicht trifft nach § 15a Abs. 3 InsO auch die Gesellschafter einer GmbH, soweit die Gesellschaft führungslos ist.

§ 15a Abs. 1 InsO ist nach fast allgemeiner Ansicht ein Schutzgesetz, da die Stellung eines Insolvenzantrags gerade die Gläubiger eines kranken Unternehmens vor der Verschlechterung ihrer Befriedigungsmöglichkeiten schützen soll und nicht etwa nur die Allgemeinheit vor überschuldeten Kapitalgesellschaften.³⁶²

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,³⁶³ 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.³⁶⁴ Mehrere Geschäftsführer haften als Gesamtschuldner.³⁶⁵

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.³⁶⁶ Teilnehmer einer Insolvenzverschleppung kann aber auch ein Berater³⁶⁷ oder u.U. ein Gläubiger der GmbH sein (z.B. Bank), der auf Verzögerung der Insolvenzanmeldung drängt.³⁶⁸

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.³⁶⁹

bbb) Insolvenzverschleppung

Der Geschäftsführer (oder sonstige Adressat des § 15a InsO, s.o.) handelt pflichtwidrig und verletzt damit das Schutzgesetz, wenn er objektiv die 3-wöchige Frist des § 15a Abs. 1 InsO überschreitet oder sie ohne Chance für eine Sanierung voll ausschöpft.³⁷⁰

Die Antragsfrist beginnt zu laufen, wenn Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung³⁷¹ für den Geschäftsführer erkennbar sind.³⁷² Die 3-Wochenfrist 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 3-Wochenfrist ist daher die absolute Höchstgrenze für die Stellung des Insolvenzantrags; der Geschäftsführer darf sie

360 Scholz/U. H. Schneider (Fn. 21), § 43 Rn. 308, 328; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 43 Rn. 79 m.w.N.; Drescher (Fn. 76), Rn. 631.

361 Zur Neufassung Wagner (Fn. 262), S. 1665 ff.; Römermann, NZI 2010, 241 f.; für die Geschäftsleiter von Banken gilt die Sonderregel des § 46b KWG, aus der sich ebenfalls eine Insolvenzverschleppungshaftung ergeben kann (vgl. Poertzen/Meyer, WM 2010, 968).

362 MünchKomm-BGB/Wagner (Fn. 245), § 823 Rn. 396; Casper, in: Ulmer (Fn. 66), § 64 Rn. 115 ff. m.w.N.; zur Entwicklung der Rechtsprechung Schulze-Osterloh (Fn. 288), S. 707 ff.; Wagner (Fn. 262), S. 1665, 1666 f.; a.A. nur Altmeyen, in: Roth/Altmeyen (Fn. 48), Vorb § 64 Rn. 26.

363 BGHZ 104, 44 = ZIP 1988, 771 = NJW 1988, 1789; BGH, ZInsO 2005, 878 = ZIP 2005, 1550 = DB 2005, 1897 (LS 1); Scholz/Karsten Schmidt (Fn. 63), Anh. § 64 Rn. 22 f. m.w.N.; Wagner (Fn. 262), S. 1665, 1689 f.

364 Vgl. Scholz/Karsten Schmidt/Bitter (Fn. 63), Vor § 64 Rn. 66.

365 Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 153), Anh. zu § 64 Rn. 67.

366 BGHZ 164, 50, 57 = ZInsO 2005, 1043 = ZIP 2005, 1734 = NJW 2005, 3137 (Ziff. II 1 c aa der Gründe); s. auch Casper, in: Ulmer (Fn. 66), § 64 Rn. 162 f.; Bork, ZGR 1995, 505, 526 f.

367 Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 153), Anh. zu § 64 Rn. 68 und Fn. 5 m.w.N.

368 S. auch dazu die in Fn. 302 angeführten Monografien; unter dem Gesichtspunkt des § 826 BGB, BGHZ 90, 381, 399 = ZIP 1984, 572, 581 ff. = NJW 1984, 1893 (Ziff. VI der Gründe; zur AG).

369 Dazu Scholz/Karsten Schmidt (Fn. 63), Anh. § 64 Rn. 25 ff.; Casper, in: Ulmer (Fn. 66), § 64 Rn. 168 ff.; zu den umstrittenen Details ferner Passarge, GmbH 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.

370 Näher Scholz/Karsten Schmidt (Fn. 63), Anh. § 64 Rn. 29 ff.

371 Zu den Begriffen s. bereits oben B. II. 3.

372 BGHZ 171, 46, 49 f. = ZInsO 2007, 376, 377 = ZIP 2007, 676, 677 (Rn. 8); Drescher (Fn. 76), Rn. 644; ebenso zum Beginn des Zahlungsverbots aus § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. BGHZ 143, 184 = ZIP 2000, 184 = NJW 2000, 668 (LS 1) = ZInsO 2000, 117 (nur ein redaktioneller Leitsatz).

nicht ausschöpfen, wenn etwaige Bemühungen um eine Sanierung des Unternehmens keine ernstlichen Aussichten auf Erfolg bieten oder die Sanierung längere Zeit in Anspruch nehmen würde.³⁷³ Praktisch bedeutet das: Bei Insolvenzzreife muss zumeist sofort Insolvenzantrag gestellt werden, weil Sanierungskonzepte i.d.R. nicht von einem Tag auf den anderen entwickelt werden können.³⁷⁴

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.³⁷⁵

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.³⁷⁶ Erstattungsfähig ist aber nur dieser Massekostenvorschuss i.S.v. § 26 Abs. 3 InsO, nicht eine sonstige Zahlung eines Gläubigers an den Insolvenzverwalter.³⁷⁷

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.³⁷⁸

Für die Fahrlässigkeit genügt die Erkennbarkeit der Insolvenzzreife. Bei objektiver Insolvenzzreife wird das Verschulden des Geschäftsführers an der Insolvenzverschleppung vermutet. Der Geschäftsführer muss dann beweisen, dass er seine Insolvenzantragspflicht nicht schuldhaft verletzt hat.³⁷⁹ Um dem Verschuldensvorwurf zu entgehen, ist der Geschäftsführer gehalten, die wirtschaftliche Lage des Unternehmens laufend zu beobachten. Bei Anzeichen einer Krise hat er sich durch Aufstellung eines Vermögensstatus einen Überblick über den Vermögensstand der Gesellschaft zu verschaffen. Das muss er mindestens monatlich, bei sehr großer Gefahr auch wöchentlich wiederholen. Die Verschuldensvermutung ist widerlegt, wenn dem Geschäftsführer trotz dieser Maßnahmen die Überschuldung des Unternehmens nicht erkennbar war.³⁸⁰

Da die Feststellung der Insolvenzzreife mit rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten behaftet und folglich die Haftungsgefahr groß ist, hat der BGH im Jahr 2007 ein für die Praxis enorm wichtiges Urteil gefällt: Danach verletzt der organschaftliche Vertreter einer Gesellschaft seine Insolvenzantragspflicht dann nicht schuldhaft, wenn er bei fehlender eigener Sachkunde zur Klärung des Bestehens der Insolvenzzreife der Gesellschaft den *Rat eines unabhängigen, fachlich qualifizierten Berufsträgers* einholt, diesen über sämtliche

für die Beurteilung erheblichen Umstände ordnungsgemäß informiert und nach eigener Plausibilitätskontrolle der ihm daraufhin erteilten Antwort dem Rat folgt und von der Stellung eines Insolvenzantrags absieht.³⁸¹ Allerdings trifft den Geschäftsführer auch weiterhin die Pflicht zur sorgfältigen Auswahl und Überwachung der eingeschalteten Hilfsperson.³⁸²

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,³⁸³ 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.³⁸⁴

Vor BGHZ 126, 181 ging die h.M. davon aus, die Pflicht zur rechtzeitigen Stellung eines Insolvenzantrags diene allein dazu, die zum Zeitpunkt der Insolvenzzreife bestehende Haftungsmasse für alle Gläubiger zu sichern. Entsprechend haftete der Geschäftsführer gegenüber den Gläubigern nur auf die durch die Insolvenzverschleppung eingetretene Masse schmälere, die sich darin äußert, dass der jeweilige Gläubiger zum späteren Zeitpunkt der tatsächlichen Antragstellung nur eine geringere Insolvenzzquote 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 (Insolvenzzreife 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

373 Casper, in: Ulmer (Fn. 66), § 64 Rn. 65 und 119.

374 Drescher (Fn. 76), Rn. 648.

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

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

377 BGH, ZInsO 2003, 28 = NZI 2003, 324; so auch schon die Vorinstanz: OLG Brandenburg, ZInsO 2003, 223 = ZIP 2003, 451 (Ziff. I 2 c der Gründe).

378 Dazu BGH, ZInsO 2010, 38, 40 = ZIP 2010, 150, 152 (Rn. 16); Casper, in: Ulmer (Fn. 66), § 64 Rn. 120; Scholz/Karsten Schmidt (Fn. 63), Anh. § 64 Rn. 48 m.w.N.; a.A. Schulze-Osterloh (Fn. 288), S. 707, 718 f.

379 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. s. auch BGHZ 143, 184 = ZIP 2000, 184 = NJW 2000, 668 (LS 1) = ZInsO 2000, 117 (nur ein redaktioneller Leitsatz).

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

381 BGH, ZInsO 2007, 660 = NJW 2007, 2118 = ZIP 2007, 1265 = WM 2007, 1274 (LS 2).

382 OLG Schleswig, ZInsO 2010, 530 = ZIP 2010, 516 (LS 3).

383 Dazu oben Ziff. C. I. 2 b) aa).

384 Dazu Bork, ZGR 1995, 505 ff.

Insolvenzverschleppung durch die Verminderung der Insolvenzquote entstandenen Schaden ersetzt.³⁸⁵ Der Quotenschaden ist folglich die Differenz zwischen der tatsächlich gezahlten Insolvenzquote und derjenigen, die angefallen wäre, wenn der Geschäftsführer den Insolvenzantrag rechtzeitig gestellt hätte.³⁸⁶ 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) Aus- oder Absonderungsrecht unterliegen.³⁸⁷ 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.³⁸⁸ Die Klage einzelner Altgläubiger ist hingegen unzulässig, solange das Insolvenzverfahren andauert.³⁸⁹ 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.³⁹⁰ 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.³⁹¹ 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. 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.³⁹² Der Gläubiger kann also bspw. bei der Lieferung von Waren den Geschäftsführer nicht auf Zahlung des Rechnungsbetrags in Anspruch nehmen, sondern nur in Höhe des objek-

tiven Marktwerts der gelieferten Gegenstände. I.d.R. entgeht dem Gläubiger dadurch der Gewinn des Geschäfts, den er grds. nicht ersetzt verlangen kann.³⁹³ 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.³⁹⁴

Im Gegensatz zu einem Altgläubiger kann der *Neugläubiger* den Geschäftsführer unmittelbar auf Leistung an sich in Anspruch nehmen; er ist also *aktivlegitimiert*.³⁹⁵ 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.³⁹⁶

385 BGHZ 126, 181 = ZIP 1994, 1103 = GmbHR 1994, 539 (LS 2).

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

387 BGHZ 138, 211, 222 = ZIP 1998, 776 = NJW 1998, 2667 (Ziff. II 3 b der Gründe); insoweit in ZInsO 1998, 41 nicht abgedruckt.

388 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 = NJW-RR 2004, 1425 (LS 1); Haas, ZIP 2009, 1257, 1259 f.

389 BGHZ 159, 25 = ZInsO 2004, 676 = ZIP 2004, 1218 = NJW-RR 2004, 1425 (LS 1); BGHZ 171, 46, 51 = ZInsO 2007, 376, 377 f. = ZIP 2007, 676 = NJW-RR 2007, 759 (Rn. 12).

390 Casper, in: Ulmer (Fn. 66), § 64 Rn. 123 und 159.

391 Ebenso *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden (Fn. 48), Vorb § 64 Rn. 126 m.w.N.; *Bork*, ZGR 1995, 505, 516 f. m.w.N.; 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. 63], Anh. § 64 Rn. 56, 62, 66), *Casper* (in: Ulmer [Fn. 66], § 64 Rn. 126 ff.) und *Poertzgen* (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. 130) verfährt insoweit nicht, weil die Schätzung unzulässig ist, wenn jegliche Schätzungsbasis fehlt (BGHZ 91, 243, 256; BGH, NJW 1987, 909, 910; *Zöller/Greger*, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 287 Rn. 4). Auch das – theoretisch richtige – Modell von *Wagner* (Fn. 262), 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.

392 BGHZ 126, 181, 190 ff. = ZIP 1994, 1103 (Ziff. II der Gründe); *Casper*, in: Ulmer (Fn. 66), § 64 Rn. 133; *Wagner* (Fn. 262), S. 1665, 1676 ff.; seit BGHZ 171, 46, 55 = ZInsO 2007, 376, 378 f. = ZIP 2007, 676 = NJW-RR 2007, 759 (Rn. 20) müssen sie sich nicht einmal mehr die Insolvenzquote auf ihre Forderung abziehen lassen.

393 BGH, ZInsO 2009, 1159 = ZIP 2009, 1220 = WM 2009, 1145 = GmbHR 2009, 817 (LS 2); *Casper*, in: Ulmer (Fn. 66), § 64 Rn. 133.

394 BGH, ZInsO 2009, 1159 = ZIP 2009, 1220 = WM 2009, 1145 = GmbHR 2009, 817 (LS 2); ausführlich *Drescher* (Fn. 76), Rn. 685 ff.; s. auch *Poertzgen*, ZInsO 2009, 1833, 1835.

395 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 = NJW-RR 2007, 759 (Rn. 12 ff.).

396 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 = NJW-RR 2007, 759 (Rn. 13 a.E.); für § 826 BGB auch BGHZ 175, 58, 61 f. = ZInsO 2008, 384, 385 = ZIP 2008, 361 = WM 2008, 456 (Rn. 10); dazu kritisch *Karsten Schmidt* u.a. (vgl. Fn. 391).

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 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. In einigen Fällen ist die Einordnung 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 der Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs maßgebend, für den Schadensersatz gefordert wird.³⁹⁷ 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.³⁹⁸ 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.³⁹⁹ Entschieden hat dies der BGH für den Fall, dass die Inanspruchnahme einer Kreditlinie gegenüber der Bank (Gläubiger) erhöht wird:⁴⁰⁰ Soweit der Kredit schon in Anspruch genommen war, als der Geschäftsführer Insolvenzantrag hätte stellen müssen, ist kein Vertrauen enttäuscht, weil die Bank auch bei rechtzeitigem 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.⁴⁰¹ 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 Neugläubiger.

(2) Dauerschuldverhältnisse

Als problematisch erweisen sich insoweit allerdings Dauerschuldverhältnisse wie Miete, Dienst- oder Arbeitsvertrag.⁴⁰² So ist z.B. bei einem Arbeitnehmer nicht sicher, ob er den Schaden nicht auch erlitten hätte, wenn ein Insolvenz-

antrag 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. Der BGH hat bislang nur über eine Sonderkonstellation entschieden, nämlich den Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (§ 3 Entgeltfortzahlungsgesetz [EFZG]): Für diesen haften der Geschäftsführer nicht, weil der Arbeitnehmer nicht im Vertrauen auf die Solvenz irgendwelche Vorleistungen erbracht habe.⁴⁰³ Kann allerdings der Partner des 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.⁴⁰⁴

(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.⁴⁰⁵ Abgelehnt hat der BGH die Haftung bislang nur in einem Extremfall, in dem der Schaden auf betrügerische Doppelabtretungen des Mitgeschäftsführers zurückzuführen war.⁴⁰⁶ 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.⁴⁰⁷

Richtigerweise wird man 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 damit vom Markt genommen worden wäre.⁴⁰⁸ Dies gilt insbesondere für solche Deliktsschäden, die speziell auf

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

398 BGHZ 126, 181, 190 ff., insbesondere S. 201 = ZIP 1994, 1103 (Ziff. II der Gründe); BGHZ 164, 50 = ZInsO 2005, 1043 = ZIP 2005, 1734 = GmbHR 2005, 1425 (LS 1).

399 Wagner (Fn. 262), S. 1665, 1677; a.A. offenbar OLG Hamburg, ZIP 2007, 2318 f., das generell auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abstellt.

400 BGHZ 171, 46 = ZInsO 2007, 376 = NJW-RR 2007, 759 = ZIP 2007, 676.

401 Wagner (Fn. 262), S. 1665, 1677; vgl. auch den Hinweis auf die Vorleistungen in BGHZ 164, 50 = ZInsO 2005, 1043 = NJW 2005, 3137 = ZIP 2005, 1734 (LS 1).

402 Generell für die Einordnung der Arbeitnehmer als Altgläubiger OLG Hamburg, ZIP 2007, 2318 m. Nachw. auch zur gegenteiligen Rechtsprechung mehrerer LAG; a.A. Casper, in: Ulmer (Fn. 66), § 64 Rn. 121.

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

404 Wie hier Casper, in: Ulmer (Fn. 66), § 64 Rn. 121; a.A. offenbar Scholz/Karsten Schmidt (Fn. 63), Anh. § 64 Rn. 45.

405 Darstellung des Streitstands bei Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 153), Anh. zu § 64 Rn. 76, Casper, in: Ulmer (Fn. 66), § 64 Rn. 135 und MünchKomm-BGB/Wagner (Fn. 245), § 823 Rn. 402 jeweils m. Nachw.

406 BGHZ 164, 50 = ZInsO 2005, 1043 = NJW 2005, 3137 = ZIP 2005, 1734 (LS 2).

407 Dazu kritisch Gehrlein, DB 2005, 2395 ff.

408 Zutreffend Gehrlein, DB 2005, 2395 ff.; Wagner (Fn. 262), S. 1665, 1678 ff.; allgemein für gesetzliche Ansprüche auch Bork, ZGR 1995, 505, 518 f., aber sehr zurückhaltend; gänzlich a.A. Altmeppen, in: Roth/Altmeppen (Fn. 48), Vorb § 64 Rn. 135.

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.

(4) Laufende 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.⁴⁰⁹

(5) Insolvenzzgeld

Nicht vom Schutzzweck der Insolvenzantragspflicht erfasst ist die Bundesagentur für Arbeit bzgl. des nach § 183 SGB III den Arbeitnehmern zu zahlenden Insolvenzzgelds, da ihre Zahlungspflicht erst nach Insolvenzantragstellung ausgelöst wird.⁴¹⁰ Für diesen Fall wird daher – wie schon ausgeführt⁴¹¹ – die Insolvenzverschleppungshaftung aus § 826 BGB bedeutsam.

(6) 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.⁴¹²

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.⁴¹³ Als Anzeichen hierfür genügt allein die geringe Höhe des Stammkapitals der GmbH jedoch noch nicht.⁴¹⁴

c) Deliktische Eigenhaftung aus § 823 Abs. 1 BGB

Neben Verstößen gegen § 826 BGB und § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einem Schutzgesetz kann den Geschäftsführer auch eine deliktische Eigenhaftung aus § 823 Abs. 1 BGB treffen.⁴¹⁵ Auch hier gilt zunächst, dass die GmbH für den vom Geschäftsführer verursachten Schaden analog § 31 BGB einzustehen hat.⁴¹⁶ Daneben haftet der Geschäftsführer aber auch persönlich; GmbH und Geschäftsführer sind daher gem. § 840 BGB Gesamtschuldner.⁴¹⁷

Der Geschäftsführer haftet nach Maßgabe des § 823 Abs. 1 BGB, wenn er durch eigenhändiges Handeln oder Unterlassen das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges (absolutes) Recht eines anderen schuldhaft verletzt.

Dies kann auf vielfältige Weise geschehen, wenn der Geschäftsführer selbst die Rechtsgüter eines Dritten schädigt, z.B. fremdes Eigentum auf eigene Rechnung veräußert,⁴¹⁸ sich ehrverletzend⁴¹⁹ oder kreditgefährdend⁴²⁰ über Dritte äußert. Insoweit ergeben sich keine GmbH- oder geschäftsleiterspezifischen Besonderheiten.

Interessant und gefährlich für den Geschäftsführer in seiner Leitungsfunktion sind die Rechtsgrundsätze, die der BGH im „Baustoff-Fall“ entwickelt hat.⁴²¹ Dort hatte ein Lieferant Baustoffe unter verlängertem Eigentumsvorbehalt geliefert, also den Weiterverkauf der Ware durch die GmbH 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 An-

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

410 BGHZ 108, 134 = ZIP 1989, 1341 = NJW 1989, 3277 (LS 1); Scholz/Karsten Schmidt (Fn. 63), Anh. § 64 Rn. 46.

411 S.o. Ziff. C. I. 3. a) ee).

412 BGH, ZInsO 1999, 349 = ZIP 1999, 967 = GmbHR 1999, 715; OLG Hamm, ZInsO 2000, 118 = ZIP 2000, 198 = BB 2000, 113 (Orientierungssatz 2); offengelassen in BGH, ZInsO 2003, 901 = ZIP 2003, 1713 m. Anm. Karsten Schmidt.

413 Drescher (Fn. 76), Rn. 695.

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

415 Scholz/U. H. Schneider (Fn. 21), § 43 Rn. 321.

416 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; unerheblich ist, ob der Geschäftsführer mit ausreichender Vertretungsmacht handelte oder nicht; entscheidend ist allein der rein tatsächliche Wirkungskreis (Drescher [Fn. 76], Rn. 536).

417 Vgl. allgemein für § 31 BGB MünchKomm-BGB/Reuter, Bd. 1, 5. Aufl. 2006, § 31 Rn. 44.

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

419 OLG Koblenz, GmbHR 1992, 378.

420 Zum Vorstand einer AG: BGHZ 166, 84 = ZIP 2006, 317 – „Kirch / Deutsche Bank AG und Breuer“.

421 BGHZ 109, 297 = NJW 1990, 976.

sicht des BGH haftete der Geschäftsführer, der selbst überhaupt nicht am Vertragsschluss beteiligt war, weil er den Betrieb der GmbH nicht so organisiert 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 gegenüber Dritten bestehen.⁴²² Die Verkehrspflichten könnten ihn aber „aus besonderen Gründen [auch] persönlich gegenüber dem Dritten treffen.“⁴²³ Nach Ansicht 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 der Fall sein, die ihre Träger der Einflussphäre der Gesellschaft anvertraut haben.“⁴²⁴ Da der Geschäftsführer aufgrund seiner – gegenüber der Gesellschaft bestehenden – Organisations- 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 HGB nicht mehr wiederholen kann,⁴²⁵ zeigt der Fall doch die erheblichen Haftungsgefahren für den Geschäftsführer, der über die Garantenstellung mittelbar für das Fehlverhalten der Angestellten der GmbH einzustehen hat, für das er eigentlich nicht persönlich haftbar ist.⁴²⁶

Eine zweite wichtige Entscheidung in diesem Zusammenhang ist der strafrechtliche „*Lederspray-Fall*“ BGHSt 37, 106. Trotz schwerer gesundheitlicher Gefahren für die Benutzer eines Ledersprays hatte die Geschäftsleitung des produzierenden Unternehmens nicht für den rechtzeitigen Rückruf des Produkts gesorgt, sodass zahlreiche weitere Kunden verletzt wurden. Der 2. Strafsenat erkannte auf eine Strafbarkeit der Geschäftsleitung wegen Körperverletzung, weil der gebotene Rückruf des gesundheitsgefährdenden Produkts unterblieb.⁴²⁷ Die strafrechtliche Garantenpflicht 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.

Da sich an die (strafrechtliche) Körperverletzung auch eine zivilrechtliche Haftung aus § 823 Abs. 1 und 2 BGB anschließt, zeigt auch dieser Fall die erheblichen Haftungsgefahren für Geschäftsführer.⁴²⁸

Die Entscheidung des BGH im „Baustoff-Fall“ ist in der Literatur größtenteils kritisiert worden,⁴²⁹ da die Beschützergarantenstellung des Geschäftsführers ausschließlich aus der (gegenüber der Gesellschaft geschuldeten) Organisationspflicht hergeleitet würde und so eine Verdoppelung der Geschäftsführerhaftung erfolge. Es werde nicht mehr differenziert, welche Pflichten den Geschäftsführer persönlich und welche ihn „nur“ in seiner Organeigenschaft als Pflichten der GmbH treffen.⁴³⁰ 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.⁴³¹ 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.⁴³² 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.

Im „Lederspray“-Fall ist auch nach dieser einschränkenden Sichtweise eine Verantwortlichkeit zu begründen: Die persönliche Garantenstellung der Geschäftsführer folgt hier daraus, dass nur durch einen – von der Geschäftsleitung zu veranlassenden – Rückruf weitere Gesundheitsschäden von Kunden verhindert werden konnten. Die Schwere der Verletzungen, das nahezu 100 %ige Risiko einer Schädigung durch Benutzung des Sprays und die Komplexität einer bundesweiten Rückrufaktion sprechen für eine persönliche Verkehrspflicht der Geschäftsführer. Da sie unterlassen wurde,

422 Dazu *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 153), § 43 Rn. 77 m.w.N.

423 BGHZ 109, 297, 303 = NJW 1990, 976 (Ziff. II 3 a aa der Gründe).

424 BGHZ 109, 297, 303 = NJW 1990, 976 (Ziff. II 3 a aa der Gründe).

425 Zum gutgläubigen Eigentumserwerb trotz Abtretungsverbots s. *Karsten Schmidt*, NJW 1999, 400 zu einem ähnlich gelagerten Fall.

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

427 BGHSt 37, 106 = NJW 1990, 2560 = ZIP 1990, 1413 = GmbHR 1990, 501 – „Erdal“.

428 Dazu *Scholz/U. H. Schneider* (Fn. 21), § 43 Rn. 338 m.w.N.

429 Ausführlich *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 153), § 43 Rn. 73 ff. mit Literaturhinweisen vor Rn. 70 und zahlreichen Nachweisen; Nachweise auch bei *Scholz/U. H. Schneider* (Fn. 21), § 43 Rn. 326.

430 *Karsten Schmidt* (Fn. 34), § 36 II 5 e (S. 1090).

431 *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 153), § 43 Rn. 77; dem BGH im Grundsatz zustimmend hingegen *Scholz/U. H. Schneider* (Fn. 21), § 43 Rn. 327 m.w.N., allerdings mit Differenzierung des Pflichtenmaßstabs im Innen- und Außenverhältnis.

432 *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 153), § 43 Rn. 78 m.w.N.

haften die Geschäftsführer den geschädigten Kunden aus § 823 Abs. 1 und 2 BGB.

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, Vertrauen, Delikt – haftbar ist, muss die sog. echte Durchgriffshaftung wegen Missbrauchs der Rechtsform grds. unterschieden werden.⁴³³ 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 Haftungsbeschränkung abgesprochen. Hierdurch kommt es dann zu einem „Durchgriff“ auf die „hinter“ der GmbH stehenden Gesellschafter, die persönlich für die Gesellschaftsverbindlichkeiten einzustehen haben. Das anglo-amerikanische Recht spricht insoweit in anschaulicher Bildersprache davon, dass der durch den Rechtsträger gebildete Schleier gehoben bzw. durchstoßen wird (lifting or piercing the corporate veil).⁴³⁴

Die dogmatischen Grundlagen eines solchen Durchgriffs sind umstritten; 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).⁴³⁵

Eine solche unmittelbare Außenhaftung kann jedoch nur in Ausnahmefällen anerkannt werden, da ansonsten das – grds. sinnvolle, nämlich der Förderung unternehmerischer Aktivitäten dienende⁴³⁶ – Trennungsprinzip des § 13 Abs. 2 GmbHG aufgegeben würde.⁴³⁷ 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.⁴³⁸ Welche Fallgruppen des Durchgriffs wegen Missbrauchs der haftungsbeschränkten Rechtsform GmbH anzuerkennen sind, ist seit Langem umstritten.⁴³⁹

1. Vermögensvermischung

Die einzige wenigstens im Grundsatz in Rechtsprechung⁴⁴⁰ und Literatur⁴⁴¹ als möglicher Anwendungsbereich einer echten Durchgriffshaftung allgemein anerkannte Fallgruppe ist die Vermögensvermischung.⁴⁴² 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.⁴⁴³

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, nicht funktionieren.⁴⁴⁴ Salopp wird teil-

433 Überblick bei Scholz/*Emmerich* (Fn. 189), § 13 Rn. 76 ff.; knapper Münch-Komm-GmbHG/*Merkt* (Fn. 172), § 13 Rn. 338 ff.; ausführlich *Bitter* (Fn. 28), S. 67 ff.

434 Umfassend zu den Grundlagen der Durchgriffshaftung *Bitter* (Fn. 28), S. 67 ff.

435 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 = ZNotP 2002, 446 = NJW 2002, 3024 (LS 1) – „KBV“, wo von einem „Verlust des Haftungsprivilegs“ die Rede ist; s. auch *Strohn*, ZInsO 2008, 706, 712 f.; umfassend *Bitter* (Fn. 28), S. 67 ff. (Darstellung der Haftungsansätze) und S. 94 ff. (Stellungnahme).

436 Zur ökonomischen Rechtfertigung der Haftungsbeschränkung s. umfassend *Bitter* (Fn. 28), S. 150 ff.; *ders.*, in: Bachmann/Casper/Schäfer/Veil (Fn. 210), S. 57, 60 ff.

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

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

439 Umfassend zu den Fallgruppen der Durchgriffshaftung *Bitter* (Fn. 28), S. 103 ff.

440 BGHZ 95, 330, 332 ff. = NJW 1986, 188 – „Autokran“; BGHZ 125, 366 = NJW 1994, 1801 = WM 1994, 896; BGHZ 165, 85 = ZInsO 2006, 328 = ZIP 2006, 467 = NJW 2006, 1344; BGHZ 173, 246, 257 = ZInsO 2007, 881, 884 = ZIP 2007, 1552, 1556 (Rn. 27) – „Trihotel“; BAG, ZIP 1991, 884, 889; BSGE 75, 82, 84 = ZIP 1994, 1945 f.; BSG, ZIP 1996, 1134, 1135; zurückhaltender noch BGH, ZIP 1985, 29, 30 (dazu *Karsten Schmidt*, ZIP 1994, 837, 838 f.).

441 *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 13 Rn. 45; Scholz/*Emmerich* (Fn. 189), § 13 Rn. 95 f.; Hachenburg/*Mertens* (Fn. 22), Anh. § 13 Rn. 17 und 49; *Raiser*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, Bd. I, 2005, § 13 Rn. 70; *Casper*, in: Ulmer (Fn. 66), Anh. § 77 Rn. 158; *Weller*, in: Bork/Schäfer (Fn. 211), § 13 Rn. 32; *Wiedemann*, FS Bärmann, 1975, S. 1037, 1054; *ders.*, WM-Beil. 4/1975, S. 19; *Lutter*, ZGR 1982, 244, 251; *Stimpel*, FS Goerdeler, 1987, S. 601, 606 f.; im Grundsatz wohl auch *Karsten Schmidt*, BB 1985, 2074, 2076 unter II 3b dd und *ders.* (Fn. 34), § 9 IV 2 a (S. 234 ff.), der einer Durchgriffshaftung insgesamt sehr reserviert gegenübersteht.

442 Vgl. dazu auch *Roth*, LM Nr. 24 zu § 13 GmbHG, Bl. 6; *Strohn*, ZInsO 2008, 706, 711; *Bitter* (Fn. 28), S. 103 f.; *ders.*, WM 2004, 2190, 2196; anders z.B. *Ehrlicke*, AcP 1999, 257, 289 ff., der den Durchgriff wegen Vermögensvermischung durch eine Einstandspflicht des Gesellschafters für nicht-ordnungsgemäße Buchführung gem. §§ 43 Abs. 2, 41 GmbHG; §§ 830 Abs. 2, 840 Abs. 1, 421 ff. BGB ersetzen will.

443 Vgl. *Bitter* (Fn. 28), S. 103 ff.; *Bauschke*, BB 1985, 77, 78; *Geißler*, GmbHR 1993, 71, 74 f.

444 BGHZ 95, 330, 334 = WM 1985, 1263, 1264 = NJW 1986, 188, 189 – „Autokran“; BGHZ 125, 366 = NJW 1994, 1801 = WM 1994, 896; BGHZ 165, 85 = ZInsO 2006, 328 = ZIP 2006, 467 = NJW 2006, 1344; zustimmend *Rehbinder*, FS Kübler, 1997, S. 493, 501; *Boujong*, FS Odersky, 1996, S. 739, 742; näher *Bitter* (Fn. 28), S. 104 ff.; zur Anwendbarkeit auf EG-Auslandsgesellschaften *Bitter*, WM 2004, 2190, 2196.

weise von einer „Waschkorbblage“ gesprochen,⁴⁴⁵ womit gemeint ist, dass alle Gegenstände – wie in einem Waschkorb – heillos durcheinander geraten sind, insbesondere keine Rechnungslegungsunterlagen existieren, die eine klare rechtliche Zuordnung der einzelnen Gegenstände ermöglichen.

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,⁴⁴⁶ für den Vermögensvermischungstatbestand verantwortlich ist.⁴⁴⁷ Mit dem dogmatischen Konzept einer teleologischen Reduktion der Haftungsbeschränkung ist diese Einschränkung allerdings nicht leicht zu erklären, weil auch der für die Vermögensvermischung nicht selbst verantwortliche Gesellschafter von diesem Zustand profitiert haben kann.

Von der generellen Vermögensvermischung, die zu einem – in der Insolvenz analog § 93 InsO vom Verwalter geltend zu machenden⁴⁴⁸ – Haftungsdurchgriff führt, klar zu unterscheiden sind die gegenständliche Vermögensvermischung sowie die Vermischung von Haftungssubjekten.⁴⁴⁹

Soweit einzelne bei der Gesellschaft befindliche Gegenstände nicht mehr eindeutig als Privatvermögen identifiziert werden können (*gegenständliche Vermögensvermischung*), ergibt sich daraus noch keine generelle Durchbrechung der Haftungsbeschränkung im Wege der Durchgriffshaftung. Die gegenständliche Vermögensvermischung führt – worauf früh schon *Karsten Schmidt*⁴⁵⁰ und *Stimpel*⁴⁵¹ mit Recht hingewiesen haben – allein zu einer gegenständlichen Haftungserweiterung auf diesen konkreten Gegenstand.⁴⁵² Wird bspw. aus einem gegen die GmbH gerichteten Titel ein Gegenstand in den Geschäftsräumen der GmbH gepfändet, so setzt eine erfolgreiche Drittwiderspruchsklage des Gesellschafters (§ 771 ZPO) eine klare Vermögenstrennung voraus. Ist diese nicht gegeben, so versagt die Drittwiderspruchsklage des Gesellschafters, ohne dass es um die Frage einer Durchgriffshaftung geht.⁴⁵³

Nicht um Fragen einer echten Durchgriffshaftung geht es auch in den Fällen der *Vermischung von Haftungssubjekten*, in denen die rechtliche Trennung zwischen Gesellschaft und ihren Gesellschaftern nach außen hin überspielt wird. Dies ist der Fall, wenn 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. In Abgrenzung von der o.a. mangelnden Trennung der Vermögensmassen, für die sich auch in der Literatur mehrheitlich die Bezeichnung „Vermögensvermischung“ findet,⁴⁵⁴ wird hier überwiegend von „Sphärenvermischung“ gesprochen.⁴⁵⁵

Es geht insoweit um ein Offenkundigkeitsproblem des Firmen- und Stellvertretungsrechts, das über Rechtsscheingrundsätze zu lösen ist.⁴⁵⁶ Soweit sich daraus eine persönli-

che Haftung der Gesellschafter ergibt, handelt es sich entgegen teilweise vertretener Ansicht⁴⁵⁷ aber gerade nicht um einen Fall *echter* Durchgriffshaftung.⁴⁵⁸

2. Unterkapitalisierung

Bis heute sehr umstritten ist die Fallgruppe der Unterkapitalisierung.⁴⁵⁹ Ausgangspunkt der Problematik ist der folgende:

a) Definition der Unterkapitalisierung

Das Gesetz enthält für keine Gesellschaftsform generelle Regeln darüber, dass das Eigenkapital der Gesellschaft in

445 S. z.B. *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 7), § 13 Rn. 45; *Röhrich* (Fn. 182), S. 83, 89.

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

447 BGHZ 165, 85 = ZInsO 2006, 328 = ZIP 2006, 467 = NJW 2006, 1344; *Weller*, in: *Bork/Schäfer* (Fn. 211), § 13 Rn. 32; *Strohn*, ZInsO 2008, 706, 712.

448 BGHZ 165, 85, 89 f. = ZInsO 2006, 328, 329 = ZIP 2006, 467 = NJW 2006, 1344 (Rn. 10); *Strohn*, ZInsO 2008, 706, 713.

449 S. schon *Bitter* (Fn. 28), S. 107 ff.

450 *Karsten Schmidt*, BB 1985, 2074, 2075 f. unter II 3 b bb; *ders.* (Fn. 34), § 9 IV 2 a (S. 234 f.).

451 *Stimpel* (Fn. 441), S. 601, 615.

452 Ähnlich auch *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 7), § 13 Rn. 45, der davon spricht, dass bei Unklarheit über die Zuordnung einzelner Gegenstände keine Durchgriffshaftung in Betracht kommt; offen demgegenüber *Priester*, ZGR 1993, 512, 528.

453 *Karsten Schmidt*, BB 1985, 2074, 2075 f. unter II 3 b bb; *ders.* (Fn. 34), § 9 IV 2 a (S. 235); *Bitter* (Fn. 28), S. 107 f.; *Reiner*, *Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung*, 1995, S. 206 in Fn. 5 und S. 217.

454 *Lutter*, in: *Lutter/Hommelhoff* (Fn. 153), § 13 Rn. 14; *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 7), § 13 Rn. 14; *Lutter*, ZGR 1982, 244, 251; *Stimpel* (Fn. 441), S. 601, 606 f. und 615; *Wiedemann* (Fn. 441), S. 1037, 1054; *Boujong* (Fn. 444), S. 739, 742.

455 *Lutter*, in: *Lutter/Hommelhoff* (Fn. 153), § 13 Rn. 20; *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 7), § 13 Rn. 46; *Weller*, in: *Bork/Schäfer* (Fn. 211), § 13 Rn. 33; *Lutter*, ZGR 1982, 244, 251; *Rehbinder* (Fn. 444), S. 493, 498 f., 501; *Ehricke*, AcP 1999, 257, 299 f.; demgegenüber verwendet *Karsten Schmidt*, BB 1985, 2074, 2075 f.; *ders.* (Fn. 34), § 9 IV 2 (S. 234 ff.) den Begriff der „Sphärenvermischung“ als Oberbegriff und unterteilt dann zwischen einer „Vermischung von Haftungssubjekten“ und einer „Vermischung von Vermögensmassen“.

456 *Karsten Schmidt*, BB 1985, 2074, 2075 unter II 3 b aa; *ders.* (Fn. 34), § 9 IV 2 b (S. 236); *Ehricke*, AcP 1999, 257, 300 m.w.N.; *Bitter* (Fn. 28), S. 68 m.Nachw. in Fn. 5, S. 108 f.; so inzwischen auch *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 7), § 13 Rn. 46; s. zur Rechtsscheinhaltung wegen Fortlassens des Rechtsformzusatzes auch oben Ziff. C. I. 2 a).

457 *Geißler*, GmbH 1993, 71, 75; vgl. auch *Wiedemann*, WM-Beil. 4/1975, S. 19.

458 Zutreffend *Karsten Schmidt*, BB 1985, 2074, 2075 unter II 3 b aa; *ders.* (Fn. 34), § 9 IV 2 a (S. 236); *Reiner* (Fn. 453), S. 217; in der Sache sieht das auch *Lutter* (ZGR 1982, 244, 251 f.) so, wenn er diese Gestaltung zwar als Fallgruppe des Durchgriffs einordnet, zur Begründung der persönlichen Haftung aber ausführt: „Der Rechtsschein der Identität führt zur Identität der Haftung.“

459 Überblick zum Meinungsstand bei *Altmeyen*, in: *Roth/Altmeyen* (Fn. 48), § 13 Rn. 139; *Scholz/Emmerich* (Fn. 189), § 13 Rn. 81 ff.; ausführlich *Bitter* (Fn. 28), S. 110 ff.; *ders.*, in: *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil* (Fn. 210), S. 57 ff.; *ders.*, WM 2004, 2190, 2197 f.; monografisch *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.

einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten oder tatsächlichen Geschäftsumfang stehen muss.⁴⁶⁰ 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, sodass ein im Verhältnis zum Umsatz nur geringfügiger Verlust schnell zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft und damit zu Schäden für die Gläubiger führen kann.⁴⁶¹ Daher wird die Unterkapitalisierung in Rechtsprechung⁴⁶² und Literatur⁴⁶³ 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*,⁴⁶⁴ 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“.⁴⁶⁵

b) Nominelle und materielle Unterkapitalisierung

Bei den Rechtsfolgen einer derartigen Unterkapitalisierung ist im Ansatz zwischen nomineller und materieller Unterkapitalisierung zu unterscheiden, wobei nur für die Letztere eine Durchgriffshaftung überhaupt in Betracht kommt.⁴⁶⁶

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 Gesellschafterdarlehen“, das mit dem MoMiG durch eine insolvenzrechtliche Regelung abgelöst worden ist: Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens und Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, sind nachrangig (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO). Hat der Gesellschafter vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch eine Leistung auf seinen Darlehensrückgewähranspruch von der Gesellschaft erlangt, unterliegt die Rückzahlung der Insolvenzanfechtung durch den Insolvenzverwalter: Gem. § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO i.V.m. § 143 InsO muss der Gesellschafter die Leistung zurückgewähren, wenn er sie binnen eines Jahres vor dem Insolvenzantrag oder danach erhalten hat.

Hiervon 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.⁴⁶⁷

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.⁴⁶⁸ Eine Durchgriffs-/Außenhaftung des Gesellschafters analog § 128 HGB für eine objektiv völlig unzureichende Vermögensausstattung der GmbH wird deshalb von zahlreichen Stimmen in der Literatur bejaht.⁴⁶⁹

In der Rechtsprechung ist das Bild gespalten.⁴⁷⁰ Während das BSG sich durchaus offen gegenüber einer Missbrauchshaftung wegen materieller Unterkapitalisierung gezeigt hat,⁴⁷¹ steht die Rechtsprechung des BGH⁴⁷² und BAG⁴⁷³ ihr sehr zurückhaltend gegenüber. Besonders deutlich ist in dieser Hinsicht das 2008 ergangene Urteil „Gamma“ des für Gesellschaftsrecht zuständigen II. ZS.⁴⁷⁴ Danach existiert weder eine gesetzliche Regelung noch besteht eine ausfüllungsbedürftige oder ausfüllungsfähige Gesetzeslücke.⁴⁷⁵

460 Vgl. Hachenburg/*Ulmer*, GmbHG, 1. Bd., 8. Aufl. 1992, Anh. § 30 Rn. 1; zu den speziellen Vorschriften im Bankenbereich vgl. *Walter*, AG 1998, 370, 371.

461 Vgl. *Geißler*, GmbHR 1993, 71, 76.

462 BGHZ 31, 258, 268; BGHZ 68, 312, 316.

463 *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 5 Rn. 6; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, § 10 IV 3 (S. 565).

464 Hachenburg/*Ulmer* (Fn. 460), Anh. § 30 Rn. 16; dazu *Bitter* (Fn. 28), S. 110.

465 So im Anschluss an *Ulmer* auch *Karsten Schmidt*, ZIP 1981, 689, 690; *ders.* (Fn. 34), § 9 IV 4 a (S. 240).

466 Zu dieser Unterscheidung s. *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 5 Rn. 6, § 13 Rn. 47; eingehend *Bitter* (Fn. 28), S. 111 ff. mit Darstellung der historischen Entwicklung.

467 Vgl. *Karsten Schmidt*, ZIP 1981, 689, 690.

468 *Lutter*, in: *Lutter/Hommelhoff* (Fn. 153), § 13 Rn. 15.

469 Nachweise bei *Altmeyen*, in: *Roth/Altmeyen* (Fn. 48), § 13 Rn. 139; umfassend *Bitter* (Fn. 28), S. 119 ff., 531 ff.; *ders.*, in: *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil* (Fn. 210), S. 57 ff.; s. auch *ders.*, WM 2004, 2190, 2197 f. m. Nachw. in Fn. 130; ferner *Hölzle*, ZIP 2004, 1729 ff.; *ders.*, ZIP 2010, 913 f.

470 S. die ausführliche Darstellung bei *Bitter* (Fn. 28), S. 115 ff.

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

472 BGHZ 68, 312 – „Fertighaus“ (VIII. ZS); demgegenüber offen die Entscheidung des II. ZS in NJW 1977, 1683, 1686, in der Vorbehalte geäußert werden, „ob der engen Auffassung, die der VIII. ZS des BGH unlängst [...] zur Haftung eines Gesellschafters wegen Unterkapitalisierung vertreten hat, in Anbetracht neuerer, auch in der Rechtsprechung des II. ZS zu verzeichnender Tendenzen zu einem verstärkten Gläubigerschutz gefolgt werden kann“; deutlich abl. gegenüber einer Durchgriffshaftung jetzt aber der II. ZS in BGHZ 176, 204 = ZIP 2008, 1232 = NJW 2008, 2437 = ZInsO 2008, 758 (nur Leitsätze) – „Gamma“.

473 BAG, NJW 1999, 740, 741 = ZIP 1999, 24 (8. Senat); BAG, NJW 1999, 2299 (5. Senat).

474 BGHZ 176, 204 = ZIP 2008, 1232 = NJW 2008, 2437 = ZInsO 2008, 758 (nur Leitsätze) – „Gamma“; nachdrücklich zustimmend *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 5 Rn. 6, § 13 Rn. 47.

475 BGHZ 176, 204, 212 f. = ZIP 2008, 1232, 1234 f. = NJW 2008, 2437 (Rn. 17 ff.) = ZInsO 2008, 758 (nur Leitsätze) – „Gamma“; so auch schon *Karsten Schmidt*, JZ 1984, 771, 777.

Das GmbHG kenne lediglich eine „Entnahmesperre“ zugunsten des Stammkapitals der GmbH (§§ 30, 31 GmbHG). Eine Rechtspflicht der Gesellschafter zu ausreichender Finanzausstattung kenne das GmbHG dagegen nicht. 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,⁴⁷⁶ hat sich derselbe II. ZS des BGH doch früher durchaus offen gezeigt⁴⁷⁷ und insbesondere im Rahmen der Missbrauchshaftung wegen Existenzvernichtung eine Haftung wegen „Spekulation auf Kosten der Gläubiger“ anerkannt,⁴⁷⁸ womit in der Sache das gleiche Phänomen gemeint ist.⁴⁷⁹ 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 Projekts 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.

Mit Recht ist schon früh darauf hingewiesen worden, dass der Zweck der im Gesetz geregelten (zwingenden) Kapitalerhaltungsvorschriften nicht ersichtlich sei, wenn der Gesetzgeber von einer völligen Freiheit der Gesellschafter zur Bestimmung des Eigenkapitals ausgegangen wäre. Dem Gesetzgeber kann nicht entgangen sein, dass mit einem Stammkapital von nur 25.000 € (früher 20.000 DM, dann 50.000 DM) eine Gesellschaft betrieben werden könnte, die einen Umsatz von mehreren Millionen pro Jahr tätigt. Hätten die Gesellschafter hier tatsächlich nur für das Mindestkapital aufzukommen, ohne dass weitergehende Kapitalisierungspflichten bestünden, so würde der Sinn der Gläubigerschutzvorschriften entleert.⁴⁸⁰ 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.⁴⁸¹ Das Mindestkapital hat mit der Frage einer Haftung für krasse materielle Unterkapitalisierung im Grunde überhaupt nichts zu tun.

Entgegen der jüngeren Rechtsprechung ist deshalb eine Außenhaftung bei materieller Unterkapitalisierung anzuerkennen, die letztlich nur ein Unterfall der sog. Existenzvernichtung durch „Existenzgefährdung“ ist: Verboten ist der Betrieb einer Gesellschaft mit deutlich erhöhter Insolvenzwahrscheinlichkeit.⁴⁸² Bestätigt wird diese Sichtweise durch die jüngst eingefügte Regelung zur Nutzungsüberlassung in § 135 Abs. 3 InsO, die mit ihrer faktischen Nachschuss-

pflicht des Gesellschafters nur als spezialgesetzliche Sanktion der materiellen Unterkapitalisierung erklärbar ist.⁴⁸³

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.⁴⁸⁴ Jeweils geht es um die Frage, ob mit der Herrschaft in der Gesellschaft auch eine Haftung für deren Verbindlichkeiten verbunden sein muss.

In Bezug auf die KG ist die 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“-Urteil⁴⁸⁵ 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.⁴⁸⁶

Vornehmlich in Bezug auf das GmbH-Recht ist hingegen in den 1980er und 1990er Jahren die bereits bei Darstellung der Existenzvernichtungshaftung erwähnte⁴⁸⁷ umfassende Diskussion zum sog. „qualifiziert faktischen Konzern“ geführt worden.⁴⁸⁸ Darin ging es um die Frage, ob ein Gesellschafter, der mehr als nur eine GmbH beherrscht, wegen der Gefahr, eine Gesellschaft um der anderen Willen zu instrumentalisieren, einer persönlichen Haftung zu unterwerfen ist. 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

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

477 S. das Zitat aus BGH, NJW 1977, 1683, 1686 oben in Fn. 472.

478 BGH, NJW 1994, 446, 447 – „EDV“; BGH, NJW 2000, 1571, 1572; dazu oben Ziff. B. IV. 3. bei Fn. 211.

479 Vgl. Bitter, in: Bachmann/Casper/Schäfer/Veil (Fn. 210), S. 57, 59 f. und 82 f.; ders., WM 2004, 2190, 2197 f.; ausführlich ders. (Fn. 28), S. 540 ff.; ähnlich Hölzle, ZIP 2004, 1729, 1733 ff.

480 Vgl. Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970, S. 289; Wiedemann, WM-Beil. 4/1975, S. 19; pointiert ders., Schlusswort in: Die Haftung des Gesellschafters in der GmbH, 1968, S. 154, wo nach dem Zweck einer „Haftung für Nichts“ gefragt wird; im Anschluss daran auch Winkler, BB 1969, 1202, 1205; vgl. ferner Raiser, ZGR 1995, 156, 165.

481 S.o. Ziff. B. IV. 3. bei Fn. 210; näher Bitter (Fn. 28), S. 128 ff.

482 S.o. Ziff. B. IV. 3. bei Fn. 212 f.

483 Dazu Bitter, ZIP 2010, 1 ff., insbesondere S. 9 f.; zustimmend Hölzle, ZIP 2010, 913 f.

484 Dazu Bitter (Fn. 28), S. 137 ff.

485 BGHZ 45, 204 = NJW 1966, 1309.

486 S. ausführlich Bitter (Fn. 28), S. 139 ff. mit umfassenden Nachweisen.

487 S.o. B. IV.

488 Überblick bei MünchKomm-GmbHG/Liebscher (Fn. 172), Anh. § 13 Rn. 475 ff.; umfassend Bitter (Fn. 28), S. 421 ff.; knapper ders., WM 2001, 2133 ff.

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,⁴⁸⁹ auf das GmbH-Recht übertragen, das in § 13 Abs. 2 GmbHG gerade eine Haftungsbeschränkung trotz umfassender Herrschaftsrechte der Gesellschafter kennt, muss notwendig dieses Prinzip der Haftungstrennung ins Wanken bringen.⁴⁹⁰ Der Gipfel der Rechtsentwicklung, in die der BGH von einer Heerschar Professoren geführt worden ist, zeigte sich im „Video“-Urteil aus dem Jahr 1991,⁴⁹¹ in dem der BGH in der Sache entschied, dass eine Person, die als Gesellschafter mindestens zwei Gesellschaften beherrscht oder sich neben einer GmbH-Beteiligung noch anderweitig unternehmerisch betätigt,⁴⁹² das Haftungsprivileg des § 13 GmbHG verliert.⁴⁹³ Der Aufschrei der Praxis und der Wissenschaft war groß,⁴⁹⁴ und zwar auch bei jenen Professoren, die die zugrunde liegende Dogmatik selbst entwickelt hatten.⁴⁹⁵ Der BGH gab das ganze (konzernrechtliche) Konstrukt in den Urteilen „TBB“⁴⁹⁶ und „Bremer Vulkan“⁴⁹⁷ wieder auf.⁴⁹⁸

Dies war die Geburtsstunde der an früherer Stelle behandelten Haftung wegen Existenzvernichtung.⁴⁹⁹ Heute ist man sich deshalb weitgehend darin einig, dass allein die Beherr-

schung einer oder auch mehrerer GmbH durch einen Gesellschafter für sich genommen keine Durchgriffshaftung rechtfertigt.⁵⁰⁰

489 Dazu *Bitter* (Fn. 28), S. 338 ff.

490 Dazu *Bitter*, ZIP 2001, 265 ff.; *ders.* (Fn. 28), S. 349 ff.

491 BGHZ 115, 187 = NJW 1991, 3142 – „Video“.

492 Durch die mehrfache unternehmerische Betätigung wird er zum „Unternehmen“ im konzernrechtlichen Sinne, weil damit der konzerntypische Interessenkonflikt beginnt: Eines der beiden Unternehmen könnte zulasten des anderen benachteiligt werden, ohne dass der Gesellschafter dadurch – im Hinblick auf seine 2-fache Beteiligung – einen Nachteil hätte, wohl aber die Gläubiger und Mitgesellschafter der benachteiligten Gesellschaft.

493 Der in dem Urteil anerkannte Entlastungsbeweis des Gesellschafters war praktisch nicht zu führen.

494 Besonders prägnant der Aufsatztitel von *Flume*, ZIP 1992, 817: „Das Video-Urteil als eine Entscheidung des II. Senats des BGH aus dessen Selbstverständnis der Innehabung gesetzgeberischer Gewalt“; ferner *Mertens*, AG 1991, 434 (Anm.): „Wiedergeburt der oHG aus dem GmbH-Gesetz“.

495 Dazu *Bitter*, ZIP 2001, 265, 267 ff.

496 BGHZ 122, 123 = NJW 1993, 1200 – „TBB“.

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

498 Dazu MünchKomm-GmbHG/*Liescher* (Fn. 172), Anh. § 13 Rn. 503 ff.; *Bitter*, WM 2001, 2133 ff.

499 Dazu oben Ziff. B. IV.

500 Vgl. *Strohn*, ZInsO 2008, 706, 707 („Damit war der faktische GmbH-Konzern tot“); *Weller*, in: Bork/Schäfer (Fn. 211), Anh. zu § 13 Rn. 50 („Bedeutung für die Praxis verloren“); für eine Weiterführung der konzernspezifischen Rechtsprechung allerdings *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 7), § 13 Rn. 48.