

Die Handelndenhaftung in der Vor-GmbH im Falle der Insolvenz

Wirtschaftsjurist Matthias Baum, LL.B.

A. Einleitung

„Der Standpunkt der h. M. ist überholt.“¹ Dieses Zitat ist exemplarisch für zahlreiche Meinungsstreitigkeiten im Recht der Vor-GmbH. Hintergrund für diesen beispielhaften Streit ist das frühere Verbot der Einpersonengründung, weshalb es für eine juristische Sekunde ab Eintragung mehrere Gesellschafter geben sollte. Hieran knüpft dogmatisch die h. M. an.²

Das genannte Zitat befasst sich mit der Diskussion, wie Geschäftsanteile einer Vor-GmbH übertragen werden können. In der Literatur findet sich eine Auffassung, die argumentiert, eine Abtretung wie in der GmbH genüge. In einer zweiten wird behauptet, es bedürfe zusätzlich eines Mehrheitsentscheides der Gesellschafter. Eine dritte Auffassung verlangt Einstimmigkeit der Gesellschafter und die vierte spricht ausschließlich von einer Satzungsänderung.

Nachfolgend wird die Konstellation der Haftung der Handelnden in der Vor-GmbH im Falle der Insolvenz anhand von Rechtsprechung, Kommentaren, Fachaufsätzen und Dissertationen behandelt.

Zunächst wird die Handelndenhaftung in der Vor-GmbH insbesondere nach den Auslegungskriterien Wortlaut, Systematik, Historie und Telos untersucht. Der daran anschließende Schwerpunkt liegt in den Tatbeständen des § 15a InsO, welcher die Insolvenzantragspflicht für juristische Personen, sowie die Insolvenzverschleppungshaftung normiert und in § 64 GmbHG, der die Geschäftsführerhaftung nach Insolvenzeintritt vorsieht. Abschließend werden sowohl die Tatbestände an sich als auch die Argumentationen der jeweils h. M. kritisch hinterfragt.

B. Die Handelndenhaftung in der Vor-GmbH

Nachfolgend wird neben der Erläuterung des Anwendungsbereichs vor allem eine Auslegung der Handelndenhaftung in der Vor-GmbH nach Wortlaut, Systematik, Historie und Telos vorgenommen.

¹ Scholz/K. Schmidt, GmbHG (2012), § 11 Rn. 50.

² Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG (2012), § 11 Rn. 11a f.

I. Anwendungsbereich des § 11 GmbHG

Die Durchbrechung des *Numerus clausus* der Gesellschaftstypen durch § 11 GmbHG formuliert mit der Vor-GmbH eine Gesellschaft *sui generis*, welche das Stadium vor Eintragung der GmbH ins Handelsregister und *nach* notarieller Beurkundung des Gesellschaftsvertrages betrifft.

Vor der notariellen Beurkundung existiert nach h. M. eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (offene Handelsgesellschaft bei Betreiben eines kaufmännischen Gewerbes³), nach der Eintragung in das Handelsregister die GmbH. Die Eintragung ist gem. § 7 I GmbHG verpflichtend, es gilt die Form des § 12 II HGB.⁴

1. Erläuterung der Gründungsstadien

Ein wesentlicher Unterschied zwischen diesen Stadien findet sich in der Kontinuität. Während die GmbH die Verbindlichkeiten der Vor-GmbH entsprechend der Identitätslehre grundsätzlich und ohne besonderen Übertragungsakt übernimmt⁵, findet eine Übernahme von Forderungen und Verbindlichkeiten von der Vorgründungsgesellschaft in die Vor-GmbH grundsätzlich nur dann statt, wenn es im notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrag gem. §§ 414, 415 BGB festgehalten ist.⁶ Unter Umständen, wie z. B. durch Fortführung eines Gesellschaftskontos bei der Bank, ist eine konkludente Übernahme möglich.⁷

Anknüpfend an die Identitätslehre argumentiert *K. Schmidt*, die Vorgesellschaft sei mit der später eingetragenen GmbH identisch.⁸ Man müsse die Identitätstheorie verallgemeinern. Mit dieser Lehre können viele unnötig komplizierte Fragen gelöst werden.⁹ *Ulmer* lehnt diese Argumentation mit dem Verweis auf die h. M. ab. Wesentliche Vorschriften des GmbH-Rechts, insb. die Kapitalsicherungsvorschriften aus §§ 30 f. GmbHG, seien unvereinbar mit der Identität von Vor-GmbH und GmbH.¹⁰

Eine Mindermeinung vertritt bzgl. des Übergangs von Vor-GmbH zur GmbH die sog. Trennungslehre. Der automatische Rechtsübergang stelle eine Gesamtrechtsnachfolge dar, wonach die §§ 190 ff., 202 I Nr. 1 UmwG anwendbar wären.¹¹ Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen, der Identitätslehre ist zu folgen, da für eine Umwandlung mit Gesamtrechtsnachfolge zwei verschiedene Rechtssubjekte Voraussetzung sind. Genau daran scheitert die Trennungslehre.

Die Vor-GmbH ändere lediglich ihren Status, sie ist bereits eine juristische Person in Gründung; einer besonderen Rechts- und Schuldübernahme bedarf es daher nicht.¹² Somit ist festzustellen, dass die Vor-GmbH als notwendiges Stadium zur Errichtung der GmbH weitgehend als gleich mit der späteren GmbH zu sehen ist, jedoch sind

³ *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG (2012), § 11 Rn. 2.

⁴ *Weiland* (2006), Rn. 0337 ff.

⁵ RG, Urteil vom 26.10.1915, II 236/15, RGZ 82, 288, 290.

⁶ *Tiefel* (2005), S. 78 ff.

⁷ *Scholz/Schmidt*, GmbHG (2012), § 11 Rn. 26.

⁸ *So auch Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG (2012), § 11 Rn. 5.

⁹ *Scholz/Schmidt*, GmbHG (2012), § 11 Rn. 31.

¹⁰ *Ulmer/Ulmer*, GmbHG (2013), § 11 Rn. 12.

¹¹ *Steinberg* (2000), S. 133 ff.

¹² *Steinberg* (2000), S. 134 ff.

Spezialvorschriften zu beachten. Keine Gesellschaft *sui generis* ist vorhanden, wenn eine sog. unechte Vorgesellschaft bzw. Vor-GmbH existiert.

2. Entstehen und Konsequenzen der unechten Vor-GmbH

Um eine unechte Vorgesellschaft kann es sich ab dem Moment handeln, in dem die Eintragung scheitert oder die Eintragsabsicht entfällt. Als weitere Gründe können ein nicht ernsthaftes Betreiben des Eintragsverfahrens, völliges Zurücktreten des Gründungszwecks gegenüber dem Geschäftsbetrieb und Organmissbrauch gelten; diese Gründe sind in der Literatur teilweise umstritten. Eine Verzögerung der Eintragung führt nicht automatisch zur unechten Vor-GmbH, gerade die Erfüllung der §§ 7 und 8 GmbHG (insb. Leistung der Einlagen und Vollständigkeit der Unterlagen) kann eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen.¹³ Nach der h.M. liegt eine unechte Vorgesellschaft dann vor, wenn trotz gescheiterter Eintragung die Geschäftstätigkeit fortgeführt wird. Die Fortführung der Vor-GmbH ist jedoch nicht vereinbar mit dem *Numerus clausus* der Gesellschaftsformen. Folglich entsteht an diesem Punkt eine neue Rechtsform, auf jeden Fall kann eine Vor-GmbH hier nicht weiter bestehen.¹⁴

Der BGH¹⁵ hält die Vorschriften des § 723 I 2, 3 Nr. 1 BGB für einschlägig, da die Vorgesellschaft, die die Eintragsabsicht aufgibt, als GbR zu bewerten ist.¹⁶ Beim Betreiben eines Handelsgewerbes finden die für die OHG geltenden Vorschriften Anwendung (§§ 105, 123 II HGB).¹⁷ Wer also die Gründung der GmbH nicht vollzieht, aber bereits das Stadium der Vor-GmbH erreicht hat, wechselt automatisch in die Rechtsform der GbR oder OHG.

3. Ursprung der Handelndenhaftung

Die sich aus § 11 II GmbHG ergebende Handelndenhaftung ist aus dem Aktienrecht (§ 41 I 2 AktG) übernommen und lässt sich auf die Zeit des Konzessionssystems zurückverfolgen. Dieses System galt im 19. Jahrhundert, als juristische Personen durch staatliche Verleihung (sog. Konzession) Rechtspersönlichkeit annahmen.¹⁸ Einschlägig war damals Art. 211 ADHGB. Die negative Formulierung, die Gesellschaft bestehe *als solche nicht*, lässt sich auf die Zeit dieser staatlichen Verleihungen zurückführen.¹⁹

4. Eigenschaften und Fortbestehen der Handelndenhaftung

Die Handelndenhaftung ist unbeschränkt, nicht auf die Stammkapitalziffer beschränkt oder sonst begrenzt. Bei der Haftung handelt es sich um eine akzessorische, wonach Gläubiger die Handelnden direkt in Anspruch nehmen können.²⁰ Sie kann nur ausnahmsweise über das Stadium der Vor-GmbH fortbestehen, wenn und soweit die spä-

¹³ Klein (1993), S.1 ff.

¹⁴ Murawo (2006), S. 38 ff.

¹⁵ BGH, Urteil vom 04.11.2002, II ZR 204/00, NJW 2000, 2285.

¹⁶ Eller (2012), Rn. 26 f.

¹⁷ Ulmer/Ulmer, GmbHG (2013), § 11 Rn. 26.

¹⁸ Grottko (1992), S. 137 ff.

¹⁹ Ulmer/Ulmer, GmbHG (2013), § 11 Rn. 1.

²⁰ Steinberg (2000), S. 300 f.

ter eingetragene GmbH aus dem zugrundeliegenden Rechtsgeschäft wegen fehlender oder überschrittener Vertretungsmacht des Handelnden nicht wirksam verpflichtet wurde.²¹ Nach der h. M. greift die Handelndenhaftung noch nicht im Vorgründungsstadium der Gesellschaft, da durch die unbeschränkte gesamtschuldnerische Haftung im Vorgründungsstadium kein Bedarf zur Anwendung der Handelndenhaftung besteht.²²

Literatur und Rechtsprechung sind der Auffassung, dass individualvertragliche Vereinbarungen zum Ausschluss der Handelndenhaftung zulässig sind, die Haftung ist somit dispositiv. Diese wird allerdings nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass auf das Gründungsstadium verwiesen wird, es bedarf einer konkreten Vereinbarung zur Wirksamkeit des Haftungsausschlusses. Eine Vermutung des Haftungsausschlusses ist grundsätzlich ausgeschlossen. In bestimmten Situationen und bei konkreten Anhaltspunkten, welche den Willen der Parteien deutlich machen, ist jedoch ein konkludenter Haftungsausschluss vorstellbar.²³ Die Handelndenhaftung als dispositiver Grundsatz beschränkt sich auf ein Tätigwerden im Zeitraum der Vor-GmbH.

5. Besonderheiten der Einpersonen-Gründung

Ein besonderer Fall der GmbH-Gründung ist gegeben, wenn nur eine einzige Person Gründer ist (sog. Einpersonen-Gründung). Diese Form ist erst seit 1980 zugelassen und seitdem mit anderen Gründungen gleichgestellt.²⁴ Es handelt sich bei einer solchen Gründung entgegen dem Wortlaut des § 2 I GmbHG nicht um einen Vertrag, sondern lediglich um eine einseitige Willenserklärung.²⁵

Bei den auftretenden Gründungsproblemen sind zentrale Fragen von der höchstrichterlichen Rechtsprechung, wie die Klärung der Rechtsfähigkeit,²⁶ noch nicht beantwortet; umstritten sind viele Themen ausschließlich in der Theorie. *K. Schmidt* spricht der Einmann-Vor-GmbH die volle Rechtsfähigkeit zu²⁷ und *Bayer* meint, die h. L. und die Rechtsprechung tendieren zu einer Rechtsfähigkeit,²⁸ während *Ulmer* rechtsdogmatische Einwendungen hervorbringt. Laut *Ulmer* könnten im deutschen Privatrecht neben natürlichen Personen nur die gesetzlich ausdrücklich benannten juristischen Personen (und gesamthänderische Personengesellschaften) rechtsfähig sein. Die gesamthänderische Haftung im Vorgründungsstadium ist auszuschließen, da eine Gesamthand mehr als eine Person benötigt.²⁹ Eine Einmann-Vor-GmbH bestehe jedoch mit dem Hinweis auf die (Nachlass)-Insolvenz oder der Testamentsvollstreckung aus einem Sondervermögen.³⁰

Michalski und *Funke* bejahen zumindest eine Teilrechtsfähigkeit. Die von der h. M. vertretene Konstruktion des Sondervermögens des Gründers löse konstruktionsbedingte

²¹ *Steinberg* (2000), S. 303.

²² *Michalski/Funke*, GmbHG (2010), § 11 Rn. 30 f.

²³ *Klein* (1993), S. 42 ff.

²⁴ *Ulmer/Ulmer*, GmbHG (2013), § 11 Rn. 17.

²⁵ *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG (2012), § 11 Rn. 165.

²⁶ *Ulmer/Ulmer*, GmbHG (2013), § 11 Rn. 23 f.

²⁷ *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG (2012), § 11 Rn. 169 ff.

²⁸ *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff* (2012), GmbHG, § 11 Rn. 31 ff.

²⁹ *Ulmer/Ulmer*, GmbHG (2013), § 11 Rn. 21.

³⁰ *Ulmer/Habersack*, GmbHG (2013), § 11 Rn. 24 f.

Folgeprobleme aus. Man müsse von einem Rechtsgebilde eigener Art sprechen.³¹ Außer Streit steht die Bejahung der Handelndenhaftung des aktiven Geschäftsführers der Einmann-Vor-GmbH.³²

II. Wortlautauslegung

1. Untersuchung des Handelndebegriffs

Der Begriff der Handlung hat sich im Laufe der Zeit gewandelt. Der weite Handelndebegriff wurde durch die frühere Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs entwickelt. Hierbei wurden nicht nur die unmittelbar Handelnden in Haftung genommen, sondern auch alle Gründungsgesellschafter, die der Geschäftsaufnahme, wenn auch nur stillschweigend, zugestimmt hatten. Grundgedanke dessen war die Rechtssicherheit möglicher Gläubiger, die erst mit der Eintragung in das jeweilige Handelsregister entsteht.³³

Der heutige enge Handelndebegriff umfasst nach h.M. nur das rechtsgeschäftliche Handeln des unmittelbar Handelnden.³⁴ Der aktuelle Handelndebegriff ist somit restriktiv zu interpretieren; es werden nur noch solche als Handelnde i. S. d. Norm angesehen, die tatsächlich im Rechtsverkehr handeln; man wird nicht schon dadurch Handelnder, indem man Geschäftsführer, Prokurist, Handlungsbevollmächtigter oder sonstig rechtsgeschäftlich Bevollmächtigter ist.³⁵

Umstritten ist die Haftung aus nichtvertraglichen Ansprüchen, welche im Einzelnen zu untersuchen sind. Die Haftung gem. §§ 812 ff. BGB kann nur bei entsprechendem Schutzbedürfnis bejaht werden, insb. Rückabwicklungsansprüche sind hier zu betrachten. Diese Haftung ist im Gegensatz zur Nichtleistungskondiktion (§ 812 I 1 Alt. 2 BGB), bei der Leistungskondiktion (§ 812 I 1 Alt. 1 BGB) einschlägig, da nur hier ein rechtsgeschäftlicher Kontakt stattgefunden hat und somit ein schutzwürdiges Interesse besteht.³⁶

Bei der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) scheidet die Haftung der Handelnden aus, da die Rechtsfolgen der GoA unabhängig vom Willen der Beteiligten eintreten, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.³⁷

Ansprüche aus *culpa in contrahendo* sind als schutzwürdig einzustufen, somit ist die Haftung aus § 11 II GmbHG zu bejahen.³⁸

Im Deliktsrecht besteht kein Grund für eine Anwendung der Handelndenhaftung, da sich unmittelbar ein Anspruch aus §§ 823 ff. BGB ergibt.³⁹

Demzufolge kann die Haftung neben vertraglichen Ansprüchen insbesondere auf Grundlage der Leistungskondiktion und c. i. c. bestehen.

³¹ Michalski/Funke, GmbHG (2010), § 11 Rn. 74 f.

³² Ulmer/Habersack, GmbHG (2013), § 11 Rn. 23a; Scholz Schmidt, GmbHG (2012), § 11 Rn. 176.

³³ Klein (1993), S. 33 ff.

³⁴ Klein (1993) S. 34 ff.

³⁵ Steinberg (2000), S. 291 ff.

³⁶ Klein (1993), S. 35 ff.

³⁷ Klein (1993), S. 35 ff.

³⁸ Klein (1993), S. 35 ff.

³⁹ Klein (1993), S. 35 ff.

2. Eingrenzung des zeitlichen Haftungsrahmens

Nach dem Wortlaut greift der Haftungsrahmen der Handelnden zu jeder Zeit vor der Eintragung in das Handelsregister. Es wäre somit nicht nur das Stadium der Vor-GmbH, sondern auch der Vorgründungsgesellschaft, umfasst. Hiervon hat der BGH 1984 Abstand genommen⁴⁰ und die Handelndenhaftung auf die Vor-GmbH beschränkt.⁴¹

Besonders problematisch waren – vor allem im letzten Jahrhundert hinsichtlich der Publizität der Gesellschaft – Unsicherheiten, die dadurch entstanden sind, dass zwischen der Eintragung und der Mitteilung des Registergerichts *geraume Zeit* vergehen konnte.⁴² Exemplarisch haben die Eintragungsverfahren der Registergerichte in Schleswig-Holstein in den vierziger bis sechziger Jahren in einem Fünftel der Fälle mehr als ein halbes Jahr gedauert.⁴³ Neben den dogmatischen Schwächen dieser Gesetzeslage gab es vor allem auch die praktischen Probleme. Bei Sachgründungen kam und kommt es noch immer regelmäßig zu der Überbewertung der Sacheinlagen. Insb. eine solche Beanstandung führt zu einer Eintragungsverzögerung, welche das zeitliche Ausmaß der Handelndenhaftung deutlich macht.⁴⁴ Festzustellen ist grundsätzlich, dass Bargründungen wesentlich zügiger vollzogen werden als Sachgründungen.⁴⁵

Somit kann davon ausgegangen werden, dass die Argumentationen für die einzelnen Stadien nicht komplett durchdacht sind. Begründung für das Ende der Vor-GmbH ist die Rechtssicherheit der Gläubiger. Diese Rechtssicherheit war jedoch erst ab der Veröffentlichung gegeben. Es ist somit insb. bei Sachgründungen der Zeitraum zwischen Anmeldung und Eintragung zu beachten.

3. Merkmal der solidarischen Haftung

Das Merkmal der solidarischen Haftung ist gleichbedeutend mit der aus dem BGB bekannten Gesamtschuldnerhaftung (§ 421 BGB). Die unterschiedliche Benennung ist auf das Alter des GmbHG (Inkrafttreten 1892) zurückzuführen, da dieses etwas jünger als das BGB (Inkrafttreten 1900) ist.⁴⁶

4. Bedeutung im Namen der Gesellschaft

Hinsichtlich der Auslegung des Merkmals *im Namen der Gesellschaft* herrscht Uneinigkeit. Eine Minderansicht, vertreten teilweise in Rechtsprechung und Lehre, argumentiert, dass ausdrücklich im Namen der *künftigen* GmbH gehandelt werden müsste. Ein Handeln im Namen der Vor-GmbH wäre nicht haftungsbegründend. Die h. M. verweist auf die Identitätslehre, deshalb sei es nicht von Belang, ob man im Namen der Vor-GmbH oder der künftigen GmbH rechtsgeschäftlich auftritt, beide Vorgehensweisen seien für ein und dieselbe Gesellschaft.⁴⁷

⁴⁰ BGH, Urteil vom 07.05.1984, II ZR 276/83, BGHZ 91, 148.

⁴¹ Grottko (1992), S. 138 f.

⁴² Tiefel (2005) S. 23 ff.

⁴³ Klein (1993), S. 2 f.

⁴⁴ Klein (1993), S. 3 f.

⁴⁵ Ulmer/Ulmer, GmbHG (2013), § 11 Rn. 15 f.

⁴⁶ Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG (2012), § 11 Rn. 26.

⁴⁷ Steinberg (2000), S. 296 ff.

Es sind an dieser Stelle folglich keine engen Kriterien anzulegen, von Bedeutung ist die Erkennbarkeit, dass rechtsgeschäftlich im Namen der (Vor-) GmbH gehandelt wurde.

III. Systematische Auslegung

Da nach der Wortlautauslegung zunächst kein zeitlicher Beginn der Handelndenhaftung ersichtlich ist, lässt sich dieser mittels systematischer Auslegung gut festlegen:

Die restriktive Auslegung des § 11 II GmbHG und damit die Nichtanwendbarkeit der Vorschrift für Rechtsverhältnisse des Vorgründungsstadiums begründet sich mit dem Vorrang der allgemeinen Grundsätze für die Haftung von Gesellschaft und Gesellschaftern. Ihrer Rechtsnatur nach ist die Vorgründungsgesellschaft eine GbR. In ihrem rechtsdogmatischen Verständnis gilt für beide Gesellschaften das Gesamthandprinzip, womit auch die Haftungsverhältnisse auf dieser Grundlage beruhen. Die Handelndenhaftung begegnet damit in dem Zeitraum vor Abschluss des notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrags systematischen Bedenken und ist somit über diese Auslegung nicht anwendbar.⁴⁸ Auch über die Systematik lässt sich ermitteln, dass die Handelndenhaftung erst mit Beurkundung Gesellschaftsvertrages beginnt.

IV. Historische Auslegung

1. Strafcharakter der Handelndenhaftung

Wer im Namen der (Vor-) GmbH eine Verbindlichkeit eingegangen ist, konnte über die Handelndenhaftung belangt werden; diese Haftung hatte eine Art Strafcharakter, da das Vorbelastungsverbot galt. Durch das Grundsatzurteil des BGH aus dem Jahre 1981 wurde diese Charakteristik jedoch aufgegeben.⁴⁹ Eine Vor-GmbH werde durch Geschäfte, die ihr Geschäftsführer mit Ermächtigung aller Gesellschafter im Namen der Gesellschaft abschließt, auch verpflichtet, wenn nach der Satzung nur Bareinlagen vereinbart sind. Rechte und Pflichten aus solchen Geschäften gehen mit der Eintragung der GmbH voll auf diese über. Außerdem wurde in diesem Urteil der Vor-GmbH bereits die Komplementärfähigkeit zugesprochen.⁵⁰ Seit diesem Urteil ist es möglich, Verbindlichkeiten im Namen der Vorgesellschaft wirksam einzugehen.

Der Entscheidung BGHZ 80, 129 vorausgegangen war der Entschluss des Gesetzgebers, selbst keine Neuregelung vorzunehmen, sondern die Klärung dieses Problems der Rechtsprechung und Wissenschaft zu überlassen.⁵¹

2. Konsequenzen des gesetzgeberischen Entschlusses zur Untätigkeit

Zu diesem Zeitpunkt gab es bereits eine lang anhaltende Kritik des Schrifttums an der damaligen Rechtslage.⁵² Darüber hinaus wurde die Ablehnung einer gesetzlichen

⁴⁸ Grottko (1992) S. 144.

⁴⁹ BGH, Urteil vom 09.03.1981, II ZR 54/80, BGHZ 80, 129.

⁵⁰ Scholz/Schmidt, GmbHG (2012), § 11 Rn. 182.

⁵¹ Scholz/Schmidt, GmbHG (2012), § 11 Rn. 182.

⁵² Tiefel (2005), S. 24 f.

Neuregelung mit andere(n) wichtige(n) Vorhaben⁵³ des Bundestags begründet. Der Gesetzentwurf sah seinerzeit folgende *Regelungen* vor:

§ 22 *Handeln im Namen der Gesellschaft vor der Eintragung*

(1) (...) *Wer vor Eintragung der Gesellschaft in ihrem Namen handelt, haftet persönlich (...).*

(2) *Übernimmt die Gesellschaft eine vor ihrer Eintragung in ihrem Namen eingegangene Verpflichtung durch Vertrag (...) so bedarf es (...) der Zustimmung des Gläubigers nicht, wenn die Schuldübernahme binnen drei Monaten nach der Eintragung (erfolgt...) und dem Gläubiger (...) oder dem Schuldner mitgeteilt wird.*

(3) *Verpflichtungen aus nicht im Gesellschaftsvertrag festgesetzten Verträgen (...) kann die Gesellschaft nicht übernehmen.*⁵⁴

Dieser Gesetzentwurf stellt im Grundsatz auf die Kontraktion mit dem Handelnden selbst ab. Er kann davon grundsätzlich nur mit Zustimmung des Vertragspartners entbunden werden. Ausnahmen sind dann vorgesehen, wenn die eingetragene Gesellschaft in einem Zeitraum von drei Monaten die Schuldübernahme dem Vertragspartner mitteilt. Außerdem ist ein Übernahmeverbot für Verpflichtungen vorgesehen, welche im Gesellschaftsvertrag nicht bestimmt sind.

Durch die Verabschiedung dieses Entwurfs hätte der Gesetzgeber die Rechtsprechungsentwicklung bis hin zu einer restriktiven Auslegung der Handelndenhaftung unmöglich gemacht, da solch konkrete Bestimmungen die Auslegung deutlich eingeschränkt hätten. Es wären dauerhaft Vorgesellschaften durch dieses persönliche Haftungsrisiko i. V. m. der Gründungsdauer vom Geschäftswesen abgehalten gewesen. Durch die Entwicklung der Rechtsprechung ist ein Tätigwerden in deutlich haftungsverringertem Rahmen möglich. Insb. erscheint der jetzige Umfang passender, da der Handelnde, obwohl er im Auftrag der Gründer und mit Festlegung im Gesellschaftsvertrag tätig wird, laut Entwurf privat haftbar gemacht wird. Dieses Ausmaß steht allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen entgegen und ist somit abzulehnen. Eine mögliche Rechtfertigung zugunsten des Gläubigerschutzes wird abgelehnt, da die Gründer bereits ein Haftungskapital zur Verfügung stellen, es ist nur noch nicht im Handelsregister publiziert.

3. Grundsatzurteil zur Gründerhaftung

1997 hat der BGH ein Grundsatzurteil zur Gründerhaftung gefällt.⁵⁵ Die Verlustdeckungshaftung sieht vor, dass die Gesellschafter für die Differenz zwischen Einlagebetrag und tatsächlich zur Zeit der Eintragung vorhandenem Kapital aufkommen. Es handelt sich jedoch nach der h. M. um eine reine Innenhaftung,⁵⁶ die Gegenansicht argumentiert für eine unbeschränkte Außenhaftung der Gesellschafter.⁵⁷ Eine unbeschränkte Außenhaftung der Gesellschafter komme nur bei der unechten Vor-GmbH in Betracht.⁵⁸ Die Literatur plädiert teilweise für eine akzessorische Haftung nach § 128 HGB analog, da eine unnötige Kompliziertheit der Durchsetzung der

⁵³ BT-Drucksache 8/1347, S. 27.

⁵⁴ BT-Drucksache 7/253, S. 8 f.

⁵⁵ BGH, Urteil vom 27.01.1997, II ZR 123/94, BGHZ 134, 333.

⁵⁶ *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG (2013), § 11 Rn. 25.

⁵⁷ *Tiefel* (2005) S. 27; *Scholz/Schmidt*, GmbHG (2012), § 11 Rn. 82.

⁵⁸ *Weiland* (2006), Rn. 0543 ff.

Gläubigeransprüche so vermieden werden könne.⁵⁹ *Roth* vertritt die Auffassung, dass sich Außen- und Innenhaftung nicht automatisch gegenseitig ausschließen, spricht sich demnach gegen das Urteil des BGH aus.⁶⁰

Die Haftung nach § 128 HGB analog ist abzulehnen, denn eine unbeschränkte Außenhaftung kann es nur geben, wenn es sich um eine unechte Vor-GmbH handelt. Dies unterstreicht auch § 93 InsO, der vorsieht, dass nur der Insolvenzverwalter die persönliche Haftung eines Gesellschafters geltend machen kann. Außerdem wurde die Vorgesellschaft in dem Urteil BGHZ 134, 333 als Rechtsträgerin bejaht und die Kontinuität der Rechtsverhältnisse klargelegt.⁶¹ Das Modell der unbeschränkten Außenhaftung gilt nur bei der Einpersonen-Vor-GmbH.⁶²

4. Anwendbarkeit der Falsus-procurator-Haftung

Wäre es nach dem früheren Verständnis der Handelndenhaftung gar nicht zur Eintragung der GmbH gekommen, so hätte man die Falsus-procurator-Haftung gem. § 179 BGB analog angewendet, da man eine nicht existente Gesellschaft vertreten hätte. Diese Argumentation ist heute abzulehnen, da in jedem Fall eine Gesellschaft existent ist.⁶³ § 179 BGB ist jedoch anwendbar, wenn im Stadium der Vorgründungsgesellschaft im Namen der GmbH i. G. oder der GmbH eine rechtsgeschäftliche Handlung vorgenommen wird. Eine solche erlangt erst Wirksamkeit mit ihrer Genehmigung.⁶⁴ Es gilt die Haftung nach den allgemeinen Rechtsscheingrundsätzen.⁶⁵ Der Handelnde haftet als Vertreter ohne Vertretungsmacht, wenn er ohne Einwilligung der Gründer ein Rechtsgeschäft tätigt und die Genehmigung ausbleibt.

V. Teleologische Auslegung

1. Sinnhaftigkeit des Vorbelastungsverbots

Sinn und Zweck des Vorbelastungsverbots war die Unversehrtheit des Garantiekapitals zum Zeitpunkt der Eintragung; jeder Gläubiger sollte sich sicher sein, dass die benannte Kapitaleinlage auch tatsächlich vorhanden ist.⁶⁶ Hierbei wird auch von der sog. Sicherungsfunktion⁶⁷ oder Ausgleichsfunktion gesprochen. Darüber hinaus kommt die sog. Druckfunktion in Betracht. Diese soll die Handelnden dazu bringen, die Organe der Vorgesellschaft unter Druck zu setzen, die Eintragung zügig abzuwickeln.⁶⁸

Der Argumentation der Druckfunktion ist jedoch nicht zu folgen. Der Druck ist als Nebeneffekt einzustufen und damit erfüllt die Norm nicht den Zweck, die Handelnden Druck auf die Gesellschafter ausüben zu lassen. In der Literatur herrschen Bedenken

⁵⁹ *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG (2012), § 11 Rn 19.

⁶⁰ *Roth* in Roth/Altmeppen, GmbHG (2012), § 11 Rn. 55 f.

⁶¹ Scholz/*Schmidt*, GmbHG (2012), § 11 Rn. 5.

⁶² Michalski/*Funke*, GmbHG (2010), § 11 Rn. 77.

⁶³ *Steinberg*(2000), S. 269 ff.

⁶⁴ Scholz *Schmidt*, GmbHG (2012), § 11, Rn. 21.

⁶⁵ *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG (2012), § 11 Rn. 10.

⁶⁶ *Tiefel* (2005), S. 25.

⁶⁷ *Steinberg* (2000), S. 266 ff.

⁶⁸ *Steinberg* (2000), S. 273.

an der Geeignetheit dieses Mittels, da die Gründer nach der h. L. gar nicht als Handelnde zu qualifizieren seien. Dies laufe dem Normzweck zuwider.⁶⁹ Sinnvoller sei es, ausschließlich die Gründer in die Haftung zu nehmen, da diese das Haftungskapital zur Verfügung zu stellen haben.⁷⁰

2. Erlöschen der Handelndenhaftung

Die Handelndenhaftung erlischt nach allgemeiner Auffassung im Zeitpunkt der Eintragung, da ab diesem Moment *diese* Haftung entbehrlich ist;⁷¹ die Kapitalgesellschaft ist errichtet und damit haftet im Grundsatz nur noch das Kapital. Würde die Haftung der Handelnden fortbestehen, hätten die Altgläubiger eine Bevorzugung gegenüber Neugläubigern, da erstere mehrere Haftungsquellen zur Verfügung hätten, während Neugläubiger nur mit dem Kapital befriedigt werden könnten.⁷²

3. Anzweiflung der Sinnhaftigkeit der Handelndenhaftung

Immer noch wird von Teilen der Literatur der Sinn der Handelndenhaftung insgesamt in Frage gestellt und für unanwendbar erklärt.⁷³ Der eigentliche Strafcharakter, welcher im Widerspruch zur Notwendigkeit des Gründungsstadiums steht, ist längst aufgehoben und durch die Verlustdeckungshaftung der Gesellschafter besteht auch kein Grund zur Befürchtung, die noch nicht gegründete GmbH könnte bei Eintragung bereits unterkapitalisiert sein.⁷⁴ Außerdem besteht seitens der Gesellschafter keine Notwendigkeit zum Schutz gegenüber den Handelnden, da diese zu ihren Handlungen autorisiert sind.

Steinberg vertritt die Auffassung, § 11 II GmbHG ersatzlos zu streichen und bis zum Tätigwerden der Legislative die Norm in Bezug auf den zeitlichen, sachlichen und subjektiven Anwendungsbereich restriktiv auszulegen.⁷⁵

C. Die Haftungsvermeidung

I. Grundsätzliches

Die Handelndenhaftung stellt im GmbH-Gründungsrecht eine Außenhaftung – im Gegensatz zum GmbH-Recht – dar.⁷⁶ Eine Haftung kommt vor allem dann in Betracht, wenn die GmbH noch nicht entstanden ist, überhaupt nicht entsteht, die Verbindlichkeit nicht von der GmbH übernommen wird, weil die Vorgesellschaft nicht wirksam begründet wurde oder weil die Rechtsform nicht korrekt offen gelegt wurde.⁷⁷ Die Haftung erlischt dadurch, dass die GmbH im Handelsregister eingetragen ist.

⁶⁹ *Klein* (1993), S. 19 ff.

⁷⁰ *Klein* (1993), S. 23.

⁷¹ *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff, GmbHG* (2012), § 11 Rn. 29 f.

⁷² *Grottko* (1992), S. 142 ff.

⁷³ *Klein* (1993), S. 17 ff.

⁷⁴ *Klein* (1993), S. 19.

⁷⁵ *Steinberg* (2000), S. 277 ff.

⁷⁶ *Tiefel* (2005), S. 145.

⁷⁷ *Roth* in *Roth/Altmeyden, GmbHG* (2012), § 11 Rn. 33 f.

Eine Beschränkung der Haftung auf die Verlustdeckungshaftung der Gesellschafter ist nur möglich, wenn mit Scheitern der Eintragung die Geschäftstätigkeit unverzüglich eingestellt wird. Geschieht dies nicht, finden die personengesellschaftlichen Haftungsregeln entsprechend Anwendung. Die Berufungsinstanz hatte in dem zitierten Urteil (BGH NJW 2000, 2285) das Fortbestehen der Verlustdeckungshaftung zugelassen, der BGH sieht hierin jedoch durch die Haftungsprivilegierung eine neue Gesellschaftsform, welche es zu vermeiden gilt.⁷⁸

Wenn die GmbH nicht wie ursprünglich vorgesehen entsteht, gilt die persönliche Haftung der Handelnden; zur Haftungsvermeidung sind folglich Geschäfte zu unterlassen. Besonderes kann für ausländische Kapitalgesellschaften, wie der englischen Limited, gelten, sowie beim Eintritt eines Insolvenzgrundes.

II. Analoge Handelndenhaftung im europarechtlichen Kontext

Der BGH hat sich 2005 mit einer möglichen analogen Handelndenhaftung auseinandergesetzt.⁷⁹ Hierbei agierte eine englische *private limited company* mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland. Das Insolvenzverfahren wurde mangels Masse bereits abgelehnt. Der Gläubiger nimmt den Gesellschafter-Geschäftsführer als persönlich Handelnden gem. § 11 II GmbHG analog in Anspruch, da die Ltd. ihren ausschließlichen Verwaltungssitz in Deutschland hat. Eine Handelsregisteranmeldung erfolgte nicht. Grundsätzlich gelte innerhalb der EU die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49 AEUV (ex Art. 43 EG). Aus dieser ergebe sich, dass Rechts- und Parteifähigkeit einer Gesellschaft in einem anderen Mitgliedsland der EU nicht abgesprochen werden dürften.⁸⁰ Ausnahmen gebe es bei zwingenden Gründen des Gemeinwohls. Die ersten beiden Instanzen bejahten diese Ausnahmen, da der Gläubigerschutz überwiege und aufgrund fehlender Eintragung in das Handelsregister eine persönliche Haftung des Handelnden angebracht wäre. Außerdem wurde eine missbräuchliche Ausnutzung anderer Rechtssysteme festgestellt.

Der BGH revidierte die Urteile der Vorinstanzen. Zum einen gebe es einen Missbrauch nicht schon dadurch, eine Gesellschaftsform eines ausländischen Rechtssystems zu gründen, die Lauterkeit des Handelsverkehrs bliebe somit erhalten. Zum anderen stehe dem auch nicht die fehlende Eintragung im Handelsregister entgegen, welche seinerzeit durch ein Zwangsgeld hätte umgesetzt werden müssen. Eine Behinderung der durch den Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit, die bspw. durch Mindestkapital oder persönliche Haftung bestehe, sei nicht gerechtfertigt. Damit liegt eine inhaltliche Übereinstimmung der BGH-Rechtsprechung mit *Bayer* vor.⁸¹

⁷⁸ BGH, Urteil vom 04.11.2002, II ZR 204/00, NJW 2000, 2285.

⁷⁹ BGH, Urteil vom 14.05.2005, II ZR 5/03, NJW 2005, 1648.

⁸⁰ Vgl. EuGH, 5.11.02, Rs. C-208/00 „Überseering“, NJW 2002, 3614.

⁸¹ *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG (2012), § 11 Rn. 25.

D. Die Konstellation der Haftung in der Insolvenz

I. Insolvenzgründe und -verfahren

Gerät eine Gesellschaft in die Insolvenz, entweder durch Überschuldung oder (drohende) Illiquidität, §§ 16 ff. InsO,⁸² gibt es nach Stellung des Eröffnungsantrags beim zuständigen Insolvenzgericht mehrere Varianten der Handhabung mit der Gesellschaft.

1. Ablehnung mangels Masse

Die Vor-GmbH wird durch rechtskräftige Ablehnung des Insolvenzgerichts mangels Masse (§ 26 InsO) liquidiert, §§ 60 I Nr. 3 ff., 61 GmbHG. Hier hat sich der Geschäftsführer zur Vermögenslage zu erklären.

2. Funktionen des Liquidators

In der Regel sind die Geschäftsführer der Vor-GmbH die Liquidatoren. Der Liquidator verteilt im Rahmen einer Abwicklung die Vermögenswerte an die Gläubiger. Er wird im Gegensatz zum Insolvenzverwalter nicht von Amts wegen bestellt, sondern es ist die Satzung der Gesellschaft anwendbar oder es bedarf eines Gesellschaftsbeschlusses. Nach h.M. gelten nicht die insolvenzrechtlichen Grundsätze.⁸³ Die Vorschriften über die Liquidatoren, § 66 GmbHG, und deren Befugnisse, §§ 68 ff. GmbHG, sowie über deren Anmeldung, § 67 GmbHG, sind zu beachten⁸⁴ (letztere Vorschrift entfällt bei der Vor-GmbH, da eine Anmeldung eines Liquidators ins Handelsregister ohne die Eintragung der Gesellschaft nicht möglich ist).⁸⁵ Der Liquidator unterscheidet sich in seinen Aufgaben in folgenden Punkten von einem Geschäftsführer: Er ist nicht auf unbestimmte Zeit bestellt, sondern nur für die Aufgabe, die Gesellschaft aufzulösen. Außerdem hat er nicht die Geschäfte zu führen, sondern das Vermögen zu veräußern. Darüber hinaus ist seine Tätigkeit nicht zukunftsorientiert, da er die Gesellschaft zerschlägt. Die Abberufung des Liquidators bedarf nicht eines wichtigen Grundes.⁸⁶ Der Liquidator hat dafür zu sorgen, dass die Firma fortan den Zusatz *i. L.* trägt.⁸⁷

Erfolgt die Bestellung eines Liquidators gerichtlich, kann nur das Gericht und nur aus wichtigem Grund eine Abberufung vornehmen, vgl. § 66 III GmbHG.⁸⁸ Als solche Gründe gelten die Gefährdung eines ordnungsgemäßen, reibungslosen und ungestörten Ablaufs der Abwicklung, Misstrauen gegen die Überparteilichkeit des Liquidators, Unfähigkeit und schwer wiegende Pflichtverletzungen.⁸⁹

⁸² Holzborn/v. Vietinghoff (2013), Rn. 36 ff.

⁸³ Eller (2012), Rn. 16 ff.

⁸⁴ Eller (2012), Rn. 70.

⁸⁵ Eller (2012), Rn. 136.

⁸⁶ Eller (2012), Rn. 72 ff.

⁸⁷ Eller (2012), Rn. 94.

⁸⁸ Eller (2012), Rn. 81.

⁸⁹ Eller (2012), Rn. 84 ff.

3. Das Regelinsolvenzverfahren

Das Regelinsolvenzverfahren wird gem. § 27 InsO eröffnet und die Gesellschaft liquidiert oder veräußert. Bei einer Veräußerung liegt für den Erhalt des Unternehmens der Vorteil darin, dass der Investor nur die Aktiva übernimmt. Passiva verbleiben bei der Insolvenzschuldnerin und werden im Rahmen des Insolvenzverfahrens abgewickelt.⁹⁰ Es besteht für einen Zeitraum von bis zu drei Monaten außerdem die Möglichkeit, die Lohn- und Gehaltskosten (Insolvenzausfallgeld) über die Bundesagentur für Arbeit zahlen zu lassen, um Liquidität herzustellen. Da dieses Geld meist rückwirkend ausgezahlt wird und die Arbeitnehmer auf regelmäßige Zahlungen angewiesen sind, hat sich in der Praxis Folgendes etabliert:⁹¹

Die Arbeitnehmer treten ihre Forderungen gegenüber der Bundesagentur für Arbeit auf den Insolvenzverwalter ab. Im Gegenzug sorgt der Insolvenzverwalter mittels Darlehen bei einem Kreditinstitut für die regelmäßigen Gehaltszahlungen.⁹²

4. Aufgaben des Insolvenzverwalters

Der Insolvenzverwalter erlangt mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das gesamte Vermögen des Schuldners, vgl. § 80 InsO. Er erstellt gem. § 151 InsO ein Verzeichnis über die Massegegenstände, welches später zusammen mit dem Gläubigerverzeichnis die Vermögensübersicht darstellt (§§ 152 f. InsO). Es obliegt dem Insolvenzverwalter, den Geschäftsbetrieb einzustellen und zu zerschlagen, fortzuführen, zu veräußern oder das Verfahren mit einem Insolvenzplan zu beenden.⁹³

5. Möglichkeiten im Insolvenzplanverfahren

Das Unternehmen wird durch einen Insolvenzplan saniert, vgl. §§ 217 ff. InsO. Annahme und Bestätigung sind in §§ 235 ff. InsO und die Wirkung des Plans inklusive Überwachung der Planerfüllung in §§ 254 ff. InsO geregelt. Voraussetzung für das Insolvenzplanverfahren ist die Zustimmung der Gläubigerversammlung.⁹⁴

Im Insolvenzplanverfahren gibt es drei Varianten der Planerstellung: Den Liquidationsplan, den Sanierungsplan und den Übertragungsplan.

Der Liquidationsplan sieht die Auflösung des Unternehmens vor, die vorübergehende Fortführung ist jedoch möglich. Durch den Sanierungsplan wird die Fortführung des Unternehmens unter Beibehaltung des alten Unternehmensträgers bezweckt. Regelmäßig werden Regelungen zum Erlass oder zur Stundung der Altverbindlichkeiten getroffen.⁹⁵

Mit dem Übertragungsplan wird die Übernahme eines Dritten beabsichtigt. Es ist außerdem möglich, weitere Mischformen zu planen.⁹⁶

⁹⁰ Holzborn/v. Vietinghoff (2013), Rn. 10 ff.

⁹¹ Holzborn/v. Vietinghoff (2013), Rn. 6 ff.

⁹² Holzborn/v. Vietinghoff (2013), Rn. 6 ff.

⁹³ Holzborn/v. Vietinghoff (2013), Rn. 1 ff.

⁹⁴ Holzborn/v. Vietinghoff (2013), Rn. 13 ff.

⁹⁵ Holzborn/v. Vietinghoff (2013), Rn. 13 ff.

⁹⁶ Holzborn/v. Vietinghoff (2013), Rn. 13 ff.

6. Eigenverwaltung, Schutzschirmverfahren und Sachwalter

Auf Antrag besteht die Möglichkeit, die Unternehmenssanierung in Eigenverwaltung unter einem Schutzschirm durchzuführen, vgl. 270 ff. InsO. Der wesentliche Unterschied zu dem bereits genannten Verfahren besteht darin, dass die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis bei der Schuldnerin verbleibt. Voraussetzung ist selbstverständlich, dass die angestrebten Sanierungsmaßnahmen nicht offensichtlich aussichtslos sind. Hier wird ein Sachwalter zur Seite gestellt (§ 270c InsO), welcher gem. § 274 II InsO die wirtschaftliche Lage zu prüfen und die Geschäftsführung zu überwachen hat.⁹⁷

7. Einordnung der Vor-GmbH in die Insolvenz

Grundsätzlich wird eine Vor-GmbH im Falle der Insolvenz wie eine GmbH behandelt, die Verfahrenseröffnung richtet sich nach § 11 I InsO.⁹⁸ Im Rahmen der unbeschränkten Innenhaftung der Gesellschafter (Verlustdeckungshaftung) werden Schadensersatzansprüche gem. § 80 InsO vom Insolvenzverwalter geltend gemacht.⁹⁹ Festzustellen ist nach diesem Haftungsmodell, dass eine Überschuldung aus bilanzieller Sicht ausgeschlossen ist, da sich die Forderungen auf der Aktivseite gegenüber den solventen Gesellschaftern durch die Nachschussverpflichtung automatisch erhöhen würden, wenn die Verbindlichkeiten in den Passiva steigen.¹⁰⁰ Eine Vermögenslosigkeit ist folglich bei solventen Gesellschaftern ausgeschlossen.¹⁰¹ Die Illiquidität ist damit der i. d. R. anzunehmende Insolvenzgrund.

E. Der Tatbestand der Insolvenzverschleppung für juristische Personen

I. Zivilrechtliche Auseinandersetzung

§ 15a InsO wurde im Rahmen des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) in die Insolvenzordnung im Jahr 2008 eingefügt. Der Regelungsgehalt fand sich vorher im Wesentlichen in den jeweiligen Gesetzen der unterschiedlichen Gesellschaftsformen wieder.¹⁰² Ziel des MoMiG war eine rechtsformneutrale Regelung, damit auch eine Anwendung auf Gesellschaften nach nicht deutschem Recht mit Sitz in Deutschland möglich ist.¹⁰³ Grundlage der Norm ist § 43 GmbHG, welcher den Geschäftsführer einer GmbH dazu verpflichtet, die wirtschaftliche Lage des Unternehmens als ordentlicher Kaufmann laufend zu beobachten und dabei insb. die Vermögensverhältnisse im Blick zu haben.¹⁰⁴ Grundsätzliches Ziel dieser Norm ist die rechtzeitige Einleitung des Insol-

⁹⁷ Holzborn/v. Vietinghoff (2013), Rn. 23 ff.

⁹⁸ Geißler (2009), S. 52 ff.

⁹⁹ Schult (2009), S. 89 ff.

¹⁰⁰ Tiefel (2005), S. 142.

¹⁰¹ Roth in Roth/Altmeppen, GmbHG (2012), § 11 Rn 56.

¹⁰² MünchKommInsO, Klöhn (2013), § 15a Rn. 2.

¹⁰³ MünchKommInsO, Klöhn (2013), § 15a Rn. 3.

¹⁰⁴ Hess, InsO (2013), § 15a Rn. 2.

venzverfahrens,¹⁰⁵ während der Schutzbereich neben dem Allgemeininteresse insb. den Gläubigern dient.¹⁰⁶

1. Geltungsbereich des § 15a InsO

Der Geltungsbereich umfasst neben der GmbH die aufgelöste GmbH, die Vor-GmbH, wenn sie nicht in eine oHG oder GbR umgewandelt wurde, die AG, KGaA, Genossenschaft, UG, KG & Co. KG, GmbH & Co. KG, Stiftung & Co. KG, den VVaG, die atypische GbR (ohne natürliche Person) u.ä.¹⁰⁷

In mehrstöckigen Gesellschaftskonstruktionen, den sog. Schachtelkonstruktionen,¹⁰⁸ entfällt die Antragspflicht nur, wenn eine natürliche Person unbeschränkt in der Haftung steht.¹⁰⁹ Außerdem gilt die Norm für die spezialgesetzlich geregelten Insolvenzantragsverpflichteten, wie den nicht rechtsfähigen Verein¹¹⁰, die insolvenzfähigen Körperschaften des öffentlichen Rechts, die fortgesetzte Gütergemeinschaft, die Erben, den Nachlassverwalter, die EWiV, die europäischen Gesellschaften und diverse ausländischen Gesellschaften mit Niederlassung in Deutschland.¹¹¹ Außerdem sind Spezialvorschriften im Gesetz über das Kreditwesen bei der Aufsicht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht unterliegenden Institute der Kredit-/Finanzdienstleistungen, der Bausparkassen und Versicherungsunternehmen zu beachten.¹¹²

Umstritten ist, in welchen Fällen ausländischer Gesellschaften die Norm und insb. auch deren strafrechtliche Sanktionierung einschlägig ist. *Mitter* zweifelt an diesem Punkt die Tatbestandsbestimmtheit an.¹¹³ Nach der Auffassung von *Linker* ist bei ausländischen Gesellschaften der tatsächliche Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen in Deutschland zwingend Voraussetzung für die Insolvenzantragspflicht.¹¹⁴ Es müssen demnach deutsche Gerichte international für die Insolvenzeröffnung zuständig sein, vgl. Art. 3 f. EulnsVO.¹¹⁵ Im Umkehrschluss ist zu berücksichtigen, dass auf deutsche Gesellschaften, die ihren Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen im Ausland haben, § 15a InsO nicht anwendbar ist.¹¹⁶

Klöhns Ansicht setzt nicht beim Insolvenzrecht, sondern beim Deliktsrecht an, was zur Folge hätte, dass das Recht einschlägig ist, in dem der Schaden entstanden ist. Der BGH hat sich zur Qualifikation des Deliktsrechts bisher nicht geäußert.¹¹⁷

¹⁰⁵ MünchKommInsO, *Klöhn* (2013), § 15a Rn. 7.

¹⁰⁶ MünchKommInsO, *Klöhn* (2013), § 15a Rn. 8 f.

¹⁰⁷ *Hess*, InsO (2013), § 15a Rn 7; *Braun/Bußhardt* (2014), InsO, §15a Rn. 8.

¹⁰⁸ *Kreft/Kleindiek* (2014), InsO, § 15a Rn. 4.

¹⁰⁹ *Kreft/Kleindiek* (2014), InsO, § 15a Rn. 3.

¹¹⁰ MünchKommInsO, *Klöhn*(2013), § 15a Rn. 33.

¹¹¹ *Hess*, InsO (2013), § 15a Rn. 8 ff.

¹¹² *Graf-Schlicker/Bremen*, InsO (2014), § 15a Rn. 4.

¹¹³ *Mitter* in *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, InsO (2012), § 15a Rn. 9.

¹¹⁴ *HambKommInsO*, *Linker* (2015), § 15a Rn. 4.

¹¹⁵ *Braun/Bußhardt*, InsO (2014), § 15a Rn. 10.

¹¹⁶ *Braun/Bußhardt*, InsO (2014), § 15a Rn. 42.

¹¹⁷ MünchKommInsO, *Klöhn* (2013), § 15a Rn. 51 ff.

Es wird der Einschlägigkeit des Insolvenzrechts gefolgt. Die Systematik sieht den Tatbestand in der Insolvenzordnung, womit die Anwendbarkeit des Deliktsrechts abzulehnen ist.

2. Geschützter Personenkreis

Geschützt werden soll durch die Norm der Kreis der Neu- und Altgläubiger. Ausgenommen sind jene Gläubiger, die nach Eröffnung des Verfahrens erst eine Rechtsbeziehung eingegangen sind.¹¹⁸

3. Verpflichtungen und Fristen zur Antragstellung

§ 15a I 1 InsO verpflichtet die Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Abwickler (Liquidatoren)¹¹⁹ einer juristischen Person zur Insolvenzantragstellung ohne schuldhaftes Zögern, jedoch spätestens nach drei Wochen ab Eintritt des Insolvenzgrundes. Erfolgt kein Antrag, machen sich die Vertreter schadensersatzpflichtig, dies gilt sowohl bei einem vorsätzlichen, als auch bei einem fahrlässigen Unterlassen.

Keine Verpflichtung zur Antragstellung existiert bei drohender Zahlungsunfähigkeit gem. § 18 InsO.¹²⁰ Die Dreiwochenfrist beginnt mit der Erkennbarkeit des Eintritts der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit.

Einige andere Auffassungen in der Literatur¹²¹ stellen auf das objektive Vorliegen des Insolvenzgrundes¹²² oder auf positive Kenntnis des Verpflichteten zur Antragstellung ab.¹²³

Andere Ansichten lehnen sich an die ältere Rechtsprechung an und schlagen vor, dass die Frist mit dem objektiven Eintritt des Insolvenzgrundes *und* der positiven Kenntnis des Geschäftsführers beginne – es sei denn, er verschließt sich böswillig dieser Kenntnis. Das öffentliche Interesse ist jedoch darüber zu stellen.¹²⁴

Nach *Kleindiek* beginne die Frist, wenn eine pflichtgemäße Prüfung der objektiv erkennbaren Anzeichen zu dem Schluss führt, dass ein Insolvenzgrund vorliegt.¹²⁵

Der Argumentation von *Kleindiek* ist zu folgen. Nicht erkennbare Anzeichen wären nicht zurechenbar, das Verschulden wäre nicht vorhanden. Ein pflichtwidriges Verhalten, insbesondere auch durch Unterlassen einer solchen Prüfung, hat zur Haftung zu führen.

4. Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit ist durch die Schutzgesetzverletzung indiziert, eine Rechtfertigung liegt außerhalb des Denkbaren, da selbst mit Zustimmung aller Altgläubiger eine Umgehung der Antragspflicht nicht möglich ist.¹²⁶

¹¹⁸ MünchKommGmbHG, *H.F. Müller* (2012), § 64 Rn. 179.

¹¹⁹ *Kreft/Kleindiek*, InsO (2014), § 15a Rn. 7.

¹²⁰ *HambKommInsO, Linker* (2014), § 15a Rn. 15.

¹²¹ *Scholz/K.Schmidt*, GmbHG (2012), § 64 Rn. 14.

¹²² *Braun/Bußhardt*, InsO (2014), § 15a Rn. 16.

¹²³ *HambKommInsO, Linker* (2014), § 15a Rn. 16.

¹²⁴ *Kreft/Kleindiek*, InsO (2014), § 15a Rn. 13.

¹²⁵ *Kreft/Kleindiek*, InsO (2014), § 15a Rn. 13.

5. Verschulden

Gegen das objektive Vorliegen als Fristbeginn für den Insolvenzantrag spricht das Verschuldenselement, wenn die Erkennbarkeit nicht gegeben ist. Auf die positive Kenntnis abzustellen beschränkt außerordentlich den Gläubigerschutz und verkennt den Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen Geschäftsführers. Beim Verschulden gilt die widerlegliche Vermutung zu Lasten des Geschäftsführers. Die Exkulpationspflicht kommt aus dem Rechtsgedanken der §§ 93 II 2 AktG, 130a III 2 HGB. Die Exkulpation ist nicht schon dadurch möglich, dass mit anderen Geschäftsführern eine Ressortaufteilung stattgefunden hat. Es gilt eine gegenseitige Beobachtungspflicht.¹²⁷ Allerdings werden die anderen Geschäftsführer durch Antragstellung irgendeines Geschäftsführers entlastet, solange der Antrag bis zur Verfahrenseröffnung nicht wieder zurückgenommen wird.¹²⁸

Zu beachten ist, dass es sich bei der Dreiwochenfrist um eine Höchstfrist handelt.¹²⁹ Es besteht seitens der Geschäftsführung keine Möglichkeit, die Sanierungsfrist durch Begründungen zu verlängern, der Antrag ist zwingend zu stellen.¹³⁰ Man kann somit von einer starren Grenze von drei Wochen und einer beweglichen Grenze, die unverzüglich beginnt, sprechen.¹³¹ Sollten keine ernsthaften Sanierungsmaßnahmen in Betracht kommen, ist unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern, der Insolvenzantrag zu stellen.¹³² Letztendlich kann aus der Haftungsperspektive der Antrag nur zu spät gestellt werden, die betriebswirtschaftlichen Interessen stehen oftmals subjektiv dagegen. Ein Insolvenzantrag bedeutet, wie bereits erläutert, nicht automatisch die Liquidation des Unternehmens.

6. Inhalt und Form des Insolvenzantrags

Für den Inhalt des Antrags gibt es in § 15a InsO keine ausdrücklichen Bestimmungen. In jedem Fall sollte der Eröffnungsgrund substantiiert dargelegt werden und es soll Fehlerfreiheit vorliegen. Darüber hinaus ist die Schriftform zu wahren.¹³³

7. Zustand der Führungslosigkeit

Bei Führungslosigkeit einer GmbH geht die Insolvenzantragspflicht auf die Gesellschafter über.¹³⁴ Hiermit wird dafür gesorgt, dass die Gesellschafter ihrer Pflicht zur Bestellung einer Geschäftsführung nachkommen oder alternativ die anfallenden Verpflichtungen selbst übernehmen.¹³⁵ Führungslosigkeit liegt vor, wenn die Gesellschaft keinen organschaftlichen Vertreter hat, vgl. §§ 10 II 2, 35 I 2 GmbHG.

¹²⁶ MünchKommInsO, *Klöhn* (2013), § 15a Rn. 169.

¹²⁷ Ulmer/*Casper*, GmbHG (2013), § 64 Rn. 141.

¹²⁸ Krefz/*Kleindiek*, InsO (2014), § 15a Rn. 8.

¹²⁹ Krefz/*Kleindiek*, InsO (2014), § 15a Rn. 12, 14.

¹³⁰ Hess, InsO (2013), § 15a Rn. 35 f.

¹³¹ MünchKommInsO, *Klöhn* (2014), § 15a Rn. 121.

¹³² HambKommInsO, *Linker* (2014), § 15a Rn. 17.

¹³³ Krefz/*Kleindiek*, InsO (2014), § 15a Rn. 15.

¹³⁴ MünchKommInsO, *Klöhn* (2014), § 15a Rn. 83.

¹³⁵ Braun/*Bußhardt*, InsO (2014), § 15a Rn. 24.

Gründe hierfür können insb. Tod des Geschäftsführers, Amtsniederlegung, Verlust der Organfähigkeit oder Abberufung sein.¹³⁶ Eine Unerreichbarkeit des Geschäftsführers führt nicht zur Führungslosigkeit.¹³⁷ Das gleiche gilt für einen unfähigen oder unwilligen Strohmann-Geschäftsführer,¹³⁸ welcher als rein formeller Geschäftsführer dennoch in der Antragspflicht steht.¹³⁹ Um eine Führungslosigkeit handelt es sich nach den Ansichten von *Mitter* und *Kleindiek*¹⁴⁰ auch nicht, wenn ein faktischer Geschäftsführer mit Einverständnis der Gesellschafter aktiv ist; die gleiche Auffassung vertritt *Hess*.¹⁴¹ Nach *Klöhn* sind bei einer faktischen Geschäftsführung sowohl der faktische Geschäftsführer, als auch die Gesellschafter in der Antragspflicht.¹⁴²

Mitter beschreibt eine Gegenansicht, die bei faktischer Geschäftsführung alleine die Gesellschafter in der Pflicht sieht.¹⁴³ Exkulpieren können sich Gesellschafter unter bestimmten Voraussetzungen: Eine Möglichkeit besteht bei Unkenntnis entweder über den Eintritt der Insolvenz *oder* über die Führungslosigkeit der Gesellschaft, vgl. § 15a III InsO.¹⁴⁴ Die Beweislast trägt hier der Antragsverpflichtete.¹⁴⁵

Eine vereinfachte Entschuldungsmöglichkeit besteht außerdem als Minderheitsgesellschafter, wenn der Anteil bei maximal 10 % liegt.¹⁴⁶ Dieses Kleinbeteiligungsprivileg ist jedoch nicht gesetzlich normiert.¹⁴⁷

Folgt man dem Wortlaut der Norm, nach dem es den faktischen Geschäftsführer nicht gibt, ist die Antragsberechtigung abzulehnen. Aus praktischer Sicht ist einem solchen jedoch zu raten, einen Insolvenzantrag zu stellen. Darüber hinaus sollten die Gesellschafter sich im Zweifel ihrer Insolvenzantragspflicht bewusst sein.

8. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand setzt eine Verletzung der Insolvenzantragspflicht voraus. Diese scheidet bei nachhaltiger Sanierung des Unternehmens aus, wenn es zu keinem Forderungsausfall kommt.¹⁴⁸ Diese Antragspflicht wurde durch das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen zum Begriff des Eröffnungsantrags hin korrigiert, da eine fehlende Definition Probleme in der Rechtspraxis zur Folge hätte.¹⁴⁹

¹³⁶ *Hess*, InsO (2013), § 15a Rn. 28.

¹³⁷ *Braun/Bußhardt*, InsO (2014), § 15a Rn. 23.

¹³⁸ *Kreft/Kleindiek*, InsO (2014), § 15a Rn. 17.

¹³⁹ *Hess*, InsO (2013), § 15a Rn. 23.

¹⁴⁰ *Kreft/Kleindiek* (2014), InsO, § 15a Rn. 10, 20.

¹⁴¹ *Hess*, InsO (2013), § 15a Rn. 17.

¹⁴² *MünchKommInsO*, *Klöhn* (2014), § 15a Rn. 75.

¹⁴³ *Mitter* in *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, InsO (2012), § 15a Rn. 12.

¹⁴⁴ *Kreft/Kleindiek*, InsO (2014), § 15a Rn. 21.

¹⁴⁵ *Braun/Bußhardt*, InsO (2014), § 15a Rn. 25.

¹⁴⁶ *Mitter* in *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, InsO (2012), § 15a Rn. 13 f.; BT-Drucksache 16/6140, S. 55.

¹⁴⁷ *Hess*, InsO (2013), § 15a Rn. 30.

¹⁴⁸ *MünchKommGmbHG*, *H.F. Müller* (2012), § 64 Rn. 180.

¹⁴⁹ *Mitter* in *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, InsO (2012), § 15a Rn. 16.

9. Subjektiver Tatbestand

Zur Erfüllung des subjektiven Tatbestands genügt nach ganz überwiegender Auffassung die einfache Fahrlässigkeit.¹⁵⁰ Auf die positive Kenntnis des Insolvenzauslösetatbestands komme es nicht an, sondern auf die objektive Erkennbarkeit. Es ist der Sorgfaltsmaßstab des sorgfältigen Geschäftsleiters anzulegen.¹⁵¹

10. Beweislast

Eine differenziertere Betrachtung ist bei der Beweislast angebracht. Die objektiven Tatbestandsmerkmale, insb. die der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit, sind von den Anspruchstellern zu beweisen. Liegt eine bilanzielle Überschuldung vor, hat der Geschäftsführer zu begründen, warum eine Geschäftsfortführung gerechtfertigt war.¹⁵² Hierzu wird regelmäßig zur Erstellung eines Gutachtens, welches der Exkulpation dient, durch einen Rechtsanwalt, Steuerberater oder ähnlich Sachkundigen angeraten. Außerdem hat der Geschädigte zu belegen, dass ein kausaler Schaden in Folge der Insolvenzverschleppung entstanden ist.¹⁵³

11. Quotenschaden und Stellung der Neu- und Altgläubiger

Die praktischen Probleme liegen darin, dass der Gläubiger den sog. Quotenschaden nicht feststellen kann, da ihm Daten fehlen. Hierzu ist jedoch der Insolvenzverwalter in der Lage, welchen eine Darlegungspflicht trifft.¹⁵⁴ Die Gläubiger sind nach der Differenzhypothese so zu stellen, als wäre der Insolvenzantrag pflichtgemäß gestellt worden.¹⁵⁵ Der Quotenschaden ist die Differenz aus tatsächlich erzielter Insolvenzquote und der Quote, die bei rechtzeitiger Verfahrenseinleitung erzielt worden wäre.¹⁵⁶ Bei der Berechnung ausgenommen sind Aussonderungs- und Absonderungsrechte. Dieser Anspruch gilt für alle Altgläubiger.¹⁵⁷

Neugläubiger bekommen seit der Grundsatzentscheidung BGHZ 126, 181 ff.¹⁵⁸ darüber hinaus den Vertrauensschaden erstattet, da ihnen ein negatives Interesse zugeschrieben wird.¹⁵⁹ Sie sollen so gestellt werden, als hätten sie mit einer zahlungsunfähigen oder überschuldeten Gesellschaft gar nicht kontrahiert.¹⁶⁰ Somit ist auch ein entgangener Gewinn ersatzfähig, vgl. § 252 BGB,¹⁶¹ insb. wenn er auf einem Vertrag beruht, welcher durch den anderen Vertragsschluss nicht zustande gekommen ist.¹⁶² Nach früherer Rechtsprechung des BGH wurde nicht zwischen Alt- und Neu-

¹⁵⁰ MünchKommGmbHG, *H.F. Müller* (2012), § 64 Rn. 181 f.

¹⁵¹ Ulmer/*Casper*, GmbHG (2013), § 64 Rn. 120.

¹⁵² Ulmer/*Casper*, GmbHG (2013), § 64 Rn. 139.

¹⁵³ MünchKommInsO, *Klöhn* (2014), § 15a Rn. 174; *Kreft/Kleindiek*, InsO (2014), § 15a Rn. 29.

¹⁵⁴ Ulmer/*Casper*, GmbHG (2013), § 64 Rn. 140.

¹⁵⁵ MünchKommInsO, *Klöhn* (2014), § 15a Rn. 181 ff., 206 ff.

¹⁵⁶ *Hess*, InsO (2013), § 15a Rn. 79 ff.

¹⁵⁷ MünchKommGmbHG, *H.F. Müller* (2012), § 64 Rn. 183.

¹⁵⁸ BGH, Urteil v. 06.06.1994, II ZR 292/91, BGHZ 126, 181.

¹⁵⁹ *Kreft/Kleindiek*, InsO (2014), § 15a Rn. 34.

¹⁶⁰ MünchKommGmbHG, *H.F. Müller* (2012), § 64 Rn. 184.

¹⁶¹ MünchKommInsO, *Klöhn* (2014), § 15a Rn. 234.

¹⁶² *Hess*, InsO (2013), § 15a Rn. 82 ff.

gläubigern unterschieden, was nur eine sehr geringe Disziplinierungswirkung nach sich zog. Auch die neue Rechtsprechung stützt ihre Argumentation hierauf.¹⁶³

Grundsätzlich richtet sich die Abgrenzung nach Entstehen des Anspruchs. Bei Dauer- schulverhältnissen kann der Vertragspartner sowohl Alt-, als auch Neugläubiger sein. Relevant ist, ob die einzelne Forderung aus dem Stadium der Insolvenzverschleppung stammt oder nicht.¹⁶⁴

12. Einordnung von § 15a InsO als Schutzgesetz

§ 15a InsO wird von der h. M.¹⁶⁵ und der ständigen Rechtsprechung des BGH¹⁶⁶ als Schutzgesetz¹⁶⁷ i. S. d. § 823 II BGB qualifiziert.¹⁶⁸

Die Leitentscheidung des BGH¹⁶⁹ beruht auf § 64 I GmbHG a.F. § 15a InsO wird aber von der h. M. als Nachfolgevorschrift angesehen und dementsprechend nicht an der Aktualität der Rechtsprechung gezweifelt.¹⁷⁰ Diese Begründung lehnt *Altmeyen* ab. „Die These, man müsse auf der Grundlage (...) des § 823 II BGB (...) (die) Insolvenzverschleppungshaftung machen, ist die Wurzel des Übels, welches darin besteht, dass sich ein schlüssiges Konzept einer Insolvenzverschleppungshaftung für Alt-, Neu-, Vertrags- und Deliktsgläubiger nicht etablieren konnte, zumal völlig unklar ist, was daneben die Haftung des Geschäftsführers (...) soll.“¹⁷¹

Der Einordnung als Schutzgesetz wird gefolgt. Das Argument der Unschlüssigkeit der daneben stehenden Geschäftsführerhaftung (§ 64 GmbHG) wird im abschließenden Fazit aufgegriffen.

13. Idee der ausschließlichen Außenhaftung

Freitag plädiert für eine ausschließliche Außenhaftung der Vertreter, um sowohl Alt- als auch Neugläubiger besser zu stellen. Die jetzige Haftungspraxis führe aus ökonomischen Gesichtspunkten zu einem Schadensersatzverzicht der Gläubiger. Wolle ein Altgläubiger gegen eine Organperson vorgehen, müsse er zunächst seinen ursprünglichen Leistungsanspruch gegen die Gesellschaft titulieren lassen, anschließend den Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen die Organperson pfänden und darauf folgend in einem zweiten streitigen Verfahren das gepfändete Recht durchsetzen. Eine Außenhaftung würde die Rechtsdurchsetzung erheblich vereinfachen.¹⁷²

Die Ansprüche über den Gesamtquotenschaden werden zunächst über den Insolvenzverwalter geltend gemacht, vgl. § 92 InsO.¹⁷³

¹⁶³ MünchKommInsO, *Klöhn* (2014), § 15a Rn. 11.

¹⁶⁴ MünchKommGmbHG, *H.F. Müller* (2012), § 64 Rn. 185.

¹⁶⁵ MünchKommGmbHG, *H.F. Müller* (2012), § 64 Rn. 176 ff.

¹⁶⁶ BGH, Urteil v. 16.12.1958, VI ZR 245/57, BGHZ 29, 100.

¹⁶⁷ *Ulmer/Casper*, GmbHG (2013), § 64 Rn. 118.

¹⁶⁸ MünchKommGmbHG, *H.F. Müller* (2012), § 64 Rn. 176.

¹⁶⁹ BGH, Urteil v. 16.12.1958, VI ZR 245/57, BGHZ 29, 100.

¹⁷⁰ MünchKommGmbHG, *H.F. Müller* (2012), § 64 Rn. 177.

¹⁷¹ *Altmeyen* in *Roth/Altmeyen*, GmbHG (2012), § 64 Rn. 33.

¹⁷² *Freitag* (2014), S. 447.

¹⁷³ MünchKommInsO, *Klöhn* (2014), § 15a Rn. 11.

Ein nicht besprochener Nachteil in dieser Dafürsprache liegt darin, dass alle Kläger erneut den Eintritt der Haftung darlegen müssten und der Insolvenzverwalter die Ansprüche nicht kumuliert gegenüber den Organpersonen geltend machen könnte. Dennoch ist durch die Argumentation von *Freitag* ein erheblicher Vorteil zu verzeichnen: die Gläubiger hätten schneller und vor allem selbst die Möglichkeit, ihre Ansprüche geltend zu machen.

14. Verjährung

Umstritten ist in der Literatur und Rechtsprechung zudem die Frage der Verjährung.¹⁷⁴ § 43 IV GmbHG sieht für die Geschäftsführerhaftung einen Verjährungszeitraum von fünf Jahren vor. Der BGH hat hingegen die allgemein geltenden Vorschriften mit folgender Begründung für anwendbar erklärt:¹⁷⁵

„Von einem Teil der obergerichtlichen Rechtsprechung und der Literatur wird (...) wegen der funktionalen Nähe beider Ansprüche und einer Übereinstimmung der zugrunde liegenden Organpflichten die analoge Anwendung des § 43 Abs. 4 GmbHG in Verbindung mit § 64 Satz 4 GmbHG (...) auf Haftungsansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB, § 15a Abs. 1 InsO (...) befürwortet (vgl. (...) Scholz/K. Schmidt, GmbHG, (...) Anh. § 64 Rn. 77(...)). Andere lehnen diese Analogie generell ab ((...) MünchKommGmbHG/H.F. Müller, § 64 Rn. 195 (...)) oder jedenfalls dann ab, wenn der Schadensersatzanspruch zugleich auf § 823 Abs. 2 BGB ((...) i.V.m.) §§ 263, 265a oder 266 StGB gestützt werden kann (...). Ein Teil der Literatur unterscheidet (...), ob der Anspruch auf den Ersatz des Quotenschadens oder des Neugläubigerschadens gerichtet ist, und verneint für letzteren die entsprechende Anwendbarkeit des § 43 Abs. 4 GmbHG (Haas (...) in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., § 64 Rn. 145 (...))

Für die analoge Anwendung des § 43 Abs. 4 GmbHG in Verbindung mit (...) § 64 Satz 4 GmbHG (...) fehlt es jedoch an einer planwidrigen Regelungslücke. Das Gesetz stellt für Ansprüche aus (...) § 195 BGB eine Verjährungsvorschrift bereit, deren Anwendung (...) den Intentionen des Gesetzgebers nicht erkennbar widerspricht.“

Der BGH folgt hierbei dem Wortlaut des § 43 IV GmbHG, welcher systematisch auf die zuvor stehenden Absätze verweist. Die historische und teleologische Entwicklung, die die Anwendbarkeit der Spezialvorschrift bejahen würde, wird zwar verständlich abgelehnt, eine entgegenstehende Begründung ist aber ebenso nachvollziehbar, sodass der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu folgen ist.

II. Strafrechtliche Aspekte des § 15a InsO

1. Objektiver Tatbestand

Die strafrechtlichen Sanktionen für die Insolvenzantragspflichtverletzung sind in § 15a IV, V InsO geregelt. Es handelt sich bei dieser Vorschrift um ein Sonderdelikt, da nur ein bestimmter Personenkreis Täter sein kann.¹⁷⁶ Außerdem sanktioniert § 15a IV, V

¹⁷⁴ Hess, InsO (2013), § 15a Rn. 70 ff.

¹⁷⁵ BGH, Urteil vom 15.03.2011, II ZR 204/09, NZG 2011, 624.

¹⁷⁶ MünchKommInsO, Klöhn (2014), § 15a Rn. 323.

InsO nicht nur das *vollständige Unterlassen*¹⁷⁷ der Insolvenzantragsstellung, sondern auch die *nicht richtige* und *nicht rechtzeitige* Antragstellung.¹⁷⁸ Im Bereich der falschen Antragsstellung hat hiermit eine Ausweitung der Strafbarkeit gegenüber der vorigen Regelung stattgefunden.¹⁷⁹ Gerade das Merkmal der *nicht richtigen* Antragstellung wird in der Literatur jedoch mit dem Verweis auf die Bestimmtheit des Tatbestandes teils sehr kritisch beurteilt.

Kleindiek spricht sich für eine restriktive Auslegung aus und nennt dabei exemplarisch für die Strafbarkeit Anträge, die vom Gericht als unzulässig zurückgewiesen werden.¹⁸⁰ Eine Strafbarkeit scheidet aus, wenn die vom Gericht bemängelten Fehler behoben werden.¹⁸¹

Ein weiteres Tatbestandsmerkmal ist das Bestehen der Antragspflicht. Diese entfällt nicht bereits durch einen Gläubigerantrag, sondern erst mit Beseitigung des Insolvenzgrundes oder mit Entscheidung des Insolvenzgerichts über den Antrag. Hinsichtlich der Pflichtverletzung müssen sowohl der objektive, als auch der subjektive Tatbestand zeitlich zusammenfallen.¹⁸² Ein Gläubiger könne sich hierbei nicht auf zurückliegende Gegebenheiten berufen.¹⁸³

2. Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand des § 15a V InsO erfordert keinen Vorsatz, sondern lediglich einfache Fahrlässigkeit zur Strafbarkeit.¹⁸⁴ Der Strafrahmen verringert sich ohne das Vorsatzelement auf Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe. Liegt hingegen Vorsatz vor, so erhöht sich die Strafe auf bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe, vgl. § 15a IV InsO.

Fahrlässigkeit ist bereits dann gegeben, wenn das Organ keine Kenntnis über den Eröffnungsgrund hat und sich nicht hinreichend über die finanzielle Lage der Gesellschaft informiert hat.¹⁸⁵ Die Verantwortlichen im Fall der Führungslosigkeit können erst dann strafrechtlich belangt werden, wenn sie zumindest Kenntnis über die Führungslosigkeit erlangt haben.¹⁸⁶

Ransiek verweist hinsichtlich der Antragsverpflichteten gem. § 15a III InsO darauf, dass der *dolus eventualis* für die Erfüllung des subjektiven Tatbestands des § 15a IV InsO nicht genüge. Die Beweislastumkehr gelte in der strafrechtlichen Hinsicht nicht.¹⁸⁷ Demzufolge ist die Strafbarkeit bereits durch einfache Fahrlässigkeit gegeben. Dies kann gerade für unerfahrene Geschäftsführer eine hohe strafrechtliche Konsequenz bedeuten.

¹⁷⁷ Krefz/*Ransiek*, InsO (2014), § 15a Rn. 41.

¹⁷⁸ Braun/*Bußhardt*, InsO (2014), § 15a Rn. 29 f.

¹⁷⁹ *Mitter* in Haarmeyer/Wutzke/Förster, InsO (2012), § 15a Rn. 15.

¹⁸⁰ Krefz/*Kleindiek*, InsO (2014), § 15a Rn. 15.

¹⁸¹ Krefz/*Ransiek*, InsO (2014), § 15a Rn. 41.

¹⁸² Braun/*Bußhardt*, InsO (2014), § 15a Rn. 30.

¹⁸³ *Hess*, InsO (2013), § 15a Rn. 70.

¹⁸⁴ Braun/*Bußhardt*, InsO (2014), § 15a Rn. 31.

¹⁸⁵ *Hess*, InsO (2013), § 15a Rn. 145 ff.

¹⁸⁶ Braun/*Bußhardt*, InsO (2014), § 15a Rn. 32.

¹⁸⁷ Krefz/*Ransiek*, InsO (2014), § 15a Rn. 42.

3. Täterkreis

Der Täterkreis sieht eine Anwendbarkeit der Strafvorschriften insb. auf die Mitglieder des Vertretungsorgans der juristischen Personen und der Normadressaten des § 15a III InsO vor. Mit einzuschließen sind auch die Organvertreter ausländischer juristischer Personen in dem Fall, dass deutsches Insolvenzrecht Anwendung findet.¹⁸⁸ Anderer Auffassung ist u.a. *Klöhn*, der eine Anwendbarkeit für ausländische Gesellschaften verneint.¹⁸⁹

Sowohl die h. M.¹⁹⁰ als auch die Rechtsprechung sehen die faktischen Organpersonen und damit die Geschäftsführer als potenzielle Täter an, sofern zumindest eine Duldung der Gesellschafter vorliegt. *Ransiek* lehnt diese Ansicht im Hinblick auf die Abweichung der Wortlautauslegung und Art. 103 II GG ab.¹⁹¹

Mit dem gleichen Verweis auf das Analogieverbot argumentiert auch *Klöhn*, wonach die Strafbarkeit nicht für die Vor-GmbH gelte, da es sich noch nicht um eine juristische Person handele.¹⁹²

Ausdrücklich ausgeschlossen von der gesamten Norm ist der Vorstand von Vereinen und Stiftungen, vgl. § 15a VI InsO, um die ehrenamtlich Tätigen nicht übermäßig zu sanktionieren.¹⁹³ Weiterhin nicht einheitlich geklärt ist die strafrechtliche Sanktionierung ausländischer Vereine und Stiftungen, auf die deutsches Insolvenzrecht Anwendung findet.¹⁹⁴

Durch die vorsätzliche Weiterführung der Geschäfte trotz bestehender Krise wird über die Norm des § 15 IV InsO auch der strafrechtliche Tatbestand des Bankrotts gem. § 283 I Nr. 8 StGB erfüllt.¹⁹⁵

Insb. eine Strafbarkeit des faktischen Geschäftsführers wird mit dem Verweis auf den entgegenstehenden Wortlaut abgelehnt. Hingegen werden die Strafbarkeiten des Geschäftsführers in der Vor-GmbH oder in ausländischen Kapitalgesellschaften als vertretbar angesehen.

F. Die faktische Geschäftsführerhaftung gem. § 64 GmbHG

I. Grundsätzliches

§ 64 GmbHG vermittelt eine Insolvenzantragspflicht des Geschäftsführers, auch wenn hauptsächlich das Zahlungsverbot betont wird. Der Begriff des faktischen Geschäftsführers existiert als solcher im GmbHG nicht.¹⁹⁶ § 64 GmbHG regelt neben der Verpflichtung ebenso die Haftung des Geschäftsführers nach Eintritt der Insolvenz oder durch Herbeiführen der Insolvenz durch Mangel an Sorgfalt eines ordentlichen Ge-

¹⁸⁸ Braun/*Bußhardt*, InsO (2014), § 15a Rn. 33 f.

¹⁸⁹ MünchKommInsO, *Klöhn* (2014), § 15a Rn. 327.

¹⁹⁰ *Hess*, InsO (2013), § 15a Rn. 18 ff.

¹⁹¹ *Kreft/Ransiek*, InsO (2014), § 15a Rn. 40.

¹⁹² MünchKommInsO, *Klöhn* (2014), § 15a Rn. 328.

¹⁹³ Braun/*Bußhardt*, InsO (2014), § 15a Rn. 36 f.

¹⁹⁴ Braun/*Bußhardt*, InsO (2014), § 15a Rn. 38 ff.

¹⁹⁵ *Kreft/Ransiek*, InsO (2014), § 15a Rn. 39.

¹⁹⁶ *Dinkhoff* (2003), S. 15 ff.

schäftsmanns im Rahmen von Zahlungen. Es ist nicht nur eine Haftung für vorsätzliche, sondern auch für fahrlässige Handlungen gegeben. Für die subjektiven Haftungs Voraussetzungen gilt § 276 I 1 BGB.¹⁹⁷ § 64 GmbHG ist auf die Vor-GmbH anwendbar.¹⁹⁸

Dieser Anspruch ist als Ersatzanspruch eigener Art zu qualifizieren, der nicht deliktsrechtlicher Natur ist.¹⁹⁹ Es ist jeder einzelne abgeflossene Vermögenswert zurückzuführen und die eingegangenen wertmäßigen Gegenleistungen sind dagegen zu halten. Der Ersatzanspruch besteht über die Differenz dieser Werte.²⁰⁰

Obwohl § 11 I, II Nr. 1 InsO nicht ausdrücklich die Vor-GmbH benennt, ist eine analoge Anwendung möglich.²⁰¹ Umstritten ist, ob im Falle der Überschuldung eine Insolvenzantragspflicht besteht, die eine Verschleppungshaftung zur Folge hat. Streitpunkt ist die Verlustdeckungshaftung als Innen- bzw. Außenhaftungsmodell. Die Insolvenzverschleppungshaftung steht neben den Ansprüchen aus der Verlustdeckungshaftung und der Handelndenhaftung aus § 11 II GmbHG.²⁰² Aus teleologischer Sicht dient diese Regelung dem Gläubigerschutz.²⁰³ Die verteilungsfähige Vermögensmasse der insolvenzreifen Gesellschaft steht im Interesse der Gesamtheit ihrer Gläubiger. Außerdem soll eine bevorzugte Befriedigung einzelner Gläubiger verhindert werden.²⁰⁴ BGH und h. L. vertreten ein Trennungsmodell, welches auf der einen Seite die Insolvenzantragspflicht und auf der anderen Seite das Zahlungsverbot sieht. K. Schmidt lehnt diese Auffassung ab.²⁰⁵ Er plädiert für die sog. Einheitslehre. Nach dieser Lehre ist § 64 1 GmbHG nur ein Ausschnitt der Insolvenzverschleppungshaftung und enthält kein unabhängiges Zahlungsverbot.²⁰⁶

1. Zahlungsbegriff

Der Begriff der Zahlung ist weit auszulegen: „(Er) ist (...) nicht auf reine Geldleistungen beschränkt, sondern erfasst auch sonstige vergleichbare Leistungen zu Lasten des Gesellschaftsvermögens, durch die der Gesellschaft im Ergebnis Liquidität entzogen wird. (Es ist) keine Einschränkung des bisherigen Begriffsverständnisses – auch hinsichtlich der Berücksichtigung von Gegenleistungen – bezweckt.“²⁰⁷ H.F. Müller schließt sich dieser weiten Auslegung an. Zahlungen seien auch die Aufrechnung, Verrechnung, Lieferung von Waren, Leistungen von Diensten oder Übertragung von Rechten. Die Grenze zieht Müller, wo Verbindlichkeiten begründet werden, da hier die Masse nicht unmittelbar geschmälert wird. Außerdem seien unterlassene Kündigungen

¹⁹⁷ Höffner (2003), S. 36 f.

¹⁹⁸ Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG (2012), § 11 Rn. 7; Scholz/Bitter, GmbHG (2012), Vor § 64 Rn. 4.

¹⁹⁹ BGH, Urteil vom 8. Januar 2001, II ZR 88/99, BGHZ 146, 264, 278.

²⁰⁰ Hess, InsO (2013), § 15a Rn. 47.

²⁰¹ Ulmer/Casper, GmbHG (2013), § 64 Rn. 30 f.

²⁰² Ulmer/Casper, GmbHG (2014), § 64 Rn. 31.

²⁰³ Ulmer/Casper, GmbHG (2014), § 64 Rn. 4.

²⁰⁴ Hess, InsO (2013), § 15a Rn. 56.

²⁰⁵ Scholz/K. Schmidt, GmbHG (2012), § 64 Rn. 1 f.

²⁰⁶ Scholz/K. Schmidt, GmbHG (2012), § 64 Rn. 9 ff.

²⁰⁷ BT-Drucksache 16/6140, S. 106.

aus Dauerschuldverhältnissen, der unterlassene Erwerb und die unterbliebene Geltendmachung einer Forderung nicht als Zahlung zu qualifizieren.²⁰⁸

Altmeyen vertritt hingegen die Auffassung, dass es eine teleologische Korrektur hin zu Verlusten geben müsse, wonach die Gegenleistungen immer zu berücksichtigen wären.²⁰⁹ Diese Ansicht ist aber abzulehnen. Die Argumentation ist zwar nachvollziehbar, solange auf den Insolvenzgrund der Überschuldung abgestellt wird. Sich ausschließlich auf bilanzielle Ergebnisse zu fokussieren, würde allerdings das Herbeiführen einer Illiquidität außer Acht lassen.

Nach *K. Schmidt* ist der Zahlungsbegriff wie folgt zu verstehen: Zahlungen seien nichts als Schadensposten bei der Feststellung und Liquidation des Insolvenzverschleppungsschadens. Rechtsdogmatisch gehöre diese Rechtsfigur auf die Ebene der haftungsausfüllenden Kausalität bei der Insolvenzverschleppungshaftung.²¹⁰

Haas pauschalisiert den Zahlungsbegriff und stellt auf jede Minderung des Aktivvermögens ab.²¹¹

Diese verschiedenen Auffassungen nehmen eine weite Auslegung des Wortlauts vor, in der es nicht allein auf die Zahlung als solche, sondern auf eine masseschädigende Handlung oder auf das Herbeiführen der Illiquidität ankommt.

2. Faktischer Geschäftsführer

Das Tatbestandsmerkmal *Geschäftsführer* meint nach dem Wortlaut nur die bestellten Geschäftsführer. Unstrittig ist, dass besondere Regelungen im Gesellschaftsvertrag die Insolvenzantragspflicht einzelnen Geschäftsführern nicht abnehmen können.²¹²

Die Rechtsprechung²¹³ hat allerdings die Rechtsfigur des *faktischen Geschäftsführers* eingeführt.²¹⁴ Insb. ist es möglich, faktischer Geschäftsführer zu werden, indem man eigenhändig die Geschäftsführung übernimmt. Dies ist auch als Notlösung denkbar, wenn der eigentliche Geschäftsführer sein Amt niederlegt oder amtsunfähig wird. Die faktische Geschäftsführung kann sich zudem ergeben, wenn durch übermäßige Weisungen beherrschender Einfluss gewonnen oder weitgehend delegiert wird.²¹⁵

In solchen Konstellationen können auch die Handelnden in der Vor-GmbH belangt werden. § 64 GmbHG findet bereits in der Phase der Gründung Anwendung.²¹⁶ Hieraus lässt sich eine sehr umfangreiche Insolvenzverursachungshaftung der Handelnden ableiten. Jedoch ist zu beachten, dass Streit darüber besteht, ob dem faktischen Geschäftsführer die gesetzliche Antragsberechtigung des § 15 I InsO fehlt, er aber

²⁰⁸ MünchKommGmbHG, *H.F. Müller* (2012), § 64 Rn. 132 ff.

²⁰⁹ *Altmeyen* in Roth/*Altmeyen*, GmbHG (2012), § 64 Rn. 96.

²¹⁰ Scholz/*K. Schmidt*, GmbHG (2012), § 64 Rn. 11.

²¹¹ *Haas* in Baumbach/Hueck, GmbHG (2013), § 64 Rn. 65.

²¹² Michalski/*Nerlich*, GmbHG (2014), § 64 Rn. 13; MünchKommGmbHG, *H.F. Müller* (2012), § 64 Rn. 60; BGH Urteil vom 01.03.1993, II ZR 81/94, NJW 1994, 2149, 2150.

²¹³ BGH, Beschluss vom 10.05.2000, 3 StR 101/00, NJW 2000, 2285.

²¹⁴ *Holzborn/v. Vietinghoff* (2013), Rn. 542 ff.

²¹⁵ *Dinkhoff* (2003) S. 16 ff.

²¹⁶ *Schult* (2009), S. 162 ff.

dafür zu sorgen hat, dass der Insolvenzantrag gestellt wird.²¹⁷ Es bliebe nach *Bitter* folglich der bestellte Geschäftsführer in der Pflicht, einen Insolvenzantrag zu stellen.²¹⁸

Nerlich und *K. Schmidt* schreiben dem faktischen Geschäftsführer die Kompetenz der Insolvenzantragsstellung zu.²¹⁹ Die Begründung erfolgt mit dem Verweis auf § 64 I GmbHG a.F., welcher diese Pflicht auch dem faktischen Geschäftsführer zukommen ließ.²²⁰ Auch *Bußhardt* schließt sich dieser Auffassung an.²²¹

H.F. Müller und *Haas* differenzieren das Gebilde des faktischen Geschäftsführers: derjenige, der fehlerhaft bestellt wurde, ist zum Antrag berechtigt und somit auch verpflichtet.²²² Hat keine Bestellung stattgefunden, sei kein Insolvenzantrag des faktischen Geschäftsführers möglich.²²³ Der Amtsermittlungsgrundsatz im Insolvenzrecht setze einen zulässigen Antrag voraus. Ohne einen Beststellungsakt stehe die mögliche Antragsbefugnis dem der Rechtssicherheit dienenden Grundsatz der Vollstreckungsformalisierung entgegen.²²⁴

Sowohl *Kleindiek*²²⁵, *Altmeyen*²²⁶ als auch die h. M. vertreten die Ansicht, dass der faktische Geschäftsführer – egal, ob er fehlerhaft bestellt oder zumindest geduldet wurde – insolvenzantragsberechtigt und somit auch verpflichtet sei. Eine Einwirkung auf den satzungsmäßig bestellten Geschäftsführer sei nicht ausreichend.²²⁷

Eine Haftungsausnahme stellt die Kündigung des Geschäftsführers zur Unzeit dar. Hier bleibt der Kündigende weiterhin haftbar.²²⁸

Anwendung findet der § 64 GmbHG auf Dritte bzw. die Handelnden insgesamt nur unter den vom BGH präzisierten Voraussetzungen statt:

„Dieser Begriff des faktischen Geschäftsführers, der in der zivilrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entsprechend verwandt wird (vgl. BGHZ 41, 282, 287; (...)) ist erfüllt, wenn sowohl betriebsintern als auch nach außen alle Dispositionen weitgehend von dem faktischen Geschäftsführer ausgehen und er im übrigen auf sämtliche Geschäftsvorgänge bestimmenden Einfluß nimmt (BGHSt 31, 118, 121). Die Unternehmensführung darf nicht einseitig angemaßt, sondern muß mit dem Einverständnis der Gesellschafter (...) (zumindest) konkludent (...) erfolgt sein (BGHSt 3, 33, 38; (...)). Weitere Voraussetzung für einen faktischen Geschäftsführer ist, daß er gegenüber dem formellen Geschäftsführer die überragende Stellung in der Gesellschaft (...) einnimmt oder zumindest das deutliche Übergewicht hat.“²²⁹

²¹⁷ Scholz/*Bitter*, GmbHG (2012), Vor § 64 Rn. 94.

²¹⁸ *Dinkhoff* (2003), S. 31 f.

²¹⁹ Scholz/*K. Schmidt*, GmbHG (2012), § 64 Rn. 81.

²²⁰ Michalski/*Nerlich*, GmbHG (2010), § 64 Rn. 16 f.

²²¹ Braun/*Bußhardt*, InsO (2014), § 15a Rn. 13.

²²² *Haas* in Baumbach/Hueck, GmbHG (2013), § 64 Rn. 113.

²²³ MünchKommGmbHG, *H.F. Müller* (2012), § 64 Rn. 61.

²²⁴ *Haas* in Baumbach/Hueck, GmbHG (2013), § 64 Rn. 172 f.

²²⁵ *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG (2012), § 64 Rn. 49.

²²⁶ *Altmeyen* in Roth/Altmeyen, GmbHG (2012), § 64 Rn. 57.

²²⁷ *Altmeyen* in Roth/Altmeyen, GmbHG (2012), § 64 Rn. 58.

²²⁸ *Dinkhoff* (2003), S. 62 f.

²²⁹ BGH, Beschluss vom 10.05.2000, 3 StR 101/00, NJW 2000, 2285.

Die Rechtsprechung vertritt die Auffassung, dass der faktische Geschäftsführer im selben Rahmen, wie der formelle Geschäftsführer zivil- und strafrechtlich haftbar zu machen sei. Die strafrechtliche Verfolgung des faktischen Geschäftsführers ist nach der BGH-Rechtsprechung sowohl mit dem Analogieverbot, als auch mit dem Grundsatz der Tatbestandsbestimmtheit vereinbar.²³⁰ Des Weiteren ist zu beachten, dass der formelle Geschäftsführer selbst bei Untätigkeit nicht automatisch aus der Strafbarkeit ausscheidet. Vielmehr ist die Beteiligungsstrafbarkeit gem. §§ 26, 27 StGB zu prüfen.²³¹

Die Literatur verweist darauf, dass ohne Gesetzeskonkretisierung eine Analogie praktiziert wird. Die hinreichende Bestimmung, dass ein faktischer Geschäftsführer auch formell bestellter Geschäftsführer sein kann, ist dem Wortlaut der Norm nicht zu entnehmen, obwohl es genau darauf ankommt, wenn nicht die Auslegung zweifelsfrei möglich ist. Dies widerspreche dem Willkürverbot der Strafgerichtsbarkeit. Außerdem obliege es dem Gesetzgeber und nicht dem Gericht zu entscheiden, ob ein Verhalten zu sanktionieren ist. Gerade durch die legale Definierung des Geschäftsführers im Gesellschaftsrecht verbietet sich eine entgegengesetzte strafrechtliche Auslegung.²³²

Umstritten ist nicht nur in der Insolvenzantragspflicht, sondern allgemein, ob ein tatsächlich vorgenommener Bestellungsakt, der unwirksam ist, Voraussetzung für den faktischen Geschäftsführer sein muss. Die eine Ansicht schränkt die faktische Geschäftsführung auf die Fälle ein, in denen dem Handeln ein Bestellungsakt zugrunde liegt. Der Grund für die Unwirksamkeit der Bestellung sei unbeachtlich. Gerade in strafrechtlicher Hinsicht sei die Gleichstellung eines faktischen Geschäftsführers mit einem wirksam bestellten Geschäftsführer nicht vereinbar mit dem Analogieverbot und § 14 I StGB. Nach der herrschenden Ansicht wird der gar nicht bestellte Geschäftsführer mit einem unwirksam bestellten Geschäftsführern gleichgestellt. Entscheidend sei nicht der Bestellungsakt, sondern vielmehr das äußere Auftreten und die tatsächliche Übernahme der Geschäftsführertätigkeit. Vereinzelt wird zudem gefordert, dass dieser faktische Geschäftsführer den ordnungsgemäßen Geschäftsführer als Verantwortungsträger gänzlich ausschalten müsse. Eine weitere vermittelnde Ansicht lässt die Erforderlichkeit einer zugrundeliegenden Bestellung offen, indem das Einverständnis oder die Duldung der Gesellschafter mit der faktischen Wahrnehmung der Geschäftsführertätigkeit als entscheidend angesehen wird.²³³

Die Deklaration eines faktischen Geschäftsführers wird vom Schrifttum kritisch beurteilt, da es sich um Rechts(er)findung handele, die zur juristischen Ungenauigkeit verleite.²³⁴ Es müsse ein Missbrauchstatbestand geschaffen werden, damit der Rechtsanwender (...) beim Auslegen des Gesetzes nicht das Unmögliche möglich mache.²³⁵

Für die Haftung des faktischen Geschäftsführers spricht vor allem, dass der strafrechtliche Begriff als Schutzgesetz i. S. d. § 823 II BGB zugunsten der Gesellschafts-

²³⁰ BGH, Beschluss vom 10.05.2000, 3 StR 101/00, NJW 2000, 2285.

²³¹ *Dinkhoff* (2003), S. 63 f.

²³² *Dinkhoff* (2003), S. 119 ff.

²³³ *Dinkhoff* (2003), S. 90 ff.

²³⁴ *Schult* (2009), S. 171 ff.

²³⁵ *Dinkhoff* (2003), S. 107.

gläubiger verwendet werden kann.²³⁶ Außerdem ist die zivilrechtliche Haftung gerade in der Insolvenzverschleppung vom BGH ausdrücklich bejaht worden.²³⁷

Eine weitgehende Gleichstellung des faktischen Geschäftsführers mit dem formellen Geschäftsführer kann jedoch unbillig sein. § 6 II GmbHG verbietet unter bestimmten Voraussetzungen die Bestellung zum Geschäftsführer. Insbesondere führen die Insolvenzverschleppung und Insolvenzstraftaten gem. §§ 283-283d StGB zum Verbot der Berufsausübung. Mit der Gleichstellung des faktischen Geschäftsführers könnte diese Norm umgangen werden, was es zu vermeiden gilt.²³⁸

Folglich kann der h. M. nicht gefolgt werden. Zwar ist in praktischer Hinsicht dem faktischen Geschäftsführer zu raten, einen Insolvenzantrag zu stellen, hingegen ist nach dem Wortlaut die Berechtigung nicht gegeben. Daran anknüpfend wird eine Haftung ad absurdum geführt, da der faktische Geschäftsführer für etwas belangt werden könnte, was er selbst nicht verhindern kann. Gerade mit dem Verweis auf die Strafbarkeit gem. § 15a InsO, die für den faktischen Geschäftsführer aufgrund des Analogieverbots abzulehnen ist, führt eine unterschiedliche Auslegung des gleichen Tatbestands in zivil- oder in strafrechtlicher Hinsicht nicht zur Rechtsklarheit. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, für eine klare Auslegung zu sorgen.

3. Rechtsfolge des § 64 GmbHG

In der Rechtsfolge haftet der (faktische) Geschäftsführer nach h. M. für den Ersatz der haftungsbegründenden Zahlung. Dabei handelt es sich in Abgrenzung zur Existenzvernichtungshaftung nicht um eine klassische Schadensersatzhaftung, da allein die Höhe der tatsächlich vorgenommenen Zahlung maßgeblich für den Haftungsumfang ist.²³⁹

Letztendlich handelt es sich um einen Quotenschaden²⁴⁰, den es zu begleichen gilt. Ersatzfähig ist daher die Differenz zwischen der von den Gläubigern bei rechtzeitiger Antragstellung zu erzielenden und der tatsächlich erzielten Insolvenzquote.²⁴¹

Diese Rechtsprechung gilt jedoch nur für die Altgläubiger; eine Ermittlung der Höhe erfolgt i. d. R. im Rahmen der Schätzung gem. § 287 ZPO. Neugläubiger haben hingegen einen Anspruch auf Ersatz des vollen Vertrauensschadens, soweit dieser nicht durch die Insolvenzquote gedeckt ist. Dieser Schaden bemisst sich nach den §§ 249 ff. BGB.²⁴²

Außerdem ergibt sich aus dem zwingenden Zahlungsverbot ein Leistungsverweigerungsrecht des Geschäftsführers. Entgegenstehende Weisungen der Gesellschafter sind als nichtig anzusehen.²⁴³ Beschlüssen der Gesellschafter zu verbotenen Zahlungen hat der Geschäftsführer standzuhalten oder ggf. zurückzutreten.²⁴⁴ Die Rechts-

²³⁶ Haas (2006), S. 497 ff.

²³⁷ BGH, Urteil vom 11.07.2005, II ZR 235/03, ZIP 2005, 1550.

²³⁸ Dinkhoff (2003), S. 115 ff.

²³⁹ Schult (2009), S. 201.

²⁴⁰ Höffner (2003), S. 45.

²⁴¹ BGH, Urteil vom 28.04.1997, II ZR 20/96, ZIP 1997, 1542, 1543.

²⁴² Höffner(2003), S. 51 ff.

²⁴³ MünchKommGmbHG, H.F. Müller (2012), § 64 Rn. 174.

²⁴⁴ BT-Drucksache 16/6140, S. 47.

folge aus § 64 GmbHG sieht insb. die Übernahme des quotalen Schadens durch den Geschäftsführer vor.

4. Exkulpation des faktischen Geschäftsführers

Es gilt zu berücksichtigen, dass Zahlungen durchaus gerechtfertigt sein können. Die für die Fortführung des Geschäftsbetriebes erforderlichen Zahlungen gelten regelmäßig als gerechtfertigt. Insbesondere sind auch Zahlungen, deren Unterlassung strafrechtliche Konsequenzen hätte, im Hinblick auf die Vermögensbetreuungspflicht i. S. d. § 266 StGB gerechtfertigt,²⁴⁵

Die Haftung tritt nicht ein, wenn die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns eingehalten wurde und die Schäden subjektiv nicht absehbar waren.²⁴⁶ Davon ist regelmäßig bei exogenen Schocks auszugehen.²⁴⁷

Werden Strohmannen als Geschäftsführer eingesetzt, führt dies nicht zur Exkulpation des Geschäftsführers, sie sind im Außenverhältnis wie alle anderen Geschäftsführer zu behandeln. Dabei handelt es sich um kein Scheingeschäft, so dass mögliche Ansprüche gegen den Strohmann nicht abzuhandeln sind.²⁴⁸

II. Haftung aus § 25 HGB

2013 hat sich der BGH mit der Haftungsfrage auseinandergesetzt, die für den Fall besteht, dass ein Dritter ein insolventes Unternehmen unter deren Firma außerhalb des Insolvenzverfahrens und ohne Mitwirkung des Insolvenzverwalters fortführt. In dieser Entscheidung kontrahierte ein faktischer Geschäftsführer mit einem italienischen Unternehmen, so dass eine Anwendung des UN-Kaufrechts CISG erfolgte. Der BGH erklärte in dieser Fallkonstellation die Vorschrift des § 25 HGB für anwendbar und sah vor, dass *wer ein (...) Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma (...) fortführt, (...) für alle im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers (haftet).*²⁴⁹

Eine persönliche Haftung ist folglich gegeben, wenn ein bereits insolventes Unternehmen von einem Dritten fortgeführt wird.

G. Fazit

Wie aus der vorliegenden Abhandlung deutlich wird, ist die Handelndenhaftung in der Vor-GmbH seit Inkrafttreten des GmbH-Rechts Ende des 19. Jahrhunderts ein kontrovers diskutiertes Thema. Ein entscheidender Grund für diese zusätzliche Handelndenhaftung findet sich im Gläubigerschutz und entfällt mit der Eintragung der GmbH ins Handelsregister.

Allein hieraus ergeben sich zwei zentrale Problemstellungen: Zunächst ist die Eintragung nicht automatisch bekanntgemacht, so dass deshalb für die Zeit zwischen

²⁴⁵ MünchKommGmbHG, H.F. Müller (2012), § 64 Rn. 139 ff.

²⁴⁶ Schult (2009), S. 199 f.

²⁴⁷ Knof (2007), S. 1584.

²⁴⁸ Dinkhoff (2003), S. 45 f.

²⁴⁹ BGH, Urteil vom 23.10.2013, VIII ZR 423/12, ZIP 1/2014, 29.

Eintragung und Bekanntmachung der Schutz der Gläubiger hinsichtlich einer möglichen Inanspruchnahme der Handelnden entfällt. Auf der anderen Seite lässt sich ein unzureichender Schutz der Handelnden insb. bei Sachgründungen in dem Zeitraum zwischen Anmeldung und Eintragung festmachen.

Dieses Stadium kann während der Prüfung der Unterlagen unter Umständen mehrere Wochen andauern, ohne dass die Handelndenhaftung entfällt. Die Handelnden können auf die Eintragung von der Anmeldung keinen Einfluss nehmen. Um die Argumentations- und Haftungslücken zu schließen, bedarf es daher einer weitergehenden Differenzierung der Gründungsschritte oder einer kompletten Aufhebung der Handelndenhaftung. Letztere lässt sich mit dem Argument rechtfertigen, dass ein Handelnder in der Vor-GmbH ohnehin nur im Rahmen seiner von den Gründern erteilten Vertretungsmacht tätig werden darf. Eine Haftung des Handelnden in diesem Tätigkeitsrahmen ist demzufolge nicht zu rechtfertigen. Der Handelnde ist entweder beauftragt oder in einem Dienst- bzw. Werkverhältnis beschäftigt. Sollte der Handelnde seine Befugnisse überschreiten, kann die Vorschrift des § 179 BGB zur Anwendung kommen. Die Anwendbarkeit des § 11 II GmbHG liefe leer. Eine Gründerhaftung ist folglich vollkommen ausreichend.

Zudem hat die Auseinandersetzung mit den Tatbeständen des § 64 GmbHG n.F. und § 15a InsO ein weiteres Problem aufgeworfen. Abgesehen von einer Strafbarkeit, die sich aus der Insolvenzverschleppung nach § 15a IV, V InsO ergibt, sehen beide Normen zudem eine Haftung der Geschäftsführer vor.

Der Wortlaut der Vorschriften unterscheidet sich zwar voneinander, jedoch baut § 15a InsO inhaltlich auf § 64 GmbHG a.F. auf. Der Gesetzgeber hat eine Aufhebung der Norm im GmbHG nicht vorgenommen. Somit bleiben im Bereich der Insolvenzverschleppungshaftung zwei Tatbestände nebeneinander bestehen, was eine kritische Beurteilung zur Folge hat.

Dem Wortlaut zufolge lässt sich argumentieren, dass § 64 GmbHG n.F. auf Schadensersatzansprüche abstellt, die dadurch entstehen, dass der Geschäftsführer Zahlungen nach Eintritt des Insolvenzgrundes tätigt. Der Begriff der Zahlungen ist dabei dahingehend auszulegen, dass sich der Geschäftsführer für vermögensschädigende Handlungen haftbar macht oder aber auch die Liquidität so verschlechtert, dass eine Abwendung der Insolvenz unvermeidbar wird.

§ 15a InsO stellt hingegen auf die Pflicht zur Insolvenzantragsstellung ab. Da die Antragstellung unverzüglich zu erfolgen hat, spätestens nach drei Wochen, ergibt sich auch hier eine Schadensersatzpflicht für Vermögensschädigungen. Die Dreiwochenfrist darf dabei nur zur Sanierung des Unternehmens verwendet werden, so dass regelmäßig eine die Masse bzw. das Gesellschaftsvermögen hebende oder eine die Insolvenz abwendende Tätigkeit des Geschäftsführers besteht.

Somit konzentrieren sich beide Normen inhaltlich auf den gleichen Schwerpunkt und werfen mehr Fragen auf, als Sie dem geschützten Personenkreis, vor allem der Gläubiger an Vorteilen bringen.

Um für Klarheit in diesem Bereich zu sorgen, müsste eine Streichung des § 64 GmbHG erfolgen. Eine Geschäftsführerhaftung ist neben § 15a InsO ohnehin über § 43 GmbHG im selben Umfang einschlägig, wie über den § 64 GmbHG. Es ist allein auf die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns zu achten. Eine Abweichung ergibt sich allerdings im Bereich der Verjährung. Die regelmäßige Verjährung von drei Jahren gem. § 195 BGB findet keine Anwendung, sondern die spezialgesetzliche Verjährung von fünf Jahren aus § 43 IV GmbHG.

Literaturverzeichnis

- Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred*, Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Beck'sche Kurzkommentare, 20. Auflage, München 2013
- Braun, Eberhard*, Insolvenzordnung Kommentar, 6. Auflage, München 2014
- Dinkhoff, Marc*, Der faktische Geschäftsführer in der GmbH, Baden-Baden 2003
- Eller, Peter*, Liquidation der GmbH, Gesellschaftsrecht – Steuerrecht - Rechnungslegung, 2. Auflage, Berlin 2012
- Freitag, Robert*, Insolvenzverschleppungshaftung als ausschließliche Außenhaftung, NZG 12/2014, 447
- Geißler, Markus*, Fragen zum Insolvenzverfahren in der Vor-GmbH, DZWIR 2009 Heft 2
- Graf-Schlicker, Marie Luise*, Kommentar zur Insolvenzordnung, 4. Auflage, Köln 2014
- Grottke, Sybille*, Die Vorgründungsgesellschaft der GmbH – Rechtliche Struktur und Haftungsfragen, Bochum 1992
- Haarmeyer, Hans/Wutzke, Wolfgang/Förster, Karsten*, Insolvenzordnung Kommentar, 2. Auflage, Köln 2012
- Haas, Ulrich*, Die Rechtsfigur des „faktischen GmbH-Geschäftsführers“, NZI 2006, 494 ff
- Hess, Harald*, Insolvenzrecht, Großkommentar in zwei Bänden, Band I, Kommentar §§ 1 – 128 InsO, 2. Auflage, München 2013
- Holzborn, Timo/v. Vietinghoff, Petra*, Haftung und Insolvenz in der GmbH, München 2013
- Höffner, Dietmar*, Zivilrechtliche Haftung und strafrechtliche Verantwortung des GmbH-Geschäftsführers bei Insolvenzverschleppung, Berlin 2003
- Kirchhof, Hans-Peter/Stürner, Rolf/Eidenmüller, Horst*, Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 1, §§ 1-79, InsVV, 3. Auflage, München 2013
- Klein, Walter*, Der Rückgriffsanspruch der Handelnden gegen die Gründer einer Vor-GmbH, Frankfurt am Main 1993
- Knof, Bela*, Die neue Insolvenzverursachungshaftung nach § 64 Satz 3 RegE-GmbHG (Teil II), DStR 2007, 1580 ff
- Kreft, Gerhart*, Heidelberger Kommentar Insolvenzordnung, 7. Auflage, Heidelberg 2014
- Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter*, GmbH-Gesetz, 18. Auflage, Köln 2012
- Michalski, Lutz*, GmbHG Kommentar, Band I, Systematische Darstellungen, §§ 1-34 GmbHG, 2. Auflage, München 2010
- Michalski, Lutz*, GmbHG Kommentar, Band II, §§ 35-85 GmbHG, §§ 1-4 EGGmbHG, 2. Auflage, München 2010
- Murawo, Maximilian*, Die unechte Vorgesellschaft im GmbH- und Aktienrecht, Baden-Baden 2006
- Roth, Günter/Altmeyden, Holger*, Kommentar zum GmbHG, 7. Auflage 2012
- Schmidt, Andreas*, Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 5. Auflage, Köln 2015
- Scholz, Franz*, Kommentar zum GmbHG, Bd. 1, 2. Auflage, Köln 2012
- Schult, Ludger*, Solvenzschutz der GmbH durch Existenzvernichtungs- und Insolvenzverursachungshaftung, München 2009
- Steinberg, Jens H.*, Rechtszuordnung und Gründerhaftung in der Vor-GmbH. Eine kritische Bestandsaufnahme aus deutscher und österreichischer Sicht, Köln 2000
- Tiefel, Torsten*, Die Gründerhaftung in der Vor-GmbH. Eine Untersuchung der Vorbelastungs- und der Verlustdeckungshaftung, Baden-Baden 2005
- Ulmer, Peter/Habersack, Mathias/Löbke, Mark*, GmbHG Großkommentar, Band I, Einleitung, §§ 1 bis 28, Tübingen 2005

Ulmer, Peter/Habersack, Mathias/Löbke, Mark, GmbHG Großkommentar Band III
§§ 53 bis 87, 2. Auflage, Tübingen 2013
Weiland, Heiner, Die Vorgesellschaft der GmbH und der AG – mit Hinweisen zur
Limited. Gründung – Haftung – Bilanzierung – Prüfung, Berlin 2006

Abgeschlossen Februar 2015

www.logos-verlag.de unter ‚Zeitschriften‘

www.w-hs.de/ReWir

URN: [urn:nbn:de:hbz:1010-615](http://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:1010-615) (www.nbn-resolving.de)

URL: <http://fhge.opus.hbz-nrw.de/volltexte/2015/61/>

Impressum: Westfälische Hochschule, Fachbereich Wirtschaftsrecht, August-Schmidt-Ring 10
D - 45665 Recklinghausen, www.w-hs.de/wirtschaftsrecht



Dieser Text steht unter der Lizenz ‚Namensnennung- Keine kommerzielle Nutzung - Keine Bearbeitung 3.0 Deutschland‘ (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/de/>)

Vertrieb: Logos Verlag Berlin GmbH
Comeniushof, Gubener Straße 47
10243 Berlin
<http://www.logos-verlag.de>

ΛΟΓΟΣ