

Ludger Schult

**Solvenzschutz der GmbH  
durch Existenzvernichtungs- und  
Insolvenzverursachungshaftung**



Herbert Utz Verlag · München

## Rechtswissenschaften

Herausgegeben von

Prof. Dr. Thomas Küffner  
küffner maunz langer zugmaier, München

Band 72



„Dieses Softcover wurde auf FSC-zertifiziertem Papier gedruckt. FSC (Forest Stewardship Council) ist eine nichtstaatliche, gemeinnützige Organisation, die sich für eine ökologische und sozialverantwortliche Nutzung der Wälder unserer Erde einsetzt.“

Zugl.: Diss., Freiburg, Univ., 2009

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek: Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Wiedergabe auf fotomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben – auch bei nur auszugsweiser Verwendung – vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH · 2009

ISBN 978-3-8316-0928-4

Printed in Germany  
Herbert Utz Verlag GmbH, München  
089-277791-00 · [www.utzverlag.de](http://www.utzverlag.de)

## Inhaltsübersicht

§ 1 Einführung .....	1
TEIL I: Vom Sonderhaftungsrecht für die abhängige GmbH zur allgemeinen Existenzvernichtungshaftung der ersten Generation .....	9
§ 2 Die Situation der konzernabhängigen GmbH und die Haftung ihres Gesellschafters.....	10
§ 3 Die konzernrechtlich begründete Rechtsprechung zur Haftung des GmbH-Gesellschafters („Autokran“ bis „TBB“) .....	25
§ 4 Die Existenzvernichtungshaftung der ersten Generation: Gesellschaftsrechtliche Durchgriffshaftung statt Analogie zum Aktienkonzernrecht („Bremer Vulkan“/„KBV“).....	33
TEIL II: Die aktuelle Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafters .....	53
§ 5 Die Existenzvernichtungshaftung der zweiten Generation – „Trihotel“ – .....	53
§ 6 Tatbestand und Rechtsfolgen der Existenzvernichtungshaftung der zweiten Generation .....	123
TEIL III: Die Insolvenzverursachungshaftung des Geschäftsführers .....	157
§ 7 Die „Existenzvernichtungshaftung“ des GmbH-Geschäftsführers in Gestalt der neuen gesetzlichen Insolvenzverursachungshaftung gemäß § 64 Satz 3 GmbHG .....	157
TEIL IV: Analyse .....	213
§ 8 Bewertung des durch die „Trihotel“-Existenzvernichtungshaftung und die neue Insolvenzverursachungshaftung gemäß § 64 Satz 3 GmbHG gemeinsam erreichten Gläubigerschutzniveaus - Verbleibender Bedarf für eine konzernspezifische Gesellschafterhaftung?.....	213
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....	246

# Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht.....	IV
Inhaltsverzeichnis.....	V
Abkürzungsverzeichnis.....	XI
<b>§ 1 Einführung .....</b>	<b>1</b>
<b>A. Einleitung.....</b>	<b>1</b>
I. Untersuchungsgegenstand.....	3
II. Gang der Untersuchung.....	4
<b>B. Thematischer Hintergrund: Gläubigerschutz im deutschen Recht.....</b>	<b>4</b>
<b>TEIL I: Vom Sonderhaftungsrecht für die abhängige GmbH zur allgemeinen Existenzvernichtungshaftung der ersten Generation .....</b>	<b>9</b>
<b>§ 2 Die Situation der konzernabhängigen GmbH und die Haftung ihres Gesellschafters.....</b>	<b>10</b>
<b>A. Das deutsche Sonderrecht der verbundenen Unternehmen .....</b>	<b>10</b>
I. Die Entwicklung des deutschen Konzernrechts.....	10
II. Die Entstehung des Konzernrechts im Aktiengesetz von 1965 .....	12
III. Abwesenheit einer systematischen Kodifikation des GmbH-Konzernrechts .....	14
<b>B. Das Prinzip der beschränkten Haftung des Gesellschafters und seine grundsätzliche Geltung im Konzern .....</b>	<b>16</b>
I. Die Haftungsbeschränkung in der GmbH .....	16
II. Der Grundsatz der beschränkten Haftung im Konzernrecht .....	18
<b>C. Der so genannte Konzernkonflikt als zentrales Thema des deutschen Konzernrechts .....</b>	<b>19</b>
I. Besondere konzernspezifische Gefährdungslage? .....	19
II. Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur.....	21
1. Rechtsprechung .....	21
2. Literatur .....	22
<b>D. Zusammenfassung von § 2 .....</b>	<b>24</b>
<b>§ 3 Die konzernrechtlich begründete Rechtsprechung zur Haftung des GmbH-Gesellschafters („Autokran“ bis „TBB“) .....</b>	<b>25</b>
<b>A. Einleitung.....</b>	<b>25</b>
<b>B. Die Umsetzung des Konzeptes des qualifiziert faktischen Konzerns in der Rechtsprechung des BGH.....</b>	<b>26</b>
I. Das „Autokran“-Urteil vom 16. September 1985 .....	26
II. Das „Tiefbau“-Urteil vom 20. Februar 1989.....	27
III. Das „Video“-Urteil vom 23. September 1991 .....	28
IV. Das „TBB“-Urteil vom 29. März 1992.....	30
<b>C. Zusammenfassung von § 3 .....</b>	<b>31</b>
<b>§ 4 Die Existenzvernichtungshaftung der ersten Generation: Gesellschaftsrechtliche Durchgriffshaftung statt Analogie zum Aktienkonzernrecht („Bremer Vulkan“/„KBV“).....</b>	<b>33</b>
<b>A. Terminologie .....</b>	<b>33</b>
<b>B. Die Anknüpfung an das Eigen- bzw. Bestandsinteresse der GmbH.....</b>	<b>34</b>
I. Die vorbereitenden Überlegungen Röhrichs .....	34
II. Kritik an der Anknüpfung an ein Eigen- bzw. Bestandsinteresse der GmbH.....	36

<b>C.</b>	<b>Die Umsetzung in der Rechtsprechung.....</b>	<b>37</b>
I.	Das „ <i>Bremer Vulkan</i> “-Urteil vom 17. September 2001 .....	37
II.	Das „ <i>Ausfallhaftung</i> “-Urteil vom 25. Februar 2002 .....	38
III.	Das „ <i>KBV</i> “-Urteil vom 24. Juni 2002 .....	38
IV.	Das „ <i>Autovertragshändler</i> “-Urteil vom 13. Dezember 2004.....	40
V.	Das „ <i>Handelsvertreter</i> “-Urteil vom 13. Dezember 2004.....	42
<b>D.</b>	<b>Der methodische Ansatz der Existenzvernichtungshaftung der ersten Generation als Durchgriffshaftung.....</b>	<b>42</b>
<b>E.</b>	<b>Analyse der Existenzvernichtungshaftung der ersten Generation .....</b>	<b>45</b>
<b>F.</b>	<b>Zusammenfassung von § 4 .....</b>	<b>50</b>
<b>TEIL II: Die aktuelle Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafters .....</b>		<b>53</b>
<b>§ 5</b>	<b>Die Existenzvernichtungshaftung der zweiten Generation – „<i>Trihotel</i>“ – .....</b>	<b>53</b>
<b>A.</b>	<b>Einleitung und Überblick.....</b>	<b>53</b>
<b>B.</b>	<b>Das „<i>Trihotel</i>“-Urteil des II. Zivilsenats des BGH.....</b>	<b>56</b>
I.	Der Sachverhalt .....	56
II.	Der Prozessverlauf .....	57
<b>C.</b>	<b>Dogmatische Neuausrichtung der Existenzvernichtungshaftung .....</b>	<b>59</b>
I.	Leitsätze .....	59
II.	Erforderlichkeit und Rechtfertigung der Existenzvernichtungshaftung: Schutzlücke im kodifizierten GmbH-Recht.....	60
1.	Schutzlücke der §§ 30, 31 GmbHG.....	60
a)	Die vorherrschende Sichtweise in Rechtsprechung und Literatur .....	60
b)	Kritik an der herrschenden Schutzlücken-These .....	63
2.	Keine analoge Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG.....	67
III.	„Gleichlauf“ der Existenzvernichtungshaftung mit §§ 30, 31 GmbHG und Hervorhebung ihrer Grenzen.....	69
1.	„Gleichlauf“ statt Subsidiarität.....	69
2.	Begrenzte Anwendung der Existenzvernichtungshaftung.....	71
IV.	Einordnung der Existenzvernichtungshaftung als besondere Fallgruppe der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung (§ 826 BGB).....	73
1.	Die Erwägungen des BGH .....	73
2.	Dogmatische Überlegungen zur Existenzvernichtungshaftung auf deliktischer Grundlage .....	76
a)	Das Verhältnis der deliktischen Generalklausel zu gesellschaftsrechtlichen Spezialregelungen .....	77
b)	Argumente gegen § 826 BGB als Haftungsgrundlage der Existenzvernichtungshaftung .....	79
aa)	Grundsätzlicher Vorrang des Gesellschaftsrechts.....	79
bb)	Schwierigkeiten aufgrund des für § 826 BGB erforderlichen Vorsatzes .....	84
cc)	Ungeeignetheit der Außenhaftung.....	85
c)	Argumente für § 826 BGB als Haftungsgrundlage der Existenzvernichtungshaftung .....	86
V.	Innenhaftung vs. Außenhaftung .....	87
1.	„ <i>Trihotel</i> “-Rechtsprechung: Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft.....	88
a)	Mediatisierung des Gläubigerschutzes.....	88
b)	Umsetzung im Insolvenzverfahren .....	89
2.	Reaktionen auf die „ <i>Trihotel</i> “-Innenhaftungskonzeption.....	91
3.	Innenhaftung auf nicht-deliktsrechtlicher Grundlage.....	92

a)	Liquidationsrechtliche Vorgaben.....	92
b)	Gesellschafterhaftung wegen pflichtwidriger Geschäftsführung.....	93
c)	Treuepflichten/mitgliedschaftliches Sonderrechtsverhältnis .....	95
4.	Durchgriffshaftung analog §§ 105, 128 HGB .....	96
5.	§ 826 BGB als Außenhaftung.....	98
VI.	Kollisionsrechtliche Einordnung: Existenzvernichtungshaftung als gesellschaftsrechtliche, deliktsrechtliche oder insolvenzrechtliche Haftung? .....	99
1.	Überblick .....	99
2.	Die verschiedenen Ansichten .....	100
a)	Insolvenzrechtliche Qualifikation .....	100
b)	Gesellschaftsrechtliche Qualifikation .....	100
c)	Deliktsrechtliche Qualifikation .....	101
<b>D.</b>	<b>Abgrenzung zur Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung und materieller Unterkapitalisierung.....</b>	<b>102</b>
I.	Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung .....	102
II.	Durchgriffshaftung wegen materieller Unterkapitalisierung .....	106
1.	Überblick und Definition .....	106
2.	Die Ansichten in der Literatur und die bisherige Rechtsprechung.....	108
3.	Das „Gamma“-Urteil des BGH vom 28. April 2008.....	109
a)	Sachverhalt und Prozessverlauf .....	110
b)	Rechtliche Ausführungen.....	111
c)	Diskussion .....	114
<b>E.</b>	<b>Anwendbarkeit der Existenzvernichtungshaftung im Liquidationsstadium.....</b>	<b>115</b>
I.	Sachverhalt .....	116
II.	Entscheidungsgründe .....	116
1.	Haftung aus § 826 wegen Existenzvernichtung auch in der Liquidation .....	116
2.	Haftung aus § 826 BGB wegen Verstoß gegen Liquidationsvorschriften .....	117
III.	Diskussion .....	118
<b>F.</b>	<b>Anwendbarkeit der Existenzvernichtungshaftung auf den Aktionär?.....</b>	<b>119</b>
<b>G.</b>	<b>Zusammenfassung von § 5 .....</b>	<b>121</b>
<b>§ 6</b>	<b>Tatbestand und Rechtsfolgen der Existenzvernichtungshaftung der zweiten Generation .....</b>	<b>123</b>
<b>A.</b>	<b>Der Tatbestand der Existenzvernichtungshaftung.....</b>	<b>123</b>
I.	Keine Subsidiarität gegenüber Erstattungsansprüchen aus §§ 30, 31 GmbHG, sondern Anspruchsgrundlagenkonkurrenz .....	123
II.	Der objektive Tatbestand .....	126
1.	Überblick .....	126
a)	Methodische Vorbemerkung.....	126
b)	Die deliktische Generalklausel § 826 BGB .....	127
2.	Entzug von Gesellschaftsvermögen durch den Gesellschafter.....	128
a)	Konkreter Vermögensentzug statt Missbrauch der Rechtsform .....	128
b)	Keine Kompensation oder Gegenleistung .....	131
c)	Empfänger des entzogenen Vermögens .....	131
d)	Reichweite des geschützten Gesellschaftsvermögens.....	132
aa)	Entzug liquider Mittel, notwendigen Betriebsvermögens oder gewährter Sicherheiten .....	132
bb)	„Aschenputtel-Fälle“ .....	133
cc)	Bestellung von Sicherheiten zugunsten Dritter/Leveraged Buy-Out .....	133

dd) „Spekulation auf Kosten der Gläubiger“ .....	135
III. Der subjektive Tatbestand .....	135
1. Allgemeine Grundsätze .....	135
2. „Trihotel“-Modifikation .....	136
3. Diskussion .....	137
IV. Sittenwidrigkeit des Täterverhaltens .....	138
V. Schadenseintritt .....	139
1. Allgemeine Grundsätze .....	139
2. „Trihotel“-Modifikation: Eintritt oder Vertiefung der Insolvenz .....	139
3. Schaden bereits durch Gefährdung der Existenz? .....	140
VI. Kausalität zwischen Vermögensentzug und Insolvenz .....	141
<b>B. Anspruchsinhaber .....</b>	<b>143</b>
<b>C. Anspruchsgegner .....</b>	<b>143</b>
I. Gesellschafter .....	144
1. Handelnder bzw. zustimmender Gesellschafter .....	144
2. Mittelbarer Gesellschafter (so genannter Gesellschafter-Gesellschafter) .....	144
3. Einbeziehung der Schwestergesellschaft? .....	146
a) Das „Rheumaklinik“-Urteil vom 20. September 2004 .....	146
b) Die Diskussion im Schrifttum .....	148
II. Nicht-Gesellschafter als Teilnehmer, insbesondere der Geschäftsführer .....	150
<b>D. Die Rechtsfolgen der Existenzvernichtungshaftung .....</b>	<b>151</b>
I. Umfang der Schadensersatzpflicht .....	151
1. Schaden der Gesellschaft .....	151
2. Kosten des Insolvenzverfahrens .....	152
II. Verjährung .....	152
<b>E. Darlegungs- und Beweislast .....</b>	<b>152</b>
<b>F. Zusammenfassung von § 6 .....</b>	<b>153</b>
<b>G. Schlussfolgerungen aus Teil II .....</b>	<b>154</b>
<b>TEIL III: Die Insolvenzverursachungshaftung des Geschäftsführers .....</b>	<b>157</b>
<b>§ 7 Die „Existenzvernichtungshaftung“ des GmbH-Geschäftsführers in Gestalt der neuen gesetzlichen Insolvenzverursachungshaftung gemäß § 64 Satz 3 GmbHG 157</b>	
<b>A. Einführung .....</b>	<b>157</b>
I. Die Reform des GmbHG durch das MoMiG .....	160
II. Überblick über die neue Insolvenzverursachungshaftung gemäß § 64 Satz 3 GmbHG .....	162
III. Motiv und Ziel des Gesetzgebers .....	166
<b>B. Tatbestand und Rechtsfolge .....</b>	<b>168</b>
I. Normadressat .....	168
1. Geschäftsführer .....	168
2. Erstreckung auf den Gesellschafter? .....	169
3. Anwendbarkeit der Rechtsfigur des faktischen Geschäftsführers? .....	170
a) Bejaht von der Rechtsprechung zu § 64 GmbHG a.F. ....	170
b) Vorschläge im Schrifttum für eine weiter gehende Anwendung .....	171
c) Diskussion und Stellungnahme .....	173
II. Zahlung .....	176
1. Anlehnung an die Auslegung zu § 64 Satz 1 GmbHG .....	176
a) Über den Wortlaut hinausgehende, weite Auslegung .....	177
b) Berücksichtigung von Gegenleistungen .....	178

aa)	Diskussionsstand bei § 64 Satz 1 GmbHG.....	179
bb)	Diskussion zu § 64 Satz 3 GmbHG.....	180
c)	Einzelfragen .....	181
aa)	Nichtgeltendmachung einer Forderung .....	181
bb)	Eingehung von Verbindlichkeiten.....	182
cc)	Bestellung von Sicherheiten.....	182
dd)	Leveraged Buy-Outs.....	183
d)	Zwischenergebnis: Übertragbarkeit der bisherigen weiten Auslegung des Zahlungsbegriffs und grundsätzliche Berücksichtigung von Gegenleistungen.....	184
III.	Zahlungsempfänger.....	185
IV.	Eintritt der Zahlungsunfähigkeit .....	186
1.	Tatsächlicher Eintritt erforderlich .....	186
2.	Zahlungsunfähigkeit im Sinne von § 17 InsO.....	186
3.	Einbeziehung auch des Insolvenzgrundes der Überschuldung?.....	187
V.	Kausalität zwischen Zahlung und Zahlungsunfähigkeit .....	188
1.	Entstehungsgeschichte und Aussagen in den Gesetzesmaterialien .....	189
a)	Änderungen zwischen Referenten- und Regierungsentwurf .....	189
b)	Aussagen in der Regierungsbegründung.....	190
c)	Erfolgte Kompensation kausalitätsausschließend? .....	191
2.	Lösungsvorschläge im Schrifttum .....	191
a)	Sachliche Kriterien.....	192
b)	Zeitliche Kriterien.....	193
VI.	Solvenzprognose und Solvenzerklärung .....	194
1.	Überblick .....	194
2.	Solvenzprognose.....	195
a)	Inhalt der Solvenzprognose, insbesondere Prognosezeitraum.....	195
b)	Grundlagen der Solvenzprognose .....	196
3.	Solvenzerklärung.....	198
VII.	Entlastungsmöglichkeit .....	199
VIII.	Rechtsfolge .....	200
1.	Ersatz der Zahlung.....	200
2.	Leistungsverweigerungsrecht des Geschäftsführers.....	202
3.	Abwicklung im Innenverhältnis (Innenhaftung) .....	202
4.	Verjährung.....	203
IX.	Darlegungs- und Beweislast.....	203
<b>C.</b>	<b>Insolvenzrechtliche Qualifikation .....</b>	<b>204</b>
<b>D.</b>	<b>Diskussion .....</b>	<b>206</b>
<b>E.</b>	<b>Zusammenfassung von § 7 .....</b>	<b>209</b>
<b>TEIL IV: Analyse .....</b>		<b>213</b>
<b>§ 8</b>	<b>Bewertung des durch die „Trihotel“-Existenzvernichtungshaftung und die neue Insolvenzverursachungshaftung gemäß § 64 Satz 3 GmbHG gemeinsam erreichten Gläubigerschutzniveaus - Verbleibender Bedarf für eine konzernspezifische Gesellschafterhaftung?.....</b>	<b>213</b>
<b>A.</b>	<b>Die Existenzvernichtungs- und die Insolvenzverursachungshaftung im Vergleich .....</b>	<b>213</b>
I.	Gemeinsamkeiten und Unterschiede.....	213
1.	Dogmatische Grundlage .....	213
2.	Persönlicher Anwendungsbereich (Haftungsadressaten) .....	215



3.	Sachlicher Anwendungsbereich (geschütztes Vermögen) .....	215
4.	Rechtsfolgen .....	215
II.	Konkurrenzen .....	217
1.	Ansprüche gegen den Geschäftsführer .....	217
a)	§ 64 Satz 3 GmbHG und § 43 Abs. 3 GmbHG .....	217
b)	§ 64 Satz 3 GmbHG und § 43 Abs. 2 GmbHG .....	218
c)	§ 64 Satz 3 GmbHG und § 830 BGB .....	218
2.	Ansprüche gegen den Gesellschafter / Gesellschafter-Geschäftsführer .....	219
<b>B.</b>	<b>Funktionsanalyse des erreichten Gläubigerschutzniveaus .....</b>	<b>219</b>
I.	Parallelität von Gesellschafter- und Geschäftsführerhaftung .....	219
II.	Relativer Solvenzschutz durch Existenzvernichtungs- und Insolvenzverursachungshaftung .....	221
III.	Gesellschaftsrechtlicher und insolvenzrechtlicher Gläubigerschutz .....	223
<b>C.</b>	<b>Die Konzeption des Solvenztests, insbesondere der Solvenzttest in der Europäischen Privatgesellschaft (<i>Societas Privata Europaea</i>) .....</b>	<b>225</b>
I.	Der Solvenzttest als Ausschüttungssperre .....	225
II.	Die Diskussion auf europäische Ebene .....	228
III.	Der Solvenzttest in der Europäischen Privatgesellschaft ( <i>Societas Privata Europaea</i> ) .....	229
1.	Überblick .....	229
2.	Ausschüttungsgrenzen durch Bilanz- und Solvenzttest .....	232
3.	Analyse .....	234
IV.	Existenzvernichtungs- und Insolvenzverursachungshaftung als ergänzende Solvenztests .....	235
<b>D.</b>	<b>Verbleibende Schutzlücke bei der konzernabhängigen GmbH? .....</b>	<b>237</b>
<b>E.</b>	<b>Zusammenfassung von § 8 .....</b>	<b>243</b>
	<b>Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse .....</b>	<b>246</b>
	<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>251</b>
	<b>Urteilsübersicht .....</b>	<b>276</b>

*„Was als mißbräuchlich zu gelten hat, muß von seinen Folgen für die GmbH ... her definiert werden und nicht von bestimmten Eigenschaften ihres Gesellschafters“<sup>1</sup>*

## § 1 Einführung

### A. Einleitung

Seit jeher wird im Recht der GmbH um die Antwort auf die Frage gerungen, wie das Spannungsverhältnis zwischen rechtlicher Verselbständigung der Gesellschaft und beschränkter Gesellschafterhaftung einerseits und organisationsrechtlich weit reichend gegebener Einflussmöglichkeiten der Gesellschafter auf die Gesellschaft andererseits angemessen aufgelöst werden kann. Hierbei geht es im Kern um die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Gesellschafter für nachteilige Einwirkungen auf die GmbH und ihr Vermögen persönlich haftbar gemacht werden kann, um so, wenn die GmbH wegen eingetretener Insolvenz ihre Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen kann, die Gläubiger der Gesellschaft vor dem Ausfall ihrer Forderungen zu schützen.

Diese grundsätzliche Frage stellt sich gleichermaßen für die unabhängige, d.h. nicht konzernverbundene, wie für die konzernabhängige GmbH, wobei das beschriebene Spannungsverhältnis von vielen Beobachtern bei der konzernabhängigen GmbH als besonders ausgeprägt angesehen wird. Der Situation in der unabhängigen GmbH wurde dabei lange Zeit bei weitem nicht die Aufmerksamkeit zuteil, wie dies bei der konzernabhängigen GmbH der Fall war. Nachdem das Aktiengesetz von 1965 den Schutz der Konzernaußenseiter – der Minderheitsgesellschafter und Gläubiger der abhängigen Gesellschaft – einer umfassenden Regelung zuführte, ging von dieser weithin als gelungen angesehenen systematischen Kodifikation eine Ausstrahlungswirkung auf die Diskussion um den Gläubigerschutz in der GmbH aus. Gläubigerschutz in der GmbH war in der allgemeinen Wahrnehmung lange Zeit ein primär konzernrechtliches Problem. Vor diesem Hintergrund gab es in der Vergangenheit verschiedene Versuche, sowohl seitens des Gesetzgebers als auch der Rechtsprechung, jeweils begleitet von einer intensiven Diskussion im bzw. mit dem Schrifttum, Gläubigerschutz bei der konzernabhängigen GmbH durch ein *besonderes* (Haftungs-)Regime zu gewährleisten. Was die gesetzgeberische Seite betrifft, gab es hierzu Anfang der 1970er Jahre auch konkrete Pläne, im Rahmen einer zunächst groß angelegten Reform des GmbH-Gesetzes ein GmbH-Konzernrecht in Anlehnung an die zuvor eingeführten Regelungen des Aktienkonzernrechts zu schaffen. Hierzu kam es allerdings nicht. Eine vergleichbare gesetzliche Lösung wird aktuell weder wahrnehmbar gefordert, noch wird mit

---

<sup>1</sup> *Röhrich*, FS 50 Jahre BGH (2000), S. 83 (119).

ihr in absehbarer Zeit gerechnet.<sup>2</sup> Sie spielte auch im Rahmen der Beratungen der zum 1. November 2008 in Kraft getretenen GmbH-Reform (MoMiG) keine Rolle. Was die Rechtsprechung betrifft, hat es zwischen 1985 und 2001 eine Phase gegeben, in der der zuständige II. Zivilsenat des BGH den Versuch unternahm, im Wege der Rechtsfortbildung<sup>3</sup> ein konzernspezifisches Haftungsmodell zu schaffen, mit dem das Einfluss nehmende herrschende Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen für Verluste bei der abhängigen GmbH in Anspruch genommen werden kann. Gemeint ist die Rechtsfigur des qualifiziert faktischen GmbH-Konzerns. Sie beruht konzeptionell auf 1972 veröffentlichten Thesen und Vorschlägen des aus Rechtswissenschaftlern zusammengesetzten Arbeitskreises GmbH-Reform.<sup>4</sup> Diese – fast schon legendär viel diskutierte und umstrittene – 13 Jahre später begonnene Rechtsprechung war innerhalb dieser Phase allerdings keineswegs einheitlich, sondern durch sich wandelnde Konzeptionen geprägt. Eine Zäsur erfolgte dann 2001 durch das „*Bremer Vulkan*“-Urteil, in dem der BGH der Rechtsprechung zum qualifiziert faktischen GmbH-Konzern ein (offizielles) Ende setzte und eine neue Rechtsfigur aus der Taufe hob, die die Haftung des GmbH-Gesellschafters nicht mehr konzernrechtlich begründet und die stattdessen für die konzernabhängige wie die unabhängige GmbH gleichermaßen Anwendung findet. Die Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns sei damit, so der allgemeine Befund kurz nach dem „*Bremer Vulkan*“-Urteil, endgültig „in die ewigen Jagdgründe des Gesellschaftsrechts verwiesen“<sup>5</sup>. Gleichwohl gibt es nach wie vor Stimmen, die eine (zusätzliche) konzernspezifische Haftung des GmbH-Gesellschafters für erforderlich halten. Es stellt sich deshalb die Frage, ob ein solches Bedürfnis überhaupt (noch) besteht bzw. eine solche Haftung gerechtfertigt werden kann.

Das „*Bremer Vulkan*“-Urteil und vier ihm folgende Urteile des BGH (namentlich die Entscheidungen „*Ausfallhaftung*“,<sup>6</sup> „*KBV*“, „*Autovertragshändler*“ und „*Handelsvertreter*“) bilden aus heutiger Sicht die – nachfolgend auch so bezeichnete – erste Generation der Existenzvernichtungshaftung. Sie war als gesellschaftsrechtliche Durchgriffshaftung ausgestaltet und galt von 2001 bis 2007, als es zu einer zweiten, wenngleich weniger tief greifenden Zäsur durch

---

<sup>2</sup> *Liebscher*, GmbH-Konzernrecht, A. Rn. 29; vgl. auch *K. Schmidt*, § 39 I 1 a) („Für die Zukunft können Praxis und Rechtswissenschaft vielleicht Grundlagen für eine gesetzliche Ordnung des GmbH-Konzernrechts legen.“). Allerdings gibt es aktuelle Überlegungen seitens der Bundesregierung zur Kodifikation eines Konzerninsolvenzrechts, das aber keine materiellen Haftungsfragen („Konsolidierung“) regeln, sondern nur Verfahrensregeln schaffen würde, vgl. *Hirte*, ZIP 2008, 444.

<sup>3</sup> Zur Rechtsfortbildung im Allgemeinen und im GmbH-Recht im Besonderen *K. Schmidt*, JZ 2009, 10 (11 ff.).

<sup>4</sup> Arbeitskreis GmbH-Reform, S. 50. Zu seinen Mitgliedern zählten *Hueck*, *Lutter*, *Mertens*, *Rehbinder*, *Ulmer*, *Wiedemann* und *Zöllner*.

<sup>5</sup> *Bitter*, WuB II C. § 13 GmbHG 2.02, 793 (795).

<sup>6</sup> Häufig auch als „*L-Kosmetik*“-Urteil bezeichnet.

das „Trihotel“-Urteil kam. Dieses Urteil des BGH führt manche Elemente der ersten Generation fort und stellt die Existenzvernichtungshaftung auf eine neue dogmatische Grundlage. Sie ist auch in ihrer zweiten Generation weiterhin frei von jeglichen konzernspezifischen Erwägungen und nunmehr als ein Unterfall der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung gemäß § 826 BGB konzipiert.

Die Möglichkeit, die richterrechtlich geschaffene Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafters gesetzlich zu regeln, hat der Reform-Gesetzgeber im MoMiG bewusst nicht ergriffen, wenngleich die Gesetzesmaterialien die Existenzvernichtungshaftung als solche ausdrücklich anerkennen. Der Gesetzgeber verleiht dabei seiner Sichtweise Ausdruck, dass er die Diskussion hierzu als noch nicht abgeschlossen ansieht und deshalb der weiteren Rechtsfortbildung nicht vorgreifen will. Somit bleibt die Haftung des GmbH-Gesellschafters für missbräuchliche Einwirkungen auf die Gesellschaft und ihr Vermögen zunächst weiter eine Aufgabe für die Rechtsprechung im traditionell intensiven Austausch mit der Literatur. Das MoMiG hat den Regelungsgegenstand der Existenzvernichtungshaftung jedoch nicht vollständig der Rechtsprechung überlassen. Denn der Gesetzgeber hat den sachlichen Anwendungsbereich der Existenzvernichtungshaftung aufgegriffen und eine Haftung des Geschäftsführers für „existenzvernichtende Eingriffe“ eingeführt. Die nunmehr in § 64 Satz 3 GmbHG geregelte so genannte Insolvenzverursachungshaftung ist eine Haftung des Geschäftsführers für Zahlungen an den Gesellschafter, die erkennbar zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten. Sie wirft unter anderem die hier zu untersuchende Frage auf, wie sich diese neue gesetzliche Geschäftsführerhaftung zur richterrechtlichen Gesellschafterhaftung verhält bzw. umgekehrt und was aus den beiden Haftungstatbeständen füreinander gewonnen werden kann.

## **I. Untersuchungsgegenstand**

Das richterrechtliche Haftungsinstitut der Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafters und die neue gesetzliche Insolvenzverursachungshaftung des Geschäftsführers gemäß § 64 Satz 3 GmbHG als Instrumente des Vermögensschutzes der GmbH und damit mittelbar des Gläubigerschutzes bilden den Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit. Hierzu werden ihre jeweilige Entstehung, ihre tatbestandliche Ausgestaltung und die sich aus ihnen ergebenden Haftungsfolgen für den Gesellschafter bzw. Geschäftsführer sowie ihre Funktion im GmbH-rechtlichen Gläubigerschutzsystem näher untersucht. Die Arbeit beginnt und schließt mit dem Blick auf die Situation der abhängigen GmbH, die über Jahrzehnte im Mittelpunkt der Diskussion um angemessenen Gläubigerschutz im GmbH-(Konzern-)Recht stand.

Sowohl die Existenzvernichtungshaftung als auch die Insolvenzverursachungshaftung werden in ihrer Wirkungsweise in die Nähe des aus anderen Rechts-

ordnungen bekannten *solvency test*, ein insbesondere aus den meisten US-amerikanischen Bundesstaaten und Neuseeland bekannter situativer Ausschüttungstest, gestellt. Es soll daher zudem untersucht werden, inwieweit durch die Existenzvernichtungs- und Insolvenzverursachungshaftung ein Ausschüttungstest bzw. eine Ausschüttungssperre für die GmbH etabliert und welches Niveau an Gläubigerschutz durch beide Instrumente erreicht wird.

## II. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit gliedert sich in vier Teile. Nach einer kurzen thematischen Einführung folgt in Teil I eine auf die maßgeblichen Aspekte begrenzte Darstellung des konzernrechtlich geprägten Vorläufer-Modells der Existenzvernichtungshaftung sowie der als Durchgriffshaftung begonnenen Existenzvernichtungshaftung der ersten Generation. Dem schließt sich in Teil II eine nähere Untersuchung der von der Rechtsprechung des BGH dogmatisch nunmehr deliktsrechtlich begründeten Existenzvernichtungshaftung durch das „Trihotel“-Urteil aus dem Jahre 2007 an. Teil III enthält die eingehende Erörterung des durch das MoMiG eingeführten Haftungstatbestandes mit enger Verwandtschaft zur Existenzvernichtungshaftung, der neuen Insolvenzverursachungshaftung des Geschäftsführers gemäß § 64 Satz 3 GmbHG. In der sich daran anschließenden Analyse in Teil IV geht es abschließend um Antworten auf die Fragen, wie sich die richterrechtliche Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafters und die gesetzliche Insolvenzverursachungshaftung des Geschäftsführers zueinander verhalten und welches Maß an Gläubigerschutz durch sie jeweils bzw. zusammen erreicht wird sowie darum, ob im Hinblick auf die allgemeine Existenzvernichtungs- und Insolvenzverursachungshaftung eine konzernspezifische Gesellschafterhaftung noch erforderlich ist bzw. gerechtfertigt werden kann.

### B. Thematischer Hintergrund: Gläubigerschutz im deutschen Recht

Die in dieser Arbeit untersuchten Haftungstatbestände dienen primär dem Gläubigerschutz. Hierunter versteht man allgemein betrachtet solche Regelungen, deren Zweck darauf gerichtet ist, die dem Gläubiger gegen den Schuldner zustehende Forderung gegen Ausfall zu sichern.<sup>7</sup> Unternehmensgläubiger werden durch eine Vielzahl solcher Instrumente insbesondere aus dem Bereich des Handels-, Gesellschafts- und Bilanzrechts (z.B. §§ 238 ff. HGB, § 57 AktG, § 30

---

<sup>7</sup> Ähnlich *Pellens/Kemper/Schmidt*, ZGR 2008, 381 (384). Ausführlich zu den Zwecken des Gläubigerschutzes *Vetter*, ZGR 2005, 788 (790), der zu den Primärzwecken insbesondere die Vermeidung der Insolvenzverschleppung und der Insolvenzverursachung durch Gesellschaftereingriffe bzw. Liquiditätsentzug sowie die Wahrung der Vermögenstrennung zwischen Gesellschaft und Gesellschaftervermögen zählt.

GmbHG) geschützt,<sup>8</sup> die durch Instrumente des Insolvenzrechts (InsO, AnfG) flankiert werden. Hier finden sowohl präventiv als auch repressiv wirkende Konzeptionen Anwendung, wobei von jedem repressiven Instrument, wie insbesondere der Gesellschafterhaftung, auch immer eine – wenngleich schwer messbare – präventive Wirkung ausgeht. Innerhalb des Gläubigerschutzes unterscheidet man zwischen institutionellem Gläubigerschutz, zu dem das Kapital-schutzkonzept gehört, und informationellem Gläubigerschutz, womit die Rechnungslegung angesprochen ist. Unabhängig davon, ob man, wie es das kontinentaleuropäische Kapitalschutzsystem traditionell vorsieht, für die Gesellschaftsgründung die Aufbringung eines Mindestkapitals verlangt, enthalten die meisten Kapitalgesellschaftsrechte mehr oder weniger strenge Regeln hinsichtlich des Transfers von Gesellschaftsvermögen in die Sphäre des Gesellschafters.<sup>9</sup> Das deutsche Kapitalgesellschaftsrecht setzt dazu traditionell auf das System der Kapitalerhaltung mit den bereits angesprochenen Ausschüttungssperren in § 30 GmbHG und § 57 AktG. Die Notwendigkeit solcher Beschränkungen liegt auf der Hand, sind doch die Gesellschaftsgläubiger regelmäßig zur Erfüllung ihrer Forderungen auf das bei der Gesellschaft vorhandene Vermögen beschränkt, so dass es für sie – wie in jedem Schuldverhältnis – vorrangig auf die Solvenz der Gesellschaft ankommt. Solvenzerhaltung ist also primäres Gläubigerinteresse. Befindet sich die Gesellschaft in wirtschaftlichen Schwierigkeiten und droht ihre Insolvenz, besteht die erhöhte Gefahr, dass der Gesellschafter statt im Gesellschaftsinteresse zu handeln – und damit mittelbar im Interesse der Gesellschaftsgläubiger – opportunistisch agiert und der Gesellschaft das noch verbleibende Vermögen entzieht, um einen Totalverlust seines Investments zu vermeiden. Die Krise der Gesellschaft verlangt mithin ein erhöhtes Maß an Gläubigerschutz.

Wie die Rechtsordnung auf einen Verstoß gegen die von ihr gesetzten Grenzen des Vermögenstransfers von der Gesellschaft zum Gesellschafter reagiert, hat für den Gläubigerschutz zentrale Bedeutung.<sup>10</sup> Diese und sonstige Gläubigerschutzregeln können und sollen aber keinen absoluten Schutz vor der Insolvenz einer Gesellschaft gewährleisten. Dies würde verlangen, dass die Haftung der Gesellschafter von Kapitalgesellschaften so weit gehen müsste, dass vom Haftungsprivileg bzw. Grundsatz der beschränkten Gesellschafterhaftung nicht mehr gesprochen werden könnte und den Gläubigern der Gesellschaft das Insolvenzrisiko ungerechtfertigt vollständig abgenommen werden würde.<sup>11</sup> Andererseits besteht bei Kapitalgesellschaften resultierend aus der beschränkten Gesellschafterhaftung ein „spezifisches Risiko“, dass der Entzug von Vermögen der Gesellschaft zugunsten der Gesellschafter das Insolvenzrisiko für die Gesell-

---

<sup>8</sup> Vgl. *Merkt*, ZGR 2004, 305 (312).

<sup>9</sup> *Haas*, DStR 2006, 993 (998).

<sup>10</sup> *Mock*, Der Konzern 2008, 539 (545).

<sup>11</sup> *Jungmann*, ZGR 2006, 638 (642 ff.); *Pellens/Kemper/Schmidt*, ZGR 2008, 381 (384).

schaftsgläubiger unverhältnismäßig erhöht.<sup>12</sup> Was aber muss die Rechtsordnung tun, damit die Gläubiger kein „unangemessen hohes Risiko“<sup>13</sup> der Nichterfüllung ihrer Forderung tragen? Primär muss die Rechtsordnung der „Kehrseite der beschränkten Haftung“ durch eine Sicherung des den Gesellschaftsgläubigern zustehenden „Recht[s] des ersten Zugriffs auf das Gesellschaftsvermögen“ (auch *Absolute Priority Rule*) Rechnung tragen.<sup>14</sup> Ob das den Gläubigern zugewiesene Risiko noch angemessen ist, hängt nicht zuletzt von der Wirksamkeit der auf die Sicherstellung der *Absolute Priority Rule* zielenden Regeln ab.<sup>15</sup>

Mit welchen Instrumenten das so beschriebene Gläubigerrisiko am besten zu reduzieren ist, mit anderen Worten, wie ein angemessenes und effizientes Gläubigerschutzsystem hergestellt werden kann, hat in der deutschen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur traditionell eine große Bedeutung. Dabei ist die Gesellschafterhaftung, wenngleich im Kapitalgesellschaftsrecht konzeptionell die Ausnahme, ein im Mittelpunkt des Interesses stehender Aspekt des Schutzkonzepts. Bei der Bestimmung des „richtigen“ Gläubigerschutzniveaus ist die deutsche Diskussion von dem Bestreben gekennzeichnet, möglichst die Interessen aller Beteiligten zu berücksichtigen, d.h. nicht nur der Gesellschafter und der Gläubiger, sondern darüber hinaus auch die „Allgemein- oder gesamtwirtschaftlichen Interessen“.<sup>16</sup> Insbesondere der Gläubigerschutz bei der GmbH hat Rechtsprechung und Literatur in der Vergangenheit immer wieder intensiv beschäftigt. Im Recht der GmbH wird der Gläubigerschutz als das zentrale Rechtsproblem angesehen.<sup>17</sup> Seit Einführung der GmbH 1892 wurde er zu allen Zeiten als das größte rechtspolitische Problem betrachtet.<sup>18</sup> Auf dem 66. Deutschen Juristentag 2006 widmete sich die Abteilung Wirtschaftsrecht eigens der „Reform des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes“, bei der die GmbH als die „zahlen- und umsatzmäßig bedeutendste Unternehmensform mit dem größten gebundenen Haftungskapital“<sup>19</sup> im Vordergrund stand.

---

<sup>12</sup> Jungmann, ZGR 2006, 638 (644).

<sup>13</sup> Wiedemann, Gesellschaftsrecht, § 10 I.a), S. 516.

<sup>14</sup> Jungmann, ZGR 2006, 638 (645).

<sup>15</sup> Seibt, ZHR 171 (2007), 282 (293).

<sup>16</sup> Haas, Gutachten E 66. DJT, E 14. Merkt, ZGR 2004, 305 (311 f.) attestiert dem deutschen Recht aufgrund seines systematischen Ansatzes, Interessenskonflikte innerhalb des Verbandes zu lösen, eine immer wieder vorkommende „überschießende Bevorzugung der Gläubiger“. Der Gläubigerschutz nehme „eine paritätische Position neben dem Schutz der Gesellschafterinteressen“ ein. Nicht zu Unrecht entstehe daher im Ausland mitunter der Eindruck, das deutsche Gesellschaftsrecht stelle den Gläubigerschutz über die Interessen der Gesellschafter. Zur Akzentverschiebung von diesem tradierten sog. *Stakeholder*-Konzept zum international zunehmend verfolgten *Shareholder Value*-Konzept, *ders.*, Anleger- und Gläubigerschutz, S. 61 (73 ff.).

<sup>17</sup> Stellvertretend Ulmer, GmbHR 1984, 256.

<sup>18</sup> Fleischer, GmbHR 2009, 1 (12).

<sup>19</sup> Haas, Gutachten E 66. DJT, E 10.

Zur Gewährleistung des Gläubigerschutzes setzt das deutsche Gesellschaftsrecht auf umfangreiche Kapitalschutzregeln – die sich ergänzenden, jedoch voneinander zu unterscheidenden Systeme der Kapitalaufbringung und der Kapitalerhaltung. Diesen zwei Säulen des gesetzlichen Systems wurde bislang eine fundamentale Bedeutung im Recht der GmbH<sup>20</sup> zuerkannt. Das Kapitalschutzsystem steht gleichwohl seit einiger Zeit in der Defensive. In der jüngeren Vergangenheit hat sich immer deutlicher die Überzeugung durchgesetzt, dass ein primär auf den Kapitalschutz (insbesondere den Kapitalerhaltungsschutz) gestützter präventiver Gläubigerschutz seine ihm zugedachte Aufgabe nur sehr eingeschränkt erfüllen kann.<sup>21</sup> Es überwiegt heute die Einschätzung, dass die genannten gesetzlichen Regeln nur ein begrenztes Maß an Gläubigerschutz gewährleisten können. Bei der Kapitalaufbringung ist man sich mehr oder weniger darüber einig, dass das gesetzliche Mindestkapital im Wesentlichen als Seriositätsschwelle dient, d.h. den Gründern einer GmbH ein gewisses Maß an Ernsthaftigkeit abverlangt, ohne dass den Gläubigern der GmbH hierdurch ein nachhaltiger Schutz geboten wird. Hier wie auch bei der Kapitalerhaltung wurde in der jüngeren Vergangenheit zunehmend die Effizienzfrage gestellt und das System als zu komplex kritisiert.<sup>22</sup> Die am weitesten reichenden Vorschläge verlangen, das deutsche System bilanzorientierter Ausschüttungssperren zugunsten der bereits angesprochenen situativen Ausschüttungssperren zu ersetzen.<sup>23</sup>

Gläubigerschutz wird in Deutschland vor diesem Hintergrund zunehmend auf anderem Wege zu verwirklichen gesucht. Generell gesprochen ist insoweit eine verstärkte Einbeziehung insolvenzrechtlicher Instrumente zu beobachten, teilweise wird sogar für eine vollständige Verlagerung der Gläubigerschutzregeln vom Gesellschafts- in das Insolvenzrecht eingetreten. Ein solch radikaler Ansatz ist meist von der Überzeugung getragen, dass nur so Gläubigerschutzlücken bei den im Inland tätigen, nach ausländischem Recht gegründeten Gesellschaften, den so genannten Scheinauslandsgesellschaften, in den Griff zu bekommen sind. Angesprochen ist damit die in Deutschland intensiv diskutierte Frage, ob die für die nationalen Gesellschaften entwickelten Gläubigerschutzkonzepte wie nicht zuletzt die Gesellschafterhaftung wegen Existenzvernichtung auf in Deutschland tätige Scheinauslandsgesellschaften angewendet werden können, oder einer solchen Anwendung das Verdikt des Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht droht, weil in ihr eine unzulässige Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit liegt. Die angesprochenen Fragen des Gläubigerschutzes

---

<sup>20</sup> BGH NJW 1958, 1351 („Sie [§ 19 und 30 GmbHG] enthalten das Kernstück des GmbH-Rechts und vertragen keine Aushöhlung in gleichviel welcher Form“).

<sup>21</sup> Vgl. Haas, DStR 2006, 993.

<sup>22</sup> Vgl. Drygala, ZGR 2006, 587 m.w.N.

<sup>23</sup> Engert, ZHR 170 (2006), 296; Jungmann, ZGR 2006, 638; ferner die Nachweise bei Weller, DStR 2007, 116 Fn. 18.



beschäftigen, was nicht überraschen kann, in gleicher Weise die europäische Diskussion. Neben der andauernden Debatte, wie auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Niederlassungsfreiheit der Scheinauslandsgesellschaften zu reagieren ist, stellen sich aktuell im Europäischen Gesellschaftsrecht die aus der nationalen Diskussion bekannten Fragen des Gläubigerschutzes auch im Zusammenhang mit der Schaffung der Europäischen Privatgesellschaft, einer supranationalen Rechtsform für die geschlossene Kapitalgesellschaft auf europäischer Ebene.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Ausführlicher zum Gläubigerschutz im Europäischen Gesellschaftsrecht *Mock*, *Der Konzern* 2008, 539 (540).