

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

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
§ 1 Einführung	1
A. Einleitung.....	1
I. Untersuchungsgegenstand.....	3
II. Gang der Untersuchung.....	4
B. Thematischer Hintergrund: Gläubigerschutz im deutschen Recht.....	4
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
A. Das deutsche Sonderrecht der verbundenen Unternehmen	10
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. Das Prinzip der beschränkten Haftung des Gesellschafters und seine grundsätzliche Geltung im Konzern	16
I. Die Haftungsbeschränkung in der GmbH	16
II. Der Grundsatz der beschränkten Haftung im Konzernrecht	18
C. Der so genannte Konzernkonflikt als zentrales Thema des deutschen Konzernrechts	19
I. Besondere konzernspezifische Gefährdungslage?	19
II. Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur.....	21
1. Rechtsprechung	21
2. Literatur	22
D. Zusammenfassung von § 2	24
§ 3 Die konzernrechtlich begründete Rechtsprechung zur Haftung des GmbH-Gesellschafters („Autokran“ bis „TBB“)	25
A. Einleitung.....	25
B. Die Umsetzung des Konzeptes des qualifiziert faktischen Konzerns in der Rechtsprechung des BGH.....	26
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
C. Zusammenfassung von § 3	31
§ 4 Die Existenzvernichtungshaftung der ersten Generation: Gesellschaftsrechtliche Durchgriffshaftung statt Analogie zum Aktienkonzernrecht („Bremer Vulkan“/„KBV“).....	33
A. Terminologie	33
B. Die Anknüpfung an das Eigen- bzw. Bestandsinteresse der GmbH.....	34
I. Die vorbereitenden Überlegungen Röhrichs	34
II. Kritik an der Anknüpfung an ein Eigen- bzw. Bestandsinteresse der GmbH.....	36

C.	Die Umsetzung in der Rechtsprechung.....	37
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
D.	Der methodische Ansatz der Existenzvernichtungshaftung der ersten Generation als Durchgriffshaftung.....	42
E.	Analyse der Existenzvernichtungshaftung der ersten Generation	45
F.	Zusammenfassung von § 4	50
TEIL II: Die aktuelle Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafters		53
§ 5 Die Existenzvernichtungshaftung der zweiten Generation – „<i>Trihotel</i>“ –		53
A.	Einleitung und Überblick.....	53
B.	Das „<i>Trihotel</i>“-Urteil des II. Zivilsenats des BGH.....	56
I.	Der Sachverhalt	56
II.	Der Prozessverlauf	57
C.	Dogmatische Neuausrichtung der Existenzvernichtungshaftung	59
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-deliktischer 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
D.	Abgrenzung zur Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung und materieller Unterkapitalisierung.....	102
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
E.	Anwendbarkeit der Existenzvernichtungshaftung im Liquidationsstadium.....	115
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
F.	Anwendbarkeit der Existenzvernichtungshaftung auf den Aktionär?.....	119
G.	Zusammenfassung von § 5	121
§ 6	Tatbestand und Rechtsfolgen der Existenzvernichtungshaftung der zweiten Generation	123
A.	Der Tatbestand der Existenzvernichtungshaftung.....	123
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. Anspruchsinhaber	143
C. Anspruchsgegner	143
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
D. Die Rechtsfolgen der Existenzvernichtungshaftung	151
I. Umfang der Schadensersatzpflicht	151
1. Schaden der Gesellschaft	151
2. Kosten des Insolvenzverfahrens	152
II. Verjährung	152
E. Darlegungs- und Beweislast	152
F. Zusammenfassung von § 6	153
G. Schlussfolgerungen aus Teil II	154
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	
A. Einführung	157
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. Tatbestand und Rechtsfolge	168
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
C.	Insolvenzrechtliche Qualifikation	204
D.	Diskussion	206
E.	Zusammenfassung von § 7	209
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
A.	Die Existenzvernichtungs- und die Insolvenzverursachungshaftung im Vergleich	213
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.	Funktionsanalyse des erreichten Gläubigerschutzniveaus	219
I.	Parallelität von Gesellschafter- und Geschäftsführerhaftung	219
II.	Relativer Solvenzschutz durch Existenzvernichtungs- und Insolvenzverursachungshaftung	221
III.	Gesellschaftsrechtlicher und insolvenzrechtlicher Gläubigerschutz	223
C.	Die Konzeption des Solvenztests, insbesondere der Solvenztest in der Europäischen Privatgesellschaft (<i>Societas Privata Europaea</i>)	225
I.	Der Solvenztest als Ausschüttungssperre	225
II.	Die Diskussion auf europäische Ebene	228
III.	Der Solvenztest in der Europäischen Privatgesellschaft (<i>Societas Privata Europaea</i>)	229
1.	Überblick	229
2.	Ausschüttungsgrenzen durch Bilanz- und Solvenztest	232
3.	Analyse	234
IV.	Existenzvernichtungs- und Insolvenzenverursachungshaftung als ergänzende Solvenztests	235
D.	Verbleibende Schutzlücke bei der konzernabhängigen GmbH?	237
E.	Zusammenfassung von § 8	243
	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	246
	Literaturverzeichnis	251
	Urteilsübersicht	276

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

§ 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

¹ *Röhrich*, FS 50 Jahre BGH (2000), S. 83 (119).

ihr in absehbarer Zeit gerechnet.² 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 Rechtsfortbildung³ 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.⁴ 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“⁵. 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*“,⁶ „*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

² *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.

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

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

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

⁶ 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.⁷ Unternehmensgläubiger werden durch eine Vielzahl solcher Instrumente insbesondere aus dem Bereich des Handels-, Gesellschafts- und Bilanzrechts (z.B. §§ 238 ff. HGB, § 57 AktG, § 30

⁷ 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. Liquiditätentzug sowie die Wahrung der Vermögenstrennung zwischen Gesellschaft und Gesellschaftervermögen zählt.

GmbHG) geschützt,⁸ 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.⁹ 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.¹⁰ 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.¹¹ 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-

⁸ Vgl. *Merkt*, ZGR 2004, 305 (312).

⁹ *Haas*, DStR 2006, 993 (998).

¹⁰ *Mock*, Der Konzern 2008, 539 (545).

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

schaftsgläubiger unverhältnismäßig erhöht.¹² Was aber muss die Rechtsordnung tun, damit die Gläubiger kein „unangemessen hohes Risiko“¹³ 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.¹⁴ 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.¹⁵

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“.¹⁶ 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.¹⁷ Seit Einführung der GmbH 1892 wurde er zu allen Zeiten als das größte rechtspolitische Problem betrachtet.¹⁸ 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“¹⁹ im Vordergrund stand.

¹² Jungmann, ZGR 2006, 638 (644).

¹³ Wiedemann, Gesellschaftsrecht, § 10 I.a), S. 516.

¹⁴ Jungmann, ZGR 2006, 638 (645).

¹⁵ Seibt, ZHR 171 (2007), 282 (293).

¹⁶ 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.).

¹⁷ Stellvertretend Ulmer, GmbHR 1984, 256.

¹⁸ Fleischer, GmbHR 2009, 1 (12).

¹⁹ 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 GmbH²⁰ 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 zgedachte Aufgabe nur sehr eingeschränkt erfüllen kann.²¹ 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.²² Die am weitesten reichenden Vorschläge verlangen, das deutsche System bilanzorientierter Ausschüttungssperren zugunsten der bereits angesprochenen situativen Ausschüttungssperren zu ersetzen.²³

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

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

²¹ Vgl. Haas, DStR 2006, 993.

²² Vgl. Drygala, ZGR 2006, 587 m.w.N.

²³ 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.²⁴

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

TEIL I: Vom Sonderhaftungsrecht für die abhängige GmbH zur allgemeinen Existenzvernichtungshaftung der ersten Generation

Das von der Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH geschaffene Rechtsinstitut der Existenzvernichtungshaftung hat, wie eingangs angesprochen, eine konzernrechtliche „Vorgeschichte“. Diese frühere Rechtsprechung und die Reaktionen darauf im Schrifttum waren Gegenstand unzähliger rechtswissenschaftlicher Monographien und Beiträge und sollen hier nicht im Mittelpunkt stehen.²⁵ In dieser Phase der Rechtsprechung herrschte die Überzeugung vor, dass die Gläubigerinteressen in der abhängigen GmbH besonders gefährdet sind und auf diese besondere Gefahr daher auch mit besonderen Haftungsregeln reagiert werden muss. Den allgemeinen Haftungsinstrumenten traute man die Lösung dieser Aufgabe nicht zu. Hiervon getragen beherrschte das Thema „qualifiziert faktischer GmbH-Konzern“ die gesellschaftsrechtliche Diskussion in Deutschland für rund drei Jahrzehnte. Der BGH hat diese Rechtsprechung 2001 im „*Bremer Vulkan*“-Urteil (offiziell) aufgegeben und an ihre Stelle das Rechtsinstitut der Existenzvernichtungshaftung gesetzt. Zwei Gründe sprechen dafür, vor dem Einstieg in die Untersuchung der Rechtsfigur Existenzvernichtungshaftung, insbesondere in ihrer aktuellen Ausgestaltung durch das „*Trihotel*“-Urteil, ihre konzernrechtlich begründete Vorläufer-Haftung kurz zu betrachten. Zum einen hat erst der Umweg über eine konzernspezifische Gesellschafterhaftung zu der allgemeinen GmbH-Gesellschafterhaftung geführt, wie sie heute von der Rechtsprechung verfolgt wird, und ihre Wertungen sind ungeachtet der nicht mehr relevanten Anknüpfung an den Konzernsachverhalt nicht obsolet geworden, sondern setzten sich in der Diskussion um das neue Konzept der Gesellschafterhaftung fort. Zum anderen wird auch nach der Aufgabe des konzernspezifischen Ansatzes durch die Rechtsprechung im Schrifttum für eine (zusätzliche) konzernspezifische Gesellschafterhaftung gestritten, dessen Berechtigung diese Arbeit bewerten will. Einführend wird vor der Darstellung besagter Rechtsprechung der allgemeine Hintergrund des deutschen Konzernrechts, insbesondere der so genannte Konzernkonflikt, angesprochen.

²⁵ Umfassende Nachweise zu den einschlägigen Monographien und Aufsätzen bei *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, § 31; *Liebscher*, GmbH-Konzernrecht F. vor Rn. 437; vgl. auch ferner *Assmann*, FS 100 Jahre GmbH-Gesetz (1992), S. 657 (661); *Deilmann*, Die Entstehung des qualifiziert faktischen Konzerns, 1990, S. 32 ff.; *Hirte*, Der qualifiziert faktische Konzern (1992); *ders.*, Der qualifiziert faktische Konzern (1993).

§ 2 Die Situation der konzernabhängigen GmbH und die Haftung ihres Gesellschafters

A. Das deutsche Sonderrecht der verbundenen Unternehmen

I. Die Entwicklung des deutschen Konzernrechts

Die Geschichte des deutschen Konzernrechts ist vor dem Hintergrund der zunehmenden Unternehmenskonzentration zu erklären. Die Unternehmenskonzentration verlief in Deutschland in verschiedenen Phasen.²⁶ Ihr Beginn fällt in die Zeit zwischen der Reichsgründung 1871 und dem Beginn des Ersten Weltkriegs, in der bereits erste größere Konzerne entstanden, wie die so genannten Syndicatsgesellschaften in der Montan- und Kaliindustrie.²⁷ Dieser Entwicklung stellte sich die Rechtsprechung, die gegen eine wesentliche Beteiligung einer Kapitalgesellschaft an einer anderen nichts einzuwenden hatte, von Anfang an nicht entgegen.²⁸ Ungeachtet vereinzelt auftretender Schwierigkeiten (konkret der Zusammenbruch des Stinnes-Konzerns) beschleunigte sich die Konzentrationsbewegung innerhalb der deutschen Wirtschaft in der Zeit nach dem Ersten Weltkrieg bis zum Ende des Zweiten Weltkriegs stark. Hierbei dominierten bis etwa zur Weltwirtschaftskrise 1929 wegen des damaligen Körperschaftssteuergesetzes zunächst vertikale Strukturen (verbreitet waren Interessengemeinschaften und Pacht- und Betriebsüberlassungsverträge). In der Zeit danach kam es – motiviert vor allem durch Wettbewerbs- und Rationalisierungserwägungen – verstärkt zu horizontalen Konzernierungen, da Fusionen (Verschmelzungen) nunmehr gegenüber den Interessengemeinschaften steuerlich bevorzugt wurden.²⁹ In der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg unternahmen die Alliierten zunächst einige „Dekonzentrationsmaßnahmen“, im Rahmen derer einzelne große Konzerne entflochten wurden (insbesondere die IG Farben und Unternehmen der Montanindustrie). Im sich abzeichnenden Ost-West-Konflikt wurden diese Maßnahmen dann allerdings nicht weiter verfolgt.³⁰ Etwa ab 1950 setzte in der deutschen Wirtschaft wieder eine Beschleunigung der Unternehmenskonzentration ein,³¹

²⁶ Vgl. zur historischen Entwicklung des deutschen Konzernrechts *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, § 1 II m.w.N.; *dies.*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Einl. Rn. 16 ff.; *Kern*, Konzernhaftungstatbestand, S. 98 ff. Eingehend zur Entstehung der geltenden gesetzlichen Regelung im AktG *Dettling*, Entstehungsgeschichte.

²⁷ *Kern*, Konzernhaftungstatbestand, S. 98.

²⁸ *Altmeppen*, Aktienrecht im Wandel, S. 1029 (1030) unter Bezugnahme auf die erste einschlägige Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts aus dem Jahr 1877.

²⁹ *Nörr*, ZHR 150 (1986), 155 (169 u. 173); *Kern*, Konzernhaftungstatbestand, S. 98.

³⁰ *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, § 1 II 1; *Kern*, Konzernhaftungstatbestand, S. 98.

³¹ Bereits 1956 hatte der Anteil konzernverbundener Unternehmen nach Erhebungen des Statistischen Bundesamtes mit 79,2 % das Niveau von 1936 in Höhe von 65,6 % überschritten, *J. Meyer*, Haftungsbeschränkungen, S. 683.

der bis zur Einführung der Fusionskontrolle durch die 2. GWB-Novelle 1973 rechtlich wenig entgegenstand und die durch die Umwandlungsgesetze von 1956 und 1969 sowie die Umwandlungssteuergesetze von 1957 und 1969 sogar unterstützt wurde.³²

Vor dem Hintergrund der zunehmenden Unternehmenskonzentration – 1927 waren 60 % des Aktienkapitals in Konzernen gebunden – entstand in der Zeit der Weimarer Republik das Konzernrecht als neues eigenständiges Rechtsgebiet.³³ Dabei ging es, dem Beispiel des Kartellrechts folgend, vornehmlich um die gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung der Zusammenschlussbestrebungen der Wirtschaft (so genannte Typen- und Formlehre). Probleme der Konzernierung wurden zwar gesehen, „blieben aber im Schatten der Vorzüge, die man jedenfalls prinzipiell der Konzernbildung beimaß“.³⁴ Als allgemeines Problem gesehen wurde aber sowohl von der Rechtsprechung des Reichsgerichts³⁵ als auch von der am Anfang stehenden wissenschaftlichen Diskussion der Aspekt der rechtlichen Selbständigkeit der juristischen Person. Hieran knüpfte auch einer der ersten Vorschläge im Schrifttum zur Haftung der herrschenden Person an. Nach *Kronstein* sollte diese dann haften, wenn sie bewusst und nach außen erkennbar maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung der abhängigen Person nimmt, wobei diese Haftung auf § 826 BGB, *culpa in contrahendo* oder einen Garantievertrag gestützt wurde.³⁶ Dieser frühe Gedanke einer Haftung des herrschenden Unternehmens als Folge der Einflussnahme auf die abhängige Gesellschaft wird sich wie ein roter Faden durch die spätere Konzern(haftungs)diskussion ziehen.

Der Gesetzgeber hielt sich zunächst zurück. Sowohl die Verordnung des Reichspräsidenten (Notverordnung) von 1931, die Teile des späteren AktG vorwegnahm, als auch das AktG von 1937 selber regelten nur Einzelfragen des Konzernrechts, das AktG von 1937 immerhin eine Konzerndefinition³⁷ sowie das Erfordernis, dass bei Abschluss eines Gewinnabführungs- oder Betriebspachtvertrags die Hauptversammlung der zur Gewinnabführung verpflichteten Gesellschaft dem Vertrag mit qualifizierter Mehrheit zustimmen muss (§ 256

³² *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, § 1 II 1.

³³ *Nörr*, ZHR 150 (1986), 155 (169). Stellvertretend hierfür die Monografien von *Hausmann*, Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen (1926), *Friedländer*, Konzernrecht (1927) sowie *Kronstein*, Die abhängige juristische Person (1931).

³⁴ *Nörr*, ZHR 150 (1986), 155 (170) („so blieb die wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Konzernbildung sozusagen im toten Winkel“).

³⁵ RGZ 82, 308 (317) (1913).

³⁶ Siehe die ausführliche Zusammenfassung bei *Kern*, Konzernhaftungstatbestand, S. 101.

³⁷ § 15 Abs. 1 AktG 1937: „Sind rechtlich selbständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt, so bilden sie einen Konzern.“

§ 3 Die konzernrechtlich begründete Rechtsprechung zur Haftung des GmbH-Gesellschafters („Autokran“ bis „TBB“)

A. Einleitung

Es erscheint aus heutiger Sicht fast unverständlich, dass die Diskussion um einen adäquaten Gläubigerschutz in der GmbH und die diesbezügliche Rechtsprechung lange auf die Situation der konzernabhängigen GmbH fokussiert blieb. Die Lage in der unabhängigen GmbH wurde meist ausgeblendet, weil man bei ihr die negativen Auswirkungen des beschriebenen Konzernkonflikts nicht festmachte und den notwendigen Gläubigerschutz durch eine Anwendung der allgemeinen Schutzinstrumente zu bewerkstelligen können glaubte. Dabei war (und ist man nach wie vor) im Schrifttum und der Rechtsprechung mehrheitlich der Auffassung, dass die gesetzlichen Gläubigerschutzinstrumente alleine zur Zielerreichung nicht ausreichend sind. Es dominiert der Gedanke einer auszufüllenden Schutzlücke im Kapitalschutzrecht der GmbH.¹⁰⁷ Nur vereinzelt wird das Bestehen einer Schutzlücke im Gesetz bestritten, worauf an späterer Stelle noch näher eingegangen wird. Basierend auf der Annahme der Unzulänglichkeit des gesetzlichen Kapitalschutzes zur Gewährleistung eines angemessenen Gläubigerschutzniveaus und der Überzeugung von der Notwendigkeit eines über die Kapitalerhaltung hinausgehenden Vermögensschutzes hat der II. Zivilsenat des BGH 1985 eine Rechtsprechung begonnen, mit der das Schutzdefizit bei der abhängigen GmbH durch ein besonderes Haftungsrecht kompensiert werden sollte. Im Zentrum dieser Überlegungen stand die Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns. Die hier nicht nachzuzeichnende, unter großer Beteiligung geführte Diskussion um den qualifiziert faktischen Konzern ist als solche mitunter Gegenstand der Betrachtung geworden. Die „kaum mehr überschaubare Flut literarischer Stellungnahmen“ wurde als ihr größtes Manko immer wieder kritisiert.¹⁰⁸ Bezugspunkt der in ihrem Verlauf zunehmend kontroverser geführten Diskussion war die jeweilige, nachfolgend erläuterte Rechtsprechung des BGH.

¹⁰⁷ Zuletzt wieder BGHZ 173, 246 (252 u. 256) Rz. 16, 24 („Trihotel“). Grundlegend die Beiträge von *Ulmer*, ZHR 148 (1984), 391 ff.; *Priester*, ZGR 1993, 512 ff.; *M. Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, 1988, S. 202 ff. Hierzu zählt auch der Beitrag von *Röhrich*, FS 50 Jahre BGH (2000), S. 83 ff.

¹⁰⁸ So schon *Kübler*, FS Heinsius (1991), S. 397 (402). *K. Schmidt*, ZHR 168 (2004), 493 (494), bemerkte, drei Urteile („Autokran“, „Tiefbau“ und „Video“) hätten ausgereicht, um Bibliotheken zu füllen, und drei berichtigende Urteile („Bremer Vulkan“, „Ausfallhaftung“ und „KBV“) genügen, diese zu Makulatur werden zu lassen.

B. Die Umsetzung des Konzeptes des qualifiziert faktischen Konzerns in der Rechtsprechung des BGH

I. Das „Autokran“-Urteil vom 16. September 1985¹⁰⁹

Den Beginn der Rechtsprechung zum qualifiziert faktischen Konzern markiert die „Autokran“-Entscheidung des BGH. Die vom Kläger vorgebrachten Anhaltspunkte für eine Gesellschafterhaftung wegen Vermögensvermischung griff der BGH unter Verweis auf insoweit fehlenden Vortrag nicht auf. Stattdessen entwickelte er eine konzernrechtlich begründete Haftung im Wege einer analogen Anwendung der §§ 303, 322 Abs. 2 AktG. Bei Vermögenslosigkeit einer abhängigen GmbH komme, so der BGH seinerzeit, eine hierauf gestützte *Ausfallhaftung* des herrschenden Konzernunternehmens dann in Betracht, wenn dieses die Geschäfte der abhängigen GmbH dauernd und umfassend selbst geführt habe und nicht nachweisen könne, dass der pflichtgemäß handelnde Geschäftsführer einer selbstständigen GmbH die Geschäfte genauso geführt hätte.

Zur Begründung zog der BGH die bereits beschriebene Konfliktsituation im Konzern bzw. den gestörten Interessengleichlauf heran, der sich aus der Wahrnehmung anderweitiger Unternehmensinteressen durch das beherrschende Unternehmen ergebe. Diese den Grund für das Aktienkonzernrecht bildenden „spezifische[n] Gefahren“ seien bei der GmbH aufgrund schwächeren Kapitalschutzes und größerer Einwirkungsmöglichkeiten des Mehrheitsgesellschafters noch dringlicher, was im Gesetzesentwurf für die GmbH-Reform 1971/1973 zum Ausdruck gekommen sei. Werde im GmbH-Konzern ein Zustand erreicht, in dem die abhängige Gesellschaft durch Erteilung von Weisungen mit dem herrschenden Unternehmen zu einer wirtschaftlichen Einheit zusammengefasst ist und die eigenen Belange des abhängigen Unternehmens durch das Konzerninteresse ersetzt sind, sei vergleichbar der Sachlage beim aktienrechtlichen Vertragskonzern ein Schutz zugunsten der Gläubiger der abhängigen GmbH geboten. Der BGH sah sich im Hinblick auf die „höchst unterschiedlichen Stufen der tatsächlichen Konzernverwirklichung“ zwar außer Stande zur Bestimmung einer Formel, die die haftungsauslösende „Intensität und Breite der Einwirkung auf die Belange der abhängigen GmbH“ durch Ausübung der Leitungsmacht bestimmt. Er nimmt aber Bezug auf die Gesetzesvorschläge des Arbeitskreises GmbH-Reform, in dessen Anschluss das Kriterium der nachhaltigen Beeinträchtigung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft durch die sachlich umfassende und zeitlich andauernde Ausübung des Einflusses des herrschenden Unternehmens entwickelt wurde. Liege eine solche dauernde und umfassende Einflussnahme vor, begründe das die tatsächliche Vermutung, dass auf die eigenen Belange der abhängigen Gesellschaft keine Rücksicht genommen wurde

¹⁰⁹ BGHZ 95, 330.

und das Konzerninteresse ihre Geschäftstätigkeit entscheidend bestimmt habe. Diese Vermutung, die im Laufe der Rechtsprechung modifiziert wurde, konnte das beherrschende Unternehmen in der „Autokran“-Doktrin durch den Nachweis widerlegen, der pflichtgemäß handelnde Geschäftsführer einer selbstständigen GmbH hätte deren Geschäfte unter den gegebenen Umständen nicht anders geführt. Dies könne unter Umständen sogar dann noch in Frage kommen, so der BGH, wenn die abhängige GmbH wie eine „Betriebsabteilung“ des herrschenden Unternehmens tätig war.

In der Sache war die durch das „Autokran“-Urteil begründete Gesellschafterhaftung im GmbH-Konzern eine Verhaltenshaftung mit einem widerlegbar vermuteten Verschulden. Sie war also (zunächst noch) keine Strukturhaftung. Getragen von der Überzeugung einer Notwendigkeit eines über die gesetzlichen Regeln hinausgehenden Gläubigerschutzes im faktischen GmbH-Konzern wurde das „Autokran“-Urteil im Schrifttum überwiegend begrüßt.¹¹⁰ Die vorgenommene Anlehnung an eine gesetzliche Regelung betrachtete man als insbesondere gegenüber einer auf die (echte) Durchgriffshaftung rekurrierenden Lösung überlegen. In den 1950er und 1960er hatte die Diskussion um eine Durchgriffshaftung als Schutzinstrument zugunsten der Gesellschaftsgläubiger keinen Konsens hinsichtlich ihrer dogmatischer Konzeption und Ausgestaltung in Fallgruppen hervorbringen können.¹¹¹ Man wählte sich mit der nun eingeschlagenen Richtung deshalb auf dogmatisch überzeugenderem Terrain.

II. Das „Tiefbau“-Urteil vom 20. Februar 1989¹¹²

Die mit der „Autokran“-Entscheidung angelegte Konzeption einer Gesellschafterhaftung im GmbH-Konzern im Wege analoger Anwendung der Regeln des aktienrechtlichen Vertragskonzerns wurde im 1989 ergangenen „Tiefbau“-Urteil bestätigt. Die Ausgangssituation ist in den Augen des BGH in beiden Fällen die gleiche, d.h. die Interessen der abhängigen Gesellschaft, ihrer Minderheitsgesellschaft und ihrer Gläubiger seien im faktischen GmbH-Konzern ähnlich gefährdet wie beim Bestehen eines Beherrschungsvertrags mit einer AG. Die begonnene Rechtsprechung wird sodann ausgebaut, indem die im ersten Urteil noch ausdrücklich offen gelassene Frage des Bestehens (auch) einer *Verlustausgleichshaftung* bejaht wird. Ein auf eine analoge Anwendung des § 302 AktG gestützter Verlustausgleichsanspruch, der zusammen mit der Ausfallhaftung gemäß § 303 AktG eine einheitliche Regelung bilde und deswegen nicht abgetrennt werden könne, wurde für den vorliegenden Fall einer *mehrgliedrigen* GmbH bejaht. Während es im „Autokran“-Urteil allerdings noch hieß, dass eine Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens ausscheide, sofern dieses

¹¹⁰ Liebscher, GmbH-Konzernrecht, F. Rn. 456 f.

¹¹¹ Bitter, WM 2001, 2133 (2133 f.).

¹¹² BGHZ 107, 7.

§ 4 Die Existenzvernichtungshaftung der ersten Generation: Gesellschaftsrechtliche Durchgriffshaftung statt Analogie zum Aktienkonzernrecht („*Bremer Vulkan*“/„*KBV*“)

A. Terminologie

Der Begriff Existenzvernichtungshaftung geht wohl zurück auf die strafrechtliche Rechtsprechung des BGH zur Strafbarkeit von GmbH-Gesellschaftern wegen Untreue (§ 266 Abs. 1 StGB) bei Entnahmen aus dem Gesellschaftsvermögen. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1988 stellte der BGH bei der Prüfung, wann Gewinnentnahmen des geschäftsführenden GmbH-Gesellschafters (ohne Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften) im Einverständnis mit allen Mitgesellschaftern den Straftatbestand der Untreue erfüllen, darauf ab, ob durch die Entnahme die *Existenz der GmbH gefährdet* wurde.¹²³ Unter Bezugnahme auf noch frühere Urteile stellte der BGH darin zusammenfassend fest, dass Entnahmen aus dem GmbH-Vermögen trotz Zustimmung aller Gesellschafter unter anderem dann als Nachteilszufügung im Sinne von § 266 StGB anzusehen seien, wenn sie die Existenz der GmbH durch Entzug der Produktionsgrundlage gefährdeten. Diese Terminologie wurde in der strafrechtlichen „*Bremer Vulkan*“-Entscheidung fortgeführt, in der es um die Strafbarkeit der Vorstandmitglieder einer beherrschenden AG wegen Verletzung ihrer Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der von ihr abhängigen GmbH ging. Darin findet sich die Aussage, dass in der strafgerichtlichen Rechtsprechung von der *Existenzgefährdung* bzw. dem *existenzgefährdenden* Eingriff die Rede sei, während aus zivilrechtlicher Sicht zu Recht von der *Existenzvernichtung* bzw. dem *existenzvernichtenden* Eingriff gesprochen werde. Denn für den strafrechtlichen Schadens- oder Nachteilsbegriff reiche bereits die schadensgleiche Gefährdung aus, während dieser Gedanke im Zivilrecht keine Rolle spiele, so dass zivilrechtlich auf die *Existenzvernichtung* abzustellen sei.¹²⁴ In der zivilrechtlichen Rechtsprechung wurde bereits im Zusammenhang mit der Haftung im qualifiziert faktischen Konzern teilweise vom haftungsauslösenden „*existenzvernichtenden* Eingriff“ gesprochen.¹²⁵ Während dann der Leitsatz des zivilrechtlichen „*Bremer Vulkan*“-Urteils von der Pflicht des Gesellschafters sprach, die Existenz der GmbH nicht zu gefährden, ist in den Urteilsgründen von der Haftung aufgrund eines „*bestandsvernichtenden* Eingriffs“ die Rede.¹²⁶ Im sich daran anschließenden „*Ausfallhaftung*“-Urteil verwendete der BGH dann erstmals die

¹²³ BGH NJW 1989, 112 (113); ähnlich BGH NJW 1997, 66 (69); BGH NJW 1999, 2817 (2818).

¹²⁴ BGH NJW 2004, 2248 (2253).

¹²⁵ BGH NJW 1997, 943 (944); OLG Düsseldorf NZG 1999, 502 (504). Davor bereits *Drygala*, GmbHR 1993, 317 (321).

¹²⁶ BGHZ 149, 10 (16).

auch heute noch gebräuchliche Bezeichnung der Haftung wegen „Existenzvernichtung“ bzw. einer Gesellschafterhaftung aus dem Gesichtspunkt des „existenzvernichtenden Eingriffs“.¹²⁷ Im „Trihotel“-Urteil hat der BGH zuletzt klargestellt, dass er trotz den aktuellen Änderungen im Haftungskonzept an der bisherigen Terminologie festhalten will.¹²⁸

Die Bezeichnung Existenzvernichtungshaftung wurde immer wieder als unpassend kritisiert. Selbst der damalige Vorsitzende des II. Zivilsenats des BGH, *Röhricht*, der dieses Rechtsinstitut maßgeblich konzipiert hat, spricht von einer „nicht ganz zutreffenden Bezeichnung“.¹²⁹ Dies ist nachvollziehbar, da es nicht um die Vernichtung der „Existenz“¹³⁰ der GmbH geht, sondern, wie näher zu zeigen ist, um die Herbeiführung ihrer Insolvenz.¹³¹ Passender wäre daher eigentlich die Bezeichnung „Insolvenzverursachungshaftung“¹³² gewesen. Ungeachtet dessen und im Hinblick auf die sich in Rechtsprechung und Schrifttum inzwischen etablierte Terminologie folgt auch die vorliegende Arbeit der für dieses Rechtsinstitut bislang verwendeten Bezeichnung Existenzvernichtungshaftung.

B. Die Anknüpfung an das Eigen- bzw. Bestandsinteresse der GmbH

I. Die vorbereitenden Überlegungen *Röhrichts*

Dem Wandel der Rechtsprechung gingen grundsätzliche Überlegungen des seinerzeitigen Vorsitzenden des II. Zivilsenats des BGH, *Volker Röhricht*, in einem Beitrag für die Festschrift aus Anlass des 50-jährigen Bestehens des BGH voraus. Die mit „Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz“ im Jahre 2000 erschienene Stellungnahme wurde zur Richtschnur für die 2001/2002 begonnene Rechtsprechung einer Gesellschafterhaftung wegen Existenzvernichtung, deren

¹²⁷ BGHZ 150, 61 (67).

¹²⁸ BGHZ 173, 246 (252) Rz. 16.

¹²⁹ *Röhricht*, ZIP 2005, 505 (513). *Gehrlein*, WM 2008, 761, spricht stattdessen auch von der „Bestandsvernichtungshaftung“.

¹³⁰ Die Existenz der GmbH als juristische Person beginnt mit ihrer Eintragung im (§ 11 Abs. 1 GmbHG) und endet mit ihrer Löschung aus dem Handelsregister (§ 141a Abs. 1 FGG).

¹³¹ *Schön*, ZHR 168 (2004), 268 (271 f.) hält die gewählte Bezeichnung für unpassend, weil die mit ihrer Wortwahl verbundenen Assoziationen von der „Vernichtung“ einer „Existenz“ als „Unrecht“ erscheinen müsse und (schon) deshalb nach „Haftung“ rufe; diese ontologischen Kategorien seien nur dem Menschen gemäß. Weil die juristische Person im Gegensatz dazu erst aufgrund eines staatlichen Akts entstehe, könne sie auch nur durch einen solchen ihr Dasein verlieren. Auch stehe der juristischen Person kein Anspruch auf ihre Existenz zu, ihre Auflösung könne jederzeit bewirkt werden.

¹³² Vgl. *K. Schmidt*, NJW 2001, 3577 (3580).

TEIL II: Die aktuelle Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafters

§ 5 Die Existenzvernichtungshaftung der zweiten Generation – „Trihotel“ –

Nachdem zuvor das Rechtsinstitut der Existenzvernichtungshaftung in seiner ersten Phase dargestellt wurde, widmet sich nun dieser sowie der sich hieran anschließende Abschnitt eingehend der Existenzvernichtungshaftung der zweiten Generation, d.h. dem durch das „Trihotel“-Urteil modifizierten Rechtsinstitut zur Begründung einer Haftung des GmbH-Gesellschafters für den missbräuchlichen Entzug von Gesellschaftsvermögen.

A. Einleitung und Überblick

Die Suche nach einer angemessenen Gewährleistung des Schutzes der Gläubiger einer (abhängigen) GmbH führte, wie gezeigt, in die eine oder andere Sackgasse. Die – überwiegend so gesehene – Unvollkommenheit der gesetzlichen Schutzmechanismen sowie die Abwesenheit einer dem AktG vergleichbaren konzernrechtlichen Regelung im GmbH-Gesetz bildeten und bilden den Hintergrund der seit Jahrzehnten intensiv und kontrovers geführten Debatte zu diesem Thema.¹⁸⁷ Dass diese Debatte mit dem nachfolgend im Mittelpunkt stehenden „Trihotel“-Urteil des BGH einen Abschluss gefunden hat, ist kaum zu erwarten. Denn in der erörterten Entscheidungskette „Autokran“, „Tiefbau“, „Video“, „TBB“, „Bremer Vulkan“ und „KBV“ sowie nun „Trihotel“ kam es immer wieder zu grundsätzlichen Änderungen der dogmatischen Begründung, der tatbestandlichen Ausgestaltung und den Rechtsfolgen des jeweils verfolgten richterrechtlichen Modells der GmbH-Gesellschafterhaftung.

Vor diesem Hintergrund könnte über die „Lebensdauer“ des „Trihotel“-Haftungskonzepts hier nur spekuliert werden.¹⁸⁸ Aus heutiger Sicht sprechen jedoch manche Gründe dafür, dass die nun vertretene Konzeption, die bereits durch

¹⁸⁷ Siehe die umfangreichen Literaturnachweise bei *Liebscher*, GmbH-Konzernrecht, F. vor Rn. 437; *Osterloh-Konrad*, ZHR 172 (2008), 274 (275) Fn. 1.

¹⁸⁸ Rückblickend spricht *Schwab*, ZIP 2008, 341 (342), von einer „groß angelegten Irrfahrt“; *Vetter*, BB 2007, 1965, verweist auf die nur kurze Geltung der Vorgängerbegründungen: Während der qualifiziert faktische Konzern immerhin 15 Jahre alt geworden sei, sei die Existenzvernichtungshaftung der ersten Generation schon nach knapp sechs Jahren „in das Reich der Rechtsgeschichte verbannt“ worden. *Altmeppen*, ZIP 2007, 2657, geht davon aus, dass die Existenzvernichtungshaftung „nunmehr eine dogmatische Heimat“ gefunden habe.

mehrere Folgeentscheidungen (neben dem II. auch des IX. Zivilsenats)¹⁸⁹ bestätigt wurde, zumindest in ihrem dogmatischen Ausgangspunkt mittelfristig die vom BGH verfolgte Linie sein wird. Denn eine abermalige grundsätzliche Richtungsänderung wäre den Rechtsanwendern kurzfristig kaum zuzumuten und würde der Rechtsprechung des BGH in dieser Frage den Eindruck von Beliebigkeit geben. Nichtsdestotrotz wird überwiegend erwartet, dass sich die bisherige intensive Diskussion zwischen Rechtsprechung und Wissenschaft fortsetzen wird.¹⁹⁰ Im Hinblick darauf, dass der MoMiG-Gesetzgeber bewusst auf eine gesetzliche Regelung der Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafters verzichtet hat – der weiteren Rechtsfortbildung solle nicht vorgegriffen werden¹⁹¹ – wird dem II. Zivilsenat des BGH daher auch in Zukunft eine prägende Rolle zukommen.¹⁹² Das MoMiG belässt es insoweit bei einer Teilregelung, nämlich der Erweiterung der Haftung des Geschäftsführers für insolvenzverursachende Zahlungen an den Gesellschafter im Rahmen des hierzu erweiterten § 64 GmbHG – der im dritten Teil dieser Arbeit dargestellten so genannten Insolvenzverursachungshaftung. Zuvor hatte sich auch die Abteilung Wirtschaftsrecht des 66. Deutschen Juristentags 2006 im Hinblick auf den Stand der Rechtsprechung mit großer Mehrheit¹⁹³ gegen gesetzgeberische Schritte ausgesprochen.¹⁹⁴

Die dogmatische Neubestimmung der seit 2001 von der Rechtsprechung verfolgten Existenzvernichtungshaftung, konkret ihre nun im „*Trihotel*“-Urteil vorgenommene Einordnung als besondere Fallgruppe der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung in Gestalt einer schadensersatzrechtlichen Innenhaf-

¹⁸⁹ BGH Urteil v. 13.12.2007 – IX ZR 116/06, ZIP 2008, 455 (dazu EWiR 2008, 433 f. (*Wilhelmi*)); BGH Beschluss v. 7.1.2008 – II ZR 314/05, ZIP 2008, 308; BGH Urteil v. 28.04.2008 – II ZR 264/06, ZIP 2008, 1232 („*Gamma*“); BGH Beschluss v. 2.6.2008 – II ZR 104/07, ZIP 2008, 1329 (dazu EWiR 2008, 681 f. (*Blasche*)). Ferner BGH ZIP 2009, 802 („*Sanitary*“) zur Anwendbarkeit des „*Trihotel*“-Haftungskonzepts im Liquiditätsstadium der GmbH; näher unten § 5 E.

¹⁹⁰ *Habersack*, ZGR 2008, 533 (559) („Dauerbaustelle der Gesellschafterhaftung“); *K. Schmidt*, GmbHR 2008, 449 (458); *Schwab*, ZIP 2008, 341 (342); *Sester*, RIW 2007, 787 (789).

¹⁹¹ Begründung des RegE MoMiG v. 23. Mai 2007, S. 106, ZIP-Dokumentation, 2007, 3 (21).

¹⁹² In einer vor dem „*Trihotel*“-Urteil erfolgten Stellungnahme beklagte *Goette*, ZGR 2006, 261 (266 f.), die Abwesenheit gesetzlicher Regeln, die die Gesellschafter für die Durchführung der ordnungsgemäßen Liquidation in die Pflicht nehmen. Er befürwortete eine gesetzliche Regelung der Existenzvernichtungshaftung als Schadensersatzhaftung, die als „dritte Säule“ in Gestalt einer Haftung für Verstöße gegen die Pflicht zur ordnungsgemäßen Liquidation die Regeln über die Kapitalaufbringung und die Kapitalerhaltung komplettieren würde.

¹⁹³ 128 Ja-, 25 Nein-Stimmen und 10 Enthaltungen.

¹⁹⁴ Beschlüsse 66. DJT, Abteilung Wirtschaftsrecht, Nr. 12, S. 22. In diesem Sinne auch *Kleindiek*, ZGR 2007, 276 (307).

tung, überraschte die meisten Beobachter.¹⁹⁵ Dies wohl vor allem deshalb, weil ungeachtet einer jüngst zunehmenden Zahl von Befürwortern einer deliktsrechtlich begründeten Existenzvernichtungshaftung¹⁹⁶ bislang niemand eine solche auf § 826 BGB basierende Haftung mit einer Innenhaftung kombiniert hat.¹⁹⁷ Man ging „ganz selbstverständlich“ von einer Außenhaftung aus, sofern man die Verankerung der Existenzvernichtungshaftung in der deliktischen Generalklausel befürwortete.¹⁹⁸ Die Hinwendung zu § 826 BGB liegt aber auf einer Linie mit der in jüngerer Zeit zu beobachtenden verstärkten Heranziehung der Norm durch den BGH.¹⁹⁹

Nachfolgend wird das „*Trihotel*“-Urteil des II. Zivilsenats des BGH vorgestellt. Hierzu wird nach Darstellung des zugrunde liegenden Sachverhalts und des Prozessverlaufs die – im Vergleich insbesondere mit dem „*Bremer Vulkan*“- und „*KBV*“-Urteil – insgesamt sehr ausführliche Urteilsbegründung näher analysiert. Während jene beiden Urteile, zusammen mit dem „*Ausfallhaftung*“-Urteil, als „Geburtsstunde“ der Existenzvernichtungshaftung der ersten Generation gelten, markiert das „*Trihotel*“-Urteil vom 16. Juli 2007 (II ZR 3/04 – OLG Rostock,²⁰⁰ LG Rostock²⁰¹) den Übergang dieses Rechtsinstituts in eine zweite Entwicklungsstufe, um die es nunmehr gehen soll.

¹⁹⁵ Vgl. *Dauner-Lieb*, ZGR 2008, 34 (42); *Gehrlein*, WM 2008, 761; *Leuring/Rubner*, NJW-Spezial 2007, 363; *Osterloh-Konrad*, ZHR 172 (2008), 274 (276); *Schaefer/Steinmetz*, WM 2007, 2265 (2268); *K. Schmidt*, GmbHR 2008, 449 (457); *Sester*, RIW 2007, 787 (788); *Vetter*, BB 2007, 1965; *Weller*, ZIP 2007, 1681 (1682).

¹⁹⁶ Siehe unten § 5 C.IV.2.c).

¹⁹⁷ Vgl. allerdings *Ihrig*, DStR 2007, 1170 (1172), der im Zusammenhang mit der Frage eines gegen existenzgefährdende Eingriffe gerichteten präventiven Unterlassungsanspruchs der Gesellschaft gegen den Gesellschafter ausführt: „*Auch der deliktsrechtliche Ansatz tut sich schwer, jedenfalls dann, wenn man den Deliktsanspruch den Gläubigern zuweist und nicht der GmbH selbst.*“

¹⁹⁸ *Weller*, ZIP 2007, 1681 (1683).

¹⁹⁹ *Kiethe*, NZG 2005, 333 (336); *Lieder*, DZWIR 2008, 145 (147).

²⁰⁰ Urteil v. 10.12.2003 – 6 U 56/03, NZG 2004, 385.

²⁰¹ Urteil v. 20.03.2003 – 4 O 177/01.

§ 6 Tatbestand und Rechtsfolgen der Existenzvernichtungshaftung der zweiten Generation

An dieser Stelle sollen nun die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen und die Rechtsfolgen der Existenzvernichtungshaftung, wie sie sich aus dem „*Trihotel*“-Urteil ergeben, systematisch dargestellt werden.

A. Der Tatbestand der Existenzvernichtungshaftung

I. Keine Subsidiarität gegenüber Erstattungsansprüchen aus §§ 30, 31 GmbHG, sondern Anspruchsgrundlagenkonkurrenz

Was die gegenüber der Existenzvernichtungshaftung der ersten Generation bzw. bereits durch diese gegenüber deren konzernrechtlicher Vorgängerkonzeption erfolgten Veränderungen in den Tatbestandsvoraussetzungen betrifft, sind vorab zwei nicht mehr relevante, weil von der Rechtsprechung aufgegebenen Tatbestandsmerkmale hervorzuheben. Während die im „*Trihotel*“-Urteil ausgesprochene Aufgabe der Subsidiarität von auf § 826 BGB basierenden Schadensersatzansprüchen wegen Existenzvernichtung gegenüber Erstattungsansprüchen aus §§ 30, 31 GmbHG die rechtstechnische Frage der Anspruchskonkurrenz betrifft, die als Modifikation der bisherigen Konzeption gleichwohl etwas näher beleuchtet werden soll, ist der bereits mit der Existenzvernichtungshaftung der ersten Generation vollzogene Verzicht auf konzernspezifische Haftungsvoraussetzungen die bedeutendere dogmatische Weichenstellung, die bereits oben näher beleuchtet wurde⁵¹⁷ und hier als „Nicht-Voraussetzung“ zur Verdeutlichung in Erinnerung gerufen wird.

Der BGH gibt im „*Trihotel*“-Urteil seine bisherige Rechtsprechung auf, wonach Ansprüche wegen Existenzvernichtung ausscheiden, soweit der der GmbH durch den Vermögensentzug insgesamt zugefügte Nachteil bereits nach den §§ 30, 31 GmbHG ausgeglichen werden kann.⁵¹⁸ Dieses negative Tatbestandsmerkmal aus der ersten Generation, ein „Überbleibsel“ aus der konzernrechtlichen, auf die Nichtkompensierbarkeit des zugefügten Nachteils durch Einzelausgleichsmaßnahmen abstellende Rechtsprechung,⁵¹⁹ bereitete in der Vergangenheit einige Schwierigkeiten. Die anfänglich verlangte Subsidiarität sollte die lückenfüllende Funktion der Existenzvernichtungshaftung verdeutlichen und den Vorrang des gesetzlichen Kapitalerhaltungssystems wahren. Für *Röhricht* ergab sich diese Subsidiarität der Existenzvernichtungshaftung zwingend sowohl aus ihrer Funk-

⁵¹⁷ Siehe oben § 4 § 4 F.

⁵¹⁸ So noch BGHZ 151, 181 (187) („*KBV*“).

⁵¹⁹ *Liebscher*, GmbH-Konzernrecht, F. Rn. 526.

tion als auch aus ihrem Charakter als richterrechtliche Rechtsfortbildung.⁵²⁰ Insbesondere aufgrund der auseinander fallenden Anspruchsinhaberschaft – beim Anspruch aus § 31 GmbHG die Gesellschaft (also im Innenverhältnis abzuwickeln), beim Anspruch aus Existenzvernichtungshaftung der Gesellschaftsgläubiger (im Wege der Durchgriffs-Außenhaftung) – wurde die angeordnete Subsidiarität zwar als Zurückhaltung bei der richterlichen Rechtsfortbildung begrüßt, in der Sache aber als widersprüchlich kritisiert.⁵²¹ Unklar war in diesem Rangverhältnis unter anderem, wie der Einwand des Gesellschafters gegen eine Klage des Gesellschaftsgläubigers, dass der Vermögenszug zu einem Anspruch der Gesellschaft gemäß §§ 30, 31 GmbHG geführt habe und nur von dieser geltend gemacht werden könne, behandelt werden sollte.⁵²² Diese und ähnliche Fragen sind durch die neue Rechtsprechung erledigt. Denn im „Trihotel“-Urteil heißt es zur Anspruchskonkurrenz nun unmissverständlich, dass Schadensersatzansprüche aus Existenzvernichtungshaftung gemäß § 826 BGB gegenüber Erstattungsansprüchen aus §§ 30, 31 GmbHG *nicht* subsidiär sind, vielmehr im Falle einer Überschneidung zwischen ihnen Anspruchsrundlagenkonkurrenz besteht.⁵²³ Die Existenzvernichtungshaftung der zweiten Generation ist demnach keine subsidiäre Haftung mehr, sondern kommt parallel neben den gesetzlichen Kapitalerhaltungsansprüchen zur Anwendung.

Die angesprochene Anspruchsrundlagenkonkurrenz ist von der Anspruchskonkurrenz zu unterscheiden. Die Anspruchskonkurrenz und die Anspruchsrundlagenkonkurrenz (auch Anspruchsnormenkonkurrenz) haben zunächst gemeinsam, dass ein im wesentlichen identischer Lebenssachverhalt jeweils unter verschiedene anspruchsbegründende Normen subsumiert werden kann und dass die hieraus begründeten Anspruchsinhalte gleich sind.⁵²⁴ In beiden Fällen besteht eine Erfüllungsgemeinschaft, was zur Folge hat, dass – da alle Ansprüche jeweils auf die gleiche Leistung gerichtet sind – die Leistung nur einmal verlangt werden kann. Soweit sich die Ansprüche decken, erlöschen mit der Erfüllung des einen Anspruchs auch die übrigen Ansprüche.⁵²⁵ Von diesen Gemeinsamkeiten abgesehen bestehen aber wesentliche Unterschiede zwischen der Anspruchskonkurrenz und der Anspruchsrundlagenkonkurrenz. Bei der Anspruchskonkurrenz

⁵²⁰ *Röhrich*, VGR Bd. 6 (2003), S. 3 (29); ebenso *Liebscher*, GmbH-Konzernrecht, F. Rn. 528. *Weller*, Europäische Rechtsformwahlfreiheit, S. 171 f., bestritt hingegen die so verstandene Subsidiarität mit den Erwägungen, dass im Vergleich zu §§ 30, 31 GmbHG unterschiedliche Anspruchsinhaberschaft vorliege, der dogmatische Hintergrund divergiere (abstrakter Gläubigerschutz durch Kapitalerhaltung *versus* Verhaltenshaftung wegen Umgehung der Liquidations- und Insolvenzvorschriften) und auseinander fallende Haftungshöhen bestünden.

⁵²¹ *Vetter*, ZIP 2003, 601 (605 f.).

⁵²² Vgl. *Liebscher*, GmbH-Konzernrecht, F. Rn. 529.

⁵²³ BGHZ 173, 246 (263) Rz. 40.

⁵²⁴ *Larenz/Wolf*, BGB-AT, § 18 Rn. 26.

⁵²⁵ *Larenz/Wolf*, BGB-AT, § 18 Rn. 31.

liegen trotz Gleichheit der Leistung, die nur einmal vom Schuldner erbracht werden muss, dennoch mehrere materiellrechtliche Ansprüche vor, was daraus folgt, dass sie nach ihrem Zweck selbstständige Funktionen erfüllen⁵²⁶ Diese (echte) Anspruchskonkurrenz ist die Ausnahme.⁵²⁷ Den Regelfall bildet die bloße Anspruchsgrundlagenkonkurrenz, die der BGH im „Trihotel“-Urteil für das Verhältnis des auf § 826 BGB basierenden Schadensersatzanspruchs wegen Existenzvernichtung zu Erstattungsansprüchen aus §§ 30, 31 GmbHG, soweit sich beide Ansprüche überschneiden, annimmt. Bei einer solchen Anspruchsgrundlagenkonkurrenz existiert nur ein einziger materiellrechtlicher Anspruch, der auf mehrere Anspruchsnormen (gegebenenfalls mit unterschiedlichen Voraussetzungen) gestützt werden kann (hier §§ 30, 31 GmbHG und § 826 BGB). Über diesen einzigen Anspruch kann der Anspruchsinhaber nur einheitlich verfügen und ihn nur einheitlich in einem Prozess einklagen.⁵²⁸

Hier ist zu beachten, dass der auf §§ 30, 31 GmbHG einerseits und § 826 BGB andererseits gestützte *eine* materiellrechtliche Anspruch nur bis zur Höhe des Stammkapitals in gleicher Höhe bestehen kann. Dies folgt aus der unterschiedlichen Natur beider Anspruchsnormen, nämlich des auf das Stammkapital beschränkten Rückgewähranspruchs gemäß § 31 GmbHG einerseits und des nicht durch die Höhe des Stammkapitals begrenzten Schadensersatzanspruchs aus § 826 BGB andererseits. Insofern stimmt die im Schrifttum anzutreffende Feststellung, dass es für die Urteilsteniorierung grundsätzlich keinen Unterschied mache, welche der beiden auf die wertmäßige Wiederauffüllung des Gesellschaftsvermögens gerichtete Anspruchsgrundlage das Gericht heranzieht,⁵²⁹ nur insoweit, als sich beide Ansprüche auf das Stammkapital beziehen. Denn ungeachtet der Tatsache, dass es bei der Existenzvernichtungshaftung um Schäden „jenseits der Stammkapitalziffer“ geht, beginnt die Haftung hieraus wegen ihrer Anknüpfung an den „einheitlichen“ insolvenzverursachenden Eingriff in das Gesellschaftsvermögen schon diesseits des Stammkapitals; nach der „Trihotel“-Konzeption umfasst der nach § 826 BGB zu ersetzende Schaden auch den nach §§ 30, 31 GmbHG bestehenden Erstattungsanspruch⁵³⁰. Der von den §§ 30, 31 GmbHG nicht erfasste unzulässige Vermögensentzug wird nur von der Existenzvernichtungshaftung sanktioniert. Ein stattgebendes Urteil kann daher eine das Stammkapital überschreitende Verurteilung zur Zahlung konsequenterweise nur auf die Existenzvernichtungshaftung gemäß § 826 BGB stützen. Umgekehrt kann jedoch, wie der BGH im „Trihotel“-Urteil ausführte, die auf beide

⁵²⁶ Z.B. im Fall des dinglichen Herausgabeanspruchs aus § 985 BGB und des schuldrechtlichen Herausgabeanspruch aus dem Mietverhältnis; Letzterer kann vom Eigentümer an den neuen Mieter abgetreten werden, ohne das Ersterer davon berührt wird.

⁵²⁷ Larenz/Wolf, BGB-AT, § 18 Rn. 33.

⁵²⁸ Larenz/Wolf, BGB-AT, § 18 Rn. 33.

⁵²⁹ Paefgen, DB 2007, 1907 (1910).

⁵³⁰ BGHZ 173, 246 (262 f.) Rz. 39.

TEIL III: Die Insolvenzverursachungshaftung des Geschäftsführers

§ 7 Die „Existenzvernichtungshaftung“ des GmbH-Geschäftsführers in Gestalt der neuen gesetzlichen Insolvenzverursachungshaftung gemäß § 64 Satz 3 GmbHG

A. Einführung

Bewegt man sich auf der Ebene repressiven Gläubigerschutzes und evaluiert die Möglichkeiten der Inanspruchnahme der Hauptakteure der GmbH für im weitesten Sinn verstandene missbräuchliche Zugriffe auf das Gesellschaftsvermögen, kommen im Hinblick auf die potentiellen Haftungsadressaten Gesellschafter und Geschäftsführer⁶⁶² im Prinzip drei Ansätze in Betracht, nämlich eine Haftung nur des Gesellschafters, nur des Geschäftsführers oder beider nebeneinander. Wie gezeigt wurde, richtet sich das richterrechtlich entwickelte Haftungsinstitut der Existenzvernichtungshaftung grundsätzlich nur an den Gesellschafter, erlaubt in der „Trihotel“-Konzeption über § 830 BGB allerdings auch eine Erstreckung auf den am Delikt teilnehmenden Geschäftsführer. Eine gesetzliche Ausformung der Haftung des Gesellschafters für solche Vermögenszugriffe hat es (auch) anlässlich der jüngsten GmbH-Reform durch das MoMiG nicht gegeben. Zwar gab es vereinzelt Stimmen im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens, die genau das empfahlen.⁶⁶³ Diese Frage spielte aber im Verfahren und den begleitenden Stellungnahmen in der Literatur eine nur untergeordnete Rolle.⁶⁶⁴ Um es vorwegzunehmen: Der Gesetzgeber wollte keine abschließende Regelung der Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafters vornehmen, sondern stattdessen die weitere Rechtsfortbildung hierzu abwarten. Das weitgehende Schweigen in den MoMiG-Diskussionsbeiträgen zu dieser Frage ist in den meisten Fällen wohl als unausgesprochene Zustimmung zu diesem Vorgehen zu werten. Ungeachtet des Verzichts auf eine Kodifikation der Existenzvernichtungshaftung ist es allerdings durch das

⁶⁶² Ausgeblendet bleibt hier die Haftung der Mitglieder des in der GmbH nur fakultativ bestehenden Aufsichtsrats (§ 52 GmbHG).

⁶⁶³ *DAV-Handelsrechtsausschuss*, Stellungnahme zum MoMiG-RefE, NZG 2007, 211 (218), Rz. 72 ff. Die Stellungnahme empfahl, bei der hier zu besprechenden, durch das MoMiG erfolgten Erweiterung des § 64 GmbHG den Gesellschafter als primären Haftungsadressaten heranzuziehen und den Geschäftsführer „erst in zweiter Linie“ haften zu lassen. In diesem Sinne auch *Kleindiek* im Rahmen einer Tagungsdiskussion, zitiert nach *Lieder*, DNotZ 2007, 412 (416). Näher zur Diskussion um die Inpflichtnahme des Gesellschafters *Casper*, Insolvenzverschleppungshaftung, S. 43 ff.; *Haas*, Gutachten E 66. DJT, E 97 ff.; *Ulmer/Casper*, GmbHG, § 64 Rn. 22.

⁶⁶⁴ Vgl. aber eingehend zur „Disziplinierung der Gesellschafter im Umgang mit dem Gesellschaftsvermögen“ *Haas*, Gutachten E 66. DJT, E 97 ff.

MoMiG zu einer haftungsbewehrten Pflichtenerweiterung des Gesellschafters im Hinblick auf die Insolvenz der Gesellschaft gekommen. Gemäß § 15a Abs. 3 InsO ist jetzt auch jeder Gesellschafter im Fall der „Führungslosigkeit“⁶⁶⁵ der GmbH zur Stellung des Insolvenzantrages verpflichtet, es sei denn, er hat von der Insolvenzreife oder der Führungslosigkeit keine Kenntnis. Verstößt er gegen diese Pflicht, trifft ihn, wie bislang bereits den Geschäftsführer, eine Haftung wegen Insolvenzverschleppung i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB (wozu es nach bisheriger Rechtslage⁶⁶⁶ bei seiner Teilnahme an der Insolvenzverschleppung des Geschäftsführers gemäß § 830 BGB kommen konnte).⁶⁶⁷

Das GmbH-Gesetz kennt seit seiner Einführung 1892, abgesehen von den Bestimmungen zur Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, keine gesetzliche Gesellschafterhaftung für missbräuchliche Schädigungen, insbesondere nicht in Bezug auf den missbräuchlichen Entzug von Gesellschaftsvermögen. Dies gilt in gleicher Weise für die konzernabhängige wie für die unabhängige GmbH. Nur für die konzernabhängige GmbH gab es, wie oben ausgeführt, Anfang der 1970er Jahre konkrete Bestrebungen zur Einführung einer gesetzlichen Gesellschafterhaftung im Rahmen der damals geplanten „großen“ GmbH-Reform mit eigenem GmbH-Konzernrecht. Allerdings überrascht der Befund in Anbetracht der in dieser fundamentalen Frage seit langem sehr intensiv und kontrovers geführten Diskussion nicht.⁶⁶⁸ Auf die erwähnte, vor dreieinhalb Jahrzehnten gescheiterte Gesetzeslösung konzernrechtlicher Prägung folgte die bis heute anhaltende Phase der Ausgestaltung der Haftung des GmbH-Gesellschafters durch die Rechtsprechung des zuständigen II. Zivilsenats des BGH, ohne dass der Gesetzgeber in dieser Frage wieder tätig wurde.

Nunmehr hat der Gesetzgeber jedoch seine bisherige Zurückhaltung bei der Sanktionierung gläubigerschädigender Vermögenstransfers von der GmbH zum Gesellschafter teilweise aufgegeben und eine gesetzliche Haftung für die Fälle geschaffen, in denen eine solche Vermögensverschiebung zur Zahlungsunfähigkeit der GmbH führt. Allerdings wird hier nicht der Gesellschafter, der die Zuwendung aus dem GmbH-Vermögen erhalten hat, sondern der Geschäftsführer, der einen solchen Vermögenstransfer an den Gesellschafter vornimmt, zur Verantwortung gezogen. Dabei ist es keineswegs so, dass das kodifizierte

⁶⁶⁵ Näher hierzu unten § 7 B.2.

⁶⁶⁶ *Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh*, § 64 Rn. 99.

⁶⁶⁷ Näher hierzu und den Streitfragen in diesem Zusammenhang *Ulmer/Casper*, GmbHG, § 64 Rn. 168 ff.

⁶⁶⁸ Zutreffend die Einschätzung von *Haas*, NZI 2006, 494 (499): „*Das deutsche Recht tut sich mit der haftungsrechtlichen Erfassung des Gesellschafters für nachteilige Einflussnahmen auf das Gesellschaftsvermögen schwer*.“. Siehe auch die ausführliche Bestandsaufnahme mit Blick auf das Ausland bei *Haas*, Gutachten E 66. DJT, E 97 ff. Eingehend analysiert *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung, *passim*, die Haftung des GmbH-Gesellschafters und die verschiedenen dazu vertretenen Konzepte.

GmbH-Recht in diesen Fällen bislang keine beim Geschäftsführer ansetzende gläubigerschützende Haftungstatbestände zum Einsatz bringen konnte. Was die hier in Rede stehenden Vermögenstransfers aus dem Gesellschaftsvermögen an den Gesellschafter betrifft, haftet der Geschäftsführer der Gesellschaft bekanntlich bereits nach vor dem MoMiG geltendem Recht gemäß § 43 Abs. 3 Satz 1, Alt. 1 GmbHG für Zahlungen⁶⁶⁹ an den Gesellschafter, die unter Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG erfolgen; auf diesen Anspruch kann die Gesellschaft auch nur verzichten oder sich über ihn vergleichen, soweit der Ersatz nicht zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist (§ 43 Abs. 3 Satz 2 GmbHG). Allerdings ergibt sich in diesem Fall der gesetzlichen Geschäftsführerhaftung die gleiche Situation wie bei der Haftung des Gesellschafter gemäß §§ 30, 31 GmbHG, an die angeknüpft wird, d.h., dass nur die zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Zahlungen erfasst werden, weil § 30 GmbHG nach herrschender Meinung⁶⁷⁰ nicht im Wege analoger Anwendung auf sonstige Fälle missbräuchlichen Vermögensentzugs erstreckt werden kann. Auch ist für solche Fälle an die allgemeine Geschäftsführerhaftung gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG zu denken. Diese erfordert aber unter anderem den Nachweis eines Schadens und ist grundsätzlich verzichtbar (ebenfalls vorbehaltlich der Notwendigkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung).

Eine spezifische gesetzliche Haftung des Geschäftsführers für die Vornahme existenzvernichtender – insolvenzverursachender – Vermögensverschiebungen aus dem Gesellschaftsvermögen an den Gesellschafter existierte jedenfalls bislang nicht.⁶⁷¹ Hier hat nun das MoMiG angesetzt und nach dem Vorbild der richterrechtlichen Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafter eine von den Kapitalerhaltungsregeln unabhängige Geschäftsführerhaftung für zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führende Zahlungen an den Gesellschafter eingeführt – die so genannte Insolvenzverursachungshaftung gemäß § 64 Satz 3 GmbHG. Sie steht – nach kurzer einführender Erörterung der GmbH-Reform – im Zentrum dieses Teils.

⁶⁶⁹ Wobei hierunter nach allgemeiner Ansicht nicht nur Geldzahlungen fallen, sondern jegliche Leistungen, die wirtschaftlich das Gesellschaftsvermögen verringern, vgl. *Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 30 Rn. 20.

⁶⁷⁰ Siehe zur Diskussion oben § 5 C.II.2.

⁶⁷¹ Ungeklärt blieb in der Vergangenheit eine Organhaftung für existenzvernichtende/ insolvenzverursachende Eingriffe. Teilweise wurde § 43 Abs. 2 GmbHG für anwendbar gehalten (*Greulich/Bunnemann*, NZG 2006, 681 (687)) (aber § 826 BGB im Außenverhältnis); *Matschernus*, Durchgriffshaftung, S. 324 f.; *K. Schmidt*, GmbHR 2007, 1 (7); *Witt*, DNotZ 2008, 219 (226)), während andere hier nur eine Haftung des Geschäftsführers aus Teilnahme am Delikt des Gesellschafter gemäß § 830 BGB sahen (*Kindler*, NJW 2008, 3249 (3255); wohl auch *Vetter*, BB 2007, 1965 (1969) u. *Weller*, DStR 2007, 1166 (1168)). Siehe zur Konkurrenz zwischen dem hier zu besprechenden neuen § 64 S. 3 GmbHG mit den genannten Tatbeständen unten § 8 A.II.1.

TEIL IV: Analyse

§ 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?

Im Rahmen der abschließenden Analyse soll eine Bewertung des durch die Existenzvernichtungs- und Insolvenzverursachungshaftung gemeinsam erreichten Gläubigerschutzniveaus in drei Schritten vorgenommen werden. Zunächst werden die wesentlichen Merkmale beider Tatbestände gegenübergestellt und diese sodann, in einem zweiten Schritt, in ihrer Kombination funktional analysiert. In einem dritten Schritt werden die beiden Instrumente dann in Beziehung zu anderen Solvenztest-Konzeptionen, insbesondere zum Solvenztest der geplanten Europäischen Privatgesellschaft, gesetzt. Daran anschließend soll zu der eingangs aufgeworfenen Frage Stellung genommen werden, ob vor dem Hintergrund der Existenzvernichtungs- und der Insolvenzverursachungshaftung noch ein Bedürfnis für eine (zusätzliche) konzernspezifische Gesellschafterhaftung besteht.

A. Die Existenzvernichtungs- und die Insolvenzverursachungshaftung im Vergleich

I. Gemeinsamkeiten und Unterschiede

Trotz ihrer Verwandtschaft präsentieren sich mit der Existenzvernichtungs- und der Insolvenzverursachungshaftung zwei unterschiedlich konzipierte und ausgestaltete Haftungstatbestände. Ihren Gemeinsamkeiten und Unterschieden soll im Hinblick auf die Merkmale dogmatische Grundlage, Anwendungsbereich und Rechtsfolge nachfolgend nachgegangen werden.

1. Dogmatische Grundlage

Existenzvernichtungs- und Insolvenzverursachungshaftung unterscheiden sich in ihrer dogmatischen Verankerung grundlegend. Die Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafters hat zwar durch die Gesetzgebungsmaterialien zum MoMiG die „Anerkennung“ des Gesetzgebers – die Erwähnung in den Gesetzgebungsmaterialien – erfahren, sie bleibt aber nach wie vor ein „nur“ richterrechtliches Haftungsinstitut mit dem dadurch einhergehenden „provisorischen“ Charakter (man denke insoweit nur an die Wechselhaftigkeit der Rechtsprechung der vergangenen Jahrzehnte) und der Möglichkeit ihrer Ablösung durch eine gesetzliche Regelung. Gleichwohl hat die Konzeption der Existenzvernichtungshaftung

durch das „*Trihotel*“-Urteil nicht nur eine Bestätigung als solche erfahren, sondern ist durch die Anknüpfung an einen gesetzlichen Haftungstatbestand auch dogmatisch nachvollziehbarer und berechenbarer geworden. GmbH-Gesellschafter haften in dieser Konzeption für missbräuchlichen Entzug von Gesellschaftsvermögens erst dann, wenn ihr Verhalten als sittenwidrige vorsätzliche Schädigung qualifiziert werden kann. Demgegenüber existiert für die insolvenzverursachende Auszahlung von Gesellschaftsvermögen an den Gesellschafter durch den Geschäftsführer nunmehr eine gesetzliche Organhaftung in Gestalt des neuen § 64 Satz 3 GmbHG. Sie ist keine deliktische Haftung, sondern eine Erstattungshaftung eigener Art, die sich allerdings an das bereits bestehende Zahlungsverbot nach Insolvenzreife (§ 64 Satz 1 GmbHG) anlehnen kann. Damit wurde die Haftungsschwelle im Ausgangspunkt für den Geschäftsführer niedriger als für den Gesellschafter angesetzt. Denn während die Verwirklichung der Existenzvernichtungshaftung durch die Verortung in § 826 BGB nur durch mindestens eventualvorsätzliches Handeln erfolgen kann, kann der Geschäftsführer gemäß § 64 Satz 3 GmbHG bereits bei Fahrlässigkeit in Anspruch genommen werden. Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass der (Fremd-)Geschäftsführer durch die Zahlung selber nicht begünstigt wird und regelmäßig auf Veranlassung des Gesellschafters handelt, wird nicht zu Unrecht die Frage nach der Rechtfertigung für diesen aus Sicht des Geschäftsführers strengen Maßstab gestellt. Das hierdurch entstehende „Haftungsgefälle“ sei mit den organschaftlichen Pflichten des Geschäftsführers nicht zu rechtfertigen, lautet der Vorwurf. Es sei vielmehr geboten, den Gesellschafter als von der Zahlung Begünstigten und als ihren Veranlasser gleichermaßen streng zu behandeln, indem seine Haftung statt auf § 826 BGB auf eine bereits einen fahrlässigen Vermögensentzug erfassende Anspruchsgrundlage gestützt wird.⁹⁴³ Freilich kann die Schlussfolgerung auch entgegengesetzt gezogen werden, d.h. dass die Haftung des Geschäftsführers angesichts der hohen Haftungsschwelle des Gesellschafters durch eine entsprechende restriktive Auslegung der Insolvenzverursachungshaftung erst vergleichbar „spät“ angenommen wird. Letztgenannte Sichtweise wird jedenfalls durch die in der Regierungsbegründung zum Ausdruck gekommene Intention einer zurückhaltenden Anwendung des neuen Tatbestands gestützt. Zwar ändert dies nichts daran, dass § 64 Satz 3 GmbHG auch durch fahrlässige Begehung erfüllt sein kann. Bei der Bestimmung der zwischen Zahlung und Zahlungsunfähigkeit erforderlichen Kausalität wird dem beabsichtigten Ausnahmeharakter der Insolvenzverursachungshaftung aber Rechnung zu tragen sein, um so, entsprechend dem „*Trihotel*“-Maßstab für die Existenzvernichtungshaftung, nur besonders verwerfliche bzw. klar erkennbare Fälle von insolvenzverursachendem Vermögensentzug zu sanktionieren.

⁹⁴³ Habersack, ZGR 2008, 533 (558).

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Deutschland schuf 1965 als erstes Land weltweit eine systematische Kodifikation des Rechts der verbundenen Unternehmen. Dem Vorbild des Aktiengesetzes folgend, gab es sodann in den 1970er Jahren letztlich erfolglose Bestrebungen zur Kodifikation eines GmbH-Konzernrechts. Die herrschende Meinung leitete aus diesem Umstand keine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers gegen eine analoge Anwendung aktienrechtlicher Vorschriften auf den GmbH-Konzern ab.

An dem Prinzip der beschränkten Gesellschafterhaftung ändert sich durch die Einbindung der GmbH in einen Konzern grundsätzlich nichts. Nichtsdestotrotz sieht die herrschende Meinung die so eingebundene GmbH im Konzernkonflikt. An diesen Konzernkonflikt anknüpfend beantwortete der BGH von 1985 bis 1992 die Suche nach einem Ausgleich der als unzureichend angesehenen gesetzlichen Schutzmaßnahmen zugunsten der abhängigen GmbH und ihrer Gläubiger durch das Rechtsinstitut des qualifiziert faktischen GmbH-Konzerns. Basierend auf der analogen Anwendung der Regeln des aktienrechtlichen Vertragskonzerns entwickelte der BGH zunächst eine Ausfallhaftung des beherrschenden Unternehmens für die dauernde und umfassende Einflussnahme auf die abhängige GmbH und sodann eine Verlustausgleichshaftung als Strukturhaftung. Die weitere Haftungsverschärfung in Gestalt der Einbeziehung auch der unternehmerisch tätigen natürlichen Person als Konzernunternehmen führte zu einer beispiellosen Kritik an der Rechtsprechung des BGH, die erst verstummete, nachdem auf eine konzernspezifische Anknüpfung verzichtet wurde und der Tatbestand stattdessen auf den objektiven Missbrauch der Konzernleitungsmacht wegen fehlender Rücksichtnahme auf die eigenen Belange der abhängigen Gesellschaft abstellte.

2001/2002 begründete der BGH eine neue auf konzernspezifische Anknüpfungen verzichtende Haftung zur Erfassung missbräuchlichen Vermögensentzugs durch den GmbH-Gesellschafter in Gestalt der Existenzvernichtungshaftung. Diese zu den Kapitalerhaltungsregeln subsidiäre Haftung sanktioniert „Eingriffe“ in das Vermögen und die Geschäftschancen der GmbH, die eine angemessene Rücksichtnahme auf das Bestandsinteresse vermissen lassen. Es gilt der Grundsatz der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens, bei dessen Missachtung der Gesellschafter die Haftungsbeschränkung nicht mehr in Anspruch nehmen kann, da er die Rechtsform der GmbH missbraucht. Die Haftung ist Durchgriffs-Außenhaftung gegenüber dem Gläubiger, die im eröffneten Insolvenzverfahren vom Insolvenzverwalter durchgesetzt wird. Von der Haftung ausgenommen ist die Einstellung des Geschäftsbetriebs bzw. das Nichtergreifen einer Geschäftschance sowie bloße Managementfehler, weil haftungsbegründend nur der gezielte, betriebsfremden Zwecken dienende Vermögensentzug sein soll. In zwei Folgeurteilen erfolgt auf der Rechtsfolgen-

Literaturverzeichnis

- Altmeppen, Holger:* Grundlegend Neues zum „qualifiziert faktischen“ Konzern und zum Gläubigerschutz in der Einmann-GmbH ZIP 2001, 1837 ff.
- Altmeppen, Holger:* Insolvenzverschleppungshaftung Stand 2001 ZIP 2001, 2201 ff.
- Altmeppen, Holger:* Gesellschafterhaftung und „Konzernhaftung“ bei der GmbH NJW 2002, 321 ff.
- Altmeppen, Holger:* Ausfall- und Verhaltenshaftung des Mitgesellschafters in der GmbH ZIP 2002, 961 ff.
- Altmeppen, Holger:* Zur Entwicklung eines neuen Gläubigerschutzkonzeptes in der GmbH ZIP 2002, 1553 ff.
- Altmeppen, Holger:* Schutz vor europäischen Kapitalgesellschaften NJW 2004, 97 ff.
- Altmeppen, Holger:* Anmerkung zu BGH ZIP 2005, 117 (Urteil vom 13. Dezember 2004, II ZR 206/02) ZIP 2005, 119 ff.
- Altmeppen, Holger:* Abschied vom „Durchgriff“ im Kapitalgesellschaftsrecht NJW 2007, 2657 ff.
- Altmeppen, Holger:* Die historischen Grundlagen des Konzernrechts, in: *Bayer, Walter/Habersack, Mathias* (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Band II, Grundsatzfragen des Aktienrechts, S. 1027 ff.
zitiert: *Altmeppen*, Aktienrecht im Wandel
- Altmeppen, Holger:* Zur vorsätzlichen Gläubigerschädigung, Existenzvernichtung und materiellen Unterkapitalisierung in der GmbH, Zugleich Besprechung BGH vom 28.4.2008 – II ZR 264/06, ZIP 2008, 1232 „Gamma“ ZIP 2008, 1201 ff.
- Altmeppen, Holger/Wilhelm, Jan:* Quotenschaden, Individualschaden und Klagebefugnis bei der Verschleppung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH NJW 1999, 673 ff.
- Arbeitskreis GmbH-Reform:* Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform, Band 2, 1972
zitiert: *Arbeitskreis GmbH-Reform*
- Arends, Volker/Möller, Christian:* Aktuelle Rechtsprechung zur Geschäftsführerhaftung in Krise und Insolvenz der GmbH GmbHR 2008, 169 ff.

Rechtswissenschaften

Herausgegeben von

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

- Band 73: Christian Konle: **Makrokriminalität im Rahmen der jugoslawischen Sezessionskriege** ·
Kriminologische Untersuchungen der von serbischer Seite in Bosnien-Herzegowina und Kroatien
verübten Menschenrechtsverletzungen
2010 · 300 Seiten · ISBN 978-3-8316-0943-7
- Band 72: Ludger Schult: **Solvenzschutz der GmbH durch Existenzvernichtungs- und
Insolvenzverursachungshaftung**
2009 · 288 Seiten · ISBN 978-3-8316-0928-4
- Band 71: Florian August Forst: **Stellung der Gesellschafter bei Kapitalunterdeckungen in der Vor-GmbH**
2009 · 188 Seiten · ISBN 978-3-8316-0920-8
- Band 70: Peter Stiel: **Leistungsstörungen bei Lizenzverträgen aus Sicht des europäischen Rechts**
2009 · 310 Seiten · ISBN 978-3-8316-0911-6
- Band 69: Udo Krauthausen: **Die Moralphilosophie des David Hume und ihre Aktualität in der
Rechtsphilosophie**
2009 · 228 Seiten · ISBN 978-3-8316-0907-9
- Band 68: Veit Schmelzle: **Abstände und Abstandsflächen im Spannungsfeld von Bauordnungsrecht und
Bauplanungsrecht**
2009 · 165 Seiten · ISBN 978-3-8316-0887-4
- Band 67: Pen-Tien LIN: **Bibliografie zur Rechtsgeschichte Chinas**
2009 · 218 Seiten · ISBN 978-3-8316-0881-2
- Band 66: Stephan Fackler: **Fernsehen und Glücksspiel**
2009 · 250 Seiten · ISBN 978-3-8316-0856-0
- Band 65: Lars Christian Berster: **Die völkerstrafrechtliche Unterlassungsverantwortlichkeit**
2008 · 300 Seiten · ISBN 978-3-8316-0852-2
- Band 64: Georg Steinberg (Hrsg.): **Recht und Macht** · Festschrift für Hinrich Rüping
2008 · 420 Seiten · ISBN 978-3-8316-0850-8
- Band 63: Beatrice Lederer: **Quo vadis Bildberichterstattung?** · Eine Standortbestimmung im Spannungsfeld
zwischen nationaler und europäischer Rechtsprechung
2008 · 238 Seiten · ISBN 978-3-8316-0837-9
- Band 62: Monika Hausmann: **Die Reaktion auf Willensmängel beim Arbeitsvertragsschluss**
2008 · 348 Seiten · ISBN 978-3-8316-0809-6
- Band 61: Rechtsanwalt Markus Hoffmann: **Mehrfachschutz geistigen Eigentums im deutschen Rechtssystem**
2008 · 250 Seiten · ISBN 978-3-8316-0806-5

- Band 60: Markus Otto: **Individualkontrollrechte des GmbH-Geschafters – eine rechtsvergleichende Studie des deutschen und österreichischen GmbH-Rechts**
2008 · 160 Seiten · ISBN 978-3-8316-0801-0
- Band 59: Antje Pres: **Das studentische Arbeitsverhältnis** · unter besonderer Berücksichtigung spezifischer Befristungsmöglichkeiten
2008 · 164 Seiten · ISBN 978-3-8316-0782-2
- Band 58: Birgit Reinisch: **Das nicht eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster und sein Verhältnis zum ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz**
2008 · 228 Seiten · ISBN 978-3-8316-0781-5
- Band 57: Matthäus Schindele: **Der Grundsatz der Prospektverständlichkeit am Beispiel des Börsenzulassungsprospekts für den amtlichen Markt** · – eine Studie zur deutschen und US-amerikanischen Rechtslage
2007 · 230 Seiten · ISBN 978-3-8316-0742-6
- Band 56: Christian Link: **Telemedizinische Anwendungen in Deutschland und in Frankreich** · Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Grundlagen und des Haftungsgefüges sowie des Internationalen Privatrechts – mit Zusammenfassung in französischer Sprache
2007 · 560 Seiten · ISBN 978-3-8316-0731-0
- Band 55: Julia Nobbe: **Das Günstigkeitsprinzip im Verbrauchervertragsrecht**
2007 · 356 Seiten · ISBN 978-3-8316-0722-8
- Band 54: Alain Robbe-Grillet: **Planmäßige Sanierung nach französischem und nach deutschem Insolvenzrecht** · Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter Berücksichtigung der französischen Insolvenzrechtsreform von 2005
2007 · 408 Seiten · ISBN 978-3-8316-0721-1
- Band 53: Heinz-Gerd Horlemann: **Die Besteuerung von Alterseinkünften in Deutschland – ein Modell für Europa?**
2007 · 180 Seiten · ISBN 978-3-8316-0712-9
- Band 52: Nadja Bauer: **Der Gewinnabschöpfungsanspruch der Verbände nach § 10 UWG**
2006 · 280 Seiten · ISBN 978-3-8316-0658-0
- Band 51: Sofia Stathouli: **Die Haftung des Verkäufers für Sachmängel und Falschlieferung nach dem Wiener Übereinkommen über den internationalen Warenkauf unter Berücksichtigung des deutschen und griechischen Rechts**
2006 · 448 Seiten · ISBN 978-3-8316-0634-4
- Band 50: Monika Ackermann: **Die Rechtsbehelfe des Verletzten gegen die negative Anklageentscheidung des Staatsanwaltes in den USA** · Rechtslage und Reformbestrebungen
2006 · 192 Seiten · ISBN 978-3-8316-0617-7
- Band 49: Babette Steinbauer: **Reorganisation in der Energiewirtschaft (»unbundling«) und deren arbeitsrechtliche Folgen**
2006 · 260 Seiten · ISBN 978-3-8316-0606-1

Erhältlich im Buchhandel oder direkt beim Verlag:
Herbert Utz Verlag GmbH, München
089-277791-00 · info@utzverlag.de

Gesamtverzeichnis mit mehr als 3000 lieferbaren Titeln: www.utzverlag.de