

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Universität Mannheim, Schloss Westflügel W 241/242, 68131 Mannheim

Tel.: 0621/181-1394 • Fax: 0621/181-1393

Homepage: [www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)

Email: [bitter@georg-bitter.de](mailto:bitter@georg-bitter.de)

## Vorlesung Insolvenzrecht – Vertiefung

### Haftung der GmbH-Geschäftsführer und GmbH-Gesellschafter

#### Lösungen der Fälle

Verfasser: Prof. Dr. Georg Bitter / Martin Thelen, LL.B.

#### Fall Nr. 1 – Visitenkarte:

Fraglich ist, ob W von H und/oder der H-GmbH Rückzahlung des Kaufpreises verlangen kann.

I. Als Anspruchsgrundlage für das Begehren des W gegen H kommt § 346 I BGB i.V.m. §§ 437 Nr. 2, 440, 323 BGB in Betracht.

1. Erste Voraussetzung eines solchen Gewährleistungsanspruchs auf Rückgewähr des Kaufpreises ist, dass ursprünglich zwischen W und H ein Kaufvertrag zustande gekommen war. H wäre nämlich nur dann Schuldner im Rahmen eines Rückgewährschuldverhältnisses, wenn der Vertrag mit ihm persönlich zustande gekommen ist. Dafür ist entscheidend, ob H beim Besiegeln des Kaufvertrags per Handschlag auf der Party im August selbst als Kaufmann für sich oder in Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB) für die H-GmbH gehandelt hat.

H hat zwar eine eigene Willenserklärung abgegeben; allerdings trat er dabei nicht ausdrücklich im Namen der GmbH auf. Auch aus den Umständen (§ 164 I 2 Alt. 2 BGB) ergibt sich dies nicht. Vielmehr musste W aufgrund der ihm vorgelegten Visitenkarte davon ausgehen, mit dem Kaufmann H zu kontrahieren.

Vom stellvertretungsrechtlichen Grundsatz der Offenkundigkeit gibt es jedoch auch begrenzte Ausnahmen. Nach den **Grundsätzen über das unternehmensbezogene Rechtsgeschäft**<sup>1</sup> kommt ein Vertrag im geschäftlichen Bereich im Zweifel mit dem Inhaber des Unternehmens zustande, weil der Vertragspartner in der Regel mit dem Unternehmensträger in rechtliche

---

<sup>1</sup> Siehe dazu *Bitter/Röder*, BGB AT, 4. Aufl. 2018, § 10 Rn. 51 ff.

Beziehungen treten will, um insbesondere zur Erfüllung seiner Ansprüche auf das Unternehmensvermögen zugreifen zu können. Unternehmensträger, d.h. Inhaber des Unternehmens, ist hier die GmbH. Für diese hat H folglich die Willenserklärung abgegeben, auch wenn dies nicht offenkundig war.

Da H zudem innerhalb der Vertretungsmacht handelte (§ 35 I 1 GmbHG), kam der Kaufvertrag nicht mit ihm persönlich, sondern mit der H-GmbH zustande.

2. Möglicherweise hat H jedoch für einen Rückzahlungsanspruch des W gegen die H-GmbH persönlich einzustehen. Zwar haftet nach § 13 II GmbHG für die Verbindlichkeiten einer GmbH grundsätzlich nur das Gesellschaftsvermögen. Eine persönliche Haftung des H könnte sich hier aber aus Rechtsscheinsgrundsätzen<sup>2</sup> ergeben. Dafür ist erforderlich, dass die Voraussetzungen einer Rechtsscheinhaftung vorliegen (unten a) und zudem ein Anspruch des W gegen die H-GmbH besteht (unten b), für die H nach Rechtsscheinsgrundsätzen einzustehen hat.

a) Der Rechtsschein einer unbeschränkten Haftung wird gesetzt, wenn jemand unter Verstoß gegen § 4 GmbHG ohne Rechtsformzusatz zeichnet. Im Schriftverkehr ist stets die vollständige Firmenbezeichnung einschließlich Rechtsformzusatz anzugeben (§§ 37a HGB, 35a GmbHG). Auf der Party wurde der Vertrag jedoch mündlich geschlossen. Bei mündlichen Vertragsschlüssen begründet die Nichterwähnung der Haftungsbeschränkung in aller Regel kein Vertrauen, weil der Geschäftsverkehr insoweit dazu neigt, Firmenbezeichnungen in einer die Merkbarkeit und Aussprechbarkeit erleichternden Weise zu verkürzen.<sup>3</sup> Ausreichend für den Rechtsschein der unbeschränkten Haftung soll aber – wie hier – die Vorlage von Visitenkarten sein, die den Unternehmensträger nicht richtig erkennen lassen.<sup>4</sup> Diese Ansicht überzeugt, da wie bei Geschäftsbriefen der Gläubiger „etwas Schriftliches“<sup>5</sup> in die Hand bekommt und dabei auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der hierauf genannten Firmenbezeichnung vertrauen darf.

Nach der Visitenkarte war H Einzelkaufmann und muss als solcher unbeschränkt für die Geschäftsverbindlichkeiten haften. Somit ist der Rechtsschein der unbeschränkten Haftung gegeben. Da H den Rechtsschein selbst gesetzt hat, ist dieser ihm auch zuzurechnen. W handelte im Vertrauen auf den Rechtsschein. Schließlich ist W schutzwürdig, da er keine Kenntnis von der Existenz der GmbH hatte und auch nicht hätte haben müssen. Aus alledem folgt, dass H aus dem von ihm veranlassten Rechtsschein persönlich für die aus dem Vertrag resultierenden Verbindlichkeiten der GmbH haften muss.

b) Damit bleibt zu prüfen, ob überhaupt ein Rückgewähranspruch des W gegen die H-GmbH nach § 346 I BGB i.V.m. §§ 437 Nr. 2, 440, 323 BGB besteht.

---

<sup>2</sup> Siehe dazu *Bitter/Schumacher*, Handelsrecht, 3. Aufl. 2018, § 3 Rn. 15 ff.; ausführlicher *Bitter*, ZInsO 2018, 625, 633 ff.

<sup>3</sup> *Bitter/Schumacher* (Fn. 2), § 3 Rn. 15; vgl. zu mündlichen Erklärungen auch *Bitter*, ZInsO 2018, 625, 634.

<sup>4</sup> LG Aachen, NJW-RR 1988, 1174, 1175; OLG Naumburg NJW-RR 1997, 1324, 1325; LG Wuppertal NJW-RR 2002, 178; dazu auch *Bitter*, ZInsO 2018, 625, 634.

<sup>5</sup> LG Aachen, NJW-RR 1988, 1174, 1175.

Ein **Kaufvertrag** wurde zwischen ihnen geschlossen (siehe oben).

Das Druckbild zeigt unschöne schwarze Längsstreifen, weshalb der Drucker nicht die gewöhnliche Beschaffenheit aufweist und damit nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB **mangelhaft** ist. Dieser Mangel lag auch bei Gefahrübergang (§ 446 BGB) vor, da nichts dafür ersichtlich ist, dass der Mangel nachträglich von W oder seinen Mitarbeitern – etwa durch eine Fehlbedienung des Druckers – verursacht wurde.

Die nach § 323 I BGB grundsätzlich erforderliche **Fristsetzung** war wegen der fehlgeschlagenen Nacherfüllung nach § 440 S. 1 Var. 2, S. 2 BGB entbehrlich.

Die Gewährleistungsrechte des W sind auch nicht gemäß § 377 HGB ausgeschlossen. Diese Vorschrift ist zwar anwendbar, weil beide Seiten Kaufleute sind (W gemäß § 1 HGB, jedenfalls aber gemäß § 2 HGB, und die Huber Drucktechnik GmbH gemäß §§ 6 HGB, 13 III GmbHG) und der Abschluss des Kaufvertrags jeweils zum Betrieb des Handelsgewerbes i.S.v. § 343 HGB gehört. Die Ware ist auch abgeliefert und zu diesem Zeitpunkt mangelhaft. W hat allerdings den H als Empfangsvertreter (§ 164 III BGB) der H-GmbH schon einen Tag nach der Lieferung über den Mangel informiert und deshalb seine Rügepflicht aus § 377 I HGB nicht verletzt.

Damit war ein Rücktrittsrecht des W gegeben.

Den Rücktritt hat W dem H – wiederum als Empfangsvertreter (§ 164 III BGB) der H-GmbH – auch erklärt, § 349 BGB. Damit kann W gemäß § 346 I BGB den Kaufpreis zurückverlangen, allerdings gemäß §§ 348, 320 BGB nur Zug um Zug gegen Rückgabe des Druckers.

**II.** Folglich kann W sowohl von H persönlich als auch von der H-GmbH, welche somit Gesamtschuldner (§ 421 BGB) sind, nach § 346 I BGB i.V.m. §§ 437 Nr. 2, 440, 323 BGB den Kaufpreis zurückverlangen, Zug um Zug gegen Rückgabe des Druckers.

## **Fall Nr. 2 – Vermögensanlage mit Hindernissen:**

Zu prüfen ist, ob A den V persönlich für seine verlorenen 100.000 € in Anspruch nehmen kann.

**I.** Mangels Vertrags zwischen A und V bestehen vertragliche Schadensersatzansprüche nicht.

**II.** Möglicherweise kann A von V aber Schadensersatz aus c.i.c. nach §§ 280 I, 311 III, 241 II BGB verlangen.

**1.** Dies setzt zunächst voraus, dass zwischen den beiden ein vorvertragliches Schuldverhältnis bestand. Da V nur als Vertreter der I-AG handelte und der Vertrag mit dieser zustande kommen sollte, kann sich eine solche Sonderverbindung nur aus § 311 III BGB ergeben. Dies ist nach § 311 III 2 BGB insbesondere dann der Fall, wenn der Vertreter **besonderes persönliches Vertrauen** in Anspruch nimmt. Daneben ist als weitere Fallgruppe seit Langem auch das **unmittelbare eigene wirtschaftliche Interesse** am Vertragsschluss anerkannt. Letzteres

---

<sup>6</sup> Dazu allgemein *Bitter*, ZInsO 2018, 625, 636 ff.

ist aber nur in den Fällen des sog. *procurator in rem suam* gegeben.<sup>7</sup> Ein solcher Fall wird von der Rechtsprechung nicht einmal bei einem Alleingesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH angenommen und liegt daher erst Recht nicht bei dem Vorstandsmitglied einer AG vor.

a) Damit kommt nur in Betracht, ein vorvertragliches Schuldverhältnis wegen besonderer persönlicher Vertrauensinanspruchnahme anzunehmen. Bei dieser Fallgruppe war die Rechtsprechung immer sehr restriktiv und betonte jedenfalls gegenüber Geschäftsführern einer GmbH, dass diese im Regelfall nur das normale Verhandlungstrauen in Anspruch nehmen, für dessen Verletzung nicht der Geschäftsführer, sondern die GmbH einzutreten hat. Von einem persönlichen Vertrauen lässt sich nur dann sprechen, wenn der Geschäftsführer ein **zusätzliches, von ihm selbst ausgehendes Vertrauen** auf die Richtigkeit seiner Erklärung hervorgerufen hat. Ein solches Verhalten hat V jedoch nicht an den Tag gelegt. Vielmehr hat er sich darauf beschränkt, die I-AG mit Hinweis auf deren finanzielle Situation zu präsentieren und damit kein Vertrauen für sich, sondern nur für die von ihm vertretene AG in Anspruch genommen.

b) Allerdings hat der BGH für den Sonderfall einer – wie hier – kapitalsuchenden Gesellschaft anders entschieden und festgestellt, dass organschaftliche Vertreter, wenn sie Anlageinteressenten persönlich mit dem Anspruch gegenüber treten, sie über die für die Anlageentscheidung wesentlichen Umstände zu informieren, bei Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit ihrer Angaben nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsschluss haften. V als Vorstandsmitglied hat den A über die angestrebten Einnahmen aufgeklärt und die I-AG als voll durchfinanziert bezeichnet. Damit hat er ihn über die wesentlichen Umstände informiert. Nach den vom BGH aufgestellten Grundsätzen lag somit ein vorvertragliches Schuldverhältnis vor.

aa) Fraglich ist allerdings, ob diese Rechtsprechung auch überzeugen kann. Der BGH begründet seine Auffassung mit **Parallelen zur spezialgesetzlichen Prospekthaftung** (deren Voraussetzungen nach seiner Ansicht in dem ihm vorgelegten Fall nicht eindeutig gegeben waren) und zieht folgenden Erst-recht-Schluss: Wenn schon das durch einen Prospekt vermittelte Vertrauen der Anleger eine persönliche Haftung der meist anonym gebliebenen Prospektverantwortlichen begründen könne, so müsse dies erst recht gelten, wenn die betreffenden Garanten den Anlegern persönlich gegenüber treten und mit dem Gewicht ihrer Stellung in der Gesellschaft und ihrer Sachkunde ihnen das Anlageobjekt erläutern und zusätzliche Angaben machen. Es bestünde anderenfalls ein Widerspruch, wenn zwar für Prospektmängel, nicht

---

<sup>7</sup> BGHZ 126, 181, 183; dazu *Bitter*, ZInsO 2018, 625, 636.

<sup>8</sup> BGH ZIP 2002, 1771

<sup>9</sup> BGH NJW-RR 1991, 1312; dazu *Bitter*, ZInsO 2018, 625, 637.

<sup>10</sup> BGHZ 126, 181, 189 = ZIP 1994, 1103 = WM 1994, 1428.

<sup>11</sup> BGHZ 177, 25, 28 ff. = ZIP 2008, 1526; dazu *Bitter*, ZInsO 2018, 625, 637.

<sup>12</sup> Siehe dazu die Urteilsbesprechungen von *Kocher*, BB 2008, 1980; *Mülbert/Leuschner*, JZ 2009, 158; *Kersting*, JR 2009, 221.

aber für die Unrichtigkeit und Unvollständigkeit der zusätzlichen Angaben gehaftet werden müsste.

**bb)** Auch wenn dieser Erst-recht-Schluss überzeugend erscheint, hat der BGH damit nur erklärt, dass bei einer kapitalsuchenden Gesellschaft typischerweise den Garanten wie den Vorstandsmitgliedern Vertrauen entgegen gebracht wird. Er vermochte in dem konkreten Fall jedoch nicht genau aufzuzeigen, weshalb die Garanten gerade Vertrauen „für sich“ (vgl. den Wortlaut des § 311 III 2 BGB) in Anspruch genommen haben. Aus dem typischen Verhalten der Anleger (Vertrauen auf die Vertretungsorgane) kann nämlich nicht auf ein konkretes Verhalten der Vertretungsorgane (Inanspruchnahme des Vertrauens der Anleger „für sich“ und nicht nur für die Gesellschaft) geschlossen werden.<sup>14</sup> Das Urteil des BGH ist daher nur dann schlüssig, wenn auf das Merkmal der Vertrauensinanspruchnahme verzichtet und stattdessen auf **typisiertes Vertrauen** abgestellt wird. Damit verabschiedet sich der BGH aber in der Sache von den Grundsätzen der allgemeinen Dritthaftung aus c.i.c. nach § 311 III 2 BGB und kreiert eine **Informationseigenhaftung von Gesellschaftsorganen für persönliches Auftreten gegenüber Anlegern**.<sup>15</sup> Dies mag den rechtspolitischen Forderungen nach Schließung von Lücken im Anlegerschutz<sup>16</sup> gerecht werden, wirft allerdings einige Folgefragen und Probleme auf. Insbesondere drängt sich die Frage auf, ob eine generelle Inhaftungnahme von Gesellschaftsorganen droht, wenn allein das persönliche Auftreten für die Vertrauenshaftung ausreicht. Dies wäre im Hinblick auf § 1 I 2 AktG unvertretbar und würde auch dem Zweck der Aktiengesellschaft, wonach das Know-How des Managements mit dem Kapital der Anleger vereint werden soll<sup>17</sup>, entgegenwirken. Der BGH versucht diesen Bedenken insofern zu begegnen, als er seine Auffassung nicht auf normale Verkehrsgeschäfte erstreckt, sondern nur auf solche Rechtsgeschäfte, die auf eine Beteiligung an einer Gesellschaft abzielen.<sup>18</sup> Diese Beschränkung ließe sich zwar mit dem besonderen Schutzbedürfnis der Anleger als Risikokapitalgeber begründen. Alles in allem erscheint die Rechtsprechung des BGH jedoch als sehr weitgehend. Die Schaffung einer solchen Informationseigenhaftung sollte dem Gesetzgeber vorbehalten sein; die Subsumtion unter § 311 III 2 BGB erscheint zweifelhaft.

[**Hinweis:** Die weitere Falllösung geht davon aus, dass man der gegenteiligen Rechtsprechung folgt. Wer ein vorvertragliches Schuldverhältnis – wie hier vorgeschlagen – verneint, sollte im Hilfsgutachten weiterprüfen.]

**c)** Ein vorvertragliches Schuldverhältnis lag nach der neuen Rechtsprechung des BGH gemäß § 311 III 2 BGB zwischen A und V vor.

**2.** Die Einnahmen wurden von V als zu hoch angegeben und die Kosten für die Werbung nicht erwähnt. Damit hat er unzutreffend aufgeklärt und somit eine Pflichtverletzung i.S.d.

---

<sup>13</sup> BGHZ 177, 25, 30 f. (Rn. 13).

<sup>14</sup> Kersting, JR 2009, 221, 222.

<sup>15</sup> Kersting, JR 2009, 221, 223 f.

<sup>16</sup> Fleischer, Gutachten F, in: Verhandlungen des 64. DJT, Band I (2002) F 55 f., F 91, F 141 f.

<sup>17</sup> Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, 2000, S. 159 ff.

<sup>18</sup> BGHZ 177, 25, 31 (Rn. 14).

§ 241 II BGB begangen. Diese Pflichtverletzung hat er mangels Exkulpation gemäß § 280 I 2 BGB auch zu vertreten.

3. Somit kann A von V verlangen, so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn V die Pflichtverletzung nicht begangen hätte (sog. negatives Interesse). Dafür müsste A grundsätzlich nachweisen, dass er die Anlage nicht getätigt hätte, wenn V ihn richtig aufgeklärt hätte. Nach der Rechtsprechung besteht bei der Verletzung von Aufklärungspflichten, insbesondere bei einer Kapitalanlage, die Vermutung, dass der Anleger bei ordnungsmäßiger Aufklärung auf die Anlage verzichtet hätte.<sup>19</sup> Es ist dann Sache der aufklärungspflichtigen Partei, den Gegenbeweis anzutreten. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass A die Anlage nicht getätigt und mithin keine 100.000 € verloren hätte. Im Gegenzug muss A dem V aber seine Anteile an der Gesellschaft abtreten.

4. A kann infolgedessen nach der Rechtsprechung des BGH 100.000 € Schadensersatz aus c.i.c. nach §§ 280 I, 311 III, 241 II BGB verlangen, Zug um Zug gegen Abtretung der Aktien.

III. Deliktische Ansprüche bestehen keine. Das Vermögen als solches wird nicht von § 823 I BGB geschützt. Die Voraussetzungen für eine Schadensersatzpflicht nach § 823 II BGB sind mangels Schutzgesetzverletzung (ein Betrug i.S.v. § 263 StGB setzt den Nachweis vorsätzlichen Verhaltens voraus), die für eine Haftung nach § 826 BGB mangels vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nicht gegeben.

### Fall Nr. 3 – Bauunternehmen in der Krise:

#### Grundfall

#### A. Ansprüche des I gegen B wegen des privaten Hausbaus

I. Als Anspruchsgrundlage für das Begehren des I nach Erstattung der 100.000 € von B kommt § 43 II GmbHG i.V.m. § 80 I InsO in Betracht. Als Geschäftsführer muss B die besondere Sorgfalt nach § 43 I GmbHG wahren. Verletzt er diese, ist er nach § 43 II GmbHG der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet. Dieser Schadensersatzanspruch wird in der Insolvenz nach § 80 I InsO vom Insolvenzverwalter geltend gemacht, wobei es keines Gesellschafterbeschlusses nach § 46 Nr. 8 GmbHG bedarf.<sup>21</sup>

1. Fraglich ist damit, ob B durch die Beauftragung der B-GmbH mit der Errichtung eines Anbaus an seinem privaten Haus zu einem Lohn von 100.000 € statt der sonst marktüblichen 200.000 € sorgfaltswidrig gehandelt hat. Ein Geschäftsführer schädigt zwar bei der zu günstigen Auftragsvergabe die Vermögensinteressen der Gesellschafter. Da die Haftung aber im Grundsatz allein dem **Interesse der Gesellschafter** dient (Ausnahme: § 43 III GmbHG), muss sie dann ausscheiden, wenn der Geschäftsführer mit Einverständnis der Gesellschafter

---

<sup>19</sup> BGH WM 2012, 1337.

<sup>20</sup> Dazu allgemein *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, § 4 Rn. 139 ff.; *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 559 ff.

<sup>21</sup> BGH DStR 2004, 1755; dazu *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 563.

<sup>22</sup> *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, § 4 Rn. 140; *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 559.

gehandelt hat.<sup>23</sup> Die Gesellschafter verzichten in einem solchen Fall gleichsam auf den Schutz des § 43 II 1 GmbHG.<sup>24</sup> Eine Haftung entfällt infolgedessen, wenn der Geschäftsführer – wie hier – zugleich Alleingesellschafter ist<sup>25</sup>, da er bei einer solchen Personalunion notwendig mit der Zustimmung des Gesellschafters handelt.

2. I kann somit die 100.000 € nicht nach § 43 II GmbH i.V.m. § 80 I InsO von B verlangen.

**II.** Ein Eingriff in das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen (**§ 30 GmbHG**) lag hier nicht vor, auch wenn unter Zahlungen Leistungen jeder Art fallen, denen keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht.<sup>26</sup> Denn im Jahr 2017 war das Stammkapital noch voll gedeckt und es bestanden noch Rücklagen in Höhe von 300.000 €. Demnach ist auch § 43 III GmbH nicht einschlägig.

**III. § 64 S. 1 GmbHG** ist mangels Insolvenzreife zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe ebenfalls nicht einschlägig. Ein Anspruch ergibt sich auch nicht aus **§ 64 S. 3 GmbHG**. Denn die Norm setzt voraus, dass die Zahlung ohne Hinzutreten weiterer Kausalbeiträge zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führt.<sup>27</sup> Dies kann hier nicht angenommen werden, da zwischen der Leistungserbringung und der Insolvenzreife eine erhebliche Zeit verging, während der einige weitere Ursachen für die Zahlungsunfähigkeit gesetzt wurden.

**IV.** Aus alledem folgt, dass B die 100.000 € der GmbH nicht erstatten muss.

## **B. Ansprüche des I gegen B wegen der Zahlung von 20.000 € im Juli 2018**

Möglicherweise steht I aber ein Anspruch bezüglich der an H gezahlten 20.000 € gegen B zu.

**I.** § 43 II GmbHG ist aus den oben angeführten Gründen (Handeln in Übereinstimmung mit den Gesellschaftern) nicht einschlägig. § 43 III GmbHG scheidet jedenfalls daran, dass die Zahlung an einen Gläubiger und nicht an einen Gesellschafter erfolgte.

**II.** Als taugliche Anspruchsgrundlage kommt aber **§ 64 S. 1 GmbHG** i.V.m. § 80 I InsO in Betracht.

**1.** Dafür ist zunächst zu prüfen, ob zum Zeitpunkt der Zahlung **Insolvenzreife** bei der B-GmbH vorlag, sie also zahlungsunfähig (§ 17 InsO) oder überschuldet (§ 19 InsO) war.

**a)** Der Schuldner ist nach § 17 II 1 InsO zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen.<sup>29</sup> Die **Zahlungsunfähigkeit** wird i.d.R. durch eine Liquiditätsbilanz oder einen Finanzplan festgestellt, bei Zahlungseinstellung wird sie vermutet

---

<sup>23</sup> BGH ZIP 2000, 135 = NJW 2000, 576; BGH ZIP 2000, 493 = NJW 2000, 1571.

<sup>24</sup> Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 560.

<sup>25</sup> BGHZ 119, 257 = ZIP 1992, 1734 = NJW 1993, 193; BGHZ 122, 333 = ZIP 1993, 917 = NJW 1993, 1922.

<sup>26</sup> Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 562.

<sup>27</sup> Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks 16/6140, S. 46; Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 596.

<sup>28</sup> Allgemein zu § 64 GmbHG Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, § 4 Rn. 147 ff.; Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 573 ff.

<sup>29</sup> Ausführlich zur Zahlungsunfähigkeit Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. III, 11. Aufl. 2015, Vor § 64 Rn. 6 ff.; knapper Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 578 f.

(§ 17 II 2 InsO). Von einer solchen Zahlungsunfähigkeit könnte hier ausgegangen werden, weil die B-GmbH auf die zur Zahlung fällige Juni-Lieferung des H in Höhe von 50.000 € nur 20.000 € zahlen konnte. Die Rechtsprechung grenzt den Begriff der Zahlungsunfähigkeit aber in zweierlei Hinsicht ein. Zum einen wird die Zahlungsunfähigkeit von einer Zahlungsstoc-ckung abgegrenzt, welche vorliegen soll, wenn die Gesellschaft innerhalb von 3 Wochen in der Lage ist, ihre Zahlungsunfähigkeit – insbesondere durch Aufnahme neuer Kredite – wiederherzustellen.<sup>30</sup> Zum anderen ist die Zahlungsunfähigkeit von einer geringfügigen Liquiditätslücke zu unterscheiden; letztere soll vorliegen, wenn der Schuldner in der Lage ist, mehr als 90 % der fälligen Forderungen zu begleichen.<sup>31</sup> Unter diesen Gesichtspunkten erscheint nach den Sachverhaltsangaben die Zahlungsunfähigkeit nicht sicher. Die Vermutung nach § 17 II 2 InsO greift bei bloßer Nichtzahlung nur, wenn es um die Fälligkeit besonders wichtiger Verbindlichkeiten geht (z.B. Löhne, Sozialversicherungsbeiträge, Steuerverbindlichkeiten oder Kosten für Energielieferungen)<sup>32</sup>, wozu Verbindlichkeiten für Baumaterialien nicht gehören.

**b)** Damit bleibt zu untersuchen, ob die B-GmbH überschuldet war. Nach der geltenden Fassung des § 19 II InsO liegt **Überschuldung** vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich (sog. modifizierter zweistufiger Überschuldungsbegriff<sup>33</sup>). Nach Auskunft des Steuerberaters Ende Juni 2018 war die B-GmbH durch den Verbrauch der Reserven aus dem Betriebsgrundstück rechnerisch überschuldet. Angaben für die als Ausnahme normierte positive Fortführungsprognose fehlen hier<sup>34</sup>, weshalb die B-GmbH zum Zeitpunkt der Zahlung nach § 19 InsO überschuldet war.

**2.** Weiter ist zu prüfen, ob B eine **Zahlung** i.S.d. § 64 S. 1 GmbHG vorgenommen hat. An dem Begriff knüpft eine grundlegende Kontroverse an.<sup>35</sup> Im Ansatz besteht aber zunächst Einigkeit, dass der Begriff weit auszulegen ist und eine Zahlung nicht nur bei Leistungen aus dem Barbestand in Betracht kommt, sondern auch bei Zahlungen per Überweisung, Scheck oder Lastschrift.<sup>36</sup> Umstritten ist jedoch, ob der Geschäftsführer dabei – wie es der Wortlaut zunächst nahe legt – auf den **Ersatz jedes einzelnen Vermögensabflusses** nach Insolvenzreife haftet **oder** nur für die insgesamt eingetretene **Masseschmälerung** verantwortlich ist. Der

---

<sup>30</sup> Grundlegend für das neue Recht BGHZ 163, 134 = ZInsO 2005, 807 = NJW 2005, 3062; dazu auch Scholz/Bitter (Fn. 29), Vor § 64 Rn. 14.

<sup>31</sup> Auch insoweit grundlegend BGHZ 163, 134 = ZInsO 2005, 807 = NJW 2005, 3062; seither st. Rspr., vgl. BGH ZInsO 2009, 1254, 1258 = ZIP 2009, 1235, 1239 (Rn. 37); kritisch für Fälle andauernder Liquiditätsprobleme Scholz/Bitter (Fn. 29), Vor § 64 Rn. 16.

<sup>32</sup> Vgl. die Nachweise bei Scholz/Bitter (Fn. 29), Vor § 64 Rn. 17.

<sup>33</sup> Dazu und zur Entwicklung ausführlich Scholz/Bitter (Fn. 29), Vor § 64 Rn. 20 ff.; siehe auch Greil/Herden, ZInsO 2010, 833 ff.

<sup>34</sup> Die Beweislast dafür liegt beim Geschäftsführer; vgl. Scholz/Bitter (Fn. 29), Vor § 64 Rn. 33.

<sup>35</sup> Überblick bei Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 581 f.; ferner Bitter, Festheft Knauth (Beilage zu ZIP 22/2016), S. 6 ff.

<sup>36</sup> Haas, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 64 Rn. 66; Bitter, WM 2001, 666, 667.



BGH entschied sich im Grundsatz für Ersteres<sup>37</sup>, was in der Literatur teilweise kritisiert wurde.<sup>38</sup> Ende 2014 hat der II. Zivilsenat des BGH dann allerdings mit dem Urteil BGHZ 203, 218<sup>39</sup> eine Mittelposition eingenommen, weil er (nunmehr) ausdrücklich anerkennt, dass die Ersatzpflicht des Organs für Zahlungen nach Insolvenzreife entfällt, soweit die durch die Zahlung verursachte Schmälerung der Masse in einem unmittelbaren Zusammenhang mit ihr ausgeglichen wird. Offen war damit zunächst, wann von einem solchen „unmittelbaren Zusammenhang“ auszugehen ist, ob dabei insbesondere die vom IX. Zivilsenat des BGH für § 142 InsO entwickelten Kriterien herangezogen werden können.<sup>40</sup> Dies hat der II. Zivilsenat des BGH sodann im Jahr 2017 ausdrücklich verneint<sup>41</sup>, wobei jedoch weiter offen geblieben ist, ob ein solcher Ausgleich auch dann relevant sein kann, wenn die „Gegenleistung“ zeitlich vor der Leistung der Gesellschaft erfolgt.<sup>42</sup> Nur dann könnte im hier zu beurteilenden Fall gegenüber dem Vermögensabfluss von 20.000 € der (vorherige) Vermögenszuwachs in Form der Lieferung berücksichtigt werden. Im Zweifel ist von einer Unmittelbarkeit im Rahmen des § 64 S. 1 GmbHG eher restriktiv auszugehen, dies jedenfalls dann, wenn zunächst die Leistung an die GmbH erbracht und dann – wie hier – erst mehrere Wochen später an den Gläubiger gezahlt wird. Dann entspricht es gerade dem Sinn und Zweck des § 64 S. 1 GmbHG, die Masse zusammenzuhalten, dass nicht mehr an einzelne Gläubiger geleistet wird.<sup>43</sup> Man darf daher wohl davon ausgehen, dass der über die Haftungsfragen entscheidende II. Zivilsenat des BGH bei einer mehrere Wochen später erfolgenden Zahlung nicht mehr von einem unmittelbaren Leistungsaustausch ausgehen wird. Damit liegt im Sinne der Rechtsprechung eine verbotene Zahlung vor.

### III. Folglich muss B die 20.000 € erstatten.

[Hinweis: Nach dem in der Literatur vertretenen Gegenkonzept käme es hingegen darauf an, ob während des gesamten Zeitraums der Insolvenzverschleppung insgesamt eine Masseschmälerung (bzw. ein Verlust) eingetreten ist. Für die Beurteilung fehlen die erforderlichen Angaben im Sachverhalt.]

### Abwandlung 1:

Fraglich ist, ob H und F den B für ihren Ausfall von 80 % persönlich in Anspruch nehmen können.

---

<sup>37</sup> BGH ZInsO 2003, 468 = NJW 2003, 2316 = WM 2003, 1017 m. krit. Anm. *Bitter*, WuB II C. § 64 GmbHG 1.03.

<sup>38</sup> *Altmeyen*, ZIP 2001, 2201, 2206 ff.; *Karsten Schmidt*, GmbHR 2000, 1225 ff.; *Bitter*, WM 2001, 666 ff.; siehe dazu auch *Bitter*, Festheft Knauth (Beilage zu ZIP 22/2016), S. 6 m.w.N. in Fn. 5 bis 8; aus jüngerer Zeit *Altmeyen*, NZG 2016, 521 ff. und *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 581 ff., jeweils m.w.N.

<sup>39</sup> BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71; siehe im Anschluss daran auch BGHZ 206, 52, 59 f. = ZIP 2015, 1480, 1482 (Rn. 26): „Aktiventausch“.

<sup>40</sup> Pointiert ablehnend die Besprechung des BGH-Urteils bei *Altmeyen*, ZIP 2015, 949, 950 f.; ferner *Bitter*, Festheft Knauth (Beilage zu ZIP 22/2016), S. 6, 9 f. mit Fn. 47.

<sup>41</sup> BGH ZIP 2017, 1619; dazu *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 585 f.

<sup>42</sup> Ablehnend *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 585 f.

<sup>43</sup> *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 586.

I. Vertragliche Ansprüche bestehen keine. Die Voraussetzungen für eine Dritthaftung aus c.i.c. nach §§ 280 I, 311 III, 241 II BGB sind hier nicht gegeben.<sup>44</sup>

II. Damit bleiben nur deliktische Ansprüche.

1. § 823 I BGB ist nicht einschlägig, da es an einem verletzten absoluten Rechtsgut fehlt.

2. Möglicherweise können H und F aber nach **§ 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO** gegen den B vorgehen.

a) § 15a InsO stellt nach fast allgemeiner Ansicht ein **Schutzgesetz** dar, da die Stellung eines Insolvenzantrags gerade die Gläubiger eines kränkelnden Unternehmens vor der Verschlechterung ihrer Befriedigungsmöglichkeiten schützen soll und nicht etwa nur die Allgemeinheit vor überschuldeten Kapitalgesellschaften.<sup>45</sup>

b) B als Geschäftsführer ist Schuldner des Anspruchs.

c) Damit bleibt zu prüfen, ob er **gegen die Antragspflicht nach § 15a InsO verstoßen** hat. Der Geschäftsführer handelt pflichtwidrig und verletzt damit das Schutzgesetz, wenn er objektiv die 3-wöchige Frist des § 15a Abs. 1 InsO überschreitet oder sie ohne Chance für eine Sanierung voll ausschöpft.<sup>46</sup> Die Antragsfrist beginnt zu laufen, wenn Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung für den Geschäftsführer objektiv erkennbar sind. Dies war im vorliegenden Fall nach der Auskunft des Steuerberaters Ende Juni 2018. Die 3-Wochenfrist ist eine absolute Höchstgrenze, die der Geschäftsführer nicht ausschöpfen darf, wenn etwaige Bemühungen um eine Sanierung keine ernstlichen Aussichten auf Erfolg bieten. Hier hat sich B weitere Aufträge durch E erhofft, wobei zweifelhaft ist, darin ernsthafte Bemühungen um eine Sanierung zu sehen. Jedenfalls im August als dem hier relevanten Zeitpunkt für die Lieferung durch H und die Bestellung bei F war die Frist abgelaufen.

d) Die Haftung setzt **Verschulden** voraus, wobei nach der h.M. im Umkehrschluss zu § 15a IV, V InsO Fahrlässigkeit ausreicht. Für die Fahrlässigkeit genügt die (subjektive) Erkennbarkeit der Insolvenzreife, was hier bei B durch den Hinweis des Steuerberaters gegeben ist. Hinweise, die es bei B ausnahmsweise nicht geboten erscheinen lassen, aus dem objektiven Sorgfaltsverstoß auf die subjektive Fahrlässigkeit zu schließen, sind nicht ersichtlich.

Die Voraussetzungen einer Schadensersatzpflicht nach § 823 II BGB i.V.m § 15a InsO sind damit gegeben.

e) Im Rahmen der Rechtsfolge ist zwischen **Alt- und Neugläubigern** zu unterscheiden. Altgläubiger bekommen dabei nur den **Quotenschaden**, also die Differenz zwischen der tatsächlich gezahlten Quote und derjenigen, die angefallen wäre, wenn der Geschäftsführer den In-

---

<sup>44</sup> Siehe zu den Voraussetzungen des § 311 III BGB Fall Nr. 2 – Vermögensanlage mit Hindernissen.

<sup>45</sup> MünchKommBGB/Wagner, Bd. 5, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 139; Casper, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, GmbHG, Bd. III, 2. Aufl. 2016, § 64 Rn. 156 ff. m.w.N.; a.A. nur Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, 8. Aufl. 2015, § 64 Rn. 35 (siehe auch die 9. Aufl. 2019, § 64 Rn. 121).

<sup>46</sup> Näher Scholz/Karsten Schmidt (Fn. 35), § 64 Rn. 160 ff.

<sup>47</sup> Dazu allgemein Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, § 4 Rn. 150 f.; Bitter, ZInsO 2018, 625, 647 ff.

solvenzantrag rechtzeitig gestellt hätte.<sup>48</sup> Anders ist dies bei den Neugläubigern, die ihren vollen Vertrauensschaden (negatives Interesse) geltend machen können: Sie sind so zu stellen, als ob vom Vertragsschluss mit der GmbH nie die Rede gewesen wäre (sog. **Kontrahierungs- oder Kreditgewährungsschaden**).<sup>49</sup>

**aa)** Somit ist zu klären, ob H und F Alt- oder Neugläubiger sind. Neugläubiger sind diejenigen Gläubiger, die mit der GmbH noch Geschäfte getätigt haben, als die Gesellschaft bereits insolvenzreif geworden und die Überlegungsfrist in § 15a I InsO abgelaufen war. Dies trifft jedenfalls auf F zu, der im August den Vertrag mit der B-GmbH schloss und im September leistete, also nach Ablauf der Frist des § 15a I InsO (siehe oben). Als Neugläubiger kann er aber den Geschäftsführer nicht auf Zahlung des Rechnungsbetrags in Anspruch nehmen (positives Interesse), sondern nur in Höhe des Marktwerts der gelieferten Gegenstände (negatives Interesse).<sup>50</sup> In der Regel entgeht dem Gläubiger dadurch der Gewinn des Geschäfts, den er grundsätzlich nicht ersetzt verlangen kann, weil er den Gewinn ja auch dann nicht gemacht hätte, wenn er wegen der Insolvenzreife der GmbH von dem Geschäft Abstand genommen hätte.

Er kann aber im Einzelfall geltend machen, dass ihm wegen des Vertragsschlusses mit der insolventen Gesellschaft ein Gewinn entgangen ist, den er sonst anderweitig erzielt hätte.<sup>51</sup> Dies kommt insbesondere bei nur begrenzten Kapazitäten des Gläubigers in Betracht, wenn dieser insbesondere einen Alternativauftrag (nur) deshalb ablehnt, weil er sich an den Vertrag mit der insolventen Gesellschaft gebunden fühlt. Dann ist der entgangene Gewinn aus dem Alternativauftrag (!) ein Vertrauensschaden. Für derartige besondere Umstände wurde hier aber von F nichts vorgetragen. Er hat deshalb (nur) einen Schaden in Höhe des Marktwertes der gelieferten Fenster abzüglich der auf den Kaufpreis erhaltenen Quote von 20 % erlitten.

**bb)** Schwieriger ist hingegen die Situation bei H. Unproblematisch Altgläubiger ist er hinsichtlich der im April und Juni 2018 gelieferten Waren, weil zu diesem Zeitpunkt für B noch keine Insolvenzantragspflicht bestand. Den Beweis für den Quotenschaden kann er wohl nicht führen. Im Übrigen wird dieser ohnehin nach § 92 InsO vom Insolvenzverwalter geltend gemacht. H wäre also auch gar nicht aktivlegitimiert.

Fraglich ist jedoch, was bezüglich der im August und damit nach Ablauf der Frist des § 15a I InsO gelieferten Waren gilt. Denn der **Vertragsschluss lag vor**, die **Vorleistung aber nach der Insolvenzreife**. Sieht man die Begründung des Schadensersatzanspruchs von Neugläubigern in dem enttäuschten Vertrauen, muss in einer solchen Konstellation auch ein Vertrauensschaden angenommen werden. Denn Vertrauen kann auch dadurch enttäuscht werden, dass der Vertrag schon vor dem Eingreifen der Insolvenzantragspflicht geschlossen wurde, der Gläubiger aber die vermögensschädigende Disposition erst nach Beginn der Insolvenzantragspflicht trifft.<sup>52</sup> H ist also bezüglich der letzten Lieferung Neugläubiger und hat insoweit –

---

<sup>48</sup> BGHZ 126, 181, 190 = ZIP 1994, 1103; BGHZ 138, 211, 221 f. = ZIP 1998, 776.

<sup>49</sup> BGHZ 126, 181, 190 ff. = ZIP 1994, 1103.

<sup>50</sup> BGH ZInsO 2009, 1159 = ZIP 2009, 1220; *Bitter*, ZInsO 2018, 625, 648 f.

<sup>51</sup> BGH ZInsO 2009, 1159 = ZIP 2009, 1220; *Bitter*, ZInsO 2018, 625, 649 m.w.N.

<sup>52</sup> Dazu allgemein *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, § 4 Rn. 150; *Bitter*, ZInsO 2018, 625, 648.

<sup>53</sup> *Wagner*, FS Karsten Schmidt, 2009, S. 1665, 1677; *Bitter*, ZInsO 2018, 625, 649.

da er für einen entgangenen Gewinn ebenfalls nichts vorgetragen hat – einen Schaden in Höhe des Marktwertes der Baustoffe abzüglich der auf den Kaufpreis erhaltenen Quote von 20 % erlitten.

f) Ergebnis: Nach § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO stehen H und F folglich Ansprüche in Höhe der dargestellten Schäden zu.

2. Neben der (mindestens) fahrlässigen Insolvenzverschleppungshaftung nach § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO kommt zwar grundsätzlich auch eine Haftung für vorsätzliche Insolvenzverschleppung nach § 826 BGB in Betracht, welche hier mangels Vorsatzes des B aber nicht gegeben ist.

### **Abwandlung 2:**

Sowohl der Ersatzanspruch nach § 64 S. 1 GmbHG als auch der Schadensersatzanspruch aus § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO setzen ein **Verschulden** voraus. Daran kann es nun abweichend zur Abwandlung 1 fehlen. So hat der BGH entschieden, dass der organschaftliche Vertreter einer Gesellschaft dann nicht schuldhaft handelt, wenn er bei fehlender eigener Sachkunde zur Klärung des Bestehens der Insolvenzreife der Gesellschaft den Rat eines unabhängigen, fachlich qualifizierten Berufsträgers einholt, diesen über sämtliche für die Beurteilung erheblichen Umstände ordnungsgemäß informiert und nach eigener Plausibilitätskontrolle der ihm darauf erteilten Antwort dem Rat folgt und von der Stellung eines Insolvenzantrags absieht.<sup>54</sup> Diese Kriterien sind in Abwandlung 2 erfüllt, weshalb B weder zur Erstattung der 20.000 € nach § 64 S. 1 GmbHG noch zum Schadensersatz aus § 823 II i.V.m. § 15a InsO gegenüber H und F verpflichtet ist.

### **Abwandlung 3:**

Als Anspruchsgrundlage für das Begehren des A nach Ersatz von 80 % des nicht erhaltenen Lohns kommt allein § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO in Betracht. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift sind dem Grunde nach erfüllt (siehe oben). Fraglich ist aber, ob A Neugläubiger ist, da er nur dann den Kontrahierungsschaden verlangen kann. Die Abgrenzung von Alt- und Neugläubigern ist bei **Dauerschuldverhältnissen** wie einem Arbeitsvertrag problematisch.<sup>55</sup> Denn bei einem Arbeitnehmer ist nicht sicher, ob er den Schaden nicht auch erlitten hätte, wenn ein Insolvenzantrag früher gestellt worden wäre. Er hätte dann zwar die Arbeitsleistung ggf. nicht mehr erbringen müssen (§§ 320 f. BGB), hätte aber vielleicht auch nicht sofort einen anderen Arbeitsplatz finden können, bei dem ihm entsprechendes Gehalt gezahlt wird. Nach Ansicht des OLG Hamburg sind Arbeitnehmer stets Altgläubiger.<sup>56</sup> Richtiger erscheint es jedoch, dem Arbeitnehmer zumindest die Möglichkeit zu geben, plausibel seinen Vertrauensschaden (negatives Interesse) darzulegen und ggf. zu beweisen, dass ihn ein bestimmter

---

<sup>54</sup> BGH NJW 2007, 2118 (2. Leitsatz); siehe auch *Bitter*, ZInsO 2018, 625, 647.

<sup>55</sup> Dazu *Bitter*, ZInsO 2018, 625, 649 f.

<sup>56</sup> OLG Hamburg ZIP 2007, 2318 m. Nachw. auch zur gegenteiligen Rechtsprechung mehrerer LAG.

Ausfall bei rechtzeitiger Antragstellung nicht getroffen hätte. Dafür hat A aber nichts Konkretes vorgetragen; mithin kann er den B für den Ausfall nicht in Haftung nehmen.

#### **Abwandlung 4:**

Die C-Bank kann von B die fehlenden 24.000 € verlangen, wenn sie im Rahmen des dem Grunde nach gegebenen Anspruchs aus § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO Neugläubigerin ist. Für den Fall, dass – wie hier – die **Inanspruchnahme einer Kreditlinie** gegenüber der Bank als Gläubigerin erhöht wird, hat der BGH folgendes entschieden: Soweit der Kredit schon in Anspruch genommen war, als der Geschäftsführer Insolvenzantrag hätte stellen sollen, ist kein Vertrauen enttäuscht, weil die Bank auch bei rechtzeitigem Antrag partiell ausgefallen wäre. Insoweit ist sie Altgläubigerin und auf den Quotenschaden beschränkt, für den zudem § 92 InsO gilt. Eine weitere Erhöhung der Kreditlinie hätte die Bank hingegen nicht geduldet, wenn der Antrag schon gestellt worden wäre. Der insoweit eingetretene Vertrauensschaden ist ihr als Neugläubigerin zu ersetzen.<sup>58</sup> Auf den vorliegenden Fall übertragen bedeutet dies, dass die C-Bank hinsichtlich der vor Juli 2018 in Anspruch genommenen 80.000 € Altgläubigerin ist. Geht man aber davon aus, dass B mangels Bemühungen um eine Sanierung nach dem Hinweis des Steuerberaters Ende Juni 2018 sofort den Antrag nach § 15a InsO hätte stellen müssen, ist die C-Bank bezüglich der Anfang Juli 2018 erfolgten Erhöhung der Kreditlinie Neugläubigerin. Sie kann deshalb nur 80 % von 20.000 €, mithin 16.000 € verlangen.

#### **Abwandlung 5:**

I kann gegen B einen Anspruch auf Erstattung der an den Gläubiger der A-GmbH geleisteten Zahlung in Höhe von 50.000 € nach § 64 S. 1 GmbHG i.V.m. § 80 I InsO haben. Nach dem weiten Begriffsverständnis des BGH<sup>59</sup> liegt eine Zahlung i.S.d. § 64 S. 1 GmbHG vor. Möglicherweise war diese aber unter dem Gesichtspunkt der **Pflichtenkollision** mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar (§ 64 S. 2 GmbHG). B hat den Betrag nämlich nur treuhänderisch von der Schwestergesellschaft der B-GmbH zur Weiterleitung erhalten und hätte sich bei Nichtweiterleitung nach der – keineswegs zweifelsfreien – Ansicht des II. Zivilsenats des BGH<sup>61</sup> wegen Untreue (§ 266 StGB) strafbar gemacht. In einem solchen Fall soll die Haftung wegen § 64 S. 2 GmbHG entfallen, da es einem Geschäftsführer nicht zugemutet werden könne, die Massesicherungspflicht zu erfüllen und Zahlungen nicht zu leisten, wenn er sich dadurch strafrechtlicher Verfolgung aussetzen würde. Angesichts dieser Strafandrohung könne ein Vorrang der Massesicherungspflicht nicht angenommen werden.<sup>62</sup> I steht damit ein Anspruch nach § 64 S. 1 GmbHG i.V.m. § 80 I InsO gegen B nicht zu.

---

<sup>57</sup> Casper (Fn. 45), § 64 Rn. 178; Bitter, ZInsO 2018, 625, 650.

<sup>58</sup> BGHZ 171, 46 = NJW-RR 2007, 759 = ZIP 2007, 676.

<sup>59</sup> Siehe den Ausgangsfall.

<sup>60</sup> Dazu Bitter, Festheft Knauth (Beilage zu ZIP 22/2016), S. 6, 10; Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 590.

<sup>61</sup> BGH ZIP 2008, 1229 m. krit. Anm. Bitter, WuB II C. § 64 GmbHG 1.09.

<sup>62</sup> BGH ZIP 2008, 1229; kritisch zu dieser Begründung Bitter, ZInsO 2010, 1505, 1516; Bitter, Festheft Knauth (Beilage zu ZIP 22/2016), S. 6, 10; Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 590 f.

## Fall Nr. 4 – „Games-Connection“:

### A. Ansprüche der B-Bank gegen die V-AG

I. Die B-Bank kann gegen die V-AG einen Anspruch auf Darlehensrückzahlung in Höhe der noch ausstehenden 100.000 € nach § 488 I 2 BGB i.V.m. § 128 HGB analog haben. Grundsätzlich haftet zwar nach § 13 II GmbHG für die Verbindlichkeiten einer GmbH nur das Gesellschaftsvermögen. Möglicherweise ist diese Vorschrift jedoch wegen einer materiellen Unterkapitalisierung der T-GmbH teleologisch zu reduzieren mit der Folge, dass dann mangels Haftungsbeschränkung die V-AG als Gesellschafterin für die Darlehensverbindlichkeit der Gesellschaft nach der allgemeinen Haftungsvorschrift des § 128 HGB einstehen muss (sog. Durchgriff).

1. Von einer **materiellen Unterkapitalisierung** spricht man, wenn der Gesellschaft die nach Art und Umfang der Geschäftstätigkeit benötigten Finanzmittel von den Gesellschaftern weder als Eigen- noch als Fremdkapital zu Verfügung gestellt werden. Schlagwortartig kann von einer „Unterkapitalisierung durch Nichtkapitalisierung“ gesprochen werden in Abgrenzung zur nominellen Unterkapitalisierung, bei welcher der Gesellschaft zumindest im Darlehenswege das nötige Kapital von den Gesellschaftern zugeführt wird („Unterkapitalisierung durch Fremdkapitalisierung“).<sup>63</sup>

Hier wurde die T-GmbH von der V-AG als ihrer alleinigen Gesellschafterin lediglich mit dem nach § 5 I GmbHG erforderlichen Stammkapital von 25.000 € ausgestattet. Der mit der B-Bank vereinbarte Betriebsmittelkredit über 500.000 € zeigt jedoch, dass der tatsächliche finanzielle Bedarf der Gesellschaft für ihre Tätigkeit als Verlegerin einer Computerzeitschrift weit über das Stammkapital hinausgeht. Da die V-AG im Übrigen auch kein Fremdkapital aufgebracht, also Gesellschafterdarlehen gewährt hat, liegt damit ein Fall der materiellen Unterkapitalisierung vor.

2. Während die Rechtsfolgen der *nominellen* Unterkapitalisierung, also der Finanzierung einer haftungsbeschränkten Gesellschaft über Gesellschafterdarlehen, gesetzlich geregelt sind (§§ 39 I Nr. 5, IV, V, 44a, 135, 143 III InsO)<sup>64</sup>, fehlt es an Vorschriften für Fälle der *materiellen* Unterkapitalisierung. Entsprechend umstritten ist die Frage, welche rechtlichen Konsequenzen eine solche Unterkapitalisierung nach sich zieht.

Dabei ist das Bild in der Rechtsprechung gespalten.<sup>65</sup> Während das BSG sich durchaus offen gegenüber einer Missbrauchshaftung wegen materieller Unterkapitalisierung gezeigt hat,<sup>66</sup> steht die Rechtsprechung des BGH<sup>67</sup> und BAG<sup>68</sup> ihr sehr zurückhaltend gegenüber. Besonders

---

<sup>63</sup> Karsten Schmidt, ZIP 1981, 689, 690.

<sup>64</sup> Überblick bei Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, § 4 Rn. 262 ff.; sehr ausführlich die Kommentierung des Gesellschafterdarlehensrechts bei Scholz/Bitter (Fn. 29), Anh. § 64.

<sup>65</sup> Dazu Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. I, 11. Aufl. 2012, § 13 Rn. 144; Bitter, ZInsO 2018, 625, 658; ausführliche Darstellung bei Bitter (Fn. 17), S. 115 ff.

<sup>66</sup> BSGE 56, 76, 83 ff.; 75, 82, 84; insbesondere BSG ZIP 1996, 1134, 1135.

<sup>67</sup> BGHZ 68, 312; demgegenüber offen die Entscheidung in NJW 1977, 1683, 1686.

<sup>68</sup> BAG NJW 1999, 740, 741; NJW 1999, 2299.

deutlich ist in dieser Hinsicht das 2008 ergangene Urteil „Gamma“ des für Gesellschaftsrecht zuständigen II. Zivilsenats.<sup>69</sup> Danach existiert weder eine gesetzliche Regelung noch besteht eine ausfüllungsbedürftige oder ausfüllungsfähige Gesetzeslücke: Das GmbHG kenne lediglich eine „Entnahmesperre“ zugunsten des Stammkapitals der GmbH (§§ 30, 31 GmbHG). Eine Rechtspflicht der Gesellschafter zu ausreichender Finanzausstattung kenne das GmbHG hingegen nicht. Eine Haftung des GmbH-Gesellschafters wegen unzureichender Kapitalisierung der Gesellschaft sei also weder gesetzlich normiert noch durch richterrechtliche Rechtsfortbildung als gesellschaftsrechtlich fundiertes Haftungssystem anerkannt.

Demgegenüber wird eine **Durchgriffshaftung** analog § 128 HGB für eine völlig unzureichende Vermögensausstattung der GmbH von zahlreichen Stimmen in der Literatur bejaht.<sup>70</sup> Dies wird damit begründet, dass ein solches Verhalten der Gesellschafter nach dem Grundsystem der haftungsbeschränkten Gesellschaften zu missbilligen ist. Wer eine Gesellschaft betreibt, die im Verhältnis zu den mit der Geschäftstätigkeit verbundenen Risiken eindeutig unterkapitalisiert ist, spekuliert nämlich auf Kosten der Gläubiger: Realisiert sich das Risiko nicht, schöpft der Gesellschafter den Gewinn des risikoreichen Projekts ab; realisiert es sich doch, lässt er die GmbH insolvent werden und überträgt damit den Schaden auf die Gläubiger.<sup>71</sup> Der Zweck der im Gesetz geregelten (zwingenden) Kapitalerhaltungsvorschriften wäre nicht ersichtlich, wenn der Gesetzgeber von der völligen Freiheit der Gesellschafter zur Bestimmung des Eigenkapitals ausgegangen wäre. Der Sinn der Gläubigervorschriften würde entleert. Die Beschränkung des GmbHG auf eine Regelung zum Mindestkapital ist folglich kein Freibrief, nach Aufbringen dieses „Eintrittsgeldes“ frei zulasten der Gläubiger zu spekulieren.<sup>72</sup> Entgegen der Rechtsprechung ist deshalb eine Außenhaftung bei materieller Unterkapitalisierung anzuerkennen. Dies lässt sich mit einer teleologischen Reduktion des § 13 II GmbHG (bzw. bei der AG § 1 I 2 AktG) erreichen, da es dann zu einer Haftung der Gesellschafter – hier der V-AG – analog § 128 HGB kommt.

3. Im Rahmen der Durchgriffshaftung ist sodann zwischen verschiedenen Gläubigergruppen zu unterscheiden, je nachdem, ob sich die Gläubiger gegen die Spekulationen absichern können oder nicht.<sup>73</sup> Eine derartige Differenzierung ist ökonomisch sinnvoll, da sie eine Abstufung nach der Schutzwürdigkeit der Gläubiger ermöglicht und das Risiko für die vom Durchgriff betroffenen Gesellschafter reduziert. Sie lässt sich juristisch so begründen, dass nach Sinn und Zweck nur dann eine teleologische Reduktion der Haftungsbeschränkung angezeigt ist, wenn die Gläubiger schützenswert sind. Bei Gläubigern, die – wie hier – vor der Insolvenz mit der Gesellschaft in geschäftlichem Kontakt standen, ist zu berücksichtigen, ob sie durch einzelvertragliche Abreden das Insolvenzrisiko kompensieren konnten. Dies ist bei einer Bank zu bejahen. Aufgrund ihrer starken Verhandlungsposition kann sie auf Kreditsicherheiten be-

---

<sup>69</sup> BGHZ 176, 204 = ZIP 2008, 1232 – „Gamma“.

<sup>70</sup> Nachweise bei Scholz/Bitter (Fn. 65), § 13 Rn. 143; Altmeyden, in: Roth/Altmeyden, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 13 Rn. 142; Bitter, ZInsO 2018, 625, 658 in Fn. 1138.

<sup>71</sup> Scholz/Bitter (Fn. 65), § 13 Rn. 145.

<sup>72</sup> Scholz/Bitter (Fn. 65), § 13 Rn. 146; näher Bitter (Fn. 17), S. 128 ff.

<sup>73</sup> Scholz/Bitter (Fn. 65), § 13 Rn. 164; näher Bitter (Fn. 17), S. 554 ff.

stehen. Deren Bestellung ist zumutbar, da die Kosten der Sicherung im Verhältnis zum Umfang des (Kredit-)Geschäfts als gering anzusehen sind. Zudem kann sich eine Bank durch Einsicht in die Geschäftsunterlagen hinreichend über alle Risiken informieren. Lässt sie sich dennoch auf einen – wie hier erkennbar riskanten – Vertragsschluss ein und vereinbart dabei keine das Kreditrisiko vollständig absichernden Kreditsicherheiten, ist sie im Hinblick auf das übernommene (Rest-)Risiko (hier: 100.000 € der insgesamt 500.000 €) nicht schutzwürdig.

4. Folglich kann die B-Bank die V-AG für die noch ausstehende Darlehenssumme von 100.000 € nicht nach § 488 I 2 HGB i.V.m. § 128 HGB analog in Anspruch nehmen.

II. Es kommt noch ein Schadensersatzanspruch der B-Bank gegen die V-AG aus § 826 BGB unter dem Aspekt der **Existenzvernichtungshaftung** in Betracht.<sup>74</sup>

1. Die Existenzvernichtungshaftung wurde entwickelt, da das gesetzliche Gläubigerschutzkonzept des GmbHG Lücken enthält.<sup>75</sup> Voraussetzung für die auch von der Rechtsprechung anerkannte Haftung ist, dass die Gesellschafter einen **existenzvernichtenden Eingriff** in die Gesellschaft vorgenommen haben. Dies ist gegeben, wenn der Gesellschafter auf die Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens keine Rücksicht nimmt und der Gesellschaft ohne angemessenen Ausgleich – offen oder verdeckt – Vermögenswerte entzieht, die sie zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt.<sup>76</sup>

Nach dieser von der Rechtsprechung verwendeten Definition hätte hier die V-AG keinen Eingriff vorgenommen, da sie lediglich kein weiteres Geld in die T-GmbH investiert hat.

Allerdings ist entgegen der Rechtsprechung auch das Unterlassen hinreichender Kapitalausstattung einem Eingriff gleichzustellen, da anderenfalls die Gesellschafter auf Kosten der Gläubiger spekulieren könnten.<sup>77</sup> Eine solche Spekulation auf Kosten der Gläubiger lässt sich auch als „Existenzgefährdung“ bezeichnen, die ebenso sanktionswürdig ist wie die Existenzvernichtung durch Eingriffe in das Gesellschaftsvermögen. Insoweit gibt es einen nahtlosen Übergang zur Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung.

Löst man diese Fälle nicht – wie oben unter I. vorgeschlagen – über die Durchgriffshaftung, kann man hilfsweise dem Konzept der Rechtsprechung zur Existenzvernichtung folgen und die Anspruchsgrundlage des § 826 BGB (weiter) prüfen:

2. Die existenzvernichtende Maßnahme muss jeweils zur **Insolvenz der Gesellschaft** geführt haben, d.h. für die Insolvenz kausal sein oder diese zumindest vertieft haben.<sup>78</sup> Die Ausstattung der T-GmbH durch zu wenig Risikokapital seitens der V-AG und die darin liegende Ge-

---

<sup>74</sup> Ausführlich zur Existenzvernichtungshaftung Scholz/Bitter (Fn. 65), § 13 Rn. 152 ff.; Bitter, ZInsO 2018, 625, 626 ff.

<sup>75</sup> Siehe dazu Scholz/Bitter (Fn. 65), § 13 Rn. 153; Bitter, ZInsO 2018, 625, 626.

<sup>76</sup> Vgl. die Nachweise zur Rechtsprechung bei Scholz/Bitter (Fn. 65), § 13 Rn. 161 ff.; Bitter, ZInsO 2018, 625, 628 f.

<sup>77</sup> Dazu Scholz/Bitter (Fn. 65), § 13 Rn. 163 f.; eingehend Bitter, in: Bachmann/Casper/Schäfer/Veil (Hrsg.), Steuerungsfunktion des Haftungsrechts im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 2007, S. 57 ff.

<sup>78</sup> Bitter, ZInsO 2018, 625, 629.



fährdung ihrer Existenz war kausal für die Insolvenz der T-GmbH, weshalb diese Voraussetzung erfüllt ist.

**3.** Die Existenzvernichtungshaftung im Sinne einer Haftung aus § 826 BGB setzt weiter **Verschulden** im Sinne eines zumindest bedingten Vorsatzes voraus. Dem Vorsatzerfordernis genügt es bereits, wenn dem Gesellschafter bekannt ist, dass der Gesellschaft ohne Rücksicht auf die Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens Vermögenswerte entzogen werden oder – im Fall der Existenzgefährdung – der Gesellschaft Risiken übertragen werden, die außer Verhältnis zum Risiko-, also Eigenkapital stehen. Ein Bewusstsein der Sittenwidrigkeit ist nicht erforderlich. Ein Verschulden liegt demnach vor, wenn die Erfüllung von Verbindlichkeiten durch die Gesellschaft dauerhaft beeinträchtigt wird, dies voraussehbare Folge des Eingriffs bzw. der Existenzgefährdung war und der Gesellschafter diese Folge in Erkenntnis ihres möglichen Eintritts billigend in Kauf genommen hat.<sup>79</sup> Der V-AG war bewusst, dass durch ihre fehlende Ausstattung mit ausreichendem Risikokapital die Erfüllung der Verbindlichkeiten der T-GmbH dauerhaft beeinträchtigt wird, falls das Zeitschriftenprojekt nicht erfolgreich verläuft. Sie hat dies jedoch um des eigenen Vorteils willen in Kauf genommen. Verschulden i.S.d. § 826 BGB ist damit gegeben.

**4.** Sind die Voraussetzungen einer Existenzvernichtungshaftung erfüllt, besteht ein Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB. Der Schädiger schuldet dabei grundsätzlich den Betrag, der erforderlich ist, um die Folgen des zur Insolvenz führenden Eingriffs bzw. der die Insolvenz begünstigenden Existenzvernichtung auszugleichen.<sup>80</sup> **Gläubiger** dieses Anspruchs soll nach der Rechtsprechung aber nicht der geschädigte Gläubiger, sondern die **Gesellschaft sein**<sup>81</sup>, wobei der Anspruch in der Insolvenz der Gesellschaft von deren Insolvenzverwalter geltend gemacht wird. Wird das Verfahren – wie hier – mangels Masse nicht eröffnet (§ 26 InsO), sind danach die Gläubiger auf den umständlichen Weg angewiesen, den Anspruch der GmbH pfänden zu lassen.

Der Rechtsprechung fehlt allerdings eine dogmatische Begründung dafür, warum ein durch das Verhalten der Gesellschafter sittenwidrig geschädigter Gläubiger nicht unmittelbar auf den Schadensverursacher zugreifen kann. Der BGH ist nicht dazu berufen, eine bürgerlich-rechtliche Norm im Verhältnis bestimmter Personen – hier Gläubiger und Gesellschafter – für unanwendbar zu erklären und dies auch nur in einer speziellen Fallgruppe, der Existenzvernichtung.<sup>82</sup> Damit sollte es bei dem Grundsatz bleiben, dass ein Schadensersatzanspruch dem Geschädigten – hier den Gläubigern – selbst zusteht.

**5.** Aber auch im Rahmen der Existenzvernichtungshaftung ist – wie bei der Durchgriffshaftung (siehe oben) – aus den dort genannten Gründen nach der Schutzwürdigkeit der Gläubiger zu unterscheiden.

---

<sup>79</sup> BGHZ 173, 246, 258 f. = ZIP 2007, 1552, 1556 – „Trihotel“, jedoch ohne Einbeziehung der Fälle der Existenzgefährdung.

<sup>80</sup> BGHZ 173, 246, 258 f. = ZIP 2007, 1552, 1557 – „Trihotel“, jedoch ohne Einbeziehung der Fälle der Existenzgefährdung.

<sup>81</sup> BGHZ 173, 246, 258 f. = ZIP 2007, 1552, 1557 – „Trihotel“.

[Hinweis: Eine solche Differenzierung nach Gläubigergruppen ist bei einem Innenhaftungsmodell generell nicht möglich, was einmal mehr dessen Schwäche zeigt.]

Die Abstufung nach der Schutzwürdigkeit lässt sich juristisch bei einem Anspruch aus § 826 BGB damit begründen, dass sittenwidriges Handeln vor allem dann angenommen werden kann, wenn die eigene Machtposition und die Schwäche des Vertragspartners ausgenutzt werden. Daran fehlt es, wenn sich der Gläubiger – wie hier die B-Bank – anders hätte absichern können.

6. Folglich steht der B-Bank auch kein Anspruch wegen Existenzgefährdung zu.

III. Im Ergebnis kann daher die B-Bank von der V-AG keine Zahlung der 100.000 € verlangen (a.A. vertretbar).

### **B. Ansprüche von J gegen die V-AG**

I. Möglicherweise hat die J einen Anspruch gegen die die V-AG auf den noch ausstehenden Lohn i.H.v. 6.000 € nach **§ 611 I BGB i.V.m. § 128 HGB analog**. Die Voraussetzungen einer materiellen Unterkapitalisierung liegen vor (siehe oben). Fraglich ist nur, ob die J – abweichend zur B-Bank – auch schutzwürdig ist. Anders als eine Bank hatte J als Freiberuflerin nur eine schwache Verhandlungsposition, weshalb sie wohl nicht die Bestellung von Sicherheiten hätte durchsetzen können. Anders als bei Waren, die gewöhnlich unter Eigentumsvorbehalt geliefert werden, ist bei Dienstleistungen auch keine Sicherung an dem erbrachten Produkt möglich. Schließlich hatte J auch nicht die Möglichkeit, in so weitem Umfang wie die Bank die Geschäftsunterlagen der T-GmbH einzusehen und die Risiken einer Insolvenz damit abzuschätzen. Die J ist daher schutzwürdig. Folglich ist eine teleologische Reduktion des § 13 II GmbHG angezeigt; die Voraussetzungen einer Durchgriffshaftung liegen somit vor.

II. Folgt man nicht dem hier favorisierten Durchgriffsmodell, kann ein Anspruch aus **§ 826 BGB** abgeleitet werden.

III. Die J kann somit die 6.000 € von der V-AG verlangen.

### **C. Ansprüche von M gegen die V-AG**

I. M kann von der V-AG den Kaufpreis für die nicht bezahlten Waren nach **§ 433 II BGB i.V.m. § 128 HGB analog** verlangen, wenn er – wie J – schutzwürdig ist. Vergleichbar sind die schwachen Verhandlungspositionen. M hätte sich aber – anders als J – durch einen Eigentumsvorbehalt und eine Verarbeitungsklausel<sup>83</sup> kostengünstig und umfassend absichern können. Bei einem Kaufpreis von 1.000 € kann man es auch nicht als untunlich ansehen, solche Sicherheiten zu verabreden. M ist deshalb nicht schutzwürdig, weshalb er keinen Anspruch aus § 433 II BGB i.V.m. § 128 HGB analog hat.

II. Mangels Schutzwürdigkeit besteht auch kein Anspruch aus **§ 826 BGB**.

---

<sup>82</sup> Scholz/Bitter (Fn. 65), § 13 Rn. 159; Bitter, ZInsO 2018, 625, 627 f. m.w.N.

<sup>83</sup> Siehe zu diesen Arten der Kreditsicherheit die Vorlesung „Kreditsicherungsrecht“.

#### **D. Ansprüche von S gegen die V-AG**

**I.** Da S als Dienstleister – wie J – keine Möglichkeit hat, an dem Produkt selbst Sicherheiten zu bestellen und auch nicht ersichtlich ist, dass er die Bestellung von anderen Sicherheiten hätte verlangen können, wird man bei ihm die Schutzwürdigkeit und damit einen Anspruch aus **§ 631 I BGB i.V.m. § 128 HGB analog** bejahen können.

**II.** Alternativ lässt sich der Anspruch aus § 826 BGB herleiten.