

WESTFÄLISCHE HOCHSCHULE

FACHBEREICH WIRTSCHAFTSRECHT, RECKLINGHAUSEN

Bachelorarbeit

Die Handelndenhaftung in der Vor-GmbH im Falle der Insolvenz

eingereicht von

Matthias Baum
Matrikel-Nr.: 201121596

Weserstr. 9
28832 Achim
Deutschland

im Studiengang Wirtschaftsrecht
zur Erlangung des akademischen Grades

Bachelor of Laws (LL.B.)

Erstkorrektor: Prof. Achim Albrecht
Zweitkorrektor: Dr. Chorusch Taheri

Abgabetermin: 11.02.2015

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	V
A. Einleitung	1
B. Die Handelndenhaftung in der Vor-GmbH	2
I. Anwendungsbereich des § 11 GmbHG.....	2
1. Erläuterung der Gründungsstadien	2
2. Entstehen und Konsequenzen der unechten Vor-GmbH	3
3. Ursprung der Handelndenhaftung	4
4. Eigenschaften und Fortbestehen der Handelndenhaftung	4
5. Besonderheiten der Einpersonen-Gründung	5
II. Wortlautauslegung	6
1. Untersuchung des Handelndebegriffs	6
2. Eingrenzung des zeitlichen Haftungsrahmens	7
3. Merkmal der solidarischen Haftung	8
4. Bedeutung im Namen der Gesellschaft	8
III. Systematische Auslegung.....	9
IV. Historische Auslegung.....	9
1. Strafcharakter der Handelndenhaftung	9
2. Konsequenzen des gesetzgeberischen Entschlusses zur Untätigkeit.....	10
3. Grundsatzurteil zur Gründerhaftung	11
4. Anwendbarkeit der Falsus-procurator-Haftung.....	12
V. Teleologische Auslegung.....	12
1. Sinnhaftigkeit des Vorbelastungsverbots	12
2. Erlöschen der Handelndenhaftung	13
3. Anzweiflung der Sinnhaftigkeit der Handelndenhaftung	13
C. Die Haftungsvermeidung	14
I. Grundsätzliches	14
II. Analoge Handelndenhaftung im europarechtlichen Kontext	14
D. Die Konstellation der Haftung in der Insolvenz	16
I. Insolvenzgründe und -verfahren	16
1. Ablehnung mangels Masse	16
2. Funktionen des Liquidators	16
3. Das Regelinsolvenzverfahren.....	17

4. Aufgaben des Insolvenzverwalters	17
5. Möglichkeiten im Insolvenzplanverfahren.....	18
6. Eigenverwaltung, Schutzschirmverfahren und Sachwalter.....	18
7. Einordnung der Vor-GmbH in die Insolvenz	19
E. Der Tatbestand der Insolvenzverschleppung für juristische Personen.....	20
I. Zivilrechtliche Auseinandersetzung.....	20
1. Geltungsbereich des § 15a InsO	20
2. Geschützter Personenkreis	21
3. Verpflichtungen und Fristen zur Antragstellung.....	22
4. Rechtswidrigkeit	23
5. Verschulden	23
6. Inhalt und Form des Insolvenzantrags	24
7. Zustand der Führungslosigkeit	24
8. Objektiver Tatbestand	25
9. Subjektiver Tatbestand	25
10. Beweislast.....	26
11. Quotenschaden und Stellung der Neu- und Altgläubiger	26
12. Einordnung von § 15a InsO als Schutzgesetz	27
13. Idee der ausschließlichen Außenhaftung.....	27
14. Verjährung	28
II. Strafrechtliche Aspekte des § 15a InsO.....	29
1. Objektiver Tatbestand	29
2. Subjektiver Tatbestand	30
3. Täterkreis.....	30
F. Die faktische Geschäftsführerhaftung gem. § 64 GmbHG	32
I. Grundsätzliches	32
1. Zahlungsbegriff.....	33
2. Faktischer Geschäftsführer	34
3. Rechtsfolge des § 64 GmbHG.....	38
4. Exkulpation des faktischen Geschäftsführers	38
II. Haftung aus § 25 HGB.....	39
III. Prozessuales	39
G. Fazit.....	41

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	43
Eidesstattliche Versicherung	47

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Auffassung
a.F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
bspw.	beispielsweise
bzgl.	bezüglich
c.i.c.	culpa in contrahendo
CISG	United Nations Convention on Contracts of the International Sale of Goods, UN-Kaufrecht
Co.	Compagnie
d.h.	das heißt
EG	Europäische Gemeinschaft
EulnsVO	Europäische Insolvenzverordnung
EWiV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
f.	folgend
ff.	folgende
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung

GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
i.d.R.	in der Regel
i.G.	in Gründung
i.L.	in Liquidation
i.S.d.	im Sinne der/des
i.V.m.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
Ltd.	private limited company
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
not.	notariell
oHG	offene Handelsgesellschaft
Rn.	Randnummer
sog.	sogenannte
StGB	Strafgesetzbuch
u.a.	unter anderem
u.ä.	und ähnliche
UmwG	Umwandlungsgesetz
UN	United Nations, Vereinte Nationen
vgl.	vergleiche
VVaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
z.B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung

A. Einleitung

Der Standpunkt der h.M. ist überholt.¹

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

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

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

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

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

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

B. Die Handelndenhaftung in der Vor-GmbH

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

I. Anwendungsbereich des § 11 GmbHG

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

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

1. Erläuterung der Gründungsstadien

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

Anknüpfend an die Identitätslehre argumentiert *K. Schmidt*, die Vorgesellschaft sei mit der später eingetragenen GmbH identisch.⁸ Man müsse die Identitätstheorie verallgemeinern. Mit dieser Lehre können

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

⁴ *Weiland*, Die Vorgesellschaft der GmbH und der AG – mit Hinweisen zur Limited, Rn. 0337 ff.

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

⁶ *Tiefel*, Die Gründerhaftung in der Vor-GmbH, S. 78 ff.

⁷ *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 11 Rn. 26.

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

viele unnötig komplizierte Fragen gelöst werden.⁹ *Ulmer* lehnt diese Argumentation mit dem Verweis auf die h.M. ab. Wesentliche Vorschriften des GmbH-Rechts, insb. die Kapitalsicherungsvorschriften aus §§ 30 f. GmbHG, seien unvereinbar mit der Identität von Vor-GmbH und GmbH.¹⁰

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

Die Vor-GmbH ändere lediglich ihren Status, sie ist bereits eine juristische Person in Gründung; einer besonderen Rechts- und Schuldübernahme bedarf es daher nicht.¹² Somit ist festzustellen, dass die Vor-GmbH als notwendiges Stadium zur Errichtung der GmbH weitgehend als gleich mit der späteren GmbH zu sehen ist, jedoch sind Spezialvorschriften zu beachten. Keine Gesellschaft *sui generis* ist vorhanden, wenn eine sog. unechte Vorgesellschaft bzw. Vor-GmbH existiert.

2. Entstehen und Konsequenzen der unechten Vor-GmbH

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

⁹ Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 11 Rn. 31.

¹⁰ Ulmer/Ulmer, GmbHG, § 11 Rn. 12.

¹¹ Steinberg, Rechtszuordnung und Gründerhaftung in der Vor-GmbH, S. 133 ff.

¹² Steinberg, S. 134 ff.

¹³ Klein, Der Rückgriffsanspruch der Handelnden gegen die Gründer einer Vor-GmbH, S.1 ff.

Punkt eine neue Rechtsform, auf jeden Fall kann eine Vor-GmbH hier nicht weiter bestehen.¹⁴

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

3. Ursprung der Handelndenhaftung

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

4. Eigenschaften und Fortbestehen der Handelndenhaftung

Die Handelndenhaftung ist unbeschränkt, nicht auf die Stammkapitalziffer beschränkt oder sonst begrenzt. Bei der Haftung handelt es sich um eine akzessorische, wonach Gläubiger die Handelnden direkt in Anspruch nehmen können.²⁰ Sie kann nur ausnahmsweise über das Stadium der Vor-GmbH fortbestehen, wenn und soweit die später eingetragene GmbH aus dem zugrundeliegenden Rechtsgeschäft wegen fehlender oder überschrittener Vertretungsmacht des Handelnden nicht wirksam verpflichtet wurde.²¹ Nach der h.M. greift die Handelndenhaftung noch nicht im Vorgründungsstadium der Gesellschaft, da durch die unbeschränkte

¹⁴ Murawo, Die unechte Vorgesellschaft im GmbH- und Aktienrecht, S. 38 ff.

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

¹⁶ Eller, Liquidation der GmbH, Rn. 26 f.

¹⁷ Ulmer/Ulmer, GmbHG, § 11 Rn. 26.

¹⁸ Grottko, Die Vorgründungsgesellschaft der GmbH, S. 137 ff.

¹⁹ Ulmer/Ulmer, GmbHG, § 11 Rn. 1.

²⁰ Steinberg, S. 300 f.

²¹ Steinberg, S. 303.

gesamtschuldnerische Haftung im Vorgründungsstadium kein Bedarf zur Anwendung der Handelndenhaftung besteht.²²

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

5. Besonderheiten der Einpersonen-Gründung

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

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

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

²³ *Klein*, S. 42 ff.

²⁴ *Ulmer/Ulmer*, GmbHG, § 11 Rn. 17.

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

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

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

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

²⁹ *Ulmer/Ulmer*, GmbHG, § 11 Rn. 21.

GmbH bestehe jedoch mit dem Hinweis auf die (Nachlass)-Insolvenz oder der Testamentsvollstreckung aus einem Sondervermögen.³⁰

Michalski und *Funke* bejahen zumindest eine Teilrechtsfähigkeit. Die von der h.M. vertretene Konstruktion des Sondervermögens des Gründers löse konstruktionsbedingte Folgeprobleme aus. Man müsse von einem Rechtsgebilde eigener Art sprechen.³¹

Außer Streit steht die Bejahung der Handelndenhaftung des aktiven Geschäftsführers der Einmann-Vor-GmbH.³²

II. Wortlautauslegung

1. Untersuchung des Handelndenbegriffs

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

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

Umstritten ist die Haftung aus nichtvertraglichen Ansprüchen, welche im Einzelnen zu untersuchen sind. Die Haftung gem. §§ 812 ff. BGB kann nur bei entsprechendem Schutzbedürfnis bejaht werden, insb. Rückabwicklungsansprüche sind hier zu betrachten. Diese Haftung ist im Gegensatz zur Nichtleistungskondiktion (§ 812 I 1 Alt. 2 BGB), bei

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

³¹ Michalski/*Funke*, GmbHG, § 11 Rn. 74 f.

³² Ulmer/*Habersack*, GmbHG, § 11 Rn. 23a; Scholz/*K. Schmidt*, GmbHG § 11 Rn. 176.

³³ Klein, S. 33 ff.

³⁴ Klein, S. 34 ff.

³⁵ Steinberg, S. 291 ff.

der Leistungskondiktion (§ 812 I 1 Alt. 1 BGB) einschlägig, da nur hier ein rechtsgeschäftlicher Kontakt stattgefunden hat und somit ein schutzwürdiges Interesse besteht.³⁶

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

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

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

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

2. Eingrenzung des zeitlichen Haftungsrahmens

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

Besonders problematisch waren – vor allem im letzten Jahrhundert hinsichtlich der Publizität der Gesellschaft – Unsicherheiten, die dadurch entstanden sind, dass zwischen der Eintragung und der Mitteilung des Registergerichts *geraume Zeit* vergehen konnte.⁴² Exemplarisch haben die Eintragungsverfahren der Registergerichte in Schleswig-Holstein in den vierziger bis sechziger Jahren in einem Fünftel der Fälle mehr als ein halbes Jahr gedauert.⁴³ Neben den dogmatischen Schwächen dieser Gesetzeslage gab es vor allem auch die praktischen Probleme. Bei Sachgründungen kam und kommt es

³⁶ Klein, S. 35 ff.

³⁷ Klein, S. 35 ff.

³⁸ Klein, S. 35 ff.

³⁹ Klein, S. 35 ff.

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

⁴¹ Grottko, S. 138 f.

⁴² Tiefel, S. 23 ff.

⁴³ Klein, S. 2 f.

noch immer regelmäßig zu der Überbewertung der Sacheinlagen. Insb. eine solche Beanstandung führt zu einer Eintragungsverzögerung, welche das zeitliche Ausmaß der Handelndenhaftung deutlich macht.⁴⁴ Festzustellen ist grundsätzlich, dass Bargründungen wesentlich zügiger vollzogen werden als Sachgründungen.⁴⁵

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

3. Merkmal der solidarischen Haftung

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

4. Bedeutung im Namen der Gesellschaft

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

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

⁴⁴ Klein, S. 3 f.

⁴⁵ Ulmer/Ulmer, GmbHG, § 11 Rn. 15 f.

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

⁴⁷ Steinberg, S. 296 ff.

III. Systematische Auslegung

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

Die restriktive Auslegung des § 11 II GmbHG und damit die Nichtanwendbarkeit der Vorschrift für Rechtsverhältnisse des Vorgründungsstadiums begründet sich mit dem Vorrang der allgemeinen Grundsätze für die Haftung von Gesellschaft und Gesellschaftern. Ihrer Rechtsnatur nach ist die Vorgründungsgesellschaft eine GbR. In ihrem rechtsdogmatischen Verständnis gilt für beide Gesellschaften das Gesamthandsprinzip, womit auch die Haftungsverhältnisse auf dieser Grundlage beruhen. Die Handelndenhaftung begegnet damit in dem Zeitraum vor Abschluss des not. beurkundeten Gesellschaftsvertrags systematischen Bedenken und ist somit über diese Auslegung nicht anwendbar.⁴⁸ Auch über die Systematik lässt sich ermitteln, dass die Handelndenhaftung erst mit Abschluss des not. beurkundeten Gesellschaftsvertrages beginnt.

IV. Historische Auslegung

1. Strafcharakter der Handelndenhaftung

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

⁴⁸ Grottko, S. 144.

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

⁵⁰ Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 11 Rn. 182.

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

2. Konsequenzen des gesetzgeberischen Entschlusses zur Untätigkeit

Zu diesem Zeitpunkt gab es bereits eine lang anhaltende Kritik des Schrifttums an der damaligen Rechtslage.⁵² Darüber hinaus wurde die Ablehnung einer gesetzlichen Neuregelung mit *andere(n) wichtige(n) Vorhaben*⁵³ des Bundestags begründet. Der Gesetzentwurf sah seinerzeit folgende Regelungen vor:

§ 22 Handeln im Namen der Gesellschaft vor der Eintragung

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

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

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

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

Durch die Verabschiedung dieses Entwurfs hätte der Gesetzgeber die Rechtsprechungsentwicklung bis hin zu einer restriktiven Auslegung der Handelndenhaftung unmöglich gemacht, da solch konkrete Bestimmungen die Auslegung deutlich eingeschränkt hätten. Es wären dauerhaft Vorgesellschaften durch dieses persönliche Haftungsrisiko i.V.m. der Gründungsdauer vom Geschäftswesen abgehalten gewesen. Durch die Entwicklung der Rechtsprechung ist ein Tätigwerden in

⁵¹ Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 11 Rn. 182.

⁵² Tiefel, S. 24 f.

⁵³ BT-Drucksache 8/1347, S. 27.

⁵⁴ BT-Drucksache 7/253, S. 8 f.

deutlich haftungsverringertem Rahmen möglich. Insb. erscheint der jetzige Umfang passender, da der Handelnde, obwohl er im Auftrag der Gründer und mit Festlegung im Gesellschaftsvertrag tätig wird, laut Entwurf privat haftbar gemacht wird. Dieses Ausmaß steht allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen entgegen und ist somit abzulehnen. Eine mögliche Rechtfertigung zugunsten des Gläubigerschutzes wird abgelehnt, da die Gründer bereits ein Haftungskapital zur Verfügung stellen, es ist nur noch nicht im Handelsregister publiziert.

3. Grundsatzurteil zur Gründerhaftung

1997 hat der BGH ein Grundsatzurteil zur Gründerhaftung gefällt.⁵⁵ Die Verlustdeckungshaftung sieht vor, dass die Gesellschafter für die Differenz zwischen Einlagebetrag und tatsächlich zur Zeit der Eintragung vorhandenem Kapital aufkommen. Es handelt sich jedoch nach der h.M. um eine reine Innenhaftung,⁵⁶ die Gegenansicht argumentiert für eine unbeschränkte Außenhaftung der Gesellschafter.⁵⁷ Eine unbeschränkte Außenhaftung der Gesellschafter komme nur bei der unechten Vor-GmbH in Betracht.⁵⁸ Die Literatur plädiert teilweise für eine akzessorische Haftung nach § 128 HGB analog, da eine unnötige Kompliziertheit der Durchsetzung der Gläubigeransprüche so vermieden werden könne.⁵⁹ Roth vertritt die Auffassung, dass sich Außen- und Innenhaftung nicht automatisch gegenseitig ausschließen, spricht sich demnach gegen das Urteil des BGH aus.⁶⁰

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

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

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

⁵⁷ *Tiefel*, S. 27; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 11 Rn. 82.

⁵⁸ *Weiland*, Rn. 0543 ff.

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

⁶⁰ *Roth* in Roth/Altmeyen, GmbHG, § 11 Rn. 55 f.

⁶¹ *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 11 Rn. 5.

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

4. Anwendbarkeit der Falsus-procurator-Haftung

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

V. Teleologische Auslegung

1. Sinnhaftigkeit des Vorbelastungsverbots

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

Der Argumentation der Druckfunktion ist jedoch nicht zu folgen. Der Druck ist als Nebeneffekt einzustufen und damit erfüllt die Norm nicht den Zweck, die Handelnden Druck auf die Gesellschafter ausüben zu lassen. In der Literatur herrschen Bedenken an der Geeignetheit dieses Mittels, da die Gründer nach der h.L. gar nicht als Handelnde zu qualifizieren seien. Dies laufe dem Normzweck zuwider.⁶⁹ Sinnvoller sei es, ausschließlich die Gründer in die Haftung zu nehmen, da diese das Haftungskapital zur Verfügung zu stellen haben.⁷⁰

⁶³ Steinberg, S. 269 ff.

⁶⁴ Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 11, Rn. 21.

⁶⁵ Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 11 Rn. 10.

⁶⁶ Tiefel, S. 25.

⁶⁷ Steinberg, S. 266 ff.

⁶⁸ Steinberg, S. 273.

⁶⁹ Klein, S. 19 ff.

⁷⁰ Klein, S. 23.

2. Erlöschen der Handelndenhaftung

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

3. Anzweiflung der Sinnhaftigkeit der Handelndenhaftung

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

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

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

⁷² *Grottke*, S. 142 ff.

⁷³ *Klein*, S. 17 ff.

⁷⁴ *Klein*, S. 19.

⁷⁵ *Steinberg*, S. 277 ff.

C. Die Haftungsvermeidung

I. Grundsätzliches

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

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

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

II. Analoge Handelndenhaftung im europarechtlichen Kontext

Der BGH hat sich 2005 mit einer möglichen analogen Handelndenhaftung auseinandergesetzt.⁷⁹ Hierbei agierte eine englische *private limited company* mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland. Das Insolvenzverfahren wurde mangels Masse bereits abgelehnt. Der Gläubiger nimmt den Gesellschafter-Geschäftsführer als persönlich Handelnden gem. § 11 II GmbHG analog in Anspruch, da die Ltd. ihren ausschließlichen Verwaltungssitz in Deutschland hat. Eine

⁷⁶ *Tiefel*, S. 145.

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

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

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

Handelsregisteranmeldung erfolgte nicht. Grundsätzlich gelte innerhalb der EU die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49 AEUV (ex Art. 43 EG). Aus dieser ergebe sich, dass Rechts- und Parteifähigkeit einer Gesellschaft in einem anderen Mitgliedsland der EU nicht abgesprochen werden dürften.⁸⁰ Ausnahmen gebe es bei zwingenden Gründen des Gemeinwohls. Die ersten beiden Instanzen bejahten diese Ausnahmen, da der Gläubigerschutz überwiege und aufgrund fehlender Eintragung in das Handelsregister eine persönliche Haftung des Handelnden angebracht wäre. Außerdem wurde eine missbräuchliche Ausnutzung anderer Rechtssysteme festgestellt.

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

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

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

D. Die Konstellation der Haftung in der Insolvenz

I. Insolvenzgründe und -verfahren

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

1. Ablehnung mangels Masse

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

2. Funktionen des Liquidators

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

⁸² Holzborn/v. Vietinghoff, Haftung und Insolvenz in der GmbH, Rn. 36 ff.

⁸³ Eller, Rn. 16 ff.

⁸⁴ Eller, Rn. 70.

⁸⁵ Eller, Rn. 136.

⁸⁶ Eller, Rn. 72 ff.

Liquidator hat dafür zu sorgen, dass die Firma fortan den Zusatz *i.L.* trägt.⁸⁷

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

3. Das Regelinsolvenzverfahren

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

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

4. Aufgaben des Insolvenzverwalters

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

⁸⁷ *Eller*, Rn. 94.

⁸⁸ *Eller*, Rn. 81.

⁸⁹ *Eller*, Rn. 84 ff.

⁹⁰ *Holzborn/v. Vietinghoff*, Rn. 10 ff.

⁹¹ *Holzborn/v. Vietinghoff*, Rn. 6 ff.

⁹² *Holzborn/v. Vietinghoff*, Rn. 6 ff.

einzustellen und zu zerschlagen, fortzuführen, zu veräußern oder das Verfahren mit einem Insolvenzplan zu beenden.⁹³

5. Möglichkeiten im Insolvenzplanverfahren

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

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

Der Liquidationsplan sieht die Auflösung des Unternehmens vor, die vorübergehende Fortführung ist jedoch möglich.⁹⁵

Durch den Sanierungsplan wird die Fortführung des Unternehmens unter Beibehaltung des alten Unternehmensträgers bezweckt. Regelmäßig werden Regelungen zum Erlass oder zur Stundung der Altverbindlichkeiten getroffen.⁹⁶

Mit dem Übertragungsplan wird die Übernahme eines Dritten beabsichtigt. Es ist außerdem möglich, weitere Mischformen zu planen.⁹⁷

6. Eigenverwaltung, Schutzschirmverfahren und Sachwalter

Auf Antrag besteht die Möglichkeit, die Unternehmenssanierung in Eigenverwaltung unter einem Schutzschirm durchzuführen, vgl. 270 ff. InsO. Der wesentliche Unterschied zu dem bereits genannten Verfahren besteht darin, dass die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis bei der Schuldnerin verbleibt. Voraussetzung ist selbstverständlich, dass die angestrebten Sanierungsmaßnahmen nicht offensichtlich aussichtslos sind. Hier wird ein Sachwalter zur Seite

⁹³ Holzborn/v. Vietinghoff, Rn. 1 ff.

⁹⁴ Holzborn/v. Vietinghoff, Rn. 13 ff.

⁹⁵ Holzborn/v. Vietinghoff, Rn. 13 ff.

⁹⁶ Holzborn/v. Vietinghoff, Rn. 13 ff.

⁹⁷ Holzborn/v. Vietinghoff, Rn. 13 ff.

gestellt (§ 270c InsO), welcher gem. § 274 II InsO die wirtschaftliche Lage zu prüfen und die Geschäftsführung zu überwachen hat.⁹⁸

7. Einordnung der Vor-GmbH in die Insolvenz

Grundsätzlich wird eine Vor-GmbH im Falle der Insolvenz wie eine GmbH behandelt, die Verfahrenseröffnung richtet sich nach § 11 I InsO.⁹⁹ Im Rahmen der unbeschränkten Innenhaftung der Gesellschafter (Verlustdeckungshaftung) werden Schadensersatzansprüche gem. § 80 InsO vom Insolvenzverwalter geltend gemacht.¹⁰⁰ Festzustellen ist nach diesem Haftungsmodell, dass eine Überschuldung aus bilanzieller Sicht ausgeschlossen ist, da sich die Forderungen auf der Aktivseite gegenüber den solventen Gesellschaftern durch die Nachschussverpflichtung automatisch erhöhen würden, wenn die Verbindlichkeiten in den Passiva steigen.¹⁰¹ Eine Vermögenslosigkeit ist folglich bei solventen Gesellschaftern ausgeschlossen.¹⁰² Die Illiquidität ist damit der i.d.R. anzunehmende Insolvenzgrund.

⁹⁸ *Holzborn/v. Vietinghoff*, Rn. 23 ff.

⁹⁹ *Geißler*, Fragen zum Insolvenzverfahren in der Vor-GmbH, DZWIR 2009 Heft 2, S. 52 ff.

¹⁰⁰ *Schult*, Solvenzschutz der GmbH durch Existenzvernichtungs- und Insolvenzverursachungshaftung, S. 89 ff.

¹⁰¹ *Tiefel*, S. 142.

¹⁰² *Roth* in *Roth/Altmeyen*, GmbHG, § 11 Rn 56.

E. Der Tatbestand der Insolvenzverschleppung für juristische Personen

I. Zivilrechtliche Auseinandersetzung

§ 15a InsO wurde im Rahmen des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) in die Insolvenzordnung im Jahr 2008 eingefügt. Der Regelungsgehalt fand sich vorher im Wesentlichen in den jeweiligen Gesetzen der unterschiedlichen Gesellschaftsformen wieder.¹⁰³ Ziel des MoMiG war eine rechtsformneutrale Regelung, damit auch eine Anwendung auf Gesellschaften nach nicht deutschem Recht mit Sitz in Deutschland möglich ist.¹⁰⁴ Grundlage der Norm ist § 43 GmbHG, welcher den Geschäftsführer einer GmbH dazu verpflichtet, die wirtschaftliche Lage des Unternehmens als ordentlicher Kaufmann laufend zu beobachten und dabei insb. die Vermögensverhältnisse im Blick zu haben.¹⁰⁵ Grundsätzliches Ziel dieser Norm ist die rechtzeitige Einleitung des Insolvenzverfahrens,¹⁰⁶ während der Schutzbereich neben dem Allgemeininteresse insb. den Gläubigern dient.¹⁰⁷

1. Geltungsbereich des § 15a InsO

Der Geltungsbereich umfasst neben der GmbH die aufgelöste GmbH, die Vor-GmbH, wenn sie nicht in eine oHG oder GbR umgewandelt wurde, die AG, KGaA, Genossenschaft, UG, KG & Co. KG, GmbH & Co. KG, Stiftung & Co. KG, den VVaG, die atypische GbR (ohne natürliche Person) u.ä.¹⁰⁸

In mehrstöckigen Gesellschaftskonstruktionen, den sog. Schachtelkonstruktionen,¹⁰⁹ entfällt die Antragspflicht nur, wenn eine natürliche Person unbeschränkt in der Haftung steht.¹¹⁰ Außerdem gilt die Norm für die spezialgesetzlich geregelten Insolvenzantragsverpflichteten, wie den nicht rechtsfähigen Verein¹¹¹, die insolvenzfähigen Körperschaften des öffentlichen Rechts, die

¹⁰³ MünchKommInsO, *Klöhn*, § 15a Rn. 2.

¹⁰⁴ MünchKommInsO, *Klöhn*, § 15a Rn. 3.

¹⁰⁵ *Hess*, InsO, § 15a Rn. 2.

¹⁰⁶ MünchKommInsO, *Klöhn*, § 15a Rn. 7.

¹⁰⁷ MünchKommInsO, *Klöhn*, § 15a Rn. 8 f.

¹⁰⁸ *Hess*, InsO, § 15a Rn 7; *Braun/Bußhardt*, InsO, §15a Rn. 8.

¹⁰⁹ *Kreft/Kleindiek*, InsO, § 15a Rn. 4.

¹¹⁰ *Kreft/Kleindiek*, InsO, § 15a Rn. 3.

¹¹¹ MünchKommInsO, *Klöhn*, § 15a Rn. 33.

E. Der Tatbestand der Insolvenzverschleppung für juristische Personen

fortgesetzte Gütergemeinschaft, die Erben, den Nachlassverwalter, die EWiV, die europäischen Gesellschaften und diverse ausländischen Gesellschaften mit Niederlassung in Deutschland.¹¹² Außerdem sind Spezialvorschriften im Gesetz über das Kreditwesen bei der Aufsicht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht unterliegenden Institute der Kredit-/Finanzdienstleistungen, der Bausparkassen und Versicherungsunternehmen zu beachten.¹¹³

Umstritten ist, in welchen Fällen ausländischer Gesellschaften die Norm und insb. auch deren strafrechtliche Sanktionierung einschlägig ist. *Mitter* zweifelt an diesem Punkt die Tatbestandsbestimmtheit an.¹¹⁴ Nach der Auffassung von *Linker* ist bei ausländischen Gesellschaften der tatsächliche Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen in Deutschland zwingend Voraussetzung für die Insolvenzantragspflicht.¹¹⁵ Es müssen demnach deutsche Gerichte international für die Insolvenzeröffnung zuständig sein, vgl. Art. 3 f. EuInsVO.¹¹⁶ Im Umkehrschluss ist zu berücksichtigen, dass auf deutsche Gesellschaften, die ihren Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen im Ausland haben, § 15a InsO nicht anwendbar ist.¹¹⁷

Klöhns Ansicht setzt nicht beim Insolvenzrecht, sondern beim Deliktsrecht an, was zur Folge hätte, dass das Recht einschlägig ist, in dem der Schaden entstanden ist. Der BGH hat sich zur Qualifikation des Deliktsrechts bisher nicht geäußert.¹¹⁸

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

2. Geschützter Personenkreis

Geschützt werden soll durch die Norm der Kreis der Neu- und Altgläubiger. Ausgenommen sind jene Gläubiger, die nach Eröffnung des Verfahrens erst eine Rechtsbeziehung eingegangen sind.¹¹⁹

¹¹² *Hess*, InsO, § 15a Rn. 8 ff.

¹¹³ *Graf-Schlicker/Bremen*, InsO, § 15a Rn. 4.

¹¹⁴ *Mitter* in *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, InsO, § 15a Rn. 9.

¹¹⁵ *HambKommInsO*, *Linker*, § 15a Rn. 4.

¹¹⁶ *Braun/Bußhardt*, InsO, § 15a Rn. 10.

¹¹⁷ *Braun/Bußhardt*, InsO, § 15a Rn. 42.

¹¹⁸ *MünchKommInsO*, *Klöhn*, § 15a Rn. 51 ff.

¹¹⁹ *MünchKommGmbHG*, *H.F. Müller*, § 64 Rn. 179.

3. Verpflichtungen und Fristen zur Antragstellung

§ 15a I 1 InsO verpflichtet die Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Abwickler (Liquidatoren)¹²⁰ einer juristischen Person zur Insolvenzantragstellung ohne schuldhaftes Zögern, jedoch spätestens nach drei Wochen ab Eintritt des Insolvenzgrundes. Erfolgt kein Antrag, machen sich die Vertreter schadensersatzpflichtig, dies gilt sowohl bei einem vorsätzlichen, als auch bei einem fahrlässigen Unterlassen.

Keine Verpflichtung zur Antragstellung existiert bei drohender Zahlungsunfähigkeit gem. § 18 InsO.¹²¹ Die Dreiwochenfrist beginnt mit der Erkennbarkeit des Eintritts der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit.

Einige andere Auffassungen in der Literatur¹²² stellen auf das objektive Vorliegen des Insolvenzgrundes¹²³ oder auf positive Kenntnis des Verpflichteten zur Antragstellung ab.¹²⁴

Andere Ansichten lehnen sich an die ältere Rechtsprechung an und schlagen vor, dass die Frist mit dem objektiven Eintritt des Insolvenzgrundes *und* der positiven Kenntnis des Geschäftsführers beginne – es sei denn, er verschließt sich böswillig dieser Kenntnis. Das öffentliche Interesse ist jedoch darüber zu stellen.¹²⁵

Nach *Kleindiek* beginne die Frist, wenn eine pflichtgemäße Prüfung der objektiv erkennbaren Anzeichen zu dem Schluss führt, dass ein Insolvenzgrund vorliegt.¹²⁶

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

¹²⁰ Kreft/*Kleindiek*, InsO, § 15a Rn. 7.

¹²¹ HambKomInsO, *Linker*, § 15a Rn. 15.

¹²² Scholz/*K.Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 14.

¹²³ Braun/*Bußhardt*, InsO, § 15a Rn. 16.

¹²⁴ HambKomInsO, *Linker*, § 15a Rn. 16.

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

¹²⁶ Kreft/*Kleindiek*, InsO, § 15a Rn. 13.

4. Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit ist durch die Schutzgesetzverletzung indiziert, eine Rechtfertigung liegt außerhalb des Denkbaren, da selbst mit Zustimmung aller Altgläubiger eine Umgehung der Antragspflicht nicht möglich ist.¹²⁷

5. Verschulden

Gegen das objektive Vorliegen als Fristbeginn für den Insolvenzantrag spricht das Verschuldenselement, wenn die Erkennbarkeit nicht gegeben ist. Auf die positive Kenntnis abzustellen beschränkt außerordentlich den Gläubigerschutz und verkennt den Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen Geschäftsleiters. Beim Verschulden gilt die widerlegliche Vermutung zu Lasten des Geschäftsführers. Die Exkulpationspflicht kommt aus dem Rechtsgedanken der §§ 93 II 2 AktG, 130a III 2 HGB. Die Exkulpation ist nicht schon dadurch möglich, dass mit anderen Geschäftsführern eine Ressortaufteilung stattgefunden hat. Es gilt eine gegenseitige Beobachtungspflicht.¹²⁸ Allerdings werden die anderen Geschäftsführer durch Antragstellung irgendeines Geschäftsführers entlastet, solange der Antrag bis zur Verfahrenseröffnung nicht wieder zurückgenommen wird.¹²⁹

Zu beachten ist, dass es sich bei der Dreiwochenfrist um eine Höchstfrist handelt.¹³⁰ Es besteht seitens der Geschäftsführung keine Möglichkeit, die Sanierungsfrist durch Begründungen zu verlängern, der Antrag ist zwingend zu stellen.¹³¹ Man kann somit von einer starren Grenze von drei Wochen und einer beweglichen Grenze, die unverzüglich beginnt, sprechen.¹³² Sollten keine ernsthaften Sanierungsmaßnahmen in Betracht kommen, ist unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern, der Insolvenzantrag zu stellen.¹³³ Letztendlich kann aus der Haftungsperspektive der Antrag nur zu spät gestellt werden, die betriebswirtschaftlichen Interessen stehen oftmals subjektiv dagegen. Ein Insolvenzantrag bedeutet, wie bereits erläutert, nicht automatisch die Liquidation des Unternehmens.

¹²⁷ MünchKommInsO, *Klöhn*, § 15a Rn. 169.

¹²⁸ Ulmer/*Casper*, GmbHG, § 64 Rn. 141.

¹²⁹ Kreft/*Kleindiek*, InsO, § 15a Rn. 8.

¹³⁰ Kreft/*Kleindiek*, InsO, § 15a Rn. 12, 14.

¹³¹ Hess, InsO, § 15a Rn. 35 f.

¹³² MünchKommInsO, *Klöhn*, § 15a Rn. 121.

¹³³ HambKommInsO, *Linker*, § 15a Rn. 17.

6. Inhalt und Form des Insolvenzantrags

Für den Inhalt des Antrags gibt es in § 15a InsO keine ausdrücklichen Bestimmungen. In jedem Fall sollte der Eröffnungsgrund substantiiert dargelegt werden und es soll Fehlerfreiheit vorliegen. Darüber hinaus ist die Schriftform zu wahren.¹³⁴

7. Zustand der Führungslosigkeit

Bei Führungslosigkeit einer GmbH geht die Insolvenzantragspflicht auf die Gesellschafter über.¹³⁵ Hiermit wird dafür gesorgt, dass die Gesellschafter ihrer Pflicht zur Bestellung einer Geschäftsführung nachkommen oder alternativ die anfallenden Verpflichtungen selbst übernehmen.¹³⁶ Führungslosigkeit liegt vor, wenn die Gesellschaft keinen organschaftlichen Vertreter hat, vgl. §§ 10 II 2, 35 I 2 GmbHG.

Gründe hierfür können insb. Tod des Geschäftsführers, Amtsniederlegung, Verlust der Organfähigkeit oder Abberufung sein.¹³⁷ Eine Unerreichbarkeit des Geschäftsführers führt nicht zur Führungslosigkeit.¹³⁸ Das gleiche gilt für einen unfähigen oder unwilligen Strohmann-Geschäftsführer,¹³⁹ welcher als rein formeller Geschäftsführer dennoch in der Antragspflicht steht.¹⁴⁰ Um eine Führungslosigkeit handelt es sich nach den Ansichten von *Mitter* und *Kleindiek*¹⁴¹ auch nicht, wenn ein faktischer Geschäftsführer mit Einverständnis der Gesellschafter aktiv ist; die gleiche Auffassung vertritt *Hess*.¹⁴² Nach *Klöhn* sind bei einer faktischen Geschäftsführung sowohl der faktische Geschäftsführer, als auch die Gesellschafter in der Antragspflicht.¹⁴³

Mitter beschreibt eine Gegenansicht, die bei faktischer Geschäftsführung alleine die Gesellschafter in der Pflicht sieht.¹⁴⁴ Exkulpieren können sich Gesellschafter unter bestimmten Voraussetzungen: Eine Möglichkeit besteht bei Unkenntnis entweder über den Eintritt der Insolvenz *oder* über die Führungslosigkeit der

¹³⁴ Kretz/Kleindiek, InsO, § 15a Rn. 15.

¹³⁵ MünchKommInsO, *Klöhn*, § 15a Rn. 83.

¹³⁶ Braun/Bußhardt, InsO, § 15a Rn. 24.

¹³⁷ Hess, InsO, § 15a Rn. 28.

¹³⁸ Braun/Bußhardt, InsO, § 15a Rn. 23.

¹³⁹ Kretz/Kleindiek, InsO, § 15a Rn. 17.

¹⁴⁰ Hess, InsO, § 15a Rn. 23.

¹⁴¹ Kretz/Kleindiek, InsO, § 15a Rn. 10, 20.

¹⁴² Hess, InsO, § 15a Rn. 17.

¹⁴³ MünchKommInsO, *Klöhn*, § 15a Rn. 75.

¹⁴⁴ *Mitter* in Haarmeyer/Wutzke/Förster, InsO, § 15a Rn. 12.

E. Der Tatbestand der Insolvenzverschleppung für juristische Personen

Gesellschaft, vgl. § 15a III InsO.¹⁴⁵ Die Beweislast trägt hier der Antragsverpflichtete.¹⁴⁶

Eine vereinfachte Entschuldungsmöglichkeit besteht außerdem als Minderheitsgesellschafter, wenn der Anteil bei maximal 10 % liegt.¹⁴⁷ Dieses Kleinbeteiligungsprivileg ist jedoch nicht gesetzlich normiert.¹⁴⁸

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

8. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand setzt eine Verletzung der Insolvenzantragspflicht voraus. Diese scheidet bei nachhaltiger Sanierung des Unternehmens aus, wenn es zu keinem Forderungsausfall kommt.¹⁴⁹ Diese Antragspflicht wurde durch das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen zum Begriff des Eröffnungsantrags hin korrigiert, da eine fehlende Definition Probleme in der Rechtspraxis zur Folge hätte.¹⁵⁰

9. Subjektiver Tatbestand

Zur Erfüllung des subjektiven Tatbestands genügt *nach ganz überwiegender Auffassung* die einfache Fahrlässigkeit.¹⁵¹ Auf die positive Kenntnis des Insolvenzauslösetatbestands komme es nicht an, sondern auf die objektive Erkennbarkeit. Es ist der Sorgfaltsmaßstab des sorgfältigen Geschäftsleiters anzulegen.¹⁵²

¹⁴⁵ Krefz/Kleindiek, InsO, § 15a Rn. 21.

¹⁴⁶ Braun/Bußhardt, InsO, § 15a Rn. 25.

¹⁴⁷ Mitter in Haarmeyer/Wutzke/Förster, InsO, § 15a Rn. 13 f.; BT-Drucksache 16/6140, S. 55.

¹⁴⁸ Hess, InsO, § 15a Rn. 30.

¹⁴⁹ MünchKommGmbHG, H.F. Müller, § 64 Rn. 180.

¹⁵⁰ Mitter in Haarmeyer/Wutzke/Förster, InsO, § 15a Rn. 16.

¹⁵¹ MünchKommGmbHG, H.F. Müller, § 64 Rn. 181 f.

¹⁵² Ulmer/Casper, GmbHG, § 64 Rn. 120.

10. Beweislast

Eine differenziertere Betrachtung ist bei der Beweislast angebracht. Die objektiven Tatbestandsmerkmale, insb. die der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit, sind von den Anspruchstellern zu beweisen. Liegt eine bilanzielle Überschuldung vor, hat der Geschäftsführer zu begründen, warum eine Geschäftsfortführung gerechtfertigt war.¹⁵³ Hierzu wird regelmäßig zur Erstellung eines Gutachtens, welches der Exkulpation dient, durch einen Rechtsanwalt, Steuerberater oder ähnlich Sachkundigen angeraten. Außerdem hat der Geschädigte zu belegen, dass ein kausaler Schaden in Folge der Insolvenzverschleppung entstanden ist.¹⁵⁴

11. Quotenschaden und Stellung der Neu- und Altgläubiger

Die praktischen Probleme liegen darin, dass der Gläubiger den sog. Quotenschaden nicht feststellen kann, da ihm Daten fehlen. Hierzu ist jedoch der Insolvenzverwalter in der Lage, welchen eine Darlegungspflicht trifft.¹⁵⁵ Die Gläubiger sind nach der Differenzhypothese so zu stellen, als wäre der Insolvenzantrag pflichtgemäß gestellt worden.¹⁵⁶ Der Quotenschaden ist die Differenz aus tatsächlich erzielter Insolvenzquote und der Quote, die bei rechtzeitiger Verfahrenseinleitung erzielt worden wäre.¹⁵⁷ Bei der Berechnung ausgenommen sind Aussonderungs- und Absonderungsrechte. Dieser Anspruch gilt für alle Altgläubiger.¹⁵⁸

Neugläubiger bekommen seit der Grundsatzentscheidung BGHZ 126, 181 ff.¹⁵⁹ darüber hinaus den Vertrauensschaden erstattet, da ihnen ein negatives Interesse zugeschrieben wird.¹⁶⁰ Sie sollen so gestellt werden, als hätten sie mit einer zahlungsunfähigen oder überschuldeten Gesellschaft gar nicht kontrahiert.¹⁶¹ Somit ist auch ein entgangener Gewinn ersatzfähig, vgl. § 252 BGB,¹⁶² insb. wenn er auf einem Vertrag beruht, welcher durch den anderen Vertragsschluss nicht zustande gekommen ist.¹⁶³ Nach früherer Rechtsprechung des BGH wurde nicht zwischen Alt- und Neugläubigern unterschieden, was nur

¹⁵³ Ulmer/Casper, GmbHG, § 64 Rn. 139.

¹⁵⁴ MünchKommInsO, Klöhn, § 15a Rn. 174; Kreft/Kleindiek, InsO, § 15a Rn. 29.

¹⁵⁵ Ulmer/Casper, GmbHG, § 64 Rn. 140.

¹⁵⁶ MünchKommInsO, Klöhn, § 15a Rn. 181 ff, 206 ff.

¹⁵⁷ Hess, InsO, § 15a Rn. 79 ff.

¹⁵⁸ MünchKommGmbHG, H.F. Müller, § 64 Rn. 183.

¹⁵⁹ BGH, Urteil v. 06.06.1994, II ZR 292/91, BGHZ 126,181.

¹⁶⁰ Kreft/Kleindiek, InsO, § 15a Rn. 34.

¹⁶¹ MünchKommGmbHG, H.F. Müller, § 64 Rn. 184.

¹⁶² MünchKommInsO, Klöhn, § 15a Rn. 234.

¹⁶³ Hess, InsO, § 15a Rn. 82 ff.

E. Der Tatbestand der Insolvenzverschleppung für juristische Personen

eine sehr geringe Disziplinierungswirkung nach sich zog. Auch die neue Rechtsprechung stützt ihre Argumentation hierauf.¹⁶⁴

Grundsätzlich richtet sich die Abgrenzung nach Entstehen des Anspruchs. Bei Dauerschuldverhältnissen kann der Vertragspartner sowohl Alt-, als auch Neugläubiger sein. Relevant ist, ob die einzelne Forderung aus dem Stadium der Insolvenzverschleppung stammt oder nicht.¹⁶⁵

12. Einordnung von § 15a InsO als Schutzgesetz

§ 15a InsO wird von der h.M.¹⁶⁶ und der ständigen Rechtsprechung des BGH¹⁶⁷ als Schutzgesetz¹⁶⁸ i.S.d. § 823 II BGB qualifiziert.¹⁶⁹ Die Leitentscheidung des BGH¹⁷⁰ beruht auf § 64 I GmbHG a.F.

§ 15a InsO wird aber von der h.M. als Nachfolgevorschrift angesehen und dementsprechend nicht an der Aktualität der Rechtsprechung gezweifelt.¹⁷¹ Diese Begründung lehnt *Altmeyen* ab. *Die These, man müsse auf der Grundlage (...) des § 823 II BGB (...) (die) Insolvenzverschleppungshaftung machen, ist die Wurzel des Übels, welches darin besteht, dass sich ein schlüssiges Konzept einer Insolvenzverschleppungshaftung für Alt-, Neu-, Vertrags- und Deliktsgläubiger nicht etablieren konnte, zumal völlig unklar ist, was daneben die Haftung des Geschäftsführers (...) soll.*¹⁷²

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

13. Idee der ausschließlichen Außenhaftung

Freitag plädiert für eine ausschließliche Außenhaftung der Vertreter, um sowohl Alt- als auch Neugläubiger besser zu stellen. Die jetzige Haftungspraxis führe aus ökonomischen Gesichtspunkten zu einem Schadensersatzverzicht der Gläubiger. Wolle ein Altgläubiger gegen

¹⁶⁴ MünchKommInsO, *Klöhn*, § 15a Rn. 11.

¹⁶⁵ MünchKommGmbHG, *H.F. Müller*, § 64 Rn. 185.

¹⁶⁶ MünchKommGmbHG, *H.F. Müller*, § 64 Rn. 176 ff.

¹⁶⁷ BGH, Urteil v. 16.12.1958, VI ZR 245/57, BGHZ 29, 100.

¹⁶⁸ *Ulmer/Casper*, GmbHG, § 64 Rn. 118.

¹⁶⁹ MünchKommGmbHG, *H.F. Müller*, § 64 Rn. 176.

¹⁷⁰ BGH, Urteil v. 16.12.1958, VI ZR 245/57, BGHZ 29, 100.

¹⁷¹ MünchKommGmbHG, *H.F. Müller*, § 64 Rn. 177.

¹⁷² *Altmeyen* in *Roth/Altmeyen*, GmbHG, § 64 Rn. 33.

E. Der Tatbestand der Insolvenzverschleppung für juristische Personen

eine Organperson vorgehen, müsse er zunächst seinen ursprünglichen Leistungsanspruch gegen die Gesellschaft titulieren lassen, anschließend den Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen die Organperson pfänden und darauf folgend in einem zweiten streitigen Verfahren das gepfändete Recht durchsetzen. Eine Außenhaftung würde die Rechtsdurchsetzung erheblich vereinfachen.¹⁷³

Die Ansprüche über den Gesamtquotenschaden werden zunächst über den Insolvenzverwalter geltend gemacht, vgl. § 92 InsO.¹⁷⁴

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

14. Verjährung

Umstritten ist in der Literatur und Rechtsprechung zudem die Frage der Verjährung.¹⁷⁵ § 43 IV GmbHG sieht für die Geschäftsführerhaftung einen Verjährungszeitraum von fünf Jahren vor. Der BGH hat hingegen die allgemein geltenden Vorschriften mit folgender Begründung für anwendbar erklärt:¹⁷⁶

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

¹⁷³ *Freitag*, Insolvenzverschleppungshaftung als ausschließliche Außenhaftung, NZG 12/2014, 447.

¹⁷⁴ MünchKommInsO, *Klöhn*, § 15a Rn. 11.

¹⁷⁵ *Hess*, InsO, § 15a Rn. 70 ff.

¹⁷⁶ BGH, Urteil vom 15.03.2011, II ZR 204/09, NZG 2011, 624.

E. Der Tatbestand der Insolvenzverschleppung für juristische Personen

§ 43 Abs. 4 GmbHG (Haas (...) in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., § 64 Rn. 145 (...))

Für die analoge Anwendung des § 43 Abs. 4 GmbHG in Verbindung mit (...) § 64 Satz 4 GmbHG (...) fehlt es jedoch an einer planwidrigen Regelungslücke. Das Gesetz stellt für Ansprüche aus (...) § 195 BGB eine Verjährungsvorschrift bereit, deren Anwendung (...) den Intentionen des Gesetzgebers nicht erkennbar widerspricht.¹⁷⁷

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

II. Strafrechtliche Aspekte des § 15a InsO

1. Objektiver Tatbestand

Die strafrechtlichen Sanktionen für die Insolvenzantragspflichtverletzung sind in § 15a IV, V InsO geregelt. Es handelt sich bei dieser Vorschrift um ein Sonderdelikt, da nur ein bestimmter Personenkreis Täter sein kann.¹⁷⁸ Außerdem sanktioniert § 15a IV, V InsO nicht nur das *vollständige Unterlassen*¹⁷⁹ der Insolvenzantragsstellung, sondern auch die *nicht richtige* und *nicht rechtzeitige* Antragstellung.¹⁸⁰ Im Bereich der falschen Antragsstellung hat hiermit eine Ausweitung der Strafbarkeit gegenüber der vorigen Regelung stattgefunden.¹⁸¹ Gerade das Merkmal der *nicht richtigen* Antragstellung wird in der Literatur jedoch mit dem Verweis auf die Bestimmtheit des Tatbestandes teils sehr kritisch beurteilt.

Kleindiek spricht sich für eine restriktive Auslegung aus und nennt dabei exemplarisch für die Strafbarkeit Anträge, die vom Gericht als unzulässig zurückgewiesen werden.¹⁸² Eine Strafbarkeit scheidet aus, wenn die vom Gericht bemängelten Fehler behoben werden.¹⁸³

Ein weiteres Tatbestandsmerkmal ist das Bestehen der Antragspflicht. Diese entfällt nicht bereits durch einen Gläubigerantrag, sondern erst

¹⁷⁷ BGH, Urteil vom 15.03.2011, II ZR 204/09, NZG 2011, 624.

¹⁷⁸ MünchKommInsO, *Klöhn*, § 15a Rn. 323.

¹⁷⁹ *Kreft/Ransiek*, InsO, § 15a Rn. 41.

¹⁸⁰ *Braun/Bußhardt*, InsO, § 15a Rn. 29 f.

¹⁸¹ *Mitter* in Haarmeyer, Wutzke, Förster, InsO, § 15a Rn. 15.

¹⁸² *Kreft/Kleindiek*, InsO, § 15a Rn. 15.

¹⁸³ *Kreft/Ransiek*, InsO, § 15a Rn. 41.

E. Der Tatbestand der Insolvenzverschleppung für juristische Personen

mit Beseitigung des Insolvenzgrundes oder mit Entscheidung des Insolvenzgerichts über den Antrag. Hinsichtlich der Pflichtverletzung müssen sowohl der objektive, als auch der subjektive Tatbestand zeitlich zusammenfallen.¹⁸⁴ Ein Gläubiger könne sich hierbei nicht auf zurückliegende Gegebenheiten berufen.¹⁸⁵

2. Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand des § 15a V InsO erfordert keinen Vorsatz, sondern lediglich einfache Fahrlässigkeit zur Strafbarkeit.¹⁸⁶ Der Strafraum verringert sich ohne das Vorsatzelement auf Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe. Liegt hingegen Vorsatz vor, so erhöht sich die Strafe auf bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe, vgl. § 15a IV InsO.

Fahrlässigkeit ist bereits dann gegeben, wenn das Organ keine Kenntnis über den Eröffnungsgrund hat und sich nicht hinreichend über die finanzielle Lage der Gesellschaft informiert hat.¹⁸⁷ Die Verantwortlichen im Fall der Führungslosigkeit können erst dann strafrechtlich belangt werden, wenn sie zumindest Kenntnis über die Führungslosigkeit erlangt haben.¹⁸⁸

Ransiek verweist hinsichtlich der Antragsverpflichteten gem. § 15a III InsO darauf, dass der *dolus eventualis* für die Erfüllung des subjektiven Tatbestands des § 15a IV InsO nicht genüge. Die Beweislastumkehr gelte in der strafrechtlichen Hinsicht nicht.¹⁸⁹

Demzufolge ist die Strafbarkeit bereits durch einfache Fahrlässigkeit gegeben. Dies kann gerade für unerfahrene Geschäftsführer eine hohe strafrechtliche Konsequenz bedeuten.

3. Täterkreis

Der Täterkreis sieht eine Anwendbarkeit der Strafvorschriften insb. auf die Mitglieder des Vertretungsorgans der juristischen Personen und der Normadressaten des § 15a III InsO vor. Mit einzuschließen sind auch die Organvertreter ausländischer juristischer Personen in dem Fall,

¹⁸⁴ Braun/*Bußhardt*, InsO, § 15a Rn. 30.

¹⁸⁵ Hess, InsO, § 15a Rn. 70.

¹⁸⁶ Braun/*Bußhardt*, InsO, § 15a Rn. 31.

¹⁸⁷ Hess, InsO, § 15a Rn. 145 ff.

¹⁸⁸ Braun/*Bußhardt*, InsO, § 15a Rn. 32.

¹⁸⁹ Kref/*Ransiek*, InsO, § 15a Rn. 42.

E. Der Tatbestand der Insolvenzverschleppung für juristische Personen

dass deutsches Insolvenzrecht Anwendung findet.¹⁹⁰ Anderer Auffassung ist u.a. *Klöhn*, der eine Anwendbarkeit für ausländische Gesellschaften verneint.¹⁹¹

Sowohl die h.M.¹⁹² als auch die Rechtsprechung sehen die faktischen Organpersonen und damit die Geschäftsführer als potenzielle Täter an, sofern zumindest eine Duldung der Gesellschafter vorliegt. *Ransiek* lehnt diese Ansicht im Hinblick auf die Abweichung der Wortlautauslegung und Art. 103 II GG ab.¹⁹³

Mit dem gleichen Verweis auf das Analogieverbot argumentiert auch *Klöhn*, wonach die Strafbarkeit nicht für die Vor-GmbH gelte, da es sich noch nicht um eine juristische Person handle.¹⁹⁴

Ausdrücklich ausgeschlossen von der gesamten Norm ist der Vorstand von Vereinen und Stiftungen, vgl. § 15a VI InsO, um die ehrenamtlich Tätigen nicht übermäßig zu sanktionieren.¹⁹⁵ Weiterhin nicht einheitlich geklärt ist die strafrechtliche Sanktionierung ausländischer Vereine und Stiftungen, auf die deutsches Insolvenzrecht Anwendung findet.¹⁹⁶

Durch die vorsätzliche Weiterführung der Geschäfte trotz bestehender Krise wird über die Norm des § 15 IV InsO auch der strafrechtliche Tatbestand des Bankrotts gem. § 283 I Nr. 8 StGB erfüllt.¹⁹⁷

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

¹⁹⁰ Braun/*Bußhardt*, InsO, § 15a Rn. 33 f.

¹⁹¹ MünchKommInsO, *Klöhn*, § 15a Rn. 327.

¹⁹² Hess, InsO, § 15a Rn. 18 ff.

¹⁹³ Kreft/*Ransiek*, InsO, § 15a Rn. 40.

¹⁹⁴ MünchKommInsO, *Klöhn*, § 15a Rn. 328.

¹⁹⁵ Braun/*Bußhardt*, InsO, § 15a Rn. 36 f.

¹⁹⁶ Braun/*Bußhardt*, InsO, § 15a Rn. 38 ff.

¹⁹⁷ Kreft/*Ransiek*, InsO, § 15a Rn. 39.

F. Die faktische Geschäftsführerhaftung gem. § 64 GmbHG

I. Grundsätzliches

§ 64 GmbHG vermittelt eine Insolvenzantragspflicht des Geschäftsführers, auch wenn hauptsächlich das Zahlungsverbot betont wird. Der Begriff des faktischen Geschäftsführers existiert als solcher im GmbHG nicht.¹⁹⁸ § 64 GmbHG regelt neben der Verpflichtung ebenso die Haftung des Geschäftsführers nach Eintritt der Insolvenz oder durch Herbeiführen der Insolvenz durch Mangel an Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns im Rahmen von Zahlungen. Es ist nicht nur eine Haftung für vorsätzliche, sondern auch für fahrlässige Handlungen gegeben. Für die subjektiven Haftungsvoraussetzungen gilt § 276 I 1 BGB.¹⁹⁹ § 64 GmbHG ist auf die Vor-GmbH anwendbar.²⁰⁰

Dieser Anspruch ist als Ersatzanspruch eigener Art zu qualifizieren, der nicht deliktrechtlicher Natur ist.²⁰¹ Es ist jeder einzelne abgeflossene Vermögenswert zurückzuführen und die eingegangenen wertmäßigen Gegenleistungen sind dagegenzuhalten. Der Ersatzanspruch besteht über die Differenz dieser Werte.²⁰²

Obwohl § 11 I, II Nr. 1 InsO nicht ausdrücklich die Vor-GmbH benennt, ist eine analoge Anwendung möglich.²⁰³ Umstritten ist, ob im Falle der Überschuldung eine Insolvenzantragspflicht besteht, die eine Verschleppungshaftung zur Folge hat. Streitpunkt ist die Verlustdeckungshaftung als Innen- bzw. Außenhaftungsmodell. Die Insolvenzverschleppungshaftung steht neben den Ansprüchen aus der Verlustdeckungshaftung und der Handelndenhaftung aus § 11 II GmbHG.²⁰⁴ Aus teleologischer Sicht dient diese Regelung dem Gläubigerschutz.²⁰⁵ Die verteilungsfähige Vermögensmasse der insolvenzreifen Gesellschaft steht im Interesse der Gesamtheit ihrer Gläubiger. Außerdem soll eine bevorzugte Befriedigung einzelner Gläubiger verhindert werden.²⁰⁶ BGH und h.L. vertreten ein Trennungsmodell, welches auf der einen Seite die

¹⁹⁸ *Dinkhoff*, Der faktische Geschäftsführer in der GmbH, S. 15 ff.

¹⁹⁹ *Höffner*, Zivilrechtliche Haftung und strafrechtliche Verantwortung des GmbH-Geschäftsführers bei Insolvenzverschleppung, S. 36 f.

²⁰⁰ *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 11 Rn. 7; *Scholz/Bitter*, GmbHG, Vor § 64 Rn. 4.

²⁰¹ BGH, Urteil vom 8. Januar 2001, II ZR 88/99, BGHZ 146, 264, 278.

²⁰² *Hess*, InsO, § 15a Rn. 47.

²⁰³ *Ulmer/Casper*, GmbHG, § 64 Rn. 30 f.

²⁰⁴ *Ulmer/Casper*, GmbHG, § 64 Rn. 31.

²⁰⁵ *Ulmer/Casper*, GmbHG, § 64 Rn. 4.

²⁰⁶ *Hess*, InsO, § 15a Rn. 56.

Insolvenzantragspflicht und auf der anderen Seite das Zahlungsverbot sieht. *K. Schmidt* lehnt diese Auffassung ab.²⁰⁷ Er plädiert für die sog. Einheitslehre. Nach dieser Lehre ist § 64 1 GmbHG nur ein Ausschnitt der Insolvenzverschleppungshaftung und enthält kein unabhängiges Zahlungsverbot.²⁰⁸

1. Zahlungsbegriff

Der Begriff der Zahlung ist weit auszulegen: *(er) ist (...) nicht auf reine Geldleistungen beschränkt, sondern erfasst auch sonstige vergleichbare Leistungen zu Lasten des Gesellschaftsvermögens, durch die der Gesellschaft im Ergebnis Liquidität entzogen wird. (Es ist) keine Einschränkung des bisherigen Begriffsverständnisses – auch hinsichtlich der Berücksichtigung von Gegenleistungen – bezweckt.*²⁰⁹ *H.F. Müller* schließt sich dieser weiten Auslegung an. Zahlungen seien auch die Aufrechnung, Verrechnung, Lieferung von Waren, Leistungen von Diensten oder Übertragung von Rechten. Die Grenze zieht *H.F. Müller*, wo Verbindlichkeiten begründet werden, da hier die Masse nicht unmittelbar geschmälert wird. Außerdem seien unterlassene Kündigungen aus Dauerschuldverhältnissen, der unterlassene Erwerb und die unterbliebene Geltendmachung einer Forderung nicht als Zahlung zu qualifizieren.²¹⁰

Altmeppen vertritt hingegen die Auffassung, dass es eine teleologische Korrektur hin zu Verlusten geben müsse, wonach die Gegenleistungen immer zu berücksichtigen wären.²¹¹ Diese Ansicht ist aber abzulehnen. Die Argumentation ist zwar nachvollziehbar, solange auf den Insolvenzgrund der Überschuldung abgestellt wird. Sich ausschließlich auf bilanzielle Ergebnisse zu fokussieren, würde allerdings das Herbeiführen einer Illiquidität außer Acht lassen.

Nach *K. Schmidt* ist der Zahlungsbegriff wie folgt zu verstehen: Zahlungen seien nichts als Schadensposten bei der Feststellung und Liquidation des Insolvenzverschleppungsschadens. Rechtsdogmatisch gehöre diese Rechtsfigur auf die Ebene der haftungsausfüllenden Kausalität bei der Insolvenzverschleppungshaftung.²¹²

²⁰⁷ Scholz/*K. Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 1 f.

²⁰⁸ Scholz/*K. Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 9 ff.

²⁰⁹ BT-Drucksache 16/6140, S. 106.

²¹⁰ MünchKommGmbHG, *H.F. Müller*, § 64 Rn. 132 ff.

²¹¹ *Altmeppen* in Roth/*Altmeppen*, GmbHG, § 64 Rn. 96.

²¹² Scholz/*K. Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 11.

Haas pauschalisiert den Zahlungsbegriff und stellt auf jede Minderung des Aktivvermögens ab.²¹³

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

2. Faktischer Geschäftsführer

Das Tatbestandsmerkmal *Geschäftsführer* meint nach dem Wortlaut nur die bestellten Geschäftsführer. Unstrittig ist, dass besondere Regelungen im Gesellschaftsvertrag die Insolvenzantragspflicht einzelnen Geschäftsführern nicht abnehmen können.²¹⁴

Die Rechtsprechung²¹⁵ hat allerdings die Rechtsfigur des *faktischen Geschäftsführers* eingeführt.²¹⁶ Insb. ist es möglich, faktischer Geschäftsführer zu werden, indem man eigenhändig die Geschäftsführung übernimmt. Dies ist auch als Notlösung denkbar, wenn der eigentliche Geschäftsführer sein Amt niederlegt oder amtsunfähig wird. Die faktische Geschäftsführung kann sich zudem ergeben, wenn durch übermäßige Weisungen beherrschender Einfluss gewonnen oder weitgehend delegiert wird.²¹⁷

In solchen Konstellationen können auch die Handelnden in der Vor-GmbH belangt werden. § 64 GmbHG findet bereits in der Phase der Gründung Anwendung.²¹⁸ Hieraus lässt sich eine sehr umfangreiche Insolvenzverursachungshaftung der Handelnden ableiten. Jedoch ist zu beachten, dass Streit darüber besteht, ob dem faktischen Geschäftsführer die gesetzliche Antragsberechtigung des § 15 I InsO fehlt, er aber dafür zu sorgen hat, dass der Insolvenzantrag gestellt wird.²¹⁹ Es bliebe nach *Bitter* folglich der bestellte Geschäftsführer in der Pflicht, einen Insolvenzantrag zu stellen.²²⁰

²¹³ *Haas* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 64 Rn. 65.

²¹⁴ Michalski/*Nerlich*, GmbHG, § 64 Rn. 13; MünchKommGmbHG, H.F. Müller, § 64 Rn. 60; BGH Urteil vom 01.03.1993, II ZR 81/94, NJW 1994, 2149, 2150.

²¹⁵ BGH, Beschluss vom 10.05.2000, 3 StR 101/00, NJW 2000, 2285.

²¹⁶ *Holzborn/v. Vietinghoff*, Rn. 542 ff.

²¹⁷ *Dinkhoff*, S. 16 ff.

²¹⁸ *Schult*, S. 162 ff.

²¹⁹ *Scholz/Bitter*, GmbHG, Vor § 64 Rn. 94.

²²⁰ *Dinkhoff*, S. 31 f.

Nerlich und *K. Schmidt* schreiben dem faktischen Geschäftsführer die Kompetenz der Insolvenzantragsstellung zu.²²¹ Die Begründung erfolgt mit dem Verweis auf § 64 I GmbHG a.F., welcher diese Pflicht auch dem faktischen Geschäftsführer zukommen ließ.²²² Auch *Bußhardt* schließt sich dieser Auffassung an.²²³

H.F. Müller und *Haas* differenzieren das Gebilde des faktischen Geschäftsführers: derjenige, der fehlerhaft bestellt wurde, ist zum Antrag berechtigt und somit auch verpflichtet.²²⁴ Hat keine Bestellung stattgefunden, sei kein Insolvenzantrag des faktischen Geschäftsführers möglich.²²⁵ Der Amtsermittlungsgrundsatz im Insolvenzrecht setze einen zulässigen Antrag voraus. Ohne einen Bestellsakt stehe die mögliche Antragsbefugnis dem der Rechtssicherheit dienenden Grundsatz der Vollstreckungsformalisierung entgegen.²²⁶

Sowohl *Kleindiek*²²⁷, *Altmeyen*²²⁸ als auch die h.M. vertreten die Ansicht, dass der faktische Geschäftsführer – egal, ob er fehlerhaft bestellt oder zumindest geduldet wurde – insolvenzantragsberechtigt und somit auch verpflichtet sei. Eine Einwirkung auf den satzungsmäßig bestellten Geschäftsführer sei nicht ausreichend.²²⁹

Eine Haftungsausnahme stellt die Kündigung des Geschäftsführers zur Unzeit dar. Hier bleibt der Kündigende weiterhin haftbar.²³⁰

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

Dieser Begriff des faktischen Geschäftsführers, der in der zivilrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entsprechend verwandt wird (vgl. BGHZ 41, 282, 287; (...)) ist erfüllt, wenn sowohl betriebsintern als auch nach außen alle Dispositionen weitgehend von dem faktischen Geschäftsführer ausgehen und er im übrigen auf sämtliche Geschäftsvorgänge bestimmenden Einfluß nimmt (BGHSt 31, 118, 121). Die Unternehmensführung darf nicht einseitig angemaßt, sondern muß mit dem Einverständnis der Gesellschafter (...)

²²¹ Scholz/*K.Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 81.

²²² Michalski/*Nerlich*, GmbHG, § 64 Rn. 16 f.

²²³ Braun/*Bußhardt*, InsO, § 15a Rn. 13.

²²⁴ *Haas* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 64 Rn. 113.

²²⁵ MünchKommGmbHG, *H.F. Müller*, § 64 Rn. 61.

²²⁶ *Haas* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 64 Rn. 172 f.

²²⁷ *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 64 Rn. 49.

²²⁸ *Altmeyen* in Roth/Altmeyen, GmbHG, § 64 Rn. 57.

²²⁹ *Altmeyen* in Roth/Altmeyen, GmbHG, § 64 Rn. 58.

²³⁰ *Dinkhoff*, S. 62 f.

*(zumindest) konkludent (...) erfolgt sein (BGHSt 3, 33, 38; (...)). Weitere Voraussetzung für einen faktischen Geschäftsführer ist, daß er gegenüber dem formellen Geschäftsführer die überragende Stellung in der Gesellschaft (...) einnimmt oder zumindest das deutliche Übergewicht hat.*²³¹

Die Rechtsprechung vertritt die Auffassung, dass der faktische Geschäftsführer im selben Rahmen, wie der formelle Geschäftsführer zivil- und strafrechtlich haftbar zu machen sei. Die strafrechtliche Verfolgung des faktischen Geschäftsführers ist nach der BGH-Rechtsprechung sowohl mit dem Analogieverbot, als auch mit dem Grundsatz der Tatbestandsbestimmtheit vereinbar.²³² Des Weiteren ist zu beachten, dass der formelle Geschäftsführer selbst bei Untätigkeit nicht automatisch aus der Strafbarkeit ausscheidet. Vielmehr ist die Beteiligungsstrafbarkeit gem. §§ 26, 27 StGB zu prüfen.²³³

Die Literatur verweist darauf, dass ohne Gesetzeskonkretisierung eine Analogie praktiziert wird. Die hinreichende Bestimmung, dass ein faktischer Geschäftsführer auch formell bestellter Geschäftsführer sein kann, ist dem Wortlaut der Norm nicht zu entnehmen, obwohl es genau darauf ankommt, wenn nicht die Auslegung zweifelsfrei möglich ist. Dies widerspreche dem Willkürverbot der Strafgerichtsbarkeit. Außerdem obliege es dem Gesetzgeber und nicht dem Gericht zu entscheiden, ob ein Verhalten zu sanktionieren ist. Gerade durch die legale Definierung des Geschäftsführers im Gesellschaftsrecht verbietet sich eine entgegenstehende strafrechtliche Auslegung.²³⁴

Umstritten ist nicht nur in der Insolvenzantragspflicht, sondern allgemein, ob ein tatsächlich vorgenommener Bestellungsakt, der unwirksam ist, Voraussetzung für den faktischen Geschäftsführer sein muss. Die eine Ansicht schränkt die faktische Geschäftsführung auf die Fälle ein, in denen dem Handeln ein Bestellungsakt zugrunde liegt. Der Grund für die Unwirksamkeit der Bestellung sei unbeachtlich. Gerade in strafrechtlicher Hinsicht sei die Gleichstellung eines faktischen Geschäftsführers mit einem wirksam bestellten Geschäftsführer nicht vereinbar mit dem Analogieverbot und § 14 I StGB. Nach der herrschenden Ansicht wird der gar nicht bestellte Geschäftsführer mit einem unwirksam bestellten Geschäftsführern gleichgestellt. Entscheidend sei nicht der Bestellungsakt, sondern vielmehr das äußere Auftreten und die tatsächliche Übernahme der Geschäftsführertätigkeit. Vereinzelt wird zudem gefordert, dass dieser

²³¹ BGH, Beschluss vom 10.05.2000, 3 StR 101/00, NJW 2000, 2285.

²³² BGH, Beschluss vom 10.05.2000, 3 StR 101/00, NJW 2000, 2285.

²³³ Dinkhoff, S. 63 f.

²³⁴ Dinkhoff, S. 119 ff.

faktische Geschäftsführer den ordnungsgemäßen Geschäftsführer als Verantwortungsträger gänzlich ausschalten müsse. Eine weitere vermittelnde Ansicht lässt die Erforderlichkeit einer zugrundeliegenden Bestellung offen, indem das Einverständnis oder die Duldung der Gesellschafter mit der faktischen Wahrnehmung der Geschäftsführertätigkeit als entscheidend angesehen wird.²³⁵

Die Deklaration eines faktischen Geschäftsführers wird vom Schrifttum kritisch beurteilt, da es sich um Rechts(er)findung handele, die zur juristischen Ungenauigkeit verleite.²³⁶ Es müsse ein Missbrauchstatbestand geschaffen werden, damit der Rechtsanwender (...) beim Auslegen des Gesetzes nicht das Unmögliche möglich mache.²³⁷

Für die Haftung des faktischen Geschäftsführers spricht vor allem, dass der strafrechtliche Begriff als Schutzgesetz i.S.d. § 823 II BGB zugunsten der Gesellschaftsgläubiger verwendet werden kann.²³⁸ Außerdem ist die zivilrechtliche Haftung gerade in der Insolvenzverschleppung vom BGH ausdrücklich bejaht worden.²³⁹

Eine weitgehende Gleichstellung des faktischen Geschäftsführers mit dem formellen Geschäftsführer kann jedoch unbillig sein. § 6 II GmbHG verbietet unter bestimmten Voraussetzungen die Bestellung zum Geschäftsführer. Insb. führen die Insolvenzverschleppung und Insolvenzstraftaten gem. §§ 283-283d StGB zum Verbot der Berufsausübung. Mit der Gleichstellung des faktischen Geschäftsführers könnte diese Norm umgangen werden, was es zu vermeiden gilt.²⁴⁰

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

²³⁵ *Dinkhoff*, S. 90 ff.

²³⁶ *Schult*, S. 171 ff.

²³⁷ *Dinkhoff*, S. 107.

²³⁸ *Haas*, Die Rechtsfigur des „faktischen GmbH-Geschäftsführers“, NZI 2006, 494 ff (497 ff).

²³⁹ BGH, Urteil vom 11.07.2005, II ZR 235/03, ZIP 2005, 1550.

²⁴⁰ *Dinkhoff*, S. 115 ff.

in strafrechtlicher Hinsicht nicht zur Rechtsklarheit. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, für eine klare Auslegung zu sorgen.

3. Rechtsfolge des § 64 GmbHG

In der Rechtsfolge haftet der (faktische) Geschäftsführer nach h.M. für den Ersatz der haftungsbegründenden Zahlung. Dabei handelt es sich in Abgrenzung zur Existenzvernichtungshaftung²⁴¹ nicht um eine klassische Schadensersatzhaftung, da allein die Höhe der tatsächlich vorgenommenen Zahlung maßgeblich für den Haftungsumfang ist.²⁴²

Letztendlich handelt es sich um einen Quotenschaden²⁴³, den es zu begleichen gilt. Ersatzfähig ist daher die Differenz zwischen der von den Gläubigern bei rechtzeitiger Antragstellung zu erzielenden und der tatsächlich erzielten Insolvenzquote.²⁴⁴

Diese Rechtsprechung gilt jedoch nur für die Altgläubiger; eine Ermittlung der Höhe erfolgt i.d.R. im Rahmen der Schätzung gem. § 287 ZPO. Neugläubiger haben hingegen einen Anspruch auf Ersatz des vollen Vertrauensschadens, soweit dieser nicht durch die Insolvenzquote gedeckt ist. Dieser Schaden bemisst sich nach den §§ 249 ff. BGB.²⁴⁵

Außerdem ergibt sich aus dem zwingenden Zahlungsverbot ein Leistungsverweigerungsrecht des Geschäftsführers. Entgegenstehende Weisungen der Gesellschafter sind als nichtig anzusehen.²⁴⁶ Beschlüssen der Gesellschafter zu verbotenen Zahlungen hat der Geschäftsführer standzuhalten oder ggf. zurückzutreten.²⁴⁷ Die Rechtsfolge aus § 64 GmbHG sieht insb. die Übernahme des quotalen Schadens durch den Geschäftsführer vor.

4. Exkulpation des faktischen Geschäftsführers

Es gilt zu berücksichtigen, dass Zahlungen durchaus gerechtfertigt sein können. Die für die Fortführung des Geschäftsbetriebes erforderlichen Zahlungen gelten regelmäßig als gerechtfertigt. Insb. sind auch

²⁴¹ Haftung der Gesellschafter für Überschuldung.

²⁴² *Schult*, S. 201.

²⁴³ *Höffner*, S. 45.

²⁴⁴ BGH, Urteil vom 28.04.1997, II ZR 20/96, ZIP 1997, 1542, 1543.

²⁴⁵ *Höffner*, S. 51 ff.

²⁴⁶ MünchKommGmbHG, *H.F. Müller*, § 64 Rn. 174.

²⁴⁷ BT-Drucksache 16/6140, S. 47.

Zahlungen, deren Unterlassung strafrechtliche Konsequenzen hätte, im Hinblick auf die Vermögensbetreuungspflicht i.S.d. § 266 StGB gerechtfertigt,²⁴⁸

Die Haftung tritt nicht ein, wenn die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns eingehalten wurde und die Schäden subjektiv nicht absehbar waren.²⁴⁹ Davon ist regelmäßig bei exogenen Schocks auszugehen.²⁵⁰

Werden Strohleute als Geschäftsführer eingesetzt, führt dies nicht zur Exkulpation des Geschäftsführers, sie sind im Außenverhältnis wie alle anderen Geschäftsführer zu behandeln. Dabei handelt es sich um kein Scheingeschäft, so dass mögliche Ansprüche gegen den Strohmann nicht abzuhandeln sind.²⁵¹

II. Haftung aus § 25 HGB

2013 hat sich der BGH mit der Haftungsfrage auseinandergesetzt, die für den Fall besteht, dass ein Dritter ein insolventes Unternehmen unter deren Firma außerhalb des Insolvenzverfahrens und ohne Mitwirkung des Insolvenzverwalters fortführt. In dieser Entscheidung kontrahierte ein faktischer Geschäftsführer mit einem italienischen Unternehmen, so dass eine Anwendung des UN-Kaufrechts CISG erfolgte. Der BGH erklärte in dieser Fallkonstellation die Vorschrift des § 25 HGB für anwendbar und sah vor, dass *wer ein (...) Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma (...) fortführt, (...) für alle im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers (haftet).*²⁵²

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

III. Prozessuales

Die Durchsetzung der Ansprüche erfolgt vor den ordentlichen Gerichten unter Geltung der ZPO. Auch hier findet der Dispositionsgrundsatz und die Verhandlungsmaxime ihre Beachtung.

²⁴⁸ MünchKommGmbHG, H.F. Müller, § 64 Rn. 139 ff.

²⁴⁹ Schult, S. 199 f.

²⁵⁰ Knof, Die neue Insolvenzverursachungshaftung nach § 64 Satz 3 RegE-GmbHG (Teil II), DStR 2007, 1580 ff (1584).

²⁵¹ Dinkhoff, S. 45 f.

²⁵² BGH, Urteil vom 23.10.2013, VIII ZR 423/12, ZIP 1/2014, 29.

Der Dispositionsgrundsatz, der sich aus der Privatautonomie der Parteien ableitet, lässt diese selbst darüber entscheiden, ob und mit welchem Inhalt ein Prozess stattfinden soll. Auch haben die Parteien die Möglichkeit, die Klage zu ändern oder diese vollständig zurückzunehmen.²⁵³

Nach dem Verhandlungsgrundsatz ist das Gericht dazu verpflichtet, nur die von den Parteien geltend gemachten Ansprüche abzuurteilen. Nicht von den Parteien vorgebrachte Tatsachen dürfen vom Gericht nicht mit einbezogen werden.²⁵⁴

Weiter ist zu beachten, dass die Beweis- und Darlegungslast den Gläubigern obliegt. Im Rahmen des § 64 GmbHG i.V.m. § 823 II BGB hat der BGH es den Gläubigern allerdings erleichtert, den Beweis für die Überschuldung zu erbringen: *Den Beweis für das Vorliegen der objektiven Voraussetzungen der Konkursantragspflicht (Insolvenzantragspflicht) hat grundsätzlich der Gläubiger zu erbringen. Steht fest, daß die Gesellschaft zu einem bestimmten Zeitpunkt rechnerisch überschuldet war, so ist es allerdings Sache des Geschäftsführers, die Umstände darzulegen, die es aus damaliger Sicht rechtfertigten, das Unternehmen trotzdem fortzuführen. (...) Dem Geschäftsführer ist die Darlegung dieser Umstände zumutbar, weil er, (...) ohnehin zu einer laufenden Prüfung der Unternehmenslage verpflichtet ist.*²⁵⁵

Somit genügt die rechnerische Darstellung der Überschuldung. Von hier an hat der faktische Geschäftsführer eine positive Fortführungsprognose darzulegen. Dies bedeutet, dass der Geschäftsführer, soweit die Gesellschaft nach einer konsolidierten Handelsbilanz überschuldet ist, schlüssig aufzeigen muss, weshalb er in den Überschuldungsstatus höhere Fortführungswerte einsetzen durfte und wie die Fortführungswerte, beschaffen sind.²⁵⁶

Desweiteren ist zu berücksichtigen, dass, § 823 II BGB die Beweislast auf den objektiven Tatbestand beschränkt, wenn das Schutzgesetz (§ 15a InsO) das geforderte Verhalten bereits so konkret umschreibt, dass die Verwirklichung des subjektiven Tatbestands nahe liegt.²⁵⁷ Es findet somit eine Beweislastumkehr bzgl. des Verschuldens statt.

²⁵³ Höffner, S. 52 ff

²⁵⁴ Höffner, S. 52 ff.

²⁵⁵ BGH, Urteil vom 06.06.1994, II ZR 292/91, NJW 1994, 2220.

²⁵⁶ Höffner, S. 54 f.

²⁵⁷ BGH, Urteil vom 13.12.1984, III ZR 20/83, NJW 1985, 1774, 1775.

G. Fazit

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

Allein hieraus ergeben sich zwei zentrale Problemstellungen: Zunächst ist die Eintragung nicht automatisch bekanntgemacht, so dass deshalb für die Zeit zwischen Eintragung und Bekanntmachung der Schutz der Gläubiger hinsichtlich einer möglichen Inanspruchnahme der Handelnden entfällt. Auf der anderen Seite lässt sich ein unzureichender Schutz der Handelnden insb. bei Sachgründungen in dem Zeitraum zwischen Anmeldung und Eintragung festmachen.

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

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

Der Wortlaut der Vorschriften unterscheidet sich zwar voneinander, jedoch baut § 15a InsO inhaltlich auf § 64 GmbHG a.F. auf. Der Gesetzgeber hat eine Aufhebung der Norm im GmbHG nicht vorgenommen. Somit bleiben im Bereich der

Insolvenzverschleppungshaftung zwei Tatbestände nebeneinander bestehen, was eine kritische Beurteilung zur Folge hat.

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

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

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

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

Literaturverzeichnis

Kommentare, Dissertationen, Aufsätze

Baumbach, Adolf/**Hueck**, Alfred, Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Beck'sche Kurzkommentare, 20. Auflage, München 2013

Braun, Eberhard, Insolvenzordnung Kommentar, 6. Auflage, München 2014

Dinkhoff, Marc, Der faktische Geschäftsführer in der GmbH, Baden-Baden 2003

Eller, Peter, Liquidation der GmbH, Gesellschaftsrecht – Steuerrecht - Rechnungslegung, 2. Auflage, Berlin 2012

Freitag, Robert, Insolvenzverschleppungshaftung als ausschließliche Außenhaftung, NZG 12/2014, 447

Geißler, Markus, Fragen zum Insolvenzverfahren in der Vor-GmbH, DZWIR 2009 Heft 2

Graf-Schlicker, Marie Luise, Kommentar zur Insolvenzordnung, 4. Auflage, Köln 2014

Grottke, Sybille, Die Vorgründungsgesellschaft der GmbH – Rechtliche Struktur und Haftungsfragen, Bochum 1992

Haarmeyer, Hans/**Wutzke**, Wolfgang/**Förster**, Karsten, Insolvenzordnung Kommentar, 2. Auflage, Köln 2012

Haas, Ulrich, Die Rechtsfigur des „faktischen GmbH-Geschäftsführers“, NZI 2006, 494 ff

Hess, Harald, Insolvenzrecht, Großkommentar in zwei Bänden, Band I, Kommentar §§ 1 – 128 InsO, 2. Auflage, München 2013

Holzborn, Timo/**v. Vietinghoff**, Petra, Haftung und Insolvenz in der GmbH, München 2013

Höffner, Dietmar, Zivilrechtliche Haftung und strafrechtliche Verantwortung des GmbH-Geschäftsführers bei Insolvenzverschleppung, Berlin 2003

Kirchhof, Hans-Peter/**Stürner**, Rolf/**Eidenmüller**, Horst, Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 1, §§ 1-79, InsVV, 3. Auflage, München 2013

Klein, Walter, Der Rückgriffsanspruch der Handelnden gegen die Gründer einer Vor-GmbH, Frankfurt am Main 1993

Knof, Bela, Die neue Insolvenzverursachungshaftung nach § 64 Satz 3 RegE-GmbHG (Teil II), DStR 2007, 1580 ff

Kreft, Gerhart, Heidelberger Kommentar Insolvenzordnung, 7. Auflage, Heidelberg 2014

Lutter, Marcus/**Hommelhoff**, Peter, GmbH-Gesetz, 18. Auflage, Köln 2012

Michalski, Lutz, GmbHG Kommentar, Band I, Systematische Darstellungen, §§ 1-34 GmbHG, 2. Auflage, München 2010

Michalski, Lutz, GmbHG Kommentar, Band II, §§ 35-85 GmbHG, §§ 1-4 EGGmbHG, 2. Auflage, München 2010

Murawo, Maximilian, Die unechte Vorgesellschaft im GmbH- und Aktienrecht, Baden-Baden 2006

Roth, Günter/**Altmeyen**, Holger, Kommentar zum GmbHG, 7. Auflage 2012

Schmidt, Andreas, Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 5. Auflage, Köln 2015

Scholz, Franz, Kommentar zum GmbHG, Bd. 1, 2. Auflage, Köln 2012

Schult, Ludger, Solvenzschutz der GmbH durch Existenzvernichtungs- und Insolvenzverursachungshaftung, München 2009

Steinberg, Jens H., Rechtszuordnung und Gründerhaftung in der Vor-GmbH. Eine kritische Bestandsaufnahme aus deutscher und österreichischer Sicht, Köln 2000

Tiefel, Torsten, Die Gründerhaftung in der Vor-GmbH. Eine Untersuchung der Vorbelastungs- und der Verlustdeckungshaftung, Baden-Baden 2005

Ulmer, Peter/**Habersack**, Mathias/**Löbke**, Mark, GmbHG
Großkommentar Band III §§ 53 bis 87, 2. Auflage, Tübingen 2013

Ulmer, Peter/**Habersack**, Mathias/**Löbke**, Mark, GmbHG
Großkommentar, Band I, Einleitung, §§ 1 bis 28, Tübingen 2005

Weiland, Heiner, Die Vorgesellschaft der GmbH und der AG – mit Hinweisen zur Limited. Gründung – Haftung – Bilanzierung – Prüfung, Berlin 2006

Rechtsprechung

BGH, Urteil vom 16.12.1958, VI ZR 245/57, BGHZ 29, 100

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

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

BGH, Urteil vom 13.12.1984, III ZR 20/83, NJW 1985, 1774, 1775

BGH, Urteil vom 01.03.1993, II ZR 81/94, NJW 1994, 2149, 2150

BGH, Urteil vom 06.06.1994, II ZR 292/91, NJW 1994, 2220

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sonstige Quellen

BT-Drucksache 8/1347 vom 15.12.1977

BT-Drucksache 7/253 vom 26.02.1973

BT-Drucksache 16/6140 vom 23.05.2007

Eidesstattliche Versicherung

Hiermit versichere ich an Eides statt, dass die vorliegende Bachelorarbeit von mir selbständig und ohne unerlaubte Hilfe angefertigt worden ist, insbesondere dass ich sämtliche Stellen, die wörtlich aus Veröffentlichungen entnommen sind, durch Zitate kenntlich gemacht habe.

Achim, 11.02.2015

Matthias Baum