

Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung

Das gesamte Verfahren der Unternehmens- und Verbraucherinsolvenz

In Zusammenarbeit
mit der NJW
herausgegeben von

Prof. Dr. M. Ahrens
VorsRiLAG Dr. W. Berkowsky
RA/WP Dr. E. Braun
Prof. Dr. G. Crezelius
VorsRiBGH a. D. Dr. G. Fischer
Vors. RiBGH Dr. H. G. Ganter
Prof. Dr. Dr. h. c. P. Gottwald
Prof. Dr. U. Haas
Dipl.-Rpf. Prof. U. Keller
RA Dr. R. Leithaus
RA Prof. Dr. H.-J. Lwowski
RA Dr. J. Nerlich
VorsRiLG I. Pape
RiOLG W. Sternal
Prof. Dr. R. Stürmer
Prof. Dr. W. Uhlenbruck
RiAG Prof. Dr. H. Vallender
Dr. A. Weber
RA Dr. J. Wellensiek

Aus dem Inhalt

H. G. Ganter, Die Rechtsprechung des BGH zum Insolvenzrecht im Jahr 2008 **265**

T. Wazlawik, Existenzvernichtung und kein Ende **291**

P. Fölsing, Die Sonderinsolvenzverwaltung: Klärung des Antrags- und Beschwerderechts durch den BGH **297**

K. Oepen, Maßgabe im Übermaß – Korrekturbedarf im neuen § 44a InsO **300**

NZI-Report

M. Köster/A. Maaß, Insolvenzanfechtungsrechtliche Wirkung des § 28e I 2 SGB IV **305**

BGH: Ordentlicher Rechtsweg bei Anfechtung der Zahlung der Arbeitsvergütung durch Insolvenzverwalter **313**

LG Düsseldorf: Kein Erlöschen eines Nachzahlungsanspruchs einer Dividende auf Vorzugsaktien durch Insolvenzplan (mit Anmerkung **Thonfeld**) **322**

AG Hamburg: Rückbuchung einer Mietzahlung nach Lastschriftwiderruf durch Insolvenzverwalter **331**

BGH: Anwendbarkeit früheren Eigenkapitalersatzrechts nach Inkrafttreten des MoMiG in „Altfällen“ – Gut Buschow **336**

Im **Aktuellteil**:
Gastkommentar von
Schmerbach
zu geplanten Änderungen der
Pfändungsfreigrenzen

Seiten 265–344 · Mai 2009

Verlag C. H. Beck München und Frankfurt a. M.

5/2009



Rechtsanwalt Dr. Thomas Wazlawik, LL. M.
(St. Louis University), Passau

Existenzvernichtung und kein Ende

Ein Nachruf auf die Konzernhaftung und andere offengebliebene Fragen*

Der folgende Beitrag beinhaltet eine Gesamtbetrachtung der BGH-Rechtsprechung zur „Existenzvernichtungshaftung“ und verdeutlicht, dass diese Rechtsprechung auf unzutreffenden Prämissen beruht, sich mit der bisherigen Senatsrechtsprechung nicht vereinbaren und grundsätzliche Fragen unbeantwortet lässt. Er weist auf diese Fragen (nochmals) hin und plädiert schließlich für die Neubelebung einer Konzernhaftung.

I. Einleitung

Der II. Zivilsenat des BGH hat mit seinen Urteilen bzw. Beschlüssen vom 16. 7. 2007¹, 7. 1. 2008², 28. 4. 2008³ und 2. 6. 2008⁴ weitere Entscheidungen zur „Existenzvernichtung“ der GmbH gefällt. Auch diese haben, wie schon die die „Existenzvernichtung“ einleitenden Urteile „Bremer Vulkan“⁵ und „KBV“⁶ und die ihnen folgenden Urteile „Autovertrags Händler“⁷ und „Handelsvertreter“⁸, große Resonanz im Schrifttum gefunden, das jedoch weitestgehend nur auf die jeweiligen Entscheidungen eingeht und die Gesamtentwicklung der BGH-Rechtsprechung zur Gesellschafterhaftung im Allgemeinen und die Genese der „Existenzvernichtungshaftung“ im Besonderen eher unberücksichtigt lässt.

II. Was bisher geschah

1. Außenhaftung des GmbH-Gesellschafters

Bis „Bremer Vulkan“ unterschied der II. Zivilsenat hinsichtlich des GmbH-Gesellschafters zwischen zwei gesellschaftsrechtlichen Außenhaftungskonzepten: der Durchgriffs- und der qualifiziert faktischen Konzernhaftung; beide Konzepte waren terminologisch⁹ und dogmatisch zu trennen. Daneben konnte der Gesellschafter auch deliktsrechtlich haften.

a) *Durchgriffshaftung*. Die Durchgriffshaftung wurzelt in der Überlegung, dass das Berufen des Gesellschafters gegenüber dem GmbH-Gläubiger auf das Trennungsprinzip des § 13 II GmbHG und die damit einhergehende Haftungsbeschränkung auf das GmbH-Vermögen im Einzelfall Treu und Glauben widersprechen kann¹⁰. Zur Durchgriffshaftung zählen zwei Fallgruppen¹¹: Die (materielle) Unterkapitalisierung und die Vermögensvermischung. Während Letztere durchaus eine Rolle spielt¹², ist die Unterkapitalisierung ein Kind der Theoretiker geblieben. Sie wurde bislang nie bejaht¹³ und durch „Gamma“ wohl endgültig abgelehnt¹⁴. Rechtsfolge der Durchgriffshaftung ist der Wegfall der vorgenannten Haftungsbeschränkung; es kommt zur Durchbrechung des Trennungsprinzips und zu einer Haftungserstreckung der gegenüber der GmbH bestehenden Ansprüche auf den Gesellschafter. Anspruchsgrundlage für diese Haftung sind §§ 105, 128 HGB analog¹⁵. Im Falle der Insolvenz der GmbH ist sie gem. § 93 InsO analog vom Verwalter geltend zu machen¹⁶.

b) *Konzernhaftung*. Beginnend mit „Autokran“¹⁷ und maßgeblich fortgeführt durch „Tiefbau“¹⁸, „Video“¹⁹ und „TBB“²⁰ stellte der II. Zivilsenat ein zweites Außenhaftungskonzept neben dasjenige der Durchgriffshaftung, in-

dem er die für den aktienrechtlichen Vertragskonzern geltenden §§ 291 ff. AktG auf die so genannte qualifiziert faktisch konzernierte GmbH analog anwandte und den (herrschenden) Gesellschafter sowohl der Verlustausgleichspflicht (§ 302 AktG) als auch der Ausfallhaftung (§ 303 AktG) unterwarf. Als Hauptgrund dafür wurde die Vergleichbarkeit der Verhältnisse bei vertraglich konzernierter AG und faktisch konzernierter GmbH genannt: kein zwingender Gleichlauf von Gesellschafter- und GmbH-Interessen, was eine konzernrechtliche Regelung erfordere²¹. Die Konzernhaftung hatte drei Tatbestandsvoraussetzungen: Einen als „herrschendes Unternehmen“ zu bezeichnenden Gesellschafter, die „Beeinträchtigung der Interessen der abhängigen GmbH“ durch diesen bzw. dessen „fehlende Rücksichtnahme auf die Belange der abhängigen GmbH“ sowie die „fehlende Möglichkeit der Kompensation“ der der GmbH entstandenen Nachteile „durch Einzelausgleichsmaßnahmen“ gem. §§ 30, 31 GmbHG²². Statt einer Haftungserstreckung (Durchgriffshaftung) wurde hier ein neuer, eigenständiger Anspruch gegenüber dem Gesellschafter bejaht.

c) *Deliktshaftung*. Neben der gesellschaftsrechtlichen Durchgriffs- und Konzernhaftung konnten Sachverhalte auch unter § 826 BGB subsumiert werden und auf diese Weise ebenfalls eine eigene Schuld des Gesellschafters begründen²³. Im Fall der Insolvenz der GmbH war diese Schuld wiederum vom Verwalter geltend zu machen²⁴.

2. Innenhaftung des GmbH-Gesellschafters

Neben der vorgenannten Außenhaftung des GmbH-Gesellschafters wurde jahrelang auch über dessen Innenhaftung gegenüber der GmbH unter dem Gesichtspunkt der

* Der Autor ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht und Partner der Sozietät Kübler. – Die „Sanitary“-Entscheidung des BGH vom 9. 2. 2009 (II ZR 292/07) wurde erst nach Abschluss des Manuskripts veröffentlicht.

- 1) BGHZ 173, 246 = NJW 2007, 2689 = NZI 2007, 603 – Trihotel.
- 2) BGH, NJW-RR 2008, 629 = NZI 2008, 196.
- 3) BGHZ 176, 204 = NJW 2008, 2437 – Gamma.
- 4) BGH, NJW-RR 2008, 1417.
- 5) BGHZ 149, 10 = NJW 2001, 3622 = NZI 2001, 641.
- 6) BGHZ 151, 181 = NJW 2002, 3024 = NZI 2002, 626.
- 7) BGH, NJW-RR 2005, 335 = NZI 2005, 237 m. Anm. Haas.
- 8) BGH, NJW-RR 2005, 681 = NZG 2005, 214.
- 9) Vgl. Goette, Die GmbH: Darstellung anhand der Rspr. des BGH, 2. Aufl. (2002), § 9 Rdnr. 42; Geißler, GmbHR 1993, 71 (78). Unge- nau z. B. Paefgen, DB 2007, 1907 (1911).
- 10) Vgl. BGHZ 20, 4 = NJW 1956, 785 und Fußn. 120.
- 11) Vgl. BGHZ 31, 258 (271) = NJW 1960, 285 – Flugtaxi; BGH, WM 1977, 73.
- 12) Vgl. BGH, NJW 1985, 740; NJW-RR 1988, 1181; BGHZ 125, 366 = NJW 1994, 1801; BGH, NJW 2001, 3702 (3703); BGHZ 165, 85 = NJW 2006, 1344 = NZI 2006, 365; zur Durchgriffshaftung des faktischen Gesellschafters KG, NZG 2008, 344 (Revision unter II ZR 4/08).
- 13) Vgl. BGH, GmbHR 1961, 161; WM 1977, 73 (75 f.); BGHZ 68, 312 = NJW 1977, 1449 – Fertighaus; BGH, NJW 1977, 1683 (1686) (insoweit nicht in BGHZ 69, 95, abgedr.); BGH, NJW 1979, 2104. S. auch BGHZ 76, 326 (334) = NJW 1980, 1524.
- 14) Vgl. BGHZ 176, 204 (212 ff.) = NJW 2008, 2437.
- 15) Vgl. BGHZ 95, 330 (332) = NJW 1986, 188 – Autokran; BGHZ 165, 85 (89 f.) = NJW 2006, 1344 = NZI 2006, 365; BGHZ 173, 246 (257) = NJW 2007, 2689 = NZI 2007, 603 Rdnr. 27 – Trihotel.
- 16) Vgl. BGHZ 165, 85 (89) = NJW 2006, 1344 = NZI 2006, 365.
- 17) BGHZ 95, 330 = NJW 1986, 188.
- 18) BGHZ 107, 7 = NJW 1989, 1800.
- 19) BGHZ 115, 187 = NJW 1991, 3142.
- 20) BGHZ 122, 123 = NJW 1993, 1200 m. Anm. Kübler.
- 21) Vgl. BGHZ 95, 330 (334 f.) = NJW 1986, 188 – Autokran.
- 22) Das Merkmal „Einzelausgleichsfähigkeit“ diente der Abgrenzung des einfach faktischen vom qualifiziert faktischen GmbH-Konzern.
- 23) Vgl. BGH, NJW 1979, 2104; NJW 1996, 1283; NJW 2005, 145 = NZI 2005, 178 m. Anm. Eisner – Rheumaklinik.
- 24) Vgl. BGH, NJW 2005, 145 (147) = NZI 2005, 178 m. Anm. Eisner – Rheumaklinik.

Verletzung seiner gegenüber der GmbH bestehenden gesellschaftlichen Treuepflicht diskutiert²⁵. Dieses Thema ist von der Durchgriffs- und Konzernhaftung streng zu unterscheiden. Es ist auch nicht neu; die gesellschaftliche Treuepflicht des Gesellschafters gegenüber der GmbH wurde stets parallel zur Durchgriffs- und Konzernhaftung behandelt. Sowohl im „Autokran“- als auch im „Tiefbau“-Urteil wurde die Verletzung dieser Treuepflicht neben der analogen Anwendung der §§ 291 ff. AktG als alternative Anspruchsgrundlage angesprochen²⁶. Der *II. Zivilsenat* lehnte jedoch eine Verantwortlichkeit des Gesellschafters unter diesem Gesichtspunkt ab: kein schützenswertes Eigeninteresse der GmbH, wenn es einen Alleingesellschafter gibt oder alle Gesellschafter einvernehmlich handeln²⁷. Noch sechs Wochen nach „TBB“ hielt er daran fest²⁸; die Frage nach einer Haftung wegen existenzgefährdender Eingriffe wurde dabei ausdrücklich offen gelassen²⁹. Und auch im Urteil vom 21. 6. 1999 – unter Vorsitz von *Röhricht*³⁰ – wurden auf Verletzung der gesellschaftlichen Treuepflicht gestützte Ansprüche der GmbH gegenüber ihrem Gesellschafter unter Bezugnahme auf *BGHZ* 119, 257 und *BGHZ* 122, 333 weiterhin verneint³¹. Bis zum 17. 9. 2001 gab es, soweit ersichtlich, nicht eine *BGH*-Entscheidung, in der Schadensersatzansprüche der GmbH gegenüber ihrem Gesellschafter unter dem Gesichtspunkt der Treuepflichtverletzung bejaht wurden.

3. Wechsel von der Konzern- zur Existenzvernichtungshaftung; Abschaffung der Delikts-(außen-)haftung

a) *Existenzvernichtungsaußenhaftung* Mit „Bremer Vulkan“ gab der *II. Zivilsenat* seine GmbH-Konzernrechtssprechung auf³². Fortan prüfte er eine Gesellschafterhaftung unter dem Begriff „Existenzvernichtung“, die er der Durchgriffshaftung (oben II 1 a) zuordnete³³. Lediglich an der Subsidiaritätsklausel der alten Konzernhaftung – keine Außenhaftung bei Einzelausgleichsfähigkeit – hielt er fest. In der Insolvenz der GmbH war der „Existenzvernichtungsanspruch“ gem. § 93 InsO analog vom Insolvenzverwalter geltend zu machen³⁴.

b) *Existenzvernichtungsinnenhaftung* Diese Rechtsprechung gab der *II. Zivilsenat* in „Trihotel“ wieder auf: Statt des GmbH-Gläubigers (Durchgriffshaftung) kann nur noch die GmbH selbst Ansprüche gegenüber dem Gesellschafter haben bzw. geltend machen, und zwar gem. § 826 BGB. Daneben können der GmbH Ansprüche aus §§ 30, 31 GmbHG zustehen³⁵; die Gläubiger selbst haben keine Direktansprüche mehr³⁶. Die Ansprüche der GmbH fallen in deren Insolvenz in die Masse (§ 35 I InsO); die Anwendung von § 93 InsO analog entfällt³⁷.

III. Stellungnahme

Das Existenzrecht der GmbH bzw. ihr Interesse an ihrem (Fort-)Bestand ist, im Gegensatz zu demjenigen ihres Gesellschafters, nichts anderes als eine Fiktion. Diese Aussage leitet sich aus dem Wesen der juristischen Person ab: Sie entsteht durch bloßen Willensakt ihres Gesellschafters, hat keinen von diesem zu unterscheidenden Willen und ist gegenständlich nicht vorhanden. Sie ist das alleinige Eigentum ihres Gesellschafters, der damit machen kann, was er will. Im Grunde wird dies sowohl von großen Teilen des Schrifttums³⁸ als auch von der Rechtsprechung des *II. Zivilsenats*³⁹ anerkannt. Andererseits besteht die GmbH natürlich nicht nur als Gesellschaftsvertrag und Handelsregisterauszug, sondern sie wird vom Gesellschafter als „Konstrukt“⁴⁰ zur Teilnahme am Wirtschaftsleben/Rechtsverkehr genutzt. Allein vor dem Hintergrund dieser Teilnahme kann sich erst die Frage nach

einem/dem Existenzrecht der GmbH – besser: dem Interesse der *anderen* Teilnehmer an der Existenz der GmbH – stellen. Das vom *II. Zivilsenat* propagierte Bestandsinteresse der GmbH kann daher nur und muss ausschließlich im Kontext dieser anderen Marktteilnehmer ermittelt, bestimmt, definiert werden. Die Berücksichtigung dieses Kontexts und die (richtige) Erfassung der diesen Kontext prägenden Faktoren sind unerlässlich.

Es sind im Wesentlichen folgende Faktoren, die hier zu nennen sind: das Stammkapital sowie das darüber hinaus vorhandene Gesellschaftsvermögen (1), das Phänomen Konzern (2), die (Vertrags-)Autonomie der Marktteilnehmer (3), sowie das eventuell eigene deliktische Verhalten des GmbH-Gesellschafters (4).

1. Stammkapital und weiteres Gesellschaftsvermögen

a) *Ausgangsüberlegung*. Das GmbHG erlaubt dem Gesellschafter, seine Gesellschaft mit begrenzten Mitteln auszustatten; es verlangt von ihm lediglich eine Mindestkapitalisierung. Eine am Geschäftszweck bzw. Finanzbedarf ausgerichtete Kapitalausstattung, eine materielle Kapitalisierung⁴¹ bzw. eine „Fähigkeit der Gesellschaft zur Bedienung ihrer Verbindlichkeiten“⁴² wird nicht gefordert. Dieses Mindestkapital erfüllt daher auch nur eine Mindestfunktion, nämlich den Gläubigern ein Mindestvermögen als Haftungsmasse zur Verfügung zu stellen⁴³. Das über das Stammkapital hinausgehende Vermögen der Gesellschaft wird vom GmbHG – *außerhalb* von Krise, Insolvenz

25) Vgl. *Scholz/Winter*, GmbHG, 9. Aufl. (2000), § 14 Rdnr. 52 m. w. Nachw. Auf den ebenfalls auf diese Treuepflicht gestützten Minderheitenschutz – grdl. *BGHZ* 65, 15 = NJW 1976, 191 – IIT m. Anm. *Ulmer* – soll hier nicht eingegangen werden.

26) Vgl. *BGHZ* 95, 330 (340) = NJW 1986, 188; *BGHZ* 107, 7 (14 f.) = NJW 1989, 1800.

27) Vgl. *BGHZ* 119, 257 (262) = NJW 1993, 193. Von den *Strafsenaten* des BGH wird dies anders gesehen: Untreue des Alleingesellschafters zum Nachteil der GmbH sei grundsätzlich möglich (vgl. *BGHSt* 34, 379 = NJW 1988, 1397; *BGHSt* 35, 333 = NJW 1989, 112; *BGH*, *NSStZ* 1995, 185; *Raiser*, in: *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, 2005, § 14 Rdnrn. 74 f.).

28) *BGHZ* 122, 333 (336) = NJW 1993, 1922.

29) *BGHZ* 112, 333 (336) = NJW 1993, 1922.

30) *Boujong*, unter dessen Vorsitz (seit 1. 12. 1988) „Tiefbau“, „Video“ und „TBB“ ergingen, trat zum 31. 3. 1996 in den Ruhestand. *Röhricht*, bereits seit dem 4. 3. 1986 Mitglied des *II. Zivilsenats*, übernahm als Nachfolger den Vorsitz am 2. 5. 1996.

31) Vgl. *BGHZ* 142, 92 (95 sowie Ls. 2) = NJW 1999, 2817.

32) *BGHZ* 149, 10 = NJW 2001, 3622 = NZI 2001, 641; *BGHZ* 150, 61 (68) = NJW 2002, 1803 = NZI 2002, 395 – Ausfallhaftung.

33) Vgl. *BGHZ* 151, 181 (183, 187) = NJW 2002, 3024 = NZI 2002, 626 – KBV; bestätigt durch „Autovertragshändler“ (*BGH*, *NJW-RR* 2005, 335 = NZI 2005, 237), und „Handelsvertreter“ (*BGH*, *NJW-RR* 2005, 681 = NZG 2005, 214).

34) Vgl. *BGHZ* 164, 50 (62 f.) = NJW 2005, 3137 = NZI 2006, 58 m. Anm. *Haas*.

35) Vgl. *BGHZ* 173, 246 = NJW 2007, 2689 = NZI 2007, 603 (Ls. 2 und 3); bestätigt durch *BGH*, *NJW-RR* 2008, 629 = NZI 2008, 196, und *BGHZ* 176, 204 (209 f.) = NJW 2008, 2437 – Gamma.

36) Vgl. *BGHZ* 173, 246 (257, 260 f.) = NJW 2007, 2689 = NZI 2007, 603; möglich sind nur noch Ansprüche wegen Vermögensvermischung.

37) Vgl. *BGHZ* 173, 246 (261) = NJW 2007, 2689 = NZI 2007, 603.

38) Vgl. *Röhricht*, *WPg* 1992, 766 (784 f.); *Karsten Schmidt*, *NJW* 2001, 3577 (3580); *Kessler*, *GmbHR* 2001, 1095 (1097 f.); *Hönn*, *WM* 2008, 769 (776).

39) Vgl. *BGHZ* 56, 97 (101) = NJW 1971, 1355; *BGHZ* 61, 380 (384) = NJW 1974, 134; *BGHZ* 65, 246 (251) = NJW 1976, 234; *BGH*, *NJW* 1996, 1283; *BGHZ* 151, 181 (188) = NJW 2002, 3024 = NZI 2002, 626 – KBV; *BGH*, *NJW-RR* 2008, 629 = NZI 2008, 196.

40) Vgl. *Hönn*, *WM* 2008, 769 (772).

41) S. o. Fußn. 13.

42) *BGHZ* 151, 181 = NJW 2002, 3024 = NZI 2002, 626 – „KBV“ (Ls. 1).

43) Vgl. *Ulmer*, in: *Ulmer/Habersack/Winter* (o. Fußn. 27), § 5 Rdnr. 9; *Scholz/Winter* (o. Fußn. 25), § 5 Rdnr. 10.

oder Liquidation – nicht erfasst bzw. geschützt⁴⁴. Daher kann dort auch nur hinsichtlich des Stammkapitals – und nicht des Bilanzkapitals – ein Bestandsschutzinteresse der Gläubiger bestehen⁴⁵. Dieses Interesse wird aber bereits durch das Regime der Kapitalaufbringung⁴⁶ und -erhaltung⁴⁷, das die Herstellung und Aufrechterhaltung des satzungsmäßigen Stammkapitals gewährleistet⁴⁸, geschützt⁴⁹. Über diese Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften hinaus gewährt das GmbHG keinen Schutz⁵⁰. Anders bei Krise, Insolvenz und Liquidation: Hier wird/wurde auch das über das Stammkapital hinausgehende Vermögen geschützt (vgl. Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatz; §§ 32a, 32b GmbHG a. F. § 135 InsO n. F.⁵¹, § 64 GmbHG a. F. § 15a InsO n. F.⁵², § 70 GmbHG sowie insbesondere AnfG und InsO)⁵³.

b) *Kritik am BGH*. Wenn man das Postulat einer Schutzlücke hinsichtlich des über das satzungsmäßige Stammkapital hinausgehenden GmbH-Vermögens aufstellt, muss man dies begründen. Man muss – auch und gerade im Lichte der bisherigen *Senatsrechtsprechung* – darlegen, wann ein über die Stammkapitalerhaltung hinausgehender Schutz von GmbH-Vermögen im Interesse der Gläubiger (oder der GmbH) erforderlich ist – die Sanktionslosigkeit des Abzugs von oberhalb des Stammkapitals vorhandenen Vermögens *außerhalb* von Krise, Insolvenz oder Liquidation⁵⁴ begründet noch keine Schutzlücke⁵⁵ – und warum dieses Vermögen dann nicht bereits durch vorhandene gesetzliche Regelungen geschützt ist. Genau diese Darlegung bleibt der *II. Zivilsenat* schuldig, obwohl sich die neue „Existenzvernichtung“ doch gerade auf „zur Insolvenz der GmbH führende oder diese vertiefende kompensationslose Eingriffe“⁵⁶ bezieht/beschränkt⁵⁷. Ob diese Eingriffe nicht bereits durch vorhandene gesetzliche Regelungen erfasst werden, bleibt vollkommen unerörtert. *Hier* hätte man mit der Begründung einer Schutzlücke beginnen müssen: Welche Eingriffe in das zur Gläubigerbefriedigung vorhandene Vermögen, also auch in das über dem Stammkapital liegende, vermag das Insolvenzrecht nicht zu kompensieren⁵⁸? Eingriffe in das Gesellschaftsvermögen – besser: der (dingliche) Abzug von zur Gläubigerbefriedigung geeigneten Vermögenswerten (zu den Gewinn-/Geschäftschancen, Ressourcen⁵⁹ oder nicht bilanzierungsfähigen Vermögenswerten⁶⁰ s. u. 2 b) – finden schließlich nicht im luftleeren Raum statt. Gerade die stets betonte handelsbilanzielle Sichtweise des GmbHG⁶¹ findet in der Insolvenz keine Beachtung mehr⁶². *Röbriecht* bestreitet die Kompensationsfähigkeit des Insolvenzrechts; eine hundertprozentige Insolvenzquote hält er für bloße Theorie⁶³. Theorie ist jedoch nicht (nur) eine zur vollen Befriedigung führende Insolvenzquote, sondern vor allem die offenbare Annahme *Röbriichts*, dass jede GmbH zwingend zu irgendeinem Zeitpunkt einmal über ein zur vollständigen Gläubigerbefriedigung ausreichendes Vermögen verfügt hat⁶⁴. Diese Annahme ist weder mit der nicht bestehenden materiellen Kapitalisierungspflicht⁶⁵ noch mit der Realität vereinbar. Es gibt unzählige GmbH, die vom Start weg nicht überlebensfähig sind. Das GmbHG lässt gerade dies zu und wird dies mit dem MoMiG (Sichwort: Unternehmergesellschaft) noch verstärken⁶⁶.

2. Das Phänomen „Konzern“

a) *Ausgangsüberlegung*. Die GmbH-Konzernrechtsprechung des *II. Zivilsenats* war ein Dauerbrenner in Schrifttum und Lehre und führte zu einer nicht mehr überschaubaren Zahl von Stellungnahmen. Diese betrafen in erster Linie Tatbestand und Rechtsfolgen, weniger jedoch die dieser Rechtsprechung zu Grunde liegende ökonomische

Grundüberlegung: Das wirtschaftliche Eigeninteresse einer juristisch selbstständigen Unternehmenseinheit wird stets vom anderweitigen Unternehmensinteresse des Gesellschafters, vom übergeordneten Interesse der Gesamtunternehmung (= Konzern), überlagert; ein Gleichlauf von Gesellschafter- und Gesellschaftsinteressen kann hier nicht mehr automatisch vorausgesetzt werden. Diese Überlegung liegt auch den §§ 291 ff. AktG zu Grunde. Über die Versuche des Gesetzgebers, für die GmbH vergleichbare Regelungen zu finden⁶⁷, spricht heute niemand mehr⁶⁸; das Thema ist nicht mehr *en vogue*. An der Richtigkeit dieser Grundüberlegung hat sich aber nichts geändert. Ausgangspunkt ist und bleibt die Tatsache der Auslagerung von Haftungsrisiken aus der Gesamtunternehmung durch die rechtliche Vernetzung von Unternehmenseinheiten⁶⁹. Die Beeinträchtigung bzw. Überlagerung der Interessen einer solchen Untereinheit und damit die Gefährdung deren Gläubiger ist dem Konzern systemimmanent⁷⁰; ein Betreiben der Untereinheit als selbstständiges Profit-Center kommt in der Praxis nicht vor⁷¹. Dies ist ein fundamentaler wirtschaftlicher Unterschied zum

44) Vgl. *Hönn*, WM 2008, 769 (775).

45) Vgl. *BGHZ* 126, 181 (188 f.) = NJW 1994, 2220.

46) S. dazu nur die Rspr. zur verdeckten Sacheinlage.

47) Die Rechtsprechung zu §§ 30, 31 GmbHG direkt sowie zum Eigenkapitalersatz nach Rechtsprechungs- (§§ 30, 31 GmbHG a. F. analog) und Novellenregeln (§§ 32a, 32b GmbHG a. F.) kann als lückenlos gelten.

48) Vgl. *Schröder*, GmbHR 2002, 904 (905).

49) Zur möglichen Aufweichung durch das MoMiG s. *Ulmer*, ZIP 2008, 45 (53 f.).

50) Vgl. *BGHZ* 76, 326 (333 f.) = NJW 1980, 1524.

51) Vgl. Art. 1 Nr. 22 und 9 Nr. 8 MoMiG, BGBl I 2008, 2026 (2029, 2038).

52) Vgl. Art. 1 Nr. 43 und 9 Nr. 3 MoMiG, BGBl I 2008, 2026 (2031, 2037).

53) Vgl. *BGHZ* 68, 312 (319) = NJW 1977, 1449 m. Anm. *Karsten Schmidt* – Fertighaus.

54) Vgl. *Röbriecht*, in: Festschr. 50 Jahre BGH, 2000, S. 83 (93).

55) Vgl. *Hönn*, WM 2008, 769 (774); *Haas*, WM 2003, 1929 (1932 f.).

56) *BGHZ* 173, 246 (Ls 1) = NJW 2007, 2689 = NZI 2007, 603 – „Trihotel“.

57) Kaum überzeugend *Röbriecht*, in: Festschr. 50 Jahre BGH (o. Fußn. 54), S. 97 bis 102; *Altmeyen*, ZIP 2008, 1201 (1204): „derartig abwegig“.

58) Vgl. *Hönn*, WM 2008, 769 (775); *Nassall*, ZIP 2003, 969 (973 ff.). Auch in der „Sanitary“-Entscheidung (*BGH*, Urt. v. 9. 2. 2009 – II ZR 292/07) gab es eine Anspruchsgrundlage (s. Rdnrn. 11 f.).

59) Vgl. *BGH*, NJW-RR 2005, 335 = NZI 2005, 237 m. Anm. *Haas* – Autovertragsändler; *BGH*, NZG 2005, 214 – Handelsvertreter; *Strohn*, ZInsO 2008, 706 (708); *Schaefer/Steinmetz*, WM 2007, 2265 (2269).

60) Vgl. *Hönn*, WM 2008, 769 (771).

61) Vgl. *Röbriecht*, in: Festschr. 50 Jahre BGH (o. Fußn. 54), S. 93.

62) So ist die Preisgabe stiller Reserven zum Buchwert (vgl. *Schwab*, ZIP 2008, 341: Buchwert 100 000 Euro, Verkehrswert 3 Mio. Euro) völlig problemlos gem. § 134 I InsO anfechtbar. Gleiches gilt für die Bilanzverkürzung (*Schwab*, ZIP 2008, 341: Auszahlung freier Rücklagen aus dem Kassenbestand) und den Passivtausch (*Schaefer/Steinmetz*, WM 2008, 2265 [2269]: Fremdfinanzierung der Auszahlung freier Rücklagen). Kapital- und Gewinnrücklagen gehören zum Eigenkapital (§ 266 III HGB), und Eigenkapital ist im Überschuldungsstatus nicht zu passivieren. Das heißt, diese Vorgänge, die handelsbilanziell neutral sein mögen, sind es überschuldungsrechtlich gerade nicht; sie sind *unmittelbar* überschuldungserhöhend (Abfluss von Aktiva bei der Bilanzverkürzung; Erhöhung der Fremdverschuldung beim Passivtausch).

63) *Röbriecht*, in: Festschr. 50 Jahre BGH (Fußn. 54), S. 94. Die Kompensationsfähigkeit verneinend auch *Hönn*, WM 2008, 769 (775).

64) *Röbriecht*, in: Festschr. 50 Jahre BGH (o. Fußn. 54), S. 93.

65) Anders wohl *Raiser*, in: Festschr. f. *Ulmer*, 2003, S. 493 (502).

66) Vgl. *BGHZ* 176, 204 (213) = NJW 2007, 2689 = NZI 2007, 603 – Gamma.

67) *Ausf. Assmann*, in: Festschr. 100 Jahre GmbH-Gesetz, 1992, S. 657 (660 ff.).

68) Erwähnt allerdings von *Röbriecht* (o. Fußn. 54), S. 84, 102.

69) Vgl. *Lehmann ZGR* 1986, 345 (366).

70) Vgl. *Goette* (Fußn. 9), § 9 Rdnr. 6.

71) Vgl. *Lehmann ZGR* 1986, 345 (368).

Nichtunternehmer-Gesellschafter, und dieser Unterschied muss rechtliche Konsequenzen haben⁷².

b) *Kritik am BGH*. Die vorgenannte Grundüberlegung war Bestandteil sämtlicher Entscheidungen zum qualifiziert faktischen GmbH-Konzern. Das 1985 in „Autokran“ (unter Vorsitz von *Stimpel*⁷³) herausgearbeitete und in den genannten Folgeentscheidungen (unter Vorsitz von *Boujong*⁷⁴) fortgeführte Haftungssystem wurde *insoweit* – also hinsichtlich dieser Grundüberlegung – nie geändert. Die Grundüberlegung wurde auch durch „TBB“ nicht aufgegeben⁷⁵. Die konzernmäßige Einbindung der GmbH war bzw. blieb ein Grundstein dieser Entscheidung. „TBB“ hielt an der „Notwendigkeit eines besonderen Konzernhaftungsrechts“ fest⁷⁶, verwies auf die „durch die Konzernierung begründeten Gefahren für die außenstehenden Gesellschafter und Gläubiger“⁷⁷ sowie die „bei anderweitiger unternehmerischer Betätigung bestehende ... Gefahr einer Interessenkollision“⁷⁸ und verlangte Kausalität zwischen Konzerninteresse und Beeinträchtigung der GmbH-Belange⁷⁹; insoweit kann also von einem „neuen Ansatz“⁸⁰ keine Rede sein. In seiner Entscheidung vom 25. 11. 1996 – bereits unter Leitung von *Röhrich* – setzte der *II. Zivilsenat* diese Konzernrechtsprechung fort und wies darauf hin, dass der Kläger darlegungs- und beweispflichtig für die pflichtwidrigen, weil *im Konzerninteresse* erfolgten Einwirkungen des Gesellschafters auf die abhängige GmbH sei⁸¹. Und in der Entscheidung vom 2. 10. 2000 – weniger als ein Jahr vor „Bremer Vulkan“, dessen Revisionsverfahren bereits seit 1999 anhängig war – lehnte der *II. Zivilsenat* Konzernhaftungsansprüche im Einklang mit seiner bisherigen Rechtsprechung wegen der Einzelausgleichsfähigkeit der der GmbH entstandenen Nachteile (§§ 30, 31 GmbHG) ab⁸².

Dennoch führt *Röhrich*, dem allein der Wechsel zur „Existenzvernichtungshaftung“ letztlich zugerechnet werden muss⁸³, die in „Bremer Vulkan“ erfolgte Abkehr von dieser Grundüberlegung auf „TBB“ zurück. Die dortige „Klarstellung“ wird als Grund für die „Existenzvernichtungshaftung“ herangezogen: angeblicher Wechsel vom Merkmal „Ausübung dauernder und umfassender Leitungsmacht“ zum Merkmal „Beeinträchtigung der Interessen der abhängigen GmbH“ bzw. zur Anerkennung eines Eigeninteresses auf Bestandswahrung. Dem ist jedoch zu widersprechen. Die „Beeinträchtigung der Interessen der abhängigen GmbH“ war auch schon vor „TBB“ Tatbestandsvoraussetzung der GmbH-Konzernhaftung⁸⁴; sie wurde bis „TBB“ lediglich auf Grund der „Ausübung dauernder und umfassender Leitungsmacht“ – widerleglich⁸⁵ – vermutet. Allein auf diese Beweislastverteilung bezog sich die „Klarstellung“⁸⁶: nicht die „Ausübung dauernder und umfassender Leitungsmacht“, sondern die „Beeinträchtigung der Interessen der abhängigen GmbH“ sei Haftungstatbestand; Letzteres werde durch Ersteres nicht (mehr) vermutet; vielmehr hat der Gläubiger Umstände darzulegen und zu beweisen, aus denen sich diese Beeinträchtigung ergibt⁸⁷. *Röhrich* deutet diese „Beseitigung der (...) Vermutungen“⁸⁸ jedoch dahingehend, dass die genannte ökonomische Grundüberlegung gleich mit beseitigt wurde⁸⁹. Eben dies kann dem „TBB“-Urteil nicht entnommen werden: Die dem Gläubiger (wieder) auferlegte Darlegungs- und Beweislast bezog sich auf Umstände, „die die Annahme zumindest nahelegen, dass bei der Unternehmensführung *im Hinblick auf das Konzerninteresse* die eigenen Belange der GmbH über bestimmte, konkret ausgleichsfähige Einzeleingriffe hinaus beeinträchtigt worden sind (...)“⁹⁰.

Während die „Klarstellung“ in „TBB“ also ausschließlich im konzernrechtlichen Kontext erfolgte, wurde sie in der Folge von

Röhrich dazu benutzt, ein vom bislang verneinten Eigeninteresse der GmbH (s. oben II 2) zu unterscheidendes Bestandsschutzinteresse der GmbH zu begründen⁹¹, obwohl doch die jetzige Existenzvernichtung vom *II. Zivilsenat* früher ausschließlich im Kontext eben dieses Eigeninteresses besprochen wurde (s. oben II 2). Die von *Röhrich* propagierte Unterscheidung zwischen Bestandsschutz- und Eigeninteresse ist vollkommen neu und auch nicht verständlich. Welcher Unterschied besteht zwischen einer Maßnahme, die die Gesellschaft in ihrer Existenz gefährdet⁹², und einem „so genannten existenzvernichtenden Eingriff“⁹³ in seiner Verwendung seit „Bremer Vulkan“? Ist die bis September 2001 offengebliebene Frage nach der Innenhaftung des GmbH-Gesellschafters unter dem Gesichtspunkt der Treupflichtverletzung mit der aktuellen Rechtsprechung zur „Existenzvernichtung“ nunmehr beantwortet⁹⁴?

Nicht beantwortet ist jedenfalls die Frage, weshalb die ökonomische Grundüberlegung nicht mehr gelten soll. Es mag ja sein, dass auch der „Privatgesellschafter“ ein im Interesse der Gläubiger zu bejahendes Existenzrecht seiner GmbH verletzen kann⁹⁵. Gerade empirisch ist dies jedoch nicht zu belegen. Denn eines fällt doch geradezu auf: Ob „Bremer Vulkan“, „KBV“, „Rheumaklinik“, „Autovertragshändler“, „Handelsvertreter“, „Trihotel“, „Gamma“ oder „Sanitary“ – es war stets eine Konzernlage gegeben⁹⁶, die insolventen GmbH hatten stets einen anderweitig unternehmerisch tätigen Gesellschafter⁹⁷! Dieser kalkuliert und handelt eben ganz anders, und die „Entnahme wichtiger Produktionsmittel“⁹⁸, der „Entzug von Vertriebskanä-

72) Vgl. *Wiedemann*, ZGR 2003, 283 (296); *Hölzle*, DZWIR 2007, 397 (401 ff.).

73) Nachruf von *Karsten Schmidt*, JZ 2008, 510.

74) Nachruf von *Röhrich*, NJW 2004, 3252.

75) Vgl. *Bitter*, WM 2001, 2133 (2135).

76) BGHZ 122, 123 (127) = NJW 1993, 1200 m. Anm. *Kübler*.

77) BGHZ 122, 123 (127) = NJW 1993, 1200 m. Anm. *Kübler*.

78) BGHZ 122, 123 (127 f.) = NJW 1993, 1200 m. Anm. *Kübler*.

79) BGHZ 122, 123 (130) = NJW 1993, 1200 m. Anm. *Kübler*.

80) *Röhrich*, in: Festschr. 50 Jahre BGH (o. Fußn. 54), S. 86; *Altmeppen*, ZIP 2002, 1553: „Abkehr“.

81) BGH, NJW 1997, 943 (944).

82) BGH, NJW 2001, 370.

83) Vgl. *Karsten Schmidt*, NJW 2001, 3577 (3581); *Bitter*, WM 2001, 2133 (2135); *Ulmer*, ZIP 2001, 2021 (2023); *Goette*, DSrR 2001, 1857; *ders.*, ZInsO 2007, 1177 (1182); *Hoffmann*, NZG 2002, 68 (69); *Strohn*, ZInsO 2008, 706 (707); *Bruns*, WM 2003, 815 (816); *Wiedemann*, ZGR 2003, 283 (284 f.). Auch in „KBV“ findet sich nur *Röhrichs* Aufsatz als Quellennachweis. S. auch die unterschiedlichen Wertungen des jetzigen Vorsitzenden *Goette* (o. Fußn. 9), § 9 Rdnrn. 21 f., einerseits und in der Voraufgabe (Die GmbH nach der BGH-Rechtsprechung: zivilrechtliche Grundlagen steuerlicher Beratung, 1997), § 9 Rdnr. 14, andererseits.

84) Vgl. BGHZ 95, 330 (344) = NJW 1986, 188 – Autokran.

85) Vgl. BGHZ 116, 37 (42) = NJW 1992, 505 – Stromlieferung. Die „Ausübung dauernder und umfassender Leitungsmacht“ selbst war im Übrigen kein Tatbestandsmerkmal der Konzernhaftung, sondern gem. §§ 17, 18 I 3 AktG einfach stets gegeben bzw. unwiderleglich vermutet.

86) Vgl. *Boujong*, in: Festschr. f. *Odersky*, 1996, S. 739 (752); *Goette* (Fußn. 9), § 9 Rdnr. 20.

87) Vgl. BGHZ 122, 123 (131, 133) = NJW 1993, 1200 m. Anm. *Kübler*, wo auf den allein beweisrechtlichen Hintergrund hingewiesen wird.

88) *Röhrich*, in: Festschr. 50 Jahre BGH (o. Fußn. 54), S. 120.

89) Vgl. *Röhrich*, in: Festschr. 50 Jahre BGH (o. Fußn. 54), S. 121.

90) BGHZ 122, 123 (131) = NJW 1993, 1200 m. Anm. *Kübler* (Hervorhebung durch Verf.).

91) Vgl. *Röhrich*, in: Festschr. 50 Jahre BGH (o. Fußn. 54), S. 107: Eigeninteresse zu Gunsten der Minderheitsgesellschafter einerseits und Bestandsschutzinteresse andererseits, die nicht zu verwechseln seien.

92) Vgl. BGHZ 122, 333 (336) = NJW 1993, 1922.

93) Vgl. BGH, NJW-RR 2005, 335 (Ls. 1) = NZI 2005, 237 m. Anm. *Haas* – Autovertragshändler.

94) Bejahend wohl *Röhrich*, in: Festschr. 50 Jahre BGH (o. Fußn. 54), S. 103, und *Raiser* (o. Fußn. 65), S. 502; gegen die Annahme eines Eigeninteresses *Benecke*, BB 2003, 1190 (1193). Dass die Frage unbeantwortet ist, belegt die Diskussion, vgl. *Schwab*, ZIP 2008, 341 (343); *Gehrlein*, WM 2008, 761 (767 f.).

95) Vgl. *Röhrich*, in: Festschr. 50 Jahre BGH (o. Fußn. 54), S. 118 f.

96) Ebenso *Bicker*, DZWIR 2007, 284.

97) Vgl. *Strohn*, ZInsO 2008, 706 (709).

98) Vgl. *Röhrich*, in: Festschr. 50 Jahre BGH (o. Fußn. 54), S. 93.

len und des Kundenstamms⁹⁹ oder der „Ressourcenabzug“¹⁰⁰ erscheinen sofort in einem anderen Licht¹⁰¹. Warum auch sollte der Nichtunternehmer-Gesellschafter seine *eine* GmbH vernichten oder „ausplündern“? Insofern weist Röhrich selbst (und vollkommene zum Recht) darauf hin, dass das GmbHG vom „Gleichlauf des Gesellschafts- und des Gesellschafterinteresses“ ausgeht, es somit keine „Spielregeln“ bei fehlendem Gleichlauf enthält und daher „das Problem des nicht mit dem Verbot der Stammkapitalrückzahlung erfassbaren Ressourcentransfers fast ausschließlich unter konzernrechtlichen Gesichtspunkten diskutiert wurde“¹⁰². Diese Überlegungen werden seit „Bremer Vulkan“ vollkommen ausgeblendet.

Die Konzernierung der GmbH ist also – im Gegensatz zu deren Existenzrecht – eine Realität¹⁰³. Ebenso die damit verbundenen Gefahren, die häufig nicht das ohnehin bereits geschützte Vermögen betreffen, sondern „abstrakter“ wirken (Geschäftschancen, Ressourcen etc.). Die allein insoweit möglicherweise bestehende Lücke in der Kompensationsfähigkeit des Gläubiger-/Insolvenzanfechtungsrechts auf Tatbestands- und/oder Rechtsfolgenseite¹⁰⁴ wurde durch die GmbH-Konzernhaftung geschlossen¹⁰⁵. Man mag die von „Autokran“ bis „TBB“ favorisierte Antwort auf die Konzernrechtsfrage mit sehr guten Gründen für falsch erachten. Dies ändert aber nichts an der Existenz des Konzerns, den damit verbundenen Problemen sowie der Notwendigkeit, diese zu lösen¹⁰⁶. Vorschläge dazu sind vorhanden¹⁰⁷. Die „Existenzvernichtungshaftung“ ist jedenfalls keine Lösung.

3. Risikoallokation auf die Vertrags- bzw. freiwilligen Gläubiger

a) *Ausgangsüberlegung*. Eine Gesellschaft „mit beschränkter Haftung“ gibt es nicht; beschränkt ist nicht ihre Haftung, sondern diejenige ihres Gesellschafters (s. oben II 1 a)¹⁰⁸. Die GmbH muss (wie jede juristische Person) genauso unbeschränkt für ihre Verbindlichkeiten einstehen wie eine natürliche Person auch¹⁰⁹. Und wie bei einer solchen auch kann das den Gläubigern zur Verfügung stehende Vermögen der GmbH verbraucht bzw. nicht mehr ausreichend sein. Dieser Vermögensverbrauch bzw. -mangel geht immer zu Lasten der noch unbefriedigten (und ungesicherten) Gläubiger, wiederum ohne Unterschied, ob es sich bei dem Schuldner um eine natürliche oder eine juristische Person handelt¹¹⁰. Das damit verbundene Ausfallrisiko ist jedem Schuldverhältnis immanent¹¹¹, und es stellt sich die Frage, von wem es (letztlich) zu tragen ist. An dieser Stelle kommen Vertragsautonomie und Risikoallokation ins Spiel.

Das BGB geht nicht umsonst vom Grundsatz der Gleichzeitigkeit des Leistungsaustauschs aus (§ 320 BGB). Und wo dieser Grundsatz nicht gilt (z. B. beim Werkvertrag¹¹²), kann der Vorleistende seinen Gegenleistungsanspruch absichern (vgl. §§ 648a, 648b BGB). Der stets propagierte Gläubigerschutz darf nicht zu einer Generalklausel führen, auf deren Grundlage die Vertragsautonomie jegliche Bedeutung verliert¹¹³. Ergänzende Vertragsauslegung ist unserem Recht nicht fremd (§ 157 BGB). Was sollte also dagegen sprechen, den Vertrags- bzw. freiwilligen Gläubiger – jedenfalls vom Grundsatz her – die Konsequenzen einer unterlassenen Absicherung seiner Ansprüche tragen zu lassen (Risikoallokation als Vertragsbestandteil)¹¹⁴? Ein Gläubiger, der das Risiko der Insolvenz seines Vertragspartners GmbH auf diese Weise (konkudent) übernimmt, kann sich dann hinterher natürlich nicht mehr beim Gesellschafter schadlos halten¹¹⁵.

Wer dies für zu weit hergeholt hält, dem sei gesagt: Jede Insolvenz bedeutet für die beteiligten ungesicherten Gläu-

biger verwirklichtes Ausfallrisiko. Aus ökonomischer Sicht findet eine Allokation also schon immer statt. Die Frage ist nur, ob diese Tatsache auch juristisch zu berücksichtigen ist. Das *BVerfG* bejaht dies. Im Zusammenhang mit der vom *AG München* vorgelegten Frage nach der Verfassungswidrigkeit des 8. Teils der InsO hat der 1. Senat ausgeführt¹¹⁶:

„Das vorliegende Gericht ist zudem nicht darauf eingegangen, dass Gläubiger bereits bei Vertragsabschluss für eine Absicherung sorgen können und sich das Risiko der mangelnden Durchsetzbarkeit ihrer Forderung damit teilweise auf ihr eigenes, aus der Vertragsautonomie folgendes Verhalten zurückführen lässt“.

Klare Worte, die sich, wie so oft, auch beim Blick über den deutschen Tellerrand finden lassen. So ist die Überlegung, Gesellschaftsgläubigern den Zugriff auf das Gesellschaftervermögen unter Hinweis auf die Freiwilligkeit ihrer Vertragsbeziehung zur Gesellschaft zu verwehren, in den USA schon lange und vergleichsweise häufig anzutreffen¹¹⁷.

b) *Kritik am BGH*. Soweit ersichtlich hat sich der *BGH* – die Rechtsprechung insgesamt – diesem Thema noch nicht zugewandt; allenfalls unbewusst hat sich der *BGH* hierzu schon geäußert¹¹⁸. Im Schrifttum wird es dagegen vereinzelt behandelt¹¹⁹. Es ist sicher kein Einfaches. Risikoallokation soll nicht als „Totschlagargument“ gegen

99) Vgl. *Paefgen*, DB 2007, 1907.

100) Vgl. *Röhrich*, in: *Festschr. 50 Jahre BGH* (o. Fußn. 54), S. 108.

101) Vgl. *Hönn*, WM 2008, 769 (777) zu den Abweichungen bei Konzernsachverhalten.

102) *Röhrich*, in: *Festschr. 50 Jahre BGH* (o. Fußn. 54), S. 102.

103) Dass der „Konzern“ existiert und man an seinen Besonderheiten nicht vorbeikommt, zeigt sich z. B. beim Cash-Pooling (§ 30 I 2 GmbHG i. d. F. von Art. 1 Nr. 20 MoMiG, dazu *BT-Dr 16/6140*, S. 41), bei früheren (z. B. *AEG*, dazu *Kübler*, ZGR 1984, 560) und aktuellen Konzerninsolvenzen (z. B. *PIN-Gruppe*, dazu *Paulus*, EWIR 2008, 531) sowie den Bemühungen um ein KonzerninsolvenzR (dazu *Hirte*, ZIP 2008, 444; *Rennert-Bergenthal*, ZInsO 2008, 1316; krit. *Uhlenbruck*, in: *Festschr. f. Braun*, 2007, S. 335).

104) Vgl. *Hönn*, WM 2008, 769 (775 f.).

105) Vgl. *Lieder*, DZWIR 2008, 145 (147).

106) Vgl. *Goette* (o. Fußn. 9), § 9 Rdnr. 12.

107) Vgl. *Kirchner*, Zur Fehlkonstruktion des deutschen Konzernrechts – Kritik und Neuansätze in interdisziplinärer Perspektive, in: *Schreyögg/Sydow*, Managementforschung 7: Gestaltung von Organisationsgrenzen, S. 271; *Forum Europaeum KonzernR*, ZGR 1998, 672.

108) Vgl. *Ulmer*, in: *Ulmer/Habersack/Winter* (o. Fußn. 27), Einl. A Rdnr. 1 (der Begriff ist „irreführend“).

109) Vgl. *Hönn*, WM 2008, 769 (772).

110) Vgl. *BGHZ* 29, 100 (106) = *NJW* 1959, 623.

111) Dieses Risiko bestünde entgegen *Hölzle*, DZWIR 2007, 397 (405), auch bei „Informationssymmetrie“, da die „Risikoprämie“ nicht den Ausfall kompensieren kann.

112) Vgl. *Palandt/Sprau*, BGB, 67. Aufl. (2008), § 641 Rdnr. 2.

113) Zum „Selbstschutz der Gläubiger“ vgl. *Gloger/Goette/Japing*, ZInsO 2008, 1051 (1057).

114) Ohne Begr. abl. *Henze*, NZG 2003, 649 (657f.), wonach diese Überlegung „dem deutschen Recht fremd“ sei.

115) So bereits *Hofmann*, *NJW* 1966, 1941 (1945): „Er (der Richter – *Verf.*) kann nicht ein Risiko, das der Gläubiger tragen soll, auf dem Wege über § 242 BGB dem Gesellschafter einer unterkapitalisierten GmbH zuschieben“.

116) *BVerfG*, ZVI 2006, 125 (127).

117) Vgl. z. B. *Brunswick Corp. v. Waxman*, 599 F.2d 34, 36 (2d Cir. 1979): „Under these circumstances Brunswick obtained precisely what it bargained for, and it did not bargain for or contemplate the individual liability of the Waxmans which it now seeks to enforce. To pierce the corporate veil here would not in our view accomplish justice or equity but would in fact thwart that end.“

118) Vgl. *BGHZ* 151, 353 (369f.) = *NJW* 2002, 3326 = *NZI* 2006, 543.

119) Vgl. *Lehmann*, ZGR 1986, 345 (359ff.). Zur wirtschaftswissenschaftlichen Betrachtung des Konzerns vgl. *Kirchner* (o. Fußn. 107), S. 271 ff. Krit. zur Einbeziehung ökonomischer Überlegungen in die Rechtsprechung *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts (Universität München, 1994), in: *Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften*, Bd. 90, 3. Aufl. (2005), S. 450 ff.

jedwede Gesellschafterhaftung benutzt werden. Aber die Freiwilligkeit des zur GmbH bestehenden Schuldverhältnisses ist eben auch ein Faktor, der den oben genannten Kontext – GmbH als Medium zur Teilnahme am Wirtschaftsleben/Rechtsverkehr – betrifft und daher Berücksichtigung finden muss. Selbstverständlich kann dieses Argument nicht bei z. B. strafrechtlich relevantem Verhalten (Eingehungsbetrug) und nicht für unfreiwillige Gläubiger wie deliktisch Geschädigte oder Krankenkassen und Fiskus gelten, denen die Beitrags- bzw. Steuerschuldner oktroyiert werden. Und auch darüber hinaus kann diese Überlegung sicher nicht einfach verallgemeinert werden. Ignoriert werden kann sie aber nicht.

4. Deliktisches Verhalten des Gesellschafters

a) *Ausgangsüberlegung.* Das BGB, das Recht insgesamt, benutzt „Treu und Glauben“ und die „guten Sitten“ als Generalklauseln, um bestimmte Sachverhalte, „extreme“ Sachverhalte, aufzufangen, die anderweitig nicht erfasst oder geregelt würden. So wurde die oben genannten Durchgriffshaftung aus § 242 BGB (Rechtsmissbrauch) heraus entwickelt bzw. begründet¹²⁰. Und auch über § 826 BGB wurden GmbH-Gesellschafter erfolgreich in Anspruch genommen (s. oben II 1 c). Diese zu einem Anspruch des GmbH-Gläubigers führende Durchgriffs- und Deliktshaftung des GmbH-Gesellschafters lässt sich, ungeachtet der dogmatischen Unterschiede, zusammenfassend als „Generalklauselhaftung“ bezeichnen. Eine solche Haftung sollte nicht ohne Not bemüht werden¹²¹.

b) *Kritik am BGH.* Es erscheint mehr als zweifelhaft, dass es richtig ist, eine spezifisch gesellschaftsrechtliche Konstruktion – die GmbH bzw. den Konzern – statt mit spezifisch gesellschaftsrechtlichen mit allgemein zivilrechtlichen bzw. Generalklausel-Regelungen zu erfassen¹²². GmbH und Konzern sind keine Ausnahmefälle, die nur noch unter § 826 BGB fallen¹²³; sittenwidrig sind sie jedenfalls nicht. Zudem führt dies zu der äußerst problematischen Annahme eines Schadens bei der GmbH statt eines solchen bei den Gläubigern¹²⁴, obwohl sich das deliktische Verhalten typischerweise gegen Letztere richtet. Ohne die Bejahung eines eigenständigen, gläubigerunabhängigen, gegenüber ihrem Gesellschafter bestehenden Existenzrechts der GmbH ist diese Position im Grunde nicht zu halten¹²⁵. Aber genau diese Aussage macht der *II. Zivilsenat* nicht, obwohl sich ein Schadensersatzanspruch der GmbH jedenfalls bislang (s. oben II 2) über § 823 II BGB i. V. mit § 266 StGB nicht begründen ließ¹²⁶. Stattdessen nennt der *II. Zivilsenat* die Gläubiger als die zu Schützenden, verdrängt sie aber gleichzeitig zu Gunsten der GmbH als Anspruchsinhaber aus § 826 BGB, obwohl die frühere Delikts-(außen-)haftung und die jetzige „Existenzvernichtungs-(innen-)haftung“ vom *II. Zivilsenat* „mit denselben begrifflichen Merkmalen“¹²⁷ unter § 826 BGB subsumiert wurde bzw. wird (bloßer Gläubigerwechsel). Die Diskrepanz zwischen dem propagierten Gläubigerschutz einerseits¹²⁸ und dem Versagen eines Direktanspruches zu Gunsten eben dieser Gläubiger andererseits¹²⁹ ist augenfällig. Es bleibt unklar, wer hier letztlich geschützt werden soll¹³⁰.

Unklar ist auch, ob der Existenzvernichtungsanspruch jetzt zwingend die Einleitung eines Insolvenzverfahrensverfahrens die GmbH betreffend voraussetzt. Die Ausführungen in „Trihotel“ lesen sich so, das heißt der Anspruch kann nur nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens vom Insolvenzverwalter bzw. nur nach Abweisung eines entsprechenden Antrages mangels Masse vom Gläubiger geltend gemacht werden¹³¹. Dies setzt die Gläubiger bei einem Insolvenzantrag zusätzlichen Kostenrisiken aus

(§ 6 I Nr. 2 GKG). Außerdem kann nur noch der Anspruch der GmbH gepfändet werden¹³². Unter Geltung der Konzernrechtsprechung hatten die Gläubiger im Falle einer stillen Liquidation oder liquidationslosen Vollbeendigung der GmbH noch Direktansprüche gegenüber dem Gesellschafter¹³³. Jetzt stehen die Gläubiger schlechter¹³⁴. Im Übrigen bestätigte das Erfordernis einer Insolvenzeröffnung/Abweisung eines Insolvenzantrags mangels Masse, dass es *außerhalb* einer Insolvenz keine Schutzlücke im GmbHG gibt.

Ob die nun im Deliktsrecht angesiedelte Gesellschafterhaftung auch auf Gesellschafter so genannter Scheinlandschaften anwendbar ist¹³⁵, soll hier nicht erörtert werden¹³⁶.

IV. Zusammenfassung

Der Verfasser hat große Zweifel, dass die „Existenzvernichtungshaftung“ in ihrer jetzigen Form gesellschaftsrechtlich sinnvoll, dogmatisch richtig und wirtschaftlich zielführend ist. Vor allem aber bezweifelt er die Richtigkeit der Überlegungen, die diese Haftung überhaupt erst eingeleitet haben. Wer sich damit befasst, muss sich mit *Röhrichs* Festschriftbeitrag auseinandersetzen, mit diesem beginnen. *Röhrich* hat, wie das Senatsvorsitzende gelegentlich tun, einem Rechtsproblem seine Prägung gegeben, ohne dass dies für Außenstehende absehbar gewesen wäre¹³⁷. Der mit „Bremer Vulkan“ eingeleiteten

120) Vgl. BGHZ 22, 226 (230) = NJW 1957, 181; BGHZ 26, 31 (34) = NJW 1958, 98; BGHZ 31, 258 (271) = NJW 1960, 285 – Flugtaxi; BGHZ 68, 312 (314 f.) = NJW 1977, 1449 m. Anm. *Karsten Schmidt* – Fertighaus; zum Verein BGHZ 54, 222 (224) = NJW 1970, 2015 – Siedler-Fall; BGHZ 175, 12 (18) = DStR 2008, 363 – Kolpingwerk.

121) Vgl. *Hönn*, WM 2008, 769 (776).

122) Vgl. *Lieder*, DZWir 2008, 145 (147).

123) Vgl. *Lieder*, DZWir 2008, 145 (147); *Hönn*, WM 2008, 769 (773 f.).

124) Vgl. *Hönn*, WM 2008, 769 (772); *Altmeyden*, ZIP 2008, 1201 (1204).

125) Vgl. *Hönn*, WM 2008, 769 (774).

126) Angeblich ist dies jetzt anders, vgl. *Gehrlein*, WM 2008, 761 (768); genau umgekehrt *Weller*, ZIP 2007, 1681 (1688).

127) BGHZ 173, 246 (255) = NJW 2007, 2689 = NZI 2007, 603 – Trihotel.

128) Vgl. BGHZ 173, 246 (257) = NJW 2007, 2689 = NZI 2007, 603 – Trihotel.

129) S. Fußn. 36.

130) Vgl. *Gloger/Goette/Japing*, ZInsO 2008, 1051 (1054); *Hönn*, WM 2008, 769 (773).

131) Vgl. BGHZ 173, 246 (261 f.) = NJW 2007, 2689 = NZI 2007, 603 – Trihotel; s. auch BGH, NJW-RR 2008, 629 = NZI 2008, 196. Laut der „Sanitary“-Entscheidung des BGH (Urt. v. 9. 2. 2009 – II ZR 292/07, dort Ls. 1) kommt der Anspruch auch bei (offener) Liquidation der GmbH in Betracht.

132) BGHZ 173, 246 (262) = NJW 2007, 2689 = NZI 2007, 603 – Trihotel.

133) Vgl. BGHZ 95, 330 (347) = NJW 1986, 188 – „Autokran“; BGHZ 115, 187 (200) = NJW 1991, 3142 – Video; BGHZ 116, 37 (42) = NJW 1992, 505 – Stromlieferung.

134) Vgl. *Gehrlein*, WM 2008, 761 (766); *Schwab*, ZIP 2008, 341 (347); *Paefgen*, DB 2007, 1907 (1909). Den Gläubigern stehen keine Zwangsmittel zur Verfügung (vgl. §§ 97, 98, 101 InsO); und die Einsichtnahme in das Gutachten des Sachverständigen ist schwierig (vgl. *OLG Frankfurt a. M.*, NZI 2008, 618).

135) Vgl. *Lieder*, DZWir 2005, 309 (318); *ders.*, DZWir 2008, 145 (148); *Gehrlein*, WM 2008, 761 (762, 769); *Weller*, ZIP 2007, 1681 (1688 f.); *Paefgen*, DB 2007, 1907 (1912); *Burg/Müller-Seils*, ZInsO 2007, 929 (931).

136) Das neue Haftungsmodell wird rein *GmbH-rechtlich* (Schutzlücke) begründet; diese Begr. ist auf EU-Auslandsgesellschaften und deren *lex societatis* des Gründungsstaates nicht übertragbar. Zweifeln – also letztlich abl. – auch *Goette*, ZInsO 2007, 1177 (1183).

137) Die für *BFH*- und *BGH*-Senatsvorsitzende bestehende Möglichkeit, die Rechtsprechung „ihres“ Senats zu beeinflussen (Stichwort: spruchkörperinterne Geschäftsverteilung), wird in Hinblick auf Art. 101 I 2 GG immer wieder kritisiert (vgl. *Katholnigg*, NJW 1992, 2256; *Leisner*, NJW 1995, 285; *Sangmeister*, NJW 1995, 289).

neuen Rechtsprechung fehlt jegliche gesellschaftsrechtliche „Harmonie“ sowohl innerhalb der „Existenzvernichtung“ selbst („Inhomogenität und Unschärfe“¹³⁸) als auch hinsichtlich der vorhergehenden *Senatsrechtsprechung*¹³⁹, mit der sich das neue Haftungsmodell nicht vereinbaren lässt. Dies betrifft vor allem die angebliche Schutzlücke im GmbHG. Ob der *II. Zivilsenat* jetzt eine gesellschaftsrechtliche Treuepflicht des Gesellschafters gegenüber der GmbH bejaht oder nicht, ist unklar. Existenzvernichtende Eingriffe finden typischerweise im Unternehmensverbund, nämlich zu Gunsten einer zum Verbund gehörenden anderen Gesellschaft statt. Die Entscheidung seit „Bremer Vulkan“ belegen das. Ob diese Eingriffe nicht bereits insolvenzrechtlich kompensiert bzw. rückgängig gemacht werden können, bleibt ungeprüft. Nur soweit das nicht der Fall wäre, bedürfte es weitergehender, nämlich konzernrechtlicher Regelungen. Eine Korrektur der alten GmbH-Konzernrechtsprechung wäre nicht zu beanstanden gewesen; ihre völlige Abschaffung dagegen ist es.

138) BGHZ 173, 246 (254) = NJW 2007, 2689 = NZI 2007, 603 – Trihotel.

139) Vgl. Hölzle, DZWIR 2007, 397 (398).

Rechtsanwalt Dr. Philipp Fölsing, Hamburg

Die Sonderinsolvenzverwaltung: Klärung des Antrags- und Beschwerderechts durch den BGH*

Der Sonderinsolvenzverwalter unterstützt das Insolvenzgericht bei seiner Aufsicht über den Insolvenzverwalter. Er kann auch bei Interessenkonflikten des Insolvenzverwalters eingesetzt werden. Eine wichtige Aufgabe des Sonderinsolvenzverwalters ist gem. § 92 S. 2 InsO die Prüfung und Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen der Masse gegen den Insolvenzverwalter. Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 5. 2. 2009 (NZI 2009, 238) erstmals zum Antrags- und Beschwerderecht einzelner Insolvenzgläubiger Stellung genommen.

I. Der Sonderinsolvenzverwalter

Gemäß § 92 S. 2 InsO können Schadenersatzansprüche der Masse gegen den Insolvenzverwalter nur durch einen anderen Insolvenzverwalter geltend gemacht werden. Dazu muss der Insolvenzverwalter aber nicht aus seinem Amt entlassen werden. Wenn sein Fehlverhalten nicht gravierend genug ist, um ihn aus seinem Amt zu entlassen, ist als milderer Mittel die Einsetzung eines Sonderinsolvenzverwalters zur Prüfung und gegebenenfalls Geltendmachung von Ansprüchen der Masse möglich¹. Die Sonderinsolvenzverwaltung ist in der InsO nicht geregelt. Der Regierungsentwurf der InsO vom 15. 4. 1992 sah zwar ursprünglich in § 77 InsO-E eine Regelung vor, nach der ein Sonderinsolvenzverwalter bestellt wird, wenn der Insolvenzverwalter aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen an der Wahrnehmung seiner Aufgaben gehindert ist. Gemäß § 77 II InsO-E sollten auf den Sonderinsolvenzverwalter die §§ 65 bis 78 InsO-E (§§ 56 bis 66 InsO) entsprechend Anwendung finden². Der Rechtsausschuss des Bundestags hielt die Bestimmung jedoch in seiner Stellungnahme vom 19. 4. 1994 für überflüssig³. Daraufhin wurde sie gestrichen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH⁴ und einhelligen Auffassung der Literatur⁵ ist die Bestellung

des Sonderinsolvenzverwalters auch ohne ausdrückliche Regelung zulässig. Das Insolvenzgericht kann einen Sonderinsolvenzverwalter von Amts wegen einsetzen, damit dieser das Gericht bei der Aufklärung bestimmter Sachverhalte und der Aufsicht über den Verwalter unterstützt. Auf Antrag oder von Amts wegen kann ein Sonderinsolvenzverwalter auch bei Interessenkonflikten des Insolvenzverwalters eingesetzt werden, gem. § 92 S. 2 InsO insbesondere dann, wenn Schadenersatzansprüche der Masse gegen den Verwalter in Betracht kommen. Für die Bestellung eines Sonderinsolvenzverwalters müssen die Ansprüche gegen den Insolvenzverwalter nicht feststehen oder wahrscheinlich sein. Es genügt vielmehr, wenn Schadenersatzansprüche gegen den Verwalter möglich erscheinen⁶. Der Insolvenzverwalter ist verpflichtet, dem Sonderinsolvenzverwalter alle für seinen Aufgabenbereich relevanten Auskünfte zu erteilen und Unterlagen herauszugeben. Lehnt der Verwalter die Zusammenarbeit mit dem Sonderinsolvenzverwalter ab, kann ihn das Insolvenzgericht gem. § 58 I InsO vorladen und vernehmen. Verweigert der Insolvenzverwalter auch gegenüber dem Insolvenzgericht seine Kooperation, kann das Gericht gem. § 58 II InsO Zwangsgelder von bis zu 25 000 Euro gegen ihn verhängen. Das gilt auch dann, wenn sich der Insolvenzverwalter durch wahrheitsgemäße Auskünfte selbst belasten und zivilrechtlicher Haftung aussetzen würde⁷.

II. Antrags- und Beschwerderecht einzelner Insolvenzgläubiger

Bislang war in Rechtsprechung und Literatur umstritten, ob ein einzelner Insolvenzgläubiger beantragen kann, dass ein Sonderinsolvenzverwalter zur Prüfung und gegebenenfalls Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen der Masse gegen den Verwalter eingesetzt wird, und ob ihm gegen eine ablehnende Entscheidung des Insolvenzgerichts ein Beschwerderecht zusteht. Gegen die Bestellung eines Sonderinsolvenzverwalters billigte der BGH dem Insolvenzverwalter kein Beschwerderecht zu⁸. Dem Schuldner sprach er gegen den ablehnenden Beschluss des Insolvenzgerichts ebenfalls ein Beschwerderecht nicht zu⁹. Gläubiger verwies der BGH zur Geltendmachung von Masseforderungen, die der Insolvenzverwalter im laufenden Verfahren begründet hatte, auf den Klageweg vor das zuständige Zivilgericht¹⁰. Grundsätzlich zog der BGH jedoch ein Beschwerderecht analog § 59 II 2 InsO in Betracht¹¹. Ob ein Antrags- und Beschwerderecht eines einzelnen Insolvenzgläubigers zu bejahen ist, wenn es um die gem. § 92 S. 2 InsO einem (Sonder-)Insolvenzverwalter vorbehaltene Geltendmachung eines Gesamtschadens

* Zugleich Besprechung von BGH, Beschl. v. 5. 2. 2009 – IX ZB 187/08, NZI 2009, 238. – Der Autor ist Rechtsanwalt bei JNP Johlke, Niethammer & Partner in Hamburg.

1) Vgl. Pape, NZI 2006, 65 (72).

2) Vgl. BT-Dr 12/2443, S. 20.

3) Vgl. BT-Dr 12/7302, S. 162.

4) Vgl. BGH, NJW-RR 2008, 1580 = NZI 2008, 485; NJW-RR 2007, 1535 = NZI 2007, 284 (285); NZI 2007, 237 (238); NZI 2006, 474 (475).

5) Vgl. Frege, Der Sonderinsolvenzverwalter, 2008, Rdnr. 7 m. w. Nachw.

6) Vgl. Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl. (2003), § 56 Rdnr. 31.

7) Vgl. LG Göttingen, NZI 2009, 61 (62).

8) Vgl. BGH, NJW-RR 2007, 1535 = NZI 2007, 284 (285); NZI 2007, 237 (238).

9) Vgl. BGH, NZI 2006, 474 (475).

10) Vgl. BGH, Beschl. v. 20. 9. 2007 – IX ZB 239/06, BeckRS 2007, 16307.

11) Vgl. BGH, NZI 2006, 474 (475).