

Existenzvernichtungshaftung, §§ 30, 31, 43 GmbHG und § 64 S. 3 GmbHG – Koordinierungsbedarf?

ZHR 173 (2009) 589–595

I. Der Gesetzgeber hat mit § 64 S. 3 GmbHG i. d. F. des MoMiG einen neuen Haftungstatbestand geschaffen. Danach sind die Geschäftsführer einer GmbH grundsätzlich verpflichtet, dasjenige an die Gesellschaft zurückzugewähren, was sie an die Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvermögen geleistet haben, wenn und soweit diese Leistung zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen musste. Damit wird der Vermögensschutz des § 64 S. 1 GmbHG vorverlagert. Nicht erst bei Eintritt der Insolvenzreife, sondern schon im unmittelbaren Vorfeld sind Zahlungen und ihnen gleichgestellte Leistungen¹ – dann freilich nur an die Gesellschafter und ihnen gleichgestellte Personen² – unzulässig und führen zu einem Erstattungsanspruch gegen die Geschäftsführer. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs soll § 64 S. 3 GmbHG den Kapitalschutz des § 30 GmbHG ergänzen, indem er Zahlungen verbietet, die zwar das Stammkapital nicht antasten, aber über den Weg der Zahlungsunfähigkeit zur Insolvenzreife führen.³ Während bei einem Verstoß gegen § 30 GmbHG aber nicht nur der Geschäftsführer nach § 43 Abs. 2 und 3 GmbHG auf Schadensersatz, sondern auch der Gesellschafter nach § 31 Abs. 1 GmbHG auf Rückgewähr des Erhaltenen haftet, richtet sich § 64 S. 3 GmbHG ausschließlich an den Geschäftsführer.⁴ Nur er haftet nach dem Wortlaut der Norm – zwar nicht auf Schadensersatz, wohl aber wie nach § 64 S. 1 GmbHG auf Rückgewähr des an den Gesellschafter Geleisteten. Das lässt aufhorchen. Wenn § 64 S. 3 GmbHG eine Ergänzung des § 30 GmbHG sein soll, warum erstreckt er die Haftung dann nicht auch – wie nach § 31 GmbHG – auf den Gesellschafter? Das wäre umso naheliegender, als die verbotene Leistung in das Vermögen des Gesellschafters fließt – und nicht in dasjenige des (Fremd-)Geschäftsführers.

Die Widersprüchlichkeit der Regelung setzt sich im Bereich der Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs fort. Während bei einem existenzvernichtenden, also die Insolvenz begründenden Eingriff in das Gesellschaftsver-

1 Begr. RegE zu Nr. 43, abgedruckt bei *Goette*, Einführung in das neue GmbH-Recht, 2008, S. 320; siehe dazu *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 64 Rdn. 9.

2 Auch insoweit dürfte kein Unterschied zu § 30 GmbHG bestehen; siehe dazu *Ulmer/Habersack/Winter/Casper*, GmbHG, 2008, § 64 Rdn. 106.

3 Begr. RegE (Fn. 1), S. 319 f.

4 *Seibert*, ZIP 2006, 1157, 1167; krit. *Goette* (Fn. 1), S. 30, Rdn. 70.

mögen der Gesellschafter nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur bei Vorsatz haftet,⁵ führt eine Leistung, die zur Zahlungsunfähigkeit führen muss, zur Haftung des Geschäftsführers schon bei (leichter) Fahrlässigkeit. Umgekehrt haftet der Geschäftsführer bei einem existenzvernichtenden Eingriff des Gesellschafters und entsprechendem Vorsatz als Gehilfe gemäß § 830 BGB,⁶ während auf § 64 S. 3 GmbHG, da diese Norm keinen Schadensersatzanspruch begründet, § 830 BGB jedenfalls nicht unmittelbar anwendbar ist.⁷ Selbst wenn man § 64 S. 3 GmbHG analog auf Leistungen anwendet, die nicht zur Zahlungsunfähigkeit, wohl aber zur Überschuldung führen müssen,⁸ wird der Widerspruch nicht aufgelöst. Denn Geschäftsführer und Gesellschafter haften nur dann gemeinsam, wenn sie die Insolvenz vorsätzlich herbeiführen. Geschieht dies dagegen fahrlässig, soll nur der Geschäftsführer, nicht aber auch der Gesellschafter haften. Der sachliche Anwendungsbereich der Existenzvernichtungshaftung nach den Regeln der Rechtsprechung und des § 64 S. 3 GmbHG ist also weit gehend identisch, der persönliche dagegen nicht.

Eine weitere Schlechterstellung der Geschäftsführer ergibt sich dann, wenn man aus dem gesetzlichen Verbot des § 64 S. 3 GmbHG eine Sorgfaltspflicht i.S. des § 43 Abs. 1 GmbHG herleitet. Das liegt insofern nahe, als eine Zahlung, die wegen ihrer Gefährlichkeit für den Fortbestand der Gesellschaft ausdrücklich verboten ist, kaum als mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar angesehen werden kann. Dann sind die Geschäftsführer nicht nur nach § 64 S. 3 GmbHG zum Ersatz der verbotenen Leistung verpflichtet, sondern haften immer auch für die Folgeschäden nach § 43 Abs. 2 GmbHG.⁹

Es fragt sich, ob dieses Ungleichgewicht in der Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern hinzunehmen ist oder ob ein Nachbesserungsbedarf besteht und wie diese Nachbesserung ggf. aussehen kann.

II. Man könnte das Problem vernachlässigen mit der Begründung, § 64 S. 3 GmbHG – einschließlich des daran anknüpfenden § 43 Abs. 2 GmbHG – habe ohnehin nur einen schmalen Anwendungsbereich. Dieser Befund beruht auf der Erfahrung, dass der Zahlungsunfähigkeit i.d.R. die Überschuldung vorausgeht. Dass dennoch die meisten (Fremd-)Insolvenzanträge mit Zahlungsunfähigkeit begründet werden, liegt im Wesentlichen an der besseren Möglichkeit für außenstehende Gläubiger, die Zahlungsunfähigkeit darzule-

5 BGH v. 16. 7. 2007, II ZR 3/04, BGHZ 173, 246, Rdn. 31 (Trihotel).

6 Weller, ZIP 2007, 1681, 1687.

7 Drescher, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 6. Aufl. 2009, Rdn. 417; Haas, ZIP 2009, 1257, 1258; ebenso für § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. = § 64 S. 1 GmbHG n.F. BGH v. 11. 2. 2008, II ZR 291/06, ZIP 2008, 1026, 1027.

8 So Casper in: Goette/Habersack (Hrsg.), Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, S. 213, Rdn. 6.44; a. A. Kleindiek in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 64.

9 K. Schmidt, GmbHR 2007, 1, 6f.; Hölzle, GmbHR 2007, 729, 731f.; Roth/Altmepfen (Fn. 1), § 64 GmbHG Rdn. 64f.; wohl auch Kleindiek in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.) (Fn. 8), § 64 GmbHG Rdn. 20.

gen.¹⁰ Ist die Gesellschaft aber zu dem Zeitpunkt, zu dem der Geschäftsführer die nach § 64 S. 3 GmbHG verbotene Leistung an den Gesellschafter erbringt, schon überschuldet, ist immer auch das Verbot des § 30 GmbHG verletzt. Der Gesellschafter ist dann schon nach § 31 Abs. 1 GmbHG verpflichtet, das Erhaltene an die Gesellschaft zurückzugeben.

Die Reihenfolge Überschuldung – Zahlungsunfähigkeit ist aber nicht zwingend. Zum einen kann eine Zahlungsunfähigkeit eben auch dann eintreten, wenn weder eine Überschuldung noch auch nur eine Unterbilanz vorliegt. Dazu muss die Gesellschaft lediglich illiquide und kreditunwürdig sein. Zum anderen gibt es die Fälle, in denen eine Vermögensleistung keine bilanzielle Auswirkung hat, dennoch aber die Existenz der Gesellschaft vernichten kann.¹¹ Ein Beispiel ist die Übertragung existenzwichtiger Patente auf den Gesellschafter. Das muss – wegen des Wahlrechts nach § 248 Abs. 2 HGB – noch nicht unmittelbar zu einer spürbaren Verringerung des nach den Werten der Handelsbilanz zu erfassenden Vermögens führen und kann damit die Stammkapitalziffer unberührt lassen. Die Notwendigkeit, auf die Nutzung dieser Patente künftig verzichten oder dafür Lizenzgebühren zahlen zu müssen, kann aber durchaus die Zahlungsunfähigkeit – und Überschuldung – begründen. Gerade solche Fallgestaltungen haben zu der Rechtsfigur des existenzvernichtenden Eingriffs geführt. Bei ihnen reichen §§ 30, 31 GmbHG nicht aus, um das Vermögen der Gesellschaft wirksam gegen Eingriffe der Gesellschafter zu schützen. Wohl aber können diese Fallgestaltungen von § 64 S. 3 GmbHG erfasst werden. Die Norm stellt nämlich nicht auf die bilanzielle Wirkung einer Leistung ab, sondern auf ihre wirtschaftliche. Damit gibt es durchaus Anwendungsfälle des § 64 S. 3 GmbHG, in denen nicht zugleich die Voraussetzungen des § 30 GmbHG erfüllt sind.

III. Man könnte die unterschiedlichen Haftungsvoraussetzungen für Geschäftsführer und Gesellschafter auch mit dem Argument hinnehmen, die Geschäftsführer hafteten auch sonst strenger als die Gesellschafter. So trifft sie die Haftung wegen Insolvenzverschleppung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO. Sie – und nicht auch die Gesellschafter – haften nach § 64 S. 1 GmbHG bei Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife. Sie allein haften schließlich bei Managementfehlern nach § 43 Abs. 2 GmbHG.

Aus diesen Beispielen lässt sich jedoch keine Regel herleiten. Im Gegenteil haften die Gesellschafter grundsätzlich auch persönlich, wenn sie unmittelbare Vorteile von den haftungsbegründenden Handlungen oder Unterlassungen der Geschäftsführer haben. So kommt bei der Insolvenzverschleppung eine Haftung der Gesellschafter als Anstifter oder Gehilfen nach § 830 BGB in Betracht.¹² Ein klassischer Fall, in dem die Pflichtverletzung des Geschäftsführers zu einer Bereicherung des Gesellschafters führt, ist die Leistung unter

10 Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 16 Rdn. 4.

11 Strohn, ZinsO 2008, 706, 707.

12 BGH v. 9. 7. 1979, II ZR 118, 77, BGHZ 75, 96, 107.

Verstoß gegen § 30 GmbHG. Auch dann haftet der Gesellschafter persönlich, und zwar ohne dass es auf den doppelten Gehilfen- oder Anstiftervorsatz wie bei § 830 BGB ankäme. Die Haftung des Geschäftsführers geht zwar weiter – er haftet nach § 43 Abs. 2, 3 GmbHG auf Schadensersatz. Der Gesellschafter ist aber jedenfalls nach § 31 Abs. 1 GmbHG verpflichtet, das Erhaltene zurückzugewähren.

IV. Damit besteht durchaus ein Bedürfnis, die durch § 64 S. 3 GmbHG entstandenen Widersprüche auszugleichen und so zu einem ausgewogenen Haftungssystem zu kommen.

1. Dieses Ziel wäre erreicht, wenn als zusätzliche, das Deliktsrecht ergänzende Anspruchsgrundlage der Existenzvernichtungshaftung die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht oder eine gesellschaftsrechtliche Sonderverbindung anerkannt würde.¹³ Dann würde der Gesellschafter in dieser Fallgruppe und damit auch bei Leistungen an ihn, die gegen das Verbot des § 64 S. 3 GmbHG verstoßen, gemäß §§ 280, 276 BGB auf Schadensersatz sowohl bei Vorsatz als auch bei Fahrlässigkeit haften. Es bestände ein Gleichklang mit der korrespondierenden Schadensersatzhaftung des Geschäftsführers aus § 43 Abs. 2 GmbHG.

Eine solche Lösung erscheint naheliegend, wenn die Schädigung der Gesellschaft von einem Mehrheitsgesellschafter ausgeht und die Minderheitsgesellschafter dadurch (mit-)geschädigt werden. Da die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht auch dem Schutz der Minderheitsgesellschafter dient,¹⁴ kann sich daraus eine Pflicht diesen gegenüber ergeben, die Geschäftsführer nicht – ohne Zustimmung der Mitgesellschafter – zu Zahlungen zu veranlassen, die zur Insolvenz führen müssen, und den durch eine dennoch erfolgte Zahlung entstandenen Schaden durch Zahlung an die Gesellschaft auszugleichen.¹⁵

Unklar ist dabei allerdings, ob die Gesellschaft aktivlegitimiert ist oder nur die mittelbar geschädigten Mitgesellschafter den Anspruch auf Leistung von Schadensersatz an die Gesellschaft geltend machen können. Problematisch ist dieser Ansatz ferner, wenn die existenzvernichtende Leistung an den Alleingesellschafter fließt oder anteilig an alle Gesellschafter oder schließlich an einen von mehreren Gesellschaftern, aber mit Zustimmung aller Mitgesellschafter. Dann kann eine Treuepflicht oder eine Pflicht aus einer gesellschaftsrechtlichen Sonderverbindung nur dann angenommen werden, wenn die Gesellschaft gegenüber ihrem Alleingesellschafter oder gegenüber ihrer einvernehmlich handelnden Gesellschaftergesamtheit ein eigenständiges Bestandsinter-

13 So etwa *Ulmer*, ZIP 2001, 2021, 2025 ff.; *K. Schmidt*, NJW 2001, 3577, 3578; *ders.*, GmbHR 2008, 449, 457 f.; *Habersack*, ZGR 2008, 533, 557; unter Hervorhebung des Verbandzwecks auch *Mülbert*, DStR 2001, 1937, 1941 ff.

14 BGH v. 5. 6. 1975, II ZR 23/74, BGHZ 65, 15, 18 ff. (ITT); *Wiedemann*, FS Barz, 1974, S. 561, 568 f.

15 Vgl. BGH v. 20. 3. 1995, II ZR 205/94, BGHZ 129, 136, 158, 160 (Girmes), dort offengelassen, ob eine Haftung wegen Treuepflichtverletzung grundsätzlich Vorsatz voraussetzt, siehe S. 162.

se hat. In der Literatur wird ein solches Eigeninteresse teilweise anerkannt, soweit es um den Schutz der Gesellschaftsgläubiger geht.¹⁶ Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat ein in diesem Sinne zu verstehendes Eigeninteresse in einem *obiter dictum* der Entscheidung „*Bremer Vulkan*“ ebenfalls angesprochen.¹⁷ Er hat daraus aber nicht die Folgerung gezogen, eine darauf gestützte Schadensersatzpflicht des Alleingesellschafters anzuerkennen. Bekanntlich hat er stattdessen zunächst in der Entscheidung „*KBV*“ einen Durchgriff wegen Missbrauchs der Rechtsform angenommen¹⁸ und diesen Ansatz dann in der Entscheidung „*Trihotel*“ durch eine rein deliktsrechtlich begründete Haftung ersetzt.¹⁹ Auch in der Literatur werden Bedenken gegen eine Haftung des Alleingesellschafters oder der einvernehmlich handelnden Gesamtheit der Gesellschafter aus dem Gesichtspunkt der Treuepflicht oder der gesellschaftsrechtlichen Sonderverbindung geäußert.²⁰ Sie beruhen auf der Überlegung, dass die Gesellschaft gegenüber ihrem Alleingesellschafter – oder der Gesamtheit ihrer Gesellschafter – kein Bestandsinteresse haben könne, schon weil der Alleingesellschafter bzw. die einvernehmlich handelnden Gesellschafter den Zweck der Gesellschaft grundlegend verändern könnten.²¹

2. Verhält sich der Allein- oder Mehrheitsgesellschafter wie ein faktischer Geschäftsführer, nimmt er also in maßgeblichem Umfang Geschäftsführeraufgaben im Außenverhältnis wahr,²² sind auf ihn §§ 64 S. 3, 43 Abs. 2 GmbHG analog anzuwenden.²³ Er haftet also wie der formelle Geschäftsführer. Diese Haftung ist gemäß § 64 S. 4, § 43 Abs. 3 S. 3 GmbHG – ebenso wie die nach § 30 GmbHG – von Gesellschafterweisungen unabhängig, soweit sie zur Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern erforderlich ist.²⁴ Insoweit kann sie der Gesellschafter analog § 43 Abs. 3 S. 2, § 9 b Abs. 1 GmbHG auch nicht

16 *Ulmer*, ZHR 148 (1984), 391, 418ff.; *Priester*, ZGR 1993, 512ff.; *Winter*, ZGR 1994, 570ff.

17 BGH v. 17. 9. 2001, II ZR 178/99, BGHZ 149, 10, 16; anders noch BGH v. 29. 3. 1993, II ZR 265/91, BGHZ 122, 123, 130 (TBB); offengelassen in BGH v. 10. 5. 1993, II ZR 74/92, BGHZ 122, 333, 336, und in BGH v. 28. 9. 1992, II ZR 299/91, BGHZ 119, 257, 262: „Jedenfalls außerhalb der Gefährdung von Gläubigerinteressen...“; ablehnend in BGH v. 20. 3. 1995, II ZR 205/94, BGHZ 129, 136, 151 (*Girmes*); siehe auch BGH v. 21. 6. 1999, II ZR 47/98, ZIP 1999, 1352, 1353.

18 BGH v. 24. 6. 2002, II ZR 300/00, BGHZ 151, 181.

19 BGH v. 16. 7. 2007, II ZR 3/04, BGHZ 173, 246, Rdn. 23ff.

20 Siehe etwa *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, 18. Aufl. 2006, SchlAnhKonzernR Rdn. 101, 112; *Ulmer/Habersack/Winter/Casper* (Fn. 2), Anh. § 77 GmbHG Rdn. 83f.; *Bitter*, WM 2001, 2133, 2136; *Weller*, DStR 2007, 1166, 1168; wohl auch *Henze*, GmbHR 2000, 1069, 1072.

21 Kritisch dazu *Mülbert*, DStR 2001, 1937, 1943.

22 BGH v. 27. 6. 2005, II ZR 113/03, ZIP 2005, 1414; v. 11. 7. 2005, II ZR 235/03, ZIP 2005, 1550.

23 *Kleindiek* in: *Lutter/Hommelhoff* (Hrsg.) (Fn. 8), § 64 GmbHG Rdn. 23.

24 *Seibert*, ZIP 2006, 1157, 1167.

über einen bei § 43 Abs. 2 GmbHG grundsätzlich möglichen Verzicht zu Fall bringen.

Ob man diese Analogie auf jeden Gesellschafter ausweiten kann, wie es *Wilhelm* vorgeschlagen hat,²⁵ erscheint dagegen zweifelhaft. Die Haftung nach § 43 Abs. 1, 2 GmbHG setzt ein Handeln im fremden Interesse voraus. Wenn man insoweit kein Eigeninteresse der Gesellschaft anerkennt, handelt der Gesellschafter mit seinen Weisungen an den Geschäftsführer aber nicht im fremden, sondern im eigenen Interesse.

Anders könnte es sich bei einem Mehrheitsgesellschafter verhalten, der nach Art eines „shadow directors“ alle Fäden des Gesellschaftsunternehmens in der Hand hält, dabei aber nicht nach außen auftritt. Er ist kein „faktischer Geschäftsführer“ i.S. der Definition des Bundesgerichtshofs, könnte aber dennoch eine gesteigerte Sorgfaltspflicht gegenüber der Gesellschaft haben.²⁶ Die Rechtsfigur des „shadow directors“ hat sich im deutschen Recht aber noch nicht durchgesetzt.

3. Eine alle Fallkonstellationen abdeckende Lösung könnte sich aus dem Vergleich zwischen § 64 S. 3 und §§ 30, 43 Abs. 2, 3 GmbHG ergeben. Beide Regelungen haben – wie bereits erwähnt – denselben Zweck. Sie dienen dazu, einer Insolvenzverursachung vorzubeugen. In beiden Fällen sind die Geschäftsführer nicht nur zum Ersatz des Weggegebenen verpflichtet,²⁷ sondern auch zum Ersatz eines darüber hinaus entstandenen Schadens. In den Fällen des § 30 GmbHG ist daneben auch der Gesellschafter, der die verbotene Leistung empfangen hat, nach § 31 Abs. 1 GmbHG zur Rückgewähr – und ggf. zum Wertersatz²⁸ – verpflichtet. Dann erscheint es folgerichtig, § 31 GmbHG auf die Fallgestaltung des § 64 S. 3 GmbHG analog anzuwenden. Die Interessenlage ist in beiden Fallgruppen gleich. Die Analogiefähigkeit des § 31 GmbHG steht außer Frage, denkt man nur an die – früheren – Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatz.

Danach haftet der Gesellschafter analog § 31 Abs. 1 GmbHG auf Rückgewähr des ihm unter Verstoß gegen § 64 S. 3 GmbHG Geleisteten, ohne dass ihn ein Verschulden treffen muss. Analog § 31 Abs. 2 ist die Erstattungspflicht bei gutem Glauben auf dasjenige beschränkt, was zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist. Mit dieser Anspruchsgrundlage löst sich auch das Innenverhältnis zwischen Geschäftsführer und Gesellschafter prob-

25 *Wilhelm*, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, 1981, S. 285 ff.; a. A. *Ulmer*, ZHR 148 (1984), 391, 414 ff.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, 1980, S. 349 f.; differenzierend *Altmeyen*, ZIP 2001, 1837, 1845 f. der eine analoge Anwendung des § 93 Abs. 5 S. 2 und 3 AktG vorschlägt; dagegen *Ulmer*, ZIP 2001, 2021, 2025 f.

26 So – *de lege ferenda* – *Hirte*, ZInsO 2008, 689, 698.

27 Nämlich i.R.d. § 43 Abs. 2 GmbHG, vgl. etwa *Koppensteiner* in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 43 Rdn. 24; *Michalski/Haas*, GmbHG, 2002, § 43 Rdn. 221.

28 BGH v. 17. 3. 2008, II ZR 24/07, BGHZ 176, 62.

lemlos, sofern man mit der h. M. eine Gesamtschuld zwischen Geschäftsführer und Gesellschafter annimmt.²⁹ Dann hat der Geschäftsführer einen Ausgleichsanspruch gemäß § 426 Abs. 1 BGB gegen den Gesellschafter. Die verbotene Leistung wird also – Liquidität des Gesellschafters vorausgesetzt – auf jeden Fall wieder vollständig rückabgewickelt.

Bei dieser Lösung besteht nur insoweit noch ein Ungleichgewicht in der Haftung von Geschäftsführer und Gesellschafter, als allein der Geschäftsführer, nicht aber auch der Gesellschafter für weitergehende Folgeschäden haftet, die Haftung des Gesellschafters dafür aber umgekehrt nicht von einem Verschulden abhängig ist. Das entspricht aber in der Fallgruppe des § 30 GmbHG der ausdrücklichen Anordnung des Gesetzgebers und kann deshalb im Anwendungsbereich des § 64 S. 3 GmbHG nicht anders sein.

Lutz Strohn

²⁹ So Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack (Fn. 20), § 43 GmbHG Rdn. 49; Roth/Altmeppen (Fn. 1), § 43 GmbHG Rdn. 38; a. A. Michalski/Haas (Fn. 27).