

STÄNDIGE DEPUTATION DES DEUTSCHEN RESTRUKTURIERUNGS- UND INSOLVENZGERICHTSTAGS
AUSSCHUSS „QUO VADIS INSOLVENZANTRAGSPFLICHT – GRUNDPFEILER ODER SPIELBALL DES INSOLVENZ-
RECHTS“

5

Bericht des Ausschusses

„QUO VADIS INSOLVENZANTRAGSPFLICHT – GRUNDPFEILER ODER SPIELBALL
DES INSOLVENZRECHTS“

10 Endfassung: 21. August 2023

I. Entstehung und Arbeitsweise der DRIT-Arbeitsgruppe

15 Bereits im August 2022 befasste sich der Vorstand des Deutschen Restrukturierungs- und In-
solvenzgerichtstags (DRIT e.V.) perspektivisch mit den möglichen Themen und Fragestellun-
gen für den 2. Insolvenzgerichtstag im September 2023 und hat u.a. das Thema einer umfas-
senden Untersuchung der Insolvenzantragspflicht an die Ständige Deputation herangetragen.
Diese hat sodann nach dem 1. Deutschen Restrukturierungs- und Insolvenzgerichtstag im Sep-
20 tember 2022 folgende Fragestellungen formuliert:

- I. *Sollte die überkommene Zahlungsunfähigkeitsprüfung beibehalten werden?*
- II. *Ist bei einer Restrukturierung nach StaRUG an der drohenden Zahlungsunfähigkeit anzuknüpfen?*
- 25 III. *Sollte der Insolvenzgrund der Überschuldung beibehalten werden?*
- IV. *Rechtsfolgen der Insolvenzreife: Bedarf es einer Antragspflicht?*
- V. *Strafbarkeit einer Verletzung der Antragspflicht*
- VI. *Wie sollte die Antragspflicht durch Ansprüche bei Fortführung insolventer Unter-
nehmen flankiert werden?*
- 30 VII. *Verschärfung des Insolvenzanfechtungsrechts*

Die Leitung der Arbeitsgruppe wurde RiBGH aD Prof. Dr. Markus Gehrlein übertragen, der eine
interdisziplinäre und berufsgruppenübergreifende Arbeitsgruppe gebildet hat, die aus folgen-
den Personen bestand:

35

Mitglieder (in alphabetischer Reihenfolge):

RA Dr. Volker Beissenhirtz, RAin Dr. Bettina E. Breitenbücher, Prof. Dr. Georg Bitter, RiAG Dr.
Peter Laroche, RAin Dr. Silja Maul, Prof. Dr. Sebastian Mock, RAin Prof. Dr. Anette U. Neußner,
Prof. Dr. Michael Nietsch, RiBGH a.D. Prof. Dr. Gerhard Pape, RA Prof. Dr. Andreas Pentz,
40 LOStA a.D. Dr. Hans E. Richter, Prof. Dr. Thomas Rönnau, RA Henning Sämisch, Vors. RinLG Dr.
Sohre Tschakert.

Die Arbeitsgruppe hat im Hinblick auf den Umfang der Fragestellungen davon abgesehen, ein
umfassendes Abschlusspapier vorzulegen. Stattdessen sollen einzelne Lösungsansätze aus den
45 Diskussionen der Arbeitsgruppe zur öffentlichen Diskussion gestellt werden.

I. Zahlungsunfähigkeitsprüfung beibehalten

50 Eine Bewertung der Frage, ob die Zahlungsunfähigkeit in ihrer jetzigen Form beibehalten bleiben soll, erfolgt durch den Ausschuss nicht. Im Rahmen einer Diskussion sollte die Frage beantwortet werden, ob die hergebrachten Anforderungen zu streng sind. Auch stellt sich die Frage, ob ein neuer Begriff der Zahlungsunfähigkeit durch die Rechtsprechung zu § 133 InsO geprägt wird. Schließlich könnte die Behandlung des Rangrücktritts diskutiert werden.

55

II. Ist bei einer Restrukturierung nach StaRUG an der drohenden Zahlungsunfähigkeit anzuknüpfen?

60 1. Die Nutzung der Instrumente des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens des StaRUG sollte weiterhin an die Voraussetzung des Vorliegens einer drohenden Zahlungsunfähigkeit im Sinne von § 18 InsO gekoppelt bleiben. Damit wird den Interessen der Gläubiger an einer rechtzeitigen und der Anteilseigner an einer nicht zu zeitigen Einleitung des Verfahrens Rechnung getragen. Die Entwicklung eigenständiger Verfahrensvoraussetzungen jenseits der drohenden Zahlungsunfähigkeit erscheint nicht zielführend, da dies mit erheblichen Einbußen an Rechtssicherheit verbunden sein wird.

65

2. Eine zeitliche Vorverlagerung der Insolvenzantragspflicht ist nicht angezeigt.

70 3. Es sollte die ausdrückliche Pflicht für Geschäftsleiter nicht börsennotierter Gesellschaften mit namentlich bekanntem Gesellschafterkreis in § 1 StaRUG aufgenommen werden, bei Vorliegen einer drohenden Zahlungsunfähigkeit neben dem Aufsichtsorgan auch die Gesellschafter darüber zu informieren. Damit werden die Gesellschafter als die Eigentümer rechtzeitig in die Lage versetzt, konkrete Maßnahmen zur Abwendung der eingetretenen und sich möglicherweise verschärfenden Krise der Gesellschaft zu beschließen. Gleichzeitig werden sowohl der

75

80 4. Zur Flankierung der unter Punkt 3. genannten Unterrichtungspflicht sollte § 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 StaRUG dahingehend konkretisiert werden, dass der Geschäftsleiter bei der Anzeige des Restrukturierungsvorhabens dem Restrukturierungsgericht darlegt, wie er der Unterrichtungspflicht nachgekommen ist.

80

85 5. Geschäftsleiter nicht börsennotierter Gesellschaften mit namentlich bekanntem Gesellschafterkreis haben vor der Einleitung eines StaRUG-Verfahrens einen Gesellschafterbeschluss einzuholen. Mit der unter Punkt 3. vorgesehenen Unterrichtungspflicht bei Vorliegen einer drohenden Zahlungsunfähigkeit wird auch dem Interesse der Geschäftsleiter an einer frühzeitigen Befassung und verbindlichen Positionierung der Gesellschafter zu entsprechenden Maßnahmen sowie an einer rechtzeitigen Beschlussfassung hinreichend Rechnung getragen.

85

90 6. Von einer Kodifizierung der Sanieren-oder-Ausscheiden-Grundsätze sollte Abstand genommen werden. Aufgrund der Schaffung des StaRUG ist es ohnehin nicht gesichert, dass diese Grundsätze neben dem StaRUG noch uneingeschränkt zur Anwendung kommen.

90

III. Sollte der Insolvenzgrund der Überschuldung beibehalten werden?

95

Der Ausschuss hat die Frage, ob der Insolvenzgrund der Überschuldung beibehalten bleiben sollte, nicht behandelt. Bei einer etwaigen Diskussion auf dem Gerichtstag mag erwogen werden, ob der Überschuldungstatbestand noch notwendig ist nachdem bei der Fortbestehensprognose auf Zahlungsfähigkeit abgestellt wird. Weiterhin könnte diskutiert werden, ob der Betrachtungszeitraum der Fortbestehensprognose zu kurz oder zu lang ist.

100

IV. Rechtsfolgen der Insolvenzureife: Bedarf es einer Antragspflicht?

105

Auch die Frage, ob es einer Antragspflicht überhaupt bedarf, konnte im Rahmen der Ausschussarbeit nicht abschließend behandelt werden. Eine Diskussion erfolgte aber teilweise als strafrechts-vorgelagerte Fragestellung (s.u. V.). Im übrigen könnte sich eine Diskussion mit der Frage befassen, wie die jüngst erfolgte Aussetzung der Antragspflicht zu bewerten ist. Weiterhin stellt sich die grundsätzliche Frage, ob insolvenzureife Unternehmen überhaupt eliminiert werden müssen. Denkbar wäre es schließlich, die Antragspflicht auf wirtschaftlich tätige Privatpersonen zu erstrecken.

110

V. Strafbarkeit einer Verletzung der Antragspflicht

A. Der Ausschuss ist zu der Auffassung gelangt, dass

115

1. materiell-rechtlich insolvente Unternehmen sowohl auf der Grundlage eines Fremdantrages als auch aufgrund eines zwingenden Eigenantrags verpflichtet sein sollen, die Unternehmensherrschaft an ihre Gläubiger abzugeben und den Gläubigern die Entscheidung zur Sanierung oder Abwicklung der Unternehmung deshalb von den Verantwortlichen der Schuldnerunternehmen möglichst frühzeitig übertragen werden muss (zuletzt hat das SanInsFoG die Bedeutung der Insolvenzantragspflicht nochmal gestärkt, vgl. § 15b InsO);

120

2. die Gewährung von Krediten essentieller Bestandteil einer marktwirtschaftlichen Wettbewerbswirtschaft ist und das Strafrecht geeignet und erforderlich ist, unternehmerisch Verantwortliche, deren Unternehmen nicht mehr „wirtschaftlich Berechtigter“ der ihrer Unternehmung rechtlich zugeordneten Vermögenswerte ist, zur Wahrung des für die Kreditgewährung notwendigen Vertrauens zur Antragstellung zu zwingen;

125

3. im Hinblick auf unternehmerisch tätige natürliche Personen zu überlegen ist, ob und – wenn ja – für welche Personen genau eine strafbewehrte Insolvenzantragspflicht im Hinblick auf das Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 Abs. 2 GG geboten ist. Die Vorfragen einer Insolvenzantragspflicht und deren genaue Ausgestaltung müssten jedoch vorrangig im Zivilrecht geklärt werden. Dies gilt auch für solche Stiftungen und Vereine, die umfassend wirtschaftlich tätig sind. Auch hier sollte die Antragspflicht mittels strafbewehrtem Zwang durchgesetzt werden, zumal deren komplette „strafrechtliche Haftungs-Ausgliederung“ systemwidrig erscheint.

135

B. Im Hinblick auf die strafrechtliche Betrachtung der Verletzung der Antragspflicht ist der Ausschuss der Meinung, dass

140

1. sowohl die von der Strafrechtsprechung – in Adaption der materiellen Zivilrechtsprechung unter Anwendung der strafrechtlichen Beweisführung – als zwingende Antragsgründe

gesehenen Defizite im Vermögen (Überschuldung) und der Liquidität (Zahlungsunfähigkeit) beweisbar sind und an der (materiellrechtlichen) Zivilrechtsakzessorietät festgehalten werden soll;

145 2. eine Umformulierung der materiellen Definition von Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung Aufgabe des Zivilrechtes wäre, dies aber aus der Sicht des Strafrechts nicht erforderlich erscheint;

150 3. an der (auch) strafrechtlichen Verantwortlichkeit des faktischen Organs festgehalten werden muss, sich insofern aber vor dem Hintergrund des in Art. 103 Abs. 2 GG verankerten Gesetzlichkeitsprinzips eine gesetzliche Klarstellung empfiehlt;

155 4. die Zahlungsunfähigkeit auch dem betriebswirtschaftlich wenig bewanderten Unternehmensverantwortlichen ohne weiteres erkennbar ist und etwaige Irrtümer – ebenso wie bei der Überschuldung – tatsachenbegründet sind, nicht den Verbotsbereich betreffen und sie zudem bei der Überschuldung regelmäßig auf Mängel der Rechnungslegung zurückzuführen sind; eine etwaige Fahrlässigkeitsstrafbarkeit spielt in der Praxis bisher keine Rolle;

160 5. § 15a Abs. 4 – 6 InsO in der wirtschaftsstrafrechtlichen Praxis nicht die Bedeutung hat, die ihr eigentlich zukommt; dies aber nicht auf die unzureichende gesetzgeberische Normgestaltung, sondern auf fehlende Verfolgung durch die Staatsanwaltschaften und dies wiederum auf logistische Mängel der Koordination kriminalistischer und betriebswirtschaftlicher Sachkunde sowohl bei Staatsanwaltschaften als auch bei der Kriminalpolizei zurückzuführen ist;

165 6. die Ausschaltung „ungeeigneter Personen“ aus dem Wirtschaftsleben im Hinblick auf Organe juristischer Personen – jedenfalls strafrechtlich – hinreichend (etwa durch die §§ 82, 8 Abs. 3 GmbHG) sichergestellt ist, wobei der enge Anwendungsbereich des § 70 StGB und seine zurückhaltende Anwendung in der Strafrechtspraxis als sachgemäß angesehen werden kann; zusätzlich die in §§ 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 und 3 GmbHG, 76 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 und 3 AktG geregelte Inhabilität ausreichend Schutz vor ungeeigneten Organen bietet; diese Normen müssten (aus Gründen der Gleichbehandlung) allerdings um § 42 Abs. 3 StaRUG ergänzt werden.

175 **VI. Wie sollte die Antragspflicht durch Ansprüche bei Fortführung insolventer Unternehmen flankiert werden?**

A. Verbotene Zahlungen (§ 15b InsO)

180 1. Die Haftung für nach Insolvenzreife getätigte Zahlungen (früher insbes. § 64 GmbHG a.F. für die GmbH; jetzt rechtsformneutral § 15b InsO) ist in der Praxis der wichtigste Tatbestand der Sanktionierung vorinsolvenzlichen Fehlverhaltens durch die Geschäftsleitung, da viel zu oft der Insolvenzantrag zu spät gestellt und das Unternehmen während der Verschleppungsphase zu Lasten der Gläubiger fortgeführt wird.

185 2. Die praktischen Auswirkungen der Neuregelung in § 15b InsO sind im Grundsatz erst einmal abzuwarten. Insbesondere gilt dies für die Neubestimmung der Rechtsfolgenseite in § 15b Abs. 4 InsO, zu der sich bereits kurz nach dem Inkrafttreten des SanInsFoG ein Bündel an unterschiedlichen Ansichten gebildet hat (insbesondere zum Gegenstand des Gegenbeweises in § 15b Abs. 4 Satz 2 InsO und zum Haftungsumfang; vgl. dazu *Trenker*, demnächst in KTS).

190

3. Die Beschränkung der Neuregelung in § 15b Abs. 8 auf Steuerzahlungen ohne gleichzeitige Mitregelung des stets parallel behandelten Konflikts zwischen dem strafbewehrten Gebot der Zahlung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung (§ 266a StGB) und dem Massesicherungsgebot des § 15b Abs. 1, 4 InsO erscheint höchst unglücklich und sollte gesetzlich korrigiert werden. Während teilweise eine analoge Anwendung des § 15b Abs. 8 auf die Fälle des § 266a StGB erwogen wird, lehnen andere die Analogie (allein) wegen fehlender Regelungslücke ab (vgl. dazu *Bitter*, GmbHR 2022, 57, 62 ff. mit Nachweisen zum Streitstand in Rn. 40, Fn. 87-89; erste – die Analogie ablehnende – Gerichtsentscheidung: *AG Ludwigshafen*, ZInsO 2023, 107). Die dadurch hervorgerufene Rechtsunsicherheit darf nicht weiter auf dem Rücken der Geschäftsführer ausgetragen werden, zumal die Ausweichstrategie der Praxis („Erst zahlen und später anfechten.“) das Unternehmen wertvolle Liquidität in der Sanierungsphase kostet. Da allgemein Einigkeit darüber herrscht, dass eine vergleichbare Interessenlage besteht, sollte der Gesetzgeber die Abführung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung parallel zu den Steuerzahlungen in § 15b Abs. 8 regeln.

195

200

205

4. Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zu Zahlungen auf ein debitorisches Konto und von einem debitorischem Konto sollten zur Vereinfachung der höchst komplexen Rechtslage überdacht werden (vgl. *Bitter*, GmbHR 2022, 57, 70 f. [Rn. 73 f.]). Die Rechtsfolgen bei der Insolvenzanfechtung und der Geschäftsführerhaftung sollten jedenfalls insoweit angeglichen werden.

210

B. Existenzvernichtungshaftung

215

1. Die durch die Trihotel-Entscheidung im Jahr 2007 auf der Grundlage des § 826 BGB entwickelte Existenzvernichtungshaftung (BGH, Urteil vom 16. Juli 2007 – II ZR 3/04, BGHZ 173, 246) hat unter dem Blickpunkt eines kompensationslosen, insolvenzverursachenden oder insolvenzvertiefenden Entzugs von Vermögenswerten der Gesellschaft in der Praxis kaum praktische Bedeutung gewonnen.

220

2. Der Anwendungsbereich der Existenzvernichtungshaftung kann verbreitert werden, weil nach neuerer Rechtsprechung auch die Vermehrung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft einen existenzvernichtenden Charakter haben kann (BGH, Teilurteil vom 6. November 2018 – II ZR 199/17, BGHZ 220, 179= ZInsO 2019, 328 Rn. 31 ff).

225

a) In der Arbeitsgruppe besteht Einverständnis, dass in derartigen Gestaltungen an die Merkmale der Sittenwidrigkeit und des Benachteiligungsvorsatzes erhöhte Anforderungen zu stellen sind, weil andernfalls (bloße) Managementfehler eines geschäftsführenden Gesellschafters ohne weiteres eine Existenzvernichtungshaftung auslösen könnten.

230

b) Allerdings sollte eine Existenzvernichtungshaftung durchgreifen, wenn der Gesellschafter trotz Wissens um die schon eingetretene Insolvenzsituation das unrettbar verlorene Unternehmen fortführt. In dieser Situation wird, ohne dass der Gesellschafter aner kennenswerte eigene Interessen fördert, die bereits eingetretene Insolvenz ausschließlich zu Lasten der geschädigten GmbH (und der Mitgesellschafter) verschleppt.

235

c) Es sollte erwogen werden, bereits im Stadium der drohenden Insolvenzsituation unter engen Voraussetzungen eine Existenzvernichtungshaftung eingreifen zu lassen. Im Falle einer

240 drohenden Zahlungsunfähigkeit kann das Unternehmen aus eigener Kraft in der Lage sein, mit
 Hilfe demnächst erzielter Gewinne die Krise zu überwinden. Der Fortführung kommt dann kein
 existenzvernichtender Charakter zu. Allerdings treten in der Praxis Gestaltungen auf, in denen
 bei drohender Zahlungsunfähigkeit eine Insolvenz nur mit Hilfe einer Sanierung zu vermeiden
 ist, weil beispielsweise in absehbarer Zeit entweder eine öffentliche Förderung ausläuft oder
 die Produktion aus Umweltschutzgründen eingestellt werden muss. Verweigert der Gesell-
 245 schafter in dieser Situation die dringend gebotene Umstrukturierung, kann im Falle der Unter-
 nehmensfortführung eine Existenzvernichtung anzunehmen sein, weil die baldige Insolvenz
 unumkehrbar ist. Der Gesellschafter muss die gebotenen Konsequenzen ziehen und das Un-
 ternehmen entweder sanieren oder abwickeln (vgl. BGH, Teilurteil vom 6. November 2018 – II
 ZR 199/17, BGHZ 220, 179= ZInsO 2019, 328 Rn. 43, 44).

250 d) Mit diesen Überlegungen könnte es harmonisieren, die in § 2 StaRUG-Entwurf ursprünglich
 verankerten Geschäftsleiterpflichten im Interesse der Rechtssicherheit ausdrücklich zu nor-
 mieren und dadurch bestehende Rechtsunsicherheiten zu beseitigen.

255 3. Schließlich ist darauf Bedacht zu nehmen, dass Gesellschaftern ihre Eigentümerstellung
 nicht durch eine aufgezwungene, voreilige Sanierung entzogen wird. Es erscheint angemessen,
 in Umkehr der Grundsätze zur Firmenbestattung (BGH, Urteil vom 8. Februar 2018 – IX ZR
 103/17, WM 2018, 1264 Rn. 58) eine Haftung aus § 826 BGB zu statuieren, wenn Gesellschaf-
 ter zum Vorteil Dritter aus einem unter Einsatz ihrer eigenen Mittel lebensfähigen Unterneh-
 men hinausgedrängt werden.

260 4. In der Praxis sollte bei Anwendung deliktischer Vorschriften (§ 826 BGB, § 823 Abs. 2 iVm §
 15a InsO) verstärkt die Teilnehmerhaftung aus § 830 BGB in den Blick genommen werden. Sie
 könnte insbesondere Gesellschafter treffen, die an deliktischen Handlungen ihrer Geschäft-
 führer mitwirken.

265 5. Zur Ausgestaltung der Existenzvernichtungshaftung in Fällen einer Aussichtslosigkeit der un-
 ternehmerischen Tätigkeit wird von Teilen des Ausschusses folgendes zu bedenken gegeben:

270 a) Es besteht Einigkeit, dass der Anwendungsbereich des § 826 BGB eröffnet ist, wenn die Ge-
 sellschafter den Geschäftsführer veranlassen, einen wegen Überschuldung oder Zahlungsun-
 fähigkeit gebotenen Insolvenzantrag nicht zu stellen, obwohl eine weitere Tätigkeit der Gesell-
 schafter zwangsläufig allein noch zu Lasten der Gläubiger gehen muss.

275 b) Die Gestaltung, dass die Aussichtslosigkeit der unternehmerischen Tätigkeit bzw. einer Sa-
 nierung vor Insolvenzreife bekannt ist, ist denkbar. Damit ist verbunden, dass absehbar ist,
 dass aus einer drohenden Zahlungsunfähigkeit eine tatsächliche werden und eine Fortsetzung
 der Tätigkeit bereits zu einem der Insolvenzantragspflicht vorgelagerten Zeitpunkt auf Kosten
 der Gläubiger gehen wird. Wenn diese Situation dem Gesellschafter bekannt ist und den Gläu-
 bigern aus der Fortführung ein Schaden entsteht, kommt eine Haftung des Gesellschafters aus
 280 § 826 BGB in Betracht.

285 c) Eine Subsumtion dieser Gestaltung unter die Existenzvernichtungshaftung in ihrer derzeiti-
 gen Ausprägung durch den II. Zivilsenat („Verlängerung der §§ 30, 31 GmbHG“) dürfte nicht
 ohne Weiteres in Betracht kommen, weil diese Grundsätze voraussetzen, dass der Gesellschaf-
 ter aus dem existenzvernichtenden Eingriff einen eigenen Vorteil hat. An einem solchen Vorteil

fehlt es, wenn ihm durch die Fortsetzung der Tätigkeit der Gesellschaft nichts zufließt. Dies wäre nur anders, wenn man die (theoretische) Chance der Fortführung der Gesellschaft als solche bereits als Zufluss im Sinne der Existenzvernichtungshaftung ansähe. Dafür könnte sprechen, dass durch die Erhöhung von Verbindlichkeiten der Gesellschaft die nur noch theoretische Chance des Gesellschafters auf Fortführung "erkauft" wird. Ohne eine solche Annahme verbliebe es bei einer allgemeinen Anwendung des § 826 BGB, weshalb der Anspruch im Grundsatz nicht der Gesellschaft, sondern dem jeweiligen Gläubiger zuzuordnen wäre; eine Zuordnung an die Gesellschaft als Haftungskanalisation käme allgemeinen Grundsätzen zufolge nur in Betracht, wenn alle Gläubiger gleichmäßig betroffen wären.

290

295

d) Voraussetzung einer solchen Haftung muss ungeachtet ihrer inhaltlichen Ausgestaltung (Innen- oder Außenhaftung) allerdings sein, dass die Situation eindeutig ist (klare Aussichtslosigkeit), und zwar auch hinsichtlich der Kenntnis des Gesellschafters. Denn nach deutschem Kapitalgesellschaftsrecht kann sich der Gesellschafter (außerhalb der §§ 24, 31 Abs. 3 GmbHG) darauf verlassen, nicht weiter zu haften, wenn er der Kapitalaufbringung nachgekommen ist und die Grundsätze der Kapitalerhaltung beachtet hat. Für die Erfüllung insolvenzrechtlicher Pflichten ist (außerhalb der Führungslosigkeit der Gesellschaft) allein die Geschäftsführung zuständig. Diese gesetzlichen Vorgaben müssen im Rahmen des § 826 BGB Berücksichtigung finden und eine Haftung nach § 826 BGB darf sich hiermit nicht, auch nicht wertungsmäßig, in Widerspruch setzen.

300

305

6. Andere Mitglieder des Ausschusses führen aus:

310

a) Im Ausgangspunkt besteht Einigkeit, dass bei der Vermehrung der Verbindlichkeiten eine Haftung des Gesellschafters wegen Existenzvernichtung (§ 826 BGB) nicht unmittelbar der bisherigen BGH-Rechtsprechung entnommen werden kann. Wäre es anders, könnte man auf die maßgebliche Judikatur zurückgreifen.

315

b) Der vorgeschlagene Ansatz zur Begründung einer Existenzvernichtungshaftung bei sittenwidriger Schädigung der Gesellschaft durch Erhöhung ihrer Verbindlichkeiten zielt auf die Prüfung, ob die BGH-Rechtsprechung Fingerzeige in Richtung einer Haftung des Gesellschafters für die besonderen, das Insolvenzrecht betreffenden Fälle gibt, in denen auf Initiative des Gesellschafters das bereits insolvente Unternehmen fortgesetzt wird. Für diese sehr speziellen Gestaltungen sollten die zur Außenhaftung des Geschäftsführers aus § 826 BGB entwickelten Gedanken auf die Innenhaftung des Gesellschafters aus § 826 BGB unter dem Blickpunkt des Bestandsschutzes der GmbHG und der Belange ihrer sonstigen Gesellschafter übertragen werden. Allein dies wäre die - kaum revolutionäre - Fortentwicklung des bisherigen Rechtszustands. Natürlich stehen Gesellschafter (und ihre Vertreter) solchen Gedanken nicht mit Begeisterung gegenüber.

320

325

aa) Fallgruppe der Existenzvernichtung

Die Entscheidung BGHZ 220, 179 mag unterschiedliche Interpretationen zu den Anforderungen an einen existenzvernichtenden Eingriff bei einer bloßen Schädigung der Gesellschaft hervorrufen. Wegen des bei einer bloßen Schädigung fehlenden Vermögensvorteils des Gesellschafters könnte man die Sittenwidrigkeit des Eingriffs in Zweifel ziehen. Allerdings versteht der BGH das Merkmal der Sittenwidrigkeit nicht allzu eng.

330

335 In der entschiedenen Sache der Übertragung einer insolvenzreifen auf eine gesunde GmbH
werden zwei Argumente für die Existenzvernichtungshaftung angeführt: Einmal erfolge die An-
340 teilsgewährung an die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers als Ausgleich für die
Übertragung seines Vermögens. Eine etwaige Vermögensverschiebung auf Gesellschafter-
ebene werde daher aus dem Vermögen der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger
finanziert. Entspreche das auf den übernehmenden Rechtsträger übergehende Vermögen da-
her nicht dem Wert der hierfür gewährten Anteile, stamme ein daraus resultierender Vermö-
345 gensvorteil aus dem Vermögen der übernehmenden Gesellschaft (BGHZ 220, 179 Rn. 41). Die
Begründung ist auf den Sonderfall zugeschnitten, in dem die eigentlich naheliegende Diffe-
renzhaftung des Gesellschafters wegen den speziellen, bei der Verschmelzung maßgeblichen
gesetzlichen Regelungen nicht greift (BGHZ 220, 179 Rn. 11 ff).

345 Man könnte immerhin an einem Vorteil zweifeln, wenn von einem (Allein-)Gesellschafter ein
insolvenzreifes auf ein gesundes Unternehmen übertragen wird und anschließend das ge-
sunde Unternehmen in Insolvenz gerät. Im Grunde verhält es sich wie bei einem wechselseiti-
gen Betrug: Der Gesellschafter bringt wirtschaftlich nichts ein, erhält aber in den neuen Anteilen
ebenfalls eine wirtschaftlich wertlose Gegenleistung. Ein Vorteil dürfte allenfalls anzuneh-
350 men sein, wenn der übernehmende Rechtsträger die Verschmelzung wirtschaftlich verkraften
kann. Es erscheint gekünstelt, in dem Erwerb wertloser Geschäftsanteile auf Seiten des Gesell-
schafters einen Vermögensvorteil zu erkennen. Jedenfalls belegt die Argumentation, dass
keine übertriebenen Anforderungen an den Vorteil zu stellen sind.

355 Das zweite durch den amtlichen Leitsatz herausgestellte Argument des BGH geht dahin, dass
der Gesellschafter unter Missachtung des Prinzips der Vermögenstrennung die Verbindlichkei-
ten der übertragenden GmbH außerhalb eines geordneten Liquidationsverfahrens auf die
Schuldnerin verlagert und hierdurch deren Insolvenz herbeigeführt habe (BGHZ 220, 179 Rn.
42). Der Gesellschafter habe seine beherrschende Stellung im übernehmenden Rechtsträger
360 für eine liquidationslose Abwicklung des insolventen Rechtsträgers ausnutzt (BGHZ 220, 179
Rn. 42 ff). Zu einem wirtschaftlichen Vorteil schweigt der BGH. Diese Erwägungen sind aus der
Sicht des Insolvenzrechts besonders bedeutsam, weil dem Gesellschafter vorgeworfen wurde,
die insolvenzreife GmbH – im Wege der Firmenbestattung – außerhalb eines geordneten In-
solvenzverfahrens abgewickelt zu haben.

365 Zwar trifft der vom BGH entschiedene Fall nicht unmittelbar die Gestaltung der vom Gesell-
schafter zu verantwortenden Fortführung eines unrettbar verlorenen Unternehmens. Aber im-
merhin lässt sich sehr deutlich ablesen, dass der Gesellschafter nach Auffassung des BGH –
trotz fehlender Antragspflicht (§ 15a InsO) – eine Verantwortung für die ordnungsgemäße Ab-
370 wicklung seines Unternehmens hat. Ihm wird er nicht gerecht, wenn er die GmbH ohne Rück-
sicht auf die Belange des Unternehmens und seiner Gesellschafter fortführt und insolvenzver-
tiefend in neue Verbindlichkeiten treibt. Hier verfolgt der Gesellschafter rücksichtslos Eigenin-
teressen, weil er auf das Wunder einer realistischer Grundlagen entbehrenden Unterneh-
mensrettung setzt. Durch die neuen Verbindlichkeiten wird die GmbH wie bei einem Vermö-
375 gensentzug in ihrem Bestand beeinträchtigt. Während der Geschäftsführer durch eine unver-
antwortliche Betriebsfortführung die Gläubiger sittenwidrig schädigt, gilt dies auf Seiten des
Gesellschafters im Verhältnis zu der GmbH und den Mitgesellschaftern. Dort liegt der aus-
gleichspflichtige Schaden.

380 *bb) Neue Fallgruppe im Rahmen des § 826 BGB*

Man könnte daran denken, entsprechend einer Andeutung des BGH (BGHZ 220, 179 Rn. 39 mit Verweis auf BGHZ 175, 12 Rn. 27, 28) die Fälle der Belastung des Unternehmens mit neuen Verbindlichkeiten eigenständig unter § 826 BGB zu fassen. Dies erscheint aber nicht ganz unbedenklich. Auch in der ausdrücklich in Bezug genommenen Sache (BGHZ 175, 12 Rn. 27, 28) wurde für den Verein, der kein Stammkapital besitzt, im Blick auf eine etwaige Haftung der Gesellschafter auf einen sittenwidrigen Vermögensentzug abgestellt. Deswegen wäre es fragwürdig, bei der Vermehrung der Verbindlichkeiten die Haftung unter im Vergleich zur Existenzvernichtung erleichterten Voraussetzungen eingreifen zu lassen. Jeder würde fragen, warum bisher bei der Haftung aus Existenzvernichtung wegen der Begründung neuer Verbindlichkeiten ein so großer argumentativer Aufwand betrieben wird, wenn man die Fälle schon so – als Schädigung der GmbH – einfach § 826 BGB zuordnen kann.

Soweit es um die Mehrung der Verbindlichkeiten geht, sollte unter dem Dach des § 826 BGB eine einheitliche Fallgruppe entwickelt werden. Es würde nicht überzeugen, in derartigen Fällen eine Existenzvernichtung abzulehnen, hingegen in allgemeiner Form eine Haftung des Gesellschafters auf § 826 BGB zu stützen. Im Übrigen könnte man zu einer doppelten Haftung aus § 826 BGB gelangen, wenn die schon für sich genommen § 826 BGB ausfüllende Mehrung der Verbindlichkeiten mit einem Vorteil des Gesellschafters einher geht und darum auch eine Existenzvernichtung durchgreift. Es sollte verhindert werden, dass § 826 BGB uferlos ausgeweitet wird.

c) Auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung sprechen die besseren Gründe dafür, in den Fällen der unverantwortlichen Unternehmensfortführung von einer Innenhaftung auszugehen.

Der BGH hat die Existenzvernichtungshaftung des § 826 BGB bei einem Vermögensentzug als Innenhaftung zu Lasten des Gesellschafters ausgestaltet. Dies sollte auch gelten, wenn der Gesellschafter durch neue Verbindlichkeiten den Bestand des Unternehmens erschüttert. Dann muss der Schaden dort, wo er entstanden ist, bei der Gesellschaft, kompensiert werden.

Im Vergleich dazu trifft den Geschäftsführer, der trotz Insolvenzreife neue Verbindlichkeiten eingeht, gemäß § 823 Abs. 2 BGB, § 15a InsO eine Außenhaftung. Konsequenterweise geht der BGH auch von einer Außenhaftung des Geschäftsführers aus, soweit die Haftung bei Fortführung des insolvenzreifen Unternehmens gegenüber den Gläubigern aus § 826 hergeleitet wird. Diesem System entspricht es, die Haftung gegenüber der GmbH im Falle der Belastung mit unverantwortlichen Verbindlichkeiten als Innenhaftung beizubehalten. Die GmbH (und die Mitgesellschafter) sind insoweit die Geschädigten. Man sollte auch etwa an Gestaltungen (wie Wirecard) denken, in denen der Vorstand bzw. die Geschäftsführer geltend machen, durch eine sittenwidrige Täuschung Dritter, etwa des Gesellschafters, zur Unternehmensfortführung veranlasst worden zu sein. Dann würde eine Außenhaftung der gutgläubigen Geschäftsführer aus § 826 BGB ausscheiden. Dem Bestandsinteresse der Gesellschaft (und mittelbar den Interessen der Gläubiger) würde eine Existenzvernichtungshaftung des sittenwidrig handelnden Gesellschafters dienen.

Die vorgeschlagene unmittelbare Haftung der Gesellschafter würde zu einer Durchgriffshaftung führen, der von dem Bundesgerichtshof durch die Entwicklung der

430 Existenzvernichtungshaftung nach langer Diskussion und schwankender Rechtsprechung eine
eindeutige Absage erteilt wurde. Es erscheint wenig ratsam, entgegen der gefestigten Recht-
sprechung des Bundesgerichtshofs einer Durchgriffshaftung das Wort zu reden, die mit dem
Grundprinzip des § 13 GmbHG unvereinbar ist. Auf eine Durchgriffshaftung sollte verzichtet
werden, weil die Problemstellung mit der Existenzvernichtungshaftung gelöst werden kann.

435 d) Die oben dargelegten Thesen sind eng miteinander verwoben. Ein sanierungsbereiter Ge-
sellschafter sollte nicht seine Stellung verlieren. Im Gegenzug ist es aber geboten, dass er die
aus der (drohenden) Insolvenzreife abzuleitenden Konsequenzen zieht, nämlich die Durchfüh-
rung einer Sanierung oder einer geordneten Abwicklung, was auch der BGH unmissverständ-
lich zum Ausdruck bringt (vgl. BGH, Teilurteil vom 6. November 2018 – II ZR 199/17, BGHZ 220,
179= ZInsO 2019, 328 Rn. 43, 44). Eine Begrenzung der Rechte und Pflichten dahin, nur den
440 Entzug der Gesellschafterstellung im Falle der Sanierungsbereitschaft nicht dulden zu müssen,
das Unternehmen bei fehlender Sanierungsbereitschaft aber sanktionslos fortsetzen zu dür-
fen, leuchtet nicht ein.

445 **VII. Verschärfung des Insolvenzanfechtungsrechts**

Auf eine Beantwortung der Frage, ob hinsichtlich des Insolvenzanfechtungsrechts noch Rege-
lungsbedarf besteht, verzichtet der Ausschuss. Insoweit wäre insbesondere zu prüfen, ob der
Zeitraum der Deckungsanfechtung angemessen ist.