

Anhang zu § 35
Gesellschaftsrechtliche Ansprüche gegen Gesellschafter und Geschäftsführer
zur Auffüllung der Insolvenzmasse

		Übersicht	
		Rn	Rn
A. Kapitalgesellschaftsrecht		3	
I. Haftung in der Vorgesellschaft		4	
1. Vorgesellschaft und Vorgründungsgesellschaft		4	a) § 30 Abs 1 S 2 Var 1 GmbHG: Vertragskonzern 77
2. Gründerhaftung in der Vor-GmbH		7	b) § 30 Abs 1 S 2 Var 2 GmbHG: Bilanzneutralität 78
a) Unterbilanzhaftung		8	c) § 30 Abs 1 S 3 GmbHG: Nichtanwendung der Rechtsprechungsregeln des auslaufenden Eigenkapitalersatzrechts 81
b) Verlustdeckungshaftung		11	4. Anspruchsverfolgung; Verjährung 82
c) Anspruchsverfolgung; Verjährung		13	5. Geschäftsführerhaftung 85
3. „Unechte“ Vorgesellschaft		16	6. Aktiengesellschaft 87
4. Handelndenhaftung		17	IV. Existenzvernichtungshaftung der Gesellschafter 89
5. Geschäftsführerhaftung		19	1. Haftungsadressaten 91
6. Wirtschaftliche Neugründung		20	2. Tatbestand 93
7. Aktiengesellschaft		26	a) Eingriff 94
II. Kapitalaufbringung		27	b) InsVerursachung oder -vertiefung 96
1. Verfolgung offener Einlageansprüche; Verjährung		29	c) Sittenwidrigkeit 97
2. Leistung zur endgültig freien Verfügung		33	d) Vorsatz 98
3. Verdeckte Sacheinlagen		34	3. Rechtsfolgen 99
a) Tatbestand der verdeckten Sacheinlage		36	4. Anspruchsverfolgung; Verjährung 102
b) Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage		43	V. Durchgriffshaftung der Gesellschafter 104
aa) Früheres Recht		44	VI. Geschäftsführerhaftung nach Eintritt der materiellen InsReife 107
bb) § 19 Abs 4 GmbHG		46	1. Haftung wegen Masse- schmälerungen (§ 64 GmbHG) 107
cc) Anwendbarkeit auf die Unternehmergesellschaft		52	a) Haftung nach § 64 S 1 und 2 GmbHG 107
4. Hin- und Herzahlungen		53	b) Haftung nach § 64 S 3 GmbHG 113
a) Früheres Recht		54	c) Haftungsadressaten; Ver- schulden 115
b) § 19 Abs 5 GmbHG		56	d) Anspruchsverfolgung; Ver- jährung 118
5. Voreinzahlungen auf künftige Kapitalerhöhung		62	e) Aufsichtsratshaftung in der GmbH mit Aufsichtsrat 120
6. Geschäftsführerhaftung		64	2. InsVerschleppungshaftung gegen- über den Gesellschaftsgläubigern (§ 823 Abs 2 BGB iVm § 15a Abs 1 InsO) 121
7. Aktiengesellschaft		65	3. Aktiengesellschaft 122
III. Kapitalerhaltung		67	B. Personengesellschaftsrecht 123
1. Auszahlungsverbot nach § 30 Abs 1 GmbHG		69	I. Einstandspflicht der Vollhafter 124
a) Auszahlungen		69	II. Kommanditistenhaftung 125
b) Unterbilanz		70	III. GmbH & Co KG 127
c) Zahlungsempfänger		71	
2. Rechtsfolgen verbotswidriger Auszahlungen		72	
a) Erstattungspflicht		72	
b) Solidarhaftung		74	
3. Änderungen und Klarstellungen im Zuge des MoMiG		76	

Literatur: *Bauer* Gesellschafterhaftung in Krise und Insolvenz der GmbH, Teil 1: ZInsO 2011, 1273; *Bayer/Illhardt* Darlegungs- und Beweislast im Recht der GmbH anhand praktischer Fallkonstellationen, Teil 1: Gründung und Kapitalaufbringung, GmbHR 2011, 505; Teil 2: Geschäftsanteil und Kapitalerhaltung, GmbHR 2011, 638; *Bitter* Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern in der Insolvenz ihrer GmbH, Teil 1: ZInsO 2010, 1505; Teil 2: ZInsO 2010, 1561; *Strohn* Aus der neueren Rechtsprechung des BGH zum Gesellschaftsrecht, DB 2010, 37; *Strohn/Simon* Haftungsfallen für Gesellschafter und Geschäftsführer im Recht der GmbH. Aktuelle Rechtsprechung, Beratungs- und Gestaltungspraxis, GmbHR 2010, 1181; *Wachter* Leitlinien der Kapitalaufbringung in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, DStR 2010, 1240.

Zur Auffüllung der InsMasse kann und muss sich der InsVerw ggf gesellschaftsrechtlicher Ansprüche bedienen, die der insolventen Gesellschaft zustehen. Insbesondere das Kapitalgesellschaftsrecht bietet eine Reihe von Ansatzmöglichkeiten, aus denen der insolventen Gesellschaft offene Forderungen gegen Gesellschafter und Geschäftsführer zustehen können. Der Verwalter muss dazu unter Umständen die gesamte Gesellschaftshistorie bis zu den Gründungsabläufen zurückverfolgen sowie die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben zur Finanzverfassung des insolventen Verbandes überprüfen. **1**

Die folgende Zusammenfassung bemüht sich um einen einführenden Überblick über wichtige Haftungsinstitute des Gesellschaftsrechts, die für den InsVerw von besonderer Bedeutung sind. Sie erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit und konzentriert sich iÜ auf eine Skizze der einschlägigen BGH-Rechtsprechung; die Hinweise auf weiterführende Literatur haben exemplarischen Charakter. Für in die Tiefe gehende Darstellungen ist auf das gesellschaftsrechtliche Spezialschrifttum zu verweisen. **2**

A. Kapitalgesellschaftsrecht

Ist die Schu in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft organisiert, stehen das Gründungsrecht mit dem Kapitalaufbringungsrecht, das Kapitalerhaltungsrecht sowie solche Ansprüche im Mittelpunkt des Interesses, die aus der Schädigung der InsGl resultieren und vom InsVerw zu verfolgen sind. Die nachfolgende Übersicht konzentriert sich auf die GmbH. Auf die konzeptionellen Parallelen und Abweichungen im Aktienrecht wird iRd jeweiligen Abschnitte nur kurz hingewiesen. **3**

I. Haftung in der Vorgesellschaft

1. Vorgesellschaft und Vorgründungsgesellschaft. Die Entstehung einer Kapitalgesellschaft durchläuft typischerweise die Phasen der **Vorgründungsgesellschaft** und der **Vorgesellschaft**. Erstere wird gebildet mit dem Zusammenschluss mehrerer Personen zum Zwecke der Gründung einer Kapitalgesellschaft und endet mit der Entstehung der Vorgesellschaft durch Abschluss des notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrages (vgl § 2 Abs 1 GmbHG). Die Vorgesellschaft wiederum (sie kann auch Einpersonengesellschaft sein) endet mit Entstehung der „fertigen“ Gesellschaft im Moment der Eintragung in das Handelsregister (vgl § 11 Abs 2 GmbHG; § 41 Abs 1 AktG). Die Regeln der sog Gründerhaftung (unten Rn 7 ff) betreffen die Vorgesellschaft und resultieren aus Verbindlichkeiten, die zu ihren Lasten entstanden sind. **4**

Davon zu unterscheiden sind die Verbindlichkeiten der **Vorgründungsgesellschaft**, für die deren Gesellschafter nach den Regeln der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) oder der OHG haften (§ 128 HGB bzw – für die GbR – § 128 HGB analog), je nach dem, ob die Vorgründungsgesellschaft bereits ein Handelsgewerbe betreibt oder nicht.¹ Die Vorgründungsgesellschaft ist weder mit der Vorgesellschaft noch der eingetragenen („fertigen“) Gesell- **5**

¹ BGHZ 91, 148, 151 = ZIP 1984, 950; L/H/Bayer § 11 Rn 2.

schaft identisch, weshalb es insbesondere nicht zu einem automatischem Übergang der Aktiva und Passiva von der Vorgründungsgesellschaft auf die Vorgesellschaft kommt.² Für die Verbindlichkeiten der Vorgründungsgesellschaft haften deren Gesellschafter vielmehr (bis zur Erfüllung) weiter.

- 6 Die ab dem Gründungsakt bestehende **Vorgesellschaft** ist als werdende juristische Person und notwendige Durchgangsstation zur späteren Gesellschaft eine **Rechtsform „sui generis“**⁴³, auf die die Regeln des Rechts der „fertigen“ Gesellschaft (bei der Vor-GmbH also die des GmbH-Rechts) anzuwenden sind, sofern jene Regeln nicht gerade die Eintragung voraussetzen.⁴ Sie ist mit der durch Eintragung entstehenden Gesellschaft identisch,⁵ so dass ihre Aktiva und Passiva ohne weiteres auf diese übergehen.⁶ Ihre Rechtsfähigkeit ist anerkannt.⁷
- 7 **2. Gründerhaftung in der Vor-GmbH.** Der sog **Unversehrtheitsgrundsatz** gebietet, dass das von den Gesellschaftern zugesicherte Stammkapital wenigstens im Zeitpunkt des Entstehens der „fertigen“ GmbH (Eintragung in das Handelsregister) wertmäßig noch unangestastet ist und den GlN zur Befriedigung ihrer Forderungen zur Verfügung steht.⁸ Eine vorzeitige Geschäftsaufnahme verursacht typischerweise Anlaufverluste, welche das Gesellschaftsvermögen verringern. Zur Sicherung des Unversehrtheitsgrundsatzes hatte der BGH ursprünglich ein **Vorbelastungsverbot** verfochten, wonach die Geschäftsführer die künftige GmbH nur mit Verbindlichkeiten aus rechtlich oder wirtschaftlich notwendigen Geschäften belasten konnten. Diese Lehre vom Vorbelastungsverbot ist im Jahre 1981 aufgegeben worden.⁹ An ihre Stelle ist eine konzeptionell einheitliche **Gründerhaftung** für in der Vor-Eintragsphase entstandene Belastungen des Gesellschaftsvermögens getreten, die sich aus der **Unterbilanzhaftung** (im Moment der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister) und der **Verlustdeckungshaftung** (in der Zeit vor Eintragung; praktisch bedeutsam bei Aufgabe bzw Scheitern der Eintragung) zusammensetzt.¹⁰
- 8 **a) Unterbilanzhaftung.** Die Unterbilanzhaftung (verbreitet auch als **Vorbelastungshaftung** bezeichnet) greift ab dem Zeitpunkt ein, in dem die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen wird. Ist ihr bilanzielles Reinvermögen (Nettovermögen) zu diesem Zeitpunkt unter die Stammkapitalziffer abgesunken, hat die GmbH einen Ausgleichsanspruch gegen ihre Gesellschafter, gerichtet auf Auffüllung des Gesellschaftsvermögens auf die Höhe des Stammkapitalbetrages. In die auf den Eintragungsstichtag aufzustellende **Vorbelastungsbilanz** ist ein Geschäfts- oder Firmenwert des Unternehmens nur (ausnahmsweise) dann zu berücksichtigen, wenn schon in der Zeit zwischen Aufnahme der Geschäftstätigkeit und Eintragung im Handelsregister eine Organisationseinheit geschaffen wurde, die als Unternehmen anzusehen ist und einen eigenen Vermögenswert über die einzelnen Vermögensgegenstände hinaus darstellt.¹¹ Auch bei sog start up-Unternehmen sind insoweit keine weniger strengen Maßstäbe anzulegen.¹²

2 BGHZ 91, 148, 151 = ZIP 1984, 950; BGH GmbHR 2001, 293.

3 BGHZ 21, 242, 246 = NJW 1956, 1435; BGHZ 80, 129, 132 = GmbHR 1981, 114; BGHZ 117, 323, 326 = ZIP 1992, 689.

4 BGHZ 120, 103, 105 = ZIP 1993, 144.

5 BGHZ 80, 129, 138 = GmbHR 1981, 114.

6 BGHZ 51, 30, 32 = NJW 1969, 509; BGHZ 80, 129, 137 f = GmbHR 1981, 114.

7 BGHZ 80, 129, 132 = GmbHR 1981, 114; BGHZ 117, 323, 326 = ZIP 1992, 689.

8 BGHZ 80, 129, 136 = GmbHR 1981, 114; BGHZ 124, 282, 285 = ZIP 1994, 295.

9 BGHZ 80, 129, 134 ff = GmbHR 1981, 114.

10 S BGHZ 80, 129, 140 = GmbHR 1981, 114 einerseits; BGHZ 134, 333, 338 = ZIP 1997, 679 andererseits.

11 BGHZ 140, 35, 36 f = ZIP 1998, 2151; BGHZ 165, 391, Rn 11 = ZIP 2006, 668.

12 BGHZ 165, 391, Rn 14 = ZIP 2006, 668.

Die Unterbilanzhaftung der Gesellschafter ist zwar davon abhängig, dass die (zur späteren Unterbilanz im Eintragungszeitpunkt führenden) Geschäfte mit Zustimmung der Gesellschafter aufgenommen worden sind;¹³ die Haftung ist aber unbeschränkt und unabhängig davon, ob der oder die Gesellschafter ihre Einlageleistung bereits erbracht hatten.¹⁴ Sie entfällt nach der Rechtsprechung des BGH auch dann nicht, wenn der Haftungsfonds der Gesellschaft später anderweitig wieder aufgefüllt wird.¹⁵ Die Haftung besteht im Grundsatz allerdings nur **pro rata der Kapitalbeteiligung** des jeweiligen Gesellschafters; jedoch trifft die Mitgesellschafter analog § 24 GmbHG eine (ebenfalls proratarische) Ausfallhaftung.¹⁶

Die Haftung ist als **Innenhaftung** ausgestaltet, dh die Forderung steht allein der Gesellschaft zu. Die Ausgestaltung der Unterbilanzhaftung als Innenhaftung gilt ausnahmslos, auch wenn die Gesellschaft vermögenslos ist oder nur einen Gesellschafter hat,¹⁷ denn nach Eintragung der Gesellschaft ist eine persönliche Außenhaftung der Gesellschafter ausgeschlossen (arg § 13 Abs 2 GmbHG). Gl der Gesellschaft müssen gegen die GmbH vorgehen und sodann deren Ansprüche gegen die Mitglieder – soweit noch kein InsVerf eröffnet ist – pfänden und sich überweisen lassen.

b) Verlustdeckungshaftung. Bleibt die Eintragung aus, weil die Gründer ihre Pläne ändern und ihre Eintragsabsicht aufgeben oder weil die Eintragung aus sonstigen Gründen (zB Ins der Vorgesellschaft) scheitert, kommt die auch schon vor Eintragung bestehende Gründerhaftung zum Tragen.¹⁸ Da es nicht mehr zur Eintragung der Gesellschaft kommt, kann von den Gesellschaftern freilich auch nicht mehr die Auffüllung des Gesellschaftsvermögens bis zum Betrag der Stammkapitalziffer verlangt werden. Die Gesellschafter haben stattdessen nur diejenigen Mittel aufzubringen, die die Vorgesellschaft zur Begleichung ihrer Verbindlichkeiten noch benötigt; sie haben also (soweit sie mit der Aufnahme der Geschäftstätigkeit einverstanden waren¹⁹) die Differenz zwischen der Summe der Verbindlichkeiten und dem Wert der Vermögensgegenstände auszugleichen: Verlustdeckungshaftung.²⁰

Auch die Verlustdeckungshaftung ist unbeschränkt, proratarisch (mit Ausfallhaftung analog § 24 GmbHG) und – nach der Rechtsprechung des BGH – im Regelfall eine **Innenhaftung**.²¹ Die Ausgestaltung als proratarische Innenhaftung soll die Gesellschafter vor einer unmittelbaren Inanspruchnahme durch die Gl (mit Prozessführung im Streitfall) schützen und für Einheitlichkeit der Gesellschafterhaftung in der Gründungsphase sorgen. Ausnahmsweise kann es aber zu einer unbeschränkten Außenhaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern kommen, nämlich wenn die Vorgesellschaft vermögenslos ist,²² nur einen Gl oder nur einen Gesellschafter hat.²³

c) Anspruchsverfolgung; Verjährung. Unterbilanzhaftung wie Verlustdeckungshaftung werden nach Eröffnung des InsVerf über das Vermögen der (Vor-)Gesellschaft allein vom InsVerw geltend gemacht (§ 80). Das gilt für die Verlustdeckungshaftung (nach VerfEröffnung) auch dort, wo ausnahmsweise eine Außenhaftung gegeben ist (soeben Rn 12); § 93.

13 *BGHZ* 80, 129, 139 ff = *GmbHR* 1981, 114; *BGHZ* 134, 333, 337 = *ZIP* 1997, 679; *BGHZ* 192, 341, Rn 36 = *ZIP* 2012, 817.

14 *BGHZ* 80, 129, 135 ff = *GmbHR* 1981, 114; *BGHZ* 105, 300, 303 f = *ZIP* 1989, 27.

15 *BGHZ* 165, 391, Rn 22 ff = *ZIP* 2006, 668.

16 *BGHZ* 80, 129, 141 = *GmbHR* 1981, 114.

17 *BGHZ* *ZIP* 2005, 2257.

18 *BGHZ* 134, 333 = *ZIP* 1997, 679; *BAG* *ZIP* 1997, 2199, 2200.

19 *BGHZ* 134, 333, 337 = *ZIP* 1997, 679.

20 *BGHZ* 134, 333, 342 = *ZIP* 1997, 679.

21 *BGHZ* 134, 333, 338 ff = *ZIP* 1997, 679.

22 *BGHZ* 134, 333, 341 f = *ZIP* 1997, 679; *BAG* *ZIP* 2006, 1044, Rn 27.

23 *BGHZ* 134, 333, 341 = *ZIP* 1997, 679.