

## Einleitung

Die Rechtsform der GmbH wurde 1892 als im Vergleich zur AG einfachere und sicherere Gesellschaftsform eingeführt<sup>1</sup> und stößt fortwährend auf große Beliebtheit bei Unternehmern.<sup>2</sup> Dies verdeutlicht bereits der Vergleich der Anzahl beider Gesellschaftsformen in Deutschland jeweils zu Beginn der Jahre 2010 und 2020. Anfang 2010 gab es ca. 17.500 AGs und ca. 1.016.000 GmbHs.<sup>3</sup> Bis zum Beginn des Jahres 2020 ist die Anzahl der AGs auf weniger als 14.200 gesunken und die Anzahl der GmbHs auf mehr als 1.329.000 gestiegen.<sup>4</sup> Der Grund dafür liegt, neben der gem. § 45 Abs. 2 GmbHG bestehenden weitgehenden Freiheit der Gestaltung des Gesellschaftsvertrags der GmbH im Innenverhältnis, insb. in der gem. § 13 Abs. 2 GmbHG bestehenden Haftungskonzentration auf das Gesellschaftsvermögen bei relativ geringer gesetzlich vorgeschriebener Kapitalausstattung (vgl. § 5 Abs. 1 GmbHG).<sup>5</sup> Unternehmer erlangen daher als GmbH-Gesellschafter mit geringerem Kapitaleinsatz und höherer Flexibilität das Haftungsprivileg einer Kapitalgesellschaft.<sup>6</sup>

Die GmbH ist damit zugleich stärker vom kapitalgesellschaftsrechtlichen Zielkonflikt zwischen der Haftungskonzentration auf das Gesellschaftsvermögen einerseits und dem Gläubigerschutz andererseits geprägt.<sup>7</sup> Ihre Gesellschafter genießen zwar die Haftungsprivilegierung, statten die GmbH jedoch oftmals nicht mit einem für ihren Geschäftsbetrieb ausreichenden Kapital aus, wodurch viele GmbHs materiell unterkapitalisiert sind.<sup>8</sup> Eine Verpflichtung zu einer über die gesetzliche Vorgabe von § 5 Abs. 1 GmbHG hinausgehenden Kapitalausstattung besteht ferner nicht.<sup>9</sup> Dies verschärft den bestehenden Zielkonflikt und die GmbH ist nicht zuletzt deswegen besonders insolvenzanfällig.<sup>10</sup> So wurde im Jahr 2020 über das Vermögen

<sup>1</sup> MünchHdB GesR III/Grziwotz, § 1 Rn. 36; *Fastrich*, DStR 2006, 656.

<sup>2</sup> *Wicke*, Einl. Rn. 1; *Gottwald/Haas/Haas/Kolmann/Kurz*, § 90 Rn. 1; *Burgard/Heimann*, NZG 2018, 601 f.; *Haas*, Gutachten 66. DJT, E9 (E11).

<sup>3</sup> Vgl. *Kornblum*, GmbHR 2020, 677 (678) – Tabelle 1.

<sup>4</sup> Vgl. *Kornblum*, GmbHR 2020, 677 (678) – Tabelle 1.

<sup>5</sup> *Fastrich*, DStR 2006, 656 (657).

<sup>6</sup> Vgl. *Wiedemann*, GesR Bd. I, § 10 IV 3 (S. 565 f.).

<sup>7</sup> *Baumbach/Hueck/Fastrich*, Einl. Rn. 11a; *Fastrich*, DStR 2006, 656.

<sup>8</sup> Vgl. *Baumbach/Hueck/Fastrich*, § 13 Rn. 47; *Uhlenbruck/Mock*, § 19 Rn. 23 ff.; *Wiedemann*, GesR Bd. I, § 10 IV 3 (S. 565 f., 570 ff.).

<sup>9</sup> BGHZ 176, 204 Rn. 17 ff.; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, § 30 Rn. 10; *Uhlenbruck/Mock*, § 19 Rn. 24.

<sup>10</sup> *MHLS/Nerlich*, § 60 Rn. 54 ff.; *Wicke*, Einl. Rn. 120; *Gottwald/Haas/Haas/Kolmann/Kurz*, § 90 Rn. 2; *Burgard/Heimann*, NZG 2018, 601 (602); *Fastrich*, DStR 2006, 656 f.; *Geißler*, DZWIR 2021, 421; *Haas*, Gutachten 66. DJT, E9 (E11).

von 5.329 GmbHs das Insolvenzverfahren eröffnet und bei 2.128 insolventen GmbHs der Eröffnungsantrag mangels Masse abgewiesen.<sup>11</sup> Dem Gläubigerschutz kommt in der GmbH mithin eine besondere Bedeutung zu. Die verbleibende Haftungsgrundlage (vgl. § 13 Abs. 2 GmbHG) ist deswegen zugunsten der Gläubiger zu schützen, sobald das Gesellschaftsvermögen nicht mehr für die vollständige Gläubigerbefriedigung ausreicht und insb., wenn sich bei Eintritt der materiellen Insolvenz das Insolvenzrisiko der Gläubiger realisiert.

Dem Geschäftsführer als Handlungs- und Vertretungsorgan der GmbH (vgl. §§ 6, 35 GmbHG) sind aus diesem Grunde in der vorinsolvenzlichen Krise<sup>12</sup> und bei Insolvenzureife der GmbH weisungsunabhängige Kernaufgaben zugewiesen, deren Erfüllung ihm als gesonderte Verantwortung gegenüber den Gläubigern obliegt.<sup>13</sup> Diese dienen zunächst dem Kapital- (vgl. § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG) und Liquiditätsschutz (vgl. § 64 S. 3 GmbHG a.F. bzw. § 15b Abs. 5 InsO) der GmbH. Anschließend bezwecken sie, die rechtzeitige Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH durch die Eröffnungsantragspflicht gem. § 15a Abs. 1 InsO<sup>14</sup> sowie die Zahlungsverbote aus § 64 S. 1 GmbHG a.F. bzw. § 15b Abs. 1 bis Abs. 4 InsO zu erreichen. Dem Geschäftsführer droht schließlich eine persönliche Haftung, verletzt er die aus den weisungsunabhängigen Kernaufgaben folgenden Pflichten.<sup>15</sup>

Zur Verwirklichung des Gläubigerschutzes muss diese Haftung auch geltend gemacht werden. In der Praxis erfolgt die Geltendmachung der Geschäftsführerhaftung grds. erst im eröffneten Insolvenzverfahren. Der Insolvenzverwalter hat das Bestehen von Haftungsansprüchen gegen den Geschäftsführer zu prüfen.<sup>16</sup> Ferner ist er im Insolvenzverfahren berechtigt (vgl. § 80 Abs. 1 InsO) und aufgrund von § 1 S. 1 InsO verpflichtet, diese zugunsten der Insolvenzmasse (§ 35 InsO) geltend zu machen (vgl. §§ 80, 92 InsO). Dadurch wird die Insolvenzmasse angereichert und die Befriedigungsaussichten der Gläubiger im Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH verbessern sich. Die Geschäftsführerhaftung kann daher ein Gegengewicht zur Finanzierungsverantwortung der Gesellschafter sein, wodurch der Geschäftsführer mit ihr die Verantwortung für das Insolvenzrisiko der Gläubiger zumindest teilweise zu übernehmen hat. Die Haftung kann so gleichzeitig ein Gegengewicht zur Risikoübernahme der Gläubiger<sup>17</sup> sein.

---

<sup>11</sup> Vgl. Statistisches Bundesamt, 2020, 12.2021, S. 11 ([https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft\\_derivate\\_00060164/2020410201124.pdf](https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00060164/2020410201124.pdf); zuletzt abgerufen am 10. 8. 2021).

<sup>12</sup> Vgl. zum Krisenbegriff IDW S 6, Rn. 31 ff.

<sup>13</sup> *Knittel*, GmbH-StB 2015, 138 f.

<sup>14</sup> Sofern nicht gesondert gekennzeichnet, sind mit § 15a InsO aufgrund besserer Lesbarkeit sowohl § 15a InsO in der bis zum 31. 12. 2020 (§ 15a InsO a. F.) geltenden als auch § 15a InsO in der ab dem 1. 1. 2021 (§ 15a InsO n. F.) geltenden Fassung gemeint.

<sup>15</sup> *Knittel*, GmbH-StB 2015, 138 f.

<sup>16</sup> *Pape/Gundlach/Vortmann*, Rn. 815.

<sup>17</sup> Vgl. zum Risiko der Gläubiger nur *Thole*, S. 12; *Meyer*, BB 2008, 1742.

Die Geltendmachung der Haftungsansprüche ist jedoch mit verschiedenen rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten verbunden.<sup>18</sup> Trotz seiner grundsätzlichen Verpflichtung zur Geltendmachung der Geschäftsführerhaftung sieht der Insolvenzverwalter darum von der Geltendmachung einzelner Haftungsansprüche ab, ist deren Erfolg nicht sichergestellt. Dann wird der mit der Haftung bezweckte Gläubigerschutz nicht erreicht und eine Verantwortungsübernahme des Geschäftsführers für das Insolvenzrisiko der Gläubiger erfolgt nicht.

Da dies insb. bei der Insolvenzverschleppungshaftung gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO bei der Verletzung der Eröffnungsantragspflicht der Fall ist,<sup>19</sup> würde sich das Insolvenzrisiko der Gläubiger erhöhen, stellt der Geschäftsführer den Eröffnungsantrag nicht rechtzeitig und führt das Unternehmen stattdessen fort. Um dies zu vermeiden, ist die Ersatzpflicht von verbotenen Zahlungen nach Eintritt der materiellen Insolvenz gem. § 64 S. 1 GmbHG a. F. in den letzten Jahren zur wichtigsten Haftungsnorm gegen den Geschäftsführer geworden.<sup>20</sup>

Die Ersatzpflicht gem. § 64 S. 1 GmbHG a. F. ist allerdings mit einiger Kritik behaftet.<sup>21</sup> Vor allem ihr Haftungsumfang wird als unangemessen hoch kritisiert.<sup>22</sup> Dieser ist zwar durch die Rechtsprechung des BGH abgemildert worden.<sup>23</sup> Aufgrund der bisher ergangenen Rechtsprechung des BGH, insb. zur Abmilderung des Haftungsumfangs, ist die Ersatzpflicht gem. § 64 S. 1 GmbHG a. F. jedoch sehr komplex und für den Geschäftsführer schwer zu erfassen.<sup>24</sup> Der Geschäftsführer kann daher in der vorinsolvenzlichen Krise und insb. zwischen Eintritt der materiellen Insolvenz und Ablauf der Antragsfrist des § 15a Abs. 1 InsO durch die drohende Haftung aus § 64 S. 1 GmbHG a. F. an der Ausübung seines Amtes gehindert sein. Ferner kann der Haftungsumfang den Geschäftsführer in die private Insolvenz führen.<sup>25</sup> Die Ersatzpflicht gem. § 64 S. 1 GmbHG a. F. dient damit zwar dem Gläubigerschutz. Für den Geschäftsführer ist sie aber in ihrer bisherigen Ausgestaltung mit einem erheblichen Haftungsrisiko verbunden. Die Rechtsprechung des BGH hat es somit verpasst, eine angemessene Lösung zur Haftung des Geschäftsführers ab Eintritt der materiellen Insolvenz für die Praxis zu finden,<sup>26</sup> weshalb bereits länger ein Neustart für die Haftung des Geschäftsführers ab Eintritt der materiellen Insolvenz, insb. für

---

<sup>18</sup> Vgl. nur *Haas*, GmbHR 2006, 505.

<sup>19</sup> Vgl. nur *K. Schmidt*, ZIP 2009, 1551 (1553) – „zu totem Recht geworden“.

<sup>20</sup> Beginnend im Jahr 1999 mit BGHZ 143, 184 (187 f.) (vgl. *Casper*, ZIP 2016, 793 [794]).

<sup>21</sup> Vgl. nur *Altmeyden*, § 64 Rn. 41 ff.; *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, 6 ff.; *Casper*, ZIP 2016, 793 ff.; *K. Schmidt*, ZHR 168 (2004), 637, 655 ff.

<sup>22</sup> Vgl. *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, 6 (9 f.); *Casper*, ZIP 2016, 793 (794); *K. Schmidt*, ZIP 2009, 1551 (1553).

<sup>23</sup> Siehe u. a. BGHZ 203, 18 ff.; 206, 52 ff.

<sup>24</sup> *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, 6 (11).

<sup>25</sup> Vgl. *Brinkmann/Schmitz-Justen*, ZIP 2021, 24; *Commandeur/Brocker*, NZG 2018, 1295 (1298); *H.-F. Müller*, GmbHR 2021, 737 (743).

<sup>26</sup> Vgl. *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, 6 ff.