

*Arbeitsgemeinschaft Zivilrecht:*  
**Lösungen zum Thema GmbH-Recht**

**Fall 1 a**

**Anspruch gegen Aldinger auf Zahlung von 12.500 Euro aus § 14 Abs. 1 GmbHG**

1. Gemäß § 80 Abs. 1 InsO ist der Insolvenzverwalter **befugt**, Ansprüche der GmbH geltend zu machen.
2. Im **Gesellschaftsvertrag** ist der Nennbetrag des Geschäftsanteils von Aldinger auf 12.500 Euro festgesetzt worden. Diesen Betrag schuldet er der Gesellschaft gemäß § 14 Abs. 1 GmbHG.
3. **Fraglich** ist, ob der Anspruch durch **Erfüllung** (§ 362 BGB) erloschen ist. Eine **Zahlung** an die Gesellschaft führt nur dann zur Erfüllung, wenn die **Geschäftsführer** den Betrag zur **endgültigen freien Verfügung** erhalten (vgl. § 7 Abs. 3 und § 8 Abs. 2 GmbHG).
  - a) Durch die **Überweisung** hatte die Geschäftsführerin aufgrund ihrer Kontovollmacht zwar die **Möglichkeit** zur Verfügung über den Betrag. Solange Aldinger selbst Kontoinhaber blieb, war eine freie Verfügung der GmbH aber **nicht endgültig** gesichert. Aldinger hätte den Zugriff jederzeit verhindern können, indem er seinerseits über das Konto verfügte (siehe dazu BGH NJW 2001, 1647 unter III 2 b).
  - b) Durch die **Umschreibung** des Kontos auf die GmbH erwarb die Geschäftsführerin zwar die endgültige Verfügungsmöglichkeit. Unklar ist aber, ob der Kontoüberschuss aus der Zahlung von Aldinger resultiert. Dies setzt voraus, dass Aldinger das Geld vor der Umschreibung **nicht wieder abgezogen** hat (vgl. BGH NJW 2001, 1647 zu III 2 c).
  - c) Die freie und endgültige Verfügungsmöglichkeit hätte die Geschäftsführerin auch dann erlangt, wenn sie über das von Aldinger stammende Guthaben **tatsächlich verfügt** hätte (BGH NJW 2001, 1647 unter III 2 d). Auch hierzu sagt der Sachverhalt nichts.
4. **Ergebnis:** Ob der Anspruch erloschen ist, hängt von der Klärung der unter 2 b und 2 c angesprochenen tatsächlichen Fragen ab.
5. **Ergänzungen:**
  - a) Eine endgültige Verfügungsbefugnis wird auch im Falle von **Hin- und Herzahlungen** verneint, d.h. wenn Geld auf ein Konto der GmbH gezahlt, von dieser aber nach kurzer Zeit wieder zurückgezahlt wird (BGH NJW 2001, 3781), auch wenn der Gesellschafter den zurückgezahlten Betrag als Darlehen erhält (BGHZ 165, 113 = BGH NJW 2006, 509) oder als „Treuhand“ für die GmbH halten soll (BGH NJW 2006, 906). Entsprechendes gilt, wenn die GmbH dem Gesellschafter Geld auszahlt und dieser es anschließend wieder einzahlt (BGH MDR 2004, 889). Bei der **GmbH & Co. KG** liegt eine unzulässige Hin- und Herzahlung auch dann vor, wenn das eingezahlte Geld von der GmbH als Darlehen an die KG weitergegeben wird (BGHZ 174, 370 = NJW-RR 2008, 480). Seit dem 01.11.2008 wird der Gesellschafter in solchen Fällen gemäß § 19 Abs. 5 GmbHG von seiner Einlagepflicht befreit, wenn die Leistung durch einen **vollwertigen Rückgewähranspruch** gedeckt ist, der jederzeit fällig ist oder durch fristlose Kündigung durch die Gesellschaft fällig werden kann und wenn die Leistung bei der Anmeldung angegeben wird.

- b) Die oben dargestellten Grundsätze gelten auch dann, wenn die GmbH zu einem so genannten **Cash Pool** gehört. Eine Einlage, die auf ein Konto der GmbH eingezahlt und von dort auf ein Zentralkonto weitergeleitet wird, über das der Einzahler Verfügungsbefugnis hat, ist keine vollwirksame Erfüllung der Einlagenschuld. Soweit die GmbH im Zeitpunkt der Weiterleitung einen negativen Saldo auf dem Zentralkonto hat, liegt eine verdeckte Sacheinlage (§ 19 Abs. 4 GmbHG) vor, anderenfalls ein Hin- und Herzahlen, das nur unter den Voraussetzungen des § 19 Abs. 5 GmbHG zur Erfüllung der Einlagepflicht führt (BGHZ 182, 103 = NJW 2009, 3091 Rn. 9 ff. – Cash Pool II). Nach § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG in der seit 01.11.2008 geltenden Fassung ist die Auszahlung von Stammkapital außerdem zulässig, wenn ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag besteht.
- c) Ausreichend ist die Einzahlung auf ein **debitorisches Konto**, sofern die Gesellschaft tatsächlich über den eingezahlten Betrag verfügen kann. Der Kredit muss **nicht zwingend** auf **demselben Konto** geführt werden, auf dem die Einzahlung erfolgt ist (BGHZ 150, 197). Es ist auch unerheblich, ob die Verfügungsbefugnis auf einer vertraglichen Abrede mit der Bank oder einer bloßen Duldung beruht (BGH NJW-RR 2005, 338, 339).
- d) Nicht ausreichend ist die **vorzeitige** Einzahlung auf ein **debitorisches Konto**. Vorzeitig in diesem Sinne ist eine Zahlung, die erfolgt, bevor die Stammeinlagenschuld entstanden ist. Maßgeblich ist der Tag, an dem der Gesellschaftsvertrag geschlossen bzw. eine Kapitalerhöhung beschlossen worden ist (BGHZ 158, 283).
- e) Die Vorschriften über die Gründung einer GmbH sind auch dann (erneut) einzuhalten, wenn eine zunächst nur „auf Vorrat“ gegründete GmbH (ein **GmbH-Mantel**) später mit einem Unternehmen ausgestattet wird und ihren Geschäftsbetrieb aufnimmt (BGHZ 153, 158 = NJW 2003, 892). Entsprechendes gilt, wenn eine GmbH ihren Geschäftsbetrieb aufgibt und der leer gewordene Mantel für eine **wirtschaftliche Neugründung** verwendet wird (BGHZ 155, 318 = NJW 2003, 3198; ebenso für eine GmbH im Liquidationsstadium BGH NJW-RR 2014, 416 Rn. 10). Die Haftung der Gesellschafter ist in diesem Fall auf eine Unterbilanz begrenzt, die in dem Zeitpunkt besteht, zu dem die wirtschaftliche Neugründung entweder erstmals nach außen in Erscheinung getreten ist (BGHZ 192, 341 = NJW 2012, 1875 Rn. 20 ff.).

### Fall 1 b

#### **Anspruch des Insolvenzverwalters gegen Aldinger und Baumann auf Zahlung von jeweils 100.000 Euro aus § 14 Abs. 1 GmbHG**

1. Bei der Kapitalerhöhung haben Aldinger und Baumann einen weiteren **Geschäftsanteil** mit dem Nennbetrag von je 100.000 Euro übernommen.
2. Fraglich ist, ob die daraus resultierenden Zahlungsansprüche durch die von der Geschäftsführerin erklärte **Aufrechnung** erloschen sind.
  - a) Nach **§ 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG** ist eine Aufrechnung **gegenüber** der GmbH nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. **Hier** wurde die Aufrechnung hingegen **von der GmbH** erklärt.

- b) Aus **Sinn und Zweck** des § 19 Abs. 2 GmbHG hat die Rechtsprechung auch für eine Aufrechnung seitens der GmbH **einschränkende Voraussetzungen** entwickelt. **Zweck** der Vorschrift ist, der GmbH das satzungsgemäße **Stammkapital ungeschmälert** zur Verfügung zu stellen. Bei einer **Aufrechnung** durch die GmbH wird dieser Zweck nur erreicht, wenn die durch Aufrechnung erloschene **Gegenforderung** gegen die GmbH **liquide, fällig und vollwertig** war (BGHZ 125, 141, 143).
- (1) Zur **Fälligkeit** lässt sich dem Sachverhalt nichts Näheres entnehmen. Mangels einer besonderen Vereinbarung konnten die Gesellschafter die Darlehen gemäß § 489 Abs. 2 BGB mit einer Frist von **drei Monaten** kündigen.
  - (2) **Liquide** sind Ansprüche, die ohne größere Schwierigkeiten durchsetzbar sind. Dies ist **insbesondere** der Fall bei **unstreitigen** Ansprüchen (vgl. BGHZ 94, 167, 172). Insoweit sind hier keine Probleme ersichtlich.
  - (3) **Vollwertig** ist eine Forderung nur dann, wenn die GmbH **finanziell** in der **Lage** war, sie auch ohne Aufrechnung zu erfüllen. Ob dies **hier** der Fall war, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Das weitere Schicksal der GmbH spricht eher gegen ihre Leistungsfähigkeit.
- c) Unabhängig hiervon scheidet eine Erfüllung der Einlageforderung jedenfalls an **§ 19 Abs. 4 GmbHG**, wenn es sich um eine **verdeckte Sacheinlage** handelt. Dafür ist erforderlich, dass
- die formal als Geldeinlage ausgestaltete Einlage aufgrund einer Abrede zwischen den Beteiligten **wirtschaftlich** als Sacheinlage anzusehen ist und
  - diese Abrede im **Zusammenhang** mit der Übernahme der Geldeinlage getroffen wurde.
- Hintergrund dieser Regelung, die die frühere Rechtsprechung in abgewandelter Form kodifiziert, ist der Grundsatz der **realen Kapitalaufbringung**. Dieser besagt, dass Geldeinlagen grundsätzlich in Geld zu erbringen sind. **Sacheinlagen** sind zwar möglich, bedürfen nach § 5 Abs. 4 GmbHG aber einer ausdrücklichen Vereinbarung im **Gesellschaftsvertrag** und unterliegen einer **Überprüfung** durch das **Registergericht** (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 5 und § 9c Abs. 1 Satz 2 GmbHG). Diese Vorschriften dürfen nicht dadurch umgangen werden, dass die Beteiligten auf dem Papier eine Geldeinlage vereinbaren, wirtschaftlich gesehen aber nur Sachwerte in das Gesellschaftsvermögen einbringen.
- (1) **Hier** führt die Aufrechnung **wirtschaftlich** dazu, dass dem Gesellschaftsvermögen keine Geldmittel zugeführt werden, sondern nur der Wert der bereits zuvor bestehenden Gegenforderung. Dies entspricht einer Sacheinlage, bei der der Gesellschafter seine Gegenforderung einbringt.
  - (2) Ein **Zusammenhang** liegt nach der früheren Rechtsprechung, die auch auf § 19 Abs. 4 GmbHG n.F. anwendbar sein dürfte, jedenfalls dann vor, wenn die Gegenforderung bereits **vor** der Kapitalerhöhung bestanden hat.  
Zur Frage, wann bei später entstandenen Forderungen ein Zusammenhang besteht, vgl. die ergänzenden Hinweise unten.
  - (3) **Zwischenergebnis**: Es liegt eine **verdeckte Sacheinlage** vor. Der Anspruch auf Erbringung der **Geldeinlage** ist **nicht erfüllt**.
- d) Nach § 19 Abs. 4 Satz 3 GmbHG wird der **Wert** der Gegenforderung auf die Geldeinlage **angerechnet**. Damit ist im Ergebnis ebenso wie bei der analogen Anwendung von § 19 Abs. 2 GmbHG entscheidend, ob die Gegenforderung werthaltig war.

**3. Ergebnis:** Die Forderung des Insolvenzverwalters besteht nicht, soweit die Gegenforderung, mit der aufgerechnet wurde, werthaltig war. Dies lässt sich aufgrund des mitgeteilten Sachverhalts nicht beurteilen.

**4. Ergänzende Hinweise:**

- a) Das Umgehungsverbot lässt sich grundsätzlich auch nicht durch **Hin- und Herzahlungen** („Schütt aus und hol zurück“) umgehen. Den Gesellschaftern hätte es hier also nichts genützt, wenn sie die Geldeinlagen erbracht hätten und sich kurz darauf die Darlehen hätten zurückzahlen lassen (BGHZ 113, 335, 343). Die Einlageforderung ist grundsätzlich auch dann nicht erfüllt, wenn die Einlage erbracht wird, dem Gesellschafter aber kurz darauf ein **neues Darlehen** gewährt wird (BGHZ 153, 107 = NJW 2003, 825); in diesem Fall kann Erfüllung allenfalls unter den Voraussetzungen des § 19 Abs. 5 GmbHG in der seit 01.11.2008 geltenden Fassung eintreten.
- b) Eine verdeckte Sacheinlage liegt auch dann vor, wenn der Gesellschafter nach einem fehlgeschlagenen Erfüllungsversuch erneut zahlt und die GmbH damit die **Bereicherungsforderung** aus dem ersten Versuch tilgt (BGH NJW 2012, 3035 Rn. 18).
- c) Sollen die Einlagen aus bestehenden **Gewinnforderungen** erbracht werden, brauchen anstelle der (strengeren) Vorschriften über Sacheinlagen (§ 8 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG), nur die (nicht ganz so strengen) Regeln über eine **Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln** (§§ 57c ff. GmbHG) eingehalten zu werden. Voraussetzung ist aber auch in diesem Fall, dass im Gesellschaftsvertrag **offen gelegt** wird, dass es sich nicht um eine Geldeinlage handelt (zum Ganzen BGHZ 135, 381, 384 ff.).
- d) Eine verdeckte Sacheinlage kann auch dann vorliegen, wenn die **Gegenforderung** des Gesellschafters erst **nach der Einlageforderung** entstanden ist. Voraussetzung für eine analoge Anwendung ist dann aber, dass die spätere Verrechnung bereits **bei der Kapitalerhöhung vereinbart** worden ist (BGHZ 152, 37).  
Für letzteres spricht eine Vermutung, wenn die Verrechnung in engem zeitlichem Zusammenhang mit dem Kapitalerhebungsbeschluss vorgenommen worden ist (BGH aaO: 8 Monate sind dafür zu lang).
- e) Bemerkten die Gesellschafter rechtzeitig (d.h. vor dem Eintritt einer finanziellen Krise), dass ihre Bareinlage fehlgeschlagen ist, können sie den Fehler **heilen**, indem sie die vereinbarte **Geldeinlage** nachträglich im Weg der **Satzungsänderung** in eine **Sacheinlage** umwandeln (BGHZ 132, 141, 150 ff.). Hier ist es dafür zu spät.
- f) Gegenstand einer verdeckten Sacheinlage können nur **einlagefähige** Gegenstände sein. Hierzu gehören weder die Verpflichtung zu Dienstleistungen (§ 27 Abs. 2 AktG analog) noch sonstige schuldrechtliche Ansprüche gegen den Gesellschafter. Deshalb liegt **keine** verdeckte Sacheinlage vor, wenn ein Gesellschafter nach der Zahlung der Einlage für die Gesellschaft **Dienstleistungen** erbringt und hierfür eine Vergütung erhält – auch dann, wenn dies von vornherein so vereinbart war (BGHZ 180, 38 = NJW 2009, 2375 Rn. 9 ff. – Qivive; ebenso für die Aktiengesellschaft BGHZ 184, 158 = NJW 2010, 1747 Rn. 14 ff. – Eurobike).
- g) Bei einer **gemischten** verdeckten Sacheinlage kommt für eine Anrechnung gemäß § 19 Abs. 4 GmbHG nur die Differenz zwischen dem Wert der Sacheinlage und dem die Einlage übersteigenden Teil der Gegenleistung in Betracht (BGH NJW 2010, 1948 Rn. 57 – AdCoCom).

**Fall 1 c****I. Anspruch der Volk AG auf Zahlung von 100.000 Euro gegen den Insolvenzverwalter aus § 433 Abs. 2**

1. Gisela Grau hat im Namen der GmbH **Kaufverträge** mit der Volk AG geschlossen. Als **Geschäftsführerin** und aufgrund der **Zustimmung der Gesellschafter** zur vorzeitigen Aufnahme des Geschäftsbetriebs war sie hierzu **befugt**.
2. Der Insolvenzverwalter hat die daraus entstandenen Kaufpreisansprüche aber nur dann als Insolvenzforderungen zu erfüllen, wenn die **Verbindlichkeiten** bei der Eintragung ins Handelsregister auf die **GmbH übergegangen** sind.
  - a) Vor der Eintragung bestand die **GmbH** als solche nicht (§ 11 Abs. 1 GmbHG).
  - b) Mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages war bereits eine **Vorgesellschaft** (Vor-GmbH) entstanden. Diese konnte am **Geschäftsverkehr teilnehmen**, Rechte erwerben und Verpflichtungen eingehen.
  - c) Mit der Eintragung **gehen** nach der Rechtsprechung sowohl die Rechte als auch die Verpflichtungen der Vor-GmbH auf die GmbH **über**.  
Die **Sicherung des Stammkapitals** wird durch eine **Unterbilanzhaftung** der Gesellschafter gewährleistet: Verfügt die GmbH bei der Eintragung nicht mehr über genügend Aktiva, um das satzungsmäßige Stammkapital abzudecken, sind die Gesellschafter entsprechend § 9 GmbHG zum Ausgleich verpflichtet (BGHZ 80, 129, 141 ff.).
3. **Ergebnis:** Die Volk AG kann die Kaufpreisansprüche als **Insolvenzforderungen** geltend machen. Ob und wie viel sie im Insolvenzverfahren bekommt, bleibt abzuwarten.

**II. Anspruch der Volk AG auf Zahlung von 100.000 Euro gegen Gisela Grau aus § 11 Abs. 2 GmbHG**

1. Gisela Grau hat **vor der Eintragung** im Namen der GmbH die in Rede stehenden Kaufverträge geschlossen. Gemäß § 11 Abs. 2 GmbHG haftet sie für daraus entstandene Verbindlichkeiten **persönlich**.
2. Nach der Rechtsprechung **erlischt** die Haftung aus § 11 Abs. 2 GmbHG jedoch wieder, wenn die Gesellschaft ins Handelsregister **eingetragen** wird und wenn die **Gesellschafter** mit der vorherigen Aufnahme des Geschäftsbetriebs **einverstanden waren** (BGHZ 80, 129, 143; BGHZ 80, 182, 185).  
Der **Grund** für die Haftung aus § 11 Abs. 2 GmbHG wird darin gesehen, dass im Namen eines **Rechtssubjekt** gehandelt wird, das es **noch nicht gibt**. Folgerichtig kann die Haftung entfallen, wenn das Rechtssubjekt **nachträglich entsteht** und für die Verbindlichkeit **einzustehen** hat. Dies ist hier der Fall.
3. **Ergebnis:** Gisela Grau haftet **nicht mehr** aus § 11 Abs. 2 GmbHG.
4. **Ergänzung:** Bei einer **wirtschaftlichen Neugründung**, also der Verwendung eines bestehenden GmbH-Mantels für ein neues Unternehmen, haftet der Geschäftsführer analog § 11 Abs. 2 GmbHG nur dann, wenn die Geschäfte vor Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung aufgenommen worden sind und dem nicht alle Gesellschafter zugestimmt haben (BGH NZG 2011, 1066 Rn. 8 ff.). Konsequenterweise dürfte die Haftung erlöschen, wenn die Neugründung später doch noch offengelegt wird.

**III. Anspruch der Volk AG gegen Aldinger und Baumann aus § 11 Abs. 2 GmbHG**

1. Die Haftung aus § 11 Abs. 2 GmbHG erfasst nur diejenigen, die für die GmbH im Rechtsverkehr **gehandelt** haben, **nicht** hingegen Personen, die lediglich als **Gesellschafter** beteiligt sind, und zwar auch dann nicht, wenn sie der Aufnahme des Geschäftsbetriebs zugestimmt haben (BGHZ 47, 25, 27 ff.)
2. **Ergebnis:** Ein Anspruch aus § 11 Abs. 2 GmbHG besteht **nicht**.

**IV. Anspruch der Volk AG gegen Aldinger und Baumann entsprechend § 128 HGB**

1. Ob und in welchem Umfang die **Gesellschafter** der **Vor-GmbH** für deren Verbindlichkeiten **persönlich haften**, war lange Zeit umstritten. Die hier interessierende Frage nach der Haftung **nach Eintragung** wurde bereits relativ früh entschieden:
  - a) Wenn die GmbH eingetragen wird, **übernimmt** sie die Verbindlichkeiten der Vor-GmbH (s.o. bei I). Die Gläubiger können damit auf denjenigen **Schuldner** zugreifen, mit dem sie den **Vertrag** geschlossen haben. Jedenfalls dann bedarf es einer **persönlichen Haftung** der Gesellschafter **nicht** mehr (BGHZ 80, 129, 144 f.).
  - b) Wenn das Stammkapital bei Eintragung bereits angegriffen war (und den Gläubigern deshalb nicht mehr die volle Haftungsmasse zur Verfügung steht), trifft die Gesellschafter eine **Unterbilanzhaftung** (siehe dazu ebenfalls bereits oben bei I). Ansprüche daraus stehen nur der **GmbH** zu, **nicht** den einzelnen **Gläubigern**. Auf diese Weise wird vor allem in der Insolvenz gewährleistet, dass die Unterbilanzhaftung allen Gläubigern gleichermaßen zugute kommt.
  - c) **Hier** können etwaige Ansprüche aus Unterbilanzhaftung folglich nur vom **Insolvenzverwalter** geltend gemacht werden. Die Volk AG profitiert ggf. mittelbar davon, weil die Insolvenzmasse wächst und ihre Aussichten auf Befriedigung daraus steigen.
2. **Ergebnis:** Die Gesellschafter haften nicht persönlich gegenüber der Volk AG.

**Fall 1 d****I. Anspruch von Manz gegen den Insolvenzverwalter aus § 433 Abs. 2 BGB**

1. Der in Rede stehende Kaufvertrag wurde **vor Gründung** der GmbH (d.h. vor Abschluss des Gesellschaftsvertrages) geschlossen. Damals bestand **weder** die GmbH **noch** die Vor-GmbH.
2. Nehmen die Gesellschafter einer noch zu gründenden GmbH bereits Geschäfte auf, entsteht eine sogenannte **Vorgründungsgesellschaft**. Dies ist eine **Gesellschaft des bürgerlichen Rechts** oder – wenn ein Handelsgeschäft betrieben wird – eine **offene Handelsgesellschaft** (BGHZ 91, 148, 151; BGH NZG 2004, 663).
3. **Verbindlichkeiten** dieser Gesellschaft gehen **nicht** auf die **Vor-GmbH** oder die **GmbH** über. Die oben im Fall 1 c aufgezeigten Grundsätze des GmbH-Rechts greifen erst mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages. Die bloße Absicht, einen solchen Vertrag zu schließen, reicht nicht aus.
4. **Ergebnis:** Manz hat **keine** Ansprüche gegen den Insolvenzverwalter.

## II. Anspruch von Manz gegen Gisela Grau aus § 11 Abs. 2 GmbHG

1. Gisela Grau hat **vor Eintragung** im Namen der **GmbH** gehandelt.
2. Fraglich ist, ob § 11 Abs. 2 GmbHG auch dann greift, wenn die GmbH noch **nicht** einmal **gegründet** ist.

Der Bundesgerichtshof **verneint** dies (BGHZ 91, 148, 150 ff.). Die Haftungsregeln des GmbH-Rechts sind nur auf Gesellschaften anwendbar, deren Kontur mit einer GmbH hinreichend vergleichbar ist. Dies ist bei der Vor-GmbH der Fall, weil der Abschluss des **Gesellschaftsvertrages** eine entscheidende **Zäsur** darstellt. Vor diesem Zeitpunkt verbleibt es demgegenüber bei den Haftungsregeln des Personengesellschaftsrechts.

3. Dass Gisela Grau für eine **Gesellschaft** aufgetreten ist, die es **noch gar nicht gab**, ist ebenfalls **unerheblich**:

Grundsätzlich wollen die Beteiligten bei **unternehmensbezogenen Geschäften** einen Vertrag mit dem Unternehmensträger schließen. Bloße Falschbezeichnungen sind hierbei unerheblich.

**Unternehmensträger** war hier die **Vorgründungsgesellschaft**. Diese existierte, und Gisela Grau konnte sie aufgrund der Zustimmung der Gesellschafter zur Aufnahme des Geschäftsbetriebs auch wirksam vertreten.

4. **Ergebnis:** Gisela Grau haftet **nicht** aus § 11 Abs. 2 GmbHG.
5. **Ergänzende Anmerkung:** Wäre § 11 Abs. 2 GmbHG anwendbar, wäre Gisela Grau durch die spätere Eintragung der GmbH nicht frei geworden. Mit der Eintragung ist zwar der gewollte Schuldner entstanden. Dieser haftet hier aber nicht für die Kaufpreisforderung (s.o. I).

## III. Anspruch von Manz gegen Aldinger und Baumann aus § 433 Abs. 2 BGB

1. Die Vorgründungsgesellschaft ist eine GbR bzw. eine OHG. Als deren Gesellschafter haften Aldinger und Baumann für die Kaufpreisschuld persönlich, bei der OHG gemäß § 128 Abs. 1 HGB, bei der GbR in entsprechender Anwendung dieser Vorschrift.
2. **Ergebnis:** Der Anspruch ist **begründet**.

### Fall 1 e

#### A. Ansprüche der Volk AG

##### I. Anspruch der Volk AG auf Zahlung von 100.000 Euro gegen den Insolvenzverwalter aus § 433 Abs. 2

1. Die **Vor-GmbH** kann **Verbindlichkeiten** eingehen. Wird über ihr Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet, können sich die Gläubiger an die Insolvenzmasse halten.
2. **Ergebnis:** Der Anspruch ist **begründet**.

##### II. Anspruch der Volk AG auf Zahlung von 100.000 Euro gegen Gisela Grau aus § 11 Abs. 2 GmbHG

1. Die **Voraussetzungen** des § 11 Abs. 2 GmbHG **liegen** nur für die Zeit **nach Gründung** (Fall c) vor, nicht aber für die Zeit davor (Fall d).

2. Mangels Eintragung ist Gisela Grau von der Haftung **nicht frei geworden**.
3. **Ergebnis:** Der Anspruch ist in der Abwandlung von Fall c begründet und in der Abwandlung von Fall d unbegründet.

**III. Anspruch der Volk AG gegen Aldinger und Baumann aus § 11 Abs. 2 GmbHG**  
§ 11 Abs. 2 GmbHG greift **nicht**. Aldinger und Baumann haben **nicht** für die GmbH **gehandelt**.

#### **IV. Anspruch der Volk AG gegen Aldinger und Baumann entsprechend § 128 HGB**

Die Haftung der Gesellschafter einer Vor-GmbH **vor der Eintragung** wurde in der Rechtsprechung erst relativ spät geklärt:

1. Weitgehend anerkannt war, dass die Gesellschafter grundsätzlich **persönlich** haften, sofern sie damit einverstanden waren, dass die Gesellschaft schon vor Eintragung ihre Geschäfte aufnimmt.
2. Nach der **früheren Rechtsprechung** war die Haftung jedoch **beschränkt** auf die Höhe der Einlageverpflichtung.  
Nach der **neuen Rechtsprechung** haften die Gesellschafter **unbeschränkt** (BGHZ 134, 333, 335 f.): Eine Beschränkung der Haftung komme nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen in Betracht. Bei der GmbH könne sie nur auf § 13 Abs. 2 GmbHG gestützt werden; dieser gelte vor der Eintragung aber gerade noch nicht. Zudem entstünden **Wertungswidersprüche**, wenn die Haftung bis zur Eintragung beschränkt wäre, während die **Unterbilanzhaftung** der Gesellschafter entsprechend § 9 GmbHG grundsätzlich unbeschränkt ist.
3. Umstritten war, **wem gegenüber** gehaftet wird.  
Nach der neueren Rechtsprechung ist die Haftung in der Vor-GmbH grundsätzlich eine **Innenhaftung**. Ansprüche stehen also nicht den Gläubigern zu, sondern allein der **Gesellschaft** bzw. dem **Insolvenzverwalter** (BGHZ 134, 333, 338). Letzteres dürfte der häufigste Anwendungsfall sein.
4. **Ergebnis:** Die Volk AG hat **keine** unmittelbaren Ansprüche gegen die Gesellschafter.
5. **Ergänzung:** Die dargestellten Grundsätze gelten nur, solange die Gesellschafter die ernstliche **Absicht** haben, eine Eintragung herbeizuführen.
  - a) **Fehlt** die Eintragungsabsicht **von Anfang an**, haften die Gesellschafter entsprechend § 128 HGB auch im Außenverhältnis persönlich und unbeschränkt.
  - b) Wird die Eintragungsabsicht zu einem **späteren Zeitpunkt** aufgegeben, müssen die Gesellschafter die Tätigkeit der Vor-GmbH **sofort einstellen** und die Gesellschaft liquidieren. Bleibt die Vor-GmbH weiter tätig, haften die Gesellschafter für alle Verbindlichkeiten der Vor-GmbH entsprechend § 128 HGB (BGHZ 152, 290). Die Gesellschaft ist – als GbR oder OHG – weiterhin rechts- und parteifähig (BGH NJW 2008, 2441 Rn. 6).

#### **B. Ansprüche des Möbelhauses Manz e.K.**

Ob die GmbH ins Handelsregister eingetragen wird oder nicht, hat auf die Haftungsverhältnisse der Vorgründungsgesellschaft grundsätzlich keinen Einfluss. Es bleibt folglich bei den zu Fall 1 d gefundenen Ergebnissen.



**Fall 2 a****Anspruch der GmbH gegen Schulze auf Zahlung von 20.000 Euro, § 31 Abs. 1 GmbHG**

**1. Voraussetzung** für den Anspruch ist ein Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG, wonach das zur Erhaltung des **Stammkapitals** erforderliche Vermögen **nicht ausgezahlt** werden darf.

a) Nach den im Sachverhalt mitgeteilten **Bilanzdaten** für 2019 deckte das Gesellschaftskapital der GmbH zum Zeitpunkt der Auszahlung gerade noch das satzungsmäßige Stammkapital von 30.000 Euro. Die nachfolgende **Auszahlung** von 20.000 Euro an Schulze konnte demnach nur aus Mitteln erfolgen, die zur **Erhaltung** des Stammkapitals **erforderlich** waren.

b) Schulze ist mithin gemäß § 31 Abs. 1 GmbHG zur **Rückzahlung** verpflichtet.

c) Der Anspruch gegen den **Zahlungsempfänger** ist **nicht** auf den Betrag der **Stammeinlage** (hier für Schulze: 15.000 Euro) **beschränkt**. Vielmehr ist stets so viel zurückzuzahlen, wie notwendig ist, um das Stammkapital rechnerisch wiederzustellen (BGHZ 81, 252, 259 mwN). Das sind hier 20.000 Euro.

**2. Fraglich** ist, ob der Anspruch **entfallen** ist, weil das Stammkapital später wieder **anderweit aufgefüllt** werden konnte.

Nach früherer Rechtsprechung entfielen in diesem Fall bestehende Rückzahlungsansprüche gegen die Gesellschafter.

Nach der **neueren Rechtsprechung** bleibt der Gesellschafter zur **Rückzahlung** verpflichtet (BGHZ 144, 336 – Balsam/Procedo):

Die Rückzahlungspflicht entspricht funktionell der **Einlagepflicht**. Diese hängt ebenfalls nicht davon ab, ob die Gesellschaft anderweit Aktiva erworben hat.

**3. Ergebnis:** Der Anspruch ist begründet.

**4. Ergänzung: Schuldner des Anspruchs auf Rückzahlung des ausgezahlten Kapitals**

a) Ansprüche aus § 31 Abs. 1 GmbHG richten sich gegen den **Empfänger** der verbotenen Zahlung, also in der Regel gegen den **Gesellschafter**.

b) Die zur Rückzahlung des Kapitals geschlossenen **Verträge** sind **nicht** gemäß § 134 BGB **unwirksam**.

Zwar verstößt die Rückzahlung gegen das gesetzliche Verbot des § 30 GmbHG.

Dessen Zweck erfordert aber nicht die Nichtigkeit des Verpflichtungs- oder Erfüllungsgeschäfts, weil das Gesetz in § 31 GmbHG eine eigene Sanktion vorsieht (BGHZ 196, 312 = NJW 2013, 1742 Rn. 14 ff. zu § 57 AktG).

c) **Geschäftsführer** sind der Gesellschaft gemäß § 43 Abs. 3 GmbHG zum Schadensersatz verpflichtet.

d) Die **übrigen Gesellschafter** trifft gemäß § 31 Abs. 3 GmbHG eine **Ausfallhaftung**, soweit die Zahlung von dem **Empfänger nicht zu erlangen** ist und **zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich** ist.

Der **Höhe** nach ist diese Haftung jedoch – anders als diejenige des Zahlungsempfängers (dazu oben 1.c) – auf den Betrag des **Stammkapitals** beschränkt (BGHZ 150, 61).

Noch nicht entschieden ist, ob für die Höchstgrenze das gesamte Stammkapital maßgeblich ist oder nur der Anteil, der auf den Zahlungsempfänger entfällt.

- e) Gesellschafter, die nach § 31 Abs. 3 GmbHG Zahlungen geleistet haben, können bei den **Geschäftsführern** gemäß § 31 Abs. 6 GmbHG **Rückgriff** nehmen.
- f) **Sonstige Bedienstete** (z.B. **Prokuristen**) haften weder nach § 31 noch nach § 43 GmbHG. Je nach **Einzelfall** können aber folgende Anspruchsgrundlagen greifen (hierzu BGHZ 148, 167):

(1) **Positive Vertragsverletzung**

Die **Auszahlung** des Kapitals begründet als solche noch **keine Verletzung** des Anstellungsvertrags. Eine Auszahlung auf **Weisung** eines Geschäftsführers ist deshalb in der Regel nicht vertragswidrig.

Eine positive Vertragsverletzung liegt aber vor, wenn der Bedienstete die Auszahlung **entgegen** einer Weisung des Geschäftsführers leistet oder wenn er bewusst **am Geschäftsführer vorbei** agiert. In diesem Fall kann den Bediensteten auch eine Weisung der Gesellschafterversammlung nicht entlasten; seine Haftung ist in diesem Fall aber entsprechend § 43 Abs. 3 GmbH beschränkt, d.h. er haftet nur, soweit der Betrag zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist.

(2) **§ 826 BGB**

§ 826 BGB kann erfüllt sein, wenn die Auszahlung in der **Absicht** erfolgt, die **Gesellschaft zu schädigen** oder den **Gläubigern** die letzten greifbaren **Vermögenswerte zu entziehen**. Vgl. dazu auch Fall 6.

(3) **§ 823 Abs. 2 BGB und § 266 StGB**

Dieser Tatbestand ist erfüllt, wenn der Bedienstete unter **vorsätzlichem Missbrauch** seiner Verfügungsbefugnis bewusst an Vermögensverschiebungen mitwirkt, die die wirtschaftliche Existenz der GmbH gefährden.

<b>Fall 2 b</b>
-----------------

**1. Anspruch der Gruber AG gegen Brunner auf Zahlung von 30.000 Euro aus § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO**

Eine Anfechtung nach dieser Vorschrift kann gemäß § 129 InsO nur durch den **Insolvenzverwalter** erfolgen. Die Vorschrift greift hier schon deshalb nicht, weil es nicht zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens gekommen ist.

**2. Anspruch der Gruber AG gegen Brunner auf Zahlung von 30.000 Euro aus § 6 Abs. 1 Nr. 2 und § 11 AnfG**

- a) Die Forderung des Brunner war ein **Gesellschafterdarlehen** im Sinne von § 39 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 4 InsO.
- b) Die Forderung wurde jedenfalls nicht früher als **ein Jahr** vor Erlangung des Schuldtitels erfüllt.

Hat der Gläubiger den Titel mehr als ein Jahr nach der angefochtenen Zahlung erlangt, kann er nach § 6 Abs. 1 Satz 2 AnfG dennoch anfechten, wenn die Zahlung innerhalb eines Jahres vor dem abgelehnten Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt ist. Darauf kommt es hier nicht an.

- c) Ob die Gewährung oder Rückzahlung des Darlehens in einer **Krise** erfolgt sind, ist **unerheblich** (BGH NZG 2015, 924 Rn. 4 ff.).
- d) Nach § 6 Abs. 2 AnfG muss die Anfechtung innerhalb von **drei Jahren** nach dem Schluss des Jahres, in welchem der Schuldtitel erlangt wurde bzw. eine spätere Zahlung erfolgt ist, vorgenommen werden. Auch daran scheitert die Anfechtung hier nicht.
- e) Aufgrund der Anfechtung muss der Empfänger den anfechtbar erlangten Gegenstand gemäß § 11 Abs. 1 AnfG dem Gläubiger zur Verfügung stellen. Das bedeutet grundsätzlich, dass der Empfänger die **Zwangsvollstreckung** in den erlangten Gegenstand **dulden** muss.  
**Hier** hat Brunner einen Geldbetrag erhalten. Er ist deshalb zur **Zahlung** an die Gruber AG verpflichtet.
- f) **Ergebnis:** Die Gruber AG kann von Brunner Zahlung von 30.000,00 Euro verlangen.

**Fall 2 c****Anspruch der Gruber AG gegen die SG Grundstücks GmbH auf Zahlung von 30.000 Euro aus § 6 Abs. 1 Nr. 2 und § 11 AnfG**

- a) Fraglich ist, ob das Darlehen der SG GmbH ein **Gesellschafterdarlehen** im Sinne von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ist.
  - (1) Die SG GmbH ist **nicht Gesellschafterin** der Schulze GmbH.
  - (2) § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO erfasst aber auch Gestaltungen, die mit einem Gesellschafterdarlehen **wirtschaftlich entsprechen**.  
Die frühere Rechtsprechung zu eigenkapitalersetzenden Darlehen wurde auch auf Dritte angewendet, die mit einem Gesellschafter **konzernrechtlich verbunden** (§§ 15 ff. AktG) sind (BGH NJW 2001, 1490). Entsprechendes dürfte auch für § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO gelten.  
**Hier** ergibt sich die konzernrechtliche Verbindung aus dem **Mehrheitsbesitz** des Schulze und dem **Weisungsrecht** der GmbH-Gesellschafter gegenüber der Geschäftsführung (vgl. § 46 Nr. 6 GmbHG).
  - (3) **Zwischenergebnis:** Das Darlehen der SG GmbH **entspricht** wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen.
- b) Die weiteren Voraussetzungen sind ebenso wie bei Fall 2 b erfüllt.
- c) **Ergebnis:** Der Anspruch ist **begründet**.

**Fall 2 d****I. Anspruch der Gruber AG gegen Schulze auf Zahlung von 24.000 Euro aus § 6 Abs. 1 Nr. 2 und § 11 AnfG**

- 1. Fraglich ist, ob die unentgeltliche Überlassung eines Grundstücks einem Gesellschafterdarlehen im Sinne von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO **wirtschaftlich entspricht**. Diese Frage ist nicht abschließend geklärt.

- a) Die frühere Rechtsprechung zu eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen wurde auch dann angewendet, wenn der GmbH anstelle von Eigenkapital ein Grundstück oder sonstige Sachen zur **Nutzung** überlassen werden (BGHZ 109, 55, 57 ff.).  
Rechtsfolge war, dass die GmbH die Zahlung der **Miete verweigern** durfte, soweit durch die Zahlung das Stammkapital angegriffen würde (BGHZ 109, 55, 66). Dennoch ausgezahlte Beträge waren entsprechend § 31 Abs. 1 GmbHG **zurückzuzahlen** (BGHZ 109, 55, 67).  
Darüber hinaus durfte die GmbH den Mietgegenstand auch nach Eintritt der Insolvenz für einen angemessenen Zeitraum weiterhin **unentgeltlich nutzen** (BGHZ 127, 1, 10 ff.). Das Eigentum verblieb jedoch beim Vermieter.
- b) Als wirtschaftlich gleichwertig mit einem Darlehen im Sinne von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ist jedenfalls die (stillschweigende) **Stundung der Miete** anzusehen (so auch Bundestags-Drucksache 16/6140, S. 137).  
Das heißt: Sofern sich der Gesellschafter die zunächst gestundete Miete später doch noch auszahlen lässt, sind diese Zahlungen nach Maßgabe der § 135 InsO sowie § 6 und § 6a AnfG anfechtbar. Entsprechendes dürfte gelten, wenn für die Mietzahlung ein ungewöhnlich später Fälligkeitszeitpunkt vereinbart worden ist. Wenn die Miete hingegen zeitnah zum Zeitraum der Nutzung gezahlt wird, dürfte dies kaum mit einem Darlehen gleichzusetzen sein.
- c) **Ergebnis:** Hier dürfte eher kein Anspruch bestehen.

## II. Anspruch der Gruber AG auf Wertersatz für die weitere unentgeltliche Nutzung des Grundstücks aus § 6 Abs. 1 Nr. 2 und § 11 AnfG

Ein solcher Anspruch kann aus den Regeln des Anfechtungsrechts nicht hergeleitet werden (BGH NJW 2015, 1109 Rn. 38 ff.).

## III. Ergänzung

Wenn über das Vermögen des **Gesellschafters**, der die Sache zur Nutzung überlassen hat, das **Insolvenzverfahren** eröffnet wird, muss die Gesellschaft die Sache gemäß § 110 Abs. 1 InsO nach Ablauf des Monats der Insolvenzeröffnung herausgeben (BGH NJW 2008, 2188 Rn. 14 ff.). Daran dürfte sich durch die Neuregelung nichts geändert haben.

### Fall 2 e

## Anspruch der Gruber AG gegen Ackermann auf Zahlung von 10.000 Euro aus § 6 Abs. 1 Nr. 2 und § 11 AnfG

- a) Ein **Gesellschafterdarlehen** im Sinne von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO liegt nach § 39 Abs. 5 InsO nicht vor, wenn der Gesellschafter nicht Geschäftsführer ist und nicht mehr als 10 % des Stammkapitals hält. Beides trifft auf Ackermann zu.
- b) **Ergebnis:** Gegen Ackermann besteht kein Anspruch.

**Fall 3****I. Anspruch von Kreuzer gegen Pallhuber auf Zahlung von 100.000 Euro aus § 631 Abs. 1 BGB**

1. Pallhuber würde jedenfalls dann haften, wenn er **Vertragspartner** des geschlossenen Werkvertrages geworden wäre.
  - a) Nach dem mitgeteilten Sachverhalt hat Pallhuber bei Auftragserteilung **nicht ausdrücklich** gesagt, in wessen Namen er handelt.
  - b) Fraglich ist, ob sich aus den **Umständen** des Vertragsschlusses ergab, dass Pallhuber nicht im eigenen Namen handeln wollte.  
Hier ging es um einen auf den Betrieb des **HiFi-Geschäfts** bezogenen Vertrag.  
Bei solchen **unternehmensbezogenen** Geschäften soll im Zweifel der **Unternehmensträger** verpflichtet werden (BGHZ 62, 216, 220 f.).  
Unternehmensträger war hier die TV-HiFi-Proficenter Unternehmungsgesellschaft.
  - c) Mithin ist nicht Pallhuber Vertragspartner geworden, sondern die **UG**.
2. Unter dem Gesichtspunkt der **Rechtsscheinhaftung** haftet der Vertreter einer Unternehmungsgesellschaft **persönlich**, wenn er entgegen **§ 4 GmbHG** bei Vertragsschluss ohne den **Zusatz „UG (haftungsbeschränkt)“** zeichnet (BGH WM 2022, 463 Rn. 23 ff.). Dies gilt auch dann, wenn er den unzutreffenden Zusatz „GmbH“ verwendet (BGH NJW 2012, 2871 Rn. 12 ff.).  
Eine solche Rechtsscheinhaftung kommt in der Regel aber nur bei **schriftlichen** Erklärungen in Betracht, **nicht** bei **mündlichen** Erklärungen (BGH NJW 1996, 2645). **Hier** hat Pallhuber den Auftrag mündlich erteilt. Dass er den Zusatz im vorangegangenen Schriftverkehr ebenfalls nicht verwendet hat, geht aus dem Sachverhalt nicht hervor. Pallhuber haftet folglich **nicht**.
3. **Ergebnis:** Der Anspruch ist **unbegründet**.

**II. Anspruch von Kreuzer gegen Glanz auf 100.000 Euro aus § 631 Abs. 1 BGB**

1. Auch Glanz könnte allenfalls unter dem Gesichtspunkt der **Rechtsscheinhaftung** in Anspruch genommen werden. Diese trifft aber nur den jeweils **zeichnenden** Vertreter, nicht hingegen sonstige vertretungsberechtigte Personen oder Gesellschafter (BGH NJW 2007, 1529 Rn. 14 ff.).
2. **Ergebnis:** Der Anspruch ist **unbegründet**.

**Fall 4 a****I. Anspruch der Neumann KG gegen Gummer auf Zahlung von 125.000 Euro wegen Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen**

1. Eine **Verletzung vorvertraglicher Pflichten** könnte darin liegen, dass Gummer bei Vertragsschluss nicht auf die **Liquiditätsschwierigkeiten** der Müller GmbH **hingewiesen** hat (zu den Voraussetzungen einer solchen Hinweispflicht s. BGHZ 87, 27, 31 f.).
2. Eine nähere Prüfung erübrigt sich aber: **Schuldner** eines Anspruchs aus Verschulden bei den Vertragsverhandlungen ist bei Handlungen eines Vertreters grundsätzlich nur der **Vertretene**, hier also die Müller GmbH. Der **Vertreter** selbst haftet nur, wenn er ein **eigenes wirtschaftliches Interesse** an dem Geschäft hat oder **besonderes persönliches Vertrauen** in Anspruch genommen hat (BGHZ 87, 27, 32 f.).
  - a) Für ein **eigenes wirtschaftliches Interesse** in diesem Sinne reicht eine maßgebliche **Beteiligung** an der vertretenen **GmbH nicht** aus (BGHZ 126, 181, 184; in früheren Urteilen wurde dies z.T. anders gesehen).
  - b) Anhaltspunkte dafür, dass Gummer **besonderes persönliches Vertrauen** in Anspruch genommen hat, ergeben sich aus dem Sachverhalt **nicht**.
3. **Ergebnis:** Der Anspruch ist **unbegründet**.

**II. Anspruch der Neumann KG gegen Gummer auf Zahlung von 125.000 Euro aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a Abs. 1 InsO**

**Vorbemerkung:** Die nachfolgend zitierte Rechtsprechung ist durchweg zu § 64 Abs. 1 GmbHG ergangen. Dieser entsprach für die GmbH inhaltlich der jetzigen rechtsformübergreifenden Regelung in § 15a Abs. 1 InsO.

1. § 15a Abs. 1 InsO, wonach die Geschäftsführer bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung unverzüglich die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen haben, ist **Schutzgesetz** zugunsten der **Gesellschaftsgläubiger** (BGHZ 29, 100, 102).
2. Nach dem Sachverhalt war die GmbH wohl bereits im Oktober 2020 **überschuldet**, möglicherweise auch **zahlungsunfähig**. Im Ernstfall müsste dies natürlich näher dargelegt werden. Gummer hätte also schon im Herbst 2020 **Insolvenzantrag** stellen müssen.
3. Gummer hat zumindest **fahrlässig** gehandelt. Er hätte eine Zahlungsunfähigkeit angesichts der geschilderten Umstände erkennen müssen.
4. Fraglich ist, welchen **Schaden** Gummer zu ersetzen hat.
  - a) Hätte Gummer seine Pflicht rechtzeitig **erfüllt**, wäre es **nicht mehr** zu dem **Auftrag** an die Neumann KG gekommen. Deren Schaden besteht folglich in den **Kosten**, die ihr für die gelieferten **Stoffe** entstanden sind. Diese dürften unter normalen Umständen **geringer** sein als der vereinbarte **Kaufpreis** von 125.000 Euro.
  - b) Nach der **früheren Rechtsprechung** bestand der **Zweck** von § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. nur darin, den Gläubigern eine möglichst große Insolvenzmasse und damit eine möglichst große **Quote** bei der Erfüllung der Insolvenzforderungen zu sichern. Deshalb sollten auch Gläubiger, die bei rechtzeitiger Pflichterfüllung keinen Vertrag mehr abgeschlossen hätten (sogenannte **Neugläubiger**), nur die (fiktive) **Differenz** zwischen der Insolvenzquote bei rechtzeitiger Anmeldung und der tatsächlich erlangten Quote erhalten (so noch BGHZ 100, 19, 23 ff.)

- c) Diese Einschränkung hat der Bundesgerichtshof bereits zu § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. **aufgegeben**: Die Vorschrift diene dazu, insolvente Gesellschaften vom Geschäftsverkehr fernzuhalten. Damit die Vorschrift ihren Zweck erfülle, müsse sie mit hinreichenden Sanktionen bewehrt sein. Hierzu reiche es nicht aus, wenn Neugläubigern nur der Quotenschaden ersetzt werde (zum Ganzen BGHZ 126, 181, 192 ff.).
5. **Ergebnis**: Gummer hat der Neumann KG **alle** zur Erfüllung des Kaufvertrags aufgewendeten **Kosten zu ersetzen**.
6. **Ergänzung**: Der Ersatzanspruch von Neugläubigern ist beschränkt auf Schäden, die entstehen, weil der insolvenzreifen Gesellschaft **Kredit** gewährt wurde, ohne einen entsprechend werthaltigen Gegenanspruch oder eine entsprechende Gegenleistung zu erlangen. Nicht erfasst sind zum Beispiel Folgeschäden, die entstehen, weil die Gesellschaft ihre Leistungspflicht mangelhaft erfüllt hat (vgl. dazu BGH NZG 2015, 227 Rn. 12 ff.: Diebstahl von Schmuck wegen Einbau einer nicht hinreichend gesicherten Eingangstür).

#### Fall 4 b

#### I. Anspruch des Insolvenzverwalters gegen Gummer auf Zahlung von 150.000 Euro aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a Abs. 1 InsO wegen der „Altgläubiger“

1. Bei Verletzung der Pflicht zur rechtzeitigen Einleitung des Insolvenzverfahrens können auch die zum fraglichen Zeitpunkt bereits vorhandenen Gläubiger (die sogenannten **Altgläubiger**) vom Geschäftsführer **Schadensersatz** verlangen.
  2. Der **Schaden** besteht bei diesem Personenkreis (nur) darin, dass sie bei rechtzeitiger Anmeldung noch etwas mehr aus der Insolvenzmasse hätten erlangen können. Altgläubiger können also nur den sogenannten **Quotenschaden** ersetzt verlangen.
  3. Nach Eröffnung des **Insolvenzverfahrens** kann dieser Anspruch nur noch durch den **Insolvenzverwalter** geltend gemacht werden (BGHZ 126, 181, 190). Wenn der Schaden der Altgläubiger gerade in einer **Minderung der Insolvenzmasse** besteht, ist es sinnvoll, ihn durch eine **Aufstockung der Insolvenzmasse** auszugleichen. Könnten die Gläubiger ihre Schäden stattdessen einzeln geltend machen, führte dies nur zu unnötigen Schwierigkeiten bei der Abwicklung.
4. **Ergebnis**: Der Anspruch ist **begründet**.

#### II. Anspruch des Insolvenzverwalters gegen Gummer auf Zahlung von 100.000 Euro aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a Abs. 1 InsO wegen der „Neugläubiger“

1. Auch die Neugläubiger können Schadensersatz verlangen, s. o. bei Fall 4 a.
  2. **Fraglich** ist, ob auch dieser Anspruch vom **Insolvenzverwalter** der GmbH geltend gemacht werden kann. Der Bundesgerichtshof hat eine solche Befugnis **verneint** (BGHZ 138, 211, 214 ff.): Anders als bei den Altgläubigern gehe es **nicht** um eine **Aufstockung der Insolvenzmasse** (mit der Folge, dass alle Gläubiger proportional mehr erhalten), sondern um einen **individuellen** und vollständigen **Schadensausgleich** für jeden einzelnen Neugläubiger. Eine Befugnis des Insolvenzverwalters zur Geltendmachung solcher Ansprüche brächte keine Vorteile und erschiene systemwidrig.
3. **Ergebnis**: Der Anspruch ist **unbegründet**.

**Fall 4 c****I. Anspruch des Insolvenzverwalters gegen Gummer auf Zahlung von 100.000 Euro aus § 64 GmbHG**

**Vorbemerkung:** Die Regelung im nunmehr einzigen Absatz des § 64 GmbH war früher inhaltsgleich in § 64 Abs. 2 GmbHG enthalten. Der frühere Absatz 1 der Vorschrift ist mit Wirkung vom 01.11.2008 in § 15a InsO aufgegangen.

1. Gummer hätte spätestens im Herbst 2020 die Eröffnung des Insolvenzverfahrens **beantragen** müssen (s.o. bei Fall 4a).
2. Fraglich ist, ob die Einziehung der Schecks auf ein debitorisches Konto als **Zahlung** im Sinne von § 64 GmbHG anzusehen ist.
  - a) Durch die Gutschrift des Scheckbetrages auf dem Konto wurde der Negativsaldo zurückgeführt. Dies entspricht im Ergebnis einer teilweisen **Rückzahlung** des von der Bank gewährten **Überziehungskredits**. Dies reicht nach der Rechtsprechung für die Anwendung des § 64 GmbHG aus (BGHZ 143, 184, 187 f.; NJW-RR 2007, 984 f.).
  - b) Eine **Ausnahme** gilt, wenn die eingezogene Forderung an die kontoführende Bank schon vor Insolvenzreife zur **Sicherheit abgetreten** wurde, entstanden ist und werthaltig war (BGHZ 206, 52, = NJW 2015, 2806 Rn. 12 ff.). Ein solcher Sachverhalt ist hier nicht ersichtlich.

Beachte: Wenn die eingezogene Forderung erst nach Insolvenzreife entstanden oder werthaltig geworden ist, fehlt es dennoch an einer Vermögensschmälerung, wenn die Zahlung eine Gegenleistung für die Lieferung von Gegenständen darstellt, die vor Insolvenzreife an die Bank sicherungsübereignet wurden (BGH NJW 2016, 1092 Rn. 24 ff.).

**3. Ergebnis:** Der Anspruch ist **begründet**.**II. Ergänzung**

1. Das Auszahlungsverbot des § 64 GmbH steht mitunter in **Konflikt** zu anderen, strafrechtlich sanktionierten Pflichten des Geschäftsführers. In diesem Fall sind Ansprüche aus § 64 GmbHG gemäß Satz 2 der Regelung ausgeschlossen, weil die Zahlung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar ist.

Dies ist so entschieden worden für

- Zahlung von **Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung** (BGH NJW 2007, 2118 Rn. 12 unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung). Die Nichtzahlung wäre nach § 266a Abs. 1 StGB strafbar. Arbeitgeberbeiträge dürfen hingegen nicht mehr geleistet werden (BGH NJW 2009, 2599 Rn. 6).
- Zahlung von fälliger **Umsatzsteuer** und Umsatzsteuervorauszahlungen sowie Abführung einbehaltener **Lohnsteuer** (BGH NZG 2011, 303 Rn. 11 ff.). Die Nichtzahlung wäre eine Ordnungswidrigkeit.
- Herausgabe von **Fremdgeldern**, die von anderen Gesellschaften auf ein Konto der GmbH gezahlt worden sind, und wirtschaftlich den anderen Gesellschaften zustehen (BGH NJW 2008, 2504 Rn. 13 f.). Eine anderweitige Verfügung über solche Gelder wäre eine nach § 266 StGB strafbare Untreue.
- Einziehung einer an die kontoführende Bank zur Sicherheit abgetretenen Forderung auf ein anderes, **neu eingerichtetes Konto**. Auf diese Weise könnte der eingezogene Betrag zwar dem Zugriff der Sicherungsnehmerin entzogen werden. Dies entspräche



aber nicht einem ordentlichen Geschäftsgebaren, weil damit Pflichten aus dem Sicherungsvertrag verletzt würden (BGHZ 206, 52 = NJW 2015, 2806 Rn. 16 ff.).

2. § 64 GmbHG wird als insolvenzrechtliche Regelung angesehen. Die Vorschrift gilt deshalb auch für die gesetzlichen Vertreter einer im Ausland gegründeten **private limited company** (BGH NJW 2016, 2660 Rn. 14 ff.).

## Fall 5

### I. Anfechtungsklage

#### 1. Zulässigkeit

- a) Das GmbHG enthält nur vereinzelte Vorschriften über Wirksamkeit und Anfechtbarkeit von **Gesellschafterbeschlüssen** (§ 57j, § 57n Abs. 2, § 58a Abs. 4, § 58a Abs. 3, § 58f Abs. 2 GmbHG). Nach der Rechtsprechung sind die Bestimmungen des **Aktiengesetzes** über Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen (§§ 241 ff. AktG) grundsätzlich **entsprechend** anwendbar (BGHZ 11, 231, 234).
- b) Entsprechend § 243 Abs. 1 AktG kann ein Beschluss wegen **Satzungswidrigkeit** angefochten werden.
- c) Für die **Anfechtungsfrist** ist die **Monatsfrist** des § 246 Abs. 1 AktG nur als **Anhaltspunkt** heranzuziehen, nicht als starre Frist (BGHZ 111, 224, 225 f.), weil das Bedürfnis nach **Rechtssicherheit** in der AG größer ist als in einer GmbH und bei dieser eine größere Aussicht auf **außergerichtliche Einigung** besteht. Liegen **keine besonderen Umstände** vor und ist eine einverständliche Regelung nicht zu erwarten, ist aber auch bei der GmbH grundsätzlich die Monatsfrist einzuhalten. Ein besonderer Umstand kann z.B. darin liegen, dass der Kläger noch Erkundigungen zur **Aufklärung des Sachverhalts** einholen muss (BGHZ 111, 224, 226). **Hier** müsste Fuhrmann darlegen, weshalb er die Monatsfrist nicht einhalten konnte.
- d) Die **Anfechtungsbefugnis** bestimmt sich in (teilweiser) Anlehnung an § 245 AktG.
- (1) Entsprechend § 245 Nr. 1-3 AktG ist jeder **Gesellschafter** anfechtungsbefugt, es sei denn, er hat für den Beschluss gestimmt oder sich mit ihm einverstanden erklärt. Die weiteren Voraussetzungen des § 245 AktG brauchen nicht vorzuliegen.
- (2) § 245 Nr. 4 AktG, wonach auch der **Vorstand** (als Ganzes) anfechtungsbefugt ist, ist auf die GmbH **nicht** entsprechend anwendbar (BGHZ 76, 154, 159).
- (3) Entsprechend § 254 Nr. 5 AktG ist ein einzelner **Geschäftsführer** klagebefugt, wenn er sich durch die Ausführung des Beschlusses strafbar oder schadensersatzpflichtig machen würde (Baumbach/Hueck/Zöllner, 20. Auflage, Anhang zu § 47 GmbHG Rn. 140). Letzteres ist hier nicht der Fall.

#### 2. Ergebnis

Die Anfechtungsklage ist mangels Anfechtungsbefugnis unzulässig.

## II. Klage auf Feststellung der Nichtigkeit

### 1. Zulässigkeit

- a) Die **Nichtigkeit** eines Gesellschafterbeschlusses kann analog § 249 Abs. 1 Satz 1 AktG jeder Gesellschafter und jeder Geschäftsführer im Wege einer **Feststellungsklage** geltend machen. Unabhängig davon könnte entsprechend § 249 Abs. 1 Satz 2 AktG auch jeder Dritte geltend machen, dass der nichtige Beschluss keine Rechtswirkungen entfaltet.
- b) Eine **Verbindung** von Nichtigkeits- und Anfechtungsklage ist zulässig. Die Nichtigkeitsklage schließt sogar die Anfechtungsklage als **wesensgleiches Minus** mit ein (BGHZ 134, 364, 366 in Abkehr von der früheren Rechtsprechung).
- c) Eine **Klagefrist** gibt es für die Nichtigkeitsklage **nicht**.  
Zu beachten ist aber § 242 Abs. 2 AktG: Einige Nichtigkeitsgründe können nicht mehr geltend gemacht werden, wenn der Beschluss in das **Handelsregister** eingetragen ist und seither **drei Jahre** vergangen sind.
- d) **Zuständig** ist entsprechend § 246 Abs. 3 Satz 1 AktG das **Landgericht** am **Sitz der Gesellschaft**.
- e) **Klagegegner** ist die GmbH, hier vertreten durch die Gesellschafter (§ 46 Nr. 8 Fall 2 GmbHG).

### 2. Begründetheit

Entsprechend der Unterscheidung in §§ 241 ff. AktG sind Gesellschafterbeschlüsse nur dann **nichtig**, wenn einer der **Nichtigkeitsgründe** des **§ 241 AktG** (sinngemäß) vorliegt. **Hier** wird (nur) ein Verstoß gegen die Satzung geltend gemacht. Dies ist **kein** zureichender Nichtigkeitsgrund.

### 3. Ergebnis:

Die Nichtigkeitsklage ist **unbegründet**.

## III. Klage auf Feststellung des Fortbestehens der Geschäftsführerstellung

### 1. Zulässigkeit

- a) Das gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche **Feststellungsinteresse** besteht. Die Beklagte stellt in Abrede, dass der Kläger noch ihr Geschäftsführer ist.
- b) Sonstige Zulässigkeitsprobleme sind nicht ersichtlich.

### 2. Begründetheit

- a) Gemäß § 38 Abs. 1 GmbHG kann ein Geschäftsführer jederzeit abberufen werden. Die Möglichkeit zur Abberufung kann zwar gemäß § 38 Abs. 2 GmbHG in der Satzung eingeschränkt werden. Verstöße gegen eine solche Satzungsbestimmung können aber nur im Wege der Anfechtungsklage geltend gemacht werden, wären im vorliegenden Fall also unerheblich.
- b) **Ergebnis:** Der Geschäftsführer ist wirksam abberufen. Die Klage ist **unbegründet**.

#### IV. Klage auf Feststellung des Fortbestehens des Anstellungsverhältnisses

##### 1. Zulässigkeit

Auch dieser Antrag ist aus den oben genannten Gründen zulässig.

##### 2. Begründetheit

- a) Das (von der Organstellung zu unterscheidende) Anstellungsverhältnis des Geschäftsführers kann gemäß § 620 Abs. 2 BGB gekündigt werden, sofern es nicht für eine bestimmte Zeit eingegangen ist. Letzteres ist hier nicht der Fall.
- b) Die Kündigung ist formal wirksam **erklärt** worden.
- c) Die **Kündigungsfrist** ist nach dem Sachverhalt eingehalten worden.
- d) **Ergebnis:** Die Klage ist **unbegründet**.

#### V. Ergänzungen

1. Zum **Streitgegenstand** der Anfechtungs- und der Nichtigkeitsklage siehe BGHZ 152, 1: Streitgegenstand ist das Ziel, die Nichtigkeit des Beschlusses insgesamt klären zu lassen, unabhängig davon, auf welche **Gründe** die Klage gestützt wird.  
Das heißt: Ist eine Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage rechtskräftig abgewiesen, so ist es dem Kläger verwehrt, gegen den Beschluss erneut Klage zu erheben – auch dann, wenn er neue Anfechtungs- oder Nichtigkeitsgründe geltend macht.
2. Möglich sind auch Beschlüsse, die die Satzung nicht ändern, sondern lediglich auslegen. Solche **satzungsauslegenden Beschlüsse** sind ebenfalls durch Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage anzugreifen; anderenfalls sind sie verbindlich (BGH NJW 2003, 892).

#### Fall 6

##### I. Anspruch des Insolvenzverwalters gegen Bieber entsprechend §§ 302, 303 AktG

1. Das Aktiengesetz enthält relativ detaillierte Regelungen über die Haftung innerhalb von **Konzernen**, auch über die **Ausgleichspflicht** des herrschenden Unternehmens für den Fall, dass es einem abhängigen Unternehmen **Nachteile** zufügt. Im GmbHG fehlen entsprechende Regelungen. Wegen des Weisungsrechts der Gesellschafter (vgl. § 46 Abs. 6 GmbHG) kommt es ohnehin relativ selten zum Abschluss von Konzernverträgen mit einer GmbH als abhängigem Unternehmen. Meist liegt nur ein faktischer Konzern vor.
2. Der Bundesgerichtshof hat im Laufe der Jahre Regeln über die **Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern** entwickelt.  
Zuletzt wurde die Haftung auf eine entsprechende Anwendung von § 302 und § 303 AktG gestützt. Der herrschende Gesellschafter war danach zum **Schadensersatz** verpflichtet,
  - wenn er **Konzernleitungsmacht** in einer Weise ausübt, die **keine** angemessene **Rücksicht** auf die eigenen Belange der abhängigen Gesellschaft nimmt und
  - der dadurch **zugefügte Nachteil nicht** durch **Einzelmaßnahmen auszugleichen** ist (zum Ganzen BGHZ 122, 123, 130 f.; BGH NJW 1997, 943, 944).

3. Vor geraumer Zeit hat der BGH die Rechtsprechung zum qualifizierten faktischen Konzern **aufgegeben**.  
Als neuer haftungsauslösender Gesichtspunkt gilt jetzt ein **existenzvernichtender Eingriff**. Ein daraus resultierender Schadensersatzanspruch wurde zunächst auf den Gesichtspunkt des **Missbrauchs der Rechtsform** gestützt (eingeleitet in BGHZ 149, 10 – Bremer Vulkan, bestätigt in BGHZ 150, 61, ausgebaut in BGHZ 151, 181 – KBV). Er stand den Gläubigern zu, konnte bei Insolvenz aber nur vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden.
4. Nur wenig später erfolgte ein erneuter Schwenk: Die Haftung wegen des existenzvernichtenden Eingriffs bleibt formal bestehen. Sie wird jetzt aber ausschließlich auf **§ 826 BGB** gestützt (BGH NJW 2007, 2689 – Trihotel). Diese dogmatische Grundlage ermöglicht es, die Regeln des existenzvernichtenden Eingriffs auch auf eine ausländische Gesellschaft anzuwenden, z.B. eine englische Limited Partnership, die in Deutschland tätig ist. Zur Anwendbarkeit von § 64 GmbHG auf ausländische Gesellschaften vgl. oben bei Fall 4 c.

## II. Anspruch des Insolvenzverwalters gegen Bieber auf Zahlung von 100.000 Euro aus § 826 BGB

1. Eine Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs hat folgende Voraussetzungen:
  - Der Gesellschafter muss einen **kompensationslosen Eingriff** in das Gesellschaftsvermögen vorgenommen haben.  
Daran fehlt es beispielsweise, wenn die Gesellschafter nach Auflösung der GmbH deren Geschäftsvermögen veräußern, die GmbH hierfür aber eine **angemessene Gegenleistung** erhält (BGHZ 193, 96 = NZG 2012, 667 Rn. 17).
  - Der Eingriff muss **missbräuchlich** gewesen sein.  
Missbrauch einer Organstellung liegt vor, wenn diese zur Durchsetzung eigener Interessen in einer Weise missbraucht wird, die als grobe Missachtung des **Mindestmaßes** an Loyalität und Rücksichtnahme zu werten ist, dessen Aufrechterhaltung die Gemeinschaft als für ihre Ordnung maßgebenden Wert für geboten erachtet (BGHZ 179, 344 = NJW 2009, 2127 Rn. 20 – Sanitary).
  - Der Eingriff muss zur **Insolvenz** der Gesellschaft geführt oder diese vertieft haben.
  - Der Gesellschafter muss mindestens mit **bedingtem Vorsatz** gehandelt haben.  
Ein solcher Anspruch wurde – parallel zum damaligen Anspruch wegen Missbrauchs der Gesellschaftsform – bejaht in BGHZ 151, 181, 183 ff. und – für die hier geschilderte Konstellation – in NJW 2005, 145, 146.
2. **Gläubiger** des Schadensersatzanspruchs ist nach dem neuesten Ansatz (d.h. seit 2007) nur noch die GmbH. Deren Gläubiger müssen sich an den Insolvenzverwalter wenden oder, wenn es nicht zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens kommt, die Ansprüche der GmbH pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen.
3. **Ergebnis:** Der Anspruch ist aus § 826 BGB begründet.

## III. Ergänzung: Haftender Personenkreis

1. Schuldner des Anspruchs wegen **Existenzvernichtung** aus § 826 BGB sind:
  - der **Gesellschafter**, der den Eingriff vorgenommen hat,
  - **Mitgesellschafter**, die durch ihr **Einverständnis** mit dem Vermögensabzug an der Existenzvernichtung **mitgewirkt** haben (BGHZ 150, 61).

2. Als Gesellschafter in diesem Sinne sind auch Personen anzusehen, die formal nicht an der GmbH beteiligt sind, diese aber faktisch beherrschen. Dies trifft zum Beispiel zu auf
  - Gesellschafter, die mittelbar, d.h. über eine zwischengeschaltete andere Gesellschaft beteiligt sind („Gesellschafter-Gesellschafter“) und über diese herrschenden Einfluss ausüben.
  - Personen, die aus anderen Gründen beherrschenden Einfluss haben, z.B. weil die Gesellschaftsanteile für sie von einem Strohmännchen gehalten werden („faktische Gesellschafter“, vgl. zu beidem BGH NJW 2007, 2689 Rn. 44 f.).
3. Die Haftung aus § 826 BGB trifft auch **Dritte**, wenn sie an den schädigenden Maßnahmen bewusst mitgewirkt haben. Im Beispielsfall liegt diese Voraussetzung hinsichtlich des Schwesterunternehmens Akutklinik GmbH vor, das den neuen Mietvertrag über das Grundstück und neue Arbeitsverträge mit den Mitarbeitern abgeschlossen hat.
4. Auf **Geschäftsführer** oder andere Personen erstreckt sich die Haftung wegen Existenzvernichtung hingegen **nicht**.  
Ein Anspruch gegen Geschäftsführer kann sich aus § 43 GmbHG ergeben.
5. Darüber hinaus können **gesetzliche Vertreter des herrschenden Unternehmens** haften: Das herrschende Unternehmen hat gegenüber der beherrschten GmbH eine **Vermögensbetreuungspflicht** im Sinne von § 266 StGB. Das heißt: Das herrschende Unternehmen muss bei Dispositionen über das Vermögen der abhängigen GmbH darauf Rücksicht nehmen, dass diese ihre **Verbindlichkeiten erfüllen** kann.  
Die **strafrechtliche Verantwortung** für die Einhaltung dieser Pflicht trifft gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens.  
Wenn der Tatbestand des § 266 StGB verwirklicht ist, besteht gegen die gesetzlichen Vertreter zugleich ein **Schadensersatzanspruch** aus § 823 Abs. 2 BGB.

#### **IV. Ergänzung: Keine Haftung für Unterkapitalisierung**

Ein existenzvernichtender Eingriff im Sinne der oben dargestellten Rechtsprechung liegt nicht allein darin, dass die Gesellschafter die GmbH nicht mit ausreichend Kapital ausstatten (Unterkapitalisierung). Der BGH hat sich jedoch die Möglichkeit vorbehalten, die Unterkapitalisierung zu einem eigenständigen Haftungstatbestand innerhalb von § 826 BGB auszubauen (BGHZ 176, 204 = NJW 2008, 2437 Rn. 25 – Gamma).