

# Die GmbH in der Liquidation

Passarge / Torwegge

3., neu bearbeitete Auflage 2020  
ISBN 978-3-406-72660-6  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

sichtlich der Insolvenzantragspflicht keine inhaltliche Änderung vorgenommen, die ebenfalls im Rahmen dessen eingefügte Insolvenzverursachungshaftung nach § 64 S. 3 stellt allerdings eine erhebliche Verschärfung der Innenhaftung dar. Mit der Regelung in § 15a Abs. 3 InsO erfolgte außerdem eine personelle Ausdehnung von Insolvenzantragsrecht, Insolvenzantragspflicht und Insolvenzverschleppungshaftung auf die Gesellschafter. Für Gesellschafter führte dies zu einer bedeutenden Erweiterung ihrer Pflichten<sup>95</sup>.

Mit der Insolvenzantragspflicht korrespondiert das Antragsrecht. Die Berechtigung des Liquidators zur Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens ergibt sich aus § 15 Abs. 1 S. 1 a.E. InsO. Den Gesellschaftern steht nach § 15 Abs. 1 S. 1 InsO das Recht zur Stellung des Insolvenzantrags zu, dies gilt auch für den Fall der Führungslosigkeit der Gesellschaft<sup>96</sup>.

Auch Auslandsgesellschaften, die ihren Verwaltungssitz und Betrieb im Inland haben, sind in den Anwendungsbereich des deutschen Insolvenzrechtes einbezogen, vgl. Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO<sup>97</sup>. Damit unterliegt auch der director einer englischen Limited mit Verwaltungssitz und Geschäftstätigkeit in Deutschland der Antragspflicht nach § 15a InsO<sup>98</sup>.

Von besonderer Haftungsrelevanz ist die – ebenfalls 2008 erfolgte – Neufassung des § 64 GmbHG, der gemäß § 71 Abs. 4 GmbHG auch für den Liquidator in der Liquidation gilt. Neben der Weite der Haftung ergibt sich die Relevanz in der Praxis auch aus einer prozessualen Unterlegenheit des Geschäftsführer bzw. Liquidators<sup>100</sup>. Die schlüssige Klageerhebung ist für den Insolvenzverwalter mit relativ wenig Aufwand verbunden während der beklagte Geschäftsführer bzw. Liquidator zur Abwehr einer Verurteilung deutlich mehr Arbeit hat<sup>101</sup>. Auch wird der Insolvenzverwalter Ansprüchen aus § 64 GmbHG grundsätzlich nachgehen um eine eigene Haftung nach § 60 Abs. 1 InsO zu vermeiden<sup>102</sup>.

Neben der Insolvenzverschleppungshaftung nach § 64 S. 1 GmbHG begründet die Regelung des § 64 S. 3 GmbHG eine Erstattungspflicht für Zahlungen an die Gesellschafter, die die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zur Folge haben mussten, sog. Insolvenzverursachungshaftung. Die Ersatzpflicht nach § 64 S. 1 oder S. 2 GmbHG besteht nicht, wenn der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit aus Sicht eines sorgfältigen Geschäftsführers nicht erkennbar war.

§ 64 GmbHG dient dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger und soll die zur Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeiten erforderlichen Vermögenswerte erhalten und Vermögensverschiebungen von der Gesellschaft an die Gesellschafter verhindern<sup>103</sup>. Adressat der Vorschrift sind jedoch nicht die Gesellschafter als Empfänger der existenzbedrohenden Vermögensverschiebung, sondern der Geschäftsführer, der die Zahlungen veranlassen muss und damit Aus-

<sup>95</sup> Auch durch die im Zuge des MoMiG vorgenommene Ausweitung der Auskunfts- und Mitwirkungspflichten von Gesellschaftern und Aufsichtsratsmitgliedern bei führungsloser Gesellschaft nach § 101 Abs. 1 S. 2 InsO.

<sup>96</sup> Wälzholz DStR 2007, 1914, 1915.

<sup>97</sup> Begründung RegE MoMiG, S. 127.

<sup>98</sup> Die zuvor im Gesellschaftsrecht der unterschiedlichen Gesellschaften normierte Insolvenzantragspflicht warf die Frage auf, ob die Insolvenzantragspflicht nach § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. gesellschaftsrechtlicher oder insolvenzrechtlicher Natur ist. Diese rechtliche Zuordnung war entscheidend für die Beantwortung der Frage, ob die Insolvenzantragspflicht – und vor allem die daran anknüpfende Insolvenzverschleppungshaftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO – auch für Auslandsgesellschaften gilt. Durch die Verlagerung der Antragspflicht aus dem Gesellschaftsrecht in das Insolvenzrecht ist nun eine eindeutige Rechtslage geschaffen worden.

<sup>99</sup> Begründung RegE MoMiG, S. 127; hierzu auch: LG Kiel ZIP 2006, 1248.

<sup>100</sup> S. ausführlich Lange, GmbHR 19/2015, 1009, 1011 ff.

<sup>101</sup> Lange, GmbHR 19/2015, 1009, 1011.

<sup>102</sup> Lange, GmbHR 19/2015, 1009, 1012.

<sup>103</sup> Begründung RegE MoMiG, S. 106.

löser oder Gehilfe des existenzvernichtenden Eingriffs wird<sup>104</sup>. Dies gilt ausdrücklich auch für die Liquidation. Nach der *Sanitary*-Entscheidung des BGH<sup>105</sup> haftet auch der Alleingesellschafter und Liquidator einer Liquidationsgesellschaft nach den Grundsätzen des existenzvernichtenden Eingriffs nach § 826 BGB.

- 486 Die 2008 erfolgte Neuregelung des § 64 GmbHG sollte keine abschließende Regelung der Existenzvernichtungshaftung<sup>106</sup> darstellen, sondern der weiteren Rechtsfortbildung Raum lassen<sup>107</sup>. § 64 GmbHG überschneidet sich mit bestehenden Schutzinstrumenten in mehreren Punkten: Der Kapitalerhaltungsgrundsatz des § 30 Abs. 1 GmbHG wird durch § 64 S. 3 GmbHG ergänzt, indem dieser auch solche Zahlungen erfasst, die zwar das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Gesellschaftsvermögen nicht antasten, aber faktisch die Zahlungsunfähigkeit herbeiführen. Ferner ergänzt § 64 S. 3 GmbHG die Insolvenzanfechtung, da er gesellschafterbegünstigende Rechtshandlungen betrifft. Die Reichweite der Vorschrift geht über die Anfechtungsregeln hinaus, da sie auch dann anwendbar ist, wenn die Anfechtungsfristen der §§ 129 ff. InsO abgelaufen sind, der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz und die entsprechende Kenntnis des Empfängers nicht bewiesen werden können (§ 133 Abs. 1 InsO) oder die Vermutungsregeln (§ 130 Abs. 3 InsO) gegenüber nahestehenden Personen nicht erfüllt sind.

#### a. Insolvenzantragspflicht des Liquidators nach § 15a InsO

- 487 Der Liquidator ist verpflichtet, im Fall der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung der aufgelösten Gesellschaft ohne schuldhaftes Zögern, jedoch spätestens drei Wochen nach Eintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft zu beantragen, § 15a InsO. Kommt der Liquidator dieser Pflicht nicht nach, so haftet er der Gesellschaft gemäß § 64 S. 1 GmbHG für die nach Eintritt der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit geleisteten Zahlungen persönlich. Darüber hinaus macht er sich möglicherweise gemäß § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG strafbar.
- 488 Die strafbewehrte Insolvenzantragspflicht gilt nur für den Fall, dass die Gesellschaft während der Liquidation insolvenzreif wird. Sie entfällt erst mit der Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, nicht bereits mit der Stellung des Insolvenzantrags durch einen Gläubiger<sup>108</sup>. Nach der Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse lebt die Insolvenzantragspflicht jedoch auch dann nicht wieder auf, wenn der in Liquidation befindlichen Gesellschaft neue Vermögenswerte zugeflossen sind, die jedoch nicht ausreichen, die Insolvenzlage zu beseitigen<sup>109</sup>. Denn in diesem Falle wurde bereits über die Durchführung eines Insolvenzverfahrens abschlägig entschieden, so dass eine laufende Pflicht des Liquidators und eine Haftung wegen (erneuter) Insolvenzverschleppung nicht bestehen.
- 489 Liegen die Voraussetzungen des § 15a InsO vor, so kann die Gesellschafterversammlung den Liquidator nicht anweisen, die Antragstellung zu unterlassen. Demgegenüber ist der Geschäftsführer an einen mit Stimmenmehrheit gefassten Beschluss zur Stellung eines Insolvenzantrages gebunden und zwar auch dann, wenn das Vorliegen der Insolvenzgründe unklar ist<sup>110</sup>. Die Insolvenzantragsstellung bei Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung nach § 17, 19 InsO ist keine unternehmerische Entscheidung, da der Geschäftsführer dann sei-

<sup>104</sup> Begründung RegE MoMiG, S. 106.

<sup>105</sup> BGH NZG 2009, 545, „Sanitary“.

<sup>106</sup> Vgl. hierzu: BGHNJW 2001, 3622 „Bremer Vulkan“; BGH DB 2007, 1802 „Trihotel“.

<sup>107</sup> Begründung RegE MoMiG, S. 106.

<sup>108</sup> BGH NZI 2009, 124, 125 f.

<sup>109</sup> BGH NZI 2009, 124, 126.

<sup>110</sup> Bußhardt in: Braun § 17 Rn. 36.

ner gesetzlichen Antragspflicht nachkommt. Bei drohender Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO steht diese Entscheidung im Ermessen des Geschäftsführers<sup>111</sup>.

Sind mehrere Liquidatoren bestellt, so ist jeder Liquidator für sich zur Stellung des Antrages nach § 15 InsO berechtigt und nach § 15a InsO verpflichtet. Besteht eine ausschließliche Gesamtvertretungsbefugnis, so steht dies dem Antrag nur eines einzelnen Liquidators nicht entgegen<sup>112</sup>. 490

### b. Insolvenzantragspflicht bei Führungslosigkeit der Gesellschaft

Durch die Einbeziehung der Gesellschafter in die Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 3 InsO soll das Firmenbestatterunwesen bekämpft und eine Stärkung des Gläubigerschutzes erzielt werden<sup>113</sup>. Zuvor kam es bei Führungslosigkeit einer Gesellschaft zu ganz erheblichen Verzögerungen bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, was sich insbesondere zu Lasten der Gläubiger auswirkte<sup>114</sup>. Indem die Gesellschafter miteinbezogen wurden sollte eine Umgehung der Insolvenzantragspflicht verhindert und ein Anreiz geschaffen werden, ordnungsgemäß aktionsfähige Vertreter der Gesellschaft zu bestellen. Die Regelung trägt dem Gedanken Rechnung, dass die Gesellschafter einer GmbH zwar grundsätzlich als Kapitalgeber die Geschäftsleitung an angestellte Geschäftsführer delegieren können, sie aber auch verpflichtet sind, die Gesellschaft nicht zum Schaden des Rechtsverkehrs führungslos zu lassen<sup>115</sup>. Sobald für die Gesellschaft wieder ein Geschäftsführer oder Liquidator bestellt worden ist, geht die Antragspflicht wieder von den Gesellschaftern auf diesen über<sup>116</sup>. Durch § 15a Abs. 3 InsO wird also auch in der Liquidation eine zusätzliche Insolvenzantragspflicht der Gesellschafter begründet, solange die Gesellschaft führungslos ist. 491

#### aa. Begriff der Führungslosigkeit

Der Begriff der Führungslosigkeit der GmbH wird in den § 35 Abs. 1 S. 2 GmbHG und § 10 Abs. 2 S. 2 InsO definiert. Nach § 35 Abs. 1 S. 2 GmbHG liegt Führungslosigkeit vor, wenn die Gesellschaft keinen Geschäftsführer hat, bzw. keinen organschaftlichen Vertreter. Geschäftsführer i.S.d. § 35 Abs. 1 S. 2 GmbHG ist gem. § 69 Abs. 1 GmbHG auch der Liquidator. Bei der Bestimmung der Führungslosigkeit kommt es entscheidend darauf an, dass die Gesellschaft keinen organschaftlichen Vertreter hat – § 10 Abs. 2 S. 2 InsO ist insoweit eindeutiger formuliert. Wann diese Voraussetzungen gegeben sind, ist grundsätzlich nach den allgemeinen Regeln über Beginn und Ende der Organstellung (Bestellung, Abberufung, Amtsniederlegung, Verlust der rechtlichen Amtsfähigkeit, Tod) zu bestimmen<sup>117</sup>. Ein Fall der Führungslosigkeit liegt nicht vor, wenn die Gesellschafter einen organschaftlichen Vertreter durch anfechtbaren Beschluss bestellt haben, solange der Beschluss nicht rechtskräftig für nichtig erklärt worden ist oder die Bestellung auf einem nichtigen Beschluss beruht, der Bestellte aber auf Grund seiner fehlerhaften Bestellung mit Duldung der Anteilshaber zur Zeit der Antragstellung an der Geschäftsführung tatsächlich beteiligt ist<sup>118</sup>. 492

<sup>111</sup> Gessner NZI 2018, 185, 187.

<sup>112</sup> Nerlich in: Michalski/Heidinger/Leible/J.Schmidt, § 64 Rn. 11.

<sup>113</sup> Begründung RegE MoMiG, S. 127.

<sup>114</sup> Siehe jedoch dagegen: BGH BB 2006, 401.

<sup>115</sup> Begründung RegE MoMiG, S. 128.

<sup>116</sup> Begründung RegE MoMiG, S. 127.

<sup>117</sup> Wicke, § 35 Rn. 26; Schmahl NZI 2008, 6, 7.

<sup>118</sup> Wicke, § 35 Rn. 26; Schmahl NZI 2008, 6, 7; K. Schmidt ZIP 1988, 1497, 1500 f.; Stein ZHR 148 (1984), 207, 222; Geißler GmbHG 2003, 1106, 1110 f.; Goette DStR 2007, 452.

- 493 Umstritten ist, ob die Gesellschaft auch dann führungslös ist, wenn das Vertretungsorgan abgetaucht, nicht handlungswillig oder unerreichbar ist.
- 494 Die h.A. stellt für die Definition der Führungslösigkeit auf die allgemeinen Regeln über Beginn und Ende der Organstellung ab<sup>119</sup>. Führungslösigkeit nach § 10 Abs. 2 S. 2 InsO wird danach bejaht, wenn die Gesellschaft aus *Rechtsgründen* keinen organschaftlichen Vertreter hat, also dann, wenn der Geschäftsführer sein Geschäftsführeramt wirksam niedergelegt hat, von den Gesellschaftern abberufen wurde, verstorben ist oder die Amtsfähigkeit nach § 6 GmbHG verloren hat. Auch wenn der Geschäftsführer sein Amt nicht wahrnehmen kann, wie beispielsweise bei Krankheit oder Haft<sup>120</sup>, auf einer fernen Forschungsreise<sup>121</sup> oder sogar einem selbst den Gesellschaftern unbekannten Aufenthalt<sup>122</sup>, bedeutet dies demnach nicht die Führungslösigkeit der Gesellschaft. Wenn der Geschäftsführer abgetaucht, nicht handlungswillig oder unerreichbar ist soll die Gesellschaft nach der h.A. also nicht führungslös sein<sup>123</sup>.
- 495 Das hat zur Folge, dass die Gesellschafter die Antragspflicht nach § 15a Abs. 3 InsO nur dann trifft, wenn der Geschäftsführer in der Krise der Gesellschaft sein Amt niedergelegt hat, von den Gesellschaftern abberufen wurde, die Amtsfähigkeit nach § 6 GmbHG verloren hat oder verstorben ist. Hat sich der Geschäftsführer in der Krise der Gesellschaft abgesetzt, soll keine Antragspflicht der Gesellschafter bestehen.
- 496 Der h.A. kann nicht gefolgt werden, da sie bei genauer Betrachtung im Gegensatz zum Ziel und Zweck des MoMiG steht und dazu führt, dass der Anwendungsbereich von § 15a Abs. 3 InsO in der Praxis sehr gering ist<sup>124</sup>. Neben der Führungslösigkeit aus Rechtsgründen ist vielmehr auch auf die tatsächliche Situation der Gesellschaft abzustellen und Führungslösigkeit auch – und gerade dann – zu bejahen, wenn der Geschäftsführer nachrichtenlos abgetaucht, handlungsunwillig oder planvoll unerreichbar ist<sup>125</sup>. Für ein solches Abstellen auf die *faktische Führungslösigkeit* spricht das Ziel des MoMiG, die effektive Missbrauchsbekämpfung und die Verhinderung von Firmenbestattungen – die h.A. führt zu erheblichen Lücken beim Schutz der Gläubiger und im Schutzkonzept des MoMiG<sup>126</sup>. Entgegen dem ausdrücklichen Ziel des MoMiG könnten sich die Gesellschafter nach der h.A. ansonsten der Haftung entziehen, indem sie einen handlungsunwilligen Geschäftsführer bestellen oder auf die Abberufung und Neubestellung verzichten. Die unredlichen Gesellschafter müssen nur dafür sorgen, dass der Geschäftsführer tatsächlich nicht mehr für die Gesellschaft tätig wird oder von der Bestellung eines neuen handlungswilligen Geschäftsführers absehen. Mit dem Abtauchen erklärt der Ge-

<sup>119</sup> AG Potsdam, NZI 2013, 602; AG Hamburg NZG 2009, 157; Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck § 35 Rn. 105d; Wicke, § 35 Rn. 26; Altmeyers in: Roth/Altmeyers § 35 Rn. 10; Stephan/Tieves, MüKo GmbHG, § 35 Rn. 240; Hiebl in FS f. Mehle, 2009, S. 273, 286 f.; Berger, ZInsO 2009, 1977, 1980; Horstkotte, ZInsO 2009, 209, 210; Poertgen, ZInsO 2007, 574, 576; Schmahl, NZI 2008, 6, 7; Weyand, ZInsO 2010, 359, 361.

<sup>120</sup> Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, § 35 Rn. 105d.

<sup>121</sup> AG Potsdam, NZI 2013, 602.

<sup>122</sup> AG Hamburg NZG 2009, 157.

<sup>123</sup> AG Potsdam, NZI 2013, 602; AG Hamburg NZG 2009, 157; Altmeyers in: Roth/Altmeyers § 35 Rn. 10; Wicke, § 35 Rn. 26; kritisch Wälzholz, DStR 2007, 1914, 1916.

<sup>124</sup> Ausführlich hierzu Passarge GmbHG 2010, 265; Passarge/Brete ZInsO 2011, 1293.

<sup>125</sup> Bauer Rn. 966; Weyand/Diversity Rn. 146, Gehrlein, BB 2008, 846, 848; Gundlach/Frenzel/Strandmann, NZG 2008, 647; Mock, EWIR 2009, 245; Passarge, GmbHG 2010, 295; Passarge/Brete ZInsO 2011, 1293; kritisch gegenüber der h.A.: Barthel, ZInsO 2010, 1776, 1780; Bittmann, NStZ 2009, 113, 115; Brand/Brand, NZI 2010, 712, 715; Dahl, NJW-Spezial 2009, 55; Wälzholz, DStR 2007, 1914, 1916.

<sup>126</sup> Bauer Rn. 966; Weyand/Diversity Rn. 146, Gehrlein, BB 2008, 846, 848; Gundlach/Frenzel/Strandmann, NZG 2008, 647; Mock, EWIR 2009, 245; Passarge, GmbHG 2010, 295; Passarge/Brete ZInsO 2011, 1293; Barthel, ZInsO 2010, 1776, 1780; Bittmann, NStZ 2009, 113, 115; Brand/Brand, NZI 2010, 712, 715; Dahl, NJW-Spezial 2009, 55; Wälzholz, DStR 2007, 1914, 1916.

schäftsführer hinsichtlich seines Amtes nicht etwa gar nichts<sup>127</sup>, sondern richtigerweise ist in dem nachrichtenlosen Verschwinden des organschaftlichen Vertreters eine konkludente Amtsniederlegung zu sehen<sup>128</sup>. Denn der ohne Angabe von Kontaktdaten abgetauchte Geschäftsführer stellt ausgesprochen deutlich klar, dass er seine Verantwortung für die Geschicke der Gesellschaft aufgegeben hat und sich seiner möglichen Haftung entziehen will. Kein unredlicher Geschäftsführer lässt sich ordnungsgemäß abbestellen, bevor er sich bspw. ins Ausland absetzt.

Aufgrund des Schutzzweckes des MoMiG – der Vermeidung von Insolvenzverschleppungen und missbräuchlichen Firmenbestattungen – ist die Führungslosigkeit der Gesellschaft daher auch im Falle eines ordnungsgemäß bestellten Geschäftsführers, der handlungsunwillig oder gezielt unerreichbar ist, zu bejahen.

Jüngst ist ein verfahrensrechtliches Problem bei der Insolvenzantragstellung über das Vermögen einer führungslosen Gesellschaft aufgetreten. Nach Löschung des Geschäftsführers einer GmbH aus dem Handelsregister von Amts wegen hatte das AG Oldenburg<sup>129</sup> den Insolvenzantrag eines Gesellschafters mit dem Argument abgelehnt, dass die Gesellschaft im Fall der Führungslosigkeit in einem gegen sie gerichteten Insolvenzeröffnungsverfahren nicht vertreten und damit nicht prozessfähig sei<sup>130</sup>. Diese Situation der Führungslosigkeit könnten die Gesellschafter freilich mit der Bestellung eines neuen Geschäftsführers beseitigen, in der Situation der Insolvenzreife könne es aber schwierig sein, einen geeigneten und übernahmebreiten Geschäftsführer zu finden<sup>131</sup>. Das Gericht erkannte selbst, dass es sich um eine unbefriedigende Situation handelt, sieht das Problem allerdings in der nur passiven Vertretungsbefugnis der Gesellschafter im Fall der Führungslosigkeit nach § 35 Abs. 1 S. 2 GmbHG, der schließlich nur eine Empfangszuständigkeitsregelung sei. Es ist die Pflicht der Gesellschafter, für eine ordnungsgemäße Vertretung der Gesellschaft zu sorgen. Weigern sich die Gesellschafter – wie in diesem Fall – selbst nach Aufforderung durch das Gericht, einen neuen Geschäftsführer zu bestellen, so ist ein Insolvenzverfahren über das Vermögen einer GmbH demnach unzulässig<sup>132</sup>.

Dieses Ergebnis ist mit Blick auf die in § 15a Abs. 3 InsO normierte Insolvenzantragspflicht im Fall der Führungslosigkeit freilich widersinnig<sup>133</sup>. Stellen die Gesellschafter bei Führungslosigkeit der Gesellschaft – entsprechend ihrer strafbewehrten (!) Insolvenzantragspflicht – einen Antrag, würde dieser mit dem Argument für unzulässig erklärt, dass ein Geschäftsführer fehlt<sup>134</sup>, die Gesellschaft also führungslos ist. Geschäftsführer und Gesellschafter habe es so in der Hand, durch Amtsniederlegung oder Abberufung die Insolvenz der Gesellschaft dauerhaft zu verhindern<sup>135</sup>. Perpetuiert wird das Problem freilich dadurch, dass die Rechtsprechung die Amtsniederlegung eines GmbH-Geschäftsführers grundsätzlich in sehr weitem Rahmen und auch ohne sachlichen Grund akzeptiert<sup>136</sup>. Eine Grenze bildet nur der Rechtsmissbrauch, der

<sup>127</sup> So aber Römermann NZI 2008, 641, 646.

<sup>128</sup> Schmidt/Gundlach DStR 2018, 198, 199; Passarge GmbHHR 2010, 295, 298; Gehrlein BB 2008, 846, 848.

<sup>129</sup> AG Oldenburg, NZI 2016, 925 ff. – Im Ergebnis übereinstimmend auch das LG Kleve, NZI 2017, 996 ff.

<sup>130</sup> Das AG Oldenburg hatte sich dabei auf die Argumentation einer Entscheidung des OLG Dresden, NZI 2000, 136 gestützt – die freilich noch vor den Neuregelungen durch das MoMiG erging.

<sup>131</sup> AG Oldenburg, NZI 2016, 925, 926.

<sup>132</sup> AG Oldenburg, NZI 2016, 925.

<sup>133</sup> A.A. in einem ähnlichen Fall unter Berufung auf die Intention des Gesetzgebers mit der Einführung der Insolvenzantragspflicht für Gesellschafter nach § 15a Abs. 3 InsO diese dazu zu veranlassen, die Führungslosigkeit der Gesellschaft schnellstmöglich zu beseitigen, das LG Kleve, NZI 2017, 996, 998.

<sup>134</sup> Laroche, NZI 2016, 925, 927.

<sup>135</sup> Laroche, NZI 2016, 925, 927.

<sup>136</sup> Knauth, NZI 2018, 55, 56.

allerdings nur bei einem alleinigen Geschäftsführer bejaht, der zugleich alleiniger Gesellschafter ist und nicht gleichzeitig einen neuen Gesellschafter bestellt<sup>137</sup>.

- 500** Vergegenwärtigt man sich, dass durch die Einführung der Insolvenzantragspflicht für Gesellschafter nach § 15a Abs. 3 InsO auch ein Anreiz geschaffen werden sollte, ordnungsgemäß aktionsfähige Vertreter der Gesellschaft zu bestellen (s. oben II 10b, → Rn. 491), mag die Entscheidung des Gerichts konsequent erscheinen. Nach § 15a Abs. 4, 5 InsO strafrechtlich sanktioniert ist demnach auch, dass die Gesellschafter die weiteren Voraussetzungen der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nicht schaffen – und zu diesen gehört auch die Prozessfähigkeit der Insolvenzschildnerin<sup>138</sup>. Allerdings Insolvenzantragspflicht für Gesellschafter eingeführt, um die bei Führungslosigkeit zuvor regelmäßig eingetretenen Verzögerungen bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu vermeiden. Im Interesse einer solchen Beschleunigung wäre ein Entgegenkommen der Rechtsprechung durch Behebung des Problems im Bereich des Prozessrechts<sup>139</sup> angebracht.

#### **bb. Insolvenzantragspflicht von Aufsichtsrat und Gesellschaftern**

- 501** Ist die Gesellschaft führungslos und überschuldet oder zahlungsunfähig, so ist jeder Gesellschafter bzw. Aufsichtsrat im Wege einer Ersatzzuständigkeit verpflichtet, den Insolvenzantrag zu stellen, § 15a Abs. 3 InsO. Dies ist so zu verstehen, dass sowohl ein Insolvenzgrund vorliegt, die Gesellschaft also zahlungsunfähig oder überschuldet sein muss und ihr darüber hinaus ein Geschäftsführer fehlt. Die Antragspflicht besteht also nicht gleichrangig neben der der Geschäftsführer, sondern nur subsidiär im Falle der Führungslosigkeit und trifft jeden Gesellschafter. Kommt nur ein Gesellschafter der Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 1, 3 InsO nach, so wirkt dies auch zugunsten der übrigen Gesellschafter bzw. Aufsichtsratsmitglieder<sup>140</sup>. Die Antragspflicht der Gesellschafter besteht allerdings dann nicht, wenn sie weder von der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung noch von der Führungslosigkeit Kenntnis hatten, § 15a Abs. 3 a.E. InsO.
- 502** § 15a Abs. 3 InsO ist so zu verstehen, dass der Gesellschafter, bzw. das Aufsichtsratsmitglied, welches nur das Vorliegen eines Insolvenzgrunds oder nur das Vorliegen der Führungslosigkeit kannte, nicht davon ausgehen kann, dass ihn die Antragspflicht noch nicht trifft, wenn er das Vorliegen der anderen Voraussetzung nicht kennt. Der Wortlaut des § 15a Abs. 3 InsO ist insoweit missverständlich. Das bedeutet, dass der Gesellschafter im Falle der Kenntnis vom Insolvenzgrund Anlass hat nachzuforschen, aus welchem Grunde der Liquidator keinen Insolvenzantrag stellt<sup>141</sup>. Umgekehrt hat der Gesellschafter, der die Führungslosigkeit seiner Gesellschaft kennt, Anlass nachzuforschen, wie es um die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft bestellt ist<sup>142</sup>. Der positiven Kenntnis sind unter Berücksichtigung der Grundsätze der Rechtsprechung die Fälle gleichzusetzen, in denen sich die Person, auf deren Kenntnis es ankommt, bewusst dieser Kenntnis verschlossen hat<sup>143</sup>. Die Beweislast trägt insoweit der jeweilige Gesellschafter<sup>144</sup>. Er muss bei unterlassener Stellung des Insolvenzantrages darlegen, dass er die Umstände, die auf die Zahlungsunfähigkeit, die Überschuldung und die Führungslosigkeit schließen ließen, nicht kannte.

<sup>137</sup> OLG Bamberg, NZG 2017, 1260; OLG Düsseldorf, GWR 2015, 453; OLG München, NZI 2011, 295.

<sup>138</sup> LG Kleve, NZI 2017, 996, 998.

<sup>139</sup> Vgl. Siwzow, NZI 2017, 996, 998 f.

<sup>140</sup> Poertzgen ZInsO 2007, 574, 577.

<sup>141</sup> Begründung RegE MoMiG, S. 128.

<sup>142</sup> Begründung RegE MoMiG, S. 128.

<sup>143</sup> Begründung RegE MoMiG, S. 128.

<sup>144</sup> Begründung RegE MoMiG, S. 128; Poertzgen ZInsO 2007, 1258, 1260; Römermann NZI 2008, 641, 646.



Stellt der Aufsichtsrat fest, dass die Gesellschaft insolvenzreif ist, hat er darauf hinzuwirken, dass der Vorstand rechtzeitig einen Insolvenzantrag stellt und keine Zahlungen leistet, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nicht zu vereinbaren sind. Dies ist Ausfluss der Informations-, Beratungs- und Überwachungspflichten des Aufsichtsrats<sup>145</sup>. Insbesondere bei einer Krise muss der Aufsichtsrat alle ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen ausschöpfen. Verstößt er hiergegen schuldhaft, kann er der Gesellschaft gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet sein. 503

Eine Ausnahme von der Antragspflicht gilt jedenfalls für Gesellschafter mit einer geringen Beteiligung<sup>146</sup>. Ein Gesellschafter mit einer Beteiligung von 10 % oder weniger hat naturgemäß nur geringen oder gar keinen Anlass zu solchen Überlegungen und vor allem geringere Einflussmöglichkeiten und Einsichtsrechte in Geschäftsführung und Vermögenslage der Gesellschaft, so dass ihm eine Entlastung regelmäßig gelingen dürfte<sup>147</sup>. 504

Ob die erweiterte Antragspflicht des § 15a Abs. 3 InsO auch für den fakultativen Aufsichtsrat der GmbH gemäß § 52 GmbHG oder einen nach dem Drittelbeteiligungsgesetz oder Mitbestimmungsgesetz gebildeten Aufsichtsrat gelten soll, ist fraglich<sup>148</sup>. Teilweise wird angenommen, dass die Ausfallzuständigkeit bei Führungslosigkeit nach § 15a Abs. 3 InsO nur für die Mitglieder des Aufsichtsrates einer AG oder Genossenschaft gilt<sup>149</sup> oder die Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 3 InsO als Korrelat der Befugnis zur Bestellungsbefugnis verstanden<sup>150</sup>. 505

Zweckmäßiger Weise sollte eine solche Pflicht mit den Rechten und Aufgaben des Aufsichtsrates korrespondieren. Der Aufsichtsrat hat die Aufgabe, die Geschäftsführung der GmbH zu überwachen, den Jahresabschluss der Gesellschaft zu prüfen, § 52 Abs. 2 GmbHG i.V.m. § 171 AktG und ist gegenüber der Geschäftsführung zur Vertretung der Gesellschaft berufen, § 52 Abs. 2 GmbHG i.V.m. § 112 AktG<sup>151</sup>. Er hat ein Recht auf Bericht über die Angelegenheiten der Gesellschaft gegenüber der Geschäftsführung, § 52 Abs. 2 GmbHG i.V.m. § 90 Abs. 3 S. 1 AktG<sup>152</sup>. Allerdings können sich die Aufsichtsratsmitglieder grundsätzlich darauf verlassen, dass die Angaben der Geschäftsführer in den Berichten der Wahrheit entsprechen und müssen erst bei greifbaren Zweifeln von ihrer erweiterten Prüfpflicht Gebrauch machen<sup>153</sup>. Allerdings sind die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen diese Überwachungspflichten durch den fakultativen Aufsichtsrat andere<sup>154</sup> als die im Aktienrecht. Im Unterschied zu dem Aufsichtsrat einer AG hat der Aufsichtsrat einer GmbH nach Feststellung der Insolvenzreife der Gesellschaft und erfolgloser Anhaltung der Geschäftsführung zur Insolvenzantragstellung zudem nicht die Befugnis, diese ihres Amtes zu entheben um nach § 15a Abs. 3 InsO selbst den Insolvenzantrag zu stellen<sup>155</sup>. 506

Möglich ist aber, dass die Satzung dem Aufsichtsrat bestimmte Aufgaben der Geschäftsführung überträgt oder Zustimmungsvorbehalte statuiert<sup>156</sup>. Die Mitglieder eines fakultati- 507

<sup>145</sup> BGH NZG 2009, 550 (zur AG).

<sup>146</sup> A.A. Arnold in Henssler/Strohn, § 15a InsO Rn. 7.

<sup>147</sup> Begründung RegE MoMiG, S. 128.

<sup>148</sup> Gegen eine Antragspflicht: Wälzholz DStR 2007, 1914, 1915; Poertzen ZInsO 2007, 574, 577 (jedoch kritisch für die Fälle, in denen der GmbH-Aufsichtsrat zur Bestellung oder Abberufung der Geschäftsführer zuständig ist).

<sup>149</sup> Altmeyen in: Roth/Altmeyen, Vor § 64 Rn. 62.

<sup>150</sup> Haas in: Baumbach/Hueck, § 64 Rn. 233.

<sup>151</sup> Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, § 52 Rn. 66.

<sup>152</sup> Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, § 52 Rn. 134 f.

<sup>153</sup> Strohn, NZG 2011, 1161, 1163.

<sup>154</sup> § 52 Abs. 1 GmbHG verweist für den fakultativen Aufsichtsrat explizit nur auf die Anwendung von § 93 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 und 2 AktG und nicht auch auf § 93 Abs. 3 AktG wie bspw. § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitBestG bei einem obligatorischen Aufsichtsrat.

<sup>155</sup> Strohn, NZG 2011, 1161, 1163.

<sup>156</sup> Spindler in: MüKo GmbHG, § 52 Rn. 263.



ven Aufsichtsrates haben Einblick in die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft und sie können starke Einflussmöglichkeiten auf die Geschicke der Gesellschaft haben. Entsprechend trifft sie eine Verantwortung gegenüber dem Rechtsverkehr, die der Verantwortung der Gesellschafter vergleichbar sein kann. Daher muss sich die Antragspflicht nach § 15a Abs. 3 InsO an der jeweiligen Ausgestaltung des Aufgabenbereiches des fakultativen Aufsichtsrates im konkreten Fall orientieren.

- 508** Neben der Pflicht zur Stellung des Insolvenzantrages sind die Gesellschafter im Fall der Führungslosigkeit gemäß § 101 Abs. 1 i.V.m. §§ 97 ff. InsO verpflichtet, dem Insolvenzgericht, dem Insolvenzverwalter, dem Gläubigerausschuss und, auf Anordnung des Gerichts, der Gläubigerversammlung über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse Auskunft zu geben. Sie müssen den Insolvenzverwalter bei der Erfüllung seiner Aufgaben unterstützen und sind nach § 97 Abs. 3 InsO verpflichtet, sich auf Anordnung des Gerichts jederzeit zur Verfügung zu stellen, um ihren Auskunfts- und Mitwirkungspflichten nachzukommen.

### c. Haftung für Insolvenzverschleppung gemäß § 64 S. 1 GmbHG

#### aa. Tatbestand der Insolvenzverschleppungshaftung

- 509** Nach §§ 64 S. 1 i.V.m. 71 Abs. 4 GmbHG ist der Liquidator<sup>157</sup> zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der GmbH i.L. oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden. Ein Schaden der Gesellschaft ist nicht erforderlich, da durch § 64 S. 1 GmbHG die gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger gewährleistet<sup>158</sup> und das Gesellschaftsvermögen im Vorfeld der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschützt werden soll<sup>159</sup>. Es handelt sich nicht um einen Schadensersatzanspruch, sondern um einen Anspruch auf Wiederherstellung gleicher Bedingungen für die Gläubiger.
- 510** Anspruchsberechtigt ist die Gesellschaft.<sup>160</sup> Bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird der Anspruch gemäß § 80 InsO vom Insolvenzverwalter geltend gemacht. Im Fall der Abweisung mangels Masse können die Gläubiger den Anspruch der Gesellschaft gegen den Liquidator pänden und sich zur Einziehung überweisen lassen<sup>161</sup>.
- 511** Die Ersatzpflicht nach § 64 S. 1 GmbHG entfällt nicht, wenn der Liquidator die Zahlung auf Grund eines Gesellschafterbeschlusses vorgenommen hat und die Ersatzleistung zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist<sup>162</sup>, § 64 S. 4 i.V.m. § 43 Abs. 3 S. 3 GmbHG.
- 512** Diese Haftung trifft nach der Rechtsprechung des BGH auch Aufsichtsräte, wenn diese nach Eintritt der Insolvenzreife nicht darauf hinwirken, dass der Vorstand rechtzeitig einen Insolvenzantrag stellt<sup>163</sup>. Verstößt ein Aufsichtsrat schuldhaft gegen diese Pflicht, kann er der Gesellschaft gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet sein. Zwar richtet sich das Zahlungsverbot des § 64 S. 1 GmbHG nur an die Geschäftsführung, doch trifft auch den Aufsichtsrat Informations-, Beratungs- und Überwachungspflichten. Insbesondere muss er in einer Krisensituation alle ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen ausschöpfen. Sobald er dabei feststellt, dass die Gesellschaft insolvenzreif ist, muss er darauf hinwirken, dass die Geschäftsführung rechtzeitig einen Insolvenzantrag stellt und keine Zahlungen leistet, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nicht vereinbar sind.

<sup>157</sup> OLG Celle GmbHR 1995, 54, 55; Haas in: Baumbach/Hueck, § 64 Rn. 13.

<sup>158</sup> BGHNJW 2001, 1280, 1283; 2003, 2316, 2317.

<sup>159</sup> BGHNJW 1974, 1088, 1089; 2000, 668; 2001, 304, 305; OLG Oldenburg ZIP 2004, 1315, 1316.

<sup>160</sup> Arnold in: Henssler/Strohn, § 64 GmbHG Rn. 37.

<sup>161</sup> BGHNJW 2001, 304, 305; Arnold in: Henssler/Strohn, § 64 GmbHG Rn. 37.

<sup>162</sup> BGHNJW 1974, 1088, 1089; H.-F. Müller in: MüKo GmbHG, § 64 Rn. 171.

<sup>163</sup> BGH NZG 2009, 550 (zur AG).