

Schriften zum Wirtschaftsrecht

---

Band 335

**Die Verantwortungsübernahme  
des Geschäftsführers einer GmbH  
für das Insolvenzrisiko der Gläubiger  
durch die persönliche Inanspruchnahme  
im Regelinsolvenzverfahren**

Von

**Katharina Robert**



**Duncker & Humblot · Berlin**

KATHARINA ROBERT

Die Verantwortungsübernahme  
des Geschäftsführers einer GmbH  
für das Insolvenzrisiko der Gläubiger  
durch die persönliche Inanspruchnahme  
im Regelinsolvenzverfahren

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 335

Die Verantwortungsübernahme  
des Geschäftsführers einer GmbH  
für das Insolvenzrisiko der Gläubiger  
durch die persönliche Inanspruchnahme  
im Regelinsolvenzverfahren

Von

Katharina Robert



Duncker & Humblot · Berlin

Die Fakultät III der Universität Siegen:  
Wirtschaftswissenschaften, Wirtschaftsinformatik und Wirtschaftsrecht  
– Fachrichtung Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht –  
hat diese Arbeit im Jahre 2021 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: 3w+p GmbH, Rimpau  
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0582-026X  
ISBN 978-3-428-18602-0 (Print)  
ISBN 978-3-428-58602-8 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht an der Universität Siegen und wurde im Sommersemester 2021 von der Fakultät III der Universität Siegen als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis Anfang August 2021 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Torsten Schöne, für seine stetige Unterstützung und Diskussionsbereitschaft während der gesamten Zeit meiner Beschäftigung an seinem Lehrstuhl. Ferner möchte ich Herrn Prof. Dr. Tobias Fröschele für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens danken.

Darüber hinaus gilt mein herzlicher Dank meinen Freunden und ehemaligen Kolleginnen und Kollegen an der Universität Siegen, die mich bei der Erstellung dieser Arbeit stets motiviert, aufgemuntert und auf vielfältige Weise unterstützt haben. Großer Dank gilt schließlich meinen Eltern und meiner Schwester, die mich während meiner gesamten Ausbildung unermüdlich unterstützt und mir Rückhalt gegeben haben. Ohne sie alle wäre die Fertigstellung dieser Arbeit nicht denkbar gewesen.

Köln, im Februar 2022

*Katharina Robert*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	17
-------------------------	----

## *1. Teil*

<b>Gesamtüberblick</b>	21
------------------------	----

## *2. Teil*

<b>Inanspruchnahme des Geschäftsführers im Regelinsolvenzverfahren aufgrund seiner Verantwortung</b>	33
A. Haftung des Geschäftsführers bei Insolvenzreife der GmbH .....	33
I. Die Insolvenzreife der GmbH .....	33
1. Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit der GmbH .....	34
a) Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 Abs. 2 S. 2 InsO .....	35
b) Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 Abs. 2 S. 1 InsO .....	37
2. Vorliegen der Überschuldung der GmbH .....	40
a) Fortbestehensprognose .....	41
b) Überschuldungsstatus .....	45
c) Insolvenzrechtliche Überschuldung i. S. v. § 19 Abs. 2 InsO .....	47
3. Verhältnis zwischen den beiden Insolvenzgründen und deren Erkennbarkeit	48
II. Insolvenzverschleppungshaftung gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO .....	50
1. Verstoß gegen den Tatbestand von § 15a Abs. 1 InsO .....	51
a) Verstoß durch schuldhaftes Zögern .....	52
b) Verstoß durch Ablauf der entsprechenden Wochenfrist .....	54
c) Haftungsrelevanter Zeitpunkt .....	58
d) Ausnahme: Aussetzung der Eröffnungsantragspflicht gem. § 1 COVInsAG .....	59
aa) Grundlegende Aussetzung der Antragspflicht .....	61
bb) Gesetzliche Vermutung gem. § 1 Abs. 1 S. 3 COVInsAG .....	63
cc) (Rück-)Ausnahmen gem. § 1 Abs. 1 S. 2 COVInsAG .....	64
(1) „Beruhen“ der Insolvenzreife auf den Folgen der Ausbreitung der Corona-Pandemie .....	64
(2) Keine Aussichten auf Beseitigung bestehender Zahlungsunfähigkeit	65

dd) Kein Verstoß gegen § 15a Abs. 1 InsO .....	67
2. Verschulden .....	68
3. (Gesamt-)Schaden der Altgläubiger .....	69
4. Rechtsfolge, Geltendmachung und Relevanz der Insolvenzverschleppungshaf- tung .....	71
<b>III. Ersatzpflicht für Zahlungen nach Eintritt der materiellen Insolvenz .....</b>	<b>72</b>
1. Ersatzpflicht gem. § 64 S. 1 GmbHG a.F. ....	72
a) Relevanz nach Aufhebung der Norm am 1.1.2021 .....	73
b) Kurzüberblick über das herrschende Verständnis von § 64 S. 1 GmbHG ...	74
aa) Zweck der Ersatzpflicht .....	74
bb) Zahlungen i.S.v. § 64 S. 1 GmbHG .....	74
cc) Anrechenbare Gegenleistungen .....	75
dd) Privilegierte Zahlungen i.S.v. § 64 S. 2 GmbHG .....	77
ee) Verschulden .....	78
ff) Rechtsfolgen .....	78
c) Einwände gegen dieses Verständnis .....	79
d) Einordnung der Zahlungen i.S.v. § 64 S. 1 GmbHG a.F. in den Verfahrens- ablauf .....	82
e) Notwendiges Problembewusstsein für zeitliche Differenzierung und Haf- tungsumfang .....	84
aa) Hauptentscheidungen des BGH zu § 64 S. 1 GmbHG .....	84
bb) Differenzierte Ansichten in der Literatur .....	86
(1) Überblick der Ansicht von Altmeppen .....	87
(2) Überblick der Ansicht von Karsten Schmidt .....	87
(3) Überblick der Ansicht von Bitter .....	89
cc) Vorhandenes Problembewusstsein .....	90
f) Korrigierende Auslegung von § 64 S. 1 GmbHG .....	91
aa) Auslegung von § 64 S. 1 GmbHG für den Hauptanwendungsfall .....	92
(1) Ersatzpflicht gem. § 64 S. 1 GmbHG als Regelfall .....	92
(2) Generelle Ausnahme für Zahlungen bei Pflichtenkollisionen .....	95
(3) Generelle Ausnahme für Zahlungen mit Zustimmung des vorläufig- gen schwachen Insolvenzverwalters .....	96
bb) Verbleibende Anwendungsfälle .....	97
(1) Zahlungen während der laufenden Dreiwochenfrist .....	97
(a) Methodische Herangehensweise .....	97
(b) Notwendigkeit der Ausstrahlungswirkung des Zwecks aus § 15a Abs. 1 S. 1 InsO a.F. auf § 64 S. 1 GmbHG .....	99
(c) Ausstrahlung des Zwecks aus § 15a Abs. 1 S. 1 InsO a.F. auf § 64 S. 1 GmbHG .....	100
(aa) Generelle Ausnahme für Zahlungen während der Wochens- frist des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO a.F. .....	100

(bb) Ersatzpflicht gem. § 64 S. 1 GmbHG im Einzelfall .....	102
(2) Zahlungen im Zeitraum zwischen Antragstellung und Anordnung vorläufiger Sicherungsmaßnahmen .....	103
(a) Vorangegangene Insolvenzverschleppung .....	104
(b) Rechtzeitige Antragstellung .....	104
cc) Verschulden .....	105
dd) Rechtsfolgen und Problem des Haftungsumfangs .....	105
g) Zwischenergebnis zur korrigierenden Auslegung der Ersatzpflicht gem. § 64 S. 1 GmbHG .....	106
h) Geltendmachung der Ersatzpflicht gem. § 64 S. 1 GmbHG .....	107
aa) Allgemeines zur Geltendmachung im Prozessweg .....	108
bb) Darlegung und Beweis des Tatbestands .....	110
(1) Darlegung und Beweis für Zahlungen nach Eintritt der Antragspflicht .....	110
(a) Darlegung und Beweis der Insolvenzreife im Zahlungszeitpunkt und der Zahlung .....	110
(b) Darlegung und Beweis der Insolvenzreife im Zahlungszeitpunkt .....	111
(aa) Darlegung und Beweis der Zahlungsunfähigkeit i.S.v. § 17 InsO .....	111
(bb) Darlegung und Beweis der insolvenzrechtlichen Überschuldung i.S.v. § 19 InsO .....	115
(cc) Darlegung und Beweis der Insolvenzreife im Zahlungszeitpunkt .....	117
(c) Exkulpation durch den Geschäftsführer i.S.v. § 64 S. 2 GmbHG .....	118
(2) Darlegung und Beweis für Zahlungen während der Antragsfrist .....	119
(3) Zahlungen nach der Stellung des Eröffnungsantrags .....	119
cc) Darlegung und Beweis des Haftungsumfangs .....	120
2. Ausnahme gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG .....	121
a) Zweck und allgemeine Voraussetzungen der Ausnahme .....	121
b) „Ordnungsgemäßer Geschäftsgang“ i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG .....	123
c) Privilegierte Zahlungen nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG .....	124
d) Änderungen bei der Geltendmachung der Ersatzpflicht durch die Anwendung des COVInsAG .....	125
e) Bewertung der Ausnahme .....	126
3. Ersatzpflicht gem. § 15b Abs. 1 bis 4 InsO .....	127
a) Zahlungsverbot gem. § 15b Abs. 1 S. 1 InsO .....	127
b) Privilegierte Zahlungen .....	127
aa) Konkretisierung des Sorgfaltsmäßigstabs .....	128
(1) Übernahme der Ausnahme gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG .....	128
(2) Zeitpunkt der Zahlung als Ausgangspunkt .....	128
(a) Zahlungen im Verschleppungszeitraum .....	129

(b) Zahlungen während der Antragsfrist .....	129
(c) Zahlungen nach der Stellung des Eröffnungsantrags .....	130
(3) Weitere Regelungen und vorübergehende Privilegierung .....	131
bb) Korrektur der privilegierten Zahlungen durch den Gesetzgeber .....	132
c) Verschulden .....	133
d) Rechtsfolgen .....	133
e) Geltendmachung der Ersatzpflicht gem. § 15b Abs. 1 bis 4 InsO und Relevanz in der Praxis .....	134
f) Korrektur der Ersatzpflicht durch den Gesetzgeber .....	135
4. Vergleich der Ersatzpflicht unter Geltung der verschiedenen Regelungen .....	135
5. Zwischenergebnis zu den ersatzpflichtigen Zahlungen .....	139
IV. Verpflichtung zur Zahlung eines Vorschusses i. S. v. § 26 Abs. 4 InsO .....	143
1. Sinn und Zweck der Vorschusspflicht .....	143
2. Anwendungsbereich der Vorschrift .....	144
3. Voraussetzungen der Vorschusspflicht .....	145
4. Rechtsfolge .....	146
5. Bedeutungslosigkeit des Vorschusses i. S. v. § 26 Abs. 4 S. 1 InsO .....	146
a) Probleme aufgrund der gesetzlichen Lage .....	146
b) Tatsächliche Gründe für die praktische Bedeutungslosigkeit .....	147
B. Ersatzpflichten für Zahlungen an Gesellschafter .....	148
I. Ersatzpflicht gem. § 43 Abs. 3 S. 1, 1. Alt. GmbHG .....	148
1. Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG .....	149
a) Auszahlung i. S. v. § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG .....	149
b) Ausnahmen gem. § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG .....	151
aa) Ausnahme gem. § 30 Abs. 1 S. 2, 2. Alt. GmbHG .....	152
(1) Vollwertigkeitsgebot .....	152
(2) Deckungsgebot .....	153
bb) Ausnahme gem. § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG .....	154
2. Verschulden .....	154
3. Schaden .....	154
4. Rechtsfolgen gem. § 43 Abs. 3 S. 1, 1. Alt. GmbHG .....	155
5. Geltendmachung der Ersatzpflicht für Zahlungen an Gesellschafter gem. § 43 Abs. 3 S. 1, 1. Alt. GmbHG .....	155
II. Ersatzpflicht für zur Zahlungsunfähigkeit führende Zahlungen an Gesellschafter	158
1. Ersatzpflicht gem. § 64 S. 3 GmbHG a.F. .....	158
a) Voraussetzungen der Ersatzpflicht .....	159
aa) Zahlung i. S. v. § 64 S. 3 GmbHG .....	159
bb) Gesellschafter als Zahlungsempfänger .....	160
cc) Kausale Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit i. S. v. § 17 InsO .....	160
dd) Privilegierung der Zahlung gem. § 64 S. 2 GmbHG .....	163

ee) Verschulden des Geschäftsführers .....	164
b) Rechtsfolgen i. S. v. § 64 S. 3 GmbHG .....	164
c) Geltendmachung der Ersatzpflicht für Zahlungen an Gesellschafter gem. § 64 S. 3 GmbHG a.F. ....	164
aa) Allgemeines zur Geltendmachung .....	165
bb) Hauptproblem: Darlegung und Beweis der kausalen Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit .....	165
cc) Darlegung und Beweis der übrigen Tatbestandsmerkmale .....	167
d) (Rechts-)Folgen der Geltendmachung und Relevanz in der Praxis .....	168
2. Erstattungspflicht gem. § 15b Abs. 5 InsO .....	169
C. Zusammenfassung der Ergebnisse aus dem 2. Teil .....	169
 <i>3. Teil</i>	
<b>Bedeutung dieser Rechtslage</b>	177
A. Auswirkungen für den Geschäftsführer .....	177
I. Grenze der Leistungsfähigkeit und Möglichkeit der D&O-Versicherung .....	177
II. Keine Haftungsbeschränkung bei Insolvenzreife der GmbH .....	180
III. Notwendiges Verantwortungsbewusstsein zur Haftungsvermeidung .....	180
IV. Veranlassung zur frühzeitigen Stellung eines Eröffnungsantrags .....	185
B. Bedeutung für das Ausfallrisiko der Gläubiger .....	186
C. Angemessene Rechtslage .....	189
D. Auswirkungen durch die Corona-Gesetzgebung .....	191
I. Rechtfertigung des COVInsAG .....	192
II. Erschwernis bei der Geltendmachung der Ansprüche .....	196
<b>Zusammenfassung der Ergebnisse</b> .....	197
<b>Entscheidungsregister</b> .....	205
 <b>Literaturverzeichnis</b> .....	208
 <b>Stichwortverzeichnis</b> .....	222



## **Abkürzungsverzeichnis**

a.A.	andere Ansicht
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
a. F.	alte(r) Fassung
AG	Aktiengesellschaft
ähnl.	ähnlich
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
BB	Betriebs-Berater
BC	Zeitschrift für Bilanzierung, Rechnungswesen und Controlling
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Das Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT-Drs.	Bundestag-Drucksache
bzw.	beziehungsweise
CB	Compliance-Berater
COVID-19-Folgenabmilderungsgesetz	Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht
COVInsAG	Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Eröffnungsantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz
COVInsAG-Änderungsgesetz	Gesetz zur Änderung des COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetzes
COVuR	COVID-19 und Recht
DB	Der Betrieb
d. h.	das heißt
DStR	Deutsches Steuerrecht
DZWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
Einl.	Einleitung
ESUG	Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
etc.	et cetera
evtl.	eventuell
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f./ff.	folgend/folgende
Fn.	Fußnote

FS	Festschrift
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	Die GmbH-Rundschau
GmbH-StB	Der GmbH-Steuer-Berater
grds.	grundsätzlich
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
HS.	Hauptsatz
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
IDW	Institut deutscher Wirtschaftsprüfer
IDW S	Standards des Instituts deutscher Wirtschaftsprüfer
IfSG	Infektionsschutzgesetz
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
IRZ	Zeitschrift für internationale Rechnungslegung
i. S.	im Sinne
i. S. d./v.	im Sinne des/der/von
i. V. m.	in Verbindung mit
KO	Konkursordnung
KSI	Krisen-, Sanierungs- und Insolvenzberatung
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht
LS	Leitsatz
mind.	mindestens
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer/Nummern
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
Rn.	Randnummer/Randnummern
S.	Satz/Seite
SanInsFoG	Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz
sog.	sogenannte
StaRUG	Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen
Syst.Dar.	Systematische Darstellung
u.	und
u. a.	unter anderem
Urt.	Urteil

v.	vom/von
vgl.	vergleiche
WM	Wertpapier-Mitteilungen
z. B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenz- und Sanierungsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert/zitierte
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRI	Zeitschrift für Restrukturierung und Insolvenz



## 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; Uhlenbrück/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; Uhlenbrück/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 Insolvenzreife 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 *Altmeppen*, § 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/Brocke*, NZG 2018, 1295 (1298); *H.-F. Müller*, GmbHR 2021, 737 (743).

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