

Inhaltsübersicht

§ 1	Einführung	33
A.	Gesellschaftliches und rechtspolitisches Umfeld der GmbH-Bestattung	33
I.	Die GmbH-Bestattung als Ausweg in der Krise	33
II.	Reform des GmbH-Rechts zur Bekämpfung der GmbH-Bestattung	37
B.	Darstellung einer GmbH-Bestattung und deren Hintergründe	38
I.	Terminologische Klarstellung zum Begriff der Firmenbestattung	38
II.	Ausgangspunkt und Ablauf einer typischen GmbH-Bestattung	39
III.	Die beteiligten Personen	44
IV.	Die betroffenen Gesellschaften	48
C.	Eingrenzung des Inhalts der Arbeit	50
I.	Bisherige Diskussion hinsichtlich der Zuständigkeit der Insolvenzgerichte bei der GmbH-Bestattung	50
II.	Ziele, Inhalt und Aufbau der Arbeit	51
§ 2	Wirksamkeit der Maßnahmen zum Geschäftsführer- und Gesellschafterwechsel bei der GmbH-Bestattung	55
A.	(Pauschale) Bewertungen in Rechtsprechung und Literatur	56
I.	Instanzgerichtliche Rechtsprechung	56
II.	Stimmen in der Literatur	58
III.	Gefahr der Vermengung einzelner Bestattungsmaßnahmen durch die pauschalen Bewertungen	59
B.	Bewertung der Beschlüsse zur Abberufung und Neubestellung der Geschäftsführung	60
I.	Wirksamkeitshindernisse für Gesellschafterbeschlüsse	61
II.	Keine Anfechtbarkeit des Abberufungs- und des Neubestellungsbeschlusses (§ 243 AktG)	63
III.	Nichtigkeit des Abberufungsbeschlusses (§ 241 AktG)	64
IV.	Wirksamkeit des Neubestellungsbeschlusses	93
C.	Bewertung der Abtretung der Gesellschaftsanteile bei der GmbH-Bestattung	101
I.	Grundsatz der freien Veräußerlichkeit (§ 15 I, III GmbHG)	101

II.	Nichtigkeit der Abtretung wegen der nichtigen Abberufung ausschließlich im Rahmen des § 139 BGB	102
III.	Sittenwidrigkeit und Nichtigkeit der Abtretung der Gesellschaftsanteile (§ 138 I BGB)	103
D.	Zusammenfassung	115
§ 3	„Auftreten“ der GmbH im Zuge ihrer Bestattung: Möglichkeiten einer wirksamen Vertretung der Gesellschaft	116
A.	„Aktives Auftreten“ der GmbH im Rechtsverkehr	116
I.	Grundsatz der Gesamtvertretung (§ 35 II 1 GmbHG)	117
II.	Wirksames alleiniges Auftreten des Neugeschäftsführers für die GmbH	119
B.	„Passives Auftreten“ der GmbH im Rechtsverkehr	138
I.	Erreichbarkeit der GmbH (§ 35 I 2, II 2, 3 GmbHG, § 170 III ZPO)	138
II.	Ersatzverantwortlichkeit der Gesellschafter (§ 35 I 2 GmbHG) bei der GmbH-Bestattung	141
§ 4	Strafrechtliche Sanktionen bei einer GmbH-Bestattung	152
A.	Strafbarkeit des Altgeschäftsführers	153
I.	Insolvenzverschleppung (§ 15a IV, I InsO)	153
II.	Insolvenzstraftaten nach dem Strafgesetzbuch (§ 283 ff. StGB)	172
III.	Untreue (§ 266 StGB)	178
IV.	Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (§ 266a I StGB)	181
V.	Weitere Straftatbestände	183
VI.	Zusammenfassung	184
B.	Strafbarkeit des Neugeschäftsführers	185
I.	Insolvenzverschleppung (§ 15a IV, I InsO)	186
II.	Insolvenzstraftaten nach dem Strafgesetzbuch (§ 283 ff. StGB)	187
III.	Betrug (§ 263 StGB)	188
IV.	Weitere Straftatbestände	189
C.	Strafbarkeit des Gesellschafters	190
I.	Regelfall: Keine Strafbarkeit als Täter mangels Geschäftsführerstellung	190
II.	Ausnahmefall: Strafbarkeit wegen einer täterschaftlich begangenen Insolvenzverschleppung (§ 15a IV, I, III InsO)	190

D. Strafbarkeit des Hintermanns	193
I. Mangelnde Bestellung zum Geschäftsführer als Hindernis der Bestrafung wegen der Insolvenzstraftaten nach § 283 ff. StGB	194
II. Strafbarkeit wegen einer Insolvenzverschleppung als faktischer GmbH-Geschäftsführer (§ 15a IV, I InsO)	196
III. Betrug (§ 263 StGB)	226
IV. Strafbarkeit als Täter hinter dem Täter	227
V. Strafbarkeit als Teilnehmer	228
E. Strafbarkeit des Notars	228
I. Beihilfe zu einer Insolvenzverschleppung (§ 15a IV, I InsO, § 27 StGB)	229
II. Beihilfe zu weiteren Straftatbeständen	236
III. Mögliche Strafbarkeit als Täter in wenigen Ausnahmefällen	237
§ 5 Zivilrechtlich-haftungsrechtliche Folgen bei einer GmbH-Bestattung	239
A. Haftung des Gesellschafters	240
I. Haftung wegen eines existenzvernichtenden Eingriffs (§ 826 BGB)	240
II. Haftung wegen einer Vermögensvermischung (§§ 105, 128 HGB analog)	270
III. Haftung wegen einer Insolvenzverschleppung (§ 823 II BGB i.V.m. § 15a I, III InsO analog)	280
IV. Haftung wegen der Bestellung eines amtsunfähigen Geschäftsführers (§ 6 V GmbHG)	287
V. Rückerstattungspflicht (§ 31 GmbHG i.V.m. § 30 GmbHG)	288
VI. Weitere Haftungstatbestände	289
VII. Zusammenfassung	289
B. Haftung des Alt- und des Neugeschäftsführers	290
I. Haftung des Altgeschäftsführers	291
II. Haftung des Neugeschäftsführers	294
C. Haftung des Hintermanns	295
I. Haftung wegen eines existenzvernichtenden Eingriffs (§§ 826, 830 BGB)	295
II. Weitere Haftungstatbestände	296
D. Haftung des Notars wegen der Verletzung einer Amtspflicht (§ 19 I 1 BNotO)	297
I. Amtspflichtverletzung des Notars	297
II. Geschützter und damit anspruchsberechtigter Personenkreis	299
III. Subsidiarität der Notarhaftung (§ 19 I 2 BNotO)	300

IV. Ergebnis	301
E. Haftung der Auffanggesellschaft	301
I. Handelsrechtliche Haftung bei einer Firmenfortführung (§ 25 I 1 HGB)	302
II. Weitere Haftungstatbestände	314
F. Anfechtungsmöglichkeiten bei der GmbH-Bestattung (§ 1 ff. AnfG bzw. § 129 ff. InsO)	318
I. Relevanz des Anfechtungsrechts bei der GmbH-Bestattung	318
II. Anfechtung der Zahlung des Bestattungshonorars	319
III. Anfechtung der existenzvernichtenden Vermögensübertragung	331
IV. Ergebnis	335
§ 6 Zusammenfassung	336
A. Ergebnis zu der Bewertung des Abberufungs- und Neubestellungsbeschlusses sowie der Anteilsabtretung bei der GmbH-Bestattung	336
B. Ergebnis zu der möglichen Aktiv- und Passivvertretung der GmbH im Zuge des Bestattungsvorgangs	339
C. Ergebnis zu den strafrechtlichen Konsequenzen für die typischerweise bei der GmbH-Bestattung vorgenommenen Maßnahmen	340
D. Ergebnis zu den zivilrechtlich-haftungsrechtlichen Konsequenzen für die typischerweise bei der GmbH Bestattung vorgenommenen Maßnahmen	342
Literaturverzeichnis	347
Sachverzeichnis	361

Inhaltsverzeichnis

§ 1	Einführung	33
A.	Gesellschaftliches und rechtspolitisches Umfeld der GmbH-Bestattung	33
I.	Die GmbH-Bestattung als Ausweg in der Krise	33
II.	Reform des GmbH-Rechts zur Bekämpfung der GmbH-Bestattung	37
B.	Darstellung einer GmbH-Bestattung und deren Hintergründe	38
I.	Terminologische Klarstellung zum Begriff der Firmenbestattung	38
II.	Ausgangspunkt und Ablauf einer typischen GmbH-Bestattung	39
1.	Wirtschaftliche Schieflage der Gesellschaft als Ausgangspunkt der GmbH-Bestattung	40
2.	Austausch der Geschäftsführer und Gesellschafter, Insolvenzantragstellung sowie Schaffung eines Informationsdefizits	40
3.	Fortführung der Geschäfte in neuem Rechtskleid unter bewährtem Namen – Die „Reinkarnationsbestattung“ als typische GmbH-Bestattung	42
III.	Die beteiligten Personen	44
1.	Geschäftsführer und Gesellschafter der zu bestattenden GmbH	44
2.	Der GmbH-Bestatter und sein Helfer	45
a)	Der Hintermann	45
b)	Die als Geschäftsführer und Gesellschafter eingesetzte Person	46
3.	Der Notar	47
IV.	Die betroffenen Gesellschaften	48
C.	Eingrenzung des Inhalts der Arbeit	50
I.	Bisherige Diskussion hinsichtlich der Zuständigkeit der Insolvenzgerichte bei der GmbH-Bestattung	50
II.	Ziele, Inhalt und Aufbau der Arbeit	51

§ 2	Wirksamkeit der Maßnahmen zum Geschäftsführer- und Gesellschafterwechsel bei der GmbH-Bestattung	55
A.	(Pauschale) Bewertungen in Rechtsprechung und Literatur	56
I.	Instanzgerichtliche Rechtsprechung	56
II.	Stimmen in der Literatur	58
III.	Gefahr der Vermengung einzelner Bestattungsmaßnahmen durch die pauschalen Bewertungen	59
B.	Bewertung der Beschlüsse zur Abberufung und Neubestellung der Geschäftsführung	60
I.	Wirksamkeitshindernisse für Gesellschafterbeschlüsse	61
1.	Der Gesellschafterbeschluss als Rechtsgeschäft sui generis	61
2.	Keine Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe im GmbH- Gesetz	61
3.	Sinngemäße Anwendung aktienrechtlicher Normen (§ 241 ff. AktG)	62
II.	Keine Anfechtbarkeit des Abberufungs- und des Neubestellungsbeschlusses (§ 243 AktG)	63
III.	Nichtigkeit des Abberufungsbeschlusses (§ 241 AktG)	64
1.	Grundsatz der freien Abberufbarkeit	64
2.	Nichtigkeit wegen der Verletzung einer gläubigerschützenden oder einer im öffentlichen Interesse bestehenden Norm (§ 241 Nr. 3 AktG)	65
3.	Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit (§ 241 Nr. 4 AktG)	66
a)	Begriff der Sittenwidrigkeit in § 138 I BGB und § 241 Nr. 4 AktG	67
b)	Modifizierung der Generalklausel des § 138 I BGB durch § 241 Nr. 4 AktG	67
aa)	Verstoß gegen die guten Sitten alleine durch den Inhalt des Beschlusses	67
bb)	Berücksichtigung des tatsächlichen Gehalts des Beschlusses bei der Benachteiligung nicht anfechtungsberechtigter Dritter	68
cc)	Anerkannte Fälle drittbenachteiligender und damit sittenwidriger Gesellschafterbeschlüsse	70
c)	Die Abberufung bei der GmbH-Bestattung als drittbenachteiligender und sittenwidriger Gesellschafterbeschluss	72

aa)	Abgleich mit den bisher als drittbenachteiligend und sittenwidrig eingeordneten Gesellschafterbeschlüssen	73
(1)	Art und Inhalt des Beschlusses in formalrechtlicher Hinsicht	73
(2)	Minderung der Schuldnersolvenz als unmittelbar vermögensbezogene Benachteiligung	74
(3)	Nachteilige Einschränkung sonstiger Rechte nicht anfechtungsberechtigter Dritter	74
(a)	Benachteiligung außerhalb eines unmittelbaren Vermögensbezugs	74
(b)	Vordergründig keine Einschränkung der Rechte Dritter durch den Abberufungsbeschluss	75
(4)	Wirtschaftliche Situation der Gesellschaft im Zeitpunkt der Beschlussfassung	75
bb)	(Mögliche) faktische Gläubigerbenachteiligung wegen des tatsächlichen Gehalts der Abberufung	76
(1)	Faktische Unerreichbarkeit der GmbH	77
(a)	Verwirrung der Gläubiger	77
(b)	Keine andere Bewertung wegen der Bestellung eines neuen Geschäftsführers	78
(2)	Die Abberufung als unabdingbare Voraussetzung für ein drittbenachteiligendes Informationsdefizit	79
(3)	Forderungsvereitelnde Wirkung als Folge der Unerreichbarkeit und des Informationsdefizits	80
(a)	Forderungen gegen die GmbH	80
(b)	Forderungen gegen den abberufenen Geschäftsführer	81
cc)	Zwischenergebnis	82
dd)	Vorsatz der beschließenden Gesellschafter	82
(1)	Kenntnis der wirtschaftlich desolaten Situation der GmbH als Vorsatzindiz	83

(2) Eintritt in konkrete Verhandlungen mit dem GmbH-Bestatter als Vorsatzindiz	84
(3) Vorsatz wegen eines Gesamtplans	84
d) Ergebnis	84
4. Verhalten des Geschäftsführers im Zuge der Abberufung als konkludente einseitige Amtsniederlegung	85
a) Möglichkeit der jederzeitigen Amtsniederlegung des GmbH-Geschäftsführers	85
b) Rechtsmissbräuchlichkeit der Amtsniederlegung (§ 242 BGB)	86
aa) Allgemeine Grundsätze zur rechtsmissbräuchlichen Amtsniederlegung	86
bb) Rechtsmissbräuchliche Amtsniederlegung bei der GmbH-Bestattung	88
(1) Rechtsmissbrauch alleine bei der Einpersonengesellschaft und bei einem Gesellschafter-Geschäftsführer?	88
(2) Parallelen zu den anerkannten Fällen der rechtsmissbräuchlichen Amtsniederlegung?	89
(3) Subjektiv rechtsmissbräuchliches Verhalten des Altgeschäftsführers?	90
(4) Zwischenergebnis	90
c) Folgen einer rechtsmissbräuchlichen Amtsniederlegung	91
d) Ergebnis	93
IV. Wirksamkeit des Neubestellungsbeschlusses	93
1. Gläubigerbenachteiligende Wirkung der Neubestellung mit der Folge der Sittenwidrigkeit und Nichtigkeit nach § 241 Nr. 4 AktG?	94
2. Nichtigkeit der Neubestellung wegen der nichtigen Abberufung?	96
a) Notwendigkeit der gesetzlichen Anbindung an § 139 BGB	96
b) Anwendbarkeit und Voraussetzungen des § 139 BGB	96
aa) Der Abberufungs- und Neubestellungsbeschluss als einheitliches Rechtsgeschäft i.S.d. § 139 BGB	97

(1) Einheitliches Rechtsgeschäft wegen des Einheitlichkeitswillens der beschließenden Gesellschafter?	97
(2) Einheitliches Rechtsgeschäft wegen der Bezugslosigkeit oder Widersprüchlichkeit der Neubestellung?	98
bb) Keine Ausweitung der Fälle des einheitlichen Rechtsgeschäfts	99
cc) Ergebnis	101
C. Bewertung der Abtretung der Gesellschaftsanteile bei der GmbH-Bestattung	101
I. Grundsatz der freien Veräußerlichkeit (§ 15 I, III GmbHG)	101
II. Nichtigkeit der Abtretung wegen der nichtigen Abberufung ausschließlich im Rahmen des § 139 BGB	102
III. Sittenwidrigkeit und Nichtigkeit der Abtretung der Gesellschaftsanteile (§ 138 I BGB)	103
1. Sittenwidrigkeit und Nichtigkeit der Abtretung wegen der Gefährdung oder Benachteiligung Dritter?	103
a) Anerkannte Fälle der sittenwidrigen Gefährdung oder Benachteiligung Dritter durch ein Rechtsgeschäft	103
aa) Sittenwidrigkeit wegen der Täuschung Dritter durch das Rechtsgeschäft	104
bb) Sittenwidrigkeit wegen der Gefährdung oder Benachteiligung der Gläubiger einer am Rechtsgeschäft beteiligten Partei	105
cc) Sonstige Geschäfte zu Lasten Dritter als sittenwidrige Rechtsgeschäfte	107
b) Abgleich der Abtretung mit den anerkannten Fällen drittbenachteiligender oder drittgefährdender Rechtsgeschäfte	108
aa) Formalrechtliche Einschränkung von Rechten Dritter durch die Abtretung?	108
bb) Faktische Gläubigerbenachteiligung durch die Abtretung?	109
(1) Vermögensverlagerung als „Automatismus“ nach der Abtretung	109
(a) Forderungsvereitelnde Wirkung hinsichtlich der Forderungen gegen die GmbH	109

(b)	Forderungsvereitelnde Wirkung hinsichtlich der Forderungen gegen die abtretenden Gesellschafter	110
(c)	Vorsatz der Parteien	111
(2)	Die Abtretung als unabdingbare Voraussetzung für ein drittbenachteiligendes Informationsdefizit	112
(a)	Das Informationsdefizit als faktische Benachteiligung Dritter	112
(b)	Faktische Forderungsvereitelung als Folge des Informationsdefizits	112
(c)	Vorsatz der Parteien	113
(3)	Zwischenergebnis	114
2.	Sittenwidrigkeit und Nichtigkeit der Abtretung wegen des Verstoßes gegen Interessen der Allgemeinheit?	114
3.	Ergebnis	115
D.	Zusammenfassung	115
§ 3	„Auftreten“ der GmbH im Zuge ihrer Bestattung: Möglichkeiten einer wirksamen Vertretung der Gesellschaft	116
A.	„Aktives Auftreten“ der GmbH im Rechtsverkehr	116
I.	Grundsatz der Gesamtvertretung (§ 35 II 1 GmbHG)	117
1.	Darstellung des Grundsatzes der Gesamtvertretung	117
2.	Bedeutung des Grundsatzes der Gesamtvertretung für die GmbH-Bestattung	118
II.	Wirksames alleiniges Auftreten des Neugeschäftsführers für die GmbH	119
1.	Schutz der Geschäftspartner der GmbH durch § 15 III HGB	119
2.	Sachgerechte Lösung der nicht von § 15 III HGB erfassten Fälle	120
a)	Einzelvertretungsmacht des Neugeschäftsführers wegen einer eingeschränkten Wirkung der Nichtigkeit der Abberufung?	121
aa)	Ex-nunc-Wirkung der Nichtigkeit wegen der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft?	121
(1)	Grundzüge der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft und deren Anwendbarkeit auf Gesellschafterbeschlüsse	121

(2) Übertragung auf den Abberufungsbeschluss bei der GmbH- Bestattung	123
(3) Anwendungsgrenzen der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft	124
(4) Anwendungsgrenzen der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft bei der GmbH- Bestattung	125
(5) Zwischenergebnis	126
bb) Ex-nunc-Wirkung der Nichtigkeit wegen § 275 AktG, § 75 GmbHG, § 242 AktG oder § 398 FamFG?	126
b) Einzelvertretungsmacht des Neugeschäftsführers wegen des Verhaltens der GmbH-Gesellschafter oder des Altgeschäftsführers?	128
aa) Konkludente Erteilung von Einzelvertretungsmacht durch die GmbH- Gesellschafter bei der Geschäftsführerbestellung?	128
bb) Einzelvertretungsmacht des Neugeschäftsführers wegen des Verhaltens des Altgeschäftsführers?	129
(1) Konkludente Erteilung einer Untervollmacht	129
(2) Konkludente Ermächtigung zur Einzelvertretung (§ 78 IV AktG, § 125 II 2 HGB)	130
cc) Einzelvertretungsmacht des Neugeschäftsführers wegen eines seitens der GmbH gesetzten Rechtsscheins?	132
(1) Analoge Anwendung des § 15 III HGB?	133
(2) Einzelvertretungsmacht wegen der Anwendung von § 170 ff. BGB?	134
(3) Einzelvertretungsmacht als Folge allgemeingültiger Rechtsscheinsgrundsätze?	135
dd) Die Sittenwidrigkeit der Abberufung als Hindernis der Annahme der Einzelvertretungsmacht?	136
3. Ergebnis	138

B. „Passives Auftreten“ der GmbH im Rechtsverkehr	138
I. Erreichbarkeit der GmbH (§ 35 I 2, II 2, 3 GmbHG, § 170 III ZPO)	138
1. Allgemeine Grundsätze zur Erreichbarkeit einer GmbH	138
2. Erschwerte Erreichbarkeit der GmbH bei der GmbH-Bestattung	140
II. Ersatzverantwortlichkeit der Gesellschafter (§ 35 I 2 GmbHG) bei der GmbH-Bestattung	141
1. Führungslosigkeit der GmbH nach § 35 I 2 GmbHG im Zuge ihrer Bestattung?	141
a) Tatbestandsmerkmal der Führungslosigkeit	141
b) Zwischenergebnis	144
2. Analoge Anwendung des § 35 I 2 GmbHG?	144
a) Voraussetzungen einer Analogie	144
b) Rechtsgedanke und Zweck des § 35 I 2 GmbHG	145
c) Bestehen einer (planwidrigen) Regelungslücke	146
aa) Erleichterte Erreichbarkeit der GmbH wegen der Normen über die öffentliche Zustellung (§ 185 ff. ZPO)?	147
bb) Keine (planwidrige) Regelungslücke wegen § 185 Nr. 2 ZPO?	147
(1) Wortlaut und Zweck des § 185 Nr. 2 ZPO	147
(2) Hinreichende Erfassung von Bestattungskonstellationen	148
3. Ergebnis	151
§ 4 Strafrechtliche Sanktionen bei einer GmbH-Bestattung	152
A. Strafbarkeit des Altgeschäftsführers	153
I. Insolvenzverschleppung (§ 15a IV, I InsO)	153
1. Änderungen durch die Modernisierung des GmbH-Rechts	153
2. Tatbestand der Insolvenzverschleppung	154
a) Objektiver Tatbestand	154
aa) Der Altgeschäftsführer als tauglicher Täter	154
bb) Antragspflicht des Altgeschäftsführers wegen der Insolvenzreife der GmbH	155
cc) Unterlassene Stellung des Insolvenzantrags	156
dd) Bedeutung des bei der GmbH-Bestattung gestellten Insolvenzantrags	157
b) Subjektiver Tatbestand	161

aa)	Vorsatz des Altgeschäftsführers hinsichtlich seiner Stellung als Vertretungsorgan	161
(1)	Bildung von Fallgruppen	161
(2)	Modifizierung des Vorsatzerfordernisses	162
(a)	Parallelwertung in der Laiensphäre	162
(b)	Vorsatzerfordernis bei einer das Leben gefährdenden Behandlung (§ 224 Nr. 5 StGB) und bei den Amtsträgerdelikten (§ 331 ff. StGB)	164
(c)	Bedeutung für das Vorsatzerfordernis hinsichtlich der Stellung als Vertretungsorgan	164
(d)	Auswirkungen der Eintragung des Geschäftsführerwechsels in das Handelsregister	166
bb)	Beginn und Ablauf der Antragsfrist (§ 15a I 1 InsO)	167
(1)	Notwendigkeit der Kenntnis der Insolvenzreife nach der wohl herrschenden Auffassung	167
(2)	Kein Erfordernis der Kenntnis der Insolvenzreife nach der Gegenauffassung	168
(3)	Stellungnahme	169
3.	Rechtswidrigkeit und Schuld	171
4.	Ergebnis	171
II.	Insolvenzstraftaten nach dem Strafgesetzbuch (§ 283 ff. StGB)	172
1.	Bankrott (§ 283 I Nr. 1 StGB)	172
a)	Tatbestand des Bankrotts	172
b)	Zurechnung des Straftatbestands auf den GmbH-Geschäftsführer	172
aa)	Interessentheorie des Bundesgerichtshofs	173
bb)	Herrschende Auffassung in der Literatur	173
cc)	Stellungnahme	174
dd)	Übertragung auf den Fall der Vermögensverlagerung bei der GmbH-Bestattung	175
2.	Bankrott (§ 283 I Nr. 5 StGB)	176
3.	Bankrott (§ 283 I Nr. 6 StGB)	177
4.	Bankrott (§ 283 I Nr. 7, 8 StGB)	178

III. Untreue (§ 266 StGB)	178
1. Wirkung eines (konkludenten) Einverständnisses der Gesellschafter	179
2. Ergebnis	181
IV. Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (§ 266a I StGB)	181
1. Verhältnis des § 266a StGB zum Zahlungsverbot aus § 64 GmbHG	181
2. Subjektiver Tatbestand	182
3. Ergebnis	183
V. Weitere Straftatbestände	183
1. Hehlerei (§ 259 StGB)	183
2. Betrug (§ 263 f. StGB)	184
3. Urkundendelikte (§ 267 ff. StGB)	184
VI. Zusammenfassung	184
B. Strafbarkeit des Neugeschäftsführers	185
I. Insolvenzverschleppung (§ 15a IV, I InsO)	186
1. Bedeutung der Dreiwochenfrist für den Neugeschäftsführer	186
2. Bedeutung des vom Neugeschäftsführer gestellten Insolvenzantrags	187
3. Ergebnis	187
II. Insolvenzstraftaten nach dem Strafgesetzbuch (§ 283 ff. StGB)	187
III. Betrug (§ 263 StGB)	188
IV. Weitere Straftatbestände	189
C. Strafbarkeit des Gesellschafters	190
I. Regelfall: Keine Strafbarkeit als Täter mangels Geschäftsführerstellung	190
II. Ausnahmefall: Strafbarkeit wegen einer täterschaftlich begangenen Insolvenzverschleppung (§ 15a IV, I, III InsO)	190
1. Analogieverbot im Strafrecht (Art. 103 II GG, § 1 StGB)	191
2. Verstoß gegen das Analogieverbot bei der Bestrafung des Gesellschafters wegen einer täterschaftlich begangenen Insolvenzverschleppung	192
3. Ergebnis	193
D. Strafbarkeit des Hintermanns	193
I. Mangelnde Bestellung zum Geschäftsführer als Hindernis der Bestrafung wegen der Insolvenzstraftaten nach § 283 ff. StGB	194

II. Strafbarkeit wegen einer Insolvenzverschleppung als faktischer GmbH-Geschäftsführer (§ 15a IV, I InsO)	196
1. Mangelnde Bestellung zum Geschäftsführer als Hindernis der Bestrafung?	196
a) Bestrafung ohne Bestellung als Verstoß gegen das Analogieverbot (Art. 103 II GG, § 1 StGB)?	196
b) Stellungnahme	197
aa) Identität des Adressatenkreises von § 15a I InsO und § 15a IV InsO	197
bb) Kein Verstoß gegen das Analogieverbot trotz fehlender Bestellung	199
c) Ergebnis	202
2. Der Hintermann als faktischer Geschäftsführer und Vertretungsorgan der GmbH i.S.d. § 15a I InsO?	202
a) Die Rechtsfigur des faktischen Leitungsorgans in der Rechtsprechung von Reichsgericht und Bundesgerichtshof	203
aa) Die Rechtsfigur des faktischen Leitungsorgans in der höchstrichterlichen strafrechtlichen Rechtsprechung	203
bb) Weiterentwicklung der strafrechtlichen Judikatur in der höchstrichterlichen zivilrechtlichen Rechtsprechung	206
cc) Übernahme zivilrechtlicher Grundsätze durch die höchstrichterliche strafrechtliche Rechtsprechung	208
b) Notwendigkeit eines Auftretens des faktischen Leitungsorgans nach außen	208
aa) Kritische Stimmen zu dem Erfordernis eines Auftretens nach außen	209
bb) Stellungnahme	211
(1) Keine Notwendigkeit des Auftretens nach außen wegen eines Rechtsvergleichs?	212
(a) Die Einordnung steuernder Hintermänner in europäischen Rechtsordnungen	212
(b) Bedeutung für die Notwendigkeit des Auftretens eines faktischen Leitungsorgans nach außen	214

(2) Keine Notwendigkeit des Auftretens nach außen wegen der strafrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs?	215
(3) Keine Notwendigkeit des Auftretens nach außen wegen des Bedürfnisses der Erfassung von Hintermännern?	216
(a) Bloßes Bedürfnis einer Bestrafung als Verstoß gegen das Analogieverbot (Art. 103 II GG, § 1 StGB)	216
(b) Abgleich mit dem organisierenden Hintermann eines Bandendiebstahls (§ 244 I Nr. 2 StGB)	217
(aa) Auslegung des Tatbestandsmerkmals „unter Mitwirkung“ (§ 244 I Nr. 2 StGB)	217
(bb) Bedeutung für die Notwendigkeit des Auftretens eines faktischen Leitungsorgans nach außen	218
(4) Keine Notwendigkeit des Auftretens nach außen nach einem Abgleich mit dem Verpflichtungstatbestand des § 35 AO?	219
(a) Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Verfügungsberechtigter“ (§ 35 AO)	219
(b) Bedeutung für die Notwendigkeit des Auftretens eines faktischen Leitungsorgans nach außen	220
(5) Keine Notwendigkeit des Auftretens nach außen wegen der Existenz interner Geschäftsführerpflichten?	221
(6) Keine Notwendigkeit des Auftretens nach außen bei gezielter Gesetzesumgehung?	222
c) Übertragung auf den Hintermann bei einer GmbH-Bestattung	225
3. Ergebnis	226
III. Betrug (§ 263 StGB)	226
IV. Strafbarkeit als Täter hinter dem Täter	227
V. Strafbarkeit als Teilnehmer	228
E. Strafbarkeit des Notars	228
I. Beihilfe zu einer Insolvenzverschleppung (§ 15a IV, I InsO, § 27 StGB)	229

1. Verhalten des Notars als taugliches Hilfeleisten i.S.d. § 27 I StGB	229
a) Beurkundungsmaßnahmen und registerrechtliche Tätigkeiten	229
b) Psychische Beihilfe	232
2. Gehilfenvorsatz des Notars	233
a) Vorsatzmodifizierung bei berufsspezifischen Maßnahmen	233
b) Bedingter Gehilfenvorsatz bei der GmbH-Bestattung	235
3. Ergebnis	236
II. Beihilfe zu weiteren Straftatbeständen	236
III. Mögliche Strafbarkeit als Täter in wenigen Ausnahmefällen	237
 § 5 Zivilrechtlich-haftungsrechtliche Folgen bei einer GmbH-Bestattung	239
A. Haftung des Gesellschafters	240
I. Haftung wegen eines existenzvernichtenden Eingriffs (§ 826 BGB)	240
1. Entwicklung der Rechtsfigur der Existenzvernichtungshaftung	240
2. Tatbestand und Rechtsfolgen der Existenzvernichtungshaftung	245
a) Objektiver Tatbestand	245
b) Subjektiver Tatbestand	246
c) Rechtsfolgen	246
3. GmbH-Bestattung und Existenzvernichtungshaftung	247
a) Anknüpfungspunkt und Bedürfnis der Existenzvernichtungshaftung	248
aa) Verlagerung des (Rest-)Vermögens der zu bestattenden GmbH auf die Auffanggesellschaft als Anknüpfungspunkt	248
bb) Bedürfnis der Existenzvernichtungshaftung wegen nicht von § 31 GmbHG i.V.m. § 30 GmbHG erfasster Maßnahmen	249
b) Erfüllung der Haftungsvoraussetzungen bei der GmbH-Bestattung	250
c) Nachweisprobleme für den Anspruchsteller in der Praxis	251
aa) Darlegungs- und Beweislast bei der Existenzvernichtungshaftung	252

(1) Darlegungs- und Beweislast im Fall TBB	252
(2) Entwicklung in den Fällen Bremer Vulkan, KBV und BMW-Vertragshändler	252
(3) Darlegungs- und Beweislast seit der TRIHOTEL-Entscheidung	253
bb) Modifizierungen hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast	253
(1) Ausführungen in der Literatur hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast seit der TRIHOTEL-Entscheidung	254
(2) Übertragung früher in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannter Grundsätze	255
(a) Übertragung der Grundsätze aus der TBB-Entscheidung?	256
(b) Übertragung der Grundsätze aus der BMW-Vertragshändler-Entscheidung?	256
(3) Darlegungs- und Beweislast bei der Geschäftsleiterhaftung – § 93 II 2 AktG bzw. § 34 II 2 GenG im GmbH-Recht	257
(a) Anwendung von § 93 II 2 AktG bzw. § 34 II 2 GenG auf die Haftung nach § 43 II GmbHG?	257
(b) Anwendung von § 93 II 2 AktG bzw. § 34 II 2 GenG auf die deliktische Geschäftsleiterhaftung?	258
(c) Anwendung der Grundsätze zur Geschäftsleiterhaftung auf die Gesellschafterhaftung?	260
(aa) Risikosphäre des Gesellschafters	261
(bb) Wille des Gesetzgebers zur Ausweitung der Verantwortlichkeit der Gesellschafter	263
(cc) Grund der Nachweisschwierigkeiten als Teil der konkreten Risikoverantwortung des Gesellschafters	264
(dd) Zwischenergebnis	265
(d) Bedeutung für die GmbH-Bestattung	265

(aa)	Vermutung der Kompensationslosigkeit des Eingriffs	266
(bb)	Kausalitätsvermutung wegen eines typischen Verhaltens des Gesellschafters	266
(cc)	Beweislastumkehr hinsichtlich des Verschuldens des Gesellschafters	268
d)	Ergebnis	269
II.	Haftung wegen einer Vermögensvermischung (§§ 105, 128 HGB analog)	270
1.	Entwicklung der Rechtsfigur der Vermögensvermischung	270
2.	Tatbestand der Vermögensvermischung	271
3.	GmbH-Bestattung und Vermögensvermischung	274
a)	Anknüpfungspunkt für die Haftung wegen einer Vermögensvermischung	274
b)	Erfüllung der Haftungsvoraussetzungen bei der GmbH-Bestattung	275
c)	Nachweis der Haftungsvoraussetzungen durch den Anspruchsteller	275
aa)	Regelmäßig keine Nachweisprobleme hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen	276
bb)	Erleichterung in Problemfällen über das zivilprozessuale Institut der sekundären Behauptungslast	277
d)	Ergebnis	278
4.	Existenzvernichtung und Vermögensvermischung: Abgleich und Ausblick hinsichtlich der Rechtsfolgen	278
III.	Haftung wegen einer Insolvenzverschleppung (§ 823 II BGB i.V.m. § 15a I, III InsO analog)	280
1.	Schutzgesetzcharakter des § 15a I InsO	280
2.	Adressat der Insolvenzantragspflicht (§ 15a I, III InsO)	281
a)	Geschäftsführer und Gesellschafter der GmbH als mögliche Adressaten	281
b)	Gesellschafter als Adressat bei der GmbH- Bestattung – § 15a I, III InsO analog	282
aa)	Voraussetzungen einer Analogie	282
bb)	Übertragung auf den Fall der GmbH-Bestattung	283
cc)	Zwischenergebnis	284
3.	Haftungsvoraussetzungen	284

a) Objektiver Tatbestand	284
b) Subjektiver Tatbestand	285
4. Darlegungs- und Beweislast bei der Haftung wegen einer Insolvenzverschleppung	285
5. Ergebnis	287
IV. Haftung wegen der Bestellung eines amtsunfähigen Geschäftsführers (§ 6 V GmbHG)	287
V. Rückerstattungspflicht (§ 31 GmbHG i.V.m. § 30 GmbHG)	288
VI. Weitere Haftungstatbestände	289
VII. Zusammenfassung	289
B. Haftung des Alt- und des Neugeschäftsführers	290
I. Haftung des Altgeschäftsführers	291
II. Haftung des Neugeschäftsführers	294
C. Haftung des Hintermanns	295
I. Haftung wegen eines existenzvernichtenden Eingriffs (§§ 826, 830 BGB)	295
II. Weitere Haftungstatbestände	296
D. Haftung des Notars wegen der Verletzung einer Amtspflicht (§ 19 I 1 BNotO)	297
I. Amtspflichtverletzung des Notars	297
1. Strafrechtlich relevantes Verhalten als Amtspflichtverletzung	297
2. Deliktsrechtlich relevantes Verhalten als Amtspflichtverletzung	298
II. Geschützter und damit anspruchsberechtigter Personenkreis	299
III. Subsidiarität der Notarhaftung (§ 19 I 2 BNotO)	300
IV. Ergebnis	301
E. Haftung der Auffanggesellschaft	301
I. Handelsrechtliche Haftung bei einer Firmenfortführung (§ 25 I 1 HGB)	302
1. Erwerb und Fortführung eines Handelsgeschäfts	303
a) Mangelnde Nachweisbarkeit des Erwerbstatbestands bei einer GmbH-Bestattung	303
b) Voraussetzungen für das Tatbestandsmerkmal des Erwerbs und der Fortführung des Handelsgeschäfts	303
c) Übertragung auf den Fall der GmbH-Bestattung	304
2. Fortführung der bisherigen Firma	305
a) Zwischenzeitliche Umfirmierung bei der GmbH-Bestattung	305

b)	Die Firmenfortführung als notwendiges Tatbestandsmerkmal	306
c)	Folgen der Notwendigkeit der Firmenfortführung für die Bestattungsfälle	307
aa)	Umfirmierung der zu bestattenden GmbH als mögliches Haftungshindernis	307
bb)	Keine zwingend haftungsausschließende Wirkung einer formalen Umfirmierung	308
(1)	Die Firmenfortführung als rein tatsächlich zu betrachtendes Tatbestandsmerkmal	308
(2)	Blickwinkel des konkret betroffenen Rechtsverkehrs als entscheidende Bewertungsperspektive	309
(3)	Tatsächliche Firmenfortführung trotz formaler Umfirmierung	310
(a)	Relevanz der Umfirmierung nur bei Auftreten der umfirmierten Gesellschaft im Rechtsverkehr	310
(b)	Notwendigkeit des werbenden und dauerhaften Auftretens der umfirmierten Gesellschaft	311
(4)	Übertragung auf den Fall der GmbH-Bestattung	312
3.	Rechtsfolge und Nachweispflicht	313
4.	Ergebnis	314
II.	Weitere Haftungstatbestände	314
1.	Haftung wegen einer sittenwidrigen Schädigung (§ 826 BGB) und wegen einer verbotenen Auszahlung (§ 31 GmbHG i.V.m. § 30 I GmbHG)	314
2.	Herausgabeansprüche nach § 812 I 1 Alt. 1 BGB und nach § 985 BGB	317
F.	Anfechtungsmöglichkeiten bei der GmbH-Bestattung (§ 1 ff. AnfG bzw. § 129 ff. InsO)	318
I.	Relevanz des Anfechtungsrechts bei der GmbH-Bestattung	318
II.	Anfechtung der Zahlung des Bestattungshonorars	319
1.	Vorsatzanfechtung (§ 3 I AnfG bzw. § 133 I InsO)	319
a)	Objektiver Tatbestand	320
b)	Subjektiver Tatbestand	321
aa)	Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners	321

bb) Kenntnis des anderen Teils	322
2. Schenkungsanfechtung (§ 4 I AnfG bzw. § 134 I InsO)	322
a) Die Zahlung des Bestattungshonorars als unentgeltliche Leistung an den Hintermann	322
aa) Bestattungsvereinbarung zwischen der GmbH und dem Hintermann	323
bb) Bestattungsvereinbarung zwischen dem Geschäftsführer oder Gesellschafter und dem Hintermann	324
b) Zwischenergebnis	326
3. Darlegungs- und Beweislast	326
a) Erleichterung hinsichtlich des Nachweises des subjektiven Tatbestands der Vorsatzanfechtung	326
b) Nachweis der Voraussetzungen der Schenkungsanfechtung	328
c) Herkunft des Bestattungshonorars – Nachweisprobleme in der Praxis	328
4. Zwischenergebnis	329
5. Rechtsfolgen	330
a) Allgemeine Ausführungen	330
b) Rechtsfolgen der Anfechtung der Zahlung des Bestattungshonorars	330
III. Anfechtung der existenzvernichtenden Vermögensübertragung	331
1. Vorsatzanfechtung (§ 3 I AnfG bzw. § 133 I InsO)	331
2. Schenkungsanfechtung (§ 4 I AnfG bzw. § 134 I InsO)	332
3. Verhältnis des Anfechtungsrechts zur Haftung wegen einer sittenwidrigen Schädigung (§ 826 BGB)	334
4. Zwischenergebnis	334
5. Rechtsfolgen	335
IV. Ergebnis	335

§ 6 Zusammenfassung	336
A. Ergebnis zu der Bewertung des Abberufungs- und Neubestellungsbeschlusses sowie der Anteilsabtretung bei der GmbH-Bestattung	336
B. Ergebnis zu der möglichen Aktiv- und Passivvertretung der GmbH im Zuge des Bestattungsvorgangs	339
C. Ergebnis zu den strafrechtlichen Konsequenzen für die typischerweise bei der GmbH-Bestattung vorgenommenen Maßnahmen	340
D. Ergebnis zu den zivilrechtlich-haftungsrechtlichen Konsequenzen für die typischerweise bei der GmbH Bestattung vorgenommenen Maßnahmen	342
Literaturverzeichnis	347
Sachverzeichnis	361