

Die Verantwortlichkeit für existenzvernichtendes Unterlassen

Besprechung von BGH, Urteil vom 28. April 2008 – II ZR 264/06, DStR 2008, 1293

„GAMMA“

Dr. Erich Waclawik, Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof

Am 28. April 2008 hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (im Folgenden: Senat) über die Klage eines Insolvenzverwalters einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft (BQG) entschieden. Beklagt waren die drei Gesellschafter der BQG. Der Insolvenzverwalter warf ihnen nicht vor, etwas Falsches getan zu haben. Ihre Verantwortlichkeit sollte vielmehr darin liegen, das Richtige – die übliche Absicherung der Liquidität der BQG – unterlassen zu haben. Der Senat nahm den Fall zum Anlass, in Ergänzung der Lehren von TRIHOTEL die Konturen der Verantwortlichkeit der Gesellschafter einer GmbH für Versäumnisse bei deren Finanzierung zu entwickeln. Der Beitrag stellt das Urteil vor und nimmt zu ihm Stellung.

I. Einleitung

Die Verantwortlichkeit der Gesellschafter einer GmbH für die Insolvenz ihrer Gesellschaft gehört zu den Dauerbrennern in der Rechtsprechung des Senats und im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum. In einschlägig gelagerten Fällen wird den Gesellschaftern typischerweise vorgeworfen, sie hätten pflichtwidrig in das Vermögen ihrer GmbH eingegriffen, der Gesellschaft Geschäftschancen entrisen oder sonst durch ihr Verhalten den Zusammenbruch der Gesellschaft verursacht. Es gibt jedoch Fälle, in denen die Insolvenz der GmbH nicht auf solche aktive Eingriffe in die Sphäre der Gesellschaft zurückzuführen ist. Auch die bloße Untätigkeit der Gesellschafter und der personenidentischen oder zumindest weisungsabhängigen Geschäftsführer kann das Ende einer GmbH herbeiführen. Fälle dieser Art sind gar nicht so selten. Das „existenzvernichtende Unterlassen“ ist allerdings weniger augenfällig als aktives Handeln. Es gibt daher den Gläubigern der GmbH und dem Insolvenzverwalter seltener Anlass, die Gesellschafter in Anspruch zu nehmen. Kommt es aber dazu, wird der Unterlassungsvorwurf in der Regel auf Ereignisse im laufenden Geschäftsbetrieb der GmbH gerichtet sein. Denkbar ist aber auch der Vorwurf, die Gesellschaft sei – bezogen auf die in Aussicht genommene Geschäftstätigkeit – von vornherein unzureichend mit (Eigen-)Kapital ausgestattet und/oder auf ein wirtschaftlich hoffnungsloses Ziel ausgerichtet worden. Das Scheitern der GmbH sei programmiert gewesen. Für solche Gesellschaften hat sich das Schlagwort „Aschenputtel-GmbH“ eingebürgert. Der Fall „GAMMA“ gab dem Senat Gelegenheit, zu dieser Thematik, soweit sie Finanzierungsmängel betrifft, Stellung zu nehmen und seine Rechtsprechung fortzuentwickeln.

II. Der Fall

Der Insolvenzverwalter einer BQG suchte die im Insolvenzverfahren zu Tage getretene Deckungslücke durch die Inanspruchnahme der Gesellschafter auszugleichen. Bei der BQG handelte es sich um eine reine Zweckgesellschaft. Sie war anlässlich des Personalabbaus bei einer in wirtschaftliche Schwierigkeiten geratenen GmbH & Co. KG gegründet worden. Grundlage der Gesellschaftsgründung war eine Betriebsvereinbarung/Sozialplan zwischen der KG und ihrem Betriebsrat. In der BQG sollten die freizusetzenden Arbeitnehmer vorübergehend (für höchstens zwei Jahre) „geparkt“ und möglichst anderen Arbeitgebern vermittelt werden. Sie wurde überwiegend durch öffentliche Mittel finanziert. Die negative Differenz zwischen diesen Einnahmen und den Ausgaben an und für die Arbeitnehmer, die sog. „Remanenzkosten“, sollte durch monatliche Zahlungen der KG geschlossen werden. Eine in solchen Fällen übliche Absicherung dieser Zahlungen unterblieb. Rund 20 Arbeitnehmer traten in die BQG über und schlossen entsprechende Überleitungsverträge. Die Outplacementkonstruktion lebte davon, dass die KG die laufenden Remanenzkosten tatsächlich fristgerecht bezahlte. Einige Monate ging alles gut – die KG zahlte. Dann wurde sie zahlungsunfähig und stellte Insolvenzantrag. Die BQG überlebte die Insolvenz der KG nur rund zwei Monate. Sie wurde selbst zahlungsunfähig und fiel in die Insolvenz. In der Zwischenzeit hatte der Beklagte zu 1 als alleiniger Geschäftsführer der BQG noch Zahlungen an verschiedene Empfänger in Höhe von rund Euro 42.000 geleistet. Der Insolvenzverwalter verklagte die drei Gesellschafter der BQG aus dem Gesichtspunkt der Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs bzw. der materiellen Unterkapitalisierung auf Zahlung des im Insolvenzverfahren offen gebliebenen Betrags von rund Euro 150.000. Gegen den Beklagten zu 1 stützte er die Klage zudem auf § 43 Abs. 2 GmbHG, hilfsweise wegen der bis zum Insolvenzantrag der BQG noch geleisteten Zahlungen auf § 64 Abs. 2 GmbHG. Das LG Düsseldorf nahm einen Haftungsdurchgriff wegen materieller Unterkapitalisierung der BQG an. Das OLG Düsseldorf wies die Berufung der Gesellschafter zurück. Es tauschte allerdings den Rechtsgrund aus, ging von einem existenzvernichtenden Eingriff aus und ließ die Revision zu. In der Revisionsinstanz frischte der Wind auf und drehte sich. Der Senat hob das Urteil des Berufungsgerichts auf, änderte das landgerichtliche Urteil und wies die Klagen gegen die Beklagten zu 2 und zu 3 ab. Die Klage gegen den Beklagten zu 1 wurde mangels Entscheidungsreife hinsichtlich eventueller Ansprüche aus den §§ 43 Abs. 2, 64 Abs. 2 GmbHG an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen. Höchststrichterlicher Beifall klingt anders.

III. Die Entscheidungsgründe

1. Keine Haftung wegen existenzvernichtenden Unterlassens

Das Berufungsgericht hatte noch in der Zeit vor TRIHOTEL entschieden. Es erblickte in der BQG eine Aschenputtel-GmbH, die ohne vorhersehbare und berechenbare finanzielle Ausstattung ins Leben gerufen worden sei. In Fällen einer solchen ungesicherten Ausgliederung des Beschäftigungsrisikos sei eine Außenhaftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs gegeben. Der Insolvenzverwalter sei zur Geltendmachung der Durchgriffshaftungsansprüche nach § 93 InsO befugt. Dem folgte der Senat nicht. Zwar war der Insolvenzverwalter nach dem neuen TRIHOTEL-Haftungskonzept berechtigt, einen originär der BQG zustehenden Anspruch wegen Existenzvernichtung aus § 826 BGB gegen die Gesellschafter geltend zu machen. Das half aber im Ergebnis nichts. Das Versäumnis der Absicherung der Remanenzkosten stelle, so der Senat, schon begrifflich keinen Eingriff dar. Das Unterlassen der gebotenen Absicherung stehe einem Eingriff auch nicht gleich. Für eine Erweiterung der Existenzvernichtungshaftung bestehe kein Anlass. Ihre Aufgabe sei lediglich, eine Schutzlücke jenseits der §§ 30 f. GmbHG schließen. Sie solle wie eine das gesetzliche Kapitalerhaltungssystem ergänzende, aber deutlich darüber hinausgehende Entnahmesperre wirken, indem sie die sittenwidrige Selbstbedienung des Gesellschafters durch die Anordnung der Schadensersatzpflicht wieder ausgleiche. Im Streitfall gehe es der Sache nach um einen Fall der Unterkapitalisierung. Deren

Einordnung als besondere Fallgruppe der Existenzvernichtungshaftung sei „zweifelloso systemwidrig“ und „daher schon im Ansatz abzulehnen“.

2. Keine Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung

Damit war das Tor zu der Frage aufgestoßen, ob die Gesellschafter der BQG aus dem Gesichtspunkt der materiellen Unterkapitalisierung haften. Sie wird traditionell als Durchgriffshaftung verstanden. Ihre praktische Bedeutung war durch die Entwicklung der Existenzvernichtungshaftung, die vor TRIHOTEL ebenfalls als Durchgriffshaftung ausgestaltet war, zurückgedrängt worden. Nach der Kehrtwende durch TRIHOTEL stellte sich die Frage, ob es eine Unterkapitalisierungshaftung als Außenhaftung überhaupt gibt, wieder in voller Schärfe. Der Senat lehnte – gegen das Landgericht und erhebliche Stimmen im Schrifttum – eine Haftung der Gesellschafter auf Grund materieller Unterkapitalisierung ab. Als solche versteht der Senat nicht nur die unzureichende Ausstattung mit Eigenkapital, sondern auch eine „allgemeine Mangelhaftigkeit der Vermögensausstattung im weitesten Sinne“. Er weist darauf hin, dass sowohl in den Materialien zur GmbH-Novelle 1980 als auch jüngst im Regierungsentwurf des MoMiG die Schaffung einer Unterkapitalisierungshaftung abgelehnt wird. Auch die höchstgerichtliche Rechtsprechung sei restriktiv. Die Rechtsprechung des BSG habe zwar früher Sympathien für die Durchgriffshaftung wegen materieller Unterkapitalisierung gezeigt, sei aber zurückhaltender geworden. Das BAG lehne die Durchgriffshaftung wegen materieller Unterkapitalisierung ab. Die Rechtsprechung des BGH habe einen Haftungsdurchgriff wegen materieller Unterkapitalisierung „nicht allgemein angenommen“. Sie habe – wie auch das BAG – im Einzelfall allenfalls § 826 BGB herangezogen. Der Streitfall gebe dem Senat keine Veranlassung, von der bisherigen restriktiven Linie abzuweichen. Das GmbH-Gesetz habe nicht die Aufgabe, die Lebensfähigkeit einer jeden GmbH sicherzustellen. Es solle nur einen generellen Mindestschutz der Gläubiger gewährleisten. Er manifestiere sich in den §§ 19, 30, 31, 64 GmbHG sowie in der rechtsfortbildend entwickelten Haftung gemäß § 826 BGB nach den Grundsätzen von TRIHOTEL. Die GmbH-Gesellschafter seien nicht verpflichtet, ihre Gesellschaft mit einem mitwachsenden Finanzpolster auszustatten. Eine allgemeine Unterkapitalisierungshaftung sei zudem unpraktikabel, da es keine verlässlichen betriebswirtschaftlichen Erkenntnisse über das notwendige Eigenkapital bzw. die erforderliche allgemeine Finanzausstattung einer GmbH gebe. Die Freiheit des Gesellschafters in Bezug auf die Finanzausstattung der von ihm betriebenen GmbH finde seine haftungsrechtliche Grenze lediglich im Deliktsrecht, namentlich in § 826 BGB. Es könne offen bleiben, ob innerhalb des Tatbestands der Vorschrift – ähnlich wie für die Fälle des existenzvernichtenden Eingriffs – Anlass und Raum sei für die Bildung einer besonderen Fallgruppe der Haftung wegen Unterkapitalisierung einer GmbH.

3. Ansprüche der von der BQG übernommenen Arbeitnehmer

Der Senat musste nur über die Klage des Insolvenzverwalters entscheiden. Dennoch nimmt er auch zu den Ansprüchen der Arbeitnehmer ausführlich Stellung. Es könnten Ansprüche gegen die Gesellschafter aus den §§ 826, 830 BGB bestehen. Allerdings bestehe im Streitfall die Besonderheit, dass sich der Vorwurf der unzureichenden finanziellen Ausstattung der BQG auf den identischen Vorwurf der mangelhaften Ausgestaltung der dreiseitigen Verträge mit den übernommenen Arbeitnehmern reduziere. Die den Beklagten vorwerfbare sittenwidrige vorsätzliche Schädigung liege nicht in der materiellen Unterkapitalisierung durch die Beklagten oder in der fehlenden Absicherung der Remanenzkosten, sondern in der vorsätzlichen Unterlassung der Aufklärung der übertrittswilligen Arbeitnehmer über diese Sicherheitslücke. Unmittelbarer Täter nach § 826 BGB sei der Beklagte zu 1 als Geschäftsführer der BQG. Die Beklagten zu 2 und 3 seien als Nur-Gesellschafter Beteteiligte im Sinne von § 830 BGB. Die aus diesen Vorschriften resultierenden Ansprüche könnten allerdings nur die jeweiligen Arbeitnehmer geltend machen. Der Insolvenzverwalter sei hierzu nicht berechtigt. Entsprechendes gelte für etwaige Ansprüche der Arbeitnehmer aus § 311 Abs. 3 BGB (Dritthaftung aus culpa in contrahendo) sowie der Sozialversicherungsträger, der Arbeitsverwaltung und des Fiskus.

IV. Bemerkungen

1. Stellenwert des Urteils

Sowohl der Umfang der Entscheidungsgründe als auch der Umstand, dass das Urteil zur Veröffentlichung in der amtlichen Entscheidungssammlung bestimmt ist, sind äußere Anzeichen dafür, dass „GAMMA“ einen hervorgehobenen Platz in der Rechtsprechung des Senats einnimmt. Es enthält zwar keinen dogmatischen Umbruch, wie er durch TRIHOTEL herbeigeführt wurde. Das Urteil schreibt aber den dort eingeschlagenen Weg fort und setzt ihm Grenzen (nachfolgend 2.). Noch wichtiger ist, dass der Senat den Fall zu einer Art Generalabrechnung mit der Lehre von der Durchgriffshaftung der GmbH-Gesellschafter wegen materieller Unterkapitalisierung nutzt – obwohl dieser dazu nicht unbedingt einlud (nachfolgend 3.). Nicht ganz so bedeutsam, aber doch lehrreich sind diejenigen Teile des Urteils, die sich mit den (verbliebenen) Ansprüchen der Gläubiger und der Abgrenzung ihrer Klagebefugnis von derjenigen des Insolvenzverwalters beschäftigen (nachfolgend 4.).

2. Schranken der Existenzvernichtungshaftung

Der Senat argumentiert zunächst mit dem Wortsinn des Begriffs „Eingriff“: Das Versäumnis, die Remanenzkosten abzusichern, stelle schon begrifflich keinen Eingriff in das Gesellschaftsvermögen dar. Dem kann man sicherlich zustimmen. Allerdings ist die begriffliche Argumentation – wie auch sonst – nicht schlagend. So heißt es zum Beispiel in § 826 BGB, dass nach der Vorschrift nur derjenige haftet, der einem anderen einen Schaden „zufügt“. Gleichwohl ist anerkannt, dass die Vorschrift auch durch Unterlassen verwirklicht werden kann, sofern eine sittliche Pflicht zum Handeln besteht. Da nach dem TRIHOTEL-Konzept die Haftung wegen Existenzvernichtung auf § 826 BGB gestützt wird, liegt der Gedanke nahe, auch insolvenzverursachendes oder -vertiefendes Unterlassen als Teil der Existenzvernichtungshaftung zu begreifen. „Zweifelsohne systemwidrig“ und „daher schon im Ansatz abzulehnen“ ist die Einordnung der Unterkapitalisierung und anderer Unterlassungen in das Konzept der Existenzvernichtungshaftung – anders als der Senat meint – nicht. Das zeigt der Standpunkt des Berufungsgerichts. Es wollte, vertretbar und im Anschluss an Stimmen im Schrifttum, die „Aschenputtel-Fälle“ in die Lehre vom existenzvernichtenden Eingriff integrieren. Ebenso vertretbar ist es allerdings, diese Ausdehnung der Existenzvernichtungshaftung abzulehnen. Der Senat konnte sich frei entscheiden. Er war allerdings gehalten, seine Entscheidung nicht als selbstverständlich darzustellen, sondern sie zu begründen.

Diese Begründung gibt der Senat denn auch: Die auf § 826 BGB gestützte Existenzvernichtungshaftung habe im Verhältnis zu den §§ 30 f. GmbHG Lückenschließungsfunktion. Sie solle als eine das gesetzliche Kapitalerhaltungssystem ergänzende „Entnahmesperre“ wirken. Insolvenzerursachende oder -vertiefende Selbstbedienung der Gesellschafter vor den Gläubigern werde durch die Anordnung der Schadensersatzpflicht aus § 826 BGB ausgeglichen. Dieses Verständnis hatte der Senat bereits in seinem TRIHOTEL-Urteil entwickelt. Es ist daher nicht (völlig) neu, wird aber an dem plastischen Beispiel des Streitfalls nochmals herausgestellt. Dem Gedanken der Entnahmesperre entspricht es in der Tat, nur den Entzug von Vermögenswerten durch Ansprüche aus dem Gesichtspunkt der Existenzvernichtungshaftung zu sanktionieren, nicht aber die (materielle) Unterkapitalisierung der GmbH. Denn in den Fällen der Unterkapitalisierung wird den Gläubigern der GmbH von ihren Gesellschaftern nichts genommen, worauf sie vor dem „Eingriff“ hätten zugreifen können. Einer der Verdienste der Entscheidung ist es damit, dass der Senat nochmals klarstellt und betont, dass er sein neues Konzept der Existenzvernichtungshaftung als richterrechtlichen Baustein im System der Kapitalerhaltung der GmbH begreift. Es soll nicht auf das Gebiet der Kapitalaufbringung ausgedehnt werden. Eine Botschaft des Urteils lautet insoweit: Die Existenzvernichtungshaftung ist kein Allheilmittel für Fehlverhalten der Gesellschafter bei der Finanzierung und im Umgang mit der Vermögensausstattung ihrer GmbH. Sie flankiert „nur“ die gesetzliche Kapitalerhaltung. Diese Funktionsbegrenzung ist konsequent, da sie das in TRIHOTEL entwickelte Haftungskonzept nicht verändert, sondern an dieser wesentlichen Stelle lediglich weitere Konturen verleiht.

Über den Streitfall hinaus stellt sich allerdings die Frage, ob GAMMA als Absage an jegliche Existenzvernichtungshaftung in Unterlassungsfällen zu interpretieren ist. Das ist nicht selbstverständlich, da Unterlassungen der Gesellschafter nicht notwendig auf den Bereich der Kapitalaufbringung beschränkt sind. Es sind auch Fälle denkbar, in denen eine Unterlassung den Gläubigern Vermögenssubstrat entzieht. Als Beispiel möge man sich den Fall vorstellen, dass die Gesellschafter einer in wirtschaftliche Schwierigkeiten geratenen, als GmbH organisierten Pferdezucht ihre Zuchtpferde verhungern lassen, weil sie nicht wollen, dass die Gläubiger der GmbH auf sie zugreifen können. Abstrakter gefasst lässt sich die Frage formulieren, wie mit denjenigen Fällen umzugehen ist, in denen der an die Gesellschafter gerichtete Vorwurf nicht die unzureichende Kapitalaufbringung betrifft, sondern die bewusste, Gläubiger schädigende Vermögensvernichtung durch bloße Untätigkeit. Stellt man auf die Aufgabe der Existenzvernichtungshaftung als Entnahmesperre ab, so sind Ansprüche aus § 826 BGB nicht gegeben – die Gesellschafter haben ja nichts entnommen. Betrachtet man hingegen die Aufgabe der Kapitalerhaltung, so kann man eine Haftung der Gesellschafter aus § 826 BGB unter dem Gesichtspunkt des existenzvernichtenden Eingriffs durchaus bejahen, sofern das Verhalten der Gesellschafter vorsätzlich und sittenwidrig ist. Das bloße – wenngleich möglicherweise pflichtwidrig fahrlässige – Missmanagement der Gesellschafter (über die Geschäftsführer) löst demgegenüber keine Existenzvernichtungshaftung aus, selbst wenn es zur (Teil-)Vernichtung des Vermögens der GmbH führt. Es bleibt mit Interesse abzuwarten, wie sich der Senat hierzu bei passender Gelegenheit äußern wird.

3. Durchgriff wegen materieller Unterkapitalisierung

a) Die BQG: Ein Fall der materiellen Unterkapitalisierung?

Das Berufungsgericht hatte keinen Fall der materiellen Unterkapitalisierung angenommen. Es hatte vielmehr das Institut des existenzvernichtenden Eingriffs in dem von dem Senat nunmehr abgelehnten, erweiterten Sinne einer allgemeinen Kapitalaufbringungs- und -erhaltungshaftung verstanden. Das zur revisionsrechtlichen Überprüfung gestellte Urteil gab dem Senat daher keinen unmittelbaren Anlass, sich mit der Frage der Haftung wegen (materieller) Unterkapitalisierung auseinander zu setzen. Hierzu gelangte der Senat erst im Rahmen der von § 561 ZPO geforderten Hilfsprüfung, ob sich das Berufungsurteil nicht aus anderen Gründen als richtig darstellt. Der Umfang und die Intensität der Auseinandersetzung mit dieser Frage zeigen, dass es dem Senat ein dringendes Anliegen war, hierzu Stellung zu nehmen. Das Bedürfnis zeigt sich ferner daran, dass der Fall „GAMMA“ von dem Senat – im Anschluss an das Landgericht – als Fall der materiellen Unterkapitalisierung behandelt wurde, obwohl er im Sinne der traditionellen Schrifttumsdefinition kein Fall der materiellen Unterkapitalisierung war.

Nach der im Schrifttum – so oder ähnlich – gängigen Definition liegt eine materielle Unterkapitalisierung dann vor, wenn das Eigenkapital der Gesellschaft nicht (mehr) ausreicht, um den nach Art und Umfang der angestrebten oder tatsächlichen Geschäftstätigkeit unter Berücksichtigung der Finanzierungsmethoden bestehenden, nicht durch Kredite Dritter zu deckenden, mittel- oder langfristigen Finanzbedarf zu befriedigen. Nach dieser Definition ist Grundvoraussetzung für die Annahme der materiellen Unterkapitalisierung, dass das Eigenkapital der GmbH (§§ 266 Abs. 3 lit. A, 272 HGB), gemessen an ihrer Geschäftstätigkeit, unzureichend ist. Daran krankte die BQG jedoch nicht. Sie hätte – das Gebot eines Mindeststammkapitals nach § 5 Abs. 1 GmbHG hinweggedacht – die ihr zugeordnete Funktion auch ohne jedes Eigenkapital wahrnehmen können. Für ihr Überleben war kein Eigenkapital, sondern eine zuverlässige Liquiditätsplanung notwendig. Die BQG bzw. ihre Gesellschafter mussten dafür sorgen, dass den nicht disponiblen Mittelabflüssen sichere Mittelzuflüsse gegenüberstanden. Daran fehlte es, und aus diesem Grund, nicht wegen der Insuffizienz ihres Eigenkapitals, wurde die BQG insolvent. Die revisionsrechtliche Prüfung nach § 561 ZPO hätte daher mit Blick auf die Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung – wenn überhaupt – mit der Bemerkung enden können, eine solche liege nicht vor. Im Grunde erkennt das auch der Senat. Er touchiert diese Erkenntnis allerdings nur im Rahmen seiner Darstellung der Ansprüche der Arbeitnehmer. Im vorliegenden Zusammenhang zieht der Senat daraus jedoch eine andere Konsequenz. Er passt – besser: nähert – die Definition der materiellen Unterkapitalisierung dem Fall an:

Der Senat definiert die materielle Unterkapitalisierung erheblich weiter als das Schrifttum. Sie liegt nach seiner Definition nicht nur bei „zu geringer Eigenkapitalausstattung“, sondern auch bei einer „allgemeinen Mangelhaftigkeit der Vermögensausstattung im weitesten Sinne“ vor. Die Definition legt nahe, dass „Vermögensausstattung“ der im Verhältnis zu „Eigenkapitalausstattung“ weitere, den Letzteren umschließende Begriff ist. Bilanziell betrachtet ist das jedoch nicht zutreffend: Die „Vermögensausstattung“ ist die Summe der bilanziellen Aktiva (§ 266 Abs. 2 lit. A und B HGB). Das Eigenkapital (§ 266 Abs. 3 lit. A, 272 HGB) ist hingegen eine Saldogröße auf der Passivseite der Bilanz. Sie ergibt sich aus der Subtraktion der Rückstellungen und der Verbindlichkeiten von dem Vermögen der GmbH. Es ist daher unklar, in welcher Beziehung beide Definitionsteile zueinander stehen. Aber auch davon abgesehen passt der Fall der BQG streng genommen nicht einmal unter die erweiterte Unterkapitalisierungsdefinition des Senats. Die Gesellschaft scheiterte – wie bereits erwähnt – weder an zu wenig Eigenkapital noch an einer mangelhaften Vermögensausstattung, sondern an einer Fehldisposition im Vertrauen auf den Fortbestand der KG. „Im weitesten Sinne“ mag man in der fehlenden Absicherung der Remanenzkostenzahlungen gleichwohl einen Unterkapitalisierungsfall erkennen. Der Vergleich der Schrifttums- und der Senatsdefinition erhellt jedenfalls, dass der Tatbestand der materiellen Unterkapitalisierung schillernd ist und bei genauem Hinsehen seine Konturen verliert. Das galt bereits vor der hier besprochen Entscheidung. Die Definition des Senats hat allerdings keine Besserung gebracht.

b) Das Ende der Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung?

aa) Die Argumentation des Senats

Mit der Unsicherheit, was „materielle Unterkapitalisierung“ eigentlich genau bedeutet, kann man allerdings dann gut leben, wenn an diesen Tatbestand keine Rechtsfolgen anknüpfen. Das legt der Senat im Einzelnen dar. Er weist zunächst darauf hin, dass ein solches Haftungsinstitut weder gesetzlich normiert noch durch richterrechtliche Rechtsfortbildung als gesellschaftsrechtlich fundiertes Haftungsinstitut anerkannt ist. Ersteres ist fraglos richtig und bedurfte nicht mehr als der bloßen Feststellung. Letzteres ist nicht ganz so selbstverständlich. Es veranlasst den Senat daher zu einem ausführlichen Überblick über die Rechtsprechung nicht nur des BGH, sondern auch des BSG und des BAG. Aus ihm folgt die Erkenntnis, dass man in der Tat nicht von einer allgemeinen Anerkennung der materiellen Unterkapitalisierung als gesellschaftsrechtliches Haftungsinstitut sprechen konnte. Andererseits vermittelt der Überblick die Einsicht, dass man auch nicht sicher vom Gegenteil ausgehen durfte. Sicher ist allein, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung über Jahrzehnte hinweg diese Frage wiederholt angetastet hat, dabei aber außerordentlich unsicher war, wie weit sie bei der Schaffung eines Durchgriffs wegen unzureichender Kapitalausstattung der GmbH – und letztlich auch anderer Kapitalgesellschaften – gehen darf.

Auch der vorliegende Fall gab dem Senat keinen Anlass, sich (rechtsfortbildend) für ein gesellschaftsrechtlich fundiertes Institut der Haftung der GmbH-Gesellschafter wegen materieller Unterkapitalisierung der GmbH auszusprechen. Dem ist schon deshalb beizupflichten, weil der Fall GAMMA eigentlich kein Fall der Unterkapitalisierung ist. Aber selbst dann, wenn man dies anders sieht, hat der Senat Recht. Er weist zutreffend darauf hin, dass das geltende GmbH-Recht keine Pflicht zur angemessenen Finanzausstattung kennt. Es kennt nur die Pflicht, sich für ein Stammkapital zu entscheiden, welches zumindest das Mindeststammkapital nach § 5 Abs. 1 GmbHG erreicht. Dieses Kapital haben die Gesellschafter aufzubringen. Sie haben ferner dafür zu sorgen, dass die Vermögenswerte, in die es investiert wird, nicht entgegen den Vorschriften des Gesetzes (§§ 30 f. GmbHG) oder der Rechtsprechung (Existenzvernichtungshaftung) wieder abhanden kommen. Den Gesellschaftern steht es daher frei, ihre GmbH nur spartanisch mit Eigenkapital auszustatten. Gerät die unterkapitalisierte Gesellschaft in wirtschaftliche Schwierigkeiten, die ihren Grund in der zu dünnen Kapitaldecke haben, müssen sie sich allerdings entscheiden: Sie müssen

entweder für eine tragfähige Kapitalausstattung sorgen oder die Gesellschaft gesetzeskonform auflösen und liquidieren. Eine „wilde Liquidation“ schafft die Gefahr der Existenzvernichtungshaftung. Ferner weist der Senat zu Recht darauf hin, dass sich abstrakte Normativbestimmungen über das betriebswirtschaftlich notwendige Eigenkapital bislang nicht haben aufstellen lassen. Daran wird sich auch künftig nichts ändern. Die betriebswirtschaftliche Erkenntnis ist vielmehr, dass es solche abstrakten Grundsätze nicht gibt. Die Frage kann nur im Einzelfall entschieden werden. Es sind zudem Fälle denkbar, in denen eine Gesellschaft ohne jedes Eigenkapital auskommen kann – das illustriert gerade der Streitfall. Es fehlt damit an einem praktikablen Maßstab für eine Unterkapitalisierungshaftung. Aber selbst dann, wenn es solche Grundsätze gäbe: Worin läge die Rechtfertigung dafür, die betriebswirtschaftlich sinnvolle Finanzierungsentscheidung zur Rechtspflicht zu erheben?

bb) Befugnis des Senats zur Rechtsfortbildung?

Damit gelangt man zu einem dritten und wohl entscheidenden Argument, das für den Standpunkt des Senats spricht: Die Frage der Zuständigkeit für die Schaffung eines solchen Rechtsinstituts. Der Senat stellt darauf nicht ab, deutet den Gesichtspunkt aber an: Dem Gesetzgeber stünde es – trotz der obigen Bedenken – frei, eine Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung einzuführen. Eine solche Haftung wäre zwar höchst unbestimmt. Das ist aber bei etlichen anderen generalklauselartig formulierten Vorschriften (Paradigma: § 826 BGB) auch nicht anders. Der Gesetzgeber hat sich gleichwohl wiederholt gegen eine gesetzliche Unterkapitalisierungshaftung entschieden. Der Senat weist mit Recht auf den Regierungsentwurf der GmbH-Novelle 1980 sowie und vor allem auf den Regierungsentwurf des MoMiG hin. Für diese Zurückhaltung hatte er einen guten Grund: Die Attraktivität der Kapitalgesellschaften im Allgemeinen und der GmbH im Besonderen lebt davon, dass sie den Vorzug der (grundsätzlichen) Haftungsabschottung bieten. Die Einführung einer Unterkapitalisierungshaftung würde hier zu erheblicher Unsicherheit führen und einen entscheidenden Rechtsformvorteil entwerten. Darüber hinaus könnte ein solches Haftungsinstitut eine Tendenz zur „materiellen Überkapitalisierung“ herbeiführen. Zur Vermeidung der Durchgriffshaftung würde – wo möglich – aus Gründen der Vorsicht eher zu viel als zu wenig Eigenkapital vorgehalten. Das wäre gleichermaßen betriebs- wie volkswirtschaftlich ineffizient: (Eigen-) Kapital soll grundsätzlich dort eingesetzt werden, wo es die höchste Rendite erwirtschaftet. Die Unterkapitalisierungshaftung würde diese sinnvolle Kapitalallokation behindern. Vor diesem Hintergrund verbietet dem Senat auch die richtig verstandene Gewaltenteilung zwischen Parlamentsgesetzgeber und Rechtsprechung ein Tätigwerden: Wenn der Gesetzgeber – vor allem – des MoMiG der Unterkapitalisierungshaftung gerade eine Absage erteilt hat, ist es nicht die Aufgabe der Rechtsprechung, im Wege der Rechtsfortbildung das Gegenteil für richtig zu halten. Die gebotene Zurückhaltung konnte ihm umso leichter fallen, als sie – siehe oben – wirtschaftlich Sinn macht.

cc) § 826 BGB als „Fall back-Lösung“?

Das positive Gesamtbild wird allerdings dadurch getrübt, dass sich der Senat in einem obiter dictum gleichsam das Recht zum Widerruf seines Bekenntnisses vorbehält: Er lässt es offen, ob innerhalb des Tatbestands des § 826 BGB Anlass und Raum ist für die Bildung einer besonderen Fallgruppe der „Haftung wegen Unterkapitalisierung einer GmbH“, bei der der Haftungstatbestand und dessen Rechtsfolgen einer bestimmten generalisierenden Einordnung zugänglich sein müssten. Nimmt man dies ernst, und das muss man, so bedeutet es Folgendes: Das Haftungsinstitut der materiellen Unterkapitalisierung ist nach GAMMA nicht wirklich tot. Es ist nur scheinot. Sein Zustand währt nur so lange, bis der Senat die Grabgeleise wieder öffnet und es, gewandt in das Kleid des § 826 BGB, ihr aufs Neue entsteigt. Vor dieser Tat kann man den Senat nur warnen: Ob man das Haftungsinstitut „gesellschaftsrechtlich fundiert“ oder auf § 826 BGB stützt, macht im praktischen Ergebnis keinen grundlegenden Unterschied. Alle Bedenken, die für die Absage an die materielle Unterkapitalisierung als gesellschaftsrechtliches Haftungsinstitut sprechen, verbieten es auch, sie als Haftungsinstitut in § 826 BGB einzukleiden. Das schließt es allerdings nicht aus, § 826 BGB im Einzelfall auch in Fällen anzuwenden, in denen GmbH-Gesellschafter sich im Bereich der Kapitalaufbringung ihrer GmbH im Sinne der Vorschrift tatbestandlich verhalten. Das wäre nichts Neues, sondern entspräche der bisherigen Praxis.

An dem Fall GAMMA und dem erwähnten obiter dictum fällt ferner auf, dass der Senat in jüngerer Zeit, insbesondere auch in dem Fall TRIHOTEL, die Lösung gesellschaftsrechtlicher Haftungssystemfragen auf dem Gebiet des kapital- oder vermögensbezogenen Fehlverhaltens der GmbH-Gesellschafter in die deliktsrechtliche Generalklausel des § 826 BGB verlagert bzw. verlagern will. Der Senat sollte dieser von der Vorschrift ausgehenden Verlockung allenfalls in Maßen nachgeben. Das lehrt gerade der Fall GAMMA und sein Thema „materielle Unterkapitalisierung“. Die Haftung der Gesellschafter einer GmbH wegen ihrer materiellen Unterkapitalisierung ist eine Grundfrage des GmbH-Rechts. Sie ist eine korporative Strukturfrage und damit ein gesellschaftsrechtliches Problem. Daran ändert sich nichts, wenn man sie in § 826 BGB verorten würde. Die Nutzung des § 826 BGB als Außenlager solcher gesellschaftsrechtlicher Systemfragen verdeckt allerdings diese Einsicht. § 826 BGB ist daher keine geeignete Heimstätte für ein Institut oder – so die Sprachwahl des Senats – eine „besondere Fallgruppe“ der Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung, die abstrakt-generelle Voraussetzungen für eine solche Haftung kennt. Die Nutzung des § 826 BGB für solche – und ähnliche – Zwecke würde zudem unnötige Zwänge schaffen. Das zeigt folgende kurze Überlegung: Wollte der Gesetzgeber oder – deren Befugnis unterstellt – die Rechtsprechung ein gesellschaftsrechtlich fundiertes Institut der materiellen Unterkapitalisierung anerkennen, so wäre bspw. frei zu erwägen und zu entscheiden, ob nur vorsätzlich-sittenwidriges Verhalten des GmbH-Gesellschafters die Haftung auslöst oder ob auch (grob) fahrlässiges Verhalten genügen kann. In gleicher Weise wäre zu entscheiden, ob die Feststellung eines Sittenverstosses erforderlich ist oder eine bloße Pflichtwidrigkeit des Gesellschafters genügen kann. Die Auslagerung gesellschaftsrechtlicher Fragen in den § 826 BGB engt ohne Not die vorhandene Freiheit zur Ausgestaltung solcher gesellschaftsrechtlicher Haftungsinstitute ein. Es empfiehlt sich weder für den Gesetzgeber noch für den Senat, der rechtsfortbildenden Kreativität diese entbehrlichen Fesseln anzulegen.

4. Aufteilung der Klagebefugnisse zwischen Insolvenzverwalter und Gläubigern

Jenseits der großen Themen „Existenzvernichtungshaftung“ und „materielle Unterkapitalisierung“ ist der Fall GAMMA auch im Hinblick auf den Umfang der Klagebefugnis des Insolvenzverwalters lehrreich. Die Frage ist deshalb praktisch wichtig, weil Fälle der vorliegenden Art – jedenfalls bislang – häufig durch Insolvenzverwalter rechtshängig gemacht werden. Der Streitfall ist dafür ein Prototyp. Auch wenn sich der Fall weitgehend mit gesellschaftsrechtlichen Fragen beschäftigt, ist er daher auch für die insolvenzrechtliche Praxis von erheblicher Bedeutung. Er fordert in vergleichbar gelagerten Fällen eine neue Schwerpunktsetzung bei der prozessualen Strategie. Im Streitfall hatte der klagende Insolvenzverwalter noch primär die drei Gesellschafter der BQG aus dem Gesichtspunkt des existenzvernichtenden Eingriffs oder der materiellen Unterkapitalisierung auf Zahlung des im Insolvenzverfahren offen gebliebenen Betrages verklagt. Nach „GAMMA“ steht fest, dass von den Gesellschaftern in vergleichbar gelagerten Unterlassungsfällen unter keinem dieser beiden rechtlichen Gesichtspunkte Ersatz zu verlangen ist. Allenfalls in noch krasser gelagerten Fällen (man denke an den Pferdezuchtfall) mögen im Einzelfall Ansprüche der insolventen GmbH aus § 826 BGB oder aus anderen Deliktstatbeständen gegeben sein, die der Insolvenzverwalter geltend machen kann. Die Inanspruchnahme der Gesellschafter für den Insolvenzausfallschaden ist daher durch GAMMA für den Insolvenzverwalter noch schwerer geworden, als das bislang schon der Fall war. Man kann diese Folge des Urteils beklagen. Sie ist aber die unausweichliche Konsequenz der von dem Senat vorangetriebenen (Wieder-)Stärkung des haftungsrechtlichen Trennungsprinzips.

Der Insolvenzverwalter kann auch nicht damit rechnen, die Ansprüche der Gläubiger (hier: der übernommenen Arbeitnehmer) nach § 92 InsO oder analog § 93 InsO geltend zu machen. Solche Ansprüche kamen vorliegend durchaus in Betracht. Nach dem revisionsrechtlich zu unterstellenden Vorbringen des Klägers waren die Arbeitnehmer durch Verschweigen der fehlenden Absicherung der Remanenzkostenzahlungen an die BQG arglistig getäuscht worden. Es kamen auf dieser Grundlage Ansprüche der Arbeitnehmer vorrangig gegen den Beklagten zu 1 aus § 826 BGB oder aus § 311 Abs. 3 BGB (Dritthaftung aus culpa in

contrahendo) in Betracht. Im Rahmen der Deliktshaftung des Beklagten zu 1 war zudem eine Mithaftung der Beklagten zu 2 und 3 nach § 830 BGB möglich. Der mögliche Schadensersatzanspruch ist auf den Ersatz des jeweiligen individuellen Kontrahierungsschadens gerichtet. Zu ersetzen war also das negative Interesse der Arbeitnehmer, so gestellt zu werden, wie wenn die arglistige Täuschung unterblieben, die Aufklärung erfolgt und der Arbeitnehmer daher nicht in die BQG gewechselt, sondern in der KG verblieben wäre. Ob die einzelnen Arbeitnehmer tatsächlich einen (nennenswerten) Schaden erlitten hatten, obwohl die KG schon vor der BQG insolvent wurde, musste der Senat nicht vertiefen. Für ihn lag es nämlich „auf der Hand“, dass der Insolvenzverwalter diese Ansprüche ohnehin weder nach § 92 InsO noch nach § 93 InsO verfolgen konnte. Das ist mit Blick auf § 92 InsO zweifelsohne richtig, da es sich bei diesen Kontrahierungsschäden um Individualschäden und nicht um Gesamtschäden im Sinne der Vorschrift handelt. Auch der nach seinem Wortlaut nicht einschlägige, aber von der Rechtsprechung immerhin auf die Haftung von Gesellschaftern juristischer Personen wegen existenzgefährdenden Eingriffs erstreckte § 93 InsO passt nicht. Insoweit steht der Insolvenzverwalter daher ebenfalls mit leeren Händen da. Aus rechtspolitischer Sicht ist das nicht unbedingt erfreulich. Es ist zu erwarten, dass im Streitfall die meisten Arbeitnehmer ihren Kontrahierungsschaden nicht eingefordert haben, falls sie ihre diesbezüglichen Ansprüche überhaupt erkannt hatten. In vergleichbaren Fällen dürfte sich das Fehlen der Klagebefugnis des Insolvenzverwalters kaum anders auswirken. Der Gesetzgeber sollte daher über eine Ausdehnung der Befugnisse des Insolvenzverwalters nachdenken.

Was bleibt dem Insolvenzverwalter? Er muss seinen Blick vorrangig auf den oder die Geschäftsführer der GmbH richten und prüfen, ob sie sich im Vorfeld der Insolvenz pflichtgemäß verhalten haben. Im Streitfall kam eine Geschäftsführerhaftung des Beklagten zu 1 gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG in Betracht, falls er die vertraglichen Verpflichtungen gegenüber den Arbeitnehmern eingegangen war, obwohl er wusste oder hätte wissen können, dass die BQG sie nicht würde erfüllen können. Diese Haftung entfällt allerdings grundsätzlich dann, wenn die haftungsrelevante Unterlassung – hier: die Nichtabsicherung der Remanenzkosten – im Einverständnis der Gesellschafter erfolgte. Ob das der Fall war, musste nicht der Senat aufklären. Das ist die Aufgabe des Berufungsgerichts im wiedereröffneten Berufungsverfahren. Dort wird auch einer etwaigen Haftung des Geschäftsführers aus § 64 Abs. 2 GmbHG weiter nachzugehen sein. Die abschließende Bilanz des Falls blieb daher noch offen. Aber auch ohne den weiteren Verfahrensgang zu kennen, muss der Insolvenzverwalter aus „GAMMA“ die Erkenntnis ableiten, dass diese Haftungsansprüche, soweit sie sich auf § 43 Abs. 2 GmbHG stützen, eher schwach sind. Ihre Verfolgung im Prozess ist daher mit einem nicht unerheblichen Risiko verbunden. Für den im Streitfall ebenfalls in Betracht kommenden Anspruch aus § 64 Abs. 2 GmbHG gilt diese Bewertung zwar eher nicht. Wie der Fall aber zeigt, deckt er häufig nur einen Teil des wirtschaftlichen Schadens ab.

V. Resümee

1. Der Fall „GAMMA“ ist ein wesentlicher Baustein des Gebäudes, das der Senat auf dem Fundament von TRIHOTEL errichtet. Der Senat hat nunmehr auch die Verantwortlichkeit der Gesellschafter für existenzvernichtendes Unterlassen behandelt und für den Regelfall abgelehnt. Stein für Stein schichtet er die brüchig gewordene Mauer des haftungsrechtlichen Trennungsprinzips wieder auf.
2. Das Urteil konturiert die Existenzvernichtungshaftung und setzt ihr Grenzen. Eine Existenzvernichtungshaftung wegen unzureichender Kapitalaufbringung gibt es nicht. Offen bleibt aber noch, ob es eine Haftung für existenzvernichtendes Unterlassen überhaupt nicht gibt, oder ob eine „Vermögensvernichtung durch Unterlassen“ Haftungsansprüche auslösen kann.
3. Der Senat erteilt der Haftung der Gesellschafter einer GmbH wegen materieller Unterkapitalisierung als gesellschaftsrechtliches Haftungsinstitut eine Absage. Er verhindert damit, dass die durch TRIHOTEL geschaffene Binnenhaftung durch die Revitalisierung dieses Durchgriffshaftungsinstituts überlagert wird. Bedauerlicherweise hält sich der Senat allerdings offen, die Unterkapitalisierungshaftung über die Hintertür des § 826 BGB wieder einzuführen.
4. Insgesamt ist das Urteil ein echter Fortschritt. Es klärt wesentliche Fragen und führt den durch TRIHOTEL eingeschlagenen Weg konsequent fort. Letzteres ist ein Wert an sich – gerade vor dem Hintergrund der Schwankungen der Senatsrechtsprechung in früherer Zeit. Allerdings werden nicht alle interessierten Kreise das Urteil mit Begeisterung aufnehmen. Namentlich die Insolvenzverwalter werden es mit gemischten Gefühlen lesen. Aber so ist es eben: Prinzipientreue schafft nicht nur Freunde.