DEUTSCHE ZEITSCHRIFT FÜR

WIRTSCHAFTS- UND INSOLVENZRECHT

Herausgeber: Wilhelm Bichlmeier, Reinfrid Fischer, Rainer Funke, Norbert Horn, Hartmut Oetker, Susanne Riedemann, Jan Roth, Thilo Schultze, Rolf A. Schütze, Stefan Smid, Harm Peter Westermann

Korrespondierender Beirat: Rainer M. Bähr, Christian Graf Brockdorff, Peter Depré, Norbert Fehl, Volkhard Frenzel, Ottmar Hermann, Klaus Hubert Görg, Horst M. Johlke, Wulf-Gerd Joneleit, Harro Mohrbutter, Peter Mohrbutter, Hans-Jürgen Papier, Horst Piepenburg, Michael Pluta, Rolf Rattunde, Harald Schliemann, Tobias Wellensiek, Frank M. Welsch, Wilhelm Wessel, Klaus Wimmer, Mark Zeuner

Schriftleitung: Michael Schmidt

Aufsatz

Univ.-Prof. Dr. iur. Rüdiger Wilhelmi

Haftung bei der Verschmelzung einer überbewerteten und insolvenzreifen GmbH

Besprechung des BGH-Urteils vom 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279

<https://doi.org/10.1515/dwir-2019-0084>

I. Einleitung

Der BGH hat nunmehr Stellung zur Haftung bei der Verschmelzung einer insolvenzreifen GmbH auf eine andere GmbH durch Aufnahme mit Kapitalerhöhung genommen.¹ Dabei hat er eine Differenzhaftung verneint und die Möglichkeit einer Haftung aus existenzvernichtendem Eingriff bejaht, während er auf andere Haftungsmöglichkeiten nur am Rande oder gar nicht eingegangen ist. Daneben finden sich auch Bemerkungen zur Stellung der ursprünglichen Gesellschafter der übernehmenden GmbH.

Dieses Urteil hat große Bedeutung für die Praxis. Es gibt daher Anlass zu einer systematischen Betrachtung der

in Frage kommenden Ansprüche. Dabei geht es zunächst darum, die vom BGH behandelten Haftungsmöglichkeiten zu konkretisieren sowie weitere Haftungsmöglichkeiten zu identifizieren, die greifen können, wenn die übertragende GmbH bei der Verschmelzung überbewertet und insolvent ist. Zugleich geht es aber auch darum, die Haftungsnormen in das System der gläubigerschützenden Vorschriften des GmbH-Rechts einzuordnen. Behandelt werden die Ansprüche des Insolvenzverwalters gegen die Gesellschafter und Geschäftsführer der übertragenden GmbH sowie die Geschäftsführer der übernehmenden GmbH. Nicht näher eingegangen wird auf Ansprüche gegen die Gesellschafter der übernehmenden GmbH, da diese selbst zu den Geschädigten gehören. Trotzdem können auch sie haften, insbesondere aus existenzvernichtendem Eingriff.

Der Entscheidung des BGH und der Vorinstanzen lag folgendes Szenario zugrunde:²

¹ BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 (in diesem Heft).

Rüdiger Wilhelmi, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung, Universität Konstanz.

² BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279; OLG Dresden, 26. 10. 2016 – 13 U 1493/15, NotBZ 2018, 350 = BeckRS 2016, 133090; LG Dresden, 2. 9. 2015 – 11 O 1394/13, BeckRS 2015, 126049.

Eine zum Verschmelzungstichtag bereits überschuldete und beim späteren Abschluss des Verschmelzungsvertrags auch zahlungsunfähige GmbH wurde im Wege der Aufnahme mit Kapitalerhöhung auf eine andere GmbH verschmolzen, über deren Vermögen dann binnen Jahresfrist das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Kläger war der Insolvenzverwalter der übernehmenden GmbH. Der eine Beklagte war Alleingesellschafter und -geschäftsführer der übertragenden GmbH sowie Mehrheitsgesellschaftler – und wohl auch Geschäftsführer³ – der übernehmenden GmbH, an der er im Zuge der Verschmelzung weitere Geschäftsanteile erhielt. Der andere Beklagte war Minderheitsgesellschaftler der übernehmenden GmbH.

II. Ansprüche des Insolvenzverwalters gegen die Gesellschafter der übertragenden GmbH

Hinsichtlich der Ansprüche gegen die Gesellschafter der übertragenden GmbH geht der BGH ausführlich auf die Differenzhaftung und die Haftung aus existenzvernichtendem Eingriff ein, während er die Haftung wegen Verstoßes gegen das Kapitalerhaltungsverbot nur punktuell und die Haftung wegen Betrugs gar nicht behandelt, obwohl beide grundsätzlich möglich sind.

1. Differenzhaftung

Der BGH hat in seiner Entscheidung eine Differenzhaftung gemäß § 56 Abs. 2, § 9 Abs. 1 GmbHG, § 55 UmwG bei der Verschmelzung einer unterbewerteten und insolventen GmbH auf eine andere GmbH durch Aufnahme mit Kapitalerhöhung nach § 55 UmwG ausführlich diskutiert und abgelehnt.⁴ Dies ist insofern wenig überraschend, als er diese Frage in einer Entscheidung von 2007 zwar für die GmbH offen gelassen, aber für die Verschmelzung von Aktiengesellschaften nach § 69 UmwG verneint hatte.⁵ Die wohl überwiegende Ansicht im Schrifttum ist bisher allerdings trotzdem der Gegenansicht gefolgt und davon ausgegangen, dass die Differenzhaftung bei der Verschmelzung von GmbHs im Wege der Kapitalerhö-

hung anwendbar ist und die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers entsprechend haften können.⁶

a) Die Regelung des § 55 UmwG

Der Gegenansicht ist – wie auch der BGH konzidiert – zunächst zuzugeben, dass die Anwendung der in §§ 9, 56 Abs. 2 GmbHG geregelten Differenzhaftung durch § 55 UmwG selbst noch nicht ausgeschlossen ist.⁷ Ob daraus im Umkehrschluss folgt, dass die Differenzhaftung anzuwenden ist,⁸ erscheint jedoch zweifelhaft. § 55 UmwG hält zwar die Anwendung der dort nicht aufgeführten Vorschriften offen. Aber er ordnet – wie auch der BGH sieht – die Anwendung der dort nicht aufgeführten Vorschriften auch nicht ausdrücklich an.⁹

Der Wortlaut des § 55 UmwG ist hier auch im Vergleich zu § 69 UmwG unergiebig. Denn dass § 69 UmwG die Anwendung der Differenzhaftung bei der Verschmelzung auf eine Aktiengesellschaft ausdrücklich ausschließt, während § 55 UmwG dies bei der Verschmelzung auf eine GmbH – wie der BGH annimmt – nicht tut,¹⁰ trifft nicht zu. § 69 Abs. 1 Satz 1 UmwG bestimmt zwar, dass § 188 Abs. 2 AktG, der auf § 36a AktG verweist, nicht an-

⁶ Vgl. mit unterschiedlicher Begründung Widmann/Mayer/Mayer, Umwandlungsrecht (Stand 1. 5. 2009), § 55 UmwG Rn. 80; Lutter/M. Winter/J. Vetter, Umwandlungsgesetz, 5. Aufl. 2014, § 55 Rn. 42ff.; Semler/Stengel/Reichert, UmwG, 4. Aufl. 2017, § 55 Rn. 11ff.; Kallmeyer/Kocher, UmwG, 6. Aufl. 2017, § 55 UmwG Rn. 15; Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Westerburg, UmwG, 8. Aufl. 2018, § 55 Rn. 5; Ihrig, GmbHR 1995, 622, 635, 642; Kallmeyer, GmbHR 2007, 1121, 1122ff.; Sandberger, FS Westermann, 2008, S. 1401, 1413f.; Moog, Differenzhaftung im Umwandlungsrecht, 2008, S. 85; Priester, ZIP 2019, 646; gegen Anwendung der Differenzhaftung aber Böttcher/Habighorst/Schulte/Kleindiek, Umwandlungsrecht, 2. Aufl. 2019, § 55 UmwG Rn. 16; Maulbetsch/Klump/Rose/Rebmann, UmwG, 2. Aufl. 2017, § 55 Rn. 13; KK-UmwG/Simon/Nießen, 2009, § 55 Rn. 23ff.; MünchHdbGesR VIII/Illert/König, 5. Aufl. 2018, § 15 Rn. 254; Gehrlein/Born/Simon/Nießen, GmbHG, 3. Aufl., § 9 Rn. 4; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus, GmbHG, 6. Aufl. 2017, Anh. § 77 Rn. 154.

⁷ Widmann/Mayer/Mayer, Umwandlungsrecht (Stand 1. 5. 2009), § 55 UmwG Rn. 80; Lutter/M. Winter/J. Vetter, Umwandlungsgesetz, 5. Aufl. 2014, § 55 Rn. 42ff.; so auch BGH, Urt. v. 12. 3. 2007 – II ZR 302/05, BGHZ 171, 293 = ZIP 2007, 1104 Rn. 8; BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 16 m.V.a.

⁸ So Lutter/M. Winter/J. Vetter, Umwandlungsgesetz, 5. Aufl. 2014, § 55 Rn. 42; Kallmeyer/Kocher, UmwG, 6. Aufl. 2017, § 55 Rn. 13; Semler/Stengel/Reichert, UmwG, 4. Aufl. 2017, § 55 Rn. 11b; Sandberger, FS Westermann, 2008, S. 1401, 1413f.; Priester, ZIP 2019, 646, 648.

⁹ BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 15 m.w.N.

¹⁰ BGH, Urt. v. 12. 3. 2007 – II ZR 302/05, BGHZ 171, 293 = ZIP 2007, 1104 Rn. 7f.; bestätigt durch BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 10f.

³ Vgl. OLG Dresden, 26. 10. 2016 – 13 U 1493/15, NotBZ 2018, 350, 352 = BeckRS 2016, 133090 Rn. 33.

⁴ BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 9ff.

⁵ BGH, Urt. v. 12. 3. 2007 – II ZR 302/05, BGHZ 171, 293 = ZIP 2007, 1104 Rn. 6ff.

zuwenden ist. Aber § 55 Abs. 1 UmwG bestimmt entsprechend, dass § 56a GmbH nicht anzuwenden ist, der auf die Regelung des § 7 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 GmbHG verweist, deren Funktion nach dem Wortlaut derjenigen des § 36a AktG entspricht. Dass § 69 Abs. 1 Satz 1 UmwG anders als § 55 Abs. 1 UmwG die Differenzhaftung ausschließt, ergibt sich demgemäß weder aus dem Wortlaut noch aus der gesetzlichen Systematik; es besteht kein Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber bei der Verschmelzung auf eine Aktiengesellschaft auch die Differenzhaftung ausschließen wollte. Zudem wird die Differenzhaftung – anders als der BGH in seinen beiden Entscheidungen zur Verschmelzung annimmt¹¹ – nicht nur auf § 36a AktG gestützt, sondern auch auf die Kapitaldeckungszusage und das Verbot der Unter-Pari-Emission in § 9 Abs. 1 AktG sowie eine analoge Anwendung des § 9 GmbHG, wie auch der BGH zwischenzeitlich zur allgemeinen Sacheinlage angenommen hat.¹² Damit sprechen sowohl der Wortlaut des § 55 UmwG wie des § 69 UmwG als auch der dogmatische Anknüpfungspunkt der Differenzhaftung im Aktienrecht dafür, dass bei der Verschmelzung auf eine GmbH das Gleiche gilt, wie für eine Verschmelzung auf eine Aktiengesellschaft.

b) Die Kapitaldeckungszusage als Grundlage der Differenzhaftung

Ob die Differenzhaftung bei der Verschmelzung durch Aufnahme mit Kapitalerhöhung bei der GmbH anwendbar ist oder nicht, kann demgemäß nicht aus § 55 UmwG hergeleitet werden. Der BGH stellt hier wie bei der Aktiengesellschaft vor allem darauf ab, dass der maßgebliche Verpflichtungsgrund der Differenzhaftung die mit der Übernahme eines Geschäftsanteils verbundene Kapitaldeckungszusage der Anteilsinhaber ist, während es bei der Verschmelzung an einer derartigen Zusage fehlt und die Sacheinlage nicht durch die Anteilsinhaber, sondern die übertragende GmbH zu leisten ist, die damit dem Übernehmer entspricht.¹³ Die Haftung für Fehlbeträge nach § 24 GmbHG sei demgegenüber eine abgeleitete Haf-

tung, die eine Ausnahme darstelle und einer gesetzlichen Grundlage bedürfe.¹⁴ Im Rahmen der Verschmelzung durch Aufnahme erwerben die Anteilseigner der übertragenden GmbH die Anteile am übernehmenden Rechtsträger demgegenüber nicht rechtsgeschäftlich, sondern originär; einen originären Anteilserwerb ohne Differenzhaftung kennt das GmbH-Recht auch im Fall einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, da der maßgebliche Haftungsgrund auch dort nicht im Gebot realer Kapitalaufbringung liege, sondern in der rechtsgeschäftlichen Übernahme der Geschäftsanteile, die aber fehle.¹⁵ Stellt man auf die bisherige Begründung der Differenzhaftung ab, erscheint diese Argumentation des BGH folgerichtig.

Auch die Übertragung der Rechtsprechung zur Aktiengesellschaft auf die GmbH überzeugt.¹⁶ Zwar unterscheiden sich die normativen Grundlagen, weil die Differenzhaftung nur bei der GmbH in § 9 GmbHG explizit geregelt ist, aber hinsichtlich der dogmatischen Begründung mit der rechtsgeschäftlichen Übernahme der Geschäftsanteile als maßgeblichem Haftungsgrund unterscheiden sich die Aktiengesellschaft und die GmbH nicht nennenswert. Auch die unterschiedliche Ausgestaltung der beiden Rechtsformen vermag eine unterschiedliche Behandlung nicht zu rechtfertigen. Zwar ist die GmbH personalistischer ausgestaltet als die Aktiengesellschaft und kennt mit § 24 GmbHG eine Ausfallhaftung für von anderen Gesellschaftern übernommene Stammeinlagen. Aber die Beschränkung der Haftung der Gesellschafter auf die einmalige Aufbringung des Grund- bzw. Stammkapitals gehört bei beiden Gesellschaftsformen zu den ganz zentralen Grundsätzen und auch § 24 GmbHG stellt nicht nur – wie gerade gezeigt – eine nicht verallgemeinerungsfähige Ausnahme dar, sondern setzt auch ein nicht erfülltes Stammeinlageversprechen voraus, kann also eine Stammeinlageverpflichtung nicht begründen.

c) Zweck der Differenzhaftung

Gegen das Argument, die Gesellschafter der übernehmenden GmbH seien im Fall der Überbewertung des übertragenden Rechtsträgers ohne die Differenzhaftung nicht

¹¹ BGH, Urt. v. 12. 3. 2007 – II ZR 302/05, BGHZ 171, 293 = ZIP 2007, 1104 Rn. 7 f.; BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 10.

¹² BGH, Urt. v. 6. 12. 2011 – II ZR 149/10, BGHZ 191, 364 = ZIP 2012, 73 Rn. 15 – Babcock; vgl. auch MK-AktG/Schürbrandt, 4. Aufl. 2016, § 183 Rn. 69; Spindler/Stilz/Servatius, 4. Aufl. 2019, § 183 Rn. 72 ff.

¹³ BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 17 f.; ähnlich bereits KK-UmwG/Simon/Nießen, 2009, § 55 Rn. 23 ff.; Maulbetsch/Klump/Rose/Rebmann, UmwG, 2. Aufl. 2017, § 55 Rn. 13; Böttcher/Habighorst/Schulte/Kleindiek, Umwandlungsrecht, 2. Aufl. 2019, § 55 UmwG Rn. 16; Weiß, GmbHR 2017, 1017, 1022 f.

¹⁴ BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 17; a. A. Lutter/M. Winter/J. Vetter, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 55 Rn. 42; Habersack/Wicke/v. Hinden, UmwG, 2019, § 55 Rn. 34.

¹⁵ BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 20 f. m. w. N.

¹⁶ Vgl. bereits Böttcher/Habighorst/Schulte/Kleindiek, Umwandlungsrecht, 2. Aufl. 2019, § 55 UmwG Rn. 16.

ausreichend geschützt,¹⁷ wendet der BGH zu Recht ein, dass Zweck der Differenzhaftung nach § 56 Abs. 2, § 9 Abs. 1 GmbHG nicht die Sicherung des Äquivalenzinteresses ist, sondern der Schutz der Gesellschaftsgläubiger und des Rechtsverkehrs.¹⁸ Zudem entspricht die Differenzhaftung nicht notwendig dem Kapitalzuwachs, den die Gesellschafter der übertragenden GmbH erhalten.¹⁹ Die Differenzhaftung ist daher nicht darauf gerichtet, das Äquivalenzinteresse zu schützen. Dies ist vielmehr Zweck des § 14 Abs. 1 und des § 15 Abs. 1 UmwG,²⁰ auch wenn die Gesellschafter der übernehmenden GmbH danach nur ein Anfechtungsrecht binnen Monatsfrist haben, während die Gesellschafter der übertragenden GmbH nur einen Anspruch auf Verbesserung des Umtauschverhältnisses haben, was auf der Wertungsebene und rechtspolitisch durchaus kritikwürdig ist,²¹ aber dort und nicht durch die Anwendung der Differenzhaftung zu korrigieren ist.

d) Dogmatik statt wirtschaftlicher Betrachtung

Auf das zentrale Argument der wohl überwiegenden Ansicht im Schrifttum, dass die Sacheinlage bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht durch den übertragenden Rechtsträger erbracht werde, sondern durch dessen Anteilsinhaber, die im Gegenzug Anteile am übernehmenden Rechtsträger erhielten,²² geht der BGH indes allenfalls indirekt ein. Dabei stellt er darauf ab, dass der

originäre Anteilserwerb sowohl im GmbH-Recht als auch im Aktienrecht nicht notwendig mit einer Differenzhaftung verbunden sei, wie sich bei der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln zeige, wo es auch keine haftungsbegründende Übernahmeverpflichtung gebe; der maßgebliche Haftungsgrund für die Differenzhaftung liege demgemäß nicht in dem Gebot der realen Kapitalaufbringung, sondern in der rechtsgeschäftlichen Übernahme eines Geschäftsanteils und der damit verbundenen Kapitaldeckungszusage.²³

Der BGH betont damit die Trennung zwischen der GmbH als juristischer Person und ihren Gesellschaftern. Er sieht den Übergang des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers, das Erlöschen des übertragenden Rechtsträgers einschließlich der Geschäftsanteile an ihm und den automatischen Erwerb von Anteilen des übernehmenden Rechtsträgers durch die bisherigen Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers als Teile der durch § 20 UmwG angeordneten Gesamtrechtsnachfolge kraft Gesetzes. Diese findet danach nur zwischen dem übertragendem und dem übernehmenden Rechtsträger statt, während der Austausch der Geschäftsanteile des übertragenden gegen solche des übernehmenden Rechtsträgers einen bloßen Reflex darstellt, die Gesellschafter somit nur mittelbar von der Gesamtrechtsnachfolge betroffen sind. Die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers haben ihre Kapitaldeckungszusage zudem bereits gegenüber diesem erfüllt. Indem die Anteile des übernehmenden Rechtsträgers an die Stelle der Anteile des übertragenden Rechtsträgers treten und die Gesellschafter im Übrigen zum übernehmenden Rechtsträger im gleichen Verhältnis stehen wie zum übertragenden Rechtsträger, wirkt daher die Erfüllung der Kapitaldeckungszusage gegenüber dem übertragenden Rechtsträger auch gegenüber dem übernehmenden Rechtsträger. Weder gibt es eine neue rechtsgeschäftliche Übernahme eines Geschäftsanteils mit neuer Kapitaldeckungszusage, noch lebt die alte Einlageverpflichtung wieder auf.

Der BGH stellt mithin nicht auf den wirtschaftlichen Sachverhalt ab, dass sich die Gesellschafter dafür entscheiden, ihre Geschäftsanteile am übertragenden Rechtsträger gegen solche des übernehmenden Rechtsträgers einzutauschen. Vielmehr stellt er maßgeblich auf die Rechtsnachfolge ab und hält daher auch das Gebot der realen Kapitalaufbringung nicht für maßgeblich, da das Kapital ja bereits aufgebracht wurde. Das lässt sich dogmatisch gut begründen.

¹⁷ So Widmann/Mayer/Mayer, Umwandlungsrecht (Stand 1.5.2009), § 55 UmwG Rn. 80; Lutter/M. Winter/J. Vetter, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 55 Rn. 42; Kallmeyer/Kocher, UmwG, 6. Aufl. 2017, § 55 Rn. 13; Habersack/Wicke/v. Hinden, UmwG, 2019, § 55 Rn. 34; Kallmeyer, GmbHR 2007, 1121, 1122; Thoß, NZG 2006, 376, 378.

¹⁸ BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 23; MK-GmbHG/Lieder, 3. Aufl. 2018, § 56 Rn. 1; ähnlich Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 56 Rn. 1; Ulmer/Habersack/Löbke/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2016, § 56 Rn. 2.

¹⁹ BGH, Urt. v. 12. 3. 2007 – II ZR 302/05, BGHZ 171, 293 = ZIP 2007, 1104 Rn. 14; BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 23.

²⁰ Vgl. Kallmeyer/Marsch-Barner, UmwG, 6. Aufl. 2017, § 14 Rn. 12 ff.; Lutter/M. Winter/J. Vetter, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 14 Rn. 15 f., 20 f.

²¹ Zur rechtspolitischen Kritik vgl. KK-UmwG/Simon, 2009, § 14 Rn. 46 ff.; Habersack/Wicke/Rieckers/Cloppenburg, UmwG, 2019, § 14 Rn. 36 f.

²² Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Westerburg, UmwG, 8. Aufl. 2018, § 55 Rn. 5; Semler/Stengel/Reichert, UmwG, 4. Aufl. 2017, § 55 Rn. 11; Lutter/M. Winter/J. Vetter, Umwandlungsgesetz, 5. Aufl. 2014, § 55 UmwG Rn. 36; Widmann/Mayer/Mayer, Umwandlungsrecht (Stand 1.5.2009), § 55 UmwG Rn. 80; Priester, ZIP 2019, 646, 647; Sandberger, FS Westermann, 2008, S. 1401, 1414; Thoß, NZG 2006, 376, 377; vgl. auch Ihrig, GmbHR 1995, 622, 633 ff., 642 m. w. N.

²³ BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 20 m. w. N. auch zur Gegenansicht.

e) Widerspruch zur Rechtsprechung zur wirtschaftlichen Neugründung

Auf der Wertungsebene steht es allerdings in einem gewissen Widerspruch zur Rechtsprechung des BGH zur wirtschaftlichen Neugründung. Denn dort lässt er es nicht genügen, dass das Kapital von Gesellschaftern oder ihren Rechtsvorgängern bereits im Rahmen der ursprünglichen »rechtlichen« Gründung aufgebracht wurde, sondern stellt auf die nicht rechtliche, sondern nur wirtschaftliche Neugründung ab und nimmt eine Umgehung der Gründungsvorschriften an, weshalb diese sinngemäß anzuwenden seien, um die reale Kapitalaufbringung sicherzustellen.²⁴ Demgemäß bejaht er im Fall einer wirtschaftlichen Neugründung die analoge Anwendung der registergerichtlichen Präventivkontrolle nach § 8 Abs. 2 GmbHG,²⁵ der richterrechtlichen Unterbilanzhaftung²⁶ und der Handelndenhaftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG.²⁷

Obwohl damit auch bei der wirtschaftlichen Neugründung das Kapital bereits aufgebracht wurde und sich das Rechtsverhältnis zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern nicht ändert, bemüht der BGH hier den Grundsatz der realen Kapitalaufbringung, um eine entsprechende Anwendung von Gründungsvorschriften zu rechtfertigen, während er dies für die Differenzhaftung bei der Verschmelzung von GmbHs gegen Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft ablehnt. Dies spricht allerdings nicht notwendig gegen die Rechtsprechung des BGH zur Differenzhaftung bei der Verschmelzung, sondern eher gegen seine Rechtsprechung zur wirtschaftlichen Neugründung, die in der Literatur zwar weitgehend Zustimmung gefunden hat,²⁸ aber insbeson-

dere aufgrund der mangelnden Analogiebasis²⁹ und der Abgrenzungsschwierigkeiten³⁰ auch kritisiert wird.

2. Haftung wegen Verstoßes gegen das Kapitalerhaltungsgebot

Auch wenn keine Haftung im Rahmen der Kapitalaufbringung besteht, kann jedoch aus dem Grundsatz der Kapitalerhaltung nach §§ 30, 31 GmbHG gehaftet werden. Der BGH geht darauf in seiner Entscheidung nur inzident und punktuell ein. Zunächst stellt er fest, dass eine Auszahlung im Sinne des § 30 Abs. 1 GmbHG auch durch die Begründung oder Übernahme einer Verbindlichkeit erfolgen kann und die Insolvenzreife der übertragenden GmbH eine entsprechende Vermögensminderung bei der übernehmenden GmbH begründet.³¹

Die eigentliche Streitfrage, ob neben der Vermögensminderung auch ein Vermögenstransfer an Gesellschafter vorliegt,³² weil die übernehmende GmbH dann den Anteilserwerb hinzutretender Gesellschafter letztlich mit Mitteln aus ihrem gebundenen Vermögen finanziert,³³ oder ob es an einer Leistung der übernehmenden GmbH an hinzutretende Gesellschafter fehlt³⁴ oder diese nicht mehr erhalten, als sie bereits vorher hatten,³⁵ lässt der BGH an dieser Stelle jedoch offen³⁶. Allerdings nimmt er im Zusammenhang mit der Haftung aus existenzvernich-

be, GmbHG, 2. Aufl. 2013, § 3 Rn. 149 ff.; Bachmann, NZG 2011, 441, 443 ff.; Krolop, ZIP 2011, 305 ff.; Hüffer, NZG 2011, 1257, 1258 ff.; Lieder, DStR 2012, 137, 138 ff.

²⁹ So etwa Roth/Altmeyen/Altmeyen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 3 Rn. 75; K. Schmidt, NJW 2004, 1345, 1350 f.; K. Schmidt, ZIP 2010, 857; Wilhelmi, DZWIR 2004, 177, 179 f.; ähnlich Peetz, GmbHR 2011, 178, 184 f.; vor diesem Hintergrund für Differenzhaftung Schall, NZG 2011, 656, 657 f.

³⁰ So etwa MK-GmbHG/Wicke, 3. Aufl. 2018, § 3 Rn. 32 f.; ähnlich Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 3 Rn. 13 e f.; K. Schmidt, NJW 2004, 1345, 1351 f.

³¹ BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 32 ff.

³² So für die Verschmelzung einer Tochtergesellschaft auf eine andere Tochtergesellschaft MünchHbGesR VIII/Brückmans, 5. Aufl. 2018, § 45 Rn. 28; Keller/Klett, DB 2010, 1220, 1222; Schwetlik, GmbHR 2011, 130, 133; ausdrücklich auch bei Teilidentität der Gesellschafter Rubner/Leuering, NJW-Spezial 2012, 719 f.

³³ So für die Verschmelzung einer Muttergesellschaft auf deren Tochtergesellschaft MK-GmbHG/Ekkenga, GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 30 Rn. 193; Kuntz, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 30 Rn. 52, 82; Klein/Stephanblome, ZGR 2007, ZGR 351, 383 f.

³⁴ So Bock, GmbHR 2005, 1023, 1028; Enneking/Heckschen, DB 2006, 1099, 1100; Heckschen, GmbHR 2008, 802, 803 f.

³⁵ Widmann/Mayer/Widmann, Umwandlungsrecht (Stand 1. 1. 1997), § 24 Rn. 388 Fn. 4.

³⁶ BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 34.

²⁴ BGH, Urt. v. 9. 12. 2002 – II ZB 12/02, BGHZ 153, 158, 161 = DZWIR 2003, 202, 203 (mit Anm. Kessler); BGH, Urt. v. 7. 7. 2003 – II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 321 = DZWIR 2004, 197, 198 (mit Bespr. Wilhelmi, DZWIR 2004, 177).

²⁵ BGH, Urt. v. 9. 12. 2002 – II ZB 12/02, BGHZ 153, 158, 160 ff. = DZWIR 2003, 202, 203 f. (mit Anm. Kessler); BGH, Urt. v. 7. 7. 2003 – II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 321 ff. = DZWIR 2004, 197, 198 f. (mit Bespr. Wilhelmi, DZWIR 2004, 177); BGH, Urt. v. 12. 7. 2011 – II ZR 71/11, DZWIR 2012, 30 Rn. 9; BGH, Urt. v. 6. 3. 2012 – II ZR 56/10, DZWIR 2012, 455 Rn. 13.

²⁶ BGH, Urt. v. 7. 7. 2003 – II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 326 f. = DZWIR 2004, 197, 199 (mit Bespr. Wilhelmi, DZWIR 2004, 177); BGH, Urt. v. 12. 7. 2011 – II ZR 71/11, DZWIR 2012, 30 Rn. 10.

²⁷ BGH, Urt. v. 7. 7. 2003 – II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 327 = DZWIR 2004, 197, 199 (mit Bespr. Wilhelmi, DZWIR 2004, 177); BGH, Urt. v. 12. 7. 2011 – II ZR 71/11, DZWIR 2012, 30 Rn. 11 ff.

²⁸ So etwa Scholz/Cziupka, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 3 Rn. 28; MHLS/J. Schmidt, 3. Aufl. 2017, GmbHG § 3 Rn. 116; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 3 Rn. 85; Bork/Schäfer/Schäfer, GmbHG, 3. Aufl. 2015, Rn. 18 ff.; Ulmer/Habersack/Löbbecke/Ulmer/Löb-

tendem Eingriff an, dass die aus einer Überbewertung resultierende Vermögensverlagerung zwar auf der Gesellschafterebene stattfindet, aber aus dem Vermögen der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger finanziert wird, so dass der Vermögensvorteil der hinzutretenden Gesellschafter der übertragenden GmbH aus dem Vermögen der übernehmenden GmbH finanziert wird, wenn das auf diesen übergehende Vermögen nicht dem Wert der hierfür gewährten Anteile entspricht.³⁷ In der Konsequenz muss der BGH dann auch den Vermögenstransfer an die Gesellschafter und damit das Vorliegen einer Auszahlung nach § 30 Abs. 1 GmbHG bejahen, wenn die übernehmende GmbH nach der Verschmelzung nicht mehr über ein zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliches Vermögen verfügt oder sogar insolvent ist. Für die Eigenschaft als Gesellschafter der übernehmenden GmbH genügt insoweit, dass die Gesellschafter der übertragenden GmbH zukünftige Gesellschafter der übernehmenden GmbH sind und dass bei der Verschmelzung ein enger sachlicher und zeitlicher Zusammenhang zwischen dem Vermögenstransfer und dem Anteilserwerb bei der übernehmenden Gesellschaft besteht und der Vermögenstransfer mit Rücksicht auf die zukünftige Gesellschafterstellung erfolgt.³⁸ Die Haftung aus §§ 30, 31 GmbHG wäre damit grundsätzlich möglich.

Die ehemaligen Gesellschafter der übertragenden GmbH haften dann der übernehmenden GmbH aus § 31 Abs. 1 GmbHG auf Erstattung in Höhe der Wertdifferenz zwischen den gewährten Anteilen und dem übergehenden Vermögen.³⁹ Diese Haftung ist bei Gutgläubigkeit nach § 31 Abs. 2 GmbHG auf den zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlichen Betrag begrenzt. Die bisherigen Gesellschafter der übernehmenden GmbH trifft die Ausfallhaftung nach § 31 Abs. 3 GmbHG. Sie haben jedoch nach § 31 Abs. 5 GmbHG einen Regressanspruch gegen die Geschäftsführer der übernehmenden GmbH, wenn diesen eine schuldhaft Pflichtverletzung zur Last fällt. Daneben hat dann auch die übernehmende GmbH einen Schadensersatzanspruch gegen ihre Geschäftsführ-

er aus § 43 Abs. 2, 3 GmbHG. Da im Rahmen der Haftung nach §§ 30, 31 und 43 Abs. 2, 3 GmbHG nicht mehr zwischen dem übertragenden und dem übernehmenden Rechtsträger und deren Gläubiger und Anteilseigner unterschieden wird, § 25 Abs. 2 Satz 1 UmwG gilt hier nicht, profitieren hier auch die Gläubiger und ggf. auch die nicht haftenden Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers auf Kosten der Gläubiger und ggf. auch der Anteilseigner des übernehmenden Rechtsträgers von der Haftung.

3. Haftung wegen Betrugs

Auf die Haftung aufgrund einer Schutzgesetzverletzung aus § 823 Abs. 2 BGB wegen Betrugs nach § 263 StGB geht der BGH nicht ein. Der Betrug kann hier dadurch geschehen, dass die Gesellschafter der übertragenden GmbH die Gesellschafter der übernehmenden GmbH vorsätzlich über die Solvenz der übertragenden GmbH täuschen, so dass diese dem Verschmelzungsvertrag zustimmen und so das Vermögen der Gesellschaft durch die Übernahme von Verbindlichkeiten vermindern und durch die Anteilsgewährung den Gesellschaftern der übertragenden GmbH einen Vermögensvorteil verschaffen. Auch diese Haftung wäre also grundsätzlich möglich.

4. Haftung aus existenzvernichtendem Eingriff

Nachdem der BGH die Anwendung der Differenzhaftung auf die Verschmelzung von GmbHs verneint hat, geht er ausführlich auf die Möglichkeit einer der Haftung der Anteilseigner des übernehmenden Rechtsträgers aus existenzvernichtendem Eingriff nach § 826 BGB ein und bejaht diese, wenn die Verschmelzung zur Insolvenz des übernehmenden Rechtsträgers geführt hat. Die Verjährung richtet sich insoweit nach § 27 UmwG. Ausgangspunkt des BGH sind dabei die bekannten Voraussetzungen der Haftung aus existenzvernichtendem Eingriff, dass die Gesellschafter ihrer Gesellschaft Vermögen entziehen, das zur Tilgung von Schulden erforderlich ist, dass dieser Vermögensentzug sittenwidrig ist und die Insolvenz der Gesellschaft verursacht oder vertieft, und dass die Gesellschafter dabei mit zumindest bedingtem Vorsatz handeln.⁴⁰

³⁷ BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 41 m.V. a. Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Hörtnagl, UmwG, UmwStG, 8. Aufl. 2018, § 24 Rn. 52; MK-GmbHG/Ekkenga, 3. Aufl. 2018, § 30 Rn. 193; Gehrlein/Born/Simon/Kuntz, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 30 Rn. 82; Klein/Stephan-blome, ZGR 2007, ZGR 351, 384 f.

³⁸ So für die Aktiengesellschaft BGH, Urt. v. 13. 11. 2007 – XI ZR 294/07, ZIP 2008, 118 Rn. 13; für die GmbH MHLS/Heidinger, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 30 Rn. 113; Scholz/Verse, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 30 Rn. 33; differenzierend MK-GmbHG/Ekkenga, 3. Aufl. 2018, § 30 Rn. 151.

³⁹ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 31 Rn. 9; MK-GmbHG/Ekkenga, 3. Aufl. 2018, § 31 Rn. 8f.; Scholz/Verse, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 31 Rn. 15.

⁴⁰ BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 26; ebenso bereits BGH, Urt. v. 16. 7. 2007 – II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 =

a) Vermögensentzug

Ob der Vermögensentzug nicht nur bei einem Abfluss von Vermögenswerten aus dem Gesellschaftsvermögen vorliegt, wie die Vorinstanz angenommen hatte,⁴¹ sondern auch durch eine Erhöhung der Verbindlichkeiten und die damit verbundene Verkürzung der Haftungsmasse erfolgen kann, wie überwiegend angenommen wird,⁴² hatte der BGH für sein neues, auf § 826 BGB beruhende Haftungskonzept noch nicht entschieden. Jedoch hatte er es im Rahmen seiner früheren Rechtsprechung, die von einer Haftung wegen objektiven Missbrauchs einer beherrschenden Gesellschafterstellung ausging, zumindest implizit bejaht, indem er das Anwachsenlassen von Forderungen nur deshalb nicht als Eingriff gewertet hat, weil es sich lediglich um einen Managementfehler und nicht um ein zielgerichtetes Verhalten zu betriebsfremden Zwecken handelte.⁴³ Da der BGH bei der Änderung seines Haftungskonzeptes an seiner Rechtsprechung zum Eingriffstatbestand und den diesen näher eingrenzenden Merkmalen ausdrücklich festgehalten hatte,⁴⁴ hat er nunmehr auch unter § 826 BGB angenommen, dass der Vermögensentzug wie eine Auszahlung im Sinne des § 30 Abs. 1 GmbH auch in der Erhöhung einer Verbindlichkeit liegen kann.⁴⁵

Maßgeblich für den Vermögensentzug ist damit, ob sich das Verhältnis zwischen den Verbindlichkeiten und dem zu ihrer Deckung zur Verfügung stehenden Vermögen verringert, also die Schuldendeckungsfähigkeit verschlechtert. Ein Eingriff liegt dabei jedoch nur vor, wenn der Vermögensentzug nicht lediglich auf einer unternehmerischen Fehlleistung oder Managementfehlern beruht. Dies ist – mit dem BGH – der Fall, wenn die den Gesellschaftsgläubigern dienende Haftungsmasse zielgerichtet und für betriebsfremde Zwecke verkürzt wird.⁴⁶

DZWIR 2007, 432 (mit Bespr. Hölzle, DZWIR 2007, 397) Rn. 23 ff. – Trihotel; BGH, Urt. v. 23. 4. 2012 – II ZR 252/10, BGHZ 193, 96 = DZWIR 2012, 384 (mit Anm. Hangebrauck) Rn. 13.

41 OLG Dresden, 26. 10. 2016 – 13 U 1493/15, NotBZ 2018, 350.

42 So etwa OLG Jena, 28. 11. 2001 – 4 U 234/01, ZIP 2002, 631, 633; MK-GmbHG/Liebscher, 3. Aufl. 2018, Anh. § 13 Rn. 537, 557; MHLS/Lieder, GmbHG, 3. Aufl., § 13 Rn. 443; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 13 Rn. 35; Ulmer/Habersack/Löbbecke/Raiser, GmbHG, 2. Aufl., § 13 Rn. 164.

43 BGH, Urt. v. 29. 3. 1993 – II ZR 265/91, BGHZ 122, 123, 128 ff. = DZWIR 1993, 154 (mit Bespr. Kleindiek, DZWIR 1993, 177) – TBB.

44 BGH, Urt. v. 16. 7. 2007 – II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 = DZWIR 2007, 432 (mit Bespr. Hölzle, DZWIR 2007, 397) Rn. 16 – Trihotel.

45 BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 30.

46 BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 27, 30; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 13 Rn. 35.

b) Sittenwidrigkeit

Für die Sittenwidrigkeit als Voraussetzung der Haftung aus existenzvernichtendem Eingriff nach § 826 BGB ist – entgegen der überwiegenden Ansicht im Schrifttum,⁴⁷ mit dem BGH⁴⁸ – davon auszugehen, dass sie jedenfalls nicht bereits durch eine bloße Schädigung des Gesellschaftsvermögens begründet wird. Vielmehr ergibt sie sich daraus, dass das Prinzip der Trennung des Gesellschaftsvermögens vom Gesellschaftervermögen und die strikte Bindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft wie bei Verstößen gegen §§ 30, 31 GmbHG missachtet werden.⁴⁹ Insoweit ergänzt die Existenzvernichtungshaftung das Kapitalschutzsystem der GmbH.⁵⁰

Eine sittenwidrige Missachtung dieses Prinzips der Vermögenstrennung hatte der BGH bereits angenommen, wenn der Vermögensentzug zum eigenen Vorteil der Gesellschafter erfolgt⁵¹ oder unmittelbar oder mittelbar zu Gunsten eines Dritten geschieht,⁵² der allerdings im konkreten Fall eine von dem Gesellschafter zunächst faktisch und später als Alleingesellschafter beherrschte Gesellschaft war.⁵³ Nunmehr hat der BGH entschieden, dass ein derartiger Vorteil auch im Rahmen einer Verschmelzung erzielt werden kann, da eine etwaige Vermögensverschiebung auf Gesellschafterebene aus dem Vermögen der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger finanziert wird; ein Vermögensvorteil, der daraus resultiert, dass bei einer Verschmelzung das auf den übernehmenden Rechtsträger übergehende Vermögen hinter dem Wert der hierfür gewährten Anteile zurückbleibt, stammt mithin

47 So etwa MHLS/Lieder, GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 13 Rn. 443; Ulmer/Habersack/Löbbecke/Casper, GmbHG, 2. Aufl. 2016, Anh. § 77 Rn. 130, 132; MK-GmbHG/Liebscher, 3. Aufl. 2018, Anh. zu § 13 Rn. 545 f., 567 f.

48 BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 38 f.; vgl. a. Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 13 Rn. 116.

49 BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 39; ebenso bereits BGH, Urt. v. 24. 6. 2002 – II ZR 300/00, BGHZ 151, 181, 186 f. = DZWIR 2003, 72 (mit Bespr. Wilhelmi, DZWIR 2003, 45).

50 BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 39; ebenso bereits BGH, Urt. v. 10. 12. 2007 – II ZR 239/05, BGHZ 175, 12 = DZWIR 2008, 198 Rn. 27 – Kolpingwerk.

51 So etwa BGH, Urt. v. 16. 7. 2007 – II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 = DZWIR 2007, 432 (mit Bespr. Hölzle, DZWIR 2007, 397) Rn. 22 – Trihotel; BGH, Urt. v. 9. 2. 2009 – II ZR 292/07, BGHZ 179, 344 = DZWIR 2009, 371 Rn. 21 – Sanitary.

52 So etwa BGH, Urt. v. 16. 7. 2007 – II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 = DZWIR 2007, 432 (mit Bespr. Hölzle, DZWIR 2007, 397) Rn. 30 – Trihotel.

53 Vgl. BGH, Urt. v. 16. 7. 2007 – II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 = DZWIR 2007, 432 (mit Bespr. Hölzle, DZWIR 2007, 397) Rn. 45 – Trihotel.

aus dem Vermögen des übernehmenden Rechtsträgers.⁵⁴ Diesem wird somit Vermögen zum Vorteil seiner Gesellschafter entzogen. Voraussetzung ist allerdings die Feststellung, dass der Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers durch die Gewährung von Anteilen an dem übernehmenden Rechtsträger auch tatsächlich einen Vermögensvorteil erlangt hat.⁵⁵ Dabei sind Anteilseigner nur des übertragenden Rechtsträgers als solche noch keine Haftungsadressaten, da diese an der geschädigten übernehmenden GmbH beteiligt sein müssen.⁵⁶ Allerdings können sie als Teilnehmer nach § 830 Abs. 2 BGB haften. Beihilfehandlung ist hier die Zustimmung zur Verschmelzung im Rahmen des übertragenden Rechtsträgers.

Daneben nimmt der BGH an, dass eine sittenwidrige Missachtung des Prinzips der Vermögensstrennung auch darin liegen könne, dass der Vermögensentzug der liquidationslosen Abwicklung diene, also die Verschmelzung die Verbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers außerhalb eines geordneten Liquidationsverfahrens auf den übernehmenden Rechtsträger verlagert und dadurch dessen Insolvenz herbeigeführt werde.⁵⁷ Dabei handelt es sich jedoch nicht um die Variante der Haftung aus existenzvernichtendem Eingriff, bei der sich die Verletzung des Grundsatzes eines verselbständigten Vermögensinteresses der Gesellschaft nicht aus der Insolvenzverursachung oder -vertiefung ergibt, sondern daraus, dass sich die Gesellschaft in Liquidation befindet und unter Verstoß gegen § 73 Abs. 1 GmbHG auf das Gesellschaftsvermögen zugegriffen wird.⁵⁸ Denn die Gesellschaft befindet sich hier nicht in Liquidation. Zudem betreffen die genannten Varianten das Merkmal der Schädigung, während der BGH hier das Merkmal der Sittenwidrigkeit prüft, nachdem er die Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung bereits angenommen hat. Der BGH behandelt die liquidationslose Abwicklung hier als Alternative zur Bewirkung eines Vermögensvorteils bei den Gesellschaftern oder Dritten, also als Voraussetzung der Sittenwidrigkeit. Dies hat zur Konsequenz, dass die Haftung aus existenzvernichtendem Eingriff die Anteilseigner nicht nur des übertragenden, sondern auch des übernehmenden Rechtsträgers trifft, wenn diese ein Interesse an der liqui-

datationslosen Abwicklung des übertragenden Rechtsträgers haben und dieses zulasten des zweckgebundenen Vermögens des übernehmenden Rechtsträgers durchsetzen.⁵⁹

c) Vorsatzerfordernis

Die Haftung aus § 826 BGB setzt zumindest bedingten Vorsatz voraus.⁶⁰ Dabei ist dem Vorsatzerfordernis in Bezug auf die Sittenwidrigkeit genüge getan, wenn dem handelnden Gesellschafter bewusst ist, dass das Gesellschaftsvermögen durch die von ihm selbst oder mit seiner Zustimmung veranlassenden Maßnahmen sittenwidrig geschädigt wird, wofür kein Bewusstsein der Sittenwidrigkeit erforderlich ist, sondern genügt, dass ihm nur die Tatsachen bewusst sind, die den Eingriff sittenwidrig machen.⁶¹ Eine Absicht der Schädigung der Gesellschaft oder ihrer Gläubiger muss nicht vorliegen.⁶²

Das Vorsatzerfordernis umfasst damit im vorliegenden Fall zunächst die billigende Inkaufnahme der Schädigung der übernehmenden GmbH durch den Entzug von Gesellschaftsvermögen sowie der Verursachung oder Vertiefung der Insolvenz der übernehmenden GmbH. Bei der Sittenwidrigkeit aufgrund eines Vermögensvorteils der Gesellschafter muss hinzukommen, dass die Anteilseigner der übertragenden GmbH billigend in Kauf nehmen, durch die Gewährung von Anteilen an der übernehmenden GmbH einen Vermögensvorteil zu erlangen; die Anteilseigner nur der übertragenden GmbH müssen im Rahmen des § 830 Abs. 2 BGB einen entsprechenden (bedingten) Beihilfevorsatz haben. Bei der Sittenwidrigkeit aufgrund einer liquidationslosen Abwicklung muss stattdessen der Vorsatz zur Vermeidung einer ordnungsgemäßen Liquidation hinzukommen, die bei Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung durch das Insolvenzverfahren erfolgt.⁶³ Hier dürfte die billigende Inkaufnahme der Insolvenz der übernehmenden GmbH jedoch nicht genügen, da sonst die liquidationslose Abwicklung als zusätzliches die Sittenwidrigkeit begründendes Merk-

⁵⁴ BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 41.

⁵⁵ BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 49.

⁵⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 16. 7. 2007 – II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 = DZWIR 2007, 432 (mit Bespr. *Hölzle*, DZWIR 2007, 397) Rn. 44 – Trihotel.

⁵⁷ BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 42 ff.

⁵⁸ Vgl. dazu BGH, Urt. v. 9. 2. 2009 – II ZR 292/07, BGHZ 179, 344 = DZWIR 2009, 371 Rn. 37 ff. – Sanitary; BGH v. 23. 4. 2012 – II ZR 252/10, BGHZ 193, 96 = DZWIR 2012, 384 (mit Anm. *Hangebrauck*) Rn. 13 – Wirtschaftsakademie; BeckOK-GmbHG/Wilhelmi (Stand 1. 11. 2018), § 13 Rn. 98 ff.

⁵⁹ BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 44.

⁶⁰ BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 26; auch schon BGH, Urt. v. 16. 7. 2007 – II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 = DZWIR 2007, 432 (mit Bespr. *Hölzle*, DZWIR 2007, 397) Rn. 31 – Trihotel.

⁶¹ BGH, Urt. v. 16. 7. 2007 – II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 = DZWIR 2007, 432 (mit Bespr. *Hölzle*, DZWIR 2007, 397) Rn. 30 – Trihotel.

⁶² BGH, Urt. v. 16. 7. 2007 – II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 = DZWIR 2007, 432 (mit Bespr. *Hölzle*, DZWIR 2007, 397) Rn. 30 – Trihotel.

⁶³ Vgl. BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 42, 49.

mal keine Entsprechung auf der Verschuldensebene finden würde.

Der BGH hält in diesem Zusammenhang ausdrücklich fest, dass die Durchführung einer sanierenden Verschmelzung, also die Verschmelzung eines insolventen auf einen solventen Rechtsträger, keine Haftung aus existenzvernichtendem Eingriff begründet, wenn dadurch der Fortbestand des übernehmenden Rechtsträgers nicht in Frage gestellt wird.⁶⁴ Voraussetzung ist insoweit also, dass eine positive Fortführungsprognose besteht.⁶⁵

III. Ansprüche des Insolvenzverwalters gegen Geschäftsführer der übertragenden GmbH

Bezüglich der Haftung der Geschäftsführer der übertragenden GmbH geht der BGH nur kurz auf die Haftung wegen Verletzung der insolvenzrechtlichen Sorgfaltspflicht ein, obwohl einer der Beklagten der Alleingeschäftsführer der übertragenden GmbH war. Demgegenüber werden die Haftung wegen Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflichten, die Haftung aus Verschulden bei Vertragsanbahnung, die Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife und für Insolvenzverschleppung sowie die Haftung für die Verletzung strafrechtlicher Schutzgesetze nicht behandelt, obwohl einige diese Ansprüche möglich sind.

1. Verletzung der umwandlungsrechtlichen Sorgfaltspflicht

Der BGH lehnt eine Haftung des Geschäftsführers der übertragenden GmbH wegen Verletzung seiner umwandlungsrechtlichen Sorgfaltspflicht aus § 25 UmwG mit knapper Begründung ab. Danach haften die Geschäftsführer der übertragenden GmbH zwar ihrer Gesellschaft sowie deren Gesellschaftern und Gläubigern, wenn sie ihre Sorgfaltspflicht bei der Prüfung der Vermögenslage der beteiligten Rechtsträger und beim Abschluss des Verschmelzungsvertrags vorsätzlich oder fahrlässig verletzt haben, wobei sie die Beweislast trifft. Diese Haftung wird jedoch bei einer Überbewertung oder der Insolvenzreife des übertragenden Rechtsträgers nicht relevant, da es

dann an einem Schaden dieses Rechtsträgers sowie seiner Anteilseigner und Gläubiger fehlt und der übernehmende Rechtsträger sowie dessen Anteilseigner und Gläubiger zwar einen Schaden, aber keinen Anspruch haben.⁶⁶

2. Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflichten

Demgegenüber geht der BGH nicht auf eine Haftung der Geschäftsführer der übertragenden GmbH wegen Verletzung der Pflicht zur Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes nach § 43 Abs. 1, 2 GmbHG ein. Zu den allgemeinen Sorgfaltspflichten der Geschäftsführer gehört auch, die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses bei der Verschmelzung zu prüfen. Diese Pflicht besteht jedoch nur gegenüber der eigenen Gesellschaft. Daher fehlt es an einem Schaden, weil nicht die übernehmende, sondern die übertragende GmbH überbewertet und insolvent ist.

3. Haftung aus Verschulden bei Vertragsanbahnung

Auf die Haftung aus Verschulden bei Vertragsanbahnung (*culpa in contrahendo*) nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB geht der BGH nicht ein. Diese setzt eine schuldhaft Verletzung einer vorvertraglichen Verhaltenspflicht voraus. Als Pflichtverletzung kommt hier vor allem die Verletzung einer Aufklärungspflicht in Betracht. Sie liegt vor, wenn die Geschäftsführer der übertragenden GmbH als ihre Organe den übernehmenden Rechtsträger nicht auf bewertungsrelevante Umstände hinweisen, insbesondere auf eine drastische Verschlechterung der Vermögensverhältnisse und die Insolvenzreife.⁶⁷ Für das Verschulden ist insoweit nach § 278 Alt. 1 BGB auf die Geschäftsführer abzustellen. Allerdings profitiert die übernehmende GmbH nicht von einem Anspruch, da die übertragende GmbH zwar nach § 25 Abs. 2 Satz 1 als fortbestehend fingiert wird, der Schadensersatz aber das Vermögen mindert, das im Rahmen der Verschmelzung übergeht. Eine Haftung käme hier also in Betracht, würde aber nichts bringen.

Neben der übertragenden GmbH können auch ihre Geschäftsführer aus Verschulden bei Vertragsanbahnung nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB haften.

⁶⁴ BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 43.

⁶⁵ M. König, NJW 2019, 595.

⁶⁶ BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 50.

⁶⁷ Lutter/Drygala, UmwG, 5. Aufl. 2014 § 4 Rn. 48; Habersack/Wicke/Wicke, UmwG, 2019, § 4 Rn. 39.

Die schuldhafte Pflichtverletzung kann auch hier darin liegen, dass der Geschäftsführer die übernehmende GmbH und ihre Anteilseigner nicht über die drastische Verschlechterung der Vermögensverhältnisse und die Insolvenzreife der übertragenden GmbH aufklärt. Allerdings haftet der Geschäftsführer nach § 311 Abs. 3 BGB nur, wenn er für sich in besonderem Maße Vertrauen in Anspruch nimmt und die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss dadurch erheblich beeinflusst oder wenn er ein besonderes wirtschaftliches Eigeninteresse hat. Für die Inanspruchnahme eines besonderen persönlichen Vertrauens genügt es nicht, wenn der Geschäftsführer Erklärungen zur finanziellen Lage der Gesellschaft abgibt, vielmehr wird vorausgesetzt, dass es sich um Erklärungen im Vorfeld einer Garantiezusage handelt⁶⁸ oder er mit einem Sanierungsauftrag in eine sanierungsbedürftige Gesellschaft eingetreten ist.⁶⁹ Ein wirtschaftliches Eigeninteresse wird nicht schon durch die Stellung als Alleingesellschafter und -geschäftsführer oder Provisionsansprüche begründet.⁷⁰ In der Vergangenheit ist es angenommen worden, wenn der Geschäftsführer Schadensersatzansprüche gegen sich vermeiden will oder die Gegenleistung direkt an ihn gehen soll.⁷¹ Ein wirtschaftliches Eigeninteresse wird damit nur in Ausnahmefällen vorliegen. Auch die Inanspruchnahme persönlichen Vertrauens wird nicht die Regel sein, dürfte aber in der auch durch Sanierungsfälle geprägten Praxis durchaus vorkommen.

4. Haftung für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung

Der BGH geht nicht auf die Haftung der Geschäftsführer der insolventen übertragenden GmbH für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung gemäß § 64 Satz 1 GmbHG ein. Diese ist zu verneinen, weil es an einer Zahlung der übertragenden GmbH fehlt, da nicht ihr Ver-

mögen gemindert wird, sondern dasjenige der übernehmenden GmbH.

5. Haftung für Insolvenzverschleppung

Ebenso wenig prüft der BGH die Haftung der Geschäftsführer der übertragenden GmbH für Insolvenzverschleppung aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15 a Abs. 1 InsO. Insofern wird allgemein davon ausgegangen, dass die Gesellschaft und ihre Gesellschafter nicht vom Schutzbereich erfasst werden.⁷² Dies wird zwar für neu hinzutretende Gesellschafter bezweifelt.⁷³ Jedoch schützt § 15 a Abs. 1 InsO nur Gläubiger,⁷⁴ also Fremdkapitalgeber,⁷⁵ so dass auch Neugesellschafter nicht erfasst werden. Damit besteht auch hier keine Haftung.

6. Haftung wegen Betrugs

Auch auf die Möglichkeit einer Haftung aus Schutzgesetzverletzung nach § 823 Abs. 2 BGB wegen Betrugs nach § 263 StGB geht der BGH nicht ein. Der Betrug kann dadurch geschehen, dass die Geschäftsführer oder Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers die Geschäftsführer bzw. die Gesellschafter des übernehmenden Rechtsträgers vorsätzlich über die Solvenz des übertragenden Rechtsträgers täuschen, so dass diese den Verschmelzungsvertrag abschließen bzw. diesem zustimmen und so das Vermögen der Gesellschaft durch die Übernahme von Verbindlichkeiten vermindern und durch die Anteilsgewährung den Gesellschaftern des übertragenden Rechtsträgers einen Vermögensvorteil verschaffen. Eine Betrugshaftung wäre hier also bei einem entsprechenden subjektiven Tatbestand grundsätzlich möglich.

⁶⁸ BGH, Urt. v. 6. 6. 1994 – II ZR 292/91, BGHZ 126, 181, 189 = DZWIR 1994, 463, 465 (mit Bespr. *Müsgen*, DZWIR 1994, 455); Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 43 Rn. 74; MK-InsO/Klöhn, 3. Aufl. 2013, § 15 a Rn. 286.

⁶⁹ BGH, Urt. v. 3. 4. 1990 – XI ZR 206/88, ZIP 1990, 659, 661; MHLS/Ziemons, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 43 Rn. 600; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 43 Rn. 75.

⁷⁰ MK-InsO/Klöhn, 3. Aufl. 2013, § 15 a Rn. 287; MHLS/Ziemons, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 43 Rn. 598.

⁷¹ BGH, Urt. v. 23. 10. 1985 – VIII ZR 210/84, ZIP 1986, 26, 30; zweifelnd MHLS/Ziemons, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 43 Rn. 598; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 43 Rn. 76.

⁷² So MK-InsO/Klöhn, 3. Aufl. 2013, § 15 a Rn. 162ff.; Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 64 Rn. 147; MK-GmbHG/H.-F. Müller, 3. Aufl. 2018, GmbHG § 64 Rn. 202; für Genossen auch BGH, Urt. v. 1. 2. 2010 – II ZR 209/08, DZWIR 2010, 337 Rn. 22; anders für Gesellschaft BGH, Urt. v. 16. 12. 1958 – VI ZR 245/57, BGHZ 29, 100, 103 = NJW 1959, 623.

⁷³ So *Ekkenga*, FS Hadding, 2004, S. 343; ebenso OGH Wien v. 20. 3. 2007 – 4 Ob 31/07, GesRZ 2007, 266.

⁷⁴ Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl. 2011, § 64 Rn. 178; MK-InsO/Klöhn, 3. Aufl. 2013, § 15 a Rn. 164ff.; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 19. Aufl. 2016, Anh. § 64 Rn. 82.

⁷⁵ Vgl. MK-InsO/Klöhn, 3. Aufl. 2013, § 15 a Rn. 166.

7. Haftung wegen Untreue

Ebenso wenig geht der BGH auf eine Haftung aus Schutzgesetzverletzung nach § 823 Abs. 2 BGB wegen Untreue nach § 266 StGB ein. Insoweit haften die Geschäftsführer der übertragenden GmbH. Denn ihre Vermögensbetreuungspflicht besteht nur gegenüber ihrer Gesellschaft, während der Vermögensnachteil bei der übernehmenden GmbH eintritt.

IV. Ansprüche des Insolvenzverwalters gegen Geschäftsführer der übernehmenden GmbH

Hinsichtlich der Haftung der Geschäftsführer der übernehmenden GmbH geht der BGH nur knapp auf die Haftung wegen Bankrotts ein, obwohl ein Beklagter offenbar auch Geschäftsführer der übernehmenden GmbH war.⁷⁶ Andere Haftungsmöglichkeiten einschließlich der hier grundsätzlich möglichen Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflichten und der Untreue behandelt der BGH nicht.

1. Verletzung der umwandlungsrechtlichen Sorgfaltspflicht

Auf die Haftung für die Verletzung der umwandlungsrechtlichen Sorgfaltspflicht aus § 25 Abs. 1 UmwG geht der BGH nicht ein. Sie gilt allerdings auch nur für die Geschäftsführer der übertragenden GmbH. Die Geschäftsführer der übernehmenden GmbH werden nicht erfasst.

2. Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflichten der Geschäftsführer

Ebenso wenig behandelt der BGH die Haftung der Geschäftsführer der übernehmenden GmbH wegen Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflichten der Geschäftsführer nach § 43 Abs. 1, 2 GmbHG. Die Geschäftsführer haben die Unterbewertung einschließlich der Insolvenzureife des übertragenden Rechtsträgers offenbar nicht fest-

gestellt. Die Haftung setzt zwar voraus, dass sie vorsätzlich oder fahrlässig die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns verletzt haben. Aber diese Sorgfaltspflicht umfasst jedoch auch umfassende Nachforschungen über den Vermögensstand der übertragenden GmbH und in der Regel auch die Einschaltung eines Sachverständigen,⁷⁷ so dass sie häufig verletzt werden wird. Insoweit entlastet es den Geschäftsführer – entgegen der Ansicht des OLG Dresden in der Vorinstanz⁷⁸ – auch im Umkehrschluss zu § 42 Abs. 3 Satz 3 GmbHG nicht, dass die Verschmelzung durch die Gesellschafter beschlossen wurde, da dieser Beschluss nicht an die Stelle der Pflicht tritt, die Gesellschafter hinreichend zu informieren und deren Entscheidung ordentlich vorzubereiten.⁷⁹ Die Haftung erscheint hier also als durchaus möglich, wenn ein entsprechender subjektiver Tatbestand vorliegt.

3. Haftung für Zahlungsunfähigkeit auslösende Zahlungen

Auf die Haftung der Geschäftsführer der übernehmenden GmbH für Zahlungsunfähigkeit auslösende Zahlungen nach § 64 Satz 3 GmbH geht der BGH nicht ein. Hier war die übernehmende GmbH tatsächlich ursprünglich solvent und wurde erst infolge der Vermögensverlagerung durch die Verschmelzung insolvent. Jedoch setzt die Haftung Zahlungen im Sinne eines das Aktivvermögen mindernden Abflusses voraus, während die Begründung von Verbindlichkeiten nicht erfasst wird.⁸⁰ Die hier in Rede stehende Übernahme von Verbindlichkeiten begründet dementsprechend keine Haftung.

4. Haftung wegen Untreue

Die Haftung der Geschäftsführer der übernehmenden GmbH aus Schutzgesetzverletzung nach § 823 Abs. 2 BGB wegen Untreue nach § 266 StGB behandelt der BGH nicht. Sie ist gegeben, wenn die Geschäftsführer die Verschmelzung in Kenntnis der Insolvenzureife der übertragenden

⁷⁶ Vgl. OLG Dresden, 26. 10. 2016 – 13 U 1493/15, NotBZ 2018, 350, 352 = BeckRS 2016, 133090 Rn. 33.

⁷⁷ Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Winter, UmwG, 8. Aufl. 2018, § 27 Rn. 6.

⁷⁸ OLG Dresden, 26. 10. 2016 – 13 U 1493/15, NotBZ 2018, 350, 352 = BeckRS 2016, 133090 Rn. 33.

⁷⁹ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 43 Rn. 40; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 43 Rn. 34.

⁸⁰ Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 64 Rn. 88; Ulmer/Habersack/Löbbecke/Casper, GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 64 Rn. 139; MK-GmbHG/H.-F. Müller, 3. Aufl. 2018, § 64 Rn. 182.

GmbH betreiben. Denn dann verletzen sie durch die Übernahme der Verbindlichkeiten ihre Vermögensbetreuungspflicht.

5. Haftung wegen Bankrotts

Die Möglichkeit einer Haftung der Geschäftsführer des übernehmenden Rechtsträgers wegen Bankrotts durch die Herbeiführung der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit des übernehmenden Rechtsträgers nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 283 Abs. 2 StGB hat der BGH offen gelassen.⁸¹ Ob die Notwendigkeit zum Umschreiben eines Vollstreckungstitels bereits eine Erschwerung des Vermögenszugriffs und damit ein Beiseiteschaffen i. S. d. § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB darstellt,⁸² hat der BGH nicht entschieden.⁸³ Die Bankrothandlung liegt aber jedenfalls in der Verringerung des Vermögensstandes durch die Vermehrung der Passiva,⁸⁴ die mangels Gegenleistung auch den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft grob widerspricht,⁸⁵ § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB. Der Bankrott setzt nur hinsichtlich der Bankrothandlungen notwendig Vorsatz voraus, während hinsichtlich der Verursachung der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit nach § 283 Abs. 4 Nr. 2 StGB auch Leichtfertigkeit, also grobe Fahrlässigkeit,⁸⁶ genügen kann. Ein Bankrott erscheint damit grundsätzlich möglich, wenn ein entsprechender subjektiver Tatbestand vorliegt.

V. Ansprüche des Insolvenzverwalters gegen Verschmelzungsprüfer

Der BGH geht schließlich kurz auf die Haftung der Verschmelzungsprüfer ein. Hierzu stellt er zutreffend fest, dass diese nach § 11 Abs. 2 UmwG, § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB auch gegenüber den an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträgern haften, wenn bei der Verschmelzungsprüfung eine Über- oder Unterbewertung einschließlich einer Insolvenzureife nicht festgestellt wurde.⁸⁷ Allerdings setzt

dies voraus, dass die Prüfer ihre Pflichten schuldhaft verletzt haben. Zudem beschränkt sich ihre Haftung bei Fahrlässigkeit nach § 323 Abs. 2 HGB auf 1 Mio. €. Sie bietet daher nur eingeschränkten Schutz.

VI. Fazit

Der BGH kommt – insbesondere auf der Grundlage seiner bisherigen Rechtsprechung – zu grundsätzlich überzeugenden Ergebnissen für die von ihm behandelten Haftungsmöglichkeiten. Allerdings bleibt ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen der Ablehnung der Differenzhaftung und den der Haftung bei wirtschaftlicher Neugründung zugrundeliegenden Wertungen. Zudem ist zu konstatieren, dass der BGH ähnlich dem System kommunizierender Röhren eine recht restriktive Haltung in Bezug auf die Anwendung der das Kapital schützenden Differenzhaftung mit einer großzügigen Handhabung der deliktischen Haftung aus existenzvernichtendem Eingriff verbindet.

Indes entspricht der Schutz über die Haftung aus existenzvernichtendem Eingriff mit ihrem Vorsatzerfordernis nicht vollständig der verschuldensunabhängigen Differenzhaftung. Kritisiert wird zudem, dass der – vom BGH für ausreichend gehaltene⁸⁸ – Schutz der Gesellschaft der übernehmenden GmbH über die fristgebundene Anfechtung und die verschuldensabhängige und gedeckelte Haftung der Verschmelzungsprüfer sowie die indirekt wirkende verschuldensabhängige Organhaftung nicht vollständig ihrem Schutz über die verschuldensunabhängige Differenzhaftung entspricht.⁸⁹ Dies lässt jedoch unberücksichtigt, dass daneben noch der grundsätzlich verschuldensunabhängige Schutz über das Auszahlungsverbot und die Erstattungspflicht aus §§ 30, 31 GmbHG existiert, der ähnlich wie die Differenzhaftung auf Erstattung der Wertdifferenz geht.

Weniger überzeugend ist es, dass der BGH viele Haftungsmöglichkeiten nicht oder nur punktuell anspricht, darunter auch etliche, bei denen auf der Grundlage der im Urteil mitgeteilten Informationen nicht zu erkennen ist, warum sie nicht zu bejahen sein können. Dazu gehören vor allem die Haftung wegen Verletzung des Kapitalerhaltungsgrundsatzes und die Haftung aus Verschulden bei Vertragsanbahnung, die gerade auch bei den in Praxis

⁸¹ BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 43.

⁸² So Heckschen, NotBZ 2018, 352, 353.

⁸³ BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 43.

⁸⁴ Vgl. Lackner/Kühl/Heger, StGB, 29. Aufl. 2018, § 283 Rn. 21; MK-StGB/Petermann, 3. Aufl. 2019, § 283 Rn. 66.

⁸⁵ Vgl. MK-StGB/Petermann, 3. Aufl. 2019, § 283 Rn. 68.

⁸⁶ Vgl. MK-StGB/Petermann, 3. Aufl. 2019, § 283 Rn. 76.

⁸⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 24.

⁸⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 24; zustimmend M. König, NJW 2019, 595.

⁸⁹ Wachter, DB 2019, 175, 176; Priester, ZIP 2019, 646, 648 f.; vgl. auch Kocher, BB 2019, 212; zum überschießenden Schutz der Gläubiger der übertragenden GmbH Kleindiek, GmbHR 2019, 179, 182.

häufigen Sanierungsfällen Bedeutung erlangen kann, aber auch die Haftung der Geschäftsführer für die Verletzung ihrer Sorgfaltspflichten sowie die Haftung wegen Betrug, Untreue und Bankrott. Dies mag der Vielzahl der in Frage kommenden Haftungsnormen, dem Streitstand auf der Revisionsebene und einem gewissen richterlichen Pragmatismus geschuldet sein.

Besonders fällt jedoch auf, dass die Haftung wegen Verletzung des Kapitalerhaltungsgrundsatzes nur punktuell angesprochen wird. Eine eingehendere Behandlung hätte hier nicht nur im Hinblick darauf nahegelegen, dass es sich um einen der zentralen Grundsätze des deutschen Kapitalmarktrechts handelt und die ausführlich geprüfte Haftung aus existenzvernichtendem Eingriff ausdrücklich als Ergänzung des Kapitalschutzsystems der GmbH bezeichnet wird.⁹⁰ Vielmehr wäre sie auch aus pragmatischer Sicht angezeigt gewesen, weil die Erstattung

verbotener Rückzahlungen nicht nur kein Verschulden voraussetzt, also möglicherweise auch dann greift, wenn kein existenzvernichtender Eingriff festgestellt werden kann, sondern auch ähnlich der Differenzhaftung auf Erstattung der Wertdifferenz gerichtet ist. Der BGH lässt demgegenüber das Recht der Kapitalerhaltung aus und springt gewissermaßen vom Recht der Kapitalaufbringung direkt zum deliktsrechtlichen Kapitalschutz.

Dieses Überspringen zeigt nicht nur den Bedeutungsverlust der gesetzlichen Regelung der Kapitalerhaltung gegenüber der Haftung aus existenzvernichtendem Eingriff, die deutlich weniger konturiert ist. Es macht auch die Gefahr deutlich, dass die Haftung aus existenzvernichtendem Eingriff immer mehr zu einer Art Allheilmittel für Fallgestaltungen wird, in denen die Gesellschaft geschädigt wird und dadurch in Insolvenz gerät, und dass bei ihrer Anwendung das ausdifferenzierte System des Kapitalschutzes einschließlich der insolvenz- und strafrechtlichen Haftung außer Acht gelassen wird.

90 BGH, Urt. v. 6. 11. 2018 – II ZR 199/17, DZWIR 2019, 279 Rn. 39.